

บทที่ 3

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (LEGALITY)

อาจารย์ผู้สอน ผศ.ดร.วันฮารงค์ บินอิสริส

หลักความชอบด้วยกฎหมาย (LEGALITY)

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายอายุประมาณ ๒๐๐ ปี เมื่อเปรียบเทียบกับ กฎหมายแพ่งอายุประมาณ ๒,000 กว่าปี กฎหมายอาญาเก่ากว่านั้น ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์พระมหากษัตริย์และลูกน้องของพระมหากษัตริย์คือขุนนางหรือฝ่ายปกครอง อยู่เหนือกฎหมาย กฎหมายใช้แก่ประชาชนไม่ใช่แก่ขุนนาง ขุนนางเป็นชนชั้นปกครอง อยู่เหนือกฎหมาย ต่อมาในระบบประชาธิปไตยผู้ปกครองอยู่ใต้กฎหมาย แต่ผู้ปกครอง ซึ่งต้องทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อส่วนรวมจะมาใช้กฎหมายแบบเอกชนก็เกรงว่า จะแพ้เอกชน จึงสร้างหลักขึ้นในฝรั่งเศสว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือส่วนอังกฤษและอเมริกายังใช้กฎหมายในลักษณะที่ฝ่ายปกครองเป็นเอกชนคนหนึ่งเท่า ๆ กันกับเอกชนอื่น ส่วนรวมมีน้ำหนักมากกว่าเอกชนหรือไม่ และใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีมาควบคุมให้เกิดความ เป็นธรรม ส่วนกฎหมายภาคพื้นยุโรป สร้างหลักทางสารบัญญัติขึ้นมาเลยว่าฝ่ายปกครอง มีอำนาจเหนือเอกชน เช่น จะสร้างถนนผ่านที่เอกชน เอกชนต้องเสียสละเพื่อประโยชน์ ส่วนรวม แต่ถ้าจะสร้างถนนเข้าไปในป่าสงวนเป็นที่อนุรักษ์อย่างนี้เอกชนก็เข้ามาพิทักษ์ ประโยชน์ได้ต้องชั่งน้ำหนักเอา

นิติวิธีในการใช้กฎหมายคอมมอนลอว์กับกฎหมายซีวิลลอว์ต่างกัน ในโลกยุคใหม่ ประเทศต้องปกครองด้วยกฎหมายทั้งนั้น แต่นิติวิธีในกฎหมายปกครองไม่เหมือนกัน กล่าวคือ กฎหมายคอมมอนลอว์มีปรัชญาพื้นฐานว่ารัฐและเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน รัฐไม่ได้อยู่เหนือเอกชน แต่ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมให้การดำเนินการต่าง ๆ ของ รัฐมีความเป็นธรรม (fairness) ส่วนกฎหมายซีวิลลอว์มีปรัชญาพื้นฐานว่ารัฐกระทำเพื่อส่วนรวมจึงสร้างหลักกฎหมายทางสารบัญญัติขึ้นว่า รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน ขณะนี้ประเทศไทย เลือกลงทางเดินไปสู่นิติวิธีของทางภาคพื้นยุโรป เนื่องจากยังเป็นกฎหมายใหม่ หลักในกฎหมาย ปกครองยังไม่เข้มแข็ง ไม่เหมือนกับหลักทางแพ่งซึ่งมีมา ๒,000 กว่าปี หลักกฎหมาย ปกครองยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยตัดสินว่าการสร้างโรงละครไม่เป็นสาธารณประโยชน์ อีกร้อยปีต่อมาตัดสินใหม่ว่าการสร้างโรงละครเป็นสาธารณประโยชน์ ความจริงแล้วการสร้างหลักกฎหมายปกครองเป็นวิธีการของคอมมอนลอว์ คือใช้คำพิพากษาวางบรรทัดฐาน

เมื่อโลกเปลี่ยนเข้าสู่ระบบประชาธิปไตยฝ่ายผู้ปกครองต้องมาลงอยู่ใต้กฎหมายฝ่าย ปกครองจะทำอะไรขึ้นอยู่กั
กฎหมายว่าอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ มอบอำนาจให้ทำหรือไม่ ซึ่งหลักนี้คือหลักนิติรัฐ (legal state) นั่นเอง
หลักนิติรัฐผูกพันทั้งระบบการปกครองคือ ผูกพันทั้งนิติบัญญัติ บริหารและฝ่ายปกครองที่อยู่ในฝ่ายบริหาร และผูกพัน
ตุลาการด้วย รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ จึงบัญญัติว่าสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย
หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่น
ของรัฐ ศาลในที่นี้หมายความว่ารวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญจะตัดสินตรอนสิทธิเสรีภาพที่
รัฐธรรมนูญรับรองไม่ได้

