



บทที่ 5

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ และในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย

ในอดีตก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ประเทศไทยปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ผู้ปกครองที่มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเพียงแต่ผู้เดียวคือพระมหากษัตริย์ ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีฐานะเป็นเพียงคนของพระมหากษัตริย์เท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทจากการกระทำของฝ่ายปกครองจึงเท่ากับเป็นการโต้แย้งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งมีผลทำให้การควบคุมฝ่ายปกครองโดยทางศาลหรือทางการเมืองอันเป็นแนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ยังไม่เป็นที่รู้จักแพร่หลาย¹ จนกระทั่งภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเข้าสู่แนวความคิดรัฐเสรีประชาธิปไตยอันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ โดยมีหลักการพื้นฐานสาระสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” และ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ซึ่งหลักสองประการสำคัญดังกล่าวข้างต้นจะมีผลใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติต่อเมื่อมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และบัญญัติให้ศาลปกครองและศาลยุติธรรม มีเขตอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกรณีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ผลของการบัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จึงทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวปรากฏเป็นรูปธรรมและมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากในบรรดาระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐทุกระบบอาจกล่าวได้ว่าระบบการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นระบบที่สามารถให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ จนกล่าวได้ว่า ประเทศไทยไม่มีระบบการควบคุมการกระทำ

¹ อิศสระ นิคิทัศน์ประกาศ, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการ เรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย,” *นิติศาสตร์* 12 (มกราคม 2524) : 137-138; ประชुर กาญจนกุล, *คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 178-183

ทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ประเทศนั้นไม่ใช่ประเทศเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง โดยมีเหตุผลสนับสนุนความเห็นดังกล่าวสรุปได้ดังนี้²

ประการแรก ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ความเป็นอิสระดังกล่าวย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนได้เป็นอย่างดีอันเป็นการปราศจากอคติลำเอียง

ประการที่สอง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้

ประการที่สาม วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย จึงย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนได้ว่าคำพิพากษาย่อมตั้งวางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง

ประการที่สี่ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ จึงย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจโดยพิพากษาคดีไปในทางที่มีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้เท่านั้น

จากเหตุผลและความจำเป็นของการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือศาลดังกล่าวข้างต้น จึงก่อให้เกิดความจำเป็นในการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงหลักเกณฑ์ที่องค์กรตุลาการหรือศาลสามารถนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าว โดยการพิจารณาและวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและจากคำพิพากษาของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในบทนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการนำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย ดังนั้น ในการพิจารณาและวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครองจึงเป็นการศึกษาเฉพาะในส่วนที่องค์กรตุลาการหรือศาลได้นำหลักความได้สัดส่วน

² Gilles PEPIN, “Les tribunaux administratifs et la constitution,” *Les presses de l’Université de Montréal* (1969): 20-23 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), หน้า 56-60

มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบ โดยแบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 3 หัวข้อใหญ่ โดยลำดับดังต่อไปนี้

1. ระบบการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย
2. การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ
3. การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

1. ระบบการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย

1.1 ระบบการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย

การพิจารณาระบบการควบคุมรัฐธรรมนูญฝ่ายนิติบัญญัติหรือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย สามารถศึกษาได้จากพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือการควบคุมรัฐธรรมนูญให้ชอบด้วยกฎหมายให้สอดคล้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญหรือการควบคุมบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถพิจารณาและจำแนก “องค์กรผู้ใช้อำนาจ” ดังกล่าวออกได้เป็น 4 ระยะ กล่าวคือ *ระยะแรก* อันเป็นระยะที่ประเทศไทยยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาเด็ดขาดอย่างแท้จริง โดยเฉพาะสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่ยอมรับให้สถาบันอื่นมีอำนาจควบคุมหรือตีความรัฐธรรมนูญ นอกจากสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น *ระยะที่สอง* เป็นระยะเวลาที่ให้อำนาจรัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตีความรัฐธรรมนูญร่วมกัน *ระยะที่สาม* เป็นระยะที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพียง

องค์กรเดียว *ระยะที่สี่* อันเป็นช่วงเวลาปัจจุบัน โดยเป็นการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ³

ดังนั้น เมื่อได้ศึกษาถึงองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้วจึงอาจกล่าวถึงศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันได้ว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบันจะได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญหรือควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามแนวความคิดของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรใหม่ที่เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง (ฉบับปี 2540) แต่ไม่ถือว่าเป็นองค์กรใหม่สำหรับองค์กรที่เป็นสถาบันในการตีความรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะในอดีตที่ผ่านมาองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาโดยตลอด คือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ซึ่งจัดตั้งขึ้นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 แต่หากศึกษาถึงพัฒนาการของหลักกฎหมายมหาชนอันเกิดจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” มีส่วนค่อนข้างน้อยในการช่วยพัฒนาหลักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เหตุผลสำคัญประการหนึ่งเนื่องมาจากสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีสถานะเป็น “องค์กรทางการเมือง” ที่มีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งตุลาการ ซึ่งหากพิจารณาในทางวิชาการแล้วเห็นว่า ลักษณะพื้นฐานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยไม่เอื้ออำนวยที่จะทำให้นักคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพัฒนาไปสู่ความเป็นองค์กรหลักในการตีความรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการปฏิรูปการเมือง สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้มี “ศาลรัฐธรรมนูญ” ทำหน้าที่แทน “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ”⁴

1.2 ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมโดยทางการเมือง หรือการควบคุมโดยวิธีอื่นใด การควบคุมแต่ละรูปแบบย่อมมีข้อดีและข้อด้อยแตกต่างกันออกไป ในบรรดาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่าระบบการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นระบบการควบคุมที่ให้

³ อมร จันทรมานูรมณ์, “ศาลรัฐธรรมนูญ,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 12 (ธันวาคม 2536): 519 - 619

⁴ บรรณเจติ สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), หน้า 5

หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุด จนกล่าวได้ว่า ประเทศใดไม่มีระบบการควบคุมการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ประเทศนั้นไม่ใช่ประเทศเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง และตามหลักนิติรัฐเรียกร้องให้การควบคุมฝ่ายปกครอง โดยองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระ ดังนั้น การควบคุมวิธีอื่นใดที่มีใช้เป็นการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ จึงยังมีอาจทำให้ความมุ่งหมายของหลักนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองบรรลุความมุ่งหมายได้

สำหรับระบบศาลที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ โดยประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว ซึ่งเป็นระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีประเภทอื่น ๆ ระบบนี้เป็นระบบที่ใช้กันมากที่สุด ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ส่วนอีกรูปแบบหนึ่งคือประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ ซึ่งเป็นระบบที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองแยกให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว ข้อพิจารณาของการเป็นระบบศาลคู่คือการแยกระบบของผู้พิพากษาและแยกศาลปกครองออกจากระบบศาลยุติธรรม ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม ประเทศเยอรมัน รวมถึงประเทศไทยในปัจจุบัน เป็นต้น⁵

ในส่วนของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย หากพิจารณาแล้วสามารถแบ่งองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองออกได้เป็น ศาลปกครองและศาลยุติธรรม

(1) การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

ผลของการปฏิรูปการเมืองในปี พ.ศ. 2540 โดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบกับข้อจำกัดของการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นศาลอีกระบบ เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2548), หน้า 171

ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตลอดจนเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง⁶ ในส่วนของเขตอำนาจของศาลปกครองเป็นไปตามมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 และมาตรา 11 โดยกำหนดให้ศาลปกครองทำหน้าที่ประการสำคัญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ

การสร้างและการพัฒนาระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นในประเทศไทยมีเหตุผลและแนวทางสรุปได้ดังนี้⁷

1. เหตุผลที่ต้องสร้างวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นในประเทศไทย ประกอบด้วย เหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ *ประการแรก* คดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งแตกต่างจากคดีแพ่งที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่คู่ความอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน และใช้ระบบกล่าวหา ซึ่งวิธีพิจารณาคดีดังกล่าวไม่สอดคล้องกับลักษณะข้อพิพาทในคดีปกครอง เพราะหน่วยงานของรัฐมักเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานต่าง ๆ ด้วยเหตุนี้ วิธีพิจารณาคดีปกครองจึงต้องใช้ “หลักไต่สวน” โดยถือเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยให้สอดคล้องกับความชอบด้วยกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ *ประการที่สอง* ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองมีจุดมุ่งหมายที่จะถ่วงดุลอำนาจดุลพินิจของผู้พิพากษา เนื่องจากคดีปกครองเป็นคดีที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ โดยการกำหนดให้มี “ตุลาการผู้แถลงคดี” ทำหน้าที่ถ่วงดุลตรวจสอบ อันเป็นการป้องกันมิให้มีการสรุปสำนวนโดยบิดเบือนและเป็นการป้องกันมิให้มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยเหตุผลเพียงด้านเดียว

2. แนวทางในการสร้างวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นในประเทศไทย นั้น เริ่มต้นด้วยการใช้ระบบร้องทุกข์ โดยเป็นระบบที่ผสมผสานระหว่างการร้องเรียนต่อฝ่ายบริหารกับการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งเป็นระบบที่ใช้วิธีพิจารณาของศาล แต่การแก้ไขเยียวยาทุกข์ใช้ “วิธีสั่งการทางบริหาร” นอกจากนี้ แนวทางในการสร้างวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย สำนักงาน

⁶ โภคิน พลกุล, “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2544), หน้า 63

⁷ ชาญชัช แสงวงศ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง. (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2545), หน้า 104-107

คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า คดีปกครองมีหลายประเภท ซึ่งจำเป็นต้องมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างกัน ออกไปตามความเหมาะสม แต่การที่จะทราบถึงปัญหาต่าง ๆ ของคดีปกครองและสามารถแยกประเภทของคดีปกครองได้ต่อเมื่อได้วินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ไประยะหนึ่ง และทำการวิเคราะห์ลักษณะของคำร้องทุกข์ต่าง ๆ ว่าเรื่องลักษณะใดมีลักษณะเป็นคดีปกครอง และจะกำหนดวิธีปฏิบัติและวิธีพิจารณาสำหรับคดีปกครองแต่ละประเภทได้อย่างเหมาะสม

จากเหตุผลและความจำเป็นดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้เกิดการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ประกอบกับบทบัญญัติมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่กำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม คงมีคดีพิพาททางปกครองอีกเป็นจำนวนมากที่กฎหมายได้กำหนดให้ยังคงอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของ “ศาลยุติธรรม” เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่มีได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ดังนั้น ในการศึกษาถึงระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องพิจารณาในส่วนของการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมด้วยเช่นกัน

