

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ประเสริฐ สุขสบาย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ.2549

ISBN 974-671-484-8

The Administrative Rulemaking

PRASERT SOOKSABAIY

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2006

ISBN 974-671-484-8

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ ด้วยความเมตตากรุณาของท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้รับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้ให้ข้อคิดเห็นให้คำปรึกษา อันเป็นประโยชน์ยิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.พิรพันธุ์ พาลุสุข ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่า รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ นอกจากนั้นขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วิระ โลจายะ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทำให้วิทยานิพนธ์นี้ สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองไว้ ณ ที่นี้

สิ่งสำคัญยิ่งที่ผู้เขียนจะต้องระลึกถึงตลอดไปในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ ท่านอาจารย์ธรรมนิตย์ สุมันตกุล ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้เขียนแม้ท่านจะมีภารกิจในหน้าที่ราชการ อย่างมากมายแต่ก็ได้กรุณา รับเป็นกรรมการอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ซึ่งได้ให้คำแนะนำ ข้อมูล ข้อคิดเห็นต่างๆ ตลอดจนการตรวจทาน แก้ไขข้อบกพร่อง ในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ตั้งแต่ เริ่มต้นจนแล้วเสร็จ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่ง

ผู้เขียนได้มีโอกาสรับราชการในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในระยะเวลาช่วง กลางๆ ของชีวิต ได้รับรู้ เรียนรู้สิ่งใหม่ๆ ในด้านกฎหมายอย่างมากมาย และทำให้ผู้เขียนได้มี โอกาสในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้เกี่ยวข้องทุกๆ ท่านในสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาแห่งนี้

ผู้เขียนขอขอบคุณผู้อำนวยการสถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน (คุณเชวง ไทยยิ่ง) คุณรังสรรค์ กระจำวงศ์ คุณวชิระ ปากสีดี คุณพงษ์พิสัย วรรณราช คุณปาจิรีย์ จำเริญกุล คุณกาญจนา คงวันดี คุณราณี อินทสร คุณเกียติก้อง กิจการเจริญดี คุณจิรพงษ์ เวชมงคลกร คุณจ่านงค์ แจ่มโสภณ คุณศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ คุณศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในด้านต่างๆ และขอขอบคุณ คุณพิศิษฐ์ แก่นคำ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือในการจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จน สำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

ท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อ คุณแม่ ที่ให้ความรัก ความเมตตา ความ ห่วงใยแก่ผู้เขียนเสมอมา หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องหรือข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียน ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ประเสริฐ สุขสบาย

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ฅ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฌ
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	3
1.3 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.4 สมมุติฐานของวิทยานิพนธ์.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
2. แนวความคิดและความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร	6
2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร.....	6
2.1.1 หลักพื้นฐานของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ.....	6
2.1.2 สารสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ	7
2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร	9
2.1.4 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร”	10
2.1.5 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายปกครอง”	10
2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎของฝ่ายบริหาร.....	12
2.2.1 ทฤษฎีการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ	12
2.2.2 ทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส.....	12
2.2.3 ทฤษฎีเยอรมันกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชนและกฎเกณฑ์ ภายในของฝ่ายบริหาร.....	13
2.2.4 อำนาจการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	13
2.3 พัฒนาการในการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	17
2.3.1 การออกกฎของฝ่ายบริหารในอดีต.....	17
2.3.2 การออกกฎของฝ่ายบริหารในปัจจุบัน.....	17
2.4 ความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร.....	18

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.4.1 ความหมายของกฎ.....	18
2.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ	18
2.4.3 สาระสำคัญของกฎ.....	19
2.4.4 การจำแนกลักษณะของกฎ.....	19
2.4.5 หลักการที่ถือปฏิบัติในการออกกฎ.....	22
2.5 ประเภทของกฎของฝ่ายบริหาร.....	23
2.5.1 การแบ่งแยกประเภทของกฎโดยอาศัยเกณฑ์องค์กรผู้มีอำนาจ.....	23
ในการออกกฎ	
2.5.2 การแบ่งแยกประเภทของกฎโดยอาศัยเกณฑ์เนื้อหาของกฎ.....	30
3. การออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	33
3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎ.....	33
3.1.1 หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป.....	33
3.1.2 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย.....	35
3.1.3 ข้อควรคำนึงในการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	37
3.1.4 องค์กรในการตรวจพิจารณากฎ.....	39
3.1.5 การใช้ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งให้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	43
3.1.6 มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการออกกฎ.....	47
3.2 การออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	50
3.2.1 การออกกฎในประเทศอังกฤษ.....	50
3.2.2 การออกกฎในประเทศแคนาดา.....	64
3.2.3 การออกกฎในประเทศฝรั่งเศส.....	77
3.3 การออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทยแต่ละประเภท.....	89
3.3.1 กระบวนการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย.....	90
3.3.2 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภท พระราชกฤษฎีกา.....	91
3.3.3 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภท กฎกระทรวง.....	97

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.3.4 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภท ประกาศกระทรวง.....	101
3.3.5 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภท ระเบียบ.....	103
3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้าง ของการออกกฎของฝ่ายบริหาร....	106
3.3.7 ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	107
4. การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารจากความเห็น ของคณะกรรมการกฤษฎีกา.....	110
4.1 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้.....	110
4.2 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ.....	123
4.3 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจน เพียงพอแก่การปฏิบัติ	128
4.4 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้บังคับใช้....	130
4.5 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับบทอาศัยอำนาจ.....	130
4.6 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับวันใช้บังคับ.....	135
4.7 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารกรณีอื่นๆ.....	139
4.8 การวิเคราะห์ที่มาของปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	144
4.9 ผลการศึกษาปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร.....	147
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	155
5.1 บทสรุป.....	153
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	159
บรรณานุกรม.....	163
ประวัติผู้เขียน.....	172

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร
ชื่อผู้เขียน	ประเสริฐ สุขสบาย
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม	นายธรรมนิตย์ สุ่มันตกุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2549

บทคัดย่อ

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐเสรีประชาธิปไตย ฝ่ายบริหารได้ออกกฎหมายของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับตามที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อเป็นเครื่องมือบริหารปกครองประเทศ กฎของฝ่ายบริหารเหล่านั้น มีชื่อเรียกต่างๆ กัน ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ ข้อกำหนด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท และศึกษาถึงปัญหาของการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในกรณีต่างๆ การศึกษาครั้งนี้เป็นการวิจัยเอกสารโดยรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ เอกสาร บทความทั้งภาษาไทยและต่างประเทศ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา แล้วนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ในเชิงคุณภาพ เพื่อวางแนวทางที่จะเป็นมาตรฐานในการออกกฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหาร

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น จะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขพื้นฐานในการออกกฎหมาย 2 ประการ ประการแรก ได้แก่ รูปแบบ ประเภท เนื้อหา และโครงสร้างของกฎหมายประเภทต่างๆ ส่วนประการที่สอง ได้แก่ หลักเกณฑ์ในการออกกฎหมาย

ในส่วนรูปแบบประเภทและเนื้อหาของกฎหมายนั้น วิทยานิพนธ์ได้อธิบายถึงความหมาย และลักษณะของกฎหมายแต่ละประเภท อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ ข้อกำหนด ซึ่งมีรูปแบบ เนื้อหา วัตถุประสงค์ และวิธีการออกที่แตกต่างกัน

ส่วนโครงสร้างรูปแบบของกฎหมายแต่ละประเภท นั้น กฎจะมีโครงสร้าง รูปแบบในลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งได้แก่ ชื่อของกฎหมายประเภทนั้น คำปรารภ บทอาศัยอำนาจ วันใช้บังคับ การแบ่งหมวดหมู่ การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม การลงนามของรัฐมนตรีหรือผู้ออกกฎหมาย

สำหรับหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายนั้น วิทยานิพนธ์นี้ได้ทำการศึกษากฎหมายเกณฑ์อันเป็นพื้นฐานที่จะทำให้การออกกฎหมายมีความถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่ออกโดยฝ่าย

บริหารเป็นการได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมีข้อกำหนดและกติกาบางประการ ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้เรียกโดยรวมว่าเป็นมาตรฐานการออกกฎที่ดี

ผลการศึกษาพบว่า แนวทางที่ใช้เป็นมาตรฐานในการออกกฎที่ดี ตามที่วิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษา คือ

1. การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องมีบทมาตรานในกฎหมายนั้นๆ ให้อำนาจออกกฎและจะต้องอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎที่ นอกเหนือจากความมุ่งหมายของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ โดยการขยายความ ไม่อาจกระทำได้

2. การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะให้มีการมอบอำนาจต่อโดยหลักการแล้วจะกระทำไม่ได้เพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากกฎหมายแม่บท แต่อย่างไรก็ตามในบางเรื่องอาจกระทำได้หากเป็นการกำหนดรายละเอียดเพื่อให้มีความยืดหยุ่น หรือเป็นเพียงวิธีการในทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการตามกฎหมายเท่านั้น

3. การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องมีรายละเอียดเนื้อหาชัดเจน เพียงพอแก่การปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักทั่วไป โดยถ้อยคำของกฎนั้นจะต้องไม่มีความคลุมเครือ แต่ต้องมีความชัดเจน สามารถที่จะนำไปปฏิบัติได้ตามวัตถุประสงค์ของการออกกฎนั้น

4. การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องไม่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ โดยเฉพาะกฎที่มีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิ

5. การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาในเรื่องรูปแบบของกฎแต่ละประเภทด้วย เช่น วิธีการอ้างบทอาศัยอำนาจ การเขียนวันใช้บังคับ หรือมติดคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งรายละเอียดปลีกย่อยดังกล่าว ย่อมอาจมีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ ของการออกกฎด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงการออกกฎในระบบกฎหมายไทย ดังนี้

1. ในระบบกฎหมายไทยมีรูปแบบประเภทของกฎที่หลากหลาย ซึ่งทำให้ฝ่ายบริหารสามารถนำไปใช้ในการออกกฎได้ ซึ่งก็ตรงกับผลการศึกษารูปแบบประเภทของกฎในระบบกฎหมายต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษารูปแบบกฎของต่างประเทศในระบบกฎหมายต่างประเทศยังเปิดโอกาสจะให้มีการสร้างรูปแบบของกฎประเภทใหม่ขึ้นมาใช้ ซึ่งจะเป็นเครื่องมือเสริมกฎที่มีอยู่ ดังนั้น จึงควรมีแนวความคิดในการที่จะสร้างกฎของฝ่ายบริหารประเภทใหม่ๆ ขึ้นมา เพื่อแก้ไขความล่าช้า ของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หากจะมีปัญหาเกิดขึ้นตามการพัฒนาที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว

2. ควรมีการตรวจสอบการออกกฎในระดับที่สำคัญในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า กฎที่ฝ่ายบริหารได้ออกไปนั้น เป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่มอบ

อำนาจให้ เช่น กฎที่ออกตามกฎหมายแม่บทที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ควรตรวจสอบขอบเขตและเนื้อหาของกฎในรัฐสภาได้

3. จากการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้ ได้พบประเด็นปัญหาและข้อสรุปของมาตรฐานการออกกฎที่ดี ซึ่งหากได้มีการรวบรวมและนำไปใช้เป็นแนวทางประกอบการออกกฎแล้วจะช่วยลดปัญหากฎที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย ฉะนั้นจึงควรมีคู่มือการออกกฎเพื่อเป็นแนวทางแก่เจ้าหน้าที่ผู้ยกร่างซึ่งจะทำให้เกิดหลักเกณฑ์ในการออกกฎที่ชัดเจนและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

4. ควรมีการวิเคราะห์ตรวจสอบความจำเป็นในการออกกฎโดยเฉพาะกฎบางประเภทที่มีผลกระทบต่อ การประกอบการหรือการประกอบอาชีพหรือกระทบต่อเศรษฐกิจการคุ้มครองผู้บริโภค ความปลอดภัยทางด้านอนามัย สุขภาพ หรือชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน โดยมีระเบียบฯ ที่ออกมาใช้บังคับกับการออกกฎบางประเภทดังกล่าวนี้

Thesis title: The Administrative Rulemaking
Author: Prasert Sooksabaiy
Thesis Advisor: Prof. Dr. Phaisidh Pipatanakul
Co- Thesis Advisor: Thammanit Sumunthakul
Department: Law
Academic year: 2006

ABSTRACT

According to the doctrine of separation of power in liberal democratic States, the Executive issues administrative rules as entrusted by the Legislative to be a tool for administration of the country. The administrative rules are known as, inter alia, a Royal Decree, Ministerial Regulation, Notification, Regulation, By-Law, Ordinance, and Stipulation.

This thesis has an aim to study the making process of administrative rules of each type, including the problems thereof in various cases. The study was based on documentary research. All data and information gathered from textbooks, documents, Thai and foreign articles, and the opinions of the Council of State, were qualitatively analyzed in order to provide the Executive with guidelines to be the good standard for rulemaking.

The administrative rulemaking is based on two fundamental conditions: firstly, the form, type, substance and structure of a rule, and secondly, the principles of rulemaking.

Regarding the form, type and substance, the thesis explained meanings and characters of each type of rules comprising of the Royal Decree, Ministerial Regulation, Notification, Regulation, By-Law, Ordinance, and Stipulation. These rules are different in forms, substances, objectives and procedures.

On the other hand, the structure of each type of the rules is similar, which contains the title, preamble, enabling statute, effective date, termination or amendment clause, and the signature of relevant Ministry or the issuer.

The thesis examined the fundamental principles for rulemaking to be accurate and lawful on the ground that since the Executive issues rules as entrusted by the Legislative, such

issuance thereby is under certain rules and requirements. This thesis generally called such rules and requirements as good standard for rulemaking.

The thesis findings reveal that the guidelines of the good standard for rulemaking are as follows:

1. The administrative rulemaking requires the provisions of enabling statute and must be within the scope of such provisions. The Executive cannot issue any rule beyond the intention of the enabling provisions by means of expansion;
2. In general, sub-entrustment is prohibited in the administrative rulemaking, because the entrustment comes from the enabling statute. However, it can be allowed in certain cases where the details are needed to be determined for flexibility or where it concerns only the practical procedures of authorities executing the law;
3. The administrative rules must, in general, contain clear details sufficient for practice. Wordings of the rules must be explicit and without ambiguity in order that it can be followed in accordance with its objectives;
4. The administrative rulemaking must not cause excessive burden to persons to whom the rules are applied, especially the rules that affect people's rights;
5. The administrative rulemaking must take into consideration the form of each type of the rules, for example, referring to the enabling clause, drafting the effective date clause, or the relevant resolutions of the Council of Ministers. Such details may affect the validity of the rulemaking.

This thesis presents the recommendations for the revision of rulemaking in Thai legal system as follows:

1. In Thai legal system, there is the variety of rules that the Executive can choose from in the rulemaking process. This is consistent with the study of classification of rules in foreign legal systems. However, it was found that the foreign legal systems allow the creation of new variety of rules to be the additional tool of the existing ones. There should therefore be the idea of designing new types of administrative rules to relieve the delay in amending laws to cope with rapid changes;
2. In Thai legal system, the rule in significant hierarchy should be reviewed in order to make clear that such rule issued by the Executive is in consistent with the intention as entrusted

by the Legislative. For example, the rule made by virtue of the statute protecting people's rights and freedom should be reviewed its scope and substances by the Legislative;

3. As the thesis findings reveal problems and conclusions of the good standard for rulemaking, they should be gathered and applied for making rules as the guidelines to reduce the problems of inconsistency with the law. The rulemaking manual should be initiated to assist the drafters, which will bring about the clear and common principles of rulemaking;

4. The necessity of rulemaking should be examined and analyzed, especially the certain rules that affect the engagement in an enterprise or occupation, economic, consumer protection, the safety of people's life and health. In this connection, the Regulation applicable to the making of such rules should be issued.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ในระบบการปกครองแบบรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ได้มีการแบ่งแยกอำนาจในการปกครองออกเป็นสามฝ่ายได้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อให้เกิดการตรวจสอบและการคานอำนาจซึ่งกันและกัน ซึ่งในการบริหารปกครองประเทศนั้น ฝ่ายบริหารสามารถกำหนดนโยบายเพื่อเป็นแนวทางในการบริหารประเทศ สิ่งที่ฝ่ายบริหารใช้เป็นเครื่องมือส่วนหนึ่งเพื่อให้นโยบายดังกล่าวนั้นบรรลุผลคือ กฎหมาย ซึ่งกฎหมายโดยทั่วไปนั้นหมายถึง ข้อบังคับหรือกฎเกณฑ์ในรูปแบบต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์จะกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือจัดระเบียบของมนุษย์ในสังคม โดยมีสภาพบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง ต้องยอมรับปฏิบัติตามในทางใดทางหนึ่ง และยอมบัญญัติขึ้นเพื่อสร้างความเป็นธรรมในสังคมและเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะทำให้สังคมมนุษย์ดำเนินไปโดยมีระเบียบเรียบร้อย¹ ดังคำกล่าวที่ว่า การร่างกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคม²

กฎหมายที่ฝ่ายบริหารใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศนั้น ได้แก่ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ที่รัฐสภาได้ตราขึ้น และกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ

ความหมายของกฎหมาย ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย รัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระราชบัญญัติ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด ส่วนกฎเกณฑ์อื่นใดที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกำหนด เป็นเพียงกฎ ข้อบังคับ แต่ไม่ใช่กฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ในส่วนกฎหมายของฝ่ายบริหารเมื่อพิจารณาความหมายของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึง กฎหมาย และกฎของฝ่ายบริหาร โดยกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น ได้แก่ พระราชกำหนด ส่วนกฎของฝ่ายบริหารนั้น หมายถึง การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่

¹ หุค แสงอุทัย . (2545) . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป . หน้า 45-46.

² Jeremy Bentham .(1931) . **The theory of legislation** . Chapter 1 ,Kegam Paul , Trench, Trubner

ฝ่ายบริหาร โดยการมอบอำนาจดังกล่าวนี้ ได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการที่จะออกกฎหมายมาใช้บังคับตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจไว้ ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจที่จะออกกฎหมายมาใช้บังคับได้ ตามขอบเขตที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ

การกำหนดเรียกชื่อกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น มีการกำหนดชื่อไว้ต่างๆ กัน เช่น กฎหมายลำดับรอง อนุบัญญัติ กฎหมายลูกบท แต่สิ่งที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในปัจจุบันที่ปรากฏในบทนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และที่ปรากฏในบทนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติถ้อยคำและความหมายของคำว่า “กฎ” ไว้อย่างชัดเจน “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยความหมายของคำว่า “กฎ” ดังกล่าวนี้นี้ เป็นแนวปฏิบัติที่ฝ่ายบริหารใช้ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงนิยามการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะที่ปรากฏในบทนิยามของคำว่า “กฎ” ในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว และกำหนดให้การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในกรณีดังกล่าวนี้ว่า “การออกกฎของฝ่ายบริหาร” เพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีบทบัญญัติของกฎหมายที่รองรับบทนิยามของถ้อยคำ “กฎ” ไว้

ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจที่พระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ กำหนดให้ เพื่อจะใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการให้เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องถือปฏิบัติตามและต่อประชาชนที่ต้องเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ดังจะเห็นได้ว่าในแต่ละปีจะมีการออกกฎของฝ่ายบริหารตามที่กฎหมายให้อำนาจเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ยังไม่รวมถึงระเบียบ ข้อบังคับภายในของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่มีได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การที่ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับนั้น ได้มีการออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับในหลายประเภท และการออกกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวก็อาจเป็นอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารโดยหน่วยงานนั้นๆ มีอำนาจที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับได้เอง เช่น การออกระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ ฯลฯ และกฎของฝ่ายบริหารบางประเภท เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ก็อาจจะออกได้ โดยผ่านองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจพิจารณาของฝ่ายบริหาร ซึ่งปัจจุบันได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี จึงเห็นได้ว่า การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น มีที่มาในการออกกฎของฝ่ายบริหารแตกต่างกันไป ปัญหาจึงมีว่าการออกกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้ ในบางกรณียังไม่มี ความชัดเจนที่จะถือปฏิบัติ เพื่อให้การออกกฎของฝ่ายบริหารเป็นไปในแนวทางเดียวกัน มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนอันเป็นมาตรฐานเดียวกัน

ผลจากการที่ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารออกมาบังคับใช้ในปัจจุบันนั้น ในบางกรณี กฎของฝ่ายบริหารนั้น ยังมีปัญหาในตัวของกฎของฝ่ายบริหารนั่นเอง ปัญหาดังกล่าว เช่น ปัญหาในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายแม่บทเกินอำนาจขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ปัญหาในเรื่องกฎของฝ่ายบริหารมีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียด ปัญหาในเรื่องรายละเอียดเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ ปัญหาในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ เป็นต้น ซึ่งเป็นปัญหาในบางกรณีที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน เป็นไปในลักษณะเดียวกัน

ดังนั้น จึงต้องการศึกษาว่าการที่ฝ่ายบริหารซึ่งได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายใช้บังคับ ซึ่งจะเรียกว่ากฎของฝ่ายบริหารนั้น มีหลักเกณฑ์ในการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภทอย่างไรบ้าง และศึกษาถึงปัญหาของการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภทที่กล่าวนั้น เช่น ปัญหาในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ปัญหาในเรื่องกฎของฝ่ายบริหารมีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียด ปัญหาในเรื่องรายละเอียดเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ และปัญหาในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ เพื่อนำไปสู่การกำหนดกฎเกณฑ์การออกกฎของฝ่ายบริหาร ให้มีแนวทางที่ชัดเจน มีมาตรฐานเดียวกัน ในการที่จะใช้ออกกฎของฝ่ายบริหาร เพื่อลดปัญหาด้านต่างๆ ที่เกิดขึ้น อันนำไปสู่การออกกฎที่ดี การใช้กฎที่ดี และการบังคับการให้เป็นไปตามกฎที่ดี

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียด

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ

1.2.5 เพื่อศึกษาถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

1.2.6 เพื่อศึกษาถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาการออกกฎของฝ่ายบริหาร จะศึกษาถึงการออกกฎของฝ่ายบริหารตามนัยของคำว่า “กฎ” ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศึกษาการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท และศึกษาถึงปัญหาที่เกิดจากการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท

1.4 สมมุติฐานของวิทยานิพนธ์

ปัจจุบันการออกกฎของฝ่ายบริหารในบางกรณียังเป็นปัญหาอยู่เนื่องจากยังขาดหลักเกณฑ์ วิธีการ ความชัดเจน ที่จะเป็มาตรฐานการออกกฎที่ดี จึงควรดำเนินการเพื่อกำหนดมาตรฐานการออกกฎที่ดีให้แก่ฝ่ายบริหาร

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารนี้ จะทำการศึกษาโดยใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยทำการศึกษาจากตำรา บทความ ศึกษาจากทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ ศึกษาการออกกฎของต่างประเทศ ศึกษาทางปฏิบัติในการวางแบบการออกกฎที่เป็นแนวปฏิบัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนศึกษาการวินิจฉัยตีความเกี่ยวกับกฎที่หน่วยงานต่างๆ ส่งเรื่องมาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยนำมารวบรวมและเรียบเรียงเพื่ดำเนินการสังเคราะห์และวิเคราะห์นำมาวางหลักเกณฑ์ที่เป็นมาตรฐานการออกกฎที่ดีให้แก่ฝ่ายบริหารต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บทเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียด
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ

1.6.5 ทำให้ทราบถึงปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

1.6.6 ทำให้ได้แนวทางการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดการออกกฎที่ดี การใช้กฎได้ดี และการบังคับการให้เป็นไปตามกฎที่ดี

บทที่ 2

แนวความคิดและความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร

2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร

การศึกษาความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร เป็นการศึกษาให้ทราบว่า ฝ่ายบริหารคือองค์กรใด มีที่มาอย่างไร ทั้งนี้เพื่อเป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการศึกษาต่อไป เกี่ยวกับสถานะของฝ่ายบริหารในการออกกฎเกณฑ์ทั้งหลายซึ่งเป็นเรื่องสำคัญในการศึกษา ทั้งนี้จะได้ศึกษาถึงเนื้อหาที่เกี่ยวข้องดังนี้

- 2.1.1 หลักพื้นฐานของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ
- 2.1.2 สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร
- 2.1.4 ความหมายและองค์ประกอบของรัฐ “ฝ่ายบริหาร”
- 2.1.5 ความหมายและองค์ประกอบของรัฐ “ฝ่ายปกครอง”

สำหรับรายละเอียดของการศึกษาในแต่ละเรื่องจะมีรายละเอียดซึ่งจะได้อธิบายเป็นลำดับไป

2.1.1 หลักพื้นฐานของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐ ไม่อาจจะสถาปนาขึ้นมาได้ภายใต้ระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ และระบบการปกครองที่ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันระหว่างอำนาจ³ ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวและผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งอาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ ดังคำกล่าวที่ Lord Acton กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบและการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมเกิดการกระทำที่ไม่ชอบอย่างแน่นอน”⁴

³ บรรเจิด สิงคะเนติ . (2548) . หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง . หน้า 19.

⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540) . กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง . หน้า 29-30.

ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้ และได้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยมีการเคลื่อนไหวทางการเมืองในศตวรรษที่ 18 เพื่อเรียกร้องเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจโดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส คือ มงเตสกิเออร์⁵ ได้นำเสนอแนวคิดการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจอธิปไตย อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยทั้ง 3 อำนาจนี้ สามารถกันและดุลอำนาจกันได้ เพื่อยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบ

แนวคิดของการวางรากฐานของการแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้นมาจากเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ ของระบบการเมืองอังกฤษ เนื่องจากลักษณะภูมิประเทศของอังกฤษมีลักษณะเป็นเกาะ ดังนั้นจึงไม่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ที่นิยมการเสริมและรวมอำนาจไว้ทั้งหมดที่อำนาจทางการเมือง รัฐที่มีการปกครองโดยกษัตริย์ ก็มีองค์กรต่างๆ ที่จะทำให้เกิดความสมดุล ต่อระบบการผูกขาดอำนาจ ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกันเป็นรัฐที่ยอมรับสิทธิมนุษยชน ที่ต่อต้านอำนาจ Bill of Rights ในปี ค.ศ.1689 ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับทางเทคนิคของการแบ่งแยกหน้าที่ โดยให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำให้หน้าที่ออกกฎหมายโดยรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์ และต่อมุขมนตรีของกษัตริย์ สถานการณ์ดังกล่าว ที่กระตุ้นให้ จอห์น ล็อก ต่อต้านแนวความคิดระบบการผูกขาดอำนาจในหนังสือที่ชื่อว่า Second Treaties of Civil Government โดยกล่าวว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานประการแรกในการปกครองคืออำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหารหมายถึงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและบริหารกิจการภายในของรัฐ ส่วนอำนาจประการที่สามก็คือ อำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ การทำความสัมพันธ์กับต่างประเทศ อำนาจสองประการหลังนั้น มักจะตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงเป็นอำนาจที่แยกออกมาและเป็นอำนาจอยู่สูงกว่าอำนาจอื่น มงเตสกิเออร์ ได้รับแนวคิดดังกล่าวและสร้างทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจขึ้นมาในฝรั่งเศสเพื่อเป็นการต่อต้านระบบการผูกขาดอำนาจอยู่ที่กษัตริย์ เพียงผู้เดียว

2.1.2 สาละสำคัญของ การแบ่งแยกอำนาจ

ตามแนวคิดทางด้านกฎหมายมหาชนถือหลักว่า การปกครองและการบริหารราชการต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality in Administration) กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ในการปกครองหรือการบริหารบ้านเมืองจะลิดรอนสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของเอกชนได้ก็เฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย การปกครองในรัฐสมัยใหม่จึงจำเป็นต้องยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation Of Power) ออกเป็น อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ การแบ่งแยก

⁵ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. (2547) . หลักพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย . หน้า 168-170 .

อำนาจดังกล่าว ก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ตกอยู่ใต้อำนาจอำเภอใจ (Arbitrary Power) ของอำนาจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁶

ทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) ให้คำอธิบายไว้ในหนังสือชื่อ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (L’ esprit des lois) โดยได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็น 3 ประการ คือ

1. อำนาจที่จะตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชน เรียกว่า อำนาจนิติบัญญัติ
2. อำนาจที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อดำเนินงานของรัฐ เรียกว่า อำนาจบริหาร

3. อำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท เรียกว่า อำนาจตุลาการ

แนวความคิดของมองเตสกีเอร์ เป็นที่ยอมรับกันแพร่หลาย และได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายหลังที่ประกาศอิสรภาพไม่ขึ้นต่ออังกฤษและฝรั่งเศส ภายหลังการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 และรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยฉบับ นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารแล้ว สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ

1. อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นรัฐบาล (Government)
2. อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration)

อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นรัฐบาลนั้น ปกติเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือตามนโยบายที่กำหนดโดยคณะรัฐบาล เช่น การประชุมคณะรัฐมนตรี เพื่อปรึกษาหารือ กำหนดนโยบายการบริหารงาน ข้าราชการต่าง ๆ ที่เป็นปัญหาสำคัญ การติดต่อกับรัฐสภา การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งกระทำเพื่อความมั่นคงเจริญก้าวหน้าของรัฐ งานลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น “งานนโยบาย” ในประเทศไทยผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็น “ข้าราชการการเมือง”

อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นฝ่ายปกครองนั้น มีลักษณะเป็น “งานประจำ” เพื่อปฏิบัติงานให้ตามที่ตนได้รับมอบหมายให้ดูแลบังคับบัญชา เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน และภายนอกประเทศ การเศรษฐกิจ การค้า การสาธารณสุข

การดำเนินงานในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง จะมีข้าราชการประจำตามกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ร่วมปฏิบัติงาน และช่วยเหลือฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย ในประเทศไทยผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็น “ข้าราชการประจำ”

⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส .(2543).ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย . หน้า 134 .

เหตุผลที่ต้องมีข้าราชการประจำร่วมดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครองด้วยนั้น ก็เพราะรัฐบาลหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจ หรือคณะรัฐมนตรีลาออก หรือด้วยการปฏิวัติรัฐประหารแล้วแต่กรณี หากไม่มีข้าราชการประจำปฏิบัติหน้าที่โดยสม่ำเสมอ ก็จะทำให้การดำเนินงานของรัฐต้องหยุดชะงัก เกิดความเสียหาย และก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน

ดังนั้น ข้าราชการประจำนี้ ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามคณะรัฐบาล ไม่ว่าผู้ใดจะมาเป็นคณะรัฐบาล ข้าราชการประจำจะต้องปฏิบัติหน้าที่ไปตามปกติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้าราชการประจำที่ทำหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ เป็น “เครื่องมือ” ของฝ่ายบริหารนั่นเอง⁷

2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

อำนาจบริหารนั้น เป็นที่เข้าใจกันในเบื้องต้นว่าเป็นอำนาจของรัฐบาล ซึ่งอำนาจการบริหารงานของรัฐบาลนี้โดยหลักแล้วจะแยกจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมีการติดตามตรวจสอบจากองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนอันได้แก่รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติและรวมถึงการตรวจสอบการบริหารงานของรัฐด้วย เช่น การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายในการดำเนินการบริหาร การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง การตั้งกระทู้ถามในรัฐสภา ตลอดจนการมีมติให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่ง ในกรณีไม่พอใจผลงานในการบริหารประเทศ หรือในกรณีทำผิดร้ายแรง (Impeachment) ซึ่งปรากฏในระบบการปกครองแบบประธานาธิบดี แต่ในขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็มีอำนาจใช้สิทธิโต้แย้ง (Veto) ไม่ยอมลงนามในร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้

จะเห็นได้ว่ากระบวนการนิติบัญญัติ มีส่วนร่วมงานของฝ่ายบริหารอย่างใกล้ชิด ในปัจจุบันข้อเท็จจริงของสังคม ได้มีการเปลี่ยนไปอย่างรวดเร็ว ทำให้รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ทัน จึงทำให้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองได้ เนื่องจากความจำเป็นในการสั่งการในทางบริหารให้เป็นไปตามเป้าหมาย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการดำเนินงานของรัฐ ในทางปฏิบัติจะเห็นชัดเจนว่า ไม่อาจแยกองค์กรนิติบัญญัติกับองค์กรบริหารออกจากกันได้เลย ดังนั้น การคานและดุลอำนาจ เน้นในการจัดอำนาจและข้อกำหนดขององค์กรมากกว่า จะมุ่งเน้นถึง การแยกองค์กรที่ใช้อำนาจออกจากกัน เพราะในปัจจุบันแต่ละองค์กรมิได้ใช้อำนาจเดียวตามความหมายในทฤษฎีเท่านั้น⁸

⁷ เอกสารการสอนชุดวิชา, กฎหมายมหาชนเล่ม 2.หน่วยที่ 10. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช,2531, หน้า 610-611 .

⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม.หน้า 171 .

2.1.4 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร”⁹

องค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร” มีความสำคัญที่จะทำให้ทราบว่าฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการออกกฎนั้นได้แก่ องค์กรหรือบุคคลใดบ้างเพื่อให้เกิดความชัดเจนถึงผู้ที่มีอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในการจัดองค์กรของรัฐนั้น มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่กันระหว่างองค์กรของรัฐสองประเภท คือ องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้ เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”

ตามระบบรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทย “องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร” ประกอบด้วย

1. พระมหากษัตริย์ ซึ่งนอกจากจะทรงเป็นประมุขของรัฐแล้ว ยังทรงเป็นประมุขของ “ฝ่ายบริหาร” ด้วย โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นได้ถวายพระราชอำนาจแด่พระมหากษัตริย์ไว้หลายประการ เช่น พระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า และให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าว

2. คณะรัฐมนตรี ซึ่งประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีหนึ่งคน และรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน

3. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งมีหน้าที่เป็นของตนเองตามที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

4. บรรดาองค์กรและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี¹⁰

จากความหมายดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจได้ชัดเจนว่าฝ่ายบริหารนั้นรวมถึงองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งจะเป็นแนวทางในการจะเข้าใจถึงอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารต่อไป

2.1.5 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายปกครอง”

นอกจากฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแล้ว การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นยังมีองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารที่จะมีอำนาจออกกฎ ซึ่ง “องค์กร

⁹ Jean Rivero. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). กฎหมายปกครอง . หน้า 104-105

¹⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). แหล่งเดิม. หน้า 104-105 .

ของรัฐฝ่ายปกครอง” หมายถึง บรรดาองค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

(1) กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง

(2) จังหวัด อำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

(3) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

(4) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ หรือพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ.2496 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งวิสาหกิจนั้น ๆ

(5) หน่วยงานอื่นของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ และองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้น

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคล จึงไม่อาจทำกิจกรรมที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ด้วยตนเอง แต่องค์กรอาศัยบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลให้เป็นผู้ดำเนินการแทนและในนามขององค์กรดังกล่าว บุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลเช่นนี้เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” เช่น

1. ปลัดกระทรวง และอธิบดี ในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
2. ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
3. สภาท้องถิ่นและผู้บริหารของแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
4. คณะกรรมการและผู้บริหารของแต่ละรัฐวิสาหกิจ
5. คณะกรรมการและผู้บริหารของแต่ละหน่วยงานอื่นของรัฐ และของแต่ละ

องค์การมหาชน

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้น อาจกระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” ก็ได้ แล้วแต่จะใช้อำนาจตามกฎหมายใด กล่าวคือ ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ถ้ากระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่น

พระราชบัญญัติ (เช่น พระราชกำหนด) ก็ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง”¹¹

2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาถึงความเข้าใจในเรื่องการเกิดขึ้นของฝ่ายบริหารในรัฐเสรีประชาธิปไตย ทำให้เข้าใจสถานะของฝ่ายบริหารในการทำหน้าที่บทบาทต่างๆ ซึ่งภารกิจที่สำคัญของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายทั้งหลาย เป็นภารกิจของฝ่ายบริหารที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย

ดังนั้น จึงต้องมีความเข้าใจพื้นฐานเบื้องต้นในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายทั้งหลาย และมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจ แนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งจะแยกการศึกษาในด้านต่างๆ คือ

2.2.1 ศึกษาถึงทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ

2.2.2 ศึกษาถึงทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส

2.2.3 ศึกษาถึงทฤษฎีเยอรมัน กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชน และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหาร

2.2.4 ศึกษาถึงอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในรายละเอียดของการศึกษาแต่ละเรื่อง จะได้อธิบายเรียงตามลำดับดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ

ตามทฤษฎีนี้ อำนาจออกกฎหมายเป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนั้นหากรัฐสภาประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายทั่วไปได้ ก็ต้องมอบอำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจนในกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้น แนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวทางที่ยึดถือในประเทศอังกฤษ โดยถือหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) ในสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตามทฤษฎีนี้ถือว่า อำนาจในการออกกฎหมายทั่วไปของฝ่ายบริหารมีที่มาโดยตรงจากการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หากไม่มีขึ้นเพราะภารกิจของฝ่ายบริหารเองไม่

2.2.2 ทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส (exécution des lois)

ตามทฤษฎีนี้ซึ่งเป็นทฤษฎีที่แพร่หลายในฝรั่งเศส ถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหารนี้เป็นอำนาจโดยสภาพของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีหน้าที่ต้องบังคับการและปฏิบัติการตามกฎหมายทั้งหลาย (les lois) ที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ใช่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นอำนาจที่จะบังคับการตามกฎหมายทั้งหลายนี้ จึงหมายรวมถึงอำนาจที่จะวางกฎหมายทั่วไป

¹¹ แหล่งเดิม, หน้า 105-106 .

ที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั้งหลาย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายเหล่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจดังกล่าวไว้โดยตรง กล่าวโดยเฉพาะก็คือ อำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหาร นี้เป็นอำนาจที่โดยสภาพฝ่ายบริหารมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องรอการมอบอำนาจแต่ละเรื่องมาให้ฝ่ายบริหารเพียงแต่กฎเกณฑ์ทั่วไปเหล่านั้นจะขัดกับกฎหมายไม่ได้เท่านั้นเอง

2.2.3 ทฤษฎีเยอรมัน กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชน และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหาร

นักนิติศาสตร์เยอรมัน แบ่งประเภทกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหารออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นกฎหมายใช้บังคับกับประชาชน (Rechtsverordnungen) กับกฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverordnungen) กฎเกณฑ์ประเภทแรกย่อมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ทั่วไป กฎเกณฑ์ประเภทนี้ฝ่ายบริหารจะออกได้ ก็ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ในขณะที่กฎเกณฑ์ประเภทหลังเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาที่หัวหน้าหน่วยงานมีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา และไม่มีผลโดยตรงต่อประชาชน ย่อมเป็นกฎเกณฑ์ ที่ฝ่ายบริหารหรือหัวหน้าทั้งหลายออกได้ โดยไม่ต้องรับอำนาจจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด¹²

2.2.4 อำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร

2.2.4.1 การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความจำเป็นจะต้องมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้บังคับในสังคมได้นั้น มีเหตุผลต่างๆ ซึ่งอาจอธิบายได้ ดังนี้¹³

1. เหตุผลในเรื่องของข้อจำกัดในด้านเวลาของฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีภาระในการตรากฎหมายจำนวนมาก และในการตรากฎหมายในแต่ละฉบับก็จะอาศัยระยะเวลา ยาวนาน แต่เนื่องจากการปฏิบัติงานของฝ่ายนิติบัญญัติมีอยู่อย่างจำกัด จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาเฉพาะหลักการที่สำคัญ และกำหนดกรอบให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะไปตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ ขึ้น

2. เหตุผลในเรื่องข้อจำกัดในด้านเทคนิคและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีเนื้อหาที่จะต้องอาศัยเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านค่อนข้างสูง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถจะกำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียด

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.(2538) . หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 78-80 .

¹³ O.Hood Phillip,Paul Jackson and Patricia Leopold.(2001).**Constitutional and Administrative**

ในทางเทคนิคดังกล่าวลงไปในบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังนั้น การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้กำหนดรายละเอียดตามกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติ บัญญัติไว้ในกฎหมาย

3. เหตุผลในเรื่องความต้องการให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น สามารถปรับกฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ได้ เนื่องจากในการบัญญัติกฎหมายไม่สามารถจะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ และเป็นการยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ใช้บังคับได้อย่างทันทั่วทั้งกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายของฝ่ายบริหารขึ้นใช้บังคับได้ จึงเป็นการแสดงถึงความยืดหยุ่นของบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเปลี่ยนแปลงไปจากช่วงเวลาหนึ่งถึงอีกช่วงเวลาหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการแก้ไขกฎหมายแม่บทแต่อย่างใด

4. เหตุผลในเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วน เป็นกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีศึกสงคราม การนัดหยุดงาน และเกิดสภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจเป็นต้น เหตุผลของเรื่องดังกล่าว จึงมีความจำเป็นหากจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายทุกเรื่องแล้ว อาจไม่ทันต่อสถานการณ์ จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจออกกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับกับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีนี้ได้แก่ การตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

2.2.4.2 ที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในปัจจุบัน

หากจะกล่าวถึงที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารอาจแบ่งได้เป็น 3 ประการ คือ¹⁴

(1) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้แบ่งหน้าที่การใช้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีสถาบันสามฝ่ายที่มีความเป็นอิสระต่อกันสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยร่วมกับพระมหากษัตริย์ ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจบริหารนี้ นอกจากจะมีหน้าที่หลักในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนแล้ว ยังมีหน้าที่รองในการออกกฎหมายได้ในบางสถานการณ์เป็นการชั่วคราว อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารกรณีนี้มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้ ได้แก่ พระราชกำหนด และประกาศพระบรมราชโองการบางประเภท นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายบางชนิดในรูปของพระราช

¹⁴ วรากรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. (2531).การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. หน้า 91-95 .

กฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยทางคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) ในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เท่ากับเป็นการยอมรับพระราชอำนาจเต็มของพระมหากษัตริย์ตามเงื่อนไขของประชาธิปไตย ซึ่งเป็นเรื่องที่กำลังดำเนินการเพื่อกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ เป็นต้น

(2) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยการมอบอำนาจจากรัฐสภา

นอกจากอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายบางชนิด เพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารยังอาจได้รับมอบอำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่มาจากผู้แทนปวงชนที่มีอำนาจออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่ปวงชนตามกฎหมายว่าด้วยอำนาจธิปไตยและหลักการแบ่งแยกหน้าที่ กฎหมายหลายเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิค ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และเป็นไปในรายละเอียด กฎหมายบางเรื่องไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อเหตุการณ์ ความจำเป็นต่างๆ เหล่านี้ ประกอบกับภาระหน้าที่ของรัฐสภาในด้านอื่นๆ ก็มีมากขึ้นตามลำดับ จึงทำให้รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ในทุกเรื่องและทุกสถานการณ์กับทั้งรายละเอียดปลีกย่อยได้ทั้งหมด การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร มี 2 รูปแบบ คือ

รูปแบบที่ 1 การออกพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายแทนฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2454 พระราชบัญญัติฉบับนี้มีกำหนดเวลาใช้ไม่เกิน 3 ปี จึงมีลักษณะเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติไปให้รัฐบาลเป็นการชั่วคราว การมอบอำนาจนิติบัญญัติตามพระราชบัญญัติกว้างขวางมาก เป็นกฎหมายที่ออกใช้บังคับในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 และเกิดปัญหาในทางการเมืองและกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยในขณะนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติยอมให้รัฐสภาลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2511 เพียงฉบับเดียวที่มีบทบัญญัติยอมรับการลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายในรูปประกาศพระบรมราชโองการได้ โดยมีเงื่อนไขของทฤษฎีสถานการณ์ ทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด ในปัจจุบันไม่มีบทกำหนดรับรองการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารอีกแต่อย่างใด เพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้เป็นการชั่วคราวตามเงื่อนไขของสถานการณ์ก็จะเป็นการเพียงพอแล้ว

รูปแบบที่ 2 การตราพระราชบัญญัติของรัฐสภากำหนดกฎเกณฑ์เรื่องใดเรื่องหนึ่ง แล้วมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกข้อบังคับเพิ่มเติมในรูปแบบต่างๆ ตามเงื่อนไขและขอบเขตที่กำหนด กฎข้อบังคับที่องค์กรฝ่ายบริหารได้ออกขึ้นโดย

อาศัยการมอบอำนาจจากรัฐสภา จึงย่อมต้องมีฐานะอยู่ในลำดับรองจากกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเอง กฎหมายประเภทนี้เรียกกันว่า กฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้เรียกว่า กฎของฝ่ายบริหาร

(3) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ

ปัจจุบันอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยนอกจากตามที่ปรากฏจากรัฐธรรมนูญและการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาแล้ว ทางปฏิบัติ ส่วนราชการได้มีการออกระเบียบข้อบังคับและคำสั่งภายในรูปแบบของหนังสือเวียน ระเบียบ ข้อบังคับ และวิธีการดำเนินราชการและแนวปฏิบัติที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง รวมทั้งระเบียบ ข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารออกมาในรูปมติคณะรัฐมนตรีและประกาศต่างๆ ซึ่งอำนาจในการออกระเบียบ ข้อบังคับ และหนังสือเวียนนี้ ไม่มีบทกฎหมายใดระบุให้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับดังกล่าวไว้โดยแจ้งชัดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาว่าผู้มีอำนาจออกกฎในปัจจุบันที่เห็นอย่างชัดเจนได้แก่¹⁵

(1) รัฐมนตรีหรือส่วนราชการ (กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง ข้อบังคับ ต่างๆ) รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ (ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง ข้อบังคับ มติ)

(2) ศาล (เช่น ข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ. 2523 หรือข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542)

(3) มหาเถรสมาคม (อำนาจของมหาเถรสมาคมในมาตรา 13 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 การออกกฎหมายมหาเถรสมาคม ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง มติ หรือประกาศ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายและพระธรรมวินัย)

(4) สภาวิชาชีพ (เช่น ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วย การพิจารณาคดี มรรยาททนายความ พ.ศ. 2546 ข้อบังคับสภาการพยาบาลว่าด้วย การขึ้นทะเบียน การออกใบอนุญาต การต่ออายุ ใบอนุญาตและการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล การผดุงครรภ์ หรือการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2545) อย่างไรก็ตามสภาวิชาชีพก็ยังมีอำนาจที่จะออกจริยธรรมหรือจรรยาบรรณที่สมาชิกพึงปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎ แต่เป็นการตกลงกันออกโดยมวลหมู่สมาชิกไม่ใช่เป็นการกำหนดโดยฝ่ายปกครองแต่ก็มีผลบังคับได้ในระหว่างสมาชิก

¹⁵ ธรรมนูญ ศุภันตกุล .(2549) . “กฎทางปกครอง.” วารสารกฎหมายปกครอง (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) , เล่ม 23,ตอน 3. หน้า 8-9 .

(5) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (เช่น ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา)

2.3 พัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในการศึกษาเกี่ยวกับพัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจะทำการศึกษาถึงพัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้เห็นถึงการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในอดีตที่พัฒนาขึ้นมาจนถึงปัจจุบัน

2.3.1 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในอดีต

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชแต่โบราณมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ ตอนต้น กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรมเป็นสัจธรรมที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงได้ปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์ พระธรรมศาสตร์คือบรรดาข้อบังคับทั้งหลายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป โดยนำเอาหลักความยุติธรรมมาทำเป็นบทบัญญัติต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์นำมาเป็นรากฐานในการออกกฎหมายข้อบังคับต่างๆ และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ส่วนข้อบังคับต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์เรียกว่า ราชศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมศาสตร์ให้มีผลบังคับใช้ได้ ราชศาสตร์จึงมีลักษณะและทำหน้าที่เสมือนหนึ่งกฎหมายลำดับรองของพระธรรมศาสตร์

ในสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามาในประเทศไทย และมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างใหญ่ต่างๆ ของประเทศ เช่น ระบบราชการ กระบวนการยุติธรรม การศึกษาของชาติ และการสาธารณสุข เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิรูปกฎหมายให้เป็นระบบ เชิงระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก พระมหากษัตริย์จึงทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย อาศัยอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เริ่มบัญญัติกฎหมายในรูปของประกาศพระราชบัญญัติ ประกาศพระราชกำหนด และประกาศต่างๆ โดยนำประกาศเหล่านี้พิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา แต่ในขณะนั้น การประกาศในราชกิจจานุเบกษา ยังมีไม่ถี่ถ้วนของการมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมาย¹⁶

2.3.2 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในปัจจุบัน

ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ก่อนที่จะมีบทนิยามคำว่า “กฎ” ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้มีชื่อเรียก

¹⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์ .(2538 , ตุลาคม) . “กฎหมายลำดับรองในประเทศไทย.” วารสารกฎหมาย (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).หน้า 68-71 .

ต่างๆ กันออกไป เช่น การออกกฎหมายลำดับรอง การออกอนุบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ ข้อกำหนด ต่อมาเมื่อมีการนิยามคำว่า “กฎ” ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ไว้อย่างชัดเจนแล้ว การออกกฎของฝ่ายบริหารในปัจจุบันจึงอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2.4 ความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร

กฎของฝ่ายบริหารมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการที่ฝ่ายบริหารจะใช้เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการบริหารปกครองประเทศ ดังนั้น การศึกษาเรื่องความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหารจึงต้องทราบถึงความหมายของกฎ ลักษณะของกฎ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ สาละสำคัญของกฎ การจำแนกลักษณะของกฎ และหลักการที่ถือปฏิบัติในการออกกฎ ซึ่งจะมีรายละเอียดในแต่ละเรื่องดังนี้

2.4.1 ความหมายของกฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 3 ตามลำดับ โดยมีข้อความเดียวกันว่า “กฎ” หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” คือนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “.....พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ” เป็นเพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้นเอง¹⁷

2.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ¹⁸

ในทางเนื้อหาของการบังคับใช้ทั้งกฎหมาย (law) และกฎ (regulation) มีหน้าที่เหมือนกันคือ เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และเป็นเครื่องมือที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์การบังคับ (rules) เช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาทางด้านองค์กรผู้ออกแล้ว อาจแยกได้ว่ากฎหมาย (ในความหมายที่หมายถึง พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ) เป็นอำนาจของสภา เป็นงาน

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ . (2547) . “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง . หน้า 170 .

¹⁸ ธรรมนิติ์ สุ่มันตกุล . (2549) . เล่มเดิม . หน้า 6 .

ของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการแสดงเจตนาของประชาชน จึงเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดซึ่งสามารถกำหนดได้ทุกเรื่องในทางกฎหมาย แต่นอกเหนือจากนี้แล้วตามความเป็นจริงนั้นฝ่ายบริหารยังมีอำนาจออกกฎขึ้นใช้บังคับมากมาย เพื่อให้กฎหมายบรรลุผลซึ่งการออกกฎของฝ่ายบริหารนี้ก็มีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก ทั้งนี้ จากเหตุผลความจำเป็นต่างๆ กฎจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (Delegated legislation) จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งจะต้องมีฐานที่มาจากกฎหมายไม่สามารถกำหนดได้ทุกเรื่อง อีกทั้งยังไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือขัดต่อกฎหมายได้ รวมทั้งต้องตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เพราะฉะนั้นกิจการบางอย่างจึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เช่น สิทธิเสรีภาพของประชาชน การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา การจัดเก็บภาษี กิจการดังกล่าวนี้จะกำหนดโดยกฎหมายไม่ได้

2.4.3 สารสำคัญของกฎ

“กฎ” หรือที่ในทางวิชาการเรียกกันว่า “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” แต่ในวงวิชาการไทยรู้จัก “กฎ” ในฐานะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งมากกว่าคำว่า “กฎหมายลำดับรอง” ซึ่งนิยมใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” โดยให้ความหมายรวมถึง “กฎ” ด้วย ซึ่งก็คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยนัยนี้ “กฎ” จึงมีสาระที่สำคัญ 4 ประการคือ¹⁹

ประการที่ 1 กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่นอย่างเช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ก็ไม่ถือว่าเป็นกฎ

ประการที่ 2 จะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

ประการที่ 3 กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่ 4 กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

2.4.4 การจำแนกลักษณะของกฎ

¹⁹ สุเจตน์ สดากุลพานนท์.(2545). การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย. หน้า 24-25 .

ในทางวิชาการได้มีการอธิบายคำว่ากฎเอาไว้หลายลักษณะ แต่เท่าที่ปรากฏในทางนิติศาสตร์ไทยนั้น สามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ขึ้นอยู่กับบริบทที่ผู้เขียนคำอธิบายต้องการที่จะสื่อถึงสาระอันใดแก่ผู้อ่านนั่นเอง

(1) การอธิบายคำว่า “กฎ” ตามลักษณะของการมีผลบังคับใช้ของกฎ²⁰

ก.บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

ข.กรณีที่บุคคล ซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นกรณีที่ถูกระบุไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้เขากระทำการห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้เขากระทำการทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการจนเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำๆ ซากๆ (Permanent)

ตัวอย่างของ “กฎ” มีดังต่อไปนี้

- ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง
- ข้าราชการต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์
- ในแต่ละภาคการศึกษา นักศึกษาต้องจดทะเบียนศึกษาลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต
- ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย
- ในกรณีที่มีการติดตั้งลูกกรง เหล็กคัต หรือสิ่งอื่น ที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ที่ประตูหน้าต่าง หรือที่ด้านนอกหรือด้านในของอาคาร ตั้งแต่ชั้นที่สองขึ้นไป อันเป็นการกีดขวางการหนีออกจากอาคาร หรือการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในอาคาร เมื่อเกิดอัคคีภัย โดยไม่มีช่องทางอื่นที่จะออกสู่ภายนอกได้ ให้ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ดำเนินการก่อสร้างอาคารจัดให้มีช่องทางที่เปิดออกสู่ภายนอกได้ทันทีขนาดกว้างไม่น้อยกว่า 0.60 เมตร และยาวไม่น้อยกว่า 0.80 เมตร อย่างน้อยหนึ่งช่องทางในแต่ละชั้นของแต่ละอาคารหรือของคูหา (ข้อ 22 ทวิของกฎกระทรวง ออกตามความในมาตรา 5 (3) และมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2535)
- ห้ามมิให้กระทำการบดกรีบหรือสิ่งใดๆ ที่บรรจุน้ำมันเชื้อเพลิง หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยต้องใช้เชื้อเพลิงหรือความร้อน ในสถานที่ซึ่งรับอนุญาตเก็บน้ำมันเชื้อเพลิง (ข้อ 2

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ .(2542).เล่มเดิม . หน้า 171-172 .

ของกฎเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2547 (ฉบับที่ 1)

(2) การอธิบายคำว่า “กฎ” ตามลักษณะของที่มาของอำนาจในการออกกฎ²¹

การอธิบายลักษณะของกฎ โดยที่พิจารณาจากที่มาของกฎนี้เป็นการอธิบายที่มีรากฐานทางทฤษฎีมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายในเรื่องที่เกินกว่าความสามารถขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำได้ จึงจำเป็นต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้แก่ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจดังกล่าวก็มีขอบเขตจำกัดตามกรอบทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้จะได้รับมอบโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วย ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการเรียก “กฎ” ตามลักษณะที่มาจากอำนาจในการออกกฎนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” และสิ่งใดก็ตามจะมีฐานะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรองได้นั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ประกอบกัน ได้แก่

1. กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งด้วยเหตุนี้ทำให้กฎหมายลำดับรองถูกเรียกชื่อหนึ่งว่า “Delegated Legislation” ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายลำดับรองจะมีแหล่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

2. กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้คำรากฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” “Subsidiary Legislation” โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียด

²¹ สุเจตน์ สดากานานนท์.(2545).เล่มเดิม . หน้า 26-29 .

