

ปัญหาการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมาย  
ในระดับพระราชบัญญัติ



นายจักรพล ถิมตระกูล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

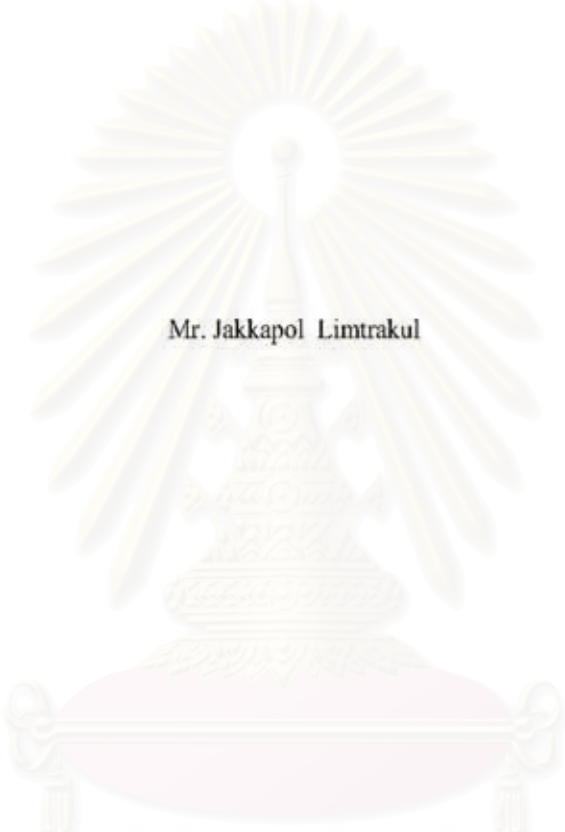
สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

PROBLEMS ON THE ISSUANCE OF DELEGATED LEGISLATION  
REVOKING OR AMENDING ACTS OF PARLIAMENT



Mr. Jakkapol Limtrakul

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2550

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับ  
พระราชบัญญัติ

โดย

นายจักรพล ลีมิตระกุล

สาขาวิชา

นิติศาสตร์


อาจารย์ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้แก่นักศึกษานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

  
..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

  
..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ)

  
..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุโฆษิต)

  
..... กรรมการ  
(ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์)

  
..... กรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พิณีจิวดล)

จักรพล ลิ้มตระกูล : ปัญหาการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (PROBLEMS ON THE ISSUANCE OF DELEGATED LEGISLATION REVOKING OR AMENDING ACTS OF PARLIAMENT) อ.ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุ โฆษิต, 120 หน้า.

โดยทั่วไป การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภานั้นต้องกระทำโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันเช่น พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมา เคยมีกรณีที่รัฐสภาไทยออกพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในรูปพระราชกฤษฎีกาเพื่อยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักการ เหตุผล กรณี และเงื่อนไขในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าว

จากผลการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสต่างมีการออกกฎหมายที่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาได้ แต่จำกัดเฉพาะเรื่อง (1) การอนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐสภาเห็นชอบแล้ว (2) การบริหารรัฐกิจ และ (3) การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ แต่ที่สำคัญ ได้มีการกำหนดกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เข้มงวดกว่าการออกกฎหมายปกติทั่วไป เช่น ในประเทศอังกฤษ ก่อนการออกกฎหมายต้องมีการปรึกษาหารือและการประชาพิจารณ์ และมีกระบวนการตรวจสอบที่เรียกว่า "การวางกฎต่อรัฐสภา" เป็นการเฉพาะ ส่วนกรณีปัญหาของประเทศไทยอันได้แก่ พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายในรูปพระราชกฤษฎีกาแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายอื่นในระดับพระราชบัญญัตินั้น เห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องการบริหารรัฐกิจและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจซึ่งเข้าข่ายยกเว้นดังเช่นที่เป็นในระบบกฎหมายทั้งสองประเทศ อย่างไรก็ตาม กฎหมายของไทยทั้งสองฉบับดังกล่าวกลับมิได้มีกลไกในการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวดเพียงพอ

ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า 1. การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้นควรจำกัดขอบเขตเฉพาะเรื่องการบริหารรัฐกิจและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเท่านั้น และ 2. หากมีกรณีดังกล่าว ควรกำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจว่า ต้องนำกฎหมายไปขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนประกาศใช้

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....  
ปีการศึกษา ... 2550.....

ลายมือชื่อนิสิต .....จักรพล ลิ้มตระกูล.....  
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....



## 4786211034 : MAJOR LAWS

KEYWORD : DELEGATED LEGISLATION

JAKKAPOL LIMTRAKUL: PROBLEMS ON THE ISSUANCE OF DELEGATED LEGISLATION REVOKING OR AMENDING ACTS OF PARLIAMENT. THESIS ADVISOR: ASSISTANT PROFESSOR NARONGDECH SRUKHOSIT, 120 pp.

Generally, revoking or amending an act of parliament shall be done by an equivalent legislation such as an act of parliament or an emergency decree. Nonetheless, Thai parliament passed an act enabling the Executives to issue a Royal decree, a delegated legislation, to revoke or amend other acts. This thesis aims to study principles, rationales, states and conditions of such empowerment.

Under the English and French legal systems, a delegated legislation is authorized to repeal or modify acts of parliament on condition that it relates to (a) implementation of international commitments already approved by Parliament, (b) public administration, or (c) privatization. More importantly, both systems set up special procedures for scrutinizing an issuance of such delegated law. For instance, consultation and public hearings must be held prior to the issuance thereof, and must be laid before the British Parliament. With regard to similar cases occurring in Thailand, i.e. , the Reorganization of State Authorities Act B.E. 2545, and the Privatization Act B.E. 2542, they are found consistent with the exceptional criteria of the two above countries. However, they still lack comprehensive processes of scrutiny.

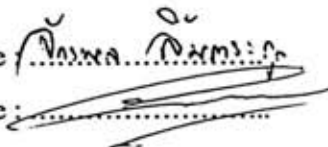
As a result, the author puts forward the two following recommendations. An issuance of a delegated legislation amending or revoking an act of parliament shall be limited only to matters regarding public administration and privatization. Once there be such case, an enabling legislation must clearly specify in the legislation that an delegated law issued thereof shall be laid before parliament prior to its promulgation.

Field of Study : ....Laws....

Academic Year : .... 2550 .....

Student's Signature

Advisor's Signature



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยคำแนะนำของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุโณมิต ทำให้ผู้เขียนได้ทราบแนวทางในการวาง โครงร่างและแนวทางในการค้นคว้าและ วิเคราะห์ข้อมูล ตลอดจนการใช้ภาษาเพื่อเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ในแต่ละบท ซึ่งผู้เขียน ขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา ที่ช่วยแนะนำหัวข้อวิทยานิพนธ์ ให้แก่ผู้เขียน ขอขอบพระคุณท่านคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้แก่ ท่านศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พิณีจิวคูล ที่ได้ร่วมกันเป็นชี้แนะแนวทางที่เป็นประโยชน์ ต่อการปรับปรุงให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยและผู้เกี่ยวข้องที่ให้โอกาสผู้เขียนได้เข้า ศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ขอขอบพระคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัยทุกท่านที่ได้ให้ความรู้แก่ผู้เขียนจนสามารถเขียนวิทยานิพนธ์ได้สำเร็จ

ด้วยระยะเวลาอันจำกัด วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงอาจมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง ซึ่งผู้เขียน ขออ้อมรับคำติชมด้วยความยินดี หากเนื้อหาสาระของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังมีประโยชน์ต่อ การศึกษาด้านนิติศาสตร์อยู่บ้าง ขอขอบคุณความดีให้แก่คณาจารย์ทุกท่านและมารดาของผู้เขียน ตลอดจนบิดาของผู้เขียนที่ล่วงลับไปแล้ว

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
บทคัดย่อภาษาไทย.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
<b>บทที่ 1 บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์.....	3
3. ขอบเขต.....	4
4. สมมติฐาน.....	4
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
6. วิธีดำเนินการวิจัย.....	4
7. นิยามศัพท์.....	5
<b>บทที่ 2 พัฒนาการ ทฤษฎีและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติ</b>	<b>6</b>
1. ความเบื้องต้น (introduction) .....	6
2. พัฒนาการของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ.....	6
2.1 ยุคกฎหมายจารีตประเพณี.....	7
2.2 ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย.....	7
2.3 ยุคกฎหมายบัญญัติ.....	7
2.3.1 ประเทศอังกฤษ.....	8
2.3.2 ประเทศฝรั่งเศส.....	10
2.3.3 ประเทศไทย.....	11
3. ทฤษฎีและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติ.....	13
3.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power).....	11
3.2 ทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซ (Social Contract) : กฎหมายคือเจตน์เจานง ร่วมกันของปวงชน.....	16
3.3 การยอมรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรอื่นนอกเหนือจากรัฐสภา .....	17
3.3.1 การจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ.....	17
3.3.1.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ.....	17
3.3.1.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	18



บทที่	หน้า
3.3.1.3 ระบบกฎหมายไทย.....	19
3.3.2 การมอบอำนาจนิติบัญญัติ(Delegation of Power).....	20
3.3.2.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ.....	20
3.3.2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	22
3.3.2.3 ระบบกฎหมายไทย.....	24
3.4 ระบบกฎหมายและลำดับศักดิ์ของกฎหมาย.....	29
3.4.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ.....	31
3.4.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	31
3.4.3 ระบบกฎหมายไทย.....	32
<b>บทที่ 3 ลักษณะ รูปแบบและการควบคุมตรวจสอบกฎ.....</b>	<b>37</b>
1.ความเบื้องต้น (introduction).....	37
2.ลักษณะของการมอบอำนาจให้ออก “กฎ”.....	42
2.1 การมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต (blank cheque).....	42
2.2 การมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด.....	46
2.2.1 การกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม (administrative details).....	46
2.2.2 การกำหนดขอบเขตแบบกว้างๆ (skeleton provision).....	46
2.2.3 การมอบอำนาจในภาวะฉุกเฉินหรือคับขัน (emergency provision).....	50
2.2.4 การมอบอำนาจตามบทเฉพาะกาลของกฎหมาย (interim provision).....	52
3.รูปแบบของกฎและกฎหมายที่เป็นฐานในการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ออกกฎใน ประเทศต่างๆ.....	53
3.1 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายอังกฤษ.....	54
3.1.1 Order in Council.....	54
3.1.2 Regulations.....	55
3.1.3 Orders.....	55
3.1.4 Directions.....	55
3.1.5 Warrants.....	55
3.1.6 Rules.....	55
3.1.7 Bye-law.....	55



3.2 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	56
3.2.1 Les règlements autonomes.....	56
3.2.2 décret.....	56
3.2.3 arrêté.....	57
3.2.4 les mesures d'ordre intérieur.....	57
3.3 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายไทย.....	58
3.3.1 พระราชกฤษฎีกา.....	58
3.3.2. กฎกระทรวงและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี.....	58
3.3.3 ประกาศกระทรวง.....	59
3.3.4 ระเบียบ ข้อบังคับและข้อกำหนด.....	59
3.3.5 กฎที่ออกโดยคณะกรรมการต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย.....	59
3.3.6 ข้อบัญญัติท้องถิ่น.....	59
4.กระบวนการในการออกกฎในประเทศต่างๆ.....	60
4.1 กระบวนการออกกฎในประเทศอังกฤษ.....	60
4.1.1 การปรึกษาหารือ (consultation).....	61
4.1.2 การประชาพิจารณ์หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry).....	62
4.1.3 การประกาศกฎ (publication).....	63
4.2 กระบวนการออกกฎในประเทศฝรั่งเศส.....	63
4.2.1 การปรึกษาหารือ (consultation).....	64
4.2.2 การประชาพิจารณ์หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry).....	64
4.2.3 การประกาศกฎ (publication).....	65
4.3 กระบวนการออกกฎในประเทศไทย.....	65
4.3.1 การปรึกษาหารือ (consultation).....	65
4.3.2 การประชาพิจารณ์หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry).....	67
4.3.3 การประกาศกฎ (publication).....	69
5.การควบคุมตรวจสอบกระบวนการในการออกกฎและเนื้อหาของของกฎ.....	70
5.1 การควบคุมตรวจสอบ โดยรัฐสภา.....	71
5.1.1 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาอังกฤษ.....	71
5.1.2 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาฝรั่งเศส.....	74

	สารบัญ (ต่อ)	ญ
บทที่		หน้า
	5.1.3 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาไทย.....	75
	5.2 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาล.....	75
	5.2.1 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลอังกฤษ.....	76
	5.2.2 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลฝรั่งเศส.....	77
	5.2.3 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลไทย.....	79
	5.3 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น.....	81
	5.3.1 การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ(Advisory Committee) ของอังกฤษ.....	81
	5.3.2 การควบคุมตรวจสอบโดยสภาแห่งรัฐ(Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศส.....	82
	5.3.3 การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาของไทย.....	82
<b>บทที่ 4</b>	<b>การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ.....</b>	<b>84</b>
	1.ความเบื้องต้น (introduction).....	84
	2.การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในกรณีปกติ.....	84
	2.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ.....	85
	2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	86
	2.3 ระบบกฎหมายไทย.....	86
	3.การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ. ....	87
	3.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ.....	87
	3.1.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น.....	89
	3.1.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท.....	91
	3.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	91
	3.2.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น.....	92
	3.2.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท.....	92
	3.3 ระบบกฎหมายไทย.....	92
	3.3.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น.....	94
	3.3.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท.....	95
	4.ปัญหาการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมาย : กรณีตัวอย่างของไทย...	96
	4.1 กฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น.....	96
	4.1.1 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542.....	96

บทที่	หน้า
4.1.2 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545.....	103
4.1.3 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528.....	111
4.2 กฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท.....	112
4.2.1 กฎที่ออกตามประมวลรัษฎากร.....	112
4.2.2 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527.....	113
<b>บทที่ 5 สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ.....</b>	<b>115</b>
1. สรุปผลการวิจัย.....	115
2. ข้อเสนอแนะ.....	118
2.1 ข้อเสนอแนะในทางสารบัญญัติ.....	118
2.2 ข้อเสนอแนะในทางวิธีสบัญญัติ.....	119
รายการอ้างอิง .....	121
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	126



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากอิทธิพลของแนวคิดนิติปรัชญาของนักปราชญ์ชาวตะวันตกหลายคนได้ส่งผลให้เกิดพัฒนาการของการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติในทวีปยุโรปจนนำมาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งแม้จะมีหลายรูปแบบ ทั้งระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา แบบประธานาธิบดี และแบบกึ่งประธานาธิบดี แต่ก็มีสิ่งที่เป็นเอกลักษณ์เหมือนกันสำหรับประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยก็คือ การปกครองด้วยกฎหมายหรือหลักนิติรัฐซึ่งให้ความสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งเชื่อกันว่าเสรีภาพจะเกิดขึ้นไม่ได้หากไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจเดียวที่สามารถกำหนดขอบเขตแห่งการใช้สิทธิเสรีภาพและการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

ตามหลักเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองแบบประชาธิปไตยถือว่าอำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของปวงชนเท่านั้น แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เริ่มมีการทบทวนถึงปัญหาข้อจำกัดของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายที่ล่าช้าไม่ทันต่อสถานการณ์ฉุกเฉินเร่งด่วนทั้งที่ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจบริหารราชการต่างๆ จึงมีการแก้ปัญหาดังกล่าวโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกอนุบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรอง (delegated legislation) ในลักษณะ วิธีการ และขอบเขตที่แตกต่างตามกฎหมายแม่บท โดยมีทั้งที่มอบอำนาจอย่างจำกัดมากจนถึงการมอบอำนาจโดยไม่จำกัดขอบเขต ซึ่งเรียกหลักการนี้ว่า “หลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติ (delegation of power)” นอกจากนี้เงื่อนไขในการมอบอำนาจจะต้องเป็นไปตามลักษณะ วิธีการ และขอบเขตแล้ว ยังจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขเวลา คือ การมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นการชั่วคราวตามเงื่อนไขความจำเป็นเร่งด่วน ในรูปแบบของพระราชกำหนด และการมอบอำนาจนิติบัญญัติโดยไม่มีการกำหนดเวลา

ในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรถือว่าอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ดังนั้นกฎหมายแต่ละฉบับที่ตราโดยรัฐสภาจึงเป็นกฎหมายสูงสุด องค์กรอื่นจะตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดๆ มาลบล้างกฎหมายของรัฐสภาไม่ได้ รัฐสภาจึงมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารได้โดยไม่มีข้อจำกัด หากต้องการจำกัดขอบเขตการมอบอำนาจรัฐสภา ก็จะกำหนดข้อจำกัดนั้นไว้ในกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจ องค์กรอื่นใดก็ไม่มี



อำนาจจำกัดขอบเขตการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐบาลเพราะแม้แต่ศาลก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐบาล

ที่ผ่านมารัฐสภาได้เคยแสดงถึงควมมีอำนาจสูงสุดโดยการตรากฎหมายที่จำกัดหรือตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจบริหารของรัฐบาล แต่ศาลอังกฤษก็มักตีความตามคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐซึ่งถือว่าศาลต้องมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐดังนั้นจึงไม่อาจตรากฎหมายมาจำกัดหรือตัดอำนาจศาลในการควบคุมการใช้อำนาจบริหารได้

นอกจากหลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้ว ในบางประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ได้กำหนดแบ่งอำนาจออกกฎหมายบางส่วนให้แก่ฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยไม่ต้องมีการมอบอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐสภา และรัฐสภาจะก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติในส่วนของฝ่ายบริหารไม่ได้ซึ่งเรียกหลักการนี้ว่า “การจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ (attribution of power) ที่มีต้นแบบมาจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส

พัฒนาการในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดนิติปรัชญาและระบบกฎหมายของตะวันตก โดยเฉพาะระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส นับแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปฏิรูประบบกฎหมายและศาลตามแบบอย่างตะวันตก และเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นประชาธิปไตยใน พ.ศ. 2475 ซึ่งตรงกับสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งมีการพระราชทานรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก นับแต่นั้นจนถึงปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันในระบบกฎหมายไทยถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ แม้แต่รัฐสภาที่ตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

ปัญหาสำคัญที่นำมาสู่การวิจัยก็คือ หลังจากใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 เพียงไม่นานได้มีการตรากฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตราพระราชกฤษฎีกามาเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ เช่น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ....มาตรา 28 ซึ่งให้อำนาจคณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้จึงเป็นที่วิพากวิจารณ์ถึงความชอบด้วยหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาซึ่งมีฐานะเป็นเพียงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่กลับสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ จนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายดังกล่าว ไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย

ต่อมาได้มีร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. .... มาตรา 49 ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขในการยุบเลิก หรือการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่างๆ ซึ่งตั้งโดยพระราชบัญญัติได้ และมาตรา 50 ให้รัฐมนตรีที่ถูกโอนอำนาจตามมาตรา 3 เป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งใหม่ที่โอนไปจนกว่าจะมีประกาศพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งรัฐมนตรีใหม่ ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้ทำลายหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายและเหตุผลในเชิงสาระซึ่งจะมีผลกระทบต่อหลักการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาและหลักการใช้สิทธิยับยั้งกฎหมายของพระมหากษัตริย์ซึ่งน่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความผ่านประธานสภาผู้แทนราษฎร แต่ประธานสภาผู้แทนราษฎรไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความ ในที่สุดร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาและประกาศบังคับใช้เป็นกฎหมายในปี พ.ศ.2545 โดยที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานในประเด็นนี้

อย่างไรก็ตามทั้ง 2 กรณีที่เกิดขึ้นเป็นการถกเถียงกันถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติและความเหมาะสมของบทบัญญัติที่มอบอำนาจนิติบัญญัติในลักษณะกว้างขวางมากจนเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาได้ซึ่งแม้จะเคยมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 กรณีร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ...และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549 กรณีพระราชกฤษฎีกาที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 แล้ว แต่เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองใช้ในการวินิจฉัยเป็นสิ่งที่ควรศึกษาวิจัย อีกทั้งในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มีผลบังคับใช้แล้ว จึงควรนำเหตุผลดังกล่าวมาวินิจฉัยโดยนำข้อเท็จจริงเดียวกันมาเปรียบเทียบว่าหากเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในขณะที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยควรจะเป็นเช่นไร และหากกรณีนี้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะเป็นอย่างไร

จากเหตุผลดังกล่าวจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบประเด็นการออกกฎหมายในลักษณะนี้ของระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างเหมาะสมสอดคล้องกับนานาอารยประเทศต่อไป

## 2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสและไทย

(2) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความเหมาะสมของ



บทบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจกฎหมายดังกล่าว

(3) เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวทางของระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสและ ไทยในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการถูกละเมิด โดยกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร

### 3. ขอบเขตของการวิจัย

(1) ศึกษาเปรียบเทียบพัฒนาการในการใช้อำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสและ ไทย

(2) ศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดในการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎของประเทศอังกฤษและ ฝรั่งเศส กับประเทศไทย

(3) ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายบริหาร

(4) ศึกษาตัวอย่างกฎหมายไทยที่มีลักษณะการมอบอำนาจแตกต่างกัน

(5) ศึกษาเปรียบเทียบคำพิพากษาศาลอังกฤษ ฝรั่งเศสและ ไทยที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ออกกฎ

(6) ศึกษากรณีการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ประมวลรัษฎากรและพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พร้อมทั้งกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง

### 4. สมมติฐาน

การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้นั้นต้องมีมาตรการป้องกันการออกกฎไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยกำหนดเนื้อหาในทางสารบัญญัติให้กระทำได้เฉพาะเรื่องที่ไม่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง เช่น เรื่องการบริหารรัฐกิจ และต้องมีมาตรการในทางวิธีสบัญญัติให้มีการควบคุมทั้งเนื้อหาและกระบวนการในการออกกฎอย่างเข้มงวดก่อนการบังคับใช้กฎ เช่น กำหนดให้มีการทำประชาพิจารณ์รับฟังความคิดเห็นของประชาชนและการวางกฎต่อรัฐสภา

### 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

(1) ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ

(2) ทราบถึงผลกระทบของการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

(3) ทราบแนวทางในการปรับปรุงระบบควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย

## 6. วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ(Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร(Documentary Research) ทั้งวิทยานิพนธ์ หนังสือ บทความ และข้อมูลในเว็บไซต์(website) โดยนำข้อมูลในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสมาทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทยและนำเสนอข้อมูลเชิงพรรณนา(Descriptive Analysis) เพื่ออธิบายปรากฏการณ์ในการให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายที่มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายของรัฐบาลในระบบกฎหมายต่างๆ รวมทั้งระบบควบคุมตรวจสอบกฎหมายในระบบกฎหมายต่างๆ

## 7. นิยามศัพท์

**กฎหมายแม่บท** หมายถึง กฎหมายของรัฐบาลที่มอบอำนาจให้ออกกฎหมายลำดับรอง

**กฎหมายลำดับรอง** หมายถึง กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารในรูปแบบต่างๆ ตามขอบเขตของเนื้อหา และกระบวนการที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

**ระบบกฎหมาย** หมายถึง ที่รวมของกฎเกณฑ์ทั้งหลายทั้งหมดตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย โดยถือว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้ก็เพราะมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจ

**ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย** หมายถึง การจัดลำดับชั้นตามความสำคัญของกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการจัดความขัดแย้งกรณีกฎหมายหลายรูปแบบมีเนื้อหาขัดแย้งกัน โดยพิจารณาจากองค์กรที่มีอำนาจออกกฎหมายและรูปแบบของกฎหมาย

**การมอบอำนาจนิติบัญญัติ** หมายถึง การที่รัฐสภามอบอำนาจในการตรากฎหมายให้ฝ่ายบริหารใช้ในการออกกฎหมายลำดับรองตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท โดยอำนาจนิติบัญญัตียังเป็นของรัฐสภา

**การจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ** หมายถึง การที่รัฐธรรมนูญแบ่งอำนาจออกกฎหมายให้แก่รัฐสภาและฝ่ายบริหาร โดยแต่ละฝ่ายไม่อาจก้าวล่วงไปออกกฎหมายในเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของตนได้ **รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมาย(décree-loi)** หมายถึง กฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่ตราโดยคณะรัฐมนตรีและผ่านความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐซึ่งสามารถยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้

**สภาแห่งรัฐ(Conseil d'Etat)** หมายถึง สภาที่ปรึกษาในการบริหารงานของฝ่ายบริหารและยังมีฐานะเป็นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส

**บทบัญญัติ “Henry VIII clause”** หมายถึง บทบัญญัติในพระราชบัญญัติของอังกฤษที่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายอื่นได้

**การวางกฎต่อรัฐสภา(lay on the table)** หมายถึง การควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยให้นำกฎหมายหรือร่างกฎหมายนั้นไปวางต่อรัฐสภาของอังกฤษเพื่อตรวจสอบเนื้อหาสาระและกระบวนการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท



## บทที่ 2

### พัฒนาการ ทฤษฎีและแนวคิดพื้นฐานในการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติ

#### 1. ความเบื้องต้น (introduction)

การที่มนุษย์ทุกคนปรารถนาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของตนทำให้มนุษย์ได้รวมตัวกันเป็นสังคมเพื่อช่วยกันป้องกันภัยต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ แต่การรวมตัวกันนี้บางครั้งก็มีความขัดแย้งกันภายในกลุ่มจากความขัดแย้งทางความคิดและการแก่งแย่งชิงดีกัน ซึ่งเป็นสังคมที่มีโครงสร้างสลับซับซ้อนทางด้านเผ่าพันธุ์ก็ยิ่งเกิดปัญหาดังกล่าวได้ง่ายขึ้น คนในสังคมจึงต้องร่วมมือกันกำหนดบรรทัดฐานในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมทั้งสิ่งที่ห้ามบุคคลกระทำและสิ่งที่บังคับให้บุคคลกระทำเพื่อให้เกิดความสงบสุขในสังคมส่วนรวม ทำให้เกิดพัฒนาการของการใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเริ่มตั้งแต่ยุคกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้หลักศีลธรรมเป็นบรรทัดฐานในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลแล้วพัฒนาเป็นยุคกฎหมายของนักกฎหมายที่มนุษย์ได้เริ่มสร้างกฎเกณฑ์ต่างๆ ขึ้น ใช้บังคับภายในกลุ่มโดยมอบอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ ให้แก่ผู้นำของตนและเมื่อมนุษย์ต้องการให้มีการปฏิบัติต่อกันในสังคมอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกันจึงเกิดกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ทุกคนในสังคมสามารถรับรู้ถึงกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้อย่างชัดเจนและแน่นอน จึงมีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้น ซึ่งเรียกช่วงพัฒนาการนี้ว่า “ยุคกฎหมายบัญญัติ” ในยุคนี้ได้มีนักปราชญ์หลายคนที่เสนอหลักการบัญญัติกฎหมายหรือหลักการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งแนวคิดพื้นฐานในการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัตินี้ได้เน้นประสิทธิผลในการคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของบุคคล เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักเจตน์จำนงร่วมกันของปวงชน หลักการมอบอำนาจและจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ หลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เป็นต้น นักปราชญ์เหล่านี้เป็นชาวยุโรป แนวคิดดังกล่าวจึงมีอิทธิพลต่อพัฒนาการในการใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเริ่มต้นในมหาอำนาจแห่งยุโรป เช่น อังกฤษ และฝรั่งเศส และระบบกฎหมายของสองประเทศนี้เป็นที่ยอมรับของประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งไทย ซึ่งได้นำระบบกฎหมายดังกล่าวมาพัฒนาด้านการนิติบัญญัติของไทยมาจนปัจจุบัน

#### 2. พัฒนาการของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

จากการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายทำให้ทราบว่าในสังคมที่ยังไม่มีการจัดโครงสร้างของอำนาจการเมืองอย่างรวมศูนย์นั้น ทั้งอำนาจสร้างกฎเกณฑ์และอำนาจบังคับตามกฎเกณฑ์มีลักษณะกระจายอำนาจไปตามท้องถิ่นต่างๆ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ในระบบกฎหมายโบราณจึงเริ่มต้นจากการสร้างกฎเกณฑ์ที่เรียกว่าจารีตประเพณีจนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งใช้อยู่ตามเผ่าโดยหลักสายเลือดก่อน แล้วจึงเปลี่ยนเป็นตามหลักดินแดนแทน

ต่อมาเมื่อเริ่มมีการรวมศูนย์อำนาจการเมืองการปกครองและมีการตั้งองค์กรทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้บังคับเป็นกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล ดังนั้น การแสดงออกซึ่งอำนาจรวมศูนย์ในการเมืองการปกครองของรัฐจึงได้แก่ จำนวนกฎหมายลายลักษณ์อักษรตามคำพิพากษา ดังนั้น อำนาจในการตรากฎหมาย ให้ความเห็นชอบบทบัญญัติของกฎหมาย รวมถึงการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรืออำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจรวมศูนย์ทางการเมืองการปกครองของรัฐ ซึ่งมีพัฒนาการตามแนวคิดของนักกฎหมายในยุคต่างๆ ดังนี้<sup>1</sup>

### 2.1 ยุคกฎหมายจารีตประเพณี

ก่อนที่มนุษย์จะรวมกลุ่มกันเป็นสังคมเมือง มีการอยู่กันเป็นครอบครัว หลายครอบครัว รวมกันเป็นเผ่าซึ่งเป็นสังคมขนาดเล็กที่มีความสลับซับซ้อนน้อย ในยุคนี้มีจารีตประเพณีตามสายโลหิตเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของคนในสังคมซึ่งจารีตประเพณีนี้มีองค์ประกอบสำคัญ คือ มีการปฏิบัติสืบกันมาเป็นเวลานานพอสมควรและคนในสังคมยอมรับว่าเป็นกฎหมายซึ่งจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นคนในสังคมจึงร่วมกันกำหนดกฎเกณฑ์และบังคับใช้กฎเกณฑ์นี้ หากมีฝ่าฝืนคนในสังคมก็จะร่วมกันลงโทษ

### 2.2 ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย

เมื่อมนุษย์ได้รวมกลุ่มกันเป็นสังคมเมืองซึ่งผสมผสานคนหลายเผ่าไว้ด้วยกัน จารีตประเพณีที่แตกต่างกันในแต่ละเผ่าย่อมกำหนดความประพฤติของคนในสังคมให้แตกต่างกัน จึงต้องมีการตกลงกฎเกณฑ์ต่างๆ ร่วมกันโดยกำหนดจารีตประเพณีตามหลักดินแดนเป็นกฎเกณฑ์ กำหนดความประพฤติของคนและได้กำหนดให้มีผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทของคนในสังคม (ผู้พิพากษา) ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทตามจารีตประเพณีนี้ แต่บางครั้งไม่มีหลักจารีตประเพณีกำหนดไว้ ผู้พิพากษาก็สร้างหลักขึ้นมาเองจึงเกิดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยคำพิพากษา (doctrine of precedence)

### 2.3 ยุคกฎหมายบัญญัติ

ในช่วงศตวรรษที่ 17 ถึง 18 ประเทศอังกฤษมีการรวมศูนย์การเมืองการปกครองโดยรัฐสภา ส่วนประเทศฝรั่งเศสมีการรวมศูนย์การเมืองการปกครองโดยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นยุคที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเริ่มเฟื่องฟูในตะวันตก จนกระทั่งมีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ได้ก่อให้เกิดระบบเศรษฐกิจและสังคมที่มีความซับซ้อนยิ่งขึ้น กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้วางหลักขึ้นในคดีต่างๆ นั้นไม่อาจรองรับการเปลี่ยนแปลงของระบบเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วได้ จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดความประพฤติของ

<sup>1</sup> นานิช จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 7-10.



คนในสังคมให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงโดยองค์กรนิติบัญญัติซึ่งได้รับเลือกตั้งมาจากประชาชน ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับรูปแบบ เนื้อหา และกระบวนการในการตรากฎหมายมากขึ้น

ในศตวรรษที่ 19 กฎหมายลายลักษณ์อักษรสำคัญที่สุดเพราะอุดมการณ์ทางการเมืองเสรีนิยมซึ่งเชื่อว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน และเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่จำกัดตัวบุคคล คือ ผู้วางกฎเกณฑ์ทั่วไปนั้นไม่ทราบว่าเขากำลังกำหนดกฎเกณฑ์ให้บุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่มุ่งให้กฎเกณฑ์นั้นใช้บังคับกับสถานการณ์หรือกลุ่มบุคคลที่อยู่ในสถานการณ์นั้นๆ เป็นส่วนรวม ซึ่งในยุคนี้ได้เกิดแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างมากมาย โดยส่วนใหญ่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองของประเทศในยุโรป<sup>2</sup> เช่น อังกฤษและฝรั่งเศส ซึ่งมีวิวัฒนาการของการใช้อำนาจอธิปไตยดังนี้

### 2.3.1 ประเทศอังกฤษ

พัฒนาการในการใช้อำนาจอธิปไตยของอังกฤษโดยการเปลี่ยนองค์กรใช้อำนาจจากพระมหากษัตริย์ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยรัฐสภาได้เกิดขึ้นก็เพราะขุนนางฝรั่งเศสผู้หนึ่งได้ยกทัพมาตีเกาะอังกฤษและสถาปนาตนเองขึ้นเป็นกษัตริย์ทรงพระนามว่า “พระเจ้าวิลเลียมผู้พิชิต (William the conqueror)”

การที่พระองค์ไม่สามารถสื่อสารภาษาอังกฤษได้และต้องการวางระบบการใช้อำนาจอธิปไตย บริหารและตุลาการเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินของพระองค์ จึงทรงแต่งตั้งขุนนางอังกฤษที่สื่อสารภาษาฝรั่งเศสกับพระองค์ได้ให้เป็นที่ปรึกษาและทรงมีพระบรมราชโองการต่างๆ ผ่านขุนนางกลุ่มนี้ ซึ่งต่อมาได้ทรงยกฐานะขุนนางกลุ่มนี้ให้เป็นมหารัฐสภา (Magnum Consilium) เพื่อทำหน้าที่ถวายคำแนะนำในการบริหารราชการแผ่นดิน ตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของข้าราชการ พิจารณากฎหมายและเป็นศาลสูงซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ดังนั้นมหารัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งในทางบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการ ในองค์กรเดียวกัน

ภายหลังการสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าวิลเลียมจนถึงกษัตริย์องค์ต่อมาอีกหลายพระองค์ มหารัฐสภายังคงมีบทบาทสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินของกษัตริย์และได้ขยายบทบาทมากขึ้นจนบางครั้งถือเป็นการลดทอนพระราชอำนาจของกษัตริย์จนนำมาสู่ความขัดแย้งกันระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภา ฝ่ายกษัตริย์มักอ้างเทวโองการ(Divine Right) ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากพระเจ้าให้มาปกครองประเทศ พระองค์จึงทรงอยู่เหนือกฎหมายของรัฐสภาและยังทรงพระราชอำนาจในการตรากฎหมายโดยทางรัฐสภา(King in Parliament) หรือโดยทางสภาองคมนตรี(King in Council)

<sup>2</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 34.

ได้ตามพระราชประสงค์ และยังทรงมีพระราชอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยผ่านศาลคาราคร (Star Chamber) ส่วนฝ่ายมหารัฐสภาก็อ้างว่าอำนาจพระมหากษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากมหารัฐสภา จึงพยายามเพิ่มบทบาทในการจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการเก็บภาษีซึ่งมหารัฐสภาอ้างว่ากษัตริย์จะเก็บภาษีได้ก็โดยความยินยอมจากมหารัฐสภาเท่านั้น

ในปี ค.ศ.1265 ขุนนางเชื้อสายฝรั่งเศสชื่อ ไชมอนด์ เดอ มงฟอร์ด (Simon de Montford) ได้ขัดแย้งกับพระเจ้าเฮนรีที่ 3 (Henry III) อย่างรุนแรงจนถูกพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ปลดจากตำแหน่งและทรงเรียกประชุมขุนนางในรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า รัฐสภา (Parliament) และได้มีวิวัฒนาการจนมีสองสภาคือ สภาสามัญและสภาขุนนางดังที่เห็นในปัจจุบัน<sup>3</sup>

แม้จะมีการเปลี่ยนรูปแบบการเรียกประชุมขุนนางจากมหารัฐสภาซึ่งขุนนางมีอำนาจเรียกประชุมกันเองได้มาเป็นรัฐสภาซึ่งพระมหากษัตริย์เท่านั้นที่มีพระราชอำนาจเรียกประชุมรัฐสภา แต่ก็ไม่อาจยุติความขัดแย้งของกษัตริย์กับขุนนางลงได้ ยังมีการแย่งชิงอำนาจสูงสุดระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภาอย่างต่อเนื่อง ความขัดแย้งที่รุนแรงที่สุดจนนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดเกิดขึ้นเมื่อมีการปฏิวัติต่อต้านอำนาจพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ในปี ค.ศ.1678 จนเกิดการสู้รบกันแต่ไม่มีการเสียเลือดเนื้อกันเนื่องจากฝ่ายกษัตริย์ยอมแพ้เสียก่อน จึงมีการเรียกการต่อสู้ครั้งนี้ว่า “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (The Glorious Revolution)”

ภายหลังได้รับชัยชนะเหนือกษัตริย์ ฝ่ายรัฐสภาก็ยังพยายามที่จะให้มีกฎหมายรองรับถึงความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาจึงได้ตรากฎบัตรสิทธิมนุษยชน (Bill of Rights) ขึ้น และขอให้พระเจ้าวิลเลียมออเรนจ์และพระราชินีแมรีมาครองราชบัลลังก์โดยให้พระเจ้าวิลเลียม ทรงลงพระนามในกฎบัตรฯ ซึ่งให้กษัตริย์ยอมรับว่าการจะจับกุมคุมขังบุคคลได้ก็ต่อเมื่อได้กระทำผิดตามบทบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น กษัตริย์จึงไม่อาจสั่งให้ลงโทษบุคคลใดโดยมิได้กระทำผิดกฎหมายตามพระราชอำนาจในสมัยสมบูรณ์ตามสัญญาสิทธิราชย์ยอมรับกระทำไม่ได้ รัฐสภาเท่านั้นที่มีอำนาจในการอนุมัติการออกกฎหมายต่างๆ ของกษัตริย์และจำกัดอำนาจกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้กฎหมาย นับตั้งแต่การลงพระนามของพระเจ้าวิลเลียมในกฎบัตรดังกล่าวจึงนำมาสู่การยอมรับอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) มาจนถึงปัจจุบัน<sup>4</sup>

การที่หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภาได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบันอาจเป็นเพราะอิทธิพลของหนังสือชื่อ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Law of the Constitution) ซึ่งเขียนขึ้นในปี ค.ศ.1885 โดย

<sup>3</sup> บุรีรักษ์ นามวัฒน์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 5, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), หน้า 267.

<sup>4</sup> กุลดาเดชบุญชู มีด, วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลกจากระบบฟิวต์ดิงการปฏิวัติ, อ้างแล้ว, หน้า 120-125.



นักนิติศาสตร์ผู้โด่งดังชาวอังกฤษ ชื่อ ไดซี (Dicey) ซึ่งสรุปหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาไว้ว่ารัฐสภา (King or Queen in Parliament) มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย รัฐสภาจะตราหรือไม่ตรากฎหมายใดๆ ตามความประสงค์ของตนและอำนาจของรัฐสภาก็ไม่อาจถูกจำกัดลงโดยกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น หากรัฐสภาตรารัฐธรรมนูญขึ้นก็หาได้เป็นกฎหมายสูงสุดแต่ประการใด เพราะรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาจึงอาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขได้โดยรัฐสภา

องค์กรใดหรือบุคคลใดไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายยกเลิกหรือลบล้างกฎหมายของรัฐสภาได้วันแต่ได้รับมอบอำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐสภาหรือโดยใช้อำนาจในการออกกฎหมายตามที่รัฐสภายินยอมให้เท่านั้น องค์กรเหล่านั้นไม่มีอำนาจเหนือกว่าหรือควบคู่กับอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา<sup>5</sup>

### 2.3.2 ประเทศฝรั่งเศส

วิวัฒนาการ ในการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของฝรั่งเศสมีลักษณะคล้ายกับอังกฤษ คือ เริ่มจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งกษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายได้ตามพระราชประสงค์รวมถึงเรื่องการออกกฎหมายเรียกเก็บภาษีเงินเกิดความขัดแย้งกับขุนนางและประชาชน เกิดการปฏิวัติและต่อสู้กันระหว่างฝ่ายกษัตริย์กับฝ่ายปฏิวัติ ในที่สุดฝ่ายปฏิวัติโดยขุนนางและประชาชนก็เป็นฝ่ายชนะและมีการเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ใช้อำนาจจากกษัตริย์ไปเป็นรัฐสภา กษัตริย์จะเรียกเก็บภาษีและตรากฎหมายได้โดยความยินยอมของรัฐสภาเท่านั้น

แต่สิ่งที่ต่างจากอังกฤษก็คือ การปฏิวัติของอังกฤษในปี ค.ศ.1688 ไม่มีการเสียเลือดเนื้อกัน แต่ในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1789 นั้นมีผู้บาดเจ็บล้มตายกันเป็นจำนวนมาก แม้แต่พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ยังถูกประหารด้วยกิโยติน ในขณะที่อังกฤษไม่มีการประหารชีวิตกษัตริย์

เมื่อรัฐสภาได้รับชัยชนะเหนือกษัตริย์และได้แสดงควมมีอำนาจสูงสุดเหนือกษัตริย์โดยการลงโทษประหารชีวิตกษัตริย์ และทำให้เกิดการยอมรับอำนาจสูงสุดของรัฐสภาโดยอ้างถึงความเป็นตัวแทนของปวงชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของปวงชนในการตรากฎหมาย ดังนั้นการกระทำในทางนิติบัญญัติจึงสูงสุด การกระทำทางบริหารและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภา<sup>6</sup>

แต่ภายหลังกการปฏิวัตินั้นหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาฝรั่งเศสได้มีความสำคัญลดลงอย่างต่อเนื่อง โดยมีสาเหตุจากรัฐสภาไม่ต้องการออกกฎหมายที่ไม่เป็นที่นิยมของประชาชนในช่วงสงครามโลกทั้งสองครั้ง และจากเหตุผลความจำเป็นในการให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติ

<sup>5</sup> วรากรณ์ ปิยะมงคลวงศ์, การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 17-18.

<sup>6</sup> กุลลดา เกษบุญชู มีค., วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสดเศรษฐกิจโลกจากระบบฟิวดัลถึงการปฏิวัติ, อ้างแล้ว, หน้า 419-420.

บัญญัติแก้ไขปัญหาของชาติ จึงเกิดแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติซึ่งมีการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจของรัฐสภาจึงถูกจำกัดได้โดยเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งตรงข้ามกับแนวคิดของโคซีในระบบกฎหมายอังกฤษ ดังนั้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมีวิวัฒนาการในการใช้อำนาจนิติบัญญัติในรูปแบบของการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากรัฐสภาได้ ในขณะที่โคซีถือว่ารัฐสภาคือที่มาของอำนาจนิติบัญญัติ องค์กรอื่นไม่มีอำนาจนิติบัญญัติ เว้นแต่รัฐสภามอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่นใช้ แม้รัฐสภาจะตรารัฐธรรมนูญก็ไม่อาจจำกัดอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาได้ ดังนั้นในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ยอมรับการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติโดยตรง

### 2.3.3 ประเทศไทย

พัฒนาการของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของไทยมีลักษณะคล้ายกับประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส คือ มีจุดเริ่มต้นจากการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนเกิดการเปลี่ยนแปลงองค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติจากพระมหากษัตริย์เป็นรัฐสภาตามลำดับ

พระราชอำนาจในการตรากฎหมาย เรียกว่า “พระราชศาสตร์” อันเป็นการใช้พระราชอำนาจตามจารีตประเพณี ซึ่งสืบทอดกันมาช้านาน จนกระทั่งมีการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรในสมัยรัชกาลที่ 4 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงใช้พระราชอำนาจนิติบัญญัติโดยตรงในการวางกฎเกณฑ์ทั่วไปโดยไม่ต้องนำการตัดสินใจมาวางบทเป็นพระราชศาสตร์อีกต่อไป แต่ทรงออกประกาศพระบรมราชโองการกำหนดให้บุคคลต้องกระทำหรือห้ามกระทำในสิ่งต่างๆ โดยกำหนดโทษอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงถือว่าในยุคนี้คือ ยุคแห่งการกำเนิดการนิติบัญญัติของไทย

ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้มีการปฏิรูประบบกฎหมายตามแบบตะวันตกโดยทรงตั้งสภาปริวีเคาน์ซิล(Privy Council) เป็นที่ปรึกษาพระมหากษัตริย์ใน

ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้นพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาด ไม่มีกฎหมายใดจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ ดังพระราชดำรัสพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ว่า “อนึ่งพระบรมราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุดีว่าเป็นที่สันหั้น ไม่มีข้อใดสิ่งอันใด หรือผู้ใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ แต่เมื่อว่าตามความเป็นจริงแล้ว พระเจ้าแผ่นดินจะทรงประพฤติกการอันใดก็ควรจะไปตามทางที่สมควรแลที่เป็นยุติธรรม เพราะเหตุฉะนั้นข้าพเจ้าไม่มีความรังเกียจอันใด ซึ่งจะมิกฎหมายกำหนดพระบรมราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดินเช่นประเทศทั้งปวงมีกำหนดต่างๆ กันนั้น เมื่อจะทำกฎหมายสำหรับแผ่นดินให้เป็นหลักฐานทั่วถึง ก็ควรจะต้องว่าด้วยพระบรมราชานุญาตของพระเจ้าแผ่นดินให้เป็นหลักฐานไว้..” ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน ปริดี พนมยงค์, “ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปริดี พนมยงค์”, ในอนุสรณ์เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 วัน แห่งการอสัญกรรมของผู้ประศาสน์การ ปริดี พนมยงค์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 170-171.



การตราพระราชบัญญัติบังคับใช้เป็นกฎหมายและยังทรงมอบอำนาจให้เสนาบดีออกกฎข้อบังคับเพิ่มเติมรายละเอียดต่างๆ ได้ ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายย่อมมีความผิดและถูกลงโทษตามพระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติอากรค่าน้ำ ร.ศ. 120 ให้อำนาจเสนาบดีในการออกกฎหมายตราใน การห้ามมิให้ใช้เครื่องมืออย่างใดอย่างหนึ่งในที่แห่งใดแห่งหนึ่ง (ปัจจุบันถูกยกเลิกโดย พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490) พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ.2464 ให้อำนาจออกกฎข้อบังคับของกรมทางหลวงว่าด้วยการใช้รถยนต์พาหนะบนทางหลวง พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 ให้อำนาจเสนาบดีออกกฎหมายตราใน การเดินเรือ เป็นต้น<sup>7</sup> ในยุคนี้จึงถือเป็นยุคแห่งการปฏิรูปการใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงองค์กรผู้ใช้อำนาจตรากฎหมายจากพระมหากษัตริย์เป็นรัฐสภาตาม แบบอังกฤษและฝรั่งเศส จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติโดยคณะราษฎรเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจาก ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ.2475 ซึ่งตรงกับรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การปฏิวัติในครั้งนี้ไม่มีการเสียเลือดเนื้อกันเนื่องจาก พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยอมรับข้อเสนอของคณะราษฎรในการเปลี่ยนแปลงการ ปกครองโดยทรงยอมเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญและทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญ ฉบับแรกให้แก่ประชาชน ส่งผลให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในทางนิติบัญญัติโดย ความเห็นชอบของรัฐสภานับแต่นั้นเป็นต้นมา

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการ กฎหมายมหาชนในประเทศไทย, อ่างแล้ว, หน้า 86.

<sup>8</sup> ประเสริฐ ทรัพย์สุนทร วิเคราะห์ว่า การปกครองที่มีพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามความ ประสงค์ของคณะราษฎรเป็นกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นเครื่องมือในการเปลี่ยนแปลงการปกครองจาก ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปเป็นแบบเผด็จการ โดยคณะบุคคลหรือคณะราษฎร ในขณะที่พระบาทสมเด็จพระ ปกเกล้าฯ ทรงพยายามสร้างประชาธิปไตยซึ่งมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย แต่ที่ทรงยอมเป็น พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเพราะทรงเข้าใจว่าคณะราษฎรต้องการสถาปนาการปกครองระบอบ ประชาธิปไตยเช่นเดียวกับพระราชประสงค์ของพระองค์ ดังพระราชหัตถเลขาตอนหนึ่งว่า “เมื่อพระยาพลฯ และ คณะผู้ก่อการฯ ร้องขอให้ข้าพเจ้าครองอยู่ครองราชสมบัติ เป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ข้าพเจ้าได้ ยินดีรับรองเพราะเข้าใจและเชื่อมั่นว่าคณะผู้ก่อการฯ ต้องการจะสถาปนาการปกครองแบบประชาธิปไตยหรือ Democratic Government” แต่หลังจากนั้นไม่นานทรงมีพระราชหัตถเลขาตอนหนึ่งว่า “ข้าพเจ้าก็รู้สึกทันทีว่า หลักการของผู้ก่อการฯ กับหลักการของข้าพเจ้านั้นไม่ห้อยกันเสียแล้ว” ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน “ภารกิจแห่งชีวิต ของประเสริฐ ทรัพย์สุนทร”, ใน หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพนายประเสริฐ ทรัพย์สุนทร. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อรุณวิทยา, 2538), หน้า 32-52.



### 3. ทฤษฎีและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจธิปไตยในทางนิติบัญญัติ

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยมักกำหนดให้อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา โดยเหตุผล 3 ประการ<sup>8</sup> คือ

**ประการแรก** การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องกระทำโดยเจตน์จำนงร่วมกันของปวงชนที่แสดงออกโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้น โดยประชาชนหรือผู้แทนของปวงชนเท่านั้น

**ประการที่สอง** อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจสำคัญที่สุดจึงต้องให้องค์กรที่เป็นผู้แทนปวงชนใช้อำนาจนี้ ส่วนอำนาจบริหารและตุลาการก็เป็นอำนาจธิปไตยที่สำคัญซึ่งต้องมีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจเพื่อไม่ให้อำนาจสูงสุดอยู่ที่คนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ทำให้เกิดการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างกัน

**ประการที่สาม** การบังคับใช้กฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไปไม่ระบุดำบุคคลอย่างเสมอภาคกันโดยปราศจากอคติจะเกิดขึ้นได้ต้องให้องค์กรที่เป็นผู้แทนปวงชนเป็นผู้กำหนดกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ

#### 3.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power)

พัฒนาการของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยเกิดขึ้นตั้งแต่ในยุคกรีกซึ่งมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและพัฒนามาในสมัยโรมัน<sup>9</sup> เมื่อสิ้นอาณาจักรโรมันแล้วก็ไม่มีการนำเสนอแนวคิดนี้อีกจนกระทั่ง ชาร์ลส์ เดอ เซองคดาต์ บารอง เดอ มงเตสกีเยอ(Charles de Secondat, Baron de Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้ศึกษาระบอบการปกครองของอังกฤษที่มีรัฐสภาทำหน้าที่นิติบัญญัติ ศาลทำหน้าที่ตัดสินคดีความตามบทบัญญัติซึ่งเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจของกษัตริย์เป็นหลักประกันว่ากษัตริย์จะไม่สามารถใช้พระราชอำนาจมาละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดังเช่นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เขาจึงเชื่อว่า การแบ่งแยกการใช้อำนาจตามแบบการปกครองของอังกฤษเป็นหลักประกันเสรีภาพของประชาชน เพราะเมื่อบุคคลหรือองค์กรเดียวกันได้รวมอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการไว้ด้วยกันจะทำให้เกิดการใช้อำนาจแบบเบ็ดเสร็จปราศจากการถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจ ดังนั้นการจะมีเสรีภาพ

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มานและนิติวิธี, อ่างแก้ว, หน้า 37.

<sup>9</sup> ในสมัยกรีกอริสโตเติล (Aristotle) ได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของสภาประชาชน (Ecclesia) ออกเป็นสภาประชาชนและเป็นคณะมนตรีผู้บริหารรัฐ ในสมัยโรมัน โพลีบิอุส(Polybius) ได้เสนอหลักการแบ่งสถาบันการปกครองออกเป็นหลายสถาบันและให้แต่ละสถาบันมีอำนาจถ่วงดุลกัน ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2540), หน้า 83-85.

ได้ นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะของอำนาจ แต่ขึ้นอยู่กับสภาพแห่งการใช้อำนาจซึ่งในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่ 3 ประเภท คือ

**อำนาจนิติบัญญัติ (Puisance législative)** คือ อำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบข้อบังคับทั่วไปขึ้นบังคับใช้สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาลและอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายซึ่งมีอยู่แล้ว

**อำนาจบริหาร** ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (*Puisance exécutives de l'Etat*) หรือ **อำนาจบริหาร** คือ อำนาจในการรักษาความสงบ การทำสงคราม การส่งเอกอัครราชทูตไปประจำต่างประเทศหรือยอมรับเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศ รักษาความมั่นคงภายในและป้องกันการรุกรานจากภายนอก

**อำนาจบริหาร** ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง (*Puisance exécutives de ces choses qui depended droit civil*) หรือ **อำนาจตุลาการ** คือ อำนาจในการพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน โดยมีอำนาจลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาด้วย

แนวคิดของมองเตสกีเออมีอิทธิพลต่อปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 (*The French Declaration of Rights of Men and Citizen, 1789*) ซึ่งข้อ 16 ได้บัญญัติว่า “สังคมใดไม่ยอมรับการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ (Any society in which the separation of powers not determined, has no constitution at all)”<sup>9</sup> ดังนั้นแม้อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตยขององค์กรต่างๆ จึงถือว่าอังกฤษมีรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือที่มักเรียกกันว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ”

แม้จะยอมรับกันว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งที่ดีในการประกันเสรีภาพของประชาชนโดยไม่ให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต แต่ต่อมาได้มีการวิเคราะห์บทบาทขององค์กรแบ่งแยกอำนาจโดยชี้ให้เห็นว่า ความเข้าใจเดิมนั้นผิดวัตถุประสงค์ เพราะมองเตสกีเออมุ่งหมายเพียงให้มีผู้ใช้อำนาจทั้งสามออกเป็นสัดส่วนเพื่อไม่ให้องค์กรหรือบุคคลเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจเกินกว่าหนึ่งอำนาจ และผู้ใช้อำนาจทั้งสามองค์กรยังมีหน้าที่เกี่ยวข้องกันตามความเหมาะสมและจำเป็น ดังนั้นการแบ่งแยกอำนาจตามความมุ่งหมายของมองเตสกีเออจึงเป็นเพียงการแบ่งแยกหน้าที่เท่านั้น<sup>10</sup> เมื่อความมุ่งหมายของมองเตสกีเออต้องการเพียงการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตย การแบ่งอำนาจอริปไตยซึ่งเป็นอำนาจเดียวกันออกเป็น 3 ประเภทเป็นการแบ่งตามสภาพการใช้อำนาจอริปไตย

<sup>9</sup> วิทยุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2540), หน้า 83-89.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 85-88.



เท่านั้นจึงไม่ขัดแย้งต่อแนวคิดของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ถ้าแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกไปย่อมเป็นการแบ่งแยกรัฐ<sup>\*</sup>

แม้มีการแบ่งแยกลักษณะการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ประเภท แต่หากในแต่ละองค์กรนั้นเกิดความคิดเห็นแตกต่างกันจะทำให้ขาดเอกภาพในการใช้อำนาจ ดังนั้นจอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษจึงเสนอให้สร้างสถาบันการเมืองขึ้นมาคุ้มครองเสรีภาพโดยใช้หลักเสียงส่วนใหญ่ในการตัดสินใจภายในองค์กรที่ใช้อำนาจต่างๆ เพื่อให้เกิดเอกภาพในการดำเนินการและให้มีการแบ่งแยกสถาบันการเมืองหรือองค์กรตามหน้าที่ 3 ประการ คือ

ประการแรก หน้าที่ในการออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพของคนต้องเป็นไปตามความจำเป็น และเมื่อหมดความจำเป็นแล้วต้องมีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้

ประการที่สอง หน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย

ประการที่สาม หน้าที่ด้านการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

สิ่งสำคัญคือ ต้องมีการแบ่งแยกองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมายกับอำนาจบังคับใช้กฎหมายออกจากกัน ส่วนหน้าที่บังคับใช้กฎหมายกับหน้าที่ในการดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกันได้จึงไม่จำเป็นต้องแยกองค์กรที่ทำหน้าที่ แต่สิ่งสำคัญที่สุดคือการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่างๆ ย่อมถูกจำกัดได้เพื่อการคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ของประชาชน<sup>11</sup>

โดยสรุปหลักการแยกหน้าที่ขององค์กรและหลักเสียงส่วนใหญ่ตามแนวคิดของจอห์น ล็อกสอดคล้องกับแนวคิดของมองเตสกีเออที่เห็นว่าทุกคนที่มีอำนาจย่อมมีการใช้อำนาจเกินสมควรทั้งสิ้น เว้นแต่เขาจะพบกับข้อจำกัดของอำนาจ จึงไม่ควรปล่อยให้มีการใช้อำนาจโดยบุคคลหรือองค์กรเดียวกัน

\* ฌอง โบแดง (Jean Bodin) เห็นว่าอำนาจอธิปไตยต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการคือ

ประการแรก ความเด็ดขาด(absolutess) อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน เป็นอำนาจเด็ดขาดและบริบูรณ์ในตัวเอง โดยไม่มีอำนาจใดมาลบล้างได้

ประการที่สอง ความครอบคลุมทั่วไป(comprehensiveness) อำนาจอธิปไตยอยู่เหนือทุกสิ่งทุกอย่างในรัฐ

ประการที่สาม ความถาวร(permanence) อำนาจอธิปไตยย่อมอยู่กับรัฐเสมอโดยไม่สูญสลาย ถ้ารัฐใดสูญสิ้นอำนาจอธิปไตยย่อมสูญสิ้นความเป็นรัฐ

ประการที่สี่ ความไม่อาจถูกแบ่งแยกได้(indivisibility) อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ถ้าแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกไปย่อมเป็นการแบ่งแยกรัฐ

ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน วิษณุ เครืองาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2540) , หน้า 82-85.

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 1 วิชาและการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชน ยุคต่างๆ, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546) หน้า 65-66.



### 3.2 ทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซ (Social Contract) : กฎหมาย คือ เจตน์จำนงร่วมกันของปวงชน

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นการยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ โดยมีการแบ่งแยกองค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจออกจากกัน แต่รูสโซ (Rousseau) มองว่าอำนาจอธิปไตยมาจากการมอบอำนาจของมนุษย์แต่ละคนที่คิดตัวมาตั้งแต่เกิดภายใต้เจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมให้แก่รัฐอธิปไตย เพื่อคุ้มครองทุกคนในสังคมซึ่งเป็นการปฏิเสธหลักการมอบอำนาจของมองเตสกีเออ รูสโซมองว่าเจตนารมณ์ร่วมกันเป็นอำนาจสูงสุดที่ละเมิดหรือลบล้างมิได้ โอนมิได้ แบ่งแยกมิได้และไม่สิ้นสูญเสื่อมคลายซึ่งเป็นแนวคิดที่คล้ายกับลักษณะอำนาจอธิปไตยของฌอง โบแดง (Jean Bodin) ต่างกันเพียงโบแดงยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่อยู่เหนือทุกสิ่งในรัฐ ขณะที่รูสโซเชื่อว่าอำนาจอธิปไตยมาจากสัญญาประชาคมโดยเจตน์จำนงร่วมกันของสังคม กฎที่ใช้เป็นกฎหมายได้ต้องมาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนเท่านั้นจึงจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของแต่ละคนได้ การออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วมกันต้องให้ประชาชนออกกฎหมายเองหรือมีผู้เสนอกฎหมายแล้วให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ดังนั้นจึงเป็นอำนาจของปวงชนที่จะแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันวางกฎเกณฑ์ทั่วไป องค์กรอื่น โดยเฉพาะฝ่ายบริหารจะวางกฎเกณฑ์ทั่วไปไม่ได้ เพราะเป็นเพียงผู้ดำเนินการทางกายภาพในการปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น<sup>12</sup>

ส่วนซีเยส์ (Sieyès) เห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติเนื่องจากพลเมืองทุกคนรวมตัวกันเป็นชาติซึ่งมีอยู่ก่อนสิ่งใดและเป็นที่มาของทุกสิ่ง คนแต่ละคนไม่อาจอ้างอำนาจอธิปไตยได้ เจตนารมณ์ของชาติซึ่งแสดงออกโดยผ่านผู้แทนของชาติเท่านั้นที่ออกกฎหมายได้ และอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติในลักษณะไม่อาจแบ่งแยกได้และเป็นของทุกคนที่ร่วมกันเป็นชาติ เขาเห็นด้วยกับมองเตสกีเออ ในการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยและได้เสนอให้แบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) โดยอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นของชาติ (nation) ซึ่งอาจมอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นเพื่อปกครองประเทศ อำนาจนี้จึงสูงสุดไม่มีข้อจำกัดหรือข้อผูกมัดโดยกฎเกณฑ์ใดๆ ที่มีอยู่ก่อน ต่างจากอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้งซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นจึงเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดและกำหนดขอบเขตโดยรัฐธรรมนูญซึ่งตั้งองค์กรต่างๆ ขึ้น<sup>13</sup> ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นกฎหมายที่กำหนดลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่างๆ

<sup>12</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชนเล่ม 1*, อ่างแล้ว, หน้า 67-69.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 71-73.

### 3.3 การยอมรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรอื่นนอกเหนือจากรัฐสภา

แม้ยังมีข้อโต้แย้งกันระหว่างนักปราชญ์ต่างๆ ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐหรือเป็นของปวงชน แต่ข้อสรุปที่เหมือนกันก็คือ อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติต้องใช้โดยรัฐสภาซึ่งเป็นหลักการที่ยอมรับกันทั่วไปในประเทศต่างๆ ที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย แต่ความแตกต่างทางประวัติศาสตร์และสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และ สังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ก่อให้เกิดความจำเป็นในการออกกฎหมายที่เหมาะสมและรวดเร็วยิ่งขึ้น จึงมีการยอมรับให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งที่มาแห่งอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง<sup>14</sup>คือ

**แนวทางแรก** การให้รัฐสภามอบอำนาจให้องค์กรอื่น โดยเฉพาะรัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมาย เรียกว่า การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร อันมีรากฐานจากทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งรัฐสภาอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และรัฐสภาทั่วโลกมักนิยมใช้แนวทางนี้

**แนวทางที่สอง** การกำหนดอำนาจในการออกกฎหมายขององค์กรอื่นไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ ไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากรัฐสภา เรียกว่า การจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ อันมีรากฐานจากทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย ซึ่งรัฐสภาฝรั่งเศสใช้แนวทางนี้

#### 3.3.1 การจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ

วิธีนี้เป็นการแบ่งอำนาจนิติบัญญัติระหว่างรัฐสภากับองค์กรอื่นตามขอบเขตหน้าที่ของแต่ละองค์กรในการออกกฎหมายทั่วไปบังคับใช้ภายในรัฐ รัฐสภาจึงมีอำนาจนิติบัญญัติอย่างจำกัด ไม่สามารถตรากฎหมายในส่วนที่อยู่ในขอบเขตหน้าที่ขององค์กรอื่นที่ได้รับการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติได้ หากฝ่ายใดก้าวล่วงไปใช้อำนาจนิติบัญญัติของอีกฝ่ายหนึ่ง ฝ่ายที่เป็นเจ้าของอำนาจย่อมใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนมาลบล้างบทบัญญัติที่ตราโดยปราศจากอำนาจได้

##### 3.3.1.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

เนื่องจากอังกฤษถือว่ารัฐสภาเท่านั้นที่ออกกฎหมายได้จึงไม่มีการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติได้เหมือนอย่างระบบกฎหมายของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอย่างฝรั่งเศสและไทย แต่ก็มีธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษซึ่งยังได้รับการยอมรับกันมาจนถึงปัจจุบันเป็น

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, อ่างแก้ว, หน้า 53-54.



เวลากว่า 300 ปีแล้วโดยถือตามหลักคอมมอนลอว์ซึ่งไม่อยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภา<sup>15</sup> และไม่ต้องมีการรับมอบอำนาจจากรัฐสภาและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นกฎ พระราชอำนาจเหล่านี้ได้แก่ การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดและปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น การตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีลักษณะเหมือนการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติในส่วนของพระราชอำนาจ (royal prerogative) แต่ก็ไม่ได้ถือว่าเป็นการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติเพราะไม่มีกฎหมายแม่บทฉบับใดบัญญัติถึงสถานะทางกฎหมายของการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวไว้

### 3.3.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญปี 1958 ได้จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารใช้อยู่ โดยฝ่ายบริหารมีอำนาจตรารัฐกฤษฎีกาซึ่งบังคับเป็นกฎหมายได้หากเรื่องนั้นไม่อยู่ในอำนาจของรัฐบัญญัติของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 34 กล่าวคือ รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องต่อไปนี้

-สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมทั้งการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของพลเมืองเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศ

-สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล การสมรส การสืบมรดกและการให้โดยเสน่หา

-การกำหนดความผิดอาญา วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งศาลและสถานภาพของผู้พิพากษา

-ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษี การออกใช้เงินตราการงบประมาณ

-การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น, การจัดตั้งประเภทองค์การมหาชน

-หลักประกันขั้นพื้นฐานของข้าราชการพลเรือนและทหาร, การจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ

-การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐและการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจของรัฐไปเป็นของเอกชน

<sup>15</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> ed. (London : Pearson Education Limited, 2007), p.674.



-การบริหารงานโดยอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจหน้าที่และการจัดหารายได้ขององค์กรส่วนท้องถิ่น

-การศึกษา, การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิและข้อผูกพันทางแพ่งและพาณิชย์ แรงงานและการประกันสังคม

-แผนงาน เป้าหมายของการดำเนินการทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

นอกจากในเรื่องดังกล่าวแล้วรัฐธรรมนูญมาตรา 37 ให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตรากฎเกณฑ์ได้ทั่วไปมาบังคับใช้ได้ และยังสามารถตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขหรือยกเลิกรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นนอกเหนือจากขอบเขตของเรื่องในมาตรา 34 แต่ถ้าฝ่ายบริหารตรารัฐกฤษฎีกาในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของมาตรา 34 รัฐสภาจึงจะมีอำนาจตราบัญญัติยกเลิกหรือแก้ไขรัฐกฤษฎีกานั้นได้<sup>16</sup>

การที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติไว้อย่างจำกัดขณะที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ ไว้มากก็เพราะก่อนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจมากและฝ่ายบริหารมีอำนาจน้อยทำให้เกิดภาวะที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถบริหารประเทศได้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงสร้างภาวะผู้นำให้กับฝ่ายบริหารทั้งระบบโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากซึ่งรวมถึงอำนาจเกี่ยวกับการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศด้วย<sup>17</sup>

### 3.3.1.3 ระบบกฎหมายไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านมามากฉบับได้มีการจัดสรรอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดและพระราชกฤษฎีกาได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ คือ ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เฉพาะในกรณีในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะเท่านั้น ฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้โดยไม่ต้องรับมอบอำนาจจากรัฐสภาซึ่งต่างจากรัฐกำหนด(ordonnance) ของประเทศฝรั่งเศสที่จะต้องให้รัฐสภาต้องตราบัญญัติมอบอำนาจ

<sup>16</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 35-38.

<sup>17</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 75-76.

\* พระราชกำหนดของไทยไม่ต้องตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจจึงไม่มีสถานะเป็นกฎ แต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีสถานะเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร และหากรัฐสภามีมติให้ความเห็นชอบพระราชกำหนดก็จะเปลี่ยนสถานะเป็นพระราชบัญญัติต่อไป หากรัฐสภาไม่มีมติเห็นชอบ รัฐกำหนดย่อมสิ้นผลบังคับนับแต่นั้น

ขอบเขตและระยะเวลาให้ฝ่ายบริหารตรารัฐกำหนดไว้ก่อน จึงจะตรารัฐกำหนดได้ ดังนั้นรัฐกำหนดของฝรั่งเศสก่อนได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาจึงมีสถานะเป็นเพียงกฎที่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองฝรั่งเศส ในขณะที่พระราชกำหนดของไทยมีสถานะเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งหากต่อมารัฐสภาให้ความเห็นชอบก็จะเปลี่ยนสถานะพระราชกำหนดให้เป็นพระราชบัญญัติต่อไป ส่วนการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติในการตราพระราชกฤษฎีกานั้นมักเป็นเรื่องที่ถือเป็นพระราชอำนาจแต่ดั้งเดิม (royal prerogative) ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ ได้รับรองไว้โดยถือว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นการใช้พระราชอำนาจตามแบบพิธีจึงไม่มีสถานะเป็นกฎ เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดและปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ต่างจากของอังกฤษซึ่งการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวไม่มีกฎหมายใดจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติไว้โดยตรง มีเพียงธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่รองรับการใช้พระราชอำนาจมาแต่ดั้งเดิม

### 3.3.2 การมอบอำนาจนิติบัญญัติ (Delegation of Power)

จากหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออและหลักเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนของรูสโซ ซึ่งแม้จะเห็นต่างกันในเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐหรือของปวงชน แต่มีข้อสรุปที่เหมือนกันคือ รัฐสภาเท่านั้นที่เป็นองค์กรนิติบัญญัติ แต่ในความเป็นจริงแล้วหลายประเทศซึ่งยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนก็ได้ผ่อนคลายหลักการดังกล่าว โดยการยอมให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติในสถานการณ์ที่จำเป็น เช่น ในภาวะสงครามหรือภาวะฉุกเฉิน หรือแม้แต่ในสถานการณ์ที่เกี่ยวกับวิกฤตเศรษฐกิจ ก็มีการให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายที่เกี่ยวกับเนื้อหาทางเทคนิคต่างๆ เพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหา เพราะฝ่ายบริหารย่อมรู้ในเรื่องต่างๆ เหล่านี้ดีกว่ารัฐสภา และฝ่ายบริหารยังมีบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในด้านต่างๆ มากกว่ารัฐสภา แต่ก็ไม่ควรมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขตเพราะการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารใช้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขตและกระบวนการควบคุมที่แน่นหนานั้นก่อให้เกิดผลเป็นการโอนอำนาจนิติบัญญัติซึ่งไม่ใช่การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่จำเป็น<sup>18</sup>

#### 3.3.2.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

เดิมในประเทศอังกฤษถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น หากรัฐสภาประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายทั่วไปได้ ก็ต้องออกกฎหมายมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจน ต่อมาในปลายศตวรรษที่ 18 ได้เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรมในอังกฤษและได้มีการปฏิรูปสังคมและกฎหมายเลือกตั้งซึ่งทำให้อังกฤษเข้าสู่ระบอบประชาธิปไตยยุคใหม่ในปี ค.ศ.1832 และในปี ค.ศ.1833 เป็นต้นมา รัฐสภาได้มีการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายเพิ่มขึ้น เช่น

<sup>18</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, อ้างแล้ว, หน้า 239.



พระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ. 1833 (the factory Act 1833) ให้ผู้ตรวจโรงงานที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติ มีอำนาจออกกฎข้อบังคับตามที่เห็นสมควร โดยผู้ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับนั้นจะต้องถูกลงโทษทางอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยคนยากจน (ฉบับแก้ไข) ค.ศ.1834 (Poor Law Amendment Act 1834) ได้ให้อำนาจคณะกรรมการ (the Poor Law Commissioner) ออกกฎระเบียบเพื่อดำเนินการใดๆ กับคนจนได้ตามที่เห็นสมควร<sup>19</sup>

เมื่อต้นศตวรรษที่ 19 อังกฤษกลายเป็นรัฐสวัสดิการซึ่งต้องเข้าไปให้ความช่วยเหลือประชาชนมากขึ้นทำให้รัฐสภาต้องตรากฎหมายต่างๆ หลายฉบับเพื่อให้รัฐบาลมีอำนาจเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจและสังคมมากยิ่งขึ้น เพราะแนวคิดรัฐสวัสดิการนั้นรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองทั้งด้านการรักษาสิ่งแวดล้อม การจัดการศึกษา การจัดการหางานและคุ้มครองแรงงาน และการสาธารณสุข ฯลฯ และบางเรื่องรัฐสภาไม่อาจตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ได้ล่วงหน้า จึงจำเป็นต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎข้อบังคับมากขึ้นเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามจุดมุ่งหมายของรัฐสวัสดิการ รัฐสภาได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่นมากยิ่งขึ้นจนทำให้เกิดกฎข้อบังคับจำนวนมาก ซึ่งประชาชนไม่อาจทราบถึงกฎข้อบังคับดังกล่าวได้จึงต้องมีการบังคับให้ต้องมีการพิมพ์และประกาศ (publication) กฎข้อบังคับต่างๆ<sup>20</sup>

ภายหลังปี ค.ศ.1890 ได้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ต่างๆ มากขึ้นโดยระหว่างปี ค.ศ.1901 และ ปี ค.ศ.1914 ซึ่งเป็นช่วงสงครามได้มีการตรากฎหมายลำดับรองจำนวน 1,349 ฉบับและ 1,459 ฉบับตามลำดับ นอกจากนี้บทบัญญัติดังกล่าวยังซับซ้อนมากยากแก่การทำ ความเข้าใจถึงเหตุผลในการตรากฎเหล่านั้น เช่น ในศตวรรษที่ 20 ได้เกิดสงครามโลกถึง 2 ครั้ง รัฐสภาอังกฤษในขณะนั้นได้เห็นถึงความจำเป็นเร่งด่วนของสถานการณ์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ จึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ค.ศ.1914 (the Defence of the Realm Act 1914) มอบอำนาจอย่างกว้างขวางให้แก่ฝ่ายบริหาร ในการออกกฎขึ้นเพื่อการปฏิบัติการในยามสงคราม และเพื่อความสงบเรียบร้อยแห่งราชอาณาจักร เช่น การออกข้อบังคับ(regulations) ห้ามจัดการแสดงสุนัข (dog shows) และห้ามใช้ โทเคนเฉพาะในกลุ่มนักแสดง หรือแม้แต่การห้ามการแสดงที่กล่าวถึงเรื่องสงคราม และต่อมาในปี ค.ศ.1929 ได้มีการใช้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน ค.ศ. 1920 (the Emergency Powers Act 1920) ซึ่งขยายอำนาจรัฐบาลให้ใช้อำนาจดังเช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ค.ศ.1914 (the Defence of the Realm Act 1914) ได้ แม้ไม่อยู่ในภาวะสงคราม (peace-time emergencies) โดยต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ในปี

<sup>19</sup>A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, pp.675.

<sup>20</sup>อิสสระ นิตินนท์ประกาศ, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬารัตน อักษรกิจ, 2527), หน้า 10-11.



ค.ศ.1939 และปี ค.ศ. 1940 เพิ่มอำนาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (the Secretary of State) ในการออกกฎระเบียบเพื่อป้องกันการขาดแคลนเครื่องอุปโภคบริโภค (the maintenance of supply order) และกฎระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยสาธารณะ (the interests of public safety) โดยให้อำนาจกักขังบุคคลที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบดังกล่าว<sup>21</sup>

### 3.3.2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

เดิมระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยไม่อาจโอนกันได้ ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจเพียงการออกคำสั่งทางปกครองหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลายเท่านั้น เมื่อรัฐบัญญัติเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติที่แสดงออกซึ่งเจตน์จำนงร่วมกันของปวงชนจึงมีค่าบังคับสูงสุด แต่เมื่อรัฐสภาไม่ใช่ผู้ถืออำนาจนิติบัญญัติในฐานะเจ้าของอำนาจโดยตรง แต่เป็นอำนาจที่ได้รับมาตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภาเป็นผู้ถืออำนาจนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยตนเอง ไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารได้เพราะจะขัดรัฐธรรมนูญ

การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารปรากฏครั้งแรกในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ในระหว่างปี ค.ศ. 1875 – 1945 รัฐธรรมนูญฉบับวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1875 มาตรา 3 ได้บัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐดูแลและปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ซึ่งถือว่าเป็นที่มาของอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหารแต่ก็เป็นเพียงการออกกฎเพื่อบังคับใช้รัฐบัญญัติของรัฐสภาเท่านั้น ฝ่ายบริหารไม่อาจออกกฎข้อบังคับเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติได้และต้องไม่ออกกฎข้อบังคับเพื่อการบังคับในเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองสงวนไว้เป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ เช่น เรื่องอันกระทบต่อเสรีภาพในร่างกายและทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งได้แก่ การกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาในระดับมัชฌิมโทษ (délits) และการกำหนดโทษผู้กระทำความผิด การปรับปรุงภาษีอากร เป็นต้น<sup>22</sup>

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1926 เป็นต้นมา ได้เกิดปัญหาเศรษฐกิจอย่างรุนแรง รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงด้านเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น มีการตรารัฐบัญญัติเพิ่มขึ้นมาก แต่รัฐสภาก็ยังไม่สามารถตรารัฐบัญญัติออกมาได้ทันความต้องการบังคับใช้ในสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับรัฐสภาขาดเสถียรภาพมากเพราะพรรคการเมืองแตกแยกกันและไม่ต้องการออกกฎหมายที่ไม่เป็นที่นิยมของประชาชน จึงได้มีการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) ซึ่งต่อมาเรียกว่า “รัฐบัญญัติมอบอำนาจ (loi d’habilitation) ให้แก่รัฐบาลโดยมีกำหนดเวลามอบอำนาจเต็มเพื่อให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น โดยมีเงื่อนไข เช่น จะต้องตราในรูปรัฐกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี (décret en Conseil des Ministres) หรือ

<sup>21</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, 4<sup>th</sup> ed. (London : Sweet&Maxwell, 1999), p.365.

<sup>22</sup> อิศระ นิตินันท์ประภาส, *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*, อ่างแก้ว, หน้า 60-61.

อาจจะต้องเสนอกฎดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา ซึ่งเรียกรัฐกฤษฎีกาประเภทนี้ว่า “รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ (décret-loi)” เพราะรัฐกฤษฎีกาประเภทนี้ย่อมมีผลบังคับใช้ได้ทันที เพียงแต่รัฐบาลต้องเสนอขอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในกำหนด หากรัฐสภาไม่ให้สัตยาบันหรือรัฐบาลไม่เสนอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในกำหนด รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวนั้นย่อมจะสิ้นผลบังคับ แต่ในระหว่างที่รัฐกฤษฎีกามีผลบังคับใช้ ย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐบัญญัติในเรื่องที่ได้รับมอบอำนาจได้ ในขณะที่รัฐสภายังไม่ให้สัตยาบัน รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครองซึ่งสามารถถูกเพิกถอนโดยสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้ แต่ถ้าวินิจฉัยให้สัตยาบันแล้วก็ไม่มียกเว้นใครที่จะควบคุมรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ (décret-lois) ได้อีก เพราะถือว่าการให้สัตยาบันโดยรัฐสภา ได้ส่งผลให้ décret-lois มีกำลังเท่ากับรัฐบัญญัติแล้ว<sup>23</sup>

ต่อมาในวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.1958 กองทัพได้บังคับให้สภาผู้แทนราษฎรตั้งนายพลเดอโกลด์ เป็นนายกรัฐมนตรีและขอให้รัฐสภาตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจนิติบัญญัติให้รัฐบาลเป็นเวลา 6 เดือน รัฐสภาจึงได้ตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958 มอบอำนาจให้รัฐบาลออกกฎข้อบังคับซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ภายในระยะเวลา 6 เดือน เพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการฟื้นฟูประเทศ กฎข้อบังคับที่ตราขึ้นตามรัฐบัญญัตินี้ ได้เปลี่ยนชื่อเป็น “รัฐกำหนด (ordonnance)” โดยรัฐบัญญัติได้ห้ามรัฐบาลออกข้อกำหนดในเรื่องต่างๆ ในบางเรื่องไว้อย่างชัดเจน และรัฐสภายังได้มอบอำนาจให้รัฐบาลร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่โดยมีเงื่อนไขให้นำร่างรัฐธรรมนูญมาให้ประชาชนลงประชามติ นายพลเดอโกลด์ จึงตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น เมื่อคณะกรรมการฯ ร่างรัฐธรรมนูญเสร็จและนำเสนอร่างรัฐธรรมนูญให้ประชาชนลงประชามติ (réferendum) ในวันที่ 24 กันยายน ค.ศ.1958 ซึ่งประชาชนได้แสดงประชามติเห็นชอบ จากนั้นมีการออกข้อกำหนด (ordonnance) 15 ฉบับ เพื่อวางรากฐานทางการเมืองใหม่และประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาแก่ฝ่ายบริหารไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 34 และมาตรา 37 โดยมีผลบังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน<sup>24</sup>

ในส่วนของมาตรา 34 ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติโดยรัฐสภาเท่านั้น และรัฐธรรมนูญมาตรานี้มิได้ให้กล่าวถึงการมอบอำนาจออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารโดยรัฐบัญญัติมอบอำนาจ แต่การที่รัฐธรรมนูญมาตรา 21 ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติย่อมเป็นการมอบอำนาจออกกฎเกณฑ์ให้แก่นายกรัฐมนตรีโดยปริยายแล้ว ดังนั้นหากมีความจำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติใดๆ นายกรัฐมนตรีย่อมมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ นอกจากนี้ในคดี *Jamart (C.E. ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1936) สภาแห่งรัฐ*

<sup>23</sup> วารสารปิยะมงคลวงศ์, การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร, อ้างแล้ว, หน้า 25-26.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 27-31.



ได้วางหลักกฎหมายไว้ว่าองค์กรปกครองทั้งหลายที่มีฐานะต่ำกว่าฝ่ายบริหารระดับชาติ เช่น รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายกเทศมนตรี ก็ยังมีอำนาจระเบียบแบบแผนเพื่อใช้บังคับ สำหรับการปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของตนได้<sup>25</sup>

จากที่กล่าวมาสรุปได้ว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติฝ่ายบริหารมีฐานที่มาจาก

**ประการแรก** รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 21 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการบังคับ การให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติซึ่งการออกกฎหมายลำดับรองในกรณีนี้ต้องมีกฎหมายให้อำนาจและ กฎหมายลำดับรองไม่อาจแก้ไขหรือขัดต่อกฎหมายได้ตามหลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติของ รัฐสภา

**ประการที่สอง** รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 38 ให้อำนาจฝ่ายบริหารตรารัฐกำหนด (ordonnance) ได้ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนเพื่อบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ และรัฐกำหนดยังสามารถ แก้ไขหรือยกเลิกรัฐบัญญัติได้ แต่การตรารัฐกำหนดต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของรัฐบัญญัติที่มอบ อำนาจ รัฐกำหนดของฝรั่งเศสจึงมีสถานะเป็นเพียงกฎ ซึ่งต่างจากพระราชกำหนดของไทยซึ่งมี ลักษณะจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายบังคับใช้ได้โดยไม่ต้องมี พระราชบัญญัติมอบอำนาจ

**ประการที่สาม** รัฐสภาตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (des lois de pleins pouvoirs) เพื่อ มอบอำนาจให้แก่รัฐบาลในการออกกฎหมายลำดับรองในรูปรัฐกฤษฎีกาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐ บัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ได้ภายในช่วงระยะเวลาที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้ดังนั้น รัฐกฤษฎีกาดังกล่าว จึงมีศักดิ์เทียบเท่ากฎหมาย (décret-lois)

### 3.3.2.3 ระบบกฎหมายไทย

การมอบอำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมายไทยเริ่มขึ้นตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยทรงมีพระราชประสงค์ในการปฏิรูประบบกฎหมายและการศาลให้ ทันสมัยเหมือนชาติตะวันตก<sup>26</sup> และเริ่มมีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับต่างๆ โดย

<sup>25</sup> อิศสระ นิติศัพท์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, อ่างแล้ว, หน้า 71.

<sup>26</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการ กฎหมายมหาชนในประเทศไทย, อ่างแล้ว, หน้า 85-86.

\* ปรากฏตามพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวในการเปิดประชุมรัฐมนตรีสภา เมื่อวันที่ 14 มกราคม ร.ศ. 113 (พ.ศ. 2437) มีความตอนหนึ่งว่า

“..ในส่วนกิจที่จะกระทำให้สำเร็จตามกฎหมายนี้ก็ดี ฤาในส่วนราชกิจที่จะพิจารณาความคิดความนี้ก็ดี เราก็ มีเสนาบดี ข้าหลวง ผู้ว่าราชการเมือง และข้าราชการทั้งหลายฝ่ายตุลาการอยู่เป็นส่วนหนึ่ง กับเราก็มีผู้พิพากษา... เป็นผู้ซึ่งทั้งหมดคล้ายกันอันจำเป็นคือกระทำการแทนตัวเราและเป็นผู้รับผิดชอบต่อเรา แต่ส่วนราชกิจที่จะคิด ทำกฎหมายนั้น ตั้งแต่เวลาที่ปรึกษาการแผ่นดินหยุด ไม่ได้กระทำการมาแล้ว ก็ไม่ได้มีพนักงานจัดไว้เป็นกรม สำหรับช่วยกันทำการส่วนนี้ การอันจะช่วยกันทำส่วนนี้มันแลที่เรามุ่งหมายทำทั้งหลายอยู่” ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติม



ทรงตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้เสนาคือออกกฎบังคับใช้กับประชาชนได้ ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎเสนาคือยอมได้รับโทษตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ

ตัวอย่างกฎหมายที่ใช้มอบอำนาจให้เสนาคือออกกฎข้อบังคับในสมัยนั้น เช่น พระราชบัญญัติอากรค่าน้ำ ร.ศ.120 ให้อำนาจเสนาคือในการออกกฎเสนาคือพระนครบาลในการห้ามมิให้ใช้เครื่องมืออย่างใดอย่างหนึ่งในที่แห่งใดแห่งหนึ่ง (ปัจจุบันถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ.2490) พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 ให้อำนาจออกกฎข้อบังคับของกรมทางหลวงว่าด้วยการใช้รถยนต์พาหนะบนทางหลวง พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 ให้อำนาจเสนาคือออกกฎเสนาคือพระนครบาลเกี่ยวกับการเดินเรือ เป็นต้น<sup>27</sup>

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง รัฐสภายังยอมรับบังคับใช้สนธิสัญญาเดิมที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เช่น กฎเสนาคือพระนครบาล ว่าด้วยกฤษฎีกาชนิดศาลเจ้า พ.ศ. 2463 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ.2457 ให้มีผลบังคับใช้ต่อไป โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พ.ศ.2480 ให้ยกเลิกข้อความในกฎหมายที่กำหนดว่าการออกกฎกระทรวงจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเสียก่อน (มาตรา 3) ดังนั้นการออกกฎกระทรวงตั้งแต่กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้เรื่อยมาจึงไม่ต้องอ้างพระบรมราชานุญาต และกฎกระทรวงจะมีบทกำหนดโทษมิได้เพราะกฎกระทรวงมิใช่กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาจึงไม่อาจลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ได้<sup>28</sup> ซึ่งแนวคิดนี้ได้รับการยอมรับมาจนถึงปัจจุบัน

ใน ชาญวุฒิ วัชรพุก, สุชิน ดันติกุล, สิริลักษณ์ ผดุงจันทร์ และประสาน บุญโสภาคย์, กระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519), หน้า 56-57.

<sup>27</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, อ่างแล้ว, หน้า 86.

<sup>28</sup> ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 64.

แม้อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา แต่มิใช่ว่ารัฐสภาจะตรากฎหมายตามอำเภอใจได้ ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานซึ่งอารยะประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ให้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ กล่าวคือ แม้รัฐสภาผู้บัญญัติกฎหมายก็จะตรากฎหมายมากระทบสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ไม่ได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจออกกฎหมายในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้อย่างชัดแจ้งเพื่อคุ้มครองเสรีภาพของสังคมดังนั้นรัฐสภาจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้เช่นกันเพราะจะขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

นอกจากนี้ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ปรากฏรูปแบบการมอบอำนาจนิติบัญญัติ ที่มีลักษณะการมอบอำนาจเต็มคล้ายกับรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็มของฝรั่งเศส (loi d' habilitation) ให้ตรารัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ (décret-lois) ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ.1958 ที่มอบอำนาจให้รัฐบาลออกกฎข้อบังคับซึ่งมีผลเป็นรัฐบัญญัติได้ภายในระยะเวลา 6 เดือน เพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการฟื้นฟูประเทศ แต่กรณีของไทยได้มีพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลในการประกาศพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็นกฎหมายในภาวะคับขันได้ภายในระยะเวลาถึง 3 ปี โดยมีการกำหนดโทษอาญาขั้นสูงถึงขั้น

ประเด็นปัญหาการออกกฎเกณฑ์มาจำกัดสิทธิของประชาชนเคยเกิดขึ้นภายหลังการใช้รัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2540) ซึ่งบัญญัติให้การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของพลเมืองโดยในมาตรา 68 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด” แต่รัฐสภาตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 โดยไม่บัญญัติถึงการเสียสิทธิไว้ มีเพียงมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง และมีได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมีเหตุอันสมควรให้ถือว่าผู้นั้นเป็นบุคคลซึ่งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้...ให้ผู้นั้นเสียสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 กำหนดการเสียสิทธิไว้ไม่สมบูรณ์และไม่ชัดเจนและให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) เป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิด้วยจึงเท่ากับเป็นการให้อำนาจ กกต. เป็นผู้กำหนดการเสียสิทธิและหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิดังกล่าวโดยไม่ผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา จึงไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 และมาตรา 334(1) ดังนั้นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มาตราดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 6” ผู้สนใจอ่าน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2541

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ประหารชีวิต<sup>๓</sup> ซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์กันในสมัยนั้นว่าเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติแบบเบ็ดเสร็จให้อำนาจรัฐบาลตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง<sup>๓๐</sup>

ต่อมาได้ปรากฏการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเสนอต่อรัฐสภาเพื่อมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยทางคณะรัฐมนตรีในรูปของประกาศพระบรมราชโองการบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติได้ตามมาตรา 176 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511)<sup>๓๑</sup> แต่ก็ไม่มีการใช้อำนาจดังกล่าวในทางปฏิบัติและรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาจนถึงปัจจุบันไม่ปรากฏการมอบอำนาจให้มีการประกาศพระบรมราชโองการบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติอีก

อย่างไรก็ตามในเรื่องการมอบอำนาจนิติบัญญัติในระบบกฎหมายไทยนั้นยังมีปัญหาความสับสนระหว่างคำว่า “กฎหมาย” และคำว่า “กฎของฝ่ายบริหาร” เนื่องจากที่ผ่านมามีกรกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารว่า “กฎหมายของฝ่ายบริหาร” หรือ “อนุบัญญัติ” จึงทำให้มีผู้เข้าใจว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารในรูปแบบต่างๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงมีสถานะเป็นกฎหมาย เพียงแต่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติเท่านั้น โดยพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรเพียงอย่างเดียว (organic) โดยไม่มีการพิจารณาเกณฑ์ทางเนื้อหา (material) ว่าเรื่องใดควรกำหนดไว้ในบทบัญญัติประเภทใด จึงเกิดปัญหาการตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้คณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบ

<sup>๓</sup> พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 มาตรา 3 ให้อำนาจรัฐบาลมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาออกใช้บังคับเป็นกฎหมายในกรณีต่อไปนี้

1. การปฏิบัติและเว้นการปฏิบัติบางอย่างเพื่อประโยชน์แห่งความกลมเกลียวเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ

2. การป้องกันและปราบปรามการจลาจล

3. การรักษาสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ

4. การปฏิบัติเพื่อประโยชน์แก่การดำเนินการรบในกรณีประเทศไทยมีความจำเป็นต้องทำ

5. การปฏิบัติเพื่อให้มีเครื่องอุปโภคบริโภคอย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประเทศ

6. การรักษาความปลอดภัยเกี่ยวกับการคมนาคมและการสื่อสาร

7. การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนและความปลอดภัยสาธารณะ

<sup>๓๐</sup> อมร จันทรมานูญณ์, **หนังสือกฎหมายไทย**, เล่ม ก-ข กษัตริย์-ข้าราชการ, (กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์, 2516), หน้า 15.

<sup>๓๑</sup> มาตรา 176 ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในภาวะคับขันถึงขนาดอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปกติอาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาจะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีโดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ มติดังกล่าว รัฐสภาจะมีมติเลิกเสียเมื่อใดก็ได้

หากสถานะสงครามหรือภาวะคับขันดังกล่าวในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่ในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี หรือไม่สามารถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้ทันทั่วทั้งที่ดี พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีได้โดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติ



กำหนดการเสียสิทธิของประชาชนที่ไม่ไปเลือกตั้งได้ทั้งที่เมื่อพิจารณาเกณฑ์เนื้อหาแล้วเรื่องการจำกัดสิทธินี้ต้องบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติและต้องมีเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิดังกล่าวแต่จะกระทบต่อสารัตถะแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิได้ เช่น ตราพระราชบัญญัติให้ผู้ไม่ไปเลือกตั้งเสียสิทธิในทางการเมืองบางประการได้ แต่จะออกกฎหมายตัดสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากรัฐในฐานะพลเมืองมิได้ ดังนั้นเพื่อให้เกิดความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างกฎหมายกับกฎ จึงไม่ควรเรียก "กฎ" ว่า "กฎหมายของฝ่ายบริหาร" หรือ "กฎหมายลำดับรอง" อีกต่อไป ส่วนในการพิจารณาว่ากฎของฝ่ายบริหารเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น ตามทฤษฎีกฎหมายเยอรมันได้แบ่งกฎหมายออกเป็น "กฎหมายตามเนื้อหา" กับ "กฎหมายตามแบบ" ดังนี้

"กฎหมายตามเนื้อหา (Gesetz im materiellen Sinne)" คือ พิจารณาข้อความของบทบัญญัติเป็นเกณฑ์ ข้อความใดที่มีลักษณะเป็นข้อบังคับทุกรูปแบบทั้งพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ หรือกฎของฝ่ายบริหารอื่นๆ ย่อมถือเป็นกฎหมายทั้งสิ้น

"กฎหมายตามแบบ (Gesetz im formellen Sinne)" คือ พิจารณารูปแบบของกฎหมายเป็นเกณฑ์โดยไม่คำนึงถึงว่าข้อความในบทบัญญัติมีลักษณะเป็นข้อบังคับหรือไม่ เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดเป็นกฎหมาย บทบัญญัติอื่นจึงมิใช่กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เห็นว่า "กฎหมายตามความหมายแห่งแบบอาจเป็นกฎหมายตามความมุ่งหมายแห่งเนื้อหาด้วยก็ได้และโดยมากก็เป็นเช่นนั้นเพราะพระราชบัญญัติของไทยเกือบทั้งหมดมีลักษณะเป็นข้อบังคับกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร หรือระหว่างราษฎรด้วยกัน พระราชบัญญัติซึ่งเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารโดยแท้มีเพียงส่วนน้อย"<sup>31</sup>

เมื่อกฎของฝ่ายบริหารถือเป็น "กฎหมายตามเนื้อหา" การที่จะมีผู้เข้าใจว่าพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงเป็นกฎหมายเพราะเห็นว่ามีสภาพบังคับเช่นเดียวกันนั้นจึงเป็นเรื่องปกติที่จะเข้าใจเช่นนั้นได้ แต่ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เห็นว่าในระบบกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้พระราชบัญญัติเป็นรูปแบบหลักของกฎหมาย ส่วนกฎหมายในรูปแบบอื่นนั้น รัฐธรรมนูญเพียงแต่กำหนดคำบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น เช่น การบัญญัติให้พระราชกำหนดหรือแม้แต่ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2511<sup>32</sup> เป็นต้น

<sup>31</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (พระนคร : โรงพิมพ์อุทัย, 2493), หน้า 142-144.

<sup>32</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, อ่างแก้ว, หน้า 49.

เมื่อในระบบกฎหมายไทยจึงใช้เกณฑ์ “กฎหมายตามรูปแบบ” จึงต้องถือว่ากฎของฝ่ายบริหารมิใช่กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ เห็นได้จากกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการใช้ระเบียบ กกต. เป็นรูปแบบของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเพราะแม้ระเบียบจะมีข้อความที่มีลักษณะเป็นข้อบังคับอันถือเป็นกฎหมายตามเนื้อหา แต่มิใช่กฎหมายตามรูปแบบเหมือนดังเช่นพระราชบัญญัติ ดังนั้นระเบียบ กกต. จึงไม่อาจมีเนื้อหาจำกัดสิทธิได้เพราะมิใช่กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ

หากย้อนกลับไปพิจารณาถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะกบฏ พ.ศ.2484 ก็เห็นว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมิใช่กฎหมายตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดจึงไม่อาจจำกัดสิทธิของบุคคลได้ซึ่งหากกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นในปัจจุบันผู้เขียนเชื่อว่าศาลปกครองสูงสุดต้องมีคำพิพากษาให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว และศาลรัฐธรรมนูญก็คงวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยที่ 15/2541 ส่วนกรณีประกาศพระบรมราชโองการบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัตินั้น หากมีการนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ต้องถือว่าประกาศพระบรมราชโองการดังกล่าวเป็นกฎหมายตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงสามารถจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดังเช่นพระราชบัญญัติ

### 3.4 ระบบกฎหมายและลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

ระบบกฎหมาย คือ ที่รวมของกฎเกณฑ์ทั้งหลายทั้งหมดตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย โดยถือว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้ก็เพราะมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจ<sup>33</sup>

ศักดิ์ของกฎหมาย คือ การจัดลำดับชั้นตามความสำคัญของกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการขจัดความขัดแย้งกรณีกฎหมายหลายรูปแบบมีเนื้อหาขัดแย้งกัน โดยพิจารณาจากองค์กรที่มีอำนาจออกกฎหมายและรูปแบบของกฎหมาย

ในสมัยกรีก มีการกล่าวถึงเรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางปกครองและการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ต่อมาในสมัยโรมัน เริ่มมีแนวคิดเรื่อง “กฎหมายเหนือกฎหมาย (law above law)” ชัดเจนขึ้นโดยซีเซโร (Cicero) และไกอุส (Gaius) ได้อธิบายถึงความแตกต่างกันของกฎหมายธรรมดาและกฎหมายที่อยู่สูงกว่าขึ้นไป ซีเซโรเห็นว่ากฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายที่ไม่เที่ยงแท้สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตลอด แต่กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่แท้จริงซึ่งไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้เพราะเป็นเหตุผลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ (true law is the right reason) ส่วนไกอุสเห็นว่ากฎหมายธรรมดาคือเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus civile) ที่ใช้กับชาวพื้นเมืองภายในรัฐ ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่าเป็นกฎหมายทั่วไป (jus gentium) ซึ่ง

<sup>33</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, อ่างแก้ว, หน้า 7.



ใช้แก่รัฐทั้งปวง<sup>34</sup> ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหลักการของซิเซโรและไกลุสได้ให้ความสำคัญกับเนื้อหาของกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับกันในรัฐทั้งปวงหรือยอมรับกันในระหว่างรัฐให้เป็นกฎหมายเหนือกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามเนื้อหา (material source)

ต่อมา ซีเยส (Sieyès) ได้เสนอให้แบ่งแยกอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทโดยเน้นกระบวนการสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในรูปแบบที่ต่างกัน คือ

**รูปแบบแรก** คือ การสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายด้วยอำนาจสูงสุดที่ไม่มีข้อจำกัดในการใช้อำนาจอันมีลักษณะเป็นอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจของชาติ(nation)ในการสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองที่ปกครองประเทศขึ้น (pouvoir constituant) หรืออำนาจสถาปนาองค์กรทางการเมือง ดังนั้นอำนาจนี้จึงสูงสุด ไม่มีข้อจำกัดหรือข้อผูกมัดจากกฎเกณฑ์ใดๆที่มีอยู่ก่อน

**รูปแบบที่สอง** คือ การสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายด้วยอำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) เป็นอำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น การออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงถูกจำกัดอำนาจและกำหนดขอบเขต (compétence) กระบวนการ (procédure) และเนื้อเรื่องที่ให้อำนาจ(contenu)โดยรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งองค์กรนั้น รัฐสภาก็เป็นหนึ่งในองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué) ให้ทำหน้าที่ออกกฎหมายภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายลำดับรองที่ตราโดยองค์กรอื่น แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกิดจากอำนาจตามรูปแบบแรก<sup>35</sup>

การจะพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้น นอกจากจะพิจารณาองค์กรผู้ออกกฎหมายแล้วก็ต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายหนึ่งซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายอื่นด้วย กล่าวคือ กฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายอื่นย่อมมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายที่มอบอำนาจ กฎหมายลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะตราขึ้นได้โดยอาศัยกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้เท่านั้นและกฎหมายลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะมีเนื้อหาขัดแย้งกฎหมายแม่บทหรือขัดแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ ซึ่งการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายด้วยกระบวนการ ในการตรากฎหมายและองค์กรที่ตรากฎหมายประกอบกัน<sup>36</sup>

<sup>34</sup> วิทยุ เกรืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสวงสุขการพิมพ์, 2530), หน้า 22-25.

<sup>35</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ทฤษฎีและนิติวิธี*, อ้างแล้ว, หน้า 18-21.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 14.



### 3.4.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่ถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of the Parliament) ดังนั้นพระราชบัญญัติ (Act) ที่ตราโดยรัฐสภาในแต่ละฉบับจึงเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่ในตัว นอกจากนี้รัฐสภาอังกฤษเคยออกพระราชบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองและตัดสินข้อพิพาทด้วยตนเองพร้อมกับบัญญัติในลักษณะจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมเอาไว้ เช่น บัญญัติว่าให้การตัดสินข้อพิพาทของรัฐมนตรีถือเป็นที่สุด หรือแม้แต่การกำหนดให้กฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นถือเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติซึ่งน่าจะ ไม่สอดคล้องกับหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายในเรื่องของรูปแบบในการตราพระราชบัญญัติ และคณะกรรมการโดโนมอร์ (Donoughmore Committee) ให้ข้อเสนอแนะว่า รัฐสภาไม่ควรตราบทบัญญัติเช่นนี้อีก พร้อมกับเสนอให้รัฐสภาเข้ามาควบคุมการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารด้วย ส่งผลให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายของฝ่ายบริหารออกมาในปี 1946 (Statutory Instruments Act 1946) โดยกำหนดให้กฎที่ออกตามกฎหมายแม่บทที่ตราขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ.1948 เป็นต้นไปต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎ ค.ศ. 1946 (Statutory Instruments Act 1946) และเรียกกฎที่ตราขึ้นว่า “Statutory Instruments : SI”<sup>37</sup>

### 3.4.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การที่รัฐธรรมนูญปี 1958 มาตรา 37 ให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์สำหรับเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาตามมาตรา 34 และยังสามารถตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐสภาในเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภาในมาตรา 34 ได้ และหากเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภา รัฐธรรมนูญมาตรา 38 ฝ่ายบริหารก็อาจตรารัฐกำหนดได้โดยชอบนิติต่อรัฐสภา ซึ่งในเรื่องนี้นักวิชาการมีความเห็นในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายแตกต่างกัน โดยศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ เห็นว่า “การที่รัฐกำหนด รัฐกฤษฎีกาและกฎเกณฑ์ตามเงื่อนไขนี้มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้ทำให้กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารในกรณีนี้มีค่าบังคับเท่ารัฐบัญญัติของรัฐสภา”<sup>38</sup> ส่วนศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เห็นว่า “ศักดิ์ของกฎหมายในกรณีนี้ไม่ได้แสดงออกที่ผลของรัฐกฤษฎีกาในการยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้ เพราะอำนาจนิติบัญญัติระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลต่างมาจากการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นอิสระต่อกัน แต่ศักดิ์ของกฎหมายแสดงออกที่อำนาจในการควบคุมของศาลปกครอง เมื่อศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบรัฐกฤษฎีกา แต่ไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบ

<sup>37</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 17-18.

<sup>38</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, รายงานการวิจัย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 77.

รัฐบัญญัติจึงต้องถือว่ารัฐบัญญัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่ารัฐกฤษฎีกาและกฎอื่นๆ ของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครอง”<sup>39</sup>

### 3.4.3 ระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายของไทย แม้ไม่มีการบัญญัติเรื่องศักดิ์ของกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในอดีตที่ผ่านมา สามารถตีความได้ถึงการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เช่น

“รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

“ร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา”

“ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้”

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามระบบกฎหมายไทยย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด คือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงและระเบียบข้อบังคับอื่นๆ มีศักดิ์ลดหลั่นลงมาตามลำดับ ซึ่งกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าย่อมขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ามิได้

การที่รัฐธรรมนูญให้ตราพระราชกำหนดบังคับใช้ได้ดังเช่นพระราชบัญญัติอันเป็นที่มาของการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกำหนดที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติได้ แต่ก็เป็นอำนาจชั่วคราวตามเงื่อนไขและความจำเป็นของสถานการณ์ โดยต้องนำพระราชกำหนดนั้นไปขออนุมัติต่อรัฐสภาเพื่อให้เป็นพระราชบัญญัติต่อไป

ส่วนประกาศพระบรมราชโองการที่บังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติได้ตามมาตรา 176 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) นั้น มีลักษณะเป็นกฎหมายตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดเช่นเดียวกับพระราชกำหนด จึงย่อมมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายเท่าพระราชบัญญัติ หากกรณีนี้เกิดขึ้นในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญน่าจะกำหนดกระบวนการควบคุมตรวจสอบประกาศพระบรมราชโองการดังกล่าวเช่นเดียวกับกระบวนการตรวจสอบพระราชกำหนดโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ

<sup>39</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, อ่างแก้ว, หน้า 131.



สำหรับพระราชกฤษฎีกานั้นที่ผ่านมามีทั้งพระราชกฤษฎีกาแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตราในสมัยพระยามโนปกรณนิติธาดา พระราชกฤษฎีกาที่มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติตามมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ.2540) และพระราชกฤษฎีกาที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 นั้น ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวดังนี้

**กรณีแรก** พระราชกฤษฎีกาแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตรา มีชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่”<sup>\*</sup> ซึ่งเป็นการใช้พระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาตามแบบพิธีเหมือนเช่นพระราชกฤษฎีกาเปิดและปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎรทั่วไป จึงไม่มีสถานะเป็นกฎ แต่มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนเนื้อหาที่กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และให้งดใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งขัดต่อพระราชกฤษฎีกานี้ส่งผลให้พระราชกฤษฎีกามีสถานะเป็นกฎซึ่งมีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญและหลักประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

**กรณีที่สอง** พระราชกฤษฎีกายุบหรือรวมส่วนราชการระดับกรม ตามรัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ.2540) มาตรา 230<sup>\*\*</sup>

<sup>\*</sup> พระราชกฤษฎีกาให้ปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ พุทธศักราช 2476 มีเนื้อหาสำคัญดังนี้

1. ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร (สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง) และห้ามเรียกประชุมจนกว่าจะมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว
2. ให้ยุบคณะรัฐมนตรีและแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีใหม่
3. ในระหว่างที่ยังไม่มีการเลือกตั้งทั่วไปและยังไม่ได้เรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎร พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี
4. ในระหว่างที่ยังไม่มีการเลือกตั้งทั่วไปและยังไม่ได้ตั้งคณะรัฐมนตรีจากการเลือกตั้งนั้น ให้รอการใช้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญซึ่งขัดต่อพระราชกฤษฎีกานี้ ส่วนบทบัญญัติอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันคงใช้ต่อไป

<sup>\*\*</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540) มาตรา 230 วรรคสอง บัญญัติว่า

“การรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรมขึ้นใหม่ หรือ การโอนกระทรวง ทบวง กรมที่มีจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรมขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบรวมกระทรวง ทบวง กรม ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

วรรคสี่ “พระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ให้ระบุนำหน้าชื่อของกระทรวง ทบวง กรมที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายซึ่งหน่วยราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย”



พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นในกรณีนี้มีเพียงฉบับเดียวคือ พระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทยไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2541 ซึ่งมาตรา 10 บัญญัติว่า “ความใน (6) ของมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 11) พ.ศ.2537 เป็นอันยกเลิกตามมาตรา 230 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย”

ในกรณีนี้ รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา เห็นว่า “พระราชบัญญัติถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐธรรมนูญมาตรา 230 ซึ่งมีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นเงื่อนไขว่าจะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเมื่อใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น มิใช่กรณีพระราชกฤษฎีกาไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติแต่อย่างใด จึงยอมทำได้”<sup>40</sup>

ผู้เขียนเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้แม้จะมีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ แต่ก็มีสถานะเป็นเพียงกฎซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งคล้ายกับกรณีรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารตราฎีกายกเลิกหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารตามมาตรา 37 ได้ ซึ่งศาลปกครองฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยว่า “ศักดิ์ของกฎหมายมิได้แสดงออกที่ผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ แต่พิจารณาจากอำนาจในการควบคุมของศาลปกครอง เมื่อรัฐกฤษฎีกาอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ในขณะที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบรัฐธรรมนูญ จึงถือว่ารัฐกฤษฎีกามีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ”<sup>41</sup>

กรณีที่สาม พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 แม้พระราชบัญญัติจะมอบอำนาจให้รัฐบาลในการประกาศพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็นกฎหมายในภาวะคับขันได้ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็เป็นเพียงกฎที่ออกโดยได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทเท่านั้น ซึ่งหากกรณีนี้เกิดขึ้นในปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดก็มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ซึ่งให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรต่างๆ ของรัฐได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 50/2542 สรุปว่า “กรณีตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ พระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิกหรือแก้ไข โดยพระราชบัญญัติทุน

---

วรรคห้า “การดำเนินการตามวรรคสองกับกระทรวง ทบวง กรมที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้ว ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นใหม่นั้นมีผลเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย”

<sup>40</sup> มานิตย์ จุมปา, คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 203.

<sup>41</sup> บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, อ้างแล้ว, หน้า 131.

รัฐวิสาหกิจที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันโดยมีมติคณะรัฐมนตรีเป็นเงื่อนไขและพระราชกฤษฎีกาเป็นเงื่อนไขในการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเท่านั้น มิใช่กรณีพระราชกฤษฎีกาซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกพระราชบัญญัติ” และศาลปกครองก็ถือว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นเพียงกฎที่อยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองจึงมีคำวินิจฉัยยกเลิกพระราชกฤษฎีกาการไฟฟ้าฝ่ายผลิตที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติดังกล่าวตามคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 5/2549 ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไปในบทที่ 3 และบทที่ 4

ในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่จะกล่าวถึงต่อไปคือ ประกาศคณะปฏิวัติ(ปว.) และประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ซึ่งศาลฎีกาเคยวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิวัติเป็นคำสั่งของรัฐบาลมีกำลังบังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติซึ่งเท่ากับยอมรับว่าประกาศคณะปฏิวัติมีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชกฤษฎีกาซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งหากต้องตราพระราชกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติเท่ากับยอมรับว่าคณะปฏิวัติมีอำนาจเหนือพระมหากษัตริย์อันเป็นสิ่งที่ไม่บังควร ดังนั้นพระยารรณการีย์นพนธ์จึงเสนอให้ใช้ประกาศกระทรวงแทนพระราชกฤษฎีกาในกรณีดังกล่าว

อย่างไรก็ตามผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตว่าอันที่จริงประกาศ คปค. ก็คือ ประกาศคณะปฏิวัติซึ่งแตกต่างกันเพียงชื่อเรียกเท่านั้นจึงมีลำดับศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติ เพราะมีที่มาแห่งอำนาจเช่นเดียวกัน แต่ประกาศ คปค. กลับมีผลให้รัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกไปแล้วบางมาตรากลับมามีผลบังคับใช้ได้ จึงน่าสงสัยว่าประกาศ คปค. มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะการใช้อำนาจดังกล่าวเหมือนกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองที่ปกครองประเทศขึ้น (pouvoir constituant) ตามแนวคิดของซิเอเฮส์ และยังมีประกาศ คปค. ฉบับที่ 36 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2549 ยกสถานะของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้เป็นพระราชบัญญัติซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ยอมรับว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติสามารถยกสถานะของกฎให้เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้

ผู้เขียนเห็นว่าทั้ง 2 กรณีเป็นการทำให้รัฐธรรมนูญและกฎหมายมีผลบังคับซึ่งเป็นหลักการที่ดี โดยเฉพาะในกรณีหลังเป็นการนำกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องที่ไม่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาเปลี่ยนลำดับศักดิ์ให้เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้อย่างรวดเร็วทันต่อ

---

ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 36 ให้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยสำหรับองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระบรมวงศานุวงศ์ ผู้แทนพระองค์ และพระราชอาคันตุกะ พ.ศ. 2546 เป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยสำหรับองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชทายาท ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ พระบรมวงศานุวงศ์ ผู้แทนพระองค์ และพระราชอาคันตุกะ พ.ศ. 2549



สถานการณ์ จึงน่าจะนำหลักการนี้ไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ด้วยการประกาศ พ.ศ.2548 และระเบียบเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจต่างๆ ให้เป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งหากพิจารณาเพียงผลในการตรากฎหมายได้อย่างรวดเร็วแล้วก็ถือว่าหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับหลักการในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ต่างกันเพียงแต่หลักการแรกเป็นการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นใหม่โดยการยกสถานะของกฎให้เป็นกฎหมาย ในขณะที่หลักการหลังเป็นเรื่องการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติด้วยพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น

ส่วนกรณีที่ว่าหลักการตามประกาศ คปก. ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ปรากฏว่าต่อมามาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้รับรองสถานะของประกาศ คปก. ไว้ให้มีผลย้อนหลังถึงวันที่ 19 กันยายน พ.ศ.2549 ซึ่งเป็นวันยึดอำนาจจากรัฐบาล ให้ถือว่าชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ.2550) ยังให้การรับรองถึงความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ คปก. ไว้ในมาตรา 309<sup>1</sup> จึงต้องถือว่าประกาศ คปก. นั้นชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ในทางนิติบัญญัติดังกล่าวจึงน่าจะนำมาใช้ได้

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 มาตรา 36 บัญญัติว่า

“บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไปและให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่ง ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) มาตรา 309 บัญญัติว่า

“บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

### บทที่ 3

## ลักษณะ รูปแบบ กระบวนการและการควบคุมตรวจสอบกฎ

### 1. ความเบื้องต้น (introduction)

จากแนวคิดอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) ของอังกฤษ ประกอบกับการยอมรับแนวคิดว่าด้วยการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ได้ทำให้เกิด บทบัญญัติในการมอบอำนาจให้ออกกฎในลักษณะที่แตกต่างกันตามขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ ซึ่งระบบกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดการมอบอำนาจนิติบัญญัติตามแบบของอังกฤษเป็นหลัก ส่วนแนวคิดของฝรั่งเศสถือหลักการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ คือ ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ทั่วไปได้โดยไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากรัฐสภา เว้นแต่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องนั้นต้องตราเป็นรัฐบัญญัติและรัฐบัญญัติฉบับนั้นมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ต่างๆ ฝ่ายบริหารจึงจะมีอำนาจในการออกกฎ<sup>1</sup>

อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับให้แก่ฝ่ายบริหารนั้น รัฐสภาอาจจะไม่สามารถกำหนดขอบเขตในเรื่องใดๆ ไว้แน่นอนตายตัวได้ว่ากรณีใดเป็นเรื่องที่องค์กรนิติบัญญัติควรจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารโดยจำกัดขอบเขตไว้แต่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจออกกฎได้ แต่ไม่ควรมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไว้ขอบเขตเพราะการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารใช้อย่างกว้างขวางโดยปราศจากขอบเขตและกระบวนการควบคุมที่แน่นอนนั้นก่อให้เกิดผลเป็นการโอนอำนาจนิติบัญญัติซึ่งไม่ใช่การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่จำเป็น<sup>1</sup> กรณีใดควรจำกัดขอบเขตการมอบอำนาจออกกฎอย่างเคร่งครัด หรือกรณีใดไม่ควรมอบ

---

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญปี 1958 มาตรา 37 ได้จัดสรรอำนาจการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า "กฎข้อบังคับอิสระเขต" เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี (règlement autonome) โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดรองรับตามทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย (exécution des lois) ที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ใช่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นอำนาจที่จะบังคับการตามกฎหมายทั้งหลายนี้จึงรวมถึงอำนาจที่จะวางกฎเกณฑ์ทั่วไปที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั้งหลายทั้งที่กฎหมายเหล่านั้นไม่ได้ให้อำนาจไว้โดยตรงเพราะอำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปเป็นอำนาจโดยสภาพที่ฝ่ายบริหารมีอยู่จึงสามารถออกกฎเกณฑ์ได้โดยไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภา เพียงแต่กฎเกณฑ์นั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายบริหารจึงมักออกกฎเกณฑ์มาเพื่อขยายความรัฐบัญญัติหรือเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อูรรณ โฉม, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 79-81.

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อูรรณ โฉม, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 239.



อำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเนื่องจากอาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ ดังนั้นรัฐสภาไม่ควรมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับให้แก่ฝ่ายบริหารในการกำหนดโทษทางอาญาและการกำหนดอัตราภาษีอากรเพราะเป็นเรื่องที่ต้องแสดงออกโดยเจตน์จำนงของปวงชนผ่านทางรัฐสภา แต่ที่ผ่านมามีการมอบอำนาจทั้งการกำหนดโทษอาญาและการกำหนดอัตราภาษีดังนี้

ประการแรก บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารตามที่ได้รับมอบอำนาจนั้น โดยหลักทั่วไปจะมีบทกำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ เพราะเป็นการจำกัดเสรีภาพด้านชีวิตร่างกายและทรัพย์สินของบุคคล ดังนั้นอำนาจในการกำหนดโทษทางอาญาจึงไม่อาจมอบให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ แต่ผู้ฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารย่อมมีโทษทางอาญาตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ซึ่งหลักการนี้เป็นที่ยอมรับกันจนถึงปัจจุบันทั้งในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสและไทย<sup>\*</sup> แต่ที่ผ่านมารัฐสภาอังกฤษได้เคยมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ.1833 (the Factories Act 1833) ได้ให้อำนาจผู้ตรวจโรงงาน (inspectors) ออกกฎระเบียบข้อบังคับ (orders and regulations) กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับที่ประกาศใช้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งปรากฏว่ามีกฎข้อบังคับจำนวนมากที่กำหนดอาญาตามพระราชบัญญัตินับนี้<sup>2</sup>

ในส่วนของไทยเองก็เคยมีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่นบางฉบับที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการกำหนดโทษได้ โดยพระราชบัญญัติเพียงแต่กำหนดอัตราโทษขั้นสูงไว้เท่านั้น เช่น

(1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 มาตรา 97 วรรคสองบัญญัติว่า “ในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครจะกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบังคับไว้ด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกิน 6 เดือน และหรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท”

(2) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ.2498 มาตรา 32 วรรคสองบัญญัติว่า “ในข้อบัญญัติจังหวัดนั้น จะกำหนดโทษปรับผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ บทกำหนดโทษมิให้กำหนดเกินกว่าหนึ่งร้อยบาท และให้ถือว่าเป็นความผิดลหุโทษ”

<sup>\*</sup> บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (the Human Rights Act 1998) ของอังกฤษ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 34 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 39

<sup>2</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> ed. (London : Pearson Education Limited, 2007), p.675.

(3) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 มาตรา 60 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในเทศบัญญัติ นั้น จะกำหนดโทษปรับผู้ละเมิดเทศบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่ห้ามมิให้กำหนดเกินกว่าหนึ่งร้อยบาท และให้ถือว่าเป็นความผิดหุโทษ”

(4) พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะกบฏ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2485 ได้บัญญัติให้ผู้ฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาซึ่งประกาศโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัตินี้มีความผิดต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกานั้น ซึ่งมีโทษตั้งแต่ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท จำคุกไม่เกินยี่สิบปี จำคุกตลอดชีวิต จนถึงโทษอย่างสูง คือ ประหารชีวิต ส่วนของที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำผิดนั้นให้ริบเสีย

**ประการที่สอง** บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารตามที่ได้รับมอบอำนาจนั้น โดยหลักทั่วไปจะมีการกำหนดภาษียอากรไม่ได้ ตามหลักความยินยอมทางภาษียต้องให้รัฐสภาเห็นชอบก่อน เพราะประชาชนจะต้องมีหลักประกันอันสมควรและเหมาะสมว่าจะไม่ถูกเรียกเก็บภาษียโดยไม่สมควรอันเป็นการก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน

ในประเทศอังกฤษ แม้จะถือว่าการกำหนดภาษียอากรต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา แต่ในการปฏิบัติการเกี่ยวกับภาษียบางประเภท เช่น ภาษียศุลกากรซึ่งมีความสลับซับซ้อนในการเรียกเก็บภาษีย และต้องใช้เวลารวดเร็วในการประเมินและเรียกเก็บภาษียซึ่งไม่สามารถรอให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงแก้ไขอัตราภาษียศุลกากรให้ทันต่อสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้ รัฐสภาจึงตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการนำเข้าส่งออก ค.ศ.1990 (the Import and Export Control Act 1990) มอบอำนาจให้กระทรวงการคลังในการกำหนดหน้าที่ในการเสียภาษียศุลกากรตามเกณฑ์ราคาสินค้าและเปลี่ยนแปลงรายการได้ตามความเหมาะสมเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดบทบัญญัติและพันธสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) ซึ่งรัฐมนตรีกระทรวงการคลังอาจใช้อำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกภาษียนำเข้า-ส่งออกในกรณีที่เป็นได้<sup>3</sup>

นอกจากภาษียอากรแล้ว ยังมีกรเรียกเก็บค่าธรรมเนียมต่างๆ ซึ่งใกล้เคียงกับภาษีย แต่ต่างจากภาษีย กล่าวคือ ค่าธรรมเนียมเรียกเก็บจากผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากรัฐ เช่น ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่ง เป็นต้น ส่วนภาษียเรียกเก็บจากผู้มีเงินได้โดยทั่วไปตามหลักความสามารถของบุคคล ดังนั้นในอังกฤษจึงยอมรับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองกำหนดค่าธรรมเนียมต่างๆ ได้

<sup>3</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, 4<sup>th</sup> ed. (London : Sweet & Maxwell, 1999), p.366.



ในประเทศฝรั่งเศสถือว่าภาษี (impôt) และค่าธรรมเนียม (redevance) มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ ภาษี (impôt) มีลักษณะบังคับ (Obligatoire) และเป็นรายได้ของรัฐที่ปราศจากเงื่อนไข (Caractère inconditionnel) เพราะภาษีเป็นภาระสาธารณะที่กำหนดขึ้นโดยอาศัยหลักความสามารถในการเสียภาษีของประชาชน มิใช่อาศัยหลักการคำนวณค่าตอบแทนจากการให้บริการของรัฐโดยตรง (Caractère non-contrepartie) <sup>4</sup> ดังนั้นประชาชนที่มีรายได้แม้มิได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากรัฐก็ต้องเสียภาษี ส่วนค่าธรรมเนียม (redevance) มีลักษณะเป็นรายได้ของรัฐที่มีเงื่อนไขเรียกเก็บตามผลประโยชน์ที่ได้จากรัฐ หากประชาชนไม่ต้องการใช้บริการจากรัฐก็ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม ดังนั้นการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม จึงไม่มีลักษณะบังคับเหมือนภาษี

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 34 ได้บัญญัติให้เรื่องการเรียกเก็บภาษีนั้นต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ แต่มิได้กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมไว้ ดังนั้นการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมจึงเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 37

ในส่วนของประเทศไทยได้มีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจในการกำหนดอัตราภาษีและอัตราค่าธรรมเนียมให้แก่ฝ่ายบริหาร ทั้งนี้เนื่องจากในระบบกฎหมายของไทยมิได้มีการจำแนกความแตกต่างของ “ภาษี” “อากร” และ “ค่าธรรมเนียม” ที่จะให้มีผลแตกต่างกัน เช่น

(1) พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ.2525 มาตรา 6 ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม

(2) พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ.2514 มาตรา 20 ให้กำหนดอัตราภาษีเงินได้บริษัทที่ประกอบกิจการปิโตรเลียมโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบ แต่ไม่เกินร้อยละหกสิบของกำไรสุทธิ

(3) พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ.2485 มาตรา 83 ให้รัฐมนตรีมีอำนาจเรียกเก็บค่าชลประทานจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในเขตชลประทานหรือจากผู้ใช้น้ำจากทางน้ำชลประทาน ไม่ว่าผู้ใช้น้ำจะอยู่ในหรือนอกเขตชลประทานโดยออกเป็นกฎกระทรวง

(4) พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ.2478 มาตรา 17 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมและเงื่อนไขในการขออนุญาตเล่นการพนัน

<sup>4</sup> สุกัลยณ์ พินิจกุล, คำอธิบายทฤษฎีและหลักกฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 31-32.

นอกจากนี้ยังมีการมอบอำนาจเรียกเก็บภาษีอากรให้กับราชการส่วนท้องถิ่นอีกด้วย กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น(ยกเว้นเทศบาล) ยังได้มอบอำนาจให้องค์กรส่วนท้องถิ่นต่างๆ ในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อเรียกเก็บภาษีอากรและค่าธรรมเนียมอันเกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตจำหน่ายสุราตามกฎหมายว่าด้วยสุรา และค่าธรรมเนียมใบอนุญาตเล่นการพนันตามกฎหมายว่าด้วยการพนัน เช่น มาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 มาตรา 112 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2542 อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดเก็บรายได้ต่างๆ เพิ่มขึ้นจากพระราชบัญญัติจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้<sup>5</sup>

จากที่กล่าวมาทั้งหมดสรุปได้ว่าทั้งระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศสและไทยได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกอนุบัญญัติกำหนดค่าธรรมเนียมได้ ส่วนในเรื่องการกำหนดอัตราภาษีนั้น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1958 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ให้กระทำได้โดยกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น ส่วนอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รัฐสภาจึงตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกอนุบัญญัติกำหนดอัตราภาษีได้

อย่างไรก็ตามในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ในลักษณะต่างๆ อาจส่งผลให้เกิดการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรอันขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของส่วนรวมโดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิ จึงต้องมีการควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายทั้งด้านกระบวนการในการออกกฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบอำนาจนั้น โดยผู้ที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายที่มอบอำนาจต่างๆ เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย

แต่ละประเทศมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารด้วยองค์กรต่างๆ เช่น ในอังกฤษให้มีการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ศาลยุติธรรมและคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ฝรั่งเศสมีการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง และสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ส่วนไทยมีการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกา

<sup>5</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 519.



ในการควบคุมตรวจสอบการออกกฏนั้นมีทั้งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองและการควบคุมโดยองค์กรภายนอกที่มีความอิสระจากฝ่ายบริหาร เช่น รัฐสภา ศาล เป็นต้น

## 2. ลักษณะของการมอบอำนาจให้ออก “กฏ”

จากเหตุผลและความจำเป็นในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฏเพื่อใช้บังคับนั้นย่อมมีหลายลักษณะ คือ การมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขตเหมือนเช็คเปล่า(blank cheque) และการมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไขและข้อจำกัดซึ่งได้แก่ การกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม(administrative details) การกำหนดขอบเขตแบบกว้างๆ (skelton provision) การมอบอำนาจภาวะฉุกเฉินหรือกับขึ้น (emergency provision) และการมอบอำนาจตามบทเฉพาะกาล (interim provision)

### 2.1 การมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต (blank cheque)

การมอบอำนาจแบบนี้มีลักษณะการมอบอำนาจแบบกำหนดหลักเกณฑ์ได้เองทุกเรื่องอย่างเสรีโดยไม่มีขอบเขต การมอบอำนาจเช่นนี้เปรียบเสมือนรัฐสภาลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจโดยที่ไม่กรอกข้อความใดๆ ที่จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้เลย หรืออาจมีการกำหนดลักษณะของเรื่องอยู่บ้าง แต่ก็ให้ผู้รับมอบอำนาจไปออกกฏข้อบังคับเพิ่มเติมได้อย่างไม่มีข้อจำกัด เหมือนการออกเช็คลงชื่อไว้ให้ผู้รับไปกรอกจำนวนเงินและวันที่ในเช็คเอง ดังนั้นพระราชบัญญัติฉบับใดมีบทบัญญัติมอบอำนาจในการออกกฏข้อบังคับเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ฝ่ายบริหารโดยกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตกว้างๆ ไว้แล้ว แต่ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่แท้จริงที่จะจำกัดอำนาจออกกฏของฝ่ายบริหารได้ หรือหลักเกณฑ์และขอบเขตเคลือบคลุมเกินไปจนกลายเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจออกกฏข้อบังคับได้ตามอำเภอใจ บทบัญญัติเช่นนี้ย่อมเป็นการมอบอำนาจแบบ “blank cheque”<sup>6</sup> เช่น

(1) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ.2507 ให้อำนาจออกกฏทบวงได้ทุกเรื่องโดยไม่มีขอบเขตจำกัดไว้

(2) ประมวลรัษฎากร พ.ศ.2481 ให้อำนาจฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาลดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีโดยไม่มีข้อกำหนดเพดานของอัตรากาษาที่ให้ลดได้หรือเงื่อนไขในการใช้ดุลพินิจในการตราพระราชกฤษฎีกา (มาตรา 3)

รองศาสตราจารย์ ดร.สุภลักษณ์ พิณภูวดล เห็นว่า “ประมวลรัษฎากรได้บัญญัติสำหรับการยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับเงินได้ประเภทต่างๆ ตามมาตรา 42 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะ

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 89.

ทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจงแก่กรณีหนึ่งกรณีใดแล้ว ดังนั้นเมื่อรัฐสภาได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกพระราชกฤษฎีกาลดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีไว้ในมาตรา 3 แห่งประมวลรัษฎากรจึงต้องอนุโลมให้การยกเว้นภาษีเป็นการกำหนดรายละเอียดสำคัญของกฎหมายซึ่งพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร พ.ศ. 2481 ได้ให้อำนาจไว้ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราพระราชบัญญัติซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งภาษี การกำหนดอัตราภาษีและการจัดเก็บภาษีสวมถึงบทบัญญัติบทบัญญัติยกเว้นต่างๆ ที่มีลักษณะทั่วไปและไม่เฉพาะเจาะจง จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อพิจารณาตามธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติในการตราพระราชกฤษฎีกาลักษณะนี้ตามระบบกฎหมายไทยแล้ว ย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากประมวลรัษฎากรได้บัญญัติยกเว้นภาษีเงินได้ของบุคคลบางประเภทไว้แล้ว แต่บทบัญญัติของประมวลรัษฎากรไม่สามารถครอบคลุมได้ทุกเรื่อง จึงให้อำนาจฝ่ายบริหารเพิ่มเติมข้อยกเว้นบางประการตามสมควรแก่สภาวการณ์และตามแต่กรณีเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในการบังคับใช้กฎหมาย

แต่เมื่อการยกเว้นภาษีและการลดอัตราภาษีเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนเนื่องจากกฎหมายภาษีอากรเป็นกฎหมายที่กำหนดจำนวนส่วนแบ่งภาระสาธารณะของประชาชนแต่ละคน ซึ่งในส่วนของกาหนดอัตราภาษีจึงสมควรพิจารณากำหนดเพดานขั้นต่ำของอัตราภาษีและกำหนดแนวทางการยกเว้นภาษีเสมือนกับการกำหนดเงื่อนไขและเพดานการก่อกองหนี้สาธารณะไว้ในพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ทวิ เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกฤษฎีกา แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือลดอัตราภาษีได้ตามสภาวการณ์ที่เหมาะสม การลดอัตราภาษีหรือการยกเว้นภาษีย่อมมีผลกระทบต่อจำนวนรายได้สาธารณะในลักษณะการลดรายได้สาธารณะและไม่อาจพิจารณาว่าเป็นคุณแก่ผู้เสียภาษีเสมอไป เพราะเมื่อรัฐขาดรายได้ย่อมส่งผลให้มีความพยายามในการหารายได้เพิ่มขึ้นโดยวิธีการอื่นและอาจเป็นสาเหตุของการจัดตั้งภาษีประเภทใหม่ตลอดจนการเพิ่มอัตราภาษีในอนาคต<sup>7</sup>

ในเรื่องนี้รองศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พิณีจิวาล มีความเห็นว่า กฎหมายภาษีเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงินซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้กระทำโดยเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา แต่ประมวลรัษฎากรมาตรา 3 กลับให้อำนาจฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกา ยกเว้นหรือลดอัตราภาษีได้ (ทั้งที่การกำหนดอัตราภาษีเป็นการกำหนดส่วนแบ่งสาธารณะและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 143(1) ได้กำหนดให้การลดอัตราภาษีต้องเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน) ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรา 3 แห่งประมวลรัษฎากรจึงอาจนำมาสู่ประเด็นการพิจารณาในเรื่องการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 143(1) ได้

<sup>7</sup> ศุภลักษณ์ พิณีจิวาล, คำอธิบายทฤษฎีและหลักกฎหมายภาษีอากร, อ่างแล้ว, หน้า 92-95.



(3) พระราชบัญญัติสถาบันการอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎกระทรวงว่าด้วยการคุ้มครองการทำงานใช้บังคับแทนกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยให้สิทธิไม่ต่ำกว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงาน (มาตรา 23) และให้อำนาจสภาสถาบันกำหนดกฎเกณฑ์ในการพ้นจากตำแหน่งของคณาจารย์โดยไม่มีข้อกำหนดขอบเขตในการใช้อำนาจออกระเบียบของสภาสถาบันแต่อย่างใด (มาตรา 48)

ในมาตรา 23 กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ให้สถาบันอุดมศึกษาไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ แต่ต้องการให้การคุ้มครองแก่ผู้ปฏิบัติงานไม่ต่ำกว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยให้กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งที่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพซึ่งควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนในพระราชบัญญัติ การมอบอำนาจในลักษณะนี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตกว้างๆ ไว้แล้ว แต่ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่แท้จริงที่จะจำกัดอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหารได้ หรือหลักเกณฑ์และขอบเขตเคลือบคลุมเกินไปจนกลายเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจออกกฎข้อบังคับได้ตามอำเภอใจ และอาจใช้อำนาจกำหนดกฎกระทรวงให้ความคุ้มครองต่ำกว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานได้ เช่น กฎกระทรวงว่าด้วยกาคุ้มครองการทำงานของผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2549 ซึ่งมีหลายข้อให้ความคุ้มครองต่ำกว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานอย่างมาก ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2525 ที่แม้จะให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการในการกำหนดระเบียบเกี่ยวกับการคุ้มครองการทำงานและการสงเคราะห์ครูใหญ่และครู (มาตรา 66) แต่ก็ไม่มีบทบัญญัติยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายแรงงานสัมพันธ์เหมือนเช่นพระราชบัญญัติสถาบันการอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 จึงดูเหมือนว่าอาจารย์ในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนได้รับความคุ้มครองการทำงานน้อยกว่าครูโรงเรียนเอกชน

ส่วนในมาตรา 48 เป็นการเปิดโอกาสให้สภาสถาบันการศึกษเอกชนใช้อำนาจออกระเบียบกำหนดเงื่อนไขการพ้นจากตำแหน่งของคณาจารย์ได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น การออกระเบียบให้ผู้ที่ไม่ผ่านการประเมินพ้นสภาพก่อนระยะเวลาทดลองงานได้ หรือการกำหนดให้ผู้ที่ไม่ส่งผลงานวิจัยภายในกำหนดต้องพ้นจากตำแหน่ง เป็นต้น

(4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบังคับหรือประกาศ แล้วแต่กรณี ในการมอบอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นของราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคตามกฎหมายอื่นให้กรุงเทพมหานครดำเนินการแทนได้เพียงแต่ในกรณีที่ทำเป็นข้อบังคับหรือประกาศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อนเท่านั้น(มาตรา 89)

กรณีนี้เป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการเลือกออกกฎหมายลำดับรองได้หลายระดับ ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาลงไปจนถึงข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อการโอนอำนาจหน้าที่ของราชการ ส่วนกลางและส่วนภูมิภาคตามกฎหมายต่างๆ หลายฉบับให้กรุงเทพมหานครดำเนินการแทน หาก รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ให้ความเห็นชอบข้อบังคับหรือประกาศของ กรุงเทพมหานครในกรณีดังกล่าว ย่อมมีผลเสมือนการแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย ข้อบังคับหรือประกาศซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติได้ จึงเป็นการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ ขอบเขต

(5) พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 ให้อำนาจรัฐมนตรีโดยอนุมัติของ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศลดอัตรา หรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใด ๆ ได้เพื่อ ประโยชน์แก่การเศรษฐกิจของประเทศหรือเพื่อความผาสุกของประชาชน ทั้งนี้ จะกำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้ (มาตรา 103)

กรณีนี้เป็นการมอบอำนาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยอนุมัติของ คณะรัฐมนตรีในการออกประกาศลดอัตราหรือยกเว้นภาษีสรรพสามิตได้โดยไม่มีกำหนดอัตรา ขึ้นสูงเพื่อจำกัดการใช้อำนาจลดภาษีของฝ่ายบริหาร ประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวจึงเป็นการ มอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต

(6) พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกิ กำหนดเงื่อนไขเวลาในการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้โดยให้มีผลเป็นการยกเลิก กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจฉบับนั้น(มาตรา 28)

กรณีนี้เป็นการมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจในการเลือกรัฐวิสาหกิจซึ่งจัดตั้งโดย กฎหมายที่ต้องการแปรรูปให้เป็นบริษัท โดยตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาในการยกเลิก กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจฉบับใดก็ได้ จะยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ฉบับก็ได้ทั้งที่การแปรรูป มีวัตถุประสงค์ให้เอกชนร่วมเป็นเจ้าของรัฐวิสาหกิจอันเป็นการโอนกิจการของรัฐบางส่วนไป ให้เอกชน

กฎหมายได้มอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต เป็นเหตุให้มีการตรา พระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาสาระเป็นการโอนอำนาจการเวนคืนที่ดินซึ่งเป็นอำนาจรัฐไปให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว



## 2.2 การมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัด

กฎหมายมักกำหนดรูปแบบของกฎและขอบเขตของเนื้อหาของกฎไว้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังนี้

### 2.2.1 การกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม (administrative details)

การมอบอำนาจในลักษณะนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์กว้างๆ ไว้ในพระราชบัญญัติแล้วมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือผู้ชำนาญการกำหนดรูปแบบในทางการบริหาร และการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง และการกำหนดรายละเอียดที่เป็นเรื่องของเทคนิคต่างๆ กฎหมายที่มอบลักษณะนี้มีอยู่มากกว่าประเภทอื่นๆ ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หรือประโยชน์สาธารณะ เช่น

(1) พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ.2535 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ในการออกประกาศชื่อและประเภทเครื่องสำอางควบคุมพิเศษ เครื่องสำอางควบคุม เครื่องสำอางที่ห้ามผลิต ห้ามนำเข้า เพื่อการคุ้มครองสุขภาพอนามัย (มาตรา 5)

(2) พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ.2535 ให้อำนาจรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบโดยความเห็นของคณะกรรมการฯ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดประเภทและการขึ้นทะเบียนวัตถุอันตราย (มาตรา 37)

(3) พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นกำหนดที่ตั้ง เนื้อที่ แผนผังและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิ่งปลูกสร้างและสุขลักษณะ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดสถานที่ การวางสิ่งของและการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการตลาด กำหนดเวลาเปิดและปิดตลาด กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตให้จัดตั้งตลาดปฏิบัติเกี่ยวกับการดูแลรักษาความสะอาดเรียบร้อยภายในตลาดให้ถูกต้องตามสุขลักษณะและอนามัย การจัดให้มีที่รวบรวมหรือกำจัดสิ่งปฏิกูลหรือมูลฝอย การระบายน้ำทิ้ง การระบายอากาศ การจัดให้มีการป้องกันมิให้เกิดเหตุรำคาญและการป้องกันการระบาดของโรคติดต่อ (มาตรา 35(1),(2),(3),(4))

### 2.2.2 การกำหนดขอบเขตแบบกว้างๆ (skeleton provisions)

การมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับในลักษณะเช่นนี้มักเรียกว่า “บทบัญญัติโครงกระดูก(skeleton provision)” คือ ไม่เพียงแต่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดทาง

เทคนิคที่จำเป็นเท่านั้น แต่ยังให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับเกี่ยวกับหลักการทางนิติบัญญัติที่สำคัญ ซึ่งเปรียบเสมือนเลือดและเนื้อซึ่งเป็นสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพอีกด้วย<sup>\*</sup>

#### ตัวอย่างของบทบัญญัติในลักษณะนี้ เช่น

(1) พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 ให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้ามีอำนาจประกาศกำหนดส่วนแบ่งตลาดยอดเงินขายของธุรกิจใดที่ถือว่าผู้ประกอบการที่อยู่ในเกณฑ์ดังกล่าวเป็นผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาด (มาตรา 8(2)) และคณะกรรมการฯ อาจสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งมีอำนาจเหนือตลาดที่มีส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละสิบห้า ระวังหยุด หรือเปลี่ยนแปลงมีส่วนแบ่งตลาด ในกรณีนี้คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และระยะเวลาในการปฏิบัติไว้ด้วยก็ได้ (มาตรา 30)

กรณีนี้เป็นการให้อำนาจคณะกรรมการฯ ในการจำกัดเสรีภาพในทางการค้า ทั้งที่การขายสินค้าได้มากไม่น่าจะเป็นความผิด แต่กฎหมายได้วางหลักการให้การให้อำนาจเหนือตลาดเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย โดยมอบอำนาจให้คณะกรรมการฯ ไปกำหนดหลักเกณฑ์ส่วนแบ่งตลาดของผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดอันเป็นสาระสำคัญในทางนิติบัญญัติได้ กล่าวคือ หากผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดตามหลักเกณฑ์ในประกาศของคณะกรรมการฯ ได้ให้อำนาจในการจำกัดการแข่งขันหรือเพิ่มส่วนแบ่งตลาดจึงจะเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้

กฎหมายได้มอบอำนาจให้คณะกรรมการฯ กำหนดหลักเกณฑ์ของผู้มีอำนาจเหนือตลาดได้อย่างกว้างขวางโดยไม่มีข้อกำหนดส่วนแบ่งตลาดขั้นต่ำ หรือขั้นสูงของผู้ที่ถือว่ามีความเหนือตลาดไว้ เพียงแต่มีการจำกัดขอบเขตให้คณะกรรมการฯ ใช้ดุลพินิจในการเข้าแทรกแซงการควบรวม

\* ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่ยากในการแยกแยะความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมอบอำนาจให้เพิ่มเติมรายละเอียดกับบทบัญญัติกำหนดขอบเขตแบบกว้างๆ ก็คือการพิจารณาว่าบทบัญญัตินั้นเป็นเพียงการมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่จำเป็น (administrative details) ที่จำเป็น หรือเป็นการกำหนดหลักการอย่างกว้างๆ เพื่อให้ผู้รับมอบอำนาจเพิ่มเติมรายละเอียดที่เป็นหลักการสำคัญทางนิติบัญญัติ เพราะทั้ง 2 รูปแบบ มีลักษณะมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมทั้งสิ้น ดังนั้นจึงขอวิเคราะห์ถึงผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประกอบด้วย หากบทบัญญัติใดมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดซึ่งมีผลในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ก็จะเป็นบทบัญญัติกำหนดขอบเขตแบบกว้างๆ (skeleton provisions) แต่ที่ยากกว่านั้นคือ การเปรียบเทียบกับบทบัญญัติการมอบอำนาจอย่างกว้างขวางไร้ขอบเขต (blank cheque) ซึ่งให้ดุลพินิจแก่ผู้รับมอบอำนาจอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกัน จึงเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัตินั้นได้กำหนดขอบเขตการมอบอำนาจไว้หรือมิได้จำกัดขอบเขตการมอบอำนาจไว้เลย หากกฎหมายมีการจำกัดดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจไว้จึงจะถือเป็น skeleton provisions



กิจการหรือการกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดการครอบครองส่วนแบ่งตลาดเพิ่มขึ้นเฉพาะผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ครองส่วนแบ่งตลาดเกินกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าเท่านั้น

(2) พระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2543 ให้รัฐมนตรีฯ มีอำนาจประกาศกำหนดปริมาณน้ำมันเชื้อเพลิงที่ผู้ค้าน้ำมันจะต้องขออนุญาตจำหน่ายต่อรัฐมนตรีฯ และจดทะเบียนเป็นผู้ค้าน้ำมันเกินกว่าปริมาณที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดต่ออธิบดี (มาตรา 10)

กรณีนี้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการค้าน้ำมันเชื้อเพลิงซึ่งเป็นเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ ด้วยการกำหนดปริมาณน้ำมันเชื้อเพลิงที่ต้องขออนุญาตจำหน่ายต่อรัฐมนตรีฯ แต่ปริมาณน้ำมันเชื้อเพลิงที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานจะกำหนดตามมาตรานี้ต้องไม่ต่ำกว่าปีละหนึ่งแสนเมตริกตันซึ่งเป็นขอบเขตที่กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ จะกำหนดให้ผู้ค้าน้ำมันที่มีปริมาณน้ำมันต่ำกว่าหนึ่งแสนเมตริกตันต่อปี หรือปริมาณก๊าซปิโตรเลียมเหลวต่ำกว่าห้าหมื่นเมตริกตันต้องขออนุญาตจำหน่ายจากรัฐมนตรีมิได้ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับเฉพาะผู้ค้าน้ำมันเชื้อเพลิงที่มีปริมาณการค้าแต่ละชนิด หรือรวมกันทุกชนิดปีละตั้งแต่หนึ่งแสนเมตริกตันขึ้นไป หรือเป็นผู้ค้าน้ำมันชนิดก๊าซปิโตรเลียมเหลวแต่เพียงชนิดเดียวที่มีปริมาณการค้าปีละตั้งแต่ห้าหมื่นเมตริกตันขึ้นไป ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี (มาตรา 7) เท่านั้น ไม่ใช่บังคับแก่ผู้ค้าน้ำมันรายเล็กๆ

(3) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535 ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดให้โรงงานตามประเภทชนิดหรือขนาดใดเป็นโรงงานจำพวกที่ 1 โรงงานจำพวกที่ 2 หรือโรงงานจำพวกที่ 3 แล้วแต่กรณี โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการควบคุมดูแล การป้องกันเหตุเดือดร้อนรำคาญ การป้องกันความเสียหาย และการป้องกันอันตรายตามระดับความรุนแรงของผลกระทบที่จะมีต่อประชาชนหรือสิ่งแวดล้อม และมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อให้โรงงานจำพวกใดจำพวกหนึ่งหรือทุกจำพวกต้องปฏิบัติตามมาตรการควบคุมการประกอบกิจการ กำหนดการอื่นใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน เพื่อป้องกันหรือระงับหรือบรรเทาอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดจากการประกอบกิจการ โรงงาน (มาตรา 7,8(1) ถึง (8))

โรงงานจำพวกที่ 1 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่สามารถประกอบกิจการโรงงานได้ทันทีตามความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการ โรงงาน

โรงงานจำพวกที่ 2 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่เมื่อจะประกอบกิจการ โรงงานต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบก่อน

โรงงานจำพวกที่ 3 ได้แก่โรงงานประเภท ชนิด และขนาดที่การตั้งโรงงานจะต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะดำเนินการได้

การออกกฎกระทรวงกำหนดประเภท ชนิดและการขนาดของโรงงาน เพื่อจำแนกเป็น จำพวกที่ 1 ถึง 3 ย่อมแสดงถึงระดับของการใช้อำนาจควบคุมการประกอบกิจการ โรงงานที่แตกต่าง กันตามความจำเป็นและเหมาะสมซึ่งเป็นหลักการที่เป็นสาระสำคัญทางนิติบัญญัติในการจำกัด เสรีภาพในการประกอบกิจการ แต่กฎหมายได้กำหนดขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของรัฐมนตรีไว้ โดยกำหนดนิยามของโรงงานที่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายฉบับนี้ว่า “โรงงาน” หมายความว่า อาคาร สถานที่ หรือยานพาหนะที่ใช้เครื่องจักรมีกำลังรวมตั้งแต่ห้าแรงม้าหรือกำลังเทียบเท่าตั้งแต่ห้า แรงม้าขึ้นไป หรือใช้คนงานตั้งแต่เจ็ดคนขึ้นไป ดังนั้นรัฐมนตรีจะกำหนดให้โรงงานขนาดเล็กที่ใช้ เครื่องจักรขนาดต่ำกว่าห้าแรงม้าหรือใช้คนงานน้อยกว่าเจ็ดคนเป็นโรงงานจำพวกที่ต้องขออนุญาต จัดตั้งโรงงานก่อนมิได้ หรือจะกำหนดประเภท ชนิดและขนาดของโรงงานเป็นจำพวกที่ 1 ถึงที่ 3 ได้ต้องมีข้อมูลทางวิชาการที่น่าเชื่อถือเกี่ยวกับคุ้มครองความปลอดภัยในการดำเนินงาน การ ป้องกันหรือระงับหรือบรรเทาอันตรายหรือความเสียหายที่อาจเกิดจากการประกอบกิจการ โรงงาน ประกอบการพิจารณาด้วย

(4) พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการก่อสร้าง คัดแปลงและรื้อถอนอาคาร (มาตรา 8(11))

การออกกฎกระทรวงในกรณีนี้เป็นการกำหนดสาระสำคัญในการจำกัดสิทธิในเคหสถาน และสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนซึ่งเป็นหลักการสำคัญในทางนิติบัญญัติ โดยมีขอบเขตจำกัด การใช้ดุลพินิจคือต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคารจึงต้องมีข้อมูลที่ น่าเชื่อถือว่าเนื้อหาสาระของหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขของกฎกระทรวงจะช่วยให้เกิดความ ความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจรได้

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542 ให้อำนาจคณะกรรมการกลาง ว่าด้วยสินค้าและบริการ (กกร.) ออกประกาศกำหนดให้สินค้าหรือบริการใดเป็นสินค้าหรือบริการ ควบคุม กำหนดมาตรการที่ใช้สำหรับสินค้าหรือบริการควบคุม กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ถือ ว่าเป็นการทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้เกิดความปั่นป่วนซึ่งราคาขอ สินค้าหรือบริการ (มาตรา 9(1),(2),(6))

กรณีนี้เป็นเรื่องทางเทคนิคซึ่งต้องให้คณะกรรมการฯ ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านการควบคุม อุปสงค์ (demand) และอุปทาน (supply) ในตลาดเป็นผู้กำหนดรายการสินค้าและบริการที่ต้อง ควบคุมราคา ซึ่งเป็นสาระสำคัญในการจำกัดสิทธิเสรีภาพในทางการค้า โดยรัฐเข้าแทรกแซงกลไก ตลาด แม้เรื่องดังกล่าวเป็นหลักการสำคัญในทางนิติบัญญัติ แต่เนื่องจากสถานการณ์ทางการค้ามี



การเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วตลอดเวลา ฝ่ายนิติบัญญัติจึงทำได้เพียงกำหนดหลักการสำคัญคือ การควบคุมไม่ให้เกิดความปั่นป่วนจากการใช้กลยุทธ์กำหนดราคาของผู้ประกอบการให้สูงหรือต่ำเกินไป ส่วนระดับราคาของสินค้าหรือบริการที่จะก่อให้เกิดผลดังกล่าว ก็มอบอำนาจให้คณะกรรมการเป็นผู้กำหนดเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการฯ ก็ ต้องมีการพิจารณาข้อมูลภาวะเศรษฐกิจ ที่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงราคาอย่างน้อยปีละครั้ง และการพิจารณายกเลิกประกาศหรือเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขการควบคุมสินค้าและบริการต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (มาตรา 25)

(6)พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าขาออก พ.ศ.2503 ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมาตรฐานสินค้ามีอำนาจออกประกาศกำหนดหรือยกเลิกสินค้าให้เป็นสินค้ามาตรฐาน การประกาศกำหนด แก้วไข หรือยกเลิกมาตรฐานสินค้า (มาตรา 4(1),(2))

### 2.2.3 การมอบอำนาจในภาวะฉุกเฉินหรือคับขัน (emergency provision)

รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในกรณีเกิดวิกฤตการณ์อย่างร้ายแรงทางด้านเศรษฐกิจและสังคม เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างทันทั่วถึง

ลักษณะของบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในภาวะฉุกเฉินหรือคับขันมักจะมีลักษณะกว้างขวางไม่มีขอบเขต (blank cheque provision) หรือลักษณะขอบเขตอย่างกว้างๆ (skeleton provision) ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความจำเป็นและความร้ายแรงตามสถานการณ์ ซึ่งในประเทศอังกฤษก็มีกฎหมายในลักษณะนี้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยว่าด้วยการป้องกันภัยของพลเรือนในสภาวะการณ์ไม่ปกติ ค.ศ.2004 (the Civil Contingencies Act 2004) ซึ่งใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ค.ศ.1920 (the Emergency Powers Act 1920) ซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎข้อบังคับในกรณีจำเป็นฉุกเฉินเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะแห่งชาติ (national illness and danger)<sup>8</sup>

ส่วนในประเทศไทยก็มีพระราชบัญญัติหลายฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎในสถานการณ์ฉุกเฉินใช้บังคับชั่วคราว เช่น

(1) พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 ให้อำนาจฝ่ายบริหารประกาศพระราชกฤษฎีกาเพื่อป้องกันและปราบปรามการ รักษาความสงบเรียบร้อย

<sup>8</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, p.677.

ศีลธรรมของประชาชนและความปลอดภัยสาธารณะ (มาตรา 3) เป็นต้น พระราชบัญญัตินี้มีกำหนดเวลาบังคับใช้ไม่เกินสามปี (มาตรา 2) ปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้จึงไม่มีผลบังคับใช้แล้ว

(2) พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2457 ให้อำนาจประกาศพระบรมราชโองการบังคับใช้กฏอัยการศึกทุกมาตราหรือบางมาตรา และการกำหนดเงื่อนไขในการใช้บทบัญญัตินั้นในพื้นที่บางส่วนหรือทั่วราชอาณาจักรเมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยจากภัยที่มาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักร และเมื่อมีสงครามหรือจลาจลเกิดขึ้นในท้องที่ใดให้ผู้บัญชาการทหาร ณ ที่นั้นซึ่งมีผู้ได้บังคับบัญชาไม่ต่ำกว่าหนึ่งกองพัน หรือเป็นผู้บังคับบัญชาในป้อมหรือที่มั่นอย่างใดๆ ของทหารมีอำนาจประกาศกฏอัยการศึก เฉพาะในเขตอำนาจหน้าที่ของกองทหารนั้นได้ แต่จะต้องรีบรายงานให้รัฐบาลทราบโดยเร็วที่สุด (มาตรา 2 และมาตรา 4)

(3) พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.2514 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานมีอำนาจประกาศห้ามส่งออกปิโตรเลียมชั่วคราวได้กรณีมีความจำเป็นเกี่ยวกับความปลอดภัยของประเทศ (มาตรา 61)

(4) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 .ให้อำนาจผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครโดยอนุมัติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกข้อกำหนดกรุงเทพมหานครให้ใช้บังคับดังเช่นข้อบัญญัติ ในระหว่างที่ไม่มีสภากรุงเทพมหานคร หรือในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะและจะเรียกประชุมสภากรุงเทพมหานครให้ทันทั่วทั้งมิได้ (มาตรา 108)

(5) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 ให้นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดออกข้อบัญญัติท้องถิ่นชั่วคราวได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉิน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการสามัญประจำสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (มาตรา 57)

(6) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 ให้อำนาจคณะกรรมการออกเทศบัญญัติชั่วคราวได้ในกรณีจำเป็นฉุกเฉินเมื่อได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด (มาตรา 64)

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้ตั้งข้อสังเกตว่าลักษณะการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นชั่วคราวในกรณีฉุกเฉินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นล้วนแต่เป็นหลักการเดียวกับการออกพระราชกำหนดที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2518 มาตรา 218 ทั้งสิ้น<sup>9</sup>

<sup>9</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายปกครองท้องถิ่น, อ้างแล้ว, หน้า 518.



#### 2.2.4 การมอบอำนาจตามบทเฉพาะกาลของกฎหมาย (Interim provisions)

บทบัญญัติในลักษณะนี้มักจะกำหนดให้กฎที่ฝ่ายบริหารออกตามกฎหมายเก่ามีผลบังคับใช้จนกว่าจะได้ดำเนินการออกกฎหมายใหม่ เช่น

(1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกระทรวงศึกษาธิการ พ.ศ.2546 ให้บรรดากฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ และคำสั่งเกี่ยวกับการศึกษาที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปจนกว่าจะได้มีการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ.2542 ใช้บังคับ (มาตรา 73)

(2) พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ.2550 ให้บรรดากฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติป้องกันและระงับอัคคีภัยพ.ศ. 2542 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 58)

(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ.2546 ให้บรรดากฎกระทรวง ระเบียบ หรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะได้มีระเบียบหรือประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ (มาตรา 54)

(4) พระราชบัญญัติโรงงานผลิตอาวุธของเอกชน พ.ศ.2550 ให้บรรดากฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ หรือคำสั่งซึ่งได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 37 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2519 และยังคงใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัด หรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะได้มีกฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศหรือคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับแทน (มาตรา 66)

ในการมอบอำนาจตามบทเฉพาะกาลนั้น แม้พระราชบัญญัติต่างๆ มักจะกำหนดให้กฎข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัติฉบับเก่ายังมีผลใช้บังคับจนกว่าจะได้มีกฎข้อบังคับฉบับใหม่ แต่เมื่อบทเฉพาะกาลไม่ได้กำหนดระยะเวลาแน่ชัดที่จะให้มีการออกกฎข้อบังคับใหม่ อาจเป็นผลให้ต้องมีการใช้กฎข้อบังคับตามกฎหมายเดิมเรื่อยไปจนกว่าผู้รับมอบอำนาจจะออกกฎข้อบังคับขึ้นใหม่ ซึ่งไม่ทราบระยะเวลาแน่ชัด ดังนั้นในกรณีนี้ ประเทศฝรั่งเศส ถือว่าผู้รับมอบอำนาจต้องออก

กฎข้อบังคับตามรัฐบัญญัติฉบับใหม่ภายในเวลาอันสมควร มิฉะนั้นผู้รับมอบอำนาจที่เกี่ยวข้องอาจต้องรับผิดชอบจากฐานละเว้นปฏิบัติหน้าที่<sup>10</sup>

### 3. รูปแบบของกฎและกฎหมายที่เป็นฐานในการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ออกกฎในประเทศต่างๆ

*กฎ (rule) คือ การบัญญัติข้อความที่แสดงให้เห็นถึงพันธะทางกฎหมายที่ต้องเกิดขึ้น เมื่อเกิดสภาพแวดล้อมตามที่กำหนด กฎจะมีสภาพบังคับทั่วไป*<sup>11</sup>

**กฎมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ<sup>12</sup> คือ**

**ประการแรก** บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ข้าราชการและพนักงานของรัฐ นักศึกษา คนต่างด้าว ดังนั้นจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

**ประการที่สอง** กรณีที่บุคคลดังกล่าวถูกบังคับให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (abstract) เช่น ห้ามขับขี่ยานยนต์ในขณะเมาสุรา ห้ามเจ้าหน้าที่รัฐนัดหยุดงาน นักศึกษาต้องแต่งกายให้เรียบร้อย เป็นต้น

โดยทั่วไปการออกกฎต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ จึงมักเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “กฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation)” ดังนั้นทั้งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นและกฎที่องค์กรอื่นตราขึ้น แม้จะมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่างกัน แต่ก็มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปโดยไม่ระบุตัวบุคคล เพื่อให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมายโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติแก่ใครคนใดคนหนึ่งเช่นเดียวกัน

<sup>10</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, อ่างแก้ว, หน้า 283.

<sup>11</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 9, พิมพ์ครั้งที่ 22* (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา, 2540), หน้า 580.

<sup>12</sup> วรพงษ์ วิสวุฒิชัย, “การกระทำทางปกครอง”, *เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครอง ระดับต้น รุ่นที่ 1 พ.ศ. 2543* (อัคราณา), หน้า 21.

นักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันไม่ถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็น “กฎหมายตามเนื้อหา” แต่ถือว่าเป็น “กฎหมายในรูปแบบ” ที่มีสภาพแท้จริงเป็นการกระทำทางบริหารเท่านั้น กฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารออกหากมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ถือว่าเป็น “กฎหมายตามเนื้อหา” แต่เป็น “นิติกรรมทางปกครองในแง่รูปแบบ” เท่านั้น ดังนั้นเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนที่แสดงออกในรูปกฎหมายนั้น นอกจากจะต้องมีฐานจากประชาชนแล้ว ต้องมีลักษณะทั่วไปและทำให้กฎเกณฑ์นั้นสร้างระบบกฎหมายขึ้น ต่างจากคำพิพากษาหรือคำสั่งเฉพาะ ซึ่งแม้จะมีที่มาจากประชาชนก็ไม่ใช่ “กฎหมาย” แต่เป็นเพียง “คำตัดสิน” ซึ่งไม่มีความสูงสุดเหมือนกฎหมาย ดังนั้นรัฐสภาเท่านั้นที่จะออกกฎหมายหรือวางกฎเกณฑ์ทั่วไปได้ หากรัฐสภาออกกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง เฉพาะกรณี ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, อ่างแก้ว, หน้า 46-47.



แต่เดิมถือกันว่าการกำหนดให้ผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ตรากฎหมายโดยรูปขององค์กรรัฐสภานั้นเพียงพอแล้ว เพราะสภาพการปกครองและสังคมในสมัยนั้นไม่ยุ่งยาก ต่อมาเมื่อสังคมมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น เกิดการเรียกร้องให้รัฐเข้ามาจัดระเบียบในเรื่องเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง ทำให้รัฐสภาต้องตรากฎหมายขึ้นเป็นจำนวนมากอย่างต่อเนื่อง ครอบคลุมทุกเรื่อง ทุกมิติ ทั้งเรื่องส่วนบุคคล ครอบครัว การประกอบอาชีพ มหรสพ การกีฬา การประชาสัมพันธ์ การจราจร ทรัพยากร สิ่งแวดล้อม การสาธารณสุข การศึกษา วัฒนธรรม การติดต่อสื่อสาร ฯลฯ จึงก่อให้เกิดความจำเป็นที่ต้องยอมรับให้องค์กรอื่นนอกจากรัฐสภาสามารถออกกฎหมายได้ในฐานะกฎหมายได้

### 3.1 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายอังกฤษ

แม้หลักการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาดโดยให้อำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาเท่านั้นเป็นที่ยอมรับในอังกฤษ แต่เมื่อมีความจำเป็นต้องยอมรับให้องค์กรอื่นนอกจากรัฐสภาใช้อำนาจนิติบัญญัติ อีกทั้งไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารแต่อย่างใด ปัญหาการบัญญัติกฎหมายที่ล่าช้าและไม่ครอบคลุมสาระสำคัญจึงอาจแก้ไขได้โดยรัฐสภามอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายต่างๆ ได้ โดยการตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจน ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วรัฐสภาที่มีอำนาจสูงสุด (Supremacy of Parliament) สามารถมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่นได้อย่างกว้างขวางโดยไม่จำกัด โดยให้ถือว่ากฎหมายของรัฐสภาเป็นกฎหมายสูงสุดตามหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติลักษณะและวิธีการในการมอบอำนาจย่อมถูกจำกัด โดยกฎหมายแม่บท(Act) ที่ให้อำนาจไว้ ประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร จึงมีเพียงพระราชบัญญัติเท่านั้นที่เป็นกฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎใช้บังคับเป็นการทั่วไปได้ ส่วนพระราชกฤษฎีกาตามแบบพิธีซึ่งเป็นพระราชอำนาจมาแต่ดั้งเดิม (royal prerogative) เช่น พระราชกฤษฎีกาในสภาองคมนตรี (Order in Council) ซึ่งก่อตั้งสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (Civil Service Commission) ประมวลข้อบังคับความประพฤติของข้าราชการ (Established Civil Servants Code : Estacode) ไม่มีสถานะเป็นกฎจึงไม่ต้องมีกฎหมายมอบอำนาจ<sup>13</sup>

#### รูปแบบของกฎต่างๆ เรียงตามลำดับศักดิ์สูงสุดลงไปมีดังนี้

3.1.1 Order in Council คือ พระราชกฤษฎีกาซึ่งพระราชินีตราขึ้นตามคำแนะนำขององคมนตรี (privy council) โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ (Act) ซึ่งมีลักษณะเป็น กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) ส่วนในกรณีที่เป็นการใช้พระราชอำนาจทาง

<sup>13</sup>บรรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 16.

ประเพณี (royal prerogative) มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ไม่เป็นกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) ดังนั้นพระราชกฤษฎีกาที่มีสถานะเป็นกฎจึงต้องอาศัยกฎหมายแม่บทมอบอำนาจ

3.1.2 Regulations คือ ประกาศกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

3.1.3 Orders คือ ระเบียบ หลักเกณฑ์และวิธีการซึ่งหัวหน้าหน่วยงานราชการกำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

3.1.4 Directions คือ ระเบียบแบบแผนของทางราชการซึ่งผู้บังคับบัญชาในแต่ละหน่วยงานกำหนดขึ้นเพื่อเป็นแนวทางให้ข้าราชการยึดถือปฏิบัติ

3.1.5 Warrants คือ ประกาศกระทรวงการคลังในเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียมต่างๆ ตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้

3.1.6 Rules คือ ระเบียบเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครองซึ่งองค์กรต่างๆ กำหนดขึ้นตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้

3.1.7 Bye-law คือ ข้อบัญญัติท้องถิ่นตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้

รูปแบบของกฎดังกล่าวที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดให้มีการออกกฎในรูปแบบต่างๆ ได้หลายรูปแบบตามความสำคัญในแต่ละเรื่อง เช่น พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) มาตรา 2(2) ให้ออกกฎในรูปแบบ Order in Council และ Regulations เพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีของอังกฤษตามสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (the European treaties) ซึ่งกฎต่างๆ ในแต่ละรูปแบบย่อมแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ตั้งแต่กฎหมายลำดับรองจนถึงพระราชบัญญัติให้สอดคล้องต่อสนธิสัญญาสหภาพยุโรปได้โดยไม่ต้องให้รัฐสภาตรากฎหมายแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวที่ละฉบับทำให้การแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายเป็นไปอย่างรวดเร็ว พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2001 (the Regulatory Reform Act 2001) ซึ่งใช้บังคับแทนบทบัญญัติหมวดที่ 1 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดบทบัญญัติและพันธะทางสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) ให้อำนาจรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องออก Regulation Orders ยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติที่มีผลบังคับใช้มาแล้วอย่างน้อย 2 ปีได้ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ค.ศ.1971 (the Immigration Act 1971) ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐออก Rules เกี่ยวกับคนเข้าเมือง พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งและการลงประชามติ ค.ศ. 2000 (the Elections and Referendums Act 2000) ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้ง (the



Electoral Commission) ออก Regulations เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการลงประชามติ<sup>14</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการปกครองท้องถิ่น ค.ศ.1972 ให้อำนาจออก Bye-laws บังคับใช้ในพื้นที่ต่างๆ<sup>15</sup> เป็นต้น

### 3.2 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1958 มาตรา 37 ได้จัดสรรอำนาจการออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า “กฎข้อบังคับอิสระเอกเทศ” เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี (règlement autonome) โดยไม่ต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดรองรับตามทฤษฎีการบังคับการให้ เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย (exécution des lois) ที่รัฐสภาตราขึ้น ไม่ใช่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นอำนาจที่จะบังคับการตามกฎหมายทั้งหลายนี้จึงรวมถึงอำนาจที่จะวางกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ จำเป็นอย่างยิ่งแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั้งหลายทั้งที่กฎหมายเหล่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจไว้โดยตรงเพราะอำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปเป็นอำนาจโดยสภาพที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ซึ่งสามารถ ออกกฎเกณฑ์ได้โดยไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภาเพียงแต่กฎเกณฑ์นั้นต้องชอบ ด้วยกฎหมาย ฝ่ายบริหารจึงมักออกกฎเกณฑ์มาเพื่อขยายความรัฐบัญญัติหรือเพื่ออุดช่องว่างของ กฎหมาย<sup>16</sup>

#### ตัวอย่างรูปแบบของกฎที่สำคัญมีดังนี้

3.2.1 Les règlements autonomes คือ กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารเอกเทศที่มีผลเป็นกฎหมาย ซึ่งประธานาธิบดีมีอำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปที่จำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นอำนาจในการออกกฎในเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจออกกฎหมายของรัฐสภา<sup>17</sup>

3.2.2 décret คือ รัฐกฤษฎีกาซึ่งคณะรัฐมนตรีตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือ รัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ เว้นแต่เป็นเรื่องสำคัญทางการเมือง แม้ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีสามารถเสนอร่างรัฐกฤษฎีกาให้ คณะรัฐมนตรีเห็นชอบและประธานาธิบดีลงนามจึงจะใช้บังคับได้ ส่วนรัฐกฤษฎีกาที่

<sup>14</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, pp.679-680.

<sup>15</sup> O.Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed.,(London : Sweet & Maxwell, 2001), p.666.

<sup>16</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ทฤษฎีและนิติวิธี*, อ้างแล้ว, หน้า 79-81.

<sup>17</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, *รายงานการวิจัย*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 46.

นายกรัฐมนตรีตราขึ้นเพื่อกำหนดแนวทางการดำเนินงานของรัฐบาล การป้องกันประเทศและการบังคับการตามกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 21 ให้อำนาจไว้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเพียงแก่นายกรัฐมนตรีลงนามในรัฐกฤษฎีกาก็มีผลบังคับใช้ได้<sup>18</sup>

ส่วนรัฐกฤษฎีกาที่อาศัยอำนาจรัฐบัญญัตินั้นจะต้องดำเนินการตามเงื่อนไขของรัฐบัญญัติ เช่น หากรัฐบัญญัติกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรที่ปรึกษาก่อน หากไม่ดำเนินการตามเงื่อนไข จะส่งผลให้รัฐกฤษฎีกานั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระทำที่ผิดรูปแบบ (vice de forme) หรือกระทำโดยปราศจากอำนาจ (incompétence)<sup>19</sup>

3.2.3 arrêté คือ กฎซึ่งออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารต่างๆ โดยมีชื่อเรียกตามองค์กรที่ออกกฎ เช่น กฎกระทรวง ข้อบังคับจังหวัดหรือเทศบาล<sup>20</sup>

3.2.4 les mesures d'ordre intérieur คือ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่หัวหน้าหน่วยงานออกเพื่อบังคับใช้ภายในหน่วยงาน<sup>21</sup>

นอกจากนี้ยังมีรัฐกำหนด (ordonnance) ที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐบัญญัตินั้นมี 2 สถานะ รัฐกำหนดที่รัฐสภายังไม่มีมติเห็นชอบนั้นยังมีสถานะเป็นเพียง “กฎ” ซึ่งอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุด แต่หากฝ่ายบริหารนำรัฐกำหนดนั้นไปวางต่อรัฐสภาและรัฐสภามีมติให้ความเห็นชอบภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจ รัฐกำหนดนั้นก็จะมีสถานะเป็น “กฎหมายของฝ่ายบริหาร” หากรัฐสภาไม่มีมติเห็นชอบภายในกำหนดรัฐกำหนดนั้นย่อมสิ้นผลบังคับนับแต่นั้น

<sup>18</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 25-29.

<sup>19</sup> สุรพล นิตไกรพจน์, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, รายงานการวิจัย, อ้างแล้ว, หน้า 60.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

<sup>21</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, อ้างแล้ว, หน้า 132.

\* คดี Canal, Robin et Godot ในปี ค.ศ.1962

ศาลปกครองสูงสุดให้เพิกถอนรัฐกำหนดตั้งศาลทหารของประธานาธิบดี โดยให้เหตุผลว่ารัฐกำหนดกระทบต่อหลักการสำคัญแห่งกฎหมายอาญา อ้างใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, อ้างแล้ว, หน้า 87.



### 3.3 รูปแบบของกฎในระบบกฎหมายไทย

ในปัจจุบันระบบกฎหมายของไทยไม่มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายแทนรัฐสภาแต่อย่างใด มีเพียงการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎเท่านั้น

สำหรับประเภทของกฎนั้น ได้มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5(2) ได้นิยามคำว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้นรูปแบบของกฎนอกจากที่ยกตัวอย่างนี้จึงมีอีกมากมายตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด

#### ตัวอย่างรูปแบบของกฎที่สำคัญเรียงตามลำดับศักดิ์สูงสุดลงไปมีดังนี้<sup>22</sup>

3.3.1 พระราชกฤษฎีกา คือ กฎของฝ่ายบริหารซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีตามขอบเขตของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจ ซึ่งส่วนใหญ่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้กฎหมาย เงินประจำตำแหน่ง การลดหรือยกเว้นภาษี การกำหนดเขตเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ กำหนดสถานที่บังคับใช้กฎหมาย การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิของเจ้าของที่ดินในอสังหาริมทรัพย์ริมทางหลวง เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นในกิจการอื่นที่ตราขึ้นโดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ แต่มีลักษณะเป็นคำสั่งตามแบบพิธี เช่น การเปิดและปิดการประชุมรัฐสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

3.3.2 กฎกระทรวงและระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี คือ กฎที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ในทางปฏิบัติรัฐมนตรีจะส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อน เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นชอบแล้วรัฐมนตรีจึงจะลงนามและบังคับใช้ซึ่งต้องดำเนินการตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พ.ศ.2480

ส่วนใหญ่กฎกระทรวงมักมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเรียกเก็บ การลด หรือยกเว้นค่าธรรมเนียมต่างๆ การกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอและออกใบอนุญาต การกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เป็นต้น

<sup>22</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 120-138.

3.3.3 ประกาศกระทรวง คือ กฎที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้นเช่นเดียวกับกฎกระทรวง รัฐมนตรีไม่ต้องนำประกาศกระทรวงเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการ<sup>\*</sup>

3.3.4 ระเบียบ ข้อบังคับและข้อกำหนด คือ หลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้นหรือในบางกรณีพระราชบัญญัติได้มอบอำนาจให้ข้าราชการประจำออกระเบียบ ข้อบังคับเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามพระราชบัญญัติ

3.3.5 กฎที่ออกโดยคณะกรรมการต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย คือ กฎต่างๆที่กำหนดขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่รัฐ เช่น กฎ ก.พ., กฎ ก.ค. หลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนทางวินัย เป็นต้น

3.3.6 ข้อบัญญัติท้องถิ่น คือ อนุบัญญัติซึ่งพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีชื่อเรียกตามองค์กรที่ออกอนุบัญญัติ เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เทศบัญญัติ เป็นต้น

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นว่าระบบกฎหมายของอังกฤษ ฝรั่งเศสและไทย ล้วนแต่ยอมรับหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายโดยการกำหนดให้กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายบริหารระดับชาติมีศักดิ์สูงกว่ากฎที่ตราโดยองค์กรบริหารส่วนท้องถิ่น ส่วนความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการออกกฎหมายของอังกฤษกับฝรั่งเศสก็คือ การออกกฎหมายของฝรั่งเศสมีความคล่องตัวกว่าของอังกฤษเพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ทั่วไปได้โดยไม่ต้องรอรัฐสภาตรากฎหมายให้อำนาจ ซึ่งลักษณะนี้เกิดจากแนวคิดในการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ หลักการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารของไทยจึงถือหลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก คือ การออกกฎต้องอาศัยกฎหมายมอบอำนาจจึงจะสามารถดำเนินการได้ มีเพียงพระราชกำหนดเท่านั้นที่ใช้หลักการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติโดยรัฐธรรมนูญ

<sup>\*</sup> ประกาศกระทรวงมักใช้สำหรับการออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติซึ่ง พระยาอรรดการิย์นิพนธ์ กำหนดขึ้นเพื่อใช้แทนพระราชกฤษฎีกาเพราะเห็นว่าการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งต้องลงพระปรมาภิไธยนั้นไม่เหมาะที่จะนำมาใช้โดยอาศัยการมอบอำนาจจากประกาศคณะปฏิวัติ แต่ผู้ที่ออกประกาศกระทรวง คือ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเช่นเดียวกับกฎกระทรวงจึงน่าจะถือว่าประกาศกระทรวงมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าพระราชกฤษฎีกา แต่จะมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าหรือสูงกว่าหรือเท่ากับกฎกระทรวงหรือไม่เคยมีผู้วินิจฉัยไว้



อย่างไรก็ตามปัญหาสำคัญของการมอบอำนาจให้ออกกฎในระบบกฎหมายไทยก็คือ การมอบอำนาจให้ออกกฎในรูปแบบไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของกฎ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าควรให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เพราะมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวดกว่ากฎในรูปแบบอื่น โดยมีการกลั่นกรองโดย คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะรัฐมนตรีและยังต้องทูลเกล้าฯ เพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งหาก ทรงไม่เห็นชอบก็จะไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ได้แก่ การมอบอำนาจให้ออกกฎที่มีผลเป็นการ ยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายและกฎที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>\*</sup> เช่น การกำหนด มาตรการคุ้มครองการทำงานของบุคคลากรในสถาบันการอุดมศึกษาเอกชนและหลักเกณฑ์ในการ พิจารณาของคณาจารย์ ตามมาตรา 23 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันการอุดมศึกษา เอกชน พ.ศ.2546 การมอบอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นของราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคตามกฎหมาย อื่นให้กรุงเทพมหานครดำเนินการแทนตามมาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ กรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 การประกาศลดอัตราหรือยกเว้นภาษีสรรพสามิตสำหรับสินค้าหรือ บริการตามมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 การเปลี่ยนแปลงเขตหรือเพิก ดอนป่าสงวนแห่งชาติได้ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 การ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการสำรวจแร่ การซื้อขายและครอบครองแร่ การขนส่งแร่ การนำเข้าและส่งออกแร่ กำหนดวิธีการให้ความคุ้มครองแก่คนงานและความปลอดภัยแก่ บุคคลภายนอกตามมาตรา 17(3),(4),(5),(6) แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ.2510 เป็นต้น

#### 4.กระบวนการในการออกกฎในประเทศต่างๆ

ในแต่ละประเทศมีกระบวนการในการออกกฎที่แตกต่างกันตามวัตถุประสงค์ในการ คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการถูกละเมิดโดยกฎ ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในอังกฤษมี มาตรการตรวจสอบกฎที่เข้มงวดกว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและไทย ดังรายละเอียดต่อไปนี้

##### 4.1 กระบวนการออกกฎในประเศอังกฤษ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายลำดับรอง ค.ศ.1946 (Statutory Instruments Act 1946) ได้วางหลักในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองโดยให้ส่วนราชการที่ ยกร่างกฎหมายลำดับรองส่งร่างฯ ไปให้คณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีซึ่งมีลอร์ด ชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) และเจ้าหน้าที่พิจารณาไม่ให้ตรากฎหมายลำดับรองเกินอำนาจ (ultra vires) ของกฎหมายแม่บท โดยกำหนดให้ Order in Council ที่มีใช้ Royal Prerogative และ

<sup>\*</sup> ผู้เขียนได้ให้เหตุผลถึงความสำคัญและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้แล้วในเรื่อง ลักษณะการมอบอำนาจให้ออก “กฎ” หัวข้อ 2.1

Rules, Regulations และ Orders เป็นกฎหมายลำดับรอง (Statutory Instruments) ที่จะต้องถูกตรวจสอบตามพระราชบัญญัติ<sup>23</sup>

#### 4.1.1 การปรึกษาหารือ (consultation)

วัตถุประสงค์ที่สำคัญของการปรึกษาหารือคือการรับฟังความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างกฎที่มีผลกระทบต่อคนจำนวนมากทั้งที่ระบุตัวบุคคลได้และระบุไม่ได้ (individualized) โดยเน้นแนวทางในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทที่เหมาะสมเป็นธรรม มีประสิทธิภาพ ไม่สร้างภาระกับฝ่ายใดมากจนเกินไป

กฎหมายอังกฤษแทบทุกฉบับจะกำหนดให้ก่อนการออกกฎ ส่วนราชการเจ้าของเรื่องต้องปรึกษากับองค์กรต่างๆ ที่เป็นผู้แทนของกลุ่มบุคคลที่จะถูกบังคับตามกฎนั้น ซึ่งโดยทั่วไปแบ่งออกเป็น 2 แบบตามวิธีการที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ คือ การบังคับให้ปรึกษาและการปรึกษาหารือโดยสมัครใจกับคณะกรรมการให้คำปรึกษาและแนะนำ (the Social Security Advisory Committee)<sup>24</sup>

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการปรึกษาหารือกับองค์กรใดก่อนจึงจะดำเนินการบังคับใช้กฎต่อไปได้ ถ้าหากฝ่าฝืนไม่ดำเนินการก็จะส่งผลให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้ (mandatory procedural requirement) เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความปลอดภัยในการทำงาน ค.ศ.1994 (the Social Security (Incapacity for Work) Act 1994 ให้รัฐมนตรีต้องปรึกษากับคณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยของสังคม(the Social Security Committee) ก่อนการออกกฎต่างๆ<sup>25</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและประชาพิจารณา ค.ศ.1992 (The Tribunals and Inquiries Act 1992) กำหนดให้ Lord Chancellor จะออกข้อบังคับ (Order) ว่าด้วยขั้นตอนในการจัดประชาพิจารณาในเรื่องใดได้ต่อเมื่อได้ปรึกษาหารือกับสภาแห่งคณะกรรมการ (Council on Tribunals) แล้ว พระราชบัญญัติการบริหารงานประกันสังคม ค.ศ.1992 (The Social Security Administration Act 1992) กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษากับคณะกรรมการที่ปรึกษาการประกันสังคม (Social Security Advisory Committee) ก่อนการออกกฎข้อบังคับ<sup>26</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันและควบคุมมลภาวะ

<sup>23</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, p.367.

<sup>24</sup> H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed.(London : Oxford University Press,2000), p.876.

<sup>25</sup> O.Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, p.683.

<sup>26</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, p.681.



ค.ศ.1999 (the Pollution Prevention and Control Act 1999) กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษากับผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เช่น สมาคมวิชาชีพต่างๆ และองค์กรส่วนท้องถิ่นก่อนออกกฎ<sup>27</sup>

ส่วนกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการลดทบทบัญญัติและพันธะสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) กำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษากับผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องก่อนการออกระเบียบไปยกเลิกบทบัญญัติ<sup>28</sup> เป็นต้น

กรณีที่กฎหมายกำหนดให้เป็นดุลยพินิจของรัฐมนตรีที่จะปรึกษาหารือกับองค์กรที่เหมาะสมก่อนการออกกฎ หน่วยงานราชการเจ้าของเรื่องมักจะปรึกษาหารือกับกลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

#### 4.1.2 การประชาพิจารณ์ หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry)

ในกฎหมายอังกฤษมีคำที่ใช้เรียกการประชาพิจารณ์แตกต่างกัน เช่น “Public Inquiry”, “Public Local Inquiry”, “Local Inquiry” ทั้งที่สาระสำคัญและกระบวนการไม่ได้แตกต่างกัน การประชาพิจารณ์มักใช้กับร่างกฎข้อบังคับที่กระทบต่อบุคคลเฉพาะเจาะจงในจำนวนไม่มากนัก อันมีพื้นฐานจากหลักคอมมอนลอว์ที่ต้องฟังความจากทุกฝ่ายอย่างเปิดเผย (audi alteram partem) จึงต้องมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นๆ ซึ่งกระทำโดยบุคคลหรือองค์กรที่มีความเป็นอิสระ (independent) อันเป็นไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice)

การประชาพิจารณ์มีจุดเริ่มต้นมาจากรายงานของคณะกรรมการว่าด้วยการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน (the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries or the Frank Committee) ซึ่งต่อมาได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ.1958 (The Tribunals and Inquiries Act 1958) และได้มีการแก้ไขกฎหมายอีกหลายครั้งจนถึงกฎหมายฉบับปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทและการไต่สวน ค.ศ.1992 (The Tribunals and Inquiries Act 1992) ซึ่งได้กำหนดการทำประชาพิจารณ์ไว้ 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ การประชาพิจารณ์ที่กฎหมายบังคับให้ทำ (Statutory Inquiries) กับการประชาพิจารณ์ที่กฎหมายมิได้บังคับให้ทำ (Non-Statutory Inquiries)<sup>29</sup>

<sup>27</sup> *ibid*, p.681

<sup>28</sup> H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, p.877.

<sup>29</sup> *ibid*, p.885.

กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ต้องจัดทำประชาพิจารณ์ก่อนการออกกฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการทำประชาพิจารณ์ เช่น กฎข้อบังคับว่าด้วยวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลบทบัญญัติและพันธสัญญา ค.ศ.1994 ฉบับปี 1996 (Deregulation (Model Appeal Provisions) Order 1996<sup>30</sup> เป็นต้น ส่วนกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจ (discretionary) แก่รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ในการเลือกว่าจะจัดให้มีการทำประชาพิจารณ์หรือไม่ก็ได้ตามที่เห็นสมควร

#### 4.1.3 การประกาศกฎ (publication)

โดยทั่วไปเมื่อมีการประกาศบังคับใช้กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติแล้วย่อมถือว่าสาธารณชนได้รู้ถึงเนื้อหาของกฎหมายแล้ว การไม่รู้กฎหมายไม่เป็นข้อแก้ตัวแต่กฎหมายลำดับรองซึ่งฝ่ายบริหารตราโดยได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทซึ่งมีจำนวนมากนั้น แต่เดิมไม่มีการประกาศ ต่อสาธารณชน ต่อมาพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายลำดับรอง (Statutory Instruments Act 1946) กำหนดให้หน่วยงานที่ออกกฎต้องรีบนำส่งกฎดังกล่าวไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาและพิมพ์เผยแพร่กฎดังกล่าวให้สาธารณชนทั่วไปรับทราบ ยกเว้นข้อบัญญัติท้องถิ่น (local instruments) กฎข้อบังคับที่ใช้บังคับเพียงชั่วคราว (temporary instruments) และกฎข้อบังคับที่ต้องปกปิดเป็นความลับ (confidential instruments) ซึ่งกฎหมายไม่บังคับให้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา<sup>31</sup>

การพิมพ์ประกาศกฎข้อบังคับเป็นวิธีการคุ้มครองประชาชนให้รู้ถึงกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารและประชาชนยังสามารถตรวจสอบและโต้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของกฎที่ประกาศบังคับใช้ได้ง่ายขึ้น หากไม่มีการประกาศกฎข้อบังคับก่อนการบังคับใช้ย่อมไม่สามารถลงโทษผู้ละเมิดกฎนั้นได้ เช่น ในคดี R. v. Sheer Metalcraft ซึ่งมีการออกกฎห้ามขายเหล็กในราคาที่แตกต่างจากราคาที่กำหนดในกฎ แต่ไม่มีการประกาศกฎนั้นให้ประชาชนทราบ ศาลไม่ลงโทษผู้ละเมิดกฎนั้น<sup>32</sup>

#### 4.2 กระบวนการออกกฎในประเทศฝรั่งเศส

ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ทั่วไปได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบจากองค์กรอื่นๆ ก่อนการบังคับใช้กฎเกณฑ์ โดยถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครอง

<sup>30</sup> ibid, p.907.

<sup>31</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, pp.368-369.

<sup>32</sup> O.Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, p.682.



ซึ่งหากเนื้อหา กฎเกณฑ์ ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสมก็อาจถูกศาลสั่งให้เพิกถอนได้ในภายหลัง

#### 4.2.1 การปรึกษาหารือ (consultation)

ในการออกรัฐกำหนดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 และรัฐกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37 คณะรัฐมนตรีต้องมีการปรึกษาหารือกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ก่อนและเมื่อได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐแล้วรัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาจึงจะมีผลบังคับใช้ ส่วนการยกร่างกฎในกรณีอื่นๆ เช่น กฎกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น โดยทั่วไปเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร เว้นแต่เป็นเรื่องที่รัฐบัญญัติกำหนดให้ต้องมีการปรึกษาหารือ

แม้สภาแห่งรัฐมีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล แต่ไม่ว่ารัฐบาลจะขอคำปรึกษาไปยังสภาแห่งรัฐเองหรือมีกฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษา เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ.1980 กำหนดให้การตรารัฐกฤษฎีกาเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ รัฐบาลต้องนำร่างรัฐกฤษฎีกาไปขอความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจึงประกาศบังคับใช้รัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้<sup>33</sup>

#### 4.2.2 การประชาพิจารณ์ หรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry)

การประชาพิจารณ์รับฟังความคิดเห็นของประชาชนปรากฏขึ้นนับแต่การตรารัฐกฤษฎีกาที่ 59-701 ลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ.1959 ซึ่งต่อมาได้มีการปรับปรุงกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนโดยรัฐกฤษฎีกาที่ 76-432 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ.1976 เช่น การจัดทำเอกสารประกอบการรับฟังความคิดเห็น ระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นและการรายงานสรุปความเห็นของคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็น และต่อมาได้มีการตรารัฐกฤษฎีกาที่ 83-630 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ.1983 เพื่อกำหนดมาตรการการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนจากการดำเนินโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และในที่สุดรัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติที่ 95-101 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995 ได้กำหนดให้มีการอภิปรายสาธารณะ (un débat public) เกี่ยวกับความเหมาะสมและลักษณะสำคัญของโครงการที่มีความเสี่ยงทางสังคม เศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม ภายใต้การกำกับดูแลของคณะกรรมการการอภิปรายสาธารณะ (la Commission nationale du débat public) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระ นอกจากนี้ยังมีการตรารัฐกฤษฎีกาที่ 96-388 ลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ.1996 เพื่อการปฏิบัติตามรัฐบัญญัติ โดยกำหนดขั้นตอนการเตรียมจัดทำ

<sup>33</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, "หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส", รายงานการวิจัย, อ้างแล้ว, หน้า 61.

โครงการ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับขนาดและค่าใช้จ่ายต่างๆ ของโครงการที่จะต้องจัดให้มีการอภิปรายสาธารณะ<sup>34</sup>

#### 4.2.3 การประกาศกฎ (publication)

กระบวนการประกาศกฎก่อนการบังคับใช้นั้นมีทั้งกฎที่กฎหมายบังคับให้ต้องประกาศและกฎที่กฎหมายไม่บังคับให้ประกาศ เช่น ก่อนการบังคับใช้รัฐกฤษฎีกาเป็นหน้าที่ของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่จะต้องประกาศรัฐกฤษฎีกาในรัฐกิจจานุเบกษา (le journal Officiel) จึงจะมีผลบังคับใช้<sup>35</sup> ส่วนกฎเกณฑ์รูปแบบอื่นๆ หากไม่มีการประกาศกฎนั้นย่อมมีผลบังคับใช้แต่ผู้ถูกกระทบสิทธิสามารถฟ้องขอเพิกถอนกฎภายในระยะเวลา 2 เดือนโดยศาลปกครองถือว่าอายุความในการฟ้องเพิกถอนกฎดังกล่าวจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการประกาศกฎนั้น (publicataire) ครบไต่ที่ยังไม่มีการประกาศกฎนั้นในรัฐกิจจานุเบกษาก็ยังไม่มีหรือนับอายุความ<sup>36</sup>

#### 4.3 กระบวนการออกกฎในประเทศไทย

ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยกระบวนการออกกฎและไม่มีกฎหมายให้อำนาจองค์กรอื่นใดทำการตรวจสอบกฎของฝ่ายบริหารก่อนการประกาศใช้เหมือนอย่างประเทศอังกฤษ โดยถือว่ากฎดังกล่าวเป็นเพียงนิติกรรมทางปกครองเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งอาจถูกศาลสั่งเพิกถอนได้ในภายหลัง

อย่างไรก็ตามหากรัฐบาลต้องการป้องกันข้อบกพร่องจากการออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ก็สามารถขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาช่วยตรวจสอบให้ก็ได้ เมื่อไม่มีกฎหมายบังคับให้การออกกฎเกณฑ์ต่างๆ ต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้นในบางครั้งรัฐบาลได้ตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่างๆ โดยไม่ผ่านคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>37</sup>

##### 4.3.1 การปรึกษาหารือ (consultation)

กฎหมายไทยที่กำหนดให้มีการปรึกษาหารือก่อนการออกกฎมักซึ่งมักจะบัญญัติให้ต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการตามกฎหมายฉบับนั้นซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเช่นเดียวกัน ยังไม่ปรากฏ

<sup>34</sup> สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน(Enquête publique) ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง 22(1)(2548): 3-7.

<sup>35</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, อ้างแล้ว, หน้า 27.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 159.

<sup>37</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 9, อ้างแล้ว, หน้า 540.



กฎหมายฉบับใดที่กำหนดให้รัฐมนตรีหรือผู้รับมอบอำนาจต้องปรึกษาหรือกับองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎก่อนการออกกฎ เพราะในบทบัญญัติของกฎหมายมักใช้คำว่า “โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ....หรือโดยความเห็นชอบของ.....” เช่น

(1) พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 8 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรมและการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร ตลอดจนการอื่นที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนด.....”

(2) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 มาตรา 46 บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือเอกชน ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งต้องจัดทำรายงานวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม...”

(3) พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ.2540 มาตรา 19 บัญญัติว่า “ผู้รับสัมปทานต้องสงวนและคุ้มครองนกอีแอ่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้ว่าราชการจังหวัด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด โดยให้นำหลักเกณฑ์ และวิธีการในการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าของกรมป่าไม้มาประกอบการพิจารณาด้วย”

(4) พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 มาตรา 76 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่รัฐมนตรีได้ประกาศกำหนดอายุการใช้ของยาชนิดใดไว้ หากผู้รับอนุญาตรายใดสามารถพิสูจน์หรือทดสอบโดยมีหลักฐานแจ้งชัดจากการวิจัยว่ายาชนิดนั้นของตนอาจมีอายุการใช้ได้เกินกว่าอายุการใช้ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ก็ให้รัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจขยายอายุการใช้ของยาชนิดนั้นให้แก่ผู้รับอนุญาตที่นำพิสูจน์หรือทดสอบได้นั้นเป็นการเฉพาะรายได้”

การที่ไม่มีการปรึกษาหรือกับองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎย่อมส่งผลให้กฎนั้นไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ง่าย ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายที่มอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมในทางเทคนิคซึ่งต้องอาศัยความเห็นของผู้เชี่ยวชาญควรมีกระบวนการปรึกษาหรือกับองค์กรวิชาชีพที่เชี่ยวชาญในด้านนั้นซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎนั้น เช่น ก่อนการออกกฎในการควบคุมอาคารควรปรึกษาสภาวิศวกรหรือคณะวิศวกรรมศาสตร์ของสถาบันการศึกษา ก่อนการออกกฎเรื่องการรักษาสิ่งแวดล้อมและการสงวนสัตว์ป่าและพันธุ์พืชควรปรึกษากลุ่ม NGOs ที่มีบทบาทในการรักษาสิ่งแวดล้อม ก่อนการออกกฎเรื่องยาควรปรึกษาแพทยสภาและสมาคมเภสัชหรือคณะเภสัชศาสตร์ในสถาบันการศึกษา เป็นต้น

#### 4.3.2 การประชาพิจารณาหรือการไต่สวนสาธารณะ (public inquiry)

แม้กระบวนการประชาพิจารณาจะรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการออกกฎเป็นมาตรการที่สำคัญในป้องกันการออกกฎไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดี แต่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากกว่าการปรึกษาหารือเพราะต้องขอประชามติจากประชาชนจำนวนมาก การรับฟังความคิดเห็นหรือประชาพิจารณา จึงไม่เหมาะกับประเทศไทย คุณจามร โสมานันท์ เห็นว่า การปรึกษาหารือก่อนการออกกฎเพราะสามารถนำข้อมูลที่ได้ไปใช้ประโยชน์ได้อย่างรวดเร็ว<sup>38</sup>

อย่างไรก็ตามในเรื่องการจัดทำประชาพิจารณานั้นจนถึงปัจจุบันนอกจากระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2548 ซึ่งมีสถานะเป็นเพียงกฎแล้วก็มีกฎหมายเพียง 6 ฉบับเท่านั้นที่บังคับให้มีการจัดทำประชาพิจารณา ได้แก่

(1) พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 ได้กำหนดให้ในการจัดทำผังเมืองรวม สำนักผังเมืองหรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นต้องจัดให้มีการโฆษณาให้ประชาชนทราบ ไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน แล้วจัดการประชุมไม่น้อยกว่าสองครั้งเพื่อรับฟังข้อคิดเห็นของประชาชนในท้องที่ที่จะมีการวางและจัดทำผังเมืองรวมนั้น หรือจะกำหนดให้ผู้แทนของประชาชนเข้าร่วมประชุมตามความเหมาะสมก็ได้

ข้อคิดเห็นที่ได้รับจากประชาชนและผู้เข้าร่วมประชุมให้นำไปออกข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินของผังเมืองรวมแล้วปิดประกาศ ณ ที่ว่าการอำเภอท้องที่นั้น ที่ว่าการองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นหรือสาธารณสุขสถานภายในเก้าสิบวัน หากผู้มีส่วนได้เสียไม่คัดค้าน ให้สำนักผังเมืองหรือเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นเสนอต่อคณะกรรมการผังเมืองเพื่อขอความเห็นชอบเพื่อเสนอรัฐมนตรีดำเนินการออกกฎกระทรวงใช้บังคับผังเมืองรวมต่อไป (มาตรา 19 ถึงมาตรา 25)

(2) พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ.2521 ได้ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกากำหนดประเภทชนิดของผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ต้องผลิตให้มีรูปร่างและมาตรฐานตามที่ทางราชการกำหนด เพื่อความปลอดภัย เพื่อป้องกันความเสียหายอันอาจจะเกิดแก่ประชาชนหรือแก่กิจการอุตสาหกรรมหรือเศรษฐกิจของประเทศ แต่ก่อนที่จะตราพระราชกฤษฎีกานั้นฝ่ายปกครองผู้รับมอบอำนาจจะต้องประกาศโฆษณาในราชกิจจานุเบกษาและหนังสือพิมพ์รายวันภาษาไทยเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน โดยระบุประเภท ชนิดของผลิตภัณฑ์ที่จะมีการกำหนดให้ต้องเป็นไปตามมาตรฐานและเวลา สถานที่ซึ่งให้ประชาชนตรวจดูรายละเอียด ถ้าไม่มีคัดค้าน ให้เจ้าหน้าที่รายงานคณะกรรมการผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมทราบ เพื่อเสนอให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาต่อไป (มาตรา 17 ถึงมาตรา 19)

<sup>38</sup> จามร โสมานันท์, การปรึกษาหารือและการรับฟังความคิดเห็นในกระบวนการนิติบัญญัติและการออกกฎข้อบังคับ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า ๖. (บทคัดย่อ)



(3) พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2517 ได้กำหนดให้ความยินยอมของประชาชนเป็นเงื่อนไขในการออกกฎข้อบังคับ คือ เมื่อคณะกรรมการจัดรูปที่ดินกลางเห็นสมควรจัดให้ที่ดินท้องที่ใดในจังหวัดนั้นเป็นเขตโครงการจัดรูปที่ดิน ให้คณะกรรมการจัดรูปที่ดินสอบถามเจ้าของที่ดินทุกรายในท้องที่นั้น ถ้ามีเจ้าของที่ดินยินยอมเกินกว่ากึ่งหนึ่งของเจ้าของทั้งหมด จึงจะดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตโครงการจัดรูปที่ดินต่อไป (มาตรา 27 ถึง มาตรา 28)

(4) พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ.2535 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศชื่อและประเภทเครื่องสำอางควบคุมพิเศษ เครื่องสำอางควบคุม เครื่องสำอางที่ห้ามผลิต ห้ามนำเข้า เพื่อการคุ้มครองสุขภาพอนามัย โดยก่อนการออกประกาศดังกล่าว ต้องมีการทำประชาพิจารณ์รับฟังความคิดเห็นจากผู้ที่เกี่ยวข้องตามสมควร เว้นแต่เป็นกรณีจำเป็นเร่งด่วน (มาตรา 5)

(5) พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 ให้ผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวงประกาศแนวเขตที่จะทำหรือแก้ทางระบายน้ำ พร้อมทั้งแผนผังแสดงแนวเขตดังกล่าว และปิดประกาศไว้ในบริเวณที่จะกระทำการนั้น และให้มีหนังสือแจ้งเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินหรือทรัพย์สินในแนวเขตดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ ไม่น้อยกว่าเก้าสิบวัน ก่อนการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้มีส่วนได้เสียและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณาจัดทำหรือแก้ทางระบายน้ำของผู้อำนวยการทางหลวงหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้อำนวยการทางหลวง (มาตรา 36)

(6) พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ให้คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามระเบียบที่คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา (มาตรา 19(9))

อย่างไรก็ตามเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) มาตรา 57 วรรคสอง บังคับให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนการออกกฎที่อาจมีส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเป็นกฎที่อาจมีส่วนได้เสียสำคัญของประชาชนซึ่งต้องมีการทำประชาพิจารณ์ก่อนการออกกฎดังกล่าว จึงควรมีกฎหมายกลางขึ้นมาควบคุมการออกกฎเหมือนอย่างอังกฤษซึ่งมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎ ค.ศ.1946 (the Statutory Instruments Act 1946) โดยในกฎหมายกลางที่จะตราขึ้นควรกำหนดให้ชัดเจนว่ากฎที่มีเนื้อหาในลักษณะใดบ้างที่ถือเป็น “กฎที่อาจมีส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน” และให้ตรากฎดังกล่าวในรูปแบบพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว

#### 4.3.3 การประกาศกฎ (publication)

วิธีประกาศใช้กฎที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายของไทยยังไม่มีกำหนดเป็นหลักการทั่วไปในกฎหมายกลางสำหรับการดำเนินการลงประกาศดังเช่นกฎหมายของอังกฤษ แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายแม่บทแต่ละฉบับกำหนดไว้ ดังนั้นหากกฎหมายแม่บทมิได้ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ให้ประกาศโดยวิธีอื่นแทนหรือกฎหมายไม่บังคับให้ประกาศด้วยวิธีการใดเลย หากจะถือว่าสาธารณชนรับรู้ถึงกฎนั้นแล้ว การไม่รู้ไม่เข้าใจข้อแก้ตัวได้หรือไม่ ในเรื่องนี้เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับวางหลักไว้ว่าการประกาศเป็นขั้นตอนที่จะต้องกระทำตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด เมื่อไม่มีการประกาศ ย่อมส่งผลให้กฎข้อบังคับนั้นยังไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ กฎพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง เมื่อได้ประกาศตามวิธีที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้แล้วย่อมมีผลบังคับทันที (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 825/2498 1980/2523 3353/2524) แต่ถ้าเป็นกฎในรูปแบบอื่นนอกการประกาศกฎนั้นตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทแล้วยังต้องออกประกาศให้ประชาชนทราบถึงการบังคับใช้กฎนั้น โดยต้องแก้ไขชัดเจนด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 433/2514 588/2523)

การกำหนดให้มีการประกาศและจัดให้มีหลักฐานที่แน่นอน ในการบังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจของไทยยังมีหลักการที่ยังไม่แน่นอนตายตัว ส่วนใหญ่กฎหมายแม่บทมักกำหนดให้ประกาศกฎข้อบังคับนั้นในราชกิจจานุเบกษา บางกรณีหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับท้องที่ใดท้องที่หนึ่งหรือหลายท้องที่โดยเฉพาะ กฎหมายก็อาจกำหนดให้ต้องปิดประกาศกฎข้อบังคับนั้น ณ สถานที่แห่งใดแห่งหนึ่งหรือหลายแห่ง เช่น

(1) พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 มาตรา 5 บัญญัติว่า “พระราชกฤษฎีกาหรือประกาศรัฐมนตรี ซึ่งกำหนดขึ้นตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้คัดสำเนาประกาศไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอและที่ว่าการอำเภอและที่ทำการกำนัน หรือที่สาธารณสถานในท้องที่ซึ่งเกี่ยวข้อง”

(2) พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ให้ปิดประกาศสำเนากฎกระทรวงและแผนที่ท้ายกฎกระทรวงตามมาตรา 6 วรรคสอง หรือมาตรา 7 ไว้ ณ ที่ทำการอำเภอหรือกิ่งอำเภอท้องที่ ที่ทำการกำนันท้องที่ และที่เปิดเผยเห็นได้ง่ายในหมู่บ้านท้องที่นั้น”

(3) พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2511 มาตรา 28 บัญญัติว่า “การประกาศเขตเดินสายไฟฟ้าซึ่งมีข้อห้ามเฉพาะประชาชนในท้องที่ใดท้องที่หนึ่ง ให้ประกาศไว้ ณ ที่ว่าการอำเภอแห่งท้องที่ดังกล่าว และจัดทำเครื่องหมายในบริเวณที่ประกาศตามสมควร”

(4) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ.2542 มาตรา 29 วรรคสองบัญญัติว่า “คณะกรรมการอาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ถือว่าเป็นการทำให้ราคาต่ำเกินสมควร หรือสูงเกินสมควร หรือทำให้ปั่นป่วนซึ่งราคาของสินค้าหรือบริการใดก็ได้ หลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”



(5) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 มาตรา 108 บัญญัติว่า “ในระหว่างที่ไม่มีสภากรุงเทพมหานคร หรือในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนใน อันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะและจะเรียกประชุมสภา กรุงเทพมหานครให้ทันทั่วทั้งที่มีได้ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร โดยอนุมัติรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทยจะออกข้อกำหนดกรุงเทพมหานครให้ใช้บังคับดังเช่นข้อบัญญัติ และเมื่อ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้”

ส่วนกรณีที่กฎหมายแม่บทไม่ได้บังคับให้ประกาศ เช่น ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้การ ตราพระราชกฤษฎีกา ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อนจึงจะมีผลบังคับได้ แต่ในทางปฏิบัติ ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน การตราพระราชกฤษฎีกาก็ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาทุกครั้ง แต่สำหรับกฎกระทรวงนั้น พระราชบัญญัติแม่บทมักจะมีถ้อยคำว่า “กฎกระทรวงนั้นเมื่อ ได้ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้” ส่วนประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับและกฎ รูปแบบอื่นๆ กฎหมายแม่บทบางฉบับก็ให้ประกาศ บางฉบับก็ไม่กำหนดแล้วแต่กรณี

##### 5. การควบคุมกระบวนการในการออกกฎและเนื้อหาของกฎ

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารในลักษณะต่างๆ อาจส่งผลให้เกิดการลดทอนสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนเกินสมควรอันขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของส่วนรวม โดยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิ จึงต้องมี การควบคุมตรวจสอบการออกกฎทั้งด้านกระบวนการในการออกกฎและเนื้อหาของกฎให้เป็น ไป ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มอบอำนาจนั้น โดยผู้ที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายที่มอบ อำนาจต่างๆ เพื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎอันเป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ

แนวทางในการควบคุมการออกกฎแบ่งออกเป็น 2 แนวทางหลัก ได้แก่

แนวทางแรก การควบคุมเชิงแก้ไข คือ การควบคุมตรวจสอบภายหลังจากที่กฎมีผลบังคับใช้ แล้วเพื่อเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้สิ้นผลบังคับอันเป็นการเยียวยาผลกระทบที่เกิดขึ้น จากการใช้กฎนั้น

แนวทางที่สอง การควบคุมเชิงป้องกัน คือ การควบคุมตรวจสอบก่อนการบังคับใช้กฎเพื่อมิให้ กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลบังคับใช้

แต่ละประเทศมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหารด้วยองค์กรต่างๆ เช่น ในอังกฤษให้มีการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ศาลยุติธรรมและคณะกรรมการที่ปรึกษาและ เสนอแนะ (Advisory Committee) ฝรั่งเศสมีการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง และสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ส่วนไทยมีการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกา

ในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎนั้นมีทั้งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองและการ ควบคุมโดยองค์กรภายนอกที่มีความอิสระจากฝ่ายบริหาร เช่น รัฐสภา ศาล เป็นต้น

### 5.1 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา

การที่รัฐสภามอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารอาจทำให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือขัดต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บทอันเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อมได้ จึงต้องมีการควบคุมดูแลการใช้อำนาจออกกฎหมายต่างๆ เพื่อให้มั่นใจว่าฝ่ายบริหารได้ออกกฎหมายตามรูปแบบและกระบวนการตามขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ และเนื้อหาของกฎหมายมีความสอดคล้องเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท

โดยทั่วไปแล้ว การควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายของฝ่ายปกครองมีทั้งการตรวจสอบควบคุมก่อนการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันการออกกฎหมายไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน (การควบคุมเชิงป้องกัน) กับการควบคุมตรวจสอบภายหลังการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการเยียวยาแก้ไขผลกระทบจากการบังคับใช้กฎหมายนั้น (การควบคุมเชิงแก้ไข)<sup>39</sup> โดยคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งผลกระทบของกฎหมายนั้นและกระบวนการออกกฎหมายที่กำหนดไว้

บทบาทของรัฐสภาโดยทั่วไปนอกจากการใช้อำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติแล้ว ก็ยังมีบทบาทในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร โดยการตั้งกระทู้ถามและการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล แต่ในบางประเทศ เช่น อังกฤษที่ถือหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา ได้กำหนดให้รัฐสภามีบทบาทในการตรวจสอบการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารไม่ให้เกินขอบอำนาจ (ultra vires) ที่รัฐสภามอบอำนาจไว้ในกฎหมายแม่บท

#### 5.1.1 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาอังกฤษ

นับแต่ปี ค.ศ.1931 ที่คณะกรรมการว่าด้วยอำนาจรัฐมนตรี (the Ministers Powers Committee) ได้เสนอรายงานการตรวจสอบร่างกฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายต่อ คณะกรรมาธิการสามัญ (Standing Committee) ของแต่ละสภาโดยชี้ให้เห็นถึงการมอบอำนาจที่ขัดแย้งต่อหลักการและขอให้มีการตั้งกรรมาธิการของแต่ละสภาเพื่อตรวจสอบกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกด้วย แต่ก็ไม่มีกรรมาธิการดังกล่าวจนกระทั่งปี ค.ศ.1944 จึงมีการตั้งคณะกรรมาธิการตรวจสอบขึ้นในสภาผู้แทนราษฎร (the Scrutiny Committee) และในปี ค.ศ.1973 จึงมีการตั้งคณะกรรมาธิการร่วมของทั้งสองสภา (the Joint Committee on Statutory Instruments)

ต่อมาในปี ค.ศ.1992 สภาขุนนาง (House of Lords) ได้ตั้งคณะกรรมาธิการว่าด้วยการตรวจสอบการมอบอำนาจขึ้น (the House of Lords' Delegated Powers Scrutiny Committee) ซึ่งต่อมาเปลี่ยนชื่อเป็น “คณะกรรมาธิการว่าด้วยการมอบอำนาจและการลดกฎระเบียบ” (the Delegated Powers and Deregulation Committee)<sup>40</sup> โดยคณะกรรมาธิการชุดนี้มีหน้าที่พิจารณาร่าง

<sup>39</sup>ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), หน้า 293-294.

<sup>40</sup> P.P. Craig, *Administrative Law*, 4<sup>th</sup> ed., (London : Sweet & Maxwell, 1999), pp.372-373.



Deregulation Orders ที่ออกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดทอนบัญญัติและพันธะสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) ซึ่งมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแก้ไขบทบัญญัติต่างๆ ที่ไม่เหมาะสม รวมทั้งกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจให้ออกกฎที่มีเงื่อนไขขยงเล็กหรือแก้ไขกฎหมายของรัฐบาล (Henry VIII clause) และบทบัญญัติที่ให้อำนาจออกกฎอย่างกว้างขวาง (skelton legislation)<sup>41</sup> ต่อมาได้มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2001 (the Regulatory Reform Act 2001) ขึ้นใช้บังคับแทนส่วนที่ 1 ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดทอนบัญญัติและพันธะสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) คณะกรรมการชุดนี้จึงเปลี่ยนชื่อเป็น “คณะกรรมการว่าด้วยการมอบอำนาจและการปรับปรุงบทบัญญัติ (the Committee on Delegated Powers and Regulatory Reform) โดยเน้นการตรวจสอบกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจให้ออกกฎอย่างไม่เหมาะสมหรือขาดมาตรการปกป้อง (safeguards) ที่ดีที่จะคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน<sup>42</sup>

#### การวางกฎต่อรัฐสภา (lay on the table)

รัฐสภาอังกฤษได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบกฎของฝ่ายบริหารทั้งกระบวนการในการออกกฎและเนื้อหาของกฎไม่ให้เกินขอบอำนาจของกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจ โดยการกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้องวางกฎต่อรัฐสภาก่อนประกาศใช้ (laying before parliament) มักจะต้องเป็นการวางต่อทั้งสองสภา วันแต่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน กฎหมายแม่บทได้กำหนดให้วางต่อสภาสามัญเท่านั้น

การวางกฎต่อรัฐสภานั้นไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดบังคับไว้เป็นแบบใดแบบหนึ่ง โดยเฉพาะ แม้แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายลำดับรอง ค.ศ.1946 (the Statutory Instruments Act 1946) ก็ไม่บังคับให้ต้องนำกฎทั้งหมดไปวางต่อรัฐสภาแต่ให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทที่กำหนดไว้ในแต่ละฉบับ ทำให้ยังมีกฎที่ออกตามกฎหมายหลายฉบับไม่ถูกบังคับให้ต้องวางกฎต่อรัฐสภา เช่น Immigration Rules ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยคนเข้าเมือง ค.ศ.1971 (the Immigration Act 1971) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเท่าที่ผ่านมารัฐสภาอังกฤษได้กำหนดการวางกฎต่อรัฐสภาไว้ 3 รูปแบบใหญ่ๆ ตามระดับความเข้มข้นของความจำเป็นในการควบคุมตรวจสอบ

กระบวนการควบคุมที่อ่อนที่สุด ได้แก่ การกำหนดให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎนั้นและประกาศใช้ได้ทันที แต่ต้องนำกฎนั้นส่งไปยังรัฐสภา ซึ่งเรียกว่า “การวางบนโต๊ะ” (Lay on

<sup>41</sup> O.Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed., (London : Sweet & Maxwell, 2001), pp.672-673.

<sup>42</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> ed., (London : Pearson Education , 2007), p.682.

the table) เพื่อให้สมาชิกรัฐสภาตรวจดู หรือการวางกฎเพื่อทราบ เช่น the Postponing Order ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบัญชีรายการมูลค่าสินค้าใหม่ ค.ศ.1952 (the New Valuation Lists (Postponement) Act 1952)<sup>43</sup>

กระบวนการที่เข้มงวดขึ้นมา ได้แก่ การกำหนดให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎนั้น และประกาศใช้ได้ทันที แต่ต้องนำกฎนั้นส่งไปยังรัฐสภาและกำหนดให้รัฐสภาสามารถปฏิเสธไม่ให้ใช้บังคับกฎนั้นได้ (negative procedure) ภายในระยะเวลาที่กำหนด

กระบวนการที่เข้มข้นขึ้นมากอีกชั้นหนึ่งสำหรับกฎบางประเภทที่สำคัญเพิ่มขึ้นไปอีกก็คือ การบังคับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องเสนอร่างกฎ (draft) ส่งไปให้รัฐสภาและกำหนดให้รัฐสภาสามารถปฏิเสธไม่ให้ใช้บังคับร่างกฎนั้นได้ (negative procedure) ภายในระยะเวลาที่กำหนด ร่างกฎของราชทัณฑ์ (Prison Rules)<sup>44</sup> เป็นต้น

กระบวนการควบคุมที่เข้มงวดที่สุดซึ่งใช้สำหรับเรื่องที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องเสนอร่างกฎนั้นต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาลงมติรับรอง (affirmative procedure) เสียก่อนจึงจะประกาศใช้ได้ เช่น London Authority (Expenses) Order ในเดือนกุมภาพันธ์ ค.ศ.2000<sup>45</sup>

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติรัฐสภามีเวลาเพียง 40 วันจึงไม่อาจควบคุมกฎข้อบังคับที่นำมาวางต่อรัฐสภาได้เต็มที่ ดังนั้นหากเป็นกฎข้อบังคับส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการบริหารงานภายในท้องถิ่น รัฐสภามักจะไม่เข้าไปควบคุม

ในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎซึ่งองค์กรฝ่ายบริหารนำมาวางต่อสภานั้นมีการพิจารณาตรวจสอบทั้งด้านกระบวนการออกกฎและเนื้อหาของกฎซึ่งมีตัวอย่างดังนี้

#### กรณีแรก การควบคุมตรวจสอบด้านกระบวนการออกกฎ

ในปี ค.ศ.1969 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Home Secretary) ได้วางกฎข้อบังคับต่อรัฐสภา ซึ่งหลังการอภิปรายวิจารณ์กฎข้อบังคับดังกล่าวแล้ว รัฐสภามีมติไม่เห็นชอบร่างพระราชกฤษฎีกาจำนวน 4 ฉบับเนื่องจากมิได้ผ่านการแนะนำของคณะกรรมการตามกฎหมาย (Boundary Commission)<sup>46</sup>

<sup>43</sup> *ibid*, p.675.

<sup>44</sup> *ibid*, p.674.

<sup>45</sup> O.Hood Phillips & Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, p.673.

<sup>46</sup> De Smith, S.A., *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed., (London : Harry Street and Rodney Brazier, 1985), p.359.



## กรณีที่สอง การควบคุมตรวจสอบด้านเนื้อหาของกฎ

กรณีนี้มีตัวอย่างการออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดทอนบัญญัติและพันธะทางสัญญา ค.ศ.1994 (The Deregulation and Contracting Out Act 1994) แล้วนำร่างกฎไปวางต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบโดยกฎหมายได้กำหนดให้แต่ละสภามีเวลาพิจารณาให้ความเห็นชอบภายใน 60 วันด้วยวิธีการวางร่างกฎเพื่อขอความเห็นชอบจากทั้งสองสภาจึงจะมีผลบังคับใช้ (super-affirmative procedure) ซึ่งมักใช้กับกฎที่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติได้ (Henry VIII clause) ภายหลังจากพิจารณาปรากฏว่ารัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบ ส่งผลให้ร่างกฎนั้นสิ้นผลบังคับ เช่น<sup>47</sup>

-กฎข้อบังคับปี ค.ศ.1997 (ยกเลิกบทบัญญัติบางมาตราในพระราชบัญญัติสินเชื่อสำหรับผู้บริโภค) (Deregulation (Consumer Credit) Order 1997) ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นว่ากฎข้อบังคับมีลักษณะเป็นการยกเลิกมาตรการคุ้มกันที่จำเป็น (necessary protection would not be maintained)

-กฎข้อบังคับปี ค.ศ.1997 (ยกเลิกบทบัญญัติบางมาตราในพระราชบัญญัติการบินพลเรือน ค.ศ. 1982) (Deregulation (Civil Aviation Act 1982) Order 1997) ซึ่งคณะกรรมการฯ เห็นว่าเนื้อหาของกฎข้อบังคับที่ให้การบินพลเรือนไม่อยู่ภายใต้กฎข้อบังคับของเจ้าพนักงาน (removed a burden from a public regulatory authority) มีลักษณะเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจ (ultra vires) ของกฎหมาย

กฎหมายฉบับนี้กำหนดกระบวนการออกกฎข้อบังคับไว้เป็นการเฉพาะ คือ จะต้องมีการปรึกษาหารือกับผู้ที่เกี่ยวข้อง จากนั้นต้องนำร่างกฎข้อบังคับ (draft order) พร้อมด้วยรายงานอธิบายหลักการและเหตุผลของการออกกฎ (explanatory memorandum) วางต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ (affirmative resolution) โดยคณะกรรมการสภาสามัญว่าด้วยการลดทอนบัญญัติ (The Common Deregulation Committee) ต้องพิจารณาร่างกฎข้อบังคับและรายงานสรุปสาระสำคัญต่อรัฐสภาภายใน 60 วัน จากนั้นรัฐสภาจึงพิจารณาให้ความเห็นชอบกฎข้อบังคับดังกล่าวอีกครั้งภายใน 15 วันทำการ (sitting days)

### 5.1.2 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1958 ได้จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับได้โดยไม่มีกระบวนการตรวจสอบโดยรัฐสภาเหมือนเช่นของอังกฤษ ดังนั้นจึงไม่มีการบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องนำกฎข้อบังคับมาวางต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบก่อนการใช้บังคับแต่อย่างใด

<sup>47</sup> House of Commons Library, Research paper 01/27, 14 March 2001.[online] Available from :

### 5.1.3 การควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาไทย

ที่ผ่านมาไม่เคยมีการควบคุมกฎหมายลำดับรองโดยวิธีวางต่อรัฐสภาแต่อย่างใด เมื่อรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับให้แก่ฝ่ายบริหารแล้ว รัฐสภาจะไม่ควบคุมตรวจสอบหรือทบทวนการใช้ดุลพินิจในการออกกฎของฝ่ายบริหารอีก ดังนั้น ถ้ามีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับเกิดขึ้น รัฐสภาก็จะตั้งกระทู้ถามรัฐบาล และตั้งกรรมาธิการเฉพาะเพื่อติดตามผลการปฏิบัติราชการแล้วรายงานต่อรัฐสภาทราบซึ่งเป็นวิธีการซึ่งใช้กันทั่วไปในระบอบรัฐสภา

แม้ยังไม่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐสภาในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎขององค์กรฝ่ายบริหาร แต่ในปัจจุบันได้มีกฎหมายให้อำนาจรัฐสภาควบคุมตรวจสอบการออกกฎขององค์กรตุลาการ ซึ่งปรากฏในกฎหมายไทยเพียงฉบับเดียว คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 6 ได้กำหนดให้การออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบเพื่อยกเลิกระเบียบนั้น ถ้าต่อมามีการเสนอญัติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวไปให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ในกรณีที่เป็นการออกระเบียบศาลปกครองเกี่ยวกับ

1. การฟ้องคดี การร้องสอด การเรียกบุคคลหรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานและการพิจารณาคดีปกครอง (มาตรา 44)

2. มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี (มาตรา 66)

ผู้เขียนเห็นว่าในเมื่อกฎหมายไทยได้ให้อำนาจรัฐสภาควบคุมตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายตุลาการได้ ก็ยิ่งสมควรให้อำนาจรัฐสภาควบคุมตรวจสอบการออกกฎขององค์กรฝ่ายบริหารได้ด้วย เพราะการออกกฎขององค์กรฝ่ายบริหารมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าการออกกฎโดยองค์กรตุลาการซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ในขณะที่กฎของฝ่ายบริหารมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนทั่วไป

### 5.2 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาล

อำนาจตุลาการเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตยของรัฐซึ่งใช้ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจึงต้องมีความเป็นอิสระตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในอังกฤษให้การตรวจสอบกฎของฝ่ายบริหารอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม ส่วนฝรั่งเศสและไทยให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

แม้รูปแบบของศาลแตกต่างกัน แต่สิ่งที่เหมือนกันในทั้ง 3 ประเทศก็คือ ศาลจะตรวจสอบเพียงความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของกฎและกระบวนการออกกฎเท่านั้น ส่วนเรื่องทางนโยบาย (policy) และการกระทำทางรัฐบาล (act of government) นั้นไม่มีความสัมพันธ์กันระหว่าง



ฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการจึงไม่อยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบโดยศาล แต่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร จึงอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา

### 5.2.1 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลอังกฤษ

ในการทบทวนว่ากฎข้อบังคับที่ออกมานั้นเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้หรือไม่ ศาลอังกฤษใช้แนวทางในการตรวจสอบกระบวนการออกกฎ (procedural ultra vires) และเนื้อหาสาระของกฎ (substantive ultra vires) ดังนี้

**ประการแรก** กระบวนการออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การไม่นำกฎไปวางต่อรัฐสภา

**ประการที่สอง** เนื้อหาสาระของกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>\*</sup> เช่น ปราศจากเหตุผลอันควร

#### \* คดี Bailey v. Williamson (1873)

กฎข้อบังคับที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ต้องวางต่อรัฐสภาเพื่อมีมติยกเลิกเพิกถอนนั้นจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการวางกฎข้อบังคับนั้นต่อรัฐสภาแล้ว

#### คดี The Queen v. Sheer Metalcraft Ltd. (1954)

กฎหมายแม่บทกำหนดให้การออกกฎข้อบังคับจะสมบูรณ์เมื่อได้มีการตราขึ้นโดยรัฐมนตรีผู้มีอำนาจ และภายหลังที่ได้วางกฎข้อบังคับต่อรัฐสภาแล้ว แม้ขั้นตอนดังกล่าวที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็นเพียงคำแนะนำหรือเป็นการบังคับให้ต้องกระทำก็ตาม แต่โดยทั่วไปกฎข้อบังคับก็ยังไม่ผลบังคับจนกว่าจะได้มีการวางต่อรัฐสภาแล้ว อ้างใน H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed., (London : Oxford University Press Inc, 2000), p.874

#### \*\* คดี Kruuse v. Johnson

กฎข้อบังคับท้องถิ่น (by-law) เป็นโมฆะเพราะปราศจากเหตุผลอันสมควร มีการบังคับใช้กฎโดยขาดความซื่อสัตย์หรือไม่สุจริต (bad faith) และไม่มีเหตุผลอันควรในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐสภาไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับที่มีลักษณะเช่นนี้ กฎข้อบังคับดังกล่าวจึงเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทกำหนด อ้างใน P.P. Craig, *Administrative Law*, p.366.

#### คดี Chester v. Bateson (1920)

ศาลวินิจฉัยว่า กฎข้อบังคับที่รัฐมนตรีออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันราชอาณาจักร ค.ศ. 1914 (the Defence of the Realm Act 1914) เป็นกฎข้อบังคับที่ตราขึ้นเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทกำหนด เนื่องจากกฎข้อบังคับได้กำหนดการกระทำที่เป็นความผิดในการดำเนินคดีทางศาลแก่เจ้าของบ้าน โดยเนื้อหาของกฎได้กำหนดให้คนงานที่รับจ้างในยามสงครามเป็นเจ้าของบ้านซึ่งต้องรับผิดชอบตามกฎหมายตราว่าที่คนงานเหล่านั้นได้จ่ายค่าเช่าและปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเช่า อ้างใน P.P. Craig, *Administrative Law*, p.385.

#### คดี Commissioners of Customs and Excise v. Cure and Deeley (1962)

พระราชบัญญัติการเงิน (ฉบับที่ 2) ค.ศ.1940 (the Finance (No. 2) Act 1940) ให้อำนาจคณะกรรมการ (Commissioners) ในการออกกฎข้อบังคับกำหนดหลักเกณฑ์ที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามบทบัญญัติเกี่ยวกับภาษีการค้า กฎข้อบังคับกำหนดให้คณะกรรมการประเมินภาษีที่ประชาชน

### 5.2.2 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลฝรั่งเศส

ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้แนวทางในการตรวจสอบและเพิกถอนกฎข้อบังคับซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครอง(cas d'ouverture) เป็น 2 เหตุ คือ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก (l'illégalité externe) และเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน(l'illégalité interne)<sup>48</sup>

#### 1.เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก(l'illégalité externe)

คือ เหตุที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการยกเลิกกฎซึ่งส่งผลให้ฝ่ายปกครองไม่อาจออกกฎนั้นขึ้นใหม่ได้อีก ทุกฝ่ายต้องกลับสู่สถานะเดิมก่อนการออกกฎนั้น เหตุดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยซึ่งศาลปกครองสามารถยกขึ้นพิจารณาได้แม้คู่ความมิได้ยกขึ้นก็ตาม เหตุดังกล่าวมี 3 กรณี ได้แก่

**กรณีแรก** การออกกฎข้อบังคับโดยปราศจากอำนาจ (incompétence)<sup>\*</sup>

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้เกิดจากการก้าวล่วงไปใช้อำนาจของบุคคลอื่น ถือเป็นเหตุร้ายแรงที่สุด ซึ่งศาลถือว่ากฎข้อบังคับดังกล่าวไม่มีอยู่ (inexistent)

**กรณีที่สอง** การออกกฎข้อบังคับโดยผิดแบบ (le vice de forme)

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้เกิดจากการไม่ออกกฎข้อบังคับตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด กรณีนี้แม้จะมีผลให้กฎข้อบังคับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ก็ไม่เป็นเหตุที่จะฟ้องขอให้เพิกถอนกฎข้อบังคับนั้นได้ เช่น กฎหมายให้อำนาจออกกฎกระทรวงแก่ฝ่ายบริหาร ไปออกเป็นกฎกระทรวง เป็นต้น

**กรณีที่สาม** การออกกฎข้อบังคับโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure)<sup>\*\*</sup>

ต้องเสียได้โดยถือว่าการประเมินภัยดังกล่าวถูกต้องแล้ว เว้นแต่ผู้เสียภัยจะสามารถแสดงให้เห็นที่พอใจแก่คณะกรรมการภายในเจ็ดวัน ว่าตนต้องเสียภัยเพียงเท่านั้น ศาลวินิจฉัยว่ากฎข้อบังคับนี้เป็น โทษ เนื่องจากมีเนื้อหาชวนให้เข้าใจว่าเป็นการห้ามผู้เสียภัยในการใช้สิทธิทางศาล และเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการในการกำหนดค่าเสียหายอำเภอใจ อ้างใน H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, p.857.

<sup>48</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, "เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง", เอกสารประกอบการฝึกอบรมโครงการพัฒนาความรู้และประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของพนักงานคดีปกครอง พ.ศ.2545(อัคราณา), หน้า 6.

<sup>\*</sup> คดี AJDA (C.E. ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961)

การที่ประธานาธิบดีลงนามในรัฐกฤษฎีกาที่ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์ของนายกรัฐมนตรี รัฐกฤษฎีกานั้นจึงออกโดยปราศจากอำนาจ อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, "เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง", อ้างแล้ว, หน้า 54.

<sup>\*\*</sup> คดี Dubuc (C.E. ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1861)



หากกฎที่ออกมานั้นเกิดขึ้นโดยไม่ทำตามขั้นตอนหรือวิธีการ ข่อมส่งผลให้กระบวนการในการออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย

## 2. เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน (l'illégalité interne) แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

คือ เหตุที่ศาลปกครองใช้อ้างในการยกเลิกกฎข้อบังคับซึ่งฝ่ายปกครองอาจออกกฎนั้นขึ้นใหม่ได้อีก มี 2 กรณี ได้แก่

**กรณีแรก** การออกกฎข้อบังคับโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi)<sup>1</sup>

ศาลปกครองใช้เหตุนี้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามหลักความได้สัดส่วน (proportionnalité) หรือตามหลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย (bilan coût-avantages) หรือการควบคุมกฎอันเกิดจากความผิดพลาดอย่างชัดเจน (erreur manifeste d'appréciation) หากพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎดังกล่าวมีลักษณะเป็นการฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (la violation de la loi) หรือมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (l'erreur de droit et l'erreur de fait) ศาลปกครองย่อมสั่งเพิกถอนกฎนั้น แต่ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขกฎนั้นให้ชอบด้วยกฎหมายและปฏิบัติตามคำพิพากษาแล้วนำมาบังคับใช้ได้

**กรณีที่สอง** การออกกฎข้อบังคับโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir) หรือบิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)<sup>2</sup>

การที่ฝ่ายบริหารออกระเบียบการบริหารราชการแผ่นดิน (règlement d'administration publique) โดยมีการหารือกับเจ้าหน้าที่แผนกหนึ่งของสภาแห่งรัฐแต่ไม่ได้มีการหารือต่อที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) การที่ระเบียบฯ ดังกล่าวไม่ผ่านขั้นตอนการปรึกษาหารือในที่ประชุมใหญ่ของสภาแห่งรัฐ ศาลปกครองถือว่าเป็นการปฏิบัติผิดขั้นตอนหรือวิธีการจึงให้เพิกถอนระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินฉบับนี้ อ้างใน เรื่อง เดียวกัน หน้า 27.

<sup>1</sup> คดี F.N.O.G.E.C. (C.E. ลงวันที่ 13 มีนาคม ค.ศ.1987)

การออกประกาศกระทรวงศึกษาธิการกำหนดอัตราค่าเล่าเรียนโรงเรียนเอกชนสำหรับนักเรียนไป-กลับ โดยฝ่าฝืนรัฐกฤษฎีกา ประกาศกระทรวงฯ ดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย อ้างใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, "เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง", อ้างแล้ว, หน้า 36.

<sup>2</sup> คดี Delle Rault (C.E. ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1934)

การออกเทศบัญญัติเพื่อจัดระเบียบการจัดงานลีลาศสาธารณะเพื่อลดการแข่งขันกับสถานประกอบการกิจการของนายกเทศมนตรี มิได้กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการออกกฎข้อบังคับโดยบิดเบือนอำนาจ

คดี Dame veuve Borderie (C.E. ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1964)

การออกกฎกฤษฎีกากำหนดควมรวมที่ที่จะเวนคืนเพื่อใช้เป็นที่ดินของสมาคมแข่งม้าซึ่งเป็นกิจการของเอกชน มิใช่การทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการกระทำโดยบิดเบือนอำนาจ

กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกกฎนอกเหนือจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น กฎที่ฝ่ายบริหารออกมานั้นมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (intérêt public) หรือมิได้ออกกฎเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ (service public)

ผู้เขียนเห็นว่า การตรวจสอบกฎด้านกระบวนการออกกฎและเนื้อหาของกฎได้ดังนี้

1. การควบคุมตรวจสอบกระบวนการออกกฎ ได้แก่ กฎข้อบังคับที่ออกโดยคิดแบบ (le vice de forme) กฎข้อบังคับที่ออกโดยผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (le vice de procédure) บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (le détournement de procédure)

2. การควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของกฎ กฎข้อบังคับที่ออกโดยปราศจากอำนาจ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) กฎข้อบังคับที่ออกโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (la violation de la loi) กฎข้อบังคับที่ออกโดยบิดเบือนอำนาจ (le détournement de pouvoir)

### 5.2.3 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลไทย

ศาลปกครองของไทยใช้แนวทางในการตรวจสอบความกระบวนการออกกฎ (procedural ultra vires) และเนื้อหาของกฎ (substantive ultra vires) ดังนี้

ประการแรก กระบวนการในการออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การไม่ดำเนินการในขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในการออกกฎ

คดี Schwartz (C.E. ลงวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1980)

การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อใช้เป็นแหล่งน้ำเพื่อประโยชน์ของบริษัทเอกชนซึ่งทำกิจการเหมืองกวรตทราย มิใช่การทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงเป็นการกระทำโดยบิดเบือนอำนาจ อ้างในเรื่องเดียวกัน หน้า 48.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.13/2547

การออกกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมสมุทรปราการ พ.ศ. 2544 เพื่อเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรม (สีเขียว) เป็นที่ดินอุตสาหกรรมและคลังสินค้า (สีม่วง) โดยที่กรมการผังเมืองยังไม่ได้นำมติคณะกรรมการผังเมือง ไปดำเนินการตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 จึงไม่ชอบด้วยขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549

การดำเนินการในขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในการเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน)ไม่เป็นไปตามระเบียบการทำประชาพิจารณ์ของคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ อีกทั้งประธานคณะกรรมการจัดทำประชาพิจารณ์เป็นข้าราชการการเมือง การดำเนินการดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้การกระทำต่อมารวมทั้งมติอนุมัติเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นและจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) รวมทั้งการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เสียไปด้วยเช่นกัน



**ประการที่สอง** เนื้อหาสาระของกฎไม่ขัดแย้งกับกฎหมาย เช่น เนื้อหาของกฎนั้นขัดหรือแย้งกับเนื้อหาสาระของกฎหมาย การโอนอำนาจมหาชนและทรัพย์สินของรัฐให้ออกชน จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตว่าศาลปกครองได้ให้ความสำคัญกับกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่กฎนั้นไปยกเลิกกฎหมายเดิมแล้วโอนอำนาจมหาชนตามกฎหมายเดิมไปให้ออกชนนั้น ศาลมองว่าเป็นการออกกฎที่เกินขอบอำนาจแห่งกฎหมายแม่บทและในกรณีดังกล่าวยังไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ส่วนในเรื่องการฟ้องเพิกถอนกฎต่อศาลปกครองนั้น ต้องพิจารณารูปแบบของกฎ หากเป็นการฟ้องเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงอยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด ส่วนกฎอื่นๆ อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ส่วนมติคณะรัฐมนตรีให้ขุบเลิกรัฐวิสาหกิจถือเป็นเรื่องนโยบาย ศาลจึงไม่ตรวจสอบ”

#### คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.11/2547

การกำหนดที่ตั้งหลักเขตต่างๆ และแนวเขตขององค์การบริหารส่วนตำบลแม่ปะ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองแม่สอด พ.ศ. 2544 และตามแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ ไม่ตรงกับหลักเขตและแนวเขตเทศบาลตำบลแม่สอดตามพระราชกฤษฎีกาเปลี่ยนแปลงเขตเทศบาลตำบลแม่สอด พ.ศ.2543 และตามแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกาเปลี่ยนแปลงเขตเทศบาลตำบลแม่สอด พ.ศ.2543 จึงขัดต่อมาตรา 10 ประกอบกับ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

#### คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549

อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นอำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับรัฐ และต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะการที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) พ.ศ. 2548 มิได้จำกัดอำนาจมหาชนดังกล่าว จึงมีผลให้อำนาจมหาชนดังกล่าวโอนไปเป็นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งไม่อาจกระทำได้ตามมาตรา 48 และมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และการให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยพ.ศ. 2511 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ เพราะการโอนอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ทำให้บริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ซึ่งไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจตามมาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 และยังเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ยกตัวอย่างกฎไว้ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง

### 5.3 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น

นอกจากการควบคุมตรวจสอบการออกกฎโดยรัฐสภาและศาลแล้ว ยังมีระบบการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่น ทั้งองค์กรภาครัฐและเอกชน

#### 5.3.1 การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ของอังกฤษ

กระบวนการออกกฎตามระบบกฎหมายอังกฤษมักกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในรูปแบบต่างๆ ทั้งการประชาพิจารณ์และการปรึกษาหารือ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวถือเป็นการควบคุมตรวจสอบการกฎของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนด หากองค์กรฝ่ายปกครองต้องการทราบข้อมูลที่กว้างและลึกยิ่งขึ้นก็อาจแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาและแนะนำ (Advisory Committee) ขึ้นเพื่อช่วยกลั่นกรองเนื้อหาของกฎเป็นกรณีพิเศษ<sup>50</sup> แม้ว่ากฎหมายมิได้บังคับให้ดำเนินการก็ตาม

ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ” จึงเป็นเพียงตัวอย่างของกฎเท่านั้น มาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดให้การโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่มีใช้พระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ส่วนการโต้แย้งกฎที่เป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีนั้น มาตรา 11(2) กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

<sup>50</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 130-131.

นอกจากนี้ทางฝ่ายบริหารเองก็ได้ให้ความสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎเพื่อให้ได้กฎที่ดีเช่นกัน โดยเมื่อเดือนสิงหาคม ปี 1998 คณะรัฐมนตรีได้ออกระเบียบที่เรียกว่า “แนวทางการได้มาซึ่งกฎที่ดี” (The Better Regulation Guide) 5 ประการ ได้แก่

1. หลักความ โปร่งใส คือ กฎนั้นต้องมีความชัดเจนและทำความเข้าใจได้ง่าย
2. หลักความรับผิดชอบ คือ มีการกำหนดผู้รับผิดชอบ มีการศึกษาหรืออย่างเหมาะสมก่อนการออกกฎ มีกระบวนการอุทธรณ์ที่มีประสิทธิภาพและเป็นธรรม
3. หลักการคำนึงถึงเป้าหมาย คือ ต้องกำหนดประเด็นให้ชัดเจนและแนวทางป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น
4. หลักความเสมอต้นเสมอปลาย คือ ต้องมีการปรับใช้กฎอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน
5. หลักความได้สัดส่วน คือ การบังคับใช้กฎนั้นได้ประโยชน์คุ้มค่างับค่าใช้จ่ายของรัฐ

อ้างใน สุเจตน์ สถาพรนานนท์, *การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 52.



### 5.3.2 การควบคุมตรวจสอบโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐมีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล แต่ไม่ว่ารัฐบาลจะขอคำปรึกษาไปยังสภาแห่งรัฐเองหรือมีกฎหมายกำหนดให้ต้องปรึกษา รัฐบาลก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันตามคำปรึกษาของสภาแห่งรัฐ เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้ถือตามคำปรึกษา แต่โดยทั่วไปแล้วก่อนการออกกฎระดับรัฐกฤษฎีกา รัฐบาลต้องปรึกษาสภาแห่งรัฐเสมอ เพื่อป้องกันการออกรัฐกฤษฎีกาเกินอำนาจรัฐบัญญัติแม่บท หรือการออกรัฐกฤษฎีกาแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37

ในการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลนั้น สภาแห่งรัฐได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎต่างๆ ที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารส่งมาโดยให้หน่วยงานที่ต้องการปรึกษาหารือแนบรายงานการศึกษาผลกระทบของร่างฯ กฎ ที่อาจเกิดขึ้นทั้งด้านผลกระทบต่อระบอบการปกครอง กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ด้านสังคม เศรษฐกิจ การคลัง แรงงาน ประโยชน์เฉพาะกลุ่มและผลประโยชน์สาธารณะ เมื่อสภาแห่งรัฐได้รับเอกสารดังกล่าวแล้ว จะนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะต่างๆ ต่อไป<sup>51</sup>

### 5.3.3 การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาของไทย

แต่เดิมในระบบกฎหมายไทยถือว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎมิได้กำหนดมาตรการใดเป็นพิเศษแล้ว องค์กรฝ่ายบริหารย่อมสามารถประกาศใช้กฎนั้นได้โดยตรง การควบคุมการออกกฎในลักษณะนี้จึงเป็นการควบคุมตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาภายในฝ่ายบริหาร

ต่อมาพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 (แก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2534) มาตรา 15 ทวิ ได้กำหนดแนวทางการร่างกฎหมายไว้ แม้ว่ากฎหมายมิได้บังคับให้ดำเนินการ แต่องค์กรฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่ออกกฎต่างๆ มักจะปรึกษารัฐมนตรีหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาอยู่เสมอ เพื่อป้องกันข้อผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น

<sup>51</sup> สุเจตน์ สถาพรนานนท์, การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 63.

มาตรา 15 ทวิ ได้กำหนดหลักการในการร่างกฎหมายไว้คล้ายกับ The Better Regulation Guide ของอังกฤษดังนี้

1. หลักความจำเป็นและเหมาะสม
2. หลักความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น
3. หลักความมีประสิทธิภาพในการจัดองค์กรและกลไกในการบังคับใช้กฎหมาย
4. หลักการเปรียบเทียบผลดีผลเสีย
5. หลักการไม่สร้างภาระเกินสมควรให้แก่ผู้ที่จะถูกบังคับตามกฎหมาย

อ้างใน สุเจตน์ สถาพรนานนท์, การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทชั้นโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 52.

ในทางปฏิบัติ เมื่อเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการเจ้าของเรื่องได้ร่างกฎข้อบังคับแล้วก็จะนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติแล้ว สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจึงจะส่งร่างกฎข้อบังคับไปให้กรรมการร่างกฎหมายตรวจพิจารณาทำให้คณะกรรมการกฤษฎีกาสามารถควบคุมกฎก่อนการบังคับใช้ได้(การควบคุมแบบป้องกัน) เช่น สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาหรือเกี่ยวกับประกาศสำนักงานอาหารและยา ให้เครื่องคั้นที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลาก ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ. 2549 เป็นประกาศที่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายหรือไม่ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าเครื่องคั้นที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์ถือเป็นอาหาร และมาตรา 6 (10) แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติเรื่องการควบคุมฉลากสำหรับอาหารไว้โดยเฉพาะและมีเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายอยู่แล้ว การกำหนดให้เครื่องคั้นที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่ควบคุมฉลากตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 อีก จึงไม่อาจจะกระทำได<sup>22</sup>



## สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>22</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 10). "บันทึกเรื่องคำสั่งห้ามการโฆษณาเครื่องคั้นที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์." 24 พฤศจิกายน 2549.



## บทที่ 4

### การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

#### 1. ความเบื้องต้น (introduction)

จากแนวคิดในการใช้อำนาจนิติบัญญัติในบทที่ 2 สามารถสรุปได้ว่าการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติซึ่งตราโดยรัฐสภาในกรณีปกติถือเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติที่สงวนไว้ให้รัฐสภาเพียงผู้เดียว ดังนั้นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายดังกล่าวจึงต้องดำเนินการตรากฎหมายในรูปแบบเดียวกันโดยรัฐสภาเพราะกฎหมายเป็นการแสดงเจตน์จำนงของประชาชนซึ่งแสดงออกโดยผู้แทนปวงชนในรัฐสภาซึ่งบทบัญญัติที่ก่อตั้งสิทธิหรือจำกัดตัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต้องเป็นกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น อีกทั้งตามหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายถือว่าการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายต้องกระทำโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากัน แต่เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงด้านเศรษฐกิจและสังคมอย่างรวดเร็ว แต่ละประเทศจึงพยายามผ่อนปรนหลักการเดิมโดยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ เช่น ในอังกฤษมีพระราชบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติของรัฐสภาได้ ซึ่งเรียกบทบัญญัติดังกล่าวว่า “Henry VIII clause”

ในฝรั่งเศสมีการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) ให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น โดยมีเงื่อนไข เช่น จะต้องตราในรูปรัฐกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี (décret en Conseil des Ministres) หรืออาจจะต้องเสนอกฎดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา ซึ่งเรียกรัฐกฤษฎีกาประเภทนี้ว่า “รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ (décret-lois)” และการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 37 จึงส่งผลให้ฝ่ายบริหารสามารถตรารัฐกฤษฎีกาเพื่อยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้ ส่วนไทยเองก็ได้ปรากฏบทบัญญัติในลักษณะที่มอบอำนาจให้ออกกฎเพื่อแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายได้ ซึ่งมีทั้งให้อำนาจในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่นและการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บทดังเช่นในอังกฤษ

#### 2. การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในกรณีปกติ

จากแนวคิดของจอห์น ล็อก (John Locke) ที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพได้แต่ต้องไม่ใช่แบบถาวร คือ สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ ดังนั้นเมื่อ

---

<sup>1</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 65-66.

สภาพแวดล้อมต่างๆ ในสังคมเปลี่ยนแปลงไปก็ทำให้ต้องมีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมแก่สถานการณ์ในปัจจุบันได้โดยรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนปวงชนตามหลักเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนของรูโซ (Rousseau) หากให้องค์กรอื่นใช้อำนาจนิติบัญญัติเสรีภาพก็จะเกิดขึ้นไม่ได้<sup>2</sup> ดังนั้นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายต้องทำโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาเช่นเดียวกัน จะให้กฎหมายขององค์กรอื่นซึ่งมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่ำกว่ามาลบล้างกฎหมายของรัฐสภาไม่ได้

กระบวนการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายนั้นโดยทั่วไปใช้กระบวนการเดียวกับการบัญญัติกฎหมาย เพราะว่าลักษณะที่คล้ายคลึงกันของการยกเลิกกฎหมายและการแก้ไขกฎหมาย ก็คือการทำให้เกิดบทบัญญัติที่เหมาะสมแก่สถานการณ์ปัจจุบันให้มีผลบังคับใช้ และให้บทบัญญัติที่ไม่เหมาะสมแก่สถานการณ์นั้นสิ้นผลไป การยกเลิกกฎหมาย เป็นการทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่สิ้นผลบังคับทั้งฉบับ ส่วนการแก้ไขกฎหมายเป็นการทำให้เนื้อหาของสาระของบทบัญญัติกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหรือการยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายบางส่วนเท่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์เหมือนกันคือ เพื่อให้ได้กฎหมายที่เหมาะสม ดังนั้นกระบวนการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายจึงต้องใช้กระบวนการนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน

## 2.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

จากแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ซึ่งถือว่ารัฐสภาเท่านั้นที่มีอำนาจแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น องค์กรอื่นใดไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายมาลบล้างกฎหมายของรัฐสภาได้ เว้นแต่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา ประกอบกับการไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติจึงเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นการจะยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติจึงต้องดำเนินการเช่นเดียวกับการตราพระราชบัญญัติ เมื่อต้องการยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติก็ต้องตราพระราชบัญญัติขึ้นมา ส่วนกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) หรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา (Orders in council) กฎกระทรวง (Regulations) ระเบียบข้อบังคับ (Orders) หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น (By-Laws) ซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติไม่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติได้ การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเก่าโดยกฎหมายใหม่มีทั้งการยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเดียวกันและการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับอื่น โดยมีขอบเขตการยกเลิกเพียงบางส่วนหรืออาจยกเลิกบทบัญญัติพระราชบัญญัตินั้นทั้งฉบับก็ได้ เช่น การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการป้องกันภัยพลเรือนในสถานการณ์ไม่ปกติ ค.ศ.2004 (the Civil Contingencies Act 2004) ใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน ค.ศ.1920 (the Emergency Powers Act

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14-15.



1920) อันมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าทั้งฉบับ การตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุง บทบัญญัติ ค.ศ.2001 (the Regulatory Reform Act 2001) ใช้บังคับแทนส่วนที่ 1 ของ พระราชบัญญัติว่าด้วยการลดบทบัญญัติและพันธสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) อันมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายเก่าเพียงบางส่วน หรือแม้แต่การตรา พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulatory Reform Act 2006) เพื่อ ปรับปรุงบทบัญญัติบางส่วนของพระราชบัญญัติเดียวกัน<sup>4</sup>

## 2.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติของฝรั่งเศสในกรณีปกติสามารถกระทำ โดยการตรารัฐบัญญัติขึ้นใหม่โดยรัฐสภาและการตรารัฐกำหนดโดยฝ่ายบริหารเพื่อยกเลิกหรือ แก้ไขรัฐบัญญัติในกรณีมีความจำเป็นเร่งด่วนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 ได้ กฎหมายลำดับรองไม่ อาจแก้ไขหรือขัดต่อกฎหมายได้

กรณีการตรารัฐบัญญัติแก้ไขหรือยกเลิกรัฐบัญญัติเดิม เช่น การตรารัฐบัญญัติที่ 2002-276 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2002 (ประมวลกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม) แก้ไขรัฐบัญญัติที่ 83-630 ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ.1983<sup>5</sup>

กรณีการตรารัฐกำหนดรัฐบัญญัติ เช่น การตรารัฐกำหนดที่ 2000-914 ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ.2000 ยกเลิกมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติที่ 95-101 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1995<sup>6</sup>

## 2.3 ระบบกฎหมายไทย

การยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติกระทำได้โดยพระราชบัญญัติของรัฐสภาและพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารซึ่งมีศักดิ์ของกฎหมายเท่ากันตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดไว้ให้ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกำหนดบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติได้โดยที่ไม่ ต้องตรากฎหมายแม่บทมอบอำนาจเหมือนรัฐกำหนดของฝรั่งเศส ดังนั้นพระราชกำหนดของไทยจึง เป็นกฎหมายในขณะที่ยังมีพระราชกำหนดของฝรั่งเศสเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองเท่านั้น

<sup>4</sup> A.W.Bradley & K.D.Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> ed., (London : Pearson Education Limited, 2007), pp.679-680.

<sup>5</sup> สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, "การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน(Enquête publique) ตามกฎหมายของ ประเทศฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายปกครอง 22(1)(2548): 4.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 6.

กรณีพระราชบัญญัติใหม่แก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมโดยพระราชบัญญัติฉบับใหม่มีทั้งการยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเดียวกันและการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับอื่น โดยมีขอบเขตการยกเลิกเพียงบางส่วนหรืออาจยกเลิกบทบัญญัติพระราชบัญญัตินั้นทั้งฉบับก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติคุ้มครองและสงวนป่า พ.ศ.2481 ทั้งฉบับ พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ซึ่งทำในพระราชอาณาเขต พ.ศ.2475 พระราชบัญญัติภาษีน้ำดื่มและผลิตภัณฑ์น้ำมันซึ่งทำในราชอาณาจักร พ.ศ.2507 พระราชบัญญัติภาษีไม้ขีดไฟซึ่งทำในราชอาณาจักร พ.ศ.2508

กรณีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิทักษ์อัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ.2546 ซึ่งกำหนดให้กิจการโทรคมนาคมที่ได้รับสัมปทานจากรัฐต้องเสียภาษีสรรพสามิตแทนการจ่ายค่าสัมปทานให้แก่รัฐ

### 3. การออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

กฎหมายรูปแบบที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากฎหมายของรัฐสภา อีกทั้งการออกกฎหมายเป็นไปตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและเนื้อหาสาระของกฎจะขัดต่อกฎหมายมิได้ กฎจะมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญา การกำหนดอัตราภาษีและ การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่กฎหมายรับรองไว้ไม่ได้ ซึ่งข้อจำกัดต่างๆ เหล่านี้ทำให้ฝ่ายบริหารต้องรอกฎหมายจากรัฐสภามากยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน แต่เนื่องจากรัฐสภาไม่สามารถตรากฎหมายให้ทันต่อความต้องการของฝ่ายบริหารและประชาชนได้จึงมีความพยายามที่จะให้มีการยอมรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรอื่นนอกเหนือจากรัฐสภา เช่น การให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเพื่อยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนและการให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเพื่อยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายซึ่งอาจใช้วิธีการมอบอำนาจนิติบัญญัติหรือการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติในแต่ละระบบกฎหมายดังนี้

#### 3.1 ระบบกฎหมายอังกฤษ

การยกเลิกกฎหมายในกรณีพิเศษในระบบกฎหมายอังกฤษที่ผ่านมาได้ปรากฏกฎหมายที่มอบอำนาจให้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติได้ตั้งแต่สมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ซึ่งพระองค์ทรงตราพระราชบัญญัติอำนาจสูงสุดของพระบรมราชโองการ ค.ศ. 1539 (Statute of Proclamation of 1539) ขึ้นบังคับใช้เพื่อรวมศูนย์อำนาจให้กลับมาเป็นของกษัตริย์เหมือนในสมัยสมบูรณ์ญาสิทธิราชย์ โดยพระราชบัญญัติได้ให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจประกาศพระบรมราชโองการซึ่งมีผลบังคับใช้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติของรัฐสภา ดังนั้นนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษจึงเรียกบทบัญญัติเช่นนี้ว่า “Henry VIII Clauses” ประกาศพระบรมราชโองการตาม



กฎหมายฉบับนี้สามารถยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่นของรัฐสภาได้ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกในปี ค.ศ.1547 และต่อมาได้มีกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยคนจรจัด ค.ศ.1834 (the Poor Law Act) ซึ่งให้อำนาจคณะกรรมการตามกฎหมาย (the Poor Law Commission) ในการวางกฎระเบียบ (Rules and Order) สำหรับบริหารจัดการกับคนจรจัดซึ่งรวมถึงการประหารเหล่านี้ (execution) โดยไม่มีการประกาศกฎดังกล่าวให้สาธารณชนทราบทำให้ผู้ที่ไม่ทราบถึงกฎดังกล่าวถูกดำเนินคดีจำนวนมาก กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปตั้งแต่ปี ค.ศ.1893<sup>7</sup>

อย่างไรก็ตามนักกฎหมายอังกฤษได้เคยมีการวิเคราะห์ถึงข้อดี (advantages) และข้อเสีย (disadvantages) ของบทบัญญัติประเภท “Henry VIII Clauses” ไว้ดังนี้<sup>8</sup>

#### ข้อดี (advantages)

1. ประหยัดเวลาของรัฐสภา (saves limited time in Parliament)
2. สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายได้อย่างรวดเร็ว (allow rapid change)
3. ตอบสนองต่อการพัฒนากฎหมายใหม่ได้อย่างรวดเร็ว (quick response to new development)
4. สะดวกต่อการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพียงเล็กน้อย (enables minor changes to statutes)
5. ศาลอาจทบทวนและเชี่ยวชาญผู้ได้รับผลกระทบจากบทบัญญัติได้โดยไม่ต้องรอรัฐสภาตราพระราชบัญญัติยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัตินั้น (judicial review may be sought by parties with locus standi)
6. การยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติทำได้ง่าย (withdrawal or amendment easy)

<sup>7</sup> H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed. (London : Oxford University Press ,2000), p.843.

<sup>8</sup> Bournemouth & Poole College, “Delegated legislation advantages and disadvantages”. [online] available from [http://sixthformlaw.info/01\\_modules/mod3/3\\_2\\_legislation/18\\_del\\_leg\\_adv.html](http://sixthformlaw.info/01_modules/mod3/3_2_legislation/18_del_leg_adv.html) dated Nov 29,2006.

### ข้อเสีย (disadvantages)

1. เป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐสภาไม่ใช้เวลาในการพิจารณาตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายอย่างเหมาะสมเพียงพอ (Parliament is not reviewing legislation properly)
2. หากมีการมอบอำนาจนิติบัญญัติต่อจะก่อให้เกิดปัญหาความสลับซับซ้อนและความสับสนได้ (sub-delegation of powers a further problem which causes complexity and confusion)
3. ความสลับซับซ้อนของบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้นจำนวนมากทำให้เป็นไปไม่ได้ที่จะมีการปฏิบัติตามกฎที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจครบทุกฉบับ (It is impossible for anyone to keep abreast of all delegated legislation)
4. ถ้าขาดการเผยแพร่กฎต่างๆอย่างเพียงพอจะมีเฉพาะนักกฎหมายเท่านั้นที่ทราบว่า มีกฎนี้ แต่สาธารณชนทั่วไปย่อมไม่ทราบ (lack of publicity, not known about by the public)
5. การที่ประชาชนต้องปฏิบัติตามกฎของฝ่ายบริหารเสมือนกฎหมายของรัฐสภา ทั้งที่ผู้ออกกฎไม่ใช่ตัวแทนประชาชนจึงย่อมแสดงถึงความไม่เป็นประชาธิปไตย (It is undemocratic as most regulations are made by unelected people)
6. บทบัญญัติ “Henry VIII Clauses” ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติของรัฐสภาได้ (Henry VIII clauses can give power to delegated legislation or amend or repeal Acts of Parliament)

ในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายของบทบัญญัติ “Henry VIII Clauses” มีทั้งบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่นและมอบอำนาจให้ยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับดังนี้

#### 3.1.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น

(1) พระราชบัญญัติคณะกรรมการจัดรูปที่ดิน ค.ศ.1971 (the Land Commission (Dissolution) Act 1971) ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (the Secretary of State) ในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายใดๆ ที่เห็นว่าไม่เหมาะสม (to amend or repeal any other Acts) ต่อการจัดรูปที่ดิน<sup>9</sup>

<sup>9</sup> H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 8<sup>th</sup> ed., p.844.



(2) พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) ให้ตราพระราชกฤษฎีกา (Order in Council) และกฎ (Regulations) เพื่อยกเลิกกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่และที่จะมีในอนาคต (to prevail over all Acts) ที่มีบทบัญญัติในการขึ้นภาษี มีผลบังคับย้อนหลังหรือการกำหนดค่าปรับที่ไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรป<sup>10</sup>

(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยการลดทอนบทบัญญัติและพันธสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994) ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎข้อบังคับที่เรียกว่า "Deregulation Orders" เพื่อยกเลิกบทบัญญัติทุกประเภทที่ตราขึ้นก่อนเดือนตุลาคม ค.ศ.1994 หากรัฐมนตรีเห็นว่าบทบัญญัตินั้นเป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจหรือการประกอบอาชีพของประชาชนและกรณีอื่นๆ ที่จำเป็นได้ โดยบังคับใช้กับบทบัญญัติทุกประเภททั้งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา (primary legislation) และกฎหมายลำดับรอง (secondary legislation) ซึ่งตราขึ้นก่อนเดือนตุลาคม ค.ศ. 1994 เท่านั้น ส่วนกฎหมายหรือกฎข้อบังคับที่ออกหลังจากกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับคือ ตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1994 ไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะรัฐสภาต้องการให้รัฐบาลพิจารณายกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติที่ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน โดยเร็ว (anomalies and inconsistencies in legislation)<sup>11</sup>

(4) พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (the Human Rights Act 1998) ให้อำนาจออกกฎเพื่อแก้ไขพระราชบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาต่างๆ (Remedial Orders) โดยให้มีผลบังคับย้อนหลังได้ในกรณีจำเป็น แต่ต้องไม่กำหนดโทษทางอาญาหรือกำหนดค่าปรับเพิ่มขึ้น<sup>12</sup>

(5) พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulatory Reform Act 2006) ได้ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎข้อบังคับที่เรียกว่า "Regulation Reform Orders" เพื่อแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติทุกประเภททั้งพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับมาตรา 2(2) แห่งพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) แต่กฎหมายฉบับนี้ห้ามออกกฎไปยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (the Human Rights Act 1998)

<sup>10</sup> *ibid*, p.845.

<sup>11</sup> *ibid*, p.844.

<sup>12</sup> A.W. Bradley & K.D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 14<sup>th</sup> ed. ,(London : Pearson Education, 2007), p.679.

พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังมีผลใช้บังคับแทนบทบัญญัติในส่วนที่ 1 ซึ่งเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการลดบทบัญญัติและพันธสัญญา ค.ศ.1994 (the Deregulation and Contracting Out Act 1994)<sup>13</sup>

### 3.1.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท

(1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเพศ ค.ศ.1975 (the Sex Discrimination Act 1975) ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎ(orders) เพื่อแก้ไขบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้ที่เห็นว่าจะไม่เหมาะสมหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศ (to vary the Act by Order)<sup>14</sup>

จากตัวอย่างบทบัญญัติประเภท “Henry VIII Clauses” ที่กล่าวมาทั้งหมดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติลักษณะนี้เกิดขึ้นจากความจำเป็นของอังกฤษที่ต้องมอบอำนาจให้รัฐมนตรีออกกฎข้อบังคับต่างๆ (Orders) ซึ่งมีชื่อเรียกต่างกันในแต่ละพระราชบัญญัติเพื่อใช้ในการยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติก็เพราะความจำเป็นเร่งด่วนที่ไม่อาจรอให้รัฐสภาตราพระราชบัญญัติออกมาได้ทันซึ่งเป็นเหตุผลเช่นเดียวกับการตราพระราชกำหนดของไทยที่จัดสรรอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารเป็นการชั่วคราว แต่อังกฤษไม่มีการตราพระราชกำหนด จึงใช้วิธีการตราบทบัญญัติเช่นนี้แทน ทั้งที่บทบัญญัติเช่นนี้มีใช้การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเพียงชั่วคราว แต่เนื่องจากมีกระบวนการตรวจสอบการตรากฎหมายลำดับรองก่อนการบังคับใช้ เช่น การวางกฎต่อรัฐสภาและกระบวนการที่กฎหมายแต่ละฉบับกำหนดตามความเหมาะสม เช่น การปรึกษาหารือ การประชาพิจารณ์ จึงนับว่าอังกฤษมีระบบตรวจสอบที่เข้มแข็งเพียงพอที่จะป้องกันการตรากฎหมายลำดับรองไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

### 3.2 ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในกรณีพิเศษนั้นปรากฏในรูปแบบของรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) ให้รัฐบาลสามารถออกกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น โดยมีเงื่อนไข เช่น จะต้องตราในรูปรัฐกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี (décret en Conseil des Ministres) หรืออาจจะต้องเสนอกฎดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบต่อรัฐสภา ซึ่งเรียกรัฐกฤษฎีกาประเภทนี้ว่า “รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ (décret-lois)”

<sup>13</sup> ibid, p.680.

<sup>14</sup> H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, p.844.



### 3.2.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น

กรณีนี้เป็นการยกเลิกรัฐบัญญัติด้วยรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม(Lois de pleins pouvoirs)

(1) รัฐบัญญัติลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ.1948 มาตรา 6 กำหนดเรื่องต่างๆ ที่ให้ตราเป็นกฎหมายลำดับรองเท่านั้น หากมีรัฐบัญญัติฉบับใดตราขึ้นในเรื่องดังกล่าว ฝ่ายบริหารก็สามารถตรา รัฐกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งผ่านความเห็นชอบของสภาแห่งรัฐมายกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติดังกล่าวได้

อย่างไรก็ตามแม้รัฐบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ถูกยกเลิก แต่การกำหนดเรื่องต่างๆ จะต้องไม่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ.1958) เช่น เรื่องการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองแรงงาน<sup>15</sup> เป็นต้น หากเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวอยู่ในอำนาจการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 34 ก็ต้องถือว่าบทบัญญัติในเรื่องนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงใช้บังคับมิได้

### 3.2.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท

กรณีนี้เป็นการยกเลิกรัฐบัญญัติด้วยรัฐบัญญัติกำหนดกรอบ (Les lois-cadres). ให้ตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้

(1) รัฐบัญญัติลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ.1956 ให้ตรารัฐกฤษฎีกาได้เฉพาะการเปลี่ยนแปลงดินแดนโพ้นทะเลตามกฎหมายฉบับนี้<sup>16</sup>

ดินแดนโพ้นทะเลคือดินแดนที่เป็นอาณานิคมอยู่ในอารักขาของฝรั่งเศสตามกฎหมายฉบับนี้เท่านั้น ดังนั้นรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่อาจมีเนื้อหาไปเปลี่ยนแปลงแก้ไขดินแดนโพ้นทะเลตามรัฐบัญญัติฉบับอื่นได้

### 3.3 ระบบกฎหมายไทย

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขได้เพียงหนึ่งปี ได้เกิดปัญหาความแตกแยกกันของสมาชิกรัฐสภา ในปี พ.ศ.2476 จึงมีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้ง

<sup>15</sup> สุรพล นิธิไกรพนธ์, "หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส", รายงานการวิจัย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 47-48.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

คณะรัฐมนตรีชุดใหม่ แต่กลับมีการเพิ่มเนื้อหาให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตรา ซึ่งเท่ากับเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตราได้\*

ส่วนการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในกรณีพิเศษ ปรากฏขึ้นครั้งแรกในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 ได้ให้อำนาจรัฐบาลตราพระราชกฤษฎีกาบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ซึ่งผู้ที่ฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกามีความผิดอย่างสูงถึงขั้นประหารชีวิต ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมอบอำนาจในลักษณะนี้เป็นการโอนอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร มิใช่การมอบอำนาจดังชื่อพระราชบัญญัติ เพราะพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวสามารถยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บทฉบับอื่นได้ เพราะขอบเขตในการตราพระราชกฤษฎีกาทั้ง 7 กรณีนั้นกว้างขวางมาก เช่น การปฏิบัติและละเว้นปฏิบัติบางอย่างเพื่อความกลมเกลียวของคนในชาติ ทำให้พระราชกฤษฎีกาสามารถยกเลิกสิทธิที่กฎหมายฉบับอื่นรับรองไว้ได้ หรือพระราชกฤษฎีกาอาจกำหนดหน้าที่ให้ประชาชนปฏิบัติทั้งที่อาจขัดต่อกฎหมายอื่น แต่ประชาชนต้องปฏิบัติตามมิฉะนั้นอาจมีโทษถึงขั้นประหารชีวิตได้” และ ในระหว่างที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับก็ไม่ปรากฏว่ารัฐสภาได้

\* พระราชกฤษฎีกาให้ปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ พุทธศักราช 2476 มีเนื้อหาสำคัญดังนี้

1. ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร (สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง) และห้ามเรียกประชุมจนกว่าจะมีการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว
2. ให้ยุบคณะรัฐมนตรีและแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีใหม่
3. ในระหว่างที่ยังไม่มีการเลือกตั้งทั่วไปและยังไม่ได้เรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎร พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี
4. ในระหว่างที่ยังไม่มีการเลือกตั้งทั่วไปและยังไม่ได้ตั้งคณะรัฐมนตรีจากการเลือกตั้งนั้น ให้รอการใช้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญซึ่งขัดต่อพระราชกฤษฎีกานี้ ส่วนบทบัญญัติอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันคงใช้ต่อไป

“พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ.2484 มาตรา 3 ให้อำนาจรัฐบาลมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาออกใช้บังคับเป็นกฎหมายในกรณีต่อไปนี้

1. การปฏิบัติและเว้นการปฏิบัติบางอย่างเพื่อประโยชน์แห่งความกลมเกลียวเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของชาติ
2. การป้องกันและปราบปรามการจลาจล
3. การรักษาสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ
4. การปฏิบัติเพื่อประโยชน์แก่การดำเนินการรบในกรณีที่ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องทำ
5. การปฏิบัติเพื่อให้มีเครื่องอุปโภคบริโภคอย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประเทศ
6. การรักษาความปลอดภัยเกี่ยวกับการคมนาคมและการสื่อสาร
7. การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมของประชาชนและความปลอดภัยสาธารณะ



พิจารณาออกกฎหมายใดๆ จึงดูเหมือนว่ารัฐสภาได้มอบให้รัฐบาลทำหน้าที่ออกกฎหมายแทนซึ่งใน  
 ภาวการณ์ระหว่างสงครามโลกในสมัยนั้น อาจมีเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องให้อำนาจรัฐบาลเป็น  
 กรณีพิเศษ

ต่อมาได้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเสนอต่อรัฐสภาเพื่อมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรง  
 ใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยทางคณะรัฐมนตรีในรูปของประกาศพระบรมราชโองการบังคับใช้ดังเช่น  
 พระราชบัญญัติได้ตามมาตรา 176 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2511) \*

หลังจากนั้นเป็นต้นมาไม่ปรากฏการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายที่มีผลเป็นการ  
 ยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้โดยตรงจนกระทั่งรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.  
 2542 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 จึงเกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันถึง  
 กฎหมายลักษณะดังกล่าวอีกครั้ง

อย่างไรก็ตามก่อนปี พ.ศ.2542 ยังมีกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิก  
 หรือแก้ไขกฎหมายได้เพียงแต่ในถ้อยคำมิได้ระบุไว้ชัดเจนว่าเป็นกฎหมายที่มีผลในการยกเลิกหรือ  
 แก้ไขกฎหมายโดยตรงจึงไม่มีการวิพากษ์วิจารณ์กันถึงกรณีดังกล่าว ได้แก่ ประมวลรัษฎากร พ.ศ.  
 2481 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 และพระราชบัญญัติกา  
 สรรพสามิต พ.ศ.2527 ผู้เขียนจึงขอนำเสนอกฎหมายดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ออก  
 กฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายโดยแบ่งออกเป็นกรยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายอื่นกับ  
 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บทดังนี้

### 3.3.1 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น

(1) พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกากำหนด  
 เงื่อนไขในการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต่างๆ ได้

(2) พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ให้อำนาจตราพระราช  
 กฤษฎีกายกหรือโอนส่วนราชการที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติต่างๆ ได้

\* มาตรา 176 ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในภาวะคับขันถึงขนาดอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่ง  
 ราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปกติอาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อ  
 คณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาจะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีโดยประกาศพระ  
 บรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ มติดังกล่าว รัฐสภาจะมีมติเลิกเสียเมื่อใดก็ได้

หากสถานะสงครามหรือภาวะคับขันดังกล่าวในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่ในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบ  
 กิติ หรือไม่สามารถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้ทันทั่วทั้งที่กิติ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทาง  
 คณะรัฐมนตรีได้โดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติ

(3) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ให้โอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการตามกฎหมายอื่นให้เป็นของกรุงเทพมหานคร โดยพระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ข้อบังคับหรือประกาศแล้วแต่กรณี

### 3.3.2 การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท

(1) ประมวลรัษฎากร พ.ศ.2481 ให้อำนาจฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกายกเว้นหรือลดอัตราภาษีตามประมวลรัษฎากรได้

(2) พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศลดอัตรา หรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใด ๆ ได้ ทั้งนี้ จะกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

จากตัวอย่างที่กล่าวมาทั้งหมดสามารถสรุปได้ว่าทั้งในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศส ได้ยอมรับให้มีการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ในกรณีที่เป็นการบริหารรัฐกิจ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจและ ในกรณีที่ต้องการปฏิบัติตามพันธกรณีของสหภาพยุโรปซึ่งทั้งหมดเป็นเรื่องที่ว่าจะไม่เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ส่วนในเรื่องภาษียั้น ฝรั่งเศสให้ตราเป็นรัฐบัญญัติเท่านั้น ในขณะที่อังกฤษยอมให้ฝ่ายบริหารออกกฎกำหนดอัตราภาษี รวมถึงลดหรือยกเว้นภาษีได้เฉพาะกรณีภาษีศุลกากรและกรณีแก้ไขอัตราภาษีให้สอดคล้องกับพันธกรณีของสหภาพยุโรปเท่านั้น ในกรณีอื่นๆ ยังต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ

ส่วนกรณีของไทยเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ภาษีเงินได้และภาษีสรรพสามิตเท่านั้นที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารลดหรือยกเว้นภาษีได้ ส่วนภาษีศุลกากรให้กำหนดอัตราภาษี รวมถึงลดหรือยกเว้นภาษีได้โดยพระราชบัญญัติพิทักษ์ภาษีศุลกากร<sup>1</sup>

<sup>1</sup> พระราชศุลกากร พุทธศักราช 2469 มาตรา 10 วรรคแรก บัญญัติว่า “บรรดาค่าภาษียั้น ให้เก็บตามบทพระราชบัญญัตินี้และตามกฎหมายว่าด้วยพิทักษ์อัตราศุลกากร...”

พระราชบัญญัติพิทักษ์อัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ภาษิตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต ให้เรียกเก็บตามพิทักษ์อัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้” แต่พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 มาตรา 103 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แก่การเศรษฐกิจของประเทศหรือเพื่อความผาสุกของประชาชน รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศลดอัตรา หรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใด ๆ ได้ ทั้งนี้ จะกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

การลดอัตราหรือยกเว้นภาษี การยกเลิกหรือแก้ไขการลดอัตราหรือยกเว้นภาษี ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”



#### 4. ปัญหาการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ: กรณีตัวอย่างของไทย

การออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติมีทั้งกรณีที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายฉบับอื่น และกรณีที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติบางส่วนของกฎหมายแม่บทซึ่งมีตัวอย่างดังนี้

##### 4.1 กฎที่มีผลเป็นยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับอื่น

ตามหลักกฎหมายทั่วไปนั้น การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายไม่ว่าทั้งฉบับหรือบางส่วน อาจกระทำได้ทั้งการยกเลิกกฎหมายโดยตรงและการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย แต่ต้องอาศัยอำนาจกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า แต่กรณีนี้ในบทบัญญัติที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายฉบับอื่นเป็นการยกเลิกกฎหมายโดยตรงเพราะมักจะมิบบทบัญญัติว่า “.....ให้ถือว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น” หรือ “...ให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบรรดากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย” ซึ่งจะขอยกตัวอย่างดังนี้

##### 4.1.1 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542

มาตรา 28 วรรคหนึ่งได้บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น”

ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้มีนักกฎหมายมหาชนจำนวนหนึ่งเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายเช่นนี้เป็นการบัญญัติให้ฝ่ายบริหารนำมติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารมาใช้ในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทได้ทั้งที่รัฐวิสาหกิจบางแห่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นการทำลายหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้น โดยคำแนะนำและความเห็นชอบของรัฐสภา โดยถือว่าการตราพระราชบัญญัติเป็นการใช้อำนาจทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง กำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือหลักทั่วไปที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย”

แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ.2540) ไม่ได้บัญญัติถึงกระบวนการในการยกเลิกกฎหมายไว้ แต่ตามหลักกฎหมายทั่วไปถือว่ากฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากันหรือสูงกว่าเท่านั้นที่จะยกเลิกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันหรือต่ำกว่าได้ กระบวนการในการยกเลิกกฎหมายต้องเป็นกระบวนการเดียวกับกระบวนการตรากฎหมายเพราะการยกเลิกกฎหมาย คือ การตรากฎหมายใหม่ ออกมาให้มีเนื้อความปฏิเสธหรือยกเลิกเนื้อความในกฎหมายฉบับเดิม ดังนั้นหากต้องการจะยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ต้องตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่เพื่อยกเลิกกฎหมายฉบับเดิม ดังนั้นในขณะที่ร่างกฎหมายฉบับนี้ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 114 คน ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต่อมา ได้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 50/2542 สรุปได้ว่า “ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่ามติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดเวลาในการยุบเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเพียงเงื่อนไข เมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจึงถูกยกเลิกโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ มาตรา 28 ซึ่งเป็นการยกเลิกโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเดียวกัน อีกทั้งมาตรา 28 นี้ เป็นบทบัญญัติที่มีหลักการและเหตุผลในการตราขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐ ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะของรัฐวิสาหกิจจากรูปแบบองค์การของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งไปเป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด แต่คงมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทหนึ่งซึ่งมีการเปลี่ยนทุนจากรัฐวิสาหกิจเดิมเป็นทุนของบริษัทที่รัฐถือหุ้นทั้งหมด และยังคงให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดิม พนักงานก็มีสถานภาพเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจเช่นเดิมดังนั้นการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็เพื่อให้คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงต่อรัฐสภา เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าไม่มีกรณีใดที่รัฐวิสาหกิจเดิมจะต้องดำเนินการต่อไปแล้ว ก็ให้ตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกกฎหมายจัดตั้งและรายงานต่อรัฐสภาต่อไป ดังนั้นบทบัญญัติในมาตรา 28 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ จึงไม่ขัดหรือแย้งกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”

## จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

\* ความเห็นของตุลาการในคดีนี้แบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับฝ่ายที่เห็นแย้งกับคำวินิจฉัย โดยมีประเด็นการวินิจฉัย 3 ประเด็นดังนี้

**ประเด็นแรก** กระบวนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ....เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่



แม้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น แต่นักวิชาการบางท่านยังไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 เช่น ท่านศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบูรณ์ เห็นว่า “พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ เป็นกฎหมายที่เอาทรัพย์สินที่เป็นผลประโยชน์ส่วนรวมไปกระจายให้แก่เอกชนที่เป็นนักธุรกิจการเมืองทั้งชาวไทยและต่างชาติ โดยรัฐบาลดึงชนชั้นนำบางคน

ประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ลงมติด้วยคะแนนเสียง 8 ต่อ 4 (อีก 1 เสียงไม่วินิจฉัยประเด็นนี้) วินิจฉัยว่า กระบวนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... ไม่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรวจกฎหมายตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ผ่านกระบวนการตรวจกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตามขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดครบถ้วนแล้ว

**ประเด็นที่สอง** การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรวจกฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ลงมติด้วยคะแนนเสียง 8 ต่อ 5 วินิจฉัยว่าการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 นี้ ต้องประกอบด้วย 2 ส่วน คือ มติคณะรัฐมนตรีและพระราชกฤษฎีกา โดยให้มติคณะรัฐมนตรีที่จะให้ยกเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเงื่อนไขและพระราชกฤษฎีกากำหนดเวลาในการยกเลิกรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นเงื่อนไขเวลา ทั้งนี้เมื่อครบทั้งเงื่อนไขและเงื่อนไขแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นก็ป็นอันยกเลิกไปโดยผลของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... หากใช่เป็นการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยมติคณะรัฐมนตรีอย่างที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้อื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไม่

**ประเด็นที่สาม** หากคณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้ มาตรา 28 แห่งร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... จะถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือไม่

ประเด็นนี้ไม่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะมีเพียงตุลาการเสียงข้างน้อยเท่านั้นที่วินิจฉัยว่ามาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ... มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 262 โดยให้เหตุผลว่าร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ... เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อแปลงทุนของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐบาลให้เป็นทุนเรือนหุ้นของรัฐวิสาหกิจในรูปแบบของบริษัท แต่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งนั้นกลับว่าด้วยเรื่องการยุบเลิกรัฐวิสาหกิจและยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจอันเป็นหัวใจของร่างพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้นร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... ซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมาย จึงต้องตกไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 26 2

ผู้สนใจอ่านเพิ่มเติมใน สภาวเดือน ล้มพงศธร, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 เกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ...., (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 113-120.

เข้าไปร่วมเป็นกรรมการในการพิจารณาเห็นชอบแล้วได้ผลตอบแทนจากรัฐบาล”<sup>18</sup> ส่วนศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า “กฎหมายฉบับนี้ต้องการเร่งแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยขาดกระบวนการที่โปร่งใสและรัดกุมอย่างเพียงพอ ต่างจากอังกฤษและฝรั่งเศสซึ่งแม้จะมีกฎหมายกลางในการแปรรูป แต่ก็มีกระบวนการพิจารณาทบทวนในเรื่องการแปรรูปอย่างเข้มงวดรัดกุมขึ้น กล่าวคือ ในอังกฤษ อำนาจตัดสินใจเลือกรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้งมาแปรรูป เป็นของคณะรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงต้องทำแผนการแปรรูปเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติและยังต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ส่วนฝรั่งเศสได้กำหนดรายชื่อรัฐวิสาหกิจที่จะทำการแปรรูปไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ดังนั้นท่านจึงเสนอแนะให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจซึ่งสรุปได้ดังนี้<sup>19</sup>

**ประการแรก** ต้องกำหนดรายชื่อรัฐวิสาหกิจที่จะทำการแปรรูปไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ

**ประการที่สอง** ต้องกำหนดวิธีการแปรรูประยะเวลาสำหรับการแปรรูปให้ชัดเจน

**ประการที่สาม** ต้องกำหนดให้รัฐวิสาหกิจที่เป็นบริการสาธารณะระดับชาติและเกี่ยวกับความมั่นคงเป็นประเภทรัฐวิสาหกิจที่ห้ามแปรรูป

**ประการที่สี่** ต้องกำหนดให้เอกชนถือหุ้นรวมกันได้ไม่เกินร้อยละ 20 และให้มีการ โอนหุ้นกัน โดยพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น

บทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้นั้น มีลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติในระบบกฎหมายอังกฤษ ที่เรียกว่า “Henry VIII Clauses” และรัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) จึงควรนำประเด็นต่างๆ มาเปรียบเทียบกับตัวอย่างของกฎหมายไทยดังนี้

**ระบบกฎหมายอังกฤษ** พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulatory Reform Act 2006) ได้ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎข้อบังคับที่เรียกว่า “Regulation Reform Orders” เพื่อแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติทุกประเภททั้งพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับ

<sup>18</sup> อมร จันทรสมบูรณ์, ปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 2 ตามแนวความคิดของศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 73-74.

<sup>19</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “รายงานสรุปผลการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ”, ในรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2547), หน้า 197-203.



รองได้” หากรัฐมนตรีเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการประกอบธุรกิจในปัจจุบันก็สามารถออก Regulation Reform Orders เพื่อปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้โดยไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองแต่อย่างใด

**ระบบกฎหมายฝรั่งเศส** ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ โดยพิจารณาถึงรูปแบบและกระบวนการในการตรารัฐบัญญัติ ซึ่งหากเป็นเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยให้เอกชนร่วมถือหุ้น รัฐธรรมนูญมาตรา 34 ได้กำหนดให้ตรารัฐบัญญัติกำหนดคกฏเกณฑ์ในการโอนทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจของรัฐไปเป็นของเอกชน

กรณีนี้มีลักษณะคล้ายกับการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) ให้รัฐบาลสามารถออกรัฐกฤษฎีกามาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น ซึ่งเรียกกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นว่า “รัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ(décret-lois)” ซึ่งในระหว่างที่รัฐสภายังไม่ให้สัตยาบัน รัฐกฤษฎีกาประเภทนี้ก็เป็นเพียงนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ใต้อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ก็สามารถยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติฉบับอื่นได้ตามที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจไว้ โดยต้องระบุเงื่อนไขที่ต้องนำรัฐกฤษฎีกาเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้สัตยาบันภายในกำหนด หากรัฐบาลไม่เสนอรัฐกฤษฎีกาต่อรัฐสภาภายในกำหนดเวลาที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจบัญญัติไว้หรือรัฐสภาไม่ให้สัตยาบันภายในกำหนด รัฐกฤษฎีกานั้นย่อมสิ้นผลบังคับ ในทางตรงกันข้ามหากรัฐสภาให้สัตยาบันแล้ว รัฐกฤษฎีกาก็จะมีผลเป็นรัฐบัญญัติ มิใช่นิติกรรมทางปกครองอีกต่อไป ซึ่งศาลปกครองหรือองค์กรอื่นใดที่ไม่มีอำนาจควบคุมรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ(décret-lois) ได้อีก ส่วนเรื่องการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจนิติบัญญัติที่เป็นของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 34 นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1986 ว่ารัฐบัญญัติลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ.1986 ที่มอบอำนาจให้รัฐบาลทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยไม่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้กระทำโดยรัฐกำหนด เมื่อมีการตรารัฐกำหนดในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>20</sup> ประกอบกับในฝรั่งเศสมีกฎหมายกลางสำหรับการแปรรูปโดยมีการกำหนดรายชื่อรัฐวิสาหกิจที่จะทำการแปรรูปไว้ทำรัฐบัญญัติซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากรัฐ

#### **the Regulatory Reform Act 2006**

##### **Article I Power to remove or reduce burdens**

(1) A Minister of the Crown may by order under this section make **any provision** which he considers would serve the purpose in subsection (2).

(2) That purpose is removing or reducing any burden, or the overall burdens, resulting directly or indirectly for any person from **any legislation**.

<sup>20</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, รายงานการวิจัย, อ้างแล้ว, หน้า 54.

บัญญัติดังกล่าว ได้มอบอำนาจไว้ชัดเจนให้ตราพระราชกฤษฎีกา(décret-lois) แปรรูปรัฐวิสาหกิจที่มีชื่อตามบัญชีแนบท้ายโดยให้ประชาชนถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจบางส่วนได้ ก็น่าจะสามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ดังนั้นข้อแตกต่างของรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้แปรรูปรัฐวิสาหกิจของฝรั่งเศสจึงแตกต่างจากพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ตรงที่รัฐบัญญัติกำหนดรายชื่อของรัฐวิสาหกิจที่รัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารทำการแปรรูปได้ตามบัญชีแนบท้าย ส่วนของไทยให้มีมติคณะรัฐมนตรีเลือกรัฐวิสาหกิจที่จะทำการแปรรูปได้โดยไม่มีข้อจำกัด

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ....มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายได้ ต่อมาจึงมีการตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจกว่า 30 ฉบับและโอนอำนาจรัฐวิสาหกิจไปให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อแปรรูปรัฐวิสาหกิจกว่า 30 แห่ง เช่น การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย (อสมท.) การสื่อสารแห่งประเทศไทย (กสท.) องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (ทศท.) การท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย (ทอท.) ไปรษณีย์ไทย และการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) แต่ที่มีปัญหาข้อพิพาทก็คือ กรณี กฟผ. ซึ่งมีการตราพระราชกฤษฎีกาขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ซึ่งกลุ่มสมาคมผู้บริโภคเห็นว่าจะกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้บริโภคซึ่งต้องใช้ไฟฟ้าจึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด ขอให้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว ซึ่งต่อมาได้มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549 ให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับ โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2548 ซึ่งเป็นวันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ โดยมีเหตุผลสำคัญดังนี้

ประการแรก มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ กำหนดให้มีกระบวนการในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน แต่ปรากฏว่าประธานคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นข้าราชการการเมืองทำให้ขาดความเป็นกลางจึงขัดต่อระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2543 ทำให้การดำเนินการของคณะกรรมการเตรียมจัดตั้งบริษัทที่สืบเนื่องต่อคณะกรรมการชุดนี้ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัทและการออกพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับอันเป็นผลสืบเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง การโอนอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์อันเป็นมหาชน ทรัพย์สินที่ได้มาจากการเวนคืนและสิทธิประโยชน์ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ไปเป็นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) เป็นการให้



อำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญมาตรา 49 วรรคหนึ่งสงวนไว้ให้เป็นอำนาจของรัฐและต้องใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ จึงไม่อาจโอนสิ่งดังกล่าวไปโดยพระราชกฤษฎีกาได้

**ประการที่สาม** การให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคและหลักความเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 30 มาตรา 50 และมาตรา 87

ผู้เขียนเห็นว่าโดยหลักการแล้วการตราพระราชกฤษฎีกาแปรรัฐวิสาหกิจเป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้เพราะอังกฤษและฝรั่งเศสก็ยอมรับว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร เพียงแต่เนื้อหาของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ยังมีข้อบกพร่องจึงควรแก้ไขตามข้อเสนอแนะของนักวิชาการดังกล่าวมาแล้ว ส่วนประเด็นข้อโต้แย้งเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้น ควรแก้ไขมาตรา 28 วรรคสองเป็น "ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นได้ถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาที่กำหนด โดยพระราชกฤษฎีกา และให้ออนสิทธิประโยชน์หนี้สินและอำนาจหน้าที่ของรัฐวิสาหกิจเฉพาะในส่วนที่มีใช้การใช้อำนาจมหาชนของรัฐให้แก่บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยพระราชกฤษฎีกา"

ส่วนประเด็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่อาจเกิดจากการมอบอำนาจตามกฎหมายนั้น ในระบบกฎหมายอังกฤษถือว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมาย จึงมีการกำหนดกระบวนการควบคุมตรวจสอบอย่างรัดกุม ทั้งกระบวนการปรึกษาหารือ การประชาพิจารณ์ และการกำหนดให้นำกฎหมายลำดับรองดังกล่าวไปให้รัฐสภาตรวจสอบ และศาลยังมีอำนาจที่จะทบทวนตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองได้ ดังนั้นแม้ศาลอังกฤษไม่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองก่อนการประกาศใช้ แต่ระบบกฎหมายของอังกฤษมีมาตรการคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางปกครอง เช่น การวางกฎต่อรัฐสภา การประชาพิจารณ์ ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองและป้องกันการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารไปกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 เกิดขึ้นในขณะที่รัฐธรรมนูญได้จำกัดสิทธิในการมีกรรมสิทธิในสาธารณูปโภค แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 84(11) ได้ห้ามรัฐดำเนินการใดๆ ที่เป็นเหตุให้กิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐตกไปเป็นกรรมสิทธิ์ของประชาชน หรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละ 51 ดังนั้นสาธารณูปโภคซึ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เช่น ไฟฟ้า ประปา จึงไม่อาจตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนหรือให้เอกชนถือหุ้นข้างมากได้ ดังนั้นหากมีผู้โต้แย้งว่าพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 84(11) ก็ต้องติดตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่อไป แต่ผู้เขียนเห็นว่าควร

บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ให้ภายหลังการแปรรูปรัฐวิสาหกิจประเภท  
สาธารณูปโภคแล้ว ให้รัฐถือหุ้นในกิจการสาธารณูปโภคไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 จึงจะสร้างความ  
มั่นใจได้ว่าอำนาจบริหารสาธารณูปโภคจะไม่อยู่ที่เอกชนผู้แสวงหาผลกำไรมากกว่าการรักษา  
ประโยชน์สาธารณะ เพราะผู้เขียนเห็นว่าแม้ภาครัฐถือหุ้นร้อยละห้าสิบเอ็ด แต่ผู้แทนภาครัฐมาจาก  
หลายหน่วยงานอาจขาดเอกภาพในการตัดสินใจและยังต้องรับฟังนโยบายจากรัฐมนตรีที่กำกับดูแล  
จึงไม่อาจตัดสินใจดำเนินการใดๆ ได้อย่างอิสระ ทำให้บางครั้งเสียงข้างมากที่ขาดเอกภาพย่อมถูก  
ชี้นำโดยเสียงข้างน้อยฝ่ายเอกชนได้ ดังนั้นหากให้เอกชนถือหุ้นในสาธารณูปโภคได้ถึงร้อยละ 49  
นั้น หากมีเอกชนรายใดรายหนึ่งถือหุ้นเพียงร้อยละ 30 ร่วมมือกับผู้ถือหุ้นร้อยละ 10 อีกรายหนึ่ง  
รวมเป็นร้อยละ 40 ก็สามารถโน้มน้าวผู้แทนภาครัฐให้เคลื่อนย้ายตามได้ไม่ยาก แต่ถ้าให้เอกชนถือหุ้น  
รวมกันไม่เกินร้อยละ 30 หากมีรายใหญ่ที่สุดถือหุ้นถึงร้อยละ 20 ก็ย่อมจะชี้นำการบริหารงานได้  
ยากขึ้น หากเห็นว่าการให้เอกชนถือหุ้นร้อยละ 30 ยังอาจครอบงำการบริหารได้ก็ควรทำตาม  
ข้อเสนอแนะของท่าน ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรรมานันท์ ที่ให้เอกชนถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ  
20 เท่านั้น และต้องให้มีการ โอนหุ้นกันยากขึ้นจะได้ไม่มีการแก่งกำไรมูลค่าหุ้นกันโดยตรเป็นพระ  
ราชกฤษฎีกาดังที่กล่าวมาข้างต้น

#### 4.1.2 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545

มาตรา 49 บัญญัติว่า “บรรดาอำนาจหน้าที่ที่มีบทกฎหมายกำหนดให้เป็นของส่วน  
ราชการที่ถูกยุบเลิกตามพระราชบัญญัตินี้หรือของรัฐมนตรีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ปฏิบัติหน้าที่ใน  
ส่วนราชการนั้น ให้โอนไปเป็นของส่วนราชการหรือของรัฐมนตรีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติ  
หน้าที่ในส่วนราชการอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

ในการ โอนอำนาจหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น ถ้าจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของ  
คณะกรรมการตามกฎหมายใดหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องเพื่อให้  
สอดคล้องกับการ โอนอำนาจหน้าที่และเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว ให้กระทำได้โดยตราเป็น  
พระราชกฤษฎีกา โดยในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขให้ส่วนราชการ  
ที่ถูกโอนอำนาจหน้าที่ไป รัฐมนตรีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในส่วนราชการนั้นยังคงมี  
อำนาจหน้าที่เดิมต่อไปเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการมีความต่อเนื่องกันได้

ให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามบทบัญญัติดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม  
บรรดากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย”

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อผ่านความ  
เห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว รัฐบาลเร่งนำขึ้นทูลเกล้าให้ทรงลงพระปรมาภิไธยทั้งที่มี



สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบขอให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีนี้คณะกรรมการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เห็นว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 (1) ที่จะต้องส่งร่างพระราชบัญญัตินี้ส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลมีคำวินิจฉัย ประธานไม่มีหน้าที่วินิจฉัยเองว่าศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับคำร้องจึงไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย<sup>21</sup>

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน(พ.ศ. 2550) มาตรา 154 ยังคงนำหลักการตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ. 2540) ไว้แต่ได้เพิ่มช่องทางการเสนอเรื่องโดยให้นายกรัฐมนตรีสามารถเสนอเรื่องดังกล่าวเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีนี้ได้เช่นกัน”

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540 มาตรา 262 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือครั้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

<sup>21</sup> สุรพล นิธิไกรพนธ์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์และบรรเจิด สิงคะเนติ, “ประธานสภาผู้แทนราษฎรกับการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ”, ใน แดงการของคณะกรรมการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, สุรพล นิธิไกรพนธ์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 25-33.

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 154 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

สิ่งที่น่าคิดต่อไปก็คือ หากมีการร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ....ฉบับใหม่ขึ้นแล้วสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนในรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 เปลี่ยนมาใช้ช่องทางเสนอเรื่องดังกล่าวผ่านนายกรัฐมนตรีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยตามมาตรา 154(2) นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการให้หรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญ กล่าวถึงเฉพาะในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นเองว่าร่างพระราชบัญญัติมีปัญหาความชอบด้วย รัฐธรรมนูญแต่ต้องการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีที่จะเสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ไม่เหมือนกรณี ตามมาตรา 145(1) ซึ่งประธานสภามีหน้าที่ต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นอำนาจผูกพัน ประธานสภาฯ ไม่มีอำนาจดุลพินิจ มิฉะนั้นจะเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญดังที่ศาสตราจารย์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้ให้ความเห็นไว้

ส่วนในเรื่องมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมฯที่เกิดขึ้นนี้ รองศาสตราจารย์ มานิตย์ จุมปา เห็นว่า<sup>22</sup> “การยินยอมให้ฝ่ายบริหาร(คณะรัฐมนตรี) ตรากฎหมาย ของฝ่ายบริหาร ในรูปของพระราชกฤษฎีกามาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายในระดับ พระราชบัญญัติได้ เป็นการละเมิดต่อหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายที่จะต้องมีขั้นตอน รูปแบบ และวิธีการเฉพาะสำหรับกฎหมายที่มีระดับความสำคัญแตกต่างกัน และมีผลเป็นการทำลายหลักนิติ รัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมาย ให้กลายเป็นการใช้อำนาจต่อประชาชนโดยใช้ดุลพินิจของฝ่าย บริหาร โดยไม่ผ่านการควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนหรือโดยศาล แต่ ในกรณีมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ได้มอบอำนาจให้ ตราพระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัตินั้น กรณีนี้สามารถทำได้ เพราะพระราชกฤษฎีกาได้รับมอบอำนาจมาจากพระราชบัญญัติที่มีศักดิ์ของกฎหมายสูงกว่า และใน พระราชบัญญัติเองก็ได้บัญญัติผลของพระราชกฤษฎีกานั้น ให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้แต่เพียง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวน ไม่น้อย กว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อ ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับ ความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรี เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อ วินิจฉัยและแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”

<sup>22</sup> มานิตย์ จุมปา , “ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า”, ใน หนังสือที่ 49, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 66.



พระราชบัญญัติ แต่ไม่ได้กำหนดให้มีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญซึ่งมีศักดิ์ของกฎหมายสูงกว่า กรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่กฎหมายซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่าสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าได้”

ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายควรแก้ไขมาตรา 49 วรรคสามเป็น “ให้ถือว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งส่วนราชการที่ถูกโอน รวมหรือยุบเลิกหน่วยงานถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาซึ่งจะมีผลบังคับใช้ภายหลังที่มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรีครบถ้วนตามมาตรา 50 แล้ว”

ส่วนมาตรา 50 ที่กำหนดให้รัฐมนตรีที่มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีอยู่ในกระทรวงที่เป็นอยู่เดิมเป็นรัฐมนตรีของกระทรวงที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ซึ่งมีชื่อกระทรวงแตกต่างจากเดิมบางกระทรวงจนกว่าจะมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งรัฐมนตรีใหม่นั้น ย่อมขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 182 และมาตรา 183\* ดังนั้นจึงควรเพิ่มมาตรา 50 วรรคสองเป็น “ในการเสนอร่างพระราช

\* รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 182 บัญญัติว่า “ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวเมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษ เว้นแต่เป็นกรณีที่เกิดยังไม่ถึงที่สุดหรือมีการรอการลงโทษในความผิดอันได้กระทำโดยประมาท ความผิดลหุโทษ หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท

(4) สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่ไว้วางใจตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159

(5) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 174

(6) มีพระบรมราชโองการให้พ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามมาตรา 183

(7) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 267 มาตรา 268 หรือมาตรา 269

(8) วุฒิสภามีมติตามมาตรา 274 ให้ถอดถอนออกจากตำแหน่ง”

มาตรา 183 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ”

กฤษฎีกาตามมาตรา 49 เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำเพื่อให้ทรงมีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรี เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและมีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลดังกล่าวครบถ้วนแล้ว จึงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้รัฐมนตรีใหม่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป"

กรณีดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสได้ดังนี้

**ระบบกฎหมายอังกฤษ** ในส่วนของมาตรา 49 ถ้าอยู่ในระบบกฎหมายอังกฤษก็คงไม่มีปัญหาด้านความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะ ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติจึงเป็นกฎหมายสูงสุด อีกทั้งส่วนราชการของอังกฤษไม่เป็นนิติบุคคล แต่มีสถานะเป็นผู้รับใช้ราชบัลลังก์ (Crown) การก่อตั้งหรือยุบเลิกส่วนราชการที่ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายจัดตั้งจึงดำเนินการได้ง่าย ไม่ต้องขกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายจัดตั้ง หรือแม้จะมีกฎหมายจัดตั้งส่วนราชการ การตราบทบัญญัติที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายก็อยู่ในอำนาจที่รัฐสภาสามารถมอบให้ฝ่ายบริหารดำเนินการได้ ส่วนการแต่งตั้งถอดถอนรัฐมนตรีเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษ (royal prerogative) ที่มีมาแต่โบราณ ซึ่งหากศาลและรัฐสภาไม่ได้กำหนดขอบเขตและวิธีใช้พระราชอำนาจไว้เป็นพิเศษพระราชอำนาจนั้นก็ยังคงลยพินิจเด็ดขาด (absolute discretion) ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) มาตรา 50 จึงเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้พระราชอำนาจซึ่งสามารถทำได้ในระบบกฎหมายของอังกฤษเช่นกัน ดังนั้นในกรณีมาตรา 49 และมาตรา 50 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมฯ จึงไม่มีปัญหาในระบบกฎหมายอังกฤษ

**ระบบกฎหมายฝรั่งเศส** กรณีมาตรา 49 คงไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นเรื่องการ โอนหน่วยงานของรัฐด้วยตนเอง มิใช่การ โอนหน่วยงานหรือทรัพย์สินของรัฐ ไปเป็นของเอกชนซึ่งต้องตราบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) จึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของการตราบัญญัติ ซึ่งอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37 โดยไม่ต้องตราบัญญัติมอบอำนาจ ส่วนการแต่งตั้งข้าราชการนั้นเป็นอำนาจของรัฐบาลในทางการบริหารดังนั้น มาตรา 50 จึงไม่มีปัญหาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตามการปฏิรูประบบราชการที่ผ่านมาเป็นไปด้วยความล่าช้าเนื่องจากการจัดตั้งหรือยุบเลิกกระทรวง ทบวง กรม ต้องทำโดยพระราชบัญญัติ ทำให้ขาดความคล่องตัวในการจัด



โครงสร้างของส่วนราชการ<sup>23</sup> ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 49 จะช่วยให้การยุบเลิกหรือโอนหน่วยงานราชการที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติทำได้อย่างรวดเร็ว เพราะไม่ต้องรอให้รัฐสภาตรากฎหมายยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานแต่ละฉบับซึ่งมีอยู่หลายฉบับ จึงช่วยลดภาระงบประมาณของรัฐซึ่งเกิดจากการยุบเลิกหรือโอนหรือรวมหน่วยงานที่ไม่มีความจำเป็น เพื่อให้เหลือเฉพาะหน่วยงานที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามภารกิจของรัฐ การปรับโครงสร้างองค์การของรัฐ (restructure) ให้มีขนาดเล็กลง สายการบังคับบัญชาสั้นลงจะทำให้ลดขั้นตอนที่ไม่จำเป็นลงได้ ช่วยให้ประหยัดงบประมาณของรัฐลงได้มาก ช่วยให้ฐานะการคลังของประเทศมีความมั่นคงยิ่งขึ้น

การยุบเลิก รวมหรือโอนหน่วยงานย่อมส่งผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจในการทำงานของข้าราชการซึ่งเคยมีทัศนคติว่าระบบราชการคือ ระบบการจ้างงานที่มีความมั่นคงสูง จึงยอมรับราชการแม้ผลตอบแทนต่ำกว่าการทำงานในภาคเอกชนก็ตาม และเมื่อต้องลดจำนวนข้าราชการลงก็จะทำให้จำนวนคนว่างงานสูงขึ้นและก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ครอบครัวของผู้ที่ออกจากราชการ เมื่ออยู่ในภาวะที่เสี่ยงเช่นนี้ ก็อาจทำให้ข้าราชการละทิ้งอุดมการณ์ในการรับใช้ประเทศชาติและประชาชนมาเป็นการรับใช้พรรคการเมืองเพื่อความเจริญก้าวหน้าและความมั่นคงในหน้าที่ราชการของตน จึงเป็นการยากที่จะให้ข้าราชการวางตัวเป็นกลางทางการเมือง

แต่ความกลัวการไร้ความมั่นคงในหน้าที่การงานก็ทำให้ข้าราชการต้องปรับปรุงการทำงานบริการประชาชนให้มีประสิทธิภาพเพราะกลัวถูกรื้อเรียน ซึ่งจะช่วยให้ประชาชนได้ประโยชน์ ข้าราชการเห็นความสำคัญของประชาชนยิ่งขึ้น

บทบัญญัติมาตรา 49 มีลักษณะให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ของหน่วยราชการตามพระราชบัญญัติต่างๆ เพื่อความคล่องตัวในการบริหารรัฐกิจ โดยบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับภายในหน่วยราชการและข้าราชการเท่านั้น มิได้มีบทบัญญัติใดที่ไปจำกัดหรือลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการได้รับบริการจากรัฐ เนื่องจากมิได้เป็นการโอนภารกิจของรัฐ ไปให้เอกชนดำเนินการแทนดังเช่นพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 แต่เป็นการปรับปรุง ปรับเปลี่ยนภารกิจภายในหน่วยราชการ ให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้นเท่านั้น ซึ่งหากต้องตราพระราชบัญญัติมาแก้ไขพระราชบัญญัติต่างๆ เช่น แก้ไขชื่อคณะกรรมการและองค์ประกอบของคณะกรรมการต่างๆ ตามกฎหมาย ก็อาจต้องตราพระราชบัญญัติกว่า 600 ฉบับ อาจส่งผลให้การปฏิรูประบบราชการต้องล่าช้าออกไป และกระทบต่อการให้บริการประชาชน อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวยังมีลักษณะแตกต่างจากพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ซึ่งมุ่งเน้นการตรากฎหมายลำดับ

<sup>23</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 55.

รองเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติ ในขณะที่พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรมฯ มุ่งเน้น การตรากฎหมายลำดับรองเพื่อปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติให้เหมาะสมสอดคล้องกับ สถานการณ์ปัจจุบันอย่างรวดเร็ว เพื่อประสิทธิภาพงานบริการประชาชน ดังนั้นหากจะทำให้พระ ราชกฤษฎีกาดังกล่าวสอดคล้องกับหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายก็ควรแก้มาตรา 49 วรรคสามเป็น “ให้ถือว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งส่วนราชการที่ถูกโอน รวมหรือยุบเลิกหน่วยงานถูกยกเลิกหรือแก้ไข โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาซึ่งจะมีผลบังคับ ใช้ภายหลังที่มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าแต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรีครบถ้วนตามมาตรา 50 แล้ว”

ส่วนมาตรา 50 นั้นอาจเป็นการก้าวล่วงพระราชอำนาจในการแต่งตั้งถอนถอนรัฐมนตรี และข้าราชการระดับสูงซึ่งอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฯ และประเพณีการปกครองของไทยซึ่ง แตกต่างจากของอังกฤษ ดังนั้นจึงควรแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 50 เป็น “ในการเสนอร่างพระราช กฤษฎีกาเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำเพื่อให้ทรงมีพระบรมราช โองการ โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลตามร่างพระราชกฤษฎีกา เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยพร้อมกับ พระบรมราชโองการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวครบถ้วนแล้ว จึงประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

ที่ผ่านมามีการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 49 วรรคแรก คือ พระราชกฤษฎีกาโอน กิจการและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และตามมาตรา 49 วรรคสอง คือ พระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้อง กับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และต่อมาก็มีพระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจ หน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 พระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2550 พระ ราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง สำนักงานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

จากตัวอย่างพระราชกฤษฎีกาต่างๆ ที่ตราขึ้นได้แสดงให้เห็นว่านอกจากรัฐบาลได้อาศัย อำนาจมาตรา 49 วรรคหนึ่งโอนกิจการและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ และแก้ไขหรือยกเลิก พระราชบัญญัติจัดตั้งหน่วยราชการแล้ว ยังมีการใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับใหม่มาทำการยกเลิกหรือ แก้ไขพระราชกฤษฎีกากำด้วย

การตราพระราชกฤษฎีกาฉบับใหม่มาแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเดิม ซึ่งมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายเท่ากันย่อมไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย แต่ที่ต้องพิจารณาถึง



ความชอบด้วยกฎหมาย ก็คือ การพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นครั้งแรก 2 ฉบับโดยอำนาจมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวง กรม พ.ศ. 2545 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2547 ซึ่งมีเงื่อนไขและเงื่อนไขไม่สอดคล้องกับมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวง กรม พ.ศ. 2545

กรณีนี้กฎหมายแม่บทมิได้กำหนดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ดังนั้นกระบวนการในการจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาจึงเป็นกระบวนการทั่วไป คือ ส่วนราชการเจ้าของเรื่องนำร่างพระราชกฤษฎีกาเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ จากนั้นคณะรัฐมนตรีอาจปรึกษาร่างฯ กับคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อแก้ไขปรับปรุงร่างพระราชกฤษฎีกาแล้วส่งให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ จากนั้นนายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป ซึ่งในเรื่องนี้คงไม่มีปัญหาความบกพร่องด้านกระบวนการ

ที่ผ่านมามีการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 49 วรรคแรก คือ พระราชกฤษฎีกาโอนกิจการและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และตามมาตรา 49 วรรคสอง คือ พระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นการแก้ไขชื่อหน่วยงานและรัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมาย รวมทั้งตำแหน่งข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 เท่านั้น หากต้องดำเนินการเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติก็จะเป็นการสร้างภาระให้รัฐสภา ดังนั้น หลักการในมาตรา 49 จึงตราขึ้นเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการทำงานและประหยัดเวลา<sup>24</sup>

แต่มีบางหน่วยงานที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ เช่น มาตรา 53 ให้โอนกิจการ อำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน งบประมาณ หนี้ สิทธิ ภาระผูกพัน ฯลฯ ภายใน 2 ปีนับแต่กฎหมายใช้บังคับก็ต้องตราพระราชกฤษฎีกาให้มีผลบังคับไม่เกินวันที่ 2 ตุลาคม พ.ศ. 2547 หากพ้นกำหนดเวลาย่อมไม่มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอีก เมื่อพระราชกฤษฎีกาโอนอำนาจหน้าที่ที่มีผลบังคับแล้วให้ถือว่ากรมวิเทศสหการเป็นอันขุบเลิก แต่กลับมีการตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ พ.ศ. 2547 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 18 ตุลาคม 2547 โดยในมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกาให้ขุบกรมวิเทศสหการ กระทรวงการต่างประเทศ และจัดตั้งเป็นสำนักงานความร่วมมือเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศ โดยเป็นส่วนราชการ ในกระทรวง

<sup>24</sup> มานิช จูปา, “ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า”, ใน หนังสือที่ 49, อ้างแล้ว, หน้า 57-58.

การต่างประเทศ ตามมาตรา 18 วรคส์ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ทั้งที่พระราชกฤษฎีกานี้ได้ตราขึ้นโดยอาศัยความตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรมฯ และมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ. 2540) ซึ่งทั้งเงื่อนไขในมาตรา 53 มิได้มอบอำนาจให้ตราพระราชกฤษฎีกาตั้งหน่วยงานขึ้นใหม่ ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรคสองได้ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อรวมหรือโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ได้ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่รวมหรือโอนหน่วยงาน แต่ในกรณีนี้มีใช้การรวมหรือโอนหน่วยงาน แต่เป็นการยุบเลิกหน่วยงานเกินเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แล้วตั้งหน่วยงานใหม่ ดังนั้นพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม และมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(พ.ศ. 2540) จึงต้องถือว่ากฎหมายจัดตั้งกรมวิเทศสหการยังไม่ถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว

#### 4.1.3 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528

มาตรา 89 วรคสอง “บรรดาอำนาจหน้าที่ใดซึ่งเป็นของราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคจะมอบให้กรุงเทพมหานครปฏิบัติก็ได้ โดยให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ข้อบังคับหรือประกาศ แล้วแต่กรณี ในกรณีที่ทำเป็นข้อบังคับหรือประกาศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย”

กรณีนี้เป็นการ โอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่นตามกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานให้ไปเป็นของกรุงเทพมหานครจึงเป็นการใช้พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ข้อบังคับหรือประกาศในการแก้ไขหรือยกเลิกอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของส่วนราชการนั้น แม้มิได้มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายอื่นโดยตรง แต่ก็ส่งผลให้ส่วนราชการอื่นที่ทำการอยู่ในบริเวณกรุงเทพมหานครถูกโอนอำนาจหน้าที่ซึ่งเคยมีอยู่ตามกฎหมายไปให้ราชการส่วนท้องถิ่นดำเนินการแทนซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสได้ดังนี้

\* พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 มาตรา 53 บัญญัติว่า

“ภายใน 2 ปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้โอนกิจการอำนาจหน้าที่ ทรัพย์สิน งบประมาณ หนี้ สิทธิ ภาระผูกพัน ข้าราชการ ลูกจ้าง และอัตรากำลังของกรมวิเทศสหการและบรรดาอำนาจหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในกรมวิเทศสหการ ไปเป็นของส่วนราชการหนึ่งส่วนราชการใดของกระทรวงการต่างประเทศ หรือของผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในส่วนราชการดังกล่าวแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะกำหนดให้การกำหนดรายละเอียดบางกรณีเป็นไปตามมติของคณะรัฐมนตรีหรือประกาศของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องก็ได้

เมื่อมีการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ให้ถือว่ากรมวิเทศสหการเป็นอันยุบเลิก



**ระบบกฎหมายอังกฤษ** ส่วนราชการต่างๆ มีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของราชบัลลังก์ (Crown) ซึ่งไม่มีกฎหมายจัดตั้งให้เป็นนิติบุคคล การโอนอำนาจในกรณีนี้ให้แก่ส่วนท้องถิ่นเป็นการกระจายอำนาจในการบริหารภายในราชบัลลังก์เท่านั้น จึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย

**ระบบกฎหมายฝรั่งเศส** การตรากฎหมายเกี่ยวกับหลักประกันพื้นฐานของข้าราชการอยู่ในอำนาจของรัฐสภา กรณีนี้มีใช้เรื่องหลักประกันหรือสวัสดิการของข้าราชการ แต่เป็นเพียงการใช้อำนาจบริหารมอบหมายภารกิจให้แก่ส่วนราชการตามความเหมาะสมซึ่งสามารถกระทำได้โดยการออกระเบียบภายในฝ่ายบริหาร โดยถือเป็นการบังคับการตามรัฐบัญญัติทั้งหลายให้มีผลในทางปฏิบัติก็ได้ จึงไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่า การโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่นไปให้กรุงเทพมหานครซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีศักยภาพสูงเป็นเรื่องที่ดี แต่ควรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ไม่ควรให้ทำในรูปแบบกฎอื่นๆ โดยเฉพาะกฎที่ตราโดยสภากรุงเทพมหานครเอง เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินการ อีกทั้งกระบวนการตราพระราชกฤษฎีกายังมีความรัดกุมกว่าการออกกฎรูปแบบอื่น และเพื่อให้สอดคล้องกับหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายควรแก้ไขมาตรา 89 วรรคสองเป็น “บรรดาอำนาจหน้าที่ใดซึ่งเป็นของราชการส่วนกลางหรือราชการส่วนภูมิภาคจะมอบให้กรุงเทพมหานครปฏิบัติก็ได้ โดยให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา และให้ถือว่าเป็นการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่างๆ ตามกฎหมายจัดตั้งโดยพระราชบัญญัตินี้ ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว”

#### 4.2 กฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายแม่บท

การมอบอำนาจในลักษณะนี้มักกำหนดให้ออกกฎที่มีผลให้บทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญบางมาตราไม่มีผลบังคับหรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของบทบัญญัติ ซึ่งลักษณะนี้เป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายโดยปริยายเพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติถือว่ากฎหมายถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยกฎนั้น

##### 4.2.1 กฎที่ออกตามประมวลรัษฎากร

มาตรา 3 บัญญัติว่า “การลดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีตามประมวลกฎหมายนี้ ให้กระทำโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

กรณีนี้เป็นการมอบอำนาจในการลดหรือยกเว้นภาษีให้แก่ฝ่ายบริหาร ทั้งที่ประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายเพื่อการเรียกเก็บภาษีจากประชาชนซึ่งตราโดยรัฐสภา แต่บทบัญญัติกฎหมายแม่บทดังกล่าวยอมถูกยกเว้นการบังคับใช้ได้โดยพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งกรณีดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสได้ดังนี้

**ระบบกฎหมายอังกฤษ** อำนาจในการกำหนดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีเป็นอำนาจของรัฐสภาตามหลักความยินยอมทางภาษี แม้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ. 2006 (the Regulatory Reform Act 2006) และพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) ให้ตราพระราชกฤษฎีกา (Order in Council) และกฎกระทรวง (Regulations) เพื่อยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่และที่จะมีในอนาคต (to prevail over all Acts) ที่มีบทบัญญัติในการขึ้นภาษีโดยไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรปได้ แต่ก็มิได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎในรูปแบบใดเพื่อลดหรือยกเว้นภาษีเงินได้

**ระบบกฎหมายฝรั่งเศส** การกำหนดอัตราภาษี ฐานภาษีต้องกระทำโดยรัฐบัญญัติของรัฐสภา และเคยมีคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1953 สรุปว่ารัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารจะต้องไม่เป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดเรื่องที่เกี่ยวข้องกับภาษีนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือจารีตประเพณี<sup>25</sup>

แม้คำวินิจฉัยดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนบังคับใช้รัฐธรรมนูญปัจจุบัน (ค.ศ.1958) แต่ก็ถือเป็นบรรทัดฐานได้ เพราะสภาแห่งรัฐมีอำนาจควบคุมตรวจสอบรัฐกฤษฎีกาและกฎอื่นๆ ของฝ่ายบริหาร อีกทั้งรัฐธรรมนูญมาตรา 34 ยังกำหนดให้เรื่องภาษีอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าฝรั่งเศสไม่มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการลดหรือยกเว้นภาษีเงินได้

#### 4.2.2 กฎที่ออกตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527

มาตรา 103 “เพื่อประโยชน์แก่การเศรษฐกิจของประเทศหรือเพื่อความผาสุกของประชาชน รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศลดอัตรา หรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใด ๆ ได้ ทั้งนี้ จะกำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

การลดอัตราหรือยกเว้นภาษี การยกเลิกหรือแก้ไขการลดอัตราหรือยกเว้นภาษี ตลอดจนหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิตฯ มีวัตถุประสงค์ในการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตจากผู้ทำการค้า แต่พระราชบัญญัตินี้กลับให้อำนาจออกประกาศลดหรือยกเว้นภาษีสำหรับสินค้าหรือบริการใดๆ ได้ จึงเท่ากับกฎหมายแม่บทให้อำนาจออกกฎที่มีผลในการยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติในการเรียกเก็บภาษีสรรพสามิตตามกฎหมายฉบับนี้ กรณีดังกล่าวสามารถเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสได้ดังนี้

**ระบบกฎหมายอังกฤษ** อำนาจในการกำหนดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีเป็นอำนาจของรัฐสภาตามหลักความยินยอมทางภาษี พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the

<sup>25</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส”, รายงานการวิจัย, อ้างแล้ว, หน้า 48.



Regulatory Reform Act 2006) หรือแม้แต่พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) ให้ตราพระราชกฤษฎีกา (Order in Council) และกฎกระทรวง (Regulations) เพื่อยกเลิกกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่และที่จะมีในอนาคต (to prevail over all Acts) ที่มีบทบัญญัติในการขึ้นภาษีโดยไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรปซึ่งในกรณีนี้หากมีการกำหนดเรื่องภาษีสรรพสามิตไว้ในสนธิสัญญาแห่งสหภาพยุโรป ฝ่ายบริหารจึงจะมีอำนาจออกกฎหมายกำหนดอัตราภาษีให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา แต่กฎหมายมิได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการลดหรือยกเว้นภาษีสรรพสามิตในกรณีทั่วไปได้

**ระบบกฎหมายฝรั่งเศส** การกำหนดอัตราภาษี ฐานภาษีต้องกระทำโดยรัฐบัญญัติของรัฐสภา และเคยมีคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐเมื่อวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1953 สรุปว่ารัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารจะต้องไม่เป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดเรื่องที่ต้องวางไว้สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญหรือจารีตประเพณี อีกทั้งรัฐธรรมนูญมาตรา 34 ยังกำหนดให้เรื่องภาษีอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าฝรั่งเศสไม่มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการลดหรือยกเว้นภาษีสรรพสามิต

จากข้อมูลดังกล่าวมาทั้งหมดสรุปได้ว่าทั้งในระบบกฎหมายอังกฤษ ฝรั่งเศส ได้ยอมรับให้มีการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ในกรณีที่เป็นการบริหารรัฐกิจ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจและ ในกรณีที่ต้องการปฏิบัติตามพันธกรณีของสหภาพยุโรปซึ่งทั้งหมดเป็นเรื่องที่น่าจะไม่เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ส่วนในเรื่องภาษีนั้นฝรั่งเศสให้ตราเป็นรัฐบัญญัติเท่านั้น ในขณะที่อังกฤษยอมให้ฝ่ายบริหารออกกฎกำหนดอัตราภาษี รวมถึงลดหรือยกเว้นภาษีได้เฉพาะกรณีภาษีศุลกากรและกรณีแก้ไขอัตราภาษีให้สอดคล้องกับพันธกรณีของสหภาพยุโรปเท่านั้น ในกรณีภาษีอื่นๆ ยังต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ ดังนั้นจึงต้องถือว่าการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายของไทยสามารถทำได้ในกรณีตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 เนื่องจากเป็นเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจและการบริหารรัฐกิจ ซึ่งมีใช้เรื่องการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวยังมีข้อบกพร่องที่ควรแก้ไข รวมทั้งยังขาดกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎเชิงป้องกัน โดยกระบวนการปรึกษาหารือ การประชาพิจารณ์และการวางกฎต่อรัฐสภา ดังนั้นจึงควรเร่งปรับปรุงข้อบกพร่องต่างๆ โดยเร็ว

## บทที่ 5

### สรุปผลการวิจัยและข้อเสนอแนะ

#### 1. สรุปผลการวิจัย

การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในกรณีปกติย่อมเป็นไปตามหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมาย คือ กฎหมายย่อมถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าหรือเท่ากัน ในกรณีที่กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันนั้น กฎหมายเก่าย่อมถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยกฎหมายใหม่ กฎหมายทั่วไปย่อมถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยกฎหมายเฉพาะซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันทั้งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อังกฤษและระบบกฎหมายไทย

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาพบว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อังกฤษและไทยต่างก็มีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายของรัฐบาลโดยกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งกรณีนี้ถือเป็นข้อยกเว้นด้วยเงื่อนไขและความจำเป็นต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงตามยุคสมัย เช่น ในประเทศฝรั่งเศสต้องการให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ มากขึ้น เพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศให้มีความคล่องตัวยิ่งขึ้น โดยมีการจำกัดอำนาจนิติบัญญัติของรัฐบาลไว้ จึงมีการตรารัฐกฤษฎีกาที่สามารถยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติของรัฐบาลได้ในกรณีที่รัฐบัญญัตินั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจอำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร ส่วนในประเทศอังกฤษมีการเร่งปฏิรูปกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีของสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและการเร่งปฏิรูปเศรษฐกิจ ซึ่งหากจะใช้วิธีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในกรณีปกติก็ต้องใช้เวลาในการดำเนินการนานมาก จึงมีการตรากฎหมายที่มอบอำนาจให้ออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษเรียกบทบัญญัติในลักษณะนี้ว่า "Henry VIII Clause" เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulation Reform Act 2006) เป็นต้น ส่วนในระบบกฎหมายไทยก็มีการให้อำนาจในการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ เช่น พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ประมวลรัษฎากร พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานของรัฐ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจและการลดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษีเงินได้เท่านั้น โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้มีการออกกฎหมายในระดับพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎที่ถือว่าตราโดยความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์ ยกเว้นกรณีพระราชบัญญัติสรรพสามิตที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีออกประกาศยกเว้นหรือลดอัตราภาษีสรรพสามิตได้

ในระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส ได้ยอมรับข้อยกเว้นนี้โดยมิให้อำนาจออกกฎหมายยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ภายใต้เงื่อนไขในกรณีดังต่อไปนี้

กรณีแรก การปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญาสหภาพยุโรป



ทั้งอังกฤษและฝรั่งเศสต่างก็ต้องตรากฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาสหภาพยุโรป โดยรัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) ให้ตราพระราชกฤษฎีกา (Order in Council) และกฎ (Regulations) เพื่อยกเลิกกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่และที่จะมีในอนาคต (to prevail over all Acts) ที่มีบทบัญญัติในการขึ้นภาษี มีผลบังคับย้อนหลังหรือการกำหนดค่าปรับที่ไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรป ส่วนในเรื่องการปรับปรุงบทบัญญัตินั้นพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulatory Reform Act 2006) ได้ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎข้อบังคับที่เรียกว่า “Regulation Reform Orders” เพื่อแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติทุกประเภททั้งพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองให้สอดคล้องกับมาตรา 2(2) แห่งพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ.1972 (the European Communities Act 1972) แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่ใช่บังคับกับพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 (the Human Rights Act 1998) ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 53 กำหนดให้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัติต้องได้ต้องกระทำในรูปรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาก่อน ประธานาธิบดีจึงจะให้สัตยาบันได้ ดังนั้นรัฐบัญญัติดังกล่าวจึงมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรารัฐกฤษฎีกาที่มีศักดิ์เทียบเท่ารัฐบัญญัติ (décrets-lois) เพื่อยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับสนธิสัญญาสหภาพยุโรปได้ ซึ่งการมอบอำนาจให้ออกกฎในลักษณะปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศตามระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสนั้นยังไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ทำให้ต้องมีการตราพระราชบัญญัติยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในแต่ละฉบับซึ่งต้องใช้เวลาานานมาก ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศได้โดยปราศจากพระราชบัญญัติมอบอำนาจจากรัฐสภา การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศย่อมทำให้รัฐอื่นสามารถใช้มาตรการตอบโต้ต่างๆ ต่อประเทศไทยได้ ดังที่ปรากฏในเรื่องการตอบโต้ทางการค้าในองค์การการค้าโลก การห้ามนำเข้าสินค้าจากประเทศไทยและการขึ้นอัตราภาษีศุลกากรสินค้านำเข้าจากไทยให้สูงขึ้น เป็นต้น ดังนั้นหากมีการกำหนดให้เรื่องการอนุวัติการตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นสามารถกระทำได้โดยการตราพระราชกฤษฎีกาก็จะเกิดประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นอย่างยิ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมาจนถึงฉบับปัจจุบันได้ยอมรับพระราชอำนาจในเรื่องการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ควรมีกฎหมายให้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาเพื่ออนุวัติการตามข้อตกลงดังกล่าวได้

#### กรณีที่สอง การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นหากมีการ โอนทรัพย์สินของรัฐให้เป็นของเอกชนต้องกระทำโดยการตราบัญญัติ แต่หากเป็นการแปรสภาพจากองค์การของรัฐมาเป็นประเภทบริษัท โดยไม่มีการ โอนหุ้นหรือทรัพย์สินของรัฐให้เอกชนก็สามารถทำได้โดยอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร ส่วนระบบกฎหมายอังกฤษนั้นมีลักษณะคล้ายกับในระบบกฎหมายไทยคือ

มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ซึ่งรัฐบาลสามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับปรุงบทบาทบัญญัติ ค.ศ.2006 (the Regulation Reform Act 2006) ได้หากรัฐมนตรีเห็นว่าควรปรับปรุงกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใดก็สามารถออก Regulation Reform Order เพื่อยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใดก็ได้

ในส่วนของระบบกฎหมายไทยนั้นได้มีกฎหมายกลางที่ใช้ในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติให้เป็นรัฐวิสาหกิจในรูปบริษัท โดยการตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นซึ่งกรณีนี้หากเทียบเคียงกับระบบกฎหมายอังกฤษแล้วสามารถทำได้โดยปราศจากเงื่อนไข ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีข้อจำกัดคือต้องไม่มีการโอนทรัพย์สินของรัฐเป็นของเอกชนเพราะอาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 84(11) ในหมวดนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐได้ห้ามรัฐดำเนินการใดๆ ที่เป็นเหตุให้กิจการสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานของรัฐอันจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชนหรือเพื่อความมั่นคงของรัฐตกไปเป็นกรรมสิทธิ์ของประชาชน หรือทำให้รัฐเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละ 51 ดังนั้นสาธารณูปโภคซึ่งจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของประชาชน เช่น ไฟฟ้า ประปา จึงไม่อาจให้เอกชนถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 ได้

#### กรณีที่สาม การบริหารรัฐกิจ

ในการบริหารราชการแผ่นดินหรือการบริหารรัฐกิจนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์การของรัฐและการบริหารงานบุคคลภาครัฐ ซึ่งได้แก่ส่วนราชการต่างๆ ที่รัฐมนตรีใช้อำนาจบังคับบัญชา รวมถึงรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนซึ่งรัฐมนตรีใช้อำนาจในการกำกับดูแลด้วย

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจฝ่ายบริหารที่จะตรารัฐกฤษฎีกา และหากมีรัฐบัญญัติในเรื่องดังกล่าว รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 37 ให้อำนาจฝ่ายบริหารตรารัฐกฤษฎีกา ยกเลิกหรือแก้ไขรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ ส่วนในระบบกฎหมายอังกฤษถือว่าหน่วยราชการต่างๆ รวมทั้งกระทรวง ทบวง กรม เป็นเพียงส่วนหนึ่งของราชบัลลังก์ (crown) และยังถือว่าในเรื่องการบริหารงานต่างๆ รวมถึงการกำหนดค่าตอบแทนของบุคคลเป็นพระราชอำนาจ (royal prerogative) ที่จะทรงตราพระราชกฤษฎีกาในเรื่องดังกล่าวได้ พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจนี้ไม่มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองจึงไม่ต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจ

ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น ส่วนราชการต่างๆ มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง เรื่องการบริหารรัฐกิจนั้นต้องอาศัยพระราชบัญญัติแม่บทกำหนดให้ออกกฎในรูปแบบต่างๆ เพื่อกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม หากมีการเปลี่ยนชื่อหน่วยงาน การยุบเลิกหรือตั้งหน่วยงานใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงาน การบริหารงานบุคคลก็ต้องมีการตราเป็นพระราชบัญญัติในแต่ละฉบับทำให้เกิดความล่าช้าในการปฏิรูประบบราชการ ดังนั้นจึงมีการตรา



พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ให้การดำเนินการดังกล่าวเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจสามารถกระทำได้โดยตราพระราชกฤษฎีกา ไม่ต้องมีการแก้ไขหรือตราพระราชบัญญัติขึ้นใหม่ เมื่อพระราชกฤษฎีกาสามารถยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ การปฏิรูประบบราชการทั้งการปรับโครงสร้างองค์กรและการบริหารงานบุคคลก็ทำได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น แต่มีข้อที่ควรคำนึงคือความรู้ความเชี่ยวชาญของบุคลากรที่ผลัดเปลี่ยนหมุนเวียนกันปฏิบัติงานที่ยังไม่เคยทำมาก่อนอาจกระทบต่อประสิทธิภาพในการให้บริการประชาชนได้

## 2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับการออกกฎที่มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและอังกฤษ เปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย พบว่าทุกระบบกฎหมายดังกล่าวมีการออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายซึ่งอาจจะแตกต่างกันหรือคล้ายคลึงกันเพียงแต่เงื่อนไขหรือขอบเขตในเรื่องที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายให้ทำได้ ตามบริบทของสภาพการณ์และความจำเป็นของแต่ละประเทศ

ในระบบกฎหมายอังกฤษมีตัวอย่างกฎหมายที่มอบอำนาจให้ออกกฎที่มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายหลากหลายกว่าและมีขอบเขตกว้างขวางกว่าในระบบกฎหมายอื่น แต่ก็มีกระบวนการตรวจสอบการออกกฎทั้งก่อนและหลังการบังคับใช้กฎซึ่งเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้อย่างดี ดังนั้นในข้อเสนอแนะต่างๆ จึงเน้นแนวทางในระบบกฎหมายอังกฤษเป็นหลัก โดยแบ่งออกเป็นข้อเสนอแนะในทางสารบัญญัติและในทางวิธีสบัญญัติดังต่อไปนี้

### 2.1 ข้อเสนอแนะในทางสารบัญญัติ

จากการศึกษาพบว่าในอังกฤษ ฝรั่งเศส ก็มีกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายได้ในเรื่องที่มีใช้การยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยตรง แต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการปรับปรุง โครงสร้างหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะของรัฐ เช่น การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ การบริหารรัฐกิจ เป็นต้น ส่วนกรณีพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับยังมีเนื้อหาสาระที่ควรปรับปรุงดังรายละเอียดในบทที่ 4 ดังนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในทางสารบัญญัตินี้

**ประการแรก** ควรยอมรับหลักการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการปรับปรุง โครงสร้างหน่วยงานที่จัดทำบริการสาธารณะของรัฐได้ เช่น การบริหารรัฐกิจและการแปรรูปรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติให้สามารถกระทำได้ด้วยการตราพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ห้ามกระทำโดยการออกกฎรูปแบบอื่น เพราะพระราชกฤษฎีกามีกระบวนการตราที่มีการควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะรัฐมนตรี ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย จึงจะประกาศและบังคับใช้ได้ อีกทั้งพระราชกฤษฎีกายังมีศักดิ์สูงกว่ากฎในรูปแบบอื่น

ดังนั้นจึงควรบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ในรัฐธรรมนูญให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกหรือกฎหมายจัดตั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจนั้นเหมือนดังกรณีบทบัญญัติในมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540)

**ประการที่สอง** ควรจะยอมรับว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชบัญญัติที่มอบอำนาจซึ่งมีลำดับศักดิ์เท่ากันตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 โดยบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติที่มอบอำนาจ

**ประการที่สาม** ควรยอมรับว่าอำนาจมหาชน เช่น อำนาจในการเวนคืนทรัพย์สินหรืออำนาจบังคับเหนือเอกชนที่เกิดจากพระราชบัญญัติจัดตั้งส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอำนาจเฉพาะของรัฐซึ่งห้ามโอนไปให้องค์กรที่มีเอกชนร่วมถือหุ้น โดยกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมอบอำนาจ ห้ามตราพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาในการโอนอำนาจมหาชนไปให้องค์กรที่มีเอกชนร่วมทุนกับรัฐ ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549

**ประการที่สี่** ควรกำหนดมาตรการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยให้กิจการไฟฟ้าและประปาเป็นสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานอันจำเป็นต่อการดำรงชีพของประชาชนที่ห้ามเอกชนถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 30 และรัฐต้องถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 โดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ เพราะหากห้ามเอกชนถือหุ้นโดยเด็ดขาดก็อาจจะไม่สอดคล้องกับมาตรา 84 (11) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2550) ซึ่งเพียงแต่ห้ามรัฐถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 51 จึงเท่ากับรัฐธรรมนูญยอมให้เอกชนถือหุ้นส่วนน้อยได้

**ประการที่ห้า** ควรยอมรับพระราชอำนาจของมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรีและข้าราชการระดับสูงโดยบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมฯ ให้พระราชบัญญัติจัดตั้งส่วนราชการที่ถูกโอน รวมหรือยุบเลิกหน่วยงานถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามเงื่อนไขและเงื่อนไขที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาซึ่งจะมีผลบังคับใช้ภายหลังที่มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรีแล้ว

## 2.2 ข้อเสนอแนะในทางวิธีบัญญัติ

จากการศึกษากระบวนการออกกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อังกฤษและไทย พบว่ามีระบบกฎหมายอังกฤษได้ให้ความสำคัญต่อการควบคุมตรวจสอบก่อนการบังคับใช้กฎหมาย โดยกฎหมายแม่บทแต่ละฉบับได้กำหนดกระบวนการปรึกษาหารือ การพิจารณาพิจารณาต่างๆ ไว้ และเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎ ค.ศ.1946 (the Statutory Instruments Act 1946) ซึ่งได้กำหนดให้มีการวางกฎต่อรัฐสภาและการประกาศกฎก่อนการบังคับใช้ทำให้มีการตรวจสอบควบคุมกฎต่างๆ อย่างเข้มงวดขึ้น และเมื่อมีการตรากฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเพิ่มขึ้น ก็มีการตราเงื่อนไขในการควบคุมให้เข้มงวดยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้ก่อนการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายต้องปรึกษารัฐมนตรีหรือกับผู้ประ โยชน์เกี่ยวข้องก่อน เป็นต้น



ส่วนในระบบกฎหมายไทยนั้น แม้จะมีกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ประมวลรัษฎากร พ.ศ.2481 พระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 แต่ก็มีเพียงพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 เท่านั้นที่กำหนดให้มีการทำประชาพิจารณ์รับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการตราพระราชกฤษฎีกายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ทั้งที่รัฐธรรมนูญฯ (พ.ศ.2550) มาตรา 57 ได้กำหนดให้รัฐต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญต่อประชาชนหรือชุมชน ซึ่งแม้จะถือว่าการออกกฎที่มีผลในการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายในเรื่องการบริหารรัฐกิจ และการแปรรูปรัฐวิสาหกิจมิใช่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรงแบบปัจเจกบุคคล แต่ก็เป็นเรื่องที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญต่อประชาชนในการได้รับบริการสาธารณะที่ดีด้วยราคาเป็นธรรม ดังนั้นก่อนการออกกฎในกรณีดังกล่าว แม้ในพระราชบัญญัติแม่บทมิได้บังคับให้ต้องมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในรูปแบบของการปรึกษาหารือหรือการประชาพิจารณ์ก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้ต้องมีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ฝ่ายบริหารจึงควรจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในเรื่องดังกล่าวเพื่อป้องกันปัญหาการออกกฎโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

**ประการแรก** ควรมียกกฎหมายกลางที่ควบคุมการออกกฎในแต่ละรูปแบบที่ต้องมีการปรึกษาหารือหรือการทำประชาพิจารณ์ รวมทั้งการวางกฎต่อรัฐสภาเหมือนเช่นอังกฤษที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎ ค.ศ.1946 (the Statutory Instruments Act 1946)

**ประการที่สอง** ควรบัญญัติไว้ในกฎหมายกลางให้พระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎที่มีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชนที่ต้องมีกระบวนการประชาพิจารณ์ก่อนการตราพระราชกฤษฎีกา และภายหลังพระราชกฤษฎีกานั้นมีผลบังคับใช้แล้วก็ต้องวางกฎต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาว่าจะเพิกถอนหรือไม่ (negative parliamentary resolution) เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาตรา 57 และกระบวนการวางกฎที่เคยนำมาใช้กับการออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

**ประการที่สาม** ที่ผ่านมาในระบบกฎหมายไทยจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย โดยใช้เกณฑ์องค์การผู้ตรากฎหมาย โดยมีได้พิจารณาเกณฑ์เนื้อหา และยังมีการเรียกกฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารว่า “กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือกฎหมายลำดับรอง” และในกรณีที่พระราชกฤษฎีกาสามารถยกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติได้ก็ยิ่งอาจทำให้มีผู้เข้าใจผิดว่าพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ จึงควรเรียกพระราชกฤษฎีกาว่า “กฎ” ให้เห็นความแตกต่างของกฎและกฎหมายอย่างชัดเจน

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. 2548. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
วิญญูชน,

กุลลดา เศษบุญชู มีด. 2545. วิวัฒนาการรัฐอังกฤษ ฝรั่งเศส ในกระแสเศรษฐกิจโลก  
จากระบบฟิวดัลถึงการปฏิวัติ. กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. 2531. องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่าย  
ปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชา  
นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. 2550. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและ  
กฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

คณะกรรมการกฤษฎีกา(กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 10). “บันทึก เรื่อง คำสั่งห้ามการ  
โฆษณาเครื่องดื่มน้ำที่มีส่วนผสมของแอลกอฮอล์”. 24 พฤศจิกายน 2549.

คณะกรรมการกฤษฎีกา(คณะพิเศษ). “บันทึก เรื่อง การดำเนินการตามคำพิพากษาศาลปกครอง  
สูงสุดที่เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปลงสภาพ กฟผ. เป็นบริษัท กฟผ. จำกัด  
(มหาชน)”. เมษายน 2549.

จามร โสมานันท์. 2544. การปรึกษาหารือและการรับฟังความคิดเห็นในกระบวนการนิติ  
บัญญัติและการออกกฎข้อบังคับ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์  
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. 2540. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 9. พิมพ์ครั้งที่  
22. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,



- ประยูร กาญจนกุล. 2523. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย,
- ประสาท พงษ์สุวรรณ. 2545. เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. เอกสารประกอบการฝึกอบรมโครงการพัฒนาความรู้และประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของพนักงานคดีปกครอง พ.ศ.2545. (อัดสำเนา)
- ประเสริฐ ทรัพย์สุนทร. 2538. “ภารกิจแห่งชีวิตของประเสริฐ ทรัพย์สุนทร” ใน อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพนายประเสริฐ ทรัพย์สุนทร. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อรุณวิทยา,
- ปรีดี พนมยงค์. 2526. “ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์” ใน อนุสรณ์เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 วันแห่งการอสัญกรรมของผู้ประศาสน์การ ปรีดี พนมยงค์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
- มานิตย์ จุมปา. 2546. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
- มานิตย์ จุมปา. 2546. คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
- มานิตย์ จุมปา. ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่สูงกว่า. ใน หนังสือรพี 49. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2548) : 45-66.
- รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. 2533. การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. 2531. การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วิญญู เครื่องาม. 2540. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 1. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,

ชาญชัย แสวงศักดิ์. 2549. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

ชาญวุฒิ วัชรพุกก์, สุชิน ตันติกุล, ศิริลักษณ์ ผดุงจันทร์ และประสาน บุญโสภากย์.

2519. กระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง

นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2547. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานสรุปผลการศึกษาระดับสมบูรณธ์เรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ. รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) 4(2547) : 187-260.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2548. คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

บุรีรักษ์ นามวัฒน์. 2540. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 5. พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช,

บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. 2537. ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,

บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. 2538. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ. พิมพ์ครั้งที่ 6 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,

บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. 2538. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

บวรศักดิ์ อุวรรณ โฉ. 2538. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,



วิญญู เครื่องาม. 2540. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2. พิมพ์ครั้งที่ 22.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราชา,

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. 2543. การกระทำทางปกครอง. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร  
พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 1 .(อัคราเสนา)

ศุภลักษณ์ พิณใจวุดล. 2547. คำอธิบายทฤษฎีและหลักกฎหมายภาษีอากร. พิมพ์ครั้งที่ 3.  
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

สกาวเดือน ลีพิมพ์งศธร. 2545. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 เกี่ยวกับ  
ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... . วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต  
ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุรพล นิติไกรพจน์. 2545. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. รายงานการวิจัย.  
สำนักงานศาลปกครอง,

สุรพล นิติไกรพจน์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์และบรรเจิด สิงคะเนติ. 2547. แถลงการคณาจารย์คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,

สุเจตน์ สถาพรนานนท์. 2545. การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย.  
วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. 2547. กฎหมายปกครองท้องถิ่น. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์  
คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา,

สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์. การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน(Enquête publique)  
ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง 22(1)(2548): 3-51.

หยุด แสงอุทัย. 2493. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, พระนคร : โรงพิมพ์อุทัย,

อมร จันทรสมบูรณ์. 2516. หนังสือกฎหมายไทย. เล่ม ก-ข. กษัตริย์-ข้าราชการ  
กรุงเทพมหานคร : มงคลการพิมพ์,

อิสระ นิตินันท์ประกาศ. 2527. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์  
ห้างหุ้นส่วนจำกัดคุณพินอักษรกิจ,

### ภาษาอังกฤษ

A.W. Bradley & K.D.Ewing. 2007 Constitutional and Administrative Law. 14<sup>th</sup> ed.  
London : Pearson Education Limited,

Bournemouth & Poole College. 2006. "Delegated legislation advantages and  
disadvantages" [online] Available from : [http:// sixthformlaw.info](http://sixthformlaw.info)

H.W.R. Wade & C.F. Forsyth. 2000. Administrative Law. 8<sup>th</sup> ed.  
London : Oxford University Press,

House of Commons Library. 2001. Research paper 01/27. [online] Available from :  
[www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)

P.P. Craig, 1999. Administrative Law. 4<sup>th</sup> ed. London : Sweet& Maxwell Limited,

O.Hood Phillips & Jackson,. 2001. Constitutional and Administrative Law. 8<sup>th</sup> ed.  
London : Sweet& Maxwell Limited,

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายจักรพล ลีมตระกูล เกิดเมื่อวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ.2514 ที่จังหวัดชลบุรี

สำเร็จการศึกษาในหลักสูตรบริหารธุรกิจบัณฑิต(การตลาด) จากมหาวิทยาลัย  
รามคำแหง ปีการศึกษา 2537

นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช ปีการศึกษา 2543

ประกาศนียบัตรบัณฑิตกฤตภูมิวิทยุर्थ์สิ้นทางปัญญา ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ  
และอนุญาโตตุลาการ จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2543

บริหารธุรกิจมหาบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2545

ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต(รัฐศาสตร์) จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2549

ปัจจุบันทำงานในตำแหน่งพนักงานขายอาวุโส บริษัทยูไนเต็ด ไทย ชิปปิ้ง จำกัด



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย