

บทที่ ๓

หลักความชอบด้วยกฎหมาย

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายอายุประมาณ ๒๐๐ ปี เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่งอายุประมาณ ๒,๐๐๐ กว่าปี กฎหมายอาญาเก่ากว่านั้น ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์พระมหากษัตริย์และลูกน้องของพระมหากษัตริย์คือขุนนางหรือฝ่ายปกครองอยู่เหนือกฎหมาย กฎหมายใช้แก่ประชาชนไม่ใช่แก่ขุนนาง ขุนนางเป็นชนชั้นปกครองอยู่เหนือกฎหมาย ต่อมาในระบบประชาธิปไตยผู้ปกครองอยู่ใต้กฎหมาย แต่ผู้ปกครองซึ่งต้องทำงานเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อส่วนรวมจะมาใช้กฎหมายแบบเอกชนก็เกรงว่าจะแพ้เอกชน จึงสร้างหลักขึ้นในฝรั่งเศสว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือส่วนอังกฤษและอเมริกายังใช้กฎหมายในลักษณะที่ฝ่ายปกครองเป็นเอกชนคนหนึ่งเท่า ๆ กันกับเอกชนอื่น ส่วนรวมมีน้ำหนักมากกว่าเอกชนหรือไม่ และใช้กฎหมายวิธีพิจารณามาควบคุมให้เกิดความเป็นธรรม ส่วนกฎหมายภาคพื้นยุโรป สร้างหลักทางสารบัญญัติขึ้นมาเลยว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน เช่น จะสร้างถนนผ่านที่เอกชน เอกชนต้องเสียสละเพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่ถ้าจะสร้างถนนเข้าไปในป่าสงวนเป็นที่อนุรักษ์อย่างนี้เอกชนก็เข้ามาพิทักษ์ประโยชน์ได้ต้องชั่งน้ำหนักเอา

นิติวิธีในการใช้กฎหมายคอมมอนลอว์กับกฎหมายซีวิลลอว์ต่างกัน ในโลกยุคใหม่ประเทศต้องปกครองด้วยกฎหมายทั้งนั้น แต่นิติวิธีในกฎหมายปกครองไม่เหมือนกัน กล่าวคือ กฎหมายคอมมอนลอว์มีปรัชญาพื้นฐานว่ารัฐและเอกชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน รัฐไม่ได้อยู่เหนือเอกชน แต่ใช้กฎหมายวิธีพิจารณามาควบคุมให้การดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐมีความเป็นธรรม (fairness) ส่วนกฎหมายซีวิลลอว์มีปรัชญาพื้นฐานว่ารัฐกระทำเพื่อส่วนรวมจึงสร้างหลักกฎหมายทางสารบัญญัติขึ้นว่า รัฐมีอำนาจเหนือเอกชน ขณะนี้ประเทศไทยเลือกทางเดินไปสู่นิติวิธีของทางภาคพื้นยุโรป เนื่องจากยังเป็นกฎหมายใหม่ หลักในกฎหมายปกครองยังไม่เข้มแข็ง ไม่เหมือนกับหลักทางแพ่งซึ่งมีมา ๒,๐๐๐ กว่าปี หลักกฎหมายปกครองยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศสเคยตัดสินว่าการสร้างโรงละครไม่เป็นสาธารณประโยชน์ อีกร้อยปีต่อมาตัดสินใหม่ว่าการสร้างโรงละครเป็นสาธารณประโยชน์ ความจริงแล้วการสร้างหลักกฎหมายปกครองเป็นวิธีการของคอมมอนลอว์ คือใช้คำพิพากษาวางบรรทัดฐาน

เมื่อโลกเปลี่ยนเข้าสู่ระบบประชาธิปไตยฝ่ายผู้ปกครองต้องมาลงอยู่ใต้กฎหมายฝ่ายปกครองจะทำอะไรขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ มอบอำนาจให้ทำหรือไม่ ซึ่งหลักนี้คือหลักนิติรัฐ (legal state) นั่นเอง หลักนิติรัฐผูกพันทั้งระบบการปกครองคือ ผูกพันทั้งนิติบัญญัติ บริหารและฝ่ายปกครองที่อยู่ในฝ่ายบริหาร และผูกพันตุลาการด้วย รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ จึงบัญญัติว่าสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ศาลในที่นี้หมายความว่ารวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญจะตัดสินสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไม่ได้

ในประเทศไทยอาจมีความสับสนกันบ้าง ตามรัฐธรรมนูญพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ใต้รัฐธรรมนูญแต่ไม่ทรงต้องรับผิดชอบต่อกฎหมายเพราะฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ให้รับผิดชอบต่อกฎหมายไม่ได้ ทรงทำอะไร

ต่าง ๆ โดยมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการไปดำเนินการ ผู้รับสนองพระบรมราชโองการคือผู้ที่ต้องรับผิดชอบกฎหมาย ประเด็นนี้เคยมีปัญหาตอนที่มีการเลือกตั้ง ส.ว. ครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ กต. ส่งบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปบ้านเลขที่ ๑ พระบรมมหาราชวัง ผู้มีสิทธิอันดับหนึ่งคือพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว อันดับสองคือ พระนางเจ้าฯ พระบรมราชินีนาถ เรียงลงมาแล้วส่งไปให้ราชเลขาธิการขอให้ตรวจสอบรายชื่อและแจ้งด้วยว่าต้องไปเลือกตั้งถ้าไม่ไปเลือกตั้งอาจจะถูกตัดสิทธิต่าง ๆ ได้ เป็นคดีขึ้นศาลรัฐธรรมนูญ พอดีประธานศาลฎีกาและผู้ช่วยพิพากษาเข้าเฝ้าฯ เพื่อถวายสัตย์ปฏิญาณ พระองค์ทรงมีพระราชดำรัสอธิบายกฎหมายให้ทุกคนเข้าใจว่าพระมหากษัตริย์อยู่ใต้รัฐธรรมนูญแต่อยู่เหนือกฎหมาย ในที่สุด กต. ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงต้องไปเลือกตั้ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖/๒๕๔๓

หลักเกณฑ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักเกณฑ์ประการแรก สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมีเต็มร้อย แต่ในการปกครองจะต้องมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพบ้าง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติ การกระทำในทางบริหาร การปกครอง หรือการกระทำในทางตุลาการ ย่อมเข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ลดลง ตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยขับรถในเลนซ้ายพวงมาลัยอยู่ขวา คุณอยากจะไปขับในช่องทางรถสวนได้หรือไม่ ถ้าสิทธิเสรีภาพของคุณมีเต็มร้อยทำไมทำไม่ได้ ก็เพราะว่าการปกครองนี้เองจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนลง ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๙ บัญญัติว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้คือแหล่งกำเนิดกฎหมายปกครองขึ้นมาว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกระทำได้โดยกฎหมาย

มาตรา ๒๙ บัญญัติต่อไปว่า ในกฎหมายจะต้องมีเงื่อนไขให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เฉพาะเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิไม่ได้ รวมทั้งต้องระบุมাত্রาในรัฐธรรมนูญด้วยว่ากฎหมายฉบับนี้ไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพในมาตราใดของรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะเกิดขึ้นได้ต้องอาศัยกฎหมาย นี่คือหลักความชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ใช่เป็นเพียงทฤษฎีเท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ จะทำงานที่เข้าไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายและอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น วิธีเขียนหลักนี้ให้มาเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗ และ ๒๙ กฎหมายหลายฉบับในยุคใหม่ต้องบัญญัติไว้ว่าอาศัยมาตรา ๒๙ แห่งรัฐธรรมนูญจำกัดสิทธิของประชาชนในมาตรานั้นมาตรานี้ของรัฐธรรมนูญ เคยมีกฎหมายที่ถูกศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะไม่ได้บัญญัติข้อความตามมาตรา ๒๙ คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓-๑๔/๒๕๔๑ พ.ร.บ.สหกรณ์อ่าวอิงมาตรา ๒๙ ไว้ในคำปรารภ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดรัฐธรรมนูญ เพราะจะต้องเขียนไว้เป็นบทมาตรานี้

ปัญหาประการหนึ่งที่ยังสับสนกันอยู่มาก คือ อะไรเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มักมีการอ้างเสมอว่านี่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะละเมิดมิได้ หลักง่าย ๆ คือ อะไรเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญต้องบัญญัติไว้ใน

รัฐธรรมนูญ ซึ่งยังแบ่งเป็น ๒ ประเภทใหญ่ ๆ คือ สิทธิที่เกิดมาพร้อมกับความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เกียรติยศ ชื่อเสียง และความเป็นส่วนตัว กับสิทธิที่เกิดขึ้น เพราะรัฐธรรมนูญบัญญัติ เช่น สิทธิในการศึกษา เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น แต่ความ สับสนเกิดขึ้นเพราะเอาสิทธิตามกฎหมายอื่นมาอ้างว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เช่น สิทธิทางแพ่ง ตัวอย่าง พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ ฯ และ พ.ร.บ. บริษัทบริหารสินทรัพย์ ฯ กำหนดให้ออนสิทธิเรียกร้องของสถาบันการเงินหรือที่เรียกกันว่าหนี้เน่า ไปให้นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นใหม่ไปบริหาร บรรดาหนี้ที่อ้างว่ากฎหมายนี้ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะจำกัดสิทธิที่จะได้รับการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๐๖ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๖/๒๕๔๔ ตัดสินไว้ ชัดเจนว่าไม่ใช่สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแบ่งใหญ่ ๆ ได้ ๒ ด้าน คือ สิทธิพื้นฐานที่กฎหมายเขียนจำกัด ไม่ได้ กับสิทธิที่กฎหมายสามารถเขียนจำกัดได้ ต้องไปดูว่ารัฐธรรมนูญเขียนยอมให้ออกกฎหมายจำกัดได้ หรือไม่ เช่น มาตรา ๓๕ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นส่วนตัว ย่อมได้รับความคุ้มครอง วรรคสองว่า การกล่าวหรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความหรือภาพไม่ว่าด้วยวิธีใดไปยังสาธารณชน อัน เป็นการละเมิด หรือกระทบถึงสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียงหรือความเป็นอยู่ส่วนตัว จะ กระทำได้ เว้นแต่กรณีที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน มาตรา ๓๕ ไม่ได้เขียนว่าเว้นแต่ จะมีบทบัญญัติของ กฎหมาย ข้อยกเว้นตรงนี้ว่าเว้นแต่ประโยชน์ต่อสาธารณชน ไม่ใช่ว่ากฎหมายออกมาจำกัดได้ เพราะฉะนั้น สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ความเป็นอยู่ส่วนตัว ออกกฎหมายมาจำกัดไม่ได้

มาตรา ๔๕ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณา และการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น วรรคสองว่าเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นออกกฎหมายจำกัดได้

การออกกฎหมายจำกัดสิทธิต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

คำว่า “กฎหมาย” ที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในมาตรา ๒๙ ต้องเป็นกฎหมายระดับ พระราชบัญญัติ คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนผ่านทางฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีสภา ผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมีทั้งพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ พระราชกำหนดและกฎมณเฑียรบาล หรือแม้แต่นิติบัญญัติเองก็มีส่วนที่เขียนจำกัดสิทธิและ เสรีภาพไว้อยู่เหมือนกัน กฎหมายระดับต่ำกว่านั้นจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ไม่ได้

แต่ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ว่ากระทำของฝ่าย ปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบทุกอย่าง ฝ่ายปกครองต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็น กฎหมายใหญ่ กฎหมายเล็ก เช่น ฝ่ายปกครองออกกฎหรือระเบียบซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา ฝ่าย ปกครองต้องออกกฎระเบียบให้ถูกต้องตามที่พระราชกฤษฎีกาให้อำนาจมา แม้พระราชกฤษฎีกาไม่ใช่ พระราชบัญญัติ กฎหมายเขียนให้อำนาจเป็นชั้น ๆ ฝ่ายปกครองต้องทำให้ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหลาย

ตามมาตรา ๖ ที่ว่า กฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่ว่าพระราชบัญญัติเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ปัญหานี้ไปศาลรัฐธรรมนูญ แต่ถ้ากฎหมายฉบับเล็กกว่าพระราชบัญญัติคือออกมาโดยอาศัยพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา มีโอกาสที่พระราชกฤษฎีกาจะขัดต่อพระราชบัญญัติหรืออาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วยก็ได้ ปัญหานี้ไม่ไปศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไปศาลปกครองเพราะมาตรา ๖ เป็นกฎหมายสารบัญญัติที่มีเนื้อหาว่ากฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาเขียนองค์การตรวจสอบไว้ว่าถ้าเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติไปศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นกฎหมายระดับต่ำกว่าพระราชบัญญัติไปศาลปกครอง กฎหมายแบ่งเป็นสารบัญญัติกับวิธีพิจารณา เวลาใช้กฎหมายต้องวิเคราะห์แยกแยะออกมาให้ได้ว่าส่วนนี้คือสารบัญญัติ ส่วนนี้คือวิธีพิจารณา ถ้าอ่าน มาตรา ๖ ว่ากฎหมายต้องไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แล้วปัญหานี้ไปศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดก็ไม่ถูกต้อง ต้องไปอ่านบทบัญญัติในเรื่องศาลว่าอำนาจของแต่ละศาลที่จะดูแลกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญมีอยู่แค่ไหน ตัวอย่างเช่น ประกาศนาคกรแห่งประเทศไทย ซึ่งไม่ใช่พระราชบัญญัติเพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัย ถ้าเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น กฎหมายบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย ต้องขึ้นศาลรัฐธรรมนูญแน่นอน แม้แต่กฎหมายบรรษัทบริหารสินทรัพย์ฉบับเดิมที่ให้โอนหนี้ของธนาคารเป็นของบรรษัทบริหารสินทรัพย์ก็ยังขึ้นศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.๕/๒๕๔๔ ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเจ็ดนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวทั้งสองฉบับ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา ๑๑ (๒) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