ปลีกย่อย ตราใบใดที่ยังไม่มีรายละเอียดปลีกย่อยออกมากฎหมายมาตรานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการกิจการสถานบริการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ถ้าไม่มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาต หลักการทั่วไปในกฎหมายแม่บทจะไม่มีผลบังคับก็จะออกใบอนุญาตไม่ได้ คือ พระราชบัญญัติจะกำหนดหลักการทั่วไปแล้ว จึงกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองออกรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ

3. กฎหมายลำดับรอง มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ และด้วยลักษณะนี้เองจึงทำให้มีการเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation)

4. การตรากฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรอง แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา เป็นต้น

เมื่อการพิจารณาถึงลักษณะของกฎในแง่มุมต่างๆ ย่อมขึ้นอยู่กับผู้พิจารณาว่าจะหยิบยกลักษณะของกฎในแง่มุมใดมาพิจารณา

2.4.5 หลักการที่ถือปฏิบัติในการออกกฎ

การตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ในระบบกฎหมายไทย มีหลักการที่ถือปฏิบัติอยู่ 3 ประการคือ²²

(1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้น อาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ที่มีบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับกฎหมายลำดับรอง ต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรอง จะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายลำดับรอง ที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปรกติ เช่น มีสงครามหรือเกิดภาวะวิกฤติ โดย

²² อมร จันทรมานูญ. กฎหมายปกครอง. หน้า 129 .

อาจมีการตรากฎหมายลำดับรอง ที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บทมอบหมายอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหารโดยชัดแจ้ง และโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรอง จะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(3) กฎหมายลำดับรอง จะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออก “กฎหมาย” ต่อไปอีกช่วงหนึ่ง (Sub-delegate) ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจ ให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับมอบอำนาจไม่มีสิทธิมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชน ที่นำมาใช้กับกฎหมายมหาชนด้วย แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปรกติ เช่นหลักเดียวกับหลักใน (2) ดังกล่าวข้างต้น เช่น กรณีของกฎหมายคมนาคม ที่ออกตามความใน พระราชกฤษฎีกาควบคุมยานพาหนะในภาวะคับขัน พ.ศ.2485 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวง ออกตามความในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

2.5 ประเภทของกฎหมายของฝ่ายบริหาร

การแบ่งประเภทของกฎหมายของฝ่ายบริหารอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.5.1 การแบ่งประเภทของกฎหมายตามองค์กรผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

2.5.2 การแบ่งตามประเภทเนื้อหาของกฎหมายของฝ่ายบริหาร

สำหรับรายละเอียดของการแบ่งประเภทของกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็น 2 ประเภทดังกล่าว นั้น อธิบายได้ดังนี้

2.5.1 การแบ่งประเภทของกฎหมายตามองค์กรผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

การแบ่งแยกประเภทของกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยอาศัยเกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยมีความมุ่งหมายที่จะหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายของฝ่ายบริหารแต่ละประเภทมีลำดับศักดิ์เช่นไร โดยใช้หลักความสำคัญขององค์การฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การพิจารณา ลำดับศักดิ์ของกฎหมายของฝ่ายบริหาร จะพิจารณาจากลำดับศักดิ์ขององค์การฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจออกกฎหมายปกครอง ซึ่งกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองในแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างกันในแง่ความสำคัญของเรื่อง แบบพิธีในการออกเป็นต้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจจะเป็น พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นๆ

ดังนั้น หากพิจารณากฎหมายของฝ่ายบริหารที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ออกโดยองค์กรปกครองในส่วนกลาง และกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอาจเรียกตามลำดับศักดิ์ได้ดังนี้

1. ประกาศพระบรมราชโองการ
2. พระราชกฤษฎีกา

3. กฎกระทรวง กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี กฎ ก.พ. ฯลฯ

4. ประกาศกระทรวง

5. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

สำหรับรายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

1. ประกาศพระบรมราชโองการ

ประกาศพระบรมราชโองการแต่เดิมใช้กันอยู่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นมีศักดิ์อย่างพระราชบัญญัติทั้งสิ้น แต่สำหรับประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นกฎหมายลำดับรองในปัจจุบันนี้ที่ยังคงเหลืออยู่ ได้แก่ พระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457

2. พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารซึ่งประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ออกรองรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาอย่างชัดเจนในมาตรา 221 ซึ่งมีความว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

มีข้อสังเกตว่า กฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์หลายฉบับจะเรียกว่าพระราชกฤษฎีกาเช่นกัน ตัวอย่างเช่น “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้ค่านามสตรี พุทธศักราช 2460” หรือ “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจพิจารณาใหม่” ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน พระพุทธศักราช 2466 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่จริงแล้วมีค่าบังคับใช้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ จนกระทั่งเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 จึงบัญญัติชัดเจนว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น

พระราชกฤษฎีกามีสองประเภท คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทใดประกอบด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้ผู้เสนอก็ยังคงเป็นคณะรัฐมนตรี แต่สามารถตราขึ้นโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บทใด เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ. 2539 เมื่อพิจารณา

บทอาศัยอำนาจของพระราชกฤษฎีกานี้ให้ดูจะเห็นว่าพระราชกฤษฎีกานี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2539 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ผู้ร่างกฎหมายนี้ไม่ได้หลงลืมที่อ้างเพียงรัฐธรรมนูญและขาดพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท ซึ่งพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้มีผลสมบูรณ์ เพราะพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญที่จะตราพระราชกฤษฎีกาใดก็ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาเช่นนี้จะพบไม่บ่อยนัก

อย่างไรก็ตาม การตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้จะไม่สามารถกระทำได้ในขณะใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เนื่องจากในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่ได้ให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาเช่นนี้ได้ ถ้าสังเกตถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้บัญญัติอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยมีถ้อยคำที่แตกต่างออกไปจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ว่า “มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น” ในระหว่างนั้นจึงมีความขัดข้องไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกาในบางกิจการได้ โดยเฉพาะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย จึงเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 ซึ่งเนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้ก็ไม่มีอะไร นอกจากบอกว่าการจ่ายเงินดังต่อไปนี้ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เช่น เงินค่าเช่าบ้าน เงินเบี้ยประชุมต่างๆ เงินเดือนระหว่างลา หรือค่าใช้จ่ายเดินทาง กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา จนกระทั่งเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยกเลิกไปในปี 2519 รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา จึงมีหลักการให้ตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 อีก ปัจจุบันจึงถือเป็นแนวทางการตราพระราชกฤษฎีกาอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่มีอำนาจใดมาตัดรอนแล้ว ฝ่ายบริหารสามารถออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการใด ๆ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายได้²³

(2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบท พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหลายฉบับที่ระบุให้มีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการนี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ เพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่า อำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น มิใช่เป็นของรัฐบาลโดยตรง แต่จะต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถจะถวายคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้ หากพระองค์ทรงซักถามและหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้ การออกพระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้เช่น

²³ ธรรมนิติย์ สุมันตกุล. (2546) . การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง.เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1 (ภาค 2) .คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . หน้า 4-9 .

-การกำหนดพื้นที่ใช้บังคับกฎหมาย (มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522)

-การกำหนดข้อยกเว้นบทอนุโลมตามกฎหมาย (มาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ซึ่งให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดข้อยกเว้นการนำกฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนสามัญไปใช้กับข้าราชการพลเรือนในพระองค์

-การเปลี่ยนแปลงการใช้บัญชีเงินเดือนข้าราชการ (มาตรา 25 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2518 (ยกเลิกแล้ว)

นอกจากนั้นก็เป็นการใช้ในโอกาสประเพณีที่สำคัญ เช่น การเปิดหรือปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎร²⁴

การตราพระราชกฤษฎีกาในปัจจุบันนี้จะกระทำในกรณีใดบ้าง อาจสรุปได้ดังนี้²⁵

1) เพื่อกำหนดวันใช้บังคับของกฎหมายแม่บท ในกรณีที่กฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) เห็นควรให้มีการเตรียมการเสียก่อน เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นส่วนราชการระดับกรม แต่จะให้เป็นผลเมื่อใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

2) เพื่อกำหนดพื้นที่ใช้บังคับของกฎหมายแม่บท เนื่องจากกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) เห็นว่าการใช้กฎหมายควรเริ่มเป็นพื้นที่ๆ ไป เช่น ในกรณีของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 กฎหมายไม่ได้บังคับใช้เป็นการทั่วไป แต่ต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกาบังคับใช้ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บังคับในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลท่าคูม อำเภอศรีมหาโพธิ จังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. 2546

3) เพื่อขยายการใช้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เนื่องจากกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ต้องการใช้กับเหตุการณ์หรือสิ่งใดเพิ่มเติมแล้ว ให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้พิจารณากำหนด เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พ.ศ. 2540 ในพระราชบัญญัติแม่บทดังกล่าวได้กำหนดนิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งนอกจากให้หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งแล้ว ยังให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้อีกด้วย เมื่อตราพระราชกฤษฎีกานี้แล้ว ก็จะเป็นผลให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ ฯ ไปใช้กับหน่วยงานของรัฐตามที่ได้ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาด้วย

²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ . (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.หน้า 128 .

²⁵ ธรรมนิติ์ สุมนตกุล. (2546) .เล่มเดิม .หน้า 7 .

อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางท่าน²⁶ ได้แบ่งประเภทของพระราชกฤษฎีกาออกเป็น 3 กรณี คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บท พระราชกฤษฎีกาจำพวกนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติ มอบหมายให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายจำพวก Subordinate Legislation เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท เช่น ให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตท้องที่ที่กฎหมายแม่บทใช้บังคับ หรือ กำหนดเรื่องอื่นๆ เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบพนักงานเทศบาลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล พระราชกฤษฎีกาตั้งอธิบดีผู้พิพากษาศาล ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (พ.ศ.2477)

(2) พระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร กำหนดกิจการที่สำคัญๆ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการเปิดประชุมสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติและพระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ เป็นต้น

(3) พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการหรือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ เป็นต้น แต่ในบางครั้งก็ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาในเรื่องอื่นๆ อีกด้วยเช่น เรื่องที่เกี่ยวกับราชสำนัก คือ พระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการไว้ทุกข์ในพระราชสำนัก พ.ศ.2485 เป็นต้น

3. กฎกระทรวง

เป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของฝ่ายบริหารอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ตราขึ้นโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และเป็นกฎอีกประเภทหนึ่งที่รัฐสภาจะมอบอำนาจให้บัญญัติเรื่องที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกาลงไปอีก คือบัญญัติเรื่องปลีกย่อยต่างๆ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยสำหรับการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น การให้ออกกฎกระทรวง เรื่องการตัดแปลงอาคาร ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 และประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522

กฎกระทรวงแตกต่างจากพระราชกฤษฎีกาแต่เพียงที่กฎกระทรวงนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด

²⁶ ออมร จันทรมานูญ .กฎหมายไทย เล่ม ก-ข (กษัตริย์-ข้าราชการ) . หน้า 19 .

เป็นผู้ลงชื่อในฐานะเป็นผู้ตรากฎหมายนั้น และนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อใช้บังคับได้ โดยไม่ต้องนำขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย แต่พระราชกฤษฎีกานั้นต้องนำขึ้นทูลเกล้าถวายและคณะรัฐมนตรี จะต้องถวายคำแนะนำเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

การตรากฎกระทรวงนี้จะทำได้ง่ายกว่าการตราพระราชกฤษฎีกา เพราะการตรากฎกระทรวงมีการมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรี จึงเป็นการสะดวกและง่ายในการบัญญัติรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ ที่อาจจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอๆ และเป็นการง่ายแก่การแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากเป็นอำนาจของรัฐมนตรีเพียงคนเดียว

การที่จะทราบได้ว่าเรื่องใดจึงจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและเรื่องใดจะต้องตราเป็นกฎกระทรวงขึ้น ย่อมแล้วแต่ความสำคัญของเรื่อง ดังกล่าวไว้แล้ว และจะสามารถทราบถึงความสำคัญ มากหรือน้อยของเรื่องใดได้ โดยดูจากกฎหมายแม่บทที่จะกำหนดเอาไว้ว่า เรื่องใดบ้างให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เรื่องใดบ้างให้ตราเป็นกฎกระทรวง

เรื่องที่จะมีการตราเป็นกฎกระทรวงนั้นส่วนใหญ่จะได้แก่เรื่องที่เป็นรายละเอียดลงไป เช่น เรื่องการขออนุญาตต่างๆ หรือการกำหนดลักษณะต่างๆ เป็นต้น หรือเป็นเรื่องที่ต้องการความสะดวกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพราะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ่อยๆ ตามความเหมาะสม เช่น เรื่องค่าธรรมเนียม เป็นต้น

กฎกระทรวงนี้เมื่อครั้งก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ใช้ชื่อว่ากฎเสนาบดี แต่ต่อมาในปี พ.ศ.2475 ได้มีพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีแต่ก่อน พุทธศักราช 2475 มาตรา 3 บัญญัติให้เทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีว่า “มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติและบทกฎหมายอื่นใดซึ่งประกาศใช้อยู่ในเวลานี้ คำว่า “เสนาบดี”ให้อ่านเป็นรัฐมนตรี คำที่กล่าวถึงเสนาบดีกระทรวงใดๆ ให้หมายความว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นๆ และคำว่า “กฎเสนาบดี”ให้อ่านเป็น กฎกระทรวง แต่ก็ยังมีกฎหมายเสนาบดีที่ยังใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ กฎเสนาบดีว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า พ.ศ.2464²⁷

กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น กฎทรวง กฎสำนักนายก กฎ ก.พ. ฯลฯ สาเหตุที่ไม่เรียกว่ากฎกระทรวงเนื่องมาจากผู้มีอำนาจออกกฎดังกล่าวไม่ใช่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดกระทรวงแต่เป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งก็ต่างกันเพียงชื่อ หลักเกณฑ์ถือปฏิบัติทุกอย่างเช่นเดียวกับกฎกระทรวง สำหรับกฎสำนักนายกรัฐมนตรีในระยะหลังนี้ แม้กฎหมายนั้นจะมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการแต่ก็จะไม่เรียกกฎสำนักนายกรัฐมนตรีกันอีก แต่จะเรียกว่า กฎกระทรวงเหมือนกัน คงมีกฎทรวงเท่านั้น แต่จากการปฏิรูประบบราชการที่ผ่านมาจะทำให้ต่อไปจะไม่มียกทรวงมหาวิทยาลัย กฎทรวงในภายหน้า จะไม่มีการออกขึ้นมาก็อีก ส่วนกฎหมายลำดับรอง ที่เป็นการกำหนดอำนาจ

²⁷ กาญจนรัตน์ สิริโรจน์ . (2523) . การร่างกฎหมาย . หน้า 25-30 .

ขององค์กร เช่น กฎ ก.พ. หรือ กฎ ก.ค. มีลักษณะแตกต่างจากกฎกระทรวงในขอบเขตที่ใช้บังคับ ซึ่งใช้จะจงกับข้าราชการประเภทนั้น ไม่ได้ใช้กับประชาชนทั่วไป

4. ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจแก่ส่วนราชการ หรือคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องดูแลการบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นผู้ออก หากรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศกระทรวง คณะกรรมการเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศคณะกรรมการ

ประกาศกระทรวงในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชเป็นเพียงคำสั่งหรือคำประกาศให้ประชาชนทราบเรื่องใดเรื่องหนึ่งของราชการ เป็นประกาศของเสนบดีแต่ไม่ใช่รูปแบบของกฎหมาย เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ในการตราพระราชบัญญัติของรัฐบาล รัฐบาลอาจให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่รัฐสากำหนดไว้แล้วจึงมีการประกาศให้ประชาชนทราบ เช่น ประกาศทบวงว่าด้วยโรคต้องห้าม²⁸

5. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายบริหารต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ไม่ใช่กรอบ ไม่ใช่นโยบาย แต่เป็นวิธีการในรายละเอียด หรือเป็นการประสานงานกับทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้มาทำงานด้วยกัน โดยปรกติแล้วพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทจะกำหนดว่าจะต้องออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดในเรื่องใด

ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจขอความเห็นชอบโดยมติของคณะรัฐมนตรีหรือไม่ขอก่อนก็ได้ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเสนอแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่ารัฐมนตรีผู้เสนอเห็นว่าเป็นหลักการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีควรรับทราบเสียก่อนหรือไม่ หรือขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทจะกำหนดว่าเมื่อออกจะต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดก่อนหรือไม่ ในปัจจุบันนี้ได้มีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินค่อนข้างมาก โดยเฉพาะระเบียบซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 และโดยที่เมื่อระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินนี้เอง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด จึงสามารถออกได้แม้โดยไม่ต้องอ้างบทอาศัยอำนาจใดๆ ถ้าเป็นการออกกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหารภายในส่วนราชการนั้น โดยถือว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินที่จะดูแลบังคับบัญชาหรือจัดการงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อย

²⁸ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ . (2533) . การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. หน้า 85 .

สำหรับข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ตัวอย่างเช่น กรุงเทพมหานคร มีอำนาจออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครในกิจการต่างๆ อันเป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครได้ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นต้น นอกจากอำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 มาตรา 10 ให้ออกข้อบังคับท้องถิ่นกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร หรืออำนาจที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น

มติคณะรัฐมนตรีอาจมีผลเป็นกฎหมายฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างได้ หากมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ มติคณะรัฐมนตรีอาจมีได้ในสามลักษณะ คือ อาจเป็นนโยบาย คำสั่ง หรือกฎก็ได้ ตัวอย่างของมติคณะรัฐมนตรีที่มีฐานะเป็นกฎ เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หนังสือเวียนเป็นเครื่องมือที่รัฐมนตรี หรือผู้มีอำนาจในการบังคับบัญชาออกคำสั่งไปยังผู้ใต้บังคับบัญชา หนังสือเวียนอาจมีเนื้อหาเป็นการตีความกฎหมาย หรือเป็นการวางแผนทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก็ได้²⁹

2.5.2 การแบ่งประเภทกฎหมายของฝ่ายบริหารตามเนื้อหา³⁰

กฎหมายฝ่ายบริหารอาจแบ่งแยกประเภทตามเนื้อหาได้ดังนี้

1. กำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้พระราชบัญญัติ เพื่อให้พระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้ได้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นที่ต้องจัดให้มีองค์กรตามพระราชบัญญัตินั้นๆ
2. กำหนดสถานที่ กิจการ บุคคล สิ่งของที่พระราชบัญญัติจะต้องบังคับใช้กับสิ่งเหล่านั้น หรือที่พระราชบัญญัติจะกำหนดให้เป็นข้อยกเว้น ไม่ใช้บังคับพระราชบัญญัตินั้น
3. กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดราชการบริหารที่ไม่ใช่ราชการส่วนท้องถิ่น เช่น การแบ่งส่วนราชการ และการวางระเบียบข้าราชการ เป็นต้น
4. กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้สิทธิของประชาชนตามพระราชบัญญัติหรือการใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามพระราชบัญญัติ
5. กำหนดรายละเอียดที่เป็นปัญหาทางเทคนิค หรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษเพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่พระราชบัญญัติมุ่งประสงค์

สำหรับรายละเอียดในแต่ละเรื่องของกฎที่แบ่งประเภทตามเนื้อหา มีดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกา พระราชบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารตามพระราชกฤษฎีกา มักจะกำหนดให้พระราชกฤษฎีกามีเนื้อหาเป็นเรื่องกำหนด

²⁹ ธรรมนูญ ตูมตันตุล .(2548) .เล่มเดิม. หน้า 6-7 .

³⁰ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ . (2533).เล่มเดิม.หน้า 86-87 .

1.1 ระยะเวลาเริ่มต้นบังคับใช้พระราชบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐบาลใช้ดุลยพินิจพิจารณานำพระราชบัญญัติมาใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์และในบางกรณีการจะบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น ต้องจัดให้มีองค์กรตามพระราชบัญญัติขึ้นเสียก่อน การให้รัฐบาลตราพระราชกฤษฎีกากำหนดระยะเวลาเริ่มต้นการบังคับใช้กฎหมาย จึงเป็นการให้เวลาเจ้าพนักงานของรัฐบาลในการเตรียมการปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ

1.2 สถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะบังคับใช้

1.3 สถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะยกเว้น ไม่บังคับใช้

1.4 รายละเอียดเกี่ยวกับการจัดบริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางปกครอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาแต่งตั้งข้าราชการชั้นสูง พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการและวางระเบียบบริหารราชการ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์กรของรัฐ

2. กฎกระทรวง พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติมีอำนาจออกกฎกระทรวงมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

2.1 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาต

2.2 กฎกระทรวงกำหนดแบบคำขอ แบบคำร้อง และแบบใบอนุญาต

2.3 กฎกระทรวงกำหนดแบบของบัตรประจำตัวเจ้าพนักงานตามกฎหมาย

2.4 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการยื่นอุทธรณ์ วิธีการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามกฎหมาย

2.5 กฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดอื่นๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้แล้วในพระราชบัญญัติ

3. ประกาศกระทรวงหรือประกาศของเจ้าพนักงาน

เจ้าหน้าที่ต่างๆ ซึ่งได้แก่ ประกาศคณะกรรมการ ประกาศเจ้าพนักงาน เป็นต้น เนื้อหาของประกาศเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิค หรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ นอกจากเนื้อหาของประกาศเหล่านี้ อาจเป็นเพียงการกำหนดรายละเอียดเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งแต่มีผลบังคับใช้กับบุคคลทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง ลักษณะทั่วไปของกฎของฝ่ายบริหารนี้เองที่เป็นคุณสมบัติแตกต่างจากคำสั่งเฉพาะขององค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย

4. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เนื้อหาของกฎของฝ่ายบริหารประเภทนี้ จะเป็นเรื่องกำหนดรายละเอียดต่างๆ คล้ายกับกฎกระทรวง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ ข้อบังคับตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ ความแตกต่างคงมีเพียงระดับความสำคัญของเรื่อง และแสดงให้เห็นปรากฏในแง่ขององค์กรผู้ให้อำนาจตรา เพราะกฎกระทรวงตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี แต่ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนดตราขึ้นโดยสำนักงาน คณะกรรมการตามกฎหมาย หรือเจ้าพนักงาน

ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติพบว่ารัฐมนตรีอาจออกระเบียบกำหนดรายละเอียดของกฎหมายได้

จากการศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎ ตลอดจนการศึกษาถึงทฤษฎีต่างๆ และศึกษาถึงความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหารทำให้ได้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องกฎของฝ่ายบริหารมากขึ้น ซึ่งจะเป็นพื้นฐานสำคัญในการศึกษาเกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายบริหารในการศึกษาในบทต่อไป

บทที่ 3

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎหมาย

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเป็นการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย ซึ่งมีกฎหมายที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ออกกฎหมายของฝ่ายบริหารหลายประเภท ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะกล่าวถึงในส่วนนี้จึงเป็นหลักการที่ใช้ในระบบกฎหมายไทย และเมื่อศึกษาถึงปัญหาในบางกรณีของการออกกฎหมายในระบบกฎหมายไทย ก็จะนำผลการศึกษาการออกกฎหมายในระบบกฎหมายของต่างประเทศในหลักการบางกรณีที่เกิดขึ้นในการออกกฎหมายในระบบกฎหมายไทยมาวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงปัญหาต่างๆ เหล่านั้น และศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหา ตลอดจนการวางแนวทางของการออกกฎหมายที่มีมาตรฐานต่อไป

ในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้นจะต้องมีข้อคำนึงในการที่จะออกกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ แม้ว่ากฎหมายแม่บทจะได้บัญญัติให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นโดยออกเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารตามแต่ละประเภทที่จะกำหนดขึ้น แต่โดยที่การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่เป็นมาตรฐานเพื่อให้การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นไปในแนวทางที่เป็นมาตรฐาน จึงควรศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อคำนึงในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ โดยในการศึกษาจะว่าด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎหมายและหลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎหมายโดยจัดเรียงลำดับการศึกษาดังนี้

3.1.1 หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป

3.1.2 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

3.1.3 ข้อควรคำนึงในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

3.1.3 องค์การในการตรวจพิจารณากฎหมาย

3.1.5 การใช้ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งให้อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

3.1.6 มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมาย

3.1.1 หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป

การออกกฎหมายโดยทั่วไปนั้นย่อมมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้บังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติ ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะมีผลทำให้ได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษได้ โดยผลดังกล่าวเมื่อมี

กฎหมายมากขึ้นเท่าใด บุคคลย่อมถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอันมีผลเป็นการลดทอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิมากขึ้นเท่านั้น

เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายและมีผลในการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การพิจารณาออกกฎหมายหรือการตรากฎหมายจึงสมควรกระทำเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นอันจะหลีกเลี่ยงมิได้ เพื่อมิให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องถูกระทบกระเทือนโดยไม่สมควร ดังนั้น ก่อนที่จะมีการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้นควรคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ

1. การออกกฎหมายนั้น สิ่งนั้นมีความจำเป็นจริงๆ หรือไม่ ถ้าจำเป็นต้องทำ คนอื่นทำได้หรือไม่ ถ้าคนอื่นทำบางทีอาจไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายก็就不用ออกกฎหมาย แต่ถ้ารัฐจำเป็นต้องทำก็จำเป็นต้องไปออกกฎหมายให้รัฐมีอำนาจทำตรงนั้น และเบื้องต้นที่จะต้องดูก็คือว่า การกระทำที่จะต้องอาศัยกฎหมายมาเป็นฐานนั้นรัฐจำเป็นจะต้องทำหรือไม่ ถ้าคำตอบมีว่ารัฐจำเป็นจะต้องทำก็ต้องไปดูว่าการที่รัฐจะต้องทำนั้นแล้วจำเป็นต้องออกกฎหมายหรือไม่ รัฐทำเองได้ไหมโดยที่ท่าเหมือนกับชาวบ้านเขาทำโดยไม่ต้องมีกฎหมาย เพื่อว่าจะได้ไม่มีกฎหมายเพิ่มภาระขึ้นมาอีก ถ้าคำตอบว่ารัฐทำไม่ได้ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ก็จำเป็นต้องออกกฎหมาย

2. เมื่อจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายแล้วก็ต้องไปดูว่ากฎหมายที่ออกนั้น ออกโดยรัฐบาล หรือว่าออกโดยเทศบาลท้องถิ่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายของประเทศ ถ้าออกเป็นกฎหมายเป็นเทศบัญญัติของเทศบาลได้ แล้วสามารถที่จะทำกิจกรรมนั้นได้ รัฐก็ไม่ต้องไปออกกฎหมายก็ให้เทศบาลไปออกเทศบัญญัติ

3. ความจำเป็นที่จะออกกฎหมายนั้น จะต้องทำโดยรีบด่วนหรือจะรอต่อไปในวันข้างหน้าได้ ถ้ารอต่อไปจะเกิดผลเสียหายหรือว่าจะเป็นผลดี

4. กฎหมายที่ออกนั้นจำเป็นที่จะออกให้ครอบคลุมไปทั่วทั้งหมดหรือมีเขตจำกัด สมควรหรือไม่ที่จะกำหนดขอบเขตกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายไว้เฉพาะพื้นที่ หรือปริมาณที่จำเป็นจริงๆ เพื่อไม่ให้คนอื่นเขาถูกระทบกระเทือนไปด้วย

5. กฎหมายที่ออกมาใช้บังคับนั้น จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีลักษณะถาวร จะใช้ชั่วคราวชั่วคราวเมื่อเสร็จภารกิจแล้วเลิกกฎหมายนั้น หลักที่สำคัญก็คือถ้าออกกฎหมายมาเพื่อเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง ควรให้กฎหมายนั้นยุติด้วยตัวของมันเอง ดีกว่าจะไปคิดยกเลิกในภายหลังเพราะการยกเลิกในภายหลังนั้นจะเป็นเรื่องที่ยากมาก

6. ความพร้อมในอันที่จะไปบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นให้ตรงไปตรงมามากน้อยเพียงใด เพราะความพร้อมของรัฐในการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นเงื่อนไขสำคัญมากในการที่คนร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึง

7. การออกกฎหมายมาใช้บังคับนั้น จะต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายที่จะออกไปนั้น จะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายต่อสังคมมากน้อยเพียงใด คู่กับวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายนั้นๆ หรือไม่³¹

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งเป็นการวางบรรทัดฐานของผู้ที่ประสบการณ์ในการร่างกฎหมาย เป็นสิ่งที่จะช่วยให้การยกร่างกฎหมายของผู้ร่างกฎหมายมีการถ่วงดุลและคำนึงถึงสิ่งต่างๆ ก่อนที่จะยกร่างกฎหมายมาใช้บังคับ

นอกจากนี้ในการที่จะทำให้กฎหมายนั้นมีประสิทธิภาพ มีข้อเสนอดังต่อไปนี้³²

1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนพอสมควร เช่น จะเขียนว่าถ้าทำการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ถูกจำคุก 10 ปี เช่นนี้ทำไม่ได้

2) ข้อความของกฎหมายนั้น จะต้องไม่ฝ่าฝืนธรรมชาติหรือหักหาญต่อความรู้สึกของคนที่ถูกบังคับมากเกินไป เช่น กำหนดให้บุตรทุกคนต้องแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ถ้าพ่อแม่ทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งจะมีผลทำลายความสงบสุขของครอบครัวทำให้ต้องระแวงกันตลอดเวลา

3) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ทำให้เสียผลประโยชน์แก่ผู้ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามมากมายจนเกินไป เพราะถ้าเขียนกฎหมายให้เขาเสียประโยชน์มากเกินไป เขาก็จะหลีกเลี่ยง ประสิทธิภาพของกฎหมายจะเสียไป ฉะนั้นความรับผิดชอบที่ลงต้องได้ส่วนสัมพันธ์กัน การห้ามที่ให้คนปฏิบัติตาม ต้องเสียประโยชน์มากเพียงใดและโทษที่จะลงแก่ผู้ฝ่าฝืนก็ต้องหนักขึ้นเพียงนั้น

4) ต้องคำนึงถึงกระบวนการ (Process) และองค์กร (Organ) ในการบังคับตามกฎหมาย เมื่อจะออกกฎหมายใดที่เป็นกฎหมายเทคนิคแท้ๆ รัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติต้องเขียนกระบวนการให้ชัดเจน เช่น เรื่องสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มองไม่เห็นแต่กฎหมายกำหนดขึ้นหรือสมมติขึ้นให้ได้รับคำรับรองเสมอเป็นทรัพย์สิน จึงต้องเขียนคำจำกัดความ (Definition) กำหนดขั้นตอนในการจดทะเบียน รวมทั้งสิทธิหน้าที่ให้ชัดเจน และต้องมีองค์กรที่จะบังคับการตามนั้นด้วย เช่น หน่วยจดทะเบียนเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่ติดตามบังคับ

5) จะต้องคำนึงถึงบรรยากาศในสังคมที่เอื้ออำนวยให้มีการเคารพ และปฏิบัติตามกฎหมายอย่างจริงจัง บรรยากาศนี้มีความสำคัญมาก ถ้ามีบรรยากาศการปฏิบัติตามกฎหมายแล้วการออกกฎหมายก็ง่ายขึ้น

3.1.2 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

ในการที่จะตรากฎหมายออกมาใช้บังคับนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการที่จะออกกฎหมายมาใช้บังคับนั้นแล้วยังต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบถึงความจำเป็นที่จะตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวที่จะตรารับมาใช้บังคับนั้น ได้

³¹ มีชัย ฤชุพันธุ์. (2539-2543) . ประมวลคำบรรยายประธานวุฒิสภา เล่ม 2 . หน้า 553-557.

³² ปรีดี เกษมทรัพย์ . (2546). นิติปรัชญา . หน้า 365-366 .

ผ่านการตรวจสอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องถึงความจำเป็นอย่างแท้จริงในการที่จะมีกฎหมายหรือกฎขึ้นมาใช้บังคับ

การเสนอให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้จำนวนมากโดยที่ไม่มีการตรวจสอบอย่างรอบคอบว่าจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเหล่านั้นหรือไม่และกฎหมายมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด กฎหมายที่ตราขึ้นจำนวนมากจึงมีลักษณะเป็นการขยายหรือเพิ่มภารกิจแก่หน่วยงานของรัฐ และสร้างขั้นตอนที่ไม่จำเป็นแก่การปฏิบัติงานและการให้บริการสาธารณะตลอดจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชน และต่อโอกาสในการแข่งขันของประเทศไทยในเวทีการค้าโลก และเป็นช่องทางในการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการรวมทั้งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่สมควรอีกด้วย

โดยเหตุผลดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่หน่วยงานที่จะเสนอให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับต้องตรวจสอบให้ได้ข้อยุติว่า มีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายนั้นอย่างแท้จริงและกฎหมายดังกล่าวคุ้มค่ากับการที่บุคคลจะต้องถูกจำกัดสิทธิและ เสรีภาพทั้งยังต้องกำหนดเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการดำเนินการให้ชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้มีการขยายภารกิจของรัฐ หรือก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของงานด้วย

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบเบื้องต้นก่อนที่จะมีการเสนอร่างกฎหมาย โดยวิธีการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยต้องคำนึงถึง เพื่อไม่ให้กฎหมายมีมากเกินไปจนความจำเป็น อาจสรุปได้ ดังนี้³³

1. วัตถุประสงค์ และภารกิจ หน่วยงานจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจที่จะดำเนินการให้ชัดเจน โดยจะต้องตรวจสอบให้ชัดเจนว่ามีความจำเป็นต้องทำภารกิจนั้นเพียงใด และมีมาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจนั้นอย่างไร

2. ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจ หน่วยงานต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าภารกิจที่จะดำเนินการนั้นรัฐควรเป็นผู้ทำเอง หรือให้เอกชนเป็นผู้ทำและในกรณีที่รัฐควรทำภารกิจนั้น รัฐควรเป็นผู้ทำเอง หรือให้องค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นผู้ทำ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงการคุ้มครองประชาชน ประสิทธิภาพ ต้นทุนและความคล่องตัว

3. ความจำเป็นในการตรากฎหมาย หน่วยงานจะต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าในการจัดทำภารกิจนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายออกมาบังคับใช้หรือไม่และหากจำเป็นจะต้องมีกฎหมายควรจะเป็นกฎหมายในระดับใด มีกลไกในสภาพการบังคับอย่างไร

³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา . (2547) . คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย . หน้า 10-12 . และ อังพร จารุจินดา . (2546) . การบรรยายการร่างกฎหมาย.เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตร นักกฎหมายภาครัฐ รุ่นที่ 1 . คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 2-4 .

4.ความซ้ำซ้อนของกฎหมาย หน่วยงานจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่มีอยู่ครอบคลุมถึงภารกิจที่จะทำหรือไม่หรือจะต้องแก้ไขกฎหมายนั้นให้ครอบคลุมถึงภารกิจ หรือจำเป็นจะต้องมีกฎหมายใหม่

5.การตอบบุคคลและความคุ้มค่า หน่วยงานจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้เกิดขึ้นแก่บุคคลใดบ้าง มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากน้อยเพียงใด และกฎหมายนั้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่ต้องปฏิบัติได้

6.ความพร้อมของรัฐ จะต้องทำให้ผู้ถูกกฎหมายใช้บังคับมีความเข้าใจ มีความพร้อม และปฏิบัติตามกฎหมายอย่างยินยอมพร้อมใจ

7.หน่วยงานที่รับผิดชอบ มีหน่วยงานอื่นๆ ใดที่ปฏิบัติภารกิจซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ ถ้ามีสมควรยุบหน่วยงานนั้น หรือควรปรับเปลี่ยนอย่างไรหรือไม่

8.วิธีการทำงานและการตรวจสอบ หน่วยงานจะต้องกำหนดวิธีการทำงานให้สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ซึ่งได้แก่หลัก 6 ประการ คือ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบ และหลักความคุ้มค่า โดยมีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจ และกระบวนการที่ทำให้เกิดความรวดเร็วไม่ซ้ำซ้อน

9.อำนาจในการตราอนุบัญญัติ หน่วยงานจะต้องกำหนดกรอบหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการตราอนุบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองเป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควร

10. การรับฟังความคิดเห็น ในการยกร่างกฎหมายจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นหรือแสดงข้อคัดค้าน

หลัก 10 ประการดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการตรวจสอบความจำเป็นในการออกกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 เรื่องการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

3.1.3 ข้อควรคำนึงในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น มีสิ่งที่ควรคำนึงดังนี้³⁴

1. การกำหนดโทษทางอาญา

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น โดยทั่วๆไปมีบทกำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ เพราะถือเป็นหลักปฏิบัติมาตลอดว่าการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือการลงโทษจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน การกำหนดโทษทางอาญาเพื่อเป็นมาตรการบังคับการปฏิบัติตามกฎหมายของฝ่ายบริหารควรเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ แต่โดยทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น ก็จะมีบทลงโทษการฝ่าฝืนไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมาย

³⁴ Verac Crabbe . อ้างในธรรมนิติฯ สัมมตกุล . (2546) . เล่มเดิม. หน้า 10-11 .

ที่ตราโดยไม่ได้รับมอบอำนาจอาจมีบทกำหนดโทษซึ่งเป็นข้อยกเว้นในบางกรณีไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาวะฉุกเฉิน หรือการสงคราม กรณีนั้นพระราชบัญญัติแม่บทจะมีบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน เช่น พระราชกฤษฎีกาควบคุมเครื่องอุปโภค บริโภค และของอื่นในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2487 ออกตามความในพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2484 (ยกเลิกแล้ว)

2. วันใช้บังคับ

วันใช้บังคับเมื่อกำหนดแล้วจะแก้ไขในภายหลังได้หรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา ครั้งที่ 1 ได้ให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 128/2527 คือ การออกกฎกระทรวงขึ้นใช้บังคับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่ใช้บังคับได้ตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ สำหรับวันใช้บังคับของกฎหมายนั้นถ้ามิได้ระบุไว้ในกฎหมายว่าจะให้ใช้บังคับเมื่อใดต้องถือว่าเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วย่อมใช้บังคับได้ทันที แต่ถ้าระบุวันใช้บังคับไว้ในกฎหมาย กำหนดวันเริ่มใช้บังคับย่อมเป็นไปที่ระบุนั้น ถ้าจะให้ผลใช้บังคับย้อนหลังโดยไม่ทำให้บุคคลใดต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลใดแล้วก็สามารถกระทำได้เช่นกัน

3. การบังคับใช้ย้อนหลัง

โดยทั่วไปการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้มีผลบังคับเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่มีตามกฎหมายเป็นการย้อนหลังย่อมกระทำไม่ได้เสมอหากจำเป็นและสมควรที่จะต้องออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่เป็นคุณโดยปกติย่อมกระทำได้ แต่วิธีการที่จะกำหนดให้กฎหมายมีผลย้อนหลังอย่างไรและเพียงใดนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาปัจจัยผลดีผลเสียที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของกฎหมายในแต่ละเรื่อง และจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีด้วย

4. พระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติ

แนวทางปฏิบัติได้เคยมีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ยกเว้น ยกเลิก หรือแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่การกระทำเช่นนี้จะต้องอาศัยอำนาจจากที่รัฐธรรมนูญให้ไว้หรือพระราชบัญญัติอื่นเป็นกฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจกระทำได้ซึ่งในปัจจุบันได้แก่มาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กรณีต่อไปนี้ไม่ควรออกกฎหมายเป็นกฎของฝ่ายบริหาร ได้แก่

- 1). กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการขยายหลักการของตัวแม่บท รวมถึงการกำหนดภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมซึ่งกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ไม่อนุญาตให้กระทำ
- 2). การแก้ไขกฎหมายแม่บท
- 3). กฎหมายลำดับรองที่ให้ดุลยพินิจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอย่างกว้างโดยไม่จำกัดขอบเขต

4). กฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวเนื่องเขตอำนาจศาล

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าเรื่องใดต้องตราเป็นกฎหมาย เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วให้อยู่ในขอบเขตของการออกข้อบังคับ³⁵

3.1.4 องค์การในการตรวจพิจารณากฎหมาย

ในการตรวจพิจารณากฎหมายของฝ่ายบริหาร นั้น ปัจจุบันมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาอยู่ 2 องค์กร คือ

(1) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

รายละเอียดในแต่ละองค์กร อธิบายได้ ดังนี้

(1) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้ระบุให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

มาตรา 62 ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(2) พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มีหรือแก้ไขปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมาย

๑.ล๑

๑.ล๑

นอกจากนี้ตามมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ระบุให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี

๑.ล๑

๑.ล๑

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 7 และตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้ระบุให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการกฤษฎีกา มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณากฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติและตรวจพิจารณาของฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศกระทรวง

ในการตรวจพิจารณา กฎหมาย และกฎของฝ่ายบริหาร ดังกล่าวนี้อำนาจสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ รก1/2530 เรื่องแนวทาง

³⁵ แหล่งเดิม, หน้า 10-11 .

ปฏิบัติของฝ่ายเลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย เกี่ยวกับการพิจารณาร่างกฎหมาย และการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยมีแนวทางในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ดังนี้

- 1) ศึกษาความเป็นมาของร่างกฎหมาย หรือหลักการของกฎหมายใหม่
- 2) ศึกษา “แบบ” การร่างกฎหมาย โดยเปรียบเทียบกับแบบการร่างกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน
- 3) ตรวจพิจารณา “ถ้อยคำ” ที่ใช้ในการร่างกฎหมายให้ถูกต้อง เหมาะสม ชัดเจน โดยเทียบเคียงกับถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายฉบับเดิมหรือฉบับอื่นที่อาจเทียบเคียงกันได้ และตรวจสอบการสะกด การันต์ ให้ถูกต้อง
- 4) เสนอหรือจัด “เรียงลำดับมาตรา” หรือข้อความต่าง ๆ ตามลำดับเนื้อหาสาระของบทกฎหมายเสียใหม่ ถ้าจำเป็น
- 5) ตรวจสอบว่า มี “บทมาตราอื่น” หรือข้อต่าง ๆ ตามลำดับเนื้อหาสาระของบทกฎหมายเสียใหม่ ถ้าจำเป็น
- 6) ตรวจสอบว่ามี “บทมาตราอื่น” หรือข้ออื่น ของบทกฎหมายดังกล่าว (หรือของบทบัญญัติของกฎหมายอื่น) ที่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมไปด้วยในคราวเดียวกันหรือไม่
- 7) ศึกษา “ปัญหาข้อกฎหมาย” ที่อาจจะเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว เช่น การจัดหรือแย้งหรือซ้ำซ้อนกับบทกฎหมายอื่น หรือเป็นร่างกฎหมายที่เกินอำนาจกฎหมายแม่บท เป็นต้น
- 8) ศึกษา “ปัญหาทางปฏิบัติ” ที่อาจจะเกิดจากการใช้บังคับร่างกฎหมายดังกล่าว เช่น ศึกษาว่าโครงสร้างและกลไกของกฎหมายว่าเหมาะสมหรือสมบูรณ์พอที่จะทำให้การบังคับการตามกฎหมายบังเกิดผลสมความมุ่งหมายหรือไม่ เป็นต้น

ในหลักของการร่างกฎหมายนั้น ในแนวคิดบางท่านได้ตั้งเป็นหลักในการร่างกฎหมายไว้ว่า การร่างกฎหมายจะต้องยึดหลักพื้นฐาน 5 ประการ คือ ³⁶

- 1) ร่างให้ถูกต้อง คือ การร่างให้ถูกแบบ ถูกเนื้อหา และถูกหลักภาษา
- 2) ร่างให้แน่นอน คือ การร่างให้ชัดเจน ร่างให้รัดกุม
- 3) ร่างให้สมบูรณ์ได้แก่ ได้สาระครบถ้วน ครอบคลุม ไม่ขาดตกบกพร่อง สอดคล้องไม่ขัดกัน และเชื่อมโยงไม่ขาดตอน
- 4) ร่างให้ศักดิ์สิทธิ์และสัมฤทธิ์ผล
- 5) ร่างให้ถูกต้องตามความนิยม ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลีลาและถ้อยคำ วรรคตอน และการใช้ตัวเลขตัวหนังสือ

³⁶ ประวิณ ฒ นกร . (2543). เทคนิคการร่างกฎหมาย . หน้า 12 .

นอกจากนี้ยังมีระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วย การจัดทำและการพิจารณา ร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ โดยกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งสรุปสาระสำคัญของร่างระเบียบนี้ คือ

1. คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีจะมีมติหรือคำสั่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ
2. การตรวจพิจารณาเรื่องดังกล่าว หากเป็นเรื่องแบบในการร่างกฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่ไม่ซับซ้อน หรือเป็นเรื่องเร่งด่วนที่จะต้องจัดทำให้แล้วเสร็จภายในเวลากำหนด เป็นอำนาจที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะดำเนินการตรวจพิจารณา
3. ในการตรวจพิจารณาเรื่องดังกล่าว จะมีการเชิญผู้แทนส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ทั้งกรณีที่เป็นเจ้าของเรื่อง และกรณีเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อเข้าร่วมชี้แจงและแสดงความคิดเห็นประกอบการตรวจพิจารณา และในกรณีที่เกี่ยวกับสิทธิของเอกชนจะเชิญผู้แทนของสถาบันเอกชน หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ที่กรรมการกฤษฎีกาเห็นสมควร เข้าร่วมชี้แจงและแสดงความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้
4. ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ให้กรรมการกฤษฎีกาแต่ละคณะพิจารณาแก้ไขปรับปรุงตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักการที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเห็นชอบ
5. หากหลักการซึ่งเป็นสาระสำคัญของร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมาย หรือมีผลกระทบกระเทือนถึงกฎหมายอื่นในสาระสำคัญให้กรรมการกฤษฎีกาเสนอความเห็นให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีพิจารณา ทบทวนในหลักการนั้นก่อน เว้นแต่เป็นเรื่องเร่งด่วนจะพิจารณาแก้ไขปรับปรุงไปก่อน และเสนอให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีทบทวนหลักการไปพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จก็ได้
6. หากผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องขอแก้ไข หรือเพิ่มเติมหลักการจากที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีได้เห็นชอบไว้แล้ว ถ้ากรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าหลักการสำคัญจะขอให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่อง หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอหลักการนั้นให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีพิจารณาก่อนที่จะดำเนินการต่อไป หรือพิจารณาแก้ไขไป ตามที่เห็นสมควร และเสนอให้คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีพิจารณาวินิจฉัยไปพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จก็ได้
7. ในกรณีที่ผู้แทนหน่วยงานไม่เป็นพ้องด้วยการแก้ไขของคณะกรรมการกฤษฎีกาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการายงานความเห็นผ่านผู้แทนพร้อมทั้งเหตุผลหรือความเห็นของกรรมการกฤษฎีกาไปยังคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีเพื่อทราบพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จ

8. ในกรณีที่กรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ามีความจำเป็นหรือมีความเหมาะสมที่จะต้องแก้ไขหรือจัดให้มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศอื่นให้สอดคล้องกับร่างที่พิจารณาหรือเห็นว่าการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศใดไม่มีความจำเป็น เพราะมีกฎหมายในลักษณะเดียวกันใช้บังคับอยู่แล้ว หรือเพราะเหตุอื่นก็ให้เสนอความเห็นหรือข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งดำเนินงานต่อไป

จะเห็นได้ว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือตามมติคณะรัฐมนตรี

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

นอกจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ของคณะรัฐมนตรียังมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างระเบียบหรือร่างประกาศ ที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ตรวจพิจารณาโดยไม่ต้องส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ทั้งนี้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 เมษายน 2548 ให้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอคณะรัฐมนตรีรวม 6 คณะ เพื่อให้ร่างกฎหมายที่เสนอคณะรัฐมนตรี สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 สอดคล้องกับแผนพัฒนากฎหมาย และแผนนิติบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเป็นไปตามคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 136/2548 ลงวันที่ 18 เมษายน 2548 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอรัฐมนตรีรวม 6 คณะ โดยมีอำนาจหน้าที่สรุปได้ คือ

1.พิจารณาตรวจสอบและให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมาย ร่างระเบียบ ร่างประกาศ และร่างข้อบังคับต่างๆ

2.ในการตรวจสอบ จะพิจารณาถึงความสอดคล้องกับหลักการของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 ความจำเป็นในการตรากฎหมายว่าเป็นการสร้างภาระให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือแก่คณะรัฐมนตรี หรือไม่จำเป็นหรือสมควรเสนอคณะรัฐมนตรีหรือไม่ ความสอดคล้องกับกรอบนโยบายการพัฒนากฎหมาย ความสอดคล้องกับแผนนิติบัญญัติและแผนพัฒนากฎหมาย

3.พิจารณาตรวจสอบกรณีระเบียบหรือประกาศที่กระทรวงหรือส่วนราชการตลอดจนคณะกรรมการต่างๆ สามารถตราขึ้นได้ตามกฎหมายโดยไม่ต้องนำเสนอต่อเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และส่งมาลงประกาศราชกิจจานุเบกษา หากสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เรื่องนั้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายไม่สอดคล้องกับหลักการตามข้อ 2 ให้นำเสนอคณะกรรมการพิจารณา

4. ในกระบวนการของการตรวจพิจารณาร่างระเบียบและร่างประกาศดังกล่าวนี้ มีกระบวนการในตรวจพิจารณา เช่นเดียวกับ การตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา³⁷

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้นอกจากองค์กรคือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบของคณะรัฐมนตรีแล้ว ยังมีองค์กรคือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ได้แบ่งเบาภาระในการตรวจพิจารณากฎประเภทประกาศและระเบียบ ทั้งนี้เพื่องานร่างกฎหมายที่เสนอกับคณะรัฐมนตรีสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 และสอดคล้องกับแผนพัฒนากฎหมายและแผนนิติบัญญัติ

3.1.5 การใช้ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งให้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับนั้น จำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎขึ้นมาใช้บังคับนั้น ได้มีการบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นขอบเขตในการที่ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท มีในกรณีต่างๆ ดังนี้

(1) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

- หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- คณะกรรมการวิชาชีพสาขาอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
- ห้ามมิให้บุคคลใดมิไว้ในครอบครองซึ่งสัตว์น้ำหรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำชนิดใดชนิดหนึ่งตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา
- การกำหนดทางหลวงสายใด ทั้งสายหรือบางส่วนที่จะห้ามมิให้ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง. ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- การจัดตั้งนิคมตามมาตรา 6 ในท้องที่ใดให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกาและให้มีแผนที่กำหนดแนวเขตที่ดินของนิคมไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกานั้น
- ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- จะใช้บังคับในท้องที่ใดมีบริเวณเพียงใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา

³⁷ โปรดดูกระบวนการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .

-บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช่บังคับกับประเภท ราคา หรือชนิดของสินค้า หรือบริการตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

-ให้กรรมการกฤษฎีกา ได้รับคำตอบแทนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

-ข้าราชการตำรวจ อาจให้แบ่งเป็นข้าราชการตำรวจประเภทไม่มียศด้วยก็ได้ โดยให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

-การแบ่งส่วนราชการตาม (1) เป็นกองบัญชาการ หรือการจัดตั้งกองบัญชาการตาม (2) ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

(2) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

-หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

-ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขอื่นในการขุดดินหรือถมดิน

-บัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การยื่นคำขอจดทะเบียนการ จดทะเบียนและการออกใบทะเบียนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขอต่ออายุใบทะเบียน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การยื่นคำขอจดทะเบียน การจดทะเบียน การออกใบจดทะเบียน การตั้งตัวแทนและสำนักงานสาขา ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขอต่ออายุใบทะเบียนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขอรับอนุญาตตั้งสาขา และออกใบอนุญาตตั้งสาขาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-ให้คณะกรรมการ มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย หลักเกณฑ์และวิธีการในการปกครองดูแล บำรุงรักษา ใช้และจัดหาประโยชน์ เกี่ยวกับที่ราชพัสดุหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด ให้ตราเป็นกฎกระทรวง.

-การยื่นคำขอจดทะเบียน การตั้งตัวแทน การจดทะเบียนการตั้งตัวแทน การออกใบทะเบียน และการรับเป็นตัวแทน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-กำหนดนโยบายการลงทุนของกองทุน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง

-เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การตรวจสอบหรือทบทวนมิให้มีการขยายเวลาไม่เปิดเผยจนเกินความจำเป็น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การปฏิบัติตามมาตรานี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

-เชื้ออื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-สัตว์อื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-การขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน การออกใบอนุญาตและใบอนุญาต ใบอนุญาต และการออกบัตรประจำตัวช่างรังวัดเอกชนให้เป็นไปตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

-ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประจำปีตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

-คำคัดค้านเอกสารตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง

-ช่างรังวัดเอกชนต้องปฏิบัติตามมรรยาทช่างรังวัดเอกชนตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(3) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศ

-ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

-เครื่องใช้ผลิตภัณฑ์หรือวัตถุอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ว่าเป็นเครื่องมือแพทย์

-ไม่เป็นโรคตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

-ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

-ในกรณีที่เป็นเครื่องมือแพทย์ซึ่งรัฐมนตรีประกาศกำหนด

-บัตรประจำตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

-ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

-ตามอัตราที่คณะกรรมการประกาศกำหนดให้แก่ผู้บริโภค

-ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

-คำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรงและการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

-ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

(4) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ

-บรรดาเงินทั้งปวงที่กองทุนได้รับให้ส่งเข้าบัญชีรับตามกำหนดเวลาและตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

-ได้รับเบี้ยประชุมและประโยชน์ตอบแทนอื่นตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

-ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด

-การจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงการคลังกำหนด

-คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ออกระเบียบเกี่ยวกับการเลิก ยุบรวม หรือแยกกองทุนหมู่บ้าน

-ตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด

-ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ

-ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบของ

กระทรวงการคลัง

-หลักเกณฑ์ วิธีการ ยื่นคำขอและวิธีพิจารณาคำขอให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด

-ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

-ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

-หลักเกณฑ์และวิธีการเสนอชื่อบุคคลให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด

(5) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ

-ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

-บัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- การแพทย์แผนไทยประเภทอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ
- หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์กำหนด
- ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด
- ให้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามแบบที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนด
- การกำหนดตามมาตรานี้ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- สถาบันการเงินอื่นที่รัฐมนตรีกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รัฐมนตรีกำหนด

การบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายแม่บท เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะไปกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติการต่างๆ ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ บัญญัติไว้ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะการบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายนั้น เป็นเพียงการกล่าวถึงหลักใหญ่ๆ ของเรื่องนั้นว่าจะต้องไปดำเนินการกำหนดรายละเอียดโดยจัดทำเป็น “กฎ” ของฝ่ายบริหารประเภทใด แต่ขอบเขตที่จะไปดำเนินการในรายละเอียดต่างๆ ในเรื่องนั้น เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้จริง จึงเป็นปัญหาในอันที่เกิดการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บทนั้นๆ หรือมีการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ หรือเป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติหรือเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ถูกบังคับใช้ซึ่งเป็นปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.1.6 มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น ในระบบของกฎหมายไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีหลายฉบับที่นำมาใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการที่จะออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งได้เป็นแนวทางปฏิบัติ มติคณะรัฐมนตรีเหล่านั้นจึงถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์สำหรับในการที่จะกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ แนวทาง และมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งผู้ที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องคำนึงถึง

มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องแม้ใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องของการตรากฎหมาย แต่ก็มีแนวโน้มที่จะนำมาใช้ในการออกกฎของฝ่ายบริหารได้ด้วย มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการออกกฎของฝ่ายบริหารและมีมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายก็อนุโลมมาใช้กับเรื่องการออกกฎด้วย มีดังนี้

1. เรื่องการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติที่บทบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรองรับไว้ตามนัยมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทย โดยให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นไว้ในวรรคสองของคำปรารภ เพื่อให้สอดคล้องและเป็นแนวทางเดียวกันกับรูปแบบร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว³⁸

2. เรื่องการวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่ 2) โดยกำหนดให้ร่างกฎหมายหรือข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดแบบให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตรา ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บท ไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหมายหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหมายหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่า จะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่³⁹

3. เรื่องการวางแบบกฎหมาย (กำหนดในเรื่องรูปแบบการใช้ชื่อกฎกระทรวง) โดยวางรูปแบบการใช้ชื่อกฎกระทรวง ในกรณีที่มีกฎกระทรวงขึ้นใหม่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงที่ใช้บังคับอยู่แล้วในปัจจุบัน จะต้องปฏิบัติในแนวทางอย่างไร⁴⁰

4. เรื่องการวางแบบกฎหมาย (การเปลี่ยนรูปแบบมาตรา....ทวิ เป็นมาตรา..../?) เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติของการแทรกมาตราที่เพิ่มขึ้นใหม่ในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว โดยนำระบบตัวเลขมาใช้แทนการกำหนดเป็นมาตรา ทวิ ตรี จตุรา ตามลำดับ เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันสะดวกแก่การใช้และทำความเข้าใจ⁴¹

5. เรื่องการตรวจพิจารณากฎหมาย เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้บังคับให้หน่วยงานต้องยื่นขึ้นการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบของการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาภายในระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันที่หน่วยงานได้รับร่างกฎหมายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว เพื่อให้การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายในขั้นตอนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นไปอย่างรวดเร็ว⁴²

6. เรื่องการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย โดยเห็นชอบคู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ โดยให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด⁴³

³⁸ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 .