(2) การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมนั้นเป็นระบบเดิมของประเทศไทย ที่ศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งในส่วนของคดีปกครอง ศาลยุติธรรมจะทำหน้าที่ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้มีการบัญญัติรับรองอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลยุติธรรมไว้ในมาตรา 9 วรรคสอง (3)⁸ ของพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกำหนดให้คดีในเรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ได้แก่ คดีที่อยู่ในอำนาจศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง บัญญัติว่า “เรื่องต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ”

ระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น ดังนั้น คดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของ “ศาลชำนาญพิเศษ” ดังความในมาตราดังกล่าว จึงยังอยู่ในเขตอำนาจของ “ศาลยุติธรรม” ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ในบทนี้ เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการนำหลักความได้สัดส่วน มาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยมุ่งเฉพาะการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองโดย “ศาลปกครอง” เท่านั้น ดังนั้น ในการพิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลในการควบคุมฝ่ายปกครอง จึงเห็นควรพิจารณากล่าวถึงเฉพาะกรณีศาลปกครองเท่านั้น

2. การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

2.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

นับแต่เวลาที่ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรใช้บังคับเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2549) รวมเป็นเวลาประมาณ 74 ปีเศษ นั้น ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับรวมทั้งสิ้น 16 ฉบับ และรัฐธรรมนูญของไทยแต่ละฉบับ นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองล้วนเป็นรัฐธรรมนูญที่ยึดถือหลักนิติรัฐเป็นหลักการสำคัญในการปกครองประเทศ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีสถานะอยู่ในลำดับสูงสุดเหนือบรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งปวงอื่นใด ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีอาจใช้บังคับได้⁹ ผลของการบัญญัติบทบัญญัติลักษณะดังกล่าว จึงเป็นการยืนยันให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองและยอมรับในแนวความคิดและทฤษฎีของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเสมอมา

⁹ มาตรา 61 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475, มาตรา 87 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489, มาตรา 95 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2490, มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492, มาตรา 113 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, มาตรา 174 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517, มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521, มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ หมายความว่า การที่รัฐธรรมนุญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายอื่นกับรัฐธรรมนุญ รัฐธรรมนุญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนุญนั้นตกเป็น โฆษะ ไม่อาจใช้บังคับได้¹⁰

อย่างไรก็ตาม การยอมรับในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญจะบังเกิดผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริงและมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ต่อเมื่อมีองค์กรตุลาการหรือศาลที่มีหลักประกันในความเป็นอิสระมาทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวนี้ หากจะให้ “องค์กรนิติบัญญัติ” ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมาทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบเรื่องของตนเอง หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญก็ไม่อาจบังเกิดผลได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ และขณะเดียวกัน หากจะให้ห้องค์กรอื่น เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนุญ ที่มีได้มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าว นอกจากจะไม่สามารถเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อพัฒนาการในทางวิชาการของระบบกฎหมายมหาชนที่ไม่อาจมีพัฒนาการได้อย่างเต็มที่

ดังนั้น จึงเกิดความจำเป็นของการให้ “ศาลรัฐธรรมนุญ” เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย อาจกล่าวโดยพิจารณาได้ดังนี้ ในบรรดาหลักเกณฑ์หรือวิธีการที่เป็นหลักประกันหรือก่อให้เกิดความมั่นคงในหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญโดยองค์กรตุลาการหรือศาลเป็นวิธีการหนึ่งที่สำคัญที่ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง โดย Sieyès เห็นว่า การคุ้มครองรัฐธรรมนุญนั้นให้กระทำโดยศาลรัฐธรรมนุญ¹¹ โดยหลักการที่แฝงอยู่ในหลักนิติรัฐแสดงให้เห็นว่า การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลางและการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ถือว่าเป็นการควบคุมที่เป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจึงไม่อาจทำหน้าที่พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ (judex in resua)¹² นอกจากนี้ Kelson มีความเห็นว่า การที่องค์กรตุลาการหรือ

¹⁰ Ekkehart Stein, Staatsrecht, 14 Aufl., Tubingen 1993; S. 13 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนุญ, หน้า 24

¹¹ C. Starck, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 31

¹² D. Merten, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 34

ศาลเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากรัฐสภาและจากฝ่ายบริหาร เพราะรัฐสภาและฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ที่องค์กรตุลาการหรือศาล¹³

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญในยุโรปตะวันตกและในสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบของการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ลักษณะ ดังนี้¹⁴

1. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาในเชิงรูปแบบ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ได้ถูกบัญญัติขึ้น โดยถูกต้องครบถ้วนตามเงื่อนไขและขั้นตอนต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ (extrinsic constitutionality)

2. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาในเชิงเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ (intrinsic constitutionality)

ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่จะถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อประกอบด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงรูปแบบและเนื้อหา กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ นอกจากจะตราขึ้น โดยถูกต้องครบถ้วนตามขั้นตอน วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องประกอบด้วยเนื้อหาที่สอดคล้อง โดยไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการต่าง ๆ อันเป็นที่มาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ทั้งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและรวมถึงหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นกัน บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแม้จะ

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35

¹⁴ Charles Grove Haines, "Some Phases of the Theory and Practice of Judicial Review of Legislation in Foreign Countries." *The American Political Science Review* 583, 593 (August 1930) อ้างถึงใน กนิษฐา เชื้อวาทย์, "การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 22

ถูกต้องในเชิงรูปแบบ แต่หากมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งกับหลักการในเชิงเนื้อหาตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในทางกลับกันหากบทบัญญัติดังกล่าวแม้ว่าจะมีลักษณะที่สอดคล้องกับเนื้อหาสาระและหลักการต่าง ๆ แต่หากปราศจากความถูกต้องในเชิงรูปแบบ ก็มีโอกาสทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน

จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การที่จะทำให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายของการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องยอมรับว่าองค์กรนิติบัญญัติมิใช่องค์กรใช้อำนาจที่มีอำนาจสูงสุดที่ไม่อาจมีองค์กรใดมาทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบได้ หากแต่ “องค์กรนิติบัญญัติ” อาจบัญญัติกฎหมายโดยมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้เสมอ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องยอมให้องค์กรตุลาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ โดยองค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ตีความหรือวินิจฉัยในกรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย¹⁵

2.2 หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ในการบัญญัติกฎหมายกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

“หลักการแบ่งแยกอำนาจ” เป็นหลักการที่สำคัญอย่างหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะในระบอบการประชาธิปไตยนั้นถือกันว่าอำนาจประชาธิปไตยอันเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศโดยแบ่งออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งทั้งสามอำนาจดังกล่าวนี้ต่างมีองค์กรใช้อำนาจที่แตกต่างกันออกไป

มองเตสกิเออ (Montesquieu)¹⁶ นักปรัชญาและนักการเมืองชาวฝรั่งเศสผู้เขียนหนังสือ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย (De l'esprit des lois)” อันเป็นหนังสือที่มีชื่อเสียงและได้รับ

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”

¹⁶ แม้ว่าในความเป็นจริงแล้ว มีนักปรัชญาหลายท่านได้กล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและองค์ประกอบของหลักการดังกล่าวไว้ก่อนมองเตสกิเออ แต่อาจกล่าวได้ว่า มองเตสกิเออเป็นนักปรัชญาที่เป็นผู้ทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจมีความกระจ่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ความยกย่องทั่วโลก ได้อธิบายเรื่องการแยกอำนาจไว้อย่างละเอียด¹⁷ โดยกล่าวไว้ว่า อำนาจอธิปไตย มีอยู่ 3 อำนาจ ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติคืออำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหาร คืออำนาจที่จะบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอันเนื่องมาจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการคืออำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยกฎหมาย ถ้าหากอำนาจทั้งสามนี้ หรือตั้งแต่สองอำนาจขึ้นไปอยู่ในกำมือของผู้ใดหรือองค์กรใดเพียงบุคคลเดียวหรือองค์กรเดียว ประชาชนจะถูกคุกคามและบีบคั้นเป็นอย่างมาก มองเดสกีเออจึงเสนอให้มอบอำนาจแต่ละอำนาจให้แก่บุคคลหรือองค์กรหนึ่ง ๆ ให้มีอำนาจและใช้อำนาจหนึ่งแต่เพียงอำนาจเดียว ซึ่งเมื่อใดอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คน ๆ เดียว หรือองค์กรเดียวกัน อิสระภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะจะเกิดความหวาดกลัวเนื่องจากภัยตรีภัยหรือสภาเดียวกันอาจจะบัญญัติกฎหมายแบบทรราชย์¹⁸ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าหลักการสำคัญของแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจก็คือการใช้อำนาจยับยั้งอำนาจ กล่าวคือ ให้อำนาจทั้งสามนี้ตรวจสอบซึ่งกันและกัน และไม่ให้อำนาจทั้งสามรวมอยู่ในคน ๆ เดียวกันเพื่อป้องกันมิให้เกิดทรราชย์ขึ้น¹⁹ กล่าวอีกนัยว่า ในการใช้อำนาจของรัฐ หากนำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่เพียงประการเดียวมาใช้ในระบอบประชาธิปไตยนั้นย่อมเป็นสิ่งที่ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในการดำเนินการของรัฐและย่อมเป็นสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ดังนั้น การที่จะแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยแต่ละองค์กรออกจากกันอย่างเด็ดขาดโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบหรือการถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกันย่อมส่งผลให้การบริหารประเทศเป็นไปด้วยความยากลำบาก

การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย รัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย โดยประเภทบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในอำนาจในการบัญญัติของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ “กฎหมายแม่บท”²⁰ หรือ กฎหมายที่มีสภาพบังคับในตัวเอง ตราขึ้น โดยกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย พระราชบัญญัติ

¹⁷ เดือน บุญนาค, “การแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs),” *วารสารนิติศาสตร์* 9, 3 (2520): 16

¹⁸ จเร พันธุ์เปรื่อง, “หลักการแบ่งแยกอำนาจกับความสมดุลแห่งอำนาจ,” *รัฐศาสตร์* 31, 3 (มกราคม 2526): 19-20

¹⁹ สุรพล นิธิไกรพนธ์, “ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจกับการห้ามศาลพิจารณาคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลย,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 13, 2 (สิงหาคม 2537): 57

²⁰ กองร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “กระบวนการนิติบัญญัติ,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 20, 1 (2544): 3

ประกอบรัฐธรรมนูญ²¹ พระราชบัญญัติ²² และพระราชกำหนด²³ การที่รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้รับการมอบหมายให้เป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในระดับกฎหมายแม่บทนั้น เนื่องมาจากการที่รัฐสภาคือผู้แทนของประชาชน ดังนั้น ในการบัญญัติกฎหมายที่มีความสำคัญและอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงจำเป็นที่จะต้องให้รัฐสภาซึ่งที่เป็นผู้แทนของประชาชนทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายที่มีผลกระทบและจำกัดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

การใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมายนั้น หากจะพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) โดยเคร่งครัดหรือการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดแล้ว จะทำให้ไม่มีองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยขององค์กรอื่นใดไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการก็ไม้อาจทำการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้เลย อันเป็นการปฏิบัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างแท้จริง หรือหากจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ทั้งการเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายของตนเอง ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบอย่างแท้จริงที่จะก่อให้เกิดเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหากยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด จะมีผลทำให้องค์กรตุลาการซึ่งโดยทั่วไปเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น

²¹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศที่แยกมาบัญญัติรายละเอียดไปจากรัฐธรรมนูญเพื่อขยายบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น มีกระบวนการในการตราและพิจารณาเหมือนกับตราพระราชบัญญัติทั่วไป แต่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติคือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น รัฐสภาจะตราขึ้นได้เฉพาะในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ตราขึ้นและกำหนดเนื้อหาสาระสำคัญไว้ อันเป็นการผูกพันให้รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น

²² พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้น โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา โดยมาจากการเสนอของคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือประชาชน ในการตราพระราชบัญญัตินั้น โดยทั่วไปสามารถกำหนดเรื่องต่าง ๆ ตามหลักการที่ประสงค์จะให้ผลบังคับในสังคมได้ทุกเรื่อง มีข้อจำกัดเพียงแต่ต้องไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ และไม่ควรถัดแย้งกับบทกฎหมายอื่น เว้นแต่ต้องการให้เป็นกฎหมายเฉพาะและนำมายกเว้นกฎหมายที่มีอยู่แล้ว

²³ พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยมีฝ่ายบริหารเป็นผู้ออก มีศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ แต่จะมีผลใช้บังคับได้ไปพลางก่อนเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะเสนอให้รัฐสภาพิจารณาว่าจะอนุมัติหรือไม่ ถ้ารัฐสภาอนุมัติจะมีผลเป็นกฎหมายถาวรในระดับพระราชบัญญัติ แต่ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติก็จะตกไป

มีข้อความหรือเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยการอาศัยเหตุผลว่า การออกหรือยกเลิกกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายโดยปราศจากขอบเขตหรือเป็นไปตามอำเภอใจจนมากเกินไป จึงจำเป็นที่จะต้องมี “องค์กรตุลาการ” มาทำหน้าที่ในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย โดยการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่การที่จะให้องค์กรตุลาการหรือศาลใดศาลหนึ่งทำหน้าที่ในการชี้ขาดว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะเป็นการโต้แย้งการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องมียุติธรรมที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง แยกต่างหากจากองค์กรตุลาการโดยทั่วไป ซึ่งมีใช้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม แต่หากต้องเป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะกรณีเกี่ยวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจอยู่เหนือฝ่ายนิติบัญญัติ และวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกกรณี มิฉะนั้นแล้วองค์กรตุลาการจึงอาจวินิจฉัยให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีผลใช้บังคับได้โดยปราศจากหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

สำหรับประเทศไทยก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อำนาจในการควบคุมตรวจสอบกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของ “ตุลาการรัฐธรรมนูญ” แต่ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติให้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกของการระบอบการเมืองการปกครองไทยที่มีองค์กรที่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการอย่างแท้จริงมาทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

2.3 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

อาจแบ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 4 กลุ่ม²⁴ ได้แก่

1. อำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายหรือร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

²⁴ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ”, เอกสารแจกเผยแพร่ทั่วไปสำหรับประชาชน

2. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิก รัฐสภา รัฐมนตรี คณะกรรมการการเลือกตั้ง และผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน

3. อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ องค์การตามรัฐธรรมนูญ

4. อำนาจหน้าที่อื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กำหนด

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายหรือร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้อำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 2 ช่วง กล่าวคือ ก่อนการประกาศใช้กฎหมายอันเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 218 และ 262 และภายหลัง จากที่กฎหมายตราขึ้นใช้บังคับแล้ว ได้แก่ มาตรา 198 และ 264 พิจารณาได้ดังนี้²⁵

(1) การควบคุมก่อนการประกาศใช้กฎหมาย

กระบวนการนี้คือการควบคุมร่างพระราชบัญญัติที่อยู่ในกระบวนการตราของ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารจะนำมาบังคับใช้ กระบวนการนี้เป็นกระบวนการควบคุมก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่ากฎหมาย นั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

²⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ซีเคยูเคชั่น, 2548), หน้า 256-258

(1.1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามมาตรา 262²⁶ คือการพิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว หรือร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 97 แต่นายกรัฐมนตรียังไม่นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(3) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภา ทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้เป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินี้หรือตราขึ้นโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มีไม่ครบถ้วนตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 แล้วแต่กรณี ต่อไป”

(1.2) การควบคุมเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง²⁷ คือการพิจารณาว่าพระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีเสนอมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ ของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ โดยหากพระราชกำหนดที่ตราขึ้นไปไม่เป็นไปตาม เงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น จะถือว่าพระราชกำหนดนี้ไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น แต่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถควบคุมว่าพระราชกำหนดนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

(2) การควบคุมภายหลังจากที่กฎหมายตราขึ้นใช้บังคับ

ในกรณีที่กฎหมายได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว หากปรากฏว่ากฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาได้ สองกรณีดังนี้

(2.1) การควบคุมผ่านกระบวนการศาลตามมาตรา 264²⁸ กล่าวคือ การที่บุคคล จะใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ จะต้องมิคิดเกิดขึ้นในศาลใด ๆ อันได้แก่ ศาลยุติธรรม หรือ ศาลปกครอง ศาลทหาร ก่อน โดยคู่ความในคดีที่มีปัญหานั้นเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี มีข้อความหรือเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็สามารถร้องต่อศาลขอให้ส่งกรณีดังกล่าวมา ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ โดยศาลนั้นจะต้องรอการพิจารณาคดีที่มีการโต้แย้งไว้ก่อนเป็นการ ชั่วคราวเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยกฎหมายที่จะนำมาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายในระดับ

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 218 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอัน ที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติ สาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้”

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่ง กฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังมี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้น ตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”

พระราชบัญญัติที่ตราขึ้น โดยองค์กรณีบัญญัติหรือกฎหมายในลำดับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติเท่านั้น

(2.2) การควบคุมผ่านกระบวนการผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามมาตรา 198²⁹ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นองค์กรรับเรื่องร้องเรียนจากประชาชนเกี่ยวกับหน่วยราชการต่าง ๆ ในกรณีที่หน่วยราชการหรือหน่วยงานของรัฐกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันเป็นเหตุให้ประชาชนได้รับความเสียหาย โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเสนอปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นดุลพินิจของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาว่าจะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.4 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจโดยไม่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547 ศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไวยวัฒน์) เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 46 และมาตรา 50

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องต่อศาลปกครอง โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการประกอบอาชีพและการอนุรักษ์หรือ

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 198 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่งโดยไม่ชักช้า”

พื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่น การประกอบธุรกิจผลิตและขายแปงข้าวหมักเป็นภูมิปัญญาท้องถิ่นที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ จึงขอให้ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดียกเลิกสัญญาที่กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องขายแปงข้าวหมักในสถานที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีกำหนด และให้พนักงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลใด ๆ ที่ยื่นคำขออนุญาตขายแปงข้าวหมักโดยเสรีทั่วประเทศ ศาลปกครองกลางมีคำพิพากษายกฟ้องผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางต่อศาลปกครองสูงสุด และขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีมายังศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นดังกล่าวย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ สำหรับรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรีอย่างเป็นธรรม และวรรคสอง บัญญัติรับรองว่า การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติอยู่ในหมวด 5 ว่าด้วยเชื้อสุรา การมีถ้อยคำว่า “เชื้อสุรา” ปรากฏอยู่ในมาตราต่าง ๆ ในหมวด 5 ดังกล่าวโดยมิได้มีการบัญญัติความหมายเฉพาะไว้ การพิจารณาความหมายของคำว่า “เชื้อสุรา” จึงต้องใช้บทนิยามทั่วไปในมาตรา 4 ที่ว่า “เชื้อสุรา” หมายความว่า แปงสุรา แปงข้าวหมัก หรือเชื้อใด ๆ ซึ่งเมื่อหมักกับวัตถุดิบหรือของเหลวอื่นแล้ว สามารถทำให้เกิดแอลกอฮอล์ที่ใช้ทำสุราได้ แต่เมื่อพิจารณาถึงแปงข้าวหมักแล้ว เห็นว่า แปงข้าวหมักมีลักษณะที่ไม่ใช่เชื้อสุราในตัวเอง แต่เป็นสิ่งที่บุคคลทั่วไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลในชุมชนท้องถิ่นต่าง ๆ นำไปใช้ประโยชน์ได้หลายอย่าง เช่น ทำเป็นอาหาร ยารักษาโรค เป็นต้น การที่พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งมีความหมายตามมาตรา 4 ว่า หมายความว่า รวมถึงแปงข้าวหมักด้วยนั้น ในส่วนที่ห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุรา เฉพาะในความหมายที่หมายถึงแปงข้าวหมัก จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรี

อย่างเป็นธรรม และเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้น*เกินความจำเป็น*และกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และ มาตรา 26 เฉพาะความในส่วนที่หมายถึงเป็งข้าวหมัก จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2548 ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (1) กรณีร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. ... มาตรา 385 วรรคหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้มีการแจ้งการผลิตบันทึกรื่องหมายรับรองลงในผลิตภัณฑ์ และกำกับตรวจสอบการผลิตโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ในส่วนสภาพบังคับ สมาชิกวุฒิสภาเห็นว่า โทษริบทรัพย์สินที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 วรรคหนึ่งว่า “ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนมาตรา 5 วรรคหนึ่ง มาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง มาตรา 11 มาตรา 13 มาตรา 15 มาตรา 16 หรือมาตรา 17 ให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น” ไม่ได้นำหลักการริบทรัพย์สินในประมวลกฎหมายอาญามาใช้บังคับ โดยได้บัญญัติเป็นมาตรการพิเศษใช้เฉพาะกับความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ จึงมีเนื้อความที่ขัดต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. ... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง บัญญัติกรณีเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี ที่ไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่ง หรือไม่แจ้งสถานที่ผลิตและการย้ายสถานที่ผลิต ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หรือไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตและแสดงเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 11 หรือการใช้เครื่องหมายรับรองการผลิตและเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 13 หรือการปลอมหรือเลียนเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ตามมาตรา 15 หรือการไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักร ตามมาตรา 16 หรือกรณีการไม่แจ้งการจำหน่าย จ่าย โอน เครื่องจักร หรือเครื่องจักรที่พ้นการครอบครอง ตามมาตรา 17 ให้ศาลมีคำสั่งริบเครื่องจักรได้ เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการละเมิดลิขสิทธิ์ การริบทรัพย์สินเป็นโทษอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 โดยการริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญามีความมุ่งหมายลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีทรัพย์สินนั้นไว้เป็นความผิด แต่กรณี

ตามร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. ... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง เครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีไม่ได้เป็นทรัพย์สินที่ผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด หรือเป็นทรัพย์สินซึ่งได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินซึ่งบุคคลได้มาโดยได้กระทำความผิด การริบเครื่องจักรที่ใช้ผลิตผลิตภัณฑ์ซีดีหากไม่แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อจะเริ่มทำการผลิต ไม่แจ้งสถานที่ผลิตหรือย้ายสถานที่ผลิต ไม่ทำและแสดงเครื่องหมายรับรองการผลิตหรือเครื่องหมายรับรองงานต้นแบบ ไม่ใช้เครื่องหมายรับรองการผลิต ไม่แจ้งการได้มาหรือมีไว้ในครอบครองซึ่งเครื่องจักร ไม่แจ้งการจำหน่าย จ่าย โอนเครื่องจักร ให้ศาลสั่งริบเครื่องจักรนั้น โดยศาลไม่มีดุลพินิจว่าจะริบเครื่องจักรหรือไม่ โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของเครื่องจักรจะรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ เป็นการริบโดยเด็ดขาด ไม่ได้พิจารณาถึงความผิดและความเหมาะสมในการลงโทษ เป็นการใช้มาตรการลงโทษที่รุนแรงแก่ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สิน ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินเกินกว่าความจำเป็นและกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ. ... มาตรา 38 วรรคหนึ่ง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 และเป็นอันตกไป

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว มีข้อพิจารณาได้ว่า มาตราดังกล่าวของร่างพระราชบัญญัติ มีเจตนารมณ์ของโทษริบทรัพย์สินตามร่างกฎหมายไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับความมุ่งหมายของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับโทษริบทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น โทษริบทรัพย์สินที่ปรากฏในร่างกฎหมาย จึงไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของโทษตามประมวลกฎหมายอาญาที่มีเจตนารมณ์ในการลงโทษผู้กระทำความผิดหรือมีทรัพย์สินไว้ในครอบครองเป็นความผิดบรรลุเป็นผลสำเร็จได้ ดังนั้น มาตราดังกล่าวของร่างกฎหมายนี้ที่ได้กำหนดโทษในลักษณะดังกล่าว จึงเป็นการกำหนดโทษที่ไม่สอดคล้องต่อ “หลักความเหมาะสม” นอกจากนี้ การที่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดโทษที่เป็นการริบทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยเด็ดขาด จึงเป็นการลงโทษที่ “เกินความจำเป็น” และ “ไม่ได้สัดส่วนระหว่างความผิดและโทษที่จะได้รับ” ด้วยเหตุดังกล่าว จึงเห็นว่ามาตราดังกล่าวจึงเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยไม่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน จึงสามารถโต้แย้งได้

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจโดยสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 49-50/2548 ศาลจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ส่งคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ.2544 มาตรา 30 และมาตรา 31 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 1(2) (3) (7) มาตรา 45 และมาตรา 271 ถึงมาตรา 290 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 48

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วเห็นว่า พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ.2544 มาตรา 30 เป็นเรื่องการโอนสินทรัพย์ด้อยคุณภาพของสถาบันการเงินหรือบริษัทบริหารสินทรัพย์ของรัฐให้แก่บรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (บสท.) เพื่อให้ บสท. ดำเนินการแก้ไขปัญหาสินทรัพย์ด้อยคุณภาพ โดยการปรับโครงสร้างหนี้และปรับโครงสร้างกิจการเพื่อให้ลูกหนี้ที่รับโอนมาอยู่ในฐานะที่สามารถชำระหนี้ที่ค้างชำระได้ และเพื่อให้ลูกหนี้สามารถดำเนินกิจการของตนต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งเป็นการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวม จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับสถาบันการเงินและบริษัทบริหารสินทรัพย์ของรัฐรวมทั้งลูกหนี้ มิได้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จึงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญมาตรา 29 ให้กระทำได้ บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 51/2548 ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งไปยังศาลรัฐธรรมนูญ โดยขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2542 มาตรา 29 และมาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 48 และมาตรา 49

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 48 วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน โดยสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่บุคคลอย่างเท่าเทียมกัน แต่ไม่ได้หมายความว่า สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะถูกจำกัดมิได้ รัฐธรรมนูญมาตรา 29 บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ว่า การจำกัด

สิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทำได้อันที่จำเป็นและจะต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2548 ศาลจังหวัดลำพูนส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2490 มาตรา 5 และมาตรา 32 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 เป็นบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้การทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสุราไว้ในครอบครองจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต กรณีดังกล่าว จึงเป็นเรื่องการควบคุมการผลิตสุราเพื่อประโยชน์ในทางภาษีและสุขภาพอนามัยของประชาชน อาจเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการผลิตสุราบ้าง แต่เป็นการกระทำที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการผลิตสุราเพราะการผลิตสุราสามารถทำได้ภายใต้การควบคุมจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ และพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 ไม่ได้ทำให้เสียศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด ดังนั้น มาตราดังกล่าวจึงไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 28 และมาตรา 29

3. การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย

3.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง³⁰ คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง³¹ ซึ่งการกระทำทางปกครองมีลักษณะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง มีลักษณะ

³⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน รวมบทความในอาจริยบูชา ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์, (2545), หน้า 131

เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ การกระทำของฝ่ายปกครองใดที่ไม่ใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ จึงไม่อาจจัดเป็นการกระทำทางปกครอง³²

การใช้อำนาจกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดังกล่าวโดยผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเสมอ โดยแนวความคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นแนวความคิดที่มีผลสืบเนื่องมาจากแนวความคิดของการปกครองโดยหลักนิติรัฐอันเป็นการปกครองโดยรัฐภายใต้กฎหมายที่มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดสิทธิโดยรัฐ ซึ่งในการใช้อำนาจรัฐจะกระทำได้โดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น³³ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า นิติรัฐหรือรัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจ หรือกล่าวได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองหมายความว่า ฝ่ายปกครอง (Administration) จะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นหลักที่มีสาระสำคัญและแสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้ง “แหล่งที่มา (Source)” และ “ข้อจำกัด (Limitation)” ของอำนาจกระทำต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง³⁴ ซึ่งกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐอาจปรากฏตัวอยู่ในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในนิติรัฐ

³¹ รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวโดยสรุปถึงความหมายของฝ่ายปกครองไว้ดังนี้ “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระ

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน *รวมบทความในอาจริยบูชา ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์*, (2545), หน้า 145

³³ บุญศรี มีวงศ์ โฆษ, *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 157

³⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง*, หน้า 16-22

หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง³⁵ และจึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมายต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกล่าวคือ การที่องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐจำต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องต่อหลักกฎหมายดังกล่าวเสมอ

ด้วยเหตุที่ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุตามความมุ่งหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจมหาชนในการดำเนินการดังกล่าว ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเหนือเอกชนหรือประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งผลจากการใช้อำนาจนี้ย่อมอาจก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้น เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะสอดคล้องและเป็นการใช้อำนาจภายใต้หลักนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายและจำต้องมีหลักประกันต่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายโดยจำต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวให้สอดคล้องต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน โดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะไม่อาจบังเกิดผลได้ในทางปฏิบัติหากปราศจากการควบคุมให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว ดังนั้น จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์การควบคุมการกระทำทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลที่มีหลักประกันความเป็นอิสระให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

3.2 เขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศไทย หากจะพิจารณาเกี่ยวกับประเภทคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง นอกจากจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยการยึดถือเป็นบทบัญญัติหลักแล้ว ทั้งนี้ ยังต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 276 ได้ให้อำนาจไว้ โดยการพิจารณาจากมาตรา 9 และมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้

³⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป. (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 66

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276³⁶ บัญญัติให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาททางปกครอง กล่าวคือ คดีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ฝ่ายหนึ่ง กับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน อีกฝ่ายหนึ่ง

ประเภทคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 9³⁷ และมาตรา 11³⁸ ได้ดังนี้

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

³⁷ การฟ้องเริ่มต้นคดีตามบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีเขตอำนาจเหนือกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นและอาจยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุดได้

³⁸ การฟ้องเริ่มต้นคดีตามบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด โดยกรณีตามมาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดเป็นศาลที่ทำหน้าที่เป็นทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในขณะเดียวกัน หรือเรียกว่าเป็นกรณีการฟ้องตรง

คดีพิพาทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง³⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 สามารถสรุปได้ดังนี้

ก. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการหรือออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

ค. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง

ง. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

จ. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่รัฐฟ้องให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการ

³⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

มูลเหตุข้อพิพาทเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการหรือออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้อง ปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร กระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงาน ทางปกครอง กรณีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง หรือกรณีที่รัฐฟ้องให้บุคคลกระทำการ หรือละเว้นกระทำการ หรือกรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ กระทำหรือละเว้นการกระทำที่ หน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

3.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุม ฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งเป็นที่มาและเงื่อนไขในการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครองแล้ว จะพบว่า อำนาจที่กฎหมายมอบหมายให้แก่ฝ่ายปกครองนั้นอาจจำแนก ได้เป็นสองลักษณะดังนี้⁴⁰

1. อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องให้อำนาจกระทำการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเสมอ หรืออำนาจผูกพัน โดยแท้จริงแล้วก็คือหน้าที่ ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันยังมีผลต่อการควบคุม ตรวจสอบของศาลด้วย โดยศาลสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในกรณี นั้น ๆ ได้อย่างสมบูรณ์⁴¹

2. อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ ฝ่ายปกครอง โดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองได้ภายใน ขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดา คำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย

⁴⁰ เอกนุญ วงศ์สวัสดิกุล, “การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) ภาควิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 19-21

⁴¹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 257

ของกฎหมายหรืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรนั้นตัดสินใจอย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁴²

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจนั้น ย่อมมีผลเป็นการผ่อนคลายความผูกพันต่อกฎหมายอย่างเคร่งครัดของฝ่ายปกครองลง ซึ่งการลดระดับความเข้มข้นของความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองนี้ย่อมส่งผลเป็นการผ่อนคลายเป็นการผ่อนคลายเป็นระดับความเข้มข้นที่องค์กรตุลาการหรือศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย เนื่องจากศาลจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น กล่าวคือ ศาลจะควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพียงว่าฝ่ายปกครองได้เลือกตัดสินใจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น ซึ่งโดยปกติศาลจะไม่ทำการตรวจสอบว่าแนวทางที่ฝ่ายปกครองเลือกตั้งตั้นใจนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่⁴³ ทั้งนี้ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลนั้นจำกัดขอบเขตเพียงการควบคุมตรวจสอบในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น⁴⁴

ดังนั้น หากจะพิจารณาจากการลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงอาจแยกการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประการ ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความเหมาะสม⁴⁵

1. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย การควบคุมฝ่ายปกครองนั้นถือว่าเป็น “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพราะ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เองการควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถควบคุมความชอบ

⁴² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, วารสารกฎหมายปกครอง 3 (2532): 39

⁴³ วรเจตน์ กาสิรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 50-51

⁴⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 256

⁴⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. หน้า 34-66

ด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยแบ่งออกเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทาง “รูปแบบ” เช่น การตรวจสอบกระบวนการและวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครอง และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในทาง “เนื้อหา” เช่น คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายและกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปด้วย การตรวจสอบว่ากฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งหรือมาตรการทางปกครองมีความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจหรือต้องใช้ดุลพินิจในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด และคำสั่งหรือมาตรการทางปกครองจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น

2. การควบคุมความเหมาะสมหรือการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อจำกัดโดยไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนได้ในทุกกรณี การบัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ จึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แต่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างไรก็ได้ ด้วยเหตุนี้เอง หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องว่าหากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบกับสิทธิของบุคคลย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล จึงมีปัญหาในทางกฎหมายว่าศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแค่ไหนเพียงใด

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอำนาจที่ฝ่ายปกครองใช้อาจประกอบกันทั้งอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ดังนั้น หากเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสิ่งที่กฎหมายได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการตามหน้าที่ หัวใจประการสำคัญของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองนั้นอยู่ที่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองให้สอดคล้องต่อหลักนิติรัฐ โดยหลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับว่าเป็นเงื่อนไขความสมบูรณ์เงื่อนไขหนึ่งที่ทำให้การกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักความได้สัดส่วนได้รับการนำมาใช้ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่สำคัญและศาลย่อมสามารถที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เสมอ

ในทุกกรณีหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการใดที่ไม่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน จึงมีผลทำให้คำสั่งหรือมาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในทางตรงกันข้าม หากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองให้มีดุลพินิจ กรณีดังกล่าวโดยปกติแล้วศาลจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้ดุลพินิจ แต่มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจของตนอย่างไรก็ได้ ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องว่าหากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงย่อมถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลได้ ในกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ไม่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน แต่การที่ศาลจะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องถือว่าเป็นกรณียกเว้นอย่างแท้จริง โดยถือว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลอาจควบคุมตรวจสอบได้ประการหนึ่ง กรณีนี้เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาลจึงมีปัญหาในทางกฎหมายว่า ศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแค่ไหนเพียงใด

กรณีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขของการใช้ดุลพินิจว่า ฝ่ายปกครองจำต้องใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายให้อำนาจให้สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดอำนาจแก่ศาลในการเพิกถอนการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใด โดยในกรณีหลักความได้สัดส่วนแม้จะมีการควบคุมอยู่ในระดับจำกัด อย่างไรก็ตาม เห็นได้ว่าในบางกรณีศาลควรจะนำหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้มีความชอบด้วยกฎหมายมากยิ่งขึ้น โดยการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจอย่างมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งศาลสามารถอ้างหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรการในการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งได้แก่ “หลักความได้สัดส่วน” โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครองกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ

นอกจากการควบคุมฝ่ายปกครองให้ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างได้สัดส่วนระหว่างข้อเท็จจริง เป้าหมาย และมาตรการของฝ่ายปกครองแล้ว ศาลอาจควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะผิดพลาดอย่างชัดเจน ซึ่งโดยปกติแล้วการควบคุมความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองนั้น ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล แต่ศาลอาจพิจารณาว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปราศจากความเหมาะสมอย่างชัดเจน ย่อมเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่งที่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลด้วยเช่นกัน แต่หากศาลเห็นว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ศาลเห็นว่า มีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจที่เป็นกรณีเฉพาะตัวอย่างแท้จริงของฝ่ายปกครองหรือเป็นกรณีที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองเท่านั้น ศาลก็จะวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลแม้ในบางครั้งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจไม่มีความเหมาะสมหรือได้สัดส่วนบ้าง โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครองเท่านั้นจึงจะถือว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลจำเป็นต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบ

3.4 คำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะพบว่า ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติเป็นหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง โดยการบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองมิให้ใช้อำนาจที่เป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน ศาลปกครองไทยจึงได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในหลายกรณีที่ศาลเห็นว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหลักดังกล่าว โดยสามารถแบ่งกรณีต่าง ๆ ที่ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาได้ดังนี้

(1) กรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.15/2545⁴⁶ ผู้ฟ้องคดีเป็นสหภาพแรงงาน มัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทย ฟ้องว่าได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยได้ประกาศให้มัคคุเทศก์ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่กำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ หากผู้ใดไม่เข้ารับการอบรมเพิ่มเติมถือว่าฝ่าฝืนกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว มีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์จะพิจารณาพักใช้และเพิกถอนใบอนุญาตตามลำดับและอาจถูกปรับ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอน ข้อ 11 ทวิ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2536) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 เพื่อให้เป็นกฎหมายกำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวและอาชีพมัคคุเทศก์ และให้การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยทำหน้าที่ส่งเสริมและควบคุมการประกอบธุรกิจอาชีพดังกล่าวให้เป็นระเบียบและได้มาตรฐาน และเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) เนื่องจากเป็นยุคที่เทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อให้มัคคุเทศก์มีความรู้ทันต่อเหตุการณ์ สมควรให้มัคคุเทศก์มีหน้าที่เข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์เพิ่มเติม เพื่อเป็นการปรับปรุงมาตรฐานและเพิ่มคุณภาพของมัคคุเทศก์ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) โดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 กำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ให้เข้ารับการอบรม ย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ โดยสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับจากการอบรมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดียิ่งขึ้นและส่งผลดีถึงสิ่งที่มีมัคคุเทศก์จะพึงปฏิบัติในประการอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งกาย มารยาท รวมทั้งความประพฤติของมัคคุเทศก์ด้วย อันเป็นการสมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของ

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.15/2545 สหภาพแรงงานมัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทย (ผู้ฟ้องคดี)

มักคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ยินยอมให้กระทำได้ ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงออกมาใช้บังคับโดยไม่เกินขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด จึงไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมักคุเทศก์ พ.ศ. 2535 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้กล่าวถึง “หลักความได้สัดส่วน” ว่า “การกำหนดให้มักคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มักคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งข้อกำหนดดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักคุณภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมักคุเทศก์หรือสังคมโดยรวมและประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้มักคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมย่อมเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม เนื่องจากจะได้นำความรู้ที่ได้รับไปถ่ายทอดทำให้นักท่องเที่ยวได้มีความรู้ความเข้าใจข้อมูลต่าง ๆ อย่างถูกต้องทันต่อเหตุการณ์ และมักคุเทศก์ก็จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น จึงย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์อย่างเป็นทางการย่อมได้แก่บรรดาผู้ประกอบการมักคุเทศก์ทั้งหลายในที่สุด ในขณะที่มักคุเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ต้องเข้ารับการฝึกอบรมโดยเสียค่าใช้จ่ายทุก ๆ สองปีโดยประมาณเท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมักคุเทศก์จนเกินสมควร อันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ พิกษายกฟ้อง”

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาได้ว่า โดยที่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงของคดีประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงฯ แล้วเห็นว่า มาตรการที่ปรากฏในกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ (พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมักคุเทศก์ พ.ศ. 2535) ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมักคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐานบรรลุเป็นผลสำเร็จ โดยศาลได้นำ “หลักความเหมาะสม” มาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ว่าโดยถ้อยคำและข้อความที่ปรากฏในคำพิพากษานี้ จะมีได้ปรากฏคำว่า “เหมาะสม” หรือ “ได้สัดส่วน” ก็ตาม แต่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547⁴⁷ ผู้ฟ้องคดีกับพวกรวม 23 คน ฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีมีอาชีพประมง โดยทำการประมงในพื้นที่จังหวัดชุมพรและพื้นที่ใกล้เคียง และได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) และกรมประมง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยเห็นว่า ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ลงวันที่ 24 กันยายน 2542

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิด โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขปัญหาและป้องกันมิให้พ่อพันธุ์แม่พันธุ์และสัตว์น้ำวัยอ่อนถูกจับมากเกินไป และเพื่อให้สัตว์น้ำมีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนถาวรตลอดไป นั้น แม้มาตรการที่กำหนดไว้จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีกับพวกรวม 23 คน มากกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ซึ่งถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป โดยแม้จะกระทบต่อรายได้ของผู้ฟ้องคดีกับพวกรวม 23 คน ก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถนำเรือออกไปทำการประมงนอกพื้นที่หรือใช้เครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้ามหรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงในระยะต้องห้ามดังกล่าว ผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการประเมิผลที่ได้จากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 สามารถชดเชยค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก จึงเห็นได้ว่า ประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดี กับพวกรวม 23 คน ได้รับ ซึ่งการห้ามทำการประมงดังกล่าว มิได้ห้ามโดยสิ้นเชิงและ

⁴⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 นายสุนทร ทองคำ กับพวก รวม 23 คน (ผู้ฟ้องคดี)

ตลอดไป และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี อันจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 50 วรรคสอง และพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 มาตรา 32 อันมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติประเภทสัตว์น้ำให้ยั่งยืนซึ่งเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะโดยการกำหนดห้ามเฉพาะในช่วงระยะเวลาและสถานที่ที่กำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

(2) กรณีการวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.82/2548⁴⁸ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินตำบลท่าแร่ อำเภอบางเขน กรุงเทพมหานคร เนื้อที่ 67 ตารางวา ถูกเวนคืนเพื่อก่อสร้างทางพิเศษสายรามอินทรา – อารณรังค์ ตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในท้องที่เขตลาดพร้าว เขตบึงกุ่ม เขตบางกะปิ เขตห้วยขวาง เขตคลองเตย และเขตพระโขนง กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2533 ช่วงตั้งแต่ถนนรามอินทรา – ถนนพระราม 9 จำนวนเนื้อที่ 40 ตารางวา ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้รับค่าทดแทนตารางวาละ 21,000 บาท คิดเป็นเงิน 840,000 บาท คงเหลือที่ดินเนื้อที่ 27 ตารางวา และได้รังวัดแบ่งแยกโอนให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไปแล้วเมื่อปี 2539 ต่อมา ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้ยื่นคำขอสอบเขตต่อสำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร สาขาบางเขน ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ทำการรังวัดสอบเขตปรากฏว่า มีที่ดินอยู่ประมาณ 8 ตารางวา ที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามอ้างว่า ถูกเวนคืนเกินความจำเป็น โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้นำไปให้บุคคลอื่นเช่าเพื่อจำหน่ายต้นไม้ ซึ่งเป็นการเวนคืนผิดวัตถุประสงค์ ผู้ฟ้องคดีทั้งสามจึงขอให้คืนที่ดินดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสาม คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสามเกินความจำเป็นหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ในส่วนที่ดินประมาณ 8 ตารางวา ที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามกล่าวอ้างว่าถูกเวนคืนเกินความจำเป็นนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ใช้พื้นที่ดังกล่าวเพื่อก่อสร้างระบบสาธารณูปโภคของทางพิเศษเพื่อให้บริการประชาชนและระบบประปาซึ่งฝังอยู่ใต้ดินตามแนวเขตทางพิเศษตลอดแนว แม้ว่าการใช้ที่ดินบริเวณดังกล่าว