ในประเทศไทยอาจมีความสับสนกันบ้าง ตามรัฐธรรมนูญพระมหากษัตริย์ทรง อยู่ใต้รัฐธรรมนูญแต่ไม่ทรง ต้องรับผิดชอบต่อกฎหมายเพราะฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ให้ รับผิดชอบต่อกฎหมายไม่ได้ ทรงทำอะไรต่าง ๆ โดยมี ผู้รับสนองพระบรมราชโองการไป ดำเนินการ ผู้รับสนองพระบรมราชโองการคือผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อกฎหมาย ประเด็นนี้ เคยมี ปัญหาตอนที่มีการเลือกตั้ง ส.ว. ครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ กกต. ส่งบัญชีรายชื่อ ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ไปบ้านเลขที่ ๑ พระบรมมหาราชวัง ผู้มีสิทธิอันดับหนึ่งคือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว อันดับสองคือ พระนางเจ้าฯ พระบรมราชินีนาถ เรียงลงมาแล้วส่งไปให้ ราชเลขาธิการขอให้ตรวจสอบรายชื่อและแจ้งด้วยว่าต้องไปเลือกตั้งถ้าไม่ไป เลือกตั้งอาจจะ ถูกตัดสิทธิต่าง ๆ ได้ เป็นคดีขึ้นศาลรัฐธรรมนูญ พอดีประธานศาลฎีกาผู้ช่วยพิพากษา เข้าเฝ้าฯ เพื่อ ถวายสัตย์ปฏิญาณ พระองค์ทรงมีพระราชดำรัสอธิบายกฎหมายให้ทุกคน เข้าใจว่าพระมหากษัตริย์อยู่ใต้รัฐธรรมนูญ แต่อยู่เหนือกฎหมาย ในที่สุด กกต. ต้องส่งให้ศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระมหากษัตริย์ไม่ ทรงต้องไปเลือกตั้ง คำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖/๒๕๔๓

หลักเกณฑ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ประการแรก สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มีเต็มร้อย แต่ในการปกครองจะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบ้าง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ ในทางนิติบัญญัติ การกระทำในทางบริหาร การปกครอง หรือการกระทำในทางตุลาการ ย่อมเข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ลดลง ตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยขับรถใน เลนซ้ายพวงมาลัยอยู่ขวา คุณอยากจะไปขับในช่องทางรถสวนได้หรือไม่ ถ้าสิทธิเสรีภาพ ของคุณมีเต็มร้อยทำไมทำไม่ได้ ก็เพราะว่าการปกครองนี้เองจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ลง ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๔ บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญ รับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้คือแหล่งกำเนิด กฎหมายปกครองขึ้นมาว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกระทำได้โดยกฎหมาย

มาตรา ๒๙ บัญญัติต่อไปว่า ในกฎหมายจะต้องมีเงื่อนไขให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ได้เฉพาะเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ได้ รวมทั้งต้อง ระบุมาตราในรัฐธรรมนูญด้วยว่ากฎหมายฉบับนี้ไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพในมาตราใด ของรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยกฎหมาย นี่คือหลัก ความชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ใช่เป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ จะทำงานที่เข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนจะต้องได้รับมอบอำนาจตามกฎหมาย และอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น วิธี เขียนหลักนี้ให้มาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และ ๒๘ กฎหมายหลายฉบับในยุคใหม่ต้องบัญญัติไว้ว่า อาศัยมาตรา ๒๙ แห่งรัฐธรรมนูญจำกัด สิทธิของประชาชนในมาตรานั้นมาตรานี้ของรัฐธรรมนูญ เคยมีกฎหมายที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะไม่ได้บัญญัติข้อความตามมาตรา ๒๙ คือ คำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓-๑๔/๒๕๔๑ พ.ร.บ. สหกรณ์อ้างอิงมาตรา ๒๙ ไว้ในคำปรารภ ซึ่งศาล รัฐธรรมนูญว่าขัดรัฐธรรมนูญ เพราะจะต้องเขียนไว้เป็นบทมาตราหนึ่ง

ปัญหาประการหนึ่งที่ยังสับสนกันอยู่มาก คือ อะไรเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มัก มีการอ้างเสมอว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะละเมิดมิได้ หลักง่าย ๆ คือ อะไรเป็นสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังแบ่งเป็น ๒ ประเภทใหญ่ ๆ คือ สิทธิ ที่เกิดมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ เช่นสิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียง และ ความเป็นส่วนตัว กับสิทธิที่เกิดขึ้น เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติ เช่นสิทธิในการศึกษา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่ความ สับสนเกิดขึ้นเพราะเอาสิทธิตามกฎหมายอื่นมาอ้างว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิ ทางแพ่ง ตัวอย่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ ฯ และ พ.ร.บ. บริษัทบริหารสินทรัพย์ ฯ กำหนดให้โอนสิทธิเรียกร้องของสถาบันการเงินหรือที่เรียกกัน ว่าหนี้เน่า ไปให้นิติบุคคลที่ตั้งขึ้น ใหม่ไปบริหาร บรรดาถูกหนี้อ้างว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะจำกัดสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวการโอนสิทธิ เรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา ๓๐๖ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๖/๒๕๔๔ ตัดสินไว้ ชัดเจน ว่าไม่ใช่สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแบ่งใหญ่ ๆ ได้ ๒ ด้าน คือ สิทธิพื้นฐานที่ กฎหมายเขียนกั้ดไม่ได้ กับ สิทธิที่กฎหมายสามารถเขียนจำกัดได้ ต้องไปดูว่ารัฐธรรมนูญ เขียนยอมให้ออกกฎหมายจำกัดได้หรือไม่ เช่น มาตรา ๓๔ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง วรรคสอง ว่า การกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อันเป็นการละเมิด หรือ กระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะกระทำได้ เว้นแต่กรณีที่เป็น ประโยชน์ต่อสาธารณชน มาตรา ๓๔ ไม่ได้เขียนว่าเว้นแต่ จะมีบทบัญญัติของกฎหมาย ข้อยกเว้นตรงนี้ว่าเว้นแต่ ประโยชน์ต่อสาธารณชน ไม่ใช่ว่า กฎหมายออกมาจำกัดได้ เพราะฉะนั้น สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว ออกกฎหมายมาจำกัดไม่ได้

- ▶ มาตรา ๔๕ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น วรรคสองว่าเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นออกกฎหมายจำกัดได้
- ▶ การออกกฎหมายจำกัดสิทธิต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และต้องเป็น กฎหมายลายลักษณ์อักษร
- ▶ คำว่า “กฎหมาย” ที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในมาตรา ๒๙ ต้อง เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของ ประชาชนผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภากฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินี้ทั้งพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนดและกฎมณเฑียรบาล หรือแม้แต่นิติบัญญัติเองก็มีส่วนที่เขียนจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ อยู่เหมือนกัน กฎหมายระดับต่ำกว่านั้นจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไว้ไม่ได้

- ▶ แต่ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ความรวมทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ทุกอย่าง ฝ่ายปกครองต้องทำให้ ถูกต้องตามกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นกฎหมายใหญ่ กฎหมายเล็ก เช่น ฝ่ายปกครอง ออกกฎหรือระเบียบซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา ฝ่ายปกครองต้องออกกฎระเบียบ ให้ถูกต้องตามที่พระราชกฤษฎีกาให้อำนาจมา แม้พระราชกฤษฎีกาไม่ใช่พระราชบัญญัติ กฎหมายเขียนให้อำนาจเป็นชั้น ๆ ฝ่ายปกครองต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหลาย

- ▶ ตามมาตรา ๒ ที่ว่า กฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่ว่าพระราชบัญญัติ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหานี้ไปศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้ากฎหมายฉบับเล็กกว่า พระราชบัญญัติคือออกมาโดยอาศัยพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา มีโอกาสที่พระราชกฤษฎีกาจะขัดต่อพระราชบัญญัติหรืออาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยก็ได้ ปัญหานี้ ไม่ไปศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไปศาลปกครองเพราะมาตรา ๒ เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่มี เนื้อหาว่ากฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาเขียนองค์การตรวจสอบ ไว้ว่าถ้าเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติไปศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นกฎหมายระดับต่ำกว่า พระราชบัญญัติไปศาลปกครอง กฎหมายแบ่งเป็นสารบัญญัติกับวิธีพิจารณา เวลาใช้กฎหมาย ต้องวิเคราะห์แยกแยะออกมาให้ได้ว่าส่วนนี้คือสารบัญญัติ ส่วนนี้คือวิธีพิจารณา ถ้าอ่าน มาตรา ๒ ว่ากฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แล้วปัญหานี้ไปศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดก็ไม่ถูกต้อง ต้องไปอ่านบทบัญญัติในเรื่องศาลว่าอำนาจของแต่ละศาลที่จะดูแลกฎหมาย ไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญมีอยู่แค่ไหน ตัวอย่างเช่น ประกาศนาคกรแห่งประเทศไทย ซึ่งไม่ใช่ พระราชบัญญัติเพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัย ถ้าเป็นกฎหมายระดับพระราช บัญญัติ เช่น กฎหมายบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย ต้องขึ้นศาลรัฐธรรมนูญแน่นอน แม้แต่ กฎหมายบริษัทบริหารสินทรัพย์ฉบับเดิมที่ให้โอนหนี้ของธนาคารเป็นของบริษัทบริหาร สินทรัพย์ก็ยังขึ้นศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน

- ▶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.๕/๒๕๔๙ ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบยื่นคัดค้านคดี มาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไข เวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๘ ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ทั้งสองฉบับ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษามาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

หลักเกณฑ์ประการที่ ๒

หลักความชอบด้วยกฎหมายมิได้ใช้แก่ฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการด้วย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายให้ถูกต้อง ฝ่ายตุลาการต้องตัดสินคดีให้ถูกต้อง

ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้ถูกต้อง

เช่น รัฐธรรมนูญเขียนว่าเป็นสิทธิที่จำกัด ไม่ได้ก้อย่าไปออกกฎหมายจำกัดสิทธินั้น หรือถ้ารัฐธรรมนูญเขียนจำกัดสิทธิได้ก็ต้อง ออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมาจำกัดสิทธิ จะปิดความรับผิดชอบให้ไปออกกฎหมายลำดับรองไม่ได้ มีคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญเขียนว่าถ้าไม่ไปเลือกตั้งก็ถูกจำกัดสิทธิ ส่วนจะจำกัดสิทธิอะไรบ้าง ให้ไปตราเป็นกฎหมาย คือ ต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติเขียน ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่าให้ กกต. กำหนดเป็นระเบียบว่าจะจำกัด สิทธิอะไร ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้นต้องกลับมาให้ฝ่ายนิติบัญญัติ เขียนเองลงไปในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าจะจำกัดสิทธิอะไรบ้าง

- ▶ สำหรับพระราชกำหนด การตราพระราชกำหนดมีเงื่อนไข ๒ ประการ คือ (๑) ดูกเงิน (๒) วัตถุประสงค์จะต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าเงื่อนไข ประการแรกเรื่องดูเงินหรือไม่ดูเงินนั้น เป็นอำนาจวินิจฉัยของรัฐบาลตรวจสอบควบคุม ไม่ได้ แม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็พิจารณาไม่ได้ ส่วนเรื่องที่ ๒ ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ คดีแรกของศาลรัฐธรรมนูญคือการพิจารณาพระราชกำหนดแก้ไขวิกฤตเศรษฐกิจ ๔ ฉบับ มีการส่งศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนี้ไม่จำเป็นต้องออกเพราะไม่ดูเงิน ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๔๑ ว่าคำว่าดูเงินเป็นเรื่องของรัฐบาลวินิจฉัย

- ▶ กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเชิงสารบัญญัติแล้ว จะต้องไม่ขัดหรือ เียงต่อรัฐธรรมนูญในเชิงวิธีพิจารณาด้วย กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้อง ตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเชิงสารบัญญัติอาจเป็นโมฆะเพราะ บทมาตรา แต่กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพราะกระบวนการตราไม่ถูกต้อง ตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓-๑๔/๒๕๔๑ ว่า พ.ร.บ. สหกรณ์ ฯ เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ได้เขียนระบุว่าเป็นกฎหมายจำกัด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ แต่ไปเขียนไว้ในคำปรารภ ศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารูปแบบการตราไม่ถูกต้อง เป็นโมฆะทั้งฉบับ

- ▶ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔/๒๕๕๑ ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ ๑ รับหลักการร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ ๓ ฉบับ มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ครบองค์ประชุมเป็นการ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒๖ วรรคหนึ่ง มีผลให้กระบวนการในการตรา ร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ ไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาในวาระที่ ๒ และวาระที่ ๓ ต่อไปได้ การตราร่าง พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญนี้เป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔๑ วรรคสอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายผูกพันองค์กรตุลาการ

คือ ศาลจะต้องพิจารณา พิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในฝ่ายตุลาการเป็นการควบคุมภายในองค์กรตุลาการ คือ ศาลสูงตรวจสอบศาลล่าง ในแต่ละระบบ ศาลยุติธรรม มีศาลอุทธรณ์ศาลฎีกา ศาลปกครองมีศาลปกครองสูงสุด ศาล รัฐธรรมนูญมีศาลเดียว แต่ละแห่งไม่เกี่ยวข้องกัน เช่น เลขาธิการ ป.ป.ง. ยื่นฟ้องต่อศาลแพ่ง กรุงเทพฯไต่ว่าตุลาการศาลปกครองเพิกถอนคำวินิจฉัยดำเนินการกระทำของตน เป็นการละเมิด ศาลแพ่งกรุงเทพฯได้สั่งไม่รับฟ้อง เพราะเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดต้องตรวจสอบเอง จนกระทั่งบัดนี้ยังมีคนเข้าใจผิดว่าส่งคำพิพากษาศาลฎีกาไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เมื่อถูกต้องหรือขัดต่อกฎหมายได้ สำหรับความทับซ้อนเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลอื่นไม่รวมศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลเป็นผู้ชี้ขาดว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙๒ ทำให้ปัญหานี้ได้รับการแก้ไข ศาลต่างระบบจะไม่ตรวจสอบซึ่งกันและกัน

- ▶ กฎระเบียบต่าง ๆ ของฝ่ายตุลาการต้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ศาลทหาร มีระเบียบที่ใช้มานานแล้วว่าถ้าเป็นคดีสำคัญให้ศาลจังหวัดทหารบกได้สวนพยานแล้วส่งมา ให้ศาลทหารกรุงเทพพิพากษา แต่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าผู้พิพากษาศาลทหารที่จะพิพากษาคดีได้จะต้องนั่งพิจารณาเอง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎระเบียบของศาลทหารนี้ขัดรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๔/๒๕๔๖ พอมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ขึ้นมา ก็ทำให้ศาลทุกศาลต้องระวังในการทำงานของตัวเอง ศาลฎีกามีข้อกำหนดวิธีพิจารณาตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. สว. เรื่องคุณสมบัติของผู้สมัคร ตัวพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. สว. บัญญัติให้ผู้ที่ กกต. ไม่รับสมัครไปยื่นคำร้องคัดค้านที่ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่ง

ให้ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่ง ได้สอบสวนแล้วทำความเห็นส่งให้ศาลฎีกาตัดสิน ข้อกำหนดเดิมของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีเนื้อความไปตามพระราชบัญญัติ คือให้ไปยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดหรือศาลแพ่ง เมื่อศาล จังหวัดหรือศาลแพ่งได้สอบสวนแล้วส่งมาให้ศาลฎีกาตัดสินให้เสร็จก่อนเลือกตั้ง พอมีคดีของศาล ทหาร ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาต้องแก้ไขข้อกำหนดใหม่ แม้ตัวพระราชบัญญัติจะยังไม่ได้แก้ไข แต่ข้อกำหนดต้องแก้คือให้ไปยื่นคำร้องที่ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่งแล้วให้ศาลจังหวัดหรือศาล แพ่ง รวบรวมหลักฐานต่าง ๆ ส่งมาให้ศาลฎีกาได้สอบสวนเองเพื่อวินิจฉัยตัดสินต่อไป

ฝ่ายบริหารต้องผูกพันกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ไม่ว่าจะเป็นการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหาร นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง ละเมิดทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ ๔๐๘/๒๕๕๒ บทบัญญัติของ มาตรา ๖๗ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีเจตนารมณ์เพื่อให้มีการกำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรม ที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงไว้เป็นการล่วงหน้า เพื่อแต่ละโครงการ หรือกิจกรรมดังกล่าวจะได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตาม หลักการป้องกันล่วงหน้า ไม่มีเจตนารมณ์ให้มีการออกใบอนุญาตโครงการหรือ กิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงก่อน แล้วใช้หลักการควบคุม หรือหลักการเยียวยาหากเกิดความเสียหายขึ้นในภายหลัง และกำหนดหลักการ ซึ่งเป็นสภาพบังคับไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๖๗ วรรคสาม