³⁹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2542 .

⁴⁰ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2543 .

⁴¹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 .

⁴² มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2543 และ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2545 .

⁴³ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 .

7. เรื่องการกำหนดประเภทร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ได้กำหนดให้ร่างกฎกระทรวงทุกเรื่องเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสำคัญตามความในมาตรา 4 (5) ของพระราชกฤษฎีกาการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 เว้นแต่ร่างกฎกระทรวงรวม 8 ประเภท เช่น ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยเครื่องแบบราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องแบบข้าราชการประเภทต่างๆ ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยแบบบัตรประจำตัวข้าราชการ พนักงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยบัตรประจำตัวข้าราชการ พนักงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ⁴⁴

8. เรื่อง มาตรการตรวจทานความสมบูรณ์และถูกต้องของร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาแล้วหรือร่างพระราชกฤษฎีกาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าถวาย เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาเห็นชอบแล้ว และร่างพระราชกฤษฎีกาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว มีความสมบูรณ์ ถูกต้อง และเพื่อป้องกันและแก้ไขความผิดพลาด คลาดเคลื่อน ซึ่งอาจเกิดขึ้นในขั้นตอนต่างๆ ก่อนการทูลเกล้าถวาย จึงกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องต้องส่งเจ้าหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในเรื่องนั้นมาตรวจทานความสมบูรณ์ถูกต้อง และลงลายมือชื่อรับรอง ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง ก่อนที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ภายหลังที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายไปแล้ว หากพบข้อผิดพลาดในเรื่องของความถูกต้องในการอ้างอิงข้อความในร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชกฤษฎีกา จนไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ หรือพบว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้ถือว่าหน่วยงานเจ้าของเรื่องที่มาตรวจทานร่างกฎหมายดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบ⁴⁵

9. เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรีรวม 6 คณะ เพื่อให้ร่างกฎหมายสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 สอดคล้องกับแผนพัฒนามาตรฐานและแผนนิติบัญญัติ และเพื่อให้การตรวจร่างระเบียบหรือร่างประกาศที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีตรวจพิจารณา โดยไม่ต้องส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา เป็นไปด้วยความเรียบร้อย จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอรัฐมนตรีรวม 6 คณะ⁴⁶

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2548 .

⁴⁵ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2546 .

⁴⁶ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2548 .

3.2 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เพื่อให้ทราบหลักการของการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในต่างประเทศ จึงขอกล่าวถึงหลักการทั่วไป กฎของฝ่ายบริหารในระบบของกฎหมายต่างประเทศและการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

3.2.1 การออกกฎหมายในประเทศอังกฤษ

(1) ระบบกฎหมายเบื้องต้นในประเทศอังกฤษ⁴⁷

ในประเทศอังกฤษ (รวมเวลส์) มีการแบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจอธิปไตย (รัฐสภา) อำนาจบริหาร (รัฐบาลรวมทั้งตำรวจ) และอำนาจตุลาการ (ศาล) การตรากฎหมาย การใช้กฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย อยู่ภายใต้หลักที่เรียกว่า “หลักนิติธรรม” (The rule of law)

รัฐสภา มีอำนาจในการตรากฎหมายแม่บท (Acts of Parliament) ที่จะต้องผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาคือ สภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords) และต้องได้รับความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์ (Royal Assent) จึงจะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้

รัฐสภาอาจมอบอำนาจผ่านกฎหมายแม่บท ในการตรา (Statutory Instrument) ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งที่มอบอำนาจเป็นการทั่วไปหรือมอบอำนาจให้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง รัฐสภาสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือเพิกถอนกฎได้ตามเงื่อนไขและกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(2) ประเภทของกฎหมายในประเทศอังกฤษ

เพื่อลดแรงกดดันในด้านเงื่อนไขเวลาของรัฐสภา กฎหมายระดับแม่บทจึงได้มอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีหรือหน่วยงานใดๆ ในการออกกฎหมายควบคุมการบริหารในส่วนที่เป็นรายละเอียด โดยส่วนมากจะทำได้เป็น พระราชกฤษฎีกา⁴⁸ (Order-in-Council) ระเบียบและกฎ (Regulation and Rule) ซึ่งรู้จักกันในนามของ Statutory instrument และมีพระราชบัญญัติคือ Statutory Instrument Act 1946 กำหนดรูปแบบของกฎหมายลำดับรอง โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้จะกำหนดแบบแผนของ

⁴⁷ ที่มา www.wikipedia.org

⁴⁸ เป็นรูปแบบการในการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์ โดยผ่านและคำแนะนำของสภาองคมนตรี (Privy Council) ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ เป็นการตรากฎหมายโดยพระราชอำนาจ (Royal Prerogative) และแบบที่สองคือเป็นการตรากฎหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท ซึ่งในที่นี้ เห็นว่าเป็นการใช้อำนาจที่ใกล้เคียงกับ “พระราชกฤษฎีกา” ในประเทศไทย เนื่องจากเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตรากฎหมายแต่ที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย ซึ่งในที่นี้ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองรูปแบบหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ)

กระบวนการขึ้นกฎหมายลำดับรองต่อรัฐสภาและการจัดพิมพ์เผยแพร่ โดยสรุปแล้ว Statutory Instrument Act ได้กำหนดรูปแบบของกฎหมายลำดับรองไว้ดังนี้⁴⁹

- ระเบียบ (Regulations)
- กฎ (Rules)
- ข้อบัญญัติ (by-laws) และ
- หนังสือแจ้ง คำสั่ง และประกาศ (notices, orders and notifications)

อย่างไรก็ตามในประเทศอังกฤษนักกฎหมายบางท่านได้แบ่งกฎหมายลำดับรองออกเป็นหลายประเภทดังนี้⁵⁰

1. Order In Council เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดย Privy Council ซึ่งเป็นการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการรัฐสภา
2. Statutory Instrument เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยใช้อำนาจตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้
3. By-Law เป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่ใช้อำนาจมหาชน (Public Bodies) เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกโดยอาศัยอำนาจของ Local Government Act 1972 หรือ องค์กรมหาชนอื่นสามารถออกกฎได้ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน
4. Court Rules เป็นการให้ศาลออกกฎระเบียบที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาล ซึ่งอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่น Supreme Court Act 1981 , County Court Act 1984 หรือ Magistrates Court Act 1980
5. Professional regulation เป็นการที่พระราชบัญญัติแม่บทให้อำนาจองค์กรผู้ประกอบวิชาชีพออกกฎระเบียบเพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกขององค์กรนั้น เช่น สภานายความ (Law Society) มีอำนาจออกกฎโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติ Solicitors Act 1974 เพื่อใช้เป็นจรรยาบรรณของสมาชิก เป็นต้น

กฎเหล่านี้จะจัดทำและผ่านการร่างโดยกองงานกฎหมายของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในขณะที่ทำกร่างนั้นจะมีการรับฟังความคิดเห็น (consultation) จากส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในแต่ละปี Statutory Instrument ออกมาประมาณปีละ 3,000 ฉบับ

อำนาจในการออกกฎหมายถือว่าเป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ฝ่ายบริหารโดยตรงซึ่งเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายแม่บทบางครั้งจะกำหนดวิธีการในการควบคุมกฎหมายลำดับรองที่เสนอโดยให้รัฐสภาสามารถที่จะรับรอง (affirm) หรือยกเลิก (annul)

⁴⁹ S. Namasivayam . (1967). **The Drafting of Legislation** . p. 22 .

⁵⁰ Carl.f.stythem . **Legal Method** . pp.124-125 .

ซึ่งรัฐสภาเองก็มักจะมีสิทธิในการพิจารณาว่า กฎหมายลำดับรองนั้น ได้ออกภายใต้ขอบอำนาจที่ได้มอบให้หรือไม่

สภาขุนนาง (The House of Lords)⁵¹ ได้กำหนดวิธีการสำหรับตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติทุกฉบับที่มีการมอบอำนาจก่อนที่จะมีการพิจารณาในวาระปกติของรัฐสภา โดยกำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบการมอบอำนาจ (The Delegated Powers Scrutiny Committee) ตั้งขึ้นเมื่อปี 1992 ทำหน้าที่ตรวจสอบขอบเขตการมอบอำนาจในการออกกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้ฝ่ายบริหาร

(3) ขั้นตอนการออกกฎหมายของประเทศไทยมีขั้นตอนต่างๆ ดังนี้⁵²

1) กระบวนการร่าง

Statutory Instrument จะร่างโดยกองงานกฎหมายของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง และจะตามมาด้วยกระบวนการรับฟังความเห็น (consultation) กับหน่วยงานหรือฝ่ายใดที่เกี่ยวข้องไปพร้อมกันในขณะที่ทำการร่าง แต่ละฉบับจะมีการกำหนดเลขที่ (series) ซึ่งจะเริ่มนับจาก 1 ในแต่ละปี เช่น 1/2006 Statutory Instrument จะมีตั้งแต่หน้าเดียวจนถึงหลายร้อยหน้า ซึ่งก็คล้ายกับพระราชบัญญัติและ Statutory Instrument บางฉบับใช้บังคับทั้งหมดของสหราชอาณาจักร หรือบังคับเพียงบางส่วนในบางกรณี Statutory Instrument ยังอาจออกได้โดยกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา ซึ่งจะยังไม่มีเลขที่จนกว่าจะได้รับรอง ซึ่งกระบวนการรับรองจะได้กล่าวในภายหลัง

2) ส่วนประกอบของร่าง

หมายเหตุ (Explanatory notes)

โดยทั่วไปกฎหมายต้องมีหมายเหตุเสมอ ซึ่งจะเป็นตัวอธิบายขอบข่ายและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หมายเหตุนี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย ซึ่งอำนาจของกฎหมายก็อยู่ในขอบข่ายของกฎหมาย แม้ที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายนั้นเอง

บันทึกประกอบ (Explanatory Memoranda)

กฎหมายที่ต้องเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาจะต้องมีบันทึกประกอบเสมอ เป็นบันทึกสั้นๆ ซึ่งอธิบายถึงสาระสำคัญและสาเหตุที่ออกกฎหมายด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย บันทึกประกอบนี้ได้จัดทำเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย โดยเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ <http://www.opsi.gov.uk/stat.htm>.

บันทึกประกอบจะต้องแสดงถึงงบประมาณค่าใช้จ่ายและผลของการรับฟังความคิดเห็น ซึ่งในกระบวนการนี้อาจมีการอธิบายถึง การประเมินผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact

⁵¹ รัฐสภาอังกฤษประกอบไปด้วย สภาผู้แทน (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords)

⁵² House of Commons Information Office . Fact sheet on. Statutory Instruments . Retrieved June 20,

Assessment (RIA)) ซึ่งเป็นเอกสารที่ผู้ร่างจัดทำขึ้น ซึ่งจะต้องจัดเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย สำหรับกฎที่ออกตามกฎหมายของสหภาพยุโรปก็จะมีกำกับการทำบันทึกการเปลี่ยนแปลง (Transposition note) ซึ่งจะนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามบทบัญญัติของสหภาพยุโรป (Directive)

3) กระบวนการของรัฐสภาเกี่ยวกับกฎ

กฎหมายลำดับรองบางประเภทนั้น จะถูกตรวจสอบความชอบโดยรัฐสภา กฎนั้นจะเสนอเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่ของกฎนั้นๆ เองเป็นตัวกำหนด กฎบางกฎไม่ต้องยื่นต่อรัฐสภาและไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภา และมีผลบังคับได้ในเวลาที่กำหนดในตัวกฎนั้นเอง

กฎจำนวนมากต้องเข้าสู่กระบวนการควบคุมของรัฐสภา ซึ่งเป็นหนึ่งในกระบวนการที่กำหนดใน Statutory Instrument Act 1946 โดยวิธีการควบคุมกฎนั้นจะกำหนดไว้ในกฎหมายแม่ของกฎนั้นๆ เอง กฎมีทั้งชนิดที่ต้องยื่นต่อรัฐสภาทั้งที่ยังเป็นร่างอยู่และประกาศเป็นกฎแล้ว ซึ่งหากจะแบ่งตามกระบวนการของรัฐสภาแล้ว อาจแบ่งวิธีการตรวจสอบ ได้ดังนี้

1. กฎชนิดที่ต้องปฏิเสธ (negative resolution) หมายถึง กฎชนิดที่จะมีผลเป็นกฎหมาย เว้นแต่จะถูกปฏิเสธจากรัฐสภา แบ่งออกเป็น

(ก) กฎนั้นได้ยื่นในขณะที่เป็นร่างอยู่และจะมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้หากมีการปฏิเสธภายใน 40 วัน

(ข) กฎนั้นได้ยื่นภายหลังจากที่มีผลเป็นกฎหมายแล้ว และจะมีผลตกไปหากรัฐสภาไม่รับรองกฎนั้น (prayer) ภายใน 40 วัน

2. กฎชนิดที่ต้องมีการรับรอง (affirmative resolution) หมายถึง กฎนั้นจะมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้เว้นแต่จะได้รับการรับรองจากรัฐสภา แบ่งออกเป็น

(ก) กฎชนิดที่ได้ยื่นในขณะที่ยังเป็นร่างอยู่และจะมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้เว้นแต่จะได้รับการรับรองจากทั้งสองสภา คือ

-สภาผู้แทนราษฎร(The House of Commons) และ สภาขุนนาง (The House of Lords) เว้นแต่เป็นกฎเกี่ยวกับการเงินนั้นให้เพียงสภาผู้แทนฯ เป็นผู้รับรอง

(ข) กฎชนิดที่ยื่นภายหลังจากที่เป็นกฎหมายแล้วแต่ยังไม่ผลบังคับใช้เว้นแต่จะได้รับการรับรอง

(ค) กฎชนิดที่ยื่นภายหลังจากที่เป็นกฎหมายและมีผลบังคับแล้ว และถ้าไม่มีคำรับรองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (ปกติ 28 หรือ 40 วัน) กฎนั้นจะตกไป

3. ชนิดอื่นๆ

(ก) กฎชนิดที่มีข้อกำหนดให้ยื่นต่อรัฐสภาหลังจากที่มีผลเป็นกฎหมายแล้วแต่ไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบโดยรัฐสภา

(ข) กฎชนิดที่ไม่ได้กำหนดให้ยื่นต่อรัฐสภา (นั่นก็หมายความว่าไม่ได้เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาเลย)

4) กระบวนการปฏิเสธกฎ (Negative Procedure)

กฎหมายเป็นกฎหมายในเวลาที่กำหนดในกฎนั้น แต่จะตกไปหากการพิจารณาผ่านคำร้องขอให้ปฏิเสธกฎหมายนั้นจากทั้งสองสภา (หรือสภาล่างสภาเดียวกรณีที่กฎนั้นเป็นกฎที่เกี่ยวกับการเงิน) ภายในระยะเวลาที่กำหนด ระยะเวลาโดยปกติ 40 วัน รวมวันที่ได้ยื่นด้วย โดยไม่รวมเวลาหยุดสภาหรือปิดการประชุมหรือเลื่อนการประชุมมากกว่าสัปดาห์ ซึ่งคำร้องนี้รู้จักกันในนามของ prayer ในสภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) สมาชิกทุกคนมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกกฎใดๆ ภายในกระบวนการการปฏิเสธกฎได้

5) กระบวนการรับรองกฎ (Affirmative Procedure)

กระบวนการนี้มีไม่มากนักเมื่อเทียบกับกฎที่เข้าสู่กระบวนการปฏิเสธกฎ โดยมีประมาณ 10 เปอร์เซนต์ ของกฎทั้งหมดที่เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภา แต่ก็เป็น การเพิ่มความรอบคอบและอำนาจในการควบคุมของรัฐสภาให้มากขึ้น กฎที่เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภานี้ไม่อาจไม่อาจที่จะแก้ไขหรือปรับแก้ใดๆ ได้ ทั้งสภาผู้แทนฯ และสภานิติบัญญัติ เว้นแต่กฎหมายแม่ของกฎนั้นจะกำหนดเป็นอย่างอื่นซึ่งก็ปรากฏน้อยมาก ซึ่งแต่ละสภาก็จะพิจารณาว่าจะรับรองหรือปฏิเสธกฎนั้นแล้วแต่กรณี

6) คณะกรรมการที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณากฎ

6.1 คณะกรรมการร่วม (Joint Committee on Statutory Instrument)

เพื่อให้มีการช่วยเหลือในการตรวจสอบกฎ จะมีการตั้งกรรมการร่วมของสองสภา มาตรวจสอบกฎ (ซึ่งบางครั้งเรียกว่า คณะกรรมการตรวจสอบกฎ (Scrutiny Committee)) สมาชิกที่มาจากสภาล่างบางครั้งก็แยกพิจารณาต่างหาก ซึ่งคณะกรรมการเหล่านี้ก็คล้ายกับกรรมการอื่นๆ ที่มีสิทธิให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องให้ส่งเอกสารหรือมาชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกฎนั้น

คณะกรรมการร่วมจะไม่พิจารณาถึงประโยชน์ของกฎ แต่มีหน้าที่ในการพิจารณาว่าอำนาจของรัฐมนตรีนั้นได้กระทำอยู่ในขอบข่ายบทบัญญัติของกฎหมายแม่หรือไม่ ซึ่งจะรายงานให้สภาพื้นที่ที่มีการก้าวล่วงอำนาจของบทบัญญัติของกฎหมายแม่ หรือแสดงให้เห็นถึงความผิดปกติหรือกฎได้มีการร่างที่บกพร่อง หรือกฎนั้นต้องการคำอธิบายเพิ่มเติม รายงานเหล่านี้จะตีพิมพ์เป็นเอกสารของทั้งสองสภา และคิดไว้ที่ทำเนียบขาวประจำสัปดาห์

6.2 คณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมของกฎ (The Lords Committee on the Merits of Statutory Instruments)

คณะกรรมการชนิดนี้ได้แต่งตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 2003 มีสมาชิกอยู่สิบเอ็ดคน ทำหน้าที่เสริมการทำงานของคณะกรรมการร่วมที่พิจารณาในเรื่องเทคนิค

ของกฎหมาย แต่หน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมของกฎคือการพิจารณาถึงการปรับใช้นโยบายอันเกิดจากกฎนั้นว่าจะมีการรายงานถึงกฎนั้นต่อสภาหรือไม่โดยพิจารณาว่า

1. มีความสำคัญทางการเมืองหรือทางกฎหมายอันเกี่ยวแก่นโยบายสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อสภา
2. อาจมีความไม่เหมาะสมจากการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์
3. อาจมีความไม่สอดคล้องกันกับกฎหมายของสหภาพยุโรป
4. กฎนั้นอาจไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของตัวมันเองได้

การประชุมของคณะกรรมการดังกล่าวจะมีทุกสัปดาห์และจะมีการเผยแพร่รายงานในอีกสองวันต่อมาผ่านทางเว็บไซต์ http://www.parliament.uk/parliament_committees/merits.cfm

6.3 คณะกรรมการประจำ (Standing Committee)

คณะกรรมการประจำ (เป็นคณะกรรมการที่สภาผู้แทนตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ และเมื่อพิจารณาเสร็จแล้ว คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นก็เป็นอันหมดหน้าที่ไป) ในการพิจารณาเรื่องของกฎหมายลำดับรองโดยปกติประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 17 คน ซึ่งในกระบวนการรับรองกฎจะมีการส่งให้คณะกรรมการประจำเสมอ แต่ถ้าเป็นกระบวนการของกฎที่ต้องมีการปฏิเสหจะมีการส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการประจำหากรัฐมนตรียื่นคำร้องนั้นต่อสภา และหากมีเสียงคัดค้านคำร้องนั้นมากกว่า 20 เสียง ก็จะไม่มีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการประจำ

นอกจากกระบวนการปกติของกระบวนการออกกฎข้างต้นแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองประเภทอื่นๆอีก เช่น

7) คำสั่งของฝ่ายบริหารให้ทำการแก้ไขกฎ (Regulatory Reform Orders)

กฎหมายลำดับรองดังกล่าวนี้มีความจำเป็นจากความต้องการให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไม่ว่ากฎหมายในระดับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับรองที่ไม่ทันสมัยหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ซึ่งหากกระทำการโดยวิธีการปกติแล้วจะใช้เวลาามากจึงมีการตราพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งคือ พระราชบัญญัติ Regulatory Reform Act 2001 (ปัจจุบันนี้คือ Regulatory Reform Act 2005) ได้กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการคำสั่ง (regulatory reform order) หรือให้มีการแก้ไข หรือยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายแม้ที่เห็นว่าเป็นการสร้างภาระอันเกินควร ผลของคำสั่งนี้จะเป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่คำสั่งนั้นระบุได้ทันที โดยรัฐมนตรีเจ้าของเรื่องต้องเสนอร่างคำสั่งและจัดรับฟังความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือบุคคลอื่นใดที่รัฐเห็นว่าเหมาะสม หลังจากที่ได้มีการรับฟังความเห็นแล้ว รัฐก็จะร่างคำสั่งแล้วยื่นต่อรัฐสภาพร้อมด้วยบันทึกอธิบายประกอบโดยอธิบายถึงรูปแบบและผลของ

การรับฟังความเห็น เมื่อสภาได้รับแล้วก็จะมีการจัดพิมพ์เผยแพร่เช่นเดียวกันกับ Statutory Instrument

8) คำสั่งแก้ไข (Remedial Orders)

ภายใต้บทบัญญัติ Human Rights Act 1998 กรณีที่ศาลได้มีคำประกาศ (declaration) ถึงบทบัญญัติใดที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) รัฐบาลต้องเสนอร่างคำสั่งออกเป็นกฎเพื่อแก้ไขกฎหมายแม่บทเพื่อแก้ไขข้อที่ไม่สอดคล้องนั้น กระบวนการก็คล้ายกันกับการออกคำสั่งให้มีการแก้ไขกฎข้างต้น

9) คำสั่งเริ่มบังคับ (Commencement orders)

เป็นรูปแบบของกฎชนิดหนึ่งที่กำหนดถึงการใช้บังคับทั้งหมดหรือบางส่วนของกฎหมายแม่บท (กฎหมายโดยรัฐสภา) ซึ่งมีเหตุผลบางประการที่ไม่ต้องการใช้กฎหมายนั้นบังคับโดยทันที ซึ่งกฎประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้กระบวนการตรวจสอบของรัฐสภา

10) พระราชกฤษฎีกา (Orders in Council)

กฎชนิดนี้เป็นการใช้โดยหลักของ “โดยผ่านและคำแนะนำคณะองคมนตรี” (Privy Council)⁵³ เป็นใช้อำนาจของกษัตริย์ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองชนิดหนึ่ง (ถึงแม้ว่าบางชนิดอาจเป็นกฎหมายแม่บท) และกระทำภายในขอบอำนาจของกฎหมายแม่บท ซึ่งถูกใช้ในหลายวัตถุประสงค์ แต่ส่วนมากจะใช้ในยามที่การออกกฎ (statutory instrument) ธรรมดาอาจมีความไม่เหมาะสม เช่น การโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ หรือกฎนั้นมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญ

11) คำสั่งคณะรัฐมนตรี (Orders of Council)

กฎชนิดดังกล่าวออกโดยสมาชิกของคณะรัฐมนตรี (Privy Council) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่มีอยู่ในการออกกฎ ซึ่งโดยปกติจะเกี่ยวกับการอกระเบียบควบคุมวิชาชีพหรือองค์กรวิชาชีพ

12) กฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Statutory Instrument)

กฎประเภทนี้จะเป็นกฎที่บังคับเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีน้อยมากที่กฎประเภทนี้จะมีการออกโดยผ่านกระบวนการของรัฐสภา

(4) หลักการในบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎของประเทศอังกฤษ

1) หลักการเกี่ยวกับการออกกฎเกินอำนาจ (Ultra vires)

กฎหมายลำดับรองนั้นต่างจากกฎหมายแม่บทอยู่ประการหนึ่งว่า กฎหมายลำดับรองนั้นอาจถูกตรวจสอบโดยศาล มูลเหตุหนึ่งที่สามารถใช้ได้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายประการ

⁵³ เป็นคณะบุคคลที่แต่งตั้งโดยกษัตริย์ทำหน้าที่ถวายคำแนะนำการบริหารราชการแผ่นดิน ประกอบไปด้วยรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรี หัวหน้าพรรคฝ่ายค้าน และบุคคลอื่นๆ อีก(ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี) ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรบริหารที่ใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินโดยยังรักษานิติประเพณีไว้ด้วย

หนึ่งก็คือ *ultra vires* ซึ่งเป็นมูลเหตุที่ศาลใช้ตรวจสอบทั้งการกระทำทางปกครองและกฎหมายลำดับรอง ทั้งในส่วนที่กระทำเกินกว่าอำนาจ และไม่ได้กระทำตามกระบวนการที่ได้กำหนดไว้สำหรับการนั้น⁵⁴

ในประเทศอังกฤษมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) ในส่วนที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมูลเหตุที่สำคัญและอยู่ในอำนาจของของศาลที่ใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองก็คือหลัก *ultra vires* ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมฝ่ายปกครองและหลักเดียวกันนี้ก็นำมาใช้ในการควบคุมความชอบของกฎหมายด้วย ซึ่งได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้อยู่ 2 เรื่อง คือ

- ขอบเขตของการใช้อำนาจ (jurisdictional control)
- การใช้ดุลพินิจหรืออำนาจที่มีขอบ (abuse of discretion or jurisdiction)

กรณีของเรื่องขอบเขตของการใช้อำนาจ (jurisdictional control)

1. ความบกพร่องในขอบเขตของอำนาจ (jurisdictional defects) โดยหลักทั่วไปการกระทำทางฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบข่ายอำนาจที่ตนมี หลักการจะคล้ายกันกับศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทที่จะต้องมีอำนาจในขอบข่ายของเรื่องนั้นๆ ตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นชนิดของเรื่อง เขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ การใช้อำนาจจะต้องอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงและเงื่อนไขตามกฎหมาย การใช้อำนาจที่ปราศจากข้อเท็จจริงและเงื่อนไขดังกล่าว เป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจ⁵⁵ เช่นในคดี *Dunkley v. Evans* (1981) ซึ่งเป็นคดีที่ศาลได้พิจารณาถึงคำสั่งที่ใช้บังคับในพื้นที่ โดยเป็นคำสั่งห้ามทำประมง ซึ่งกฎหมายแม่บท (The Sea Fish (Conservation) Act 1976) ไม่ได้บัญญัติรวมถึงในส่วนของ Northern Ireland แต่ก็มีกรรวมพื้นที่ดังกล่าวไว้ในคำสั่งห้าม และได้มีการดำเนินคดีกับไต่ถึงกับลูกเรือ ศาลเห็นว่าจำเลยไม่ควรถูกตัดสินให้มีความผิดเพราะกฎนั้นมีส่วนที่ไม่สมบูรณ์ร่วมอยู่ด้วย⁵⁶

2. การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (errors of fact) ในการทำหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องมาจากกระบวนการในการทำคำสั่งและออกกฎซึ่งจะต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องให้ครบถ้วน หรือเมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงใดๆ แล้วต้องไม่เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริงอันนั้นด้วยด้วย เช่น ในคดี *Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council* [1977]⁵⁷ ซึ่งหน่วยงานด้านการศึกษาจะต้องเสนอแผนการศึกษาอย่างครบถ้วนเพื่อให้ Secretary of State ทำการรับรอง ซึ่ง Secretary of State เองที่ก็มีอำนาจในการ

⁵⁴ David.R.Miers,and A Lan C Page. (1990) . **Legislation** (2 nd ed.). p.124 .

⁵⁵ **Hulsbury's Laws of England**. (4 th ed.).2001, p.163 .

⁵⁶ Neil Hawke . (1996) .**Introduction to Administrative Law** . p.163 .

⁵⁷ **Hulsbury's Laws of England** . (2001) .p.164 .

ที่จะปฏิเสธได้หากเห็นว่าแผนการจัดการศึกษานั้นไม่สมควร ศาลตัดสินว่า การที่ Secretary of State ออกคำสั่งไม่อนุมัติแผนการจัดการศึกษานั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ultra vires) เนื่องจากไม่ปรากฏการรับฟังข้อเท็จจริงการการสรุปถึงแผนการศึกษาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวเลย มีความบกพร่องในเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริง⁵⁸

3. ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (errors of law) มีข้อสันนิษฐานทั่วไปอยู่ว่า ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจจะกระทำการใดๆ ที่ผิดไปจากกฎหมายได้ ข้อผิดนั้นจะต้องสำคัญและเกี่ยวข้องซึ่งมีผลต่อการทำคำสั่งและการออกกฎ จะถือว่ามีกระทำการที่ผิดกฎหมายของฝ่ายปกครอง เช่น การละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน การตีความกฎหมายผิด การออกกฎหมายลำดับรองที่ผิดเงื่อนไขและขั้นตอน เป็นต้น⁵⁹ เช่น ในคดี *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* (1969) กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาค่าชดเชยที่ได้รับมาจากรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาคำขอที่มีลักษณะที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง (Order in Council) ซึ่งมีข้อหนึ่งได้กำหนดว่าผู้ยื่นคำขอต้องเป็นคนอังกฤษ แต่คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มขึ้นมาอีกหนึ่งข้อคือถ้าผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้รับมรดก ผู้นั้นจะต้องเป็นคนอังกฤษด้วย ศาลตัดสินว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ (ultra vires) เนื่องจากการทำผิดพื้นฐานของกฎหมาย (errors of law)⁶⁰

4. ความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่พบเห็นจากรายการบันทึก (error of law on the face of record) หลักการนี้เป็นการกำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจในการตรวจสอบศาลล่าง หรือฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยพิจารณาจากเอกสารที่มีการบันทึกไว้ในการทำคำสั่ง ซึ่งอาจเป็นข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือเป็นข้อผิดพลาดทางเทคนิคของกฎหมาย ซึ่งผลก็คือคำสั่งที่มีลักษณะดังกล่าวมีผลสมบูรณ์อยู่จนกว่าจะมีคำสั่งเพิกถอน ซึ่งต่างจากความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (errors of law) ที่คำสั่งหรือกฎนั้นเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก และถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีอยู่เลย⁶¹

5. บทบัญญัติกีดกันการฟ้องคดี (ouster clause) ในบางกรณีกฎหมายแม่บทได้กำหนดห้ามมิให้ฟ้องคดีต่อคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ ซึ่งหมายถึงทำให้เป็นที่สุดนั่นเอง แต่การเป็นที่สุดนี้ย่อมเป็นที่สุดเพียงดุลพินิจที่ใช้ในการพิจารณาทำคำสั่งเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในมูลเหตุอื่นถ้าหากมี⁶²

⁵⁸ Neil Hawke . (1996) . Op.cit . p.191 .

⁵⁹ **Hulsbury's Laws of England.** (2001) .p.140 .

⁶⁰ Neil Hawke .(1996) . Op.cit.p.183 .

⁶¹ **Hulsbury's Laws of England** . (2001) .p.177 .

⁶² Ibid . p.175 .

กรณีของเรื่องการใช้ดุลพินิจหรืออำนาจที่มีขอบ (abuse of discretion or jurisdiction)

1. ความไม่สุจริต (bad faith) การใช้อำนาจในการทำสิ่งทางปกครองหรือในการออกกฎจะต้องกระทำโดยสุจริต โดยมีได้มีเจตนาฉ้อฉลผู้หนึ่งผู้ใด หากกระทำโดยความไม่สุจริตแล้วจะเป็นมูลเหตุให้ศาลเพิกถอนคำสั่งหรือกฎนั้นๆ ได้ (เช่น ในคดี Western Fish Products Ltd v Penwith District Council (1978))⁶³

2. วัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (improper purpose) การใช้อำนาจการทำความคำสั่งหรือออกกฎที่อยู่นอกเหนือขอบข่ายวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำหรับกรนั้น การนั้นเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food [1968]) หรือเป็นการใช้อำนาจที่ได้ผลแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด (Galloway v London Corpn (1866))⁶⁴

3. ความเป็นธรรม (fairness) ฝ่ายปกครองจะไม่กระทำการที่ถึงขนาดที่ขาดความเป็นธรรม เช่น การใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกันระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น (IRC v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd [1982])⁶⁵

4. ข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องและที่ไม่เกี่ยวข้อง (relevant and irrelevant considerations) การกระทำฝ่ายปกครองอาจถูกเพิกถอนได้หากผู้ที่มีอำนาจในการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยไม่ได้นำข้อพิจารณาในประเด็นใดๆ ที่เกี่ยวข้องและจำเป็นตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาใช้ประกอบการทำความคำสั่ง หรือได้พิจารณาในข้อพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่กำลังพิจารณาดังกล่าว (Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corpn [1948])⁶⁶

5. ความไร้เหตุผลอย่างชัดเจน (manifest unreasonableness) การกระทำของฝ่ายปกครองหรือการออกกฎใดอาจถูกศาลสั่งให้เป็นโมฆะได้หากพบว่าการนั้นเป็นการที่ไร้เหตุผลอย่างชัดเจน โดยอาจมีการพิจารณาพร้อมกับมูลเหตุต่างๆ ข้องต้นด้วย (Boddington v British Transport Police [1999])⁶⁷

6. สิทธิมนุษยชน (human rights) กฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองจะต้องมีความสอดคล้องมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้กับสิทธิที่ได้รับการรับรองโดย Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms แต่อาจไม่นำมาปรับใช้กับการกระทำทาง

⁶³ Ibid . p.180 .

⁶⁴ Ibid . p.181 .

⁶⁵ Ibid . p.186 .

⁶⁶ Ibid . p.188 .

⁶⁷ Ibid . p.190 .

ปกครองที่ไม่อาจทำได้โดยทางอื่น หรือกรณีที่กฎหมายแม่บทหรือเป็นการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย⁶⁸

7. หลักความมีสัดส่วนกัน (proportionality) เป็นหลักการที่กำหนดสัดส่วนที่พอเหมาะกันระหว่างเป้าหมายและวิธีการที่ใช้ ซึ่งเป็นหลักการที่ศาลนำมาใช้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันระหว่าง Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms และกฎหมายของสหภาพยุโรป (European Union law) ซึ่งหลักการนี้ยังเป็นหลักการที่มีการพัฒนาอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศไทย⁶⁹

2) หลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ออกกฎต่อ (sub-delegated legislation)

การมอบอำนาจต่อในประเทศไทยกระทำได้เพียงใดนั้น จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายแม่บท การมอบอำนาจมีทั้งเป็นการมอบอำนาจทั่วไป (เท่าอำนาจที่มีอยู่ของผู้มอบ) การมอบอำนาจในบางเรื่อง หรือมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไข เช่น

- ใน Greater London Authority Act 1999 ที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับระเบียบบริหารราชการในกรุงลอนดอน โดยใน s.38 (1)⁷⁰ ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของนายกเทศมนตรี (Mayor) ไว้ โดยอาจมอบอำนาจอย่างใด ๆ ที่มีอยู่ตามกฎหมายนี้ให้แก่ผู้รับมอบอำนาจอื่น ทั้งที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนเอง หรือให้แก่หน่วยงานอื่น (38 (2)) ซึ่งรวมถึงอำนาจในการตราข้อบังคับด้วย

- ในมาตรา 7 (Exercise and delegation of functions) ของ Licensing Act 2003 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเปิดปิดสถานบริการ การจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ได้กำหนด

⁶⁸ Ibid . p.199 .

⁶⁹ Ibid . p.203 .

⁷⁰ 38.—(1) Any function exercisable on behalf of the Authority by the Mayor shall also be exercisable on behalf of the Authority by any of the bodies or persons specified in subsection (2) below, if or to the extent that the Mayor so authorises, whether generally or specially, and subject to any conditions imposed by the Mayor.

(2) Those bodies and persons are—

- (a) the Deputy Mayor;
- (b) any member of staff of the Authority;
- (c) Transport for London;
- (d) the London Development Agency;
- (e) the Common Council;
- (f) any local authority.

เรื่องการมอบอำนาจของผู้อนุญาต ในอำนาจหน้าที่ต่างๆ ให้แก่คณะอนุกรรมการ (licensing committee) ที่จัดตั้งขึ้นได้ เช่น การออกกฎเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคำขอ (s. 9(3)) เป็นต้น⁷¹

- Pensions Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับบำเหน็จบำนาญหลังเกษียณอายุการทำงาน ใน Schedule 1 Part 4 s 20(1)⁷² ได้ให้อำนาจคณะกรรมการกองทุนในการมอบอำนาจให้แก่ผู้บริหารของกองทุน เจ้าหน้าที่ หรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นในการทำหน้าที่แทนในเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ หรืออาจให้คณะกรรมการในการวางข้อกำหนดในการทำหน้าที่ (Schedule 1 Part 4 s 20(3)) หรือรัฐมนตรีอาจออกระเบียบอนุญาตกำหนดเรื่องและบุคคลผู้รับมอบอำนาจที่คณะกรรมการอาจมอบอำนาจให้ในการดำเนินการนั้นๆ ได้ (Schedule 1 Part 4 s 21(e))⁷³ เป็นต้น

3) หลักการเกี่ยวกับภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden)⁷⁴

ประเทศอังกฤษได้มีการผ่านกฎหมายฉบับหนึ่งคือ Regulatory Reform Act 2001 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนา ยกเลิก และปรับปรุงกฎหมายที่ยุ่งยาก ล้าสมัย และไม่จำเป็นออกไป โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ก็คือการลดภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden) เพื่อให้เกิดความสะดวก ลดภาระทั้งในส่วนของผู้ที่ต้องออกกฎและผู้ต้องปฏิบัติตามกฎ ดังนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงได้จำกัดความหมายของคำว่า “ภาระ” (burden) ไว้ในมาตรา 1(1) ว่า

- ข้อห้าม ข้อกำหนด หรือเงื่อนไข (a restriction, requirement or condition)

⁷¹ 9 Proceedings of licensing committee

(3) Subject to any such regulations, each licensing committee may regulate its own procedure and that of its sub-committees.

⁷² 20 (1) The Regulator may authorise—

(a) any executive member of the Regulator,
(b) any other member of the staff of the Regulator, or
(c) any of its committees (other than the appointments committee, the Determinations Panel and any of that Panel’s sub-committees), to exercise, on behalf of the Regulator, such of its functions, in such circumstances, as the Regulator may determine.

(3) The Regulator may authorise the appointments committee to exercise the power under paragraph 18 to determine the committee’s own procedure (including quorum).

⁷³ 21 The Secretary of State may make regulations—

(e) permitting the Regulator in prescribed circumstances to delegate to prescribed persons prescribed functions of the Regulator.

⁷⁴ Executive Summary (Cabinet Office), Review of the Regulatory Reform Act 2001, from www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/

- มาตรการในการลงโทษของการละเลยการไม่ปฏิบัติตามข้อห้าม ข้อกำหนด หรือเงื่อนไข
 - การจำกัดอำนาจใดๆของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมาย
- แต่ไม่รวมถึงภาระที่มีผลกระทบเฉพาะที่เกิดแก่รัฐมนตรี (Minister of the Crown) หรือส่วนราชการ (government department)⁷⁵

ใน Regulatory Reform Act 2001 กำหนดกรอบการปรับปรุงกฎหมายไว้ โดยจะต้องทำเป็นคำสั่งในรูปแบบของ Regulatory Reform Order ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนในการทำคำสั่งไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองชนิดหนึ่ง การลดภาระอันเกิดจากการออกกฎโดยวิธีนี้เป็นประโยชน์ทั้งต่อผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เท่าที่ผ่านมาก็ได้มีการออกคำสั่งประเภทนี้เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว เช่น

- Regulatory Reform (Sunday Trading) Order 2004 กำหนดเกี่ยวกับการแจ้งเวลาเปิดปิดของตลาดขนาดใหญ่ทั่วประเทศ โดยไม่ต้องให้รัฐบาลท้องถิ่น (local government) เป็นผู้กำหนดเป็นแห่งๆ
- Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005 เป็นคำสั่งให้ปรับปรุงกฎหมายให้มาตรการการป้องกันอัคคีภัยเป็นไปตามมาตรฐานของข้อกำหนดของสหภาพยุโรป
- Regulatory Reform (Gaming Machines) Order 2003 ซึ่งยกเลิกข้อกำหนดเดิมและใช้ข้อกำหนดใหม่เกี่ยวกับการใช้เหรียญในการเล่นการพนัน เป็นต้น⁷⁶

4) หลักการเกี่ยวกับความชัดเจนของเนื้อหาของกฎ⁷⁷

ในประเทศอังกฤษ มีหลัก common law ที่เกี่ยวกับการร่างกฎหรือกฎหมายประการหนึ่งคือ การใช้ภาษากฎหมายนั้นจะต้องมีความเรียบง่าย plain meaning ซึ่งเป็นหลักที่ศาลใช้ตีความกฎหมายโดยให้ความหมายของคำในกฎหมายเป็นความหมายธรรมดาที่มีอยู่ในพจนานุกรม ซึ่งหลักการดังกล่าวก็มีผลเป็นอย่างมากในการร่างกฎหมายจนถึงปัจจุบันที่ทำให้กฎหมายต้องเขียนด้วยภาษาที่เข้าใจได้ ไม่คลุมเครือ⁷⁸

นอกจากจะต้องมีความชัดเจนในเรื่องของภาษาแล้ว วัตถุประสงค์ เป้าหมาย และเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับกฎก็ต้องมีความชัดเจนด้วยเช่นกัน กฎมีความสำคัญอย่างมากในการบริหารประเทศ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งต่อรัฐบาลและประชาชนผู้ต้องถูกบังคับใช้กฎ ในปี 1997 ได้มีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาชุดหนึ่ง มีชื่อว่า

⁷⁵ Ibid . p.11 .

⁷⁶ Ibid .pp.14-15 .

⁷⁷ Better Regulation Task Force, Principles of Good Regulation . from <http://www.brtf.gov.uk>

⁷⁸ Ibid . pp.8-9 .

The Better Regulation Task Force เป็นองค์กรอิสระในการให้คำแนะนำแก่รัฐบาลในการออกกฎ และการบังคับใช้กฎ คณะทำงานคณะนี้ได้กำหนดหลักการของกฎที่ดี (principles of good regulation) ที่การออกกฎจะต้องมีการพิจารณาเสมอไว้ 5 ประการ เพื่อให้เป็นแนวทางในการออกกฎเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแก้ไขปัญหาและมีประสิทธิภาพ ได้แก่⁷⁹

- สัดส่วน (Proportionality)
- ความรับผิดชอบ (Accountability)
- ความสอดคล้องกัน (Consistency)
- ความโปร่งใส (Transparency)
- มุ่งสู่เป้าหมาย (Targeting)

ความชัดเจนต้องเริ่มมาจากนโยบาย วัตถุประสงค์ ผู้รับผิดชอบ การดำเนินการ และเป้าหมาย รัฐบาลได้ให้ความเห็นชอบในหลักการดังกล่าว และได้นำหลักการเหล่านี้มาบรรจุไว้ในแนวทางการประเมินผลอันเกิดจากการออกกฎ (Guide to Regulatory Impact Assessment) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการออกกฎ

1. สัดส่วน (Proportionality)

- ต้องมีความเหมาะสมกันระหว่างปัญหาและการแก้ไข (ส่วนที่ได้พอเหมาะกับส่วนที่เสีย)
- ต้องมีการพิจารณาถึงตัวเลือกอื่นๆของวิธีการแก้ไขปัญหาที่อาจได้ผลมากกว่าและถูกกว่า

2. ความรับผิดชอบ (Accountability)

- ผู้ออกกฎต้องสามารถอธิบายถึงความจำเป็นในการมีกฎและต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากสาธารณะได้
- ต้องกำหนดมาตรฐานที่ชัดเจนในการวัดผลของความสำเร็จของการออกกฎ
- ต้องมีความรับผิดชอบในแต่ละชั้นอย่างชัดเจน

3. ความสอดคล้องกัน (Consistency)

- ผู้ที่มีหน้าที่ออกกฎจะต้องมีการประสานงานกันระหว่างหน่วยงาน
- ถ้าเป็นกฎที่มีหลักการใหม่ต้องมีการพิจารณาถึงกฎที่มีอยู่แล้ว กฎที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการ และข้อกำหนดของสหภาพยุโรปด้วย
- มีการบังคับใช้ที่สอดคล้องกันทั่วประเทศ

4. ความโปร่งใส (Transparency)

⁷⁹ Ibid . pp.1-6 .

- แนวนโยบาย วัตถุประสงค์ ต้องมีการจำกัดความให้ชัดเจน ด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ผ่านช่องทางการสื่อสารที่สามารถถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องได้
- ต้องมีการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นที่มีประสิทธิภาพเพื่อเป็นการประกันว่าได้มีการพิจารณาถึงความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องและความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแล้ว
- กฎต้องมีความชัดเจน ไม่ซับซ้อน มีลักษณะที่เป็นการแนะนำการปฏิบัติ เขียนด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย
- ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของกฎใด ควรต้องทราบถึงหน้าที่ พร้อมด้วยกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุดแยกไว้ต่างหากด้วย
- ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของกฎจะต้องได้ทั้งข้อมูลที่จะเป็นประโยชน์ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎ
- ต้องมีการระบุผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎให้ชัดเจน

5. ถูกเป้าหมาย (Targeting)

- กฎนั้นจะต้องมุ่งเข้าสู่ปัญหานั้นๆ และหลีกเลี่ยงวิธีการแก้ปัญหาแบบยิงกราด (a scattergun approach)
- ควรปรับคำแนะนำไปตามกลุ่มเป้าหมายที่มีความต้องการแตกต่างกัน
- ควรมึวิธีการที่ชัดเจนและเป็นระบบในการประเมินว่ากฎฉบับใดยังมีความจำเป็นและมีประสิทธิภาพอยู่หรือไม่ หากไม่แล้วควรจะต้องมีการแก้ไขหรือยกเลิกไป

3.2.2 การออกกฎในประเทศแคนาดา

(1) ระบบกฎหมายเบื้องต้นในประเทศแคนาดา

แคนาดาเป็นประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยรัฐสภา โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Elizabeth II) หัวหน้าฝ่ายบริหารของประเทศได้แก่นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (Governor General) (ซึ่งเป็นการแต่งตั้งตามความประสงค์ของนายกรัฐมนตรี) ซึ่งฝ่ายบริหารชุดนี้จะเข้าสาบานตนเป็นสมาชิกของคณะองคมนตรี (Privy Council of Canada) ซึ่งจะเรียกบุคคลเหล่านี้ว่า Ministers of the Crown

รัฐสภาประกอบไปด้วยพระราชินี (The Queen) สภาผู้แทนราษฎร (The House of commons) ซึ่งมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภา (Senate) ซึ่งมาจากการแต่งตั้ง ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศตามรัฐธรรมนูญ

แคนาดาเป็นระบบกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์ (Commonwealth) ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ แต่มีเพียง Quebec เท่านั้นที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เพราะเคยเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสมาก่อน ทั้งสองระบบอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศ (Constitution of Canada) ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของระบบกฎหมาย

Constitution of Canada เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กฎหมายทุกฉบับจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ รัฐธรรมนูญของแคนาดาประกอบด้วยกฎหมายสามส่วนหลัก คือ

1. The Constitution Act, 1867 ซึ่งกำหนดระบบพื้นฐานของการบริหารราชการแผ่นดินและอำนาจในการตรากฎหมาย แบ่งระบบบริหารราชการแผ่นดินออกเป็นสองส่วน คือ federal government กับ provincial government ซึ่งจะมีการใช้อำนาจในการออกกฎหมายตามที่กำหนดไว้
2. Constitution Act, 1982 เป็นหลักสำคัญในเพิกถอนกฎหมายใดๆ ที่ขัดหรือแย้งกฎหมายรัฐธรรมนูญ และ
3. Canadian Charter of Rights and Freedoms เป็นหลักกฎหมายกำหนดหลักการของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และวางกรอบข้อจำกัดในการตรากฎหมายของรัฐบาล⁸⁰

(2) ประเภทของกฎหมายในประเทศแคนาดา

กฎหมายเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมาย (กฎหมายลำดับรอง) มีผลบังคับผูกพันเช่นเดียวกับกติกากับพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ซึ่งมีการบังคับใช้เป็นการทั่วไปมากกว่าจะบังคับใช้โดยเฉพาะเจาะจงกับผู้ใดผู้หนึ่งหรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎ ก็ไม่ได้ออกโดยรัฐสภา แต่เป็นการที่รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ผู้ใดหรือองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายนั้น เช่น ผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council)⁸¹ รัฐมนตรี (Minister) หรือส่วนราชการใด โดยอำนาจที่จำเป็นต้องมีกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทกำหนดให้สามารถออกกฎหมายได้ (enabling Acts) พระราชบัญญัติโดยทั่วไปจะวางกรอบของมาตรการในการออกกฎหมาย และมอบอำนาจในอันที่จะกำหนดรายละเอียดโดยผ่านกฎระเบียบดังกล่าวไว้

กฎหมายโดยส่วนมากมาจากกฎหมายแม่บทเป็นตัวกำหนดให้ออก แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายแม่บทเองบางครั้งก็กำหนดให้อำนาจในการออกเอกสารอันมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับกฎหมาย แต่อาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น ข้อบัญญัติ (by-laws) กฎ (rules) ข้อกำหนด

⁸⁰ ที่มา www.wikipedia.org

⁸¹ เป็นรูปแบบการอำนาจของฝ่ายบริหารแบบหนึ่ง ซึ่งจะพบในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ เป็นการใช้อำนาจในนามของกษัตริย์โดยคณะองคมนตรี (Privy Council)

(ordinances) หรือคำสั่ง (orders) ซึ่งโดยปกติรูปแบบของเอกสารเหล่านี้ก็มีกระบวนการออกที่คล้ายกัน และอยู่ภายใต้นโยบายและหลักกฎหมายอันเดียวกันด้วย⁸²

โดยทั่วไปมีกฎอยู่สามประเภทใหญ่ๆ คือ⁸³

1. กฎที่ออกโดย Governor in Council (GIC) เป็นกฎชนิดที่ต้องออกโดยผ่าน ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General)⁸⁴ โดยคำแนะนำของ คณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ซึ่งกฎโดยส่วนมากจะเป็นกฎที่ออกในลักษณะนี้)

2. กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ซึ่งเป็นกฎที่ออกโดยรัฐมนตรีผู้มีอำนาจออกกฎ

3. กฎตามข้อ 1 หรือ ข้อ 2 ดังกล่าวที่มีผลต่อการใช้งบประมาณต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

(3) กรอบกฎหมายสำหรับกฎ (Legal framework)

อำนาจในการออกกฎนั้นไม่ได้มีอยู่อย่างเสรี มีหลักกฎหมายซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ กฎหมายหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่เกี่ยวกับการออกกฎก็คือ Statutory Instrument Act⁸⁵ และกฎที่ออกภายใต้กฎหมายดังกล่าวคือ Statutory Instrument Regulations ซึ่งกฎหมายทั้งสองได้วางข้อกำหนดเบื้องต้นสำหรับการออกกฎไว้ คือ

1. การตรวจสอบทางกฎหมาย (Legal examination)
2. การจดทะเบียน (Registration)
3. การจัดพิมพ์ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette)

หากกฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎนั้นก็ต้องออกมากลายในกรอบอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทอนุญาตไว้ และต้องไม่เป็นการขัดแย้ง หรือจำกัด หรือขยายกรอบดังกล่าวเมื่อมีการบังคับใช้กฎแล้ว⁸⁶

(4) กรอบนโยบายสำหรับกฎ (Policy framework)

⁸² Privy Council Office . (2001) . **Guide to Making Federal Acts and Regulation** (2 nd ed) .p .176 .

⁸³ Privy Council Office .(2001) . The Regulatory Process. Retrieved June 5 , 2006,from

<http://www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srdc>

⁸⁴ ตำแหน่งดังกล่าวถือว่าเป็นตำแหน่งผู้แทนพระองค์ ซึ่งประเทศแคนาดาก็เป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลด์ อยู่ภายใต้พระราชินีองค์เดียวกัน (Queen Elizabeth II) ซึ่งทำหน้าที่ในฐานะผู้แทนพระองค์ในการเป็นประมุขของประเทศ ซึ่งแต่งตั้งโดยพระราชินีโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของประเทศแคนาดา ผู้สำเร็จราชการแทนคนปัจจุบันคือ Michaëlle Jean

⁸⁵ <http://laws.justice.gc.ca/en/s-22/260890.html>

⁸⁶ **Guide to Making Federal Act and Regulation** . p .177 .

รัฐบาลแคนาดาได้วางนโยบายกรอบใหญ่สำหรับการออกกฎของประเทศไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ให้การออกกฎนั้นเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศและสังคม โดยกำหนดให้ผู้ที่มีอำนาจออกกฎจะต้อง⁸⁷

1. จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน รวมทั้งประชาชนต้องมีโอกาสในการพัฒนา แก้ไข กฎระเบียบและในกระบวนการร่างด้วย
2. ต้องแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่มีอยู่ กระบวนการป้องกันของรัฐที่เหมาะสม และการออกกฎจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด
3. ประโยชน์ที่ได้เมื่อเทียบต้นทุนที่ต้องเสียไป
4. ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเศรษฐกิจต่อความสามารถในการสร้างรายได้และการจ้างงาน ได้ถูกจำกัดให้น้อยที่สุดและไม่มีการออกกฎใดที่ไม่จำเป็น
5. ได้มีการพิจารณาถึงข้อตกลงระหว่างประเทศและระหว่างรัฐบาล รวมทั้งการเปิดโอกาสให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐบาลและองค์กรอื่นด้วย
6. กระบวนการที่ตามมาภายหลังการออกกฎในการจัดการให้เป็นไปตามกฎที่มีประสิทธิภาพ

7. ข้อกำหนดอื่นๆ เช่น มติคณะรัฐมนตรีอันเกี่ยวกับนโยบายและการออกกฎ

ในการออกกฎนั้นจะมีคณะกรรมการพิเศษ (The Special Committee of Council) ซึ่งเป็นคณะกรรมการของคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำ แนวทาง สนับสนุนให้มีการปฏิบัติตามแนวนโยบายของหน่วยงานที่เป็นผู้ออกกฎ รวมทั้งติดตามประสิทธิภาพของนโยบายดังกล่าวด้วย

(5) กระบวนการออกกฎ

ในการออกกฎของประเทศแคนาดามีขั้นตอนต่างๆ ดังนี้

1) ขั้นตอนการร่าง

การออกกฎนั้นไม่ได้เรื่องของอำนาจเท่านั้น แต่ยังต้องเป็นไปตามแนวนโยบายในเรื่องกฎด้วย รวมทั้งการให้ข้อมูลซึ่งปัญหาและความเสี่ยงที่มีอยู่ ซึ่งทำให้รัฐบาลมีความจำเป็นต้องเข้ามาจัดการในเรื่องดังกล่าว และการออกกฎนั้นเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดอีกด้วย ก่อนที่จะมีการออกกฎเกี่ยวกับเรื่องใดหรือกิจการใด หน่วยงานเจ้าของเรื่องต้องทำการประเมินวิธีการแก้ปัญหาทั้งหมดที่เป็นไปได้ในการบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบาย หากได้ข้อสรุปว่ามีความจำเป็นต้องมีกฎ หน่วยงานนั้นต้องมีกระบวนการวางแผน วิเคราะห์ และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นตามแนวนโยบายการออกกฎ (Regulatory Policy) จากนั้นหน่วยงานก็จะทำการร่างโดยกองงานกฎหมายภายในเองหรืออาจได้รับความช่วยเหลือจาก กองงานด้านกฎระเบียบ (The Regulation

⁸⁷ Ibid . pp. 178-179 .

Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) นอกจากนี้ หน่วยงานนั้นต้องร่างเอกสารชนิดหนึ่งที่เรียกว่า รายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAs)) โดยจะต้องประกอบไปด้วย

- ส่วนต่างๆ ของข้อเสนอให้มีกฎ รวมทั้งปัญหา สถานการณ์ ที่เกี่ยวข้อง และวิธีการในการบรรลุวัตถุประสงค์
- ตัวเลือกของกฎที่ได้รับการพิจารณาอย่างไร
- วิธีการของการรับฟังความคิดเห็น และสิ่งที่ประชาชนควรต้องทราบ
- การคาดการณ์ต้นทุนและผลประโยชน์ที่จะได้รับการออกกฎ
- ข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะของหน่วยงานอื่นๆ
- ส่วนประกอบอื่นๆที่จะทำให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎได้ภายหลังจากที่กฎนั้นมีผลบังคับแล้ว
- วิธีการในการประเมินประสิทธิภาพของกฎ

RIAs ได้กลายเป็นเอกสารที่เผยแพร่ต่อสาธารณะ ช่วยให้รัฐบาลมีความรับผิดชอบต่อประชาชนชาวแคนาดาและรัฐสภาในการในอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองมากขึ้นด้วย⁸⁸

2) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice)

หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องส่งร่างที่เสนอพร้อมด้วยเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยัง กองงานด้านกฎระเบียบ (Regulation Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) เพื่อตรวจสอบว่า กฎนั้นได้มีการให้อำนาจจากกฎหมายแม่บทหรือไม่ กฎนั้นไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจที่ผิดปกติหรือนอกเหนือความคาดหมายของอำนาจที่อนุญาต กฎนั้นต้องไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่สมควร และรูปแบบและการร่างของกฎเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยเมื่อได้ตรวจสอบหากพบปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายก็จะรายงานไปยังหน่วยงานเจ้าของเรื่องนั้น และมีประเด็นปัญหากฎหมายที่สำคัญ ก็จะรายงานข้อสังเกตไปยังเลขาธิการคณะองคมนตรี (Clerk of the Privy Council) กฎที่ออกมาโดยไม่ผ่านการตรวจสอบของกองงานด้านกฎระเบียบยังไม่ถึงการสิ้นสุดบังคับ แต่เลขาธิการคณะองคมนตรีอาจปฏิเสธการจดทะเบียนและคณะผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council) โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมนิยม อาจเพิกถอนกฎนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้

หากพิจารณาแล้วเห็นเป็นไปตามขอบข่ายทุกประการ ก็จะส่งกลับไปให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องเพื่อส่งให้รัฐมนตรีต้นสังกัดลงนาม

3) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยสำนักงานกิจการกฎระเบียบและพระบรมราชโองการ (Regulatory Affairs and Orders in Council Secretariat (RAOIC)) (ครั้งที่ 1)

⁸⁸ Ibid . pp.180-183 .

RAOIC เป็นหน่วยงานอยู่ภายใต้สำนักเลขาธิการคณะองคมนตรี (Privy Council Office) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) โดยจะทบทวนความสอดคล้องกับแนวนโยบายของการออกกฎ (Regulatory Policy) มติคณะรัฐมนตรี (Cabinet Directive) ความสอดคล้องกับเศรษฐกิจ สังคม และแนวนโยบายท้องถิ่น และทำบันทึกสรุปเกี่ยวกับหลักการ ผลกระทบ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับร่างกฎ ให้แก่รัฐมนตรีในคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) ผู้ที่มีหน้าที่อย่างเด็ดขาดว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างกฎนั้นหรือไม่

4) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ครั้งที่ 1)

ในเบื้องต้นที่ร่างกฎได้ส่งมายังคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) โดยปกติรัฐมนตรีต้นสังกัดก็จะเสนอให้ที่ประชุมอนุมัติให้มีการเผยแพร่ก่อน (pre-publication) โดยตีพิมพ์ลงในราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette) โดยจะมีการจัดพิมพ์รายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS)) ไปพร้อมกันด้วย ภายหลังจากการตีพิมพ์แล้ว บุคคลที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องมีเวลา (ซึ่งโดยปกติประมาณ 30 วัน) ในการแสดงความคิดเห็นต่อร่างกฎที่ออกตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี หรือระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นนี้อาจกำหนดไว้โดยกฎหมายแม่บท และถ้ากฎนั้นเป็นกฎที่ต้องพิจารณาข้อตกลงระหว่างประเทศ จะต้องจัดให้มีระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นตามกระบวนการนี้อย่างน้อย 75 วัน

การเผยแพร่ก่อนนี้มีวัตถุประสงค์ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทราบข้อวิจารณ์โดยตรงจากสาธารณะอันเกี่ยวกับปรับปรุงร่างนั้น หากมีผลทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขร่าง หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องส่งร่างที่มีการแก้ไขแล้วนั้นกลับไปให้กระทรวงยุติธรรมเพื่อทบทวนและให้ความเห็นชอบอีก บางกรณีอาจมีการขอให้ยกเว้นการเผยแพร่ก่อน หรือระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นอาจน้อยกว่า 30 วัน ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับพิจารณาของคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

5) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยสำนักงานกิจการกฎระเบียบและพระบรมราชโองการ (Regulatory Affairs and Orders in Council Secretariat (RAOIC)) (ครั้งที่ 2)

ร่างกฎที่ผ่านขั้นตอนการเผยแพร่ก่อนแล้วจะส่งต่อมาให้ RAOIC ทำการตรวจสอบลักษณะทั่วไปของข้อคิดเห็นที่ได้ในระหว่างการเผยแพร่ก่อน การตอบรับของหน่วยงานเจ้าของเรื่องต่อข้อเสนอเหล่านั้น และจะทำบันทึกสรุปเรื่องราวเพื่อส่งไปยังคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

6) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ครั้งที่ 2)

ในขั้นนี้ คณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) จะพิจารณาถึงผลของการรับฟังความคิดเห็นจากขั้นตอนที่แล้วและพิจารณาว่าจะให้ความเห็นชอบในร่างสุดท้ายนั้นหรือไม่ ซึ่งหากเห็นชอบ ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General) ก็จะลงนามในร่างและลงทะเบียนไว้ ซึ่ง

โดยปกติกฎนั้นจะมีผลทันทีหลังจากได้ลงทะเบียนไว้ ซึ่งต้องลงทะเบียนภายในเจ็ดวันภายหลังจากได้รับความเห็นชอบครั้งสุดท้าย Statutory Instrument Act ได้กำหนดให้ต้องส่งกฎนั้นต่อไปให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Clerk of the Privy Council) ภายในเจ็ดวันหลังจากได้ออกกฎนั้นเพื่อลงทะเบียนกฎ เว้นแต่ กฎชนิดใดที่ Statutory Instrument Regulations ยกเว้นไว้เนื่องจากอาจมีจำนวนมาก โดยทำการบันทึกชนิดเรื่องของกฎ วันที่ออก วันที่จดทะเบียน และกำหนดเลขไว้ด้วย และกำหนดให้ตีพิมพ์กฎนั้นไว้ในส่วนที่ 2 (Part II) ของราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette) ภายใน ๒๑ วัน หลังจากที่มีการลงทะเบียนกฎนั้น กฎบางชนิดอาจได้รับยกเว้นไม่ต้องตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา การละเลยไม่ตีพิมพ์กฎดังกล่าวไม่ถึงกับเป็นผลให้กฎนั้นสิ้นผลไป แต่อาจมีผลให้ไม่อาจมีการดำเนินคดีหรือไม่อาจมีการละเมิดต่อกฎดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นผลมาจากหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่งข้อความในกฎหมายต้องเป็นที่รู้ได้ ไม่เป็นความลับ กฎใดไม่ได้ตีพิมพ์ย่อมสันนิษฐานได้ว่าประชาชนย่อมไม่รู้ถึงสิทธิและความรับผิดชอบของตนภายใต้กฎนั้น

7) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยรัฐสภา (parliamentary scrutiny)

คณะกรรมการร่วมประจำ (The Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulation) จะตรวจสอบการใช้อำนาจของกฎเหล่านั้นแทนรัฐสภา (กำหนดไว้ในมาตรา 19 Statutory Instrument Act) ภายหลังจากที่มีการออกกฎนั้นแล้ว คณะกรรมการชุดดังกล่าวจะทำการตรวจสอบกฎในขอบข่ายที่สมาชิกวุฒิสภาและสภาล่างได้รับรองแล้วในแต่ละวาระของรัฐสภา โดยขอบข่ายบางเรื่องก็เป็นขอบข่ายอย่างเดียวกันที่กองงานด้านกฎระเบียบ (the Regulation Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) ทำการตรวจสอบในชั้นการเสนอร่างของกฎ

ในกรณีที่คณะกรรมการร่วมประจำพบข้อบกพร่องในกฎฉบับใด ก็จะมีการแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทราบถึงปัญหาและวิธีแก้ไข หากหน่วยงานเจ้าของเรื่องไม่เห็นด้วยกับวิธีการแก้ปัญหของคณะกรรมการ ก็อาจมีการรายงานถึงข้อสังเกตที่ควรได้รับการพิจารณาไปยังสภาทั้งสอง โดยหากกฎนั้นเป็นกฎที่ออกโดยผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council) หรือรัฐมนตรี (minister) คณะกรรมการที่มีอำนาจในการร้องขอไปยังสภาล่าง (The House of Commons) ให้มีการปฏิเสธกฎ (disallowance) หากสภามีมติให้มีการปฏิเสธกฎใด มตินั้นก็จะกลายมาเป็นคำสั่งของสภา (Order of the House) สั่งให้ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General) หรือรัฐมนตรี (minister) ทำการเพิกถอนกฎดังกล่าวต่อไป⁸⁹

(6) หลักการในบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎของประเทศแคนาดา

1) หลักการที่เกี่ยวกับการออกกฎเกินอำนาจ (Ultra vires)

⁸⁹ Privy Council Office . The Regulatory Process. Retrieved June 5 , 2006, from <http://www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srdc> . pp. 1-3 .

Ultra vires เป็นภาษาละติน แปลตามตัวว่า เกินกว่าอำนาจ (beyond the power) เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องความสามารถ (capacity) ในการกระทำการต่าง ความสามารถที่พูดถึงนี้ก็คือความสามารถที่มีอยู่ตามกฎหมาย ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาจะได้รับมาจากประเทศอังกฤษ ดังนั้น หลักในการใช้ดุลพินิจของศาลในการใช้หลัก Ultra vires ในการพิจารณาว่าการกระทำของเกินขอบอำนาจหรือไม่จึงมีความคล้ายคลึงกัน

ในประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบนิติรัฐ คือการปกครองประเทศด้วยกฎหมาย ความสำคัญของหลักนี้อยู่ที่ว่ารัฐ (ทุกระดับ) และรวมถึงองค์กรอื่นที่เป็นผู้ใช้อำนาจ จะกระทำการสิ่งใดได้ต้องมีกฎหมายกำหนดถึงความสามารถในการทำเช่นนั้นไว้ การใดๆ ที่ได้กระทำไปและไม่ได้อยู่ในความสามารถที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจะถือว่าการนั้นเป็น Ultra vires รัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา (Constitution Act, 1867)⁹⁰ ได้แบ่งการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐออกเป็นสองส่วนคือ อำนาจรัฐบาลกลาง (federal government) และอำนาจรัฐบาลท้องถิ่น⁹¹ (provincial government) ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติส่วนที่ 6 ว่าด้วยการแบ่งอำนาจการตรากฎหมาย (Distribution of Legislative Powers) โดยมาตรา 91 จะเป็นการกำหนดขอบอำนาจในการตราของรัฐสภา และมาตรา 92 จะเป็นการกำหนดอำนาจในการตราของรัฐบาลท้องถิ่น การใช้อำนาจในการตราภาษานี้ต้องใช้อย่างเคร่งครัด หากมีการตราที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เช่น เขตอำนาจในเรื่องต่างๆ แล้ว กฎหมายนั้นเป็นการเกินอำนาจ (ultra vires) ของรัฐธรรมนูญ⁹²

อำนาจในการตรากฎหมายที่กำหนดความผิดอาญา เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแต่เพียงผู้เดียว (s 91 (27)) รัฐบาลท้องถิ่นไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายใดๆ ที่กำหนดความผิดทางอาญา หรือกฎใดๆ ที่มีผลอย่างเดียวกันกับกฎหมายอาญา ดังเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสูงของแคนาดา (Supreme Court) ในคดี R. v. Morgentaler, [1993] 3 S.C.R. 463⁹³ ซึ่งรัฐบาลรัฐ Nova Scotia ได้ออกกฎหมายมาห้ามการทำแท้งในคลินิกอื่นนอกจากโรงพยาบาลที่กำหนดไว้ (Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281) และระเบียบเกี่ยวกับการรณรงค์การเงินประกันตนในกรณีที่เกิดจากการทำแท้งที่กฎหมายดังกล่าวห้าม (Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89) ต่อมาได้ถูกดำเนินคดีอาญาอันเนื่องมาจากฝ่าฝืนเปิดคลินิกทำแท้ง ซึ่งจำเลยต่อสู้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ออกมาโดยเกินอำนาจที่มีอยู่ของรัฐบาลท้องถิ่นอำนาจ (ultra vires)

⁹⁰ ที่มา <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>

⁹¹ ที่มา www.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires

⁹² The Constitution Act, 1867. Retrieved June 30, 2006, from <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html> . pp. 20-24 .

⁹³ ที่มา <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/>

เนื่องจากการกำหนดมาตรการที่มีผลเกี่ยวกับความผิดอาญา (ซึ่งก่อนหน้านี้ได้มีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดที่เกี่ยวกับการทำแท้ง คือในคดี R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 และศาลตัดสินว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่มีผลบังคับเนื่องจากขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในความปลอดภัยของชีวิต) ศาลตัดสินว่า แม้ว่าการออกกฎหมายจะเป็นการออกกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสุขภาพที่เป็นอำนาจที่โจทก์ทำได้ แต่เนื้อหาของกฎหมายก็เป็นการทำให้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดอาญาขึ้นมา ซึ่งศาลเห็นว่าอำนาจในการออกกฎหมายอาญาเป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแต่ผู้เดียว การที่โจทก์ออกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงเป็นการออกกฎหมายที่เกินขอบอำนาจ ultra vires ของโจทก์⁹⁴

ในคดี R. v. Sharma, [1993] 1 S.C.R. 650⁹⁵ เมืองโตรอนโตได้รับมอบอำนาจจากเทศบาลนครโตรอนโต (Municipality of Metropolitan Toronto) ให้เป็นผู้มีอำนาจในการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการค้าขายสินค้าข้างทางเท้า เมืองโตรอนโตได้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ที่มีที่ดินติดอยู่ทางเท้า โดยออกเป็นข้อบัญญัติที่ 681-80 (By-law 618-80) จำเลยถูกฟ้องดำเนินคดีเพราะไม่มีที่ดินที่อยู่ติดทางเท้าและไม่ได้รับใบอนุญาต ในข้อหาไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา ศาลตัดสินว่า ข้อบัญญัติเทศบาลดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงการบดบังบัญญัติที่ให้อำนาจในการเลือกปฏิบัติในกรณีที่ทำเป็นในการมอบอำนาจไว้ จึงเป็นการออกข้อบัญญัติที่เกินขอบอำนาจ (Ultra vires) ของกฎหมายแม่บท (Municipal Act) ข้อบัญญัติดังกล่าวใช้ไม่ได้⁹⁶

หลัก Ultra vires ไม่ได้นำมาใช้เฉพาะในเรื่องของการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาใช้ในส่วนของการกระทำใดๆ ของนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ (corporation) ทั้งที่มีการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หรือในรูปของบริษัท ซึ่งจะมีการแสดงวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคล หรือกำหนดไว้ในหนังสือรับรองนิติบุคคล (memorandum company) หากนิติบุคคลเหล่านี้กระทำการใดๆ นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ จึงเป็นการกระทำที่เกินความสามารถของนิติบุคคลนั้น เมื่อนำหลัก Ultra vires มาปรับใช้ จะมีผลคือการนั้นอาจไม่ผูกพันนิติบุคคลนั้น ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลสูงในคดี Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 S.C.R. 388⁹⁷ ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์ซึ่งสถาบันให้กู้ยืม มีฐานะเป็นนิติบุคคล จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย (Communities Economic Development Fund Act) มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือการค้าการลงทุนในชุมชนที่ห่างไกลในเมือง Manitoba โจทก์ออกข้อบัญญัติ (by-law) อนุมัติเงินกู้ให้จำเลยซึ่งเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการ

⁹⁴ ที่มา <http://sec.lexum.umontreal.ca/en/>

⁹⁵ Ibid .

⁹⁶ Ibid .

⁹⁷ Ibid .

อยู่อีกเมืองหนึ่ง คือ Winnipeg ต่อมาจำเลยผัดนัดชำระเงินกู้ โจทก์ฟ้องให้บริษัทผู้กู้และกรรมการเป็นจำเลยเรียกเงินที่กู้ยืมคืน ศาลเห็นว่าการอนุมัติเงินให้กู้ยืมของโจทก์ฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ที่มีอยู่ในกฎหมายจัดตั้งอย่างชัดเจน การการกระทำที่นอกเหนืออำนาจที่โจทก์มี (ultra vires) จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบใช้คืนเงินกู้ยืมนั้น⁹⁸

2) หลักการที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ออกกฎต่อ (sub-delegated legislation)

การมอบอำนาจต่อในประเทศแคนาดานั้น จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายแม่บท การมอบอำนาจมีทั้งเป็นการมอบอำนาจทั่วไป (เท่าอำนาจที่มีอยู่ของผู้มอบ) การมอบอำนาจในบางเรื่อง หรือมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไข เช่น

- Auditor General Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศแคนาดา ได้กำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (Auditor General of Canada) มีอำนาจในการมอบอำนาจให้แก่บุคคลใดในสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ใช้อำนาจภายในเงื่อนไขใดๆ แทนก็ได้ (s. 16.1(1))⁹⁹ ซึ่งผู้ที่ได้รับมอบอำนาจนี้ก็มีอำนาจในการมอบอำนาจที่มีอยู่ต่อให้กับผู้อื่นได้อีกด้วย (s. 16.1(2))

- Canada Wildlife Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการรักษาและอนุรักษ์สัตว์ป่า การใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ทำได้โดยการออกกฎ (regulation) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม (Minister of the Environment) สามารถมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีอื่นซึ่งอำนาจของตนตามกฎหมายฉบับนี้ให้ใช้อำนาจนั้นแทนได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ได้ (s. 4.2 (2)) ซึ่งกฎรวมถึงอำนาจในการออกกฎด้วย¹⁰⁰

- Financial Administration Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงินการคลังของประเทศแคนาดา กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการการคลัง (The Treasury Board) สามารถมอบอำนาจหรือ

⁹⁸ Ibid .

⁹⁹ 16.1 (1) The Auditor General may authorize any person employed in his or her office to exercise and perform, in any manner and subject to any terms and conditions that he or she directs, any of his or her powers and functions in relation to human resources management

(2) Any person authorized under subsection (1) may, subject to and in accordance with the authorization, authorize one or more persons under that person's jurisdiction to exercise any power or perform any function to which the authorization relates

¹⁰⁰ 4.2 (1) The Minister may delegate to any minister of the Crown in right of Canada any power conferred on the Minister under this Act. The other minister may then exercise the power subject to any terms and conditions that the Minister specifies

(2) The other minister may delegate any power delegated under subsection (1) to any person employed in any department for which that other minister is responsible.

หน้าที่ที่มีอยู่เท่าที่เห็นสมควร (ซึ่งรวมถึงอำนาจในการออกกฎเพื่อปฏิบัติให้เป็นกฎหมายแม่บทฉบับนี้) ให้แก่ ประธานคณะกรรมการการคลัง (the President of the Treasury Board) เลขาธิการคณะกรรมการการคลัง (Secretary of the Treasury Board) กรมบัญชีกลาง (Comptroller General) เจ้าหน้าที่ในระดับผู้บริหารในส่วนกลาง ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ (S.6(4))¹⁰¹

- Telecommunications Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมในประเทศ ผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลก็คือ คณะกรรมการวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคม (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ห้าม หรือควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมอันเป็นการรบกวนและไม่พึงประสงค์ โดยได้คำนึงถึงเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น (s. 41) หรืออาจมอบอำนาจเป็นหนังสือและระบุอำนาจอย่างอย่างหนึ่งอย่างใดในการกระทำการใดอันจะก่อให้เกิดการให้บริการที่มีประสิทธิภาพระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมด้วยกันให้แก่ผู้ใดได้ (s. 46.2)¹⁰² เป็นต้น

3) หลักการที่เกี่ยวกับเรื่องภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden)¹⁰³

เมื่อกล่าวถึงคำว่า ภาระอันเกิดจากกฎ (regulatory burden) นั้น ก็หมายถึงภาระที่เกิดขึ้นแก่ผู้ต้องอยู่ภายใต้กฎนั่นเอง หากจะพิจารณาให้ดีในชีวิตประจำวันของคนในหลายประเทศ อย่างประเทศแคนาดานั้น มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องอยู่เกือบทุกเรื่อง จากการศึกษาของ The Fraser Institute ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระในการศึกษาการเพิ่มผลผลิตในประเทศแคนาดา เรื่อง Canada's Regulatory Burden โดยได้ทำการศึกษาก่อนว่า กฎเกณฑ์ภายในประเทศมีผลกระทบต่อภาคเอกชนอย่างไรบ้าง

¹⁰¹ 6.(4) The Treasury Board may delegate to the President of the Treasury Board, to the Secretary of the Treasury Board, to the Comptroller General of Canada or to the deputy head or chief executive officer of any portion of the federal public administration any of the powers or functions it is authorized to exercise under any Act of Parliament or by any order made by the Governor in Council. It may make the delegation subject to any terms and conditions that it considers appropriate.

¹⁰² 46.2 (1) The Commission may, in writing and on specified terms, delegate any of its powers under section 46.1 to any person, including any body created by the Commission for that purpose.

(2) For the purposes of sections 62 and 63, a decision of a delegate is deemed to be a decision of the Commission.

(3) For greater certainty, a delegation of powers is a decision of the Commission

(4) The Commission may, in writing, revoke a delegation of powers. A revocation is deemed not to be a decision of the Commission.

¹⁰³ Canada 's .Regulatory Burden Agen .(2001) . from www.fraserinstitute.ca.

กฎนั้นหมายถึง การกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ ที่ประสงค์ให้แก้ไขพฤติกรรมใดในทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยอำนาจรัฐ ซึ่งโดยปกติกฎเหล่านั้นจะเกี่ยวข้องกับ การกำหนดราคา การเก็บภาษี การเปิดเผยข้อมูล ข้อกำหนดเกี่ยวกับสินค้าและบริการ (เช่น คุณภาพ ความบริสุทธิ์ และความปลอดภัย) วิธีการในการดำเนินการ (เช่น การควบคุมมลภาวะ มาตรฐานเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยของพนักงาน) ซึ่งพบได้ทั้งที่เป็นกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง¹⁰⁴

ในแต่ละปีการออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์จำนวนมากหลายพันฉบับ ทั้งกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลาง (federal government) และรัฐบาลท้องถิ่น (provincial governments) กฎเกณฑ์เหล่านี้มีผลต่อภาระของการดำเนินธุรกิจ ซึ่งต้องถือว่าภาระเหล่านั้นเป็นต้นทุน (cost) ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นต้นทุนสองประเภท คือ ต้นทุนโดยตรง (direct cost) และต้นทุนโดยอ้อม (indirect cost)

1. ต้นทุนโดยตรง (direct cost) ได้แก่ ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากกระบวนการออกกฎ และค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎ (compliance) กฎนั้นมีผลต่อชีวิตประจำวันของประชาชนโดยทั่วไป เช่น สิ่งที่ได้ยินได้ฟังจากวิทยุ ราคาและคุณภาพของอาหาร ข้อกำหนดของรถยนต์ คนส่งจดหมาย ที่สามารถดื่มและสูบบุหรี่ได้ หรือแม้กระทั่งข้อจำกัดในการใช้ทรัพย์สินของตนเอง เป็นต้น เหล่านี้เป็นต้นทุนที่สำคัญที่เป็นความรับผิดชอบของภาคเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก็หมายความว่าค่าใช้จ่ายในกระบวนการในการออกกฎที่เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายรัฐด้วย แต่ก็เป็นจำนวนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับต้นทุนทั้งหมดที่ภาคเอกชนจะต้องจ่ายไปในการปฏิบัติตามกฎนั้น

2. ต้นทุนโดยอ้อม (indirect cost) เช่น การจำกัดเสรีภาพในการใช้ทางเลือกที่ดีกว่า ปิดกั้นการใช้นวัตกรรมใหม่ การพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่ล้ำหน้า หรือการชะลอความสามารถในการผลิต ต้นทุนเหล่านี้เกิดขึ้นกับทุกคนทั่วไปและกลุ่มธุรกิจซึ่งมีความสำคัญและก็เป็นการยากที่จะประเมินค่าได้ เช่น การกำหนดให้ Health Canada แต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้รับรองด้วยยาที่เชื่อว่ามีประสิทธิภาพและความปลอดภัย ซึ่งถ้าหากว่าไม่มีการรับรองดังกล่าว ก็จะไม่มียาเหล่านั้นในท้องตลาดเลย ซึ่งก็เท่ากับเป็นการตัดทางเลือกที่อาจเหมาะสมกับคนไข้บางประเภทมิให้ได้รับการรักษาจากยาดังกล่าว หรือในกรณีการพัฒนาวัตกรรมการใหม่ๆ ผู้ที่พัฒนา ก็จะพยายามหลีกเลี่ยงการพัฒนาที่อาจถูกระทบโดยผลของกฎ หรือการพัฒนาสิ่งที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานรัฐ จึงเป็นการไม่ส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมหรือผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ เข้ามาสู่ท้องตลาด¹⁰⁵

ขอบข่ายของการออกกฎในประเทศแคนาดาแยกตามเรื่อง ได้ดังนี้¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ibid. p 7 .

¹⁰⁵ Ibid. p 3 .

¹⁰⁶ Ibid. p 4 .

1. การสื่อสาร การกระจายเสียงวิทยุ โทรทัศน์ โทรคมนาคม โทรศัพท์ เคเบิลทีวี สัญญาณดาวเทียม
2. สุขภาพและความปลอดภัย ควบคุมอาคาร สัตว์ พืช ความปลอดภัยในอาชีพ
3. สิ่งแวดล้อม ควบคุมมลพิษ อากาศ น้ำทรัพยากรธรรมชาติ แร่ ป่าไม้ การใช้ที่ดิน การวางแผนและจัดโซน การอนุมัติ การพัฒนาพื้นที่
4. คุ้มครองผู้บริโภค การเปิดเผยข้อมูล (ข้อมูลผลิตภัณฑ์) การบรรจุหีบห่อและฉลาก ชั่งตวง วัด
5. สิทธิมนุษยชน กฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล
6. ตลาดเงินและสถาบันการเงิน ธนาคาร บริษัทจัดการสินทรัพย์ กองทุนบำเหน็จบำนาญ ประกันภัย
7. อาหารและการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกษตร การตลาดราคาระดับคุณภาพ การจำหน่ายโคเวตา
8. แรงงาน เวลาทำงาน ค่าแรงขั้นต่ำ เงินสะสม
9. การอนุญาตประกอบอาชีพ ใบรับรอง การฝึกงาน
10. การปฏิบัติตามกรอบกฎหมาย การแข่งขันทางการค้า กฎหมายล้มละลาย กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
11. สุรา ส่วนประกอบ การขายและจัดจำหน่าย
12. การควบคุมค่าเช่า
13. วัฒนธรรมและนันทนาการ ภาษา (สองภาษา) กีฬา เนื้อหาของการแพร่ภาพและเสียง
14. การขนส่ง การบิน แท็กซี่ รถบรรทุก การขนส่งระหว่างเมือง
- 4) หลักการที่เกี่ยวกับความชัดเจนในเนื้อหาของกฎ

กระบวนการออกกฎหมายของประเทศแคนาดา รัฐธรรมนูญ The Constitution Act, 1867 (Miscellaneous Provisions s 133) ได้กำหนดให้กระบวนการออกกฎหมายของรัฐบาลกลางต้องทำเป็นสองภาษา คือ ภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส ซึ่งจะต้องทำพร้อมกัน จะทำเพียงฉบับภาษาใดภาษาหนึ่งแล้วนำมาแปลในภายหลังไม่ได้ กฎทั้งสองภาษาจะต้องมีการสื่อความที่ถูกต้องและชัดเจน ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎเอง¹⁰⁷

ส่วนเนื้อหาของกฎนั้น ได้มีการกำหนดไว้ตามแนวนโยบายของการออกกฎ (Government of Canada Regulatory Policy) ซึ่งได้รับอนุมัติโดยคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนพฤศจิกายน 1999 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้การออกกฎที่ออกโดยรัฐบาลกลางเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานที่มีการเสนอกฎใหม่ต้องเขียนด้วยภาษาธรรมดา (plain language) ซึ่งจะต้องทำ

¹⁰⁷ The Constitution Act, 1867 . p. 33 .

ให้ผู้ต้องอยู่ในบังคับของกฎเข้าใจได้ง่าย ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ก็นำไปใช้กับกระบวนการในการออกกฎในส่วนของการจัดทำรายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS)) เพื่อประกอบกระบวนการในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นด้วย¹⁰⁸

3.2.3 การออกกฎในประเทศฝรั่งเศส

(1) ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส หรือชื่อเต็มคือสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) เป็นประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบกึ่งรัฐสภา คือ มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ มาจากการเลือกตั้ง มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละ 7 ปี และเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี มีฝ่ายที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติคือรัฐสภา อันประกอบไปด้วยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (Assemblée Nationale) และวุฒิสภา (Sénat) ทำหน้าที่ผ่านกฎหมายและงบประมาณของประเทศ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร มีศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการตัดสินข้อพิพาท โดยแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท คือ คดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง

การเสนอกฎหมายเข้าพิจารณา ผู้ที่เสนอได้ได้แก่รัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภา ซึ่งร่างกฎหมายที่รัฐมนตรีเสนอนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องผ่านการพิจารณาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และเมื่อผ่านการพิจารณาแล้วก็จะส่งให้แก่ประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามและประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ยึดหลักนิติธรรม (rule of law) มีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี มีระบบกฎหมายที่เรียกว่าซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมาย (หมายถึงกฎหมายนั้นมิที่มาจากกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก) โดยมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันศาลของประเทศฝรั่งเศส

(2) หลักทั่วไปเกี่ยวกับการตรากฎหมาย¹⁰⁹

กฎหมาย (loi) คือ กฎเกณฑ์ที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศบังคับใช้โดยประธานาธิบดี โดยมีมุ่งหมายให้มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป ในที่นี้เมื่อกล่าวถึง “กฎหมาย” จะหมายถึงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ ส่วนกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติจะเรียกว่า “กฎ” (règlement)

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้แบ่งแยกอำนาจดังกล่าวโดยให้อำนาจตรากฎหมายเป็นของรัฐสภา และอำนาจออกกฎเป็นของฝ่ายบริหาร

¹⁰⁸ Privy Council Office.(1999).Government of Canada regulatory policy .from <http://www.pco-bcg.gc.ca> .p12 .

¹⁰⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย . (2549). การปรับเปลี่ยนกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศไทย (รายงานฉบับสมบูรณ์).หน้า 152-155 .

1. อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา

ก่อนปี ค.ศ. 1958 มีแนวคิดตามกฎหมายคือ “การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน” (expression de la volonté générale) โดยที่รัฐสภาเป็นผู้แทนของปวงชน กฎหมายจึงต้องตราขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติ และรัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในทุกๆ เรื่อง การที่รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายโดยไม่มีขอบเขตจำกัดนี้ทำให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการบริหารราชการแผ่นดินอย่างมาก กล่าวคือ เมื่อรัฐบาลจำเป็นต้องใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลก็ต้องเสนอให้รัฐสภาตราเป็นกฎหมาย ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายมีขั้นตอนมากมายและล่าช้าไม่ทันการ

ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 จึงมีการเสนอแนวคิดที่ว่า รัฐสภาควรมีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญในระดับที่ต้องได้รับการพิจารณาและความเห็นชอบจากผู้แทนของปวงชนเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนรัฐบาลจะมีอำนาจตรากฎเป็นการทั่วไปในเรื่องอื่นๆ ทั้งหมดการแบ่งอำนาจใหม่นี้จะช่วยลดภาระในการพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐสภา ขณะเดียวกันรัฐบาลก็สามารถออกกฎเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ ซึ่งจะทำให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 กำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมาย (loi) เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน ๓ กรณี คือ

(ก) เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34

เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ถือเป็น “หลักการสำคัญ” (moyau) ของอำนาจตรากฎหมายของรัฐสภา มาตราดังกล่าวกำหนดเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายไว้สองกลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ (“fixe les règles”) ในเรื่องสิทธิเสรีภาพ พลเมือง สัญชาติ ความผิวดำ ภาษี การเลือกตั้ง การจัดตั้งองค์กรมหาชน หลักประกันข้าราชการพลเรือนและทหาร การแปรรูป

กลุ่มที่สองกฎหมายที่วางหลักการพื้นฐาน (“détermine les principes fondamentaux”) ในเรื่อง การป้องกันประเทศ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การศึกษา กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน และหนี้ ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แรงงาน ประกันสังคม

แม้มาตรา 34 จะกำหนดเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจตรากฎหมายไว้สองกลุ่มโดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่อำนาจของรัฐสภาในเรื่องทั้งสองกลุ่มข้างต้นไม่แตกต่างกันแต่อย่างใด เพราะในทางปฏิบัติรัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในสาระสำคัญ และให้รัฐบาลเป็นผู้ออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดเพื่อบังคับใช้กฎหมาย

(ข) เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ

นอกจากมาตรา 34 แล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเรื่องซึ่งต้องตราเป็นกฎหมายไว้ด้วย ได้แก่ การให้สัตยาบัน สนธิสัญญา การคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล (มาตรา 66) การบริหารจัดการ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (มาตรา 72)

(ค) เรื่องที่กำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (Préambule)

คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ประกาศยืนยันถึงความยึดมั่นของปวงชนในหลักการที่กำหนดไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 โดยบัญญัติเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายไว้ได้แก่ เรื่องการกล่าวหาจับกุมคุมขังบุคคล (ข้อ 7) การจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็น (ข้อ 10, 11) ทรัพย์สินของบุคคล (ข้อ 17) ความเท่าเทียมกันของชายและหญิง (ข้อ 3) การใช้สิทธินัดหยุดงาน (ข้อ 7)

2. อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

มาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “เรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมาย”

เรื่องใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา โดยหลักฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจออกกฎหมายเป็นเอกเทศในเรื่องนั้น โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานของกฎหมายแม่บท หรือที่เรียกว่า “อำนาจออกกฎหมายที่เป็นเอกเทศของฝ่ายบริหาร (pouvoir réglementaire autonome)”

ส่วนเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมาย ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียด หรือที่เรียกว่า “อำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กฎหมาย (pouvoir réglementaire d'application des lois)”

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ให้ความสำคัญแก่การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากการที่ได้มีการกำหนดกลไกเพื่อคุ้มครองอำนาจดังกล่าวไว้ในมาตรา 41 และมาตรา 37 วรรคสอง ดังนี้

(ก) มาตรา 41: การคัดค้านร่างกฎหมายหรือคำแปรญัตติที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา (irrecevabilité législative)

ในกรณีที่รัฐบาลเห็นว่ามิเหตุตามมาตรา 41 รัฐบาลต้องยื่นคำคัดค้านต่อประธานสภา ก่อนหรือในระหว่างการพิจารณาของที่ประชุมสภา ในกรณีที่ประธานสภาวินิจฉัยว่ามีเหตุตามมาตรา 41 สภาย่อมไม่สามารถรับร่างกฎหมายหรือคำแปรญัตตินั้นได้ หรือหากได้เริ่มการพิจารณาแล้ว ก็ต้องยุติการพิจารณา แต่ถ้าประธานสภาวินิจฉัยว่ากรณีไม่มีเหตุตามมาตรา 41 รัฐบาลสามารถยื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 8 วันนับแต่วันที่รับคำร้อง ทั้งนี้ ตามมาตรา 41 วรรคสอง และสภาจะต้องระงับการพิจารณาไว้ชั่วคราวจนกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

(ข) มาตรา 37 วรรคสอง : การลดลำดับศักดิ์บทบัญญัติที่ตราเป็นกฎหมายให้กลายเป็นกฎ (déclassement)

“บทบัญญัติที่ตราเป็นกฎหมาย” (textes en forme législative) คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่ตรารึขึ้นในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายเฉพาะในเชิงรูปแบบหรือเชิงองค์กร แต่เนื้อหาสาระโดยแท้นั้นเป็นกฎด้วยเหตุนี้ มาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้รัฐบาลสามารถยื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในเรื่องซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎ ทั้งนี้เพื่อที่จะตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

(3) หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับกฎ

1) กฎจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

โดยผลของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ.1958 อำนาจในการออกกฎเป็นอำนาจทั่วไปของนายกรัฐมนตรี ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ซึ่งความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก็คือรัฐธรรมนูญที่เคยมีมาก่อน ปี 1958 ต่างก็กำหนดให้อำนาจในการออกกฎเป็นของบุคคลหรือของคณะบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นรัฐบาล ซึ่งได้แก่ นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญปี 1958 ให้อำนาจประธานาธิบดีในการออกกฎด้วย นอกจากนี้ยังแบ่งความสำคัญของกฎออกเป็นหลายระดับ และให้อำนาจในการออกกฎขยายไปถึงรัฐมนตรีและผู้ว่าราชการจังหวัดในบางกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งให้มีการมอบอำนาจในการออกกฎแก่ผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจหรือองค์กรเอกชนบางประเภทที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะอีกด้วย

นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจทั่วไปในการออกกฎซึ่งจะเป็นในรูปการลงนามประกาศใช้บังคับรัฐกฤษฎีกา หรือใช้อำนาจออกกฎผ่านทางรัฐมนตรีผู้รักษาการตามรัฐกฤษฎีกาฉบับนั้นๆ

ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจในการออกกฎได้ในสามกรณีด้วยกัน หรือการร่วมลงนาม (Contresigne) ในรัฐกำหนด (Les Ordonnances) ที่ออกโดยรัฐบาลตามที่มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารไว้เป็นกรณีเฉพาะในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องที่ตามธรรมดาแล้วต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ ประธานาธิบดียังมีอำนาจร่วมในการลงนามในรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี และมีอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้เป็นกรณีพิเศษในการออกกฎตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

สำหรับรัฐมนตรีโดยทั่วไปแล้ว ไม่ใช่ผู้มีอำนาจโดยตรงในการออกกฎ เว้นแต่ใน 2 กรณีที่สามารถกระทำได้ คือ เพื่อให้งานบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนดำเนินไปได้ และอำนาจในการออกกฎในเรื่องที่มีกฎหมายหรือกฎให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัด

ผู้ว่าราชการจังหวัดในเขตปกครองหนึ่งๆ รวมทั้งนายกเทศมนตรีในเขตการปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีอำนาจในการออกกฎตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ อำนาจในการออกกฎที่จำเป็นสำหรับผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี ได้แก่ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (un pouvoir de police) ที่จำเป็นต้องออกกฎระเบียบควบคุมความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในท้องถิ่นของตน

ส่วนผู้บริหารองค์การมหาชน หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองอื่นๆ นั้น แม้ว่าจะไม่มีอำนาจทั่วไปในการออกกฎ แต่ย่อมมีอำนาจในการวางหลักเกณฑ์เพื่อจัดระเบียบภายในองค์กรที่มีลักษณะบังคับแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา และในบางกรณีก็มีผลต่อบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะด้วย

2) กฎจะมีผลใช้บังคับต่อผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎได้ต่อเมื่อได้มีการประกาศแล้ว

3) กฎจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎที่จะให้ใช้กฎนั้นบังคับตลอดไปเพื่อประโยชน์ของตน

กฎอาจถูกยกเลิกได้ตลอดเวลาแต่ราบใดที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่อาจออกคำสั่งใดๆ ที่ขัดแย้งกับกฎได้ แม้ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ที่ออกกฎนั่นเอง หรือเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับที่สูงกว่าก็ตาม¹¹⁰

(4) ขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรอง¹¹¹ (Le domaine du règlement)

ขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรองบัญญัติไว้ในมาตรา 37 ว่า นอกจากเนื้อหาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติแล้ว นอกนั้นจะต้องออกเป็นกฎหมายลำดับรองทั้งสิ้น จากมาตรานี้ทำให้เกิดกฎหมายลำดับรองชนิดใหม่ขึ้น นอกจากกฎหมายลำดับรองที่เกิดมีมาในอดีต คือ กฎหมายลำดับรองที่ออกตามรัฐบัญญัติ (les règlements d'application) กฎหมายลำดับรองที่เกิดขึ้นใหม่นี้ อาจจะเรียกว่ากฎหมายลำดับรองอิสระ (les règlements autonomes)

กฎหมายลำดับรองที่ออกตามรัฐบัญญัตินั้น ต้องมีรัฐบัญญัติแม่บทให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรองนี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักดั้งเดิมที่เคยปฏิบัติกันมาและโดยธรรมชาติของกฎหมายลำดับรองนี้จะต้องไม่ขัดรัฐบัญญัติแม่บท

ส่วนกฎหมายลำดับรองอิสระซึ่งถือกำเนิดขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญมาตราที่ 5 นี้ คือ ฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกกฎหมายลำดับรองเพื่อใช้ในการบริหารราชการได้ในส่วนที่รัฐสภาไม่อาจที่ตราบัญญัติได้ ดังนั้นฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกกฎหมายลำดับรองได้ แม้ไม่มีรัฐบัญญัติ

¹¹⁰ ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์ .(2548,พฤษภาคม-สิงหาคม) . “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส.” . วารสารวิชาการศาลปกครอง,ปีที่ 2 ,ฉบับที่ 2 .หน้า 20-21 .

¹¹¹ สุรรัตน์ พิทยาภรณ์ . (2538) . การตราบัญญัติและการออกกฎหมายลำดับรองตามรัฐธรรมนูญปี 1958 .ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม.หน้า 215-216 .

แม่บทให้อำนาจฝ่ายบริหาร กฎหมายลำดับรองนี้จึงไม่จำเป็นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญใดๆ และเนื้อหาในส่วนนี้ก็ยังอยู่นอกเหนืออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตราบัญญัติอีกด้วย

(5) ประเภทของกฎในประเทศฝรั่งเศส¹¹²

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสสามารถตราออกมาใช้บังคับกับเอกชนสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล (ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ซึ่งเรียกว่า กฎฎีกา (décrets) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ข้อบังคับเอกเทศหรือกฎที่ออกได้เองโดยอิสระของฝ่ายบริหาร (règlements autonomes) ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งรัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นโดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติ เพื่อใช้บังคับในเรื่องต่างๆ ยกเว้นในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติโดยรัฐสภา

2. ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติกำหนดหลักการขึ้นพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไม่ได้

ทั้งนี้รัฐบาลยังอาจตราข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่ง คือ การให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติตามมาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคแรกและวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้แต่ข้อบังคับเช่นว่านี้ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารตราข้อบังคับในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา ผู้มีส่วนได้เสียอาจขอให้ศาลปกครองเพิกถอนข้อบังคับนั้นได้

ประเภทที่สอง กฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ ซึ่งมีอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ดังต่อไปนี้

1. อำนาจการออกกฎหมายของรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายเป็นการทั่วไปให้แก่รัฐมนตรี แต่รัฐมนตรีก็มีอำนาจออกกฎหมายซึ่งได้แก่กฎกระทรวง (arrêté ministerial) และคำสั่งหรือหนังสือเวียน (circulaires réglementaires) ซึ่งพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท คือ

¹¹² นรินทร์ อธิสาร . (2547). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง และผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน . หน้า 24 -27 .

1.1 กฎหรือข้อบังคับภายในของส่วนราชการ รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานมีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ อำนาจดังกล่าวนี้รัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ

1.2 กฎข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อประชาชน รัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเป็นการทั่วไป เหมือนกับอำนาจของประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีจะมีอำนาจออกกฎข้อบังคับ ที่มีผลผูกพันประชาชนได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีไว้โดยเฉพาะ

1.3 คำสั่งในรูปของหนังสือเวียน (Circulaires) โดยปกติเป็นเพียงคำสั่งหรือแนวปฏิบัติในการปฏิบัติงานที่หัวหน้าส่วนราชการได้ให้ไว้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา มีเนื้อหาเกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับรัฐบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้รัฐมนตรียังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐบัญญัติในรูปของหนังสือเวียนได้ ซึ่งโดยทั่วไปหนังสือเวียนนี้ไม่มีผลผูกพันประชาชน แต่จะมีผลผูกพันเฉพาะข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีเท่านั้น แต่ในบางกรณีหนังสือเวียนดังกล่าว ก็มีผลผูกพันประชาชนโดยมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎ

2. อำนาจในการออกกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ นอกจากรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นมีอำนาจออกกฎหมายได้ ทำนองเดียวกับรัฐมนตรี คือ มีอำนาจวางกฎข้อบังคับภายในของหน่วยงานนั้น และรัฐบัญญัติก็อาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน มีอำนาจออกกฎข้อบังคับสำหรับประชาชนได้ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นๆ ได้

(6) ลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส ¹¹³

เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอยู่หลายรูปแบบ ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส จึงแยกลำดับชั้นของกฎหมายออกเป็นลำดับดังนี้

1.รัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

2.กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งมีอยู่ 2 ประเภท คือ

2.1 อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นกรณีพิเศษ เช่น อำนาจตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ(loi organique หรือ Organic law) อำนาจตามมาตรา 47 ในการตรากฎหมายงบประมาณ และอำนาจตามมาตรา 47-1 ในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม

2.2 อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นการทั่วไป ได้แก่ อำนาจในการตรา รัฐบัญญัติ (loi) ตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ

¹¹³ แหล่งเดิม.หน้า 27-29 .

ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะมีลำดับชั้นรองมาจากรัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ารัฐบัญญัติธรรมดา

3. กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ของตนได้ในหลายๆ กรณีดังต่อไปนี้

3.1 อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มาจากการมอบอำนาจโดยรัฐธรรมนูญ ได้แก่

-อำนาจในการตรารัฐกำหนด (Ordinance) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958

-อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในการตรารัฐบัญญัติเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเภท ตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958

ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น หากเป็นการตรากฎหมายที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายเหล่านี้ก็จะมีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นการตราเรื่องที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติก็จะอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติ

กฎหมายของฝ่ายบริหารที่อยู่ในลำดับชั้นรองลงมาคือ

-รัฐกฤษฎีกา ที่ตราขึ้นตามมาตรา 37 ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ ได้มอบอำนาจของรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมาย เพื่อการบริหารประเทศได้ ในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตในการตรากฎหมายของรัฐสภาตามมาตรา 34

3.2 อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยได้รับมอบอำนาจไว้ในรัฐบัญญัติของรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองเพื่อขยายความรัฐบัญญัติหรือเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติได้ นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรกระจายอำนาจ (Collectivités décentralisées) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายอำนาจตามกิจการหรือตามเขตแดน ต่างก็มีอำนาจในการที่จะออกข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ได้ เท่าที่กฎหมายจัดตั้งให้อำนาจมาเช่นกัน

3.3 กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจแท้ๆ ของฝ่ายบริหารเอง เพื่อใช้ในการบริหารงานอันได้แก่ กฎเกณฑ์ข้อบังคับ หรือระเบียบภายในหน่วยงานของฝ่ายบริหารต่างๆ เป็นต้น

สำหรับกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า กฎ หรือกฎหมายลำดับรองนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการแบ่งลำดับชั้นของกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายลำดับรอง ที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีฐานะต่ำกว่า ได้แก่ กฎหมายลำดับรองของ

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ของนายกรัฐมนตรี ของรัฐมนตรี ของผู้ว่าราชการจังหวัด และของนายกเทศมนตรีในท้ายที่สุดตามลำดับ

(7) กระบวนการออกกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส¹¹⁴

ในการออกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งรวมถึงกระบวนการในการออกกฎหมาย มีขั้นตอนซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1. ในการเสนอให้มีการตรากฎหมายจะเสนอโดยฝ่ายบริหารหรืออาจจะเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา

2. กระบวนการร่างกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเสนอมียุทธศาสตร์ต่างๆ ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 . การยกร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่อง

(1) หลักเกณฑ์และแนวทางในการร่างกฎหมายนั้น เป็นไปตามหนังสือเวียนฉบับลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2004 ว่าด้วยการจัดทำร่างกฎหมาย การลงนาม และการประกาศในราชกิจจานุเบกษา รวมทั้งการบังคับใช้กระบวนการพิเศษอันเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี

(2) ส่วนประกอบของร่างกฎหมายจะประกอบด้วย คำอธิบาย เหตุผลของร่างกฎหมาย รายงานการเสนอร่างกฎหมาย บทอาศัยอำนาจ

ขั้นตอนที่ 2 คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติในหลักการของร่างกฎหมาย

(1) หน่วยงานเจ้าของเรื่องเสนอร่างกฎหมายต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีดำเนินการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตกลงเห็นชอบในหลักการเดียวกันก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี

(3) ในกรณีที่หาข้อยุติในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ได้นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ชี้ขาด

ขั้นตอนที่ 3 การพิจารณาร่างกฎหมายของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

(1) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก่อตั้งตามมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1799

(2) สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ 1.เป็นองค์กรให้คำปรึกษากฎหมายแก่รัฐบาลและ 2. เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง (ศาลปกครองสูงสุด)

(3) สภาแห่งรัฐประกอบด้วยคณะกรรมการรวม 6 คณะ คือ คณะกรรมการพิจารณาด้านการเงินและการคลัง คณะกรรมการพิจารณาด้านงานสาธารณะ คณะกรรมการพิจารณาด้านงานบริหารราชการแผ่นดิน คณะกรรมการพิจารณาด้านงานสังคม คณะกรรมการด้านรายงานและด้านการค้นคว้าวิจัย คณะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดย 4 คณะแรกรับผิดชอบการพิจารณาร่างกฎหมาย และให้ความเห็นทางกฎหมาย คณะที่ 5 รับผิดชอบงานด้านวิชาการ และคณะที่ 6 วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง

¹¹⁴ ที่มา www.krisdika.go.th

(4) การจัดสรรร่างกฎหมายให้แก่คณะกรรมการต่างๆ เป็นไปตามระเบียบฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.2004 ว่าด้วยการจัดสรรร่างกฎหมายให้แก่คณะกรรมการคณะต่างๆ

(5) ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายในชั้นของคณะกรรมการที่รับผิดชอบ ประธานคณะกรรมการแต่งตั้งเลขานุการเจ้าของเรื่องและกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จ

(6) ในการตรวจพิจารณาในชั้นเลขานุการเจ้าของเรื่อง จะตรวจสอบความสอดคล้องของร่างกฎหมายโดยจะตรวจสอบว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญหรือความตกลงระหว่างประเทศ ตรวจสอบว่าอยู่ในลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ตรวจสอบว่ามีการดำเนินการตามขั้นตอนการร่างกฎหมาย

(7) จะมีการประชุมหารือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(8) ในการจัดทำร่างเลขานุการ จะต้องจัดทำรายงานประกอบร่างกฎหมายและจัดทำร่างกฎหมาย

(9) การตรวจพิจารณาในชั้นของคณะกรรมการที่รับผิดชอบ คณะกรรมการจะประชุมกับเลขานุการเจ้าของเรื่องและผู้แทนระดับสูงของหน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินใจได้

(10) เลขานุการเจ้าของเรื่องจะต้องอธิบายหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมายและเสนอปัญหาให้คณะกรรมการพิจารณา

(11) ประธานของคณะกรรมการที่รับผิดชอบจะให้โอกาสทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่

(12) เมื่อคณะกรรมการรับหลักการจะเริ่มพิจารณาและลงมติเป็นรายมาตรา หากคณะกรรมการเห็นว่าร่างกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะส่งคืนกลับไปยังรัฐบาล

(13) การประชุมใหญ่ของคณะกรรมการจะประกอบด้วยรองประธานสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐทำหน้าที่ประธานมีประธานของคณะที่รับผิดชอบเป็นประธานร่วมและมีเลขานุการเจ้าของเรื่องของคณะเป็นเลขานุการเจ้าของเรื่อง ประธานกรรมการในคณะกรรมการ 4 คณะ และคณะกรรมการในคณะกรรมการ 4 คณะ (เฉพาะในการประชุมครบคณะซึ่งจะเป็นกรณีพิจารณาเฉพาะร่างกฎหมายที่มีความสำคัญ กรณีอื่นจะพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ทั่วไป)

(14) ร่างรัฐบัญญัติและรัฐกำหนดกฎฉบับเมื่อผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่รับผิดชอบแล้วจะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ของคณะกรรมการ

ขั้นตอนที่ 4 การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(1) เอกสารที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเสนอต่อคณะรัฐมนตรีประกอบด้วย 3 ส่วน คือ 1). ร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณา 2) บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างกฎหมายซึ่งหน่วยงานเจ้าของเรื่องเป็นผู้จัดทำโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ตรวจแก้ไข 3) บันทึกข้อสังเกตของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะจัดทำในกรณีที่มีความเห็นในปัญหาหลักกฎหมายแตกต่างจากหน่วยงานเจ้าของเรื่อง

(2) คณะรัฐมนตรีอาจเลือกเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาจากร่างที่ผ่านการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ร่างเดิมของหน่วยงาน หรือร่างที่นำร่าง 2 ฉบับแรกมาปรับปรุง

ขั้นตอนที่ 5 การพิจารณาของรัฐสภา

(1) เอกสารที่เสนอต่อรัฐสภาประกอบด้วย 1) เอกสารของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง ได้แก่ ร่างกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตราขึ้น ซึ่งเป็นร่างกฎหมายฉบับเดียวกันกับที่ส่งมายังสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 2) เอกสารจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้แก่ ร่างกฎหมายที่ได้ผ่านการพิจารณาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้ว

(2) ขั้นตอนการพิจารณาในชั้นรัฐสภา จะมีการพิจารณาในชั้นกรรมาธิการ และเมื่อเสร็จในชั้นกรรมาธิการแล้วจะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นของรัฐสภา หากรัฐสภามีมติเห็นชอบกับร่างกฎหมายก็จะมีประกาศใช้บังคับ

(8) หลักการบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่ดีจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่าย¹¹⁵

ในการออกกฎหมายซึ่งรวมถึงการออกกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่ดีจะต้องมีความชัดเจนและเข้าใจง่ายคือ

หลักการแรก คือ กฎหมายรวมถึงกฎหมายจะต้องมีความชัดเจน ชัดเจนที่สุดเท่าที่เป็นได้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการแปลความ การตรวจสอบความชัดเจนทางกฎหมายเป็นระบบหนึ่งของสภาแห่งรัฐ เมื่อหน่วยงานต่าง ๆ เสนอร่างกฎหมายมา สภาแห่งรัฐนอกจากดูในข้อความกฎหมาย ก็จะดูในเรื่อง การเขียนว่ามีความชัดเจนหรือไม่ ถ้าเห็นว่ามีปัญหาที่จะปรับปรุงร่างตามที่เห็นสมควร

นอกจากนี้ยังมีการจัดทำคู่มือการร่างกฎหมาย (Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires) โดยเป้าหมายจัดทำขึ้นโดยความร่วมมือของสภาแห่งรัฐ และสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อเป็นแนวปฏิบัติแก่ส่วนราชการต่าง ๆ ในการยกร่างกฎหมาย ซึ่งคู่มือจะแนะนำหัวข้อสังเกต การใช้ศัพท์ต่าง ๆ ในทางกฎหมาย รวมถึงเทคนิคการร่างกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ ซึ่งร่างกฎหมายที่ดีจะต้องชัดเจน กระชับ ใช้ถ้อยคำกะทัดรัด ใช้ภาษาถูกต้องตามหลักไวยากรณ์

หลักการที่สอง จะต้องไม่เขียนบทบัญญัติที่มีความซับซ้อนเกินไป ซึ่งระยะหลังตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบในเรื่องนี้อย่างจริงจัง ซึ่งหากตุลาการรัฐธรรมนูญพบปัญหาดังกล่าวจะถือว่ารัฐสภาใช้อำนาจหน้าที่โดยบกพร่อง เพราะหากตรากฎหมายขึ้นมาแล้วมีบทบัญญัติซับซ้อน ประชาชนอ่านไม่เข้าใจก็จะเป็นภาระให้องค์กรอื่น ๆ สำหรับฝ่ายบริหารที่จะบังคับใช้กฎหมาย

¹¹⁵ คุณภาพของกฎหมาย . บรรยายโดย Mme Célin Véroit กรรมการร่างกฎหมาย และตุลาการประจำสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ประเทศฝรั่งเศส ณ ห้องปรีดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันพุธที่ 5 กรกฎาคม 2549 เวลา 14.00-17.00 น. แปลการบรรยายโดยนายสุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ นักกฎหมายกฤษฎีกา 5 สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ภาระต่อศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี จะต้องแปลความบทบัญญัตินั้น เป็นการสร้างภาระให้แก่องค์กรอื่น เพราะฉะนั้นกรณีที่ร่างกฎหมายมีบทบัญญัติซับซ้อนก็จะถือว่ารัฐสภาใช้อำนาจโดยบกพร่อง

ในการตรวจร่างกฎหมายนั้น มีบทบัญญัติซับซ้อนเกินไปหรือไม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ใช้หลักซึ่งสร้างขึ้นมา เรียกว่า หลักวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญในการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายของประชาชน ซึ่งวัตถุประสงค์หรือหลักนี้จะผูกพัน การตรากฎหมายทางรัฐสภา หลักนี้มีอยู่ว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องชัดเจน ไม่กำกวม ในกรณีที่ใช้ถ้อยคำในกฎหมายคลุมเครือมีคำพิศ เช่น กรณีของกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกของวุฒิสภาซึ่งศาลรัฐธรรมนูญบอกว่า บทบัญญัติในมาตราหนึ่งที่เขียนอย่างคลุมเครือ และมีคำพิศมากมาย ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ระดับรัฐธรรมนูญ ในการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายของประชาชน และประกาศว่า บทบัญญัตินี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างกรณีดังกล่าวนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ซับซ้อน โดยไม่จำเป็นและเป็นการพันวิสัยที่ประชาชนจะเข้าใจได้ ถือบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิประโยชน์ในทางภาษีของร่างกฎหมายฉบับหนึ่ง โดยกฎหมายฉบับนั้นให้ผู้เสียภาษีสามารถตัดสินใจเลือกสิทธิประโยชน์ประเภทต่าง ๆ ได้ แต่ปรากฏว่า ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการคำนวณสิทธิประโยชน์ยุ่งยากซับซ้อนประชาชนอ่านแล้วเข้าใจได้ยาก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า กรณีนี้เป็นบทบัญญัติที่ซับซ้อนและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักว่าด้วยการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายนั้น นอกจากจะนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับการตรากฎหมายแม่บท หรือกฎหมายระดับร่างรัฐบัญญัติแล้ว ศาลแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า หลักว่าด้วยการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายนั้น สามารถนำมาใช้ในการออกกฎหมายฝ่ายบริหารด้วย ผูกพันอำนาจในการออกกฎ การออกกฎ เนื้อหาจะต้องมีความชัดเจน ไม่ซับซ้อนเกินไป อย่งไรก็ดียังไม่ปรากฏว่า ศาลแห่งรัฐนำหลักนี้มาเพิกถอนกฎของฝ่ายปกครอง

หลักประการที่สาม บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ด้วย ในบางกรณีจะพบกฎหมายมีลักษณะเป็นการประกาศเจตนารมณ์หรือเป็นการนโยบายของรัฐบาล ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาว่า บทบัญญัตินั้นมีผลบังคับได้เพียงใด ซึ่งจะพบได้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะต้องมีการประกาศหลักการต่าง ๆ แทนที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายชัดเจนเป็นรูปธรรม เช่น กฎหมายว่าด้วยน้ำ ซึ่งมีบทบัญญัติหนึ่งว่า “น้ำเป็นมรดกร่วมกันของชาติ” ซึ่งมีประเด็นว่า จะมีผลบังคับใช้อย่างไร มีผลผูกพันอย่างไร หรือในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมซึ่งมีบทบัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนการใช้สิทธิประชาชนในการที่มีอากาศบริสุทธิ์ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพไว้หายใจ” ซึ่งมีปัญหาว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีสภาพบังคับหรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการพรณนา หรือเป็นการประกาศเจตนารมณ์ ไม่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับ บทบัญญัติลักษณะนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าถึง เข้าใจกฎหมายประชาชน

กรณีตัวอย่างดังกล่าว ที่ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการศึกษาซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เป้าหมายของสถาบันการศึกษาคือความสำเร็จของนักเรียน” ซึ่งมีเนื้อหาไม่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเกี่ยวกับท้องถิ่นซึ่งบัญญัติว่า “ในงบประมาณของท้องถิ่นจะต้องมีสัดส่วนรายได้ของท้องถิ่นที่จัดเก็บในระดับที่เพียงพอแก่การปกครองตนเอง โดยอิสระของท้องถิ่น” ไม่รู้ว่าคืออะไรและไม่มีสภาพเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3.3 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทยแต่ละประเภท

การศึกษาถึงการออกกฎหมายของต่างประเทศได้แก่ การออกกฎหมายของประเทศอังกฤษ การออกกฎหมายของประเทศแคนาดา และการออกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ทำให้ได้ทราบถึงกระบวนการออกกฎหมายของประเทศไทยเหล่านั้น นอกจากนั้น ยังได้ศึกษาถึงหลักการบางประการเกี่ยวกับการออกกฎหมายของประเทศไทยเหล่านั้นได้แก่หลักการในเรื่องการออกกฎหมายที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บท ขัดต่อกฎหมายแม่บท หลักการในเรื่องการออกกฎหมายที่มีการมอบอำนาจต่อไปออกกฎหมาย หลักการบางประการเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจนไม่เพียงพอแก่การปฏิบัติ ตลอดจนหลักการเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ ทำให้ได้เห็นแนวทางการออกกฎหมายของต่างประเทศในขอบเขตของการศึกษาวิชานิติพนธ์ฉบับนี้

ในระบบกฎหมายไทย กฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภทได้ถูกบัญญัติขึ้นใช้บังคับในการออกกฎหมายแต่ละประเภทของฝ่ายบริหารดังกล่าว ได้ถูกถ่ายทอดในลักษณะสืบต่อกันมาตามคุณวุฒิประสบการณ์ การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารดังกล่าวอาจเป็นการออกกฎหมายที่ผ่านองค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาหรืออาจเป็นการออกกฎหมายที่หน่วยงานนั้น ๆ ได้ออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับ โดยไม่ผ่านการตรวจพิจารณา จากองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณา กฎ ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จึงต้องศึกษา ถึงกระบวนการออกกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและศึกษาถึงรูปแบบ โครงสร้างของการออกกฎหมายในแต่ละประเภทในระบบกฎหมายไทย จะทำให้ได้ทราบถึงกระบวนการออกกฎหมายในประเทศไทย มีลักษณะขั้นตอนต่างๆ อย่างไรในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จากนั้นจะได้ศึกษาถึงรูปแบบและ โครงสร้างของกฎหมายในแต่ละประเภทซึ่งในรายละเอียดของการศึกษาจะมีเรื่องต่างๆ ดังนี้

3.3.1 กระบวนการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารตามกฎหมายไทย

3.3.2 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

3.3.3 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

3.3.4 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง

3.3.5 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในแต่ละเรื่องซึ่งเป็นรายละเอียดจะได้ศึกษาเรียงตามลำดับ ดังนี้

3.3.1 กระบวนการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย

“กฎ”ในระบบกฎหมายไทยได้แก่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ซึ่ง กฎในแต่ละประเภทย่อมมีลำดับความสำคัญในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎในแต่ละประเภทขึ้นมาใช้บังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทจะได้บัญญัติไว้

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย จะเริ่มการเสนอแนะโดยหน่วยงานที่จะออกกฎในเรื่องนั้น ซึ่งหน่วยงานอาจได้แก่ กระทรวง กรม รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน สภาวิชาชีพ องค์การอิสระ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ฯลฯ ซึ่งการเสนอแนะในการที่จะออกกฎ อาจเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทนั้นๆ ได้บัญญัติไว้ หรือเป็นอำนาจที่จะออกกฎขึ้นใช้บังคับโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อหน่วยงานได้เสนอแนะ โดยกร่างกฎในเรื่องนั้นขึ้นมาแล้วจะเสนอประเภทของกฎนั้นเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ความเห็นชอบ ซึ่งกฎบางประเภทก็ไม่ต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบ

ภายหลังที่กฎบางประเภท ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วก็จะส่งร่างกฎดังกล่าวไปสู่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณากฎดังกล่าว ซึ่งได้แก่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งสำนักงานและคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้ตรวจพิจารณากฎที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

ในปัจจุบันการออกกฎประเภทประกาศและระเบียบ ในกรณีที่ประกาศและระเบียบนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การตรวจพิจารณาประกาศและระเบียบดังกล่าวจะตรวจพิจารณา โดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547

เมื่อกฎประเภทต่างๆ ได้ถูกตรวจพิจารณาเสร็จจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือถูกตรวจพิจารณาเสร็จโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี กฎในแต่ละประเภทดังกล่าวจะส่งไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะส่งเรื่องไปยังหน่วยงานเจ้าของ

ร่างกฎดังกล่าวเพื่อเสนอให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจออกกฎนั้นๆ ลงนามและส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป ทั้งนี้เว้นแต่กฎบางเรื่องที่มีความสำคัญจะเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบหรือในกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีข้อสังเกตสำคัญเกี่ยวกับความเหมาะสมของหลักการ ก็จะมีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

แต่กฎประเภทพระราชกฤษฎีกานั้น จะมีความแตกต่างจากกฎประเภทอื่น เมื่อตรวจพิจารณาเสร็จจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะประสานงานกับส่วนราชการเจ้าของเรื่องเพื่อตรวจทานความถูกต้องแล้วจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

สำหรับกฎบางประเภทที่ไม่ต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเช่น กฎประเภทระเบียบ กฎประเภทประกาศ หรือกฎที่ออกโดยองค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น การออกข้อบังคับหรือกฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎประเภทต่างๆ เหล่านี้ จะมีขั้นตอนกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการนั้น ตัวอย่างเช่น ข้อบังคับของสภาวิชาชีพบัญชี จะมีหลักกระบวนการออกอย่างไรก็จะบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพบัญชี หรือกรณีข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนตำบล ก็จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537

จากการที่นำเสนอดังกล่าวนี้เป็นขั้นตอนกระบวนการในการออกกฎประเภทต่างๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การออกกฎของฝ่ายบริหารจะมีในกรณีที่กฎนั้นจะต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีความเห็นชอบ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือส่งให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีตรวจพิจารณา หรือในกรณีที่กฎนั้นไม่ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ฝ่ายบริหารขององค์กรนั้นสามารถตรากฎขึ้นมาใช้บังคับได้

เมื่อได้ทราบถึงขั้นตอนกระบวนการออกกฎประเภทต่างๆ ในระบบกฎหมายไทยแล้ว เป็นความจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องรูปแบบโครงสร้างในการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจในเรื่องรูปแบบโครงสร้างของกฎในแต่ละประเภทยิ่งขึ้น โดยจะมีการศึกษาเรียงลำดับของกฎในแต่ละประเภทต่อไป

3.3.2 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้¹¹⁶

1. ชื่อของพระราชกฤษฎีกา

¹¹⁶ ธรรมนูญ สุมันตกุล . (2546). เล่มเดิม. หน้า 15-30 . และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา . (2540) . คู่มือเบื้องต้นการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย . หน้า 109-126 .

2.คำปรารภ

3.การอ้างบทอาศัยอำนาจ

4.วันใช้บังคับ

5.การจัดหมวดหมู่

6.มาตรการรักษาการ

7.การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

รายละเอียดของแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

(1) ชื่อของพระราชกฤษฎีกา

การตั้งชื่อของพระราชกฤษฎีกามีหลักเกณฑ์คล้ายกับการตั้งชื่อของพระราชบัญญัติกล่าวคือ ชื่อร่างพระราชกฤษฎีกาจะต้องครอบคลุมเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาฉบับนั้น ไม่ว่าจะสั้นหรือยาวก็ตาม และต้องพยายามสื่อให้ผู้รู้กฎหมายได้เข้าใจสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชกฤษฎีกาให้ตรงที่สุด อย่างไรก็ตาม ชื่อของพระราชกฤษฎีกามักจะเป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายอันเป็นมาตราแม่บท ซึ่งแม่บทก็จะบอกว่าควรจะใช้ชื่อว่าอย่างไร ตัวอย่างเช่น

-ตามมาตรา 5 (5) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 กำหนดให้การประกอบโรคศิลปะในสาขาอื่นที่เพิ่มขึ้นจะต้องกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ดังนั้นเมื่อมีการตรา พระราชกฤษฎีกากำหนดให้สาขาจิตวิทยาคลินิกเป็นสาขาการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ใช้ชื่อของพระราชกฤษฎีกานี้ว่า “พระราชกฤษฎีกากำหนดให้สาขาจิตวิทยาคลินิกเป็นสาขาการประกอบโรคศิลปะตามพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 พ.ศ.2546”

(2) คำปรารภ

การเขียนคำปรารภในพระราชกฤษฎีกานั้นมีหลักการที่ไม่เหมือนกับการเขียนคำปรารภในพระราชบัญญัติเสียทีเดียว การเขียนคำปรารภในพระราชบัญญัติในปัจจุบันนี้จะสั้นและไม่แสดงเหตุผลที่มาของการมีหรือแก้ไขกฎหมาย แต่สำหรับในพระราชกฤษฎีกานั้น บางครั้งก็จะระบุว่าเป็นไปเพื่ออะไรหรือมีเหตุผลใด แต่อย่างไรก็ตามจะเขียนไม่ยาวนัก เพราะเหตุผลที่มาของการตราพระราชกฤษฎีกาได้ระบุไว้ในบันทึกหลักการและเหตุผลแล้ว เมื่อลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ก็จะพิมพ์เหตุผลดังกล่าวไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกาที่ประกาศด้วย

คำปรารภของพระราชกฤษฎีกามีแบบการเขียนในปัจจุบัน ดังนี้ ตัวอย่าง เช่น

-ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 ได้บัญญัติให้การกำหนดเขตที่ดินในท้องที่ใดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในคำปรารภของ “พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่ตำบลเวียง อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย ให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ.2547” มีรูปแบบการเขียนคำปรารภคือโดยที่เป็น

การสมควรกำหนดเขตที่ดินในท้องที่ตำบลเวียง อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย ให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน.....

(3) การอ้างบทอาศัยอำนาจ

การตราพระราชกฤษฎีกาต้องอ้างบทอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทเสมอ ไม่ว่าจะตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือโดยอำนาจของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาสั่งการเปลี่ยนแปลงของประชากร พ.ศ.2547 มีการอ้างบทอาศัยอำนาจคืออาศัยอำนาจตามความในมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติสถิติ พ.ศ.2508 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้.....

นอกจากนี้ในเรื่องบทอาศัยอำนาจของพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีรูปแบบในการอ้างบทอาศัยอำนาจซึ่งพระราชกฤษฎีกานั้นมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” และในวรรคสามของมาตราเดียวกันได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย” เพราะฉะนั้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว การตราพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอ้างอำนาจที่ให้อำนาจให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ในกรณีที่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ดังกล่าวนี้น คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะพิเศษ ได้ประชุมปรึกษาหารือเพื่อวางแบบการร่างกฎหมายสำหรับกฎหมายลำดับรอง และได้จัดทำบันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่ ๒) (บันทึกดังกล่าวได้รายงานต่อคณะรัฐมนตรีตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/805 ลงวันที่ 17 กันยายน 2542) ในบันทึกดังกล่าวอาจสรุปหลักเกณฑ์ ได้ดังนี้

1) คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึง “กฎหมายทั่วไป” ที่ตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทอาจมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายลำดับรองก็ได้

2) คำว่า “เฉพาะ” มิได้ขยายคำว่า “กฎหมาย” แต่เป็นความต่อไปที่จำกัดวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายต่างหากว่ากฎหมายดังกล่าวจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้ “เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้” ดังนั้น กฎหมายลำดับรองจึงอาจจะมีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ บทบัญญัติมาตรา ๒๕ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงกำหนดให้ต้องระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในกฎหมายลำดับรองดังกล่าว

3) ร่างกฎหรือข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น สมควรกำหนดแบบโดยให้ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บทไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับโดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่าจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่

4) ในกรณีที่กฎหมายแม่บทได้ใช้บังคับอยู่แล้วในประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หรือได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งจะยังไม่ได้มีการระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้ นั้น การวางรูปแบบของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทดังกล่าวก็สมควรปฏิบัติเช่นเดียวกับวิธีการที่กล่าวข้างต้น แต่ผู้จัดทำร่างกฎหรือข้อบังคับนั้นต้องพิจารณาเองว่ากฎหมายแม่บทนั้นสมควรมีที่มาตามบทมาตราใดในรัฐธรรมนูญ แล้วระบุนบทบัญญัติมาตราดังกล่าวลงไว้ตามนั้น

5) สำหรับกฎหมายลำดับรองอื่น ไม่ว่าจะเป็นกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ก็สามารถปฏิบัติในแนวทางเดียวกันได้

สำหรับกรณีตัวอย่างในการอ้างบทอาศัยอำนาจที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น

-ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยกลุ่มเกษตรกร พ.ศ.2547 มีการอ้างบทอาศัยอำนาจคืออาศัยอำนาจตามความในมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 119 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกา ดังนี้

(4) วันใช้บังคับ

การกำหนดวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกามี ๓ แบบ คือ

1) ให้ใช้บังคับในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งเป็นแบบปรกติ เพื่อให้ประชาชนทราบล่วงหน้าหนึ่งวัน หลังจากวันประกาศเป็นอย่างน้อย ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองป่าตอง พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

2) กำหนดวันใช้บังคับไว้ในพระราชกฤษฎีกา ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 บังคับแก่นายจ้างที่มีลูกจ้างตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2545 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศราชกิจจานุเบกษาวันที่ 27 มีนาคม 2545 แต่จะใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2545 เป็นต้นไป เพื่อให้เจ้าหน้าที่หรือประชาชนเตรียมพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้น และในบางครั้งอาจกำหนดให้ใช้บังคับเมื่อพ้นสามสิบวัน หกสิบวัน หรือเก้าสิบวัน เป็นต้น

3) กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลัง ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาคำตอบแทนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง พ.ศ. 2544

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 24 กรกฎาคม 2544 แต่ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

-พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 397) พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2545 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 3 มกราคม 2545 แต่ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545 เป็นต้นไป จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

(5) การจัดหมวดหมู่

พระราชกฤษฎีกาที่มีความยาวมาก ๆ อาจจัดแบ่งหมวดหมู่ได้ตามเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกานั้น แบบของการจัดหมวดหมู่จะเป็นเช่นเดียวกับการจัดหมวดหมู่ของพระราชบัญญัติ โดยเริ่มจากหมวด 1 บททั่วไป และลำดับหมวด 2 หมวด 3 ไปเรื่อย ๆ จนถึงบทเฉพาะกาล

ตัวอย่างการจัดหมวดหมู่ของพระราชกฤษฎีกา เช่น

-พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์ส่งเสริมศิลปะชีพระหว่างประเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2546 ซึ่งได้แบ่งออกเป็น 6 หมวด ได้แก่ หมวด 1 การจัดตั้งวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ หมวด 2 ทุนรายได้และทรัพย์สิน หมวด 3 การบริหารและการดำเนินการ หมวด 4 ผู้ปฏิบัติงานของศูนย์ หมวด 5 การบัญชีการตรวจสอบและการประเมินผลงานของศูนย์ หมวด 6 การกำกับดูแล และบทเฉพาะกาล

จะเห็นได้ว่าในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนหลายฉบับซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 เป็นตัวอย่างของการจัดหมวดหมู่ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จะมีความยาวประมาณ 30-50 มาตรา จึงต้องแบ่งเนื้อหาออกเป็นหมวดหมู่เนื้อหา

(6) มาตรการรักษาการ

พระราชกฤษฎีกาต้องมีมาตรการรักษาการเพื่อให้ทราบว่ารัฐมนตรีใดเป็นผู้จะต้องรับผิดชอบหรือดูแลการปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกา อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชกฤษฎีกาลบก่อน ซึ่งเป็นการแทรกเนื้อหาเข้าไปในพระราชกฤษฎีกาลบก่อน เราจะถือว่าเนื้อหาความเข้าไปแทนที่เดิม จึงไม่ต้องระบุรัฐมนตรีผู้รักษาการไว้ อีก ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีที่แทรกเข้าไปในนั้นรัฐมนตรีต้องมีหน้าที่จะต้องทำบางสิ่งบางอย่างด้วย เช่น เปลี่ยนกระบวนการทำงานจากเดิม ก็ต้องระบุรัฐมนตรีผู้รักษาการไว้ด้วย

ตัวอย่างเช่น มาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกากำหนดงานที่ให้มีการคุ้มครองแรงงานแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 พ.ศ.2541 ได้บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม รักษาการตามพระราชกฤษฎีกานี้

(7) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

โดยปกติพระราชกฤษฎีกานั้นเมื่อมีการบังคับใช้ไปในระยะเวลาหนึ่ง อาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือมีการยกเลิกพระราชกฤษฎีกานั้นอันเนื่องมาจากเหตุผลต่างๆ กันไป การใช้ถ้อยคำของการยกเลิกเพิ่มหรือแก้ไขเพิ่มเติม มีรูปแบบดังนี้

ถ้าเป็นการยกเลิกบทมาตราของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำ คือ “มาตรา.....ให้ยกเลิกมาตรา..... แห่งพระราชกฤษฎีกา..... พ.ศ.....”

ถ้าเป็นการเพิ่มเติมบทมาตรา ของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำคือ “มาตรา.....ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา..... พ.ศ...”

ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำ คือ “มาตรา.....ให้ยกเลิกความในมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา.....พ.ศ....และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน”

ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราของพระราชกฤษฎีกานั้นหลายครั้งก็จะต้องอ้างการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานั้นในครั้งสุดท้ายไว้ด้วย เพื่อให้รู้ประวัติของการถูกแก้ไข มีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำคือ “มาตรา....ให้ยกเลิกความในมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา.....พ.ศ....ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกา.....(ฉบับที่...) พ.ศ...และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

3.3.3 รูปแบบและโครงสร้าง การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง มีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้¹¹⁷

- (1) ชื่อของกฎกระทรวง
- (2) บทอาศัยอำนาจ
- (3) วันใช้บังคับ
- (4) การแบ่งหมวดหมู่
- (5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม
- (6) การลงนามของรัฐมนตรีในกฎกระทรวง

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

- (1) ชื่อของกฎกระทรวง

ชื่อกฎกระทรวงแต่เดิมนั้นเราจะลำดับชื่อกฎกระทรวงตามฉบับที่ออก เช่น เราจะเริ่มด้วย “กฎกระทรวง พ.ศ. ออกตามความในพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2500” ซึ่งเป็นฉบับที่หนึ่ง (โดยโปรดสังเกตว่าเราจะไม่เรียกว่า ฉบับที่ 1) แล้วฉบับต่อ ๆ ไปเราก็จะลำดับว่า “กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2501) ออกตามความในพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2500” และฉบับที่ 3 ก็จะเป็นอย่างนี้เรื่อยไป แต่โดยที่วิธีนี้ปรากฏว่ากฎกระทรวงที่เป็นกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติบางฉบับมีจำนวนมากมาย เช่น กฎกระทรวงกำหนดค่าสงวนแห่งชาติ ออกตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มีเป็นพันๆ ฉบับ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ก็ปรากฏว่าขณะนี้ก็มีประมาณ 50 ฉบับ เข้าไปแล้ว ทำให้เวลาค้นไม่อาจทราบได้ว่าเนื้อหาแต่ละฉบับเป็นอย่างไร และถ้าจำเลขที่ฉบับไม่ได้แล้วคงต้องเปิดดูไปเรื่อย ๆ ตั้งแต่ฉบับที่หนึ่ง

¹¹⁷ แหล่งเดิม .

ด้วยเหตุนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ ได้พิจารณาแล้วเห็นควรวางรูปแบบกฎกระทรวง ดังนี้ (ทั้งนี้ตามหนังสือสำนักเลขาธิการ คณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/13267 ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2543)

1) รูปแบบกฎหมายของประเทศไทยทุกประเภท ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อบังคับท้องถิ่นจะกำหนดชื่อของกฎหมายให้เข้าใจเนื้อหาสาระของกฎหมายฉบับนั้นว่า เกี่ยวข้องกับเรื่องใด ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการค้นหากฎหมายได้ง่าย ในปัจจุบันยังมีแต่กฎหมายในรูปแบบกฎกระทรวงเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่ยังไม่มีชื่อกำกับไว้ให้ทราบว่าเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเรื่องใด ทำให้ยุ่งยากในการค้นหากฎกระทรวงที่จะนำมาใช้ให้ได้ครบถ้วน และมีความสับสนเมื่อมีการแก้ไขกฎกระทรวงเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากได้เคยมีกฎกระทรวงที่ออกตามความกฎหมายบางฉบับ เช่น ประมวลรัษฎากร ได้ใช้รูปแบบการกำหนดชื่อกฎกระทรวงไว้แล้ว จึงควรกำหนดรูปแบบกฎกระทรวงให้มีชื่อที่แสดงเนื้อหาสาระให้เป็นไปในลักษณะเดียวกับกฎหมายรูปแบบอื่นๆ

2) เมื่อได้กำหนดชื่อที่เป็นเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงไว้แล้ว กฎกระทรวงแต่ละฉบับจึงมีเนื้อหาสาระเป็นเอกเทศจากกัน และไม่ควรระบุฉบับที่ของกฎกระทรวงเรียงลำดับต่อเนื่องกันไปดังเช่นปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน เพราะฉบับที่ของกฎกระทรวงในลักษณะดังกล่าว จะไม่มีความสัมพันธ์กับชื่อที่แสดงเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงแต่ละฉบับอีกต่อไป ด้วยเหตุนี้จึงควรใช้ระบบเดียวกับพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา โดยถือว่า กฎกระทรวงที่มีการระบุชื่อเนื้อหาสาระในเรื่องใดไว้เป็นครั้งแรกเป็นฉบับที่หนึ่งและหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องเดียวกันนั้นต่อไปก็จะเป็นฉบับที่สอง ฉบับที่สาม ตามลำดับ

3) โดยปกติกฎกระทรวงฉบับหนึ่งควรจะกำหนดเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่มอบหมายตราใดของพระราชบัญญัติให้อำนาจออกกฎกระทรวงในเรื่องนั้นไว้ และการใช้ชื่อของกฎกระทรวงให้ใช้ตรงกับเนื้อหาสาระที่กำหนดในกฎกระทรวงนั้น แต่ถ้ามีกรณีหลายเรื่องมีความสัมพันธ์กันสมควรที่จะนำมากำหนดรวมไว้ด้วยกัน เพื่อให้ผู้อ่านกฎกระทรวงเกิดความเข้าใจได้ง่ายในความเชื่อมโยงกัน แม้ว่าจะมีฐานที่มาในการให้ออกกฎกระทรวงจากหลายมาตราในพระราชบัญญัตินั้น ก็อาจนำมากำหนดไว้ในกฎกระทรวงเดียวกัน และในกรณีเช่นนี้การใช้ชื่อกฎกระทรวงควรให้ความหมายครอบคลุมทุกเรื่องที่มีอยู่ในเนื้อหาสาระ แต่ต้องให้ความสะดวกในการอ้างอิงกฎกระทรวงนั้น และให้ความยืดหยุ่นเพียงพอในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงนั้นในภายหลังด้วย และในการแก้ไขเพิ่มเติมภายหลัง แม้จะมีการแก้ไขบางเรื่องอันมีฐานที่มาเพียงบางมาตรา ก็ให้ใช้ชื่อกฎกระทรวงตามฉบับที่ 1 เพื่อคงความเป็นกฎกระทรวงฉบับเดียวกันไว้

ตัวอย่างกฎกระทรวงในปัจจุบันที่เป็นตัวอย่างของชื่อกฎกระทรวง

- กฎกระทรวงว่าด้วยการรับรองโรงเรียนสอนขับรถ พ.ศ. 2546
- กฎกระทรวงว่าด้วยการขอจดทะเบียนจัดตั้ง การบริหาร การควบ และการยกเลิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติของผู้ควบคุมงานในการขุดดินตามกฎหมายว่าด้วยการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2546
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดการเงินร่วมลงทุน พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงกำหนดจำนวนการจ้างงานและมูลค่าสินทรัพย์ถาวรของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2545

(2) บทอาศัยอำนาจ

กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ต้องอ้างอิงที่มาของการออกกฎกระทรวง เช่นเดียวกับการออกกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ และแบบการอ้างอิงก็เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา รวมทั้งการอ้างบทอาศัยอำนาจในกรณีที่เนื้อหาของกฎกระทรวงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็มีแบบในทำนองเดียวกันด้วย ตัวอย่าง เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการผลิตยาแผนปัจจุบัน พ.ศ. 2546 มีรูปแบบการอ้างบทอาศัยอำนาจ คือ

“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 28 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 มาตรา 14(7) มาตรา 17 มาตรา 38 มาตรา 79 ทวิ และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2522 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2530 อันเป็นพระราชบัญญัติมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 มาตรา 39 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้”

(3) วันใช้บังคับ

วันใช้บังคับของกฎกระทรวงจะไม่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติแม่บททุกฉบับที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวง จะกำหนดไว้แล้วว่า กฎกระทรวงเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้เป็นอันใช้บังคับได้ ในกรณีกฎกระทรวงที่ออกตามความในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่าได้กำหนดวันใช้บังคับกฎกระทรวงไว้ด้วย เช่น กฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 109 เกี่ยวกับการจดทะเบียนสมาคม เป็นต้น เนื่องจาก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีข้อความที่ระบุวันใช้บังคับกฎกระทรวงไว้ อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎกระทรวงหลายฉบับที่กำหนดวันใช้บังคับไว้ด้วย ซึ่งเป็นข้อยกเว้น เพื่อประโยชน์ในการใช้กฎหมายเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่าง ตัวอย่างเช่น กฎกระทรวงฉบับที่ 242 (พ.ศ. 2546) ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดหนี้สูญจากบัญชีลูกหนี้

“ข้อ 3 กฎกระทรวงนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2546 เป็นต้นไป”

ตามตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่ากฎกระทรวงนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 6 มกราคม 2546 จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

(4) การแบ่งหมวดหมู่

กฎกระทรวงไม่จำเป็นต้องมีหมวดหมู่เสมอไป แล้วแต่ว่าเนื้อหาสั้นหรือยาว กฎกระทรวงที่มีความยาวมาก ๆ และจำเป็นต้องแบ่งหมวดหมู่ เช่น กฎกระทรวงที่เกี่ยวกับเครื่องแบบต่าง ๆ

ตัวอย่างกฎกระทรวงที่ต้องการมีการแบ่งหมวดหมู่ เช่น กฎสำนักนายกรัฐมนตรี ออกตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องแบบข้าราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2478 ได้มีการแบ่งหมวดหมู่ คือ

ส่วนที่ 1 เครื่องแบบทั่วไป

ส่วนที่ 2 เครื่องแบบพิเศษ

หมวดที่ 1 กระทรวงกลาโหม หมวดที่ 2 กระทรวงการต่างประเทศ หมวดที่ 3 กระทรวงมหาดไทย หมวดที่ 4 กระทรวงเศรษฐการ หมวดที่ 5 สำนักพระราชวัง และสำนักงานราชเลขาธิการในพระองค์

ส่วนที่ 3 เบ็ดเตล็ด

(5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมมีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำในการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม เช่นเดียวกับการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

(6) การลงนามของรัฐมนตรีในกฎกระทรวง

การออกกฎหมายในระดับกฎกระทรวงโดยปกติแล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะเป็นผู้ลงนามในกฎหมาย แต่หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงประสงค์จะมอบอำนาจดังกล่าวให้รัฐมนตรีช่วยว่าการเป็นผู้ลงนามในกฎกระทรวงแทนจะทำได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงลงนามในกฎกระทรวงแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) - (เรื่องเสร็จที่ 477/2522) ดังนี้

1. กรณีที่รักษาราชการแทน รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงลงนามในกฎกระทรวงในระหว่างที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงรักษาราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

ได้ เพราะผู้รักษาราชการแทนย่อมมีอำนาจเช่นเดียวกับผู้ที่ตนแทน และอำนาจหน้าที่นั้นย่อมรวมถึงอำนาจหน้าที่ในการลงนามในกฎกระทรวงในฐานะเป็นผู้รักษาราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้วย

2. กรณีที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน การออกกฎกระทรวง เพื่อให้การปฏิบัติการเป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในการบริหารงานทั่วไปตามพระราชบัญญัตินั้นๆ และอยู่ในความหมายของคำว่า “อำนาจในการปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย” ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน การที่พระราชบัญญัติต่างๆ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น มิได้ประสงค์เป็นการกำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะตัวแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ประการใด ประกอบกับกฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นในลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐมนตรีในการมอบอำนาจ รัฐมนตรีช่วยว่าการจึงเป็นผู้ลงนามในกฎกระทรวงแทนได้

3.3.4 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง¹¹⁸

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง มีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้

- (1) ชื่อของประกาศกระทรวง
- (2) คำปรารภ
- (3) บทอาศัยอำนาจ
- (4) วันใช้บังคับ
- (5) การแบ่งหมวดหมู่
- (6) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

(1) ชื่อของประกาศกระทรวง

จะกำหนดตามหน่วยงานของผู้ออกประกาศไม่ว่าราชการระดับกระทรวง กรม หรือคณะกรรมการ การจะใช้ชื่อประกาศขององค์กรใดนั้น กฎหมายแม่บทส่วนใหญ่จะระบุอยู่แล้ว ว่าจะให้ออกเป็นประกาศใด ตัวอย่าง เช่น

-ประกาศกรมทะเบียนการค้า เรื่อง การตรวจสอบให้คำรับรองเครื่องชั่ง
ตวงวัดนอกสถานที่ พ.ศ. 2545

-ประกาศคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กำหนดตำแหน่ง
ข้าราชการตุลาการที่เรียกชื่ออย่างอื่น

¹¹⁸ แหล่งเดิม .

(2) คำปรารภ

คำปรารภของประกาศไม่มีแบบที่แน่นอนตายตัว แต่ขอให้เขียนให้ชัดเจน โดยแสดงที่มาของการออกประกาศ หรือจะกล่าวถึงหลักการและวัตถุประสงค์ไว้อย่างกว้างๆ ก็ได้ เพื่อประโยชน์ของผู้อ่านเข้าใจได้ทันที

ตัวอย่างคำปรารภของประกาศ เช่น ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (2546) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล มีรูปแบบในการเขียนคำปรารภ คือ “โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง และเป็นธรรมต่อผู้รับบริการ”

(3) บทอาศัยอำนาจ

โดยทั่วไปแล้วประกาศต้องมีบทอาศัยอำนาจอันเป็นที่มาของการออกประกาศ และหากประกาศที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนต้องอ้างบทอาศัยอำนาจ เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง ตัวอย่าง เช่น

-ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสลาก ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2546) เรื่อง ให้สุราเป็นสินค้าที่ควบคุมสลาก มีบทอาศัยอำนาจ คือ “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 30 และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการว่าด้วยสลากจึงออกประกาศไว้ดังต่อไปนี้”

(4) วันใช้บังคับ

แบบวันใช้บังคับของประกาศจะเขียนแตกต่างกันออกไป ในบางฉบับได้ใช้คำว่า “ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 23 มิถุนายน 2546 เป็นต้นไป” หรือ “ประกาศ ณ วันที่ 23 มิถุนายน 2546” หรือมีฉบับนี้อาจใช้ควบคู่กันว่า “ทั้งนี้ ตั้งแต่วันนี้เป็นต้นไป” และ “ให้ไว้ ณ วันที่ 23 มิถุนายน 2546” แล้วลงชื่อผู้มีอำนาจออกประกาศ

วันใช้บังคับของประกาศอาจลงวันที่ย้อนหลังหรือกำหนดให้ใช้ในอนาคตได้เสมอ อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึงความเหมาะสม และข้อเท็จจริงด้วย บางกรณีอาจกำหนดให้ใช้ย้อนหลังไม่ได้ ดูความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น

ในกรณีที่กฎหมายแม่บทไม่ได้ระบุว่าให้ประกาศใช้บังคับเมื่อใด คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เคยให้ความเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เพียงแต่กำหนดให้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยมิได้มีบทบัญญัติใดกำหนดให้ประกาศคณะกรรมการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตาม

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ออก จึงต้องถือว่ามีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เพราะวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้นเป็นวันที่ถือว่าบุคคลทั่วไปได้ทราบประกาศนั้นแล้ว หากกฎหมายประสงค์จะให้ผลใช้บังคับนอกเหนือไปจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็จะต้องระบุวันใช้บังคับโดยชัดแจ้งในตัวกฎหมายนั่นเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวประกาศของคณะกรรมการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 จึงต้องถือว่ามีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (เรื่องเสร็จที่ 193/2525)

(5) การแบ่งหมวดหมู่

โดยทั่วไปแล้วประกาศมักจะไม่นาน การแบ่งหมวดหมู่อาจไม่จำเป็น แต่ก็ไม่เป็นข้อจำกัดว่าถ้ามีเนื้อหาที่ยาวมาก ก็ควรแบ่งหมวดหมู่เพื่อให้เกิดความสะดวกในการใช้และการทำความเข้าใจประกาศ

(6) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ควรใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหรือกฎกระทรวงและมีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นไปได้ควรยกเลิกประกาศฉบับเดิมแล้วเขียนใหม่ เพราะจะสะดวกในการอ้างอิงและการค้นหาได้มากกว่าซึ่งประกาศส่วนมากก็ไม่ยาวและเขียนสิ่งที่ต้องการใหม่ได้อยู่แล้ว

3.3.5 รูปแบบและโครงสร้างการออก กฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ

การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบมีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้¹¹⁹

- (1) ชื่อของระเบียบ
- (2) คำปรารภ
- (3) บทอาศัยอำนาจ
- (4) การแบ่งหมวดหมู่
- (5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

รายละเอียดแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

- (1) ชื่อของระเบียบ ตัวอย่างเช่น

ชื่อของระเบียบนั้นจะกำหนดตามหน่วยงานผู้ออกระเบียบไม่ว่าเป็นส่วนราชการระดับกระทรวง กรม หรือคณะกรรมการก็ตาม อย่างไรก็ตาม การจะใช้ชื่อระเบียบขององค์กรใดนั้น กฎหมายแม่บทส่วนใหญ่จะระบุอยู่แล้วว่าให้ออกเป็นระเบียบใด แต่บางครั้งกฎหมายแม่บทเองก็ไม่มีข้อความชัดเจน เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “มาตรา 13 ให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีระเบียบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 8 และมาตรา 10 สามารถผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดชอบนั้นได้ โดยคำนึงถึงรายได้ ฐานะ

¹¹⁹ แหล่งเดิม .

ครอบครัวยุคใหม่ และความรับผิดชอบ และพฤติกรรมแห่งกรณีประกอบด้วย” แต่เมื่อออกระเบียบผู้ยกร่างได้จัดทำเป็น “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี”

ตัวอย่างชื่อของระเบียบ เช่น ตามมาตรา 34 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ.2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2540 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ออกระเบียบในเรื่องการเบิกจ่าย การเก็บรักษา การจัดการกองทุน ค่าใช้จ่าย และค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกองทุนทดแทนผู้ประสบภัยจากรถ โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ออก “ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการเบิกจ่าย การเก็บรักษา การจัดการกองทุน และค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกองทุนทดแทนผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ.2543” ซึ่งชื่อของระเบียบฯ ดังกล่าว จะเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(2) คำปรารภ

คำปรารภของระเบียบไม่มีแบบที่แน่นอนตายตัว แต่ขอให้เขียนให้ชัดเจน โดยแสดงที่มาของการออกระเบียบหรือจะกล่าวถึงหลักการและวัตถุประสงค์ไว้กว้าง ๆ ก็ได้ เพื่อประโยชน์ของผู้อ่านเข้าใจได้ทันที ขอให้สังเกตวิธีเขียนคำปรารภในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ พ.ศ. 2539 ดังต่อไปนี้

โดยที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ขึ้นและกฎหมายดังกล่าวมีหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากแนวทางปฏิบัติในเรื่องความรับผิดชอบแห่งที่ทางราชการถือปฏิบัติในปัจจุบัน โดยได้แยกความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ออกเป็นเหตุที่เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่และที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ โดยเมื่อมีความเสียหายเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรับภาระชดเชยค่าเสียหายไปก่อนส่วนเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐเพียงใดนั้น ให้ไปโต้เถียงกันในภายหลัง โดยจะยึดหลักว่าจะเรียกเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนได้ โดยคำนึงถึงรายได้ฐานะ ครอบครัวและความรับผิดชอบและพฤติกรรมแห่งกรณีประกอบด้วยสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องถูกฟ้องและชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นการส่วนตัวโดยไม่เกี่ยวกับทางราชการสมควรวางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 คณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้วางระเบียบไว้ ดังต่อไปนี้

(3) บทอาศัยอำนาจ

โดยทั่วไปแล้วระเบียบต้องมีบทอาศัยอำนาจอันเป็นที่มาของการออกระเบียบ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยคณะกรรมการผู้ช่วยรัฐมนตรี พ.ศ. 2546 ข้างต้น ระเบียบดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(6)(8) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 อันเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าของรัฐบาลในการกำกับดูแลการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งนายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นที่ปรึกษา วางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการเป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ และดำเนินการอื่นใดในการปฏิบัติตามนโยบายโดยเฉพาะอำนาจตามมาตรา 11 (8) ดังกล่าวนี้นี้ ได้มีการใช้อย่างกว้างขวางในการออกระเบียบเพื่อจัดการบริหารราชการต่าง ๆ

ระเบียบที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอ้างบทอาศัยอำนาจเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

ในบางกรณีการออกระเบียบเพื่อประโยชน์ในการวางแผนทางการบริหารราชการแผ่นดินได้ก้าวไปไกลถึงการไม่อ้างอำนาจแม่บทใด ๆ เลย เพราะถือว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในฐานะฝ่ายบริหาร (ทั้งราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รวมทั้งรัฐวิสาหกิจ) ซึ่งจะเห็นได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่ได้อ้างแม่บทใดเลย ทั้งที่แม่บทกำหนดให้คณะรัฐมนตรีออกระเบียบ จะมีแต่คำปรารภที่เขียนยาวมาก แสดงที่มาและสาเหตุในการออกระเบียบ แล้วกล่าวว่าคณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้วางระเบียบไว้ดังต่อไปนี้ เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากระเบียบฉบับนี้ประสงค์ให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ การอ้างมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ อาจมีข้อจำกัดในกรณีหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชน ระเบียบจึงกล่าวไว้ลอย ๆ เพื่อประสงค์จะให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ออกระเบียบดังกล่าว และใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐได้

อย่างไรก็ตาม หากเป็นระเบียบปฏิบัติภายในของส่วนราชการแล้ว ผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นย่อมออกระเบียบใช้ในองค์กรนั้นได้เสมอ โดยไม่ต้องอ้างแม่บทใด เพราะหัวหน้าหน่วยงานย่อมมีอำนาจในการบริหารองค์กรนั้นอยู่ในตัว ดังเช่น ปลัดกระทรวงมีอำนาจรับผิดชอบควบคุมราชการประจำในกระทรวง ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หรืออธิบดีเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบการปฏิบัติราชการในกรม ตามมาตรา 32 แห่งกฎหมายเดียวกันนี้

(4) การแบ่งหมวดหมู่

มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

(5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

เมื่อได้เกิดความรู้ความเข้าใจในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารทั้งกระบวนการแล้ว สิ่งที่เกิดขึ้นในทุกๆ สิ่งย่อมมีปัญหาในแต่ละเรื่อง การออกกฎของฝ่ายบริหารก็มีปัญหาที่เกิดขึ้น จากการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นๆ ซึ่งอาจแยกปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ ดังนี้

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทต่างๆ ตั้งแต่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ทำให้เห็นโครงสร้าง รูปแบบ ของการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท ซึ่งโครงสร้าง รูปแบบ ในแต่ละเรื่องนั้น จะเห็นได้ว่า บางเรื่องมีลักษณะที่คล้ายกัน บนพื้นฐานหลักการเดียวกัน แต่ในบางเรื่องอาจมีลักษณะแตกต่างกัน หากพิจารณาถึงปัญหาในเรื่องรูปแบบโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหารแล้วอาจแยกปัญหาต่างๆ ได้ดังนี้

1) ปัญหาการเรียงลำดับของรูปแบบและโครงสร้างในการออกกฎของฝ่ายบริหาร โดยปกติจะต้องมีการเรียงลำดับ ของความสำคัญในแต่ละเรื่องเพื่อให้สื่อความสำคัญของการออกกฎในเรื่องนั้นๆ ซึ่งการเรียงตามความสำคัญนี้จะนำไปสู่ปัญหาการตีความ หากวินิจฉัยการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ

ตัวอย่างของปัญหาการเรียงลำดับ เช่น การออกกฎในเรื่องนั้น ได้นำเรื่องที่มีความสำคัญน้อยบัญญัติขึ้นไว้ก่อนทำให้การวินิจฉัยตีความในปัญหาการออกกฎในเรื่องนั้นๆ จะมีความไม่ถูกต้อง

2) ปัญหาการออกกฎในเรื่องรูปแบบ และโครงสร้างที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอน เช่น การออกกฎในเรื่องนั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการหรือองค์กรใดๆ แต่การออกกฎนั้นมิได้ดำเนินการให้ครบตามขั้นตอนดังกล่าว ทำให้กฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นอาจเกิดความไม่ชอบ เพราะมิได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของการออกกฎที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

3) ปัญหาในเรื่องวันใช้บังคับของกฎในเรื่องนั้นๆ หากพิจารณาจากหลักทั่วไป วันใช้บังคับของกฎในเรื่องนั้นๆ เป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้ ซึ่งวันใช้บังคับของการออกกฎจะต้องมีความชัดเจน หากต้องการที่จะให้มีวันใช้บังคับไว้ในกฎฉบับนั้น ก็จะต้องมีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจน มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาในเรื่องการตีความ หากกฎในเรื่องนั้น มีผลการใช้บังคับย้อนหลัง และกระทบต่อผลประโยชน์ของกลุ่มคนที่กฎของฝ่ายบริหารนั้นบังคับใช้

4) ปัญหาในเรื่องผู้มีอำนาจลงนามในกฎนั้น อาจมีกฎของฝ่ายบริหารบางเรื่องที่ยังลงนามในกฎนั้นไม่ใช่ผู้มีอำนาจโดยแท้จริง ซึ่งจะทำให้กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ เป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

ปัญหาที่สำคัญ ในการออกกฎของฝ่ายบริหาร คือ ปัญหาในเรื่องเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญและทำให้เกิดการวินิจฉัยตีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้เนื่องจากโดยเนื้อหาในการออกกฎในแต่ละเรื่องนั้น จะมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎในเรื่องนั้น

หากพิจารณาปัญหาในเรื่องเนื้อหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นปัญหาสำคัญ และพบได้เสมออาจแยกปัญหาต่างๆ เหล่านี้ได้ ดังนี้

1) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กรณีของปัญหานี้เป็นปัญหาที่พบได้เสมอในการออกกฎของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการวินิจฉัยตีความในเงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้ ผู้มีอำนาจออกกฎในเรื่องนั้นมีความเข้าใจว่า สามารถออกกฎในเรื่องนั้นๆ ได้ ซึ่งบางครั้งความเข้าใจดังกล่าวทำให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นเกินอำนาจขอบเขตที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้

ตัวอย่างของปัญหาที่พบได้ เช่น ตามที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 ได้บัญญัติไว้ว่า “ภายในระยะสามปีนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินตามมาตรา 25 ใช้บังคับ ห้ามมิให้ผู้ใดจำหน่ายด้วยประการใดๆ หรือก่อให้เกิดการระคิดพันใดๆ ซึ่งที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากคณะกรรมการหรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมาย”

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพิ่มเติมในท้องที่เดิมที่ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินไว้แล้ว เพื่อประสงค์จะขยายระยะเวลาห้ามจำหน่าย หรือก่อให้เกิดการระคิดพันตามมาตรา 28 ออกไปอีกจะกระทำได้อหรือไม่

ตัวอย่างต่อมาของปัญหาในประเภทนี้ เช่น ตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 บัญญัติว่า “เมื่อการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เพื่อใช้ในการก่สร้างโรงผลิตพลังงานไฟฟ้า และระบบการส่งหรือการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าหรือตั้งสถานีไฟฟ้า ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่นให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์”

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการคิดค่าปรับแก่ผู้ละเมิดสิทธิการใช้กระแสไฟฟ้าโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 35 ดังกล่าวนี จะกระทำได้อหรือไม่

2) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ กรณีของปัญหานี้ เป็นปัญหาที่พบได้เสมอในการออกกฎของฝ่ายบริหาร เนื่องจากในการออกกฎของฝ่ายบริหารจะมีการมอบต่อให้มีการดำเนินการหรือมอบหมายต่อให้มีการกำหนดรายละเอียดต่อไป ซึ่งกฎหมายแม่บทได้บัญญัติให้เฉพาะมีการออกกฎเท่านั้น

ตัวอย่างของปัญหาที่พบได้ เช่น ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ที่บัญญัติให้กำหนดในเรื่องระบบต่างๆ ตามมาตรา 8 (4) และ (6) ในเรื่องของระบบการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ การป้องกันอัคคีภัย การจัดแสงสว่าง การระบายอากาศ การระบายน้ำ การกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล ต้องกำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีนี้กรมโยธาธิการจะร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 เพื่อควบคุมอาคารขนาดใหญ่ โดยในร่างกฎกระทรวงนี้จะกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการติดตั้ง ระบบประปา ไฟฟ้า และการป้องกันอัคคีภัย การระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดของเสีย ให้เป็นไปตามที่กรมโยธาธิการประกาศกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งในกรณีนี้กรมโยธาธิการจะดำเนินการออกประกาศเองโดยไม่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เพราะมีรายละเอียดเนื้อหาซึ่งเป็นเรื่องในทางเทคนิค กรณีดังกล่าวนี้กรมโยธาธิการจะออกประกาศจะกระทำได้หรือไม่

3) ปัญหาในเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ กรณีปัญหานี้เป็นเรื่องของเนื้อหาของกฎที่การบัญญัติถ้อยคำเกิดความไม่ชัดเจนในการอธิบายความหมายทำให้เกิดการตีความแตกต่างกันไป

ตัวอย่างของปัญหานี้ เช่น การบัญญัติถ้อยคำในมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 6) พ.ศ.2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2541 ได้บัญญัติว่า “มาตรา 5 สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปสำนักงานใหม่ตามคำร้องของตนเองที่มีอยู่ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ.2527 ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับให้คงมีอยู่ต่อไป จนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน พ.ศ.2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกานี้” ถ้อยคำที่บัญญัติว่า จนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกา นั้นมีความหมายอย่างไร

4) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ ปัญหานี้เป็นปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ กฎของฝ่ายบริหารที่ออกมาใช้บังคับนั้น มีเงื่อนไขการออกกฎบางประการที่เป็นการสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

ตัวอย่างปัญหาที่พบได้ เช่น การออกกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม กรุงเทพมหานคร พ.ศ. ซึ่งในร่างกฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดให้ต้องแจ้งการใช้ประโยชน์

ที่ดิน หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดิน ทั้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักและการใช้ประโยชน์ที่ดินรองจะสามารถกระทำได้หรือไม่

นอกจากนี้การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งได้สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ อาจพบได้ในกรณีที่มีการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องเดียวกันตามกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ เช่น ในเรื่องการขออนุญาตประกอบกิจการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ การขออนุญาตตามกฎหมายซึ่งออกตามกฎหมายหลายฉบับ ก็เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ด้วย

จากการศึกษาถึงการออกกฎของฝ่ายบริหารในบทนี้ ทำให้ได้ทราบหลักเกณฑ์ของการออกกฎในระบบของกฎหมายไทย ทั้งในด้านรูปแบบโครงสร้างและในด้านเนื้อหาของการออกกฎ นอกจากนั้นยังได้ทราบหลักการออกกฎในระบบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ทำให้ได้มีความรู้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์ของการออกกฎของต่างประเทศ ซึ่งอาจจะนำหลักเกณฑ์บางประการมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ ซึ่งในการออกกฎในระบบกฎหมายไทยได้มีกรณีของปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น และการเกิดปัญหาต่างๆ เหล่านั้น เป็นสิ่งที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการที่จะศึกษาเพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาในแต่ละกรณีและนำมาวางมาตรฐานการออกกฎที่ดีให้แก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป

บทที่ 4

การวิเคราะห์ประเด็นปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

จากการศึกษาถึงสาระสำคัญในเรื่องกฎหมายของฝ่ายบริหารทำให้ทราบถึงที่มา ประเภท ลักษณะ รูปแบบ ตลอดจนวิธีการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภทที่มีอยู่อย่างแตกต่างกัน ส่วนทางด้านเนื้อหาของกฎหมายนั้น ยังปรากฏว่า มีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณาอยู่บางประการจากการศึกษาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นองค์กรทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งหน่วยงานต่างๆ เป็นผู้หารือมานั้น เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการออกกฎหมาย ตั้งแต่ พ.ศ.2468 จนถึงปัจจุบันแล้ว ผลจากการศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลสามารถจัดกลุ่มประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎหมายได้ ดังนี้

- 4.1 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้
 - 4.2 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ
 - 4.3 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ
 - 4.4 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้บังคับใช้
 - 4.5 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับบทอาศัยอำนาจ
 - 4.6 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับวันใช้บังคับ
 - 4.7 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารกรณีอื่นๆ
 - 4.8 การวิเคราะห์ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร
 - 4.9 ผลการศึกษาปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร
- ในรายละเอียดของการวิเคราะห์ในแต่ละเรื่องนั้น อาจอธิบายได้ดังนี้

4.1 ปัญหาการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

โดยหลักการฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในการออกกฎขึ้นใช้บังคับนั้น จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตเฉพาะตามที่บัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นให้อำนาจไว้ ดังนั้น หากกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารใดที่เกินอำนาจขอบเขต กฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นย่อมไม่ถูกต้อง

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 18/2468)

ประเด็นปัญหา ตามมาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 ให้อำนาจเสนาบดีที่จะตั้งกฎเพื่อกำหนดค่าภาคหลวงและค่าธรรมเนียมต่างๆ การที่จะกำหนดไว้ในกฎเสนาบดีกระทรวงเกษตรธิการ กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมว่าด้วยการขุดหาพลอยต่างๆ โดยให้ผู้ถือประทานบัตรขุดหาพลอย เสียเงินค่าธรรมเนียมให้แก่รัฐบาล ตามจำนวนที่เสนาบดีเห็นสมควร กำหนดเรียกเก็บโดยคิดเทียบในอัตราหนึ่งไม่เกิน 20 บาท ซึ่งจะเป็นการใช้อัตราเดียวสำหรับการขุดหาเพชรพลอยต่างๆ ทั้งพระราชอาณาจักรจะกระทำได้อหรือไม่