⁴⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.82/2548 นางโสมอุษา ชันนาค กับพวก รวม 3 คน (ผู้ฟ้องคดี)

จะมีใช้เป็นการก่อสร้างผิวทาง แต่เป็นส่วนหนึ่งของทางพิเศษตามข้อ 1 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 290 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2515 การเวนคืนที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงเป็นการเวนคืนตามวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในการก่อสร้างทางพิเศษสายรามอินทรา – อางนครงค์ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 จึงไม่อาจถือได้ว่าการเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสาม*เกินความจำเป็น* พิพากษายกฟ้อง

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาได้ว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ ศาลได้พิจารณาว่ามาตรการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ได้เวนคืนที่ดินเพื่อใช้ในการสร้างทางพิเศษและระบบสาธารณูปโภคของทางพิเศษ โดยเห็นว่าเป็นมาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ของการเวนคืนเพื่อใช้ในการก่อสร้างทางพิเศษบรรลุผลสำเร็จ อันเป็นการสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน โดยแม้ว่าจำนวนที่ดินที่ถูกเวนคืนจะมีปริมาณที่มากเกินความจำเป็นไปบ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงจำนวนเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับและประโยชน์ของเอกชนที่จะต้องเสียไปจากการเวนคืนที่ดินบริเวณดังกล่าว ดังนั้น จึงไม่เป็นกรณี*เกินความจำเป็น* แม้ว่าโดยถ้อยคำและข้อความที่ปรากฏในคำพิพากษานี้ จะมีได้ปรากฏถ้อยคำที่ชัดเจนที่แสดงให้เห็นถึงหลักความได้สัดส่วนก็ตาม แต่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.16/2545⁴⁹ ผู้ฟ้องคดี กับพวกรวม 6 คน ฟ้องว่า ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 417 สายท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานี – บรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 พ.ศ. 2540 เป็นเหตุให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีตกอยู่ในบริเวณที่ที่จะเวนคืน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากแนวนอนในบริเวณที่ที่จะเวนคืนช่วงเข้าตัวเมืองสุราษฎร์ธานี มิได้ยึดถือตามแนวนอนในเขตผังเมืองรวมเมืองสุราษฎร์ธานีตามมติของคณะกรรมการร่วมสามฝ่ายซึ่งประกอบด้วย กรมทางหลวง กรมการผังเมือง และจังหวัดสุราษฎร์ธานี

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า โครงการสร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 417 สายท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานี – บรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 เกิดขึ้นเนื่องจาก

⁴⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.16/2545 นายเกียรติ ศรีนุกาญจน์ กับพวก รวม 6 คน (ผู้ฟ้องคดี)

กรมทางหลวงมีความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการคมนาคมขนส่ง ซึ่งถนนเดิมเส้นทางคดเคี้ยว เขตทางแคบ มีโรงเรียนสิ่งปลูกสร้างขยายเขตทางไม่ได้ โดยโครงการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมโครงข่ายของถนน อำนวยความสะดวก ความรวดเร็ว และความปลอดภัย แก่การจราจรและการขนส่งในบริเวณพื้นที่ดังกล่าว โดยเฉพาะการเดินทางระหว่างเมืองสุราษฎร์ธานีกับท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานีและกรุงเทพมหานคร จากการสำรวจวางแผนพบว่า มีความไม่เหมาะสมทางเศรษฐศาสตร์และวิศวกรรมศาสตร์ของแนวผังเมืองรวม เนื่องจากแนวนอนของผังเมืองรวมมีเขตทาง 30 เมตร ขณะที่กรมทางหลวงต้องการเขตทาง 80 เมตร หากเวนคืนตามแนวนอนของผังเมืองรวมจะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนประมาณ 170 หลัง จ่ายค่าเวนคืนประมาณ 150 ล้านบาท ส่วนการเวนคืนตามแนวทางที่กรมทางหลวงกำหนด จะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนประมาณ 49 หลัง จ่ายค่าเวนคืนประมาณ 76 ล้านบาท กรมทางหลวงจึงได้ปรับแนวนอนตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึง “หลักความได้สัดส่วน” เพื่อให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคนเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เพื่อให้การแก้ไขปัญหาในด้านต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากที่สุด จึงเห็นว่เมื่อกรมทางหลวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการออกแบบจราจร การก่อสร้างและบำรุงทางหลวง ได้พิจารณากำหนดแนวเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนแตกต่างไปจากแนวเขตถนนที่กรมการผังเมืองได้สำรวจและกำหนดไว้เดิม และเป็นแนวนอนที่คณะกรรมการร่วมสามฝ่ายกำหนดให้ยึดถือไว้ การกำหนดแนวนอนในผังเมืองรวมจึงเป็นเพียงนโยบายอย่างกว้าง ๆ ยังไม่มีผลบังคับเด็ดขาด กรมทางหลวงจึงอาจกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการก่อสร้างถนนจริงแตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวม ตามมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมทางหลวง กระทรวงคมนาคม พ.ศ. 2538 ที่ให้อำนาจไว้ได้ ไม่เป็นการกระทำที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ฉะนั้นพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 417 สายท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานี – บรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 พ.ศ.2540 จึงชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.17/2545⁵⁰ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

⁵⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.17/2545 นายแพทย์ วินิจ วงษ์คนตรี (ผู้ฟ้องคดี)

กำหนดให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย (พื้นที่สีเหลือง) สามารถปลูกสร้างอาคารที่พักอาศัยได้ประเภทเดียว ไม่สามารถสร้างอาคารประเภทอื่นได้ ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจใช้ที่ดินก่อสร้างอาคารพาณิชย์หรืออาคารที่ใช้ประกอบการค้าได้ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกกฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542)

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542) มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนากรุงเทพมหานครและการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบทในด้านการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคมและการขนส่ง การสาธารณสุข โภค บริการสาธารณะ และสภาพแวดล้อมให้สอดคล้องกับการพัฒนาระบบเมืองในภาคต่าง ๆ และเขตปริมณฑลตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ โดยมีนโยบายและมาตรการเพื่อจัดระบบการใช้ประโยชน์ที่ดินให้มีประสิทธิภาพ สามารถรองรับและสอดคล้องกับการขยายตัวของชุมชนในอนาคต ส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจและโครงการบริการสาธารณะและพัฒนาด้านที่อยู่อาศัยและทางพาณิชย์กรรมให้สอดคล้องกับโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของชุมชน ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ส่วนข้อกำหนดในกฎกระทรวงที่ห้ามสร้างอาคารที่อยู่อาศัยและประกอบพาณิชย์กรรมประเภทอาคารใหญ่หรืออาคารสูงนั้น ผู้ฟ้องคดีก็ยังสามารถสร้างอาคารที่อยู่อาศัยและประกอบพาณิชย์กรรมประเภทอาคารที่มีขนาดหรือความสูงไม่เกินข้อกำหนดในที่ดินของผู้ฟ้องคดีได้ จึงเห็นได้ว่าข้อกำหนดในกฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542) เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 เพื่อประโยชน์ของกรุงเทพมหานครและประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ ถึงแม้จะมีข้อขัดข้องในการใช้สิทธิของบุคคลอยู่บ้าง แต่ก็มีสัดส่วนที่น้อยกว่าประโยชน์ที่กรุงเทพมหานครและประชาชนส่วนรวมจะได้รับ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 ออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ. 2542) กำหนดให้บริเวณที่ตั้งที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นพื้นที่สีเหลืองประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาได้ว่า การที่ศาลได้พิจารณาว่า ข้อกำหนดในกฎกระทรวงฯ มีความสอดคล้องและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 อันเป็นกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่าศาลได้พิจารณากรณีดังกล่าวโดยการนำ “หลักความเหมาะสม” ซึ่งเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบมาตรการที่ฝ่ายปกครองได้ออกมาใช้บังคับกับประชาชน นอกจากนี้ ศาลได้ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” มาวินิจฉัยในกรณี

ดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของเอกชนที่จะต้องเสียไปกับประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.18/2545⁵¹ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในการปลูกสร้างอาคารอันเนื่องมาจากกฎกระทรวง ฉบับที่ 483 (พ.ศ. 2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ซึ่งทำให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกกำหนดให้เป็นพื้นที่สีเขียวอ่อนประเภทที่โล่งเพื่อนันทนาการและการรักษาสิ่งแวดล้อม เอกชนผู้เป็นเจ้าของหรือครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถก่อสร้างอาคารประเภทที่อยู่อาศัยได้ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากฎกระทรวงฉบับดังกล่าวออกโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดต่อหนังสือกรมการผังเมืองและสภาพที่ดิน จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎกระทรวง ฉบับที่ 433 (พ.ศ. 2542)

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มีประเด็นที่เกี่ยวข้องที่ศาลต้องพิจารณาประการหนึ่งคือ การใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นพื้นที่สีเขียวอ่อน ประเภทที่โล่งเพื่อนันทนาการและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 หรือไม่ เพียงใด เห็นได้ว่าเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของการผังเมืองก็เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนให้สอดคล้องกับประโยชน์ของเอกชนอันเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินซึ่งได้แก่การจัดการเกี่ยวกับที่ดิน

สำหรับกฎกระทรวง ฉบับที่ 433 (พ.ศ. 2542) ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาและการดำรงรักษาเมืองและบริเวณที่เกี่ยวข้องหรือชนบทในด้านการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน การคมนาคมและการขนส่ง การสาธารณสุข ปลอดภัย บริการสาธารณะ และสภาพแวดล้อม เห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของกฎกระทรวงดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะจัดการเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดิน เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนเช่นเดียวกัน แม้จะเป็นการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีบ้าง แต่ก็มิได้จำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิง เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายนอกจากจะใช้ประโยชน์เพื่อนันทนาการ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม สาธารณูปโภคและสาธารณูปการหรือสาธารณประโยชน์แล้ว ยังสามารถใช้ประโยชน์เพื่อการอยู่อาศัยและการเกษตรกรรมได้โดยมีข้อห้ามบางประการตามที่

⁵¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.18/2545 นายนิทัศน์ สุวรรณวัฒนา กับพวก รวม 2 คน (ผู้ฟ้องคดี)

กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่กำหนดว่า สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับการคุ้มครอง ประกอบกับมาตรา 50 ของกฎหมายฉบับดังกล่าว ซึ่งกำหนดว่า การจำกัดเสรีภาพของประชาชนจะทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้พื้นที่ในบริเวณดังกล่าว เป็นพื้นที่โล่งเพื่อนันทนาการและการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม (สีเขียวอ่อน) จึงมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สามารถออกมาเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางประการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2547⁵² ผู้ฟ้องคดีกับพวกรวม 11 คน ฟ้องและเพิ่มเติมฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีสร้างอาคารสำนักงานเขตสวนหลวงในที่ดินบริเวณบึงบ้านม้า และสร้างรั้วคอนกรีตล้อมรอบบริเวณอาคาร ทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้อาศัยอยู่ในบริเวณดังกล่าว ไม่สามารถใช้ทางพิพาทออกสู่ถนนพัฒนาการ ได้ ผู้ฟ้องคดีที่ 1 จึงมีหนังสือร้องเรียนต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในขณะนั้น และผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งว่า การก่อสร้างอาคารสำนักงานเขตสวนหลวงที่ปิดกั้นทางเข้าออกนั้น เป็นการปิดชั่วคราว ด้วยเกรงว่าจะเกิดอันตรายจากการก่อสร้าง เมื่อก่อสร้างอาคารเสร็จแล้วผู้ถูกฟ้องคดีจะพิจารณาอนุญาตให้ประชาชนที่เดือดร้อนซึ่งเคยนำรถยนต์เข้าออกและจอดรถยนต์อยู่เดิมสามารถเข้าออกและจอดต่อไปได้ แต่เมื่อสำนักงานเขตสวนหลวงสร้างเสร็จในปี พ.ศ. 2538 ผู้ถูกฟ้องคดีก็ไม่เปิดทางพิพาทให้ประชาชนที่อาศัยอยู่บริเวณดังกล่าวได้ใช้ตามที่ผู้ฟ้องคดีที่ 1 เคยร้องขอ ผู้ฟ้องคดีที่ 1 จึงได้ร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร แต่ไม่ได้รับการแก้ไข จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีรื้อรั้วเปิดทางพิพาทให้ประชาชนได้ใช้ตามปกติต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า บึงบ้านม้าเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เดิมเป็นลำบึงขนาดใหญ่ ต่อมา มีสภาพดินเงินตลอดแนวลำบึง ประชาชนจึงให้เป็นที่ปลูกหญ้าเลี้ยง โคกระบือ อย่างไรก็ตาม แม้ที่ที่ดินบึงบ้านม้าจะมีสภาพดินเงินและไม่ได้ใช้เป็นที่กักเก็บน้ำหรือปลูกหญ้าเลี้ยง โคและกระบือแล้ว แต่ราบใดที่ยังไม่มีการถอนสภาพการใช้ประโยชน์โดยตราเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 8 วรรคสอง (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ดินบึงบ้านม้า

⁵² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.111/2547 นายดุสิต สามารถวาที กับพวก รวม 13 คน (ผู้ฟ้องคดี)

ก็ยังคงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันเช่นเดิม การที่ประชาชนใช้ที่ดิน บึงบ้านม้าบางส่วนเป็นทางออกสู่ถนนพัฒนาการเป็นปกติวิสัย ทางออกดังกล่าวก็ย่อมมีสภาพเป็น ทางสาธารณประโยชน์จากการใช้ร่วมกันของประชาชนอันเป็นทางสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันตามมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งอยู่ใน อำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะต้องดูแลรักษาและคุ้มครองป้องกันมิให้ผู้ใดบุกรุกหรือเข้าไป ครอบครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนดูแลให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์อย่างอื่นหรือ จัดการที่ดินดังกล่าวย่อมต้องมุ่งรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ร่วมกันของประชาชนเป็นสำคัญ การคัดรอน สิทธิการใช้ประโยชน์ของประชาชนในที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ ร่วมกันจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะและได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตาม กฎหมายและระเบียบข้อบังคับที่กำหนดไว้

การที่กรุงเทพมหานครนำที่ดินบึงบ้านม้าไปใช้สร้างอาคารสำนักงานเขต สวนหลวง อันเป็นการเปลี่ยนสภาพการใช้ประโยชน์จากสาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับ พลเมืองใช้ร่วมกันตามมาตรา 1304 (2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไปเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อใช้ประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการถอนสภาพการใช้ที่ดินดังกล่าวให้ ถูกต้องตามมาตรา 8 วรรคสอง (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินแต่อย่างใด การกระทำของ กรุงเทพมหานครในการนำที่ดินบึงบ้านม้ามาสร้างสำนักงานเขตสวนหลวงและสร้างรั้วปิดกั้น ทางพิพาทซึ่งเป็นทางสาธารณประโยชน์ที่ประชาชนยังใช้ร่วมกันอยู่ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ดูแลรักษาทางสาธารณประโยชน์ ก็มีได้ดำเนินการใด ๆ เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ทางพิพาทซึ่งเป็นทางสาธารณประโยชน์ จึงเป็นการ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ดี มีปัญหาต้องพิจารณาว่า ควรมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีเปิดทางพิพาท เพื่อให้ประชาชนใช้เป็นทางสาธารณประโยชน์ตามปกติต่อไปหรือไม่ เพียงใด เนื่องจาก ผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าไม่อาจเปิดทางพิพาทได้ เพราะทำให้ยากต่อการควบคุมรักษาความปลอดภัย สถานที่ตลอดจนทรัพย์สินของกรุงเทพมหานครนั้น เห็นว่าแม้อาคารสำนักงานเขตจะถือเป็น สถานที่สำคัญในการดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครอันเป็นบริการสาธารณะ ให้บรรลุผล และผู้ถูกฟ้องคดีได้สร้างสะพานทางเดินคอนกรีตเสริมเหล็ก (ค.ส.ล.) ด้านทิศตะวันออก

ของสำนักงานเขตสวนหลวงเพื่อให้ประชาชนเป็นทางออกสู่ถนนพัฒนาการแล้วก็ตาม แต่เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่า มีทางพิพาทที่เป็นทางสาธารณประโยชน์อยู่ในที่ดินบึงบ้านม้าด้านทิศตะวันตกซึ่งประชาชนใช้ร่วมกันเพื่อออกสู่ถนนพัฒนาการ โดยใช้เป็นทางรถยนต์ด้วยก่อนที่จะมีการก่อสร้างสำนักงานเขตสวนหลวง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีเพียงแต่สร้างสะพานทางเดิน ค.ส.ล. เลียบบึงบ้านม้าด้านทิศตะวันออกของสำนักงานเขตสวนหลวงเพื่อให้ประชาชนในบริเวณดังกล่าวใช้เป็นทางออกสู่ถนนพัฒนาการนั้น ยังไม่เป็นการสะดวกในการสัญจรออกสู่ถนนพัฒนาการของผู้ฟ้องคดีและประชาชนที่อยู่ด้านทิศตะวันตกของบึงบ้านม้า และทางที่ก่อสร้างเป็นเพียงทางเดินเท้าซึ่งไม่สามารถนำรถยนต์เข้าออกได้เช่น ทางพิพาทที่มีอยู่เดิม จึงไม่อาจทดแทนทางสาธารณประโยชน์เดิมที่ประชาชนยังใช้ร่วมกันอยู่ได้

นอกจากนั้น ถ้าเปิดทางพิพาทเป็นแนวยาวตลอดจากทิศเหนือซึ่งจดถนนพัฒนาการจนถึงทิศใต้ ประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณด้านทิศใต้สามารถเข้ามาใช้ทางพิพาทเป็นทางออกสู่ถนนพัฒนาการได้ด้วยและสะดวกกว่าใช้สะพานทางเดิน ค.ส.ล. ด้านทิศตะวันออกของสำนักงานเขตสวนหลวง ประโยชน์การเปิดทางพิพาทตลอดแนวทิศเหนือจดทิศใต้ดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับภาระค่าใช้จ่ายของผู้ถูกฟ้องคดีในการย้ายเสาไฟฟ้า หม้อแปลงไฟฟ้า โรงจอดรถ และก่อสร้างรั้วขึ้นใหม่ ถือได้ว่าเหมาะสมและไม่เป็นการเสียหายเกินจำเป็นสำหรับผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อประชาชน โดยส่วนรวมอันเป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีและกรุงเทพมหานคร ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ตามมาตรา 89 (6) ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษายืนตามศาลปกครองชั้นต้นให้ผู้ถูกฟ้องคดีรื้อถอนรั้วปิดกั้นทางพิพาท เพื่อให้ประชาชนได้ใช้เป็นทางสาธารณประโยชน์ตามปกติต่อไป โดยให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่มิคำพิพากษา

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาได้ว่า แม้ศาลจะพิจารณาแล้วเห็นว่า การนำที่ดินที่เป็นสาธารณประโยชน์ใช้ร่วมกันของประชาชนมาใช้ในการสร้างสำนักงานเขตสวนหลวงจะไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้ที่ดินนั้นมีไว้เพื่อให้ประชาชนใช้ร่วมกันบรรลุเป็นผลสำเร็จก็ตาม แต่การที่กรุงเทพมหานครได้ทำการสร้างสำนักงานเขตฯ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว แม้ศาลจะเห็นว่า การก่อสร้างดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็ไม่พิพากษาให้รื้อถอนอาคารสำนักงานเขตฯ ที่ได้ก่อสร้างไปแล้ว แต่ศาลก็ไม่ปฏิเสธที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ โดยแสดงให้เห็นว่าศาลได้ชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ได้รับจากก่อสร้างอาคารดังกล่าวกับความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับว่ามี

ความได้สัดส่วนกันหรือไม่ นอกจากนี้ การที่ศาลมีคำพิพากษาให้สำนักงานเขตฯ เปิดทางพิพาทให้ประชาชนใช้ร่วมกัน นั้น เห็นได้ว่า ศาลได้พิจารณาถึงต้นทุน ภาระค่าใช้จ่าย ของสำนักงานเขตฯ ที่จะต้องเกิดขึ้นเนื่องจากการเปิดทางพิพาทให้ประชาชนได้ใช้ร่วมกันว่ามีความเหมาะสมและได้สัดส่วนหากเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ประชาชนส่วนรวมจะได้รับ

(3) กรณีการลงโทษทางวินัยและการใช้อำนาจในการออกคำสั่งย้ายข้าราชการ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547⁵³ คดีนี้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ฟ้องคดี (นายรังสิทธิ์ สุทธิกุลานนท์) เป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต) ตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการ โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งที่ 172/2543 ลงวันที่ 11 พฤษภาคม 2543 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดตั้งแต่วันที่ 11 พฤษภาคม 2543 เป็นต้นไป ซึ่งในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนกล่าวหา นายกองกิจการบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตว่า ปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อเครื่องแบบนักเรียนโดยไม่ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบแบบแผนที่ทางราชการกำหนดไว้ จึงเป็นสาเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีโกรธแค้นและได้มีคำสั่งที่ 476/2544 ลงวันที่ 28 กันยายน 2544 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการช่วยราชการในส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และกลับไปปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงาน 6 ส่วนอำนวยการ โดยให้ปฏิบัติงานประจำ ณ ทำเทียบเรือรัชฎามีหน้าที่รับผิดชอบดูแลการใช้ทำเทียบเรือรัชฎาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและประสานงานระหว่างผู้เช่าทำเทียบเรือรัชฎากับผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทำเทียบเรือรัชฎาตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2544 เป็นต้นไป ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อนายกองกิจการบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต แต่ผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งยืนยันตามคำสั่งเดิม ผู้ฟ้องคดีจึงนำเรื่องมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น โดยขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 476/2544 ลงวันที่ 28 กันยายน 2544 เพิกถอนหนังสือที่ ภก 51001/1420 ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2544 และสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการดังเดิม

⁵³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 นายรังสิทธิ์ สุทธิกุลานนท์ (ผู้ฟ้องคดี)

ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัชฎา ซึ่งมีใช้ที่ทำการของทางราชการ จึงเป็นการออกคำสั่งที่ขัดต่อธรรมเนียมการปฏิบัติราชการทั่วไปที่ข้าราชการต้องปฏิบัติงานประจำในสถานที่ทำงาน หรือที่ทำการของทางราชการ และไม่มีเหตุผลและความจำเป็นถึงขนาดต้องให้ข้าราชการระดับ 6 ซึ่งมีความรู้ระดับปริญญาตรีต้องไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือดังกล่าว คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในการออกคำสั่ง และถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว

ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น โดยขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น โดยให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีมีผลบังคับตามเดิม

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตได้ออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ผู้หนึ่งซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตไปปฏิบัติหน้าที่ประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัชฎา ในการรับผิดชอบดูแลการใช้ท่าเทียบเรือรัชฎาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและประสานงานระหว่างผู้เช่าท่าเทียบเรือรัชฎากับองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตและหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการท่าเทียบเรือรัชฎา ซึ่งองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตได้ทำสัญญาและตกลงให้บริษัท ซีทรานทราเวล จำกัด เช่าท่าเทียบเรือเพื่อประกอบกิจการท่าเทียบเรือท่องเที่ยว ซึ่งโดยปกติแล้วบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในระดับดังกล่าวจะต้องมีหน้าที่เกี่ยวกับงานบริหารงานทั่วไปหรืองานเลขานุการที่ยากมากหรืองานที่ต้องประยุกต์ใช้ความรู้และประสบการณ์ ดังนั้น แม้ว่าองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตจะอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 ในการออกคำสั่งเกี่ยวกับการบรรจุ แต่งตั้ง และโยกย้าย แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวจะต้องสามารถดำเนินการให้เจตนาธรรมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น คำสั่งใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนาธรรมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ โดยที่กฎหมายฉบับดังกล่าวที่ให้อำนาจในการแต่งตั้งและโยกย้าย ย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น รวมทั้งการแต่งตั้งและโยกย้ายบุคคลส่วนท้องถิ่นเป็นไปด้วยความเป็นธรรมและทำให้บุคคลปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับความรู้

ความสามารถและตำแหน่ง ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวที่ให้เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ผู้ซึ่งมีหน้าที่โดยปกติทั่วไปในการบริหารงานทั่วไปหรืองานเลขานุการที่ยากมากหรืองานที่ต้องประยุกต์ใช้ความรู้และประสบการณ์ มิใช่เป็นเพียงผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่อาจให้บุคคลอื่นที่มีความรู้ความสามารถในระดับที่ต่ำกว่าปฏิบัติหน้าที่แทนได้ จึงแสดงให้เห็นว่าคำสั่งย้ายดังกล่าวไม่อาจทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้เกิดความเป็นธรรมในการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นเป็นจริงขึ้นมาได้เลย คำสั่งองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตดังกล่าว จึงเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องต่อ “หลักความเหมาะสม” ดังนั้น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

(4) กรณีการออกระเบียบข้อบังคับการเรียนและการลงโทษทางวินัยในสถานศึกษา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.139/2548⁵⁴ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็น นักศึกษาคณะวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ภาควิชาคณิตศาสตร์และสถิติของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ผู้ถูกฟ้องคดี) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 2543 ได้มีการสอบไล่วิชา ส.332 การวิเคราะห์การถดถอย ซึ่งอนุญาตให้นักศึกษานำเครื่องคำนวณเข้าไปในห้องสอบ ระหว่างทำการสอบ กรรมการคุมสอบพบว่า ผู้ฟ้องคดีและนักศึกษารายอื่นรวม 8 คน ได้จดข้อความเกี่ยวกับวิชา ส.332 ที่ฝ่าเครื่องคำนวณด้านในเข้าไปในห้องสอบด้วย คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีนักศึกษาทั้ง 8 คน เห็นว่ามีพฤติกรรมการสอบ เห็นสมควรลงโทษนักศึกษาทั้ง 8 คน โดยให้พักการศึกษา 1 ปีการศึกษา ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยขอให้ศาลเพิกถอนดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดี คดีจึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่สั่งลงโทษพักการศึกษาผู้ฟ้องคดี 1 ปีการศึกษา ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การออกคำสั่งดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีได้อาศัยอำนาจตามข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยวินัยนักศึกษา พ.ศ. 2513 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2516 ที่สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2495 ได้กำหนดข้อบังคับว่าด้วยวินัยเป็นกรอบการดำเนินการทางวินัยกับนักศึกษาในสังกัด และเป็นแนวทางสำหรับผู้ถูกฟ้องคดีในการถือปฏิบัติ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุม ดูแล ตลอดจนส่งเสริมความประพฤติของ

⁵⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.139/2548 นางสาวอัคราภรณ์ แสงเจริญ (ผู้ฟ้องคดี)

นักศึกษาให้ปฏิบัติในแนวทางที่ถูกต้อง หากมีการฝ่าฝืนข้อบังคับหรือระเบียบ ผู้ฝ่าฝืนต้องถูกลงโทษตามที่ข้อบังคับกำหนดไว้ โดยข้อบัญญัติในเรื่องวินัยเป็นมาตรการทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมให้นักศึกษามีจริยธรรม คุณธรรม มาตรฐานคุณภาพการศึกษาของผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้น การลงโทษพักการศึกษาของผู้ฟ้องคดีและผู้กระทำความผิดอื่นรวม 8 คน เป็นเวลา 1 ปีการศึกษา ถือว่า**เหมาะสมกับความผิด**และเป็นธรรมเนียมแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย พิพากษายกฟ้อง

(5) การจัดซื้อจัดจ้างและการประกวดราคา

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5-6/2546⁵⁵ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (ผู้ว่าราชการจังหวัดสมุทรสาคร) ในฐานะหัวหน้าส่วนราชการ ได้ออกประกาศประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ 12 ชั้น โรงพยาบาลสมุทรสาคร โดยผู้ฟ้องคดีเสนอราคาต่ำสุด แต่เนื่องจากราคาที่ผู้ฟ้องคดีเสนอยังสูงกว่าวงเงินงบประมาณและราคากลาง คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคาจึงได้เชิญผู้ฟ้องคดีมาต่อรองราคา แต่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นราคาเดิม คณะกรรมการดังกล่าวจึงได้เชิญผู้เสนอราคาทั้งสี่มาต่อรองราคาใหม่โดยวิธียื่นซองเสนอราคาตามข้อ 43 (2) ประกอบกับข้อ 50 (2) วรรคสี่ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และภายหลังได้มีมติเห็นควรจ้างผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ก่อสร้างอาคาร แต่เนื่องจากภายหลังได้มีการเพิ่มรายการก่อสร้างและเพิ่มวงเงินงบประมาณ อันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในรายละเอียดที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาซึ่งทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้เสนอราคาด้วยกัน ผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะหัวหน้าส่วนราชการมีอำนาจพิจารณายกเลิกประกวดราคา ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีจึงได้ออกประกาศให้ยกเลิกการประกวดราคาดังกล่าว แต่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการประกวดราคาดังกล่าวได้กระทำโดยถูกต้องตามระเบียบของทางราชการแล้ว จึงได้ยื่นอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งยกเลิกการประกวดราคา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ และได้ส่งคำอุทธรณ์ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณา เมื่อพิจารณาแล้วมีคำสั่งยกอุทธรณ์

ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศเรื่องประกวดราคาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารบริการ 12 ชั้น (ครั้งที่ 2) โรงพยาบาลสมุทรสาคร โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาในครั้งแรกและครั้งที่สองไว้แตกต่างกันและยังได้กำหนดคุณสมบัติอื่นไว้เพิ่มเติมอีกด้วย

⁵⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.5-6/2546 บริษัท เหมืองแร่สายทอง จำกัด (ผู้ฟ้องคดี)

ในการประกวดราคาครั้งที่สองมีผู้ยื่นซอง 14 ราย ผลการเปิดซองเสนอราคาปรากฏว่า มีผู้เสนอราคาที่มีคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้างครบถ้วนจำนวน 12 ราย ขาดคุณสมบัติเรื่องผลงานก่อสร้างจำนวน 2 ราย โดยรวมถึงผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเสนอราคาในการประกวดราคาครั้งที่สองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นการกีดกันมิให้ผู้ฟ้องคดีเข้าประกวดราคาและเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควร การประกวดราคาครั้งที่สองจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า มีประเด็นที่เกี่ยวข้องที่จะต้องพิจารณาว่า คำสั่งที่ให้ออกเลิกการประกวดราคาในครั้งแรกและกรณีการประกวดราคาครั้งที่สองที่กำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาต้องมีผลงานสูงขึ้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น กรณีแรก เป็นการปรับลดรายการก่อสร้างและเพิ่มวงเงินงบประมาณอันเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในรายละเอียดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารประกวดราคาซึ่งทำให้เกิดการได้เสียเปรียบระหว่างผู้เข้าเสนอราคาด้วยกัน และเมื่อมีเหตุจำเป็นในการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญก็เพื่อประโยชน์ของทางราชการ จึงชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีที่สอง การที่กำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาเพิ่มมากขึ้น ไม่เป็นการกีดกันหรือสร้างภาระแก่ผู้เข้าเสนอราคาแต่ประการใด แต่กลับเป็นผลดีต่อประโยชน์ของราชการในอันที่จะได้ผู้ซึ่งมีประสบการณ์ในการทำงานที่มีขนาดใหญ่มาก่อน มาดำเนินการก่อสร้าง และเป็นหลักประกันผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้างจะออกมาตามวัตถุประสงค์ที่วางไว้ได้ จึงชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

จากคดีนี้มีข้อสังเกตว่า ศาลได้นำ “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” มาใช้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน