



บทที่ 3

หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายต่างประเทศ

ในบทนี้ จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเลือกศึกษาและเปรียบเทียบหลักกฎหมายดังกล่าวของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และสหภาพยุโรป ซึ่งประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส ได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศแรก ๆ ที่ได้นำแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างชัดเจน โดยเฉพาะประเทศเยอรมันที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศต้นกำเนิดของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความชอบด้วยกฎหมายเป็นครั้งแรก โดยเป็นการศึกษาเพื่อให้ทราบถึงที่มา พัฒนาการ ความหมาย องค์ประกอบ สถานะ และผลทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม หลังจากได้ศึกษาถึงแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนในสองประเทศและของสหภาพยุโรปแล้ว แม้จะพบว่ามียุทธวิธีที่แนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนของสามระบบกฎหมายดังกล่าวอาจมีความแตกต่างกันและไม่เหมือนกันในบางประการ เช่น วิวัฒนาการ การยอมรับ หรือสถานะของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวถึงและอธิบายต่อจากนี้ไป แต่ความแตกต่างดังกล่าวมิได้กระทบต่อแนวความคิดหรือสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนที่เป็นสาระสำคัญแต่ประการใด โดยในการศึกษาถึงหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายต่างประเทศในบทนี้ จะได้กล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนของระบบกฎหมายเยอรมันก่อนแล้วจึงเป็นการศึกษาถึงหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นลำดับต่อมา แล้วจึงศึกษาถึงหลักกฎหมายดังกล่าวของระบบกฎหมายสหภาพยุโรปเป็นลำดับสุดท้าย

1. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน¹

1.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

บทบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสและรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมา (ค.ศ. 1918-1919) ประชาชนเยอรมันยังคงอ้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการกระทำของรัฐ โดยนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาหรือตีความในชั้นศาลได้ แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา โดยผลของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเยอรมัน ซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 มีชื่อเรียกว่า “Grundgesetz” โดยชาวเยอรมันจะเรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law)” ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีหลักการสำคัญได้แก่ การบัญญัติรับรองให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นสิ่งที่สามารถมีผลใช้บังคับได้โดยตรง (unmittelbare Wirkung)²

ดังนั้น เมื่อพิจารณาภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน จึงเห็นได้ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) หรือที่เรียกว่ากฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ประการสำคัญในการคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นอย่างยิ่ง โดยรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกณฑ์ประการสำคัญไว้ว่า การใช้อำนาจของรัฐจะต้องกระทำโดยสอดคล้องและผูกพันต่อหลักนิติรัฐ³ ขณะเดียวกัน ในบทบัญญัติ

¹ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, 1st ed. (London: Kluwer Law International, 1996), pp.23-66

² Konrad Hesse, *Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 12. Aufl., Heidelberg Karlsruhe. S. 118-110. อ้างถึงใน กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: 4 ประเด็นสำคัญ,” *วารสารกฎหมายปกครอง* 18 (2541): 166

³ หลักนิติรัฐ เป็นหลักการที่ได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 20 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน

The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 20 (Basic principles of the Constitution : Right to Resist)

(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state.

(2) All state authority emanates from the people. It shall be exercised by the people by means of elections and voting and by specific legislative, executive, and judicial organs.

รัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้อย่างชัดเจน โดยหลักการประการสำคัญที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยมีลักษณะเป็นการประกันการใช้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหนึ่งในหลักการสำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องกระทำ “เท่าที่จำเป็น” โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 19 (2)⁴ โดยมีสาระสำคัญว่า รัฐจะกระทำการใด ๆ อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนได้ในขอบเขตจำกัดและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้เฉพาะเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น

จากความในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวข้างต้น จึงแสดงให้เห็นว่าการใช้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนกับหลักความได้สัดส่วนเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์กันอย่างไม่อาจแยกออกจากกันได้ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันได้ให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างยิ่งและได้บัญญัติยอมรับว่าในการใช้อำนาจอรัฐ รัฐมีอาจใช้อำนาจของตนโดยอำเภอใจและปราศจากขอบเขต แต่การใช้อำนาจอรัฐดังกล่าวจำต้องใช้ให้สอดคล้องและอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อันได้แก่ หลักความได้สัดส่วน โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้เป็นมาตรฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน (Bundesverfassungsgericht) โดยนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณากรณีที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญและนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งหลายโดยศาลปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ

(3) Legislation shall be subject to the constitutional order; the executive and the judiciary shall be bound by law and justice.

(4) All Germans shall have the right to resist any person or persons seeking to abolish that constitutional order, should no other remedy be possible.

⁴ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 19 (2) “In no case may the essential content of a basic right be encroached upon.”

ของประชาชน อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ หลักความได้สัดส่วนยังได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนด้วยเช่นกัน⁵

1.2 หลักนิติรัฐในฐานะที่เป็นรากฐานและที่มาของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

แนวความคิดพื้นฐานอันแท้จริงของหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhältnismässigkeit) ได้แก่ ความต้องการที่จะให้รัฐใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุ (Übermassverbot)

ในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยเฉพาะจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ “หลักความได้สัดส่วน” ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีที่มาจากหลักนิติรัฐ⁶ โดยถือว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ระดับรัฐธรรมนูญที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐทุกประเภท โดยเฉพาะเป็นหลักที่นำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยมีเงื่อนไขประการสำคัญของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพว่า ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจำต้องผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วน หรืออาจกล่าวได้ว่าในการกระทำของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น จำต้องกระทำอย่างเหมาะสมและเท่าที่จำเป็นและจะต้องไม่เป็นการสร้างภาระเกินสมควรให้แก่ประชาชน⁷ อันเป็นการประกันและก่อให้เกิดความมั่นคงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าระบบกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันจะให้การยอมรับอย่างชัดเจนว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีที่มาจากหลักนิติรัฐ แต่อาจศึกษาถึงที่มาของหลักความได้สัดส่วนโดยแบ่งแยกได้เป็น 2 ช่วงระยะเวลา ได้แก่

⁵ E. Dahlinger, *DöV* 1966, S. 818 ff. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 196

⁶ *BVerfGE* 19, 342 (348) อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง 19, 1 (เมษายน 2543): 172

⁷ *BVerfGE* 48, 402 อ้างถึงใน Schwarze (1988), p. 687

ช่วงแรก อันเป็นช่วงที่ยังมิได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมาย ซึ่งรากฐานของแนวความคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน Wieacker⁸ เห็นว่ามีรากฐานมาจาก “ความยุติธรรมโดยทั่วไป” 3 ประการ กล่าวคือ

1. ความยุติธรรมในลักษณะของการตอบแทน (die vergeltende Gerechtigkeit)
2. ความยุติธรรมในลักษณะของการแบ่งส่วน (die zuteilende Gerechtigkeit)
3. กฎหมายย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อรับใช้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม

Wieacker เห็นว่า การจำกัดขอบเขตของการดำเนินการตามกฎหมาย ย่อมขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว วัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นตัวกำหนดการดำเนินการของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบของการดำเนินการดังกล่าว โดยพิจารณาจากวิธีการ วัตถุประสงค์ และความสัมพันธ์ หลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นการแสดงถึงความสอดคล้องเหมาะสมระหว่างวิธีการและวัตถุประสงค์นั้น ถือเป็นหลักที่มีลักษณะทั่วไปและมีมาตั้งแต่ดั้งเดิมอันเป็นหลักที่ใช้สำหรับควบคุมการกระทำของรัฐทั้งหลายให้ชอบด้วยกฎหมาย ความพยายามเบื้องต้นในการกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายและการควบคุมการกระทำของรัฐ ได้แสดงออกโดยทฤษฎีวัตถุประสงค์ของรัฐตามหลักเหตุผล⁹ ซึ่งในขั้นแรกนั้นมีเป้าหมายเพียงเป็นการให้เหตุผลในการดำเนินการของรัฐ และได้มีพัฒนาการต่อมาไปสู่การให้เหตุผลในการกระทำของรัฐอันใดอันหนึ่ง ซึ่งมีความเป็นไปได้ที่จะเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง หากแต่ไม่เลือกมาตรการอื่น ๆ นั้น พัฒนาการในเบื้องต้นจึงเป็นพัฒนาการที่มาจากหลักความชอบของรัฐในทางนามธรรม แล้วค่อย ๆ พัฒนาไปสู่การเป็นเกณฑ์มาตรฐานในการควบคุมการกระทำของรัฐ กล่าวคือ การควบคุมการกระทำของรัฐให้มีความเหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการกระทำนั้น¹⁰

⁸ Wieacker, Festschrift R.Fischer, 1979, S. 874 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายปกครอง 19, 1: 169

⁹ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1959, S. 232 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

¹⁰ G. Haverkate, Rechtsfrage der Leistungsstaates, 1983, S. 13 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

ช่วงที่สอง อันเป็นช่วงที่มีการยอมรับหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมายอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก โดยการศึกษาปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐปรัสเซียได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่คดี และอาจกล่าวได้ว่าเป็นพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในยุคสมัยใหม่ที่มีความสำคัญยิ่ง ในช่วงประมาณตอนปลายของคริสต์ศตวรรษที่ 19 “ศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐปรัสเซีย” ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เป็นการควบคุมตรวจสอบและทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการออกกฎและคำสั่ง โดยวินิจฉัยว่า “แม้เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหรือคำสั่งใด ๆ อย่างไม่ปฏิบัติตาม การใช้มาตรการที่เกินความจำเป็นจะไม่ได้รับการคุ้มครองจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่ประการใด” นอกจากการที่ศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐปรัสเซียได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้ในกฎหมายทั่วไปของแผ่นดินของมลรัฐปรัสเซีย (Allgemeines Landrecht fuer die preussischen Staaten) ตาม Paragrap 10 II 7 ของกฎหมายตำรวจ (Polizeirecht) ด้วยเช่นกัน และนับตั้งแต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความได้สัดส่วนจึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมายเยอรมันอย่างชัดเจน

C.G. Svarez มีความเห็นว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นรากฐานของกฎหมายมหาชน โดยมีสาระสำคัญว่า รัฐนั้นมีสิทธิที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้เท่าที่เป็นความจำเป็นเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้เสรีภาพและความมั่นคงของทุกคนสามารถที่จะดำรงอยู่ได้ โดยเห็นว่า หลักการดังกล่าวเป็นการแสดงออกถึงความมีเหตุผลและเป็นส่วนหนึ่งของปรัชญาในยุคพุทธิปัญญา (Philosophie der Aufklaerung) การที่หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายตำรวจของมลรัฐปรัสเซีย นั้น จึงถือได้ว่าหลักดังกล่าวเป็นเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดอำนาจในการแทรกแซงของตำรวจ¹¹

นอกจากนี้ ยังมีนักนิติศาสตร์ของเยอรมันอีกหลายท่านที่ต่างให้การยอมรับว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีความจำเป็นต่อการใช้อำนาจของตำรวจด้วยเช่นกัน เช่น G.H. von Berg¹² เป็นบุคคลแรกที่ได้กล่าวถึงอย่างชัดเจนถึงหลักความได้สัดส่วนสำหรับการกระทำ

¹¹ Klaus Stern, Das Staatsrecht, Band III/2, S. 766 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

¹² G.H. von Berg, Handbuch des Teuschen Polizeirecht, 2 Aufl. 1802, S. 89 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน: 170

ของตำรวจ และ O. Mayer¹³ โดยเห็นว่า การใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นอย่างได้สัดส่วน จนอาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนหรือหลักห้ามมิให้กระทำเกินกว่าเหตุนี้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ได้รับการยอมรับมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว

อย่างไรก็ตาม นอกจากคำพิพากษาของศาลเยอรมันเป็นจำนวนมากที่ได้ให้การยอมรับและแสดงให้เห็นว่าหลักนิติรัฐเป็นรากฐานและที่มาของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว ยังมีมาตราต่าง ๆ ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ ได้แก่ มาตรา 1¹⁴ มาตรา 19 (2)¹⁵ มาตรา 20¹⁶ และมาตรา 79 (3)¹⁷ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีสาระสำคัญในการห้ามรัฐกระทำการใด ๆ อันมีผลเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยมีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ โดยอาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่เป็นองค์ประกอบหรือเป็นส่วนเติมเต็มของหลักนิติรัฐ โดยเป็นหลักที่ทำหน้าที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ ในการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้เฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ และจำต้องกระทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์ของส่วนรวม

¹³ O. Mayer, Deutscher Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1985, S. 267 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

¹⁴ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 1 : Protection of human dignity

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

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

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

¹⁵ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 19 (2) “In no case may the essential content of a basic right be encroached upon.”

¹⁶ อุซิงอรรถ 3

¹⁷ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 79 (3) “Amendments of this Basic Law affecting the division of the Federation into Laender, the participation on principle of the Laender in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 and 20, shall be inadmissible.”

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปถึงที่มาและวิวัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันได้ว่า ได้รับการนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในกฎหมายตำรวจ และมีการปรับใช้โดยศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐปรัสเซีย ซึ่งพัฒนาการเรื่อยมาจนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้มีคำพิพากษาและวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐาน และยอมรับเสมอมาว่าหลักความได้สัดส่วนเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีที่มาจาก “หลักนิติรัฐ” และเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ จึงมีผลทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรจะต้องผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน

1.3 ความหมายและองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หากจะพิจารณาถึงถ้อยคำที่แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนโดยการพิจารณาและศึกษาจากบทบัญญัติของกฎหมายประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมัน จะพบว่ามีกรเรียกโดยการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” แต่ทั้งนี้ ความแตกต่างดังกล่าวมิได้กระทบต่อแนวความคิดที่เป็นสาระสำคัญ ความหมาย และองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนโดยรวมแต่ประการใด

(1) ความหมายของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

“หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” เป็นหลักกฎหมายที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางกฎหมายกับมาตรการของรัฐที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้น ๆ

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่มีบทบาทมากในระบบกฎหมายมหาชนของเยอรมันและมีค่าบังคับในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักนี้เรียกร้องว่าวิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์นั้นจะต้องมีความเหมาะสม คือเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ มีความจำเป็น คือเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และมาตรการที่ใช้ต้องได้สัดส่วนกับเป้าหมาย

ที่จะได้รับกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกกระทบ (in einem angemessenen Verhältnis stehen)¹⁸

จากความหมายของหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวข้างต้นที่ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายเยอรมันทั้งจากทฤษฎีแห่งกฎหมายและคำพิพากษาของศาล อาจกล่าวอีกนัยได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีลักษณะเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ โดยมีความมุ่งหมายและต้องการให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบระหว่างวัตถุประสงค์ปลายทางและมาตรการที่รัฐนำมาใช้ หากมาตรการที่รัฐนำมาใช้มีลักษณะเกินความจำเป็นหรือไม่ได้สัดส่วน ผลทางกฎหมายของการใช้มาตรการที่มีลักษณะดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

(2) องค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

เมื่อพิจารณาจากคำราทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลเยอรมันแล้วพบว่าการกล่าวถึงองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนยังไม่เป็นที่ยุติและอาจมีความแตกต่างกันออกไป¹⁹ อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้นิยามและกำหนดองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนว่า หมายความว่า หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เช่นเดียวกับ Krauss²⁰ ในขณะที่ Lerche²¹ และ Gentz²² ให้นิยามหลักความได้สัดส่วนว่า หมายความว่า หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเท่านั้น โดยไม่รวมความถึงหลักความเหมาะสม แต่ทั้งนี้ องค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนดังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและเป็นที่ยุติกันอย่างแพร่หลาย ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจสอดคล้องในแนวทางเดียวกันเมื่อมีการกล่าวถึงองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน ในการอธิบายถึงองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน

¹⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. (กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 263-264

¹⁹ Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 25

²⁰ Aao (Amn 6)

²¹ Aao (Amn 6, S 21)

²² (1968) NJW 1600

ในระบบกฎหมายเยอรมันในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงเห็นควรพิจารณาและยึดถือองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน โดยการพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลเยอรมันแล้วสรุปให้ทราบถึงแนวความคิดของศาลที่มีต่อองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลเยอรมัน สามารถพิจารณาและสรุปองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันได้ 3 ประการ ดังนี้