หลักเกณฑ์ประการที่ ๒ หลักความชอบด้วยกฎหมายมิได้ใช้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเท่านั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการด้วย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกกฎหมายให้ถูกต้อง ฝ่ายตุลาการต้องตัดสินคดีให้ถูกต้อง

ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้ถูกต้อง เช่น รัฐธรรมนูญเขียนว่าเป็นสิทธิที่จำกัดไม่ได้ก็อย่าไปออกกฎหมายจำกัดสิทธินั้น หรือถ้ารัฐธรรมนูญเขียนว่าจำกัดสิทธิได้ก็ต้องออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมาจำกัดสิทธิ จะปิดความรับผิดชอบให้ไปออกกฎหมายลำดับรองไม่ได้ มีคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญเขียนว่าถ้าไม่ไปเลือกตั้งก็ถูกจำกัดสิทธิ ส่วนจะจำกัดสิทธิอะไรบ้างให้ไปตราเป็นกฎหมาย คือต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติเขียนในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ว่าให้ กกต. กำหนดเป็นระเบียบว่าจะจำกัดสิทธิอะไร ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้นต้องกลับมาให้ฝ่ายนิติบัญญัติเขียนเองลงไปในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าจะจำกัดสิทธิอะไรบ้าง

สำหรับพระราชกำหนด การตราพระราชกำหนดมีเงื่อนไข ๒ ประการ คือ (๑) ฉุกเฉิน (๒) วัตถุประสงค์จะต้องเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าเงื่อนไขประการแรกเรื่องฉุกเฉินหรือไม่ฉุกเฉินนั้นเป็นอำนาจวินิจฉัยของรัฐบาลตรวจสอบควบคุมไม่ได้ แม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็พิจารณาไม่ได้ ส่วนเรื่องที่ ๒ ว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ คดีแรกของศาลรัฐธรรมนูญคือการพิจารณาพระราชกำหนดแก้ไขวิกฤตเศรษฐกิจ ๔ ฉบับ มีการส่งศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนี้ไม่จำเป็นต้องออกเพราะไม่ฉุกเฉิน ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ ๑/๒๕๔๑ ว่าคำว่าฉุกเฉินเป็นเรื่องของรัฐบาลวินิจฉัย

กฎหมายต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเชิงสารบัญญัติแล้ว จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเชิงวิธีพิจารณาด้วย กล่าวคือ กระบวนการตรากฎหมายต้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเชิงสารบัญญัติอาจเป็นโมฆะเพราะบทมาตรา แต่กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพราะกระบวนการตราไม่ถูกต้อง ตกเป็นโมฆะทั้งฉบับ มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๓-๑๔/๒๕๔๑ ว่า พ.ร.บ. สหกรณ์ ฯ เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ได้เขียนระบุว่าเป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๙ แต่ไปเขียนไว้ในคำปรารภ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารูปแบบการตราไม่ถูกต้อง เป็นโมฆะทั้งฉบับ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒ ที่ ๓ และที่ ๔/๒๕๕๑ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่ ๑ รับหลักการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ๓ ฉบับ มีสมาชิกเข้าประชุมไม่ครบองค์ประชุม เป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๒๖ ววรรคหนึ่ง มีผลให้กระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาในวาระที่ ๒ และวาระที่ ๓ ต่อไปได้ การตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้เป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๔๑ ววรรคสอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายผูกพันองค์กรตุลาการ คือ ศาลจะต้องพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในฝ่ายตุลาการเป็นการควบคุมภายในองค์กรตุลาการ คือ ศาลสูงตรวจสอบศาลล่าง ในแต่ละระบบ ศาลยุติธรรมมีศาลอุทธรณ์ศาลฎีกา ศาลปกครองมีศาลปกครองสูงสุด ศาลรัฐธรรมนูญมีศาลเดียว แต่ละแห่งไม่เกี่ยวข้องกัน เช่น เลขาธิการ ป.ป.ง. ยื่นฟ้องต่อศาลแพ่งกรุงเทพใต้ว่าตุลาการศาลปกครองเขียนคำวินิจฉัยตำหนิการกระทำของตน เป็นการละเมิดศาลแพ่งกรุงเทพใต้สั่งไม่รับฟ้อง เพราะเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดต้องตรวจสอบเอง จนกระทั่งบัดนี้ยังมีความเข้าใจผิดว่าส่งคำพิพากษาศาลฎีกาไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ถูกต้องหรือขัดต่อกฎหมายได้ สำหรับความทับซ้อนเรื่องเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลอื่นไม่รวมศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นผู้ชี้ขาดว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๙๙ ทำให้ปัญหานี้ได้รับการแก้ไข ศาลต่างระบบจะไม่ตรวจสอบซึ่งกันและกัน

กฎระเบียบต่าง ๆ ของฝ่ายตุลาการต้องถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ศาลทหาร มีระเบียบที่ใช้มานานแล้ว ว่าถ้าเป็นคดีสำคัญให้ศาลจังหวัดทหารบกไต่สวนพยานแล้วส่งมาให้ศาลทหารกรุงเทพพิพากษา แต่รัฐธรรมนูญ บัญญัติว่าผู้พิพากษาตุลาการที่จะพิพากษาคดีได้จะต้องนั่งพิจารณาเอง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎระเบียบ ของศาลทหารนี้ขัดรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๒๔/๒๕๔๖ พอมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ขึ้นมา ก็ทำให้ศาลทุกศาลต้องระวังในการทำงานของตัวเอง ศาลฎีกามีข้อกำหนดวิธีพิจารณาตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. สว. เรื่องคุณสมบัติของผู้สมัคร ตัวพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง สส. สว. บัญญัติให้ผู้ที่ กกต. ไม่รับสมัครไปยื่นคำร้องคัดค้านที่ศาล จังหวัดหรือศาลแพ่ง ให้ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่ง ไต่สวนพยานแล้วทำความเห็นส่งให้ศาลฎีกาตัดสิน ข้อกำหนด เดิมของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามีเนื้อความไปตามพระราชบัญญัติ คือให้ไปยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดหรือศาล แพ่ง เมื่อศาลจังหวัดหรือศาลแพ่งไต่สวนแล้วส่งมาให้ศาลฎีกาตัดสินให้เสร็จก่อนเลือกตั้ง พอมีคดีของศาล ทหาร ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาต้องแก้ไขข้อกำหนดใหม่ แม้ตัวพระราชบัญญัติจะยังไม่ได้แก้ไข แต่ข้อกำหนดต้อง แก้คือให้ไปยื่นคำร้องที่ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่งแล้วให้ศาลจังหวัดหรือศาลแพ่ง รวบรวมหลักฐานต่าง ๆ ส่งมา ให้ศาลฎีกาไต่สวนเองเพื่อวินิจฉัยตัดสินต่อไป

ฝ่ายบริหารต้องผูกพันกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหาร นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง ละเมิดทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ ๙๐๘/๒๕๕๒ บทบัญญัติของ มาตรา ๖๗ วรรค สอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีเจตนารมณ์เพื่อให้มีการ กำหนด ประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงไว้เป็นการ ล่วงหน้า เพื่อแต่ละโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าวจะได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ตามหลักการป้องกันล่วงหน้า ไม่มีเจตนารมณ์ให้มีการออกใบอนุญาตโครงการหรือกิจกรรม ที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงก่อน แล้วใช้หลักการควบคุมหรือหลักการเยียวยาหากเกิด ความเสียหายขึ้นในภายหลัง และกำหนดหลักการ ซึ่งเป็นสภาพบังคับไว้ในบทบัญญัติมาตรา ๖๗ วรรคสาม คือ การฟ้องคดีเพื่อบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ ซึ่งเมื่อพิจารณา บทบัญญัติ มาตรา ๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จะเห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีหรือหน่วยงานของรัฐต้องผูกพันในการใช้อำนาจเพื่อกำหนดว่า ประเภทและขนาดของ โครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพ สิ่งแวดล้อม ทรัพยากร ธรรมชาติและสุขภาพ ในทันทีที่บทบัญญัติมาตรา ๖๗ ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีผลใช้บังคับ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ให้ครบถ้วนก่อนที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะพิจารณาออกใบอนุญาต ตาม อำนาจหน้าที่ต่อไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๙๒/๒๕๕๒ การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี หรือเจ้าหน้าที่ผู้มี อำนาจเพื่อก่อใบอนุญาต นอกจากจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจออกคำสั่งทาง ปกครองแล้ว คำสั่งทางปกครองจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาที่

ออกคำสั่งนั้นด้วย อีกทั้งจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ตามนัยมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ หากการใช้อำนาจไปขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติอื่น ๆ และรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมทำให้การออกใบอนุญาตของผู้ถูกฟ้องคดีหรือเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่หรือโดยศาล ดังนั้น ตั้งแต่ วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐ ที่บทบัญญัติมาตรา ๖๗ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มีผลใช้บังคับหากมีการออกใบอนุญาต ให้แก่โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ โดยมีได้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชนและจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อนรวมทั้งได้ให้องค์การอิสระ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม หรือทรัพยากรธรรมชาติ หรือด้านสุขภาพให้ความเห็นประกอบเสียก่อน การออกใบอนุญาตดังกล่าวจึงน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจถูกเพิกถอนได้

อนึ่ง กรณีคดีมาตาบุตรตามคำสั่งศาลปกครองกลางและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ข้างต้นนี้ นักวิชาการกฎหมายบางท่านเห็นว่า รัฐธรรมนูญกำหนดบทเฉพาะกาลไว้ในมาตรา ๓๐๓ (๑) ว่า ให้ดำเนินการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียด เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพ ซึ่งรวมถึงสิทธิชุมชนตามส่วนที่ ๑๒ ด้วย ภายในหนึ่งปีนับแต่วันแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ย่อมแสดงอยู่ในตัวว่า เมื่อยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยองค์การอิสระตามมาตรา ๖๗ วรรคสอง ต้องถือว่าเงื่อนไขยังไม่ใช้บังคับ ยิ่งกว่านั้น แม้พันกำหนดหนึ่งปีแล้ว รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดสภาพบังคับของระยะเวลาการตรากฎหมายไว้ด้วย

การควบคุมฝ่ายบริหารมีการควบคุมสองประเภท คือ การควบคุมภายในกับการควบคุมภายนอก การควบคุมภายในได้แก่การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่มีการอุทธรณ์ภายในหน่วยงาน การควบคุมภายนอกคือการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งจะมีทั้งศาลปกครอง และศาลยุติธรรมขึ้นกับว่ากฎหมายบัญญัติอย่างไร กฎหมายบางฉบับเขียนให้ศาลยุติธรรมต้องรับไว้พิจารณา เช่น ปัญหาการเลือกตั้ง อบต. ตามกฎหมายเลือกตั้งสภาท้องถิ่นกับผู้บริหารท้องถิ่นฉบับเดิมเขียนว่าเมื่อมีปัญหาให้ไปฟ้องศาลชั้นต้น แต่ศาลชั้นต้นมีทั้ง ศาลชั้นต้นของศาลยุติธรรมและศาลชั้นต้นของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม วรรคสองเขียนว่า ให้ศาลใช้วิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลปกครองไม่ใช้วิธีพิจารณาความแพ่ง แต่มีวิธีพิจารณาโดยเฉพาะ เพราะฉะนั้นคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นจึงมาศาลยุติธรรม ตามคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ ๑, ๓-๗ และ ๘-๙/๒๕๔๕ การประกาศว่าผู้สมัครคนไหนมีคุณสมบัติอย่างไร การเลือกตั้งนี้ใครโกงจะเพิกถอนและเลือกตั้งใหม่หรือไม่ เป็นกิจกรรมทางปกครอง หรือแม้แต่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาก็ยังเขียนอยู่ตอนหนึ่งว่า การที่ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้งไม่รับสมัครเพราะขาดคุณสมบัติก็ให้ไปฟ้องศาลแพ่ง ศาลจังหวัด ปัจจุบันแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้

ฟ้องศาลฎีกา เพราะฉะนั้นต้องดูว่า การควบคุมภายนอกโดยฝ่ายตุลาการกฎหมายเขียนอย่างไร อนึ่ง ปัญหานี้ได้รับการแก้ไขแล้วโดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ บัญญัติให้คดีเลือกตั้ง ส.ส. ส.ว. ไปศาลฎีกา คดีเลือกตั้งองค์กรส่วนท้องถิ่นไปศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภาค

สาระของการควบคุมฝ่ายปกครองมีอยู่ ๒ ประการ คือ (๑) ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (๒) ควบคุมความเหมาะสม การควบคุมภายในโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยการวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในองค์กรก็ดี ควบคุมได้สาระทั้งสองอย่าง คือ ควบคุมทั้งถูกต้องตามกฎหมายและควบคุมความเหมาะสม แต่การควบคุมจากภายนอกคือจากฝ่ายตุลาการ จะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสม เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อประชาชนตามวิถีทางการเมือง เพราะหัวหน้าของฝ่ายปกครองคือรัฐบาล แต่จะต้องศึกษาเรื่องการควบคุมดุลพินิจด้วย ถ้าเทียบกับ ป.วิ.แพ่ง ง่าย ๆ คือว่า การรับฟังพยานหลักฐานเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าวินิจฉัยพยานหลักฐานไม่ตรงกับพยานหลักฐานที่มีอยู่ ถือว่าเป็นการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ผิดกฎหมายเป็นข้อกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ในกฎหมายปกครอง คือ

๑. เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีอำนาจตามกฎหมายจึงจะกระทำได้ การสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องอ้างอิงบทกฎหมายเสมอ อันที่จริงแม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญต้องอ้างอิงอำนาจตามมาตรา ๒๙ ส่วนฝ่ายปกครองจะออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ ต้องอ้างอิงอำนาจตามพระราชบัญญัติคำสั่งทางปกครองก็ต้องระบุว่า มีอำนาจตามบทมาตราใด เช่น ครม. มีมติให้ชะลอการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทที่ขอจดทะเบียนนิติบุคคลโดยอ้างวัตถุประสงค์เพื่อการดำเนินกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ตอนนั้นยังไม่มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์การดำเนินกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ครม. มีมติว่ายังไม่ให้จดทะเบียนก็เลยถูกฟ้อง ศาลฎีกาตัดสินว่า ครม. ไม่มีอำนาจที่จะสั่งห้ามนายทะเบียนรับจดทะเบียน ตัวนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอน คือ คำสั่งทางปกครองของนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทที่ไม่รับจดทะเบียน แม้มติ ครม. ผูกพันข้าราชการ ถ้าไม่ปฏิบัติตามมติ ครม. มีความผิดทางวินัย แต่มติ ครม. ไม่ผูกพันบุคคลภายนอกที่เป็นประชาชน เพราะจะผูกพันบุคคลภายนอกที่เป็นประชาชนได้ต้องมีกฎหมายเขียนให้อำนาจเท่านั้น ศาลให้เหตุผลว่าการจดทะเบียนหรือไม่จดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทเป็นไปตามเงื่อนไขที่เขียนไว้ใน ป.พ.พ. เท่านั้น (คำพิพากษาศาลฎีกา ๒๓๘๓/๒๕๒๖)

๒. หลักความชอบด้วยกฎหมายกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจ ขอบเขตของการใช้อำนาจ ได้แก่ สถานที่ เวลา และบุคคล เช่น การประกาศห้ามออกนอกบ้าน จะต้องกำหนดว่าใช้สำหรับตำบลใด อำเภอใด เวลาเท่าใด เป็นต้น

ตัวอย่างเช่น พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ บัญญัติดังนี้

“มาตรา ๕ เมื่อปรากฏว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นและนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรใช้กำลังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือตำรวจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารร่วมกันป้องกัน แก้ไข ปรามปราม ระงับยับยั้ง ฟื้นฟูหรือช่วยเหลือประชาชน ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจ

ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน เพื่อบังคับใช้ทั่วราชอาณาจักรหรือในบางเขตบางท้องที่ได้ตามความจำเป็นแห่งสถานการณ์ ในกรณีที่ไม้อาจขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีได้ทันเวลาที่ นายกรัฐมนตรีอาจประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไปก่อน แล้วดำเนินการให้ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในสามวัน หากมิได้ดำเนินการขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีภายในเวลาที่กำหนด หรือคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ ให้การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามวรรคหนึ่ง ให้ใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีกำหนด แต่ต้องไม่เกินสามเดือนนับแต่วันประกาศ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องขยายระยะเวลา ให้นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศขยายระยะเวลาการใช้บังคับออกไปอีกเป็นคราว ๆ คราวละไม่เกินสามเดือน

เมื่อสถานการณ์ฉุกเฉินสิ้นสุดลงแล้ว หรือเมื่อคณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ หรือเมื่อสิ้นสุดกำหนดเวลาตามวรรคสอง ให้นายกรัฐมนตรีประกาศยกเลิกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้น”

๓. หลักความชอบด้วยกฎหมายวางกระบวนการใช้อำนาจ คือ วิธีพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นต้น อันที่จริงแม้จะไม่มีวิธีการปฏิบัติราชการทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการกระบวนการให้ถูกต้อง แต่การออกวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อให้เห็นกระบวนการทั่วไป เจ้าหน้าที่จะได้ทำถูกต้อง เช่น มีกฎหมายเขียนว่าถ้ารัฐบาลจะอนุมัติโครงการที่ใช้เงินลงทุนตั้งแต่พันล้านขึ้นไปต้องศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อน ดังนั้น ถ้ารัฐบาลอนุมัติไปโดยยังไม่มีรายงานศึกษาผลกระทบสิ่งแวดล้อม ศาลเพิกถอนโครงการนั้นได้ เพราะกระบวนการยังไม่ถูกต้อง ตัวอย่างเรื่องเล็ก ๆ เช่น จะลงโทษทางวินัยร้ายแรงโดยไม่สอบสวนก่อนก็ไม่ถูกต้อง

หลักความชอบด้วยกฎหมายมีข้อยกเว้น คือ การกระทำบางอย่างของรัฐบาล อาจจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีข้อยกเว้น ๒ ข้อ คือ

๑. การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐ (ACT OF STATE) มีอยู่ ๒ ข้อ คือ

๑.๑ การกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร เช่น การเปิดสมัยประชุม ปิดสมัยประชุม การยุบสภา การเสนอร่างกฎหมาย อย่างนี้จะมาฟ้องศาลปกครองไม่ได้ ควบคุมกันโดยวิธีทางการเมือง

๑.๒ การกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การเจริญสัมพันธไมตรี การทำสนธิสัญญา การเรียกทูตกลับ การตัดสินใจไม่ทำสนธิสัญญา การเพิกถอนสัมพันธไมตรี รวมถึงการประกาศสงคราม มาจากหลักเรื่องความคุ้มกันในฐานะที่เป็นรัฐ (STATE IMMUNITY)

๒. การกระทำของรัฐในภาวะฉุกเฉินหรือในภาวะสงคราม มีเงื่อนไขประการแรก คือ จะต้องมีการประกาศสงครามหรือมีภาวะสงครามเกิดขึ้น อันที่จริงแล้วสงครามจะเกิดขึ้นได้ ต้องมีการประกาศสงครามเท่านั้น สงครามที่ไม่ประกาศยังไม่เรียกว่าเป็นสงคราม เรียกว่า การรบ หลักนี้จึงรวมไปถึงภาวะฉุกเฉินทั้งหลาย ซึ่งอาจจะอยู่ในภาวะที่มีการรบหรือมีการจลาจล และอาจจะรวมถึงภาวะอย่างอื่นด้วย เช่น ศาลปกครองฝรั่งเศส เคยวินิจฉัยว่าสภาวะที่คนงานนัดหยุดงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนงานที่ทำงานเกี่ยวกับสาธารณูปโภค ทำให้เกิดภาวะคับขันฉุกเฉินขึ้นได้เหมือนกัน เงื่อนไขประการที่สอง คือ มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องใช้อำนาจอย่างใดอย่าง

หนึ่ง ซึ่งอาจจะไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรืออาจจะไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายได้ เช่น ฝรั่งเศสตกอยู่ในภาวะสงครามโลกครั้งที่สอง คนหนีออกจากเมืองหมด แม้แต่นายกเทศมนตรีก็หนีออกจากเมือง แต่มีบางคนที่บ้านเกิดไม่ยอมหนีคงอยู่ในเมืองแล้วเข้ามาจัดการเสมือนกับว่าตัวเองเป็นนายกเทศมนตรีและคณะเทศมนตรี เพื่อช่วยเหลือคนอื่นที่ยังอาศัยอยู่ในเมือง เขาไม่มีอำนาจทำเพราะไม่ใช่นายกเทศมนตรีหรือคณะเทศมนตรี ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งศาลปกครองฝรั่งเศสว่าอยู่ในภาวะสงคราม เพราะฉะนั้นถือว่าประชาชนคนนั้นเสมือนหนึ่งเป็นนายกเทศมนตรีหรือคณะเทศมนตรีมีอำนาจปกครองเข้าไปจัดการได้