คือ การฟ้องคดีเพื่อบังคับ ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา ๒๗ ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จะเห็น ได้ว่า คณะรัฐมนตรีหรือหน่วยงานของรัฐต้องผูกพันใน การใช้อำนาจเพื่อกำหนดว่า ประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชน อย่าง รุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากร ธรรมชาติและสุขภาพ ในทันทีที่บทบัญญัติมาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีผลใช้บังคับ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ให้ ครบถ้วนก่อนที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะพิจารณาออกใบอนุญาต ตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๙๒/๒๕๕๒ การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี หรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเพื่อออกใบอนุญาต นอกจากจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับ กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครอง จะต้อง ไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ออกคำสั่งนั้น ด้วย อีกทั้งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมาย สูงสุดของประเทศ ตามนัยมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หากการใช้อำนาจไปขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติอื่น ๆ และรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมทำให้การออกใบอนุญาตของผู้ถูกฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่หรือโดยศาล ดังนั้น ตั้งแต่ วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐ ที่บทบัญญัติมาตรา ๖๗ วรรคสอง

ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีผลใช้บังคับหากมีการออกใบอนุญาต ให้แก่โครงการ หรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและ สุขภาพ โดยมีได้มีการ ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน ในชุมชนและจัด ให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วน ได้เสียก่อนรวมทั้งได้ให้องค์การอิสระ ซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนองค์การเอกชนด้าน สิ่งแวดล้อมและสุขภาพและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม หรือ ทรัพยากรธรรมชาติ หรือด้านสุขภาพให้ความเห็นประกอบเสียก่อน การ ออกใบอนุญาตดังกล่าวจึงน่าจะ ไม่ชอบด้วย กฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้

อนึ่ง กรณีคดีมาบตาพุดตามคำสั่งศาลปกครองกลางและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ข้างต้นนี้ นักวิชาการกฎหมายบางท่านเห็นว่า รัฐธรรมนูญกำหนดบทเฉพาะกาลไว้ในมาตรา ๓๐๓ (๑) ว่า ให้ดำเนินการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียด เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งรวมถึงสิทธิชุมชนตามส่วนที่ ๑๒ ด้วย ภายในหนึ่งปีนับแต่วันแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า เมื่อยังไม่มีกฎหมาย ว่าด้วยองค์การอิสระตามมาตรา ๖๗ วรรคสอง ต้องถือว่าเงื่อนไขนี้ยังไม่ใช้บังคับ ยิ่งกว่านั้น แม้พ้นกำหนดหนึ่งปีแล้ว รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดสภาพบังคับของระยะเวลาการตรา กฎหมายไว้ด้วย

การควบคุมฝ่ายบริหารมีการควบคุมสองประเภท คือ การควบคุมภายในกับการควบคุมภายนอก การควบคุมภายในได้แก่การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่มีการอุทธรณ์ภายในหน่วยงาน การควบคุมภายนอกคือการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะมีทั้งศาลปกครอง และศาลยุติธรรมขึ้นกับว่ากฎหมายบัญญัติอย่างไร กฎหมายบางฉบับเขียนให้ศาลยุติธรรม ต้องรับไว้พิจารณา เช่น ปัญหาการเลือกตั้ง อบต. ตามกฎหมายเลือกตั้งสภาท้องถิ่นกับ ผู้บริหารท้องถิ่นฉบับเดิมเขียนว่าเมื่อมีปัญหาให้ไปฟ้องศาลชั้นต้น แต่ศาลชั้นต้นมีทั้ง ศาล ชั้นต้นของศาลยุติธรรมและศาลชั้นต้นของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม วรรคสองเขียนว่า ให้ศาลใช้วิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองไม่ใช้วิธีพิจารณาความแพ่ง แต่มีวิธีพิจารณา โดยเฉพาะ เพราะฉะนั้นคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นจึงมาศาล ยุติธรรม

ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑, ๒-๗ และ ๘-๙/๒๕๕๕ การประกาศว่าผู้สมัครคนไหนมีคุณสมบัติอย่างไร การเลือกตั้งนี้ใครโกงจะเพิกถอนและเลือกตั้งใหม่หรือไม่ เป็นกิจกรรมทางปกครอง หรือแม้แต่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาก็ยังเขียนอยู่ตอนหนึ่งว่า การที่ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งไม่รับสมัครเพราะขาดคุณสมบัติก็ให้ไปฟ้อง ศาลแพ่ง ศาลจังหวัด ปัจจุบันแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ฟ้องศาลฎีกา เพราะฉะนั้นต้องดูว่า การควบคุมภายนอกโดยฝ่ายตุลาการ กฎหมายเขียนอย่างไร อนึ่ง ปัญหานี้ได้รับการแก้ไข แล้วโดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติให้คดีเลือกตั้ง ส.ส. ส.ว. ไปศาลฎีกา คดีเลือกตั้ง องค์การส่วนท้องถิ่นไปศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภาค

สาระของการควบคุมฝ่ายปกครองมีอยู่ ๒ ประการ คือ (๑) ควบคุมความชอบด้วย กฎหมาย (๒) ควบคุมความเหมาะสม การควบคุมภายในโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยการ วินิจฉัยอุทธรณ์ภายในองค์กรที่ดี ควบคุมได้สาระทั้งสองอย่าง คือ ควบคุมทั้งถูกต้องตาม กฎหมายและควบคุมความเหมาะสม แต่การควบคุมจากภายนอกคือจากฝ่ายตุลาการ จะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อประชาชนตามวิถีทางการเมือง เพราะหัวหน้า ของฝ่ายปกครองคือรัฐบาล แต่จะต้องศึกษาเรื่องการควบคุมดุลพินิจด้วย ถ้าเทียบกับ ป.วิ.แพ่ง ง่าย ๆ คือว่า การรับฟังพยานหลักฐานเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าวินิจฉัยพยาน หลักฐานไม่ตรงกับพยานหลักฐานที่มีอยู่ ถือว่าเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ผิดกฎหมาย เป็นข้อกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในกฎหมายปกครอง คือ

- ▶ ๑. เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีอำนาจตามกฎหมายจึงจะกระทำได้ การสั่งการของ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องอ้างอิงบทกฎหมายเสมอ อันที่จริงแม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออก กฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญต้องอ้างอิงอำนาจตามมาตรา ๒๙ ส่วนฝ่ายปกครอง จะออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ต้องอ้างอิงอำนาจตามพระราช บัญญัติคำสั่งทางปกครองก็ต้องระบุว่า มีอำนาจตามบทมาตราใด เช่น กรม. มีมติให้ชะลอ การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทที่ขอจดทะเบียนนิติบุคคลโดยอ้างวัตถุประสงค์เพื่อการ ดำเนินกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ตอนนั้นยังไม่มีกฎหมายกำหนด กฎเกณฑ์การ ดำเนินกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า กรม. มีมติว่ายังไม่ให้จดทะเบียนก็เลยถูกฟ้อง

ศาลฎีกาตัดสินว่า กรม. ไม่มีอำนาจที่จะสั่งห้ามนายทะเบียนรับจดทะเบียน ตัวนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอน คือ คำสั่งทางปกครองของนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทที่ไม่รับ จดทะเบียน แม้มติกรม. ผูกพันข้าราชการ ถ้าไม่ปฏิบัติตามมติ กรม. มีความผิดทางวินัย แต่มติ กรม. ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกที่เป็นประชาชน เพราะจะผูกพันบุคคลภายนอกที่เป็น ประชาชนได้ต้องมีกฎหมายเขียนให้อำนาจเท่านั้น ศาลให้เหตุผลว่าการจดทะเบียนหรือ ไม่จดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทเป็นไปตามเงื่อนไขที่เขียนไว้ใน ป.พ.พ. เท่านั้น (คำพิพากษา ศาลฎีกา ๒๓๘๓/๒๕๒๖)

- ▶ ๒. หลักความชอบด้วยกฎหมายกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจ ขอบเขต ของการใช้อำนาจ ได้แก่ สถานที่ เวลา และบุคคล เช่น การประกาศห้ามออกนอกบ้าน จะต้องกำหนดว่าใช้สำหรับตำบลใด อำเภอใด เวลาเท่าใด เป็นต้น
- ▶ ตัวอย่างเช่น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติดังนี้

มาตรา ๕ เมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและนายกรัฐมนตรีเห็น สมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไข ปราบปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟูหรือช่วยเหลือ ประชาชน ให้ นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตบางท้องที่ได้ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์ ในกรณีที่ไม่อาจขอความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรีได้ทันเวลาที่ นายกรัฐมนตรีอาจประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน แล้วดำเนินการให้ได้รับความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรีภายใน สามวัน หากมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในเวลาที่กำหนด หรือ คณะรัฐมนตรี ไม่ให้ความเห็นชอบ ให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง

- ▶ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามวรรคหนึ่ง ให้ใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศ ในกรณีที่มีความจำเป็น ต้องขยายระยะเวลา ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศ ขยายระยะเวลาการใช้บังคับออกไปอีกเป็นคราว ๆ คราวละไม่เกินสามเดือน
- ▶ เมื่อสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดลงแล้ว หรือเมื่อคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ หรือเมื่อสิ้นสุดกำหนดเวลาตามวรรคสอง ให้นายกรัฐมนตรีประกาศยกเลิกประกาศ สถานการณ์ฉุกเฉินนั้น”

- ▶ **๓. หลักความชอบด้วยกฎหมายวางกระบวนการใช้อำนาจ** คือ วิธีพิจารณา ของฝ่ายปกครองนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครองเป็นต้น อันที่จริงแม้จะไม่มีวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้อง ดำเนินกระบวนการให้ถูกต้อง แต่การออกวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อให้เห็น กระบวนการทั่วไป เจ้าหน้าที่จะได้ทำถูกต้อง เช่น มีกฎหมายเขียนว่าถ้ารัฐบาลจะอนุมัติ โครงการที่ใช้เงินลงทุนตั้งแต่พันล้านขึ้นไปต้องศึกษามลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน ดังนั้น ถ้ารัฐบาลอนุมัติไปโดยยังไม่มี รายงานศึกษามลกระทบสิ่งแวดล้อม ศาลเพิกถอนโครงการ นั้นได้ เพราะกระบวนการยังไม่ถูกต้อง ตัวอย่างเรื่อง เล็ก ๆ เช่น จะลงโทษทางวินัยร้ายแรง โดยไม่สอบสวนก่อนก็ไม่ถูกต้อง

- ▶ **หลักความชอบด้วยกฎหมายมีข้อยกเว้น** คือ การกระทำบางอย่างของรัฐบาล อาจจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีข้อยกเว้น ๒ ข้อ คือ
- ▶ **๑. การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐ (ACT OF STATE)** มีอยู่ ๒ ข้อ คือ
- ▶ **๑.๑** การกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ กับฝ่ายบริหาร เช่น การเปิดสมัยประชุม ปิดสมัยประชุม การยุบสภา การเสนอร่างกฎหมาย อย่างนี้จะมาฟ้องศาลปกครองไม่ได้ควบคุมกันโดยวิธีทางการเมือง
- ▶ **๑.๒** การกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การ เจริญสัมพันธไมตรี การทำสนธิสัญญา การเรียกทูตกลับ การตัดสินใจไม่ทำสนธิสัญญา การเพิกถอนสัมพันธไมตรี รวมถึงการประกาศสงคราม มาจากหลักเรื่องความคุ้มกันในฐานะที่เป็นรัฐ (**STATE IMMUNITY**)

- ▶ ๒. การกระทำของรัฐในภาวะฉุกเฉินหรือในภาวะสงคราม มีเงื่อนไขประการแรก คือ จะต้องมีการประกาศภาวะฉุกเฉินหรือมีการประกาศสงครามเกิดขึ้น อันที่จริงแล้วสงครามจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีการประกาศสงครามเท่านั้น สงครามที่ไม่ประกาศยังไม่เรียกว่าเป็นสงคราม เรียกว่า การรบ หลักนี้จึงรวมไปถึงภาวะฉุกเฉินทั้งหลาย ซึ่งอาจจะอยู่ในภาวะที่มีการรบหรือมีการจลาจล และอาจจะรวมถึงภาวะอย่างอื่นด้วย เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่าสภาวะ ที่คนงานนัดหยุดงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนงานที่ทำงานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ทำให้เกิด ภาวะคับขันฉุกเฉินขึ้นได้เหมือนกัน เงื่อนไขประการที่สอง คือ มีความจำเป็นที่รัฐจะต้อง

ใช้อำนาจอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรืออาจจะไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายได้ เช่น ฝรั่งเศสตกอยู่ในภาวะสงครามโลกครั้งที่สอง คนหนีออกจาก เมืองหมด แม้แต่นายกเทศมนตรีก็หนีออกจากเมือง แต่มีบางคนที่รักบ้านเกิดไม่ยอมหนีคงอยู่ในเมืองแล้วเข้ามาจัดการเสมือนกับว่าตัวเองเป็นนายกเทศมนตรีและคณะเทศมนตรี เพื่อช่วยเหลือคนอื่นที่ยังอาศัยอยู่ในเมือง เขาไม่มีอำนาจทำเพราะไม่ใช่ นายกเทศมนตรีหรือ คณะเทศมนตรี ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง ศาลปกครองฝรั่งเศสว่าอยู่ในภาวะสงคราม เพราะ ฉะนั้นถือว่าประชาชนคนนั้นเสมือนหนึ่งเป็นนายกเทศมนตรีหรือคณะเทศมนตรีมีอำนาจ ปกครองเข้าไปจัดการได้