(2.1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability)

หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึง ความเหมาะสมของวิธีการหรือมาตรการของการกระทำใดการกระทำหนึ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายมุ่งประสงค์ไว้ มาตรการใดที่ไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายสามารถบรรลุเป็นผลสำเร็จได้หรือการบรรลุวัตถุประสงค์นั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความเหมาะสม

คำพิพากษาของศาลเยอรมันเป็นจำนวนมากที่นำหลักความเหมาะสมมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อให้รัฐจำต้องใช้อำนาจของตนให้สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน โดยในคำพิพากษาที่นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐสามารถสะท้อนและแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในแนวความคิดของหลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) ว่าเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน เช่น ฝ่ายปกครองไม่อาจออกมาตรการที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้เจ้าของสุนัขจำต้องเก็บรักษากรงสัตว์ไว้ในห้องที่มีลักษณะมิดชิดโดยการกล่าวอ้างว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เป็นการรบกวนและเกิดเสียงรบกวนต่อเพื่อนบ้าน เนื่องจากมาตรการเช่นว่านี้ มีลักษณะไม่สอดคล้องและไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสัตว์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสัตว์อื่นเป็นกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสามารถบรรลุเป็นผลสำเร็จได้

อย่างไรก็ตาม การอธิบายถึงความหมายของหลักความเหมาะสมของมาตรการหรือวิธีการอันใดอันหนึ่งตามแนวทางใหม่ในปัจจุบันได้นำสถานการณ์หรือสภาพการณ์มาเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณาควบคู่ไปกับมาตรการหรือวิธีการและวัตถุประสงค์ทางกฎหมายไปพร้อม ๆ กัน

ซึ่ง Pieroth และ Schlink²³ ได้อธิบายว่า “ความเหมาะสม” หมายความว่าถึง สภาพการณ์ที่รัฐได้ทำการแทรกแซงและภายในสภาพการณ์นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นมาตรการที่จะสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

จากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ได้ยอมรับในหลักความเหมาะสมและพิจารณากรณีการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องต่อหลักความเหมาะสมไว้ว่า ในการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องกระทำให้สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วนโดยการเลือกใช้มาตรการที่*เหมาะสม*และสอดคล้องกับเป้าหมายนั้น ๆ²⁴ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน บทบัญญัติดังกล่าวจำเป็นต้องบัญญัติโดยผูกพันต่อ*หลักความเหมาะสม*ด้วยเช่นกัน²⁵ การที่ศาลได้วางหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวนี้ สามารถพิจารณาและตีความในกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีของกระบวนการนิติบัญญัติได้ออกเป็นสองประการ กล่าวคือ

ประการแรก มาตรการใด ๆ ที่จะถือว่า*ไม่เหมาะสม*ต่อเมื่อมาตรการนั้น ๆ เป็นมาตรการที่ไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายบรรลุเป็นผลสำเร็จได้อย่างสิ้นเชิง แต่มาตรการดังกล่าวอาจ*เหมาะสม*แม้ว่าจะทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายเพียงบางส่วนเกิดเป็นผลสำเร็จขึ้นก็ตาม

ประการที่สอง แม้มาตรการทางกฎหมายใด ๆ อาจไม่ใช่มาตรการที่ทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายบรรลุผลสำเร็จในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดสินใจเลือกใช้มาตรการนั้นก็ไม่ได้ทำให้มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทันที

ในคดี Commercial long-distance traffic (Werkfernverkehrs) ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยโดยไม่เห็นว่าเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยเหตุผลว่า ในช่วงระยะเวลา

²³ Pieroth and Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*. 9. Aufl., S. 72. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 201

²⁴ *BVerfGE* 30, 292 (316) ; E 33 S 171 (187) อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 26

²⁵ *BVerfGE* 16, 147 (181) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

ขณะที่มีการบัญญัติกฎหมายฉบับดังกล่าวถือเป็นระยะเวลาที่กระชั้นที่จะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถทราบหรือคาดการณ์ถึงผลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ แต่ศาลจะถือว่ามาตรการทางกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อมาตรการดังกล่าวนั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนในขณะนั้นว่าไม่อาจที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างสิ้นเชิงตั้งแต่ระยะเริ่มต้นของการบัญญัติกฎหมาย

แนวความคิดดังกล่าวได้รับการยืนยันต่อมาในคดี *Mitfahrerzentralen*²⁶ ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหน่วยงานหนึ่งที่มีอำนาจในการควบคุมหน่วยงานเอกชนที่ทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการเดินทาง โดยการอาศัยรถยนต์ร่วมกัน ได้ออกมาตรการที่จำกัดสิทธิบางประการของ *Mitfahrerzentralen* โดยการอาศัยข้อเท็จจริงเพียงว่าเพื่อเป็นการทำให้เกิดความปลอดภัยในการสัญจรทางถนนและป้องกันอันตรายของผู้โดยสาร เป็นกรณีที่ไม่เหมาะสมและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างสิ้นเชิง (*objectively unsuitable/objektiv untauglich*)²⁷

นอกจากนี้ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญในระยะเวลาต่อมาที่แสดงให้เห็นในกรณีที่เป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเนื่องจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายโดยกำหนดให้ผู้ขายสินค้าต้องมีความชำนาญในสินค้าทุกประเภทที่ตนขายโดยอาศัยเหตุผลเพียงว่าเพื่อเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภคนั้น มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมและไม่อาจทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจบังเกิดผลในทางปฏิบัติขึ้นมาได้ จึงเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน (*plainly unsuitable/schlechthin ungeeignet*)²⁸

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้ผูกพันและสอดคล้องต่อหลักความเหมาะสม นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้พิพากษาและวางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจำต้องบัญญัติกฎหมายโดยผูกพันต่อหลักความเหมาะสมต่อเมื่อหากพิจารณาจากสถานการณ์แล้วเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติทราบและตระหนักดีว่ากรณีใดเป็นกรณีที่เหมาะสมต่อความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม ศาลจะไม่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

²⁶ เป็นหน่วยงานเอกชนที่ทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการเดินทางโดยการอาศัยรถยนต์ร่วมกัน

²⁷ *BVerfGE* 17, 306 (315) อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 26

²⁸ *BVerfGE* 19 S 330 (338) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

อันเกิดจากการใช้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงเพราะเหตุว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะที่ไม่แน่นอนชัดเจนหรือมีลักษณะเป็นการให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ดี ในส่วนของระดับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลดังกล่าวข้างต้นอาจมีความแตกต่างกันออกไปตามแต่ละกรณี โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ในการประเมินและตัดสินใจประกอบการร่างกฎหมายว่าเป็นข้อเท็จจริงที่มีความเหมาะสมหรือไม่²⁹ เช่น การใช้อำนาจดุลพินิจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางกรณี ศาลจะพิจารณาทบทวนเฉพาะเพียงว่าฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยข้อเท็จจริงในการบัญญัติกฎหมายอย่างเพียงพอหรือไม่เท่านั้น โดยศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด กรณีดังกล่าว ศาลจะสันนิษฐานไว้ก่อนเสมอว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้อาศัยข้อเท็จจริงประกอบการตัดสินใจอย่างถูกต้องเหมาะสม เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้กระทำการดังกล่าวอย่างไม่ถูกต้องหรือผิดพลาดอย่างชัดเจน³⁰ ทั้งนี้ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับการสันนิษฐานเช่นว่านี้ เนื่องมาจากการที่ศาลยอมรับว่าฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีสิทธิที่จะประเมินข้อเท็จจริงอย่างผิดพลาด (right to err ในภาษาอังกฤษ หรือ Recht zum Irrtum ในภาษาเยอรมัน) ต่อเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ ในขณะที่หากเป็นกรณีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลอาจใช้ดุลพินิจของตนทบทวนตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติต่อเมื่อหากเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเกินขอบเขต³¹ หรือเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายนิติบัญญัติ³² และมีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องดำเนินการแก้ไข (amend) หรือเพิกถอน (repeal) บทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่สอดคล้องหรือผูกพันต่อหลักความเหมาะสม³³ และในคดี Mühlengesetz³⁴ ศาลได้ยืนยัน

²⁹ BVerfGE 7, 377 (412), E 25, S 1 (13) etc. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

³⁰ BVerfGE 17, 306 (317) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

³¹ BVerfGE 7, 377 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 28

³² BVerfGE 37, 1 (20), E 40 S 196 (223) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 27

³³ BVerfGE 30, 250 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

³⁴ BVerfGE 25, 1 (13) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 28

ให้เห็นว่าเป็นอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะ (exclusively) ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องดำเนินการแก้ไข หรือเพิกถอนให้สอดคล้องต่อหลักความเหมาะสม ทั้งนี้ ในการพิจารณาทบทวนตรวจสอบดังกล่าว ของศาล ศาลจะไม่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดของฝ่าย นิติบัญญัติดังกล่าวข้างต้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทันที เนื่องจากศาลเห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถใช้ดุลพินิจของตนให้มีความแตกต่างและเหมาะสมตามแต่ละสถานการณ์กันออกไป³⁵ หรือ แม้แต่ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาแล้วและไม่ปรากฏว่ามาตรการดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นกรณีที่ไม่มีความเหมาะสมแต่ประการใด โดยศาลจะไม่วินิจฉัยว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจ ของตน โดยปราศจากความเหมาะสม แม้ว่าท้ายสุดแล้วมาตรการดังกล่าวจะไม่อาจทำให้ วัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติคาดหวังจะไม่สามารถบังเกิดผลขึ้นได้อย่างแน่แท้

จากคำพิพากษาของศาลสามารถแสดงให้เห็นถึงขอบเขตของการควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติให้สอดคล้องต่อหลักความเหมาะสมได้ว่า *ประการแรก* ศาลจะควบคุมตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ในการเป็นฐานข้อมูลนั้นมีความเหมาะสม หรือไม่ *ประการที่สอง* ศาลจะควบคุมตรวจสอบในกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากความผิดพลาดอย่าง ชัดแจ้งเท่านั้น *ประการที่สาม* ในการควบคุมตรวจสอบของศาล ศาลมีความเห็นว่าดุลพินิจของ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความแตกต่างจากดุลพินิจของศาลได้ ซึ่งศาลจะไม่วินิจฉัยในทันทีว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกมาตรการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักความเหมาะสม

ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปถึงผลทางกฎหมายของการที่ศาลได้มีคำวินิจฉัย โดยการยอมรับใน “หลักความเหมาะสม” ว่าเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของ “หลักความได้สัดส่วน” ได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร จำต้องใช้อำนาจของตน โดย ผูกพันต่อหลักความเหมาะสม กล่าวคือ ในการใช้อำนาจดุลพินิจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายตุลาการ จำต้องใช้ดุลพินิจของตนให้สอดคล้องกับมาตรฐานของวิญญูชนโดยทั่วไป (objective standards) และไม่ใช้ดุลพินิจดังกล่าวโดยอำเภอใจ (subjective judgment of the administration) ดังนั้น มาตรการใดที่มีลักษณะไม่สอดคล้องต่อหลักความเหมาะสม จึงทำให้มาตรการนั้นไม่อาจใช้ บังคับได้

³⁵ BVerfGE 50 S 290 (333) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p.27

(2.2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity/Milder/Mildest Means)

หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) ได้รับการยอมรับจากคำพิพากษาของศาลเยอรมันว่าเป็นหนึ่งในสามองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน โดยในคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลที่ได้กล่าวถึงหลักความจำเป็น ศาลจะแสดงให้เห็นถึงสาระสำคัญของหลักความจำเป็นอย่างเสมอมาว่า ในการพิจารณาถึงการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องกับหลักความจำเป็นนั้น จะต้องพิจารณาจากมาตรการที่ใช้บังคับ กล่าวคือ มาตรการที่เหมาะสมอาจไม่ใช่มาตรการที่จำเป็นที่ควรจะนำมาใช้บังคับ โดยหลักความจำเป็น เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสมและมาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนเป็นมาตรการที่ทำให้การกระทำนั้น ๆ บรรลุวัตถุประสงค์ด้วยกันทั้งสิ้น หรืออาจกล่าวได้ว่า มาตรการใดจะเป็นมาตรการตามหลักความจำเป็นต่อเมื่อไม่สามารถที่จะเลือกมาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกได้ อีกทั้งมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานน้อยที่สุด³⁶

ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องต่อหลักความจำเป็น ศาลจึงวางหลักเกณฑ์และมีเงื่อนไขซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการถ่ายทอดและแสดงให้เห็นถึงความหมายของหลักความจำเป็นได้อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการให้ฝ่ายปกครองเลือกตัดสินใจ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่มีความจำเป็นที่สุด ซึ่งมาตรการที่จำเป็นที่สุดได้แก่มาตรการเพียงมาตรการเดียวที่มีผลกระทบต่อประชาชนและประโยชน์สาธารณะน้อยที่สุดแต่ก่อให้เกิดประโยชน์มากที่สุดได้ในขณะเดียวกัน

ทั้งนี้ *Haverkarte* มีความเห็นต่อกรณีที่ศาลได้นำหลักความจำเป็นมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่า หลักความจำเป็นมิใช่หลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยศาล แต่หลักความจำเป็นมีฐานะเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นข้อจำกัดเพื่อมิให้ฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีลักษณะที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

³⁶ BVerfGE 30, 202 (316) ; 63, 88 (115); 70, 278 (286) อ้างถึงใน บรรณเจด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, หน้า 204

ของประชาชนอย่างเกินขอบเขต³⁷ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยว่า ตามความเห็นของ *Haverkarte* หลักความจำเป็นจะถูกนำมาใช้เฉพาะในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลา ก่อนการออกมาตรการเท่านั้นอันมีลักษณะเป็นการควบคุมในเชิงป้องกัน

อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวข้างต้นมิได้กระทบต่อการที่ศาลจะนำ หลักความจำเป็นมาใช้เป็นมาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐแต่ประการใด โดย คำพิพากษาเป็นจำนวนมากที่แสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำหลักความจำเป็นมาใช้ในฐานะที่เป็น ข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐประการหนึ่ง ในคดีหนึ่ง ศาลพิพากษาว่าการห้ามมิให้มีการใช้ยานพาหนะ บนถนนบางสายในเวลากลางคืนเป็นระยะเวลาเพียงไม่กี่เดือน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เป็นการรบกวนนักท่องเที่ยวในช่วงกลางคืน เป็นมาตรการที่ไม่เกินความจำเป็นและสามารถบังคับใช้ได้³⁸

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในปี ค.ศ. 1968 ที่แสดงให้เห็นถึง การนำหลักความจำเป็นมาใช้เป็นมาตรฐาน ในการควบคุมตรวจสอบข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณี การเดินขบวนของชาวเวียดนาม เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีคำสั่งห้ามมิให้มีการเดินขบวน แต่ได้มีบุคคล กลุ่มหนึ่งนำไปสเตอร์แผ่นเล็ก ๆ ไปติดที่โคมไฟตามถนนและสถานที่อื่น ๆ เพื่อเชิญชวนให้ประชาชน มาร่วมเดินขบวน โดยสถานที่ชุมนุมนั้นได้มีการระงับไว้ในประการแผ่นเล็ก ๆ นั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจ จึงได้ทำการจับกุมบุคคลหนึ่งซึ่งทำการติดแผ่นประกาศนั้นและถูกควบคุมตัวในวันต่อมาจนกระทั่ง ได้มีการเดินขบวน และได้มีการฟ้องกรณีดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดแห่งกรุงเบอร์ลิน โดยศาล วินิจฉัยว่า การจับกุมบุคคลดังกล่าวนี้ไม่มีความจำเป็นสำหรับการรักษาความสงบเรียบร้อยของ สังคม เพราะการริบแผ่นประกาศดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นและเพียงพอแล้ว³⁹

การนำ “หลักความจำเป็น” มาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบของ ศาล นั้น ศาลจะนำ “หลักความจำเป็น” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีต่อเมื่อมีมาตรการหลาย มาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายบรรลุเป็นผลสำเร็จ แต่หากไม่มีมาตรการใด ที่จะเป็นมาตรการที่เหมาะสมอันจะทำให้การกระทำนั้น ๆ บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างสิ้นเชิง กรณี

³⁷ G. Haverkarte, *Rechtsfragen der Leistungsstaats* (1983) Tübingen, p. 29 อ้างถึงใน Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*. (London: Sweet and Maxwell, 1992), p.687

³⁸ *BVerwGE* 17, 227 อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*. p.29

³⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*, หน้า 205

ดังกล่าว ก็ไม่มีปัญหาว่าการเลือกมาตรการนั้น ๆ ได้ปฏิบัติให้สอดคล้องตามหลักความจำเป็นหรือไม่

คำพิพากษาของศาลที่แสดงให้เห็นว่า หลักความจำเป็นจะนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบต่อเมื่อปรากฏมาตรการหลายมาตรการที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่เกิดขึ้นจากการตีความมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติการจราจรทางบก ค.ศ.1952 ที่บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีความเหมาะสมต่อการใช้ใบอนุญาตดังกล่าว ศาลปกครองเยอรมันจึงพิพากษาว่า การเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่เพียงบางส่วนไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวมในการรักษาความปลอดภัยอันเนื่องมาจากการขับขี่ยานพาหนะที่มีลักษณะเป็นอันตรายและปราศจากความระมัดระวังเกิดขึ้นได้ แต่การจะบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยการเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ทั้งฉบับเท่านั้น ดังนั้น การเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ทั้งฉบับดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นมาตรการเพียงมาตรการเดียวที่เหมาะสม จำเป็น และไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะทำให้วัตถุประสงค์ทางกฎหมายเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ศาลจึงไม่จำเป็นต้องนำ “หลักความจำเป็น” มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาควบคุมตรวจสอบดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลให้สอดคล้องต่อหลักความจำเป็นนั้น จึงเกิดปัญหาประการสำคัญว่า ศาลจะพิจารณาว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นที่สุดในกรณีที่มีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน โดยมาตรการอันใดอันหนึ่งอาจก่อให้เกิดประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของคนอีกกลุ่มหนึ่ง ดังนั้น ในการพิจารณาของศาล ศาลจึงต้องพิจารณาถึงผลกระทบหรือผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อกลุ่มบุคคลหนึ่งซึ่งอยู่ในระดับที่มีความสำคัญกว่า⁴⁰ และจากคำพิพากษาของศาลดังกล่าวที่ได้ให้คำนิยามแนวความคิดของหลักความจำเป็นอย่างเป็นทางการที่พอจะทำให้ทราบว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นมากที่สุด กล่าวคือ บรรดามาตรการหลายมาตรการที่ล้วนแต่เป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมและสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น มาตรการใดที่จะถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็นที่สุดจึงได้แก่มาตรการที่

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับอย่างเท่าเทียมกัน (equally effective) ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่ามาตรการใดเป็นมาตรการที่จำเป็นที่สุดนั้น จึงต้องพิจารณาโดยการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ทางกฎหมายควบคู่กันไป

(2.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality *stricto sensu*)

เพื่อไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการอธิบายเมื่อได้กล่าวถึงแนวความคิดของ หลักความได้สัดส่วนและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบอันเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของแนวความคิดหลักความได้สัดส่วน นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงใช้คำว่า “Verhältnismässigkeit” โดยหมายความถึงแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วน หรือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างกว้าง ในขณะที่หากกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน ในความหมายอย่างแคบ ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้คำว่า “Proportionalität”

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality *stricto sensu* ในภาษาอังกฤษ และ Proportionalität หรือ Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ในภาษาเยอรมัน) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญหนึ่งในสามองค์ประกอบของแนวความคิดหลักความได้สัดส่วน นอกจากหลักความเหมาะสมและหลักความจำเป็นที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้เป็นมาตรฐานในการกำหนดระดับการแทรกแซงของการใช้อำนาจของรัฐให้มีความได้สัดส่วนอย่างพอเหมาะพอประมาณต่อทุกฝ่าย⁴¹ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความสมดุลระหว่างความเสียหายที่ประชาชนจะได้รับและประโยชน์สาธารณะอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจรัฐ หรือกล่าวอีกนัยว่า หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักกฎหมายที่ใช้ควบคุมและจำกัดมิให้รัฐออกมาตรการที่หากใช้บังคับแล้วจะเกิดผลเสียแก่ประชาชนมากกว่า และไม่คุ้มกับประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีดังกล่าวว่า ในการใช้อำนาจรัฐ รัฐจำเป็นต้องเลือกใช้มาตรการหรือวิธีการที่มีลักษณะสัมพัทธ์และสอดคล้องกับ

⁴¹ BVerfGE 61, 126 (135) อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*. p. 32

วัตถุประสงค์ทางกฎหมายอย่างได้สัดส่วนและสมเหตุสมผล⁴² และอาจกล่าวได้ว่า หลักดังกล่าวนี้เป็นหลักที่ป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสม โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อบุคคลที่สามหรือบุคคลอื่น

การปฏิบัติโดยผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ ย่อมมีขอบเขตของความผูกพันอยู่ในระดับที่แตกต่างกันออกไป โดยขึ้นอยู่กับสถานการณ์เฉพาะแต่ละกรณี เช่น การออกระเบียบข้อบังคับทางเศรษฐกิจ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการแทรกแซงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างกว้างขวาง⁴³ ศาลได้พิพากษาและวางหลักไว้ว่า การไม่ปฏิบัติตามที่จะถือเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายโดยเป็นกรณีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง (the basis of manifestly wrong assumption) เท่านั้น หรือเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยกำหนดมาตรการที่ไม่มีความสมเหตุสมผลและไม่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

ในขณะที่หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบกิจการค้าขาย การประกอบอาชีพหรือวิชาชีพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมัน มาตรา 12⁴⁴ ศาลมีความเห็นในทางตรงกันข้ามกับกรณีข้างต้นว่า การอ้างวัตถุประสงค์ทางกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงประการเดียวไม่เป็นการเพียงพอต่อการบัญญัติกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอย่างยิ่งชัดและเห็นได้ชัดเจน (outstanding important community interests) ซึ่งศาลได้พิพากษากรณีการไม่อนุญาตการประกอบอาชีพว่า การไม่อนุญาต

⁴² *BVerfGE* 35, 401 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁴³ *BVerfGE* 29, 260 (267) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁴⁴ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 12 (Right to choose trade, occupation or profession)

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

(2) No specific occupation may be imposed on any person except within the framework of a traditional compulsory public service that applied generally and equally to all.

(3) Forced labour may be imposed only on persons deprived of their liberty by court sentence.

ดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อปกป้องคุ้มครองความเสียหายหรืออันตรายที่จะเกิดขึ้นอย่างร้ายแรงและไม่สามารถที่จะรักษาเยียวยาได้เท่านั้น ดังนั้น การห้ามดังกล่าวจึงไม่อาจกระทำได้หากมิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางกฎหมายอื่นที่มีไว้วัตถุประสงค์ที่กล่าวมาข้างต้น⁴⁵

1.4 สถานะและผลทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน โดยปรากฏทั้งในคำพิพากษาและคำราทางกฎหมายว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะอยู่ในลำดับเดียวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญยิ่งและนำไปใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกประเภท โดยเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติและการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยหน้าที่ประการสำคัญของหลักความได้สัดส่วนมักถูกนำมาใช้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน กล่าวคือ ในกรณีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ช่วยสนับสนุนและส่งเสริมให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนสามารถบรรลุผลในทางปฏิบัติอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น

แม้บทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติใดหรือมาตราใดที่ได้บัญญัติหรือกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนหรือหลักอื่นใดที่เป็นองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนไว้โดยตรง แต่เห็นได้ว่า หลักดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁴⁶ โดยมีผลผูกพันองค์กรใช้อำนาจรัฐทุกองค์กร ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญกล่าวว่า “รัฐธรรมนูญได้หมายความเฉพาะบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและยังรวมทั้งเจตนารมณ์ที่เกิดขึ้นจาก

⁴⁵ *BVerfGE* 7, 408; E 11 S 183; E 21 S 251 etc. อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 33

⁴⁶ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษา E 23 S. 127 (133) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 42

การร่างรัฐธรรมนูญของผู้ร่างอันเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นกัน”⁴⁷ และผลทางกฎหมายของการใช้อำนาจที่เป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน จึงอาจก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล⁴⁸ และมีผลเป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

1.5 หลักความได้สัดส่วน (Proportionality) กับหลักความสมเหตุสมผล (Zumutbarkeit) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

คำพิพากษาของศาลเยอรมันและแนวความคิดของนักนิติศาสตร์เยอรมันหลายท่านได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างแนวความคิดของ “หลักความได้สัดส่วน” และ “หลักความสมเหตุสมผล” ในระบบกฎหมายเยอรมัน (Zumutbarkeit ในภาษาเยอรมัน หรือ Reasonableness ในภาษาอังกฤษ)

*Betterman*⁴⁹ นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันท่านหนึ่ง ได้อธิบายว่า หลักความได้สัดส่วน มีลักษณะเป็นข้อจำกัดของการปฏิบัติหน้าที่อย่างสมเหตุสมผล ในขณะที่ *Ersehen*⁵⁰ มีความเห็นว่ามีมาตรการที่ฝ่ายปกครองกระทำจะมีผลใช้บังคับได้หากมีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างสมเหตุสมผล นอกจากนี้ *Steinberg*⁵¹ เห็นว่า สามารถพบแนวความคิดของหลักความสมเหตุสมผลปรากฏอยู่เป็นการทั่วไปอยู่ในแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วน

นอกจากนี้ มีคำพิพากษาของศาลเยอรมันที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดสองประการดังกล่าวข้างต้น ตัวอย่างคำพิพากษาของศาล (*Bundesgerichtshof*) ที่แสดงให้เห็นกรณีการปฏิบัติโดยไม่ผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วน อันเป็นกรณีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการพิจารณาและประเมินภาษีที่ได้ออกคำสั่งอันมีลักษณะเป็นการสร้างภาระอันเกินสมควร

⁴⁷ *BVerfGE* 2, 380 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁴⁸ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 19 (4) “Should any person’s right be violated by public authority, recourse to the court shall be open to him. If jurisdiction is not specified, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by the provisions of the paragraph.”

⁴⁹ Lücke (1974), p. 769 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*. p. 37

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน

⁵¹ เรื่องเดียวกัน

ให้แก่ผู้ร้องขอ⁵² คำพิพากษาอีกกรณีที่แสดงให้เห็นเกี่ยวกับการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาว่า คำสั่งโอนย้ายเจ้าหน้าที่ทหารไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการออกคำสั่งดังกล่าวโดยอาศัยเหตุผลเพียงเพราะว่าความไม่เหมาะสมทางการเมืองเพียงประการเดียวยังไม่เป็นการเพียงพอและไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แต่ประการใด และศาลดังกล่าวได้มีคำพิพากษาในลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น โดยการพิจารณาและตีความตาม Art. 152 WPLG แห่งประมวลกฎหมายทหาร (Military Code) จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลได้ยอมรับว่าการกระทำอย่างมีลักษณะสมเหตุสมผลมีที่มาจากแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วน

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันมักแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างเชื่อมโยงกันระหว่างแนวความคิดเกี่ยวกับความสมเหตุสมผลกับหลักความได้สัดส่วน ในคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายให้แก่พยานและพยานผู้เชี่ยวชาญ ศาลได้แสดงให้เห็นว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีความต้องการให้มาตรการต่าง ๆ ที่ “ฝ่ายปกครอง” ได้กระทำลงไปนั้น จำต้องมีความเหมาะสมและจำเป็นในการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ และจะต้องรักษาความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะสองประการที่ขัดแย้งกัน ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วจึงนำไปสู่ข้อสรุปว่า “มาตรการในทางนิติบัญญัติ” จะต้องไม่กระทำโดยมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน⁵³

นอกจากนี้ มีตัวอย่างคำพิพากษาอีก 2 คดี ของศาลรัฐธรรมนูญ ที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดของ “หลักความสมเหตุสมผล” กับ “หลักความได้สัดส่วน”

กรณีแรก เป็นกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีการห้ามปลูกเห็ดไวน์พันธุ์ใหม่⁵⁴ ศาลได้มีคำพิพากษาว่าสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินอาจถูกจำกัดได้ แต่จะต้องไม่อยู่ในระดับที่มากเกินไป การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะต้องผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วน การห้ามปลูกเห็ดไวน์พันธุ์ใหม่ไม่ได้เพียงพอแต่เพื่อเป็นการช่วยรักษาและคงคุณภาพของเห็ดไวน์ของประเทศเยอรมันเท่านั้น แต่ยังเป็นการส่งเสริมให้ระดับทางเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมเห็ดไวน์

⁵² JZ 1974, S 291, urt v 26-3-1973 อ้างถึงใน Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 38

⁵³ BVerfGE 33, 240 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁵⁴ BVerfGE 21 S 150 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

เยอรมันทั้งระบบมีคุณภาพที่สูงขึ้น ดังนั้น ภาระดังกล่าวที่เกิดขึ้นเนื่องจากมาตรการนี้จึงไม่มีลักษณะที่มากเกินไปจนสมควร⁵⁵

กรณีที่สอง เป็นกรณีความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในกรณีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยนิติสัมพันธ์ระหว่างที่ปรึกษาทางด้านภาษีกับหน่วยงานผู้มีอำนาจทางด้านภาษีกฎหมายได้มีคำพิพากษาว่า การออกกฎที่มีลักษณะเป็นการจำกัดการห้ามประกอบการต่าง ๆ ในทางวิชาชีพของผู้ร้องขอ โดยข้อห้ามดังกล่าวไม่มีความสมเหตุสมผลจึงเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน⁵⁶

จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้น สามารถแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างชัดเจนระหว่างหลักความได้สัดส่วนกับหลักความสมเหตุสมผลว่ามีลักษณะใกล้เคียงกัน ทั้งจากความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์เยอรมันและคำพิพากษาของศาล ล้วนแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดของหลักความสมเหตุสมผลกับหลักความได้สัดส่วนมีลักษณะที่เหมือนกันทุกประการและเป็นสิ่งที่สามารถใช้แทนกันได้ ความเหมือนกันดังกล่าวนี้เนื่องมาจากการที่หลัก 2 ประการดังกล่าวข้างต้นมีลักษณะที่เป็นความชอบธรรม (Billigkeit) ที่เป็นการทั่วไป (Überpositiven : superlative)⁵⁷ แนวความคิดของ ความชอบธรรม (equity) ได้แก่ ความชอบธรรมของปัจเจกชนตามธรรมดา โดยทั่วไปซึ่งเป็นสาระสำคัญและส่วนเติมเต็มของหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนและหลักความสมเหตุสมผล จึงมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของหลักนิติรัฐ หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักทั้งสองประการดังกล่าวเป็นหลักที่มีรากฐานและมีที่มาเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หากจะศึกษาและพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างหลักความได้สัดส่วนและหลักความสมเหตุสมผลอย่างแท้จริงแล้วนั้น อาจทำได้โดยการศึกษาจากแนวความคิดต่าง ๆ ซึ่งในบางครั้งอาจเป็นการจำเป็นต่อคดีในกรณีที่หลักความได้สัดส่วนมีความขัดแย้งกับหลักความสมเหตุสมผลและไม่สามารถนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก้คดีได้ โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันบางท่านได้แสดงให้เห็นว่า หลักความสมเหตุสมผลมิได้มีที่มาจาก

⁵⁵ Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (1989), p. 261 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁵⁶ *BVerfGE* 21 S 193 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 39

⁵⁷ Wittig, "Zum Standort der Verhältnismäßigkeit. Grundsatzes im System des Grundgesetzes," *DöV* 817: 819(1968)

หลักความได้สัดส่วน แต่หลักความสมเหตุสมผลมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายเยอรมันที่ไม่จำเป็นต้องขึ้นต่อหลักกฎหมายอื่นใด แต่เกิดจากการปรับใช้มาตรา 242⁵⁸ ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) และนำมาเทียบเคียงใช้ (analogy) ในระบบกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากตำราต่าง ๆ ในทางกฎหมายแพ่ง ต่างเห็นว่ามาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) เป็นรากฐานและที่มาของหลักความสมเหตุสมผลในระบบกฎหมายเอกชน อันเป็นหลักกฎหมายที่ใช้เป็นมาตรฐานในการกำหนดความสัมพันธ์และสิ่งที่คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติต่อกัน ประกอบกับมาตราดังกล่าวข้างต้นมีสถานะเป็นประเพณีปฏิบัติและใช้เป็นหลักกฎหมายที่อยู่เหนือหลักอื่นใดและเป็นหลักกฎหมายที่ศาลใช้เป็นบรรทัดฐานในการควบคุมเพื่อให้เกิดความชอบธรรมทั้งในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายเยอรมันทั้งระบบ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนตามระบบกฎหมายเอกชนหรือหลักความสมเหตุสมผล (Zumutbarkeit) ดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่ได้นำมาปรับใช้ไม่เฉพาะแต่ในระบบกฎหมายเอกชนแต่ยังนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายมหาชนเยอรมันด้วยเช่นกัน

1.6 ความผูกพันของหลักความได้สัดส่วนต่อการใช้อำนาจรัฐในกรณีสถานการณ์พิเศษ

แม้ว่ารัฐธรรมนูญของเยอรมันจะมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในหลักนิติรัฐว่าเป็นหลักการพื้นฐานประการสำคัญของรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 20 ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หลักดังกล่าวมีสาระสำคัญว่า ในการใช้อำนาจรัฐ จำต้องกระทำโดยสอดคล้องต่อบทบัญญัติของกฎหมาย

กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐมิได้หมายความว่าเฉพาะกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่หลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป จึงมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ตามนัยที่รัฐจะต้องให้ความเคารพและผูกพันต่อด้วยเช่นกัน ดังนั้น เมื่อหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพียงแต่มีได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร การใช้อำนาจรัฐจึงต้องเคารพต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน จึงจะทำให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁸ ถูกหน้จำเป็นต้องกระทำกรโดยสุจริตในทางปกติธรรมคาทั่วไป (Good Faith ในภาษาอังกฤษ หรือ Treu und Glauben ในภาษาเยอรมัน)

คำถามที่มักเกิดขึ้นเสมอว่าในกรณีสถานการณ์พิเศษ จำเป็นหรือไม่ที่การใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย หากไม่จำเป็นจึงเท่ากับว่าในสถานการณ์ดังกล่าวรัฐได้รับการยกเว้นที่จะไม่ต้องใช้อำนาจโดยสอดคล้องและผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน โดยการให้รัฐธรรมนูญมีขอบเขตจำกัดเฉพาะในกรณีสถานการณ์ปกติทั่วไปเท่านั้นหรือการใช้อำนาจของรัฐทุกกรณีจำเป็นต้องปฏิบัติโดยผูกพันต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและไม่มีกรณีใดที่จะเป็นการขยายการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้เพิ่มมากขึ้นได้ หากเป็นกรณีประการหลังจึงเท่ากับว่าแม้ในสถานการณ์พิเศษหลักความได้สัดส่วนยังคงทำหน้าที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐอยู่นั่นเอง ทั้งนี้ หากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแล้วเห็นว่า มีเจตนารมณ์และแนวความคิดที่สอดคล้องกับความเห็นประการหลัง โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือการใช้อำนาจรัฐทุกกรณี และเพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่สามารถเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพที่ดีของประชาชนได้

ในการให้คำจำกัดความของ “สถานการณ์พิเศษ” อาจกล่าวได้ว่า คำจำกัดความอย่างกว้างของคำว่าสถานการณ์พิเศษ คือ สถานการณ์ที่รุนแรงมาก กระทบต่อการดำรงอยู่ของประเทศและการปฏิบัติงานตามปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการพิเศษเพื่อให้การดำเนินการของรัฐเป็นไปโดยต่อเนื่อง แต่คำจำกัดความอย่างเคร่งครัดนั้น พิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาลโดยหมายความว่า สถานการณ์ที่เป็นเหตุให้เจ้าหน้าที่ต้องใช้มาตรการพิเศษเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่สามารถเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายได้เหมือนในสถานการณ์ปกติ⁵⁹

อย่างไรก็ตาม ในสถานการณ์พิเศษบางกรณีในกรณีที่มีเหตุจำเป็น จึงอาจได้รับการยกเว้นให้ผ่อนคลายเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ถ้าจะให้การใช้อำนาจของรัฐมีประสิทธิภาพ ก็อาจมีความจำเป็นจะต้องยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีได้หมายความว่า จะงดใช้หลักนี้โดยสิ้นเชิง อาจเป็นเพียงว่าการจำกัดอำนาจโดยหลักนี้มีการผ่อนคลายเป็นไปและ

⁵⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง: เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3: กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ*. (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 475

มีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในกรณีสถานการณ์ปกติ แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ใช่อำนาจที่เป็นการขยายขอบเขตอย่างล้นพินมากเกินไป มิฉะนั้นแล้ว อาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้⁶⁰

ในประเทศเยอรมัน มีความพยายามในการแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยบางมาตราได้รับการแก้ไขและมีการบัญญัติเพิ่มเติมในหมวดว่าด้วยการใช้อำนาจป้องกันของรัฐในกรณีสถานการณ์พิเศษ⁶¹ รัฐธรรมนูญเยอรมันมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎและคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวางในกรณีสถานการณ์พิเศษ เช่น มาตรา 12 a (6) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁶² บัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกมาตรการที่กำหนดให้พลเมืองชาวเยอรมันต้องละทิ้งการประกอบอาชีพของตนในกรณีที่ประเทศอยู่ในสภาวะการณ์สงครามและขาดแคลนกำลังพลโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยความสมัครใจ อย่างไรก็ตาม ในการออกกฎหรือระเบียบที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพอย่างยิ่งยวด จำต้องปฏิบัติโดยผูกพันต่อหลักความได้สัดส่วนด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น แต่การแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นปัจจัยหลักและนำสถานการณ์ในกรณีพิเศษมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การกระทำทางปกครองที่กระทำขึ้นในขณะที่มีสถานการณ์พิเศษนั้นสามารถอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองด้วยเช่นกัน เพราะฝ่ายปกครองไม่อาจละเลยต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ในทุกกรณี ฝ่ายปกครองจะต้องใช้มาตรการที่ได้สัดส่วนกับความรุนแรงของเหตุการณ์ ซึ่งในบางประเทศการกระทำ

⁶⁰ ขวัณชัย สันตสว่าง, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. (กรุงเทพฯ: บริษัท รุ่งศิลป์การพิมพ์ (1977) จำกัด, 2531), หน้า 126-127

⁶¹ รัฐธรรมนูญเยอรมัน หมวด X.a. ว่าด้วยการป้องกันรัฐ (State of Defence)

⁶² The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 12 a (6) : Liability to military and other services
“If, while a state of defence exists, the labour requirements for the purposes referred to in the second sentence of paragraph (3) of the Article cannot be met on a voluntary basis, the right of a German to give up the practice of his trade or occupation or profession, or his place of work, may be restricted by or pursuant to a law in order to meet these requirements. The first sentence of paragraph (5) of the Article shall apply mutatis mutandis prior to the existence of a state of defence.”

บางประเภทอาจได้รับยกเว้น ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล ในขณะที่บางประเทศไม่มีข้อยกเว้น ในกรณีสถานการณ์พิเศษเนื่องจากเห็นว่า “การใช้อำนาจทุกกรณีต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย”⁶³

1.7 บทบาทของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมัน

(1) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน นั้น จุดมุ่งหมายประการสำคัญได้แก่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐ โดยมุ่งที่จะก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ โดยมาตรา 1 (3) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁶⁴ ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยมีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกองค์กรทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ นอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 19 (2) ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁶⁵ ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัด การใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ ได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 1 (3) ของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญเป็นมาตรฐานในการพิจารณาตรวจสอบสำหรับกรณีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ให้มีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 1 (3) ของรัฐธรรมนูญเป็น มาตรฐานในการตรวจสอบดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญยังคงเห็นว่า การอาศัย บทบัญญัติดังกล่าวเพียงอย่างเดียวอย่างไม่เป็นการเพียงพอ ดังนั้น ศาลจึงได้สร้างหลักเกณฑ์ที่เห็นว่า มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะสามารถนำมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิ

⁶³ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง: เอกสารจากการประชุมใหญ่ ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุคนานาชาติ” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3: กฎหมายปกครอง ภาควิธี สืบญัตติและกฎหมายอื่น ๆ*, หน้า 475

⁶⁴ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 1 (3) “The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law.”

⁶⁵ The Basic Law of the Federal Republic of Germany, Article 19 (2) “In no case may the essential content of a basic right be encroached upon.”

ขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจำเป็นต้องมีความเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วน เพื่อที่จะบรรลุถึงเจตนารมณ์หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง (Rechtsgüte) ทั้งนี้ การจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเท่าเทียมกันและไม่ค่อยไปกว่าคุณค่าทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครอง ในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 (3) ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและเงื่อนไขความสมบูรณ์ของหลักความ ได้สัดส่วนอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่มีที่มาจากหลักนิติรัฐ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวมีลักษณะสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ มิฉะนั้นแล้วการใช้อำนาจนั้น ๆ จึงเป็นกรณีที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ โดยที่กฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ตามหลักนิติรัฐจึงมีข้อเรียกร้อง 2 ประการ⁶⁶ คือ *ประการแรก* การเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้ชัดเจนเพื่อประชาชนจะได้ทราบว่า มีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือให้สิทธิของตนไว้อย่างไรบ้าง *ประการที่สอง* หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีองค์กรตุลาการเพื่อประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในกรณีที่ได้รับความสะดวกจากการกระทำของรัฐ ดังนั้น ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า เกือบไม่มีครั้งใดที่ศาลรัฐธรรมนูญ จะไม่นำหลักความ ได้สัดส่วนมาใช้เป็นมาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งการนำหลักความ ได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในกรณีการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจึงทำให้หลักความ ได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทและทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่าศาลจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เท่านั้น แต่แท้จริงแล้ว ความหมายของรัฐธรรมนูญหมายความครอบคลุมถึง “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ซึ่งอาจเกิดปัญหากรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลจำเป็นต้องควบคุมตรวจสอบด้วยเช่นกัน

⁶⁶ กมลชัย รัตนสากวรงค์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 186

(2) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

Huber ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า กว่า 35 ปีมาแล้ว ที่การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองยังคงมีบางประการที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ⁶⁷ และความเห็นดังกล่าวยังคงเป็นจริงในปัจจุบัน

ในกรณีที่การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักที่เรียกร้องให้มืองค์กรที่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจที่มีชอบของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งในประเทศเยอรมันได้แก่ศาลปกครอง โดยในการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นย่อมเป็นไปตามหลักสำคัญที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) รวมทั้งวงการวิชาการของเยอรมันตลอดจนศาลปกครองต่างก็มีส่วนร่วมในการทำให้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองและความควบคุมตรวจสอบดุลพินิจโดยศาลปกครองมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น⁶⁸

ในระบบกฎหมายมหาชนเยอรมัน ดุลพินิจยังคงเป็นปัญหาสำคัญ เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจำเป็นจะต้องก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สองประการที่ขัดแย้งกันระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจเป็นสิ่งที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงประการหนึ่งในการใช้ดุลพินิจของตน ซึ่งได้แก่หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการใช้ดุลพินิจที่บกพร่องซึ่งศาลปกครองจะมีอำนาจเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้

นับแต่ช่วงต้นศตวรรษเป็นต้นมา คำพิพากษาของศาลเยอรมันได้ยืนยันและแสดงให้เห็นเสมอมาว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตยอันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ นั้น มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากการควบคุมโดยกฎหมายแต่

⁶⁷ Pakuscher, "The Use of Discretion in German law," *UCiLR* 44, 94 (1976-1977): 105

⁶⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์, *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*, หน้า 263

อย่างไร หากแต่ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจและต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย และได้รับการยืนยันในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1957⁶⁹ นอกจากนี้ หลักที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาดังกล่าวได้รับการนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (VwVfG) มาตรา 113⁷⁰ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) มาตรา 114⁷¹

ในระบบกฎหมายเยอรมัน การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต (excess of discretion) กับการบิดเบือนอำนาจ (abuse of power) เป็นสิ่งที่แตกต่างกัน โดยกรณีแรกเป็นการใช้ดุลพินิจที่เกินขอบเขตมีลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) อันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ในขณะที่การบิดเบือนอำนาจ เป็นการใช้อำนาจตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ เพียงแต่การใช้อำนาจดังกล่าว ฝ่ายปกครองมีมูลเหตุจูงใจในการใช้อำนาจอื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่กฎหมายไม่ได้มุ่งประสงค์ไว้ ซึ่งอาจเป็นการบิดเบือนในลักษณะของภาวะวิสัยที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการละเมิดต่อหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น หรือเกิดขึ้นเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นกรณีที่เป็นอัตตวิสัย ซึ่งการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนได้รับการถือว่าเป็นการบิดเบือนอำนาจในทางภาวะวิสัยซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ศาลสามารถเพิกถอนการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ระดับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง นั้น มาตรา 114 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) ได้บัญญัติให้อำนาจศาลมีอำนาจเต็มในการทบทวนและควบคุมตรวจสอบกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายและการประเมินข้อเท็จจริงผิดพลาดของฝ่ายปกครอง เว้นแต่การใช้ดุลพินิจความเชี่ยวชาญของฝ่ายปกครองที่ศาลไม่อาจควบคุมตรวจสอบได้ นอกจากนี้ ความเป็นรัฐสวัสดิการของประเทศเยอรมันเป็นเหตุผลประการ

⁶⁹ E 9 S 137 (147) อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 63

⁷⁰ VwVfG § 113 “If an administrative authority is authorized to act in its discretion, it has to exercise its discretion in accordance with the purpose of the authorization and the legal limits of the discretion have to be observed”

⁷¹ VwGO § 114 “So far as the administrative authorities are authorized to act at their discretion the courts should also examine whether the administrative act or its refusal or omission is illegal because the statutory limits of the discretion have been exceeded or because the discretion has not been exercised for the purpose of the authorization”

สำคัญอีกเหตุผลหนึ่งที่ต้องมีการมอบให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการพิจารณากรณีต่าง ๆ โดยแตกต่างกันออกไป

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งประการสำคัญสิ่งหนึ่งในระบบกฎหมายมหาชนเยอรมัน โดยมุ่งที่จะก่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์โดยรวมของรัฐและประโยชน์ของประชาชนและปัจเจกชน

1.8 บทสรุป

ในระบบกฎหมายเยอรมันและคำพิพากษาของศาลล้วนปรากฏแนวความคิดของ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ประกอบในฐานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ใช้ในการควบคุมจำกัดการใช้อำนาจรัฐ โดยหลักความได้สัดส่วนมีองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ สามารถสรุปได้ว่าการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายปกครองต้องใช้มาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ นอกจากนี้ มาตรการของฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องมีความได้สัดส่วนอย่างเหมาะสม (reasonable proportion) ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชน ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลเยอรมันได้ยอมรับอย่างชัดเจนและวินิจฉัยเสมอมาว่าหลักความได้สัดส่วนมีรากฐานและที่มาจากหลักนิติรัฐและเป็นหลักกฎหมายทั่วไประดับรัฐธรรมนูญ และผลทางกฎหมายของการที่รัฐใช้อำนาจกระทำการโดยไม่สอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วนจึงทำให้ผู้ถูกระทบสิทธิสามารถที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยศาลของเยอรมันทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกือบไม่มีครั้งใดที่ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาในกรณีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁷²

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ปัญหาการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญของรัฐบาลสมัยใหม่ (modern government) ซึ่งประเทศฝรั่งเศสได้คำนึงถึงความสำคัญของปัญหาดังกล่าวนี้และมีการพัฒนาเรื่อยมาโดยเฉพาะภายหลังช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา เนื่องจากนับแต่ช่วงเวลาดังกล่าว รัฐมิได้มีหน้าที่เพียงแต่เฉพาะการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศเท่านั้น แต่มีบทบาทและภารกิจที่เพิ่มมากขึ้นในการปรับปรุงและพัฒนาประชากรในสังคมให้มีความเป็นอยู่ดีขึ้นอันเป็นภารกิจของรัฐบาลสมัยใหม่ ณ จุดดังกล่าว จึงก่อให้เกิดความจำเป็นในการขยายขอบเขตการใช้อำนาจรัฐให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้นเนื่องจากการที่รัฐมีความจำเป็นต้องใช้อำนาจดุลพินิจเพิ่มมากขึ้นนั่นเอง ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลจึงจำเป็นต้องมีการสร้างหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจดุลพินิจให้เกิดความชอบธรรม โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์ประการสำคัญที่ศาลได้นำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจให้มีความชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น ในการศึกษาที่มาและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสอาจอธิบายได้โดยการอ้างอิงถึงและพิจารณาศึกษาควบคู่กับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง (discretionary power ในภาษาอังกฤษ หรือ pouvoir discrétionnaire ในภาษาฝรั่งเศส) เนื่องจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ ดังคำกล่าวของ Marcel Waline นักกฎหมายปกครองชาวฝรั่งเศสผู้มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง กล่าวว่า “การศึกษากฎหมายปกครองที่สำคัญ คือการศึกษาเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองและข้อจำกัดการใช้อำนาจนั้น ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่สาม (ประชาชนและข้าราชการ)”⁷³

⁷² Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, pp. 67-114

⁷³ Waline, “Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l’administration”, *C.E. Etudes et documents* (Paris, 1956): 25 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 67

Braibant นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสผู้มีชื่อเสียงท่านหนึ่งซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ริเริ่มแนวความคิดหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กล่าวว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ส่งเสริมและสนับสนุนแนวความคิดสามัญสำนึกตามธรรมดาทั่วไปของวิญญูชน ดังสุภาษิตฝรั่งเศสที่เปรียบได้กับ “การจับแมลงวันด้วยฆ้อนไฟฟ้า (*ought not to crush a fly with a sledgehammer*)” แม้ว่าจะเป็นเพียงสุภาษิตธรรมดาทั่วไปแต่สามารถสะท้อนให้เห็นว่า ในการกระทำการใด ๆ ควรจะกระทำด้วยวิธีการที่เหมาะสม โดยการคำนึงถึงวัตถุประสงค์ปลายทางที่จะได้รับ โดย *Braibant* มีความเห็นต่อไปอีกว่า แม้ว่าแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนจะเริ่มปรากฏและได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปเมื่อประมาณ 20 กว่าปีที่ผ่านมาโดยการนำมาปรับใช้แก่กรณีต่าง ๆ ของศาลปกครองฝรั่งเศส ตุลาการผู้แถลงคดี และจากคำราทกฎหมาย อย่างไรก็ตามในการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น แม้จะไม่มีการใช้คำว่าหลักความได้สัดส่วนโดยตรง แต่แนวความคิดต่าง ๆ ที่ปรากฏในคำพิพากษาต่างสะท้อนให้เห็นว่ามีการกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนและศาลยังคงนำมาปรับใช้แก่กรณีอยู่เสมออย่างไม่รู้ตัว หรืออาจกล่าวได้ว่าศาลได้นำหลักดังกล่าวนี้มาปรับใช้โดยการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงและไม่กล่าวถึงว่าเป็นการหมายความถึงหลักความได้สัดส่วน⁷⁴

นอกจากนี้ *Costa* ยังได้แสดงความเห็นที่เป็นการสนับสนุนแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นของ *Braibant* โดยเห็นว่าศาลคงทำหน้าที่เป็นเพียงผู้รับรองหลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่แล้วให้ปรากฏชัดเจนขึ้นเท่านั้น โดยศาลมิได้ทำหน้าที่เป็นผู้บัญญัติหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาใหม่แต่ประการใด⁷⁵

จากความเห็นของนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสสองท่านข้างต้น สามารถพิจารณาได้ว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่นำมาใช้เพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจของตนโดยอำเภอใจ หรือกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนมีฐานะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้น จึงเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า หลักความได้สัดส่วนกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

⁷⁴ Braibant, “Le principe de proportionnalité,” *Mélanges Waline* (1974), pp. 297 – 298 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 89

⁷⁵ Costa, “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d’Etat,” *Actualité juridique. Droit administratif* 434, (1988): 434 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

จึงเป็นสิ่งที่จำต้องอยู่ควบคู่กันเสมอ คุณพินิจจึงมีอาจอยู่ได้โดยลำพังโดยปราศจากการควบคุมของหลักความได้สัดส่วน

2.2 ที่มาและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

นับแต่ปี ค.ศ.1960 เป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้สร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อใช้ในการควบคุมมูลเหตุจูงใจ (motifs) ในการออกมาตรการที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการวางเงื่อนไขว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจำต้องมีความได้สัดส่วนอย่างสมเหตุสมผล ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักที่ศาลได้นำมาใช้ในการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste d'appréciation) โดยนำมาใช้เป็นครั้งแรกในคดี Benjamin

อย่างไรก็ตาม การควบคุมตรวจสอบของศาล โดยอาศัยหลักดังกล่าวข้างต้นเพียงประการเดียวยังคงไม่เพียงพอสำหรับการควบคุมในกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการบิดเบือนการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (abuse of power) เช่น ในกรณีเกี่ยวกับการวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน (land development) นักกฎหมายฝรั่งเศสหลายท่านในขณะนั้น ได้มีการเสนอแนะให้ศาลสร้างหลักกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (public economic law) ขึ้นมาใหม่เพื่อใช้เป็นหลักในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ดังนั้น ในช่วงระยะเวลา 25 ปีที่ผ่านมา ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงได้สร้างหลักกฎหมายขึ้นมาอีกหลักหนึ่ง ได้แก่ “le principe du bilan-coût-avantages” เพื่อใช้ในการควบคุมความได้สัดส่วนของมาตรการทางปกครองให้มีความได้สัดส่วน สอดคล้อง และสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย โดยการทำบัญชีเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่จะได้รับกับต้นทุนที่จะต้องเกิดขึ้นจากการบังคับใช้มาตรการนั้น ๆ

ดังนั้น หากศึกษาที่มาและพัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสโดยการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐานสำหรับคดีต่อ ๆ มา อาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) คดี Benjamin (1953) : จุดเริ่มต้นของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นครั้งแรก

คดีนี้ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ในการแสดงความคิดเห็น โดยการนัดชุมนุม ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยและมีคำพิพากษา ในคดีนี้โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เป็นคดีแรก

ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีได้ออกคำสั่งห้ามการนัดชุมนุมทางวรรณกรรม โดยอ้างว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าเมื่อนายกเทศมนตรีจะเป็นผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายในการดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในชุมชน แต่การใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจ โดยคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการนัดชุมนุมด้วยเช่นกัน ซึ่งในการป้องกันและรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชน ในกรณีดังกล่าวนี้ ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดการออกคำสั่งห้ามการนัดชุมนุม ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกับระดับความรุนแรงของผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของชุมชนที่อาจเกิดขึ้นจากการนัดชุมนุมแล้ว เห็นว่าการออกคำสั่งห้ามการนัดชุมนุมดังกล่าวเป็นการใช้มาตรการหรือวิธีการที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการป้องกันและรักษาความปลอดภัยของชุมชนและคำสั่งดังกล่าว มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในการชุมนุมอย่างเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการนัดชุมนุมทางวรรณกรรม

ผลของคำพิพากษานี้ จึงกล่าวได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ได้สร้างหลักหรือเงื่อนไขของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่า ในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จำต้องมีความได้สัดส่วนอย่างสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการหรือวิธีการ วัตถุประสงค์ และสถานการณ์ มิฉะนั้นแล้ว หากมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับไม่มีความได้สัดส่วนอย่างสมเหตุสมผลซึ่งกันและกัน จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอนโดยศาลได้ ทั้งนี้ การที่ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ให้มีความเหมาะสมและไม่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็น จึงทำให้คดีนี้ได้รับการกล่าวถึงเสมอมาว่าเป็นคดีบรรทัดฐานรวมทั้งเป็นพัฒนาการและจุดเริ่มต้นที่สำคัญของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้ชอบด้วยกฎหมาย

(2) คดี Ville Nouvelle Est (1971) : การพัฒนาหลัก bilan-coût-avantages

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้นำหลักความสมเหตุสมผลมาปรับใช้ในคดีที่เกี่ยวกับการวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน คดีที่เป็นบรรทัดฐานในเรื่องนี้ได้แก่ คดี Ville Nouvelle Est

ข้อเท็จจริงในคดีเป็นกรณีที่มีมหาวิทยาลัยลิล (Lille) จะทำการก่อสร้างอาคารเรียน คณะนิติศาสตร์และคณะอักษรศาสตร์บริเวณรอบนอกเมือง โครงการดังกล่าวยังรวมถึงการก่อสร้างเมืองใหม่ติดกับอาคารเรียนดังกล่าวเพื่อใช้เป็นศูนย์การศึกษาและที่พักของนักศึกษา ซึ่งจะต้องมีการรื้อถอนที่พักอาศัยในบริเวณที่จะทำการก่อสร้างจำนวนประมาณ 88 ครัวเรือน จึงทำให้เกิดการคัดค้านจากเจ้าของที่ดินและผู้อยู่อาศัยในบริเวณดังกล่าวที่ได้รับผลกระทบจากการเวนคืนที่ดิน โดยผู้คัดค้านอ้างว่าการกระทำดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองลิล (Tribunal Administratif de Lille) เห็นด้วยกับผู้คัดค้านดังกล่าวและมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเวนคืนที่ดิน รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบได้อุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น โดยศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาผลกระทบทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของโครงการดังกล่าว ประกอบกับความสำคัญของโครงการกับความเสียหายที่จะต้องรื้อถอนอาคารบ้านเรือนที่พักอาศัยจำนวน 88 ครัวเรือน มิได้ทำให้ความเป็นประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าวต้องสูญสิ้นไปแต่อย่างใด ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “มาตรการใดทางปกครองจะถือว่ามิขัดต่อประสงฆ์ที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะต่อเมื่อการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ค่าใช้จ่าย หรือผลกระทบที่เกิดขึ้นทางการเงิน และความเสียหายทางสังคมจะต้องไม่เกินขอบเขตเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินการตามมาตรการนั้น” จึงมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

แม้ในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดจะเห็นพ้องด้วยกับฝ่ายปกครองก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในคำวินิจฉัยสามารถทำให้เห็นถึงหลักสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของคำสั่งทางปกครอง ขอบเขตที่กว้างขวางของการควบคุมโดยศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับผลกระทบทางสังคมและด้านการเงินอันเป็นผลมาจากการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครอง

นับแต่คดี Ville Nouvelle Est เป็นต้นมา หลักความสมเหตุสมผล (le principe du bilan-coût-avantage) ได้รับการถือปฏิบัติอย่างชัดเจนในคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการวางผังเมืองและ

การเวนคืนที่ดิน หลักการดังกล่าวจึงทำให้ศาลมีบทบาทและมีส่วนเกี่ยวข้องในการประเมินสถานการณ์ในทางกฎหมาย โดยการเปรียบเทียบระหว่างประโยชน์กับผลเสียหรือผลกระทบของการดำเนินการตามโครงการหรือคำสั่งของฝ่ายปกครอง และประเมินประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินการดังกล่าวว่ามีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบหรือไม่เพียงใด

ดังนั้น จึงอาจกล่าวถึงที่มาของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ว่า ในขณะที่ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนว่า มีที่มาจากหลักนิติรัฐ โดยการนำมาปรับใช้แก่กรณีเป็นครั้งแรกในกฎหมายตำรวจ แต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มิได้ให้การยอมรับอย่างชัดเจนว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีที่มาจากหลักนิติรัฐดังเช่นในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่เป็นหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นจากความจำเป็นในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปราศจากขอบเขต โดยเกิดขึ้นจากการสร้างและปรับใช้จากคำพิพากษาของศาลเป็นรายกรณี และพัฒนาเรื่อยมา อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลของประเทศฝรั่งเศสจะได้มีการสร้างหลักอื่นใดขึ้นมาเป็นเงื่อนไขในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แต่กล่าวได้ว่า หลักทั้งหลายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะมีการเรียกด้วยถ้อยคำใด ๆ ก็เห็นได้ว่าล้วนเป็นหลักที่มีแนวความคิดเช่นเดียวกันกับหลักความได้สัดส่วน โดยนำมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ

2.3 ความหมายของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เมื่อใดก็ตามที่ได้มีการกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน จึงไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะไม่กล่าวถึงหลักความสมเหตุสมผล (le principe de bilan-coût-avantages) ได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการของคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสซึ่งเห็นได้ว่าหลักสองประการดังกล่าวข้างต้นเป็นหลักที่มีพัฒนาการที่ต่อเนื่องจากกันและกัน นอกจากนี้ยังอาจกล่าวได้ว่า ต่างเป็นหลักที่มีแนวความคิดพื้นฐานและลักษณะร่วมที่เหมือนกัน ซึ่งความแตกต่างที่เกิดขึ้นคงเป็นเพียงความแตกต่างในรายละเอียดประการย่อยเท่านั้น

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครอง หากแต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไปโดยศาลปกครอง

โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง⁷⁶

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ อันมีลักษณะไม่ได้สัดส่วนหรือเกินความจำเป็นเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ทางกฎหมายที่จะได้รับ และสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยเป็นหลักที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองและสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองนั้น

ในขณะที่หลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) เป็นมาตรการทางกฎหมายประการหนึ่งที่ศาลใช้เป็นมาตรฐานในการพิจารณาตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระทางการเงินหรือค่าใช้จ่ายมากเกินไปเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น อันเป็นกรณีที่เกิดขึ้นและจำต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ได้เสียที่จะเกิดขึ้นแก่ส่วนรวมอันเนื่องมาจากมาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับเรื่องการเงิน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากความแตกต่างดังกล่าวข้างต้น จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ว่าหลักความได้สัดส่วนและหลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) จะมีความคล้ายคลึงกัน โดยหลักความสมเหตุสมผลเป็นหลักที่ศาลได้พัฒนาขึ้นมาจากการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม ก็มีได้หมายความว่าหลักสองประการดังกล่าวข้างต้นจะมีลักษณะเหมือนกันทุกประการและสามารถใช้แทนกันได้เสมอไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักความได้สัดส่วนมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงกรณีการออกคำสั่งทางปกครองในการลงโทษปัจเจกบุคคลแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังรวมถึงคำสั่งใด ๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในทางสังคมและเศรษฐกิจด้วย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากทางปฏิบัติแล้วพบว่า ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) มีความเหมาะสมมากกว่าสำหรับการใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้มีความได้สัดส่วน โดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสังคม เศรษฐกิจ และการเงิน

⁷⁶ Braibant, "Le principe de proportionnalité," *Mélanges Waline* (1974), pp. 297-298. อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

ตามทฤษฎีโดยทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส การอธิบายถึงความหมายของ ความได้สัดส่วนโดยส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกล่าวถึงหลักที่ใช้เป็นทฤษฎีพื้นฐานที่เป็นการอธิบาย ถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิ่งต่าง ๆ ของบุคคลหรือวัตถุสิ่งของ เช่น การอธิบายถึงความสัมพันธ์ ระหว่างความกว้าง ความสูง เป็นต้น หรืออาจกล่าวถึงความได้สัดส่วนในกรณีจำนวนสัดส่วนที่หนึ่ง ของการเลือกตั้ง ความไม่ได้อัตราส่วนที่เกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าวข้างต้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเนื่องมาจาก การคิดคำนวณที่ผิดพลาด อันถือได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองได้ให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด โดย ฝ่ายปกครองอาจเห็นว่าการให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดดังกล่าวมีลักษณะร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงก็ได้ ในกรณีดังกล่าวนี้ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่ช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถ พิจารณาตัดสินใจได้ว่าตนได้ตัดสินใจ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการประเมินข้อเท็จจริงที่ถูกต้อง หรือไม่

2.4 หลักความสมเหตุสมผลหรือหลักการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักระหว่าง ผลได้และผลเสียของประเทศฝรั่งเศส (bilan-coût-avantages) : มาตรฐานในการรักษาความสมดุล ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชน

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมีแนวโน้มในการนำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อเป็นมาตรฐานในการรักษา ความสมดุลและตรวจสอบระหว่างผลดีและผลเสียที่จะได้รับจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีเกี่ยวกับที่ดินและการก่อสร้าง โครงการต่าง ๆ รวมทั้งกรณีสิ่งแวดล้อม ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมักจะใช้หลักดังกล่าวเป็นบรรทัดฐานและพิพากษากลับในกรณี การออกคำสั่งทางปกครองเพื่อเวนคืนที่ดิน โดยไม่มีความได้สัดส่วนอันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง ออกมาตรการที่เกินจำเป็นต่อเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลมักจะไม่แทรกแซงการใช้อำนาจดุลพินิจของ ฝ่ายปกครอง เว้นแต่การใช้อำนาจในการออกคำสั่งดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปอย่าง ได้สัดส่วน (rational) อย่างชัดเจน หรือเป็นกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจอันมีลักษณะเป็น ความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste) โดยมาตรการหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ไม่มี ความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะไม่ควบคุม การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองโดยมี ความเห็นที่แตกต่างจากความเห็นของศาล

หลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) หรือหลักการทำบัญชีหรือการชั่งน้ำหนักระหว่างผลได้และผลเสียจากการออกคำสั่ง ทฤษฎีนี้เป็นการเพิ่มความเข้มข้นในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยการนำมาใช้ในเรื่องการเวนคืนที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน กล่าวคือ นอกจากศาลปกครองจะตรวจสอบความถูกต้องตามเงื่อนไขของการเวนคืนตามกฎหมายแล้ว ศาลยังตรวจสอบไปถึงผลได้และผลเสียจากการเวนคืนดังกล่าวโดยการเปรียบเทียบทำบัญชีและดูว่าสิ่งที่เป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นแก่ส่วนรวมที่ได้จากการเวนคืนมีมากกว่าสิ่งที่เอกชนจะต้องเสียไปจากการเวนคืนดังกล่าวหรือไม่⁷⁷

หลักความสมเหตุสมผลนี้มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในคดี Ville Nouvelle Est ซึ่งเป็นการเวนคืนเพื่อสร้างเมืองใหม่ ซึ่งศาลควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเวนคืน โดยนอกจากจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยทั่วไปของการเวนคืนแล้ว ศาลยังเข้าไปควบคุมตรวจสอบในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการเวนคืน โดยตรวจสอบว่ามีประโยชน์อะไรบ้างที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน และการเวนคืนนั้นต้องมีต้นทุนทางการเงินในการเวนคืนทรัพย์สินของประชาชนเท่าไร รวมทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสภาพแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม หรือวิถีชีวิตของผู้คนที่จะได้รับผลกระทบแล้วนำมาเปรียบเทียบกับสิ่งที่ได้จากการเวนคืน หากผลที่ได้มีมากกว่า ศาลก็จะพิจารณาว่าการเวนคืนนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ แต่หากศาลเห็นว่าผลเสียมากเกินไปจนความจำเป็น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเวนคืนนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความแตกต่างระหว่างหลักความได้สัดส่วนและหลักความสมเหตุสมผล อาจพิจารณาได้ว่า แนวความคิดว่าด้วยความได้สัดส่วน เป็นความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างประโยชน์สาธารณะและวิธีการหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ และในการดำเนินการของฝ่ายปกครองหากมีความจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ฝ่ายปกครองจำต้องกระทำด้วยวิธีการเพื่อให้มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพน้อยที่สุด ในขณะที่หลัก bilan-coût-avantages เป็นหลักที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับความสมดุลระหว่างบัญชี ต้นทุน และประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับว่ามีความคุ้มทุนกับจำนวนเงินที่จะต้องเสียไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่

⁷⁷ A. de Laubadère, op. cit. p. 486 อ้างถึงใน วิษณุ วรรณุญ และคณะ, รายงานการวิจัยเรื่องคดีปกครองเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง), หน้า 89

2.5 การใช้อำนาจดุลพินิจให้มีความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน

จากการที่รัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ได้เปลี่ยนบทบาทภารกิจของตนไปสู่ความเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) โดยมีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมสวัสดิภาพของประชาชนให้ดีขึ้น ตลอดจนกระจายความมั่งคั่งของชาติไปยังประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน เพื่อความยุติธรรมในสังคมนั้นภารกิจดังกล่าวทำให้รัฐต้องใช้อำนาจแทรกแซงเข้าไปในวิถีชีวิตของประชาชนทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมมากขึ้น⁷⁸

อย่างไรก็ดี ในรัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) การแทรกแซงดังกล่าวจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดเจน ดังนั้น ผลที่ตามมาจากการเปลี่ยนแปลงไปสู่ความเป็นรัฐสวัสดิการคือ การมีกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่เพิ่มจำนวนมากขึ้นตามไปด้วย ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายที่ทวีจำนวนมากขึ้นนั้นได้ทำให้บทบาทของการใช้ “ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” มีความสำคัญมากขึ้นด้วยเช่นกัน เนื่องจากกิจกรรมในสังคมปัจจุบันมีลักษณะที่หลากหลาย ซับซ้อน และมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองเข้าไปแทรกแซงกิจการของเอกชนได้อย่างแน่นอนชัดเจนในทุกกรณีได้ จึงต้องเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้อำนาจตามกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในกรณีเฉพาะรายนั้น ๆ ซึ่งจะทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีความยืดหยุ่น ไม่แข็งกระด้าง และสามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวาง โดยนับนี้จึงเห็นได้ว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำเนินการกิจของรัฐสมัยใหม่อย่างเสียมิได้

อย่างไรก็ตาม บทบาทของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีความสำคัญอย่างมากต่อการดำเนินการของรัฐ ในอีกด้านหนึ่งก็ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพราะทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสทั้งนักวิชาการและศาลต่างก็เล็งเห็นถึงความสำคัญของปัญหาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้เป็น “ข้อจำกัด” โดย การเป็นกลไกตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อเป็น

⁷⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารกฎหมายปกครอง 3

หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนว่าจะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจากฝ่ายปกครอง

ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจโดยศาลของประเทศฝรั่งเศส นั้น แม้ว่าในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะได้แบ่งแยกความแตกต่างระหว่างปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย (légalité) และปัญหาความเหมาะสม (opportunité) ออกจากกัน อย่างไรก็ตาม ในระยะแรกของการควบคุมตรวจสอบดังกล่าว ศาลคงทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบเพียงแต่เฉพาะปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น ในขณะที่ปัญหาความเหมาะสมมิได้อยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลแต่ประการใด⁷⁹ โดยศาลมีความเห็นต่อกรณีดังกล่าวว่า แม้จะมีการแบ่งแยกปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองออกเป็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและปัญหาความเหมาะสม แต่กรณีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความแน่นอนชัดเจนอันเป็นกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน เป็นปัญหาที่มีลักษณะในทางภาวะวิสัย (objectif) ในขณะที่ปัญหาความเหมาะสมเป็นกรณีที่เกิดขึ้นและมีลักษณะเป็นอัตวิสัย (subjectif) ซึ่งวิญญูชนอาจมีความเห็นและตัดสินใจไม่สอดคล้องกันต่อกรณีที่เกิดขึ้นได้⁸⁰ ดังนั้น ในระยะแรก ศาลจึงปฏิเสธที่จะไม่ควบคุมความเหมาะสมของดุลพินิจ

อย่างไรก็ตาม ในช่วงระยะเวลาต่อมา ทศนคติของศาลต่อกรณีปัญหาความเหมาะสมอันเป็นกรณีที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวางหรือใช้ดุลพินิจอย่างไม่ถูกต้องเหมาะสม นั้น ศาลเริ่มมีแนวโน้มที่จะเห็นว่าเป็นภาระหน้าที่ของศาลที่จะต้องรักษาสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างประโยชน์มหาชนและประโยชน์ของประชาชนแต่ละคนจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยการขยายเขตอำนาจของตนในการควบคุมตรวจสอบให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวและได้มีคำพิพากษาในหลายกรณีที่เพิกถอนการใช้อำนาจดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมด้วยเช่นกัน⁸¹ แต่ในขณะเดียวกัน ศาลก็ตระหนักดีว่าความเห็นของศาลที่เกิดขึ้นเนื่องจากการทบทวนการกระทำของ

⁷⁹ A. De Laubadère, *Traité de droit administratif*. (1984), no. 580 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 67

⁸⁰ Bell, "The Expansion of Judicial Review over Discretionary Powers in France," *Public Law* 31 (1988): 99

⁸¹ Letourneur, "L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français," *Miscellanea ganshof van der meersch* 3 (1972): 563 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 68

ฝ่ายปกครองและความเห็นของฝ่ายปกครองอันมีต่อลักษณะของมาตรฐานของการกระทำทางปกครองที่ดี (the standard of good administration) นั้น อาจมีความเป็นไปได้ที่จะมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องตรงกันเสมอไป แม้กระนั้น ในการใช้อำนาจแทรกแซงของฝ่ายปกครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะกระทำได้ทุกกรณีเสมอไปแม้ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่การแทรกแซงดังกล่าวจะต้องมีความได้สัดส่วนอย่างสมเหตุสมผลระหว่างความจำเป็นในการดำเนินมาตรการใด ๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางสังคมหรือเศรษฐกิจ กับความจำเป็นในการจำกัดเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น มาตรการและการกระทำของฝ่ายปกครองอาจถูกเพิกถอนได้ หากมาตรการดังกล่าวมิได้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการเคารพต่อความสัมพันธ์ดังกล่าว ซึ่งพนักงานผู้รับผิดชอบด้าน (commissaires du gouvernement) เป็นจำนวนมากได้ยอมรับและเห็นความจำเป็นว่า ศาลควรมีภาระหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบไม่เพียงแต่เฉพาะกรณีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ขณะเดียวกันศาลควรมีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ไม่มีความเหมาะสมด้วยเช่นกัน⁸²

ตำราและงานวิจัยทางกฎหมายจำนวนมากได้มีการเสนอแนะให้ศาลสามารถควบคุมความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครองโดยไม่ถือว่าการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวของศาลมีลักษณะเป็นการแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันจะเป็นใช้อำนาจแทนฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁸³ แต่การควบคุมดังกล่าวจะถือว่ามาตรการทางปกครองใดที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจอย่างไม่เหมาะสม มาตรการทางปกครองนั้น เป็นมาตรการที่มีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วนและเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน หรือกล่าวอีกนัยว่า ศาลจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองอย่างแท้จริงเฉพาะเมื่อกรณีเห็นว่าฝ่ายปกครองได้อาศัยอำนาจที่ตนมีกระทำการอย่างเหมาะสมและสอดคล้องต่อหลักความได้สัดส่วน ดังนั้น ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น การกระทำทางปกครองใดมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อหลักความได้สัดส่วน การกระทำ

⁸² สรุปท้ายคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส คดี Crédit foncier de France, Rec 750 ลงวันที่ 12 ธันวาคม 1970 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁸³ A. De Laubadère (1984), no. 580 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

ทางปกครองนั้นจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่เป็นกรณีที่ดินเพียงว่าฝ่ายปกครองกระทำการอันมีลักษณะเป็นการพิจารณาโดยให้ข้อเท็จจริงที่ผิดพลาดดังที่เข้าใจแต่อย่างใด

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้มีความถูกต้องเหมาะสมและได้สัดส่วนระหว่างข้อเท็จจริง มาตรการ และสถานการณ์ที่เกิดขึ้นนั้น ในบางครั้งการบิดเบือนการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายปกครอง จึงก่อให้เกิดภาระหน้าที่ต่อศาลในการที่จะต้องใช้อำนาจทางตุลาการซึ่งในบางครั้งอาจเสมือนประหนึ่งว่าตนเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง อย่างไรก็ตาม การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นข้อจำกัดการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงเป็นการรับรองว่าฝ่ายปกครองจะไม่กระทำการใดอันมีลักษณะเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเกินขอบเขต และเป็นการทำให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจให้มีลักษณะสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายและไม่ใช้อำนาจที่ตนมีอยู่โดยอำเภอใจ โดยเฉพาะในกรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในทรัพย์สินของบุคคล

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า การนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับ โดยเฉพาะเพื่อควบคุมการกระทำทางปกครองจึงเป็นการรับประกันสิทธิ (droits) และประโยชน์ (interest) แก่ประชาชนทุกคนต่อการใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะเมื่อการกระทำทางปกครองนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน ดังจะเห็นตัวอย่างได้จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในสองคดี ได้แก่ คดี Malby et Bedouet⁸⁴ และคดี Grassin⁸⁵ ซึ่งข้อเท็จจริงในทั้งสองคดีนี้มีความคล้ายคลึงกันมาก กล่าวคือ เป็นกรณีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ให้เวนคืนที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน เพื่อการสร้างท่าอากาศยานในหมู่บ้านแห่งหนึ่งที่มีพลเมืองประมาณ 4,000 คน โดยฝ่ายปกครองให้เหตุผลว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะ (l'utilité publique) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้สั่งให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวของฝ่ายปกครองในเวลาต่อมา โดยอาศัยหลักความได้สัดส่วนและการพิจารณาถึงความหมายอย่างแท้จริงของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

⁸⁴ C.E. 13 mai 1946, *AJDA* (1965), p. 35 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์ “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง* 19, 1: 188

⁸⁵ C.E. 26 octobre 1973, *Rec.*, p. 598 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

การควบคุมตรวจสอบความได้สัดส่วนของการกระทำทางปกครองดังกล่าวข้างต้น จึงมีผลเท่ากับเป็นการขยายเขตอำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองให้มีขอบเขตกว้างมากขึ้น โดยศาลมิได้ทำหน้าที่เพียงแต่ควบคุมปัญหาที่มีลักษณะเป็น มูลเหตุจูงใจทางข้อเท็จจริง (motifs de fait) อันเป็นการควบคุมระดับธรรมดา (contrôle normal) เท่านั้น แต่ศาลยังควบคุมถึงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการ ข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุจูงใจ ในการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง สถานการณ์ คำสั่งทางปกครอง และเป้าหมายที่จะได้รับ (situation, décision, finalité)⁸⁶ ให้มีความสอดคล้องกันอย่างได้สัดส่วนและเหมาะสม

2.6 กรณีที่มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการควบคุมดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

แต่เดิม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลจะจำกัดบทบาทของตัวเองโดยไม่ก้าวล่วง เข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรืออาจกล่าวได้ว่าศาลใช้อำนาจ ในการควบคุมขั้นต่ำเท่านั้น (contrôle minimum) อย่างไรก็ตาม บทบาทและเขตอำนาจของศาล ในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพิ่มมากขึ้นภายหลังจากที่ศาลได้นำ หลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการควบคุมแก่กรณีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ อำนาจของตนอย่างอำเภอใจ กรณีดังกล่าว จึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้ศาลต้องเพิ่ม บทบาทของตัวเองในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเป็นการควบคุม ความได้สัดส่วนของการใช้อำนาจดุลพินิจให้มีความชอบด้วยกฎหมาย

ในช่วงระยะเริ่มแรกของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดังกล่าว ได้รับการคัดค้านจากบรรดานักวิชาการเป็นจำนวนมาก ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงนำ หลักดังกล่าวมาปรับใช้แค่คืออย่างค่อยเป็น ค่อย ไปดังเช่นที่ศาลได้นำหลักการควบคุม ความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste) มาใช้ นับแต่นั้นเป็นต้นมา หลักความได้สัดส่วน จึงปรากฏขึ้นและได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยนำมาปรับใช้สำหรับ แต่ละกรณีในข้อเท็จจริงที่ต่างกันออกไป

⁸⁶ Braibant, "Le principe de proportionnalité," *Mélanges waline* (1974), p.297 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 91

โดยที่บทบาทของหลักความได้สัดส่วนที่มีต่อขอบเขตของกฎหมายของฝรั่งเศส ยังไม่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลาย แต่หลักความได้สัดส่วนก็เป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนและนำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของตำรวจทางปกครอง (ฝ่ายปกครอง) โดยควบคุมความได้สัดส่วนระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับและเป้าหมายที่จะได้รับ โดยศาลมิได้ควบคุมเพียงว่าฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจนั้นอย่างถูกต้องเหมาะสมหรือได้สัดส่วนหรือไม่ แต่ศาลได้พิจารณาและคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอันเป็นประโยชน์ส่วนรวมด้วยเช่นกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะอันจะมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ฝ่ายปกครองจำต้องเคารพต่อหลักความได้สัดส่วนและกระทำเท่าที่จำเป็น

นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังเป็น หลักกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้บังคับในกรณีสถานการณ์พิเศษ (exceptional situations) กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติรับรองการไม่ต้องปฏิบัติตามได้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไป (ordinary laws) ในกรณีสถานการณ์พิเศษบางกรณีที่เกิดขึ้นและเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างสุดวิสัย เช่น สถานการณ์สงคราม หรือ ภัยพิบัติทางธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม การไม่ปฏิบัติตามได้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไปดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่าไม่เป็นการจำเป็นและไม่เป็นกรณีที่เกิดขึ้นด้วยเหตุสุดวิสัย ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมทั้งในกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการประเมินข้อเท็จจริงและในขั้นตอนการใช้ดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครองในกรณีสถานการณ์พิเศษ

ในคดี Canal⁸⁷ ข้อเท็จจริงเป็นกรณีสงครามอัลจีเรีย (Algerian War of Independence) โดยรัฐบาลฝรั่งเศสได้จัดตั้งศาลทหาร (Military Court of Justice) เพื่อพิจารณาพิพากษากรณีผู้กระทำความผิดทางอาญาในระหว่างสงคราม และศาลดังกล่าวได้พิพากษาลงโทษประหารชีวิตผู้กระทำความผิดผู้หนึ่ง บุคคลดังกล่าวจึงได้ร้องขอต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสให้ล้มเลิกศาลทหารที่รัฐบาลฝรั่งเศสได้จัดตั้งขึ้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้พิจารณาคดีภายใต้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างสถานการณ์พิเศษ โดยนำหลักความได้สัดส่วนมาพิจารณาและปรับใช้แก่คดีด้วยเช่นกัน

⁸⁷ C.E. 28 juin 1918, Heyréis, Rec., 651 é อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 96

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสหลายคดีได้แสดงให้เห็นว่าศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีอย่างกว้างขวางมากขึ้น เช่น กรณีการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความได้สัดส่วนระหว่างความผิดที่เกิดขึ้นกับการลงโทษของฝ่ายปกครอง⁸⁸ นอกจากนี้ ศาลได้นำหลักดังกล่าวมาใช้ในกรณีการวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการพิจารณาในกรณีที่เป็นการล่งล่าเข้าไปในทรัพย์สินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน ผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคมที่จะได้รับอันเนื่องมาจากมาตรการทางปกครองที่เกินจำเป็น

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักในการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมของการกระทำทางปกครองโดยการคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นวัตถุประสงค์ปลายทางเพียงประการเดียว ศาลยังได้พัฒนาหลัก bilan-coût-avantages อันเป็นการวิเคราะห์ถึงค่าใช้จ่ายและผลกระทบทางเศรษฐกิจที่จะเกิดขึ้น โดยกล่าวได้ว่า หลักดังกล่าวเป็นหลักที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการประยุกต์ใช้หลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้โดยศาลในประเทศฝรั่งเศส สามารถพิจารณาออกได้เป็น 4 กรณี ดังนี้

(1) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

พัฒนาการและจุดเริ่มต้นของการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีที่สำคัญได้แก่ การนำแนวความคิดของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในกรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของความสมเหตุสมผลระหว่างมาตรการหรือวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือและวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย นอกจากนี้ หากกรณีมีมาตรการหลายมาตรการที่ล้วนแต่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น ฝ่ายปกครองจำต้องเลือกใช้มาตรการที่จำเป็นที่มีผลกระทบและก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนน้อยที่สุด

⁸⁸ C.E. 28 juin 1978, Lebon, Rec., 245 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 97

อย่างไรก็ตาม โดยที่ฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น ในการกระทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจโดยทั่วไปในการออกกฎระเบียบต่าง ๆ โดยเป็นการกระทำภายใต้เงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ โดยปกติแล้วจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน เช่น สิทธิเสรีภาพในการชุมนุม สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น

กรณีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส⁸⁹ ได้มีคำวินิจฉัย โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น คดีที่เป็นบรรทัดฐานและยังคงมีการกล่าวถึงอยู่ตลอดมา ได้แก่ คดี *Benjamin*⁸⁹ ข้อเท็จจริงในคดีเกิดขึ้นจากการที่นายกเทศมนตรีไม่ต้องการให้มีการแสดงความคิดเห็นและการชุมนุมทางวรรณกรรม ดังนั้น นายกเทศมนตรีจึงอาศัยอำนาจที่ตนมีเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม โดยการออกคำสั่งห้ามมิให้มีการชุมนุมเพื่อมิให้มีการแสดงความคิดเห็นดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่ได้สั่งห้ามการชุมนุม เนื่องจากการสั่งห้ามการนัดชุมนุมดังกล่าวเป็นวิธีการที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการกระทำหน้าที่ในการรักษาสงบเรียบร้อยและการรักษาความปลอดภัยในชุมชน อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าเสรีภาพในการชุมนุม เป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง และในการจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าวนี้ จะต้องไม่เป็นการกระทำที่มีลักษณะเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น จากกรณีดังกล่าวข้างต้น มีข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องกัน 3 ประการ ได้แก่ สถานการณ์ ข้อเท็จจริง และวิธีการในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมาย กล่าวคือ มาตรการหรือคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์เป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม นั้น จะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อเป็นมาตรการที่จำเป็นและเป็นการกระทำที่พอสมควรแก่เหตุ

ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกรณีที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ศาลปกครองจำต้องคำนึงถึงข้อจำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ โดยจะเห็นว่า เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอาจถูกจำกัดโดยเสรีภาพประเภทอื่น ซึ่งศาลปกครองพยายามที่จะประนีประนอมระหว่างเสรีภาพ

⁸⁹ C.E. 19 mai 1933, Rec., p. 541 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 98

ต่าง ๆ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาและเสรีภาพในการแสดงออก สิทธิในการชุมนุมแสดงความคิดเห็นกับสิทธิที่จะเดินทางอย่างเสรีของผู้ที่ไม่ได้ชุมนุมประท้วง เป็นต้น⁹⁰

(2) การดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการ

ระดับของการควบคุมของศาลแก่กรณีที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการพลเรือน นั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมักจะเป็นการควบคุมในขั้นต่ำ (contrôle minimum) หรือเป็นการควบคุมแบบจำกัด (restreint) เท่านั้น โดยแต่เดิมศาลมักจะพิจารณาเพียง 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก การลงโทษทางวินัยกับข้าราชการพลเรือนดังกล่าว นั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องหรือไม่ และประการที่สอง ข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นมีคุณสมบัติทางกฎหมายอันเป็นเหตุผลอันควรต่อการลงโทษหรือไม่ (qualification juridique des faits)⁹¹ หรือเมื่อพิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่าศาลมิได้เป็นผู้มีหน้าที่ในการที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่าขอบเขตของการลงโทษทางวินัยที่กำหนด โดยฝ่ายปกครองนั้น มีความสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอันเป็นสาเหตุของการกำหนดโทษหรือไม่⁹² โดยไม่ใช่กรณีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (la pleine juridiction) หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่มีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครองนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การควบคุมในขั้นต่ำของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสสำหรับกรณีการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการพลเรือน นั้น ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าการควบคุมขั้นต่ำของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสนั้น ข่อมนำมาซึ่งการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ในระยะเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงได้เปลี่ยนทัศนคติต่อการวินิจฉัยในกรณีดังกล่าวนี้ โดยปรากฏเป็นครั้งแรกในคำพิพากษาคดี *SAFER d'Auvergne c*

⁹⁰ ประสาท พงษ์สุวรรณ, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครอง: เอกสารจากการประชุมใหญ่ทางวิชาการ ครั้งที่ 7 ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดนานาชาติ” ใน *รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 3: กฎหมายปกครอง ภาควิชาบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ*, หน้า 481

⁹¹ C.E. 28 février 1930, Remoux, Rec. 226 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, p. 122

⁹² C.E. 16 juillet 1947, Bensmain Chalem Ben Hadj, Rec., 319 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 100

*Bernette*⁹³ กล่าวคือ ความผิดที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการทำงานของบุคคลที่เป็นตัวแทนของรัฐ มิได้มีความร้ายแรงเพียงพอขนาดที่จะไล่บุคคลดังกล่าวออกจากตำแหน่ง

นอกจากนี้ การเปลี่ยนทัศนคติในกรณีการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการพลเรือนได้รับการยืนยันในคดี *Lebon*⁹⁴ กล่าวคือ ครูคนหนึ่งชื่อนาย Lebon ถูกกล่าวหาว่ามีความประพฤติหยาบโหลต่อเด็กนักเรียนหญิงคนหนึ่ง และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจของโรงเรียนได้มีคำสั่งไล่ นาย Lebon ออกจากการเป็นครู ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมีคำพิพากษาปฏิเสธคำอุทธรณ์ของนาย Lebon โดยวินิจฉัยว่า ฝ่ายปกครองมิได้ใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง (*erreur manifeste*) และการลงโทษดังกล่าวมีความได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำ ซึ่งในคดี *Lebon* นี้ แม้ว่าศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะได้มีคำวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายชนะคดี แต่ศาลก็ไม่ปฏิเสธที่จะควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในกรณีการลงโทษทางวินัย โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสอีกคดีต่อมาที่เป็นการยืนยันให้เห็นว่าศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองกรณีการลงโทษทางวินัยกับข้าราชการ ได้แก่ คดี *Vinolay*⁹⁵ ในคดีนี้ ประธานคณะกรรมการการเกษตรถูกไล่ออก เนื่องจากความล่าช้าของตนในการตอบข้อซักถามในการประกอบวิชาชีพ แม้ว่าศาลปกครองสูงสุดจะได้เพิกถอนคำสั่งที่ไล่ นาย Vinolay ออก โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าความบกพร่องในการปฏิบัติตามกฎระเบียบของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง จะเป็นเหตุอันสมควรที่บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษทางวินัย แต่ก็ไม่อาจเป็นเหตุถึงขนาดที่จะกำหนดโทษไล่ออกซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง โดยระดับของโทษที่ลงนั้นมีลักษณะที่รุนแรงเกินกว่าอัตราโทษที่กฎหมายได้กำหนดไว้

จะเห็นได้ว่า การกำหนดโทษทางวินัยอาจวิเคราะห้ได้ 2 ขั้นตอน กล่าวคือ ขั้นตอนแรก เป็นการออกคำสั่งให้ลงโทษการกระทำความคิด โดยตรวจสอบว่ามีความเหมาะสมหรือไม่

⁹³ C.E. 5 mai 1976, Rec., 232 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, p. 101

⁹⁴ C.E. 9 juin 1978, Rec., 245 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

⁹⁵ C.E. 26 juillet 1978., Rec 315 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส.” *วารสารกฎหมายปกครอง* 19, 1: 192

ที่จะใช้อำนาจในการกำหนดโทษ (เหตุผลที่จะลงโทษ) และขั้นตอนที่สอง ได้แก่ การตัดสินใจเกี่ยวกับรูปแบบหรือวิธีการของการลงโทษที่เหมาะสม อันเป็นการชี้แจงหน้าหน้าระหว่างการกระทำ ความผิดกับโทษที่จะกำหนดแก่การกระทำผิดนั้น (วิธีการลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วน กับวัตถุประสงค์และมูลเหตุจูงใจ (adaptation aux fins et aux motifs)⁹⁶ ของการลงโทษนั้น

(3) การวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้นำหลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) มาปรับใช้กับกรณีการเวนคืนที่ดินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน ในปี ค.ศ.1971 คดี *Ville Nouvelle Est* โดยคดีนี้ มหาวิทยาลัย Lille จะทำการก่อสร้างตึกเรียนคณะนิติศาสตร์และคณะอักษรศาสตร์ บริเวณรอบนอกเมือง โครงการดังกล่าวรวมถึงการก่อสร้างเมืองใหม่ติดกับอาคารเรียนดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นศูนย์กลางทางการศึกษาและเพื่อเป็นที่พักของนักศึกษา ซึ่งการก่อสร้างดังกล่าวจะต้องทำการรื้อถอนที่พักอาศัยของประชาชนเพื่อใช้ในการก่อสร้างจำนวนประมาณ 88 ครัวเรือน จึงเกิดการต่อต้านจากเจ้าของที่ดินและผู้อยู่อาศัยในบริเวณดังกล่าว ผู้ต่อต้านกล่าวอ้างว่าการกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองลิล (Tribunal Administratif de Lille) เห็นด้วยกับคำคัดค้านดังกล่าวและมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับโครงการดังกล่าว อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส และศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้กลับคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่า เมื่อพิจารณาผลกระทบทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของโครงการดังกล่าว ประกอบกับความสำคัญของโครงการนั้น เห็นว่าการรื้อถอนบ้านพักอาศัยจำนวน 88 ครัวเรือน มิได้ทำให้ประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าวต้องสูญสิ้นไปแต่อย่างใด โดยพิจารณาว่ามาตรการหนึ่งมาตรการใดทางปกครองจะถือว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะก็ต่อเมื่อการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ค่าใช้จ่าย หรือผลกระทบทางการเงินที่เกิดขึ้น ประกอบกับความเสียหายทางสังคมที่อาจเป็นไปไม่ได้ไม่เกินขอบเขตเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินการตามมาตรการนั้น

แม้ในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะเห็นด้วยกับฝ่ายปกครอง แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสม

⁹⁶ Bockel, Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน: 193

ของคำสั่งทางปกครอง และนับแต่คดี Ville Nouvelle Est เป็นต้นมา หลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) ได้รับการถือปฏิบัติอย่างชัดเจนในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาและการเวนคืนที่ดิน

นอกจากนี้ ในคดี Société Civile St. Marie l'Assomption⁹⁷ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ได้วินิจฉัยโดยมีการชั่งน้ำหนักในกรณีที่ประโยชน์สาธารณะ 2 ประการ มีความขัดแย้งกัน โดยเป็นกรณีการก่อสร้างเส้นทางเดินรถยนต์ซึ่งจะมีผลให้ต้องรื้อถอนและจำกัดพื้นที่บางส่วน ของที่ตั้งของโรงพยาบาลจิตวิทยาแห่งหนึ่ง โดยศาลปกครองสูงสุดได้นำเอาหลักความสมเหตุสมผลที่ได้วินิจฉัยในคดี Ville Nouvelle Est ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมาปรับใช้ด้วยเช่นกัน

(4) การคุ้มครองสภาพแวดล้อม

ปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้เริ่มมีการสร้างหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสภาพแวดล้อม โดยหลักความสมเหตุสมผล (bilan-coût-avantages) ได้รับการพัฒนาและนำมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ดังจะเห็นได้จากคดี Syndicat CFDT des marins – pêcheurs de la rade de Brest⁹⁸ กลุ่มชาวประมงทางทะเลในเมือง Brest ได้คัดค้านการก่อสร้างศูนย์อุตสาหกรรมคอมเพล็กซ์บนท่าเรือที่ตนประกอบอาชีพ ซึ่งโครงการดังกล่าวรวมถึงการก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันด้วย เนื่องจากโครงการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดมลพิษทางทะเล สภาแห่งรัฐได้นำหลักความสมเหตุสมผลดังที่วินิจฉัยไว้ในคดี Ville nouvelle Est มาปรับใช้ในคดีนี้ด้วยเช่นกัน และได้พิพากษาว่าโครงการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อบริเวณพื้นที่ที่ถูกกำหนดว่าเป็นพื้นที่ที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์และสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงยอมรับความเป็นประโยชน์สาธารณะ (utilité publique) ของโครงการดังกล่าว

ในคดี Dep. De la Savoie⁹⁹ กลุ่มผู้ร่วมต่อต้านการก่อสร้างสถานีพลังงานนิวเคลียร์ อ้างว่า โครงการดังกล่าวมิได้ดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากความไม่มีประสิทธิภาพอย่างพอเพียงของการศึกษาวิจัยในเบื้องต้น จำนวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินมิจำนวนมหาศาล

⁹⁷ C.E. 20 octobre 1972, Rec., 657, อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน: 194

⁹⁸ C.E. 25 juillet 1995, Rec., 1448 อ้างถึงใน Nicholas Emilliou, *The Principle of Proportionality in European Law*,

⁹⁹ C.E. 4 mai 1979, Rec., 185 อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน

มีความเสี่ยงของการดำเนินงานต่อสภาพแวดล้อมในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุ และการก่อสร้างตามโครงการดังกล่าวจะทำให้สภาพแวดล้อมทางธรรมชาติของพื้นที่ในบริเวณนั้นสูญเสียไป

ภายหลังจากที่ศาลปกครองได้ศึกษาข้อเท็จจริงทั้งหมดของเรื่องนี้แล้ว ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งปฏิเสธข้อกล่าวอ้างดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่า ในขณะที่ด้านหนึ่ง ความไม่ได้สัดส่วนระหว่างความต้องการพลังงานและความสามารถในการนำเอาแหล่งทรัพยากรในประเทศมาใช้ประโยชน์ ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าด้วยวิธีอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากวิธีการที่กระทำกันในอดีต และอีกด้านหนึ่ง ข้อบังคับที่กำหนดให้ผู้ก่อสร้างและการรักษาความปลอดภัยของการก่อสร้างสถานีดังกล่าว อีกทั้งการก่อสร้างโรงงานพลังงานนิวเคลียร์ในพื้นที่ที่กำหนดไว้นั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสภาพแวดล้อมแต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่มีข้อเท็จจริงใดที่บ่งชี้ว่าโครงการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายใด ๆ ไม่ว่าในด้านเศรษฐกิจ การเงิน และไม่ว่าจะพิจารณาในประเด็นเรื่องความปลอดภัยหรือประเด็นเรื่องสภาพแวดล้อมที่อาจจะมีผลลบถึงลักษณะ “ประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าว”

นอกจากนี้ ในคดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการควบคุมเหมืองแร่คดีหนึ่ง¹⁰⁰ ศาลได้วินิจฉัยว่า เมื่อได้พิจารณาจากเอกสารต่าง ๆ แล้วจะเห็นได้ว่ามาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดเงื่อนไขของการกระทำเหมืองแร่ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับระยะทางและความลึกนั้น ไม่เพียงพอที่จะป้องกันชายฝั่งทะเลอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น การห้ามมิให้ทำเหมืองจึงเป็นสิ่งที่สมควร

2.7 บทสรุป

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ทำหน้าที่เป็นส่วนเติมเต็มให้แก่แนวความคิดอื่น ๆ อาทิ หลักการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง (erreur manifest) การบิดเบือนอำนาจ (détournement de pouvoir หรือ abuse of power) การให้ลักษณะข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด นอกจากนี้ จากการศึกษาและวิเคราะห์ที่ผ่านมาข้างต้นซึ่งได้ศึกษาย้อนไปตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 พบว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทและเป็น

¹⁰⁰ C.E. 20 juillet 1971, Mehu et autres, Rec., 568 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักแห่งความได้สัดส่วน,” วารสารนิติศาสตร์ 20, 4 (ธันวาคม 2533): 102

เครื่องมือที่สำคัญในการสนับสนุนการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ และเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจโดยอำเภอใจของฝ่ายปกครอง

ด้วยเหตุที่ในปัจจุบัน การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีแนวโน้มที่จะทวีความสำคัญมากขึ้น และในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญกับการใช้และการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลจึงเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการควบคุมและทบทวนการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้มีความเหมาะสม (opportunité) เพื่อเป็นการประกันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

จุดเริ่มต้นของการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นกรณีการควบคุมสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เป็นครั้งแรกในคดี Benjamin แล้วพัฒนาการต่อมาและนำมาปรับใช้ในกรณีอื่น ๆ เช่น การวางผังเมือง การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น จากการพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส อาจสะท้อนให้เห็นได้ว่า แม้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีกฎหมายหรือแนวคำพิพากษาของศาลให้อำนาจไว้อย่างกว้างขวาง แต่เป็นที่สังเกตได้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะถูกจำกัดให้ลดน้อยลงไปทุกที เหตุดังกล่าวเนื่องจากการที่ศาลได้เข้าไปจำกัดขอบเขตหรือเข้าไปควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น หากจะเปรียบเทียบจากแต่เดิมที่ศาลปฏิเสธการควบคุมดุลพินิจของความเหมาะสมของฝ่ายปกครองอย่างสิ้นเชิง โดยเห็นว่าเป็นเอกสิทธิ์หรือดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายปกครอง แต่ต่อมา ศาลเริ่มมีแนวโน้มที่จะเห็นว่าการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมเป็นหนึ่งในเหตุของความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกันและอยู่ในอำนาจการควบคุมของศาลได้ เว้นแต่บางกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่จำต้องอาศัยความเชี่ยวชาญ โดยแท้ของฝ่ายปกครอง อย่างแท้จริง โดยศาลฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาหลักที่นำมาใช้ในการควบคุมความเหมาะสมของดุลพินิจหลายประการ และหลักความได้สัดส่วนก็เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งที่ศาลได้นำมาใช้ในการควบคุมและเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้มีความชอบธรรมและสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ

ทั้งนี้ แม้ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมโดยศาลอาจเป็นการนำมาใช้โดยการพยายามที่จะหลีกเลี่ยงและไม่กล่าวถึงหรือไม่ได้ยอมรับโดยตรงไปตรงมาก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะปฏิเสธหรือมิได้ให้การยอมรับถึงความมีอยู่ของหลักความได้สัดส่วนแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม การที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมักจะกล่าวว่าศาลได้สร้างสิ่งที่เป็น “เทคนิค” บางประการเพื่อนำมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้อยู่ในขอบแห่งความชอบธรรมและ

มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยหนึ่งในเทคนิคที่ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้สร้างขึ้นมาได้แก่ หลักความได้สัดส่วน (le principe de proportionnalité) และแม้ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสปัจจุบัน¹⁰¹ จะมิได้ยอมรับ โดยตรงว่าแท้จริงแล้วหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็น หลักกฎหมายทั่วไป อย่างชัดเจนดังเช่นการยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวในระบบกฎหมายเยอรมันก็ตาม แต่คงไม่อาจกล่าวได้ว่าแนวโน้มในการยอมรับหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีลักษณะ เช่นปัจจุบันดังที่ได้กล่าวมาแล้วตลอดไป เนื่องจากการที่ประเทศฝรั่งเศสได้เข้าเป็นสมาชิกของกลุ่มสหภาพยุโรป (European Union) ซึ่งมีธรรมนูญการปกครองที่มีผลใช้บังคับเหนือประเทศสมาชิก (member states) ทุกประเทศ ซึ่งธรรมนูญการการปกครองดังกล่าวได้มีการบัญญัติรับรอง หลักความได้สัดส่วนไว้เป็นบทบัญญัติหนึ่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนโดยยอมรับให้ หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่มีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมาย ของสหภาพยุโรป ด้วยเหตุดังกล่าว ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่อาจปฏิเสธและยอมรับ ในความเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของหลักความได้สัดส่วนได้อีกต่อไป แม้ว่าจุดเริ่มต้นของการนำ หลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะเกิดขึ้นจากการสร้างและพัฒนาโดยศาล ของประเทศฝรั่งเศสเองก็ตาม

3. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรป (European Community Law)¹⁰²

ในการศึกษาหลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบ กฎหมายสหภาพยุโรป นั้น คงจะต้องกล่าวก่อนว่าแนวความคิดพื้นฐานของหลักดังกล่าว อาจ พิจารณาย้อนไปในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ซึ่งหลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) หรือเข้าใจในอีกหลักหนึ่งว่าเป็นหลักแห่งความจำเป็น (necessity principle) ได้มีการกล่าวถึงเป็น ครั้งแรกในคำพิพากษาศาลเยอรมันในปี 1882 โดยศาลปกครองสูงสุดแห่งมลรัฐปรัสเซีย ในคดี Kreuzberg¹⁰³ ในคดีดังกล่าวศาลได้ยอมรับหลักที่ว่าฝ่ายปกครองจำเป็นต้องได้รับอนุญาตตาม กฎหมายในการที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และในคดีดังกล่าวฝ่ายปกครองไม่ได้รับอนุญาต

¹⁰¹ พ.ศ. 2549 หรือ ค.ศ. 2006

¹⁰² โปรดดูรายละเอียดใน Jürgen Schwarze, *Major Principles of Administrative Law in the European Union and its Member States*. เอกสารประกอบการสัมมนาครบรอบ 5 ปี ศาลปกครอง 9 มีนาคม 2549, สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 6-9

¹⁰³ Decision of June, 14th 1882 prOVG, 353

ในการเข้าแทรกแซงหรือออกคำสั่งโดยอาศัยข้อพิจารณาทางด้านความสวยงาม โดยที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้

ในระดับของสหภาพยุโรป ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ทำการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป (judge made law) โดยปรากฏในคำพิพากษาเป็นจำนวนมากและหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ หลักความได้สัดส่วนนั่นเอง

สำหรับท่านผู้พิพากษา Karl Roemer¹⁰⁴ ตุลาการผู้แถลงคดีของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ว่า “มันเป็นปรากฏการณ์ทั่วไปในกฎหมายปกครองว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality) พยายามที่จะส่งผลต่อการกระทำทางปกครองมากขึ้นทุกที ๆ” หมายความว่า ขอบเขตของฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจของตนนั้นจำกัดลงทุกวัน ๆ และวิธีการที่สำคัญในการควบคุมก็คือการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลนั่นเอง และเมื่อกล่าวเฉพาะหลักความได้สัดส่วน ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ยอมรับอย่างชัดเจนในคดีหมายเลข 11/70 Internationale Handelsgesellschaft¹⁰⁵ โดยกล่าวว่าหลักดังกล่าวเป็นหลักการที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งที่จะทำให้บรรล่วัตถุประสงค์โดยการวางข้อจำกัดมิให้มาตรการต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกก่อให้เกิดภาระกับประชาชนเกินไป

ในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปนั้น การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่คดีมีที่มาจากระบบกฎหมายของประเทศสมาชิกนั่นเอง โดยศาลได้ใช้วิธีการทางกฎหมาย เปรียบเทียบและเทียบเคียงเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่ามีหลักกฎหมายดังกล่าวอยู่ เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเขียนไว้อย่างชัดเจน ศาลยุติธรรมแห่งยุโรปตั้งแต่เริ่มเปิดทำการก็ได้พยายามสร้างหลักกฎหมายด้วยการวางแนวคำพิพากษาของตนเองขึ้น และหลักความได้สัดส่วนก็เป็นหลักกฎหมายที่พบอยู่ในประเทศสมาชิกหลายประเทศ

¹⁰⁴ GA Roemer in his conclusions, ECJ, Case 24/62, Germany/Commission, ECR 1963, 289.

¹⁰⁵ ECJ, Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,

จากคำพิพากษาของศาลในระบบกฎหมายยุโรปและระบบกฎหมายของประชาคมร่วมยุโรป (European Community Law)¹⁰⁶ อาทิ ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Justice) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Human Rights)¹⁰⁷ ซึ่งปัจจุบัน ระบบกฎหมายของประชาคมยุโรปได้ให้การยอมรับอย่างชัดเจนว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญในลำดับเดียวกับธรรมนูญการปกครองแห่งสหภาพยุโรป โดยมีผลผูกพันต่อประเทศสมาชิกทุกประเทศและนำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบกรณีที่เกิดประโยชน์ของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ (Member States) และผลประโยชน์ของประชาคมร่วม (Community) มีความขัดแย้งกัน โดยหลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

อย่างไรก็ตาม เมื่อหลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับในศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปแล้วนั้น ประเทศสมาชิกที่ไม่มีหลักดังกล่าวก็ได้ยอมรับหลักดังกล่าวมาใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศของตนเองด้วยเช่นกัน

ประเทศอิตาลีเป็นตัวอย่างที่ได้ยอมรับหลักนี้หลังจากที่ศาลได้สร้างหลักดังกล่าวขึ้น ประเทศอังกฤษก็เป็นอีกตัวอย่างของการนำหลักความได้สัดส่วนดังที่ปรากฏในระบบกฎหมายของสหภาพยุโรปไปใช้ในกฎหมายภายในของประเทศของตนเอง ในการประชุมที่เมือง Hamburg เมื่อประมาณ 20 ปีที่แล้ว Lord Slynn¹⁰⁸ ซึ่งเป็นตุลาการผู้แถลงคดีในศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปกล่าวว่า “เรามีโอกาสที่จะถูกฟ้องเป็นคดีในศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปและผู้พิพากษาศาลของอังกฤษก็อยากจะทราบว่าจะทำอย่างไรกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งในที่สุดหลักนี้ก็ได้อำนาจเข้ามาสู่เกาะอังกฤษ” และตั้งแต่นั้นหลักกฎหมายดังกล่าวนี้ก็ได้รับการยอมรับมากขึ้นเรื่อย ๆ ในระบบกฎหมายอังกฤษ

¹⁰⁶ ศาลในระบบกฎหมายของประชาคมร่วมยุโรป (European Community Law) ได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนดังเช่นที่ใช้ในประเทศเยอรมันมาเป็นต้นแบบในการพิจารณาพิพากษาคดี

¹⁰⁷ GRAINNE DE GURCA, “The Principle of Proportionality and its Application in EC law,” in *Yearbook of European Law 1993*, eds. A.Barav and D.A.Wyatt, asst. ed. Joan Wyatt, (Oxford: Clarendon Press, 1993)

¹⁰⁸ Sir Gordon Slynn, in: J. Schwarze/R. Bieber (ed.), *Eine Verfassung für Europa*, Baden-Baden 1984, p. 121 et seq.

หลักความได้สัดส่วนได้ถูกนำมาปรับใช้ในหลายกรณีในระบบกฎหมายประชาคมร่วมยุโรปโดยการใช้อ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปอาจใช้คำว่า “เท่าที่จำเป็น (necessary or essential)” หรือ “เหมาะสม (suitable)” โดยกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบไว้ว่า มาตรการที่นำมาใช้บังคับจะต้องมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประชาคมน้อยที่สุด โดยศาลได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีโดยสามารถสรุปถึงองค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วนจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรปได้ 3 ประการ ได้แก่ หลักความเหมาะสม (suitability) หลักความจำเป็น (necessity) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (proportionality stricto sensu)

คำพิพากษาที่มักได้รับการกล่าวถึงเสมอในการเป็นบรรทัดฐานของการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้นได้แก่ คดี Schröder¹⁰⁹ ศาลได้พิพากษาว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญประการหนึ่งของระบบกฎหมายประชาคมร่วมยุโรป โดยมาตรการที่ใช้บังคับในการกำหนดเบี้ยปรับสำหรับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจจะชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมและจำเป็นในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางกฎหมาย ในกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสม มาตรการที่จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดและจะต้องมีความได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ปลายทางที่จะได้รับ

การวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการยืนยันโดยศาลยุติธรรมชั้นต้น (Court of First Instance) ศาลได้พิพากษาว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการที่เรียกร้องให้มาตรการที่ประชาคมใช้บังคับจะต้องมีความเหมาะสมและไม่เกินแก่กรณีแห่งความจำเป็นในการบรรลุวัตถุประสงค์ และในกรณีที่มีมาตรการหลายมาตรการที่เหมาะสม มาตรการที่จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายจะต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสมาชิกในการผูกพันต่อระบบกฎหมายปกครองของสหภาพยุโรป โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับไม่เพียงแต่ในระบบกฎหมายเยอรมันเท่านั้น แต่ในระบบกฎหมายของประชาคมร่วมยุโรป หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายประชาคมร่วมยุโรปด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีอิทธิพล

¹⁰⁹ ECJ, Case 265/87, Schröder/Hauptzollamt Gronau, ECR 1989, 2237 et seq.

ต่อกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่ไม่คุ้นเคยต่อหลักความได้สัดส่วน เช่น อิตาลีและอังกฤษ เป็นต้น การมีอิทธิพลดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นส่วนสำคัญในการสนับสนุนและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายยุโรปให้มีมาตรฐานเดียวกัน