การวินิจฉัย มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ.2461 ให้อำนาจเสนาบดีกระทรวงเกษตรออกกฎกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้แล้ว เมื่อเห็นสมควรว่าจะกำหนดลงอย่างไร ให้ใช้ได้ทั้งพระราชอาณาจักร แต่เฉพาะมณฑลใด จังหวัดใดก็ได้ และเมื่อกำหนดอัตราที่ได้วางลงไว้นั้นยังไม่เหมาะสมเพราะเหตุใดก็ตาม จะยกเลิกและออกกฎใหม่แทนก็ทำได้เช่นกัน เพราะฉะนั้น การที่จะออกกฎเสนาบดี ว่าให้เก็บเท่าใดก็ได้ตามที่เสนาบดีจะเห็นสมควรอีกต่อหนึ่ง โดยไม่กำหนดอัตราลงไว้ให้แน่นอน เช่นนี้ย่อมขัดข้องแก่ทางการ ไม่ต้องด้วยความประสงค์แห่งพระราชบัญญัติ ทั้งเป็นการขัดต่อกฎหมายด้วย

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารพึงกระทำตามขอบเขตที่กฎหมายมอบทให้อำนาจไว้ การออกกฎโดยกำหนดการเรียกเก็บอัตราค่าธรรมเนียมตามที่เห็นสมควรเป็นการไม่ถูกต้อง ต้องมีกฎหมายมอบทกำหนดอัตราลงไว้ก่อนเป็นเพดานสูงสุด จึงจะออกกฎในการบังคับใช้เรียกเก็บได้โดยไม่เกินอัตราเพดานสูงสุดที่กำหนดไว้ในกฎหมายมอบท

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 13/2474)

ประเด็นปัญหา การออกกฎเพื่อขยายให้กฎหมายเรื่องหนึ่งครอบคลุมไปนอกแดนการใช้เดิมควรจะใช้ถ้อยคำ เรียกว่าประกาศให้ใช้ เป็นการถูกต้องหรือไม่

การวินิจฉัย การใช้ชื่อเรียกร่างพระราชกฤษฎีกาที่ขยายเดิมตกลงกันว่า “ประกาศ” ไม่มี Force Of Law จะต้องเป็นประกาศกระแสพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาหรือพระราชบัญญัติ แต่โดยที่เรื่องการขยายเขตการใช้กฎหมาย ไม่มี Elements เป็น Law อะไรเพิ่มเติม นอกจากบอกให้ออกกฎหมายเรื่องนี้ไปใช้เท่านั้น การขยายที่จะใช้บัญญัติ พึงเรียกว่า “ประกาศ” ไม่ต้องมี New Element เป็น Law อะไรอื่น มิฉะนั้นต้องใช้คำว่า ประกาศกระแสพระบรมราชโองการ พระราชกฤษฎีกา พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ตามหลักการที่ได้กำหนดไว้แต่เดิมนั้น

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎที่จะไปแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อขยายกฎหมายเดิมที่ได้ใช้บังคับอยู่แล้ว สามารถที่จะกระทำได้ หากไม่เกินขอบเขตที่ได้ออกกฎขึ้นใช้เป็นครั้งแรกในเรื่องนั้นๆ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 102/2477)

ประเด็นปัญหา กรมเจ้าท่าจะออกประกาศกรมเจ้าท่า โดยยกเว้นการเก็บเงินค่าธรรมเนียมเรื่องต่างๆ ที่ค้างงวด เพื่อเป็นไปตามนโยบายรัฐบาล ในแผนดำเนินการเศรษฐกิจว่า รัฐบาลจะดำเนินการไปในทางสมานประโยชน์ซึ่งกันและกัน และกิจการที่จะกระทำจะจัดวางแผนส่งเสริมวิธีประสานการขนส่งของประเทศ เพื่อสนับสนุนการเพาะปลูกและการค้า ให้ได้รับความสะดวกยิ่งขึ้น

การวินิจฉัย พระราชบัญญัติการเดินเรือไทยในน่านน้ำสยาม ไม่ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีในอันที่จะยกเลิกการเก็บค่าธรรมเนียมเรือเมื่อกระทรวงเศรษฐกิจ มีความประสงค์จะให้มีการผ่อนผันแก่เจ้าของเรือ ตามทำนองดังกล่าวนี้ จะกระทำได้ก็แต่โดยอำนาจแห่งกฎหมาย เพราะฉะนั้นในเรื่องนี้จึงต้องออกเป็นพระราชบัญญัติยกเว้นการเก็บเงินค่าธรรมเนียมเรือ จะออกเป็นประกาศของกรมเจ้าท่าหาได้ไม่ เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจที่จะออกกฎ จะดำเนินการออกกฎจึงกระทำไม่ได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายมอบให้อำนาจไว้ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่กฎหมายมอบไม่ได้ให้อำนาจไว้ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 4 (เรื่องเสร็จที่ 145/2486)

ประเด็นปัญหา การออกกฎสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง วางระเบียบการซื้อบัตรหรือเข้าประตูสถานที่

การวินิจฉัย การวางระเบียบดังกล่าว เป็นการกำหนดวัฒนธรรม ให้บุคคลทั่วไปปฏิบัติตาม ซึ่งตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485 กำหนดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา จะวางระเบียบโดยออกเป็นกฎไม่ได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎประเภทใดจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายมอบให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 5 (เรื่องเสร็จที่ 100/2493)

ประเด็นปัญหา พระราชบัญญัติมัสยิดอิสลาม พ.ศ.2490 มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวง กำหนดวิธีการจดทะเบียนมัสยิด จะครอบคลุมถึงอำนาจในการควบคุมการจัดตั้งมัสยิดหรือไม่

การวินิจฉัย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย มีอำนาจแต่เพียงออกกฎกระทรวง กำหนดวิธีการจดทะเบียนมัสยิดเท่านั้น หาได้ให้อำนาจถึงการควบคุมการจัดตั้งมัสยิดไม่ และเมื่อพิจารณาตามความในพระราชบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่าเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัด หรือคณะกรรมการกลางอิสลามแห่งประเทศไทย ที่จะพิจารณาถึงรายการและเงื่อนไขต่างๆ ตามร่างกฎกระทรวงฉบับนี้ และการที่จะให้ความเห็นชอบในการขอจดทะเบียนหรือไม่ หาใช่

หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนไม่ ร่างกฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นการออกกฎกระทรวงเกินอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายมอบให้ อำนาจไว้ เรื่องใดที่ไม่ใช่บทบัญญัติที่กฎหมายให้อำนาจในการออกกฎไว้ รัฐมนตรีจะไปดำเนินการออกกฎในเรื่องนั้นๆ ไม่ได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 6 (เรื่องเสร็จที่ 461/2521)

ประเด็นปัญหา การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพิ่มเติมในท้องที่เดิมที่ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินไว้แล้ว เพื่อประสงค์จะขยายระยะเวลาห้ามจำหน่ายหรือก่อให้เกิดการระคิดพันตามมาตรา 28 ออกไปอีก จะกระทำได้อหรือไม่

การวินิจฉัย การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพิ่มเติมในท้องที่เดิมที่ได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินไว้แล้วเพื่อประสงค์จะขยายระยะเวลาห้ามจำหน่าย หรือก่อให้เกิดการระคิดพันตามมาตรา 28 ออกไปนั้นไม่อาจกระทำได้อ เพราะมีผลเป็นการออกพระราชกฤษฎีกาแก้ไขพระราชบัญญัติ นอกจากนั้นพระราชบัญญัติก็ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจที่จะออกพระราชกฤษฎีกาขยายระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 28 ได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎโดยทำเป็นพระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้จะเป็นการจัดต่อกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจออกพระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้ได้ กรณีนี้จำเป็นต้องวางบทเฉพาะกาลไว้ในพระราชบัญญัติ โดยบัญญัติไว้ว่า ที่ดินที่แบ่งแยกจำหน่ายในภายหลังครบกำหนด 3 ปี ตามมาตรา 28 ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินเดิมซึ่งอยู่ในบังคับที่จะจัดซื้อหรือดำเนินการเวนคืนได้ตามมาตรา 29

กรณีศึกษาเรื่องที่ 7 (เรื่องเสร็จที่ 204/2522)

ประเด็นปัญหา การที่ความในวรรคสองของร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 บัญญัติให้ในระหว่างเวลาที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ ถ้าหากมีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงของประเทศ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือความเป็นอยู่ของประชาชนส่วนรวมในท้องถิ่นนั้น ให้เจ้าพนักงานการผังเมืองมีอำนาจปรับปรุงแก้ไขการใช้ประโยชน์ที่ดินภายในบริเวณผังเมืองรวมแต่ละแห่งตามความจำเป็นได้ ทั้งนี้การปรับปรุงแก้ไขดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบเป็นเอกฉันท์จากเจ้าพนักงานท้องถิ่นผังเมืองและคณะกรรมการผังเมืองก่อนเป็นการจัดกับกฎหมายแม่บทหรือไม่

การวินิจฉัย ในกรณีความในข้อ 2 วรรคสองของร่างกฎกระทรวง(ฉบับที่....) พ.ศ.....ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2522 ดังกล่าว กำหนดเหตุผลอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายแม่บทกำหนดเพื่อให้เจ้าพนักงานการผังเมืองมีอำนาจปรับปรุงแก้ไขผังเมืองรวม แม้ว่าการปรับปรุงแก้ไขนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบเป็นเอกฉันท์จากเจ้าพนักงานท้องถิ่น สำนักผังเมือง

และคณะกรรมการผังเมืองก็ตามยอมเป็นการกระทำเกินอำนาจกฎหมายแม่บท เพราะการออกกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทเพื่อให้กระทำการอื่นเพิ่มเติมได้อีกนั้นจะกระทำได้เมื่อกฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้ว่าให้กระทำการเช่นนั้นได้ ดังนั้นเมื่อกฎหมายแม่บทได้กำหนดขั้นตอนของการดำเนินการ เช่น ต้องประกาศให้ประชาชนทราบเพื่อฟังข้อคิดเห็น (มาตรา 19) และเมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบแล้ว จะต้องเชิญชวนให้ผู้มีส่วนได้เสียไปตรวจดูแผนผัง (มาตรา 23) และภายใน 60 วันนับแต่วันปิดประกาศผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่ร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินของผังเมืองรวมนั้นได้ ดังนั้นความในข้อ 2 วรรคสอง ของร่างกฎกระทรวงดังกล่าว ที่กำหนดให้เจ้าพนักงานการผังเมืองมีอำนาจปรับปรุงแก้ไขการใช้ประโยชน์ที่ดินภายในบริเวณผังเมืองรวมนั้น เป็นการเกินอำนาจกฎหมายแม่บทกับทั้งเป็นการไม่ดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายแม่บทด้วย

มาตรฐานการออกกฎ กฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองจากกฎหมายแม่บทย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักทฤษฎีการออกกฎกระทรวง คือจะเกินอำนาจกฎหมายแม่บทไม่ได้ (Ultra Vires) กฎกระทรวงจะกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์และวิธีการแก่มากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 8 (เรื่องเสร็จที่ 167/2524)

ประเด็นปัญหา ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 จะสามารถตราพระราชกฤษฎีกากำหนดการคิดค่าปรับแก่ผู้ละเมิดสิทธิการใช้กระแสไฟฟ้าได้หรือไม่เพียงใด

การวินิจฉัย พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายซึ่งฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับโดยอาศัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาไม่ได้ สำหรับพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 ได้กำหนดอำนาจการตราพระราชกฤษฎีกาไว้ในกรณีเดียวในมาตรา 35 (2) คือ กรณีการกำหนดเขตบริเวณที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อประโยชน์ในการสำรวจที่ดินที่จะเวนคืนเท่านั้น โดยมีได้ระบุให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีอื่น ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดการคิดค่าปรับแก่ผู้ละเมิดสิทธิการใช้ไฟฟ้าโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 จึงกระทำมิได้ เพราะเป็นการเกินอำนาจที่ระบุในพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

มาตรฐานการออกกฎ หากกฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดเรื่องที่จะให้สามารถออกกฎได้ในกรณีเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ย่อมไม่สามารถกระทำได้ เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายแม่บทเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 9 (เรื่องเสร็จที่ 367/2524)

ประเด็นปัญหา ตามพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2522 จะกำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารในสถาบัน โดยกำหนดไว้ในมาตราในพระราชกฤษฎีกาจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย การที่พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์วิทยบริการ ศูนย์บริการคอมพิวเตอร์ และศูนย์เครื่องมือวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี มิได้ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารของศูนย์เช่นเดียวกับในกรณีของคณะ แผนกอิสระหรือบัณฑิตวิทยาลัย แต่ประการใด ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์โดยมีคณะกรรมการบริหารกิจการของศูนย์ เป็นการเกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้และเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท จึงถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายดังที่บัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

มาตรฐานการออกกฎ เมื่อกฎหมายแม่บทไม่ได้บัญญัติให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้น ๆ จึงไม่สามารถจะออกกฎได้ เพราะเป็นการขัดต่อกฎหมายแม่บท

กรณีศึกษาเรื่องที่ 10 (เรื่องเสร็จที่ 399/2525)

ประเด็นปัญหา ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 บัญญัติให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นกำหนดเรื่องต่างๆ ตามมาตรา 8 ได้เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวง ที่ออกตามมาตรา 8 นั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎกระทรวงตามความในมาตรา 8 ราชการส่วนท้องถิ่นจะออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามความในมาตรา 9 ได้หรือไม่

การวินิจฉัย การออกกฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดต่างๆ ตามที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ระบุไว้ นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการใช้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ และเมื่อพิจารณาประกอบมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งบัญญัติถึงกรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นประสงค์จะออกข้อบัญญัติท้องถิ่นที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ จะกระทำได้อต่อเมื่อได้มีกฎกระทรวงออกตามความมาตรา 8 ขึ้นใช้บังคับแล้ว โดยเหตุนี้การที่ราชการส่วนท้องถิ่นได้ออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามความในมาตรา 9 โดยยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา 8 จึงไม่ผลใช้บังคับได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎขึ้นมาใช้บังคับ โดยยังไม่มีกฎกระทรวงที่ถูกบังคับขึ้นใช้บังคับก่อนย่อมไม่อาจกระทำได้ ต้องมีการออกกฎในเรื่องนั้นขึ้นมาใช้บังคับก่อน

กรณีศึกษาเรื่องที่ 11 (เรื่องเสร็จที่ 214/2527)

ประเด็นปัญหา นายกรัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงตามมาตรา 6 และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 กำหนดให้การโฆษณาสินค้า หรือบริการของสถานี

วิทยุกระจาย หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ที่ใช้เวลานานเกินสมควรเป็นวิธีการโฆษณาอันก่อความรำคาญแก่ผู้บริโภคได้หรือไม่

การวินิจฉัย นายกรัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงตามมาตรา 8 และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 กำหนดให้การโฆษณาสินค้าหรือบริการของสื่อโฆษณาที่ใช้เวลานานเกินสมควรเป็นวิธีการโฆษณาอันอาจก่อให้เกิดความรำคาญแก่ผู้บริโภคได้ แต่การออกกฎกระทรวงดังกล่าวจะมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใดนั้นเป็นปัญหาด้านนโยบาย

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีนี้เนื่องจากการโฆษณาที่นานเกินสมควรเป็นวิธีการโฆษณาที่ทำให้ผู้ฟังรายการวิทยุกระจายเสียงและผู้ชมรายการวิทยุโทรทัศน์เกิดความเบื่อหน่าย บุคคลดังกล่าวถือได้ว่าเป็นผู้บริโภค ตามความหมายของบทนิยามคำว่า “ผู้บริโภค” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เนื่องจากเป็นผู้ซึ่งได้รับการเสนอหรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อให้ซื้อสินค้าหรือได้รับบริการ และเจ้าของสื่อโฆษณา (วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์) ก็ถือได้ว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามความหมายของบทนิยามคำว่า “ผู้ประกอบธุรกิจ” ดังนั้นจึงถือได้ว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีดังกล่าวนี้ได้ แต่การจะออกกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าว จะมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด เป็นปัญหาในด้านของนโยบาย

กรณีศึกษาเรื่องที่ 12 (เรื่องเสร็จที่ 352/2529)

ประเด็นปัญหา การที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้การออกกฎของฝ่ายบริหารกำหนดไว้ในกฎหมายแม้บทว่า “เงื่อนไขอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” มีความหมายเพียงใด

การวินิจฉัย การที่กำหนดเงื่อนไขการออกกฎของฝ่ายบริหารตามมาตรานี้เป็นการกำหนดขึ้นในขณะออกใบอนุญาตให้ประกอบการขนส่ง ฉะนั้น ความประสงค์ของกฎหมายในเรื่องนี้จึงมุ่งหมายแต่เพียงต้องการให้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติที่แน่นอนไว้ในใบอนุญาตแต่ละฉบับสำหรับแต่ละเส้นทางที่ได้อนุญาตไว้เพื่อควบคุมให้ผู้รับใบอนุญาต ดำเนินกิจการขนส่งประจำทางในเส้นทางของตนอย่างเหมาะสม และเป็นไปตามที่ได้รับอนุญาตอย่างแท้จริงแล้วเท่านั้น ซึ่งความประสงค์ดังกล่าวได้แสดงไว้อย่างชัดเจนตามเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้แล้วตามมาตรา 31 (1)-14

เมื่อหลักการของกฎหมายเป็นเช่นนี้ แม้ว่ามาตรา 31(15) จะบัญญัติในลักษณะเป็นบททั่วไปว่า ให้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขอื่นเพิ่มเติมจากที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะนั้นแล้วได้อีกก็ตาม ก็ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่า การออกกฎกระทรวงในกรณีนี้จะต้องจำกัดอยู่ในขอบเขตของมาตรา 31 นั้นด้วย กล่าวคือ จะต้องเป็นเงื่อนไขที่มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการดำเนินการกิจการขนส่งประจำทางในเส้นทางที่ได้รับอนุญาตไว้ ทำนองเดียวกับเงื่อนไขตามมาตรา 31 (1)-14 เท่านั้น

ดังนั้นการที่ไปออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการนำรถที่ได้รับอนุญาตในเส้นทางหนึ่งไปใช้ในอีกเส้นทางหนึ่งเป็นการหมุนเวียนซึ่งเป็นเรื่องที่นอกเหนือไปจากการ

ดำเนินกิจการโดยปกติ ในเส้นทางที่ใบอนุญาตกำหนดไว้เช่นนี้ จึงเป็นการออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขที่ไม่เป็นไปตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติดังกล่าว

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดในเรื่องการออกกฎในเงื่อนไขอื่นๆ นั้น จะต้องอยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ด้วยการที่ไปออกกฎของฝ่ายบริหารที่นอกเหนือจากความมุ่งหมายของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ไม่อาจกระทำได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 13 (เรื่องเสร็จที่ 352/2531)

ประเด็นปัญหา คณะกรรมการควบคุมอาคารจะนิยาม คำว่า “ทางสาธารณะ” ในร่างกฎกระทรวงซึ่งออกตามความพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 8(1) (7) และ (8) ซึ่งมีความหมายว่า ทางซึ่งประชาชนใช้เป็นทางคมนาคมได้ หรือทางซึ่งเปิดหรือยินยอมให้ประชาชนใช้ผ่านเป็นทางสัญจรได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีการเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือไม่ จะเป็นการขัดกับนิยามคำว่า “ที่สาธารณะ” ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ซึ่งนิยามความหมายว่า ที่ซึ่งเปิดหรือยินยอมให้ประชาชนเข้าไปหรือใช้เป็นทางสัญจรได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีการเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือไม่

การวินิจฉัย กรณีที่ร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.๒๕๒๒ มีบทนิยามคำว่า “ทางสาธารณะ” ที่ยกร่างขึ้นใหม่อาจทำให้เกิดปัญหาว่าเป็นการขยายความในบทนิยามคำว่า “ที่สาธารณะ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 หมายความว่า ที่ซึ่งเปิดหรือยินยอมให้ประชาชนเข้าไปหรือใช้เป็นทางสัญจรได้ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีการเรียกเก็บค่าตอบแทนหรือไม่ นั้น ก็มีความหมายรวมถึง “ทางสาธารณะ” ฉะนั้นตามร่างกฎกระทรวงใหม่ นิยามคำว่า “ทางสาธารณะ” จึงเป็นการคัดลอกความหมายมาจากคำว่า “ที่สาธารณะ” นั้นเองแต่ได้ขยายความออกไปอีกโดยให้หมายความถึงทางที่ประชาชนมีสิทธิใช้เป็นทางคมนาคมได้ด้วย ซึ่งการขยายความออกไปเช่นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะที่ 3 เกรงว่าอาจทำให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิของประชาชนตามกฎหมายอื่นได้ กล่าวคือ ตามบทนิยามคำว่า “ทางสาธารณะ” ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายอาญาออกว่า หมายความว่า ความรวมถึง ทางรถไฟและทางรถรางที่มีรถเดินสำหรับประชาชนโดยสารด้วยและในกรณีที่เกี่ยวกับทางสาธารณะนั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติถึงกรณีที่เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาเช่น มาตรา 385 (7) มีความหมายกว้างขวาง เช่น ที่บัญญัติไว้ในบทนิยามคำว่า “สาธารณะ” แล้ว ดังนั้นเมื่อบทนิยามคำว่า “ทางสาธารณะ” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 และอันที่จริงแล้วคำว่า “ทางสาธารณะ” ก็หมายความว่า ที่สาธารณะอยู่แล้ว ดังนั้นในกรณีนี้จึงน่าจะไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องเพิ่มบทนิยามคำว่า “ทางสาธารณะ” ขึ้นใหม่ในร่างกฎกระทรวงดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ขอเชิญให้เห็นถึงการออกกฎของฝ่ายบริหาร ในกรณีที่เป็นการออกกฎที่เกินอำนาจ

ที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่จะมีการบัญญัติบทนิยามไว้ในกฎกระทรวงที่จะออกขึ้นใหม่โดยมีลักษณะถ้อยคำของบทนิยามที่เกินความหมายที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้

มาตรฐานการออกกฎ แนวทางของปัญหาดังกล่าวนี้น่าจะหลีกเลี่ยงการเพิ่มบทนิยามไว้ในกฎของฝ่ายบริหารที่ออกขึ้น เพราะโดยหลักการของการออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ การออกกฎของฝ่ายบริหารควรเป็นเรื่องของรายละเอียดในทางปฏิบัติของเรื่องนั้นๆ หรือเป็นเรื่องในทางเทคนิค ซึ่งจะมีหลักการที่กฎหมายแม่บทวางหลักการใหญ่ๆไว้แล้ว

กรณีศึกษาเรื่องที่ 14 (เรื่องเสร็จที่ 361/2531)

ประเด็นปัญหา การออกระเบียบของหน่วยงานที่จะมีผลบังคับแก่ตำแหน่งข้าราชการนอกสังกัดของหน่วยงานนั้นจะกระทำได้หรือไม่มีหลักเกณฑ์อย่างไร

การวินิจฉัย กระทรวงศึกษาธิการจะออกระเบียบว่าด้วยคณะกรรมการสามัญศึกษาจังหวัด พ.ศ.2529 โดยอาศัยอำนาจตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 ข้อ 23 ซึ่งบัญญัติว่า กระทรวงศึกษาธิการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการศึกษา การศาสนา และวัฒนธรรม การออกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้จะมีผลบังคับให้ตำแหน่งผู้ว่าราชการจังหวัดต้องปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าว ไม่อาจกระทำได้เพราะระเบียบดังกล่าวมิได้ออกโดยมีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีให้อำนาจไว้ ที่จะให้มีผลบังคับแก่บุคคลภายนอก

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารหากจะให้ให้มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอกจะต้องมีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีให้อำนาจไว้ที่จะให้มีผลบังคับกับบุคคลภายนอก

กรณีศึกษาเรื่องที่ 15 (เรื่องเสร็จที่ 561/2531)

ประเด็นปัญหา การพิจารณาผลบังคับใช้ของกฎหมายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกกฎแล้วนั้น

การวินิจฉัย เมื่อกฎหมายแม่บทที่เป็นบทบัญญัติให้อำนาจในการออกกฎถูกแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกไปแล้วกฎทั้งหลายที่ออกโดยอาศัยแม่บทเดิม น่าจะไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตามกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งต่อมาได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมจะยังมีผลใช้บังคับหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้บัญญัติในหลักการเดิมหรือได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักการเดิมเสียใหม่ ถ้าปรากฏว่ามีได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักการเดิมบรรดาบทบัญญัติที่ใช้อยู่แล้วนั้นก็ยังมีผลใช้ได้ แต่ถ้าได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือเพิ่มเติมหลักการเดิมขึ้นใหม่แล้วกฎทั้งหลายที่ตราขึ้นโดยอาศัยบทบัญญัตินั้นก็เป็นอันใช้ไม่ได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎที่กฎหมายแม่บทได้ถูกแก้ไขหรือยกเลิกไปแล้วนั้น การที่จะออกกฎขึ้นมาใหม่หรือไม่นั้น ให้พิจารณาจากหลักการของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎนั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมหรือไม่

กรณีศึกษาเรื่องที่ 16 (เรื่องเสร็จที่ 362/2531)

ประเด็นปัญหา สภาการพยาบาลจะมีอำนาจออกข้อบังคับเพื่อให้มีการสอบความรู้ ก่อนที่จะมีการรับขึ้นทะเบียนได้หรือไม่

การวินิจฉัย โดยที่บทบัญญัติมาตรา 30 (1) (ก) และมาตรา 30(2) (ก) ได้กำหนดเงื่อนไข สำหรับผู้ที่จะมีสิทธิขึ้นทะเบียน เพียง 2 ประการ คือ (1) ได้รับปริญญาหรืออนุปริญญาที่มีหลักสูตร การศึกษาไม่น้อยกว่า 3 ปี หรือประกาศนียบัตรเทียบเท่า ปริญญา หรือ อนุปริญญา สาขาการ พยาบาล การผดุงครรภ์ หรือการพยาบาลหรือการผดุงครรภ์ และ(2) ปริญญาหรืออนุปริญญา ดังกล่าวนั้นต้องได้รับจากสถานศึกษาในประเทศที่คณะกรรมการรับรองเท่านั้น และเมื่อพิจารณา จากบทบัญญัติดังกล่าว เปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 30 (2)(ข) และมาตรา 30 (2) (ข) ที่ให้อำนาจสอบความรู้ผู้ซึ่งสำเร็จการศึกษาจากสถานศึกษาในต่างประเทศและได้รับอนุญาตให้ ประกอบวิชาชีพในประเทศที่ตนสำเร็จการศึกษาได้แล้ว ก็จะเห็นได้ชัดว่าบทบัญญัติมาตรา 30 (1) (ก) และมาตรา 30 (2)(ข) นี้ ไม่อาจตีความให้คณะกรรมการมีอำนาจสอบความรู้ของบุคคลดังกล่าว ได้ เพราะการตีความเช่นนั้นเป็นการขยายความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งจะเป็นการเพิ่ม เงื่อนไขในมาตรา 30 (1)(ก) และมาตรา 30(2)(ข) เกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎซึ่งเกินกว่าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ โดย การขยายความตีความย่อมเป็นการออกกฎเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 17 (เรื่องเสร็จที่ 702/2534)

ประเด็นปัญหา ตามพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ.2505 การออกกฎกระทรวง กำหนดให้ผู้ขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำต้องติดตั้งเครื่องโทรสารจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ.2505 บัญญัติว่าห้ามมิให้ ผู้ใดตั้งโรงรับจำนำ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตตั้งโรงรับจำนำ การขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำและ การอนุญาตให้ตั้งโรงรับจำนำให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ตาม บทบัญญัติมาตรานี้ มีความหมายว่า หลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตและในการให้อนุญาต ตามมาตรา 8 จะต้องเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการตั้งโรงรับจำนำเท่านั้น สำหรับข้อกำหนดให้โรง รับจำนำต้องติดตั้งเครื่องโทรสารเพื่อประโยชน์ในการรับส่งข้อมูลเกี่ยวกับดำเนินรูปพรรณ ทรัพย์สิน เป็นมาตรการที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมให้การดำเนินการหรือ การปฏิบัติตามมาตรา 19 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติโรงรับจำนำฯ เป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ ไม่เกี่ยวกับการขออนุญาตหรือการอนุญาตให้ตั้งโรงรับจำนำตามมาตรา 8 จึงถือไม่ได้

ว่า ข้อกำหนดในเรื่องนี้เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตตั้งโรงรับจำนำ หรือการอนุญาตให้ตั้งโรงรับจำนำ การออกกฎกระทรวงตามมาตรา 8 ให้โรงรับจำนำต้องตั้งเครื่องโทรสาร จึงไม่อาจกระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดในเรื่องนั้นๆ ไว้ด้วยจึงจะสามารถออกกฎกระทรวงได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 18 (เรื่องเสร็จที่ 301/2534)

ประเด็นปัญหา การนำเอาข้อกำหนดในร่างประกาศมาเป็นเหตุในการสั่งการอนุญาตหรือไม่อนุญาตจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย เมื่อร่างประกาศยังไม่มีผลใช้บังคับ เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะนำเอาข้อกำหนดในร่างประกาศมาเป็นเหตุไม่สั่งการอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ไม่ได้ อย่างไรก็ตามถ้าจะมีการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ขอก็จะเป็นการขัดต่อมติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในเรื่องการขยายขอบเขตของมาตรการควบคุมการก่อสร้างอาคารภายในบริเวณกรุงรัตนโกสินทร์ชั้นนอก ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับสาธารณะชน ในเรื่องนี้มีคำพิพากษาศาลแพ่งที่ 3627/2531 เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารแล้ว อาจพิจารณาออกใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ได้ ซึ่งหมายถึงอำนาจที่จะรอการพิจารณาไว้ก่อนได้ ถ้าการนั้นไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายแล้วก็ย่อมไม่เป็นการละเมิด ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารซึ่งต่อมาได้มีประกาศกระทรวงมหาดไทยและข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครห้ามมิให้ก่อสร้างอาคารที่ระบุมไว้ในเขตกรุงรัตนโกสินทร์ชั้นนอกตามที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่อนุญาตไว้ ดังนั้น คุณพินิจและคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารจึงชอบด้วยเหตุผลและกฎหมายแล้ว

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎที่ยังไม่มีผลบังคับใช้แต่มีมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นๆ กำหนดไว้ย่อมเป็นเงื่อนไขที่เจ้าพนักงานใช้เป็นดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 19 (เรื่องเสร็จที่ 132/2536)

ประเด็นปัญหา การออกกฎกระทรวงตามมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติสุทธการพุทธศักราช 2469 กำหนดแบบพิมพ์โดยกำหนดให้อธิบดีกรมสุทธการมีอำนาจประกาศชนิดของแบบพิมพ์ ที่ไม่เรียกเก็บค่าแบบพิมพ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะออกกฎกระทรวงเพื่อให้อธิบดีกรมสุทธการมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดชนิดของแบบพิมพ์ที่ไม่เรียกเก็บค่าแบบพิมพ์ได้หรือไม่

การวินิจฉัย มาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติสุทธการ พุทธศักราช.2469 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ(ฉบับที่ 10) พุทธศักราช 2481 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงการคลังมีหน้าที่รักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าแบบพิมพ์ จากบทบัญญัติดังกล่าวการจะกำหนดค่าแบบพิมพ์ในอัตราเท่าใด กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้กำหนดโดยออกเป็นกฎกระทรวง การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะออกกฎกระทรวงกำหนดค่าแบบพิมพ์โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมให้อธิบดีกรมศุลกากรมีอำนาจพิจารณาออกประกาศยกเว้นไม่เรียกค่าแบบพิมพ์ ซึ่ง รัฐมนตรีได้กำหนดไว้ให้ต้องเรียกเก็บแล้วย่อมต้องกระทำไม่ได้ ดังนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังไม่มีอำนาจออกกฎกระทรวงให้อำนาจอธิบดีกรมศุลกากรกำหนดชนิดของแบบพิมพ์ที่ไม่ต้องเรียกเก็บค่าแบบพิมพ์เพราะเป็นการเกินอำนาจตามมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร ฯ

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีแล้วกำหนดเงื่อนไขให้อธิบดีไปออกประกาศยกเว้นได้เป็นการไม่ชอบเพราะเกินอำนาจที่กฎหมายมอบให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 20 (เรื่องเสร็จที่ 380/2536)

ประเด็นปัญหา พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ.2505 มาตรา 20 กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ได้ การออกกฎกระทรวงดังกล่าวจะครอบคลุมถึงการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ของการตั้งชื้อบุคคลด้วยหรือไม่

การวินิจฉัย การออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดตามที่พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้กระทำได้โดยชัดแจ้ง เมื่อพระราชบัญญัติชื้อบุคคลไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์การตั้งชื้อบุคคลไว้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 20 ออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ตั้งชื้อเพิ่มเติมได้

มาตรฐานการออกกฎ คำว่า มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึง จะต้องมิบทบัญญัติในกฎหมายนั้นๆ กำหนดเรื่องการดำเนินการที่จะให้ไปออกกฎกระทรวงในเรื่องนั้นๆ ได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 21 (เรื่องเสร็จที่ 171/2537)

ประเด็นปัญหา การที่นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลจะใช้อำนาจตามมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน จะเป็นการขัดต่อกฎหมายใดหรือไม่

การวินิจฉัย การที่นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล จะใช้อำนาจตามมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ออกระเบียบปฏิบัติราชการในเรื่องใด จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นใดด้วย เมื่อพิจารณาว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย

การช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน พ.ศ. แล้ว สาระสำคัญในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดวงเงิน การใช้และการบริหารการเงินเพื่อช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติ เป็นเรื่องเกี่ยวกับเงินทดรองราชการ ซึ่งมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 ได้ให้ความหมายของเงินทดรองราชการว่า “เงินที่กระทรวงการคลังจ่ายและอนุญาตให้ส่วนราชการมีไว้ตามจำนวนที่เห็นสมควรเพื่อทดลองเป็นค่าใช้จ่ายตามระเบียบหรือข้อบังคับของกระทรวงการคลัง” และตามมาตรา 21 (5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยเงินทดรองราชการด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะต้องกำหนดระเบียบกระทรวงการคลังขึ้นเองมิใช่เพียงแต่ให้ความเห็นชอบกับระเบียบที่ผู้อื่นกำหนดขึ้นเท่านั้น ดังนั้น ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว โดยอาศัยอำนาจนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลตามมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการบริหารเงินในส่วนที่เกี่ยวกับเงินทดรองราชการจึงขัดต่อพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ.2502

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้นๆ อยู่ในขอบเขตเพียงไร

กรณีศึกษาเรื่องที่ 22 (เรื่องเสร็จที่ 843/2542)

ประเด็นปัญหา เนื่องจากในระหว่างการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ประชานสภาหรือรองประชานสภา ซึ่งทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมได้เดินลงจากบัลลังก์ โดยมีได้ตั้งอย่างใด ซึ่งตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 ข้อ 29 ให้ถือว่าเลิกประชุม ทำให้เกิดปัญหาในสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ซึ่งประชุมต่อไปไม่ได้ กรมการปกครองจึงขอเสนอแก้ไขระเบียบดังกล่าวโดยให้ถือว่าประธานไม่อยู่ในที่ประชุม หากลงจากบัลลังก์โดยมีตั้งอย่างใดก่อนหมดวาระการประชุม แต่มีปัญหาว່ว่าอาจขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ จึงขอหารือว่า คำว่า “ไม่อยู่ในที่ประชุม” ในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดหมายความว่ารวมถึง “อยู่ในที่ประชุมแต่ไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ด้วยหรือไม่” และหากจะกำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ กรณีที่ประธานสภาอยู่ในที่ประชุมแต่ไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ ให้ถือว่าไม่อยู่ในที่ประชมนั้น จะเป็นการกำหนดที่ขัดกับมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดหรือไม่

การวินิจฉัย เมื่อพิจารณาด้อยคำในมาตรา 20 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540 ประกอบกันแล้ว เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายไว้เป็นพิเศษแล้ว คำว่า “ไม่อยู่ในที่ประชุม” ตามมาตรานี้ จึงต้องถือตามสภาพแห่งความเป็นจริง

กล่าวคือ ตัวบุคคลนั้น ต้องไม่อยู่ในที่ประชุมจริง หากผู้นั้นยังอยู่ในที่ประชุมแต่ไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่อาจถือว่า “ไม่อยู่ในที่ประชุม” นี้ได้ ดังนั้น กระทรวงมหาดไทยจะไปกำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยข้อบังคับการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ ให้กรณีที่ประธานสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด อยู่ในที่ประชุมแต่ไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ ถือว่า ไม่อยู่ในที่ประชุมนั้น เป็นการขัดต่อมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดฯ และไม่สามารถทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ ควรนิยามความหมายให้ชัดเจนไว้ในระเบียบที่จะออกขึ้น โดยยึดถือการให้ความหมายรวมการวินิจฉัยตีความของกฎหมายแม่บท

4.2 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ

โดยหลักการการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการกำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่ไม่สามารถบัญญัติไว้ในตัวพระราชบัญญัตินั้นๆ ได้ เป็นหลักการที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารได้กำหนดรายละเอียดต่างๆ ที่จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนั้นๆ สามารถดำเนินการเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการภายใต้ขอบเขตของการออกกฎหมายในเรื่องนั้น ดังนั้นโดยวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดรายละเอียดต่างๆ ไว้ในรูปแบบของกฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบหรือข้อบังคับ ซึ่งจะต้องมีการกำหนดรายละเอียดของเรื่องที่จะต้องปฏิบัติให้ครบถ้วน การที่ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารโดยไปกำหนดให้การปฏิบัติในบางเรื่องจะต้องดำเนินการโดยมอบอำนาจต่อให้มีผู้ดำเนินการหรือมอบหมายต่อให้มีการกำหนดรายละเอียดต่อไป การดำเนินการเช่นนี้ย่อมเป็นการมอบอำนาจต่อของฝ่ายบริหารซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 339/2532)

ประเด็นปัญหา กรณีกรมโยธาธิการจะขกร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 เพื่อควบคุมอาคารขนาดใหญ่ โดยในร่างกฎกระทรวงนี้จะกำหนดว่า รายละเอียด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ที่เกี่ยวกับติดตั้งระบบประปาไฟฟ้าและการป้องกันอัคคีภัยการระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดของเสียให้เป็นไปตามที่กรมโยธาธิการประกาศกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ที่บัญญัติให้การกำหนดในเรื่องระบบต่างๆ ดังกล่าวต้องกำหนดในกฎกระทรวง เพราะอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือสิ่งที่จะติดตั้งเพื่อประโยชน์ในการใช้อาคารนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะควบคุมอย่างเข้มงวดเพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง

ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจรและการอื่นที่จำเป็น ซึ่งในเรื่องของระบบการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ การป้องกันอัคคีภัย การจัดแสงสว่าง การระบายอากาศ การระบายน้ำ การจำกัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลนั้น มาตรา 8 (4) และ (6) นั้น ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการติดตั้งระบบการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ และการป้องกันอัคคีภัย มาตรา 8 (4) และกำหนดระบบการจัดแสงสว่างการระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดขยะมูลฝอยสิ่งปฏิกูล มาตรา 8 (6) ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในเรื่องของระบบต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้วจะต้องกำหนดไว้ในกฎกระทรวงและในการออกกฎกระทรวงดังกล่าวนี้จะต้องได้รับคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารด้วย ดังนั้น กรมโยธาธิการจะออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดในเรื่องการติดตั้งระบบประปา ไฟฟ้า การป้องกันอัคคีภัย การระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดน้ำเสีย ฯลฯ โดยกำหนดในกฎกระทรวงว่า รายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับการติดตั้งระบบต่างๆ ดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กรมโยธาธิการกำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงไม่อาจกระทำได้ เพราะ ไม่เป็นไปตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร ที่บัญญัติให้กำหนดในเรื่องระบบต่างๆ ดังกล่าวต้องกำหนดในกฎกระทรวง

มาตรฐานการออกกฎ กรณีปัญหาเป็นเรื่องการที่ไปกำหนดในกฎกระทรวงให้มีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดในรายละเอียดซึ่งไม่สามารถกระทำได้ เพราะได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแม่บทแล้วแต่ก็มีวิธีการแก้ไขโดยกำหนดรายละเอียดไว้ท้ายกฎกระทรวงดังกล่าว ในกรณีเหตุผลของกรมโยธาธิการที่ว่า การติดตั้งระบบประปาไฟฟ้า การป้องกันอัคคีภัย การระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดน้ำเสีย ฯลฯ เป็นเรื่องทางด้านวิชาการและต้องการแก้ไขเพื่อให้ทันกับเทคโนโลยีที่ได้มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา การมอบให้กรมโยธาธิการ กำหนดเรื่องระบบต่างๆ ดังกล่าวโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาจะทำให้มีการคล่องตัวนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า เรื่องที่จะมอบให้กรมโยธาธิการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษานี้อาจกำหนดไว้เป็นรายละเอียด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขท้ายกฎกระทรวงได้ ซึ่งก็จะทำให้สามารถเข้าขอบพญญูติที่เป็นสาระของกฎกระทรวงดังกล่าวได้ง่าย และการแก้ไขในรายละเอียดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขท้ายกฎกระทรวงดังกล่าว ก็อาจกระทำได้ไม่ต่างไปจากที่กรมโยธาธิการจะแก้ไขประกาศของกรมโยธาธิการที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเอง เพราะแม้ว่าการออกกฎกระทรวงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ตาม แต่กรณีเร่งรัดก็อาจเร่งรัดการดำเนินการได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 268/2542)

ประเด็นปัญหา อธิปไตยกรรมสรรพสามิตมีอำนาจตามประกาศกระทรวงการคลังเรื่องลดอัตราและยกเว้นภาษีสรรพสามิตซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 ออกหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการกำหนดอัตราปริมาณการสูญหายได้โดยมิต้องชำระภาษีน้ำมันเชื้อเพลิงสำหรับเครื่องบินไอพ่นในอัตราใดละ 3 บาทหรือไม่ ถ้าไม่มีอำนาจควรดำเนินการอย่างไร

การวินิจฉัย มาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 กำหนดให้อำนาจในการลดอัตราหรือยกเว้นภาษีให้แก่สินค้าหรือบริการใดๆ เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้ใช้อำนาจดังกล่าวโดยการออกประกาศกระทรวงการคลังเรื่องลดอัตราและยกเว้นภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 27) และประกาศกระทรวงการคลังเรื่องลดอัตราและยกเว้นภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 29) ฯ เพื่อกำหนดเกี่ยวกับสินค้าที่ได้รับการลดอัตราภาษีหรือยกเว้นภาษี แต่เนื่องจากมีรายละเอียดในบางเรื่องได้กำหนดให้อธิบดีกรมสรรพสามิตเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการลดอัตราและยกเว้นภาษีสรรพสามิต เช่น กรณีของน้ำมันเชื้อเพลิงของเครื่องบินไอพ่นเป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการให้อำนาจแก่อธิบดีกรมสรรพสามิตในการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวข้องที่ไม่ได้กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงการคลังทั้งนี้เพื่อให้มีความยืดหยุ่น และทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปได้อย่างรวดเร็วและคล่องตัวอันเป็นสิ่งที่กระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะให้มีการมอบอำนาจต่อในบางเรื่องอาจกระทำได้หากเป็นการกำหนดรายละเอียดเพื่อให้มีความยืดหยุ่น และทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างรวดเร็วและคล่องตัวอันเป็นสิ่งที่กระทำได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 49/2546)

ประเด็นปัญหา แพทยสภาจะออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้สามารถใช้อย่างบังคับกับแพทย์ทุกคน ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมไปแล้วจะกระทำได้หรือไม่ (ในใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมเดิมไม่ได้กำหนดวันหมดอายุไว้)

การวินิจฉัย การออกข้อบังคับแพทยสภาเป็นการออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ดังนั้น ข้อบังคับแพทยสภาจึงสามารถกำหนดเรื่องต่างๆ ได้เพียงภายในขอบเขตที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้อำนาจไว้ เมื่อมาตรา 21 (3) (จ) และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 บัญญัติให้แพทยสภามีอำนาจออกข้อบังคับแพทยสภาในเรื่องหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาต โดยไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ที่กำหนดว่า บัญญัติให้ใบอนุญาตนั้นต้องมีอายุใบอนุญาตหรือมีการต่ออายุใบอนุญาตไว้ด้วย ซึ่งมีผลทำให้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ใช้ได้ตลอดไปจนกว่าจะมีการเพิกถอนตามเงื่อนไขของ

กฎหมาย การจะมีข้อกำหนดในข้อบังคับแพทยสภาให้ใบอนุญาตสิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนด และต้องต่ออายุใบอนุญาตจึงเป็นการออกข้อบังคับเกินขอบเขตที่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจไว้ โดยที่การห้ามบุคคลใดประกอบวิชาชีพเวชกรรมเว้นแต่ได้รับใบอนุญาตนั้น เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งตามมาตรา 29 และมาตรา 50 วรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ด้วยเหตุนี้การจะกำหนดอายุใบอนุญาตขึ้นไว้ จึงเท่ากับเป็นการจำกัดระยะเวลาการประกอบอาชีพไปด้วย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นได้จะต้องกำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น ดังเช่น ที่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะในกฎหมายการประกอบวิชาชีพอื่นๆ แพทยสภาจึงไม่มีอำนาจออกข้อบังคับแพทยสภา เพื่อกำหนดอายุใบอนุญาต และการต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม ทั้งแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้แล้วและแพทย์ที่จบใหม่ได้ รวมทั้งไม่สามารถจะกำหนดเรื่องอายุใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตโดยการออกคำสั่งทางปกครองได้ ถ้าเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนในด้านการได้รับการรักษาพยาบาลอย่างมีประสิทธิภาพสามารถกำหนดเรื่องอายุใบอนุญาตและการต่ออายุใบอนุญาตโดยให้มีผลใช้บังคับกับแพทย์ทุกคนนั้นสามารถจะกระทำได้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 เพื่อเพิ่มบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวให้ชัดเจน ทำนองเดียวกับวิชาชีพอื่นๆ

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ นั้นจะต้องพิจารณาว่า กฎดังกล่าวอยู่นั้นอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายมาตรานั้นให้อำนาจไว้เพียงใด

กรณีศึกษาเรื่องที่ 4 (เรื่องเสร็จที่ 130/2546)

ประเด็นปัญหา การออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ.2544 ข้อ 5.14 ที่ให้อำนาจผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครกำหนดกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพที่ต้องควบคุมในเขตกรุงเทพมหานครเพิ่มเติมได้ตามที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศเพิ่มเติม จะสอดคล้องกับบทอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 และมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 หรือไม่

การวินิจฉัย ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 กรุงเทพมหานครมีอำนาจออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครให้ส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดของพื้นที่ในเขตกรุงเทพมหานครเป็นเขตควบคุมการเลี้ยงสัตว์หรือปล่อยสัตว์ และอาจกำหนดให้เป็นเขตห้ามเลี้ยงหรือปล่อยสัตว์บางชนิดหรือบางประเภทโดยเด็ดขาดหรือไม่เกินจำนวนที่กำหนด หรือเป็นเขตที่การเลี้ยงหรือปล่อยสัตว์บางชนิดหรือบางประเภท ต้องอยู่ภายใต้มาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ ดังนั้น การกำหนดเขตพื้นที่ดังกล่าว จึงเป็นสาระสำคัญและมีผลกระทบต่อการค้าวิชาชีพ

ของประชาชน และการออกข้อบัญญัติในเรื่องดังกล่าว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภากรุงเทพมหานคร ตามมาตรา 97 (2) แห่งพระราชบัญญัติกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528 ที่จะต้องกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในข้อบัญญัติ การที่ข้อบัญญัติข้อ 7 กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในการออกประกาศกำหนดเขตพื้นที่ดังกล่าว จึงไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่เป็นบทอาศัยอำนาจดังกล่าวข้างต้น และเป็นการแก้ไขเงื่อนไขของกฎหมาย

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะมีการมอบอำนาจต่อให้ตัวบุคคลหรือตำแหน่งหน้าที่ไปกำหนดอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมย่อมกระทำไม่ได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจนให้เป็นอำนาจที่จะกระทำโดยการออกกฎเท่านั้น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 5 (เรื่องเสร็จที่ 130/2546 และเรื่องเสร็จที่ 39/2547)

ประเด็นปัญหา การที่ข้อบัญญัติของกรุงเทพมหานครกำหนดให้อำนาจผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีอำนาจกำหนดกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพที่ต้องควบคุมในเขตกรุงเทพมหานครเพิ่มเติมได้ตามที่กระทรวงสาธารณสุขจะประกาศเพิ่มเติมนั้นจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดว่าการกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่นได้นั้น จะต้องมีการประกาศกระทรวงสาธารณสุขกำหนดให้กิจการใดเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพเสียก่อน และราชการส่วนท้องถิ่นจึงสามารถจะกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่น โดยออกเป็นข้อกำหนดท้องถิ่นภายหลัง จึงเป็นการกำหนดที่นอกเหนือไปจากประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่อง กิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและไม่อยู่ในอำนาจของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครที่จะกำหนดได้เองโดยไม่ออกเป็นข้อบัญญัติฯ ดังนั้น จึงไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่เป็นบทอาศัยอำนาจ ประกอบกับการออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่อง กิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพนั้น มิใช่เป็นเรื่องการมอบอำนาจให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครในการตราระเบียบข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ใด แต่เป็นเพียงเงื่อนไขของกฎหมายที่ออกให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นเพื่อกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพบางกิจการหรือทุกกิจการ ให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่นนั้น ซึ่งจากเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว การกำหนดประเภทของกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพบางกิจการหรือทุกกิจการให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในเขตกรุงเทพมหานคร จึงต้องกำหนดประเภทของกิจการไว้ให้ชัดเจนในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ดังนั้น การให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้กำหนดกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพจึงไม่สามารถกระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎในเรื่องนี้จะต้องมีความชัดเจนในอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้หากจะมีการมอบอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎนั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่

ชัดเจนสามารถกระทำต่อได้หรือไม่ การมอบอำนาจให้ดำเนินการต่อไปในบางเรื่องที่สามารถทำได้ นั้นจึงต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าดำเนินการในเรื่องอะไรได้บ้างซึ่งจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจน

4.3 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ

โดยหลักการการออกกฎที่ดีนั้นกฎจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ โดยเฉพาะถ้อยคำของกฎนั้นจะต้องไม่มีความคลุมเครือต้องมีความชัดเจนสามารถที่จะนำไปปฏิบัติได้ตรงตามวัตถุประสงค์ ซึ่งหากกฎที่ฝ่ายบริหารออกขึ้นนั้นมีความชัดเจน ถ้อยคำไม่คลุมเครือจะทำให้การบังคับใช้กฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการซึ่งกระบวนการของการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจโดยเฉพาะที่ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้น ดังนั้น การที่จะทำให้กฎที่ออกขึ้นโดยฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ผู้ออกกฎจึงควรคำนึงถึงความชัดเจนเพียงพอของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 58/2476)

ประเด็นปัญหา การใช้ถ้อยคำในกฎหมายควรมีลักษณะอย่างไร

การวินิจฉัย การใช้ถ้อยคำให้ชัดในภาษากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาอย่างยิ่ง ส่วนข้อที่เรียกว่า คำกวม เคลือบคลุม ซึ่งบางทีอาจมีในกฎหมายและทำให้จำต้องเขียนคำอธิบายเป็นเล่มสมุดขึ้นนั้น ไม่มีประเทศใดในโลกที่จะหลีกเลี่ยงเสียได้ มิฉะนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีโรงเรียนกฎหมาย ผู้สอนกฎหมาย นักเรียนกฎหมาย ทนายความ เป็นที่แน่ว่าการใช้ถ้อยคำให้ชัดในภาษากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาอย่างยิ่ง แต่จนตราบททุกวันนี้นี้ก็ยังไม่เห็นประเทศใดในโลก ที่สามารถทำได้ ที่ปรึกษากฎหมายชาวต่างประเทศได้แนะนำให้ออกกฎที่ง่ายที่สุดในกฎหมายอยู่เสมอ

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารควรมีความชัดเจนในถ้อยคำเป็นถ้อยคำที่ง่ายที่สุดในกฎหมายเสมอ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 526/2531)

ประเด็นปัญหา กรณีที่กฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ.2527) ออกตามความในพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 ข้อ 12 (1) ซึ่งบัญญัติว่า

ข้อ 12 ที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรมให้ใช้ประโยชน์เพื่อเกษตรกรรมหรือเกี่ยวข้องกับเกษตรกรรมเป็นส่วนใหญ่และห้ามใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อกิจการตามที่กำหนดดังต่อไปนี้

(1) กิจการค้าที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินที่มีการแบ่งแยกที่ดินเพื่ออยู่อาศัย ประกอบการพาณิชย์หรือประกอบการอุตสาหกรรมเว้นแต่การจัดสรรที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดสรรที่ดิน

ร่างกฎกระทรวงดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนอย่างไร

การวินิจฉัย กรณีการออกกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้มีถ้อยคำที่อาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการอธิบายความหมายคือ ถ้อยคำที่ว่า “กิจการค้าที่ดิน” และถ้อยคำที่บัญญัติว่า “การจัดสรรที่ดิน” ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการจัดสรรที่ดินซึ่งกรรมการกฤษฎีกาคณะ 7 ได้ อธิบายความหมายของถ้อยคำ 2 ประการดังนี้ “การค้าที่ดิน” หมายถึง การได้มาและจำหน่ายไปซึ่ง ที่ดินเพื่อประโยชน์ในกิจการค้าหากำไรโดยวิธีขาย แลกเปลี่ยนหรือให้เช่าซื้อที่ดิน ส่วน “การจัดสรรที่ดิน” หมายถึง การจัดจำหน่ายที่ดินติดต่อกันเป็นแปลงย่อมมีจำนวนตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไป ไม่ว่าโดยวิธีใดและมีการให้คำมั่นหรือแสดงออกโดยปริยายว่า จะจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือบริการ สาธารณะหรือปรับให้ที่ดินนั้นเป็นที่อยู่อาศัยที่ประกอบการพาณิชย์ หรือ ที่ประกอบการ อุตสาหกรรม เมื่อการอธิบายความหมายของถ้อยคำดังกล่าวมีความแตกต่างกันแต่ได้บัญญัติไว้ใน ข้อเดียวกันของกฎกระทรวงดังกล่าว จึงเป็นปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนในความหมาย ซึ่งทำให้เกิดการอธิบายตีความ ขยายความไปแตกต่างกัน

มาตรฐานการออกกฎ กรณีที่เกิดปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนของความหมายใน ถ้อยคำที่กำหนดไว้ในกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้ แนวทางที่ควรบัญญัติไว้ในกฎของฝ่ายบริหาร ดังกล่าว คือ การบัญญัติถ้อยคำความหมายที่เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งสามารถที่จะกระทำได้โดยมี ถ้อยคำของการอธิบายความในความหมายของถ้อยคำนั้นๆ ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 139/2544)

กรณีที่มาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 6) พ.ศ.2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2541 ได้บัญญัติไว้ว่า “ มาตรา 5 สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำร้องของตนเองที่มี อยู่ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ.2527 ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับให้ ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน พ.ศ.2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชกฤษฎีกานี้” มีความหมายเพียงไร

การวินิจฉัย จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการใช้ถ้อยคำที่ว่าสิทธิที่จะเบิกค่าเช่า บ้านของข้าราชการฯ ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับให้ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิ ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน พ.ศ.2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกานี้ เป็นการ ใช้ ถ้อยคำที่มีความคลุมเครือมีการอธิบาย ขยายความและการตีความที่แตกต่างกันไป ถึงเรื่องการมี สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้าน ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ ซึ่งเป็นปัญหาแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ทำให้ เกิดการให้ความเห็นที่แตกต่างกันไป

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีนี้ควรบัญญัติถ้อยคำที่เป็น รายละเอียดในเนื้อหาให้ชัดเจนซึ่งในกรณีนี้ควรบัญญัติให้ชัดเจนในถ้อยคำที่กำหนดว่า สิทธิที่จะ

เบิกค่าเช่าบ้านก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ ให้ยังคงมีสิทธิต่อไปนั้น มีลักษณะประการใด จะทำให้ผู้เกี่ยวข้องได้เข้าใจได้อย่างชัดเจนและการบังคับใช้กฎจะเกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

4.4 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

โดยหลักการกฎของฝ่ายบริหารที่ออกขึ้นเป็นสิ่งที่กำหนดรายละเอียดที่จะบังคับใช้ใน บทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ กฎที่ฝ่ายบริหารได้ออกขึ้นจึงต้องเป็นไปเพื่อให้การปฏิบัติตามที่ กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เนื้อหาของกฎที่ออกขึ้นจึง ต้องไม่เป็นการสร้างภาระเงื่อนไขที่เกินความจำเป็น หากจะมีการกำหนดภาระเงื่อนไขไว้ในกฎ ดังกล่าวนั้นก็ต้องเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น ไม่ควรมีการออกกฎที่ สร้างภาระเงื่อนไขเกินความจำเป็นเกิดเป็นภาระของผู้บังคับใช้โดยไม่มีโอกาสที่จะได้แย้งใดๆ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 393/2548)

ประเด็นปัญหา การที่ร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. กำหนดให้ต้องแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินทั้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักและรอง

การวินิจฉัย กรณีดังกล่าวนี้ น่าจะเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร เนื่องจากการใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักนั้นย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดในร่าง กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมและสามารถใช้ประโยชน์ได้เต็มทั้งพื้นที่อยู่แล้วจึง ไม่มีความ จำเป็นต้องแจ้งข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้ควรกำหนดให้ชัดเจนใน ลักษณะการที่จะต้องแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินอยู่ในขอบเขตเพียงใดและไม่เป็นการเกินขอบเขต ที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

4.5 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับบทอาศัยอำนาจ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 271/2484)

ประเด็นปัญหา การอ้างมาตราในการออกกฎ มีหลักเกณฑ์อย่างไร

การวินิจฉัย ตามหลักกฎหมายไม่จำเป็นจะต้องอ้างพระราชบัญญัติฉบับแก้ไข เพราะ ข้อความตามในพระราชบัญญัติฉบับใหม่ย่อมใช้ข้อความในฉบับเดิมอยู่ในตัวแล้ว แต่เพื่อความ สะดวก และเพื่อการค้นหาป้องกันการสงสัย ก็ควรอ้างไว้ด้วย และเนื่องจากการอ้างจะต้องอ้าง มาตราที่ระบุอำนาจโดยเฉพาะ และมาตรารักษาการไว้ด้วย ดังนั้น ชื่อซึ่งอ้างพระราชบัญญัติด้วย นั้นไม่ต้องระบุฉบับแก้ไขลงไปด้วย

มาตรฐานการออกกฎ การอ้างมาตราในการออกกฎจะต้องอ้างมาตราที่ระบุอำนาจไว้ โดยเฉพาะ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 146/2494)

ประเด็นปัญหา บรรดากฎกระทรวงและพระราชกฤษฎีกาที่ได้ตราไว้โดยอาศัย บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรเดิม ซึ่งได้ถูกยกเลิกนั้น จะยังใช้ได้ต่อไปหรือถูกยกเลิกไปด้วย

การวินิจฉัย ต้องพิจารณาว่า บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้นได้บัญญัติในหลักการเดิม หรือได้แก้ไขเพิ่มเติมหลักการเดิมใหม่ ถ้าปรากฏว่ามีได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขหลักการเดิม บรรดา กฎกระทรวง พระราชกฤษฎีกาที่ได้ใช้อยู่แล้ว ก็ยังมีผลใช้บังคับ ไม่จำเป็นต้องออกกฎกระทรวง หรือตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใหม่ แต่ถ้าหากว่า ได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมหลักการเดิม ก็ จำเป็นต้องออกกฎกระทรวงหรือพระราชกฤษฎีกาใหม่

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎในกรณีที่ไม่มีบทเฉพาะกาลไว้ และได้แก้ไขแม่บท ในมาตรานั้น ที่ให้อำนาจในการออกกฎ จะต้องพิจารณาถึงหลักการของกฎหมายแม่บทในมาตราที่ แก้ไขนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมหรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อกฎที่ยังใช้บังคับอยู่

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 133/2497)

ประเด็นปัญหา กรณีที่มีการพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับ แต่กฎหมายแม่บทดังกล่าว ได้ยกเลิกแล้ว แต่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา หลังพระราชบัญญัติ แม่บทฉบับใหม่ออกมา (ยกเลิกพระราชบัญญัติเดิม) กรณีนี้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว มีผลอย่างไร

การวินิจฉัย แม้จะลงพระปรมาภิไธย ยังมิได้มีการยกเลิกกฎหมายแม่บทแต่พระราช กฤษฎีกาดังกล่าวก็ยังห้ามมีผลใช้บังคับไม่ การมีผลใช้บังคับของกฎหมายดังกล่าวต่อเมื่อได้ประกาศ ในราชกิจจานุเบกษา กฎหมายแม่บทที่อ้างถูกยกเลิกไปแล้ว เท่ากับอ้างกฎหมายแม่บทที่ไม่มีแล้ว ย่อมใช้ไม่ได้ในตัว

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารกรณีที่กฎหมายแม่บทดังกล่าว ได้ถูก ยกเลิกไปแล้ว หากกฎหมายฉบับใหม่ ไม่มีบทเฉพาะกาลรองรับบทดังกล่าว ย่อมต้องถูกยกเลิกไป

กรณีศึกษาเรื่องที่ 4 (เรื่องเสร็จที่ 135/2497)

ประเด็นปัญหา การประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ออกโดย อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ หรือไม่

การวินิจฉัย เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ได้ตราขึ้นโดยอาศัย อำนาจกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้ว ก็ย่อมใช้บังคับมิได้ เพราะ ปรากฏว่ากฎหมายที่อ้างนั้น ได้ถูก ยกเลิกไปแล้ว พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงเท่ากับอ้างพระราชบัญญัติแม่บทที่ไม่มีแล้วก็ย่อมใช้ไม่ได้ อยู่ในตัว

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้วย่อมใช้บังคับมิได้ แม้ว่าขณะที่ออกกฎในเรื่องนั้น กฎหมายแม่บทยังไม่ถูกยกเลิกต่อมาได้ถูกยกเลิกไปแล้ว และไม่มีบทเฉพาะกาลในกฎหมายใหม่

กรณีศึกษาเรื่องที่ 5 (เรื่องเสร็จที่ 52/2523)

ประเด็นปัญหา การออกระเบียบตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตนเอง พ.ศ.2522 จะกระทำได้แค่ไหน เพียงไร

การวินิจฉัย ตามพระราชบัญญัติจัดระเบียบบริหารหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตนเอง พ.ศ.2522 บัญญัติให้กระทรวงมหาดไทยออกระเบียบได้เพียง 2 กรณีเท่านั้น คือในมาตรา 11 วรรคสอง ที่ให้ออกระเบียบกำหนดหนังสือสำคัญ ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ และในมาตรา 26 ให้ออกระเบียบว่าด้วยวิธีการงบประมาณและการคลังของหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตนเอง ฉะนั้นเรื่องใดที่ไม่มีบัญญัติมาตราหนึ่งมาตราใดให้อำนาจไว้โดย ชัดแจ้ง ให้ออกระเบียบได้ กระทรวงมหาดไทยจะออกระเบียบในเรื่องนั้นโดยอาศัยอำนาจแต่เพียงอำนาจตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งมิได้ เพราะมาตรา 5 วรรคหนึ่ง เป็นเพียงบทมาตรา กำหนดผู้มีอำนาจออกระเบียบได้เท่านั้น

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทนั้น โดยหลักการจะต้องมีบทมาตราในกฎหมายนั้นให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้นๆ จะอาศัยอำนาจมาตราที่กำหนดให้ออกระเบียบได้เท่านั้นมิได้ เพราะมาตราที่ให้รัฐมนตรีรักษาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดผู้มีอำนาจออกระเบียบ (กฎ) ได้เท่านั้น ดังนั้นเรื่องใดที่ไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ออกระเบียบได้ หน่วยงานจะอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมารตรักษาการออกกฎในเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติ มาตราหนึ่งมาตราใดให้อำนาจไว้ก็ย่อมจะกระทำมิได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 6 (เรื่องเสร็จที่ 445/2528)

ประเด็นปัญหา การออกกฎกระทรวง “กำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้” มีความหมายอย่างไร

การวินิจฉัย การออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ต้องอยู่ในขอบเขตที่ว่า พระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจหรือมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเสียก่อนแล้วจึงจะออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติภารกิจเกี่ยวกับการนั้น

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารจะกระทำได้จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัตินั้นๆ ที่ให้อำนาจที่จะออกกฎในเรื่องนั้นๆ ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา รัฐมนตรีรักษาการที่กำหนดการออกกฎกระทรวงกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินั้นเพียงมาตราเดียวไม่ได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 7 (เรื่องเสร็จที่ 126/2531)

ประเด็นปัญหา ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ในกรณีที่จะออกกระเบียบเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 9 อำนาจในการออกกระเบียบฯ ดังกล่าว ใครเป็นผู้มีอำนาจในการออกกระเบียบระหว่างคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามประมวลกฎหมายที่ดิน

การวินิจฉัย มาตรา 9 ของประมวลกฎหมายที่ดินเป็นบทบัญญัติห้ามมิให้บุคคลกระทำการตามที่ระบุไว้ถ้ามิได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ก็ได้บัญญัติเรื่องการออกกระเบียบเกี่ยวกับการอนุญาตไว้ ดังนั้น การอนุญาตตามมาตรา 9 นี้ จึงเป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติวิธีปฏิบัติในการอนุญาตของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นพิเศษแล้ว รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายย่อมมีอำนาจหน้าที่ที่จะควบคุมดูแลการปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการอนุญาตให้เป็นไปในแนวเดียวกันได้แม้ว่ามาตรา 15 (4) แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.2497 ซึ่งเป็นบทรักษาการจะมีได้บัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกระเบียบก็ตามแต่การออกกระเบียบเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 9 ย่อมเป็นอำนาจในทางบริหารของรัฐมนตรี

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารโดยคำนึงถึงอำนาจของผู้มีอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่ออกโดยไม่ถูกต้องย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 8 (เรื่องเสร็จที่ 262/2531)

ประเด็นปัญหา กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกกฎกระทรวงโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการแก้ไขอาคารที่ติดตั้งลูกกรงเหล็กคัต ๆ ได้หรือไม่

การวินิจฉัย บทบัญญัติมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 บัญญัติให้ในกรณีที่อาคารซึ่งก่อสร้างดัดแปลงหรือเคลื่อนย้ายโดยได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้หรือได้ก่อสร้างดัดแปลงหรือเคลื่อนย้ายก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ มีสภาพหรือมีการใช้ที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือ ก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อสิ่งแวดล้อม ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้ดำเนินการแก้ไข ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 จึงเป็นบทบัญญัติที่ป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ฯ เพราะสภาพของอาคารหรือการใช้อาคารนั้น การติดตั้งลูกกรง เหล็กคัตฯ จนไม่มีช่องทางออกย่อมทำให้อาคารไม่มีทางหนีภัย

ออกมาได้ เมื่อเกิดอัคคีภัย จึงทำให้อาคารมีสภาพไม่ปลอดภัย แก่บุคคลผู้ใช้อาคารนั้น ดังนั้น กระทรวงมหาดไทย จึงออกกฎกระทรวงกำหนดวิธีการแก้ไขตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎในกรณีนี้เป็นการคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนได้รับ ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อดำเนินการในเรื่องใดๆ ตามมาตรานั้นๆ ต้องพิจารณาถึง นัยความหมายของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ และคำนึงถึงประโยชน์ที่ประชาชนโดยส่วนรวมจะได้รับ เช่นในกรณีของมาตรา 46 เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน เพราะ สภาพของอาคาร หรือการใช้อาคาร จึงได้บัญญัติไว้อย่างกว้างให้ครอบคลุมอาคารที่มีสภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ฯ จะเห็นได้ว่าสภาพหรือการใช้อาคารนั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ ชีวิตก็ได้ หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัยก็ได้ อาคารที่ติดตั้งลูกกรงเหล็กคัต โดยไม่มีช่องทางหนีใดๆ ย่อมเป็นอาคารที่มีสภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ที่อยู่ในอาคารได้ หากเกิดเพลิงไหม้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจตามมาตรา 46 สั่งให้ดำเนินการแก้ไขอาคารซึ่งติดตั้งลูกกรงเหล็กคัตฯ ที่ไม่มีช่องทางหนีไฟใดๆ ให้มีช่องทางที่เปิดออกสู่ภายนอกได้ทันที โดยจะเป็นช่องทางที่ส่วนใดของอาคารก็ได้ แต่การแก้ไขอาคารต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร โดยเหตุนี้จึงสามารถออกกฎกระทรวงตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 9 (เรื่องเสร็จที่ 662/2536)

ประเด็นปัญหา ราชการส่วนท้องถิ่นสามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับกิจการที่ต้องแจ้งโดยอาศัยกฎกระทรวง (พ.ศ.2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พุทธศักราช 2484 ได้หรือไม่

การวินิจฉัย การที่มาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 กำหนดให้ ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นกำหนดค่าธรรมเนียมตามหลักเกณฑ์วิธีการ เงื่อนไข และไม่เกินอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวงนั้น ย่อมแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งแล้วว่า การจัดเก็บค่าธรรมเนียมของราชการส่วนท้องถิ่นสำหรับการดำเนินการที่ต้องแจ้งตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะต้องมีการออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมขั้นสูงไว้เสียก่อน ราชการส่วนท้องถิ่นจึงจะมีอำนาจออกข้อกำหนดของท้องถิ่นเพื่อจัดเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้แจ้งตามอัตราและเวลาที่กำหนดไว้ได้

ดังนั้น กฎกระทรวง พ.ศ. 2528 ออกตามความในพระราชการสาธารณสุข พุทธศักราช 2484 ซึ่งยังมีผลใช้บังคับตามมาตรา 90 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2535 ก็บัญญัติไว้

เฉพาะกรณีที่ต้องขออนุญาตเท่านั้น ดังนั้นในกรณีนี้ราชการส่วนท้องถิ่นจึงยังไม่สามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับกิจการที่ต้องแจ้งโดยอาศัยกฎกระทรวง (พ.ศ.2528) นั้นได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่ยังมีผลใช้บังคับตามกฎหมายเดิมที่ถูกละเลินเล่อจำเป็นต้องพิจารณาลักษณะเงื่อนไขในการมีผลใช้บังคับในปัจจุบันด้วย

4.6 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับวันใช้บังคับ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 193/2525)

ประเด็นปัญหา วันใช้บังคับของกฎจะถือวันใดหากมิได้บัญญัติไว้ในการออกกฎนั้นๆ

การวินิจฉัย วันที่กฎประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้น ถือว่ามีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เพราะวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้น เป็นวันที่ถือว่าบุคคลทั่วไปได้ทราบประกาศนั้นแล้ว หากกฎหมายประสงค์จะให้ผลใช้บังคับนอกเหนือไปจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็ต้องระบุวันใช้บังคับไว้ชัดแจ้งในตัวกฎหมายนั่นเอง

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎหากประสงค์จะระบุวันใช้บังคับต้องระบุไว้โดยชัดแจ้งในการออกกฎนั้น แต่หากไม่ได้ระบุไว้ต้องถือวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นวันที่มีผลใช้บังคับ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 240/2526)

ประเด็นปัญหา การออกกฎที่มีได้ทำตามขั้นตอนในกฎหมายจะสิ้นผลบังคับในทันทีหรือไม่ (การที่ประธานคณะกรรมการส่วนจังหวัดกำหนดราคาสินค้าและป้องกัน การผูกขาด มิได้เสนอประกาศที่ออกตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ.2522 ต่อคณะกรรมการส่วนจังหวัด เพื่อพิจารณาอนุมัติ ต่อมา คณะกรรมการส่วนจังหวัดได้ใช้อำนาจตามมาตรา 24 ออกประกาศยกเลิกประกาศดังกล่าว และกำหนดราคาจำหน่ายผลิตภัณฑ์น้ำมันเชื้อเพลิงเสียใหม่ ประกาศเดิมจะสิ้นผลบังคับในทันทีที่มีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือไม่)

การวินิจฉัย การที่ประธานคณะกรรมการส่วนจังหวัด ออกประกาศตามมาตรา 26 วรรคหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจแทนคณะกรรมการเป็นการชั่วคราว ในกรณีที่มีความจำเป็น ซึ่งประกาศดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการอีกชั้นหนึ่งก่อนจึงจะใช้ได้ต่อไป การที่ประธานคณะกรรมการส่วนจังหวัดมิได้เสนอประกาศดังกล่าวต่อคณะกรรมการส่วนจังหวัด เพื่อพิจารณาอนุมัติไม่ทำให้ประกาศนั้นสิ้นผลบังคับในทันที ประกาศนั้นยังคงใช้ได้ต่อไป จนกว่าจะมีประกาศยกเลิกเพราะการยกเลิกประกาศดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้ออกประกาศยกเลิก

มาตรฐานการออกกฎ การออกประกาศที่ยังมิได้ทำตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก็ยังไม่สิ้นผลบังคับในทันที เพราะได้ออกโดยผู้มีอำนาจและกฎหมายได้กำหนดวิธีการยกเลิกว่า จะต้องมิประกาศยกเลิก การที่คณะกรรมการได้ใช้อำนาจตามมาตรา 24 ยกเลิกประกาศเดิม จึงทำให้ประกาศ

เดิมสิ้นผลบังคับนับแต่วันที่ให้มีประกาศยกเลิกนั้น ดังนั้น การออกกฎที่กำหนดเงื่อนไขของการออกกฎไว้ เช่น ผู้มีอำนาจที่จะออกกฎต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 293/2526)

ประเด็นปัญหา ในกรณีที่ให้มีประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้างอาคารลงวันที่ 12 ตุลาคม 2525 ซึ่งออกตามความในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 แล้วต่อมาได้มีการออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2526 กำหนดเรื่องตามประกาศกระทรวงฉบับนั้น จะสามารถใช้บังคับได้โดยถูกต้องหรือไม่ และจะต้องออกกฎกระทรวงกำหนดเรื่องเดียวกันนั้นหรือไม่

การวินิจฉัย การออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2526 เป็นกรณีที่ให้มีการดำเนินการตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 จึงเป็นการถูกต้องแล้ว และไม่ต้องออกกฎกระทรวงในเรื่องเดียวกันนี้อีก

มาตรฐานการออกกฎ การที่ออกกฎที่มีเงื่อนไขการบังคับใช้ของกฎหมายที่จะต้องมีการออกกฎกระทรวงก่อน จึงจะต้องออกข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น เป็นหลักที่กฎหมายวางไว้ แต่เมื่อมีกฎหมายวางหลักเป็นข้อยกเว้นไว้ โดยบัญญัติไว้ชัดเจนว่า ประกาศกระทรวงมหาดไทยที่ออกตามมาตรา 13 นี้จะถือว่า เป็นอันยกเลิกต่อเมื่อไม่มีการออกกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นภายในกำหนดหนึ่งปี นับแต่วันที่ประกาศนั้นมีผลใช้บังคับเท่านั้น ฉะนั้นหากได้มีการออกกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นภายในกำหนดเวลาดังกล่าวแล้ว การบังคับใช้จะต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น ส่วนประกาศกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวที่ออกมาใช้บังคับระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นย่อมจะหมดสภาพการบังคับใช้ชั่วคราวไปด้วย

มาตรา 13 เป็นบทบัญญัติพิเศษที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้มีการออกกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นอย่างใดอย่างหนึ่งได้หลังจากที่มีประกาศของรัฐมนตรีกว่ากระทรวงมหาดไทยแล้ว กรณีเช่นนี้จึงเป็นข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในกรณีปกติตามมาตรา 9 ดังนั้น สำหรับกรณีที่ได้ดำเนินการตามมาตรา 13 นี้ ราชการส่วนท้องถิ่นจึงมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 13 ขึ้นใช้บังคับได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎกระทรวงตามมาตรา 8 เสียก่อนแต่อย่างใด

กรณีศึกษาเรื่องที่ 4 (เรื่องเสร็จที่ 376/2526)

ประเด็นปัญหา กรณีที่ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ราชการส่วนท้องถิ่นจะออกข้อบัญญัติตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้หรือไม่

การวินิจฉัย การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 นั้น จะกระทำได้อีกเมื่อได้มีกฎกระทรวงออกตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตามสำหรับการกำหนดบริเวณห้ามก่อสร้างอาคารตามนัยมาตรา 8 (10) แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว อาจดำเนินการตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้ โดยออกประกาศกระทรวงมหาดไทย กำหนดการดังกล่าวเป็นการชั่วคราว และออกข้อบัญญัติขึ้นใช้บังคับโดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎกระทรวงตามมาตรา 8 เสียก่อนแต่อย่างใด

มาตรฐานการออกกฎ กฎกระทรวงเป็นกฎหมายที่มีขอบเขตการใช้บังคับ กว้างกว่าข้อบัญญัติของราชการส่วนท้องถิ่น การกำหนดรายละเอียดของสาระสำคัญต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 จึงควรต้องกำหนดไว้ในกฎกระทรวงเสียขั้นหนึ่งเสียก่อน เพื่อให้มีลักษณะเป็นมาตรฐานกลางเมื่อราชการส่วนท้องถิ่น ประสงค์จะออกข้อบัญญัติ กำหนดรายละเอียดให้เหมาะสมกับสภาพของท้องถิ่นที่ย่อมกระทำได้ที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวง และถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องออกข้อบัญญัติขัดหรือแย้งต่อกฎกระทรวง ก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคารและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี

กรณีศึกษาเรื่องที่ 5 (เรื่องเสร็จที่ 128/2527)

ประเด็นปัญหา การที่จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2523) ออกตามความในพระราชบัญญัติขนส่งทางบก พ.ศ.2522 โดยแก้ไขวันใช้บังคับ ตามกฎกระทรวงซึ่งเดิมมีผลใช้บังคับวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2523 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยแก้ไขเป็นวันที่ 1 เมษายน 2523 จะกระทำได้เพียงใดหรือไม่

การวินิจฉัย การระบุนวันใช้บังคับกฎกระทรวง ในกรณีที่กฎกระทรวงได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลใช้บังคับไปแล้ว ภายหลังประสงค์จะเลื่อนวันใช้บังคับออกไปก็สามารถทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงดังกล่าวตัวอย่างที่เคยปฏิบัติในทำนองนี้แล้ว เช่น พระราชกฤษฎีกา กำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมท่อพีวีซีแข็ง สำหรับใช้เป็นท่อน้ำดื่มต้องเป็นไปตามมาตรฐาน พ.ศ.2524 ได้กำหนดวันใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม 2525 ต่อมาเนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติการใช้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกา กำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมท่อพีวีซีแข็งสำหรับใช้เป็นท่อน้ำดื่ม ต้องเป็นไปตามมาตรฐาน (ฉบับที่ 2 พ.ศ.2526) เลื่อนวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไปเป็นวันที่ 1 มกราคม 2527 เป็นต้นไปจึงเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทกฎหมายที่มีกำหนดวันใช้บังคับแน่นอนแล้ว ให้มีผลใช้บังคับแตกต่างไป โดยเลื่อนวันใช้บังคับไปเป็นวันอื่น ดังนั้นการตรากฎกระทรวงแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2523) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 เพื่อเลื่อนวันใช้บังคับกฎกระทรวงจากวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2523 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นวันที่ ๑ เมษายน 2523 ย่อมสามารถกระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ หลักการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะกระทำได้ตามที่กฎหมายมอบให้อำนาจไว้และในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดค่าธรรมเนียมในเรื่องนี้มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ได้สำหรับวันที่ใช้บังคับของกฎนั้น ถ้ามิได้ระบุไว้ในกฎหมายว่าให้ใช้บังคับในวันใดต้องถือว่าเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วต้องถือว่าใช้บังคับได้ทันทีแต่ถ้าระบุวันใช้บังคับไว้ในกฎหมายกำหนดวันเริ่มใช้บังคับย่อมเป็นไปตามที่ระบุนั้น

ดังนั้น ในกรณีกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติขนส่งทางบก พ.ศ.2522 ถ้ามิได้ระบุวันใช้บังคับไว้ย่อมมีผลใช้บังคับเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว แต่ถ้าระบุวันใช้บังคับไว้ในกฎกระทรวงก็สามารถทำได้ และวันใช้บังคับก็ย่อมเป็นไปตามที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง ถ้าจะให้ผลใช้บังคับย้อนหลังโดยไม่ทำให้บุคคลใดต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่เป็นการบัญญัติตัดสิทธิบุคคลใดแล้วก็สามารถทำได้เช่นกันตามหลักกฎหมายทั่วไป

การที่จะสมควรตรากฎกระทรวงให้เป็นไปตามความประสงค์ ของกรมการขนส่งทางบกหรือไม่ และในเรื่องนี้จะมีผู้สมควรรับผิดชอบหรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของรัฐมนตรีที่จะเป็นผู้วินิจฉัยกรณีศึกษาเรื่องที่ 6 (เรื่องเสร็จที่ 542-543/2527)

ประเด็นปัญหา การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีที่กำหนดการมีผลใช้บังคับไว้เป็นเงื่อนไขที่ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการเพียงไร

การวินิจฉัย บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ และคนโดยสารรถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะเพื่อป้องกันอันตรายในขณะขับขี่และโดยสารรถจักรยานยนต์ ทั้งนี้ เฉพาะท้องที่ที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาและได้บัญญัติไว้ในวรรคสองว่าความในวรรคหนึ่งให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ มีความหมายว่า การให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เป็นเงื่อนไขที่ฝ่ายนิติบัญญัติบังคับไว้ว่าฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจตามวรรคหนึ่งได้ต่อเมื่อพ้นกำหนด 5 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัติจราจรทางบกใช้บังคับแล้ว ครบใดที่ยังไม่พ้นระยะเวลาดังกล่าวรัฐบาลก็ยังไม่มียอำนาจที่ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับได้ แต่เมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วรัฐบาลจะตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับเมื่อใดนั้นย่อมแล้วแต่รัฐบาลจะพิจารณาเห็นสมควร เพราะบทบัญญัติดังกล่าวมิได้เป็นบทบังคับว่ารัฐบาลจะต้องตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับทันทีที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว รัฐบาลจึงมีอำนาจที่พิจารณาได้ตามความเหมาะสมว่า จะสมควรใช้บทบัญญัติดังกล่าวในท้องที่ใดบ้าง ฉะนั้นหากรัฐบาลเห็นว่า ยังไม่มีท้องที่ใดที่จะสมควรใช้บังคับบทบัญญัติในมาตรา 22 รัฐบาลจะยังไม่ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับก็ย่อมกระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารที่กำหนดเงื่อนไขที่จะต้องตรากฎออกมาใช้ บังคับนั้น มิได้เป็นบทบัญญัติบังคับว่า รัฐบาลจะต้องตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับในทันทีที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว รัฐบาลจึงมีอำนาจที่พิจารณาได้ตามความเหมาะสมว่า จะสมควรใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวในท้องที่ใดและเมื่อใด

กรณีศึกษาเรื่องที่ 7 (เรื่องเสร็จที่ 702/2536)

ประเด็นปัญหา พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมตำรวจกระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2508 ที่ยังมีได้ดำเนินการแก้ไขโดยระบุอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการให้เสร็จภายใน 2 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ใช้บังคับ ตามมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ยังมีผลใช้บังคับหรือไม่และจะถูกยกเลิกเมื่อใด

การวินิจฉัย กำหนดเวลา 2 ปีตามมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 มิใช่เป็นเงื่อนไขที่มีผลบังคับเด็ดขาดว่า เมื่อพ้นกำหนดเวลา 2 ปีแล้วพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการที่ยังมิได้ระบุอำนาจหน้าที่ของแต่ละส่วนราชการไว้สิ้นผลบังคับไปทันที แต่เป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัดให้มีการแก้ไขพระราชกฤษฎีกาให้แล้วเสร็จโดยเร็ว

ดังนั้น พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมตำรวจกระทรวงมหาดไทย พ.ศ.2508 จึงยังคงใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการแบ่งส่วนราชการ กรมตำรวจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ใช้บังคับแทน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 73

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งระบุเงื่อนไขในการออกกฎไว้นั้นเป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัดให้มีการออกกฎมิใช่เป็นเงื่อนไขที่มีผลบังคับเด็ดขาด

4.7 ปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารกรณีอื่นๆ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 1 (เรื่องเสร็จที่ 1/2472)

ประเด็นปัญหา ลักษณะของกฎเสนาบดีและประกาศเสนาบดี มีลักษณะอย่างไร

การวินิจฉัย กฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับสำหรับ รักษาการให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ เสนาบดีมีทั้งอำนาจและหน้าที่ ควบคุมการใช้กฎหมายนั้นๆ จำเป็นจะต้องมีอำนาจในการออกกฎ แก้ไข ยกเลิก ได้ตามยุคตามกาลแล้วแต่จะเห็นสมควร

ประกาศเสนาบดีเป็นบทบัญญัติ ซึ่งมีแม่บทให้ Digenetion Power แก่เสนาบดีเป็นผู้กำหนดขยายความ หรือจำกัดข้อบังคับที่กฎหมายระบุไว้เฉพาะเรื่องเฉพาะรายไม่เกี่ยวข้องกับเรื่อง ควบคุมรักษาการตามพระราชบัญญัติ เหมือนเช่นกฎเสนาบดี อำนาจนี้มีได้อย่างจำกัดเป็น Exceptior แปลใช้ตามตัวหนังสือ จะต้องปฏิบัติตามที่ตัวบทอนุญาตให้เท่านั้น

มาตรฐานการออกกฎ ปัจจุบันกฎเสนาบดีและประกาศเสนาบดีไม่มีการออกกฎดังกล่าวแล้ว

กรณีศึกษาเรื่องที่ 2 (เรื่องเสร็จที่ 98/2477)

ประเด็นปัญหา การออกกฎของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรจะเรียกชื่ออย่างไร

การวินิจฉัย การที่จะออกกฎในเรื่องเช่นนี้ ถ้ามีตัวบทในพระราชบัญญัติให้อำนาจประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ออกกฎได้แล้ว กฎนั้นควรเรียกว่า “กฎประธานสภาผู้แทนราษฎร” กฎเช่นนี้ไม่ต้องนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรเพื่อตรวจพิจารณา เพราะมีสภาพจะเป็นคนละเรื่องต่างจากข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร

มาตรฐานการออกกฎ การเรียกชื่อกฎที่ออกโดยหน่วยงานที่มีลักษณะเป็นพิเศษจะใช้ชื่อเรียกกฎตามหน่วยงานนั้น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 3 (เรื่องเสร็จที่ 145/2486)

ประเด็นปัญหา การออกกฎสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง วางระเบียบการซื้อบัตรหรือเข้าประตูสถานที่

การวินิจฉัย การวางระเบียบดังกล่าว เป็นการกำหนดวัฒนธรรม ให้บุคคลทั่วไปปฏิบัติตาม ซึ่งตามพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พุทธศักราช 2485 กำหนดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา จะวางระเบียบโดยออกเป็นกฎไม่ได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎประเภทใดจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 4 (เรื่องเสร็จที่ 182/2486)

ประเด็นปัญหา การประกาศใช้กฎหมาย มีหลักเกณฑ์อย่างไร

การวินิจฉัย บรรดาบทกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับได้ต้องมีการประกาศให้ประชาชนทราบ ถ้าเป็นพระราชบัญญัติต้องดำเนินการตามมาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย คือ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ถ้าเป็นกฎหมายในรูปอื่น หากมีบทบัญญัติว่าให้ประกาศโดยวิธีใดก็ต้องประกาศโดยวิธีนั้น แต่ถ้าไม่มีบทบัญญัติถึงวิธีประกาศไว้โดยเฉพาะจะประกาศโดยวิธีใดก็ได้ เช่น ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือโดยใช้โดยวิธีอื่น แต่การประกาศโดยวิธีอื่น เช่น ประกาศทางวิทยุกระจายเสียงเมื่อมีคดีเกิดขึ้น ก็ต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ให้เห็นว่า ผู้ต้องหาได้ทราบประกาศนั้นแล้ว ฉะนั้นเพื่อตัดปัญหาจึงควรประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพราะการประกาศดังกล่าวถือเป็นข้อสันนิษฐานโดยเด็ดขาดว่า บุคคลทุกคนทราบแล้ว

มาตรฐานการออกกฎ ปัจจุบันการออกกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปจะต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้บุคคลทั่วไปได้ทราบ

กรณีศึกษาเรื่องที่ 5 (เรื่องเสร็จที่ 48/2492)

ประเด็นปัญหา เรื่องการออกกฎกระทรวงกำหนดแบบพิมพ์ในกรณีที่มีรัฐมนตรีรักษาการมากกว่าหนึ่งกระทรวง

การวินิจฉัย กรณีนี้พิจารณาจากรัฐมนตรีที่รักษาการซึ่งได้บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ เกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎกระทรวง วางระเบียบการอื่นๆ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ฉะนั้นในการที่กำหนดแบบพิมพ์ตามที่หารือไป หรือระเบียบการอื่นใดก็ตามที่ไม่แน่ชัดว่าอยู่ในอำนาจกระทรวงใดเป็นผู้ออกกฎกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม มีอำนาจออกกฎกระทรวงได้ตามบทมาตราที่กล่าวมาแล้ว ส่วนการดำเนินงานนั้นก็สุดแล้วแต่กระทรวงเจ้าหน้าที่ทั้ง 4 กระทรวงจะตกลงมอบหมาย ให้เจ้าหน้าที่กระทรวงใดปฏิบัติงานอย่างไร

มาตรฐานการออกกฎ อำนาจในการออกกฎในกรณีที่รัฐมนตรีหลายกระทรวงรักษาการให้พิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องที่จะออกกฎในเรื่องนั้น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 6 (เรื่องเสร็จที่ 27/2491)

ประเด็นปัญหา การออกกฎ (พระราชกฤษฎีกาใช้บังคับแล้วในท้องที่จังหวัดหนึ่ง ต่อมาจังหวัดนั้นได้ถูกยุบไปต่อมาแล้วได้มีการจัดตั้งจังหวัดนั้นขึ้นใหม่อีก ปัญหาว่า พระราชกฤษฎีกาที่ออกไปแล้วนั้น จะยังใช้ได้หรือไม่

การวินิจฉัย แม้จังหวัดจะถูกยุบหรือท้องที่การปกครองจะถูกเปลี่ยนแปลงไปก็ดี ก็ยังมีผลกระทบกระเทือนถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกไปแล้วไม่ กล่าวคือ บรรดาไม้ในท้องที่นั้นที่ได้กำหนดให้เป็นไม้หวงห้ามนั้นแล้ว ก็จำเป็นต้องเป็นไม้หวงห้ามอยู่ต่อไป โดยเหตุนี้ในคราวที่จังหวัดนครนายกถูกยกเลิกไป บรรดาไม้หวงห้ามที่ได้กำหนดไว้แล้วในจังหวัดนั้น ตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้น จึงยังคงเป็นไม้หวงห้ามอยู่ เมื่อ ได้จัดตั้งจัดหวัดนครนายกขึ้นอีก จึงไม่จำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกา กำหนดไม้หวงห้ามในจังหวัดนครนายกขึ้นใหม่

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎในกรณีที่ได้กำหนดในเรื่องท้องที่ไว้ แม้เขตท้องที่จะเปลี่ยนแปลงไป กฎที่ออกขึ้นในชั้นนี้ยังมีผลใช้บังคับได้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 7 (เรื่องเสร็จที่ 57/2525)

ประเด็นปัญหา การออกกฎ (ข้อบัญญัติของท้องถิ่น) ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร และได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีเสียก่อน เช่นเดียวกับการออกกฎ (ข้อบัญญัติท้องถิ่น) ตามมาตรา 10 หรือไม่

การวินิจฉัย ราชการส่วนท้องถิ่นสามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามมาตรา 9 ได้ โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคารและได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี การที่มาตรา 18 (2) บัญญัติว่า คณะกรรมการควบคุมอาคาร มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นชอบในการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นตามมาตรา 9 นั้น ก็เป็นแต่เพียงการกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ

ควบคุมอาคารไว้ ในกรณีที่ราชการส่วนท้องถิ่นเห็นสมควรเสนอขอความเห็นชอบเท่านั้น มิได้มีผลบังคับให้ข้อบัญญัติราชการส่วนท้องถิ่นที่ออกตามมาตรา 9 ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร และได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีแต่อย่างใด

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎบางกรณีไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากองค์กรในกฎหมายนั้นๆ เป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้เฉพาะบางกรณีเท่านั้น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 8 (เรื่องเสร็จที่ 104 /2527)

ประเด็นปัญหา สำนักงานคณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบก (สจร.) จะมีอำนาจวางแผน คิดตั้ง ตรวจสอบ และบำรุงรักษาสัญญาณไฟจราจรของกรมทางหลวงที่อยู่ในกรุงเทพมหานคร โดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2522 ซึ่งมีใจความว่า ให้อำนาจคณะกรรมการจัดระบบการจราจรทางบกเป็นผู้ปฏิบัติการในเรื่องการวางแผน การคิดตั้ง ตรวจสอบ และบำรุงรักษาสัญญาณจราจร เฉพาะที่เกี่ยวกับสัญญาณไฟจราจร และเครื่องหมายจราจรที่ใช้ประกอบสัญญาณ ไฟจราจรที่ใช้ภายในกรุงเทพมหานคร

การวินิจฉัย ตามมติคณะรัฐมนตรี สจร. มีอำนาจวางแผนคิดตั้ง ตรวจสอบ และบำรุงรักษาสัญญาณไฟจราจร ภายในเขตกรุงเทพมหานคร แทนกองบังคับการตำรวจจราจร ที่เคยรับผิดชอบอยู่เดิมเท่านั้น สำหรับสัญญาณไฟจราจรของกรมทางหลวงในเขตกรุงเทพมหานครนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 295 ได้กำหนดไว้ ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมทางหลวงไว้ โดยเฉพาะ คณะรัฐมนตรีไม่อาจมีมติเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ของกรมทางหลวงที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ ดังนั้น สจร. จึงไม่มีอำนาจปฏิบัติการดังกล่าวเกี่ยวกับสัญญาณไฟจราจรของกรมทางหลวงที่อยู่ในเขตกรุงเทพมหานครได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารเมื่อได้ออกมาใช้บังคับแล้วกฎของฝ่ายบริหารย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ใช้บังคับได้ การที่จะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎดังกล่าวย่อมกระทำไม่ได้ นอกจากจะมีมติของคณะรัฐมนตรีให้มีการแก้ไขกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนี้

กรณีศึกษาเรื่องที่ 9 (เรื่องเสร็จที่ 305/2531)

ประเด็นปัญหา การที่อธิบดีกรมศุลกากรได้เคยมีคำสั่งกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินราคารถยนต์นั่งใช้แล้ว ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรไว้เป็นการทั่วไปแล้ว อธิบดีกรมศุลกากรจะมีอำนาจสั่งการเป็นบันทึกให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมศุลกากรประเมินราคารถยนต์นั่งใช้แล้ว โดยใช้หลักเกณฑ์อื่นที่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในคำสั่งอีกได้หรือไม่

การวินิจฉัย โดยหลักการบริหารราชการแผ่นดินผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจในทางบริหารที่จะกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติไว้สำหรับการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในบังคับ

บัญชาของตนได้ ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติศาลการ พุทธศักราช 2469 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าว โดยให้อธิบดีมีอำนาจออกข้อบังคับสำหรับกรมตามที่เห็นว่าจำเป็นได้

ฉะนั้นการที่อธิบดีได้ออกคำสั่งทั่วไป กรมศาลการที่ 27/2527 จึงเป็นการออกคำสั่งเพื่อกำหนดแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมศาลการ ในการที่จะใช้ดุลพินิจประเมินราคารถยนต์นั่งใช้แล้วตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติศาลการ ฯ ให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

เมื่อคำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารอธิบดีก็ย่อมมีอำนาจในการสั่งการแก้ไขหรือกำหนดแนวทางปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นอย่างอื่น เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หรือข้อเท็จจริงที่มีการเปลี่ยนแปลงในภายหลังได้ แม้ว่าการสั่งการนั้น จะได้กระทำในรูปแบบที่แตกต่างไป จากรูปแบบของคำสั่งทั่วไป กรมศาลการที่ 27/2527 ก็ย่อมเป็นมีผลเช่นเดียวกันการสั่งการของอธิบดี ในครั้งนี้จึงอยู่ในอำนาจที่จะกระทำได้

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีที่เป็นคำสั่งของอธิบดีที่มีกฎหมายรองรับไว้นั้นแม้จะมีรูปแบบที่ทำเป็นบันทึกสั่งการไว้ท้ายบันทึกความเห็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ใช้บังคับได้ ไม่ว่าอธิบดีจะสั่งการในรูป “คำสั่งทั่วไป” หรือสั่งการในรูป “บันทึกสั่งการ” ก็ย่อมมีผลเป็นเช่นเดียวกัน

กรณีศึกษาเรื่องที่ 10 เรื่องเสร็จที่ 8/2532)

ประเด็นปัญหา มติคณะรัฐมนตรีขัดกับกฎหมายหน่วยงานจะต้องปฏิบัติอย่างไร

การวินิจฉัย การที่กรุงเทพมหานครได้ออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องการพัสดุ พ.ศ.2529 ซึ่งบัญญัติให้กรุงเทพมหานคร ต้องซื้อพัสดุและครุภัณฑ์จากการพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจเท่านั้น แต่บริษัทโรงงานอุตสาหกรรมกระดาษบางประอิน จำกัด เป็นบริษัทซึ่งเกิดจากสัญญาร่วมทุน แต่ไม่มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น ในกรณีที่มีมติคณะมนตรีให้หน่วยราชการและวิสาหกิจหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง ซื้อกระดาษหรือผลิตภัณฑ์กระดาษของบริษัทแต่เพียงแห่งเดียว ดังนั้น หากกรุงเทพมหานครจะต้องปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีย่อมจะขัดกับข้อบัญญัติของกรุงเทพมหานครเรื่องการพัสดุ พ.ศ.2529 มติคณะรัฐมนตรีจึงไม่มีผลบังคับให้กรุงเทพมหานครต้องปฏิบัติตามนอกเหนือไปจากการปฏิบัติตามข้อ 20 ของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องการพัสดุ พ.ศ.2529 ซึ่งบัญญัติให้กรุงเทพมหานครต้องซื้อพัสดุและครุภัณฑ์จากการพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจเท่านั้น เพราะมติคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมายที่จะไปแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นกฎหมายของราชการส่วนท้องถิ่น

มาตรฐานการออกกฎ การออกกฎของฝ่ายบริหารเมื่อออกมาใช้บังคับ กฎของฝ่ายบริหารเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับทั่วไปมีลักษณะรัฐมนตรีมีใช้กฎหมายที่จะไปแก้ไขเพิ่มเติมข้อความในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นกฎหมายส่วนราชการท้องถิ่น

กรณีศึกษาเรื่องที่ 11 (เรื่องเสร็จที่ 56/2532)

ประเด็นปัญหา การออกกฎกระทรวงโดยกำหนดให้มี “คณะกรรมการ” ในกฎกระทรวงจะกระทำได้หรือไม่

การวินิจฉัย โดยหลักการการจัดให้มีระบบคณะกรรมการเป็นผู้พิจารณาในเรื่องใดๆ นั้น หากผู้บัญญัติกฎหมายประสงค์จะให้มีความจำเป็นต้องบัญญัติเรื่องคณะกรรมการไว้ในกฎหมายแม่บท แต่โดยที่ การออกกฎกระทรวงในเรื่องนี้กฎหมายแม่บทได้บัญญัติข้อยกเว้นในการใช้บังคับไว้ โดยกฎหมายแม่บทไม่ประสงค์จะให้มีความคณะกรรมการสำหรับทำหน้าที่พิจารณาเรื่องดังกล่าว จึงได้กำหนดให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวงดังนั้น กฎกระทรวงดังกล่าวจึงกำหนดมาตรการต่างๆ ตลอดจนกำหนดให้มีคณะกรรมการ ได้ตามที่เห็นสมควร

มาตรฐานการออกกฎ โดยหลักการการกำหนดของคณะกรรมการจะกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทแต่อาจมีกฎหมายบางฉบับที่ต้องกำหนดมาตรการเฉพาะพิเศษบางอย่าง รวมถึงการให้มีคณะกรรมการเพื่อพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ กรณีดังกล่าวนี้จึงอาจกำหนดให้มีคณะกรรมการในกฎกระทรวงได้

การศึกษาประเด็นปัญหาจากการออกกฎจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยแยกออกเป็น 7 กลุ่มข้างต้นนี้ นับว่าเป็นประโยชน์มาก ซึ่งเมื่อได้พิจารณาประกอบกับรูปแบบการออกกฎในบทที่ 3 แล้ว ย่อมจะทำให้ผู้ต้องทำหน้าที่ยกร่างหรือพิจารณา กฎ นอกจากมีความรู้เกี่ยวกับรูปแบบของกฎอันมีอยู่หลากหลายและกฎบางประเภทมีขั้นตอนและเงื่อนไขการออกแล้ว จะเห็นได้ว่าการออกกฎนั้นยังมีหลักเกณฑ์ที่ควรต้องพิจารณาจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อให้กฎมีความชอบด้วยกฎหมายและมีความถูกต้องเหมาะสมด้วย

4.8 การวิเคราะห์ที่มาของปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร

จากการวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ.2468 ที่เกี่ยวกับการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับการออกกฎ สามารถแยกประเภทความเห็นที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายบริหารได้แก่ ปัญหาการออกกฎที่ออกเกินอำนาจแม่บท ปัญหาการออกกฎที่มีการมอบอำนาจต่อ ปัญหาการออกกฎที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ ปัญหาการออกกฎที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ ปัญหาการออกกฎที่เกี่ยวกับวันบังคับใช้ ปัญหาการออกกฎที่เกี่ยวกับบทอาศัยอำนาจ และปัญหาการออกกฎในกรณีอื่นๆ

สำหรับแนวทางซึ่งเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นปัญหาของกฎนั้นๆ ผู้ศึกษาได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะใช้เป็นแนวทางในการที่ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎ โดยเรียกว่า มาตรฐานการออกกฎซึ่งจะเป็นมาตรฐานส่วนหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความเห็นไว้ในแต่ละกรณีของปัญหาที่เกิดขึ้น

ตามการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ศึกษาได้กำหนดกรณีของปัญหาในการศึกษาไว้ โดยเห็นว่า การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น มีบางกรณีที่ยังเป็นยังปัญหาซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีต่างๆ เหล่านี้เป็นหลักการใหญ่ที่จำเป็นจะต้องมี การวางมาตรฐานที่ชัดเจน ในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นใช้บังคับ

หากจะพิจารณาถึงปัญหาในแต่ละกรณี ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรจะได้มีการวิเคราะห์สาเหตุของปัญหาในแต่ละกรณี ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ควรมีการวิเคราะห์ในภาพรวมทั้ง 7 กรณีที่ได้ศึกษาไว้แล้วนี้ ซึ่งจะทำให้ได้เห็นสภาพปัญหาอันแท้จริงที่เกิดขึ้น เพราะเหตุใดจึงต้องมีกรณีของปัญหาต่างๆ เหล่านั้น และการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในแต่ละกรณีของปัญหานั้นๆ มีผลอย่างไร

1. จากการพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้ง 7 กรณีดังกล่าวนี้ เมื่อวิเคราะห์แล้วพบว่าสาเหตุของการหาหรือมายังคณะกรรมการกฤษฎีกามีดังนี้

(1) เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการตรวจพิจารณาร่างกฎดังกล่าวในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เช่น กรณีของปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงฉบับที่...(พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 8 (11) เสร็จแล้วและได้ให้ความเห็นว่า เนื่องจากลูกกรง เหล็กคัตนั้นมิใช่ “อาคาร” ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ดำเนินการจึงติดตั้งหรือรื้อถอนได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่อาจใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคารสั่งให้แก้ไข ลูกกรง เหล็กคัต ฯลฯ ได้ กระทรวงมหาดไทยจึงสมควรที่จะดำเนินการออกกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 46 เป็นต่างหากอีกฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการแก้ไขอาคาร ซึ่งในกรณีนี้ กรมโยธาธิการในฐานะที่เป็นหน่วยงานที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายควบคุมอาคารมีความเห็นไม่น่าจะกระทำได้ เพราะการติดตั้งลูกกรง เหล็กคัตนั้น มิใช่เป็นการก่อสร้างหรือตัดแปลงอาคาร จึงเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่นำมาสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 262/2531) และในกรณีอื่นๆ ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทำนองเดียวกับปัญหาที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ เช่น (เรื่องเสร็จที่ 56/2532), (เรื่องเสร็จที่ 702/2534) ฯลฯ

(2) เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการประชุมพิจารณาร่างกฎนั้นๆ ของหน่วยงานและเป็นปัญหาที่หน่วยงานไม่สามารถหาข้อยุติได้ จึงได้ส่งเรื่องมาหาหรือเพื่อให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีคำ

วินิจฉัย เช่น ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการประชุมของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติได้พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจในการออกระเบียบเพื่อปฏิบัติตามมาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และมีข้อพิจารณาว่า การออกระเบียบบังคับเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือเป็นอำนาจของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ ซึ่งไม่สามารถหาข้อยุติได้ จึงได้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นในประเด็นดังกล่าว (กรณีของเรื่องเสร็จที่ 126/2531) และในกรณีอื่นๆ ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทำนองเดียวกับปัญหาที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ เช่น (เรื่องเสร็จที่ 352/2532), (เรื่องเสร็จที่ 702/2536) ฯลฯ

(3) เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่กฎดังกล่าวนี้ได้มีการประกาศบังคับใช้แล้ว แต่มีกรณีที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎนั้น เช่น ในกรณีที่ได้มีการตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 และกฎกระทรวงดังกล่าวนี้ได้ประกาศใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2523 แต่ในกรณีดังกล่าวนี้กรมการขนส่งทางบกได้มีหนังสือสั่งการให้สำนักงานขนส่งจังหวัดทั่วประเทศจัดเก็บอัตราค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2523 ซึ่งเป็นความเข้าใจของกรมการขนส่งทางบกในการตรวจสอบการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งมีผลในเรื่องของวันบังคับใช้ กรณีดังกล่าวนี้กรมการขนส่งทางบกจึงได้ทำหนังสือขอหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอแก้ไขวันใช้บังคับของกฎกระทรวงดังกล่าว (เรื่องเสร็จที่ 128/2527) ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้นี้ยังมีปัญหาในลักษณะทำนองเดียวกันซึ่งกฎดังกล่าวนี้ได้ประกาศบังคับใช้แล้ว (เรื่องเสร็จที่ 445/2528), (เรื่องเสร็จที่ 361/2531), (เรื่องเสร็จที่ 526/2531) , (เรื่องเสร็จที่ 139/2544) ฯลฯ

(4) เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการที่หน่วยงานได้ยกร่างกฎดังกล่าวและส่งร่างกฎไปให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา แต่ในการพิจารณาปรากฏว่า มีการสงสัยในปัญหาข้อปัญหากฎหมาย จึงได้ส่งข้อปัญหากฎหมายดังกล่าว ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณา เช่น กรณีที่กระทรวงคมนาคมได้เสนอร่างกฎกระทรวงฉบับที่....(พ.ศ.) ออกตามในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 (กำหนดเงื่อนไขอื่นเพื่อให้รายละเอียดโดยอนุมัติของคณะกรรมการกำหนดไว้ในใบอนุญาตประกอบการขนส่ง) ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ลงมติให้ส่งคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาพิจารณาก่อนว่าการออกกฎกระทรวงนี้จะขัดต่อกฎหมายแม่บทหรือไม่หากไม่ขัดก็ขอให้ตรวจแก้ด้วย (กรณีเรื่องเสร็จที่ 352/2529) ,และในกรณีอื่นๆ ก็เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นทำนองเดียวกับปัญหาที่กล่าวถึงข้างต้นนี้ เช่น (เรื่องเสร็จที่ 8/2532), (เรื่องเสร็จที่ 702/2534) ฯลฯ

ในสาระของปัญหาต่างๆ ที่วิทยานิพนธ์นี้ได้ทำการศึกษา ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้อาจมีสาเหตุมาจากผู้ยกร่างกฎหมายมีความเข้าใจว่า กฎที่ยกร่างขึ้นมานั้นมีความถูกต้อง อยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ หรือมีความจำเป็นต้องทำการการยกร่างกฎนั้นเพื่อดำเนินการให้

เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลในขณะนั้น แต่ส่วนราชการก็ไม่ได้มีความแน่ใจว่ากระทำได้อหรือไม่ และในขอบเขตเพียงใด จึงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็น และหากพิจารณาถึงความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันแล้ว ก็จะพบว่ามักมีปัญหาและสาเหตุอย่างเดียวกัน เว้นแต่ข้อเท็จจริงอาจแตกต่างกันบ้างตามการพัฒนาของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

2. ผลจากการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาทำให้เกิดอะไรในระบบการออกกฎของประเทศไทยบ้าง ผู้ศึกษาพบว่าทำให้เกิดผลต่อการออกกฎดังนี้

(1) ทำให้เจ้าหน้าที่และหน่วยงานของรัฐมีความเข้าใจในเรื่องขอบเขตของการออกกฎที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

(2) ทำให้ตัวร่างกฎที่เกิดขึ้นมีความชัดเจน ถูกต้องตามเกณฑ์ของการตรวจสอบ

(3) การตรวจสอบกฎนั้นสามารถบังคับใช้ได้และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการออกกฎที่ถูกต้องไม่เกิดข้อโต้แย้งใดๆ

4.9 ผลการศึกษาปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร

ตามที่ได้วิเคราะห์สาเหตุของปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นแล้ว ทำให้ทราบถึงสาเหตุในการที่มีปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม การศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะนำแนวทางความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้วินิจฉัยในกรณีของปัญหาต่างๆ เหล่านั้น มาวางแนวทางที่เรียกว่า มาตรฐานการออกกฎที่ดี

จากการแยกประเภทปัญหาต่างๆ ในการออกกฎทำให้ได้แนวทางในการออกกฎที่จะลดปัญหาการบังคับใช้กฎ ซึ่งจากการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาต่างๆ ในการออกกฎของฝ่ายบริหาร ได้เสนอมาตรฐานการออกกฎในปัญหาแต่ละเรื่อง ดังนั้น การเสนอมาตรฐานการออกกฎ จึงควรเป็นหลักเกณฑ์ วิธีการ ความชัดเจน ในการออกกฎของฝ่ายบริหารให้มีแนวทางที่ชัดเจนในการที่จะใช้ออกกฎของฝ่ายบริหาร เพื่อลดปัญหาด้านต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎของฝ่ายบริหาร อันจะนำไปสู่การออกกฎที่ดี และการบังคับใช้กฎที่ดี

แนวทางที่จะใช้เป็นมาตรฐานการออกกฎที่ดี สามารถแยกประเภทในเรื่องต่างๆ ได้ดังนี้

1. การออกกฎของฝ่ายบริหารในหลักการเรื่องการออกกฎที่ขัดต่อกฎหมายแม่บทเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

เมื่อพิจารณาถึงการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในหลักการเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหาร จะออกกฎที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท หรือออกกฎที่เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ อาจประมวลเป็นหลักการที่ชัดเจน ซึ่งจะใช้เป็นแนวทางที่เป็นมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหารดังนี้

(1) การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องกระทำตามขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ จะออกกฎของฝ่ายบริหารเกินจากที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ ดังนั้น หากกฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดเรื่องที่จะให้สามารถออกกฎได้ในกรณีเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎย่อมไม่สามารถกระทำได้ (เรื่องเสร็จที่ 167/2524 และเรื่องเสร็จที่ 367/2524)

(2) การออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับต้องอยู่ภายในขอบเขตของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ การที่ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎของฝ่ายบริหารที่นอกเหนือจากความมุ่งหมายของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ไม่อาจกระทำได้ ซึ่งเป็นเหตุให้การออกกฎของฝ่ายบริหารมีการออกกฎที่เกินอำนาจ ตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด (เรื่องเสร็จที่ 52/2529)

(3) การที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึงจะต้องมีบทบัญญัติในกฎหมายนั้นๆ กำหนดเรื่องการดำเนินการที่จะให้ไปออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ ได้ (เรื่องเสร็จที่ 280/2536)

(4) การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งเกินกว่าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้โดยการขยายความ ย่อมเป็นการออกกฎเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ (เรื่องเสร็จที่ 362/2532)

ในหลักการเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บทเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เมื่อพิจารณาหลักการในกฎหมายของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ได้มีหลักการที่ศาลของประเทศอังกฤษนำมาใช้ในการพิจารณาคดีถึงกฎที่ออกเกินอำนาจของกฎหมายแม่บท คือ หลักในเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจ และหลักในเรื่องการใช้ดุลพินิจที่มีขอบ

ในหลักเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจนั้น มีหลักในการพิจารณาด้านต่างๆ เช่น ความบกพร่องในขอบเขตอำนาจ การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย บทบัญญัติยกเว้นการฟ้องคดี ซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในการพิจารณาขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารว่าเป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บทหรือไม่

ส่วนหลักในเรื่องการใช้ดุลพินิจหรืออำนาจ มีหลักในการพิจารณาด้านต่างๆ เช่น ความไม่สุจริต วัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม ความเป็นธรรม ความไร้เหตุผลอย่างชัดแจ้ง สิทธิมนุษยชน หลักความมีสัดส่วน

ส่วนในประเทศแคนาดานั้น หลักในเรื่องการออกกฎที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บทนั้น ได้นำมาใช้ในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหาร การกระทำสิ่งใดได้ต้องมีกฎหมายกำหนดถึงความสามารถในการทำนั้นๆ การใดๆ ที่ได้กระทำไปและไม่ได้อยู่ในความสามารถที่กำหนดไว้โดยกฎหมายจะถือว่าการนั้นเป็น Ultra Vires

ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงหลักการในเรื่องการออกกฎที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บทแล้ว หลักในการออกกฎในเรื่องนี้ของประเทศไทย ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา จะเป็นหลักการเดียวกัน

ในปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารในหลักการเรื่องการออกกฎที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่จะไปแก้ไขปัญหานั้นให้ การออกกฎของฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างถูกต้องไม่เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้นั้น ในบริบทของการออกกฎในระบบกฎหมายไทยเป็นเรื่องที่ผู้ยกร่างกฎในเรื่องนั้นๆจะต้องมีความรู้ความเข้าใจในเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ซึ่งเป็นเรื่องที่ยกร่างกฎนั้นควรจะต้องการศึกษาทำความเข้าใจให้ชัดเจน ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการรวบรวมความเป็นมาของบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ตั้งแต่ในชั้นยกร่างกฎหมายไปจนถึงกระบวนการที่รัฐสภาได้พิจารณากฎหมายในบทบัญญัติในมาตรานั้นๆ ซึ่งเป็นแนวทางประการหนึ่งที่จะทำให้ผู้ยกร่างกฎในเรื่องนั้นๆได้มีความรู้ความเข้าใจอย่างถูกต้อง อันนำไปสู่การแก้ไขปัญหานั้นในเรื่องการออกกฎที่เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

2. การออกกฎของฝ่ายบริหารในหลักการเรื่องการออกกฎที่มีการมอบอำนาจต่อ

เมื่อพิจารณาถึงการวิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่เกี่ยวกับหลักการออกกฎที่มีการมอบอำนาจต่อ อาจประมวลเป็นหลักการที่ชัดเจนซึ่งจะใช้เป็นแนวทางที่เป็นมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหาร ดังนี้

(1) เมื่อมีการออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับแล้ว จะไปกำหนดไว้ในกฎของฝ่ายบริหารนั้น ให้มีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียดในเรื่องใดๆ นั้น ไม่สามารถกระทำได้ เพราะได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแม่บท แต่ก็อาจมีวิธีการแก้ไขโดยในบางเรื่องนั้นสามารถที่จะกำหนดไว้ท้ายกฎดังกล่าวนี้ได้ ซึ่งจะทำให้สามารถเข้าใจบทบัญญัติที่เป็นสาระของกฎดังกล่าวได้ง่าย และการแก้ไขในสิ่งที่กำหนดไว้ในกฎนั้น แม้จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่กรณีก็อาจเร่งรัดดำเนินการได้ (เรื่องเสร็จที่ 339/2532)

(2) การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะให้มีการมอบอำนาจต่อในบางเรื่องอาจกระทำได้ หากเป็นการกำหนดรายละเอียดเพื่อให้มีความยืดหยุ่นและทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างรวดเร็ว และคล่องตัวอันเป็นสิ่งที่กระทำได้ (เรื่องเสร็จที่ 268/2542)

(3) การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะให้มีการมอบอำนาจต่อให้ตัวบุคคลหรือตำแหน่งหน้าที่ไปกำหนดอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมย่อมกระทำไม่ได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจน ให้เป็นอำนาจที่จะกระทำได้ โดยการออกกฎเท่านั้น (เรื่องเสร็จที่ 130/2546)

ในหลักการเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อนั้น ในประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดได้อย่างชัดเจน ในกฎหมายแม่บท ซึ่งมีทั้งเป็นการมอบอำนาจทั่วไป (เท่าอำนาจที่มีอยู่ของผู้มอบ) หรือเป็นการมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไข ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวนี้ได้กำหนดไว้ในกฎหมายเรื่องนั้นอย่างชัดเจน

ส่วนในประเทศแคนาดานั้น หลักในเรื่องการมอบอำนาจต่อนั้น ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแม่บทเช่นเดียวกับหลักการในประเทศอังกฤษ

สำหรับประเทศไทยนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายแม่บทให้ชัดเจนว่าเมื่อมีการมอบอำนาจให้ไปออกกฎของฝ่ายบริหารแล้ว กฎประเภทนั้นยังสามารถที่จะมอบอำนาจต่อไปดำเนินการในเรื่องใดๆ ได้ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงเห็นว่าควรที่จะมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายแม่บทให้ชัดเจนว่าบทบัญญัติในมาตรานั้นเมื่อมีการมอบอำนาจให้ไปออกกฎแล้วผู้รับมอบอำนาจยังสามารถที่จะไปมอบอำนาจต่อไปดำเนินการใดๆ ได้ตามวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติของมาตรานั้น ซึ่งหากมีระบบที่ชัดเจนแล้วก็จะลดปัญหาในเรื่องการออกกฎที่มีการมอบอำนาจต่อไปได้

3. การออกกฎของฝ่ายบริหารในหลักการเรื่องกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ

เมื่อพิจารณาถึงการวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวกับหลักการออกกฎที่รายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ มีกรณีที่เป็นปัญหาในการวินิจฉัยโดยตรงนั้นไม่เกิดขึ้นมากกรณีแต่ในเรื่องการออกกฎจะต้องมีความชัดเจนในเนื้อหาเป็นหลักที่จะต้องยึดถือ จึงอาจประมวลเป็นหลักการที่ใช้เป็นมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหาร

(1) ถ้อยคำที่ใช้จะต้องสั้นชัดเจนกระชับอ่านเข้าใจได้ง่าย ไม่ใช้ภาษาที่ฟุ้งเฟ้อเล่นสำนวนหรือเป็นภาษาที่คิ่นได้ (เรื่องเสร็จที่ 58/2476)

(2) ภาษาที่ใช้จะต้องเป็นมาตรฐานที่วิญญูชนมีความเข้าใจได้ พยายามใช้คำที่เป็นรูปธรรม (เรื่องเสร็จที่ 139/2544)

(3) เมื่อต้องการจะสื่อความหมายของถ้อยคำให้มีความชัดเจน ควรมีการอธิบายความในความหมายของถ้อยคำนั้นๆ ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น (เรื่องเสร็จที่ 562/2531)

(4) มีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดให้น้อยที่สุด

(5) ไม่ควรเปิดช่องให้เถียงกันมาก จะไม่ลงไปแจกแจงรายละเอียดเกินไป เพราะจะเปิดช่องให้ได้แย้งกันมาก

(6) ใช้การพิจารณาที่รอบคอบ และดูให้มั่นใจว่านำไปปฏิบัติได้ทั้งไม่ขัดกับเหตุและความยุติธรรม

ในหลักการเรื่องการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในเรื่องความชัดเจนในเนื้อหาของการออกกฎหมายนั้น ในประเทศอังกฤษมีหลัก Common Law ที่เกี่ยวกับการร่างกฎหมาย คือ การใช้ภาษากฎหมายนั้นจะต้องมีความเรียบง่าย (Plain Meaning) ซึ่งเป็นหลักที่ศาลใช้ตีความกฎหมายโดยให้ความหมายของคำในกฎหมายเป็นความหมายธรรมดา

นอกจากนี้มีการกำหนดหลักการของกฎหมายที่ดีที่จะต้องมีการพิจารณาเสนอไว้ 5 ประการ เพื่อเป็นแนวทางในการออกกฎหมาย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแก้ปัญหาและมีประสิทธิภาพ คือ หลักในเรื่อง สัดส่วน (proportionality) ความรับผิดชอบ (accountability) ความสอดคล้องกัน (consistency) ความโปร่งใส (transparency) มุ่งสู่เป้าหมาย (targeting)

ส่วนในประเทศแคนาดานั้น ได้มีการกำหนดให้หน่วยงานที่มีการเสนอกฎใหม่ต้องเขียนด้วยภาษาธรรมดา ซึ่งจะทำให้ผู้ที่ต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายเข้าใจง่าย

สำหรับในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการควบคุมคุณภาพของกฎหมายในการออกกฎหมายที่ดีจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่ายโดยมีหลัก 3 ประการ คือ กฎจะต้องมีความชัดเจนมากที่สุดเท่าที่เป็นได้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการแปลความ กฎจะต้องไม่เขียนบทบัญญัติที่มีความซับซ้อนเกินไป และกฎจะต้องมีเนื้อหากำหนดหลักเกณฑ์

กรณีของประเทศไทยนั้น หลักการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในเรื่องของความชัดเจนในเนื้อหาของกฎหมายนั้น ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน ผู้ศึกษาเห็นว่าสมควรที่จะนำหลักของประเทศแคนาดาประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส มาพิจารณา

4. การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในหลักการเรื่องการสร้างภาระเกินจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

จากการวิเคราะห์คำวินิจฉัยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา พบว่ามีกรณีที่เป็นปัญหาในการวินิจฉัยโดยตรงในเรื่องกฎหมายที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้นั้นไม่เกิดขึ้นมากนัก แต่เนื่องจาก การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารมีส่วนสำคัญในการที่ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย จะต้องปฏิบัติตาม กฎของฝ่ายบริหารจึงควรออกมาเพื่อเป็นการสนับสนุน หรือเป็นการสร้างกฎหมายที่ดีให้ผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายมีส่วนสำคัญในการประกอบกิจการใดๆ

หากพิจารณาว่ามีลักษณะประการใดบ้างที่จะเป็นหลักเกณฑ์ที่จะพิจารณาได้ว่า การที่ฝ่ายบริหารได้บัญญัติกฎหมายของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ กฎดังกล่าวนี้ได้สร้างภาระให้เกิดขึ้นกับประชาชน อาจพิจารณาได้ตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) การมีกฎหมายที่ออกมาตามกฎหมายแม่บทหลายฉบับในการดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือการประกอบกิจการใดกิจการหนึ่ง ซึ่งประชาชนผู้ปฏิบัติตามกฎหมายเหล่านี้จะต้องได้รับอนุมัติอนุญาตจากหน่วยงานต่างๆ เหล่านั้น แต่ประชาชนอาจไม่ทราบขั้นตอนและระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาอนุญาต เนื่องจากขั้นตอนที่เกี่ยวกับการดำเนินการหรือการประกอบกิจการต่างๆ มีเป็น

จำนวนมาก และการดำเนินกิจกรรมแต่ละเรื่องต้องขออนุมัติอนุญาตตามกฎหมายแตกต่างกัน ซึ่งกฎที่ออกตามกฎหมายแต่ละฉบับนั้น เป็นภาระที่เกิดขึ้นกับประชาชนผู้ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเหล่านั้น และไม่มีหน่วยงานที่จะทำหน้าที่ในการให้บริการข้อมูลเหล่านี้ ประชาชนจึงมีความรู้สึกยุ่งยาก และเป็นภาระในการปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่ฝ่ายบริหารได้ออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ

(2) การออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับนั้น กฎเหล่านั้นได้ให้ดุลพินิจของหน่วยงานที่จะอนุมัติอนุญาต แต่ไม่มีกฎเกณฑ์มาตรฐานในการใช้ดุลพินิจ หรือมีเกณฑ์ดังกล่าวแต่ไม่มีการประกาศเกณฑ์ดังกล่าวให้ประชาชนให้ผู้รับบริการทราบ จึงเป็นภาระของประชาชนที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎของฝ่ายบริหารเหล่านั้น

ตามลักษณะดังกล่าวที่กล่าวมาแล้วทั้งสองประการนี้ ทำให้ประชาชนต้องถูกบังคับที่จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามระเบียบ ขั้นตอนต่างๆ ซึ่งประชาชนจะมีความรู้สึกว่าการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายของฝ่ายบริหารเหล่านี้เป็นเรื่องยากและเป็นภาระ จึงไม่ยอมปฏิบัติตามและหลีกเลี่ยงที่จะปฏิบัติตามกฎของฝ่ายบริหารเหล่านี้ ซึ่งทำให้การบังคับใช้กฎของฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ และเป็นช่องทางให้เกิดการทุจริตประพฤติดมิชอบในการปฏิบัติหน้าที่ได้

สำหรับแนวทางในการแก้ไขกฎที่สร้างภาระให้กับประชาชน ควรมีการลดขั้นตอนในการปฏิบัติตามกฎเหล่านั้น รวมทั้งมอบหมายให้หน่วยงานกลางจัดทำฐานข้อมูล เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบได้ตั้งแต่เบื้องต้นว่า หากจะดำเนินการในเรื่องใดต้องไปติดต่อกับหน่วยงานใด หน่วยงานนั้นตั้งอยู่ที่ใด ใช้เวลาเท่าใดในการที่จะไปติดต่อดำเนินการในเรื่องนั้น หากมีการปฏิบัติตามสิ่งเหล่านี้ ก็จะเป็นการลดภาระในการบังคับใช้กฎ และเป็นการสร้างความรู้สึกรู้สึกหรือสำนึกที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเหล่านั้น และหากมีการจัดการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการที่เกี่ยวข้องกัน สามารถจัดตั้งศูนย์บริการร่วม หรือร่วมกันให้บริการผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ ก็จะเป็นการลดภาระให้กับประชาชนเป็นอย่างมาก

ในหลักการเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหาร ในเรื่องกฎที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้นั้น ในประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายคือ (Regulatory Reform Act 2001) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนากฎและปรับปรุงกฎหมายที่ยุ่งยากซ้ำซ้อนและไม่จำเป็นออกไป โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายนี้ก็คือ การลดภาระอันเกิดจากการออกกฎ (Regulatory Burden) เพื่อให้เกิดความสะดวก ลดภาระ ทั้งในส่วนของผู้ที่ออกกฎและผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎ

ในประเทศแคนาดาได้มีการศึกษาของ (The Fraser Institute) เพื่อศึกษาก่อนว่า กฎเกณฑ์ภายในประเทศมีผลกระทบต่อภาคเอกชนอย่างไรบ้าง

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ภาระอันเกิดจากการออกกฎของฝ่ายบริหาร ยังไม่กฎหมายที่จะใช้บังคับในเรื่องนี้ รวมทั้งการศึกษาวិจัยก็ยังไม่มีการดำเนินการอย่างแท้จริง

5.การออกกฎของฝ่ายบริหารกรณีอื่นๆ

ในการศึกษาวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น ได้พบปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ ที่เกิดขึ้น นอกเหนือจากการที่ได้ตั้งไว้ เป็นวัตถุประสงค์ในการศึกษา ซึ่งผลการศึกษาที่เพิ่มเติมขึ้นนั้นได้แก่

(1) การออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทนั้น โดยหลักการจะต้องมีบทมาตรานในกฎหมายนั้นให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้นๆ จะอาศัยอำนาจมาตราที่เป็นมาตรารักษาการนำไปอ้างในการอ้างบทเท่านั้นไม่ได้ เพราะมาตรารักษาการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดผู้มีอำนาจออกกฎได้เท่านั้น ดังนั้นเรื่องใดที่ไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ออกกฎในเรื่องนั้นได้ หน่วยงานจะอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมาตรารักษาการ ออกกฎในเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติมาตราหนึ่งมาตราใดให้อำนาจไว้ก็ย่อมกระทำไม่ได้ (เรื่องเสร็จที่ 52/2523)

(2) การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีที่ไม่มีบทเฉพาะกาลไว้ และได้แก้ไขแม่บทในมาตรานั้นที่ให้อำนาจในการออกกฎ จะต้องพิจารณาหลักการของกฎหมายแม่บทในมาตราที่แก้ไขนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมหรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อกฎที่ใช้บังคับอยู่ (เรื่องเสร็จที่ 146/2494)

(3) การออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องของบทอาศัยอำนาจ จะต้องคำนึงถึงผู้ที่จะมีอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ หากกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวนั้น ออกโดยผู้ที่ไม่ใช่อำนาจในการที่จะออกกฎในเรื่องนั้น การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ (เรื่องเสร็จที่ 126/2531)

(4) การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น หากประสงค์จะระบุวันใช้บังคับต้องระบุไว้ให้ชัดแจ้งในการออกกฎ หากไม่ได้ระบุวันใช้บังคับในการออกกฎ ต้องถือว่าวันที่กฎนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่มีผลใช้บังคับ (เรื่องเสร็จที่ 193/2525)

(5) การออกกฎของฝ่ายบริหารที่กำหนดเงื่อนไขที่จะต้องตรากฎออกมาใช้บังคับนั้น มิได้เป็นภาระหน้าที่ว่า ฝ่ายบริหารจะต้องตรากฎขึ้นมาใช้บังคับในวันที่กำหนดเวลาดังกล่าว ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาได้ตามความเหมาะสมว่า จะสมควรใช้บังคับกับบทบัญญัติดังกล่าว นั้นเมื่อใด (เรื่องเสร็จที่ 542-543/2527)

(6) การออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งระบุเงื่อนไขเวลาในการออกกฎไว้ นั้น เป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัดให้มีการออกกฎมิใช่เงื่อนไขเวลาที่มีผลบังคับเด็ดขาด (เรื่องเสร็จที่ 702/2536)

(7) การออกกฎของฝ่ายบริหาร เมื่อได้ออกมาใช้บังคับแล้ว กฎของฝ่ายบริหาร ย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ใช้บังคับได้ การที่จะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎดังกล่าวย่อมกระทำไม่ได้ นอกจากจะมีมติของคณะรัฐมนตรีให้มีการแก้ไขกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้น (เรื่องเสร็จที่ 104/2527)

(8) รูปแบบของกฎของฝ่ายบริหารนั้น ในบางกรณีแม้จะมีรูปแบบที่ทำเป็นบันทึกสั่งการ ไว้ท้ายบันทึกความเห็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ใช้บังคับได้ ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการในรูปแบบ

“คำสั่งทั่วไป” หรือ สั่งการในรูป “บันทึกสั่งการ” ย่อมมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกัน (เรื่องเสร็จที่ 305/2531)

จากการวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีของปัญหาต่างๆ ทำให้ได้ทราบถึงแนวทางในการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นในแต่ละกรณีของปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งวิทยานิพนธ์นี้ได้้นำแนวทางการให้ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา มาวางมาตรฐานการออกกฎ ดังนั้น ในกรณีของปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นใน 4 กรณีดังกล่าวข้างต้นแล้วรวมถึงปัญหาในเรื่องปลีกย่อยต่างๆเหล่านี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การแก้ไขปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นรูปธรรมมีความชัดเจนนั้น ควรได้มีการรวบรวมถึงแนวทางของปัญหาต่างๆเหล่านั้นที่เป็นมาตรฐานของออกกฎและจัดทำเป็นคู่มือการออกกฎขึ้นโดยกล่าวถึงประเภทของกฎต่างๆ กระบวนการออกกฎที่สำคัญ กระบวนการตรวจสอบกฎ หลักกฎหมายหรือข้อควรปฏิบัติที่สำคัญ ก็จะเป็นแนวทางแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องที่จะใช้เป็นคู่มือในการออกกฎซึ่งเป็นแนวทางหนึ่งที่จะช่วยลดปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นจากการออกกฎของฝ่ายบริหาร

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การมีกฎหมายขึ้นใช้บังคับไม่ว่ากฎหมายนั้นจะตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือออกโดยฝ่ายบริหารก็ตาม กฎหมายดังกล่าวย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินบรรลุผลตามเป้าหมายการดำเนินการ

กฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งวิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษา หมายถึงการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ และกฎหมายนั้นได้มีการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารไปออกรายละเอียดในการดำเนินการ ซึ่งการออกรายละเอียดดังกล่าวนี้ เรียกว่าการออกกฎหมายลำดับรองหรือการออกกฎตามที่วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษา

การเรียกชื่อ “กฎ” นั้น เป็นถ้อยคำที่บัญญัติและให้ความหมายไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งหมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

จากหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจรัฐเสรีประชาธิปไตย อันได้แก่ อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจของฝ่ายบริหาร และอำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งแม้จะมีการแยกใช้อำนาจดังกล่าวในทางทฤษฎีก็ตาม แต่ก็มีความชัดเจนว่า ฝ่ายบริหารสามารถรับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับในการบริหารราชการแผ่นดินได้

หากพิจารณาจากทฤษฎีต่างๆ ที่เป็นพื้นฐานในการออกกฎของฝ่ายบริหารแล้ว อาจกล่าวได้ว่า การออกกฎของฝ่ายบริหารอาจมีฐานที่มาแห่งอำนาจต่างๆ กัน อันได้แก่ (1) อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหารมีที่มาโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และ (2) อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหารโดยไม่จำเป็นต้องรอการมอบอำนาจแต่ละเรื่องมาให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งอำนาจออกกฎดังกล่าวนี้เป็นการอาศัยอำนาจบังคับบัญชาที่หัวหน้าหน่วยงานมีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา

การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น จะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขพื้นฐานในการออกกฎ มิฉะนั้นแล้วย่อมจะทำให้กฎของฝ่ายบริหารเป็นกฎที่ออกมาโดยไม่ถูกต้อง ซึ่งจะมีผลถึงการบังคับใช้ และมี

ผลในด้านอื่นๆ ที่ถูกตั้งกล่าวนั้นไปเกี่ยวข้องถึง เงื่อนไขพื้นฐานดังกล่าวนี้มีอยู่ 2 ด้าน คือ (1) รูปแบบ ประเภท เนื้อหา และโครงสร้างของกฎประเภทต่างๆ และ (2) หลักเกณฑ์ในการออกกฎ ซึ่งทั้งสองเงื่อนไข มีรายละเอียดดังนี้

1. รูปแบบ ประเภท เนื้อหา และโครงสร้างของกฎประเภทต่างๆ

ในเรื่องรูปแบบ ประเภท และเนื้อหาของกฎนั้น วิทยานิพนธ์นี้ได้อธิบายถึงความหมาย และลักษณะของกฎแต่ละประเภท อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง และระเบียบ ซึ่งมีรูปแบบ เนื้อหา วัตถุประสงค์ และวิธีการออกที่อาจแตกต่างกัน

กฎประเภทพระราชกฤษฎีกา เป็นกฎที่ฝ่ายบริหารตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง หรือโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญประกอบกับอาศัยอำนาจตามที่พระราชบัญญัติมอบให้อำนาจไว้ แล้วแต่กรณี การออกกฎประเภทพระราชกฤษฎีกาจะใช้ในกรณีที่มีความสำคัญมากกว่าปกติ หรือเป็นส่วนที่ขยายต่อจากพระราชบัญญัติ และประเพณีการตราพระราชกฤษฎีกานั้น พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ตราโดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งร่างพระราชกฤษฎีกาจะต้องทูลเกล้าเพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่า อำนาจในการออกกฎประเภทพระราชกฤษฎีกา มิใช่อำนาจของรัฐบาลโดยลำพัง แต่ต้องมีเหตุเหมาะสมที่จะสามารถถวายคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้ก่อนทรงลงพระปรมาภิไธย และจะออกในกรณีที่มีความสำคัญ เพื่อประโยชน์ของกฎหมายแม่บท เช่น กำหนดวันใช้บังคับกฎหมายแม่บท กำหนดพื้นที่การใช้บังคับ ตลอดจนขยายหรือจำกัดกฎหมายแม่บทตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ

กฎประเภทกฎกระทรวง เป็นกฎของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้น และแม้ในมาตราการรักษาการตามกฎหมายจะกำหนดว่า ให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการออกกฎกระทรวง เพื่อปฏิบัติการเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม แต่ก็มีแนวปฏิบัติให้คณะรัฐมนตรี ให้ส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อนเสมอ จนกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีว่า กฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐมนตรีเป็นผู้ออก โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน

กฎประเภทประกาศ เป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ให้อำนาจแก่ส่วนราชการ หรือคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องดูแลการบังคับใช้กฎหมายนั้น หากรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศกระทรวง หากคณะกรรมการเป็นผู้ออกก็จะเรียกว่า ประกาศคณะกรรมการ

กฎประเภทระเบียบ เป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ที่อาจไม่ใช่กรอบ หรือไม่ใช่นโยบายสำคัญ แต่เป็นวิธีการในรายละเอียด หรือเป็นการประสานกับทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้มาปฏิบัติงานด้วยกัน ในปัจจุบันได้มีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินค่อนข้างมาก โดยเฉพาะ

ระเบียบซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และโดยที่ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดิน ในบางกรณีระเบียบจึงสามารถออกได้โดยไม่ต้องอ้างบทอาศัยอำนาจใดๆ ถ้าเป็นการออกกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการบริหารภายในส่วนราชการนั้น

ส่วนโครงสร้างรูปแบบของกฎแต่ละประเภทนั้น กฎจะมีโครงสร้างรูปแบบในลักษณะทำนองเดียวกัน ซึ่งได้แก่ ชื่อของกฎประเภทนั้น คำปรารภ บทอาศัยอำนาจ วันใช้บังคับ การแบ่งหมวดหมู่ การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม การลงนามของรัฐมนตรีหรือผู้ออกกฎ

2. หลักเกณฑ์ในการออกกฎ

การศึกษาและวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกฎในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์นี้ ทำให้ได้ข้อสรุปหลักเกณฑ์การออกกฎ ซึ่งก็ตรงกับแนวทางการออกกฎของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาในบทที่ 3 ดังนี้

1) การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ หลักดังกล่าวนี้เป็นการวางมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นใช้บังคับนั้น กฎหมายแม่บทจะกำหนดขอบเขตของการออกกฎไว้ ตัวอย่างเช่น แม้ว่าอำนาจในการออกกฎกระทรวงที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ว่า “หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” แต่โดยถ้อยคำดังกล่าวนี้ในการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น ก็จะต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของเรื่องนั้น การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งเกินกว่าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้โดยการขยายความ ย่อมเป็นการออกกฎเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

นอกจากนั้น การที่บทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ หมายถึงจะต้องมีบทบัญญัติในกฎหมายนั้นๆ กำหนดเรื่องการดำเนินการที่จะให้ไปออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ ได้

2) การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องไม่มีการมอบอำนาจต่อไปกำหนดรายละเอียด การที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายแม่บทขึ้นมาใช้บังคับและมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดรายละเอียดนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้คำนึงถึงขอบเขตของกฎหมายอยู่แล้ว การที่ฝ่ายบริหารจะไปมอบอำนาจต่อ ย่อมไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เว้นแต่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย การออก “กฎ” ต่อไปอีกช่วงหนึ่ง ถือว่าเป็นการมอบอำนาจอีกช่วงหนึ่ง (Sub-delegate) แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันภารกิจของฝ่ายบริหารมีเป็นจำนวนมาก หากมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารจะมอบอำนาจต่อก็อาจจะทำได้ แต่ในลักษณะของข้อยกเว้นเท่านั้น จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้วางแนวทางไว้ว่า จะต้อง

เป็นเรื่องที่ไม่ใช่สาระในเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร แต่ควรเป็นเรื่องทั่วไป เช่น การกำหนดรายละเอียดในเรื่องแบบฟอร์ม ซึ่งอาจจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ตามเหตุการณ์ หากกำหนดไว้ในกฎที่ฝ่ายบริหารบัญญัติขึ้น ก็จะทำให้เกิดความไม่คล่องตัว ไม่ยืดหยุ่นตามภาวะการณ์ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็กระทำได้ยาก

นอกจากนั้น การออกกฎของฝ่ายบริหารที่จะมีการมอบอำนาจเพื่อให้ตัวบุคคลหรือตำแหน่งหน้าที่ไปกำหนดอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมย่อมกระทำไม่ได้ หากบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติไว้ชัดเจน ให้เป็นอำนาจที่จะกระทำได้ โดยการออกกฎเท่านั้น

3) การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องมีรายละเอียดเนื้อหาชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักทั่วไป โดย ถ้อยคำที่ใช้จะต้องสั้นชัดเจนกระชับอ่านเข้าใจได้ง่าย ไม่ใช่ภาษาที่ฟุ้งเพื่อเล่นสำนวน หรือเป็นภาษาที่คั่นได้ ภาษาที่ใช้จะต้องเป็นมาตรฐานที่วิญญูชนมีความเข้าใจได้ พยายามใช้คำที่เป็นรูปธรรม

นอกจากนั้นเมื่อต้องการจะสื่อความหมายของถ้อยคำให้มีความชัดเจน ควรมีการอธิบายความในความหมายของถ้อยคำนั้นๆ และควรมีข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดให้น้อยที่สุด ซึ่งจะต้องนำไปปฏิบัติได้ไม่ขัดกับเหตุและความยุติธรรม

4) การออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องไม่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ เนื่องจาก การออกกฎของฝ่ายบริหารมีส่วนสำคัญในการที่ผู้ที่อยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎ จะต้องปฏิบัติตาม กฎของฝ่ายบริหาร จึงควรออกมาเพื่อเป็นการสนับสนุน หรือเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่ดีให้ผู้ถูกบังคับใช้กฎมีส่วนสำคัญในการประกอบกิจการใดๆ

5) การออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทนั้น โดยหลักการจะต้องมีบทมาตราในกฎหมายนั้นให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้นๆ จะอาศัยอำนาจมาตราที่เป็นมาตรารักษานำไปอ้างในการอ้างบทเท่านั้นไม่ได้ เพราะมาตรารักษากการเป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดผู้มีอำนาจออกกฎได้เท่านั้น ดังนั้นเรื่องใดที่ไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ออกกฎในเรื่องนั้นได้ หน่วยงานจะอาศัยแต่เพียงอำนาจตามมาตรารักษาการ ออกกฎในเรื่องที่ไม่มีบทบัญญัติมาตราหนึ่งมาตราใดให้อำนาจไว้ก็ย่อมกระทำไม่ได้

6) การออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีที่ไม่มียกเว้นเฉพาะกาลไว้ และได้แก้ไขแม่บทในมาตรานั้นที่ให้อำนาจในการออกกฎ จะต้องพิจารณาหลักการของกฎหมายแม่บทในมาตราที่แก้ไขนั้นเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมหรือไม่ ซึ่งจะมีผลต่อกฎที่ใช้บังคับอยู่

7) การออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องของบทอาศัยอำนาจ จะต้องคำนึงถึงผู้ที่จะมีอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ หากกฎของฝ่ายบริหารดังกล่าวนั้น ออกโดยผู้ที่ไม่มียกเว้นอำนาจในการที่จะออกกฎในเรื่องนั้น การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้

8) การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น หากประสงค์จะระบุวันใช้บังคับต้องระบุไว้ให้ชัดเจนในการออกกฎ หากไม่ได้ระบุวันใช้บังคับในการออกกฎ ต้องถือว่าวันที่กฎนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นวันที่มีผลใช้บังคับ

9) การออกกฎของฝ่ายบริหารที่กำหนดเงื่อนไขเวลาที่จะต้องตรากฎออกมาใช้บังคับนั้น มิได้เป็นภาระหน้าที่ว่า ฝ่ายบริหารจะต้องตรากฎขึ้นมาใช้บังคับในวันที่ที่กำหนดเวลาดังกล่าว ฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาได้ตามความเหมาะสมว่า จะสมควรใช้บังคับกับบทบัญญัติดังกล่าวนี้เมื่อใด

10) การออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งระบุเงื่อนไขเวลาในการออกกฎไว้ นั้น เป็นเพียงกำหนดเวลาเร่งรัดให้มีการออกกฎมิใช่เงื่อนไขเวลาที่มีผลบังคับเด็ดขาด

11) การออกกฎของฝ่ายบริหาร เมื่อได้ออกมาใช้บังคับแล้ว กฎของฝ่ายบริหารย่อมถือได้ว่าเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ใช้บังคับได้ การที่จะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎดังกล่าวย่อมกระทำไม่ได้ นอกจากจะมีมติของคณะรัฐมนตรีให้มีการแก้ไขกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้น

12) รูปแบบของกฎของฝ่ายบริหารนั้น ในบางกรณีแม้จะมีรูปแบบที่ทำเป็นบันทึกสั่งการ ไว้ทำบันทึกความเห็นของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ใช้บังคับได้ ไม่ว่าจะเป็นการสั่งการในรูปแบบ “คำสั่งทั่วไป” หรือ สั่งการในรูปแบบ “บันทึกสั่งการ” ย่อมมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาทั้งทางด้านประเภท เนื้อหา และโครงสร้างรูปแบบของกฎประเภทต่างๆ ตลอดจนหลักเกณฑ์สำคัญในการออกกฎ รวมทั้งศึกษาแนวทางในการออกกฎของต่างประเทศ (อังกฤษ แคนาดา และฝรั่งเศส) และศึกษาวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งสะท้อนให้เป็นถึงปัญหาในการออกกฎของประเทศไทย วิทยานิพนธ์นี้มีข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกระบวนการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย ดังนี้

1. ประเภทของกฎ ในขณะนี้ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้มีปัญหาประเภทของกฎมากนัก เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยได้มีประเภทของกฎออกมาหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎประเภทพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ ซึ่งสามารถใช้เป็นเครื่องมือตอบสนองต่อฝ่ายบริหารในการดำเนินการตามนโยบายได้อยู่แล้ว แต่หากจะมีปัญหายู่ง่ายซึ่งวิทยานิพนธ์นี้กล่าวถึงไว้ก็คือ กฎที่ออกในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎเสนาบติ บางฉบับยังคงมีผลบังคับใช้ อาจก่อให้เกิดความสับสนในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เพราะแม้จะเรียกชื่อว่าพระราชกฤษฎีกาหรือกฎเสนาบติก็ตาม แต่อาจมีศักดิ์กฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ได้ ซึ่งหากมีปัญหาค่าบังคับใช้ คงต้องพิจารณาเนื้อหาเป็นรายฉบับไป อย่างไรก็ตาม ในวิทยานิพนธ์นี้

ได้ศึกษารูปแบบของกฎของฝ่ายบริหารในต่างประเทศด้วย ซึ่งปรากฏมีกฎอยู่หลากหลายรูปแบบ ซึ่งความหลากหลายนี้อาจมีที่มาจากกระบวนการเมืองการปกครองของประเทศนั้นๆ หรือประเพณีในการออกกฎหมายของประเทศนั้นๆ จึงมีการแยกประเภทของกฎออกเป็นหลายประเภท และมีการสร้างประเภทกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใหม่มากขึ้น เช่น กรณีของอังกฤษ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติให้ออก Regulatory Reform Order ซึ่งเป็นกฎของฝ่ายบริหารที่ออกมาเพื่อแก้ไขความล่าช้าของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย หรือ Remedial Order ซึ่งเป็นกฎของฝ่ายบริหารอีกเช่นกันที่ออกมาแก้ไขกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น ส่วนกรณีในระบบกฎหมายไทยนั้น ยังไม่มีแนวความคิดในการสร้างกฎของฝ่ายปกครองประเภทใหม่ขึ้นมาอีก แต่หากมีความจำเป็น ก็จะเป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะคิดค้น ซึ่งอยู่นอกเหนือจากขอบเขตการศึกษาของวิทยานิพนธ์นี้

2. ในกระบวนการตรวจสอบการออกกฎ ในระบบกฎหมายไทยการออกกฎของฝ่ายบริหารจะร่างโดยส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ และมีองค์กรที่มาตรวจสอบ โดยเฉพาะสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี อันเป็นขั้นตอนการตรวจพิจารณาร่างกฎก่อนประกาศในราชกิจจานุเบกษา และมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่วินิจฉัยแนวทางการเขียนกฎให้ถูกต้องตามกฎหมายและเกณฑ์การออกกฎ ซึ่งหากจะกล่าวไปแล้ว ก็เป็นการตรวจสอบจากทางฝ่ายบริหารเอง เมื่อศึกษาการออกกฎของต่างประเทศ จะมีการตรวจสอบการออกกฎโดยรัฐสภาอยู่ด้วยเช่นในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นหลักการที่ดี เพราะจะทำให้การออกกฎเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท วิธีการของอังกฤษดังกล่าวนี้เกิดขึ้นได้เนื่องมาจากความเข้มแข็งของฝ่ายนิติบัญญัติอังกฤษ จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าอำนาจที่ฝ่ายบริหารได้รับในการออกกฎนี้เป็นการได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถตรวจสอบได้ แต่สำหรับในบริบทระบบการออกกฎหมายของไทยนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การตรวจสอบการออกกฎนี้ หากจะนำความคิดดังกล่าวมาใช้แล้ว ก็น่าจะเป็นประโยชน์ในเชิงของการควบคุมฝ่ายบริหารในการออกกฎ ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมของแต่ละสภาที่เปิดช่องให้กระทำได้ โดยจะกำหนดให้มีการตั้งกรรมาธิการสามัญหรือกรรมาธิการวิสามัญตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารก็ได้ ซึ่งก็น่าจะใช้กลไกนี้โดยอาจมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญของสภาเพื่อติดตามผลของการปฏิบัติของฝ่ายบริหาร ซึ่งจะทำให้การออกกฎเป็นไปโดยรอบคอบ สอดคล้องกับเนื้อหาในกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการด้วย

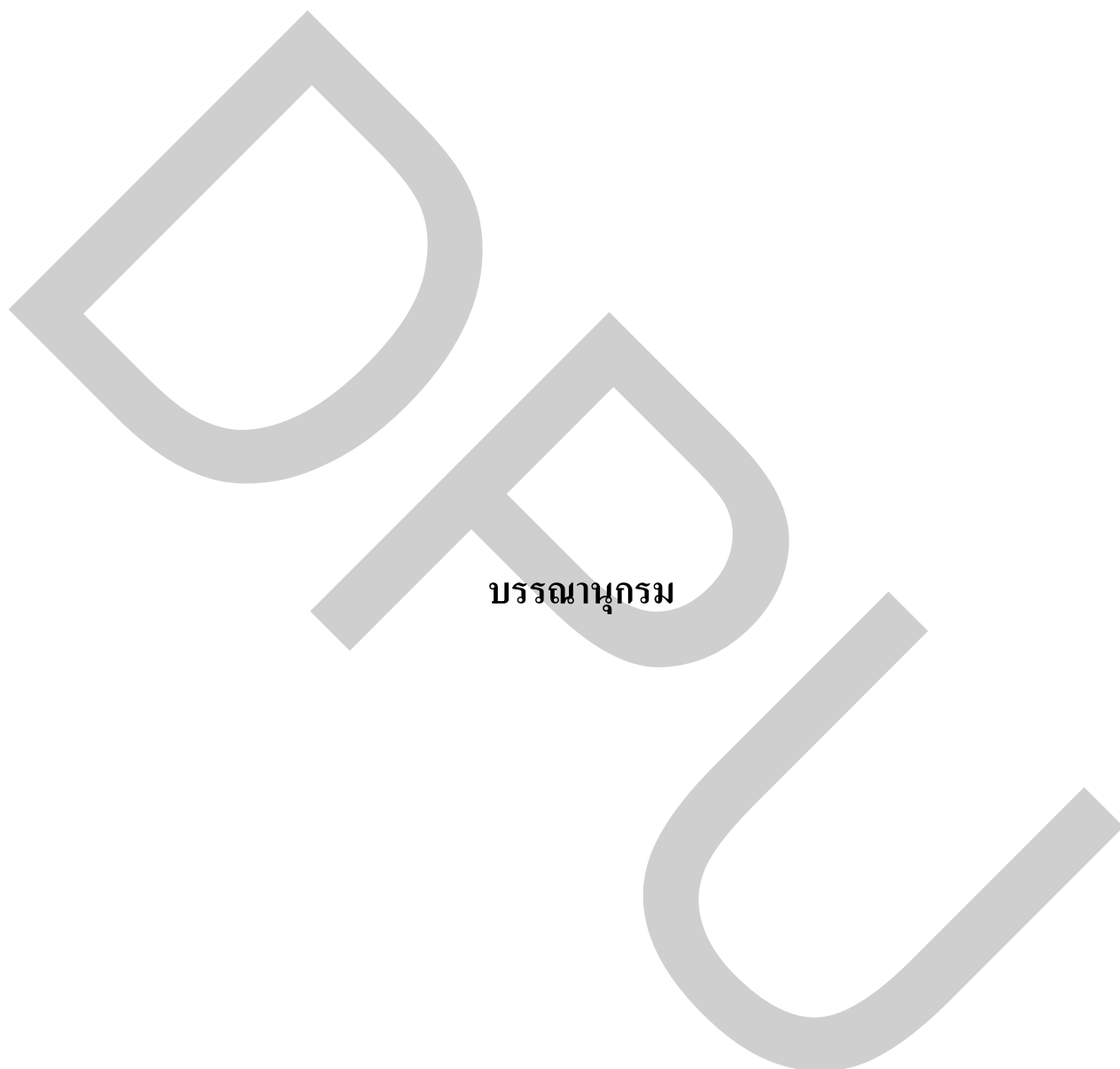
3. ทางด้านหลักเกณฑ์ในการออกกฎ ปรากฏจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่ามีความเห็นอยู่มากมาย ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้พบข้อสรุปว่า มีปัญหาการออกกฎขัดกฎหมายแม่บทหรือเกินอำนาจแม่บท กฎที่มีการมอบอำนาจต่อ กฎที่กำหนดรายละเอียดเนื้อหาไม่ชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ และกฎที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่การบังคับใช้ การที่จะไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าว

นี้มีความสำคัญยิ่งที่จะต้องมีการจัดทำคู่มือการร่างกฎหมายเพื่อเป็นแนวทางแก่เจ้าหน้าที่ผู้ร่าง จึงควรจะมีการจัดทำคู่มือดังกล่าว ทั้งนี้ ในต่างประเทศก็มีตัวอย่างดังที่วิทยานิพนธ์นี้ได้อ้างอิง เช่น Guide to Making Federal Act and Regulation ของแคนาดา หรือ Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires ของฝรั่งเศส เป็นต้น (ส่วนประเทศอังกฤษ การออกกฎหมายอยู่ในความดูแลของ Better Regulation Commission ที่จะออกคำแนะนำมาเป็นครั้งคราว) ซึ่งคู่มือการร่างกฎหมาย (การออกกฎหมาย) ที่ควรมีนี้ ควรมีกล่าวถึงประเภทของกฎหมาย กระบวนการออกกฎหมายที่สำคัญ กระบวนการตรวจสอบกฎหมาย หลักกฎหมายหรือข้อควรปฏิบัติที่สำคัญ โดยเฉพาะจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้ประมวลและวิเคราะห์ในวิทยานิพนธ์นี้ ตลอดจนการให้ถ้อยคำในกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะทำให้ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเข้าใจกฎหมายได้ง่าย ดังตัวอย่างของหลักการร่างกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งหากมีปัญหาการตีความแล้ว ศาลอังกฤษจะใช้หลัก plain meaning ในการตีความ หรือหลักเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่ดี ที่ได้กล่าวไว้ในส่วนการศึกษาการออกกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

4. ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งของการออกกฎหมายคือปัญหาทางด้านคุณภาพของกฎหมาย จากการศึกษาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ปรากฏว่ามีความเห็นบางเรื่องกล่าวถึงกฎหมายที่สร้างภาระเกินความจำเป็น (เรื่องเสรีที่ 393/2548) ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้มาจากการขาดการกลั่นกรองการออกกฎหมายที่ดี ในประเทศไทยได้มีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 กำหนดให้ส่วนราชการที่เสนอร่างพระราชบัญญัติต้องจัดทำสรุปวิเคราะห์ผลดีผลเสียของการมีกฎหมายนั้น เพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในการตรากฎหมายนั้น แต่เป็นที่สังเกตว่า ระเบียบนี้ใช้เฉพาะการเสนอร่างกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น หากได้ขยายไปถึงการออกกฎหมายบางประเภทที่มีผลกระทบต่อประกอบการหรือการประกอบอาชีพ หรือกระทบต่อเศรษฐกิจ การคุ้มครองผู้บริโภค ความปลอดภัยทางด้านอนามัยและสุขภาพ หรือชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนด้วยแล้ว ก็จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ซึ่งจะทำให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายโดยได้พิจารณาอย่างรอบคอบทั้งด้านต้นทุนของการบังคับใช้และประโยชน์ของการออกกฎหมายด้วย ในต่างประเทศได้มีการกล่าวถึงการควบคุมคุณภาพของกฎหมายเช่นกัน ดังเช่น Principles of Good Regulation ของ Better Regulation Task Force หรือ Regulatory Policy และการจัดทำ Regulatory Impact Analysis (RIAs) ของแคนาดา ที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์นี้ ซึ่งในประเทศไทยนั้น หากได้มีการวิเคราะห์ตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ทำนองเดียวกับ RIAs ของต่างประเทศแล้ว ก็จะเป็นเครื่องวัดคุณภาพของการออกกฎหมาย และจะทำให้ไม่มีปัญหาไม่เกินอำนาจแม่บท การมอบอำนาจต่อ ฯลฯ

วิทยานิพนธ์นี้ได้นำเสนอรูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหาร ตลอดจนหลักเกณฑ์พื้นฐานที่จำเป็นจะต้องพิจารณาในการออกกฎหมาย รวมทั้งได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบของกฎหมายและแนวทางในการ

ออกกฎของต่างประเทศเพื่อเป็นการศึกษาเปรียบเทียบ ซึ่งผลจากการศึกษานั้น อาจสรุปได้ว่า ทั้งรูปแบบและหลักเกณฑ์การออกกฎในระบบกฎหมายไทยนั้น อยู่ในแนวทางเดียวกับต่างประเทศ และมีหลักเกณฑ์การออกกฎที่คล้ายคลึงกัน แต่ยังมีรายละเอียดอื่นในข้อปลีกย่อยเล็กน้อย เช่น การตรวจสอบกฎโดยรัฐสภาที่เป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติ หรือความก้าวหน้าของต่างประเทศ เกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพของกฎ อันเป็นประเด็นสำคัญของการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งคาดว่าจะการออกกฎในระบบกฎหมายไทยจะได้มีการปรับปรุงต่อไปในเรื่องดังกล่าวนี้



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์ .(2546) . **กฎหมายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 5) . กรุงเทพฯ: วิญญูชน .
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ . (2547). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย** . กรุงเทพฯ : วิญญูชน .
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2548). **กฎหมายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 10) . กรุงเทพฯ : วิญญูชน .
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์ . (2540) . **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์ .
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ . (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี** . กรุงเทพฯ : นิติธรรม .
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน
- ประวิณ ณ นคร .(2543) . **เทคนิคการร่างกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ.
- ปรีดี เกษมทรัพย์ . (2546) . **นิติปรัชญา** (พิมพ์ครั้งที่ 6) .โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. (2531). **เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชนเล่ม 2 หน่วยที่ 10 . มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช** .
- มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย .(2549, เมษายน) . **การปรับเปลี่ยนกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศไทย** (รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์) . เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ .(2547). “หลักความด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.” **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง** . กรุงเทพฯ : จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา .
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์ . (2546). **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 2) . กรุงเทพฯ : วิญญูชน .
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส . (2543) . **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน .

สุริรัตน์ พิทยาภรณ์ . (2538) . การตรารัฐบัญญัติและการออกกฎหมายลำดับรองตาม

รัฐธรรมนูญปี 1958 . ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี
ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม. กรุงเทพฯ .

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.(2547).คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย.
กรุงเทพฯ .

_____. (2548).คู่มือเบื้องต้นการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย .กรุงเทพฯ .

หยุด แสงอุทัย . (2545). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 15) . กรุงเทพฯ :
ประกายพล.

อมร จันทรสมบูรณ์ .(ม.ป.ป.) . กฎหมายปกครอง . กรุงเทพฯ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง .

บทความ

กมลชัย รัตนสกววงศ์ .(2538,ตุลาคม). “กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย.”

วารสารกฎหมาย (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) .หน้า 68-71 .

ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ . (2548,พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ
โดยศาลปกครองฝรั่งเศส.” วารสารวิชาการศาลปกครอง ,ปีที่ 2 ,ฉบับที่ 2 . หน้า 18 .

ธรรมนิตย์ สุมันตกุล . (2549). “กฎหมายปกครอง.” วารสารกฎหมายปกครอง (สำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา),เล่ม 23, ตอน 23 . หน้า 8-9 .

เอกสารอื่นๆ

ธรรมนิตย์ สุมันตกุล.(2546).“กฎหมายปกครอง.” เอกสารประกอบการบรรยายอบรมหลักสูตรนัก
กฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1 (ภาค 2). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .

_____. (2548). “การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง.” เอกสารประกอบการ
บรรยายอบรมหลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 2 สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา .

มีชัย ฤชุพันธุ์ . (2539-2543).ประมวลคำบรรยาย เล่ม 2 .

อัมพร จารุจินดา.(2546). “การบรรยายการร่างกฎหมาย.” เอกสารประกอบการบรรยายอบรม

หลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 เรื่องการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติที่มี
บทบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรองรับไว้ตามนัย
มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2542 เรื่องการวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่ 2).

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2543 เรื่องการวางแบบกฎหมาย (กำหนดในเรื่องรูปแบบการใช้ชื่อกฎกระทรวง .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 เรื่องการวางแบบกฎหมาย (การเปลี่ยนรูปแบบมาตรา.... ทวิ เป็นมาตรา..../?) .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2543 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2545 เรื่องการตรวจพิจารณากฎหมาย .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2548 เรื่องการกำหนดประเภทร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2548.

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2546 เรื่อง มาตรการตรวจทานความสมบูรณ์และถูกต้องของร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาแล้วหรือร่างพระราชกฤษฎีกาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าถวาย .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2548 เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรีรวม 6 คณะ .

มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 เรื่องการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 18/2468 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 1/2472 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 13/2474 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 58/2476 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 98/2477 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 102/2477 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 271/2484 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 145/2486 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 182/2486 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 27/2491 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 48/2492 .

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 100/2493 .

[illegible]

เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 339/2532 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 301/2534 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 702/2534 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 132/2536 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 380/2536 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 662/2536 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 702/2536 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 171/2537 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 268/2542 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 843/2542 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 139/2544 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 49/2546 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 130/2546 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 39/2547 .
 เรื่องเสร็จความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 393/2548 .

วิทยานิพนธ์

กาญจน์รัตน์ ลีวิโรจน์ .(2523) . การร่างกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชา
 นิติศาสตร์ .กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย .
 นรินทร์ อธิสาร .(2543). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทาง
 กฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะ
 นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .
 รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2533). การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย . วิทยานิพนธ์ปริญญา
 มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ .กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .
 วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์ .(2531). การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. วิทยานิพนธ์ปริญญา
 มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ . กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย .
 สุเจตน์ สถาพรนานนท์ .(2545). การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย.
 วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ .กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ .

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Carl. F. Stychim, **Legal Method** . London : Sweet & Maxwell .

David R Miers Alan C. Page . (1990) . **Legislation** (2 nd ed.) . London : Sweet & Maxwell .

Jeremy Bemtham . (1931) . **The theory of Legislation** . London : Kegan Paul Trench .Trubner Co.Ltd .

Halsbury's Law of England . (4 th ed.) London : The Barh Press , Bath , 2001 .

Neil Hawke and Neal Parpworth . (1996) . **Introduction to Administrative Law** . Great Britain . Biddles Ltd, Guildgord and king's Lynn .

O.Hood phillip,Paul Jackson and patracia Leopold . (2001).**Constitutional and Administrative Law** . (8 th ed). London . Sweet & Maxwell .

S.Namasivayam. (1967). **The Drafting of Legislation** . Ghana Universities Press Accra .

Verac Crabbe .(1993) . **Legislative Drafting Volum1** . printed and bound in Great Britain 1998

ELECTRONIC SOURCES

Auditor General Act .(R.S.,1985,c.A-17) . Retrieved July 6 , 2006, from

<http://laws.justice.gc.ca/en/A-17/text.html>

Better Regulation Task Force. (2003) . Principles of Good Regulation . Retrieved June 20, 2006,

from **[www. brtf.gov.uk](http://www.brtf.gov.uk)**

Cabinet office . (2001). Review of the Regulatory Reform Act 2001 . Retrieved June 20,

2006,from **[www.cabinet office .gov.uk/Regulation](http://www.cabinetoffice.gov.uk/Regulation)**

Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp , (1991)3 S.C.R.388 .

Retrieved June 25 , 2006, from **<http://sec.lexum.umontreal.ca/en/>**

Department of Justice Ministere de ta Justice Canada . Constitution Acts 1867-1982 .Retrieved

June 30, 2006, from **http://laws.justice.gc.ca/en/const/c1867_e.html** /.

Department of Justice Canada. (2006). Statutory Instruments Regulation . Retrieved June 26, 2006, from <http://laws.justice.gc.ca/en/s-22/c.r.c>.

Department of Justice Canada. (2006). Statutory Instruments Act . Retrieved June 30, 2006, from <http://laws.justice.gc.ca/en/s-22/c.r.c>.

Financial Administration Act .(R.S.,1985,c.F-11) . Retrieved July 6 , 2006, from <http://laws.justice.gc.ca/en/F-11/text.html>

Greater London Authority Act 1999 . Chapter 29 Arrangement of Sections . Retrieved June 15, 2006, from <http://www.uk-legislation.hmho.gov.uk/index.html>

House of Commons Information Office . (2006) . Statutory Instrumenths . Retrieved June 20, 2006,from www.parliament.go.uk .

Judicial review .Wikipedia,the free encyciopedia . from http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_review p.3

Laura Jones and Stephen Graf (2001) . Canada's Regulatory Burden .Retrieved June 20, 2006, from www.fraserinstitute.ca

Licensing Act 2003 Chapter 17 . Retrieved June 15, 2006, from <http://www.uk-legislation.hmho.gov.uk/index.html>

Privy Council office . (2001) . Guide to making Federal Acts and Regulation (2 nd ed). Retrieved June 20, 2006, from <http://www.pco-bcp-gc.ca>

Privy Council office . (1999) . Government of Canada Regulatory policy . Retrieved June 20, 2006, from <http://www.pco-bcp-gc.ca>

Privy Council office . (2002) . Regulatory process . Retrieved June 20, 2006, from <http://www.pco-bcp-gc.ca/raoics>

Pensions Act 2004 Chapter 35 . Retrieved June 15, 2006, from <http://www.uk-legislation.hmho.gov.uk/index.html>

R.V.Morgentaler,(1993) .3 S.C.R.463 . Retrieved June 25 , 2006, from <http://sec.lexum.umontreal.ca/en/>

R.V.Sharma,(1993)1S.C.R.650. Retrieved June 25 , 2006, from <http://sec.lexum.umontreal.ca/en/>

Statutory Instruments Act 1947. Retrieved May 26, 2006, from <http://www.irishstatutebook.ie/1947>

Telecommunication Act .(1993,c.38) . Retrieved July 6 , 2006,. from

<http://laws.justice.gc.ca/en/T-3.4/text.html>

Wikipedia . the free encyclopedia . Ultra Vires . Retrieved July 7, 2006, from

http://en.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ประวัติการศึกษา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

นายประเสริฐ สุขสบาย

สำเร็จการศึกษา นิติศาสตรบัณฑิต จาก

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2528

สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโท สาขาบริหารและนโยบายสวัสดิการสังคม

(สาขาการบริหารและนโยบายสวัสดิการสังคม)

จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีการศึกษา 2542

เนติบัณฑิตไทย สมัย 56 (ปี พ.ศ.2546)

นักกฎหมายกฤษฎีกา 8ว

สถาบันพัฒนานักกฎหมายมหาชน

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา