

บทที่ 2

ที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

วิวัฒนาการ

อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในแต่ละประเทศมีที่มาและวิวัฒนาการที่แตกต่างกันอันเกิดจากทฤษฎีพื้นฐานของระบอบการปกครองที่ยึดถืออยู่ สถานการณ์ทางการเมือง ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและสังคม แรงกดดันทางการเมืองและความต้องการของประชาชน ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละยุคแต่ละสมัย ดังนั้น ความเป็นมาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จึงเป็นเรื่องชี้ให้เห็นถึงหลักและทฤษฎีกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีอยู่ในปัจจุบัน ได้อย่างเด่นชัดขึ้น

การศึกษาวิวัฒนาการ ของที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในบทนี้ ในส่วนของต่างประเทศจะกล่าวถึงวิวัฒนาการในต่างประเทศที่สำคัญ 3 ประเทศ คือ ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งทั้งสามประเทศดังกล่าวเป็นประเทศที่มีการพัฒนากฎหมายที่ก้าวหน้าและเป็นแม่แบบแห่งกฎหมายของประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ประเทศทั้งสามดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการที่แตกต่างกันเมื่อได้คำนึงถึงรูปของราชการเมืองการปกครองโดยเฉพาะรูปของรัฐบาลนั้น ทั้งสามประเทศเป็นต้นแบบรูปของรัฐบาล 3 รูปที่แตกต่างกัน คือ รัฐบาลแบบรัฐสภา รัฐบาลแบบประธานาธิบดี และระบบผสม และเมื่อได้ศึกษาวิวัฒนาการในส่วนนี้ของไทยด้วยแล้วก็จะทำให้เห็นถึงส่วนเหมือนและข้อแตกต่างกับของต่างประเทศได้ชัดเจน

1. ประเทศอังกฤษ

รัฐสภาอังกฤษ(Parliament)¹ ได้มีมาเป็นเวลานานและมีความสำคัญมากขึ้นทีละน้อย แต่เดิมพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจต่างๆเมื่อว่าตฤประสงค์แห่งการปกครองโดยมีขุนนางเป็นที่ปรึกษาและเป็นผู้พิจารณาร่างกฎหมาย หลังจากที่มีการเรียกประชุมบ่อยครั้ง ความขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์กับขุนนางจึงกลายมาเป็นความขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภาเมื่อแบ่งชิงความมีอำนาจสูงสุด รัฐสภาต้องใช้เวลานานและต้องเผชิญกับการต่อสู้ฝ่ายนิยมกษัตริย์ กษัตริย์เองก็มักอ้างว่าพระองค์ทำการปกครองโดยใช้เทวโองการ (Divine Right) ทำให้พระองค์ทรงมีอำนาจเหนือกฎหมาย ส่วนรัฐสภาคัดค้านว่า อำนาจกษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย จึงต้องขึ้นกับอำนาจของรัฐสภา จนในที่สุดรัฐสภาก็สามารถชิงอำนาจของกษัตริย์ได้ อำนาจอธิปไตยโดยชอบธรรมจึงได้ตกอยู่กับรัฐสภา (Sovereignty of Parliament)

ก่อนที่รัฐสภาสามารถช่วงชิงอำนาจของกษัตริย์ได้อันทำให้อำนาจอธิปไตยตกอยู่กับรัฐสภา ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น ในยุคกลาง(middle ages) พระมหากษัตริย์และรัฐสภาต่างก็ยังมีอำนาจตรากฎหมายควบคู่กันไป พระมหากษัตริย์ทรงตรากฎหมายโดยทางรัฐสภา (King in Parliament) และโดยทางสภาองคมนตรี(King in

รัฐสภาในระยะเริ่มแรกนั้น พระเจ้าริชาร์ดที่ 1 แห่งแพลนแทเจเนตทรงจัดให้มีมหา
รัฐสภา (Magnum Consilium) ทำหน้าที่ถวายความเห็นในราชกิจที่ทรงปรึกษา ตรวจสอบการบริหารประเทศ ทั้งเป็นเนติสภาทำหน้าที่ศาลสูงและเป็นผู้พิจารณากฎหมาย ต่อ
มามหารัฐสภาได้มีบทบาทเพิ่มมากขึ้นและเกิดการขัดแย้งกับกษัตริย์ตลอดมาจนในปี
ค.ศ. 1265 ได้มีขุนนางคนหนึ่งชื่อ Simon de Montfort ได้ขัดแย้งกับพระเจ้าเฮนรี่ที่ 3
อย่างรุนแรง จนในที่สุดพระเจ้าเฮนรี่ที่ 3 ถูก Montfort ปลดออกจากตำแหน่งและเรียก
ประชุมในรูปใหม่ที่เรียกว่า Parliament และได้มีการปรับปรุงจนกระทั่งมีสองสภาดังที่
เห็นในปัจจุบัน

Council)² กล่าวคือ สภาขุนนางและสภาสามัญมีอำนาจกำหนดขอบเขตของกฎหมาย โดยความยินยอมของกษัตริย์ แต่กษัตริย์ก็ยังคงมีอำนาจตรากฎหมายในเรื่องต่างๆไม่ว่าจะมีความสำคัญมากน้อยหรือไม่ก็ได้ และจะมีผลบังคับได้โดยผ่าน Council และศาลดารากร (Star Chamber) โดยเฉพาะสมัยของราชวงศ์ Stuart ในศตวรรษที่ 17 ได้มีการแก่งแย่งกันออกกฎหมายระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภา ความแตกต่างระหว่าง "กฎหมายของรัฐสภา (Statutes of Parliament)" กับ "กฎหมายของกษัตริย์ (Ordinance of King in Council)" จึงไม่สามารถแยกเห็นได้อย่างชัดเจน³

ในปี ค.ศ. 1531 รัฐสภาได้ออกกฎหมาย Statute of Sewers มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ Commissioners of Sewers คณะกรรมการฯที่ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวมีอำนาจเต็มในการตรากฎหมายในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งมีอำนาจกระทำการทุกสิ่ง

²Privy Council ถือกำเนิดมาจากสภา Curia Regis อีกทอดหนึ่ง กล่าวคือ ในสมัยพระเจ้าวิลเลียมผู้พิชิตได้ตั้งอนุสภา (Curia Regis) ขึ้นเพื่อเป็นที่ปรึกษาราชการประชุมสม่ำเสมอตามที่พระองค์ประสงค์จะใช้สอย ต่อมาสภานี้ได้วิวัฒนาการไปเป็นสภาองคมนตรี (Privy Council) สภาองคมนตรีประกอบด้วยผู้ที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากบุคคลที่มีความสามารถและทรงไว้วางพระราชหฤทัยเพื่อช่วยในการบริหารประเทศ สภานี้ได้กลายมาเป็นคณะรัฐมนตรี (Cabinet) และมีอำนาจในการบริหารประเทศในสมัยราชวงศ์แฮนโนเวอร์ พระเจ้าจอร์จที่ 1 (ต้นราชวงศ์แฮนโนเวอร์) และพระเจ้าจอร์จที่ 2 ไม่วางพระทัยสภาขุนนาง จึงจำเป็นต้องมีรัฐมนตรีที่สามารถเข้ากับรัฐสภาโดยเฉพาะสภาสามัญได้ การติดต่อกันระหว่างพระองค์กับสภาสามัญกระทำผ่านกรมการคลัง (The Treasury) ซึ่งมีคณะกรรมการจำนวนหนึ่งรับผิดชอบการบริหารเรียกว่า Lord Commissioners ประธานคณะกรรมการชุดนี้ คือ The First Lord of the Treasury ซึ่งได้กลายเป็นที่ปรึกษาคนสำคัญของพระมหากษัตริย์ก็คือนายกรัฐมนตรีนั่นเอง

³O'Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, 6th ed. (London : Sweet and Maxwell, 1978), pp. 607-608.

ไม่ว่าจะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกหรือบัญญัติกฎหมายนั้น ได้ทราบเท่าที่เห็นว่า มีความจำเป็นที่จะต้องกระทำเช่นนั้น กฎที่คณะกรรมการบัญญัติขึ้นมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายเมื่อได้มีการให้สัตยาบันจาก Chancery และได้รับความยินยอมจากกษัตริย์ อำนาจของคณะกรรมการตามกฎหมายฉบับนี้รวมถึงการกำหนดอัตราภาษีต่อเจ้าของที่ดิน การตัดสินคดีเกี่ยวกับการไม่จ่ายเงินค่าภาษีตามที่กำหนดและกำหนดบทลงโทษทางอาญาด้วย การมอบอำนาจของรัฐสภาตามกฎหมายฉบับนี้จึงเห็นได้ว่ามีแนวโน้มในทางมอบอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และตุลาการให้ทั้งหมด แต่กฎหมายฉบับนี้ก็ยังมีผลใช้บังคับอยู่เป็นเวลาถึง 400 ปี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1930 Commissioners of Sewers and Drainage Boards จึงมีอำนาจดังกล่าวเฉพาะในการออก By-Law เท่านั้น⁴

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1539 แนวความคิดเรื่องกฎหมายที่รับมอบอำนาจได้เกิดขึ้นในรัฐสมัยของกษัตริย์ Henry ที่ 8 นี้เอง ทั้งนี้ เนื่องจากขณะนั้นได้เกิดภาวะสถานการณ์ฉุกเฉินที่ต้องการการเยียวยาแก้ไขสถานการณ์อย่างเร่งด่วน ไม่อาจรอเข้าที่ประชุมของรัฐสภาได้ รัฐสภาจึงได้ตรากฎหมาย Statute of Proclamation ให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของ Council ออกประกาศพระบรมราชโองการ (proclamation) โดยให้มีผลบังคับเสมือนกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเอง กฎหมายฉบับนี้ได้พยายามจำกัดอำนาจและขอบเขตของการออกประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์ไว้ ด้วยการกำหนดว่าการออกประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์จะต้องไม่มีบทกำหนดโทษความผิดทางอาญาขึ้นประหารชีวิต ลิดรอนสิทธิในทรัพย์สิน หรือยึดกับค่อมมอนลอว์ (Common Law) หรือกฎหมายที่มีอยู่เดิม อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ต่อมาได้ถูกยกเลิกในปี ค.ศ. 1547 ในสมัยของกษัตริย์เอ็ดเวิร์ดที่ 6 (Edward VI) แต่แม้กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้วก็ตาม ก็หาไม่ผลต่อการออกประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์ไม่ เนื่องจากพระราชแม่รีและพระราชอลิซาเบธที่ 1 ยังคงตราและใช้บังคับประกาศพระบรมราชโองการเพื่อการปกครองประเทศ

⁴Sir Carleton Allen, Law and Order, 3rd ed. (London : Stevens and Sons, 1965), pp. 26-27.

อยู่ต่อไป เช่น ตราประกาศพระบรมราชโองการเกี่ยวกับการนำเข้าสินค้าและการศาสนา เป็นต้น และสภาองคมนตรีและศาลตารากร (Court of Star Chamber) ก็ได้ใช้อำนาจในทางตุลาการของตนบังคับใช้ประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์อยู่ ดังนั้นขอบเขตของพระราชอำนาจของกษัตริย์นี้จึงไม่ได้ถูกจำกัดลง ด้วยเหตุนี้ในเวลาหนึ่งจึงยากที่จะเห็นได้ว่า สิ่งใดที่รัฐสภาต้องเป็นผู้กำหนดเป็นกฎหมายได้เอง (statutes) และสิ่งใดที่เป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ในการกำหนดเป็นกฎหมาย (ordinances)⁵ จนกระทั่งได้เกิดคดี Case of Proclamations ขึ้น ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

ในสมัยกษัตริย์เจมส์ที่ 1 (James I) สภาสามัญไม่พอใจกับการใช้ประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์ในทางที่ผิด กล่าวคือ กษัตริย์เจมส์ที่ 1 ได้ออกประกาศพระบรมราชโองการกำหนดห้ามการก่อสร้างอาคารใหม่ในกรุงลอนดอน เพื่อป้องกันความเสียหายของกรุงลอนดอน และห้ามการผลิตเบ็งจากข้าวสาลีเพื่อเป็นการสงวนข้าวสาลีไว้เพื่อการบริโภคของประชาชน ศาลตัดสินว่ากษัตริย์ไม่มีอำนาจออกกฎหมาย กษัตริย์จะออกประกาศพระบรมราชโองการได้เพียงเพื่อให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและเมื่อเป็นการเตือนให้ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายทราบถึงโทษทางอาญาเท่านั้น กษัตริย์จะตราประกาศพระบรมราชโองการกำหนดบทบัญญัติของกฎหมายอื่นไม่ได้⁶

นอกจากอำนาจในการออกประกาศพระบรมราชโองการของกษัตริย์ดังกล่าวข้างต้น ในสมัยของกษัตริย์ราชวงศ์สจวร์ต (Stuart) ก็ปรากฏว่า กษัตริย์ทรงพระราชอำนาจที่จะใช้กฎหมายหรืองดใช้กฎหมายแต่ผู้ใดก็ได้ (the suspending and dispensing powers)⁷ พระราชอำนาจของกษัตริย์เรื่องนี้จึงซ้อนทับอำนาจ

⁵E.C.S.Wade and Godfrey Phillips, Constitutional Law, 8th ed. (Longman Group Limited, 1970), p. 37. และดู The Case of Proclamations, (1661), 12Co. Rep. 74; K. & L. 78.

⁶Ibid., pp. 37-38.

⁷Ibid., p. 40.

การออกกฎหมายของรัฐสภา นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรา
กฎหมายเกี่ยวกับภาษีอันเป็นเรื่องที่กษัตริย์และรัฐสภาได้ขัดแย้งกันในทางพิจารณา
กฎหมายเช่นนี้มาตั้งแต่เดิมจนกระทั่งการตรากฎหมายเกี่ยวกับภาษีและการเงินต้อง
ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในเวลาต่อมา⁸

จากความขัดแย้งและการแย่งชิงอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างกษัตริย์
กับรัฐสภาดังกล่าวข้างต้น โดยเฉพาะในรัฐสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ปรากฏว่า
พระองค์ได้ทรงพยายามที่จะรวบอำนาจมากขึ้น ความขัดแย้งจึงเพิ่มมากขึ้นจนกระทั่งใน
ปี ค.ศ. 1688 รัฐสภาจึงทำการปฏิวัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระเจ้า
เจมส์ที่ 2 อ้าง สำเร็จ (The Glorious Revolution) และได้ขอให้พระเจ้าวิลเลียมมอเรนจ์
และพระราชนิแมรีมาครองบัลลังก์อังกฤษรวมทั้งได้ตรา Bill of Rights จำกัดอำนาจ
ของกษัตริย์ โดยพระเจ้าวิลเลียมมอเรนจ์เป็นผู้ลงนามในบทบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Rights)
อันเป็นบทบัญญัติที่รับรองฐานะของรัฐสภาอย่างเป็นทางการว่าเป็นสถาบันที่มีอำนาจ
ในการอนุมัติการออกกฎหมายต่างๆของกษัตริย์ Bill of Rights นี้เองที่ถือว่าเป็นชัยชนะ
ของรัฐสภาที่สามารถลบล้างความมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ตามลัทธิเทวสิทธิ์ให้
สิ้นสุดลง และให้ทรงมีอำนาจจำกัดอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยรัฐสภาเท่านั้นที่มีอำนาจ
สูงสุด (Sovereignty of Parliament)

แนวความคิดของหลักความมีอำนาจสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยเป็นของ
รัฐสภานี้ (Supremacy or Sovereignty of Parliament) ได้รับการอธิบายไว้โดย
ไดซี่ (Dicey) ซึ่งเป็นนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของอังกฤษโดยได้วิเคราะห์จาก
รัฐธรรมนูญของอังกฤษและเขียนอธิบายไว้ในหนังสือ Law of the Constitution
เมื่อปี ค.ศ. 1885 สรุปได้ว่า รัฐสภา (King or Queen in Parliament) มีอำนาจ
สูงสุดในการตรากฎหมาย รัฐสภาจะตราหรือไม่ตรากฎหมายใดๆก็ตามความ

⁸ จรูญ สุภาพ, สุจิต บุญบงการ, พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทักษ์ และอรณี นวลสุวรรณ, .
การเมืองการปกครองยุโรป-อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทย
วัฒนาพานิช จำกัด, 2523), หน้า 17.

ประสงค์ของตนได้ทุกเมื่อ และมีตรากฎหมายขึ้นแล้ว อำนาจของรัฐสภาก็ไม่อาจถูกจำกัดลงโดยกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น เนื่องจากรัฐสภาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้ตลอดเวลา องค์การใดหรือบุคคลใดไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายยกเลิกหรือลบล้างกฎหมายของรัฐสภาได้ และศาลอังกฤษไม่มีอำนาจทบทวนความสมบูรณ์ของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาได้ องค์การที่ตรากฎหมายอื่นๆในราชอาณาจักรได้ก็โดยได้รับมอบอำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐสภา หรือโดยใช้อำนาจในการออกกฎหมายตามที่รัฐสภายินยอมให้เท่านั้น องค์การเหล่านั้นไม่มีอำนาจเหนือกว่าหรือควบคู่กับอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา กฎหมายที่องค์การเหล่านั้นตราขึ้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภา ดังนั้น แม้ว่ารัฐสภาจะได้ตรารัฐธรรมนูญขึ้น รัฐสภาก็อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่ายเพราะรัฐธรรมนูญของอังกฤษหาที่มีสภาพความเป็นกฎหมายสูงสุดแต่ประการใดไม่ อำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเป็นของรัฐสภา ศาลอังกฤษจึงไม่อาจทราบความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ สำหรับอำนาจตรากฎหมายในกรณีอื่นๆ เป็นอำนาจรองจากรัฐสภาทั้งสิ้น เช่น King in Council ตรากฎหมายได้ในบางเรื่องโดยเฉพาะในเรื่องอาณานิคม แต่กฎหมายที่ King in Council ตราขึ้นก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภา หากรัฐสภาตรากฎหมายทำนองเดียวกันขึ้นใช้บังคับ กฎหมายของรัฐสภาย่อมเหนือกว่าและลบล้างกฎหมายที่ตราโดย King in Council ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การหรือบุคคลอื่นจึงเป็นกฎหมายที่อยู่ในฐานะรองจากกฎหมายของรัฐสภาทั้งสิ้น

หลังจากการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1688 จนกระทั่งในศตวรรษที่ 18 รัฐสภาได้ระมัดระวังต่อการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารมาก แม้จะเป็นเพียงเรื่องสาระในทางบริหารก็ตาม ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นในระยะนี้จึงเป็นกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นโดยมีรายละเอียดทั้งในทางนิติบัญญัติและในทางบริหารทั้งหมดอย่างละเอียด ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่า กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นในศตวรรษที่ 18 นี้ มีความยาวและมีความซับซ้อนมาก

ต่อมา ในปลายศตวรรษที่ 18 อังกฤษได้เกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรม และได้มีการปฏิรูปสังคมและกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายเลือกตั้งซึ่งทำให้อังกฤษเข้าสู่ระบบประชาธิปไตยยุคใหม่ในปี ค.ศ. 1832 และในปี ค.ศ. 1867 ชีวิตในสังคมของประชาชนอังกฤษและแนวความคิดทางเสรีนิยมเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเป็นแนวความคิดของลัทธิรวมการ (Collectivism) รัฐสภาได้ตรากฎหมายขึ้นใหม่และแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายมากมาย โดยบัญญัติให้อำนาจองค์กรอื่นมีอำนาจออกกฎหมายเพิ่มขึ้น เช่น ในเรื่องของแรงงานเด็กตามพระราชบัญญัติโรงงาน ค.ศ. 1833 กำหนดให้อำนาจผู้ตรวจโรงงาน 4 คน ที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจออกกฎข้อบังคับ โดยผู้ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับนั้นจะต้องถูกลงโทษตามกฎหมายอาญา หรือ Poor Law amendment Act 1834 มาตรา 15 กำหนดให้อำนาจ Poor Law Commissioners ในการตราและออกกฎเพื่อการจัดการ ... และเมื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ตามที่เห็นสมควร เป็นต้น⁹

ด้วยเหตุนี้การมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาจึงได้เริ่มเพิ่มขึ้นในศตวรรษที่ 19 นี้ จนกระทั่งในปลายศตวรรษที่ 19 รัฐสภาอังกฤษได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรฝ่ายปกครองมากมายยิ่งขึ้น จนทำให้เกิดความสับสนของก้อยด้าและความแตกต่างของกระบวนการในการใช้อำนาจที่ได้รับมอบดังกล่าว จนต้องมีการนำไปสู่ระบบการบังคับให้ต้องพิมพ์และประกาศ (publication) กฎที่ฝ่ายบริหารออกขึ้นลงในเอกสารของทางราชการตามพระราชบัญญัติ Rules Publication Act 1893

ต่อมา ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ได้เกิดสงครามโลกถึง 2 ครั้ง รัฐสภาอังกฤษในขณะนั้นได้เห็นถึงความจำเป็นและความเร่งด่วนของสถานการณ์ของชาติในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ จึงได้ตรากฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร (the Defence of the Realm Acts) มอบอำนาจอย่างกว้างขวางให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎขึ้นเพื่อการปฏิบัติการในยามสงคราม และ

⁹Wade and Phillips, Constitutional Law, p. 606.

เพื่อความสงบเรียบร้อยแห่งราชอาณาจักร ดังนั้น อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารและเจ้าหน้าที่กฎหมายที่ฝ่ายบริหาร ออกโดยได้รับมอบอำนาจจึงมีแนวโน้มในทางเพิ่มมากขึ้นตลอดช่วงเวลาที่เกิดสงครามโลกทั้งสองครั้งนี้ นักนิติศาสตร์ในเวลานั้นได้ตั้งตัวต่ออำนาจของฝ่ายบริหารเหล่านี้ แต่ Committee on Ministers' Power¹⁰ ได้ให้ความเห็นว่า หากรัฐสภาไม่เต็มใจมอบอำนาจนิติบัญญัติแล้ว ก็ไม่สามารถที่จะตรากฎหมายต่างๆที่สาธารณชนต้องการได้ และแม้จะมีผลเสียจากการมอบอำนาจนิติบัญญัติก็ตาม แต่ก็อาจแก้ไขป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิดได้ ด้วยเหตุนี้ ในเวลาต่อมา รัฐสภาจึงได้ออก Statutory Instruments Act 1946 ใช้บังคับกับกฎข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหารแทน Rules Publication Act 1893¹¹

ต่อมา เมื่อสงครามโลกครั้งที่สองได้สิ้นสุดลง และอังกฤษได้ก้าวไปสู่การเป็นรัฐสวัสดิการ (welfare state) ทำให้รัฐสภาต้องตรากฎหมายต่างๆ เพื่อให้อำนาจรัฐบาลเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจและสังคมมากยิ่งขึ้น ตลอดจนให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพิ่มขึ้นโดยเฉพาะ ในเรื่องการจัดการศึกษาและการวางแผนพัฒนาเขต เพราะแนวความคิดของรัฐสวัสดิการนั้น รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองสภาพแวดล้อม ให้การศึกษาทุกชั้นตอน จัดหางาน ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และให้การรักษายาบาลแก่พลเมือง ตลอดจนจัดให้มีบำนาญเลี้ยงชีพสำหรับประชาชน กล่าวโดยสรุป รัฐสวัสดิการทำให้ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือบริหารงานอันมหาศาล และรัฐสภาก็จำเป็นต้องให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถดำเนินงานให้บรรลุความมุ่งหมายของรัฐสวัสดิการ เพราะแม้จะแต่การออกกฎหมายของรัฐสภา และให้รัฐสภาเป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายย่อมไม่เพียงพอ เพราะในหลายเรื่องหลายกรณี รัฐสภาไม่อาจตัดสินใจในเรื่องนั้นๆ ได้ล่วงหน้า ดังนั้น

¹⁰ Ibid., p. 607.

¹¹ Ibid., p. 607.

รัฐสภา จึงจำเป็นต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายขึ้นเพื่อให้สามารถ
ดำเนินการให้บรรลุจุดมุ่งหมายของรัฐสวัสดิการ¹²

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร
ในประเทศอังกฤษโดยเฉพาะในศตวรรษที่ 20 เป็นผลมาจากความเปลี่ยนแปลงทางแนว
ความคิดอันเกิดจากสภาวะทางการเมือง การเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตาม
ลำดับ ตลอดจนภาระหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่มีมากขึ้นตามแนวความคิดนี้ๆ และเหตุผล
ทางการเมืองการปกครอง จึงทำให้รัฐสภาอังกฤษต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเพื่อให้
สามารถปฏิบัติการตามวัตถุประสงค์ได้ ด้วยเหตุนี้ การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่าย
บริหารในศตวรรษที่ 20 จึงได้วิวัฒนาการมาจนกระทั่งเป็นเรื่องปกติในปัจจุบัน

2. ประเทศฝรั่งเศส

ในระบอบเก่าของฝรั่งเศสก่อนระบอบการเมืองก่อนการปฏิวัติใหญ่ในปี
ค.ศ. 1789 นั้น การปกครองเป็นสถาบันหนึ่งที่เกิดขึ้นตามกาลสมัย ไม่ใช่เป็นสิ่งที่ตั้งใจจะ
ให้เกิดขึ้นเช่นเดียวกับสถาบันอื่นๆของระบอบเก่า การปกครองในสมัยนั้นจึงมีความ
ยุ่งเหยิงไม่เป็นระเบียบอันเป็นมรดกตกทอดมาจากสมัยระบบศักดินา ต่อมาเมื่อมีการ
ปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 แนวความคิดของนักปฏิวัติฝรั่งเศสในขณะนั้นได้รับอิทธิพล
และนิยมการแบ่งแยกอำนาจออกจากกันโดยเด็ดขาด ซึ่งหลักการนี้เป็นสิทธิของปรัชญา
เมธีแห่งศตวรรษที่ 18 และหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเยอที่มีเหนือนักการเมือง
ในสมัยนั้นมาก หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเยอเป็นไปเพื่อต้องการคุ้มครอง
และให้หลักประกันแก่บุคคล มิให้รัฐบ้าปัสสิทธิและเสรีภาพ โดยจะต้องมีองค์การโดยเฉพาะ
เป็นส่วนๆไปสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และผู้
ใช้อำนาจแต่ละอำนาจดังกล่าวคอยเหนี่ยวรั้งกันมิให้ฝ่ายใดใช้อำนาจเกินขอบเขต

ตามแนวความคิดของนักปฏิวัติฝรั่งเศสขณะนั้นเป็นแนวความคิดที่ว่า รัฐสภา
เป็นองค์กรสูงสุด เพราะเป็นองค์กรซึ่งมาจากการแสดงเจตนาารมณ์ของประชาชาติ

¹² อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ :
โรงพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัด คุณฉันทอักษรกิจ, 2527), หน้า 10-11.

โดยตรงอันเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้มีอำนาจออกกฎหมายใช้บังคับกับประชาชนได้เป็นการทั่วไป รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารเป็นเพียงผู้บังคับใช้หรือปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ดังนั้น การกระทำทางนิติบัญญัติที่เรียกว่า รัฐบัญญัติ (la loi) ซึ่งถือว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของบางชน (la loi est l'expression de la volonté générale) จึงเป็นการกระทำที่มีอำนาจบังคับแห่งกฎหมายสูงสุด ส่วนการกระทำในทางกฎหมายขององค์กรอื่นๆของรัฐ คือ รัฐบาลและศาลนั้น ถึงแม้จะเป็นการกระทำในนามของอธิปไตยแห่งประชาชาติก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นการกระทำขององค์กรซึ่งมีฐานะต่ำกว่ารัฐสภา การกระทำของรัฐบาลและศาลจึงต้องอยู่ภายใต้รัฐบัญญัติ

ความเป็นสูงสุดของรัฐบัญญัติตามแนวความคิดที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ก่อให้เกิดผลคือ การตรารัฐบัญญัติไม่มีขอบเขตจำกัดเท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนการตราข้อบังคับนั้น จะกระทำได้โดยอาศัยรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐานเมื่อกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ (exécution des lois) ทั้งหลายหรือรัฐบัญญัติใดรัฐบัญญัติหนึ่งโดยเฉพาะ ดังนั้น ข้อบังคับที่ขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติย่อมเป็นโมฆะ คือ เสียเปล่า (null) และข้อบังคับของฝ่ายบริหารก็ยังคงเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

รัฐธรรมนูญในระยะแรกของฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายน้อย ฝ่ายบริหารเริ่มมีบทบาทขึ้นตั้งแต่สมัยสาธารณรัฐที่ 3 ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้

2.1 สมัยสาธารณรัฐที่ 3 (III République ค.ศ. 1875-1940)

ในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ประเทศฝรั่งเศสได้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 ซึ่งยังคงรับรองความสูงสุดของรัฐบัญญัติอยู่

ในทางทฤษฎีกฎหมายนั้น ถือว่ารัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติ เนื่องจากสมัยนั้นไม่มีองค์กรใดได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการที่จะ

พิจารณาแยกถอนรัฐบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น โดยพฤตินัย รัฐบัญญัติมีอำนาจบังคับแห่งกฎหมายสูงสุด¹³

ในส่วนของฝ่ายบริหาร มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า "ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐดูแลและปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ (l'exécution des lois)"¹⁴ บทบัญญัติมาตรานี้เองถือกันว่าเป็นที่มาของอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร¹⁵ รัฐสภายังคงเป็นองค์กรสูงสุดสามารถตรา รัฐบัญญัติในเรื่องใดๆก็ได้ และจะตรา รัฐบัญญัติเพียงเพื่อกำหนดหลักการ รัฐบาล ก็มีอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหารเพื่อกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นได้

เดิมเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมา รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ซึ่งขึ้นกับรัฐบาลจะออกข้อบังคับขึ้นได้ก็โดยอาศัยรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐาน เจ้าหน้าที่ปกครองที่ขึ้นกับรัฐบาลไม่อาจออกข้อบังคับโดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติได้ และไม่อาจออกข้อบังคับเพื่อการบังคับในเรื่องต่างๆที่รัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองสงวนไว้เป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ อันได้แก่ เรื่องอันกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงในร่างกายและทรัพย์สินของบุคคลมากเกินไปจนไม่อาจที่จะให้ รัฐบาลออกกฎหมายในเรื่องนั้นๆได้ เช่น การกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดอาญาที่เป็น

¹³ อีสสระ นิตินัทประภาส, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 60.

¹⁴ ตามรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1875 ประธานาธิบดีสาธารณรัฐมีฐานะเป็น ประมุขและหัวหน้ารัฐบาล

¹⁵ อำนวยการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารดังกล่าวเรียกว่า "le pouvoir réglementaire" ในขณะที่อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาเรียกว่า "le pouvoir législatif"

ความผิดมิซมิทอซ (delits) และการกำหนดโทษผู้กระทำผิดดังกล่าว ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เสรีภาพขั้นมูลฐาน และการปรับปรุงภาช้อกร เป็นต้น¹⁶

ความเข้าใจในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติกับข้อบังคับตามรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1875 ดังที่กล่าวข้างต้นได้มีมาจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1918 ในคดี Heyries (CE ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ยอมรับความสมบูรณ์ของรัฐกฤษฎีกาที่บัญญัติให้งดความคุ้มครองแก่ข้าราชการตามรัฐบัญญัติในระหว่างปี ค.ศ. 1914-1918 อันเป็นช่วงเวลาสงคราม โดยรัฐบาลให้เหตุผลถึงความจำเป็นเป็นกรณีพิเศษเพื่อทำให้เกิดความต่อเนื่องของการบริการสาธารณะของรัฐ¹⁷ และต่อมาในปี ค.ศ. 1919 สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาตัดสินในคดี Labonne (CE ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1919) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าประธานาธิบดีได้ออกรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 เพื่อควบคุมการจรรยาของยานพาหนะบนทางสาธารณะ อันนับว่าเป็นกฎจรรยาฉบับแรกของฝรั่งเศส เพราะขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยการจรรยาทางบกโดยเฉพาะเป็นการทั่วไปทั้งประเทศ รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดว่า ผู้ขับขี่พาหนะจะต้องมีใบอนุญาตขับขี่ และให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตของบุคคลใดได้ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำผิดกฎจรรยาถึง 2 ครั้งภายในปีเดียวกัน ในคดีนี้ โจทก์ถูกผู้ว่าราชการยสั่งเพิกถอนใบอนุญาต จึงร้องขอให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการ โดยอ้างว่ารัฐกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าผู้ว่าราชการหรือนายกเทศมนตรีจะมีอำนาจตามพระราชบัญญัติบางฉบับในอันที่จะวางกฎข้อบังคับในเรื่องต่างๆเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย(รวมทั้งควบคุมการจรรยาด้วย)ก็ตาม แต่ก็มิอำนาจออกกฎข้อบังคับได้เฉพาะท้องถิ่นของตนเท่านั้น ส่วนประธานาธิบดีนั้น ไม่มีรัฐบัญญัติฉบับใดให้อำนาจในอันที่จะวางกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการจรรยาได้ทั่วทั้งประเทศ แต่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ยกฝ้องโจทก์โดยวินิจฉัยว่า

¹⁶ อีสสระ นิตินัทประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 60-61.

¹⁷ L.Neville Brown and J.F. Garner, French Administrative Law, 3rd ed. (London : Butterworths, 1983), p. 7.

"แม้จะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ ประมุขของรัฐก็มีอำนาจของตนเองที่จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองโดยให้มีผลใช้บังคับทั่วประเทศได้"

ตามคำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในคดีดังกล่าว ทำให้ประธานาธิบดีมีอำนาจออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารโดยอิสระได้หากมีความจำเป็นที่จะกระทำการเช่นนั้นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐอาศัยบทบัญญัติของมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญ เป็นเหตุผลสนับสนุนตามคำพิพากษา จากแนวคำพิพากษานี้เอง กฎหมายมหาชนในสมัยนั้นจึงสรุปได้ว่า หน้าที่ของฝ่ายบริหารมีได้จำกัดอยู่แต่การปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติแต่ละฉบับเท่านั้น ยังรวมถึงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติทั้งหลายโดยส่วนรวม ซึ่งหมายถึงการออกกฎข้อบังคับในการรักษาความสงบเรียบร้อย นับแต่นั้นมาจึงเป็นที่ยอมรับกันว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยได้เป็นเอกเทศ (réglement autonome) โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นพื้นฐานแต่เพียงประการเดียว

ต่อมา ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ในปี ค.ศ. 1926 เป็นต้นมา รัฐสภาไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นิติบัญญัติได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากประเทศกำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมอย่างรุนแรง รัฐจำเป็นต้องเข้าไปแทรกแซงในด้านเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น ต้องมีการปฏิรูปอย่างเร่งด่วนและจำเป็นต้องตรากฎหมายเพิ่มขึ้นจากในยุตเสรีนิยมเป็นอย่างมาก แต่ขั้นตอนการตรากฎหมายของรัฐสภาทำให้รัฐสภาไม่สามารถตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้ ประกอบกับรัฐสภาเองขาดเสียงข้างมาก พรรคการเมืองแตกแยกและไม่ต้องการออกกฎหมายที่ไม่เป็นที่นิยมของประชาชน จึงได้มีการหันมาใช้วิธีการใหม่โดยการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (lois de pleins pouvoirs) ซึ่งต่อมาเรียกว่ารัฐบัญญัติมอบอำนาจ (loi d'habilitation) ให้แก่รัฐบาลโดยมีกำหนดเวลาการมอบอำนาจเต็มที่แน่นอนในอันที่จะออกกฎหมายของฝ่ายบริหารมาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น การมอบอำนาจเช่นนี้นอกจากจะถูกจำกัดโดยระยะเวลาแล้ว ยังมีเงื่อนไขอย่างอื่นในด้านเป้าหมายที่ต้องการให้รัฐบาลบรรลุผล และในด้านการวิธีการ เช่น จะต้องออกกฎหมายในรูปของรัฐกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี (décret en Conseil des Ministers) หรือจะต้องเสนอกฎหมาย

ดังกล่าวให้รัฐสภาให้สัตยาบันฯลฯ กฎหมายของฝ่ายบริหารที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติ
ได้นั้นยังมีฐานะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารอยู่ จึงเรียกรัฐกฤษฎีกาประเภท
นี้ว่า "décret-loi" หรือรัฐกฤษฎีกาที่มีผลเป็นรัฐบัญญัติ

การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในรูปของ décret-loi นั้น
ทำให้เกิดปัญหาว่า รัฐบาลจะกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาโดยกฎหมายรูปนี้
ได้เพียงใด

ในตอนแรกฝ่ายบริหาร ได้ใช้อำนาจออกกฎหมายให้อยู่ภายในขอบเขตที่
รัฐบัญญัติมอบอำนาจกำหนดไว้ แต่ในระยะต่อมา ฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจเกินขอบเขต
ที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจกำหนดไว้ เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 13 เมษายน 1938 อนุญาตให้
รัฐบาลกำหนดมาตรการใดๆที่เห็นว่าจำเป็น "เมื่อจัดหารายได้สำหรับค่าใช้จ่ายในการ
ป้องกันประเทศ และเมื่อมีพื้นฐานแห่งการคลังและเศรษฐกิจของประเทศ" แต่ฝ่าย
บริหารได้ออกกฎหมายมาควบคุมตนต่างด้าวเสียใหม่ การป้องกันและปราบปราม
ผู้เยาว์ที่ทำตัวเป็นตนจรจัด และเมื่อมีโทษทางอาญาฐานเป็นสายลับถึงชั้นประหารชีวิต
ซึ่งปรากฏว่าได้มีผู้ถูกศาลทหารแห่งหนึ่งมีพยานหลักฐานโทษประหารชีวิต และศาลฎีกาได้
ยืนยันคำพิพากษาของศาลทหารนี้ว่า décret-loi ฉบับนั้นชอบด้วยกฎหมาย

หลังจากคดีนี้ รัฐบาลได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก จึงได้ขอให้รัฐ
สภาออกรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้อีกโดยระมัดระวังให้รัฐสภาใช้ถ้อยคำกว้างๆ ในรัฐ
บัญญัติเมื่อมอบอำนาจให้รัฐบาลอย่างกว้างขวางที่สุด และทางปฏิบัติในการมอบ
อำนาจเช่นนี้ใช้กันมากในบัดนั้น

หนึ่ง décret-lois ประเภทนี้มีผลใช้บังคับทันที แต่ถ้ารัฐบาลไม่เสนอขอ
ให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในกำหนดเวลาที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจได้กำหนดไว้ หรือหาก
รัฐสภาไม่ให้สัตยาบัน décret-lois ก็จะไม่มผลบังคับต่อไป แต่ในระหว่างที่ décret-
lois ยังมีผลบังคับ ก็สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐบัญญัติในเรื่องที่ได้รับมอบอำนาจได้
และเนื่องจาก décret-lois ยังเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร จึงอยู่ภายใต้การควบคุม
ของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ซึ่งสามารถเพิกถอนการกระทำของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อ
รัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติได้ แต่ถ้ารัฐสภาให้สัตยาบันแล้วก็ไม่มองค์ใดที่จะควบคุม
décret-lois ได้อีก เพราะถือว่า décret-lois นั้นมีผลเป็นรัฐบัญญัติไปแล้ว

2.2 สมัยสาธารณรัฐที่ 4 (IV Republique ค.ศ. 1946 - 1958)

หลังจากที่สงครามโลกครั้งที่สองได้ยุติลง ฝรั่งเศสก็มีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติป้องกันไม่ให้มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารอีก และเมื่อขึ้นผู้นำของรัฐสภาให้เป็นไปตามแนวความคิดเดิมเกี่ยวกับความสูงสุดของรัฐบัญญัติ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สงวนอำนาจนิติบัญญัติให้รัฐสภาผู้เดียวโดยบัญญัติห้ามรัฐสภามอบอำนาจให้รัฐบาลออกกฎข้อบังคับที่มีผลแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของรัฐสภาได้ ตามมาตรา 13 ที่บัญญัติว่า สภา(ผู้แทนราษฎร)เป็นผู้มีอำนาจออกรัฐบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว สภาไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นได้

อย่างไรก็ดี หลังจากที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ไม่นาน ฝรั่งเศสก็ต้องประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมยิ่งกว่าสมัยหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 รัฐบาลของฝรั่งเศสในขณะนั้นขาดเสถียรภาพ เนื่องจากการที่ฝรั่งเศสมีพรรคการเมืองหลายพรรค และจากการขาดระเบียบวินัยภายในพรรคและการยุบสภายังกระทำได้ยาก¹⁸ ไม่มีพรรคใดมีเสียงขาดมาได้นาน รัฐสภาจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะออกกฎหมายที่จำเป็นและเร่งด่วนได้ นอกจากนี้ รัฐสภาก็ยังไม่ต้องการที่จะออกกฎหมายที่ไม่เป็นที่นิยมของประชาชน จึงต้องการให้รัฐบาลออกกฎหมายแทน ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติห้ามเอาไว้ชัดเจน แต่ก็ได้มีการค้นคิดวิธีการให้ผู้นำรัฐบาลออกกฎข้อบังคับได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง วิธีการที่นำมาใช้ครั้งแรก คือ การออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 17 สิงหาคม ค.ศ. 1948 โดยมีแนวความคิดในการกำหนดขอบเขตสงวนให้อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (*domaine réservé au pouvoir réglementaire*) ซึ่งในมาตรา 6 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดบัญชีเรื่อง ที่ "โดยสภาพแล้วเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร" ดังนั้น ถ้ามีการ ออกรัฐบัญญัติในเรื่องเหล่านี้ขึ้นก็เนื่องจากความเข้าใจผิดเท่านั้นเอง รัฐบาลมี

¹⁸ ซาญซีย แสงศักดิ์, "คำบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน 1," เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2524, หน้า 71-72.

อำนาจที่จะยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐบัญญัติเหล่านั้นได้โดยการออกกฎหมายในรูปของ "รัฐกฤษฎีกาในคณะรัฐมนตรี" ภายหลังจากที่ได้หารือสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้ว นอกจากนี้ รัฐบัญญัติยังกำหนดกรอบ (cadre) หรือหลักการ โดยปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายในรายละเอียดในรูปของ รัฐกฤษฎีกา (décret) ในเรื่องที่มาของอำนาจ ถ้ารัฐสภาไม่ตัดอำนาจรัฐกฤษฎีกาภายในกำหนด รัฐกฤษฎีกานั้นก็มีผลสมบูรณ์

วิธีการดังกล่าวข้างต้น เป็นการทำให้รัฐสภามอบอำนาจให้รัฐบาลแก้ไข รัฐบัญญัติได้อย่างกว้างขวางเหมือนเดิม แต่แหวนความติดเกี่ยวกับ "เรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร" โดยสภาที่ปรึกษาได้รับการวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจึงขอให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐให้ความเห็นว่า

ข้อห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 นั้น มีความหมายอย่างไรและขอบเขตเพียงใด ในกรณีที่ได้รับอนุญาตโดยรัฐบัญญัติอย่างชัดเจน รัฐบาลจะสามารถใช้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในเรื่องที่อยู่ในอำนาจออกกฎหมายของรัฐสภา กล่าวคือ จะยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐบัญญัติโดยกฎหมายของฝ่ายบริหารได้เพียงใด

สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้มีบันทึกความเห็นลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1953 ตีความมาตรา 13 ในทางผ่อนคลายเป็น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการห้ามการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารทำนองเดียวกับที่เคยกระทำในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 แต่โดยหลักแล้วฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจที่จะกำหนดเขตอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ตามที่เห็นสมควร เมื่อการนี้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถที่จะกำหนดได้ว่าเรื่องบางเรื่องที่เคยอยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นต่อไปให้อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ และรัฐกฤษฎีกาที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นในเรื่องนี้สามารถยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐบัญญัติได้ รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวสามารถที่จะถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาอื่นๆ ได้จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะตกลงใจที่จะให้เรื่องดังกล่าวกลับมาอยู่ในอำนาจของตนดังเดิม โดยฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจที่จะออกกฎหมายในเรื่องนี้ได้อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือโดยจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะตามคำบรรยายในรัฐธรรมนูญและปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจโอนอำนาจการออก

กฎหมายในเรื่องนั้นให้ฝ่ายบริหารได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะทำได้ก็แต่เพียงกำหนดหลักการ และให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดได้ การมอบอำนาจกว้างๆ และไม่แน่ชัดเป็นการ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของ ประชาชนฝรั่งเศสซึ่ง"ใช้อำนาจอธิปไตยทางผู้แทนของตนในสภาผู้แทนราษฎรในทุกๆ เรื่องนอกจากเรื่องที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ" ดังนั้น การขยายเขตอำนาจการออก กฎหมายของฝ่ายบริหารจะขัดต่อมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อการ ขยายเขต อำนาจนั้น โดยลักษณะที่เป็นการทั่วไปและโดยการไม่กำหนดให้แจ้งชัด เป็นการแสดง ให้เห็นว่า สภาผู้แทนราษฎรมีเจตจำนงที่จะสละสิทธิในการใช้อำนาจอธิปไตยให้แก่ รัฐบาลเท่านั้น

นับแต่การให้ความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในปี ค.ศ. 1953 ดังกล่าว จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1954 นี้ ทำให้รัฐสภาหันกลับไปใช้วิธีการตรารัฐบัญญัติมอบ อำนาจเต็ม (la loi de pleins pouvoirs) เมื่อมอบอำนาจให้รัฐบาลตรารัฐกฤษฎีกา- รัฐบัญญัติ (décret-lois) ดังที่เคยปฏิบัติอยู่ในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 อันเป็นการ ขัดต่อ รัฐธรรมนูญโดยตรงในความเห็นของนักนิติศาสตร์ส่วนใหญ่

ต่อมา ได้เกิดปัญหากรณีแอลจีเรียซึ่งถูกฝรั่งเศสรวมเข้าเป็นแคว้นหนึ่งของ ฝรั่งเศส แอลจีเรียพยายามแยกตัวเป็นเอกราช ทำให้เกิดการรบกวนแบบกองโจรใน แอลจีเรีย ฝรั่งเศสต้องส่งทหาร ไปปราบปราม ชาวฝรั่งเศสก็แตกแยกเป็น 2 ฝ่าย ฝ่าย หนึ่งให้ปล่อยแอลจีเรียเป็นเอกราช อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แอลจีเรียต้องเป็นส่วนหนึ่งของ ฝรั่งเศสต่อไป เหตุการณ์ลวร้ายลงทั้งในฝรั่งเศสและแอลจีเรีย จนกระทั่งในวันที่ 13 พฤษภาคม 1958 เกิดการจลาจลระดับท้องถิ่นที่เมือง Alger โดยความสนับสนุนของ ทหารบางกลุ่ม สภาผู้แทนราษฎรภายใต้การบีบบังคับของกองทัพได้ตั้งนายพล เดอโกลล์ เป็นหัวหน้ารัฐบาลในวันที่ 1 มิถุนายน 1958 นายพลเดอโกลล์ยอมรับ ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีโดยขอให้รัฐสภาตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ตนเป็น เวลา 6 เดือน รัฐสภาจึงได้ตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 มอบอำนาจให้ รัฐบาลของนายพลเดอโกลล์ ออกกฎข้อบังคับเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ภายใน ระยะเวลา 6 เดือน เพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นในการฟื้นฟูประเทศ ข้อบังคับที่ตราขึ้น

ตามรัฐบัญญัตินี้ ได้เปลี่ยนชื่อเป็น "รัฐกำหนด(ordonnance)" อย่างไรก็ดี เพื่อให้สอดคล้องกับความเห็นชอบของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ รัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็มฉบับนี้ได้ห้ามรัฐบาลออกรัฐกำหนดในเรื่องต่างๆบางเรื่องไว้โดยชัดแจ้ง¹⁹

นอกจากการมอบอำนาจให้นายพลเดอโกลล์ข้างต้นแล้ว รัฐสภายังได้มอบอำนาจการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้ด้วย โดยมีเงื่อนไขว่า ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะต้องผ่านการเห็นชอบจากประชาชนโดยทางประชามติ นายพลเดอโกลล์จึงตั้งคณะกรรมการธิการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญตระหนักดีว่า รัฐสภาไม่อาจทำงานนิติบัญญัติได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากรัฐเข้าแทรกแซงในเศรษฐกิจของประเทศมากขึ้น กฎหมายจึงมีลักษณะเทคนิคและมีความยุ่งยากมากขึ้นทุกที นอกจากนั้น รัฐสภายังไม่ต้องการรับผิดชอบการดำเนินการปฏิรูปทางเศรษฐกิจและสังคมอันเป็นสิ่งจำเป็น แต่ไม่เป็นที่ยอมรับของราษฎร ซึ่งแต่เดิมเป็นที่ยอมรับกันว่า รัฐบัญญัติอยู่ในฐานะเหนือกฎหมายอื่นใด เพราะได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากประชาชนโดยการเลือกผู้แทนให้มาทำหน้าที่นิติบัญญัติ แต่ปัจจุบันในประเทศตะวันตก ฝ่ายบริหารได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนทั้งโดยตรงและโดยอ้อมมากขึ้น ฝ่ายบริหารจึงควรมีส่วนร่วมในการนิติบัญญัติขึ้น การที่รัฐบาลต้องเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งในสาธารณรัฐที่ 3 และสาธารณรัฐที่ 4 เป็นเพราะรัฐบาลอ่อนแอ และรัฐสภามีอำนาจมากเกินไป นายพลเดอโกลล์จึงต้องการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารมากขึ้น

เมื่อคณะกรรมการธิการร่างรัฐธรรมนูญเสร็จ นายพลเดอโกลล์ได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อประชาชนให้แสดงประชามติ (referendum) ในวันที่ 24 กันยายน 1958 โดยถามว่า ประชาชนเห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าเห็นด้วยก็ให้เปิดเวลาการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้นายพลเดอโกลล์ต่อไปได้อีก 4 เดือน หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และให้มีอำนาจจัดตั้งสภานิติบัญญัติรวมทั้งออกกฎหมายต่างๆด้วย ปรากฏว่า ประชาชนแสดงประชามติเห็นด้วยอย่างท่วมท้น นายพลเดอโกลล์จึงออกรัฐกำหนด (ordonnances) 15 ฉบับ เพื่อวางรากฐานทางการเมืองใหม่ และประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 1958

¹⁹ อีสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 66-67.

จากวิวัฒนาการ ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในสาธารณรัฐที่ 3-5 นั้น จะเห็นได้ว่า ฝรั่งเศสได้ประสบกับปัญหาการขยายตัวของรัฐบัญญัติมากมาย รัฐสภาใน บางครั้งก็ไม่อาจทำหน้าที่ตรากฎหมายที่ทันสมัยได้ รัฐสภาจึงมีเทคนิคในการมอบอำนาจ การออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหารถึง 3 วิธี วิธีแรก โดยการมอบอำนาจชั่วคราวให้แก่ ฝ่ายบริหารเท่าที่จำเป็นและเหมาะสมเมื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ในการนี้ ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจออกรัฐกำหนดที่มีผลบังคับเสมือนกฎหมาย รัฐกำหนดนี้เรียกว่า décret-loi วิธีที่สอง เป็นวิธีที่รัฐสภาใช้ในการบัญญัติในรัฐบัญญัติที่เรียกว่า frame - statute (loi-cadre) วิธีการนี้รัฐสภาจะวางเฉพาะหลักในกฎหมายและมอบให้ฝ่าย บริหารกำหนดกฎเกณฑ์เอง และวิธีที่สาม เป็นการมอบอำนาจบางส่วนให้ฝ่ายบริหารรวม ทั้งระบุเนื้อหาที่ถือว่าเป็นกฎโดยธรรมชาติ (regulatory by nature) ด้วยการมอบอำนาจ ให้ฝ่ายบริหารในเทคนิคต่างๆดังที่ได้กล่าวนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 อันเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน

3. ประเทศสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เกิดจากการที่รัฐอาณานิคม 13 แห่ง ของอังกฤษได้รวมตัวกันเพื่อแยกตัวเป็นอิสระจากอังกฤษ ในการรวมตัวกันก่อตั้ง เป็นประเทศสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาได้ยอมรับหลักการใหญ่ๆ ที่มีรัฐธรรมนูญ เป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้ โดย ไม่ยอมรับเอาหลักรัฐธรรมนูญไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและหลัก Sovereignty of Parliament ของอังกฤษมาใช้ การรวมตัวของรัฐอาณานิคมทำให้แต่ละรัฐต้องยอม สละอำนาจอธิปไตยบางส่วนของตนให้แก่รัฐบาลกลางหรือรัฐบาลสหรัฐ (federal government) โดยบางส่วนยังคงสงวนไว้แก่มลรัฐต่างๆ²⁰ การยอมสละอำนาจ

²⁰ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในบทแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 10 บัญญัติว่า "บรรดาอำนาจที่รัฐธรรมนูญมิได้มอบหมายให้เป็นของสหรัฐ (United States) หรือที่มีได้ห้ามมลรัฐ (States) ไม่ให้มิฉะนั้น ให้สงวนไว้แก่มลรัฐต่างๆ หรือแก่ประชาชน"

อธิปไตยของมลรัฐต่างๆ การกำหนดรูปแบบของรัฐ กลไกการปกครองประเทศ และการจัดองค์กรทางการเมืองจึงได้ถูกบัญญัติลงไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือ รัฐสภา (Congress) เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ประธานาธิบดีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และศาลเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ²¹

อำนาจหน้าที่ของรัฐสภา ฝ่ายบริหาร และศาลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกานั้น นอกจากจะมีการเหลื่อมล้ำกันในอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรแล้ว องค์กรเหล่านั้นเองยังได้มีการมอบอำนาจของตนให้แก่องค์กรอื่นๆ บางส่วน โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติ คือ รัฐสภาได้มอบอำนาจในการออกกฎหมายในบางเรื่องให้แก่ฝ่ายบริหาร เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการปกครองประเทศได้ ฉะนั้น ปัญหาในเรื่องการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารจึงได้เริ่มมีขึ้น และเนื่องจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจของรัฐสภาหรือยอมให้รัฐสภามอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร ปัญหาดังกล่าวจึงตกอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลสูงสุดของสหรัฐ (Supreme Court) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการของรัฐบาลกลางที่จะต้องตัดสินและแก้ไขเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ผลของคดีในเรื่องทำนองนี้จึงได้เกิดขึ้นเป็นช่วงๆ ในแต่ละยุคแต่ละเหตุการณ์แตกต่างกันไป ก็เป็นผลมาจากการที่ศาลได้พิจารณามีปากขาดด้วยความระมัดระวังและพิจารณามีปากขาดโดยอาศัยหลักและทฤษฎีต่างๆ มาประยุกต์กับเหตุการณ์แต่ละเหตุการณ์ในขณะนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ผลของคดีเป็นธรรมและเหมาะสมต่อสภาวะการณ์ในแต่ละเหตุการณ์แต่ละยุคด้วย

โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา หมวดที่ 1 ได้บัญญัติสถานะและอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา ในมาตรา 1 บัญญัติว่า อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงที่บัญญัติไว้ใน

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในหมวด 1 มาตรา 1 หมวด 2 มาตรา 2 และหมวด 3 มาตรา 1

รัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของรัฐสภาสหรัฐ ซึ่งประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร และในมาตรา 8 บัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจกำหนดสิ่งต่างๆ กล่าวคือ มีอำนาจกำหนดและเก็บภาษีอากร ภาษีเงิน วางระเบียบข้อบังคับการพาณิชย์ระหว่างรัฐ ออกเงินตรา วางระเบียบกำหนดค่าของเงินตรา จัดตั้งที่ทำการไปรษณีย์และศาล ประกาศสงคราม จัดตั้งกองทัพ จัดระดมกองทัพเรืออาสาสมัคร จัดตั้งรัฐบาลของเขตเมืองหลวง และออกใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับล้มละลาย สัญชาติ ลิขสิทธิ์และสิทธิบัตร ฯลฯ อำนาจของรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 นี้เป็นอำนาจที่เข้าใจกันว่าเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมา (delegated powers) เนื่องจากรัฐสภาเป็นองค์หนึ่งของรัฐบาลกลางที่ได้รับมอบอำนาจหน้าที่ดังกล่าวจากประชาชน ดังจะเห็นได้ในบทบัญญัติวรรคสุดท้ายของมาตรา 8 ที่ให้อำนาจรัฐสภาสหรัฐในการ "ออกกฎหมายที่เห็นว่าจำเป็นและเหมาะสมในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจที่กล่าวมาในวรรคก่อนๆ และอำนาจอื่นๆ ทั้งปวงที่รัฐธรรมนูญนี้ได้ให้ไว้กับรัฐบาลสหรัฐ หรือกับกระทรวงทบวงกรมหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ใดๆ ในรัฐบาลสหรัฐ (to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any department or officer thereof)"

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้บัญญัติเรื่องการมอบอำนาจไว้ ในมาตรา 1 ของหมวด 1 ว่าด้วยอำนาจนิติบัญญัติ บัญญัติเพียงว่า "อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงให้เป็นอำนาจของรัฐสภา" ซึ่งอาจนำมาเป็นเหตุผลประการหนึ่งได้ว่า รัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจนิติบัญญัติได้ แต่ถ้าพิจารณาจากอำนาจของรัฐสภาที่ปรากฏชัดในมาตรา 8 ดังกล่าวข้างต้นแล้วก็จะเห็นได้ว่า การห้ามการมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นสิ่งที่ไม่เกิดขึ้น นอกจากนี้ บทบัญญัติตอนท้ายของมาตรา 8 ก็ได้ให้อำนาจรัฐสภาในการออกกฎหมายทั้งหมดที่เห็นว่าจำเป็นและเหมาะสมเพื่อการปฏิบัติการฯ ซึ่งหากแปลข้อ

ความดังกล่าวตามตัวอักษรแล้วก็ดูเหมือนว่าจะยอมให้มีการมอบอำนาจได้ด้วย แม้จะไม่ชัดเจนทีเดียวก็ตาม²²

อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาในช่วงก่อนปี 1789 เป็นเรื่องปกติธรรมดา เช่น ตาม พรบ.Vermont Statute of 1787 ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีบทบัญญัติที่มีแนวโน้มในการสนับสนุนความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา ในความคิดของรัฐสภาชุดแรกของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ (standards) ไม่จำเป็นต่อการมอบอำนาจ และเจตนาารมณ์ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ก็เป็นเช่นนั้นด้วย แต่เจตนาารมณ์ดังกล่าวได้ขัดกับแนวความคิดที่ว่ารัฐธรรมนูญต้องการหลักเกณฑ์การมอบอำนาจ (standards)

ต่อมาในคดี *The Brig Aurora v. United States*, 11 u.s. (7 Cranch 382 (1813)) ศาลสูงสุดได้มีพิพากษายอมรับการมอบอำนาจให้แก่ประธานาธิบดีในการยกเลิกการห้ามการพาณิชย์เมื่อประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษได้วางตัวเป็นกลางในการพาณิชย์กับประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายดังกล่าว ประธานาธิบดีต้องตรวจสอบก่อนว่า ฝรั่งเศสและอังกฤษได้หยุดการพาณิชย์การวางตัวเป็นกลางในทางการค้ากับสหรัฐอเมริกาแล้วหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าได้มีการหยุดการพาณิชย์แล้วความสัมพันธ์ทางการค้าก็ของประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษกับประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะเป็นไปตามปกติ คดีนี้ ศาลสูงสุดได้ให้เหตุผลในการปฏิเสธคำตัดสินของ *Brig Aurora* สรุปได้ว่า "ไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะทำให้เห็นได้ว่า ทำไมผู้ร่างกฎหมายไม่ควรรใช้ดุลยพินิจของตนเองเช่นนั้น . . . ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยสภาวะการณ์ใดก็ตามดังที่ได้ตัดสิน" แม้คำตัดสินดังกล่าวนี้ได้ยอมให้มีการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่ง เมื่อปรากฏว่าความไม่แน่นอนที่ได้ระบุไว้เกิดขึ้นแล้วก็ตามแต่ก็เป็นเพียงข้อสรุปที่ไม่มีการยกปัญหาเรื่องการมอบอำนาจขึ้นอภิปรายอย่างเด่นชัด

²² Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, 2nd ed. (San Diego: K.C. David Publishing Co., 1978), 1: 157.

การอธิบายการมอบอำนาจนิติบัญญัติได้มีขึ้นครั้งแรกในคดี *Wayman v. Southard* (1825) โดยผู้พิพากษา Marshall ซึ่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดในการตัดสินคดีนี้ได้ยกขึ้นอธิบายเรื่องนี้เป็นคนแรก Marshall ได้กล่าวถึงความแตกต่างของเนื้อหาสาระสำคัญและบทบัญญัติทั่วไปที่ผู้ร่างกฎหมายจำต้องบัญญัติขึ้นเอง และบทบัญญัติอื่นที่มีความสำคัญน้อยลงมาและเป็นเรื่องที่ต้องกระทำการภายใต้บทบัญญัติทั่วไปนั้นเป็นเรื่องของการเพิ่มเติมรายละเอียด (fill up in details) ซึ่งการมอบอำนาจจะกระทำได้ก็เพียงเพื่อประการหลังเพราะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยและเป็นการเพิ่มเติมรายละเอียดเพื่อให้กฎหมายที่มอบอำนาจให้มีประโยชน์และสมบูรณ์มากขึ้นเท่านั้น Marshall สนับสนุนหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการมอบอำนาจนิติบัญญัติโดยไม่ต้องมีหลักเกณฑ์ที่มีความหมายสมบูรณ์ (meaningful standards) ของรัฐสภา แต่ก็ยังไม่ยอมรับถึงขนาดที่จะยอมให้รัฐสภามอบอำนาจสำคัญๆ เช่น impeachment ฯลฯ ได้²⁴

หลังจากคดีข้างต้นแล้ว ศาลสูงสุดสหรัฐก็ได้มีพิพากษาเรื่องนี้อีกจนกระทั่งประมาณเกือบ 80 ปี ต่อมา จึงได้มีการตัดสินคดี *Field v. Clerk* (1892) ซึ่งมีข้อโต้แย้งกันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติศุลกากร ค.ศ. 1890 (the Triff Act of 1890) กฎหมายดังกล่าวกำหนดบัญชีอัตราภาษีศุลกากรไว้แต่ได้กำหนดด้วยว่ารายการที่เกี่ยวกับการเกษตรกรรมอาจได้รับการอนุญาตไม่ต้องเสียภาษีศุลกากรตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏว่าประเทศที่นำเข้าสินค้าทางเกษตรนั้น ต้องปฏิบัติต่างตอบแทนด้วยการยอมให้สินค้าทางเกษตรของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าประเทศนั้นได้โดยไม่ต้องเสียภาษีศุลกากรเช่นเดียวกัน ถ้าประธานาธิบดีพบว่าไม่มีการปฏิบัติต่างตอบแทนอย่างเสมอภาคดังกล่าว ประธานาธิบดีก็มีอำนาจสั่งให้งดการอนุญาตให้นำเข้าสินค้าของประเทศนั้นโดยไม่ต้องเสียภาษีศุลกากรไว้เป็นระยะเวลาหนึ่งตามที่เห็นว่าเป็นธรรม ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวสั่งงดการอนุญาตให้นำเข้าสินค้าประเภทเนื้อวัว ดังนั้น รายการตามบัญชีอัตราภาษีศุลกากรท้าย

²⁴ Davis, *Administrative Law Treatise*, p. 159.

พระราชบัญญัติศาลกากรฯ จึงมีผลใช้บังคับกับสินค้าประเภทเสื้อผ้าที่ต่อไป คดีนี้ ศาลสูงสุดเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการมอบอำนาจให้ตรวจสอบข้อเท็จจริง (fact-finding) เนื่องจากประธานาธิบดีไม่ได้รับมอบอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจของตนเอง เว้นแต่ในเรื่องที่เกี่ยวกับระยะเวลาในการงดการอนุญาตเท่านั้น ความสัมพันธ์ในกรณีนี้เป็นเพียงการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามนโยบายที่รัฐสภากำหนดไว้ การงดการอนุญาตจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อประธานาธิบดีได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้แล้วเท่านั้น ดังนั้นจึงหาอาจกล่าวได้ว่า การตรวจสอบข้อเท็จจริงตามที่ผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดไว้ เป็นเหตุการณ์ที่จะให้ประธานาธิบดีกำหนดการใดขึ้นต่อไปในการตรากฎหมายแทนรัฐสภาแต่ประการใดไม่

ในระยะต่อมาเมื่อรัฐบาลต้องรับภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นมากมายและยุ่งยาก การมอบอำนาจของรัฐสภาจึงได้ขยายกว้างมากขึ้น คำตัดสินก็เพิ่มขึ้น และเหตุการณ์ต่างๆที่ไม่แน่นอนในอดีตก็ปรากฏขึ้น การมอบอำนาจจึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ในการบริหารมากกว่าที่จะพิจารณาว่าเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งได้เกิดขึ้นหรือไม่ ในคดี *Buttfield v. Stranahan* (1904) ได้มีพยานหลักฐานตามคำพิพากษาในคดี *Field v. Clerk* (1892) โดยมีข้อความเกี่ยวกับเรื่องการมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดวางหลักเกณฑ์ (standards) และขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจ ดังนั้น ในคดีนี้ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Secretary of the Treasury) ได้รับอำนาจในการกำหนดมาตรฐานความบริสุทธิ์ ความเหมาะสม และคุณภาพของชาที่เป็นสินค้านำเข้าให้มีมาตรฐานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้น ศาลตีความว่ากฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์แท้จริงที่จะยกเว้นคุณภาพต่ำที่สุด และศาลได้ยืนยันการมอบอำนาจนี้ด้วยเหตุผลว่า รัฐมนตรีฯ เพียงกระทำเพื่อให้ลุล่วงไปซึ่งหลักเกณฑ์ในเบื้องต้นนี้ (primary standards) ตามที่รัฐสภาได้ประกาศไว้เท่านั้น

ในคดี *United States v. Grimaud* (1911) ศาลสูงสุดได้มีพยานยืนยันการมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรในการ ออกกฎว่าด้วยการป้องกันและสงวนรักษาป่า การฝ่าฝืนกฎดังกล่าวย่อมเป็นความผิดอาญา ศาลได้มีพิจารณาข้อต่อสู้

ของจำเลยที่อ้างว่ากฎดังกล่าวมีการกำหนดความผิดพลาดอันใหม่ ซึ่งศาลสูงได้วินิจฉัยข้อต่อสู้ดังกล่าวว่า เรื่องนี้ รัฐสภาเป็นผู้กำหนดการกระทำความผิดพลาดทางอาญา รัฐมนตรีฯ ไม่ได้กำหนดความผิดพลาดดังกล่าว แต่เป็นเพียงผู้ใช้อำนาจเพิ่มเติม รายละเอียดของความผิดพลาดดังกล่าวเท่านั้น (power to fill up in details) นอกจากนี้ศาลได้ชี้ให้เห็นเหตุผลตอนหนึ่งด้วยว่า การสงวนรักษาบำมีลักษณะเฉพาะ เป็นกรณีไป จึงเป็นไปได้ว่า รัฐสภาจะกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะไปในเรื่องรายละเอียดได้ทั้งหมด²⁵ ต่อมาในคดี *Mahler v Eby* (1924) เป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจในการเนรเทศบุคคลต่างด้าวที่ไม่พึงประสงค์ให้อยู่ในประเทศ ซึ่งศาลสูงก็ได้ตัดสินโดยยึดถือหลักการมอบอำนาจเช่นเดิม หลังจากนั้น 4 ปี ในคดี *J.W. Hampton, Jr. & Co.v. United States* (1928) ศาลได้มีพยานยืนยันการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีในการปรับปรุงอัตราภาษีศุลกากรได้

การที่ศาลสูงได้ตัดสินคดีต่างๆ ข้างต้น ศาลได้อ้างหลักในการตัดสินไว้หลายประการ คือ primary standard, power to fill up in details และ intelligible principle จึงทำให้เห็นแนวโน้มของศาลในการตัดสินว่า อำนาจ กฎอาจมอบให้แก่ผู้ที่ไม่ม้ออำนาจนิติบัญญัติได้ การยอมรับหลักการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ของศาลสูงนี้ ก็เนื่องจากศาลได้ยอมรับเหตุผลและความจำเป็นของรัฐบาลซึ่งต้องการการมอบอำนาจของรัฐสภาให้แก่ฝ่ายบริหารในการ ออกกฎบ้าง ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงสหรัฐจึงยอมรับว่า รัฐสภาได้ตรากฎหมายมีสาระสำคัญมากเท่าที่จะสามารถนำมาใช้ในทางปฏิบัติได้²⁶ อย่างไรก็ตาม ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 นี้ ศาลสูงไม่เคยตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจในการ ออกกฎว่าเป็นโมฆะ จนกระทั่งในช่วงตั้งแต่ปี 1930 เป็นต้นมาได้เกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศ ประธานาธิบดีแฟรงคลิน ดี รูสเวลท์

²⁵Paul G. Kuper, Constitutional Law, case and material, 3rd ed. (Boston: Little, Brown and Company, 1966), หน้า 295.

²⁶Robinson, Gellhorn and Bruff, The Administrative Process, p. 46.

ซึ่งได้รับเลือกเป็นประธานาธิบดีเมื่อปี 1932 ได้ให้สัญญาเกี่ยวกับการปฏิรูประบบสังคม และเศรษฐกิจ (โครงการ New Deal) และสัญญาที่จะกระทำการทันที โดยมีรัฐสภาให้ความร่วมมือกับประธานาธิบดีรูลาเวลท์ในการดำเนินการตามโครงการ New Deal จนกระทั่งได้เกิดคดีเกี่ยวกับรัฐบัญญัติของรัฐสภาที่ออกตามโครงการ New Deal นี้ขึ้น

ในคดีแรก คดี Panama Refining Co. v. Ryan (1935) เป็นคดีเกี่ยวกับ มาตรา 9 (ค) แห่งพระราชบัญญัติ National Industrial Recovery Act of 1933 (NIRA) บัญญัติมอบอำนาจให้แก่ประธานาธิบดีในการห้ามขนส่งน้ำมันเพื่อการพาณิชย์ ระหว่างมลรัฐหรือระหว่างประเทศซึ่งที่เรียกกันว่า hot oil โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลด ปัญหาทางเศรษฐกิจอุตสาหกรรมน้ำมัน ประธานาธิบดีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 9 (ค) ออกคำสั่งทางบริหาร (executive order) ห้ามการขนส่งระหว่างมลรัฐซึ่งน้ำมันที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลสูงสุดตัดสินว่า NIRA ได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร มากเกินไป เพราะไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของประธานาธิบดี ในการ ออกกฎหมายห้ามการขนส่งน้ำมันไว้ การมอบอำนาจตามมาตรา 9 (ค) นี้ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คดีต่อมาคือ คดี Schechter Poultry Corp. v. United States (1935) เป็นคดีเกี่ยวกับมาตรา 3 แห่ง NIRA บัญญัติว่า สมาคมการค้าสามารถประกาศใช้ประมวล ว่าด้วยการแข่งขันอย่างเป็นธรรม (code of fair competition) โดยต้องได้รับความ เห็นชอบจากประธานาธิบดีด้วยจึงจะมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ประธานาธิบดีจะให้ความ เห็นชอบได้เมื่อปรากฏว่า สมาคมการค้าที่ตราประมวลเป็นตัวแทนของกลุ่มอุตสาหกรรม นั้น ประมวลที่กำหนดขึ้นต้องไม่มีบทกำหนดโทษลักษณะผูกขาด และบทกำหนดในประมวล มีขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามนโยบายของ NIRA คดีนี้ สมาคมการค้าได้ออก poultry code โดยได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดีแล้ว แต่ Schechter ปฏิเสธไม่ยอมปฏิบัติตามประมวลนี้ จึงถูกลงโทษทางอาญา ศาลสูงสุดได้ตัดสินว่าบทบัญญัติของมาตรา 3 นี้ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะด้วยเหตุผลสองประการ คือ ประการแรก การยอมให้ ประธานาธิบดีเห็นชอบและนำประมวลเกี่ยวกับการค้าที่มาใช้เท่ากับเป็นการมอบอำนาจ มากเกินไปและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และประการที่สองรัฐบัญญัติฉบับนี้เกินขอบเขต อำนาจของการพาณิชย์ของรัฐบาลกลาง

ต่อมา ในคดี *Carter v. Carter Coal Co.* (1936) เกี่ยวกับพระราชบัญญัติ Bituminous Coal Conservation Act of 1935 ที่บัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการที่มาจากผู้แทนของกลุ่มอุตสาหกรรมถ่านหินเพื่อ ออกประมวลว่าด้วยอุตสาหกรรมถ่านหิน ศาลสูงโดยเสียงข้างมากตัดสินว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่เอกชนโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การที่ศาลสูงได้พิพากษาตัดสินคดีทั้งสามว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นผลมาจากการ ออกกฎหมายของรัฐสภาตามโครงการ New Deal ที่ศาลเห็นว่าเป็น การละเมิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น ในคดี *Carter v. Carter Coal Co.* (1936) ได้ตัดสินว่า กฎเกี่ยวกับค่าจ้างและชั่วโมงการทำงานของลูกจ้างในเหมืองถ่านหินเป็นเรื่องนอกอำนาจการพาณิชย์และไม่ใช้เรื่องระหว่างมลรัฐ จึงเป็นอำนาจของแต่ละมลรัฐ การออกกฎหมายของรัฐสภาในเรื่องนี้จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 10 ฯลฯ การทำลายโครงการ New Deal ทำให้ประธานาธิบดีรูสเวลท์ซึ่งได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีอีกครั้งเมื่อปี 1937 ต่อต้านโดยการริเริ่มโครงการ "Court Packing" และก็ประสบความสำเร็จในโครงการนี้ ทำให้หลักการของศาลที่ต่อต้านกฎหมายตามโครงการ New Deal หดไป รัฐสภาจึงสามารถออกกฎหมายมอบอำนาจในการ ออกกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรที่ฝ่ายบริหารจัดตั้งขึ้นได้ เมื่อข้อโต้แย้งระหว่างฝ่ายบริหารและศาลในเรื่องดังกล่าวได้ยุติลง คำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการมอบอำนาจได้เปลี่ยนแปลงไป ศาลได้ตัดสินในคดี *Curran v. Wallace* (1939), คดี *United States v. Rock Royal Co-operation* (1939) และคดี *Hood & Sons v. United States* (1939) โดยได้ยอมรับการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารตามพระราชบัญญัติ Federal Tobacco Inspection Act และพระราชบัญญัติ Agricultural Marketing Agreement Act

ต่อมา เมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่สอง แรงกดดันในเรื่องการมอบอำนาจนิติบัญญัติก็ได้มีขึ้นอีกในคดี *Yakus v. United States* (1944) ศาลได้ตัดสินยอมรับการมอบอำนาจตามพระราชบัญญัติ Price Control Act of 1942 ที่บัญญัติให้อำนาจแก่สำนักงานบริหารราคา (Office of Price Administration (OPA)) ในการกำหนดราคาขั้นต่ำ และในคดี *Bowles v. Willingham* (1944) ก็เป็นเรื่องทำนองเดียวกันกับ

คดีแรก หลักเกณฑ์ที่กำหนดในรัฐบัญญัติกว้าง แต่ผู้พิพากษาศาลสูงในคดี Bowles ทุกคนยกเว้นผู้พิพากษาโรเบิร์ต ได้อยอมรับการมอบอำนาจนั้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเสียงส่วนใหญ่ของศาลสูงที่พิพากษาคดีทั้งสองนี้ยอมรับทางปฏิบัติในเรื่องนี้ ดังที่ปรากฏจากคำสรุปของผู้พิพากษาเหล่านี้ว่า การควบคุมในเวลาสงครามเป็นสิ่งจำเป็น โดยเฉพาะผู้พิพากษาสโตนได้กล่าวในคดี Yakus ว่า รัฐธรรมนูญย่อมไม่ต้องการความเป็นไปไม่ได้หรือไม่สามารถทำได้ในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ ผู้พิพากษาโรเบิร์ตเห็นว่า ไม่ควรควบคุมการใช้ดุลพินิจในการทำตัดสินของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ ศาลสูงจึงได้พิพากษาคดีนี้กลับคำพิพากษาในคดี Schechter

พระราชบัญญัติ Renegotiation Act of 1942 บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำสัญญาระหว่างสงคราม เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับกำไรมากเกินไป ซึ่งคำว่า "กำไรมากเกินไป (excessive profits)" ไม่มีบทนิยามไว้ในรัฐบัญญัตินี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงได้พัฒนาคำนิยามดังกล่าวขึ้นเอง และต่อมารัฐสภาก็ได้ตราแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติในส่วนนี้ในปี 1944 แต่ในคดี Lichter v. United States (1948) ได้มีการฟ้องว่าการมอบอำนาจตามรัฐบัญญัตินี้เคลือบคลุม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลสูงได้พิพากษายอมรับบทบัญญัติดังกล่าว โดยผู้พิพากษาเบอร์ตันให้ความเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าฝ่ายปกครองได้พัฒนาคำนิยามนี้ขึ้น และรัฐสภาได้ตราคำนิยามลงในรัฐบัญญัติย่อมชี้ให้เห็นถึงความต้องการคำนิยามนี้ แต่ก็หาได้หมายความว่า คำนิยามดังกล่าวจะเป็นสิ่งจำเป็นอันชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อความสมบูรณ์ของการใช้อำนาจในยามสงครามของรัฐสภาเพื่อริเริ่มแก้ปัญหาที่ยังไม่มีบรรทัดฐานไม่

การมอบอำนาจในยามสงครามนี้อาจมีการฝ่าฝืนรูปแบบการมอบอำนาจเดิมอันเป็นการกระทำกระทบต่อสิทธิของเอกชนโดยตรง แต่ศาลสูงก็ยังมีทัศนคติที่ยอมรับการมอบอำนาจนี้ ดังเช่น ในคดี United States v. Sharpnack (1958)

คำพิพากษาต่างๆ ที่ได้กล่าวมานี้ ได้ชี้ให้เห็นว่า รัฐสภาต้องพิจารณาข้อจำกัดและขอบเขตในการตรากฎหมาย และต้องกำหนดขอบเขตของสาระสำคัญของการมอบอำนาจรวมทั้งระลึถึงหลักเกณฑ์และเกณฑ์ที่เป็นแนวทางให้แก่องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติด้วย การมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภานั้น รัฐสภาต้องกำหนด

บทลงโทษทางอาญาแก่ผู้ละเมิดกฎหมายของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญตัวเอง²⁷

จะมอบอำนาจในการกำหนดบทลงโทษทางอาญาให้แก่ฝ่ายบริหารหาได้ไม่

อย่างไรก็ดี คดีในทำนองเดียวกันกับคดี Yakus ได้เกิดขึ้นอีกในปี 1971

คือ คดี Amalgamated Meat Cutters v. Connally (1971) เกี่ยวกับการมอบอำนาจ

ให้ประธานาธิบดีกำหนดอัตราค่าจ้างและราคาตามเศรษฐกิจของชาติ ศาลสูงเห็นว่า

การตอบคำถามเกี่ยวกับการมอบอำนาจไม่ตรงแต่เพียงใดส่วนว่าหน้าที่ของรัฐบาลที่ใช้

อยู่โดยลักษณะเป็นนิติบัญญัติหรือไม่ หรือรัฐสภาได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเนื้อหาที่พอ

เข้าใจได้หรือไม่ แต่ดาวพิจารณาว่า นโยบายที่รองรับการมอบอำนาจนั้นต้องมีการ

ตรวจสอบระบบการควบคุมอย่างรอบคอบทั้งทางเนื้อหาและวิธีการเพื่อเป็นการจำกัด

อำนาจของผู้รับมอบ อันเป็นสิ่งจำเป็น เนื่องจากวัตถุประสงค์พื้นฐานของหลักการมอบ

อำนาจ คือการควบคุมที่เพียงพอ และประโยชน์ในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น

จะบรรลุผลได้โดยการจำกัดขอบเขตทางเนื้อหาหรือวิธีการหรือทั้งสองอย่าง²⁸

โดยสรุป วิวัฒนาการ ของหลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร

มาจากการที่ศาลสูงสหรัฐได้ตีความและใช้หลักต่างๆในการพิพากษาคัดสินคดีเกี่ยวกับการ

การมอบอำนาจในลักษณะต่างๆกัน เริ่มต้นจากการไม่ยอมรับหลักการมอบอำนาจ แต่

อาศัยหลักการห้ามการมอบอำนาจ ซึ่งก็ไม่ประสบความสำเร็จเนื่องจากไม่อาจห้ามการ

มอบอำนาจได้ ศาลจึงได้หันมาใช้หลักเกณฑ์ที่มีความหมายสมบูรณ์ (meaningful

standards) และก็ไม่ประสบความสำเร็จอีกเช่นกัน เพราะการมอบอำนาจที่ปราศจากเกณฑ์

มาตรฐานที่มีความหมายสมบูรณ์ยังคงเป็นสิ่งจำเป็นต่อรัฐบาลสมัยใหม่ องค์การที่ตรากฎ

ไม่อาจตรากฎได้โดยไม่ได้รับการมอบอำนาจอย่างเต็มอบคลุม นอกจากนี้ ศาลยังไม่

ประสบความสำเร็จในการกำหนดการป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจโดยไม่จำเป็น

²⁷C.Herman Pritchett, The American Constitution (New York: McGraw-hill book Co., Inc., 1959), pp. 178-179.

²⁸Ernest Gellhorn and Barry B. Bayer, Administrative Law and Process, 2nd ed. (Minnesota: West Publishing Co., 1981), p. 22.

ด้วย จากคำพิพากษาของศาลในคดีต่างๆตามลำดับ ทำให้เห็นถึงทัศนคติของศาลที่มีต่อการมอบอำนาจ ซึ่งศาลยอมรับและหันมาเน้นในเรื่องการควบคุมการใช้ดุลยพินิจขององค์กรผู้รับมอบอำนาจ โดยศาลได้ยอมรับความจำเป็นของฝ่ายบริหารที่ต้องการออกกฎ ซึ่งเป็นปัญหาที่ผู้ร่างกฎหมายไม่อาจคาดเห็นล่วงหน้าได้ว่าฝ่ายบริหารควรกระทำอย่างไร หรือแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ทันต่อเหตุการณ์ หลักการมอบอำนาจจึงยังคงมีอยู่เพื่ออาศัยเป็นหลักในการตัดสินคดีต่างๆของศาลสูงสหรัฐต่อไป

4. ประเทศไทย

ในอดีต ประเทศไทยมีการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขในการปกครองประเทศ มีพระราชอำนาจและพระบรมราชานุภาพเด็ดขาดเป็นล้นพ้น ไม่มีข้อใดสิ่งอันใดหรือบทกฎหมายใดจำกัดพระราชอำนาจของพระองค์ได้ ดังที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดินว่า

อนึ่งพระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินกรุงสยามนี้ไม่ได้มีปรากฏในกฎหมายอันหนึ่งอันใด ด้วยเหตุก็ว่าเป็นที่ล้นพ้น ไม่มีข้อใดสิ่งอันใด หรือข้อใดจะเป็นผู้บังคับขัดขวางได้ แต่เมื่อว่าตามความเป็นจริงแล้ว พระเจ้าแผ่นดินจะทรงประพฤติการอันใดก็ควรจะเป็นไปตามทางที่สมควรและเป็นยุติธรรม เพราะเหตุฉะนั้นข้าพเจ้าไม่มีความรังเกียจอันใด ซึ่งจะมีกฎหมายกำหนดพระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินเช่นประเทศทั้งปวงมีกำหนดต่างกัมนั้น เมื่อจะทำกฎหมายสำหรับแผ่นดินให้เป็นหลักฐานทั่วถึง ก็ควรจะต้องว่าด้วยพระบรมราชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินให้เป็นหลักฐานไว้...²⁹

พระมหากษัตริย์ในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทรงเป็นองค์อธิปัตย์ (Sovereign) ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ได้โดยลำพังพระองค์

²⁹ บรีดี ฌมมยงค์, "ประมุขกฎหมายมหาชนและเอกชนของบรีดี ฌมมยงค์," ใน อนุสรณ์เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 วัน แห่งการอสัญกรรมของผู้ประศาสน์การ บรีดี ฌมมยงค์. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 170-171.

พระบรมราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์เป็นที่สุดในกิจการทั้งภายในและภายนอก³⁰ และจะมอบให้ข้าราชการไปดำเนินการโดยพระราชานุมัติก็ได้ ดังจะเห็นได้จากการที่พระมหากษัตริย์ไทยมอบให้ศาลไปพิจารณาตัดสินโดยอิสระ นานๆครั้งจะทรงใช้พระราชอำนาจนำคดีมาวินิจฉัยเสียเอง หรือทรงตั้งศาลพิเศษพิจารณาพิพากษาคดีบางคดี

การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้มิได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจดังเช่นปัจจุบัน พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ การใช้อำนาจตรากฎหมายของกษัตริย์แต่เดิมเรียกว่า "พระราชสาส์น" การร่างพระราชสาส์นนั้น ในชั้นต้นเกิดจากการที่พระมหากษัตริย์ทรงเห็นว่ามีเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกิดขึ้นและได้พิจารณาตัดสินโดยบทบัญญัติที่เลอะเลือนไม่ตรงต่อความเที่ยงธรรม หรือเป็นกรณีพิพาทที่ไม่ได้ทรงบัญญัติไว้ก่อน ก็จะโปรดให้มีการร่างกฎหมายนั้นขึ้น³¹ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้มีลักษณะกระจัดกระจายอยู่หลายแห่งไม่เป็นหมวดหมู่เรียบร้อย และมีชื่อเรียกแตกต่างกัน บ่อยแล้วแต่พระราชประสงค์ กล่าวคือ กฎหมายบางฉบับอาจเรียกว่า พระราชบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464 พระราชบัญญัติว่าด้วยอั้งยี่ ร.ศ. 116 ฯลฯ กฎหมายบางฉบับก็อาจใช้คำว่า "ประกาศ" หรือ "พระราชกฤษฎีกา" เป็นต้น นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักฐานจากพระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวในการเปิดประชุมรัฐสมณฑริสภา เมื่อวันที่ 14 มกราคม ร.ศ. 113 (พ.ศ. 2437) มีความตอนหนึ่งว่า

³⁰ วิชาญ เจริญงาม และบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ธรรมนุญการปกครองของราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัด หน้าอักษรการพิมพ์, 2520), หน้า 44.

³¹ พระวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าวิมลย์, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512), หน้า 41.

ในส่วนกิจที่จะกระทำให้สำเร็จตามกฎหมายนี้ก็ดี ฤาในส่วนราชกิจที่จะ
พิจารณาตัดสินความนี้ก็ดี เราก็มีเสนาบดี ข้าราชการ ผู้ว่าราชการเมือง และข้าราชการ
ทั้งหลายฝ่ายราชการอยู่ส่วนหนึ่ง กับเราก็มียุติพากษา... เป็นผู้ซึ่งทั้งหมดด้วยกันอัน
จำเป็นต้องกระทำการแทนตัวเรา และเป็นผู้รับผิดชอบต่อเรา

แต่ส่วนราชกิจที่จะตัดสินกฎหมายนั้น ตั้งแต่เวลาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน
หยุดไม่ได้กระทำการมาแล้ว ก็ไม่ได้มีพนักงานจัดไว้เป็นกรมสำหรับช่วยกันทำการ
ส่วนนี้ การอันจะช่วยกันทำส่วนนี้ขึ้นแล้วที่เรามุ่งหมายทำนหึ่งหลายอยู่³²

ดังนี้ แสดงให้เห็นได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมอบหมายให้ข้าราชการ
ฝ่ายต่าง ๆ ปฏิบัติราชการแทนพระองค์ บรากฎจากกฎหมายที่ใช้บังคับในสมัย
สมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้มีบทบัญญัติมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับให้แก่เจ้าหน้าที่
ปกครองหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติอากรด่าน ร.ศ. 120 ให้อำนาจเสนาบดีใน
การออกกฎเสนาบดีพระนครบาลในการห้ามมิให้ใช้เครื่องมืออย่างใดอย่างหนึ่งใน
ที่แห่งใดแห่งหนึ่ง พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พุทธศักราช 2464
ให้อำนาจออกกฎข้อบังคับของกรมทางหลวงว่าด้วยการใช้รถยนต์พาหนะบน
ทางหลวง พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช 2456 ให้อำนาจ
เสนาบดีออกกฎเสนาบดีพระนครบาล ฯลฯ

การบังคับใช้กฎหมายเหล่านี้ได้เกิดมติดีขึ้นจนเป็นปัญหาถึงพระมหากษัตริย์
ต้องทรงวินิจฉัย คือ กฎเสนาบดีว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า พ.ศ. 2464 ซึ่งออกโดย
อ้างอำนาจพระบรมราชานุญาตและได้กำหนดการกระทำผิดไว้ด้วย ทำให้เป็นปัญหาว่า
กฎหมายนั้นจะใช้ลงโทษผู้กระทำผิดได้หรือไม่ กรรมการศาลฎีกาตรวจข้อความใน
พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่กับข้อความในกฎหมายเหล่านี้แล้ว ได้ความว่า
กฎหมายที่อ้างนี้ให้อำนาจอธิบดีกรมพระนครบาลก่อนผู้ปกครองศาลเจ้าได้เมื่อเห็นว่า
ทุจริต และตั้งคนใหม่ได้เมื่อเห็นสมควร แต่กฎนี้ได้ออกโดยอาศัยอำนาจในพระราช

³² ชาญวิทย์ วิชระบุก, สุชิน ตันติกุล, ตีรลักษณ์ พดุงจันทร์ และ
ประสาน บุญโสภาคย์, กระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2519), หน้า 56.

บัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ ได้ปรากฏข้อความอยู่ในตอนปรารภแห่งกฎนี้ว่า
 ด้วยตามความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 123
 ให้กรรมการอำเภอมีหน้าที่คอยตรวจตราอุตุหนุ้บกกบักกรักษาอย่าให้ผู้ใดเบียดเบียน
 ที่วัดวาที่กุศลสถานอย่างอื่นฯ ฯลฯ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เสนาบดีกระทรวง
 วรรณตราบาล และเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยตั้งกฎข้อบังคับขึ้นตามความในมาตรา
 5 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ข้อความในมาตรา 5
 บัญญัติว่า "ให้เสนาบดีผู้บัญชาการปกครองท้องที่มีอำนาจที่จะตรากฎข้อบังคับสำหรับ
จัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าและกฎนี้ได้รับพระราชบรมราชานุญาต
 และประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ให้ถือว่าเป็นเหมือนส่วนหนึ่งในพระราช
 บัญญัตินี้ กฎเสนาบดีฉบับนี้ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตประกาศในหนังสือ
 ราชกิจจานุเบกษาแล้ว แต่เพราะเหตุที่ความในมาตรา 5 บังคับไว้ให้เสนาบดี ฯลฯ
 ตั้งกฎสำหรับจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น จึงเกิดมีข้อสงสัยขึ้นว่า ความ
 ในกฎนี้เป็นข้อบังคับสำหรับเพียงแต่จัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หรือมี
 ข้อความนอกเหนือออกไป ความในพระราชบัญญัติดังกล่าว มาตรา 123 ที่บัญญัติ
 ว่า "ที่วัดหรือที่กุศลสถานอย่างอื่น ซึ่งเป็นของกลางสำหรับมหาชน ก็ให้อยู่ในหน้าที่กรม
 การอำเภอจะต้องคอยตรวจตราอุตุหนุ้บกกบักกรักษา อย่าให้ผู้ใดรุกกล้าเบียดเบียนที่
 อันนั้น" ซึ่งข้อความในกฎเสนาบดีให้อำนาจแก่อธิบดีวรรณตราบาลถอดผู้ปกครองที่มี
 อยู่แล้ว และตั้งผู้ปกครองใหม่ จะอยู่ในวงเขตแห่งคำว่า "คอยตรวจตราอุตุหนุ้
 บกกบักกรักษา" หรือไม่ ศาลฎีกาได้กราบบังคมทูลขอพระบรมราชวินิจฉัย พระบาทสมเด็จพระ
 พระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระวินิจฉัยดังนี้

ตามแบบธรรมเนียมและประเพณีในกรุงสยามตามที่ได้เคยไขมา กฎเสนาบดีที่ได้รับ
 พระบรมราชานุญาตแล้ว ก็ต้งนับว่าเป็นกฎหมาย โดยไม่มีข้อควรสงสัยเลยส่วนปัญหาข้อ
 ที่ว่า กฎเสนาบดีไม่ควรมบัญญัติข้อความใดซึ่งในนอกเหนือพระราชบัญญัติ ซึ่งกฎนั้น
 เป็นส่วนนั้น ว่าตามใจเราก็เห็นว่าเป็นความเห็นอันควรดำรงอยู่ แลน่าจะกำหนดลงไว้ให้
 ชัดเจน จะได้ให้พิจารณาเป็นส่วน 1 แต่ตราบใดเมื่อยังมีได้มีบทบัญญัติลงไว้เป็นอย่าง
 อื่น จะถือเอาความเห็นมาอ้างเป็นข้อลบล้างตัดทอนอำนาจแห่งกฎเสนาบดีใด ๆ นั้น ไม่เป็น
 การสมควร ศาลต้องนิพากษาตามบทกฎหมายและนิติประเพณีของกรุงสยามที่มีอยู่ เพราะฉะนั้น
 ให้ศาลฎีกานิพากษาคดีไปตามกฎเสนาบดีซึ่งว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้าอันเป็นบท
 บัญญัติในเรื่องนี้ขึ้นเกิดฯ

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 อันเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองอย่างฉับพลันทันด่วน โดยมีได้มีการวางรากฐานความคิดและปลูกฝังความรู้ความเข้าใจในระบอบประชาธิปไตยแก่ประชาชน น้อยคนที่จะรู้ว่ารัฐธรรมนูญคืออะไร ซึ่งในการเปลี่ยนแปลงการปกครองนี้ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) ได้ทรงมีพระราชดำริพระราชทานอยู่ก่อนแล้ว และทรงได้ดำริเกี่ยวกับการจัดการศึกษาให้ประชาชนมีความรู้เพื่อเป็นรากฐานการปกครองแผ่นดินในระบอบใหม่ด้วย ดังที่ได้พระราชนิพนธ์ไว้เป็นภาษาอังกฤษเรื่อง "Democracy in Siam"³³ อย่างไรก็ตาม การปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครองครั้งนี้เป็นแนวความคิดและความต้องการของข้าราชการพลเรือนและทหารที่ได้รับการศึกษาจากต่างประเทศเป็นส่วนใหญ่ มิได้เกิดจากแนวความคิดและความต้องการของประชาชนแต่ประการใด ฉะนั้น เมื่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองได้สำเร็จลง จึงได้มีการแบ่งชิงอำนาจและความเป็นใหญ่กันต่อมามีหลายครั้งมีการ ช่งสู้มผู้ชน และสมัตรพรรคพวก ครั้งแรกแยกออกเป็นกลุ่มทหารและกลุ่มพลเรือน จากนั้น กลุ่มทหารก็ขัดแย้งกันเองจนเกิดการปฏิวัติรัฐประหาร ไม่รู้จักจบสิ้น การปฏิวัติรัฐประหารแต่ละครั้งเป็นการบ่อนทำลายพัฒนาการทางการเมือง จักรกลทางการเมืองต้องหยุดชะงักผลทางการเมืองที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าว ที่เห็นได้ชัดคือ การตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน ได้มีลักษณะเปลี่ยนแปลงแบบรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสและชาติอื่นๆ ทั้งทางการวางลักษณะมาตราและถ้อยคำสำนวนเกี่ยวกับอุดมการณ์ประชาธิปไตย³⁴ โดยเฉพาะเกี่ยวกับบทบัญญัติในเรื่องอำนาจหน้าที่นิติบัญญัติของฝ่ายบริหารบางประเภทนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกสมัยนับแต่ฉบับแรก ได้มีบทบัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่นิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารไว้ในแนวทางเดียวกัน ดังนี้

³³ ราชบุ เดรื่องาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสวงสุทธิการพิมพ์, 2523), หน้า 41.

³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 143-144.

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

มาตรา 29 ถ้ามีกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้นซึ่งคณะกรรมการจะเรียกประชุมสภาราษฎรให้
เห็นท้วงที่มีได้และคณะกรรมการราษฎรเห็นสมควรจะต้องออกกฎหมายเพื่อให้เหมาะสมแก่
การฉุกเฉินนั้นๆ ก็ทำได้ แต่จะต้องรีบนำกฎหมายนั้นขึ้นให้สภารับรอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม (พ.ศ. 2475)

มาตรา 52 ในเหตุฉุกเฉินซึ่งจะเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรให้เห็นท้วงที่มีได้
พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้
ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรต่อไป ท่านให้นำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อสภา
เพื่ออนุมัติ ถ้าสภาอนุมัติแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็จะเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภาไม่
อนุมัติไซ้ พระราชกำหนดนั้นก็ป็นอันตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงกิจการที่ได้เป็น
ไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ถ้าคำอนุมัติและไม่อนุมัติของสภาที่กล่าวนี้
ท่านว่าให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

มาตรา 56 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกำหนดโดย
ไม่จัดตั้งกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2489)

มาตรา 72 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัย
สาธารณะ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ และจะเรียกประชุมรัฐสภาให้เห็นท้วงที่มีได้
ก็ดี หรือเมื่อกรณีเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์จะทรง
ตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมรัฐสภาในคราวต่อไปให้นำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อรัฐสภา ถ้า
รัฐสภาอนุมัติแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็จะเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติ
พระราชกำหนดนั้นก็ป็นอันตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบถึงกิจการที่ได้เป็นไปใน
ระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

คำอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

มาตรา 73 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราช
บัญญัติที่เกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตราฉบับใด จะต้องได้รับการพิจารณาโดย
ด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน จะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์เพื่อ
ทรงตราเป็นพระราชกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามความในวรรคก่อน จะต้องนำเสนอ
ต่อรัฐสภาภายในสองวันนับแต่วันประกาศใช้ และให้นำความในวรรคสอง
และวรรคสาม แห่งมาตรา 72 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 78 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

มาตรา 96 ถ้ามีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะในระหว่างเวลาที่คณะรัฐมนตรี ต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อ ดำเนินการตามความในมาตรา 95 พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้ บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) (พ.ศ. 2490)

มาตรา 80 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะและจะเรียกประชุมรัฐสภาให้ทันทางที่มีได้ก็ดีหรือ กรณีเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์จะทรงตรา พระราชกำหนดให้ใช้บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

มาตรา 81 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราช บัญญัติที่เกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตราฉบับใด จะต้องได้รับการพิจารณา โดยด่วนและลับเพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน จะถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์เพื่อตราเป็นพระราชกำหนดให้ใช้ดังพระราชบัญญัติก็ได้

มาตรา 86 พระมหากษัตริย์ทรงพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2492)

มาตรา 150 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัย สาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และจะเรียกประชุมรัฐสภาให้ทันทางที่มีได้ก็ดี เมื่อกรณีเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์จะทรง ตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้เสนอพระราชกำหนดนั้นต่อสภาโดยไม่ชักช้า ถ้ารัฐสภาอนุมัติแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็ให้มีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้ารัฐสภาไม่ อนุมัติพระราชกำหนดนั้นก็ป็นอันตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระทั่งกิจการที่ได้เป็นไปใน ระหว่างที่ใ้้นพระราชกำหนดนั้นดำเนินอนุมัติและไม่อนุมัติให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

มาตรา 151 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยการ ภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษา ประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดั่งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นความในวรรคก่อน จะต้องนำเสนอต่อรัฐสภาภายในสอง วันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 157 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราช
กฤษฎีกาโดย ไม่ขัดต่อกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช
2495

มาตรา 88 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัย
สาธารณชนหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณชนและเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรให้พ้นแห่งที่
มิได้ ก็ได้ เมื่อกรณีเช่นว่านั้นเกิดขึ้นในระหว่างสภาถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์จะทรงตรา
พระราชกำหนดให้ไว้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมคราวต่อไป ให้เสนอพระราชกำหนดนั้นต่อสภาโดยไม่ชักช้า
ถ้าสภาอนุมัติแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็ให้มีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภาไม่อนุมัติ
พระราชกำหนดนั้นก็ป็นอันตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระทั่งกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่าง
ที่ไว้พระราชกำหนดนั้น

คำอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ

มาตรา 89 ในระหว่างสมัยประชุมถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมาย เกี่ยวด้วยการภาษี
อากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์
ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ไว้บังคับตั้งเช่นพระราช
บัญญัติก็ได้ พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามความในวรรคก่อน จะต้องนำเสนอต่อ
สภาผู้แทนราษฎรภายในสองวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และ
ให้นำบทบัญญัติมาตรา 88 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511)

มาตรา 146 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัย
สาธารณชนหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณชนและไม่สามารถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้พ้น
แห่งที่ก็ดีเมื่อกรณีเช่นว่านั้นเกิดขึ้น ในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์
จะทรงตราพระราชกำหนดให้ไว้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้เสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภา โดยไม่
ชักช้า ถ้ารัฐสภาอนุมัติแล้ว ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป
ถ้ารัฐสภาไม่อนุมัติให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระทั่งกิจการที่
ได้เป็นไปในระหว่างที่ไว้พระราชกำหนดนั้น

คำอนุมัติหรือไม่อนุมัติให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

มาตรา 147 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยว
กับการภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ
เพื่อรักษา ประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ไว้
บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อรัฐสภาภายในสองวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 146 วรรคสองและวรรคสามมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 153 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชกำหนดในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

มาตรา 176 ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในภาวะคับขันถึงขนาดอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปกติอาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาจะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีโดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ มติดังกล่าวรัฐสภาจะมีมติเลิกเสียเมื่อใดก็ได้

หากสถานะสงครามหรือภาวะคับขันดังกล่าวในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่ในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี หรือไม่สามารถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้ทันแห่งที่ก็ดี พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีได้ โดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515

มาตรา 15 เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือป้องปัดภัยสาธารณะ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตรา พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยไม่ชักช้า ถ้าสภานิติบัญญัติแห่งชาติอนุมัติแล้ว ให้พระราชกำหนดมีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่อนุมัติ ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระทั่งถึงกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 16 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2517)

มาตรา 190 ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน ในอันจะรักษาความปลอดภัยของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ

หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้ บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอ พระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภา เพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าสภาผู้แทนไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติ แต่ วุฒิสภาไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่า กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบ กระทั่งกิจการที่ได้เป็น ไปในระหว่างที่ไว้พระราชกำหนดนั้น

ถ้าสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่ อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของ จำนวนสมาชิกทั้งหมดให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาการพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภาและของสภาผู้แทน ราษฎร ในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องทำในโอกาสแรกที่มี การประชุมสภานั้นๆ

มาตรา 191 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยภาษี อากรหรือเงินตรา จึงจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ ของแผ่นดินพระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดั่งเช่นพระราช บัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทน ราษฎรภายในสองวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำ บทบัญญัติมาตรา 190 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2519)

มาตรา 19 เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องมีกฎหมาย เกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตรา พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ ในการตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อสภา บัญญัติรูปการปกครองแผ่นดินโดยไม่ชักช้า ถ้าสภาบัญญัติรูปการปกครองแผ่นดิน อนุมัติแล้ว ให้พระราชกำหนดมีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภาบัญญัติรูปการ

ปกครองแผ่นดินไม่อนุมัติ ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือน
กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดขึ้น

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในกรณีไม่
อนุมัติให้มีผลตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 20 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา
โดยไม่ขัดต่อหมาย

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520

มาตรา 25 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราช
กฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

มาตรา 26 เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความมั่นคงแห่ง
ราชอาณาจักรหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หรือเมื่อมีความจำเป็นต้องมี
กฎหมายเกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตรา นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบ
ของสภานโยบายแห่งชาติ จะกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงตราพระราช
กำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชกำหนดแล้ว ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดต่อ
สภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยไม่ชักช้า ถ้าสภานิติบัญญัติแห่งชาติอนุมัติแล้วให้พระราช
กำหนดมีผลเป็นพระราชบัญญัติต่อไป ถ้าสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่อนุมัติให้พระ
ราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้
พระราชกำหนดนั้น

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
ในกรณีไม่อนุมัติให้มีผลตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2521 ฉบับปัจจุบัน)

มาตรา 157 ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัย
ของประเทศหรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ
หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราช
กำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อ
รัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎร
อนุมัติ แต่วุฒิสภาไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรมิยื่นการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่
มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่
กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

ถ้าวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติ

และสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภาและของสภาผู้แทนราษฎรในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น

มาตรา 158 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์ หรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 157 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 159 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่จัดตั้งกฎหมาย

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับใช้บังคับในปี พ.ศ. 2511 มีหลักการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเสนอรัฐสภาเมื่อมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีในรูปของประกาศพระบรมราชโองการ ซึ่งเป็นการยอมรับมอบอำนาจของรัฐสภาให้ฝ่ายบริหารที่เห็นได้ชัดและไม่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ³⁵ หลักการนี้ ท่านอาจารย์ ดร.สมภพ โทตระกูล ได้วิจารณ์ในขณะที่ยังเป็นร่างรัฐธรรมนูญอยู่ ในการประชุมทางวิชาการของกรมอัยการ ดังนี้

ในปัจจุบันนี้รัฐบาลมีอำนาจที่จะออกกฎหมายได้อยู่แล้ว ดังจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญ ของประเทศไทยได้บัญญัติรับรองเอาไว้ เช่น พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่จัดตั้งกฎหมาย และนอกจากนั้น สภาผู้แทนอาจมอบอำนาจโดยอาศัยตัวพระราชบัญญัติต่างๆ ให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงได้ ซึ่งเป็นการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่แล้ว และนอกจากนั้น ในบางกรณีที่สำคัญ รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดได้อยู่แล้ว คือในกรณีที่สภานิติบัญญัติจะเรียกประชุมสภาไม่ทันท่วงทีและมีเหตุฉุกเฉินมีความจำเป็นต้องรับด่วน ในกรณี

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) มาตรา 176.

เช่นนี้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ
 ได้ หรืออีกกรณีหนึ่งในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับ
 ภาษีอากรหรือเงินตรา จะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วน และลับเพื่อรักษา
 ประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้บังคับดังเช่น
 พระราชบัญญัติก็ได้ แต่ทว่าในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เห็นว่าหลักการเท่าที่มีปรากฏ
 อยู่ในรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ยังไม่เพียงพอ จึงได้บัญญัติหลักการใหม่ขึ้นมาอีกหลักการ
 หนึ่ง คือให้รัฐสภามีอำนาจลงมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทาง
 คณะรัฐมนตรีได้ โดยการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราช
 บัญญัติได้ นี่เป็นหลักการใหม่ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 176... สำหรับ
 หลักการใหม่นี้เป็นเรื่องการให้อำนาจฝ่ายบริหารเพิ่มมากขึ้น ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติ
 เกี่ยวกับการให้อำนาจพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดได้ก็ตาม แต่การตรา
 พระราชกำหนดได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถเรียกสภานิติบัญญัติหรือรัฐสภา
 ประชุมได้ทันทันที และมีเหตุจำเป็นจึงจะตราพระราชกำหนดได้หรือในกรณีที่สภา
 กำลังอยู่ในสมัยประชุม แต่ต้องการจะออกกฎหมายเกี่ยวกับภาษีที่ตราพระราชกำหนด
 ได้ แต่ตามมาตรา 176 ซึ่งเป็นหลักการใหม่ เป็นเรื่องสภานิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารใน
 นามขององค์พระมหากษัตริย์ประกาศพระบรมราชโองการให้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ
 ได้ หมายความว่าในขนาดฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายได้ทุกกรณีไม่ว่าจะมี
 ลักษณะลับขึ้นประการใด สำหรับหลักการนี้ก็ ได้มีผู้แสดงความวิตกกังวลว่า เป็น
 หลักการที่ทางสภานิติบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารมากเกินไป เนืองแต่มีอำนาจ
 ตราพระราชกำหนดก็ถือว่าเป็นการนอเนียงอยู่แล้ว ไม่จำเป็นจะต้องมีบทบัญญัติห้ามอง
 นี้อีก เมื่อเปรียบเทียบกับในต่างประเทศเรื่องการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรา
 กฎหมายนั้น ส่วนมากมักจะบัญญัติในลักษณะที่ให้มีความตราพระราชกำหนดได้
 อย่างเช่นว่า ถ้าหากเป็นระบบของประเทศอังกฤษหรือประเทศในเครือจักรภพของ
 ประเทศอังกฤษจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงได้
 แต่จะต้องนำร่างพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงนั้นมาให้สภาอนุมัติอีกครั้งหนึ่ง
 ก่อน ในบางประเทศรัฐธรรมนูญไม่ให้มีการมอบอำนาจเช่นว่านี้เลย... แต่ไม่มี
 รัฐธรรมนูญประเทศใดที่ยินยอมให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง
 อย่างเช่นในร่างมาตรา 176 เพิ่มเติมจากการมีอำนาจตรากฎหมายพิเศษห้ามอง
 พระราชกำหนด ซึ่งเป็นหลักการใหม่อีกหลักการหนึ่งของร่างรัฐธรรมนูญ³⁶

³⁶ สมภพ โหตระกิตย, "ปาฐกถาเรื่องหลักการใหม่ๆ ในร่างรัฐธรรมนูญ,"
 ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพนายภักดี วิตรัตน์ (นนทบุรี : โรงพิมพ์เจริญ
 ตระการ, 2509), หน้า 26-31.

ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย เห็นว่า ประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัตินี้ไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ เพราะเงื่อนไขตามที่จะมีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติตามมาตรานี้ก็เพื่อเป็นเงื่อนไขที่จะออกพระราชกำหนดได้อยู่แล้ว³⁷

อย่างไรก็ดี ประกาศพระบรมราชโองการตามมาตรา 176 นี้ ไม่เคยได้ออกมาใช้บังคับจนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกไป และรัฐธรรมนูญฉบับหลังๆ ก็มีได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกประกาศพระบรมราชโองการเช่นนี้ได้อีก

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการที่จะออกกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติได้ คือ พระราชกำหนดและประกาศพระบรมราชโองการตามมาตรา 176 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) ซึ่งมีค่าบังคับได้ตั้งเช่นพระราชบัญญัติ และเมื่อเกิดมีกรณีจำเป็นขึ้นแล้วรัฐบาลก็ย่อมขอให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดได้

นอกจากอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายของรัฐสภาและอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารบางประเภทตามรัฐธรรมนูญหลังจากเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้ว รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติก็ยังคงออกกฎหมายที่มีการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารและยอมรับบังคับใช้ข้อบัญญัติเดิมที่มีมาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เช่น กฎเสนาบดีพระนครบาล ว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า พ.ศ. 2463 ออกตามความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 กฎเสนาบดีได้เปลี่ยนมาเรียกว่ากฎกระทรวงภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้วโดยพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีแต่ก่อน พ.ศ. 2475 และสืบเนื่องจากการที่กฎกระทรวงมีปัญหาว่าจะมีการกำหนดโทษได้หรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 288-291/2466) รัฐสภาจึงได้ตัดปัญหาดังกล่าวเพื่อมิให้กฎกระทรวงมีบทกำหนดโทษต่อไปโดยการออกพระราชบัญญัติ

³⁷ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (กรุงเทพฯ : หน้าเสียมการพิมพ์, 2512), หน้า 279.

ว่าด้วยกฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พ.ศ. 2480 ให้ยกเลิกข้อความในกฎหมายที่กำหนดว่าการออกกฎกระทรวงจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตเสียก่อน (มาตรา 3) เพราะฉะนั้น กฎกระทรวง ในเวลานี้จึงออกโดยไม่ต้องอ้างพระบรมราชานุญาต และจะมีบทกำหนดโทษมิได้ เพราะ เป็นกฎหมายซึ่งรองจากพระราชบัญญัติ จึงไม่ควรมีบทบทบัญญัติจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพของบุคคลภายนอกตามระบอบประชาธิปไตย³⁸

ต่อมา ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐสภาได้ออกกฎหมายออก ใช้บังคับเป็นจำนวนมาก นอกจากกฎหมายเฉพาะเรื่องต่างๆแล้ว ยังมีพระราชบัญญัติ ฉบับหนึ่งมอบอำนาจนิติบัญญัติให้รัฐบาลเป็นคราวแรก คือ พระราชบัญญัติมอบอำนาจ ให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 (ลงวันที่ 6 ธันวาคม 2484) ซึ่งได้มีการแก้ไข เพิ่มเติมต่อมาอีกหลายครั้ง (แต่ปัจจุบันได้ถูกยกเลิกแล้ว) ตามมาตรา 3 ของพระราช บัญญัติดังกล่าวให้รัฐบาลมีอำนาจประกาศพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็นกฎหมายเพื่อ ปฏิบัติในภาวะคับขันได้ในกรณีต่างๆ รวม 7 กรณีด้วยกัน เช่น การป้องกันและปราบปรามการจลาจล เป็นต้น การฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกานี้มีความผิดอย่างสูงถึงขั้น ประหารชีวิต พระราชบัญญัตินี้เริ่มออกมามีกำหนดเวลาใช้ไม่เกิน 1 ปี กฎหมายฉบับนี้ ได้รับการวิจารณ์จากนักการเมืองในขณะนั้นว่า เป็นการให้รัฐบาลมีอำนาจเผด็จการ เพราะให้อำนาจรัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็นกฎหมายได้อย่างกว้างขวาง³⁹

ปัญหาในทางกฎหมายในเรื่องนี้เป็นสิ่งที่น่าพิจารณาทันองเดียวกันกับ ที่ได้เกิดขึ้นในต่างประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ต่างประเทศได้เห็น ความจำเป็นที่จะต้องมีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารเพื่อใช้เป็นเครื่องมือใน การบริหารและปกครองประเทศได้รวดเร็วและเต็มที่ในภาวะฉุกเฉิน อำนาจนิติบัญญัติ เป็นอำนาจหน้าที่ของสภานิติบัญญัติ สภานิติบัญญัติจะมอบหมายให้ผู้อื่น(ฝ่ายบริหาร)

³⁸ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 64.

³⁹ อมร จันทรสมบูรณ์, หนังสือกฎหมายไทย, เล่ม ก-ข กษัตริย์-ข้าราชการ (กรุงเทพฯ : มงคลการพิมพ์, 2516), หน้า 15.

เป็นผู้ใช้แทนได้หรือไม่ ในเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดยอมให้สภานิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายแทนได้⁴⁰ นักนิติศาสตร์สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศสในขณะนั้นถือหลักทฤษฎีเคร่งครัด แต่ก็ยังมีความเห็นแตกแยกกัน เป็นสองพวก พวกหนึ่งว่าทำได้ อีกพวกหนึ่งว่าทำไม่ได้ สำหรับประเทศไทยหลักทางทฤษฎีที่มีการโต้เถียงขัดแย้งกันไม่มีปรากฏดังเช่นต่างประเทศ ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ยอมรับการมอบอำนาจนิติบัญญัติอย่างชัดเจน ดังนี้

ในเวลานี้แทบทุกประเทศซึ่งอยู่ในภาวะดิ้นรนได้ประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งไม่ได้ผ่านองค์การนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นกฎหมายซึ่งออกมาโดยอาศัยการมอบอำนาจ... การมอบอำนาจให้ออกกฎหมายดังกล่าวขอแยกได้ดังนี้

(1) การมอบอำนาจให้ออกกฎหมายโดยไม่มีทางสงฆ์ได้ ทั้งนี้ได้แก่การที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายในเวลาฉุกเฉินได้ ดังที่เป็นอยู่ในรัฐธรรมนูญของเรา...

(2) การมอบอำนาจให้ออกกฎหมาย โดยไม่มีทางสงฆ์ได้ ซึ่งได้แก่กฎหมายที่มอบอำนาจให้ไม่ใช้รัฐธรรมนูญ ทางสงฆ์มีดังนี้

(ก) ใครเป็นผู้มีอำนาจตัดสินว่ากฎหมายที่มอบอำนาจเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือไม่มีใครเลย

(ข) ถ้ากฎหมายที่มอบอำนาจเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยกฎหมาย ใครเป็นผู้มีอำนาจตัดสินว่ากฎหมายที่อาศัยการมอบอำนาจนั้น ได้บัญญัติเกินขอบเขตแห่งการมอบอำนาจหรือไม่ หรือไม่มีใครเลย

(ค) ในกรณีที่มีผู้มีอำนาจตัดสินการบัญญัติกฎหมายอย่างไรจึงจะเป็นการเกินขอบเขตแห่งการมอบอำนาจ

ปัญหาข้อ (ก) ดังกล่าวแล้ว นอกจากมีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลหรือองค์กรใดโดยเจาะจงแล้ว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดเป็นผู้ตัดสิน เป็นต้น เราจะต้องถือว่าไม่มีหลักกฎหมายอยู่ในสิ่งที่เราพบเห็น ก็คือทางปฏิบัติของประเทศต่างๆ ซึ่งแตกต่างกัน เช่น ศาลฝรั่งเศสไม่เคยใช้อำนาจวินิจฉัยกฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรว่าถูกต้องหรือไม่...

แต่เราจะต้องยอมรับว่า ในสถานการณ์เช่นนี้ การมอบอำนาจให้ออกกฎหมายเป็นสิ่งหลีกเลี่ยงไม่ได้ และแม้จะไม่มีหลักเกณฑ์สำหรับปัญหาข้อ (ก) แต่ก็พอมี

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65-(พิเศษ-3).

หลักเกณฑ์สำหรับปัญหาข้อ (ง) และ (ด) อยู่บ้างเพราะกฎหมายที่มอบอำนาจให้ออกกฎหมายอีกต่อหนึ่งมักจะกำหนดขอบเขตไว้ในกฎหมายที่มอบกำหนดนั่นเอง ซึ่งในกรณีเช่นนี้ ถ้าเป็นคดีเกิดขึ้นศาลยุติธรรมก็ย่อมจะมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกโดยอาศัยการ มอบอำนาจนั้น ได้ออกเกินขอบเขตหรือไม่ เพราะโดยการที่กำหนดขอบเขตนั้นเองแสดงว่าเป็นการยอมรับมอบอำนาจ ให้อำนาจที่วินิจฉัยปัญหานั้นได้และปัญหาที่ว่าเกินขอบเขตหรือไม่เป็นปัญหา การตีความกฎหมายที่เป็นแม่บทซึ่งในกรณีที่เป็นคดี ศาลยุติธรรมย่อมตีความ เช่นเดียวกับการตีความปัญหากฎหมายทั้งหลาย⁴¹

จากวิวัฒนาการมอบอำนาจในการ ออกกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ปกครองของไทยได้มีมาตั้งแต่สมัยปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนถึงระบอบประชาธิปไตยที่มีรัฐสภาเป็นองค์กรนิติบัญญัติ ก็ยังคงมีการตรากฎหมาย ที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ปกครอง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของไทยเองก็มีบทบัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายบริหาร ออกกฎหมาย ได้ในบางกรณีมาตั้งแต่เริ่มแรก ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้ทำการปฏิวัติเปลี่ยนแปลง การปกครองและผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เคยศึกษาจากต่างประเทศ จึงได้ลอกเลียน รัฐธรรมนูญมาจากต่างประเทศโดยเฉพาะฝรั่งเศสอย่างไรก็ดี ศาลยุติธรรมก็ยอมรับ บังคับใช้อนุบัญญัติต่างๆ โดยยังไม่เคยมีกรณีที่ศาลยุติธรรมของไทยพิจารณาวินิจฉัยคดี ถึงปัญหาว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองทำได้หรือไม่ ดังเช่นที่ศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาวินิจฉัยก่อกันในปัญหานี้ อย่างมาก

⁴¹ หยุต แสงอุทัย, "การร่างกฎหมาย," ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์หยุต แสงอุทัย (กรุงเทพฯ : บัณฑิตการพิมพ์, 2523) หน้า 132-133.

หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติ

เมื่อกล่าวถึงอำนาจนิติบัญญัติ มักเข้าใจกันว่าเป็นอำนาจหนึ่งในสามของอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยในลัทธิประชาธิปไตยเป็นทฤษฎีที่ถือกำเนิดมาจากแนวความคิดของนักปรัชญาทางการเมืองที่ต้องการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กับทั้งต้องการให้ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพของตน จึงได้ค้นคิดและพัฒนาปรัชญาทางการเมืองขึ้นมาในลักษณะต่าง ๆ แนวความคิดของนักปรัชญาทั้งหลายจึงเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของนักปรัชญาดังกล่าวได้กลายมาเป็นปัญหาการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารในปัจจุบัน กล่าวคือ เหตุการณ์ที่ทำให้รัฐต้องเปลี่ยนแปลงจากยุคต่างๆ จากยุครัฐเสรีนิยม (laissez-faire) มาสู่ยุครัฐสวัสดิการสังคม (welfare state) เป็นผลให้การปิดทฤษฎีของนักปรัชญาทางการเมืองเดิมต้องขัดข้อง แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจกับทางปฏิบัติตามหลักดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น เพื่อความเข้าใจในการมอบอำนาจนิติบัญญัติในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องรู้แนวความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจของนักปรัชญาการเมืองในอดีตโดยสังเขป แล้วจึงนำไปสู่ความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจในปัจจุบันกับความหมายของการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจกับความเข้าใจในปัจจุบัน

1.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

อำนาจอธิปไตยนั้น ในทางกฎหมายมหาชนถือกันว่าเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศและถือกันว่าเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของรัฐ แต่เดิมอำนาจอธิปไตยไม่ได้มีลักษณะเป็นอำนาจสูงสุดที่ประชาชนของรัฐให้ความเคารพอย่างสม่ำเสมอหรือเป็นอำนาจสูงสุดที่มีพื้นฐานมาจากสัญญาประชาคม อำนาจดังกล่าวถูกเทียบเคียงกับอำนาจในการแสดงเจตนาารมณ์ (Will) ของพระเจ้า ซึ่งวัดทางคริสต์ศาสนาอ้างว่าได้รับมอบมาจากพระเจ้า โดยที่มีการยอมรับนับถือว่าวัดหรือศาสนจักร

มีสภาพบุคคล⁴² ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอำนาจอธิปไตยของพระเจ้านี้ ภายหลังจากปรัชญาเมธีได้นำมาอ้างเป็นทฤษฎีในการวางรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอำนาจอธิปไตยของพระสันตปาปา เมื่อทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอำนาจอธิปไตยของพระสันตปาปาเสื่อมความนิยมลง ก็ได้เกิดทฤษฎีว่าด้วยความเป็นอำนาจอธิปไตยของกษัตริย์ โดยถือว่ากษัตริย์ได้รับอำนาจอธิปไตยทั้งปวงจากพระเจ้าโดยตรง กษัตริย์จึงเป็นรัฐอธิปไตย(Sovereign) หรือผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุดในรัฐ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่นักปราชญ์ฝ่ายกษัตริย์ได้คิดค้นเพื่อเป็นรากฐานในการอ้างความชอบธรรมของการที่จะให้กษัตริย์มีอำนาจอธิปไตยมากขึ้น นักปราชญ์ที่มีบทบาทสำคัญในการเผยแพร่ทฤษฎีนี้ คือ ฌอง โบแตง ซึ่งเป็นนักปราชญ์ฝ่ายกษัตริย์ ได้คิดค้นทฤษฎีนี้เพื่อลดอำนาจอธิปไตยของสันตปาปาและขีดอำนาจอธิปไตยของกษัตริย์แทนที่ ทฤษฎีนี้เดิมรู้จักกันว่า "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของกษัตริย์" แต่โบแตงกลับเรียกใหม่ว่า "ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย" (Theory of Sovereignty) โบแตงจึงเป็นบุคคลที่ใช้คำว่า "อำนาจอธิปไตย" ในความหมายทางการเมืองดังที่เข้าใจในปัจจุบัน⁴³ โบแตงได้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญชื่อ "วรรณกรรม 6 เล่ม ว่าด้วยรัฐ" (Six Books Concerning the State) ซึ่งอธิบายทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยไว้อย่างละเอียดชัดเจน กล่าวคือ อำนาจอธิปไตย คืออำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศเป็นของรัฐผู้มีใจของราษฎร ผู้ใช้อำนาจดังกล่าวจึงควรเป็นกษัตริย์เพราะเป็นประมุขของรัฐ ฯลฯ⁴⁴

⁴² รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร : บริษัทประสาธน์จำกัด, 2527), หน้า 46.

⁴³ ชัญชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," เอกสารประกอบการอภิปรายสัมมนาเรื่องหลักกฎหมายปกครอง เสนอที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 23-24 กรกฎาคม 2528, หน้า 51-52.

⁴⁴ วิชฌู เจริญงาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), 1: 79-80.

บุคคลต่อมาที่สนับสนุนทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ คือ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) และจอห์น ล็อก (John Locke) นักปรัชญาการเมืองชาวอังกฤษในสมัยกลางซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดทฤษฎีสัญญาประชาคม แต่ต่างแนวความคิดกัน ฮอบส์ถือว่าสัญญาประชาคมเกิดจากการที่มนุษย์ยอมสละสิทธิตามธรรมชาติทั้งปวงให้กับกษัตริย์ผู้เป็นประมุขซึ่งทรงมีอำนาจเด็ดขาด ส่วนล็อกถือว่าสัญญาประชาคม ก็คือการที่มนุษย์ตกลงกันว่าจะรักษาสิทธิตามธรรมชาติของตนไว้ด้วยการก่อตั้งรัฐบาลแบบรัฐสภาที่มีอำนาจจำกัดและรับผิดชอบต่อประชาชน ฮอบส์ได้เขียนทฤษฎีนี้ในสมัยก่อตั้งราชวงศ์สจวร์ตในประเทศอังกฤษ (ค.ศ. 1660) โดยประสงค์จะให้กษัตริย์มีพระราชอำนาจอย่างแท้จริง ส่วนล็อกนั้นได้เสนอทฤษฎีสัญญาประชาคมในสมัยการปฏิวัติที่เรียกว่า Glorious Revolution ในปี ค.ศ. 1688 ซึ่งจากการปฏิวัตินี้ได้ทำให้รัฐสภามีอำนาจสูงสุด⁴⁵ ทฤษฎีของล็อกมีอิทธิพลต่อการปฏิวัติในอเมริกาและในฝรั่งเศสเป็นอย่างมากในเวลาต่อมา⁴⁶

ตามความคิดของล็อก รัฐก็กำเนิดจากการที่มนุษย์พิจารณาด้วยเหตุผลแล้วเห็นว่า การอยู่ร่วมกันในสังคมการเมืองเป็นวิธีที่ดีที่สุดที่จะปกป้องชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของตน จึงละทิ้งสภาวะธรรมชาติและสร้างระบบสังคมการเมืองขึ้น คือเป็นสังคมที่อำนาจในการออกกฎหมายตัดสินความเป็นธรรมและลงโทษผู้กระทำผิดเป็นอำนาจส่วนกลาง อำนาจส่วนกลางนี้เป็นผลมาจากการที่บุคคลแต่ละคนสละอำนาจที่ตนมีตามธรรมชาติมอบให้กับชุมชนหรือสาธารณชนเป็นผู้ใช้อำนาจนี้แทนในฐานะเป็นรัฐบาลข้อตกลงดังกล่าวนี้ ล็อกเรียกว่า บรูมสัญญา (original compact) หรือเป็นที่รู้จักกันต่อมาว่า สัญญาประชาคม (social contract)⁴⁷ ในการจัดตั้งสังคมและรัฐบาลนี้

⁴⁵ จริญญา สุภาพ, หลักรัฐศาสตร์ ฉบับมีชีวิต แนวทฤษฎีและประยุกต์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชจำกัด, 2518), หน้า 190.

⁴⁶ รองพล เจริญพันธ์, นิติปรัชญา, หน้า 53.

⁴⁷ อุกฤษฏ์ แพบัญญ์, เอกสารการสอนชุดวิชาปรัชญาการเมือง หน่วยที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), : 319-320.

ลอร์ดเห็นว่า เป็นสองกรรมสองวาระ กรรมแรกคือ เมื่อมนุษย์สมัครใจยินยอมจะรวมกัน เป็นประชาคมเดียวกัน และกรรมที่สองฝ่ายข้างมากในสังคมตกลงยกอำนาจสูงสุดให้แก่องค์กรหนึ่ง (ในสามองค์กร) คือสภานิติบัญญัติ ปรัชญาของลอร์ดส่วนใหญ่ได้สนับสนุนความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติเสมอ⁴⁸

อิทธิพลของทฤษฎีต่างๆของลอร์ดได้ขยายออกไปยังฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ประเทศทั้งสองได้มีการปฏิวัติครั้งใหญ่ในประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะหลักปรัชญาที่เกี่ยวกับการทำลายล้างสิทธิเสรีภาพไม่ได้ แต่การจะกล่าวว่า ลอร์ดเป็นอิทธิพลสำคัญในการปฏิวัติของสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสนั้นไม่ชอบนัก เพราะมีหลักปรัชญาอื่น ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการปฏิวัตินี้ดังกล่าวคือ ทฤษฎีของรุสโซ

ฌอง ฌาคส์ รุสโซ เป็นนักปรัชญาชาวสวิส ให้ความสำคัญเห็นของนักปรัชญาทั้งสองคน คือ Hobbes และ Locke มาอธิบายไว้ใหม่ในหนังสือ "Le Contract Social" อันเป็นวรรณกรรมที่สำคัญที่สุดของรุสโซ ซึ่งรุสโซกล่าวว่า รัฐเกิดจากการที่มนุษย์หลายคนมาอยู่รวมกันเป็นหมู่เหล่าจนเกิดเป็นสังคมขึ้น มนุษย์ได้ทำสัญญาหรือก่อพันธะผูกพันกันโดยชัดเจนหรือปริยายว่าจะโอนอำนาจอธิปไตยที่ตนมีอยู่ให้แก่สังคม สัญญาดังกล่าวคือ "สัญญาประชาคม"⁴⁹ ในหนังสือ Le Contract Social รุสโซได้บรรยายไว้ว่า

การที่ผู้ร่วมสัญญาแต่ละคนมอบตัวให้แก่ผู้ร่วมสัญญาทั้งหมดย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นการมอบตัวให้แก่ผู้ร่วมสัญญาคนหนึ่งคนใดโดยเฉพาะ และโดยที่ไม่มีผู้ใดจะได้จากผู้อื่นซึ่งสิทธิอย่างเดียวกันที่ตนสละไปจึงจัดว่าไม่มีใครใดใครเสีย จนเข็ดขานกันกลับจะทำให้มีพลังขึ้น สำหรับจะรักษาสิ่งที่ตนมีอยู่

กล่าวโดยสรุป รุสโซเห็นว่า การที่มนุษย์ยังคงความเป็นอิสระทั้งที่มนุษย์ยอมสละสิทธิที่มีอยู่ทั้งสิ้นโดยปราศจากเงื่อนไขใดๆให้กับองค์อธิปัตย์ เนื่องจากว่า

⁴⁸ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, ทฤษฎีการเมืองและสังคม (กรุงเทพฯ : บพิธการพิมพ์, 2524), หน้า 146.

⁴⁹ ชาญรัช แสนศักดิ์, ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน, หน้า 78.

องค์อธิปัตย์ประกอบด้วยสมาชิกทั้งบางของประชาคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์อธิปัตย์ ก็คือประชาชนทั้งหมดรวมกันนั่นเอง ดังนั้น องค์อธิปัตย์จึงไม่อาจมีผลประโยชน์ตรงข้ามหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์ของประชาคมได้ ประชาชนแต่ละคนต่างก็มีส่วนประกอบเป็นองค์อธิปัตย์ ดังนั้น ย่อมเป็นไปได้ที่องค์อธิปัตย์จะแสดงเจตนาขององค์อธิปัตย์ จะชอบธรรมหรือถูกต้องก็ต่อเมื่อเป็น "เจตจำนงร่วม" (general will)⁵⁰

ในความคิดของรุสโซ เจตจำนงทั่วไปนี้อันที่จริงแล้วก็คือ "ประโยชน์ร่วมกัน" (le bien commun) รุสโซกล่าวว่า "ตราบที่มนุษย์ทั้งหมดที่มารวมกัน เห็นว่าหากตนคือองค์คณะหนึ่งเดียวกัน มนุษย์เหล่านี้ก็มีแต่เจตจำนงหนึ่งเดียวกัน ที่เกี่ยวข้องกับภารกิจชีวิตร่วมกันและความสุขของส่วนรวม (สัญญาประชาคม, ตอนที่ 4 บทที่หนึ่ง) นอกจากนี้ รุสโซยังได้นำเอาเจตจำนงทั่วไปมาปรับเข้ากับหลักการปกครองประชาธิปไตยอยู่หลายตอนดังจะเห็นได้จากความเชื่อของรุสโซที่ว่า เจตจำนงทั่วไปหรืออำนาจอธิปไตยนั้น เป็นของประชาชนในฐานะเป็นองค์การรวมกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของบางชนอย่างแน่นอน⁵¹ แต่รุสโซ เห็นว่า อำนาจอธิปไตยนี้มีผู้แทนในการปกครองคือรัฐบาล รัฐบาลในที่นี้ของรุสโซ นั้นมีฐานะเป็นเพียงคณะกรรมการ (committee) ของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ซึ่งหมายความว่าทำอะไรได้ตามแต่ประชาชนจะเห็นสมควรมอบหมายให้⁵² ส่วนระบอบรัฐบาลนั้น รุสโซไม่ห้ามการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีผู้แทนราษฎร หรือรัฐบาลโดยรัฐสภา รุสโซนิยมในการประชาธิปไตยโดยตรง

⁵⁰ วีระ โลจายะ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), 2 : 473-474.

⁵¹ เลอซาตี วงศ์โกมลเสษฐ์, ทฤษฎีการเมืองและสังคม, หน้า 164.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

รุสโซได้ชี้แนวทางไว้ในวรรณกรรมเรื่อง *Le Contrat Social* โดยมุ่งหมายให้ถือคำว่าเจตจำนงทั่วไปแทนคำว่า อธิปไตย หรืออำนาจอธิปไตยก็คือเจตจำนงทั่วไปของรัฐ และได้ชี้ให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของบางชน โดยกล่าวไว้ในบทที่ 1 ของหมวดที่ 3 ว่า "อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจศักดิ์สิทธิ์ซึ่งมีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกคน สมมุติว่าในรัฐหนึ่งมีประชาชน 10,000 คน ... ประชาชนแต่ละคนในรัฐนั้นย่อมมีส่วนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย 1 ใน 10,000 ส่วน" โดยบุคคลแต่ละคนในรัฐหนึ่งมีฐานะเป็นทั้งราษฎรที่ต้องอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐนั้น และเป็นทั้งเจ้าของส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยนั้น⁵³

ตามทฤษฎีของรุสโซ คุณลักษณะของอำนาจอธิปไตยก็คือ คุณลักษณะที่มาจากการกำเนิดของสัญญาและนิยามขององค์อธิปัตย์ องค์อธิปัตย์ที่จัดตั้งขึ้นโดยสัญญาประชาคมก็คือองค์คณะประชาชน ซึ่งกำหนดเจตจำนงทั่วไปขึ้นโดยทางกฎหมาย "เจตจำนงขององค์อธิปัตย์ก็คือ ตัวองค์อธิปัตย์นั่นเอง" อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจขององค์คณะการเมืองที่มีต่อสมาชิกทั้งหมดของเขากับเจตจำนงทั่วไปคือสิ่งเดียวกัน คุณลักษณะของอำนาจอธิปไตย ก็คือคุณลักษณะของเจตจำนงนั่นเอง กล่าวคือ ไม่อาจจะมอบหรือโอนให้กันได้ แบ่งแยกไม่ได้ ไม่อาจฉีกขาดได้ และประการสุดท้ายเด็ดขาด⁵⁴

ทฤษฎีดังกล่าวของรุสโซได้มีอิทธิพลต่อความคิดทางการเมืองของฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกาในสมัยนั้นมาก แต่ต่อมาได้มีนักปฏิวัติและนักการเมืองของฝรั่งเศสชื่อ ซิเออเยส (Sieyès) ได้นำเอาทฤษฎีดังกล่าวของรุสโซมาปรับปรุงแต่งเสียใหม่เป็นทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติในหนังสือเรื่อง "Qu' est-ce que le Tiers-Etat?" ทฤษฎีของซิเออเยส ถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ มาตรา 3 แห่งปฏิญญาสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 ก็ยืนยันหลักการนี้โดยประกาศว่า "อำนาจอธิปไตยอยู่ที่ชาติ คณะบุคคลและบุคคลจะใช้อำนาจนี้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบหมายจากชาติ" ตามทฤษฎีนี้เอง

⁵³ ชาญชัย แสวงศักดิ์, ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน, หน้า 79.

⁵⁴ พงศ์เมธี ตฤณตาภิ, เอกสารการสอนระดับปริญญาการเมือง หน่วยที่ 8 (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), 2 : 374.

อธิปไตยต่อชาติ ราษฎรแต่ละคนไม่ได้เป็นเจ้าของส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย ราษฎรเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนี้ก็แต่ในฐานะที่เป็นสมาชิกของชาติเท่านั้น ผลของทฤษฎีนี้ก็คือ การออกเสียงเลือกตั้งไม่ได้เป็นสิทธิดั้งเดิมของราษฎรแต่ละคนที่ใครจะมากอดถอนไม่ได้ แต่กลายเป็นหน้าที่ที่ชาติมอบหมายให้ราษฎรไปปฏิบัติ เมื่อการออกเสียงเลือกตั้งได้กลายเป็นเรื่องของหน้าที่ การกำหนดคุณสมบัติพิเศษของผู้ออกเสียงเลือกตั้งก็ย่อมกระทำได้⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์อองเดร โอริยู แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส กล่าวว่า ทฤษฎีทั้งสองนี้ในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการผสมผสานทฤษฎีทั้งสองเข้าด้วยกัน ดังปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1946 และฉบับปี ค.ศ. 1958 โดยระบุไว้ในมาตรา 3 ว่า อำนาจอธิปไตยของชาติเป็นของประชาชนฝรั่งเศส⁵⁶

จากทฤษฎีดังกล่าวที่กำหนดให้ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ดี หรือให้ชาติเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ดี มีผลทำให้เกิดการจัดรูปการปกครองต่างๆ กัน กล่าวคือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนสนับสนุนให้ประชาชนเป็นผู้ให้อำนาจอธิปไตยมากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ แต่ก็ถือตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ จะต้องสมมุติให้ชาติเป็นนิติบุคคลเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนมีหน้าที่เลือกผู้แทนเมื่อเข้าไปใช้อำนาจอธิปไตยแทนชาติเท่านั้น⁵⁷

ทฤษฎีของรูสโซมีอิทธิพลมากในแง่ของการประทับความรู้สึกนึกคิดของคนร่วมสมัยและพลสะท้อนในศตวรรษต่อมา ดังเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญของ

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 370.

⁵⁶ สาณูชัย แสงวงศ์, ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน, หน้า 81-82.

⁵⁷ สมภพ โหตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 2) (พระนคร : หน้าเขียนการพิมพ์, 2512), 2 : 27.

นานาชาติทั่วโลกต่างยอมรับในทฤษฎีดังกล่าว⁵⁸ ความสำเร็จของทฤษฎีต่างๆ ของรุสโซ่เกิดขึ้นก็เนื่องจากว่า สังคมยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสังคมฝรั่งเศสในขณะนั้น กำลังต้องการอยู่ ก่อนหน้าการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 บรรดาผู้ดั่งแก่เรียนทั้งหลายต่างหยิบยก "สัญญาประชาคม" ขึ้นมาถกเถียงกัน กล่าวได้ว่า การปฏิวัติ ปี ค.ศ. 1789 ได้รับอิทธิพลทั้งทางตรงและโดยอ้อมจากความคิดมูลฐานที่สำคัญแห่ง "สัญญาประชาคม" ซึ่งได้เข้าไปแทรกซึมอยู่ในความรู้สึกนึกคิดของมหาชนผู้มีการศึกษาและแพร่หลายออกไป สงครามอเมริกาเหนือและการถือกำเนิดของสหรัฐอเมริกาที่มีส่วนช่วยเป็นอย่างมากในการแทรกซึม⁵⁹

สำหรับประเทศไทยได้รับอิทธิพลของทฤษฎีของรุสโซ่มากเช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบันบัญญัติเรื่องเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในมาตรา 3 ว่า "อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย ..." หมายความว่าคนไทยทุกคนในฐานะที่เป็นส่วนรวมต่างเป็นที่มาของอำนาจอธิปไตย ส่วนที่บัญญัติต่อไปว่า "พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้" นั้น เป็นการกำหนดให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และทรงใช้อำนาจนี้ทางองค์กรต่างๆ กัน ประชาชนอาจควบคุมองค์กรเหล่านั้น ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามความเป็นจริงได้โดยไม่ต้องมีการควบคุมพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยตามแบบวิธี ทั้งนี้เพื่อเป็นการถวายพระเกียรติยศแด่องค์พระมหากษัตริย์⁶⁰

⁵⁸ รัชฎู เจริญงาม และบรรศักดิ์ อุวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, หน้า 53.

⁵⁹ ฆงต์เช็ญ สกุนตากับ, เอกสารการสอนชุดวิชาปรัชญาการเมือง หน่วยที่ 8, หน้า 382-383.

⁶⁰ รัชฎู เจริญงาม และบรรศักดิ์ อุวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, หน้า 54-55.

1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจได้มีปรากฏอยู่แล้วในหนังสือของนักปรัชญาเมธีจริงโบราณหลายท่าน เช่น Aristotle, Bodin, Pufendorf และ Locke แต่นักปราชญ์เหล่านี้ไม่ได้วางหลักและเหตุผลก็ไม่สู้ชัดเจนนัก นักปราชญ์ที่เรียบเรียงเรื่องนี้ไว้ได้ดีและมีสำนวนโวหารที่ดีก็มีความชัดเจนกว่าของนักปราชญ์คนอื่น ๆ คือ มองเตสกีเออ ชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้เดินทางไปที่ยุโรปและศึกษาการเมืองอยู่ที่อังกฤษนานถึงปีครึ่ง และได้เรียบเรียงวรรณกรรมสำคัญเล่มหนึ่ง คือ "เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L'Esprit des lois)"

ในหนังสือ L'Esprit des lois ของมองเตสกีเออได้เขียนขึ้นเพื่อสนับสนุนหลักการปกครองตามรัฐธรรมนูญอังกฤษ บรรย 11 หมวด 6 ของหนังสือดังกล่าวได้วางหลักวิธีดำเนินการปกครองประเทศไว้ และได้แสดงให้เห็นถึงภัยของการรวมอำนาจไว้ในแห่งเดียวกันด้วย โดยได้กล่าวว่า

ในทุกรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน และอำนาจปฏิบัติการซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแห่งอำนาจประการแรก คือ อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาลและอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายซึ่งมีอยู่แล้วอำนาจประการที่สองคืออำนาจในการรักษาความสงบสุขหรือทำสงคราม ส่งเอกอัครราชทูตไปประจำอยู่ต่างประเทศหรือยอมรับเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศ รักษาความมั่นคงภายในและป้องกันการรุกรานจากภายนอก อำนาจประการที่สาม คือ อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน อำนาจประการที่สามนี้เรียกว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนอำนาจประการที่สองนั้นเรียกว่า อำนาจบริหารของรัฐ

เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียวหรือองค์กรของเจ้าหน้าที่เดียวกัน อิสรภาพย่อมไม่อาจหลงเหลืออยู่ได้เลย เพราะเราอาจฉวยโอกาสเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างทรราชก็ได้

ทุกสิ่งทุกอย่างจะสูญสิ้นไปหมดถ้าหากบุคคลคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสามอย่าง กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมติมหาชน และอำนาจในการพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดทางอาญา หรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน

นอกจากนี้ มองเตสกีเออียังกล่าวอีกด้วยว่า "... บุคคลใดก็ตามซึ่งมีอำนาจ มักจะใช้อำนาจนั้นเกินเลยอยู่เสมอ และจะใช้อำนาจนั้นจนกว่าจะถึงขีดจำกัดเท่าที่ตนจะใช้อำนาจนั้นได้ ... แม้แต่คุณธรรมเองก็ยังมีขีดจำกัด ... ดังนั้น เมื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงต้องทำให้อำนาจหยุดยั้งอำนาจตามวิถีทางของมันเอง"⁶¹

การแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้ มองเตสกีเออได้เขียนขึ้นตามที่ได้วิเคราะห์ดูใน รัฐธรรมนูญอังกฤษสมัยนั้น ซึ่งในเวลานั้นฝรั่งเศสยังมิมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย เพราะการปกครองเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ในอังกฤษครั้งนั้น มองเตสกีเออ เห็นว่าได้มีการแบ่งแยกอำนาจแล้ว คือ อำนาจอธิปไตยอยู่กับสภาขุนนาง และ สภาสามัญ ราชบัลลังก์มีแต่เพียงสิทธิยับยั้งกฎหมาย อีกประการหนึ่ง การใช้วิธีลูกขุน ทั้งในทางแพ่งและทางอาญานั้น ทำให้ฝ่ายตุลาการได้รับความเป็นอิสระบ้างเหมือนกัน⁶²

ความเข้าใจตามความคิดของมองเตสกีเออดังกล่าวปรากฏอยู่ใน รัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก คือ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 ซึ่งจัดตั้ง ระบบการเมืองแบบที่มีการแบ่งแยกอำนาจกันอย่างเด็ดขาดโดยเฉพาะในระหว่างฝ่าย บริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเท่ากับว่าความคิดของมองเตสกีเออตามความเข้าใจหรือ การตีความของผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา นั้น ได้มีอิทธิพลต่อการจัดตั้งระบบ การเมืองแบบที่เรียกว่า "ระบบประธานาธิบดี" ขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกในโลก⁶³

1.3 ความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจในปัจจุบัน

หลักการแบ่งแยกอำนาจได้ถูกโต้แย้งตั้งแต่สมัยแรกๆ โดยนักเขียนมีชื่อ

⁶¹ ชาลส์ ฮิวสัน, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน" วารสารกฎหมายปกครอง 4 (ธันวาคม 2528) : 545-546.

⁶² ไบโรจน์ ฮันนาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493), 1 : 231-232.

⁶³ ชาลส์ ฮิวสัน, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," หน้า 547-548.

ในระบอบนี้เอง คือ รุสโซ ในหนังสือ Le Contrat Social (1962) รุสโซมีความเห็นว่า อธิปไตยอยู่กับชาติหรือหน่วยของชุมชนซึ่งประกอบด้วยประชาชนทั้งหมด อธิปไตยนี้ไม่สามารถแบ่งแยกได้ อธิปไตยจึงต้องเป็นอำนาจเพียงอำนาจเดียวโดยไม่แบ่งแยก การเลือกตั้งผู้แทนที่ดี หรือการมีคณะรัฐบาลที่ดี เป็นแต่เพียงเครื่องมือของการใช้อำนาจอธิปไตยเท่านั้น สมาชิกผู้แทนต้องปฏิบัติตามประสงค์ของประชาชน ผู้เลือกตั้งและรัฐบาลจะเป็นผู้ดำเนินการ

อธิปไตยตามความเข้าใจของรุสโซไม่สามารถโอนได้และไม่สามารถแบ่งแยกได้ การเลือกตั้งผู้แทนมิใช่เป็นการมอบอำนาจของประชาชนให้แก่ผู้แทน และการที่ต้องมีคณะรัฐบาลมาปฏิบัติภารกิจ มิใช่เป็นการแบ่งแยกอำนาจ⁶⁴

นอกจากรุสโซจะได้โต้แย้งหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความคิดของมองเตสกีเออแล้ว นักกฎหมายในยุคนั้นหลายประเทศได้โต้แย้งวิจารณ์และตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออด้วย

ศาสตราจารย์การ์เนอรัได้กล่าวสรุปว่า การแบ่งแยกอำนาจของอังกฤษตามความคิดของมองเตสกีเออนั้น ไม่เคยมีอยู่ในประเทศอังกฤษ และก็ไม่ใช่การสมมติที่จะให้มีการแบ่งแยกอำนาจในทำนองนั้นด้วย เพราะเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่า เรื่องใดเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจใด และการพยายามที่จะแบ่งแยกลักษณะของอำนาจยังเป็นสิ่งที่ไม่มียุทธวิธีแต่อย่างใด⁶⁵ เราควรยอมรับว่าในบางกรณี การปกครองแบบรัฐสมัยใหม่จำเป็นต้องใช้อำนาจทั้งสามประกอบกัน ซึ่งเป็นเรื่องเฉพาะมากกว่าเรื่องของการแบ่งแยกอำนาจ⁶⁶ ในเรื่องนี้ Sir Carleton Allen ได้กล่าวทำนองสนับสนุนข้อเท็จจริงดังกล่าวว่าเป็นความเข้าใจผิดของมองเตสกีเออเกี่ยวกับลักษณะ

⁶⁴ อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด บ.สัมพันธ์พาณิชย์, 2527), หน้า 70-71.

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

⁶⁶ J.E.Garner, Administrative Law, 4th ed. (London: Butterworths, 1974), p. 14.

ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญอังกฤษ⁶⁷ นอกจากนี้ ยังได้มีความเห็นเกี่ยวกับการนำหลักนี้ไปใช้ในสหรัฐก็ไม่อาจใช้การได้⁶⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับปัญหาที่ศาลสูงสุดจะพิจารณาพสมพสาหรระหว่างความต้องการของการตรากฎหมายโดยได้รับมอบอำนาจกับทฤษฎีที่ห้ามมิให้องค์กรอื่นนอกจากองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศส ปีแยร์ กอตต์ (Pierre Cot) นักการเมืองฝรั่งเศส ได้กล่าวว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจตามความคิดของมองเตสกีเออนั้น เป็นสิ่งล้าสมัยไปเสียแล้ว เพราะเป็นหลักการที่มองเตสกีเออนำมาเผยแพร่ในสมัยนั้น เพื่อที่จะได้ใช้เป็นเหตุในการลดอำนาจของกษัตริย์ในสมัยนั้นให้น้อยลง โดยตัดอำนาจในการออกกฎหมายของกษัตริย์ออกไป และให้กษัตริย์เหลืออยู่แต่เพียงอำนาจบริหาร คืออำนาจปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น แต่ในปัจจุบันนี้ บทบาทของหลักการแบ่งแยกอำนาจได้หมดสิ้นแล้ว⁶⁹ นอกจากนี้ Léon Duguit นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของฝรั่งเศสก็ได้โจมตีหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดเช่นกันว่า เป็นทฤษฎีที่ไม่มีความจริง ชัดต่อข้อเท็จจริงที่สังเกตได้ทางวิชาการและตั้งอยู่บนทฤษฎีที่ผิดพลาด เขาเห็นว่าการแยกข้อแตกต่างระหว่างการกระทำอันเป็นเจตนาารมณ์ของรัฐกับการทำให้การกระทำดังกล่าวบังเกิดผลนั้นเป็นเรื่องที่เข้าใจผิด หน้าที่ต่างๆของรัฐจะต้องมีการกระทำแห่งเจตนาและการบังคับให้เกิดผล และเป็นสิ่งจำเป็นที่แสดงถึงความเป็นบุคคลของรัฐ (personality of the state) ดังนั้น หน้าที่ต่างๆของรัฐจะต้องมีการใช้โดยร่วมมือกันระหว่างองค์กร

⁶⁷ Allen, Law and Order, p. 10.

⁶⁸ Bernard Schwartz, An Introduction to American Administrative Law (New York : Oceana Publications, Inc., 1958), p. 30.

⁶⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," หน้า 549.

ต่างๆของรัฐเป็นสิ่งจำเป็น เพราะว่าองค์กรเหล่านี้เป็นส่วนสำคัญของสภาพบุคคล⁷⁰

นักนิติศาสตร์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้โจมตีหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วยเช่นเดียวกัน เช่น Woodrow Wilson, Herbert Croly และ Frank Goodnow ได้โจมตีการแบ่งแยกอำนาจชนิดเด็ดขาด (pure doctrine) ว่าไม่มีเหตุผลในทางวิชาการและในทางปฏิบัติย่อมไม่ทำให้บังเกิดผลได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประสบการณ์ขององค์กรอิสระ (regulatory commissions) ซึ่งตั้งขึ้นในช่วง New Deal ได้ถูกโจมตีว่าเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ในปี ค.ศ. 1938 James M. Landis โต้แย้งข้อกล่าวหาต่างๆเกี่ยวกับกระบวนการทางปกครอง (administrative process) โดยเห็นว่า กรณีเป็นความไม่สามารถของระบบการแบ่งแยกอำนาจรัฐบาลเป็น 3 ประการที่จะเข้ามาเกี่ยวพันกับปัญหาของสังคมอุตสาหกรรม รูปแบบคณะกรรมการอิสระเป็นองค์กรสมัยอุตสาหกรรมที่ตั้งขึ้นเพื่อสนองความต้องการของสังคมอุตสาหกรรมที่การแบ่งแยกอำนาจแบบล้าสมัยของมองเตสกีเออ ได้ประสบความล้มเหลว⁷¹

ความเข้าใจหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เป็นปัญหาหากกึ่งกันนี้ อาจเป็นเพราะการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดตามความเข้าใจเดิมนั้น ได้ก่อให้เกิดความยุ่งยากในทางการปกครองประเทศ ทำให้การปฏิบัติราชการซ้อนและสับสนกัน⁷² และได้กลายเป็นอุปสรรคต่อการปกครองประเทศ โดยเฉพาะเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) ที่จะต้องได้รับอำนาจจากรัฐสภา(ฝ่ายนิติบัญญัติ) อะไรจะเกิดขึ้น ถ้าหากสถาบันทั้งสองแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด⁷³ ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการวิเคราะห์ต่อมาว่ามองเตสกีเออมิได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด

⁷⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์านต์, "หลักรัฐธรรมนูญนิยมและการแบ่งแยกอำนาจ," วารสารกฎหมายปกครอง 2 (สิงหาคม 2526) : 37.

⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

⁷² สมภพ โทตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 2), หน้า 57.

⁷³ แจ็ค ฮาเวย์, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ แปลโดยดกนิช บุญสุวรรณ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2523), หน้า 247.

กับได้มีการแปลความหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออเสียใหม่ โดยการชี้ให้เห็นว่า ความเข้าใจในการแบ่งแยกอำนาจเดิมเป็นการเข้าใจผิดพลาดประการสำคัญของมองเตสกีเออ กล่าวคือ มองเตสกีเออมุ่งหมายแต่เพียงให้มีผู้ใช้อำนาจทั้งสามออกเป็นสัดส่วน เพื่อไม่ให้องค์กรเดียวกันหรือบุคคลเดียวเป็นผู้ใช้อำนาจเกินกว่าหนึ่งอำนาจ เมื่อได้แบ่งแยกผู้ใช้อำนาจเป็นสามองค์กรแล้วหน้าที่ขององค์กรแต่ละองค์กรการเกี่ยวของกันได้ตามความเหมาะสมและจำเป็น⁷⁴ ฉะนั้น สิ่งที่เราเรียกว่า "การแบ่งแยกอำนาจ" ที่แท้จริงก็คือ "การแบ่งแยกหน้าที่"

นักนิติศาสตร์ที่ได้วิจารณ์และวิเคราะห์แนวความคิดของมองเตสกีเออในลักษณะข้างต้นได้อย่างดีที่สุด คือ ศาสตราจารย์ฟรองซีส-ปอล เบโนต์ (Francis-Paul Be'noit) แห่งมหาวิทยาลัยแรนส์ (Rennes) ประเทศฝรั่งเศส ท่านได้กล่าวว่า ในตอนต้นบทที่ 6 ที่มองเตสกีเออกล่าวว่ามี "อำนาจ" (power) 3 อำนาจนั้น ความจริงแล้ว มองเตสกีเออมุ่งหมายคือมี "หน้าที่" (functions) 3 หน้าที่มากกว่า มองเตสกีเออมิได้ใช้ถ้อยคำทั้งสองในความหมายที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน . . . สิ่งที่มองเตสกีเออคิดค้นขึ้นมาก็คือ การวิเคราะห์หน้าที่ทั้งสาม (หน้าที่ในการออกกฎหมาย หน้าที่ในการบริหารและหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี) ซึ่งจะต้องแยกต่างหากจากกัน โดยมองเตสกีเออได้เสนอแนะว่า เป็นการสมควรแล้วที่จะจัดให้อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารแยกต่างหากจากกัน⁷⁵

ในปัจจุบันตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา ได้เป็นที่ยอมรับกันว่า การแบ่งแยกอำนาจตามที่เสนอของมองเตสกีเออ ก็คือ การแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้มีองค์กรต่างปฏิบัติหน้าที่และป็นอิสระซึ่งกันและกัน⁷⁶

⁷⁴ สมภพ โหตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 2), หน้า 57.

⁷⁵ ธาณูชัย แสงวงศ์, "ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน," หน้า 550.

⁷⁶ สมภพ โหตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 2), หน้า 58.

สำหรับประเทศไทย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยในอดีต คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2475 ได้กำหนดว่า อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล จึงทำให้มีผู้เข้าใจผิดคิดว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจตามทฤษฎีของมองเตสกีเออ ความเห็นของนักกฎหมายเช่นนี้ยังฝังใจอยู่จนเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2489 ฉบับ พ.ศ. 2491 และ ฉบับ พ.ศ. 2495 ก็ได้เห็นให้เห็นชัดถึงการแบ่งแยกอำนาจโดยการแยกหมวดออกเป็น หมวดอำนาจนิติบัญญัติ หมวดอำนาจบริหาร และหมวดอำนาจตุลาการ และแนวทางการจัดทำรัฐธรรมนูญเช่นนี้ก็ยังคงมีต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2511 และปี 2517 อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในบททั่วไป มาตรา 3 ก็กำหนดเพียงว่า "อำนาจอธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้" หากได้บัญญัติว่าทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และอำนาจตุลาการทางศาล ดังเช่นรัฐธรรมนูญก่อนๆ ไม่ และในสาระของรัฐธรรมนูญ องค์การแต่ละองค์การก็มีอำนาจอยู่หลายอำนาจจึงไม่มีข้อความที่ทำให้มีผู้เข้าใจผิดคิดว่ามี การแบ่งแยกอำนาจเป็น 3 ฝ่ายในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันดังเช่นในอดีต

อันที่จริงแล้ว รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เคร่งครัดหรือเด็ดขาด การที่รัฐธรรมนูญให้รัฐสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีได้ ยอมให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ และออกกฎหมายบางประเภท เช่น พระราชกำหนดได้เอง ก็แสดงอยู่ในเบื้องต้นแล้วว่าเราปฏิเสธหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เคร่งครัด จึงไม่ควรเถรตรงถือว่าเป็นกิจการนิติบัญญัติ ห้ามฝ่ายบริหารและตุลาการเกี่ยวข้อง นี่เป็นกิจการบริหารห้ามฝ่ายตุลาการเกี่ยวข้อง หรือนี้เป็นกิจการตุลาการ ห้ามฝ่ายบริหารเกี่ยวข้อง ในเบื้องต้นจึงต้องลบล้างความเชื่อนี้เสียก่อน ปัญหาต่อไปมีว่าจะให้เกี่ยวข้องหรือยิ่งอาตย์กันขนาดไหน ข้อนี้เป็นทั้งเรื่องของนโยบายการเมืองตามรัฐธรรมนูญ ข้อสำคัญคือให้ยึดหลักว่าอย่าให้มีการรวมอำนาจจนใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงหรือทำให้ราษฎรเดือดร้อน โดยปราศจากการเห็นยารั้งหรือยับยั้งกันเอง ส่วนการแบ่งแยกหน้าที่หรือองค์การออกเป็นสามองค์กรก็

เป็นเรื่องปฏิบัติสืบทอดกันมา ซึ่งเมื่อพิจารณาจากสภาพกิจการของรัฐในอดีตก็เห็นว่าเหมาะสม แต่สำหรับนับแต่บัดนี้ต่อไปนี้เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาให้กว้างขวางกว่าเดิม⁷⁷

2. ความหมายของการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร

Alf Ross นักนิติศาสตร์ชาวเดนมาร์กได้ให้คำนิยามของคำว่า

"การมอบอำนาจนิติบัญญัติ" ไว้ว่า "การมอบอำนาจนิติบัญญัติ คือ การที่ผู้มีอำนาจให้บุคคลอื่นทำการออกกฎข้อบังคับที่เป็นอำนาจของตนที่สามารถทำได้เองโดยชอบด้วยกฎหมาย และกฎข้อบังคับนั้นมีผลบังคับตามกฎหมายเสมือนหนึ่งว่าได้ออกโดยผู้มีอำนาจ"⁷⁸

ตามคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การมอบอำนาจนั้น ผู้มีอำนาจจะต้องมอบอำนาจให้แก่องค์กรหรือบุคคลอื่น โดยผู้มอบอำนาจต้องเป็นผู้ที่มีอำนาจเช่นนั้นอยู่ กฎข้อบังคับที่ผู้รับมอบอำนาจตราขึ้นเรียกว่า กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) แต่คำว่า delegated legislation นี้จะมีความหมายครอบคลุมเพียงใดนั้น จำเป็นที่ต้องรู้ถึงแนวความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งสืบเนื่องมาจากการนำทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจดังที่ได้กล่าวมาในหัวข้อข้างต้น มาใช้กับการมอบอำนาจนิติบัญญัติของแต่ละประเทศที่มีการตรากฎข้อบังคับในแนวทางเช่นเดียวกันกับในประเทศไทยเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางวิเคราะห์ทางปฏิบัติในเรื่องเดียวกันนี้ของไทย

จากวิวัฒนาการของอังกฤษที่ทำให้การเมืองการปกครองของอังกฤษใช้หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) ประกอบกับอังกฤษเองไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด ทฤษฎีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

⁷⁷ วิชาญ เจริญงาม, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน่วยที่ 2, หน้า 91-92.

⁷⁸ Alf Ross, "Delegation of Power," The American Journal of Comparative Law 7 (1958) : 18.

จึงถือว่า รัฐสภาเป็นที่มาของอำนาจนิติบัญญัติ การออกกฎหมายของรัฐสภาก็โดยทาง
 รัฐบัญญัติ รัฐสภาอาจมอบอำนาจในรัฐบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีได้ไม่มี
 ขอบเขตจำกัด ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร ผล
 ของการมอบอำนาจก็คือ ทำให้เกิดกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated
 legislation) หรือกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ดังนั้น คำว่า
 delegated legislation หรือ subordinate legislation จึงครอบคลุมถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติทุกกรณีที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาโดยรัฐบัญญัติ แต่คำนี้
 ไม่ได้เป็นคำทางเทคนิคและไม่มีความหมายไว้ในรัฐบัญญัติแต่อย่างใด⁷⁹ ตามรายงาน
 ของ Donoughmore Committee กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจเป็นการใช้อำนาจ
 (subordinate power) ของรัฐมนตรี ฯลฯ ที่ได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติมา
 จากรัฐสภา ซึ่งตามรายงานของ Committee on Ministers' Powers เห็นว่า
 เป็นอำนาจที่แตกต่างจากอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาเอง กล่าวคือ รัฐสภามีอำนาจ
 สูงสุดและมีอำนาจนิติบัญญัติไม่มีข้อจำกัด แต่อำนาจนิติบัญญัติที่รัฐสภาได้มอบให้
 เป็นเพียงอำนาจรอง เพราะถูกจำกัดตามรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจนั้นให้⁸⁰

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ
 ในประเทศอังกฤษนี้ จึงอาจหมายความว่า เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ได้รับมอบ
 จากรัฐสภาโดยองค์กรลำดับรอง (subordinate authority) เช่น รัฐมนตรี ฯลฯ หรือเป็น

⁷⁹David Foulkes, Administrative Law, 5th ed. (London :
 Butterworths, 1982), pp. 58-59.

⁸⁰Bernard Schwartz, French Administrative Law and the
 Common-Law World (New York : New York University Press, 1954), p. 91.

กฎหมายปลีกย่อยที่ตราขึ้นโดยองค์กรลำดับรอง⁸¹ ขอบเขตของอำนาจดังกล่าวในเบื้องต้นจึงต้องขึ้นอยู่กับรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจออกกฎ ซึ่งมีจะเรียกรัฐบัญญัตินี้ว่า กฎหมายแม่บท (parent act)

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร มีมากกว่าอังกฤษ ทั้งนี้เนื่องมาจากการใช้หลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจต่างกัน เพราะรัฐธรรมนูญอังกฤษขึ้นอยู่กับหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา ซึ่งทำให้รัฐสภาสามารถมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ได้อย่างไม่มีข้อจำกัดหรือข้อห้ามดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่ในสหรัฐอเมริกาทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจได้เป็นอุปสรรคต่อการมอบอำนาจนิติบัญญัติ กล่าวคือ ทฤษฎีดั้งเดิมทางรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่ปิดกั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดนั้น ถือว่า องค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ และไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้องค์กรอื่นได้ ผลจึงทำให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ต่อต้านการมอบอำนาจนิติบัญญัติคือ หลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อได้ (delegata potestas non potest delegari) หลักนี้เป็นหลักทางกฎหมายเอกชนที่ได้นำมาใช้ในกฎหมายมหาชน สาเหตุที่หลักนี้ได้นำมาใช้เกี่ยวกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติ เพราะในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา อำนาจของรัฐบาลกลางมีที่มาจากการมอบอำนาจ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ว่า "We the People of the United States . . . do ordain and establish this Constitution . . ." องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเป็นผู้ถืออำนาจก็เพราะได้รับมอบอำนาจจากประชาชน ซึ่งถ้าเป็นจริงเช่นนี้ ก็มีผลที่ตามต่อมาคือ องค์กรเหล่านั้นต้องเป็นผู้ที่ได้รับความไว้วางใจในการใช้อำนาจเหล่านั้นแต่เพียงผู้เดียว Congress ซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจมอบอำนาจต่อ(redelegate)ได้เพราะตามทฤษฎีของลอร์ดที่มีอิทธิพลต่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐได้กล่าวไว้ว่า "องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจโอนอำนาจนิติบัญญัติให้ผู้อื่น เพราะเป็นเพียง อำนาจที่ได้รับจากประชาชน จึงไม่อาจส่งต่อให้ผู้อื่นได้" ในคดี

⁸¹ Statutory Publications Office, "Subordinate Legislation," Public Administration 30 (1952): 227.

ที่สำคัญ^{81.1} ของสหรัฐอเมริกาที่ยังได้กล่าวข้อความทำนองนี้ไว้เช่นกัน ดังนี้

อำนาจที่ได้ให้แก่ผู้แทนนั้นก็เพราะความเหมาะสมและความเชื่อถือตัวบุคคล บุคคลนั้นจึงไม่อาจที่จะมอบอำนาจดังกล่าวไปยังบุคคลอื่น องค์กฤษฎีกามีความสัมพันธ์กับประชาชนเพราะเป็นผู้แทนของประชาชน ดังนั้น จึงเป็นหลักของรัฐบาลที่มาจากผู้แทนประชาชนว่าองค์กฤษฎีกาไม่อาจมอบอำนาจกฤษฎีกาให้ผู้อื่นผู้ใดได้

จากคำตัดสินดังกล่าว กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจในความหมายของการใช้อำนาจโดยองค์กรลำดับรอง (subordinate authority) เช่น ฝ่ายปกครอง ฯลฯ ซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐสภานั้น ย่อมเป็นไปไม่ได้⁸² อย่างไรก็ดี จากวิวัฒนาการ ของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้ได้มีการพยายามที่จะยอมรับการมอบอำนาจกฤษฎีกา โดยผู้พิพากษา Marshall เห็นว่า หลักการห้ามมอบอำนาจไม่อาจนำมาใช้อย่างเคร่งครัดได้ ท่านจึงตีความการมอบอำนาจว่าเป็นเรื่องของการเพิ่มเติมรายละเอียด (fill up in details) ต่อมา ผู้พิพากษา Holmes ตัดสินตีความในแนวทางของกึ่ง-กฤษฎีกา (quasi-legislative) จนถึง Professor R.E. Cushman ได้ใช้หลักตรรกวิทยาว่า

หลัก : รัฐสภา ไม่อาจมอบอำนาจกฤษฎีกาได้

ข้อย่อย : มีความจำเป็นที่ต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองและคณะกรรมการ

บทสรุป : อำนาจที่มอบให้จึงไม่ใช่อำนาจกฤษฎีกา

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1935 การตีความของศาลสูงสุดได้เปลี่ยนแปลงจากหลักการห้ามมอบอำนาจกฤษฎีกาไปเป็นการห้ามมอบอำนาจมากเกินไป⁸³ ดังปรากฏจากวิวัฒนาการในเรื่องนี้ของสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันหลักการที่ห้ามการมอบอำนาจก็ไม่สามารถทำให้

^{81.1} J.W. Hampton, Jr & Co. v. United States 276 U.S. 394; 48 S.Ct. 348; 72L. Ed. 624 (1928).

⁸²Davis, Administrative Law Treatise, 2nd ed. (Minnesota: West Publishing Co., 1972), pp. 76-77.

⁸³ibid.

รัฐสภาไม่มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารได้ โดยแท้จริงแล้ว การนำหลักการห้ามมอบอำนาจนิติบัญญัติมาใช้ตามตัวอักษรนี้ทำให้รัฐบาลสมัยใหม่ไม่สามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะความจำเป็นในการมอบอำนาจในสภาวะปัจจุบันตามที่รายงานของ Committee on Ministers' Powers ได้กล่าวไว้ว่า "ความจริงแล้ว ถ้ารัฐสภาไม่เต็มใจมอบอำนาจนิติบัญญัติก็อาจไม่ผ่านรัฐบัญญัติที่สาธารณชนต้องการได้"

ทฤษฎีดั้งเดิมของฝรั่งเศสได้มีแนวความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการห้ามการมอบอำนาจเช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ระบบการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีสัญญาประชาคมซึ่งเป็นทฤษฎีที่มีแนวความคิดมาจากรุสโซ่ที่ถือว่า อำนาจอธิปไตยไม่อาจโอนกันได้ รัฐสภาเป็นผู้แทนของปวงชนในการใช้อำนาจนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นผู้แทนหรือผู้รับใช้ของประชาชน อำนาจนิติบัญญัติที่มีลักษณะทั่วไป และไม่จำกัดบุคคลนี้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจเฉพาะการออกคำสั่งเฉพาะเรื่องเฉพาะราย (acte individuel) หรือเป็นเพียงผู้บังคับบัญชาให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย (exécution des lois) และอยู่ภายใต้รัฐสภา ผลในทางกฎหมายคือ เมื่อรัฐบัญญัติเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติที่แสดงออกซึ่งเจตนาร่วมกันของปวงชนแล้ว รัฐบัญญัติจึงมีค่าบังคับสูงสุด รัฐบัญญัติต่ำกว่ารัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีเท่านั้น แต่เมื่อระบบของฝรั่งเศสไม่มีการควบคุมมิให้รัฐบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติจึงมีค่าบังคับสูงสุด กฎหมายของฝ่ายบริหารจะมีขึ้นได้โดยการมอบอำนาจจากรัฐสภาเท่านั้น ขอบเขตที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้เองโดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา จะมีไม่ได้ หากมีขึ้นก็เพียงเพื่อการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย ซึ่งทางตำรากฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมักจะกล่าวว่า "รัฐสภาไม่ใช่ผู้ถืออำนาจหน้าที่นิติบัญญัติในฐานะที่เป็นเจ้าของโดยตรง แต่เป็นอำนาจที่ได้รับมาตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้รัฐสภาจึงเป็นผู้ถืออำนาจนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นภาระหน้าที่ของตน รัฐสภาจึงต้องใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นด้วยตนเอง ไม่อาจมอบหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ฝ่ายบริหารได้ การ

มอบอำนาจยอมขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁸⁴

อย่างไรก็ดี จากวิวัฒนาการที่ปรากฏในช่วงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ห้า (ค.ศ. 1958) อันเป็นฉบับปัจจุบัน ในทางความเป็นจริงได้สวนทางกับทฤษฎีดั้งเดิมดังกล่าว รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร และฝ่ายบริหารเองได้ออกกฎข้อบังคับโดยไม่มีกฎหมายแม่บทที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจได้เกิดขึ้นและถูกวิจารณ์ตัดด้านอย่างมากจากฝ่ายตุลาการที่ว่าขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ศาลปกครองเองยอมรับให้ออกได้ก็ในกรณีรักษาความสงบเรียบร้อยเท่านั้น

Esmein และ Duguit นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงของฝรั่งเศสได้ตัดด้านการมอบอำนาจนิติบัญญัติว่าเป็นไปไม่ได้ (juridiquement impossible) ด้วยเหตุผลที่ว่าอำนาจสาธารณะไม่ใช่สิทธิส่วนบุคคลที่ผู้ถืออำนาจนั้นสามารถจะทำได้ตามอำเภอใจ แต่เป็นเรื่องของความไว้วางใจที่ต้องกระทำภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ไม่อาจยกเลิกเพราะความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น จึงได้มีการอธิบายในรูปของการ attribution of competence ไม่ใช่การ delegation of competence⁸⁵

ผลจากการวิจารณ์ตัดด้านของพวกตุลาการ ทำให้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่สี่ (ค.ศ. 1946) ระบุให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายและห้ามการมอบอำนาจตรากฎหมาย แต่เนื่องจากได้เกิดวิกฤตการณ์ขึ้น ทำให้องค์กรนิติบัญญัติหลบเลี่ยงข้อห้ามดังกล่าวอีก โดยเฉพาะศาลปกครอง และในทางทฤษฎีก็ได้มีการพยายามเบี่ยงเบนอำนาจดังกล่าว จนกระทั่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันได้แก้ปัญหากับการมอบอำนาจนิติบัญญัติ โดยให้รัฐบาลสามารถที่จะปฏิบัติการณ์ตามนโยบายของตน โดยการขอให้รัฐสภาอนุมัติในการออก ordonnance ได้⁸⁶ นอกจากนี้ ยังได้เกิดทฤษฎีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารได้เองด้วย

⁸⁴Schwartz, French Administrative Law and the Common-Law World, p. 93.

⁸⁵Ross, "Delegation of Power," p. 13.

⁸⁶Michel Ameller, Parlements (Paris : Presses Universitaires de France, 1966), pp. 175-176.

จึงเห็นได้ว่าหลักการห้ามมอบอำนาจนิติบัญญัติในทางทฤษฎีที่ปรากฏในฝรั่งเศสก็ไม่มีผลมากไปกว่าหลักเกณฑ์ทางคุณธรรมทางการเมืองเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจากทางปฏิบัติไม่อาจจำกัดการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารของรัฐสภาได้ สถานการณ์จะเห็นได้จากความพยายามห้ามการมอบอำนาจนิติบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญปี 1946 ความล้มเหลวของศาลในการที่จะพิจารณาคำขอด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรัฐสภาคือเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้รัฐสภาสามารถมอบอำนาจนิติบัญญัติได้โดยสมบูรณ์ด้วย⁸⁷

ปัญหาอีกประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเกี่ยวกับการที่ไม่อาจให้คำนิยามโดยชัดแจ้งว่าสิ่งใดเป็นเรื่องของกฎหมาย (loi) และสิ่งใดเป็นเรื่องของกฎข้อบังคับ (règlement) ในทางทฤษฎีดั้งเดิม การร่างกฎหมายเป็นหน้าที่ของรัฐสภา (domain de la loi) ส่วนกฎข้อบังคับเป็นอำนาจของรัฐบาล นักนิติศาสตร์หลายบุคคลได้พยายามศึกษาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างละเอียด (partage des compétences) แต่สิ่งที่ได้จากประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศสเองได้ชี้ให้เห็นถึงวิวัฒนาการและสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล แต่ไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจนอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปยอมรับว่าอำนาจนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ห้าก็ได้ชี้ให้เห็นว่าอำนาจนิติบัญญัติทั้งหมดเป็นของรัฐสภา⁸⁸ ด้วยเหตุนี้ การมอบอำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่า ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 2 ประการ (1) รัฐสภาเป็นผู้มอบอำนาจออกกฎหมายให้ และ (2) ผู้รับมอบอำนาจต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร⁸⁹

โดยสรุป การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารตามทฤษฎีของอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนที่บางชนได้เลือกขึ้นมาใช้อำนาจนิติบัญญัติของตนเอง

⁸⁷Schwartz, French Administrative Law and the Common-Law World, p. 95.

⁸⁸Ameller, Parlements, p. 181.

⁸⁹ibid., p. 179.

องค์กรฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจนิติบัญญัติก็ได้เพียงโดยอาศัยการอนุญาตของฝ่ายนิติบัญญัติ นักกฎหมายจึงคุ้นเคยกับความหมายของคำว่า delegated legislation ว่าหมายถึงการใช้อำนาจออกกฎข้อบังคับของฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ความเป็นเจ้าของในอำนาจออกกฎที่ได้รับมอบอำนาจมาที่ต่างกันกับในระบบของฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าฝ่ายปกครองได้รับอำนาจออกกฎข้อบังคับจากรัฐสภาในขณะเดียวกันก็มีอำนาจออกกฎได้เองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐสภาด้วย⁹⁰ อำนาจออกกฎข้อบังคับของฝ่ายปกครองของตนเอง (inherent administrative rule-making power) เป็นทฤษฎีที่มีแนวความคิดมาจากการมีอำนาจปฏิบัติการเพื่อการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยหันเหไปเอง รัฐกฤษฎีกา (décrets) ที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นภายใต้อำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 และอำนาจในการออกกฎข้อบังคับของตนเองจึงไม่อยู่ในความหมายของ delegated legislation⁹¹

สำหรับประเทศไทย ในทางตำรากฎหมายปัจจุบันได้มีการอธิบายถึงประเภทของกฎหมาย โดยพิจารณาแยกองค์กรที่ออกกฎหมาย และได้กล่าวถึงรูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหาร รวมทั้งกฎข้อบังคับที่มีลักษณะที่เรียกกันทั่วไปว่า กฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ซึ่งได้มีผู้ให้ความหมายอย่างกว้างๆ ว่า หมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทให้ไว้⁹²

⁹⁰ ชาญวณิ วัชรบุกก, สุชิน ตันตกุล, ศิริลักษณ์ พุดงจันทร์ และประสาธน์ บุญโสภาคย์, กระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519), หน้า 94.

⁹¹ Schwartz, French Administrative Law and the Common-Law World, p. 90.

⁹² Brown and Garner, French Administrative Law, p. 9.

และเป็นที่น่าสนใจว่าเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารที่มีรูปแบบของกฎข้อบ่งชี้ที่เรียกชื่ออย่างไรบ้าง การยอมรับหลักการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารของไทย ถ้ามองจากวิวัฒนาการที่มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่เสนาบดีฯ ตั้งแต่สมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยแล้ว การมอบอำนาจนิติบัญญัติก็ยังคงเป็นที่ยอมรับและบังคับใช้กฎข้อบ่งชี้ที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจอยู่ นอกจากนี้ ยังได้มีการออกกฎหมายที่มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหารออกกฎหมายเพิ่มขึ้นหลายฉบับ โดยได้เปลี่ยนแปลงชื่อของกฎข้อบ่งชี้ที่ให้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารตราขึ้น ได้จนเป็นชื่อที่เรียกกันดังที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน แต่เมื่อวิเคราะห์ถึงกฎข้อบ่งชี้บางประเภทของฝ่ายบริหารแล้ว ก็จะประสบปัญหาว่า กฎข้อบ่งชี้เหล่านั้นมีลักษณะเป็น delegated legislation เฝียงใด หรือกรณีเป็นเพียงอำนาจอิสระในการออกกฎข้อบ่งชี้ของฝ่ายบริหาร การวิเคราะห์ในเรื่องนี้จึงจำต้องอาศัยแนวทางของต่างประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น มาประกอบการพิจารณา ทั้งนี้เนื่องจากวิวัฒนาการของไทยเกี่ยวกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติไม่สู้จะเป็นปัญหามากดังที่เกิดขึ้นในต่างประเทศประกอบกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยของไทยก็มีแนวความคิดและอิทธิพลจากต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษเลยทีเดียว

การมอบอำนาจนิติบัญญัติในไทย ได้มีมาตั้งแต่สมัยที่ไทยปกครองระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจเด็ดขาดทุกทาง กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น ใช้บังคับต่อประชาชนบางฉบับมีบทบัญญัติให้อำนาจข้าราชการเพื่อออกกฎหมายเสนาบดีกระทรวงต่างๆ ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแทนพระองค์ กฎข้อบ่งชี้ดังกล่าวอาจอยู่ในรูปของกฎเสนาบดีหรือประกาศฯ แล้วแต่พระราชประสงค์ของพระองค์ ในการพิจารณากฎข้อบ่งชี้ ศาลได้ยอมรับบังคับใช้กฎหมาย

ประกอบกับกฎข้อบังคับในการตัดสินคดี⁹³ ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง

⁹³คำพิพากษาศาลฎีกาของไทยในสมัยปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ศาลฎีกาได้พิพากษาโดยอาศัยกฎหมายประกอบกับกฎข้อบังคับของข้าราชการที่ได้รับมอบอำนาจออกกฎข้อบังคับเพิ่มเติมเป็นข้อวินิจฉัยตัดสินคดี จนถึงปัจจุบันศาลฎีกาก็ยังคงพิพากษาตามแนวทางในอดีต ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกา ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 282/2466 ผู้ใดปกหลักการจับจับสัตว์น้ำประจำอยู่กับที่ ท่านว่าเป็นการใช้เครื่องมือจับสัตว์น้ำประจำที่มีผิดตามพระราชบัญญัติอากรดำน้ำ มาตรา 19 ข้อ 4 และกฎเสนาบดี ข้อ 23 (5)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 591/2471 ผู้ใดมีกระสุนปืนอยู่ก่อนใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืน ร.ศ. 131 แล้วไม่จัดการขออนุญาตเมื่อจำหน่ายหรือโอนให้ผู้อื่นเสีย ต้องมีความผิดตามกฎหมายเพิ่มเติมเรื่องซื้อกระสุนปืน พ.ศ. 2459 ข้อ 6-7 และพระราชบัญญัติอาวุธปืน ร.ศ. 131 มาตรา 34

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 558/2510 การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมที่ดินที่ไม่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่ดิน มีแต่หนังสือจดทะเบียนที่อำเภอหรือกิ่งอำเภอ โดยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2497) ข้อ 5 และการโอนที่ดินเมื่อไม่ชำระหนี้ไม่เข้ากรณีที่ไม่ต้องประกาศตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวข้อ 6 แม้ว่าจำเลยจะได้ตกลงโอนที่ดินนิพาทให้แก่โจทก์เมื่อชำระหนี้ และได้ทำบันทึกข้อตกลงกันไว้แล้วก็ดี นิติกรรมนั้นยังจดทะเบียนไม่ได้ จนกว่าจะได้ประกาศตามความในกฎกระทรวง ข้อ 5 เสียก่อน เมื่อไม่กระทำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมย่อมไม่สมบูรณ์ หากทำให้โจทก์ได้ที่ดินนิพาทโดยทางนิติกรรมไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2053/2525 ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการเลือกตั้งกำนันผู้ใหญ่บ้าน พ.ศ. 2515 ข้อ 17 กำหนดไว้ว่า บัตรเลือกตั้งซึ่งมิใช่คณะกรรมการเลือกตั้งจัดตั้งทำขึ้นให้ถือว่าเป็นบัตรเสีย จึงมีความหมายรวมถึงบัตรปลอมด้วยและถือได้ว่าบัตรปลอมเป็นบัตรเลือกตั้ง ฉะนั้น เมื่อการตรวจนับคะแนนปรากฏว่ามีบัตรเลือกตั้งเกินกว่าจำนวนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้ง คณะกรรมการเลือกตั้งต้องจัดให้มีการลงคะแนนเลือกตั้งใหม่ทันทีตามข้อ 16 แห่งระเบียบดังกล่าว

ไทยได้รับอิทธิพลแนวความคิดและทฤษฎีการปกครองระบอบประชาธิปไตยจากต่างประเทศ รัฐธรรมนูญของไทยจึงมีบทบัญญัติแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยในบางสถานการณ์ยังคงเป็นหน้าที่ขององค์กรฝ่ายบริหารที่จะออกใช้บังคับได้เมื่อมีสถานการณ์หรือเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งเกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้ วิชาปกครองและแนวความคิดของนักวิชาการไทยที่ต่อต้านหลักการมอบอำนาจอธิปไตยให้องค์กรฝ่ายบริหาร และการแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงไม่มีปรากฏดังที่เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกันในอดีตของประเทศฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น ปัญหาที่ควรพิจารณาคือ คือ ความหมายและแนวทางการมอบอำนาจอธิปไตยให้องค์กรฝ่ายบริหาร ของไทยในปัจจุบันมีลักษณะเช่นใด ถ้าพิจารณาตามความหมายของ delegated legislation ของอังกฤษแล้ว ก็อาจเข้าใจได้ว่า กฎข้อบังคับของไทยที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร โดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา หรือจากพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์และมีผลใช้บังคับในเวลาต่อมา บ่อมอยู่ในความหมายของ delegated legislation เนื่องจากเป็นกฎข้อบังคับที่ออกขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งในทางทฤษฎีถือว่าเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเท่านั้น กฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารที่ออกโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา จึงมีฐานะต่ำกว่ากฎหมายของรัฐสภาเพราะเป็นกฎข้อบังคับที่ออกโดยองค์กรที่มีอำนาจลำดับรองในการ ออกกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) หรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) ตามความหมายเช่นเดียวกับของประเทศอังกฤษ

แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหาร ของไทยบางประเภทที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยยอมให้ฝ่ายบริหารตราขึ้นได้ในรูปของพระราชกำหนด ประกาศพระบรมราชโองการสมัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 และพระราชกฤษฎีกา มีลักษณะหรือใกล้เคียงลักษณะกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจตามความหมายของ delegated legislation เฉียงใดหรือไม่ สำหรับประกาศพระบรมราชโองการ ในสมัยรัฐธรรมนูญ ปี 2511 เป็นรัฐธรรมนูญเพียงฉบับเดียว

ที่มีบทบัญญัติยอมให้อำนาจอธิปไตยของประชาชนให้อำนาจบริหาร(คณะรัฐมนตรี)⁹⁴ ในการตรารัฐกำหนดที่มีลำดับตั้งเช่นพระราชบัญญัติได้ โดยการที่คณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาเพื่อมีมติให้อำนาจบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยร่างประกาศพระบรมราชโองการ ได้ เมื่อปรากฏว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปกติขัดข้องหรือไม่เหมาะสม กับสถานการณ์ในยามที่มีสถานะสงครามหรือภาวะระดับขั้นถึงขนาดอันจะเป็นภัยต่อความ มั่นคงแห่งราชอาณาจักร มติของรัฐสภาจะยกเลิกเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ ในกรณีสถานการณ์ดังกล่าวอยู่ในระหว่างสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่อาจมีรัฐสภามอบอำนาจให้คณะ รัฐมนตรีได้ หรือเรียกประชุมไม่ทัน คณะรัฐมนตรีก็ตราพระราชกำหนดได้โดยรัฐสภา ไม่ต้องมอบอำนาจ กฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้เทียบได้กับรัฐกำหนดของ

⁹⁴รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พทธศักราช 2511)

มาตรา 176 ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในภาวะระดับขั้นถึงขนาดอัน อาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ตามปกติอาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภา จะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีโดยประกาศพระบรม ราชโองการให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ มติดังกล่าวรัฐสภาจะมีมติเลิกเสียเมื่อใด ก็ได้

หากสถานะสงครามหรือภาวะระดับขั้นดังกล่าวในวาระหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่ใน ระหว่างสภาผู้แทนราษฎรก็ดี หรือไม่สามรถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้ทันทางที่กิติ ษระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีได้ โดยประกาศพระบรม ราชโองการให้ใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ

ฝรั่งเศส ตามมาตรา 38⁹⁵ แห่งรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ที่บัญญัติการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาให้แก่ฝ่ายบริหารต้องเป็นไปตามเงื่อนไข 3 ประการ คือ (1) รัฐสภาต้องขออนุญาตจากรัฐสภา ถ้ารัฐสภาเห็นสมควรก็จะมอบอำนาจให้โดยการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจ (Loi d'habilitation) การมอบอำนาจอาจทำอย่างกว้างหรือเฉพาะเจาะจง (2) รัฐกำหนดตราขึ้นในคณะรัฐมนตรี โดยประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามหลังจากที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ให้ความเห็นแล้ว และ (3) การมอบอำนาจมีกำหนดเวลาจำกัดตามที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจบัญญัติไว้ หากพ้นกำหนดแล้วไม่ได้ให้รัฐสภาอนุมัติหรือรัฐสภาไม่อนุมัติ รัฐกำหนดก็สิ้นผลบังคับไปในวันที่รัฐสภามีมติเช่นนั้น ซึ่งอำนาจในการตราพระบรมราชโองการของไทยมีส่วนเหมือนกับรัฐกำหนดของฝรั่งเศสตามมาตรา 38 ดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดให้ต้องมีการมอบอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐสภาไม่ว่าจะโดยการลงมติหรือการตราเป็นรัฐบัญญัติมอบอำนาจก็ตาม กฎหมายประเภทนี้ของไทยถือได้ว่าเป็น delegated legislation อย่างแจ่มชัด แต่รายละเอียดที่เป็นเงื่อนไขในลักษณะควบคุมรัฐกำหนดที่ฝ่ายบริหารต้องกระทำหลังจากที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาตามมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่มีปรากฏในเงื่อนไขของการบังคับใช้พระบรมราชโองการของไทย แต่กลับเป็นแนวทางบางส่วนของพระราชกำหนดของไทยที่รัฐธรรมนูญของไทยแทบทุกฉบับกำหนดให้

⁹⁵รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (สารานุกรมรัฐที่ 5)

มาตรา 38 เพื่อดำเนินการตามนโยบายของตน รัฐบาลอาจขออนุญาตจากรัฐสภาตรารัฐกำหนด (ordonnance) ภายในระยะเวลาที่กำหนดในเรื่องซึ่งตามปกติอยู่ในเขตอำนาจการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภา

รัฐกำหนดดังกล่าวต้องตราขึ้นในคณะรัฐมนตรี หลังจากให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐตรวจพิจารณาแล้ว รัฐกำหนดให้บังคับนับตั้งแต่วันประกาศใช้ แต่จะไม่มีผลบังคับต่อไป ถ้ารัฐบาลไม่ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติต่ออนุมัติรัฐกำหนดต่อรัฐสภาภายในระยะเวลาที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจกำหนดไว้

เมื่อพ้นระยะเวลาตามารวดหนึ่งแล้ว จะแก้ไขรัฐกำหนดได้ก็แต่โดยรัฐบัญญัติเท่านั้น

ฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้เมื่อมีเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตราฯ รัฐธรรมนูญของไทยฉบับก่อน ปี 2515 ยังได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่ไม่สามารถจะเรียกประชุมสภานิติบัญญัติได้ทันที่ด้วย เมื่อได้บังคับใช้พระราชกำหนดแล้วต้องนำเสนอรัฐสภาเพื่อการอนุมัติมีเพียงรัฐธรรมนูญบางฉบับ⁹⁶ กำหนดให้ฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดที่ตราขึ้นเสนอต่อรัฐสภาเพื่อทราบเท่านั้น ส่วนกรณีที่เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตราก็ไม่ได้กำหนดให้ต้องเสนอต่อรัฐสภาเลย นอกจากนั้น ประกาศพระบรมราชโองการตามรัฐธรรมนูญของไทย ปี 2511 ก็ยังให้อำนาจฝ่ายบริหารออกพระบรมราชโองการได้เมื่อมีกรณีสภาวะสงคราม ฯลฯ ที่ไม่อาจเรียกประชุมสภาได้ทันหรือระหว่างยุบสภาผู้แทนโดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาเลย ลักษณะของพระราชกำหนดและประกาศพระบรมราชโองการ จึงเป็นเรื่องของการอาศัยสถานการณ์เป็นเงื่อนไขในการกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ชั่วคราวมากกว่าที่จะเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติ เพราะในที่สุดแล้ว ฝ่ายบริหารก็ต้องนำพระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นใช้บังคับเสนอต่อรัฐสภาเพื่อการอนุมัติ หากรัฐสภาไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นย่อมตกไป แต่ถ้าฝ่ายบริหารไม่เสนอรัฐสภาเพื่อการอนุมัติ ผลจะเป็นเช่นใด สำหรับฝรั่งเศส กำหนดไว้ชัดว่าถ้าไม่เสนอให้รัฐสภาอนุมัติภายในกำหนดก็ถือว่ารัฐกำหนดนั้นสิ้นผลบังคับ

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญใช้สถานการณ์และเวลาเป็นเครื่องกำหนด

⁹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) (พุทธศักราช 2490)

มาตรา 80 ในเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันจะรักษาความปลอดภัย สาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และจะเรียกประชุมรัฐสภาให้ทันที่ไม่ได้ก็ดี หรือกรณีอื่นที่นั้นเกิดขึ้นในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้นำพระราชกำหนดนั้น เสนอต่อรัฐสภาเพื่อทราบ

ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารเป็นการชั่วคราวโดยไม่ต้องขอให้รัฐสภามอบอำนาจนิติบัญญัติให้ดังเช่นฝรั่งเศส ผลก็เป็นเช่นเดียวกันกับฝรั่งเศส คือ ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายได้ชั่วคราว เพียงแต่พระราชกำหนดของไทยไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) เท่านั้น การนำลักษณะการควบคุมการออกกฎหมายโดยได้รับมอบอำนาจของฝรั่งเศสมาใช้กับพระราชกำหนดของไทยเพียงบางส่วนเพียงพอหรือไม่ เพราะพระราชกำหนดของไทยไม่มีแนวทางเป็นอำนาจตรากฎหมายอิสระเป็นเอกเทศดังเช่นฝรั่งเศสเลยทีเดียว (เป็นอิสระชั่วคราวถ้าเข้าใจเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด) พระราชกำหนดของไทยจึงดูใกล้เคียงกันกับรัฐกำหนดในเรื่องการใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนรัฐสภาชั่วคราวมากกว่า การตราพระราชกำหนดมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น เพราะโดยปกติเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่การใช้อำนาจตราพระราชกำหนดโดยอาศัยเพียงสถานการณ์และเวลาเป็นเครื่องกำหนด และไม่มีองค์การพิจารณาวิจฉัยสถานการณ์และเวลาว่าเกิดขึ้นจริงหรือไม่ อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่เป็นผู้แทนของบางชนก็จะบกพร่อง จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาว่าจำเป็นหรือไม่ที่ต้องมีกลไกควบคุมการออกพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารของไทย การนำแนวทางการควบคุมรัฐกำหนดของฝรั่งเศสตามมาตรา 38 มาใช้เพิ่มเติมขึ้นจากที่มีอยู่แล้วจะเป็นการสมควรหรือไม่

ส่วนพระราชกฤษฎีกา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2521)

บัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาของฝ่ายบริหารในปัจจุบันมีได้เพียง 3 กรณี คือ กรณีแรกเป็นเรื่องที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่รัฐสภามอบให้ พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้จัดเป็น delegated legislation แน่นนอน ส่วนกรณีที่สองและกรณีที่สามเป็นการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐ ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารกำหนดกิจการสำคัญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และพระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประมุขกรมการ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาทิ้งสองกรณีหลังนี้ได้ตามมาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่า เดิมพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจตรา

กฎหมายอยู่แล้ว ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบบพระมหากษัตริย์ อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การออกกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว แต่พระราชกฤษฎีกาต่าง ๆ อันเป็นงานบริหารที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น ๆ ก็ยังคงมีออก ตามมาโดยตลอดจนกระทั่งมีการรับรองไว้ในมาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2475) แนวความคิดเช่นนี้ถูกแก้ไขครั้งแรกหนึ่งเมื่อใช้ รัฐธรรมนูญฉบับปี 2517 โดยมาตรา 192 กำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกาได้เฉพาะ กรณีที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นเท่านั้น อำนาจตราพระราชกฤษฎีกา อย่างทั่วไปจึงระงับไประหว่างใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้น⁹⁷ แต่ปัจจุบันรัฐธรรมนูญก็ได้มี บทบัญญัติยอมรับอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายของ พระมหากษัตริย์ ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับพระราชอำนาจเดิม (royal-prerogative) พระราชกฤษฎีกาของไทยนี้เทียบได้กับ orders in council ของอังกฤษที่ออกได้ ใน 2 กรณี เช่นเดียวกัน คือ กรณีแรกเป็น orders in council ที่ออกมาโดยอาศัย อำนาจจากกฎหมายแม่บท มีลักษณะเป็น delegated legislation ส่วนอีกกรณี เป็น orders in council ที่ออกตามพระราชอำนาจทางประเพณีของพระมหากษัตริย์ (royal-prerogative) เป็นกฎหมายในตัวเอง และไม่เป็น delegated legislation

ที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ในปัจจุบัน

จากวิวัฒนาการและทฤษฎีการเมืองการปกครองของต่างประเทศที่สำคัญ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นถึงความจำเป็นและการยอมรับอำนาจออกกฎหมายของ ฝ่ายบริหารที่ลึกลับล้นหลามแตกต่างกันไปแต่ละประเทศ ซึ่งวิวัฒนาการของอำนาจออก กฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยส่วนหนึ่งก็มาจากแนวความคิดทางการเมืองการ ปกครองของต่างประเทศที่ได้รับการวิวัฒนาการมาแล้วตามลำดับ การนำทฤษฎีเกี่ยวกับ

⁹⁷ ธีรวัฒน์ วงศ์วัฒนสถาน, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน หน้าที่ 9, ฉบับครั้งที่ 6. (กรุงเทพมหานคร : สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมาธิราช, 2527), หน้า 24.

กับอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารมาใช้กับของไทยนั้น ทำให้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยที่มีมาแต่ดั้งเดิมตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น หนักแน่นขึ้น อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจึงกลมกลืนกันและวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงต่อมาตามสถานการณ์และอิทธิพลทางการเมืองเรื่อยมา จนปรากฏเป็นรูปร่างดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

เมื่อปรากฏว่า แนวความคิดและทฤษฎีการเมืองการปกครองของไทยตั้งแต่ดั้งเดิมก็ยอมรับการมอบอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งเปลี่ยนแปลงการปกครองมาปกครองระบอบประชาธิปไตยแล้ว ประเทศไทยก็ยังยอมรับหลักการดังกล่าวประกอบกับนำหลักการทำนองเดียวกันที่มีปรากฏในต่างประเทศมาใช้กับการปกครองของไทย โดยเฉพาะของฝรั่งเศสและของอังกฤษ ดังนั้น ในหัวข้อนี้จึงจะขอลำถึงที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยในปัจจุบันอัน ได้แก่ อำนาจออกกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อำนาจออกกฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติ และอำนาจในการวางระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียน

1. อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ โดยวางหลักการใช้อำนาจอธิปไตยว่ามีขอบเขตมากน้อยเพียงไร ส่วนการจะยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยหรือไม่ ก็สุดแล้วแต่รูปแบบการปกครองของแต่ละประเทศ ซึ่งในสมัยนี้เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นเรื่องที่ทันสมัย แต่เป็นเรื่องของการแบ่งแยกหน้าที่มากกว่า สำหรับประเทศไทยก็ได้ยอมรับหลักการแบ่งแยกหน้าที่เช่นกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ได้แบ่งแยกหน้าที่การใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยให้มีสถาบันสามฝ่ายที่มีความเป็นอิสระต่อกันสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยร่วมกับพระมหากษัตริย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารนี้ นอกจากจะมีหน้าที่หลักในการปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนแล้ว ยังมีหน้าที่รองในการออกกฎหมายได้ในบางสถานการณ์เป็นการชั่วคราว อำนาจนิติบัญญัติของฝ่าย

บริหารกรณีที่มีลำดับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติที่ออกโดยองค์การนิติบัญญัติของรัฐสภา
อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้ ได้แก่ พระราชกำหนด และประกาศ
พระบรมราชโองการบางประเภท นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายบางชนิด
ในรูปของพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยทาง
คณะรัฐมนตรี(ฝ่ายบริหาร)ในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เท่ากับเป็นการยอมรับพระราช
อำนาจเต็มของพระมหากษัตริย์ตามเงื่อนไขของประชาธิปไตย ซึ่งเป็นเรื่องที่กระทำขึ้น
เพื่อการกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกำหนดระเบียบ
เกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภา
นิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือพระราช
กฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประมุขกรรมการ เป็นต้น

ในฝรั่งเศส อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารมีตามรัฐธรรมนูญบางส่วน
โดยหากต้องรอการมอบอำนาจจากรัฐสภาไม่ เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายปกครอง
ฝรั่งเศสอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารและยอมรับ
หลักที่ว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจมหาชน (puissance publique) อยู่ในมือโดยหา
กต้องรอการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับ
ปัจจุบันจึงได้กำหนดแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติให้องค์การนิติบัญญัติมีสิทธิออก
รัฐบัญญัติ (loi) ในเรื่องสำคัญ ๆ นอกจากนั้นให้อยู่ในอำนาจออกกฎหมายของ
ฝ่ายบริหารได้โดยอิสระ (pouvoir réglementaire autonome)

2. อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยการมอบอำนาจจากรัฐสภา

นอกจากอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายบางชนิดเพื่อ
ใช้บังคับแก่ประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารยังอาจได้รับการมอบ
อำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์การนิติบัญญัติที่มาจากผู้แทนบางชน
ที่มีอำนาจออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่บางชนตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยและ
หลักการแบ่งแยกหน้าที่ ซึ่งในอดีตเห็นกันว่า การกำหนดให้ผู้แทนของบางชนเป็นผู้
ออกกฎหมายโดยองค์การรัฐสภาเป็นการสมควรพอเพียงแล้ว เพราะสภาพการปกครอง
ไม่ยุ่งยาก แต่ต่อมาปรากฏว่าการปกครองได้ยุ่งยากซับซ้อนขึ้นทุกขณะ รัฐจึงเป็น

ต้องเข้าแทรกแซงในทางเศรษฐกิจและการปกครองมากขึ้นเป็นเหตุให้ต้องมีการปฏิรูป และออกกฎหมายเป็นจำนวนมากขึ้น กฎหมายหลายเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิคความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และกันไปในรายละเอียด และกฎหมายเดิมบางเรื่องก็ไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อเหตุการณ์ ความจำเป็นต่างๆเหล่านี้ประกอบกับภาระหน้าที่ของรัฐบาล ในด้านอื่นๆก็มีมากขึ้นตามลำดับ จึงทำให้รัฐบาลไม่อาจตรากฎหมายได้ในทุกเรื่องและทุกสถานการณ์กับทั้งรายละเอียดปลีกย่อยได้ทั้งหมด ดังนั้น รัฐบาลจำเป็นต้องมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารของ รัฐบาลไทยเท่าที่ได้มีการปฏิบัติกันมาแล้วมีสองรูปแบบ คือ

(1) การออกพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมาย แทนรัฐบาล ได้แก่ พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2484 พระราชบัญญัติฉบับนี้มีกำหนดเวลาใช้ไม่เกิน 3 ปี จึงมีลักษณะเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติไปให้รัฐบาลเป็นการชั่วคราว การมอบอำนาจนิติบัญญัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้กว้างขวางมาก เป็นกฎหมายที่ออกใช้บังคับในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 และเกิดเป็นปัญหาในทางการเมืองและกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยในขณะนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติยอมให้รัฐบาลลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารได้ ซึ่งปัญหานี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศฝรั่งเศสได้มีการออกกฎหมายในลักษณะเดียวกันนี้เมื่อครั้งสงครามโลกครั้งที่ 1 และเป็นปัญหาทางการเมืองเรื่อยมาจนกระทั่ง รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสได้รับรองการมอบอำนาจของรัฐบาลให้แก่ฝ่ายบริหารในการตรากฎข้อบังคับในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ทำ เป็นรัฐบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในมาตรา 38 ข้อบังคับประเภทนี้เรียกว่า "รัฐกำหนด" (ordonnance) การมอบอำนาจตามมาตรา 38 นี้มีเงื่อนไขว่ารัฐบาลต้องขอให้รัฐบาลออกรัฐบัญญัติให้อำนาจรัฐบาลออกรัฐกำหนดในเวลาหนึ่งเพื่อกำหนดมาตรการในเรื่องต่างๆเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามแผนงานของรัฐบาล โดยต้องผ่านการลงมติของคณะรัฐมนตรี ทั้งความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะที่ปรึกษาของรัฐบาลเสียก่อน แต่รัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่ก่อนที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขันจนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติ

ที่เป็นการรับรองการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ในลักษณะเช่นที่กำหนดให้ รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันเลย เว้นเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2511 เพียงฉบับเดียวที่มีบทบัญญัติยอมรับการลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติ ของรัฐสภาให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายในรูปของประกาศพระบรมราชโองการ ได้ โดยมีเงื่อนไขของทฤษฎีสถานการณ์ทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขของการตราพระราชกำหนด ผู้เขียนเข้าใจว่าอาจเป็นเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า การที่ฝ่ายบริหารมี อำนาจตราพระราชกำหนดได้เป็นการ ขัดราวตามเงื่อนไขของสถานการณ์ก็น่าจะเป็น การเพียงพอแล้ว ประกอบกับในสถานการณ์ปกติ รัฐสภาได้มอบอำนาจในการออก กฎข้อบังคับให้แก่ฝ่ายบริหารบางส่วนอยู่แล้วในทางปฏิบัติ ดังนั้น จึงไม่จำเป็นต้องมี บทกำหนดรับรองการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารอีกแต่อย่างใด

(2) การตราพระราชบัญญัติของรัฐสภากำหนดกฎเกณฑ์เรื่องใดเรื่องหนึ่ง แล้วมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกกฎข้อบังคับเพิ่มเติมในรูปแบบ ต่างๆตามเงื่อนไขและขอบเขตที่กำหนด กฎข้อบังคับที่องค์กรฝ่ายบริหารได้ออกขึ้นโดย อาศัยการมอบอำนาจจากรัฐสภา จึงย่อมต้องมีฐานะที่อยู่ในลำดับรองจากกฎหมาย ที่ออกโดยรัฐสภาเอง กฎหมายประเภทนี้เรียกกันว่า กฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) หรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) อำนาจออกกฎข้อบังคับขององค์กรฝ่ายบริหาร ของไทยลักษณะเช่นนี้ เทียบได้กับอำนาจออกกฎข้อบังคับที่เรียกว่า กฎหมายลำดับรองของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ ในอังกฤษคือหลักทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารจึงอาจไม่มีขอบเขตจำกัดได้ โดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยอำนาจในการออกกฎข้อบังคับ กฎหมายที่ออกโดยฝ่าย บริหารในกรณีเช่นนี้เรียกว่า subordinate legislation หรือ delegated-legislation ระบบอังกฤษก็เคร่งครัดว่า ฝ่ายปกครองจะออกกฎข้อบังคับได้ก็โดยได้รับมอบอำนาจ จากรัฐสภาซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจนี้โดยตรงเท่านั้น และแม้จะมีข้อยกเว้นกรณีที่ฝ่าย บริหารอาจออกกฎที่เรียกว่า prerogative order in council โดยอาศัยพระราช อำนาจของพระมหากษัตริย์ (royal prerogative) ก็ตาม แต่ก็อาจถูกลบล้าง ยกเลิก

หรือจำกัดได้โดยกฎหมายที่ชัดเจนของรัฐสภา ซึ่งหลักการในเรื่องนี้ของไทยไม่ได้ถือหลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีหน้าจะเป็นเรื่องทฤษฎีอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภายังมีองค์กรที่ตรวจสอบได้ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไรก็ตาม รัฐสภาของไทยก็ถือได้ว่ามีอำนาจสูงสุดในการออกกฎหมาย โดยต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติ รัฐสภาไทยได้มอบอำนาจในการออกกฎหมายให้แก่องค์กรฝ่ายบริหารเป็นเรื่องปกติ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้จะมีข้อแตกต่างทางทฤษฎีที่ใช้ในไทยและอังกฤษอยู่บ้าง แต่ก็มีคามเหมือนกันในทางปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรฝ่ายบริหารโดยรัฐสภา เราจึงอาจหาเอาความแตกต่างระหว่างกฎหมายของรัฐสภา กับกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจของอังกฤษมาอธิบายในเรื่องเดียวกันนี้ของไทยได้

3. อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ในกรณีอื่นๆ

ปัจจุบัน อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ของไทย นอกจากตามที่ปรากฏจากรัฐธรรมนูญ และการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาแล้ว ทางปฏิบัติส่วนราชการ ได้มีการออกระเบียบข้อบังคับและคำสั่งภายในรูปแบบของหนังสือเวียน ระเบียบ ข้อบังคับ และวิธีการดำเนินราชการและแนวปฏิบัติที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง รวมทั้งระเบียบข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารออกในรูปมติคณะรัฐมนตรี และประกาศต่างๆ ซึ่งอำนาจในการออกระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนนี้ไม่มีบทกฎหมายใดระบุให้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับขลุ่ยดังกล่าวไว้โดยแจ้งชัดแต่อย่างใดขึ้น

3.1 ลักษณะหนังสือเวียนของฝรั่งเศส

ในฝรั่งเศส อำนาจในการ ออกระเบียบข้อบังคับและคำสั่งหรือแนวปฏิบัติ ในรูปหนังสือเวียนก็เป็นที่ปฏิบัติขององค์กรฝ่ายบริหารเช่นเดียวกัน กล่าวคือ นอกจากฝ่ายบริหาร ของฝรั่งเศสจะมีอำนาจออกกฎข้อบังคับเอกเทศ (pouvoir réglementaire autonome) แล้ว องค์กรฝ่ายบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองยังมีอำนาจออกกฎข้อ

บังคับที่ไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งออกขึ้นเมื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตรา
 รัฐบัญญัติกำหนดหลักการขั้นพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญ
 ฝรั่งเศส ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการขั้นพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้
 หนึ่ง รัฐบาลยังอาจออกข้อบังคับเมื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้น
 ตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และวรรคสองได้ด้วย รัฐธรรมนูญปี 1958 มีได้บัญญัติให้
 อำนาจอธิบดีออกข้อบังคับในกรณีนี้ไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นที่ยอมรับกันในทางลัทธิ
 กฎหมายว่า การที่มาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสบัญญัติให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจ
 หน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติย่อมเป็นปริยายว่า ถ้ามีความจำเป็นต้องกำหนด
 เงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติใด ๆ รัฐบาลย่อมมีอำนาจออกข้อบังคับเพื่อกำหนด
 เงื่อนไขดังกล่าวได้⁹⁸ (คดี Labonne (CE 8 August 1919) และคดี Heyries
 (CE 28 June 1918)) นอกจากนี้องค์กรปกครองทั้งหลายที่มีฐานะต่ำกว่าฝ่ายบริหาร
 เช่น รัฐมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด (préfets) หรือนายกเทศมนตรี (maire)
 ยังมีอำนาจวางระเบียบแบบแผนเพื่อให้การปฏิบัติงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ที่
 อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบเป็นไปด้วยดี ทั้งนี้แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่า ให้มีอำนาจ
 วางระเบียบแบบแผนต่างๆได้ก็ตาม (คดี Jamart (CE 8 February 1936))

อำนาจออกกฎข้อบังคับขององค์กรฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสที่อาจนำมาใช้
 อธิบายกับแนวทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คือ การกระทำที่เกี่ยวกับเรื่องภายใน
 หน่วยงาน (Mesures d'ordre Intérieur) ซึ่งอาจปรากฏออกมาในรูปของหนังสือ
 เวียน ประกาศ คำสั่งแจ้ง คำสั่ง ฯลฯ แต่ทั้งหมดจะมีลักษณะเหมือนกันตรงที่ว่า มีจุด
 มุ่งหมายเพื่อใช้โดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานหรือของฝ่ายปกครองและจะไม่
 เกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอก แต่ต่อมา การขยายตัวของอำนาจในการออกกฎข้อบังคับ
 ทั่วไป (pourvoir réglementaire) และการแทรกแซงทางเศรษฐกิจกับทุกปฏิบัติการ

⁹⁸ อีสสระ นิตินันท์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ :
 โรงพิมพ์ห้างหุ้นส่วนจำกัดคุณฉวีอักษรกิจ, 2517), หน้า 71.

สาธารณะ ก่อให้เกิดการยอมรับอำนาจในการกระทำที่เกี่ยวกับเรื่องภายในหน่วยงาน ศาลปกครองได้พยายามแยกแยะลักษณะและประเภทของ Mesures d' ordre Intérieur ว่ามีลักษณะเป็น Mesures d' ordre Intérieur แท้ๆ หรือเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย Mesures d' ordre Intérieur ที่สำคัญคือ หนังสือเวียน (circulaires) และติแรดตีฟ (directives) สำหรับหนังสือเวียนมีแนวโน้มในการใช้หนังสือเวียนในประเทศฝรั่งเศสมากขึ้น ด้วยเหตุผลของความซับซ้อนของปัญหาต่างๆ ซึ่งศาลปกครองได้ดำเนินถึงและยอมรับหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป โดยศาลปกครองได้แบ่งแยกหนังสือเวียนเป็นสองประเภท คือ

3.1.1 หนังสือเวียนที่มีลักษณะตีความและคำสั่งภายใน (circulaires interprétatives et circulaires d' ordre intencur)

หนังสือเวียนประเภทนี้จะไม่สร้างปัจจัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายใหม่ใดๆ ขึ้นมา การตีความกฎหมายที่มีอยู่ในหนังสือเวียนไม่มีคุณค่าทางกฎหมายสำหรับประชาชนทั่วไปซึ่งจะยอมรับเฉพาะการตีความของศาลเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ จึงดูเหมือนว่าหนังสือเวียนไม่อาจถูกโต้แย้งโดยประชาชน (administré) ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการ สถานการณ์แตกต่างกันบ้างเล็กน้อย ข้าราชการจำต้องปฏิบัติตามโดยเหตุผลของหน้าที่ในการเชื่อฟังการบังคับบัญชาหรือลำดับชั้น (devoir d' obéissance hiérarchique) และถ้าหนังสือเวียนก่อให้เกิดผล (produit effet) ข้าราชการก็ไม่สามารถฟ้องได้ เพราะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในการเชื่อฟังและไม่สามารถดำเนินคดีใดๆ ต่อมาตรการที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบหรือการดำเนินงานของบริการ⁹⁹ อย่างไรก็ตาม คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยตีความกฎหมายตามหนังสือเวียนอาจถูกศาลปกครองเพิกถอนได้ เพราะไม่ชอบด้วยกฎหมายในลักษณะที่ว่า

⁹⁹ ฆนศักดิ์ ไวสารวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารกฎหมายปกครอง 4 (สิงหาคม 2528) : 286.

ผู้ออกคำสั่ง "เข้าใจผิดในข้อกฎหมาย" (erreur de droit) ได้ แต่จะขอให้เพิกถอนหนังสือเวียนนั้นไม่ได้¹⁰⁰

3.1.2 หนังสือเวียนที่มีลักษณะบังคับทั่วไป (circulaire réglementaire)

หนังสือเวียนประเภทนี้ได้ก่อให้เกิดการเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่เป็นการทั่วไป (acte réglementaire) หลักที่ศาลปกครองใช้ในการแยกประเภทหนังสือเวียนประเภทนี้คือ ต้องเป็นหนังสือเวียนที่เพิ่มเติมกฎเกณฑ์บางอย่างไปจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้กับประชาชนหรือให้หลักประกันเพิ่มเติมแก่ประชาชน การออกหนังสือเวียนประเภทนี้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐมนตรีไม่มีบทบัญญัติที่จะตีความ หรือไม่มีอำนาจในการประมินหรือตีค่า รัฐมนตรีต้องเผชิญกับช่องว่างของกฎหมายที่รัฐมนตรีจำเป็นต้องอุดช่องว่างโดยการให้หนังสือเวียน ซึ่งหนังสือเวียนประเภทนี้ก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่อาจโต้แย้งได้โดยเอกชน¹⁰¹

หนังสือเวียนใดที่ศาลเห็นว่ามิใช่กฎหมายของฝ่ายบริหาร ต้องถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนหนังสือเวียนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ส่วนดีแรดตีฟเป็นคำสั่งของหัวหน้าหน่วยงานที่มีต่อเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเพื่อวางแนวปฏิบัติหรือการวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ ความหมายของดีแรดตีฟได้เกิดขึ้นโดยตรงในคำพิพากษา *Crédit foncier de France* (C.E. 11 ธันวาคม 1970) ศาลปกครองได้วางหลักว่า ดีแรดตีฟเป็นเรื่องของ

¹⁰⁰ โกลติน ยลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," เอกสารในการสัมมนาหลักกฎหมายปกครอง เสนอที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 26-27 สิงหาคม 2530), หน้า 49.

¹⁰¹ ยูเนสส์ดี ไวส์ราว, "การกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวในกฎหมายฝรั่งเศส," เอกสารในการสัมมนาหลักกฎหมายปกครอง เสนอที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง 23-24 กรกฎาคม 2528, หน้า 5.

การชี้แนะหรือชี้แนวทางดำเนินการ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติจึงอาจไม่ทำตามก็ได้ ถ้าเห็นว่ามีความเหมาะสม ในขณะที่ยังเป็นกฎข้อบังคับฝ่ายปกครองหรือหนังสือเวียนแล้ว ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ไม่มีอิสระที่จะเลือกปฏิบัติอย่างกรณีตีแรดตีฟได้ ดังนั้น ตีแรดตีฟจึงไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างไร คือไม่เปลี่ยนแปลงสถานการณ์ทางกฎหมาย จะร้องขอให้ยกเลิกตีแรดตีฟโดยตรงไม่ได้ ซึ่งจะเหมือนหนังสือเวียนที่ตีความกฎหมาย แต่ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของตีแรดตีฟอาจถูกยกขึ้นมาได้เมื่อมีคำสั่งออกมาโดยอาศัยแนวทางของตีแรดตีฟ การดำเนินการต่อการกระทำทางปกครองนี้จะต้องพิจารณาว่า ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามตีแรดตีฟหรือไม่ ถ้าปฏิบัติตาม ตีแรดตีฟนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือเปล่า และถ้าไม่ปฏิบัติตาม มีมูลเหตุอะไรเป็นพิเศษที่จะทำให้การไม่ปฏิบัติตามนั้น ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰²

3.2 ลักษณะหนังสือเวียนของไทย

สำหรับระเบียบข้อบังคับและแนวปฏิบัติที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการดำเนินการบริการสาธารณะของไทยเท่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันมีลักษณะเป็นเช่นเดียวกันกับที่มีปรากฏในประเทศฝรั่งเศส เพียงแต่ว่าแนวปฏิบัติของไทยดังกล่าวมิได้มาจากคำพิพากษาของศาลปกครองในการยอมรับอำนาจในการออกกฎหมายตามความจำเป็นที่เกิดขึ้นของฝรั่งเศสในอดีต ระเบียบข้อบังคับภายในองค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองของไทยในขณะนี้ออกเป็นหนังสือเวียนให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และข้าราชการฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้อง ถือปฏิบัติ ผู้ที่ออกหนังสือเวียน ระเบียบ ข้อบังคับดังกล่าวอาจเป็นหัวหน้าส่วนราชการ หรือโดยมติดคณะรัฐมนตรี กรณีที่หนังสือเวียนฯ ออกโดยมติดคณะรัฐมนตรีก็จะมีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั่วไป แต่ถ้าเป็นหนังสือเวียนที่ออกภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้ากระทรวง ทบวงกรม ก็มีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ใต้บังคับบัญชาของส่วนราชการนั้นๆ ถือปฏิบัติตามสาระของระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนที่ใช้กันในวงราชการไทยปัจจุบัน

¹⁰² โภติน ฆลกุล, "การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง," หน้า 51.

ได้กำหนดขึ้นเพื่อความคล่องตัวและประโยชน์ในการดำเนินบริการสาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปโดยความสะดวกรีบร้อยและเป็นระเบียบแบบแผนเดียวกันในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังเห็นได้จากคำบรรยายของระเบียบข้อบังคับฯที่ว่า "ให้เป็นระเบียบเดียวกันเพื่อความสะดวกในการปฏิบัติยิ่งขึ้น¹⁰³ เพื่อเป็นรากฐานการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของจังหวัด¹⁰⁴ และเพื่อให้การบริหารราชการมีประสิทธิภาพและสามารถให้บริการแก่ประชาชนได้โดยสะดวก รีบร้อย และรวดเร็ว¹⁰⁵" เป็นต้น

โดยทั่วไประเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนถือเป็นเรื่องมาตรการภายในของกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติตาม ระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนทั้งหลายของไทยในปัจจุบันมีเป็นจำนวนมาก เฉพาะหนังสือเวียนที่เกี่ยวกับระเบียบข้อบังคับและคำสั่งภายในของส่วนราชการใดส่วนราชการหนึ่ง ก็มีเป็นจำนวนมาก เช่น ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี ฯลฯ ซึ่งหากจำแนกลักษณะสาระของระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนอย่างกว้างๆแล้ว ก็จะปรากฏดังนี้

ก. ระเบียบข้อบังคับภายในของฝ่ายปกครอง

1. ระเบียบข้อบังคับที่กำหนดหรือวางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับสภาพภาพและผลประโยชน์รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เช่น ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2525 หนังสือเวียน ก.พ. เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการ และระเบียบการตำรวจไม่เกี่ยวกับคดี เป็นต้น

¹⁰³ คำบรรยายนี้มีปรากฏในระเบียบหลายฉบับ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการยี่สิบสอง พ.ศ. 2521 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517 เป็นต้น

¹⁰⁴ คำบรรยายนี้ปรากฏในระเบียบข้อบังคับบางฉบับ เช่น ระเบียบการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของจังหวัด พ.ศ. 2520 เป็นต้น

¹⁰⁵ คำบรรยายนี้มีปรากฏในเหตุผลของระเบียบบางฉบับ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเร่งรัดการปฏิบัติราชการ พ.ศ. 2521 เป็นต้น

2. ระเบียบข้อบังคับที่กำหนดหรือวางระเบียบการปฏิบัติราชการ ของส่วนราชการทั้งหลายให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เช่น ระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517 ระเบียบว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2521 เป็นต้น

3. ระเบียบข้อบังคับที่กำหนดหรือวางแนวปฏิบัติในการดำเนินบริการสาธารณะ ของส่วนราชการใดส่วนราชการหนึ่ง เช่น ระเบียบการตำรวจเกี่ยวกับคดี เป็นต้น

ข. หนังสือเวียนที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

หนังสือเวียนอาจออกโดยหัวหน้าส่วนราชการหรือฝ่ายบริหารหรือองค์กรทางปกครองเพื่อตีความ อธิบาย ตอบข้อหารือ กำชับ หรือชี้แจงความเข้าใจเกี่ยวกับการปฏิบัติตามตัวบทกฎหมายต่างๆ รวมทั้งวางแนวปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย เช่น หนังสือเวียนกระทรวงมหาดไทยเรื่องการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าหา พ.ศ. 2518 หนังสือเวียนกระทรวงมหาดไทย เรื่องความหมายของคำว่า "มิใช่ไร้" ตามพระราชบัญญัติควบคุมการเช่าหา พ.ศ. 2518 หนังสือเวียนเกี่ยวกับการปฏิบัติงานการทะเบียนราษฎร¹⁰⁶ เป็นต้น

การจำแนกลักษณะสาระของหนังสือเวียน ดังกล่าวเป็นเพียงการชี้ให้เห็นถึงแนวทางในการออกหนังสือเวียนของฝ่ายปกครอง ว่ามีเพียงใดบ้าง จะเห็นได้ว่าหนังสือเวียนบางประเภทเป็นเอกสารหมุนเวียนภายในแท้ๆ โดยมีลักษณะจำกัดอยู่เพียงการเตือนถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อธิบาย หรือตีความบทบัญญัติกฎหมายเท่านั้น แต่บางประเภทได้สร้างหรือก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ที่มีผลอย่างแท้จริงเบี่ยงกฎข้อบังคับทั่วไป ความแตกต่างของหนังสือเวียนว่าเป็นประเภทใดนั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากลำบากในการตีความ แม้กระทั่งประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ยอมรับอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารในรูปของหนังสือเวียนนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสโดยเฉพาะเกี่ยวกับการตีความหนังสือเวียนว่ามีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับทั่วไปหรือไม่ ก็เป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากลำบากเช่นกัน ผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส

¹⁰⁶ ตัวอย่างเช่น หนังสือเวียนเรื่องการปฏิบัติเกี่ยวกับทะเบียนราษฎรเมื่อประสบสาธารณภัย หนังสือเวียน เรื่องการปฏิบัติงานทะเบียนเมื่อเกิดไฟไหม้ที่ว่าการอำเภอ หนังสือเวียน เรื่องการลงรายการในทะเบียนบ้านเมื่อมีการแจ้งย้ายออก เป็นต้น

ได้บัญญัติลักษณะ réglementaire ในหลายสมมุติฐาน เช่น ไม่เป็นเพราะ circulaire เพียงแต่ห้ามการดำเนินงานภายในของฝ่ายบริหารและไม่มีผลทางกฎหมายต่อประชาชน (CE. 9 มีนาคม 1951 Guislain R. 142) หรือ circulaire ที่เพียงแต่ commente และตีความคำสั่งเท่านั้น เช่น circulaire ที่กำหนดพฤติกรรมบางประการต่อเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานไม่เป็น réglementaire แต่ถือว่าเป็น circulaire ประเภทที่มีผลบังคับทั่วไปเมื่อมีผลต่อบุคคลภายนอกหรือผู้ใต้ปกครอง โดยเพิ่มเติมข้อกำหนดใหม่ๆ หรือลบหลักประกันบางประการ¹⁰⁷

3.3 การยอมรับระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนของไทยโดยศาล

ผลบังคับของระเบียบข้อบังคับและหนังสือเวียนที่มีต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการที่จะต้องถือปฏิบัติตามนั้น มีปรากฏในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการต่างๆ เช่น พรบ.ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 บัญญัติกำหนดโทษทางวินัยสำหรับผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามระเบียบและแบบธรรมเนียมของทางราชการรวมทั้งมติดคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ มาตรา 68 แห่ง พรบ.ดังกล่าว บัญญัติว่า ข้าราชการพลเรือนต้องตั้งใจปฏิบัติตามหน้าที่ราชการตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการและมติดคณะรัฐมนตรีให้เกิดผลดีแก่ราชการ การประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการหรือปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ หรือมติดคณะรัฐมนตรีอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง นอกจากนี้ มาตรา 74 บัญญัติว่าข้าราชการพลเรือนสามัญต้องถือและปฏิบัติตามระเบียบและแบบธรรมเนียมของทางราชการ

การที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่างๆ บัญญัติให้ข้าราชการต้องถือปฏิบัติตามระเบียบแบบธรรมเนียมของทางราชการ และมติดคณะรัฐมนตรี นั้น จะมีผลกระทบต่อ การไม่ปฏิบัติตามระเบียบฯ หรือต่อประชาชนเพียงใด

เช่น พนักงานสอบสวนจับกุมผู้ต้องหาโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่มิได้ขอความเห็นชอบจากผู้มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบ

¹⁰⁷ ฌูเนตต์ ไวส์ รวจ, "นิติกรรมฝ่ายเดียวทางปกครองในกฎหมายฝรั่งเศส," หน้า 288.

ตามข้อ 1 แห่งข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2523 เสียก่อน การจับกุมดังกล่าว ชอบด้วยกฎหมาย แต่พนักงานสอบสวนคนนั้นอาจต้องรับโทษทางวินัยข้าราชการฐาน ไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการได้

หรือกรณีที่มีประกาศรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 5 ตุลาคม 2515 เรื่องกำหนดหน่วยงานเขตอำนาจการรับผิดชอบและขตชั้นที่การปกครอง ของหน่วยราชการในกรมตำรวจซึ่งออกตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกา แบ่งส่วนราชการกรมตำรวจ พ.ศ. 2508 ได้กำหนดให้กองปราบปรามมีเขตการ รับผิดชอบในการสอบสวนคดีอาญาได้ทั้งราชอาณาจักร ขณะเดียวกันมีระเบียบการ ตำรวจเกี่ยวกับคดี เล่ม 1 ลักษณะที่ 8 บทที่ 3 เรื่องอำนาจการสอบสวน กำหนดว่า การสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนกองปราบปรามจะต้องได้รับคำสั่งหรือรับอนุญาต จากผู้บังคับบัญชา คือ อธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดี ฯลฯ เสียก่อน

ระเบียบดังกล่าวเป็นระเบียบภายในของกรมตำรวจ มิได้ลบล้างอำนาจ พนักงานสอบสวนกองปราบปรามในการสอบสวนคดีอาญาได้ทั้งราชอาณาจักรตาม ประกาศกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามกฎหมายแต่อย่างใด เทียบเคียงได้จาก คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 767/2503¹⁰⁸

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 881/2495 การที่ราษฎรคนไทยขอให้นายอำเภอ ในฐานะพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ดำเนินการเพื่อทำนิติกรรมซื้อขายที่ดินให้ตน แต่นายอำเภออ้างว่าผู้ร้องมีบิดาเป็น คนต่างด้าว จึงต้องทำการสอบสวนและส่งเรื่องไปให้กรมที่ดินก่อนตามที่กระทรวง มหาดไทยวางระเบียบไว้ โดยที่ปรากฏอยู่ตามคำพิพากษาของศาลแล้วว่า ผู้ร้องเป็น คนสัญชาติไทยนั้น ย่อมเป็นข้ออ้างที่ปราศจากมูลที่จะหวังเห็นว่ายัดขวางการรับ จดทะเบียนนิติกรรมเสียเลย การกระทำของนายอำเภอจึงเป็นการกระทำอันมิชอบ ด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นการกระทำละเมิด และจะอ้างว่ามีบุคคลอื่นใช้ให้ทำ ก็หาทำให้ พ้นจากความผิดไม่ และระเบียบของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว หากจะมีจริงก็มีใช้

¹⁰⁸ กุลพล พลวัน, "บรรณาธิการแถลง, "วารสารอัยการ 9 (มกราคม 2529)

กฎหมาย และไม่มีกฎหมายอื่นใดให้อำนาจให้ออกระเบียบเช่นนั้นได้ ฉะนั้นจะใช้บังคับ
แก่ประชาชนจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขาเหล่านั้นไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 388/2506 ระเบียบของกระทรวงมหาดไทยที่ให้นายก
เทศมนตรี ปลัดเทศบาล สมุหบัญชี ต้องร่วมรับผิดชอบใช้เงินคืนให้แก่เทศบาลในกรณีมี
การทุจริตอันเกี่ยวกับการรักษาเงินนั้น ไม่ใช่กฎหมาย จะยกเอาระเบียบดังกล่าวขึ้น
วินิจฉัยว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบใช้เงินแทนในทันทีขณะที่ขณะทราบว่ามี การทุจริต
ขึ้น โดยมีต้องสอบสวนว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบจริงหรือไม่เสียก่อนหาได้ไม่

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1419/2509 คำสั่งของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 นั้น
ถือเป็นกฎหมายให้อำนาจจำเลย(พนักงานสอบสวน) จะควบคุมโจทก์ไว้ทำการสอบสวน
ได้ 30 วัน การที่จำเลยไม่ปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย (ให้พิจารณาพร้อมกับ
นายอำเภอ) เสียก่อนควบคุมนั้น เป็นเรื่องภายในเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการเท่านั้น
หาเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแต่อย่างใดไม่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1787/2524 จำเลยที่ 4 และจำเลยที่ 5 เป็นกรรมการ
สภาตำบลผู้ทรงคุณวุฒิตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 326 หาใช้ข้าราชการหรือ
ได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมายอย่างใดไม่ แม้ได้รับแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการ
ดังกล่าวด้วย แต่ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการปฏิบัติตามโครงการพัฒนา
ท้องถิ่นและช่วยประชาชนในชนบทให้มีความก้าวหน้าในฤดูแล้ง พ.ศ. 2518 มิใช่กฎหมาย
เมื่อจำเลยทั้งสองมิได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย และไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้ว่าให้
เป็นเจ้าของพนักงาน ถึงแม้ว่าจำเลยทั้งสองจะได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการ ก็
หาใช่เจ้าของพนักงานไม่

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 2383/2526 การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้ง
บริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแร่ เป็นสิทธิและเสรีภาพ
ที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นว่านี้จะกระทำได้อีกเมื่อมี
กฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจน ฉะนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมี
วัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องห้ามหรือต้องควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะ
ต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์มาตรา 1019 บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น จำเลยจะสั่งให้หรือการรับจดทะเบียน

ไว้ก่อนตามมติของคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ควบคุมสิ่งการถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวหาได้ไม่

ตามแนวคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ศาลไทยยังคงถือหลักว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหมายที่จะออกขึ้นมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นพระราชบัญญัติซึ่งผ่านการพิจารณาขององค์การนิติบัญญัติที่ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชน ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพได้ก็ต่อเมื่อมีพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการออกคำสั่งหรือระเบียบต่างๆ ให้ประชาชนปฏิบัติก็ต้องมีกฎหมายขององค์การนิติบัญญัติสนับสนุนให้อำนาจ ดังนั้น ศาลจึงเห็นว่าระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีซึ่งออกโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัตินั้นไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย ไม่มีผลทำให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่เพิ่มขึ้นกว่าที่มีบทกฎหมายกำหนดไว้ และไม่อาจใช้บังคับแก่ประชาชนจนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เขาได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 881/2495 และคำพิพากษาฎีกาที่ 950/2491) ศาลฎีกาก็ว่าระเบียบและมติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงระเบียบขงภายในของฝ่ายบริหารเท่านั้น การไม่ปฏิบัติตามระเบียบขงหาเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแต่อย่างใดไม่

ตัวอย่างคำพิพากษาฎีกาที่เห็นได้ชัดคือ คำพิพากษาฎีกา ที่ 2383/2526 เนื่องจากเป็นการทบทวมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทโจทก์ที่จดทะเบียนมีวัตถุประสงค์ประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์ อันเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับเศรษฐกิจของประเทศชาติที่จะต้องวินิจฉัยในการอนุญาตหรือไม่เป็นพิเศษ หากไม่มีการควบคุมให้รัดกุมแล้ว อาจก่อให้เกิดผลเสียหายแก่เศรษฐกิจของประเทศชาติและประชาชนเป็นส่วนรวม คณะรัฐมนตรีจึงลงมติเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2522 เกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่ให้ธุรกิจทั้งสองอย่างจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรือผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มอบหมายก่อน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มีนโยบายให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะได้มีกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับกิจการนี้ ซึ่งขณะนี้อยู่ในระหว่างร่างของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทจึงได้รอการจดทะเบียนบริษัทโจทก์ไว้ไม่ได้บอกบัลไม่รับจดทะเบียน ซึ่งศาลฎีกาตัดสินว่าการที่จำเลยสั่งให้รอการรับจดทะเบียนไว้ก่อนตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมาย

ให้ควบคุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าว จึงเป็นการตัดสิทธิของโจทก์ที่จะยังมีสิ่งใดโดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงเป็นการไม่ชอบ ศาลมีอำนาจวินิจฉัยให้นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทฯพิจารณาคำขอของโจทก์ได้

โดยสรุปจะเห็นได้ว่า ศาลไทยยังไม่ยอมรับอำนาจออกหนังสือเวียนระเบียบ ข้อบังคับ และมติคณะรัฐมนตรีโดยไม่มีกฎหมายสนับสนุน เพื่อนำมาใช้บังคับแก่ประชาชนได้แต่อย่างใด ส่วนการถือปฏิบัติตามระเบียบฯลฯดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ต่างๆ ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภทต่างๆ ที่บัญญัติให้ต้องถือปฏิบัติตาม ศาลไทยไม่ยึดหลักและจำแนกลักษณะของ *circulaires* และการนำ *circulaires* ต่างๆมาใช้บังคับแก่ประชาชน ดังเช่นที่ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้กระทำแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะได้วินิจฉัยคดีต่างๆ โดยยึดหลักดังกล่าวข้างต้น แต่ผลของคดีก็ผูกพันเฉพาะคู่ความ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงอาจยอมรับดำเนินการในเรื่องนั้นตามคำวินิจฉัยของศาลเฉพาะผู้ที่เป็นคู่ความด้วยเท่านั้น ทั้งนี้ ตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 145

3.4. การถือปฏิบัติตามหนังสือเวียนโดยฝ่ายบริหารของไทย

โดยที่หนังสือเวียนเป็นการวางแนวปฏิบัติและวางระเบียบภายในของฝ่ายปกครองในการดำเนินการสาธารณะ เพื่อให้การดำเนินการสาธารณะเป็นไปโดยเรียบร้อยและเป็นแนวทางเดียวกัน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหนังสือเวียน แม้ว่าหนังสือเวียนนั้นจะไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติก็ตาม แต่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนประเภทต่างๆ ได้บัญญัติให้ต้องถือปฏิบัติ ดังนั้น จึงถือได้ว่าหนังสือเวียนดังกล่าว เป็นระเบียบแบบแผนของทางราชการ การถือปฏิบัติตามหนังสือเวียนย่อมมีผลกระทบต่อประชาชนโดยทางอ้อมได้ หากปรากฏว่า ประชาชนคนใดคนหนึ่งต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับ การดำเนินการสาธารณะในบางเรื่อง และเมื่อประชาชนคัดค้านการถือปฏิบัติตามหนังสือเวียน โดยเห็นว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ถูกต้อง องค์กรฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่ในการตัดสินข้อพิพาทหรือดำตัตตันของส่วนราชการนั้นก็จะรับเรื่องร้องเรียนของ

ประชาชนโดยพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ปกครองเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือหนังสือเวียนหรือไม่ ถ้าปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำ ตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ หรือหนังสือเวียนแล้ว ก็ถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง นั้นกระทำการหรือไม่กระทำการโดยชอบแล้ว

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองก็มีสถาบันฝ่ายปกครองสถาบัน หนึ่งซึ่งรับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครอง คือ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เป็นสถาบันฝ่ายปกครองที่รับคำร้องเรียนดังกล่าวของประชาชนโดยทั่วไป และพิจารณา วินิจฉัยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าชอบหรือไม่ ซึ่งหากคำร้องทุกข์ของ ประชาชนขาดถึงถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียน คณะกรรมการ วินิจฉัยร้องทุกข์สามารถวินิจฉัยแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือเวียนนั้นให้ถูกต้องต่อไป นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะที่เป็นหน่วยงานธุรการให้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ก็อาจเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องหรือการ แก้ไขหนังสือเวียนให้ถูกต้องได้ สถาบันฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่สามารถตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและทำให้ฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายปกครองมองเห็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติราชการตามหนังสือเวียน และสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้รวดเร็วขึ้น

ตัวอย่างของการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติตาม หนังสือเวียนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่น่าสนใจสองเรื่อง คือ การพิจารณาวินิจฉัยของ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม และค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

ในเรื่องแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับการ ขอจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม¹⁰⁹ แต่ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะจดทะเบียนให้ โดยชี้แจงว่าเป็นการปฏิบัติตามหนังสือ

¹⁰⁹ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "คำวินิจฉัยที่ 22/2529 เรื่อง นายคำทวม ตุมภกรณ์ ร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมกรณีเขตบางกอกน้อยไม่จดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมให้กับตน," 14 มีนาคม 2529.

เวียนของกระทรวงมหาดไทย ที่กำหนดว่าหากผู้รับบุตรบุญธรรมมาร้องขอจดทะเบียน แต่ฝ่ายเดียวก็ห้ามมิให้จดทะเบียนตามนัยมาตรา 22 แห่งพรบ.จดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า เมื่อขณะนี้ได้มีพรบ.การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2522 ใช้บังคับกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ได้กำหนดขั้นตอนวิธีการไว้เป็นกรณีเฉพาะ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อความในมาตรา 22 แห่งพรบ.จดทะเบียนครอบครัวฯถูกยกเลิกโดยปริยายแล้ว เพราะขัดแย้งกับ พรบ.การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่บัญญัติภายหลัง หนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทย จึงเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมรายนี้ต่อไป นอกจากนี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีข้อสังเกตในการแก้ไขความบกพร่องในเรื่องนี้เพื่อให้หัวหน้าฝ่ายบริหารสั่งการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแก้ไขดังนี้

1. ออกหนังสือเวียนกำหนดแนวทางปฏิบัติในเรื่องการจดทะเบียนเสียใหม่ให้ถูกต้อง

2. ชักซ้อมความเข้าใจกับกรมประชาสงเคราะห์และเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับ การจดทะเบียนโดยให้ยึดถือเป็นแนวปฏิบัติตามกฎหมายต่อไปว่า กรมประชาสงเคราะห์ มีหน้าที่ตรวจสอบและรับรองข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมให้ถูกต้องเสียแต่ในเบื้องต้น ส่วนเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการจดทะเบียนมีหน้าที่เพียงรับข้อมูลจากกรมประชาสงเคราะห์มาดำเนินการจดทะเบียนให้สมบูรณ์ตามกฎหมายต่อไป

ในเรื่องที่สองเป็นเรื่องบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้ว¹¹⁰ เมื่อบิดา ถึงแก่กรรม บุตรนั้นก็ได้นำเงินการจดทะเบียนโอนที่ดินมรดกของบิดา เจ้าหน้าที่งาน

¹¹⁰ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, "ดำริวินิจฉัยที่ 16/2528 เรื่อง การตีความการโอนที่ดินมรดกระหว่างบิดากับบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการโอนมรดก ระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 32 (พ.ศ. 2522) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 หรือไม่ (กรณี นายวิเศษ บัวผาชนะ ร้องทุกข์ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกรมที่ดินในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมโอนที่ดินมรดก)

ที่ดินเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมตามจำนวนทุนทรัพย์ 2% ซึ่งผู้ร้องทุกข์เห็นว่าควรเสียเพียง 0.5% ตามข้อ 2(7) (ข) ของกฎกระทรวงฉบับที่ 32 (พ.ศ. 2522) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์พิจารณาแล้วเห็นว่า กรมที่ดินได้มีหนังสือ ชักซ้อมความเข้าใจเกี่ยวกับการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจดทะเบียนสิทธิฯตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 32 (พ.ศ. 2522) ชลย ว่า การจดทะเบียนโอนมรดกระหว่างบิดากับบุตรที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายไม่ถือว่าเป็นการ โอนมรดกระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดาน ให้เรียกเก็บ ค่าธรรมเนียมฯตามจำนวนทุนทรัพย์ 2% ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่เรียกเก็บ ค่าธรรมเนียมฯจากผู้ร้องทุกข์รายนี้ 2% จึงเป็นกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติตาม ระเบียบแบบแผนของทางราชการอันเป็นการปฏิบัติที่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่แล้ว แต่ ที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เห็นว่า การรับมรดกของผู้ร้องทุกข์รายนี้ อยู่ในความหมายของการรับมรดกระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานตามข้อ 2(7)(ข) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 32 (พ.ศ. 2522) ชลย ซึ่งต้องเสียอัตรา 0.5% การที่กรมที่ดิน เรียกเก็บ 2% ตามข้อ 2(7)(ก) แห่งกฎกระทรวงดังกล่าว จึงเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง และขัดต่อกฎกระทรวงดังกล่าว ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ข้อสังเกต เพิ่มเติมว่า หนังสือชักซ้อมความเข้าใจของกรมที่ดินเกี่ยวกับการเรียกค่าธรรมเนียม มี สารณเข้าใจได้ว่า การโอนมรดกระหว่างผู้บุพการีกับผู้สืบสันดานตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 32 ชลย ไม่หมายความว่า การโอนมรดกระหว่างบิดากับบุตรนอกกฎหมายที่บิดา รับรองแล้วซึ่งไม่สอดคล้องกับความหมายตามที่ที่ประชุมใหญ่คณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ได้วินิจฉัยในกรณีนี้