

พระราชกฤษฎีกาที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

วัชรินทร์ จันทร์ทอง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2551

**Royal Decrees That Are Not Under the Inspection
of the Administrative Court**

WATCHARIN CHANKONG

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Graduate School, Dhurakij Pundit University**

2008

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความรู้ความกรุณาเป็นอย่างสูงของท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ที่กรุณาได้รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ซึ่งท่านได้มีเมตตาต่อผู้เขียน โดยได้ให้ข้อมูลคำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณอาจารย์เป็นอย่างสูงมา ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ท่านอาจารย์ ดร.พิรพันธุ์ พาลุสุข ที่ได้กรุณาให้เกียรติรับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขและปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนใคร่ขอกราบขอบพระคุณ คุณบิดา มารดา ญาติพี่น้องทุกคนในครอบครัวของผู้เขียนที่ได้ให้ชีวิต และการอบรมเลี้ยงดู รวมถึงให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนทางการศึกษามาโดยตลอด และขอบคุณพี่ๆ น้องๆ ชาวอรรถกิจทนายความทุกท่าน คุณสุวัตร ไรกรสกุล และเพื่อนร่วมรุ่นกฎหมายมหาชน ตลอดจนผู้เกี่ยวข้องที่ไม่อาจยกขึ้นกล่าวได้หมดในที่นี้ถึงความดีที่ได้ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน และเป็นกำลังใจที่สำคัญในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

คุณประโยชน์และความดีอันใดของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอเทอดบูชาพระคุณ บุพการี ครูบาอาจารย์ ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ตลอดจนผู้มีพระคุณทั้งหลายต่อผู้เขียน หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

วัชรินทร์ จันทร์ทอง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๘
กิตติกรรมประกาศ.....	๙
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา.....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	2
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	3
2. ป้องเกิดของกฎหมาย กฎหมายลำดับรอง และพระราชกฤษฎีกา.....	5
2.1 ป้องเกิดของกฎหมาย.....	5
2.1.1 การแบ่งประเภทของกฎหมาย.....	6
2.1.2 ลำดับชั้นของกฎหมาย.....	7
2.2 ความหมาย แนวคิด ลักษณะ และข้อยกเว้นของกฎหมายลำดับรอง.....	10
2.2.1 ความหมาย.....	10
2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการตรากฎหมายลำดับรอง.....	11
2.2.3 ลักษณะของกฎ.....	13
(1) ลักษณะของกฎโดยผลใช้บังคับ.....	13
(2) ลักษณะของกฎโดยผลทางกฎหมาย.....	14
(3) ลักษณะของกฎตามที่มาแห่งอำนาจในการตรา.....	15
2.2.4 ข้อยกเว้นของกฎ.....	16
(1) การกระทำของรัฐบาล.....	16
(2) สถานการณ์ฉุกเฉิน.....	23
(3) ระเบียบภายใน.....	24

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3 ความเป็นมาของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย.....	25
(1) สมัยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง.....	25
(2) สมัยหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง.....	28
2.4 พระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย.....	28
2.4.1 ความหมาย.....	28
2.4.2 การตราพระราชกฤษฎีกา.....	29
2.4.3 ประวัติศาสตร์การตราพระราชกฤษฎีกา.....	30
2.4.4 ประเภทของพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย.....	34
1) พระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญ.....	34
2) พระราชกฤษฎีกาอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท.....	34
3. กฎในต่างประเทศและตามกฎหมายไทย.....	37
3.1 กฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศส.....	37
3.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร.....	38
3.1.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง.....	40
3.1.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง.....	41
3.1.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ.....	43
3.2 กฎในระบบกฎหมายเยอรมัน.....	48
3.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร.....	49
3.2.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง.....	50
3.2.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง.....	50
3.2.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ.....	53
3.3 กฎในระบบกฎหมายไทย.....	59
3.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร.....	59
3.3.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง.....	60
3.3.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง.....	66
3.3.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ.....	67

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
4. บทวิเคราะห์อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประเภทของพระราชกฤษฎีกา.....	75
4.1 ลักษณะของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง.....	75
4.2 รูปแบบของพระราชกฤษฎีกาที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง.....	79
กรณีที่หนึ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2543.....	80
กรณีที่สอง พระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวง ทบวง กรม และพระราชกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ.....	86
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	97
บรรณานุกรม.....	101
ประวัติผู้เขียน.....	105

ชื่อวิทยานิพนธ์	พระราชกฤษฎีกาที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง
ชื่อผู้เขียน	วัชรินทร์ จันทร์ทอง
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2550

บทคัดย่อ

พระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันมีหลายประเภท เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้พระราชกฤษฎีกาอยู่ในความหมายของกฎที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง จึงต้องมีการศึกษาว่ามีการตราพระราชกฤษฎีกาออกใช้ในกรณีใดบ้าง และแบ่งประเภทของพระราชกฤษฎีกาออกได้เป็นกี่ประเภท โดยพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรา เนื้อหาของพระราชกฤษฎีกา รวมถึงลักษณะการใช้บังคับ เพื่อให้ทราบว่าศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาประเภทใดบ้าง

จากการศึกษาพบว่า ในระบบกฎหมายไทยมีการตราพระราชกฤษฎีกาออกใช้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ 1. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองเพื่อขยายความในเนื้อหาของกฎหมายให้สมบูรณ์ มีผลบังคับเป็นการทั่วไป มีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืนที่ดิน พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีวพืชนต่างด้าวห้ามทำ เป็นต้น 2. พระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในรูปแบบของคำสั่งพระมหากษัตริย์ในกิจการที่สำคัญในทางการเมือง เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการประชุม เปิดปิดประชุมสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็นคำสั่งประมุขของรัฐเพื่อดำเนินงานในกิจการที่มีความสำคัญๆ โดยอาศัยรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาเป็นแบบพิธีในการตรา แต่มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งที่มีผลเฉพาะเรื่องไป จึงไม่มีลักษณะของกฎในทางทฤษฎีที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง 3. พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะพิเศษใช้ในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวง ทบวง กรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเวลายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มาตรา 28 พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็นการเปลี่ยนรูปแบบการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งโดยปกติจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือยกเลิกได้จะต้องกระทำโดยตราเป็นพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับที่สูงกว่า แต่กรณี

ดังกล่าวนี้ ให้ตราพระราชกฤษฎีกามีผลเป็นการยกเลิกหน่วยงานดังกล่าวได้ ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบ เพราะเป็นเรื่องการใช้อำนาจทางสภาในการยกเลิกกฎหมาย แต่เปลี่ยนรูปมาให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ดำเนินการเป็นการเฉพาะกรณี ซึ่งหากศาลปกครองซึ่งอยู่ในฐานะองค์กรตุลาการเป็นผู้เข้าไปควบคุมการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจสภานิติบัญญัติอันมีกระบวนการตรวจสอบเฉพาะอยู่แล้ว ทำให้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจได้

ดังนั้น การที่ศาลปกครองรับเอาพระราชกฤษฎีกาทุกประเภทมาตรวจสอบ จึงไม่อาจสอดคล้องกับหลักการตรวจสอบกฎหมายลำดับรอง และหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้ เกิดจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่บัญญัติให้รวมพระราชกฤษฎีกาอยู่ในความหมายของกฎยังไม่มีความชัดเจน และไม่สอดคล้องกับลักษณะของกฎในระบบกฎหมายไทย ซึ่งมีการใช้พระราชกฤษฎีกาในหลายลักษณะ ทั้งที่บางกรณีมิใช่กฎหมายลำดับรอง จึงควรแก้ไขนิยามความหมายคำว่ากฎในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาประเภทแรกที่เป็นกฎหมายลำดับรองเท่านั้น

Thesis title	Royal Decrees That Are Not Under the Inspection of the Administrative Court
Student's Name	Watcharin Chankong
Advisory Instructor	Assoc.Prof. Dr. Kamonchai Rattanasakaowong
Subject	Law (Public Law)
Academic year	2007

ABSTRACT

Royal decrees in the Thai law system today consist of many types. When the royal decree was issued for the establishment of the Administrative Court and the administrative case proceedings in 1999, the royal decree was enacted to be within the meaning of rule under the inspection of the Administrative Court. The study is therefore made on what cases the royal decree was issued for the enforcement and how many categories the royal decree had been classified, considering from the enactment power given by the law, the substances of the royal decree, including the enforcement characteristics, in order to know what type of the royal decrees can be inspected, under its authority, by the Administrative Court.

The study found that in the Thai law system the royal decree may be classified into 3 major categories : 1. Subordinate royal decree for the enlargement of statements of law for validity and general enforcement. Its characteristic is to define the small details necessary to be operated according to the principles and intent of the basic law, for examples, the royal decree for setting the land expropriation areas in the royal decree for determining the type of professions prohibited to be done by aliens. 2. The royal decree in the form of the royal command involving the major political events such as the royal decree to convoke the legislature for the opening and closure of the national assembly; the royal decree for the legislature dissolution. These types of the royal decrees are the orders given by the Chief of State in the major and important events for the undertaking in the form of the issuing formality royal decree but to be effected only to the specific events. In theory, the royal decrees are therefore not characterized by the rule to be under the inspection of the Administrative Court. 3. The royal decrees with the special characteristics for use in the amendment or the abrogation of law such as the royal decree for the dissolution and the mergence of ministries, departments, according to the constitution of the Kingdom of

Thailand issued in 1997, Section 230 and the royal decree setting for the schedule to abrogate the law on the state enterprise establishment, according to the State Enterprise Capital Act 1999, Section 28. These royal decrees are the changes in the form of the amendment or abrogation of law to establish the government agencies through the acts. Normally, the change, amendment or abrogation can be made only when the acts or laws at the higher levels have been issued. However, in such case, the royal decree can be issued in effect of the said agencies dissolution and the Administrative has no power to inspect it as it is the matter of exercising the power to dissolve such agencies by the legislature but the form is changed by allowing the administration to act on its behalf for the specific cases. In this event if the Administrative Court, as the judicature, is permitted to be involved in the law enactment control, which is the power of the legislature who has its own specific inspection, it would be against the principle of the deconcentration.

Administrative Court's acceptance of all the royal decrees for the inspection is therefore inconsistent with the principles of the subordinate law inspection and the deconcentration. Such problem, first is caused by the Administrative Court Establishment and the Administrative Case Proceedings Act issued in 1999 that was enacted to include the royal decrees to be within the meaning of the unclear rule and inconsistent with the rule characteristics in the Thai law systems where several royal decrees were exercised although in some cases those royal decrees are not considered as the subordinate legislatures. The definition of the word meanings of the rule in the Administrative Court Establishment and Administrative Case Proceedings Act 1999 should be revised to include only the power of the Administrative Court to inspect all the specific subordinate royal decrees.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

พระราชกฤษฎีกา ตามกฎหมายไทยนั้นถือได้ว่าเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่ง ซึ่งเรียกชื่อตามลักษณะเกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมายลำดับรองนั้น ได้แก่ พระมหากษัตริย์ โดยมีหลักการในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ภายในอำนาจของกฎหมายได้ เพื่อให้การบริหารเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็ว ทันต่อภาวะเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว

ประเทศไทยมีการพัฒนาในการตราพระราชกฤษฎีกาออกบังคับใช้เป็นจำนวนมาก อาทิ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืนที่ดิน บังคับใช้กฎหมาย หรือรายละเอียดของพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงิน หรือเป็นคำสั่งประมุขของรัฐ เช่น พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภา พระราชกฤษฎีกาประกาศบังคับใช้กฎหมาย หรือใช้พระราชกฤษฎีกาในลักษณะที่แตกต่างออกไป เช่น พระราชกฤษฎีกาในลักษณะของการจัดตั้งหน่วยงาน พระราชกฤษฎีกาแปรสภาพรัฐวิสาหกิจ จนจัดได้ว่าพระราชกฤษฎีกานั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อระบบกฎหมายไทยเป็นอย่างมาก ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวบางประเภทอยู่ในลักษณะของกฎหมายลำดับรองเพื่อขยายความในเนื้อหาของกฎหมายให้สมบูรณ์ บางประเภทอยู่ในลักษณะของการขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายให้ครอบคลุมทุกพื้นที่ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร หรือกลุ่มที่เป็นลักษณะการกระทำตามรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภา ปิดประชุมสภา ยุบสภา หรือพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเรื่องเงิน เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเบี้ยประชุม เป็นต้น

ลักษณะการใช้อำนาจปกครองของฝ่ายปกครองภายใต้หลักนิติรัฐนั้น จะต้องคำนึงถึงการแบ่งแยกการใช้อำนาจคือ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ซึ่งหลักการดังกล่าว จะเกิดผลคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ จะต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยทางศาล จึงจะสมบูรณ์ แต่องค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาในแต่ละประเภทยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ชัดเจน เพราะหากเป็นพระราชกฤษฎีกาในลักษณะที่เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร หรือเป็นกิจการของฝ่ายสภานิติบัญญัติซึ่งใช้อำนาจถ่วงดุลกัน ซึ่งโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจที่จะตรวจสอบ

พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ เพราะอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองจะเป็นการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบคล้ายคลึงกับกฎกระทรวงที่ขยายเนื้อความของกฎหมายให้สมบูรณ์

ในปัจจุบันพบว่า ยังไม่มีการศึกษาเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาอย่างเพียงพอ ทำให้เกิดความเข้าใจที่สับสนว่า หากเป็นพระราชกฤษฎีกาแล้ว จะต้องอยู่ในอำนาจศาลปกครองทั้งหมดซึ่งเป็นการตีความตามตัวอักษร ในนิยามความหมายของคำว่า “กฎ” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีได้พิจารณาถึงเนื้อหาในพระราชกฤษฎีกาว่ามีลักษณะอย่างไร ทำให้ศาลปกครองตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาทุกประเภทซึ่งหากเป็นเช่นนั้นแล้วก็จะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจริบไต่โดย อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาพระราชกฤษฎีกาแต่ละประเภทเพื่อให้เกิดการตรวจสอบการกระทำของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา ความหมาย หลักการแนวคิด ลักษณะและประเภทของพระราชกฤษฎีกา

1.2.2 เพื่อศึกษาเขตอำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

1.2.3 เพื่อให้ทราบสภาพปัญหาเชิงหลักการทางกฎหมาย ของขอบเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกา และมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญห

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การตรวจสอบพระราชกฤษฎีกา ในฐานะที่เป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่ง นอกจะพิจารณาจากรูปแบบของกฎหมายหรือนิยามความหมายของพระราชกฤษฎีกาซึ่งอยู่ในความหมายของ “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ยังต้องพิจารณาถึงลักษณะเนื้อหาการใช้บังคับของพระราชกฤษฎีกานั้นๆ ว่ามีการใช้อำนาจอย่างไร โดยยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น หากเป็นพระราชกฤษฎีกาในลักษณะที่เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร หรือเป็นกิจการของฝ่ายสภานิติบัญญัติซึ่งใช้อำนาจถ่วงดุลกันและเป็นกิจการภายใน เพียงแต่ใช้พระราชกฤษฎีกาเป็นรูปแบบการใช้อำนาจเท่านั้น พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ย่อมไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง เพราะไม่เช่นนั้นก็จะทำให้องค์กรตุลาการใช้อำนาจก้าวล่วงไปควบคุมฝ่ายบริหาร ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

1.4 ขอบเขตการศึกษา

การศึกษานี้จะมุ่งเน้นถึงรูปแบบและลักษณะของพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย ในแง่หลักการ และทฤษฎีกฎหมาย โดยเฉพาะการตีความของศาลปกครองในการกำหนดขอบเขตการควบคุมพระราชกฤษฎีกา โดยนิยามความหมายของคำว่า“กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล รวมถึงกฎระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง โดยเริ่มจากการศึกษาประวัติความเป็นมา ความหมาย หลักการ แนวคิด ลักษณะและประเภทของพระราชกฤษฎีกา มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาโดยโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ให้ทราบถึงขอบเขตการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาโดยศาลปกครองว่ามีข้อแตกต่าง ข้อดีข้อเสียอย่างไร เหมาะสมหรือไม่ เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขหลักการ แนวคิดในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาให้มีผลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างดีที่สุด

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้จะเน้นหนักการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลักในการศึกษา และรวบรวมข้อมูล เช่น หนังสือ วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รวมถึงการศึกษาเปรียบเทียบ แนวคิดและหลักเกณฑ์ของคำวินิจฉัยศาลปกครอง และศาลที่เกี่ยวข้องรวมทั้งกฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจศาล รวมถึงกฎระเบียบ ข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง การค้นหาความรู้ทางระบบเครือข่ายเแมงมุม (internet) ตลอดจนความเห็นของนักนิติศาสตร์และอาจารย์ผู้เชี่ยวชาญ เพื่อนำมาวิเคราะห์ให้เห็นสภาพปัญหา และแนวทางการแก้ไขในระบบการควบคุมตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาโดยองค์กรศาลปกครองในปัจจุบัน

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบถึงประวัติความเป็นมา ความหมาย หลักการแนวคิด ลักษณะและประเภทของของพระราชกฤษฎีกา

1.6.2 ทำให้ทราบถึงเขตอำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542

1.6.3 ทำให้ทราบสภาพปัญหาเชิงหลักการทางกฎหมาย ของการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกา
และมาตรการทางกฎหมายในการแก้ไขปัญหา



บทที่ 2

บ่อเกิดของกฎหมาย กฎหมายลำดับรองและ พระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย

2.1 บ่อเกิดของกฎหมาย¹

บ่อเกิดของกฎหมาย คือ ที่มาของกฎเกณฑ์อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง หรือรูปแบบ หรือแบบพิธีที่กฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งได้อาศัยในการก่อกำเนิด และปรากฏตัวขึ้นเป็นกฎหมาย

บ่อเกิดของกฎหมายแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ บ่อเกิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร และบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

1) บ่อเกิดที่เป็นลายลักษณ์อักษร แบ่งเป็น 4 กลุ่ม ดังนี้

- (1) รัฐธรรมนูญ
- (2) พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่มีค่าเท่าพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด
- (3) กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น
- (4) กฎหมายที่เกิดจากนิติบุคคลที่เป็นองค์กรปกครองตนเองหรือ องค์กรมหาชน หรือองค์กรอื่น เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

2) บ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ จารีตประเพณี และกฎหมายทั่วไป

(1) จารีตประเพณี

จารีตประเพณี เป็นบ่อเกิดของกฎหมายประเภทเดียวที่ผู้ก่อให้เกิดคือบุคคลที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับที่ตนเองก่อให้เกิดขึ้น เช่น คนเราประพฤติปฏิบัติจนตนเองต้องผูกพันปฏิบัติตามนั้น โดยจะเกิดขึ้นได้ต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร และจารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่ใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร

¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2546). “เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายมหาชน.” มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 1-13.

ก. องค์ประกอบภายนอก คือมีการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอมา

ข. องค์ประกอบภายใน คือความรู้สำนึกว่าสิ่งที่ประพฤติปฏิบัติ นั้น ผู้ซึ่งประพฤติปฏิบัติผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม

ในทางกฎหมายปกครองและทางกฎหมายมหาชนมีหลักที่ยอมรับนับถือว่ากฎหมายประเพณีไม่อาจเป็นที่มาของอำนาจกระทำการได้ ได้แก่เป็นที่มาของการจำกัดอำนาจปกครอง

(2) หลักกฎหมายทั่วไป²

กฎหมายทั่วไปคือกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่ง ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้น อาจค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอาศัยหลักตรรกะ พินิจพิจารณาหลักการอันเป็นเสมือนโครงสร้างใหญ่ที่ยึดโยงกฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ เช่น หลักความเสมอภาค การคุ้มครองความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองของผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองโดยสุจริต หลักการใช้อำนาจพอสมควรแก่เหตุ เป็นต้น

2.1.1 การแบ่งประเภทของกฎหมาย

(1) ในแง่องค์กรที่ตรากฎหมาย

ก. องค์กฤษฎบัญญัติ โดยหลักมีลำดับศักดิ์กฎหมายสูงกว่ากฎหมายองค์กรอื่น เช่น พระราชบัญญัติ

ข. องค์กรอื่นที่มีใช้องค์กฤษฎบัญญัติ เช่น องค์กรฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนด ออกใช้

(2) ในแง่รูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย แบ่งเป็น

ก. กฎหมายตามเนื้อความ คือ กฎเกณฑ์ซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม มุ่งประสงค์ใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป เป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งสิทธิหน้าที่ให้กับปัจเจกชน หรือกำหนดความประพฤติภายนอกแก่บุคคลทั่วไป กฎหมายตามเนื้อความอาจได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยกระบวนการตรากฎหมาย หรืออาจได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรอื่นที่มีใช้องค์กฤษฎบัญญัติก็ได้

ข. กฎหมายตามแบบพิธี คือกฎเกณฑ์ที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติตามกระบวนการบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ โดยมีพ้องต้องกันว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวมีเนื้อหาในการก่อตั้งสิทธิหน้าที่ให้แก่ปัจเจกชน หรือกำหนดความประพฤติภายนอกของบุคคลหรือไม่

² แหล่งเดิม.

2.1.2 แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย³

แนวความคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายนั้น ได้ปรากฏเป็นครั้งแรกในสมัยโบราณ โดยเริ่มตั้งแต่สมัยกรีก โรมัน เนื่องจากในสมัยนี้เป็นการเริ่มต้นแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางปกครอง และมีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน แต่แนวความคิดดังกล่าวไม่เด่นชัดเท่าที่ควร เพราะถือว่ากฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันมากกว่า ส่วนกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประชุมของสภาโคมิเซีย (comitia) และสภาซีเนต (senate) ที่จะรู้ในหมู่ผู้ปกครองเท่านั้น แต่ถึงอย่างไรก็มีการยอมรับว่าประเทศจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ ฉะนั้นเมื่ออำนาจอยู่ในเงื้อมมือของสภาทั้งสอง กฎเกณฑ์ที่สภาทั้งสองออกจึงถือได้ว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับสิ่งที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญมาก

อย่างไรก็ตาม ในสมัยโรมันนั่นเอง ก็เริ่มมีแนวความคิดเรื่อง “กฎหมายเหนือกฎหมาย” (law above law) ชัดเจนขึ้นแล้ว ซึ่งนักคิดในสมัยนั้นคือ ซิเซโร (Cicero) กัตติ ไกอุส (gaius) กัตติ ได้เริ่มอธิบายอย่างจริงจังว่า กฎหมายมีสองประเภทคือ กฎหมายธรรมดาและกฎหมายที่อยู่สูงกว่าขึ้นไป โดยซิเซโรถือว่ากฎหมายธรรมดาคือกฎหมายที่ไม่เที่ยงแท้ ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้นเป็นกฎหมายที่เที่ยงแท้ ส่วนไกอสนั้น เรียกกฎหมายธรรมดาว่าเป็นกฎหมายเฉพาะ (jus civile) ที่ใช้กับชาวพื้นเมืองภายในรัฐ (civitas) ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้นเรียกว่ากฎหมายทั่วไป (jus gentium) ซึ่งใช้แก่รัฐทั้งปวง จากแนวคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า กฎหมายที่มนุษย์เป็นผู้ออกนั้น ไม่ได้เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดเป็นล้นพ้น หากแต่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่อยู่สูงกว่าและเป็นที่มาของคำอธิบายของนักปราชญ์สมัยต่อมา โดยเฉพาะนักปราชญ์ทางรัฐธรรมนูญที่แบ่งกฎหมายภายในรัฐออกเป็นสองระดับบรรดาพระราชกำหนดทั้งหลายเป็นเพียงกฎหมายธรรมดาหรือกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำ ส่วนรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายที่อยู่สูงกว่า โดยกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าไม่สามารถขัดแย้งกับกฎหมายที่มีฐานะอยู่ในลำดับศักดิ์ที่สูงกว่าได้⁴

ในระบบกฎหมายตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเกิดขึ้นได้เพราะมีกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจ และจะเป็นเช่นนี้ไปเรื่อยๆ จนถึงกฎเกณฑ์ที่สูงสุดที่เราเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็อาจได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญฉบับ

³มานิตย์ จุมปา. (2548). ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิก หรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า. หน้า 42-45.

⁴วิชญ์ เครื่องงาม. (2530). กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 22-25.

ก่อนๆ ไปจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับแรกสุด เมื่อถามต่อไปว่ารัฐธรรมนูญฉบับแรกสุดได้รับมอบอำนาจมาจากสิ่งใด เราจะพบว่าไม่มีรัฐธรรมนูญใดก่อนหน้านี้ที่ให้อำนาจ เราก็ต้องสมมุติว่ามีกฎเกณฑ์พื้นฐาน (Grundnorm หรือ norme fondamentale) ที่ถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นใช้ได้ ซึ่งเราจะพบว่าสิ่งที่เราเรียกว่ากฎหมายนั้น อันเป็นคำรวมๆ ที่กว่าที่สุดนั้น รวมกันเป็นหนึ่งเดียวที่เรียกว่า “ระบบกฎหมาย” ซึ่งหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายทั้งหมดที่มีอยู่และถูกกำหนดตาม “ลำดับชั้น” ของกฎหมายนั่นเอง ซึ่งถ้าเราวิเคราะห์ตามหลักการดังกล่าว เราจะพบว่า รัฐธรรมนูญเป็นเพียงกฎหมายสูงสุดที่จัดตั้งองค์กรของรัฐขึ้นมา และมอบอำนาจให้องค์กรเหล่านั้นออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในรูปแบบต่างๆ ตามที่ได้รับมอบอำนาจมา เพื่อที่จะสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างกันในการที่จะทำให้สามารถบรรลุเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้⁵

เรื่องลำดับชั้นของกฎหมายถือกำเนิดมาจากแนวความคิดที่ว่าเมื่อกฎหมายที่ใช้อยู่ในสังคมต่างๆ ได้เริ่มก่อตัวขึ้นในสังคมโดยมาจากวิวัฒนาการที่แตกต่างกันตามความเป็นอยู่และขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีของคนในสังคมเหล่านั้น จนเกิดเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับคนในสังคมเกิดขึ้น กฎหมายต่างๆ เหล่านั้นได้ถูกพัฒนาขึ้นไปตามสภาพของสังคมขณะนั้น จนเกิดเป็นกฎหมายหลายรูปแบบแตกต่างกันไปตามสภาพสังคม เมื่อมีกฎเกณฑ์ใหม่เพิ่มมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่ล้าสมัยก็จำเป็นที่จะต้องหมดไปและไม่สามารถกลับมาใช้ได้อีก

กฎหมายที่ใช้อยู่ในสังคมนั้น ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นในหลายรูปแบบ และหลากหลายองค์กร ซึ่งปัจจุบันนี้องค์กรในภาครัฐได้ถือกำเนิดขึ้นมามากมายด้วยความจำเป็นต่างๆ กฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กรเหล่านั้นก็มีมากมายตามไปด้วย การที่มีกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับมากมายเช่นนี้ โอกาสที่กฎเกณฑ์เหล่านั้นจะขัดหรือแย้งกันย่อมเกิดขึ้นได้ จึงมีการกำหนดหลักการที่สำคัญในการจัดระบบกฎหมายที่มีมากมายเหล่านั้น โดยการกำหนดหลักความสำคัญของกฎหมายที่เราเรียกว่า “ลำดับชั้นของกฎหมาย” ขึ้น เพื่อให้ทราบว่ากฎหมายฉบับใดมีความสำคัญมากกว่าในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันและกรณีที่มีกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่ากันแล้วเกิดความขัดแย้งกัน ผลที่ตามมาของการจัดกันดังกล่าวจะเป็นอย่างไร รวมทั้งอำนาจและขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายที่ได้รับอำนาจมาจากกฎหมายแม่บทในกรณีต่างๆ จะเป็นอย่างไร

“ลำดับชั้นของกฎหมาย” จึงหมายถึงการจัดลำดับชั้นตามความสำคัญของกฎหมายว่ากฎหมายใดอยู่ในลำดับที่สูงหรือต่ำกว่ากันอย่างไร เพื่อประโยชน์ในการขจัดความขัดแย้งเมื่อเกิดปัญหากฎหมายหลายรูปแบบมีเนื้อหาขัดแย้งกัน⁶

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 7.

⁶ แหล่งเดิม.

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการจัดระบบเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายไว้โดยมีหลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดลำดับชั้นกฎหมายจากองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภา และเป็นการใช้อำนาจในการออกกฎหมายร่วมกันของสองสภา คือสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุด ในขณะที่กฎหมายที่มีลำดับรองลงมา คือ พระราชบัญญัติจะถูกพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎรก่อน แล้วจึงพิจารณาโดยวุฒิสภา ถือเป็นการแยกกันใช้อำนาจแยกกันออกกฎหมาย ส่วนพระราชกำหนดนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารคือ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการตราเมื่อมีเหตุกรณีฉุกเฉินและรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระราชกำหนดมีผลเป็นพระราชบัญญัติ

ส่วนพระราชกฤษฎีกา ผู้มีอำนาจออก คือ คณะรัฐมนตรี โดยเมื่อตราขึ้นแล้วไม่จำเป็นต้องไปขออนุมัติรัฐสภา ซึ่งโดยหลักแล้วพระราชกฤษฎีกาจึงมีลำดับชั้นของกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด เพราะคณะรัฐมนตรีนั้นมีการกำหนดมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีเป็นผู้คัดเลือกบุคคลมาร่วมเป็นคณะรัฐมนตรี

ผลที่สำคัญของลำดับชั้นของกฎหมาย มีดังนี้⁷

(1) กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายสูงกว่าเป็นกฎหมายแม่บทกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าเป็นกฎหมายลูกบท

(2) กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกใช้โดยมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท (กฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายสูงกว่า) ไม่ได้ ถ้าตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ ถือว่ากฎหมายนั้นๆไม่มีผลใช้บังคับ

(3) กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ กรณีที่มีการขัดหรือแย้งกันต้องใช้กฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่านั้น ไม่ว่ากฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่านั้นจะตราออกใช้ก่อนหรือหลัง ส่วนในกรณีที่กฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันขัดหรือแย้งกัน มีหลักอยู่ว่า กฎหมายที่ออกภายหลังย่อมยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ออกมาก่อน เมื่อมีข้อความขัดหรือแย้งกัน ยกเว้นกรณีที่กฎหมายฉบับก่อนเป็นกฎหมายเฉพาะและกฎหมายฉบับหลังเป็นกฎหมายทั่วไป

⁷ มานิตย์ จุมปา. (2542). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2540. หน้า 1-7.

2.2 ความหมาย แนวคิด ลักษณะ และข้อยกเว้นของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย

2.2.1 ความหมาย

กฎหมายลำดับรอง มิได้มีคำจำกัดความ หรือนิยามความหมายในกฎหมายไทย แต่เป็นสิ่งที่นักกฎหมายใช้เรียกกฎหมายประเภทหนึ่ง ซึ่งได้มีการให้ความหมายไว้ เช่น

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ให้คามหมายว่า หมายถึงกฎที่ตราโดยองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร หรือองค์กรฝ่ายปกครองโดยได้รับมอบอำนาจจากองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือโดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไข และประเภทของกฎที่จะให้ฝ่ายบริหารตรากฎนั้นๆ มาบังคับใช้ในรายละเอียดการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁸

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายไว้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” ได้แก่ บรรดากฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็นกฎหมายแม่บท (parent legislation) และซึ่งมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด⁹

จากความหมายดังกล่าวจึงพอจะสรุปได้ว่า กฎหมายลำดับรอง หมายถึง กฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองตราขึ้น ภายใต้อำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ เพื่อกำหนดรายละเอียดการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และฝ่ายปกครองจะตรากฎหมายลำดับรองได้เพียงภายในขอบเขต ขั้นตอน และวิธีการ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

ส่วนคำว่า “กฎ” หรือที่ในทางวิชาการเรียกกันว่า “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” แต่ในวงวิชาการไทยรู้จักกฎในฐานะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งมากกว่าคำว่า “กฎหมายลำดับรอง” ซึ่งนิยมใช้คำว่านิติกรรมทางปกครอง โดยให้หมายความรวมถึง “กฎ” ด้วย ซึ่งก็คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยนัยนี้ “กฎ” จึงมีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ

⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 109.

⁹ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2531). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสมทรัพย์, หน้า 195.

ประการที่หนึ่ง กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่น ซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น เช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆไม่ถือว่าเป็นกฎ

ประการที่สอง กฎจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

ประการที่สาม กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่สี่ กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป¹⁰ ในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

ความหมายของคำว่า “นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ดังกล่าวข้างต้นเป็นคำอธิบายในทางวิชาการที่บอกความหมายที่มีลักษณะทั่วไปของ “กฎ” แต่คำอธิบายทำนองนี้ก็ไม่ได้เป็นคำอธิบายที่รับรู้และเข้าใจกันทั่วไปในวงกว้าง แม้ในแวดวงของนักนิติศาสตร์เอง คำๆนี้ก็ยังมีความสับสนและความแตกต่างทั้งในการใช้คำ และการนิยามความหมายอยู่ไม่น้อย เนื่องจากคำว่านิติกรรมทางปกครองนักวิชาการบางท่านก็หมายถึงคำสั่งทางปกครองเท่านั้น¹¹ อีกทั้งหากจะพิจารณาในแง่บทบัญญัติของกฎหมายในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 อันเป็นกฎหมายที่ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เพื่อพิจารณาร้องทุกข์ของประชาชนเกี่ยวกับความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่ตนได้รับ อันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็หาได้มีการระบุคำว่านิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป หรือกฎหมายลำดับรองไว้ในพระราชบัญญัตินี้แต่อย่างใดไม่ด้วยเหตุ คำว่า “นิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ดังว่านี้ จึงเป็นคำที่ใช้กันอยู่ในวงแคบในทางวิชาการของนักกฎหมายจำนวนน้อยเท่านั้น ต่อมาจึงได้มีการบัญญัตินิยามความหมายคำว่า “กฎ” ในระบบกฎหมายไทยคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2.2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการตรากฎหมายลำดับรอง

ในประเทศที่ปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐนั้น เป็นที่ยอมรับในพื้นฐานความคิดว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายลำดับชั้นที่ต่ำกว่าไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายลำดับชั้นที่สูง

¹⁰ อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์. (2533). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย. หน้า 14-15.

¹¹ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537). พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 119-130.

กว่า เพราะโดยพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา และกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้บัญญัติกฎหมาย จากกฎหมายของรัฐสภา โดยอธิบายว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภา มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) และกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation)¹² แม้โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจจะกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายก็ตาม แต่การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่อาจที่จะครอบคลุม หรือเหมาะสมกับสภาพปัญหาหรือข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติได้หมด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้บัญญัติกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ให้ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถวางกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดเพื่อให้เหมาะสมกับพฤติการณ์ภายในขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้

เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป บทบาทและหน้าที่ของรัฐก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมที่มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น การที่จะสามารถบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองได้มากขึ้น ซึ่งปัจจัยที่ก่อให้เกิดการขยายตัวของอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองมี 2 ประการ คือ

(1) การเปลี่ยนแปลงแนวคิดว่าด้วยภารกิจของรัฐ (Function of state)

ก. ภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) เดิมทีรัฐมีภารกิจพื้นฐานเท่านั้น ได้แก่ การป้องกันประเทศ การรักษาความสงบเรียบร้อย และการอำนวยความยุติธรรม

ข. ภารกิจลำดับรอง (Secondary Function) ต่อมาช่วงภายหลังศตวรรษที่ 20 เอกชนมีการขยายตัวมากขึ้นทำให้เกิดการเอาเปรียบกันมากขึ้น รัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทในการดูแลเรื่องระหว่างเอกชนด้วยกันโดยความมุ่งหมายที่จะปรับปรุงวิถีชีวิตของประชาชนในรัฐให้มีความเป็นอยู่ที่ดีกว่าเดิม

(2) ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี

เมื่อความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงด้านสภาพความเป็นอยู่และปัญหาของสังคม ทำให้เกิดความต้องการในการใช้กฎหมายมากขึ้น แต่รัฐสภาไม่อาจตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้เพราะ

ก. กระบวนการนิติบัญญัติมีความยุ่งยากสลับซับซ้อน ใช้เวลานาน ไม่ทันกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม

ข. การตรากฎหมายในเรื่องเศรษฐกิจ สังคม ที่จะต้องใช้ความรู้เฉพาะด้านความเจริญทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ทำให้เกิดปัญหามาก การตรากฎหมายกำหนดรายละเอียด

¹² รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2533). การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. หน้า 6.

โดยผู้ที่ไม่มีความรู้ความสามารถ ความเชี่ยวชาญเฉพาะสาขาเพียงพอ จะทำให้กฎหมายไม่มีคุณภาพ และปราศจากสภาพบังคับ

ก. ความจำเป็นที่จะต้องให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นเหมาะสมกับสังคมที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว¹³

ดังนั้น การให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองได้ จึงเป็นการช่วยให้กฎหมายยืดหยุ่นในการบังคับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง และเป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐสภาด้วย

2.2.3 ลักษณะของกฎ

ลักษณะของกฎอาจพิจารณาได้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ลักษณะของกฎโดยผลใช้บังคับ

ลักษณะของการบังคับใช้ของกฎนั้น จะต้องเป็นข้อความที่มีลักษณะเป็นการกำหนดบังคับให้บุคคลโดยทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ หรือห้ามมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

ประการที่สอง กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นธรรม (abstract) เช่น บังคับให้เขากระทำการ ห้ามมิให้เขากระทำการ หรืออนุญาตให้เขากระทำการ ทุกวันที่ 1 ของเดือน เป็นต้น ทุกครั้งที่มีการกระทำตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำๆ ซากๆ (Permanent)

¹³ แหล่งเดิม.

(2) ลักษณะของกฎโดยผลทางกฎหมาย

จากลักษณะของกฎดังกล่าว หากแบ่งลักษณะของ “กฎ” โดยยึดถือผลทางกฎหมาย อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ¹⁴

ประเภทที่หนึ่ง “กฎ” โดยสภาพ เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า ถ้ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้วก็จะเกิดผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายกำหนดว่า อาการใดมีสภาพชำรุดทรุดโทรมจนอาจเป็นอันตรายแก่บุคคลแล้ว อาจถูกสั่งให้รื้อถอน กรณีนี้จะเห็นได้ว่าไม่ได้ระบุว่าเป็นเรื่องของอาคารหลังใด แต่ถ้าอาคารหลังใดกลายสภาพมาตรงกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็จะอยู่ในบังคับทางกฎหมายทำให้อาจถูกสั่งให้รื้อถอนได้ ดังนั้น ลักษณะของกฎจึงเป็นการวางหลักทั่วไป (abstract) และใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตถ้าจะเกิดขึ้น แต่หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้น กฎนั้นก็อาจสร้างผลให้เกิดขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีที่ใช้ก็จะเกิดผล แต่หากไม่มีที่ใช้ก็ไม่มีอะไรเลย(all-or-nothing-fashion) ขณะที่ “กฎ” จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใดๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตาม “กฎ”

ประเภทที่สอง “กฎ” โดยสมมุติ สิ่งเหล่านี้ โดยสภาพไม่เป็นกฎตามทฤษฎี แต่ถือกันว่าเป็นกฎ เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ให้องค์กรทางปกครองตามที่กำหนดสามารถออกกฎได้ กฎประเภทนี้จะมีการบังคับผลในทันทีที่กฎออก โดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้ กรณีนี้เป็นผลทางกฎหมายที่มีสภาพแน่นอนแล้ว (concrete) เช่น ออกกฎกระทรวงโดยกำหนดบทเฉพาะกาลให้ผู้ได้รับอนุญาตอยู่แล้วโดยใบอนุญาตแบบเก่ามีสิทธิได้ใบอนุญาตแบบใหม่ ซึ่งย่อมมีผลทันทีที่กฎกระทรวงมีผลอันเป็นเรื่องแน่นอนเฉพาะกรณี หรือการออกพระราชกฤษฎีกายกเว้นภาษีเงินได้แก่การบริจาคให้สถาบันการกุศลบางแห่ง ซึ่งถ้าโดยข้อเท็จจริงมีการชักชวนให้ร่วมบริจาคกันแล้ว การออกกฎหมายให้ประโยชน์โดยยกเว้นไม่เก็บภาษีย้อนหลังไปถึงวันบริจาคทำให้ไม่ต้องนำมาคำนวณเป็นภาษีเงินได้ตอนสิ้นปีก็เป็นกฎอย่างหนึ่ง แต่มีผลเฉพาะทางกฎหมายเป็นที่แน่นอนแล้ว

บรรดากฎต่างๆ จะมีรากฐานมาจากกฎหมายที่สูงกว่าเสมอ จนไปถึงกฎพื้นฐานของสังคม (basic norm) คือรัฐธรรมนูญ เช่น กฎกระทรวงออกตามพระราชบัญญัติ เป็นต้น แต่มีได้หมายความว่า ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจให้ออกกฎชื่อนั้นชื่อนี้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เพราะกรณีที่ขึ้นอยู่กับสภาพในการบริหาร เช่น หัวหน้าหน่วยงาน (chef de service) มีอำนาจบังคับบัญชา ควบคุมการดำเนินงานของหน่วยงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อยตามความประสงค์ในการ

¹⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 120-121.

บริหาร ซึ่งโดยอำนาจบังคับบัญชาตัวเอง และผู้บังคับบัญชาเช่นอธิบดีเป็นผู้บังคับบัญชากรม¹⁵ให้อธิบดีออกกฎเพื่อใช้บังคับกับกิจการภายในของกรมได้ ซึ่งไม่มีผลต่อบุคคลภายนอก ซึ่งออกเป็นคำสั่งของกรม ประกาศของกรม หนังสือกำหนดวิธีทำงาน หรือหนังสือเวียนก็ได้ หากสาระเป็นการบังคับกับสิ่งในอนาคต โดยทั่วไปก็จะมีสภาพเป็น “กฎ” (norm) เหมือนกัน

(3) ลักษณะของกฎตามที่มาแห่งอำนาจในการตรา

ดังที่ได้อธิบายมาแล้วว่าหลักทฤษฎีในการออกกฎมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายในเรื่องที่เกินกว่าความสามารถขององค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำได้ จึงจำเป็นต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจดังกล่าวก็มีขอบเขตจำกัดตามกรอบทางกฎหมายขององค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้จะได้รับมอบโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ นั้น จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วย ดังนั้น จึงได้มีการเรียกกฎตามลักษณะที่มาของอำนาจในการออกกฎนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” อันประกอบด้วยลักษณะสำคัญ 4 ประการคือ

ประการที่หนึ่ง กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ทำให้กฎหมายลำดับรองถูกเรียกว่า “Delegated Legislation”¹⁶ ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า กฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

¹⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 32

“กรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการของกระทรวงตามที่กำหนดใน กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการของกรมหรือตามกฎหมายว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของกรม”

ในกรมหนึ่งมีอธิบดีคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบในการ ปฏิบัติราชการของกรมให้เกิดผลสัมฤทธิ์และเป็นไปตามเป้าหมาย แนวทาง และแผนการปฏิบัติ ราชการของกระทรวงและในกรณีที่มิกฎหมายอื่นกำหนดอำนาจหน้าที่ของอธิบดีไว้เป็นการเฉพาะ การใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวให้คำนึงถึงนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติ และนโยบาย แนวทาง และแผนการปฏิบัติ ราชการของกระทรวงด้วย

ในกรมหนึ่งจะให้มีรองอธิบดีเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการรองจากอธิบดีและช่วยอธิบดีปฏิบัติราชการก็ได้ รองอธิบดีมีอำนาจหน้าที่ตามที่อธิบดีกำหนดหรือมอบหมาย”

¹⁶ วรรณ วิศวพิชญ์. (2537). ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครอง. หน้า 83.

กฎหมายลำดับรองจะมีแห่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม¹⁷

ประการที่สอง กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้ตรากฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” (Subsidiary Legislation) โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักการกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ครอบคลุมที่ยังไม่มีรายละเอียดปลีกย่อยออกมา กฎหมายมาตรานั้นจะใช้บังคับไม่ได้

ประการที่สาม กฎหมายลำดับรองมีค่าต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้น กฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ และด้วยลักษณะนี้เอง จึงทำให้มีการเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation)¹⁸

ประการที่สี่ การตรากฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระสำคัญของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรอง แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา เป็นต้น

2.2.4 ข้อยกเว้นลักษณะของกฎของฝ่ายปกครอง

เนื่องจากการกระทำซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีอยู่หลายลักษณะ การพิจารณารูปแบบของกฎซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง จำเป็นจะต้องเปรียบเทียบกับลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ดังนี้

1) การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement)

เนื่องจากกฎเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง แต่การกระทำทางปกครองกับการกระทำของรัฐบาลนั้นล้วนแต่เป็นการกระทำของรัฐฝ่ายบริหาร แต่การกระทำของรัฐบาลอาจมิใช่กฎที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

¹⁷สุเจตน์ สถาพรนานนท์. (2545). การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย. หน้า 27.

¹⁸วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เล่มเดิม. หน้า 83-84.

การกระทำของรัฐบาล(acte de gouvernement) หมายความว่า การกระทำบางอย่างของรัฐซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องรัฐว่าการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ และขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ค่าเสียหายไม่ได้ การฟ้องคดีเช่นว่านี้ศาลจะไม่รับฟ้อง ทั้งนี้ เพราะการกระทำของรัฐบาลมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกับการกระทำในทางปกครอง ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้¹⁹

ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลเป็นที่รู้จักกันในหลายประเทศภายใต้ชื่อเรียกต่าง ๆ กัน โดยในฝรั่งเศสเรียกว่า การกระทำของรัฐบาล (Act of Government) หรือในประเทศอังกฤษเรียกว่า การกระทำของรัฐ (Act of State) หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า การกระทำที่เกี่ยวกับปัญหาทางการเมือง (Political Questions) การกระทำต่างๆ ในลักษณะนี้ล้วนเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แต่จะมีใช้การกระทำการในฐานะองค์กรฝ่ายปกครอง แต่จะเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลที่มีลักษณะทางการเมืองอันจำต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ²⁰ และการกระทำของรัฐบาลนี้ ส่งผลในทางกฎหมายคือเป็นการจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองในการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากเมื่อการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใดเป็นการกระทำของรัฐบาลแล้วย่อมไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ศาลปกครองหรือแม้กระทั่งศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจรับพิจารณาคดีที่เอกชนฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งแต่เดิมในทางปฏิบัติองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมักจะอ้างว่าการสั่งการโดยเหตุผลทางการเมืองต่างๆ เป็นการกระทำของรัฐบาลเพื่อแสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง เพื่อตัดอำนาจฟ้องคดีนั่นเอง

การกระทำของรัฐบาลในกฎหมายฝรั่งเศส²¹ ศาลปกครองและศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่ยอมรับควบคุมสิ่งที่เรียกกันว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งได้แก่การกระทำต่อไปนี้

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา

ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีฝรั่งเศส หรือรัฐบาลและรัฐสภา ไม่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลใดๆ ได้ ดังนั้น คดีดังต่อไปนี้ย่อมไม่สามารถไปฟ้องร้องยังสภาแห่งรัฐได้ คือมติของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา หรือคำสั่งของ

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2545). คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 106-107.

²⁰ สุเจตน์ สถาพรนานนท์. เล่มเดิม. หน้า 29-30.

²¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 107-112.

ประธานาธิบดีฝรั่งเศสให้นำร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ นอกจากนี้แล้วยังมี

(1) การเตรียมการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อสมัครรับเลือกตั้ง ฯลฯ เป็นต้น

(2) การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐบาล เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการลงมติในร่างกฎหมาย

(3) การประกาศใช้รัฐบัญญัติ การกล่าวอ้างว่ารัฐบัญญัติที่มีรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้นั้น มีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(4) การกระทำของประธานาธิบดีฝรั่งเศส เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา 16²² ของรัฐธรรมนูญ

ข. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับรัฐอื่นๆ ก็เช่นกัน ศาลปกครองย่อมไม่รับพิจารณาคดีให้ สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับพิจารณาเรื่องความสมบูรณ์หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เท่าที่ปรากฏ สภาแห่งรัฐได้รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญาไว้พิจารณาก็เฉพาะกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานคำพิพากษามีได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็น “การกระทำของรัฐบาล” แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา แต่พอสรุปประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ดังนี้

²²รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 16 “หากสถาบันแห่งสาธารณรัฐ เอกราชของชาติ บุคคลภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและทันใด และทำให้การดำเนินไปอย่างปกติของอำนาจสาธารณะตามรัฐธรรมนูญต้องสะดุดหยุดลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการต่างๆ ที่เหมาะสมแก่สภาวะการณ์นั้นๆ ได้ ภายหลังจากได้ปรึกษาหารือเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

ประธานาธิบดีต้องมีสำนึกแจ้งให้ประชาชนทราบ

มาตรการต่างๆ ดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อความมุ่งหมายที่จะให้อำนาจสาธารณะตามรัฐธรรมนูญสามารถคืนปฏิบัติหน้าที่ของตนได้โดยเร็ว

รัฐสภามีอำนาจประชุมตามปกติ

ในระหว่างการใช้อำนาจพิเศษนี้ ห้ามมิให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร”

(1) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูต ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลง หรือ พันธกรณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

(2) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ การไม่ยอมตรวจลงตราหนังสือเดินทาง (visa) ให้ เป็นต้น แต่การปฏิเสธในกรณีหลังนี้ ปัจจุบันศาลปกครองยอมรับพิจารณาแล้ว

(3) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ส่งข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสิน

(4) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม ซึ่งหมายถึงการปฏิบัติการทางทหารซึ่งถ้าเป็นการกระทำซึ่งเกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากบรรทัดฐานคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้

“การกระทำของรัฐบาล” (acte de gouvernement) ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายคือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง(สภาแห่งรัฐ) ในการดำเนินงานบางอย่างรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่และขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้

ผลในทางกฎหมายของทฤษฎีที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนั้น เมื่อไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองแล้ว เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบาลกระทำการใดๆ ได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับควบคุมทางกฎหมายของศาล แต่การกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ในการควบคุมทางการเมือง โดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้

ในสหรัฐอเมริกา²³ เคยมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า อะไรคือปัญหาทางการเมืองเหล่านี้ และคำดังกล่าวจะใช้กับเรื่องใดบ้าง คำดังกล่าวใช้กับเรื่องทุกเรื่องซึ่งศาลในเวลาใดเวลาหนึ่งเห็นว่าเป็นการไม่เหมาะสมในทางการเมืองที่จะเข้าไปตัดสินคดีนั้น และประธานศาลฮิวจ์ (Hughes C.J.) เองเคยกล่าวเอาไว้ว่า

“ในการตัดสินว่าปัญหาอาจจัดเป็นปัญหาทางการเมืองนั้น ข้อที่ควรคำนึงอย่างยิ่งก็คือความเหมาะสมภายในระบบรัฐบาลของเรา ซึ่งจำแนกกำหนดจุดประสงค์สุดท้ายให้กับการกระทำ

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เล่มเดิม, หน้า 112-118.

ของหน่วยการเมืองทั้งหลาย รวมตลอดถึงการขาดหลักเกณฑ์ที่น่าพอใจที่ศาลจะอ้างเพื่อเข้าไปควบคุมการกระทำนั้น”

โดยเหตุนี้เอง ศาลทั้งหมดในสหรัฐอเมริกาเคยปฏิเสธที่จะวินิจฉัยว่ารูปแบบรัฐบาลใดจึงจะเป็นสาธารณรัฐตามที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดไว้ (คดี Luther V. Borden, 7 How. 1 U.S. 1849) รวมตลอดไปถึงการกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การสั่งใช้กำลังทหารและการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในอังกฤษ²⁴เอง ตั้งแต่ศาลอังกฤษปฏิเสธไม่ยอมตัดสินคดี ซึ่งดยุกออฟยอร์ก (Duke of York) ร้องว่าตนมีสิทธิที่จะขึ้นเสวยราชย์ในปี 1460 เป็นต้นมา (คดี The Duke of York's Claim to the Crown, 5 Rotuil Par. 373(1460)) ศาลอังกฤษเองก็ปฏิเสธที่จะเข้าควบคุมการกระทำทางการเมืองเช่นกัน แต่มีข้อสงสัยกันว่า ในอังกฤษนั้นศาลแบ่งประเภทคดีที่จะไม่ก้าวเข้าไปควบคุมการกระทำทางการเมืองเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ถ้าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว ศาลจะอ้างทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (Acts of Government) แต่ถ้าเป็นเรื่องการเมืองภายในของอังกฤษ เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในเรื่องการเปิดและปิดสมัยประชุม การยุบสภา การตั้งนายกรัฐมนตรี อำนาจของรัฐสภาที่จะออกกฎหมาย ฯลฯ ศาลและนักวิชาการกลับอ้างว่าเป็นเรื่อง “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ” (convention of the constitution) ซึ่งศาลจะไม่รับบังคับคดีตัดสินให้

การกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย²⁵ ในประเทศไทยก็มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาและเคยมีกฎหมายบางฉบับโดยเฉพาะพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้วางแนวทางจำกัดอำนาจและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะพิจารณาเรื่องบางเรื่องที่เป็นกรกระทำขององค์กรทางการเมืองไว้

กรณีการยุบสภานั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521 โจทก์ฟ้องว่าคณะรัฐมนตรีกับพวกได้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไป การนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ นั้นมิได้กระทำโดยคณะรัฐมนตรี และมิได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรจึงไม่มีผลใช้บังคับได้และเป็นโมฆะ ขอให้พิพากษาว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยสมาชิกผู้ได้รับเลือกตั้งและคณะรัฐมนตรีซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นโมฆะ ให้หยุดดำเนินการโดยมอบหมายหน้าที่การงานให้รัฐบาลชุดเดิมซึ่งชอบด้วยกฎหมายรับกลับคืนไป

ศาลชั้นต้นเห็นว่าคดีของโจทก์ไม่มีมูลที่จะฟ้องร้อง จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของโจทก์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ศาลฎีกาเห็นว่าเนื่องจากต่อมาคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้เข้ายึด

²⁴ แหล่งเดิม.

²⁵ แหล่งเดิม.

อำนาจการปกครองประเทศและได้มีคำสั่งให้รัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง ให้รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีประโยชน์ที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไป เพราะคำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับคดีให้เป็นไปได้

ส่วนในเรื่องการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 นั้นก็มีมาตรา 20(1) กำหนดห้ามมิให้รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่ “มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา” และที่ “คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว”

จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20(1) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่อาจร้องทุกข์ได้โดยมีหลักการและแนวความคิดว่า หลักกฎหมายปกครองต้องเป็นหลักกฎหมายที่แยก “งานนโยบาย” ออกจาก “งานประจำ” ได้ โดยงานนโยบายนั้นไม่อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพราะงานนโยบายเป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา ซึ่งมีกลไกและการควบคุมเป็นพิเศษแตกต่างออกไป

ในเรื่องนี้มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไว้ในกรณีที่นายวิญญู หงส์พงศ์ กับพวกร้องทุกข์ ให้เพิกถอนประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่กำหนดว่า ท้องที่ใดควรจัดให้มีเก๊สกรออยู่ประจำร้านขายยาตลอดเวลาที่เปิดทำการว่า เรื่องที่มี “ลักษณะ” เป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้ามาพิจารณาทบทวนได้เป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อเรื่องนั้นต่อรัฐสภาโดยตรง การควบคุมความถูกต้องเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวต้องอยู่ในกลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตย แต่ถ้าเรื่องใดมีกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายรวมอยู่ด้วย การพิจารณาเกี่ยวกับกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องนั้นมิใช่ข้อห้ามตามมาตรา 20(1) ดังนั้น การพิจารณาว่าท้องที่ใดสมควรจัดให้มีเก๊สกรออยู่ประจำตลอดเวลาที่เปิดทำการได้แล้วหรือไม่ จึงเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับความเหมาะสมในการบริหารอย่างหนึ่ง

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์) ได้ให้ข้อสังเกตกรณีนี้ว่า เงื่อนไขเบื้องต้นของการใช้อำนาจสั่งการของรัฐมนตรีก็จะต้องสั่งโดยถูกต้องตาม “หลักเกณฑ์ของความสมบูรณ์” ซึ่งจะแตกต่างกับการที่รัฐมนตรีใช้ดุลพินิจทางบริหารในการ “เลือก” สั่งการหรือไม่สั่งการ ซึ่งการเลือกสั่งการนี้เป็นเรื่องของ “ความสมควร” และเป็นเรื่องนโยบายที่รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภา แต่เมื่อผู้ร้องทุกข์กล่าวอ้างว่าการสั่งการของรัฐมนตรีได้กระทำไปโดยสำคัญผิด คือ เป็นการสั่งการบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ผิดพลาด ผู้ร้องทุกข์จึงร้องทุกข์ได้แย้ง “ความสมบูรณ์” ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข แต่ผู้ร้องทุกข์มิได้โต้แย้งอำนาจ

ของรัฐมนตรีในทางนโยบาย และด้วยเหตุนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จึงสามารถรับเรื่องนี้ไว้พิจารณาได้ กรณีจึงไม่ต้องห้ามตามมาตรา 20(1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

อย่างไรก็ตาม เมื่อการพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นศาลปกครองแล้ว แนวคิดเรื่อง “งานนโยบาย” คงต้องจำกัดให้เคร่งครัดขึ้นด้วย มิฉะนั้น การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนก็จะเสียไป เพราะอะไรๆ ก็อาจกลายเป็น “งานนโยบาย” ได้หมด ความจริงต้องเข้าใจว่า “นโยบาย” เป็นดุลพินิจชนิดหนึ่งที่ศาลไม่ควรจะควบคุม

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าลักษณะการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำของรัฐบาลมี 2 ทฤษฎี

ทฤษฎีที่หนึ่ง พิจารณาจากลักษณะของการกระทำให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กระทำการที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลและการกระทำขององค์กรเหล่านี้ก็คือการกระทำของรัฐบาล

ตรงกันข้ามหากถ้าหากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ หรือที่เรียกว่า Routine หรือ Affaire courante ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็นการกระทำทางปกครอง

จะเห็นได้ว่า วิธีนี้เรียบง่ายมาก แต่การกระทำที่มีลักษณะเป็นทางการเมืองทำในฐานะรัฐบาลก็เป็นการกระทำของรัฐบาล แต่การกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำทำในฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองก็เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งทฤษฎีนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางปกครองโดยใช้หลักเกณฑ์ด้านเนื้อหาของการกระทำทางปกครองมาพิจารณา

ทฤษฎีที่สอง เกิดจากความไม่พอใจของการใช้ทฤษฎีที่ 1 มาปรับกับกรณีของตนเสนอให้พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทฤษฎีนี้เริ่มต้นจากการตั้งข้อสังเกตว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งปกครองตามหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องละเว้นไม่กระทำการใดๆ ในลักษณะที่เป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้กระทำการดังกล่าวลงไป การกระทำนั้นย่อมไม่มีผลในทางกฎหมายอย่างใดๆ ซึ่งกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ นั้น มีได้ 2 ระดับคือ

- 1) กฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ
- 2) กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดก็ได้

ถ้าหากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ถือว่า องค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำเหล่านั้นจึงเป็นการกระทำของ รัฐบาล

ในทางตรงกันข้าม หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ถือว่า องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่กระทำใน ในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำต่างๆเป็นการกระทำทางปกครอง

2) สถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน (circonstances exceptionnelles)²⁶

ในบางสถานการณ์ที่ร้ายแรง การจะให้ฝ่ายปกครองต้องการพกฎเกณฑ์แห่ง กฎหมายเคร่งครัดเหมือนในภาวะปกติก็คงจะไม่ได้ เพราะในสถานการณ์เหล่านั้น ความจำเป็น ย่อมเป็นกฎหมาย (neces fait loi) การรักษาเอกราชของชาติ ความมั่นคงและความสงบเรียบร้อย ย่อมมาก่อนสิ่งอื่นใด ดังนั้น ระบบกฎหมายทั้งหลายจึงยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใช้อำนาจ ไปได้ตามความจำเป็นของสถานการณ์ โดยไม่ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัดนัก

ในฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐยอมรับว่าการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองในยาม ปกตินั้น จำเป็นต้องมีการผ่อนคลายลงเมื่อมีเหตุการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้น และจำเป็นต้องให้ความ อิสระแก่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งที่ แตกต่างกับวิธีการที่ใช้ในยามปกติ และเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองมากขึ้น แต่การผ่อนคลาย หลักการเช่นนี้ จะถึงกระทำได้เพียงใด และควรที่จะเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองอย่างไรนั้น เป็น เรื่องที่จะต้องพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับลักษณะของสถานการณ์

ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติอันเป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองได้รับอำนาจมากขึ้น ก็ได้แก่ สถานสงคราม ด้วยเหตุนี้ ในยามสงครามฝ่ายปกครองจึงอาจใช้มาตรการบางอย่าง ซึ่งถ้า นำมาใช้ในยามปกติก็อาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อำนาจพิเศษของฝ่าย ปกครองที่เพิ่มขึ้นนี้เรียกว่าอำนาจในยามสงคราม เช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและ ทรัพย์สินต่างๆ เป็นต้น

นอกจากสถานะสงครามแล้ว สภาแห่งรัฐได้เคยตัดสินว่าในสถานการณ์ไม่ปกติ อื่นๆ ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจเพิ่มขึ้น เช่นเดียวกัน ถ้าสถานการณ์นั้นอาจทำให้เกิดความไม่สงบ หรือการจลาจลในทางการเมือง หรือในทางสังคมขึ้น เช่น สถานการณ์ฉุกเฉินหรือสถานการณ์คับ ขั้ว เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี ทฤษฎีด้วยอำนาจในยามสงครามและในสถานการณ์ไม่ปกตินี้ เป็น แต่เพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องผ่อนคลายหลักที่ว่ากระทำการในทางปกครองต้อง

²⁶ แหล่งเดิม.

เป็นการกระทำที่ขัดด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่หมายความว่าต้องดใช้หลักนี้เสียโดยสิ้นเชิง หากเป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจของโดยหลักนี้ได้มีการผ่อนคลายลงไป และมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในยามปกติบ้างเท่านั้น แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติการให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป มิฉะนั้นอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลได้ ถ้าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

สำหรับในประเทศไทย มีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2495

3) ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง

ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครอง หมายถึงสิ่งที่ผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าขององค์กรฝ่ายปกครองได้ออกใช้ภายในองค์กรฝ่ายปกครองที่ตนมีอำนาจบังคับบัญชา เพื่อเป็นการกำหนดหลักการจัดระเบียบ (Organisation) และการดำเนินงาน (Fonctionnement) ภายในโดยทั่วไปขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง แต่จะมีผลบังคับผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่ภายในองค์กรฝ่ายปกครอง หากฝ่าฝืนจะมีความผิดทางวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัยตามที่กฎหมายว่าด้วยวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐขององค์กรฝ่ายปกครองนั้นๆ²⁷ ซึ่งระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครองนี้จะมีที่มาจากอำนาจของผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นอำนาจทั่วไปที่เรียกว่า อำนาจบังคับบัญชา อำนาจดังกล่าวนี้มุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครองแต่ละองค์กร ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะเป็นความสัมพันธ์กันตามลำดับชั้นในรูปของพีระมิด²⁸ โดยที่ผู้บังคับบัญชาจะอยู่ที่ยอดของพีระมิด จะตรวจสอบการทำงานของผู้อยู่บังคับบัญชาทั้งในแง่ความเหมาะสมของการกระทำต่างๆ รวมทั้งตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่กระทำขึ้นโดยผู้อยู่บังคับบัญชา และเมื่อการกระทำใดที่กระทำขึ้นโดยผู้บังคับบัญชาเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ก็ย่อมมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนแก้ไข เปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวสามารถทำได้ทั้งโดยพลการ กล่าวคือเป็นความเห็นของผู้บังคับบัญชาด้วยตัวเองหรือมีการร้องเรียนจากเอกชนผู้ได้รับความเสียหายเข้ามาก็ได้²⁹

²⁷ แหล่งเดิม.

²⁸ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2541). รายงานการวิจัยเรื่องคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคดีปกครอง. หน้า 55.

²⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

ความแตกต่างระหว่างระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครองกับกฎหมายสามารถจำแนกได้เป็นดังนี้

ประการที่หนึ่ง ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครองจะมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือหรือมาตรการภายในขององค์กรฝ่ายปกครองในอันที่จะทำการกำหนดหลักการจัดระเบียบและกำหนัดำเนินงานภายในโดยทั่วไปขององค์กรฝ่ายปกครองเอง ทำให้ระเบียบภายในขององค์กรฝ่ายปกครองไม่มีผลบังคับถึงประชาชนภายนอกองค์กรฝ่ายปกครองดังเช่นกฎหมาย เนื่องจากการกระทำใดขององค์กรฝ่ายปกครองจะมีฐานะเป็นกฎหมายได้จะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะที่เป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอก มิใช่บุคคลที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ดังนั้น ระเบียบภายในจึงไม่มีผลบังคับไปสู่ประชาชนภายนอกองค์กรฝ่ายปกครองนั่นเอง³⁰

ประการที่สอง เนื่องจากระเบียบภายในมีความมุ่งหมายใช้บังคับเกี่ยวกับการดำเนินงานภายในโดยทั่วไปขององค์กรฝ่ายปกครองเอง จึงไม่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่เป็นกำหนัดำหนดนิติฐานะ หรือสิทธิหน้าที่ของบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครองหรือประชาชน

ประการที่สาม อำนาจในการออกระเบียบภายในเป็นอำนาจในการบังคับบัญชาซึ่งถือว่าเป็นอำนาจทั่วไป ที่ผู้มีอำนาจในฐานะหัวหน้าองค์กรฝ่ายปกครองสามารถออกใช้บังคับได้ภายในองค์กรของตนเองโดยพลการและเป็นอิสระ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายแม่บทใดมาให้อำนาจ

2.3 ความเป็นมาของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย³¹

พัฒนาการของกฎหมายลำดับรองได้เปลี่ยนแปลงไปตามแนวความคิดและระบอบการปกครองของประเทศ จึงอาจแยกศึกษากฎหมายลำดับรองในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และในสมัยช่วงของการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตย เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 เป็นต้นมาออกจากกัน เพราะองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั้นแตกต่างกัน

1) สมัยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่โบราณมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นกฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรม เป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ไม่มีใครเปลี่ยนแปลงได้ ปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์ พระธรรมศาสตร์คือบรรดาข้อบังคับทั้งหลายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปโดยนำเอาหลักความยุติธรรมมาทำเป็นบทบัญญัติต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์นำมาเป็นรากฐานในการออกข้อบังคับต่างๆ และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ส่วนข้อบังคับต่างๆที่พระมหากษัตริย์ทรง

³⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์, เล่มเดิม หน้า 65.

³¹ สมยศ เชื้อไทย, (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, 17, 3. หน้า 67.

บัญญัติขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์ เรียกว่า ราชศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมศาสตร์ให้มีผลบังคับใช้ได้³² ราชศาสตร์ จึงมีลักษณะและทำหน้าที่เสมือนหนึ่งกฎหมายลำดับรองของพระธรรมศาสตร์

ในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามาในประเทศไทยและมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างใหญ่ต่างๆ ของประเทศ เช่นระบบราชการ กระบวนการยุติธรรม การศึกษาของชาติและการสาธารณสุขเป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นระบบเยี่ยงระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก พระมหากษัตริย์จึงทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย อาศัยอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเริ่มบัญญัติกฎหมายในรูปของประกาศพระราชบัญญัติ ประกาศพระราชกำหนด และประกาศต่างๆ โดยนำประกาศเหล่านี้พิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา แต่ขณะนั้นการประกาศในราชกิจจานุเบกษายังมิใช่เงื่อนไขของการมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมาย

ในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ พระองค์ทรงปฏิรูปการปกครองโดยปรับปรุงระบบบริหารราชการเป็นกระทรวง มีเสนาบดีเป็นหัวหน้ากระทรวง และมีที่ประชุมเสนาบดี ปรีกษาราชการเรียกที่ประชุมนี้ว่าเสนาบดีสภา และได้มีการตั้งกระทรวงยุติธรรมในปี พ.ศ. 2437 และให้เสนาบดีกระทรวงต่างๆออกกฎข้อบังคับได้โดยได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ และออกกฎเสนาบดีเพื่อจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวงที่ตนรับผิดชอบได้ ส่วนพระมหากษัตริย์ก็ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตราพระราชบัญญัติโดยจะให้ผ่านการพิจารณาของรัฐมนตรีสภา ซึ่งประกอบด้วยเสนาบดีหรือผู้แทน และผู้ซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้าอีกไม่น้อยกว่า 12 คน มีหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมายให้กับพระมหากษัตริย์³³ เมื่อพิจารณาองค์การออกกฎเสนาบดีเปรียบเทียบกับตราพระราชบัญญัติแล้ว กฎเสนาบดิน่าจะมีลำดับชั้นที่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ แต่เนื่องจากไม่ปรากฏว่ามีประเด็นที่ขัดแย้งกันในเนื้อหาที่จะนำไปสู่การพิจารณาลำดับชั้นของกฎหมายต่างๆ

ในสมัยรัชกาลที่ 6 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ ได้มีคดีพิพาทมาสู่ศาลฎีกาในประเด็นที่ว่ากฎเสนาบดีกระทรวงนครบาลว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 123 มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้หรือไม่ กฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับสำหรับเพียงแต่จัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติบัญญัติเท่านั้น หรือมีข้อความนอกเหนือออกไปได้

³² กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). กฎหมายปกครอง. หน้า 113-118.

³³ หยุต แสงอุทัย. (2535). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 57.

กรรมการศาลฎีกาได้นำความเห็นทั้งสองฝ่ายขึ้นทูลขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย โดยฝ่ายแรกเห็นในประเด็นของรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติว่า “เมื่อกฎเสนาบดีได้รับพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติ” ซึ่งเป็นกฎหมายสำหรับแผ่นดิน ไม่อาจมีผู้ใดโต้แย้งได้ ฝ่ายที่สองเห็นในประเด็นเนื้อหาว่า กฎเสนาบดีเป็นข้อบังคับสำหรับการให้ไปไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หากให้ข้อความที่นอกเหนือพระราชบัญญัติใช้บังคับได้ด้วย กฎเสนาบดีก็จะแก้ไขกฎหมายของแผ่นดินได้ รัชการที่ 6 ทรงพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยและพิพากษาว่า ตามแบบธรรมเนียมและประเพณีในกรุงสยามตามที่เคยใช้มา กฎเสนาบดีที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ก็ต้องนับว่าเป็นกฎหมายอย่างใดก็ได้ ได้ทรงวางหลักเกณฑ์ในการออกกฎเสนาบดีไว้ดังนี้

ก. กฎเสนาบดีซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว ถ้าออกโดยอ้างพระบรมราชานุญาต ก็ให้มีฐานะเป็นกฎหมาย แต่ถ้าออกโดยมิได้อ้างพระบรมราชานุญาต ย่อมมีฐานะเป็นบทบังคับได้แต่เพียงไม่ขัดกับกฎหมาย หรือไม่นอกเหนือความในพระราชบัญญัติ

ข. กฎเสนาบดีซึ่งจะออกต่อไปในภายหน้าจะอ้างพระบรมราชานุญาตหรือมิอ้างก็ตาม ต้องอย่าให้ขัดกับกฎหมายหรืออย่างให้นอกเหนือพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท และอย่าให้มีบทกำหนดโทษอันเป็นอาญาหรือเบียดเบียนไว้ในกฎนั้นเลย ถ้าประสงค์จะบัญญัติข้อความอันใดอันจักเป็นการแยกเหนือพระราชบัญญัติแม่บทก็ดี จะต้องวางบทระวางโทษไว้ด้วยก็ดี ชอบให้ออกเป็นพระราชบัญญัติเสียทีเดียว ไม่ใช่ออกเป็นกฎเสนาบดี ถ้ากฎเสนาบดีซึ่งจะออกนั้นอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติใดเป็นแม่บท หากว่าพระราชบัญญัตินั้นมีข้อกำหนดอยู่ว่า กฎเสนาบดีนั้นจักต้องได้รับพระราชานุญาตก่อนจึงให้ใช้ได้ ก็เป็นอันต้องออกโดยอ้างพระบรมราชานุญาต แต่ถ้าพระราชบัญญัติอันเป็นที่อาศัยมิได้บังคับเช่นนั้น แม้ว่าจะได้ขอพระบรมราชานุญาตก่อนก็ตามอย่าให้อ้างพระบรมราชานุญาตลงไว้ในกฎเสนาบดีด้วยเลย เพื่อการรับผิดชอบจะได้อยู่แก่เสนาบดี ผู้ลงนามในกฎนั้นในการเรียบเรียงพระราชบัญญัติสืบไปภายหน้า ในส่วนบทให้อำนาจเสนาบดีออกกฎนั้น ส่วนวันที่เคยใช้มาเป็นทำนองว่า ต่อเมื่อกฎข้อบังคับนั้นได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัตินั้น ให้เลิกเสียไม่ใช่เป็นอย่างธรรมเนียมสืบไป และให้ใช้ว่า “ให้เสนาบดี... มีอำนาจออกกฎข้อบังคับเพื่อจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และเมื่อกฎข้อบังคับนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้เป็นอันใช้บังคับได้”

อนึ่ง รัชกาลที่ 6 ได้ทรงวางระเบียบในการร่างพระราชบัญญัติและร่างกฎเสนาบดีไว้ว่า เพื่อมิให้พลาดลั้งไปจากระเบียบการโดยวิธีเรียบเรียง ถ้าเมื่อใดจะเรียบเรียงพระราชบัญญัติหรือกฎเสนาบดีขึ้นด้วยเรื่องใดๆ ก็ดี ให้ส่งไปให้เจ้าหน้าที่กองร่างกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม (ปัจจุบันคือคณะกรรมการร่างกฎหมายตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522)

ตรวจแก้หรือกร่างขึ้นใหม่เสียก่อน เพื่อให้เป็นการแน่นอนว่าถูกต้องด้วยหลักทางการและเพื่อให้เป็นการสม่ำเสมอเมื่อได้ทำความตกลงกับเจ้าหน้าที่กระทรวงยุติธรรมตลอดแล้ว จึงให้นำขึ้นทูลเกล้าถวาย³⁴

2) สมัยหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบการปกครองประชาธิปไตยในปี พ.ศ.2475 อำนาจในการตรากฎหมายจึงได้เปลี่ยนมาเป็นของสภาผู้แทนราษฎร ร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพระมหากษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้วให้มีผลใช้บังคับได้ ส่วนกฎหมายต่างๆที่ตราในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ให้มีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับธรรมเนียมการปกครอง อย่างไรก็ตาม อำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตรากฎหมายในตอนต้นของการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น ยังไม่ถูกจำกัดโดยสิ้นเชิง พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ทั้งสิ้น โดยเรียกชื่อว่า พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเพื่อตัดถนน ขยายถนนหรือให้วัด หรือให้สภาอากาศสยาม เป็นต้น และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 บทบัญญัติมาตรา 56 ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และได้มีการตราพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีแต่ก่อน พ.ศ. 2475 กฎเสนาบดีจึงเปลี่ยนเป็น “กฎกระทรวง” และได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พุทธศักราช 2480 โดยให้ยกเลิกข้อกำหนดที่ให้กฎกระทรวงจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต³⁵

2.4 พระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย

2.4.1 ความหมาย

พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) จัดเป็นประเภทหนึ่งของกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร ผู้มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาคือ พระมหากษัตริย์ สำหรับประเทศที่พระมหากษัตริย์ไม่ใช่ประมุขของรัฐ แต่เป็นประธานาธิบดี เรียกกฎหมายที่ตราขึ้นโดยประธานาธิบดีว่า “กฤษฎีกา” หรือ Ordinance

³⁴มานิตย์ จุมปา. (2542). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. หน้า 289-290.

³⁵รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. เล่มเดิม. หน้า 78-79.

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2551 กำหนดให้ พระราชกฤษฎีกา เป็น บทบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายบริหารเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ คือ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจบริหารโดยพระมหากษัตริย์ตามที่คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ ดังที่บัญญัติในมาตรา 187 ว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาได้โดยไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติซึ่งมีศักดิ์ฐานะสูงกว่า เพราะฉะนั้น จึงสามารถบัญญัติในเรื่องที่ไม่เกินอำนาจของฝ่ายบริหาร หรือเกินกว่าอำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติกำหนดไว้

2.4.2 การตราพระราชกฤษฎีกา

กฎหมายที่ให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา มีอยู่ 2 ชนิดคือ

(1) พระราชกฤษฎีกา ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างเดียว เพื่อกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ เช่น ในกรณีของอายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงพระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปขึ้นใหม่ตามมาตรา 115 หรือทรงตราพระราชกฤษฎีกาในกรณีที่มีการยุบสภา เพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ตามมาตรา 116 หรือการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อเรียกประชุม ขยายเวลาประชุมและปิดประชุมรัฐสภา ตามมาตรา 164 เป็นต้น

(2) พระราชกฤษฎีกา ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งที่เป็นแม่บทเพื่อก่อตั้งวางระเบียบหน่วยงานของฝ่ายปกครอง หรือดำเนินการตามหลักการที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ในชั้นปฏิบัติการ เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การของรัฐบาล ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล ค.ศ. 2496 พระราชกฤษฎีกา จัดตั้งเทศบาลตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 พระราชกฤษฎีกาเบี่ยงประชุมกรรมการ พ.ศ. 2519 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 เป็นต้น

พระราชกฤษฎีกานี้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้เป็นการทั่วไป แต่มีฐานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกำหนด จะมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งหรือล่วงล้ำอำนาจนิติบัญญัติไม่ได้ เช่นจะมีบทกำหนดโทษไม่ได้ เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะเป็นกฎหมายชั้นรองจากพระราชบัญญัติ ซึ่งฝ่ายบริหารออกได้ โดยไม่ต้องขอความยินยอมเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติในภายหลัง

เหตุที่กฎหมายแม่บทกำหนดแต่หลักการส่วนรายละเอียดนั้นให้ออกเป็นพระราชกฤษฎีกาก็เพราะมีเหตุผลอธิบายได้ 4 ประการ³⁶ คือ ทำให้กฎหมายแม่บทอ่านง่าย เข้าใจง่าย เพราะมีแต่หลักการใหญ่ๆ อันเป็นสาระสำคัญ

(1) ประหยัดเวลาของผู้บัญญัติกฎหมายแม่บท ที่จะไม่ต้องเสียเวลาพิจารณาข้อรายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งสมควรมอบหมายความไว้วางใจให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดได้เอง

(2) พระราชกฤษฎีกาแก้ไขให้ทันกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ง่ายกว่ากฎหมายแม่บท ทั้งนี้ เพราะกฎหมายแม่บทจะต้องผ่านความเห็นชอบของบุคคลหลายฝ่าย

(3) ทำให้กฎหมายเหมาะสมกับกาลเทศะอยู่เสมอ เพราะถ้ามีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นแต่แก้ไขพระราชกฤษฎีกาเท่านั้น ไม่ต้องแก้ไขตัวกฎหมายแม่บท

สำหรับกระบวนการในการตราพระราชกฤษฎีกานั้น ผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชกฤษฎีกา คือ บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รักษาการตามกฎหมายแม่บทที่บัญญัติให้ออกพระราชกฤษฎีกานั้นๆ ตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ พ.ศ. 2535 ผู้เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เพราะเป็นผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกา ผู้มีอำนาจในการพิจารณาร่างพระราชกฤษฎีกาได้แก่ คณะรัฐมนตรี ผู้มีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาได้แก่ พระมหากษัตริย์ ส่วนการใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว³⁷

2.4.3 ประวัติศาสตร์การตราพระราชกฤษฎีกา

ในดั้งเดิมนั้น พระราชกฤษฎีกาเป็นเพียงคำสั่งของพระมหากษัตริย์ในกิจการที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาถูกนำมาใช้เป็นรูปแบบของกฎหมายในรูปของประกาศพระราชกฤษฎีกาในสมัยรัชกาลที่ 5 เช่น ประกาศพระราชกฤษฎีกาในการจัดซื้อที่ดินสร้างทางรถไฟสายเหนือ ร.ศ. 121³⁸ และในสมัยรัชกาลที่ 6 จึงเริ่มมีรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาที่แท้จริงได้แก่ พระราชกฤษฎีกาดังวรรณคดีสโมสร พ.ศ. 2475 พระราชกฤษฎีกาวางระเบียบการทูลเกล้าฯ ถวายฎีกา พ.ศ. 2457

เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจากสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475

³⁶มานิตย์ จุมปา. (2549). สักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิก หรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า หน้า 61-63.

³⁷มานิตย์ จุมปา, (2542). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, หน้า 289-290.

³⁸รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, เรื่องเดิม. หน้า 78.

พระราชกฤษฎีกาได้ตราขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎร (พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเพื่อตัดถนนและขยายตรอกเนื่องจากเพลิงไหม้) และภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 56 ได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาได้กลายมาเป็นรูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหาร หรือที่เรียกว่าบทบริหารบัญญัติ โดยการตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติชั้นสูตรพลิกศพ พ.ศ. 2475 ในท้องที่อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร³⁹ เป็นฉบับแรก และตั้งแต่นั้นมา พระราชกฤษฎีกาได้กลายมาเป็นรูปแบบของกฎหมายลำดับรองที่สำคัญ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2476 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาที่มีความสำคัญต่อระบบการปกครองของไทยคือพระราชกฤษฎีกาปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ กล่าวคือ เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงลงพระปรมาภิไธยในพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ได้มีการประชุมคณะราษฎรครั้งแรกเมื่อวันอังคารที่ 28 มิถุนายน พ.ศ. 2475 เวลา 14.00 นาฬิกา พระที่นั่งอนันตสมาคม และที่ประชุมได้มีมติแต่งตั้งพระยามโนปกรณนิติธาดาเป็นประธานคณะกรรมการราษฎร ซึ่งเป็นตำแหน่งสูงสุดในการบริหารเทียบเท่ากับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในปัจจุบัน

พระยามโนปกรณนิติธาดาได้ดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการราษฎรอยู่จนถึงวันที่ 9 ธันวาคม 2475 จึงได้ลาออก

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 และพระยามโนปกรณนิติธาดาได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง

ต่อมาเมื่อวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2476 พระยามโนปกรณนิติธาดาได้กราบบังคมทูลพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ขอให้ทรงประกาศพระราชกฤษฎีกาปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรและตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ โดยมีพระยามโนปกรณนิติธาดาเป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง โดยพระราชกฤษฎีกานี้มีสาระสำคัญคือ

(1) ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรนี้เสีย และห้ามไม่ให้เรียกประชุมจนกว่าจะได้มีสภาขึ้นใหม่ เมื่อได้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรตามความในรัฐธรรมนูญแล้ว

³⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2534, กรกฎาคม). “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส.” วารสารกฎหมายสู่ไทยธรรมาธิราช, 3, 1. หน้า 119-128.

(2) ให้ยุบคณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันนี้เสีย และให้มีคณะรัฐมนตรีขึ้นใหม่ ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีหนึ่งนาย กับรัฐมนตรีอื่นไม่เกิน 20 นาย และให้นายกรัฐมนตรี คณะซึ่งยุบนี้ เป็น นายกรัฐมนตรีของ คณะรัฐมนตรีใหม่

(3) คราบใดที่ยังไม่ได้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎร ยังไม่ได้เรียกประชุมสภาใหม่ และยังไม่ได้ตั้งคณะรัฐมนตรีตามความในรัฐธรรมนูญแล้ว ให้คณะรัฐมนตรีใหม่ตามพระราชกฤษฎีกา ฉบับนี้ เป็นผู้ใช้อำนาจต่างๆซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้ไว้แก่คณะรัฐมนตรี

(4) คราบใดที่ยังไม่มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎร และยังไม่ได้เรียกประชุมสภาใหม่ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะได้ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติตามคำแนะนำและยินยอมของ คณะรัฐมนตรี

(5) คราบใดที่ยังไม่ได้มีการเลือกตั้งผู้แทนราษฎร ยังไม่ได้เรียกประชุมสภาใหม่ และยังไม่ได้ตั้งคณะรัฐมนตรีตามความในรัฐธรรมนูญแล้ว ให้รอการใช้บทบัญญัติต่างๆในรัฐธรรมนูญ ซึ่งขัดกับพระราชกฤษฎีกานี้เสีย ส่วนบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญนั้น ให้เป็นอันคงใช้อยู่ต่อไป

ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีสมัยนั้นได้ออกแถลงการณ์ถึงเหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าวว่า “บัดนี้ ในคณะรัฐมนตรีเกิดแตกกันเป็น 2 พวก ไม่สามารถคล้อยตามกันได้ ความเห็นข้างน้อยปรารถนาที่จะวางนโยบายเศรษฐกิจไปในทางอันมีลักษณะเป็นคอมมิวนิสต์ ความเห็นข้างมากนั้น เห็นว่าเป็นนโยบายที่ตรงกันข้ามกับขนบธรรมเนียมประเพณีสยาม และเป็นที่เห็นได้โดยแน่นอนว่า นโยบายนี้จักนำมาซึ่งความหายนะ เป็นมหันตภัยแก่ประชาราษฎร และความมั่นคงประเทศ ทำให้เกิดความแตกแยกกันในหมู่รัฐบาล

ดังนั้น ถ้ารัฐบาลจักดำรงอยู่ในความสามารถบริหารราชการแผ่นดินโดยเรียบร้อยแล้ว เป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐมนตรีทุกคนจักต้องมีความเห็นไปในทางเดียวกัน ในเวลานี้จึงเป็น ภาวะที่แสนสุดจะทนทานได้ ประกอบกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนี้ เป็นสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้งเป็นการชั่วคราว มิใช่มาจากการเลือกตั้ง แต่ปรากฏว่าเสียงส่วนใหญ่ของสมาชิก เหล่านั้นกลับเห็นพ้องกับแนวทางของรัฐมนตรีเสียงข้างน้อย รัฐบาลจึงอาศัยเหตุนี้อ้างว่า หาก ปลดปล่อยให้สถานการณ์เป็นเช่นนี้ต่อไปน่าจะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อความมั่นคงประเทศ จึงเสนอร่าง พระราชกฤษฎีกาให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ โดยลงนามกราบบังคมทูลเพื่อลงพระปรมาภิไธยโปรดเกล้าฯให้ตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้น”

ภายหลังการออกพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ได้เพียง 2 เดือน ในวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ.2476 พันเอกพระยาพลพลพยุหเสนาได้เข้ายึดอำนาจจากรัฐบาล เป็นเหตุให้พระยามโนปกรณนิติธาดาต้องลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และต้องเดินทางไปยังต่างประเทศ⁴⁰

กฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชหลายฉบับจะเรียกกันว่า พระราชกฤษฎีกา เพราะชื่อของกฎหมายยังไม่มีความแน่นอน เช่น “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่” ซึ่งประกาศเมื่อพ.ศ. 2468 กรณีนี้มีค่าเป็นพระราชบัญญัติ จนเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 แล้ว มาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 เริ่มบัญญัติแจ้งชัดว่า พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น ความรับผิดชอบเนื้อหาของกฎหมายจะอยู่ที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้เสนอให้มีพระราชกฤษฎีกาเช่นนั้น หลังจากนั้นก็ได้มีการบัญญัติอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาของกษัตริย์ไว้ในรัฐธรรมนูญตลอดมา

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 221 บัญญัติไว้ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย” มาตรา 221 นี้ เป็นบทบัญญัติหนึ่งในหมวด 7 คณะรัฐมนตรี การตราพระราชกฤษฎีกาจึงเป็นพระราชอำนาจในทางบริหารของพระมหากษัตริย์ซึ่งในทางรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี พระราชกฤษฎีกาจึงเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และกรณีเช่นนี้ นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคนไม่มีอำนาจจะถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาเป็นรายบุคคลได้ นอกจากนี้ การตราพระราชกฤษฎีกาของพระมหากษัตริย์ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระราชโองการ ซึ่งตามทางปฏิบัติของการลงนามรับสนองพระราชโองการ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนอง แต่เพียงผู้เดียวทุกกรณี เว้นแต่กรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ รัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายให้ทำการแทนหรือ รองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

อย่างไรก็ดี นอกจากพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้กิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญกำหนด กิจการที่สำคัญซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการเรียกประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาขยายเวลาประชุม พระราชกฤษฎีกายุบสภา

⁴⁰มานิตย์ จุมปา. (2549). “ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิก หรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า.” หน้า 61-63.

ผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 163 “พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและปิดประชุม...” มาตรา 164 “ภายใต้บังคับ มาตรา 163 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา” มาตรา 116 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร... การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา...” ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 107 มาตรา 108 และมาตรา 128 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้จึงไม่อาจจัดเป็นกฎหมายลำดับรองได้ แต่เป็นเพียงคำสั่งของประมุขของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม แบบพิธีในการตราพระราชกฤษฎีกาเป็นแบบพิธีเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ เว้นแต่การลงนามรับสนองพระราชโองการในการเรียกประชุมเปิดและปิดประชุมรัฐสภา ประธานรัฐสภาเป็นผู้รับสนอง

2.4.4 ประเภทของพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย

การแบ่งประเภทของพระราชกฤษฎีกาในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง อาจแบ่งประเภทจากอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา ดังนี้

1) พระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญ

(1) รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกาในกิจการที่สำคัญอันเกี่ยวกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร หรือพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

(2) พระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวง ทบวง กรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230⁴¹ เช่น พระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจกระทรวงมหาดไทย ไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2541

(3) พระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 187 หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 221 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยปกติการอ้างอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ จะมีพระราชบัญญัติออกเพื่อเป็นการให้กำหนดรายละเอียดอีกชั้นหนึ่ง

2) พระราชกฤษฎีกาอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด) ที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาได้ กรณีนี้กฎหมายแม่บทจะกำหนดแต่หลักสาระสำคัญไว้ ส่วนรายละเอียดให้ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา

⁴¹ สุรรัตน์ พิทยาภรณ์. (2535). “การตราบัญญัติและการออกกฎหมายลำดับรองตามรัฐธรรมนูญปี 1958.” รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, หน้า 212-213.

(1) พระราชกฤษฎีกาที่กำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้กฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 ที่ได้ตรวจใหม่ พ.ศ. 2468 พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2471 พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2473 แต่ต่อมาให้ตราเป็นพระราชบัญญัติให้ใช้บรรพ 5 และบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 และในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มาตรา 28 เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการสื่อสารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2546 พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการทำอากาศยานแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2545 เป็นต้น

(2) พระราชกฤษฎีกากำหนดสถานที่ กิจการ หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะบังคับใช้หรือพระราชกฤษฎีกายกขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2549 พระราชกฤษฎีกากำหนดผู้ใช้พลังงานไฟฟ้า พ.ศ. 2512 พระราชกฤษฎีกากำหนดโรงงานควบคุม พ.ศ. 2540 พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่แขวงคลองสามประเวศ เขตลาดกระบัง กรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2548 พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 พระราชกฤษฎีกาห้ามมิให้นำสัตว์น้ำบางชนิดเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2547 เป็นต้น

(3) พระราชกฤษฎีกากำหนดสถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะยกเว้นไม่บังคับใช้ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการ ในราชอาณาจักรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543

(4) พระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดบริหารราชการแผ่นดิน ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการจัดตั้งองค์การของรัฐ องค์การส่วนท้องถิ่น พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการและวางระเบียบบริหารราชการ เช่น พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ สำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2536

(5) พระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดของพระราชกฤษฎีกาหรือรายละเอียดที่เป็นปัญหาทางเทคนิคหรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่พระราชบัญญัติมุ่งประสงค์ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดให้สาขาจิตวิทยาคลินิกเป็นสาขาการ

ประกอบโรคศิลปะตามพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกา กำหนดให้สาขารังสีเทคนิคเป็นสาขาการประกอบโรคศิลปะตามพระราชบัญญัติการประกอบ โรคศิลปะ พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2545

(6) พระราชกฤษฎีกาที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ สิทธิ และ ประโยชน์ของหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และ ประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และ ประโยชน์ของบริษัท ไปรษณีย์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และ ประโยชน์ของบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2545 พระราชกฤษฎีกากำหนด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 เป็นต้น

(7) พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงิน เช่น พระราชกฤษฎีกาการจ่ายเงินเดือน เงินปี บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นในลักษณะเดียวกัน พ.ศ. 2535 พระราชกฤษฎีกาเงินช่วยเหลือผู้ซึ่ง ลาออกจากราชการก่อนเกษียณอายุ พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกาเบี้ยประชุมของกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 พระราชกฤษฎีกาเงินอุดหนุนฐานะจุพาราชนนตรี พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกากำหนด จำนวนเงินในคติมโนสารเ พ.ศ. 2546 เป็นต้น

บทที่ 3

กฎในระบบกฎหมายต่างประเทศและกฎในระบบกฎหมายไทย

3.1 กฎในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสแยกประเภทกฎหมายตามลำดับชั้นของกฎหมายออกเป็นลำดับดังนี้⁴²

- 1) รัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม
- 2) กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ซึ่งมีอยู่สองประเภทคือ

ก. อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นกรณีพิเศษ เช่น อำนาจตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique หรือ organic law) อำนาจตามมาตรา 47 ในการตรากฎหมายงบประมาณ และอำนาจตามมาตรา 47-1 ในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม

ข. อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นการทั่วไป ได้แก่ อำนาจในการตรารัฐบัญญัติ (loi) ตามมาตรา 34⁴³ ของรัฐธรรมนูญ

⁴² นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2534, กรกฎาคม). “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส”. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมสาร, 3, 1 หน้า 119-128.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958.

“มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติ

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพรวมตลอดถึงหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะ และความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตรา และวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตราเช่นกัน รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น
- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่างๆ ขึ้นใหม่
- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

ซึ่งในที่นี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะมีลำดับชั้นรองมาจากรัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ารัฐธรรมนูญธรรมดา

3) กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร

3.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

วิวัฒนาการเกี่ยวกับกฎในระบบของประเทศฝรั่งเศสนั้น ตามแนวคิดดั้งเดิมของระบบประชาธิปไตยฝรั่งเศสเกิดขึ้นในสมัยปฏิวัติใหญ่ (La Grande Revolution) ในฝรั่งเศส ค.ศ.1789 เป็นต้นมา รัฐสภาฝรั่งเศส (Parlement) ซึ่งถือเป็นตัวแทนของประชาชนในชาติ และเป็นองค์กรที่ทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและทำหน้าที่ในการตราบัญญัติที่ถือว่าเป็นเจตจำนงของประชาชน (la volonté generale) ในส่วนของฝ่ายบริหาร (executive) โดยหลักแล้วฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และในการดำเนินการให้เป็นไปตามบัญญัตินั้น ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎ (reglements) ซึ่งการออกกฎนั้น โดยปกติจะต้องมีรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้จึงจะสามารถกระทำได้ และกฎนั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกับรัฐบัญญัติแม่บท (conforme) โดยมีศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ของกฎและมีอำนาจในการยกเลิก (annuler) กฎที่ขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติแม่บทดังกล่าว⁴⁴ แต่ก็มีกรยอมรับกันว่าฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสสามารถตรากฎหมายได้เอง (Les reglements autonomes) ซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Labonne (8 สิงหาคม ค.ศ.1919) เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดที่สั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะ โดยอ้างว่ากฎฎีกา (decret) ที่เกี่ยวกับการควบคุมการจราจรของยานพาหนะบนทางสาธารณะที่ออกโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ.1899 ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีรัฐบัญญัติฉบับใดให้อำนาจประธานาธิบดีในอันที่จะวางกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการจราจรได้ทั่วทั้งประเทศ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่า “แม้จะมีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ ประมุขของรัฐก็มีอำนาจของตนเองที่จะวางกฎเกณฑ์ตำรวจ หรือกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (measures de police) โดยให้มีผลใช้บังคับทั่วประเทศได้” แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการยอมรับและรองรับว่าภารกิจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายไม่ได้จำกัดเฉพาะอยู่เฉพาะแต่การปฏิบัติให้เป็นไปตามบัญญัติแต่ละฉบับเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติทั้งหลายโดยส่วนรวมด้วย นับแต่นั้น

⁴⁴ สุรรัตน์ พิทยาภรณ์. (2535). “การตราบัญญัติและการออกกฎหมายลำดับรองตามรัฐธรรมนูญปี 1958.” รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. หน้า 212-213.

มาจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าประธานาธิบดีมีอำนาจตราข้อบังคับได้เอง (reglement autonome) โดยไม่ต้องอาศัยรัฐบัญญัติเพื่อเป็นพื้นฐานเพื่อกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย⁴⁵ ซึ่งจากผลของคำวินิจฉัยดังกล่าว ก่อให้เกิดแนวความคิดแก่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ซึ่งได้วางหลักการจำกัดขอบเขตอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับทฤษฎีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั่วไป (execution des lois) โดยในรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 นั้น แม้ว่ารัฐสภาจะเป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติ แต่อำนาจดังกล่าวก็ถูกจำกัดโดยมาตรา 34 และมาตรา 37 ซึ่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายได้เฉพาะในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 37⁴⁶ ของรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดไว้ว่า “เรื่องทีนอกเหนือไปจากที่ให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ (Loi) ให้ออกเป็นกฎ” ดังนั้นอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร (Reglement) จึงมีลักษณะเป็นอำนาจทั่วไปในการออกกฎหมาย (la competence normative de droit commun) ในขณะที่อำนาจในการออกรัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (Loi) มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น คือ ออกกฎหมายได้เฉพาะเรื่อง que รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น (la competence normative d'exception)⁴⁷

⁴⁵ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2533). การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. หน้า 30-31.

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

“มาตรา 37 เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตการตรารัฐบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่บังคับใช้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร”

⁴⁷ ปีเยสาศตร์ ไชว์พันธุ์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมกฎของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครองฝรั่งเศส” วิชาการศาลปกครอง, 5,2 หน้า 18.

3.1.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสได้แบ่งแยกกฎหมายลำดับรองดังนี้⁴⁸

กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของตนได้ในหลายๆ กรณีดังต่อไปนี้

(1) อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มาจากการมอบอำนาจโดยรัฐธรรมนูญ ได้แก่

- อำนาจในการตรารัฐกำหนดการ (ordonnance) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958
- อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในการตรารัฐบัญญัติเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเทศ ตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958

ซึ่งทั้งสองกรณิดังกล่าวข้างต้น หากเป็นการตรากฎหมายที่อยู่ในขอบเขตที่ต้องตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายเหล่านี้ก็จะมีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นการตราเรื่องที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติก็จะอยู่ในลำดับเดียวกันกับรัฐบัญญัติ

กฎหมายของฝ่ายบริหารที่อยู่ในลำดับชั้นรองลงมา คือ

- รัฐกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามมาตรา 37 ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจของรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายเพื่อการบริหารประเทศได้ในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตในการตรากฎหมายของรัฐสภาตามมาตรา 34

(2) อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยได้รับมอบอำนาจไว้ในรัฐบัญญัติของรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองเพื่อขยายความรัฐบัญญัติหรือเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติได้ นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรกระจายอำนาจ (collectivites decentralizes) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายอำนาจตามกิจการหรือตามเขตแดน ต่างก็มีอำนาจในการที่จะออกข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ได้เท่าที่กฎหมายจัดตั้งให้อำนาจมาเช่นกัน

(3) กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจแท้ๆ ของฝ่ายบริหารเอง เพื่อใช้ในการบริหารงานอันได้แก่ กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ หรือระเบียบภายในหน่วยงานฝ่ายบริหารต่างๆ เป็นต้น

⁴⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2534, กรกฎาคม) “ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองของฝรั่งเศส”. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมาธิราช, 3,1 หน้า 119-128.

3.1.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสสามารถตราออกมาใช้บังคับกับเอกชน แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ⁴⁹

ประเภทแรก กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล (ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งเรียกว่า “กฤษฎีกา” (decrets) ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ

(1) ข้อบังคับเอกเทศหรือกฎที่ออกได้เองโดยอิสระของฝ่ายบริหาร (reglement autonome) ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งรัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นโดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติ เพื่อใช้บังคับในเรื่องต่างๆ ยกเว้นในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนด ให้ตราเป็นรัฐบัญญัติโดยรัฐสภา

(2) ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติกำหนดหลักการขึ้นพื้นฐานไว้ในมาตรา 34 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไม่ได้

ทั้งนี้ รัฐบาลยังอาจตราข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่งคือ การให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติตามมาตรา 21⁵⁰ ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคแรกและวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่ข้อบังคับเช่นว่านี้ จะขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติไม่ได้ และในกรณีที่ฝ่ายบริหารตราข้อบังคับในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา ผู้มีส่วนได้เสียอาจขอให้ศาลปกครองเพิกถอนข้อบังคับนั้นได้

ประการที่สอง กฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ ซึ่งมีอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ ดังต่อไปนี้

⁴⁹รดาพรรณ เกื้อกูลเกียรติ. เล่มเดิม. หน้า 38-42.

⁵⁰รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

“มาตรา 21 นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันชาติ และรับผิดชอบบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้งใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารและการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร ทั้งนี้ ภายใต้อำนาจที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการให้แก่รัฐมนตรีได้

ในกรณีจำเป็น นายกรัฐมนตรีอาจทำหน้าที่แทนประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการเป็นประธานในที่ประชุมของสภากลาโหมและคณะกรรมการสูงสุดในการป้องกันประเทศตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15

ในกรณีพิเศษ นายกรัฐมนตรีสามารถทำหน้าที่ประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรีแทนประธานาธิบดีได้โดยจะต้องมีการมอบหมายอย่างชัดแจ้ง และจะต้องมีวาระการประชุมที่กำหนดไว้แน่นอน”

(1) อำนาจการออกกฎหมายของรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายทั่วไปให้แก่รัฐมนตรี แต่รัฐมนตรีก็มีอำนาจออกกฎหมาย ซึ่งได้แก่ กฎกระทรวง (arrete ministeriel) และคำสั่ง หรือหนังสือเวียน (circulaires reglementaires) ซึ่งพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท คือ

ก. กฎหรือข้อบังคับภายในของส่วนราชการ รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของหน่วยงาน มีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ อำนาจดังกล่าวนี้ รัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจ

ข. กฎข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อประชาชน รัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการออกข้อบังคับเป็นการทั่วไปเหมือนกับอำนาจของประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีจะมีอำนาจออกกฎข้อบังคับที่มีผลผูกพันประชาชนได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีไว้เฉพาะ

ค. คำสั่งในรูปของหนังสือเวียน (circulaires) โดยปกติเป็นเพียงคำสั่งหรือแนวปฏิบัติในการปฏิบัติงานที่หัวหน้าส่วนราชการได้ให้ไว้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา มีเนื้อหาเกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ รัฐมนตรียังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในรูปหนังสือเวียน ซึ่งโดยทั่วไปหนังสือเวียนนี้ไม่มีผลผูกพันประชาชน แต่จะมีผลผูกพันเฉพาะข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีเท่านั้น แต่ในบางกรณี หนังสือเวียนดังกล่าวก็มีผลผูกพันประชาชนโดยมีฐานนะในทางกฎหมายเป็นกฎ ทั้งนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้มีแนวคำพิพากษาที่แยกประเภทของหนังสือเวียนเป็น 2 ชนิดคือ ชนิดแรก circulaires inter pretatives หนังสือเวียนที่มีผลเป็นคำสั่งภายในของส่วนราชการนั้น ชนิดที่สอง circulaires reglementaires หนังสือเวียนที่มีผลเป็นกฎข้อบังคับ

โดยทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศสสามารถกำหนดมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (esures d'administration interieure) เพื่อจัดระเบียบภายในและการปฏิบัติงานของหน่วยงานซึ่งมีทั้งในกรณีที่มีมาตรการภายในที่มีผลเป็นการทั่วไป ได้แก่ หนังสือเวียนหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง และมาตรการภายในที่มีผลเป็นคำสั่งเฉพาะราย โดยมาตรการภายในของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปไม่อาจนำไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อขอให้สั่งเพิกถอน (recours en annulation) ได้ และมาตรการภายในดังกล่าวไม่อาจใช้เป็นที่ยุติหรือบ่อนทำลายของความชอบด้วยกฎหมาย (sources de legalite) ของคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อประชาชนได้

(2) อำนาจในการออกกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ นอกจากรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นมีอำนาจออกกฎหมายได้ทำนองเดียวกับรัฐมนตรี คือมีอำนาจวางกฎข้อบังคับภายในของหน่วยงานนั้น และรัฐธรรมนูญก็อาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองและ

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมีอำนาจออกกฎข้อบังคับสำหรับประชาชนได้ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นๆ ได้

3.1.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ⁵¹

ในคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เงื่อนไขที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อพิจารณาเพิกถอนกฎฉบับหนึ่งๆ ได้แก่เรื่องการทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ของผู้ออกกฎ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) ความบกพร่องในเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนพิธีการ (le vice de forme ou de procédure) ในการออกกฎ การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น (la violation de la loi) เช่น การกระทำโดยมีมูลเหตุจูงใจที่ผิดกฎหมาย (อย่างเช่น การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) สำคัญผิดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) หรือการวินิจฉัยผิดพลาด (erreur d'appréciation) และการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (le détournement de pouvoir)

1) การควบคุมกรอบการใช้อำนาจ

การควบคุมกรอบการใช้อำนาจ (le contrôle de la compétence) ของผู้ออกกฎมีความสำคัญในระดับต้นๆ เนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่เป็นการกระทำด้านบกพร่องอย่างร้ายแรง อีกทั้งเป็นประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีสามารถหยิบยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ตลอดเวลาที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณา มาตราการทั่วไปที่นำมาใช้แก้ไขเยียวยาการกระทำที่มีข้อบกพร่องดังกล่าว ก็คือการเพิกถอนกฎฉบับนั้นๆ เสีย และก็มีบางกรณีที่ศาลปกครองใช้มาตรการที่รุนแรงกว่าการเพิกถอน นั่นคือการวินิจฉัยว่าการกระทำหรือกฎนั้นๆ ไม่เคยมีอยู่เลย (acte inexistant)

การกระทำใดๆ ก็ตามที่ขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจหรือที่ขัดแย้งกับการแบ่งแยกกรอบอำนาจตามลำดับชั้นบังคับบัญชา ผู้พิพากษาสามารถเข้ามาตรวจสอบควบคุมได้ ซึ่งการกระทำที่ขัดกับการแบ่งแยกกรอบอำนาจอาจเป็นการเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้มีอำนาจเหนือกว่า อย่างเช่น ผู้ว่าราชการจังหวัดไปออกกฎระเบียบใดๆ ที่ตามปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีเท่านั้น หรือรัฐมนตรีเองหากมิได้รับมอบอำนาจเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราวไว้โดยชัดเจน ก็มีอาจออกกฎระเบียบ ซึ่งตามปกติเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี หรืออาจเป็นการเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้มีอำนาจในระดับเดียวกัน แต่ต่างกันในการแบ่งแยกตามเนื้อหาของการใช้อำนาจ (ratione materiae) กล่าวคือ มีกฎหมายกำหนดว่าเรื่องใดอยู่ในอำนาจของผู้ใด หรือการแบ่งแยกอำนาจตามเขตพื้นที่ (ratione loci) หรือการแบ่งตามช่วงเวลาการดำรงตำแหน่ง (ratione temporis) หรืออาจเป็นการเข้าไปใช้อำนาจแทนภายในกรอบอำนาจของบุคคลหรือองค์กรที่ต่ำกว่าในระดับท้องถิ่น ซึ่ง

⁵¹ปิยะสาส์น ไชว์พันธุ์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมกฎของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครองฝรั่งเศส” วิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 27-30.

บุคคลหรือองค์กรนั้นๆ มีอำนาจเฉพาะตามหลักการแบ่งอำนาจการปกครอง (la deconcentration administrative) หรือตามหลักการกระจายอำนาจการปกครอง (la decentralization) อยู่แล้ว

ในประเด็นเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายก็เป็นเรื่องสำคัญที่จะไปกำหนดกรอบอำนาจของบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจออกกฎ สำหรับกรณีของกฎ ลำดับชั้นสูงสุดของกฎคือ รัฐกฤษฎีกา ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือการแบ่งแยกระหว่างอำนาจในการออกกฎในรูปของรัฐกฤษฎีกากับอำนาจในการออกกฎหมายที่อยู่ในรูปของรัฐบัญญัติ

ผู้มีอำนาจออกกฎ หากไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้เป็นกรณีเฉพาะแล้ว จะไม่สามารถออกกฎในเรื่องที่สงวนไว้ให้ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ ดังที่กำหนดกรอบเนื้อหาเอาไว้ใน มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ แยกแยะเรื่องที่ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติไว้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรกเป็นเรื่องที่การตรากฎหมายนั้นเป็นการ “วางกฎเกณฑ์” อย่างเช่น การวางหลักเกณฑ์ในการประกันสิทธิเสรีภาพของพลเมือง การบังคับให้พลเมืองต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา การกำหนดประเภทขององค์การมหาชนที่จะอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นได้ การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร การแปรรูปรัฐวิสาหกิจหรือการโอนกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐ กลุ่มที่สองจะเป็นเนื้อหาที่กฎหมายจะต้องกำหนดไว้เป็น “หลักการขั้นพื้นฐาน” อย่างเช่น การจัดให้มีองค์กรที่มีวัตถุประสงค์การดำเนินงานเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ การให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองและองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น มาตรการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การประกันความมั่นคงในการประกอบอาชีพ และการให้การศึกษแก่พลเมือง

อย่างไรก็ดี ทั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐที่มีอำนาจตีความการใช้ มาตรา 34 ต่างก็ไม่ได้กำหนดขอบเขตการแยกแยะระหว่างคำว่า “วางกฎเกณฑ์” กับคำว่า “วางหลักการพื้นฐาน” เอาไว้ให้ชัดเจนแต่อย่างใด และถึงแม้รัฐธรรมนูญจะแยกแยะเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายกับเรื่องที่ต้องออกเป็นกฎไว้แล้วก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาความไม่สอดคล้องกันในการนำหลักการไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ อย่างเช่น ในกระบวนการทางตุลาการ เฉพาะรัฐบัญญัติเท่านั้นที่จะกำหนดให้มีการแก้ไขปรับปรุงกรอบอำนาจของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองได้ แต่ทว่า การโอนอำนาจภายในองค์กรศาลเดียวกัน กระทำในรูปของกฎ หรือในกระบวนการทางการบริหาร บุคคลภาครัฐ เรื่องระยะเวลาการทำงานไม่รวมอยู่ในเรื่องที่ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ ส่วนในกระบวนการจัดเก็บภาษี การกำหนดหน้าที่ในการเสียภาษีเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ แต่การจัดเก็บภาษีทางอ้อม การคืนภาษี การกำหนดค่าธรรมเนียม ฯลฯ จะถูกกำหนดโดยกฎ

2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้ตรากฎขึ้นโดยสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de legalite) หรือไม่ ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นหลักการที่เรียกร้องให้การออกกฎเกณฑ์ใดๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมาย และมีเฉพาะแต่กฎหมายซึ่งถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ยังคงต้องอยู่ภายใต้กฎที่ฝ่ายปกครองสร้างขึ้นด้วย นอกจากนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายยังเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt public) ด้วยเช่นกัน

กฎเกณฑ์ที่รวมตัวกันขึ้นมาเพื่อเป็นหลักให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพและยึดถือไปปฏิบัติเช่นนี้ รวมเรียกว่า “กรอบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย” (le bloc de legalite) อันประกอบไปด้วยรัฐธรรมนูญ สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ รัฐบัญญัติหลักกฎหมายทั่วไป กฎระเบียบ และบรรดาคำพิพากษาขององค์กรยุติธรรมต่างๆ ซึ่งเป็นที่สุดแล้ว

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส องค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองคือ ศาลปกครอง ซึ่งปัจจุบันมี 3 ชั้นศาล ได้แก่ สภาแห่งรัฐ หรือ Conseil d'Etat ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด Cours administratives d'appel เป็นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และ Tribunaux administratives เป็นศาลปกครองชั้นต้น

ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ โดยถือเป็นคดีประเภทเดียวกันกับการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยไม่ได้แยกถึงความแตกต่างในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการฟ้องขอให้เพิกถอนกฎและการฟ้องคดีเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองออกจากกัน เนื่องจากในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ถือว่าทั้งกฎและคำสั่งทางปกครองต่างก็เป็นนิติกรรมทางปกครองเช่นเดียวกัน กรณีจึงไม่มีความแตกต่างในการฟ้องเพิกถอนกฎแต่อย่างใด

ในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การฟ้องดังกล่าวมีพัฒนาการมาพร้อมๆ กับการเกิดขึ้นขององค์กรวินัยคดีปกครองหรือศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง โดยเริ่มตั้งแต่ในสมัยปฏิวัติซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีศาลปกครอง มีกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติถึงการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองและกฎ โดยให้ร้องเรียนต่อองค์กรปกครองสูงสุด ภายหลังจากสมัย I'an VIII อำนาจขอเพิกถอนเหล่านี้โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชา และตกมาเป็นของ Premier consul และมาเป็นของ Premier consul และตกมาเป็นของจักรพรรดิ (Emperuer) และจักรพรรดิก็ได้ใช้อำนาจนี้โดยการส่งให้สภาแห่งรัฐเป็นผู้พิจารณาแทนซึ่งในกรณีดังกล่าวทำให้การร้องเรียนตามสายการบังคับบัญชาเป็นการฟ้องคดีปกครอง (recours contentieux) ในเวลาต่อมา โดยเริ่มจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้าง

ของสภาแห่งรัฐในปี ค.ศ.1931ซึ่งไม่ปรากฏถึงคำอธิบายที่ชัดเจนถึงอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยสภาแห่งรัฐ

ต่อมาสภาแห่งรัฐได้พบพื้นฐานทางกฎหมายที่น่าจะนำมาอ้างอิงเพื่อเป็นเหตุผลในการยื่นอำนาจในการเพิกถอนของตน คือ กฎหมายลงวันที่ 7-11 ตุลาคม 1790 ที่บัญญัติว่า “การร้องเรียนว่าฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจจะต้องร้องเรียนต่อกษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร” แม้ว่าบทบัญญัตินี้จะเป็นการกล่าวถึงระบบการร้องเรียนตามสายการบังคับบัญชาก็ตาม ซึ่งการร้องเรียนในยุคนี้เป็นยุคที่ประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการสั่งเพิกถอนในท้ายที่สุด (justice retenue) สมัยจักรวรรดิที่สอง ได้มีรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 2 พฤศจิกายน 1864 กำหนดว่าในการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนกรณีที่เกิดจากอำนาจของฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องมีทนายความซึ่งเกิดผลให้เกิดการร้องเรียนมากขึ้น ทำให้การร้องขอให้เพิกถอนมีขอบเขตที่กว้างขวางมากขึ้น และครอบคลุมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทุกแง่ทุกมุม ต่อมาหลักการที่ให้ประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ชี้ขาดในท้ายที่สุดนั้นได้ยุติลงเมื่อได้มีการตรารัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1872 โดยมีหลักการที่สภาแห่งรัฐสามารถคัดค้านคดีได้เองโดยอิสระในนามของตนได้⁵²

ลักษณะของกฎหมายในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรารัฐธรรมนูญว่าจะตราได้เฉพาะในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น แต่การแยกความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายนั้นจะถือเอาเกณฑ์เนื้อหาของกฎหมายเป็นเกณฑ์เดียวในการวินิจฉัยไม่ได้ เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติต่างจากกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในแง่ของขั้นตอนพิธีการ กฎหมายที่ตราขึ้นในรูปของรัฐธรรมนูญจะต้องผ่านกระบวนการออกเสียงลงมติโดยรัฐสภาและประกาศใช้โดยประธานาธิบดี อันเป็นกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ส่วนระบบกฎหมายที่ใช้กับ “กฎหมาย” ที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้นแตกต่างจากการตรารัฐธรรมนูญโดยสิ้นเชิง ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะสร้างกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญไว้ โดยให้เป็นอำนาจการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) แต่ก็ยังเป็นลักษณะการควบคุม “ก่อน” การใช้บังคับกฎหมาย ถ้าเมื่อใดรัฐธรรมนูญได้ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายไปแล้ว ก็จะมีผลใช้บังคับเป็นการถาวรในทันทีและไม่อาจโต้แย้งต่อไปได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎหมายไม่ว่ากฎหมายนั้นจะออกโดยฝ่ายปกครองลำดับขั้นสูงสุดเพียงใด ก็ยังอาจถูกเพิกถอนได้โดยศาลปกครอง หากกฎหมายนั้นขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น

⁵²สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2544). *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*. หน้า 224-226.

ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐบัญญัติ หรือแม้แต่ขัดกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส⁵³

ตามแนวคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญทางปกครองของฝรั่งเศส ได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ว่า การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ (acte réglementaire) เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงตัวบุคคล การให้คำจำกัดความเช่นนี้ใกล้เคียงกับคำจำกัดความที่ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปเคยให้ไว้ในคำพิพากษา ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1968 แม้ในกรณีส่วนใหญ่จะยอมรับคำจำกัดความดังกล่าวมาแล้วก็ตาม แต่ปัญหายังคงมีอยู่ในเรื่องขอบเขตของการนำไปใช้ อย่างเช่น ประกาศอนุมัติแผนผังการใช้ที่ดิน (Plan d'occupation des sols-POS) ถือเป็นกฎ ในขณะที่การประกาศใช้เพื่อสาธารณะประโยชน์ (Declaration d'utilité publique-DUP) ในขั้นตอนการปฏิบัติการจัดวางผังเมือง หรือประกาศกำหนดขอบเขตพื้นที่ที่จะดำเนินการจัดรูปที่ดิน Operation de remembrement rural) ไม่ถือเป็นกฎ⁵⁴

ศาลปกครองฝรั่งเศสยอมรับเป็นการทั่วไปในลักษณะความเป็นกฎของการกระทำทางปกครองส่วนใหญ่ที่เกี่ยวกับการจัดทำบริหารสาธารณะ อย่างเช่น ประกาศที่ให้อำนาจมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งๆ สามารถออกปริญญาบัตรแห่งชาติ (un diploma national) ได้

คดีที่ศาลมีอำนาจเพิกถอน (Les contentieux de l'annulation) ถือเป็นคดีหลักและมีความสำคัญที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครองโดยไม่ได้แยกประเภทของคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองทั้งสองประเภทออกจากกัน ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสคดีดังกล่าวจะมีลักษณะที่สำคัญคือ ต้องเป็นการคัดค้านการกระทำ คำสั่ง หรือข้อบังคับที่มาจากฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำหน้าที่ในทางปกครอง ไม่ใช่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ

นอกจากนี้ การปฏิเสธไม่ออกกฎใดๆ ในอำนาจหน้าที่ของตน คำปฏิเสธดังกล่าวมีค่าเท่ากับ “กฎ” โดยตัวของมันเอง แต่ในกรณีเป็นคำสั่งของผู้มีอำนาจกำกับดูแล (une autorité de tutelle) มีอำนาจอนุมัติให้การรับรองการออกกฎการรับรองหรือไม่รับรองดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นกฎ

สำหรับกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เรียกว่ากฎหรือกฎหมายลำดับรองนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการแบ่งลำดับชั้นของกฎหมายปกครองดังกล่าวด้วย กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีฐานะต่ำกว่า ได้แก่ กฎหมายลำดับรองของ

⁵³ปิยะสาตร์ ไชวพันธ์, เล่มเดิม, หน้า 19-20.

⁵⁴ แหล่งเดิม.

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐของนายกรัฐมนตรี ของรัฐมนตรี ของผู้ว่าราชการจังหวัด และของนายกเทศมนตรีในท้ายที่สุดตามลำดับ⁵⁵

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสถือว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ว่าหากสภาแห่งรัฐรับเรื่องใดไว้พิจารณาหรืออีกนัยหนึ่งคือเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของสภาแห่งรัฐที่จะสามารถควบคุมได้เรื่องนั้นหรือสิ่งนั้นก็จะมีฐานะเป็นนิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques administratifs) ประกอบกับลักษณะในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีความหมายในสาระสำคัญอยู่ 4 ประการคือ

ประการแรก นิติกรรมทางปกครองจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น

ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลในทางกฎหมายอันเกิดขึ้นจากตัวนิติกรรมทางปกครองเท่านั้นเอง ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือไม่ก็ตาม

ประการที่สาม นิติกรรมทางปกครองจะต้องเกิดจากกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง

ประการที่สี่ นิติกรรมทางปกครองอาจอยู่ในรูปของนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป (acte réglementaire) หรือกฎซึ่งได้แก่บรรดากฎหมายลำดับรองที่องค์กรฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นใช้บังคับ หรือนิติกรรมที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ (acte individuel) ก็ได้ ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง⁵⁶ ดังนั้น ระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสจึงถือว่ากฎหรือกฎหมายลำดับรองอยู่ในฐานะนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำในทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายบริหารเหล่านี้จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

3.2 กฎในระบบกฎหมายเยอรมัน⁵⁷

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้แยกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามลำดับชั้นของกฎหมายเป็น 4 ประเภทใหญ่ คือ รัฐธรรมนูญ (Verfassung) รัฐบัญญัติ (formelle Gesetze) กฎหมายบริหารบัญญัติ (Rechtsverordnung) และกฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzung)

⁵⁵ สุรพล นิธิไกรพนธ์ และคณะ. (2544). หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. หน้า 76-77.

⁵⁶ ชีระ สุธีวรารุง. (2541). นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย. หน้า 15-16.

⁵⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การเพิกถอนกฎในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน”

รัฐธรรมนูญหรือที่ระบบกฎหมายเยอรมันเรียกว่า "กฎหมายพื้นฐาน" (Grundgesetz) ถือเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นระเบียบหรือกติกาพื้นฐานในการปกครองรัฐ ซึ่งเกิดขึ้นจากการประชุมตกลงกันของที่ประชุมที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ สำหรับกฎหมายระดับรัฐบัญญัตินั้น เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นจากกระบวนการตรากฎหมายโดยรัฐสภา ซึ่งจะต้องกระทำภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ ส่วนกฎหมายบริหารบัญญัติเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งองค์กรเหล่านี้จะตรากฎหมายบริหาร บัญญัติขึ้นใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ หากเทียบกับระบบกฎหมายไทยแล้ว กฎหมายบริหารบัญญัติของประเทศเยอรมันย่อมได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ในระบบกฎหมายไทยนั่นเอง สำหรับกฎหมายองค์การบัญญัติ หมายถึง กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองตนเอง เช่น กฎหมายขององค์การปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น หรือกฎข้อบังคับขององค์การวิชาชีพ หากเทียบกับระบบกฎหมายไทย กฎหมายองค์การบัญญัติย่อมได้แก่ บรรดาเทศบัญญัติหรือข้อบัญญัติ จังหวัด หรือข้อบังคับของแพทยสภา เป็นต้น

3.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารจะสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับกับเอกชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถกระทำได้ หรือเป็นกรณีที่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz หรือ Basic Law) กำหนดเอาไว้เท่านั้น (มาตรา 80 และมาตรา 119 ของกฎหมายพื้นฐาน) ซึ่งกรณีดังกล่าวจะมีความแตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่ได้รับรองอำนาจของฝ่ายบริหารเอาไว้อย่างชัดเจนโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในตนเองที่จะตรากฎหมายหรือข้อบังคับ (règlements) ในเนื้อหาที่ไม่ใช่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญของเยอรมันได้วางข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะสามารถมอบอำนาจในการตรากฎหมายของให้แก่ฝ่ายบริหาร ทั้งนี้เนื่องจากในประเทศเยอรมันได้ประสบการณ์ในอดีตจากการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เห็นได้จากในช่วงของยุคจักรวรรดิที่สามของเยอรมัน ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ปีค.ศ.1919 (Weimar Constitution) ซึ่งแม้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีลักษณะเหมือนกับรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ก่อนหน้านั้น นั่นคือไม่มีบทบัญญัติใดๆ ที่กำหนดให้มีการมอบอำนาจในการตรากฎหมายเอาไว้ แต่ในทางข้อเท็จจริงองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในขณะนั้นได้สละอำนาจและหน้าที่ในการตรากฎหมายของตนให้ฝ่ายบริหาร โดยได้มีการมอบอำนาจไม่แต่เพียงให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้มีเนื้อหาใดๆ หรือมีขอบเขตในเรื่องใดๆ ก็ได้เท่านั้น ฝ่ายบริหารยังสามารถออก

กฎหมายที่มีผลให้เป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ด้วย ดังนั้น ผลจากประสบการณ์ดังกล่าว กฎหมายพื้นฐานจึงกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการมอบอำนาจในการตรากฎหมายให้ฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นมาอีก⁵⁸

3.2.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง

ในระบบกฎหมายของเยอรมันได้กำหนดประเภทของกฎหมายลำดับรองที่ตราโดยฝ่ายบริหารเอาไว้ ในมาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐาน กำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองได้ในสองลักษณะคือ

(1) กฎหมายลำดับรอง (Rechtsverordnungen/Statutory order) ที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกชื่อแตกต่างกันไป เช่น กฎฎีกา ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ หรือระเบียบ เป็นต้น

(2) กฎหมายลำดับรอง (Satzungen/charter or byelaw) ที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระ (autonomous bodies) ซึ่งกฎหมายลำดับรองที่ตราโดยองค์กรอิสระเหล่านี้ เช่น ข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น

นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กรอิสระอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งจะมีความแตกต่างในเรื่องของฐานะในทางกฎหมายไปจากกฎหมายลำดับรอง คือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ซึ่งเป็นการวางระเบียบ กฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ตราขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ในตนเองโดยเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าว จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง⁵⁹

3.2.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง⁶⁰

กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารของประเทศเยอรมัน แบ่งออกเป็นสองประเภทดังกล่าวแล้วข้างต้น โดยในแต่ละประเภทจะมีรายละเอียดที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันดังต่อไปนี้

1) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (Statutory Orders หรือ Rechtsverordnung)

⁵⁸ นรินทร์ อธิสาร. (2546). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน. หน้า 30-34.

⁵⁹ แหล่งเดิม.

⁶⁰ แหล่งเดิม.

กฎหมายลำดับรองประเภทนี้ได้มีการบัญญัติรองรับและกำหนดหลักเกณฑ์และของเขตในการตรากฎหมายลำดับรองไว้ในมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานโดยในมาตราดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรองไว้ดังต่อไปนี้

ประการแรก กฎหมายลำดับรองนั้นจะตราขึ้นได้ก็แต่เพียงการตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐ ซึ่งได้รับการมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ออกกฎหมายลำดับรองโดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าว จะต้องกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย และกฎหมายลำดับรองจะต้องมีการอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นๆ ด้วย ดังนั้น กฎหมายลำดับรองจึงไม่สามารถที่จะตราขึ้นโดยอ้างอิงฐานที่มาของอำนาจจากกฎหมายประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้อ้างในการตรากฎหมายลำดับรองได้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงว่า กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นมานั้นจะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ให้สิทธิประโยชน์หรือการจำกัดสิทธิ

ประการที่สอง อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนี้จะจำกัดไว้ว่าเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ คือ รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ และรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น รัฐสภาไม่สามารถที่จะตรากฎหมายมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรอื่นได้ แต่กฎหมายอาจจะกำหนดให้อำนาจให้แก่องค์กรเหล่านั้นมอบอำนาจช่วงในการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้กฎหมายอาจจะกำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองโดยความร่วมมือระหว่างองค์กรเหล่านั้นได้ หรือการจะตรากฎหมายลำดับรองจะต้องได้รับความยินยอมจากอีกองค์กรหนึ่งก่อน เป็นต้น ทั้งนี้อาจมีการกำหนดให้มอบอำนาจช่วงได้โดยจะต้องคำนึงถึงเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นด้วย ทั้งนี้ กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยการได้รับมอบอำนาจช่วงมานั้นก็ย่อมถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเช่นกัน

ประการที่สาม เงื่อนไขที่สำคัญในการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารคือกฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องมิมีเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตที่ได้กำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บท นั่นคือ ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองโดยฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ โดยคำว่า เนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตดังกล่าวนี้ ในการใช้ตีความของศาลไม่ได้แยกใช้หรืออธิบายความหมายโดยแยกเด็ดขาดออกจากกันอย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ไม่ได้พยายามที่จะให้คำจำกัดความหรือคำอธิบายถ้อยคำเหล่านี้ โดยแยกจากกันแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายของคำดังกล่าวอาจอธิบายได้ดังต่อไปนี้ “เนื้อหา” คือ สารสำคัญของกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยกฎหมายแม่บทนั้นๆ

“วัตถุประสงค์” คือ ผลในท้ายที่สุดที่จะได้รับการตรากฎหมายลำดับรอง หรือผลในท้ายสุดที่กฎหมายลำดับรองนั้นต้องการ “ขอบเขต” คือ ขีดจำกัดหรือกรอบของกฎหมายลำดับรองนั้นๆ ว่าจะมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด

โดยหลักแล้ว เนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎหมายลำดับรองจะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามหากเพียงพิจารณาหรือตีความได้ว่ามีอยู่ก็เป็นการเพียงพอแล้ว โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายของรัฐสภาตกเป็นโมฆะเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้อำนาจทั่วไปแก่ฝ่ายบริหารไปดำเนินการตรากฎหมายลำดับรอง โดยปราศจากความชัดเจนในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจดังกล่าว นอกจากหลักเรื่องเนื้อหา วัตถุประสงค์และขอบเขตดังกล่าวแล้วนั้น หากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นเกี่ยวกับการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลจะตีความอย่างเคร่งครัดและใช้หลักนิติรัฐเข้ามาประกอบกับหลักที่กำหนดเอาไว้ในมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐานเพื่อวินิจฉัยความสมบูรณ์ของกฎหมายของรัฐสภาที่มีการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย

ในส่วนของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองของเยอรมันนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเรื่องของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้กระบวนการตรากฎหมายลำดับรองโดยทั่วไปมักจะมีที่มาจากวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายพื้นฐาน หรืออาจมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้นๆ และมักจะไม่ว่าจะปรากฏว่าจะต้องมีขั้นตอนกระบวนการที่จะต้องปรึกษาหารือกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นก่อน หรือมีขั้นตอนก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องให้องค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติเหมือนกับที่กำหนดเอาไว้ในประเทศอังกฤษหรือในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ทั่วไป ทั้งนี้ก็มีข้อเสนอให้นำเอาการควบคุมดังกล่าวมาใช้กับกระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองของประเทศเยอรมันด้วย

2) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระ (Bylaws/Satzungen)⁶¹ เป็นกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลหรือองค์กรที่ตั้งขึ้นและรับรองโดยรัฐเพื่อดำเนินการในวัตถุประสงค์เฉพาะอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น เทศบาล มหาวิทยาลัย องค์กรวิชาชีพ องค์กรวิทยุกระจายเสียง ธนาคารชาติของสหพันธ์เยอรมัน เป็นต้น โดยภายใต้หลักกฎหมายที่ยอมรับให้องค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระในการดำเนินกิจการที่เป็นภารกิจหน้าที่ของตน จึงมีความจำเป็นที่องค์กรอิสระเหล่านี้จะต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองมาใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁶¹ นรินทร์ อิศาร. แหล่งเดิม. หน้า 35-36.

เทศบาลและสมาคมเทศบาลนั้นมีบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติรับรองสิทธิดังกล่าวเอาไว้ในมาตรา 28(2) ในส่วนของนิติบุคคลอื่นไม่ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดรับรองสิทธินี้เอาไว้โดยเฉพาะแต่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติก็มักจะตรากฎหมายกำหนดให้อำนาจอธิบดีบุคคลเหล่านี้สามารถตรากฎหมายลำดับรองได้เช่นกัน กฎหมายลำดับรองเหล่านี้จะบังคับใช้ภายในท้องถิ่นหรือใช้กับสมาชิกหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับองค์กรดังกล่าว

3.2.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ⁶²

แม้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองเอาไว้ แต่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันก็ได้กำหนดหลักการที่เข้มแข็งและมีความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบเอาไว้ดังต่อไปนี้

ประการแรก ในมาตรา 80 (1) กำหนดให้กฎหมายลำดับรองต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นเอาไว้เสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการอ้างอิงดังกล่าวจะปรากฏในคำปรารภของกฎหมายลำดับรองนั้นๆ การอ้างอิงบทบัญญัติที่ให้อำนาจดังกล่าวเป็นการแสดงถึงฐานที่มาของอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองว่ามีกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรรัฐสภาที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองหรือไม่

ประการที่สอง กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์ หรือรัฐมนตรีของสหพันธ์และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราในการให้บริการไปรษณีย์และการโทรคมนาคม หรือการรถไฟของสหพันธ์ และการก่อสร้างหรือการดำเนินการของกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายของสหพันธ์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูง (Bundesrat) ของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น และกฎหมายลำดับรองที่ว่านั้น หากตราขึ้นโดยมลรัฐในภารกิจที่ทำในฐานะที่เป็นตัวแทนของสหพันธ์ หรือในกรณีที่เป็นภารกิจของมลรัฐเอง ก็ต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูงเช่นกัน

ประการที่สาม กฎหมายลำดับรองจะต้องตราขึ้นหรือลงนามโดยผู้ที่มีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขความสมบูรณ์ของกฎหมายลำดับรอง ว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวได้ตราขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายลำดับรองและตรวจสอบได้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นตราขึ้นโดยองค์กรผู้ทรงอำนาจ

ประการที่สี่ กฎหมายลำดับรองทุกฉบับจะต้องตีพิมพ์หรือประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษา Bundesgesetzblatt/The Federal Law Gazette หรือ ใน Bundesanzeiger/The Federal Gazette ตามที่กฎหมายกำหนด กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐบาลมลรัฐ และกฎหมายลำดับ

⁶² นรินทร์ อธิสาร. แหล่งเดิม. หน้า 34.35.

รองที่ตราขึ้นโดยมลรัฐ โดยได้รับมอบอำนาจช่วงหรือกฎหมายลำดับรองที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับทั้งในระดับสหพันธ์และระดับมลรัฐ จะต้องประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษาของมลรัฐ(The Land Law Gazettes) ด้วยเนื่องจากกฎหมายลำดับรองมีลักษณะที่มีผลใช้บังคับในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็น การทั่วไป จึงมีความจำเป็นที่จะร้องประกาศหรือตีพิมพ์เพื่อให้ประชาชนที่จะอยู่ภายใต้การบังคับ ของกฎหมายลำดับรองนั้นๆ ได้รับทราบถึงบทบัญญัติดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความ แน่นนอนของกฎหมาย

ประการที่ห้า กฎหมายลำดับรองที่ประกาศนั้นจะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงวัน เริ่มต้นหรือวันที่มีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนั้นๆเอาไว้ หากไม่มีการกำหนดวันที่มีผลใช้ บังคับเอาไว้ในกฎหมายลำดับรอง กฎหมายพื้นฐานกำหนดไว้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นจะมีผลใช้ บังคับภายหลังจากครบ 14 วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 82(2) ของกฎหมายพื้นฐาน นอกจากนั้น กฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าจะได้รับการ ประกาศใช้

สำหรับการให้เหตุผลในการตรากฎหมายลำดับรองไม่ได้มีการกำหนดว่าจะต้องมีการ ให้เหตุผลในการกฎหมายลำดับรองเอาไว้ กรณีจะแตกต่างจากคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เหตุผล เสมอ แต่ในบางกรณีก็ผู้ตรากฎหมายลำดับรองก็ได้ให้เหตุผลในการตรากฎหมายลำดับรองไว้ ใน local or department gazettes หรือในบางกรณีก็จะมีการให้เหตุผลแนบไปกับร่างกฎหมาย ลำดับรองที่เสนอต่อสภาสูงของสหพันธ์เพื่อขอความยินยอม แต่ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมใน แต่ละกรณีๆ ไป

ในส่วนของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การอิสระนั้นเนื่องจากองค์การอิสระ ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร(รัฐบาล) ดังนั้น ข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรองที่กำหนด เอาไว้ในมาตรา 80(1) ของกฎหมายพื้นฐานจึงไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับกฎหมายลำดับรองที่ออก โดยองค์การอิสระเหล่านี้ได้ ยิ่งไปกว่านั้นองค์การอิสระบางประเภท เช่น เทศบาล ซึ่งเป็นองค์กร ที่มีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นจึงควรที่จะได้รับอำนาจทั่วไปในการตรา กฎเกณฑ์ที่มาใช้บังคับกับขอบเขตเนื้อหาสาระในขอบเขตที่เป็นภารกิจของตนได้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจอย่างกว้างขวางในอันที่จะมอบอำนาจในการตรา กฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรอิสระทั้งหลาย แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าองค์กรของรัฐฝ่ายนิติ บัญญัติจะปล่อยหรือสละอำนาจหน้าที่ของตนให้แก่องค์กรเหล่านี้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด ศาล รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ได้ใช้หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยในทางรัฐสภามาเป็นเกณฑ์ในการ ตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวของรัฐสภาโดยกำหนดให้การมอบอำนาจผูกพันอยู่กับหลักการ ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการแทรกแซงหรือกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของ ปึงเจบบุคคล ทั้งนี้กระบวนการหรือขั้นตอนในการตรากฎหมายลำดับรองโดยองค์การอิสระเหล่านี้

ก็เป็นไปตามกฎหมายแม่บทในฉบับนั้นๆ กำหนดเอาไว้ และโดยเฉพาะในส่วนของการตรากฎหมายลำดับรองของเทศบาลจะต้องคำนึงถึงหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 28(2) ของกฎหมายพื้นฐานที่ว่า การตรากฎหมายลำดับรองของเทศบาลจะต้องตราขึ้นโดยผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในเทศบาล และกฎหมายลำดับรองของเทศบาลจะต้องตราขึ้นโดยผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในเทศบาล และกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาของเทศบาล (The commune gazette) ด้วย⁶³

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันนั้นถือว่า กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองมีฐานะเป็นกฎหมาย โดยไม่ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะเหตุว่าในระบบกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมันคำว่านิติกรรมทางปกครองหรือคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) นั้น เป็นศัพท์เทคนิคในทางกฎหมายและเป็นสถาบันในทางกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อประกันสิทธิทางศาลให้แก่ประชาชน (Rechtsschutz) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปกระทบสิทธิของประชาชนภายในขอบเขตของกฎหมายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งถือเป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองโดยกำหนดถึงลักษณะของการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองว่าการกระทำอย่างใดจึงจะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง โดยข้อความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองโดยข้อความคิดเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองของประเทศเยอรมันเกิดขึ้นในสมัยปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดย Otto Mayer ได้ให้ความหมายลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือต่อประชาชนในกรณีเฉพาะราย อันชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันมาตรา 35 วรรคแรกแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 ได้ให้คำนิยามว่า คือ คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใดๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก⁶⁴ ดังนั้น ลักษณะทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของประเทศเยอรมันจึงหมายถึงเฉพาะเรื่องคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่ไม่หมายความรวมถึงกฎหมายลำดับรองหรือกฎ

ในส่วนกระบวนการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมันได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) มาตรา 47 ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองสิทธิในทางมหาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว ยิ่งไปกว่านั้นโดยเหตุที่คำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ได้มีผล

⁶³ แหล่งเดิม.

⁶⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า 141-143.

เฉพาะคู่ความในคดี กระบวนการฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวจึงช่วยให้ไม่ต้องมีคดีในลักษณะทำนองเดียวกันขึ้นมาสู่ศาลอีก นอกจากนี้เมื่อคดียุติลงแล้ว ย่อมจะทำให้การปรับใช้กฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นไปในทิศทางเดียวกันอันจะมีผลเป็นการสนับสนุนความมั่นคงแห่งนิติฐานะของเอกชนที่เกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตามมีข้อที่ต้องตั้งไว้เป็นข้อสังเกตในเบื้องต้นว่าการร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมันจะต้องกระทำภายในสองปีนับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎหมายหลังจากระยะเวลาดังกล่าวล่วงพ้นไปแล้ว บุคคลใดจะฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียหายหรือความเป็นโมฆะของกฎหมายไม่ได้ แม้กระนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าหนทางในการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎจะหมดไปโดยสิ้นเชิง เพียงแต่ปัจเจกบุคคลจะต้องรอให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่กระทบสิทธิของตนก่อน จึงจะสามารถฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น โดยบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิอาจกล่าวอ้างว่ากฎ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท ก่อนที่ศาลปกครองจะพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองย่อมจะต้องพิจารณาประเด็นเบื้องต้นแห่งคดีเสียก่อนว่ากฎชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทหรือไม่ อย่างไรก็ตามแม้ศาลปกครองเห็นว่ากฎที่เป็นฐานแห่งการออกคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท ศาลปกครองก็ได้แต่พิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จะกล่าวล่วงไปพิพากษาแสดงความเสียหายของกฎไม่ได้⁶⁵

ในระบบกฎหมายของเยอรมัน ศาลปกครองมีอยู่ 3 ระดับคือ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด ศาลสูงคดีปกครองแห่งมลรัฐหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht หรือ Verwaltungsgerichtshof) และศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht) โดยศาลปกครองของประเทศเยอรมันเป็นระบบศาลที่เคียงคู่กับศาลในระบบอื่น⁶⁶

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคำฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ได้แก่ ศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht; Verwaltungsgerichtshof) ทั้งนี้ เฉพาะกรณีที่เป็นเรื่องซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองทั่วไป (allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit) เท่านั้น ซึ่งหมายความว่าศาลปกครองชั้นสูงแห่งมลรัฐสามารถตรวจสอบได้เฉพาะกฎที่หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎนั้น ข้อพิพาทดังกล่าว

⁶⁵วรเจตน์ ภาคิรัตน์, เล่มเดิม, หน้า 2-3.

⁶⁶วรเจตน์ ภาคิรัตน์, (2538, ธันวาคม), “ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” นิติศาสตร์, 25,4 หน้า 712-713.

จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนั้นหากกฎฉบับใดฉบับหนึ่งมีเนื้อหาทั้งในส่วนที่เป็นเรื่องของกฎหมายปกครอง (เช่น การบัญญัติให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือการกำหนดโทษปรับทางปกครอง) และเรื่องของกฎหมายอาญา (เช่น การกำหนดโทษปรับทางอาญา) ก็เฉพาะแต่บทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครองเท่านั้น ที่จะเป็นวัตถุแห่งคดีซึ่งศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา สำหรับบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายอาญานั้น ศาลปกครองไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้⁶⁷ ซึ่งในปัจจุบันศาลปกครองชั้นอุทธรณ์นั้นก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี 3 ประเภทคือ⁶⁸

1. คดีเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น
2. คดีเกี่ยวกับคำร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับ

รอง

3. คดีเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยพลังงานปรมาณู การก่อตั้งสถานีพลังงาน การวางระบบการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับสนามบิน ถนนและทางหลวง การคมนาคมทางบกและทางน้ำ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายเฉพาะได้กำหนดไว้

คำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง(Antrag auf Normenkontrolle) โดยศาล ตามมาตรา 47 ของ VwGO กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการตรวจสอบกฎหมายลำดับรองดังต่อไปนี้⁶⁹

(1) กฎหมายลำดับรองที่ออกภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายควบคุมอาคาร หรือออกตามบทบัญญัติหรือกฎหมายที่ออกตามมาตรา 246 วรรคสองของกฎหมายควบคุมอาคาร

(2) บทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองของมลรัฐตามที่กฎหมายของมลรัฐจะได้อำนาจไว้หรือกฎหมายลำดับรองของนิติบุคคลมหาชนและองค์การกระจายอำนาจ

ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้กำหนดให้กฎหมายทุกประเภทเป็นวัตถุแห่งคดีในกระบวนการฟ้องร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าวัตถุแห่ง

⁶⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การเพิกถอนกฎในระบบกฎหมายปกครอง.”

วิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 3.

⁶⁸ นรินทร์ อธิสาร. เล่มเดิม. หน้า 80.

⁶⁹ Code of Administrative Procedure

“Article 47 Jurisdiction to review legality of rules.

(1) The Higher Administrative Court shall adjudicate on the Federal Building Code and of statutory orders issued on the basis of 246, paragraph 2 of the Federal Building Code,

(2) Other legal provisions ranked below the statutes of a Land, to the extent the Land Law so provides.

คดีที่ฟ้องร้องกันนั้นเป็นบทกฎหมายที่มีฐานะเป็นกฎ (Untergesetzliche Rechtsvorschriften) หรือเป็นคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง อำนวยการปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจะจำกัดเฉพาะกฎ 2 ประเภทเท่านั้น คือ 1) กฎที่เป็นกฎหมายองค์การบัญญัติ (Satzung) และกฎหมายบริหารบัญญัติ (Verordnung) ซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองตราขึ้นตามประมวลกฎหมายก่อสร้าง (Baugesetzbuch) ตัวอย่างของกฎที่ออกตามประมวลกฎหมายก่อสร้าง เช่น ประกาศผังเมือง (Bebauungsplan) เป็นต้น 2) กฎอื่นๆ ที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐบัญญัติของมลรัฐ (Andere im Rang unter dem Landesgesetz stehende Rechtsvorschrift) ตัวอย่างของกฎประเภทนี้ได้แก่ กฎกระทรวงที่ออกโดยกระทรวงแห่งมลรัฐ หรือกฎหมายขององค์กรปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น (Satzung) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติของมลรัฐ⁷⁰

ด้วยเหตุนี้ หากกฎที่ได้รับการตรารับขึ้นนั้น เป็นกฎของสหพันธ์ กล่าวคือเป็นกฎหมายบริหารบัญญัติที่องค์กรฝ่ายปกครองระดับสหพันธ์ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติของสหพันธ์ กฎนั้นย่อมไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่องค์กรของฝ่ายปกครองของมลรัฐอาศัยอำนาจจากรัฐบัญญัติของสหพันธ์ตรากฎขึ้นใช้บังคับในมลรัฐของตน ย่อมถือว่ากฎดังกล่าวเป็นกฎหมายบริหารบัญญัติของมลรัฐ และด้วยเหตุนี้จึงเป็นวัตถุแห่งการฟ้องร้องในคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันได้แยกประเภทคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองออกจากคดีที่ฟ้องขอให้ศาลตรวจสอบกฎหมายลำดับรองหรือกฎออกจากกัน เนื่องจากในระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎไม่ได้มีฐานะเป็นนิติกรรมทางปกครองเหมือนกับคำสั่งทางปกครอง แต่กฎหรือกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายเยอรมันมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย ดังนั้น จึงมีการแยกความแตกต่างในคดีที่ฟ้องต่อศาลปกครองออกจากการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมันได้ยอมรับกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์การอิสระอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งจะมีความแตกต่างในเรื่องของฐานะในทางกฎหมายไปจากกฎหมายลำดับรองคือ คำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift) ซึ่งเป็นการวางระเบียบกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ตราขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบอำนาจมาจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ในตนเอง โดยเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดองค์กรภายในของฝ่ายปกครองเอง จึงไม่มีผลกระทบโดยตรงกับเอกชน ดังนั้น

⁷⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เล่มเดิม, หน้า 3-4.

กฎหมายภายในของฝ่ายปกครองดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง⁷¹

3.3 กฎในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทย ได้แยกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามลำดับชั้นของกฎหมายเป็น 4 ประเภท คือ

- 1) รัฐธรรมนูญ
- 2) พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่มีค่าเท่าพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด
- 3) กฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น
- 4) กฎหมายที่เกิดจากนิติบุคคลที่เป็นองค์กรปกครองตนเองหรือ องค์กรมหาชน หรือ องค์กรอื่น เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

3.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ระบบกฎหมายของประเทศไทยมีข้อความคิดเกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารจะสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับกับเอกชนได้ก็แต่เพียงเท่าที่มีกฎหมายของ

รัฐสภากำหนดให้สามารถกระทำได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ กำหนดเอาไว้ เช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับกับเอกชนได้ โดยสามารถแยกกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารออกเป็น 2 ประเภท คือ

- 1) กฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีค่าบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติ ได้แก่ อำนาจในการตราพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 218 และมาตรา 220 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

- 2) กฎหมายที่มีค่าต่ำกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่ กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) หรือกฎ(Regulation) ในระบบกฎหมายไทยได้ให้การยอมรับว่ามีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารสามารถที่จะตรากฎหมายลำดับรองหรือกฎออกมาใช้บังคับกับเอกชนได้ เช่นเดียวกับนานาประเทศ โดยกฎหมายลำดับรองดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือรัฐธรรมนูญ ให้อำนาจในการออกกฎ ซึ่งก่อนหน้าที่จะจะมีการ

⁷¹ นรินทร์ อธิสาร, เล่มเดิม, หน้า 31.

ประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นักกฎหมายไทยเรียกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้มีการให้นิยามศัพท์คำว่า “กฎ” ขึ้น และเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้นิยามความหมายของกฎไว้อย่างเดียวกัน

3.3.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรองของไทย⁷²

ในระบบกฎหมายของประเทศไทย การเรียกชื่อกฎหมายลำดับรองจะพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมายลำดับรอง นั้น ได้แก่ พระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี หัวหน้าส่วนราชการ ระดับกรมหรือเทียบเท่า คณะกรรมการต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และองค์กรการปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น ส่วนเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหาหรือระดับความสำคัญของเรื่องที่จะต้องมอบหมายให้องค์กรฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองประเภทใดนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ จึงมักจะอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเปรียบเทียบกับแนวการบัญญัติกฎหมายที่เคยปฏิบัติกันมา อย่างไรก็ตามการพัฒนาในเรื่องนี้ยังไม่เป็นที่ยุติทุกเรื่อง ซึ่งอาจศึกษาจากประเภทต่างๆ ของกฎหมายลำดับรอง โดยคัดเอาตัวอย่างแต่ละประเภทจากพระราชบัญญัติต่างๆ ดังนี้

1) ประกาศพระบรมราชโองการ ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช ประกาศพระบรมราชโองการมีผลบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ แต่ปัจจุบันนี้ ประกาศพระบรมราชโองการที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่ง ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารทรงตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี จะต้องมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้น ซึ่งแทบไม่ค่อยปรากฏในพระราชบัญญัติต่างๆ ได้แก่ พระบรมราชโองการให้ใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึกตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2475 ซึ่งยังไม่มีผลบังคับจนปัจจุบันนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ด้วย แต่พระบรมราชโองการในกิจการอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ เช่น พระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานองคมนตรี องคมนตรีหรือให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่ง หรือ พระบรมราชโองการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นต้น ไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง

2) พระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ เนื้อหาในการตราพระราชกฤษฎีกาได้แก่ เรื่องกำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้ประมวลกฎหมาย เงินประจำตำแหน่งการปรับปรุง

⁷² กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์. (2544). กฎหมายปกครอง. หน้า 118-140.

เงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง การปรับปรุงลดภาษีประจำปีรถยนต์ การกำหนดเขตเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ กำหนดสถานที่กิจการหรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะใช้บังคับ การเกณฑ์แรงงานในกรณีจำเป็นโดยจ่ายค่าตอบแทน การกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิต่างๆของเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ริมทางหลวง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับรายได้และการยกเว้นไม่ต้องชำระภาษีของสภาพัฒน และองค์การบริหารราชการส่วนตำบล การขยายหรือเพิกถอนเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า กำหนดระยะเวลาการขึ้นใบสมัครของผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น แต่พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นในกิจการอื่นที่ไม่มีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร และพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้มีเนื้อหาเป็นคำสั่ง แต่แบบพิธีในการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา จึงไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง

3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ในช่วงระยะเวลาที่มีการรัฐประหาร อำนาจในการตรากฎหมายเป็นของคณะรัฐประหารที่เรียกคณะของตนว่าเป็นคณะปฏิวัติ คณะปฏิรูป หรือคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ แตกต่างกันไป คณะรัฐประหารดังกล่าวไม่อาจตรากฎหมายในรูปแบบอื่นได้ นอกจากออกเป็นประกาศ ซึ่งจะมีค่าบังคับแตกต่างกันไปตามเนื้อหาของประกาศนั้นๆ ประกาศของคณะปฏิวัติบางฉบับมีค่าเทียบเท่าพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติ มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 107 ลงวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2515 ข้อ 2 กำหนดค่าให้ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับนี้มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง พุทธศักราช 2482 และประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 108 ลงวันที่ 26 มีนาคม พ.ศ. 2515 ข้อ 2 กำหนดค่าให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 7 และมาตรา 23 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2495

4) กฎกระทรวงและกฎที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งจัดอยู่ในประเภทเดียวกับกฎกระทรวง กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งตราขึ้นโดยนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติแทบทุกฉบับจะมอบหมายให้รัฐมนตรีผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น เป็นผู้รักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ในกรณีที่รัฐมนตรีผู้ได้รับมอบหมายให้ตรากฎหมายลำดับรองประเภทนี้มีใช้รัฐมนตรีซึ่งว่าการส่วนราชการที่เป็นกระทรวง แต่เป็นส่วนราชการที่มีฐานะเทียบเท่ากระทรวง ได้แก่ ทบวง สำนักนายกรัฐมนตรี กฎหมายลำดับรองประเภทนี้จะเรียกชื่อตามส่วนราชการว่า กฎทบวง กฎสำนัก

นายกรัฐมนตรี แต่ในการตราพระราชบัญญัติ ปัจจุบันนี้จะใช้คำว่า “กฎกระทรวง” แทนการใช้คำว่ากฎสำนักนายกรัฐมนตรี

กระบวนการตรากฎกระทรวง ในทางปฏิบัตินั้นได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2531 กำหนดให้ร่างกฎกระทรวงเสนอต่อคณะรัฐมนตรีด้วย ดังนั้น ก่อนที่รัฐมนตรีจะลงนามประกาศใช้กฎกระทรวงใด จะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นชอบกับร่างกฎกระทรวงนั้นแล้ว จะส่งให้รัฐมนตรีผู้มีอำนาจตรากฎกระทรวงลงนามและประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่จะอ้างในกฎกระทรวงว่าโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่รัฐมนตรีตรากฎกระทรวงโดยไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ มิได้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน ทางกฎหมายแล้วกฎกระทรวงดังกล่าวไม่น่าจะเสียไป อย่างไรก็ตาม ถ้าพระราชบัญญัติใดบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎกระทรวงว่ารัฐมนตรีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการผู้มีความเชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินั้นๆ เช่น กฎกระทรวงกำหนดว่าสัตว์ป่าชนิดใดเป็นสัตว์ป่าคุ้มครอง หรือกฎกระทรวงกำหนดชนิดสัตว์ป่าคุ้มครองให้เป็นสัตว์ป่าชนิดเพาะพันธุ์ได้ จะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าแห่งชาติ หรือถ้าพระราชบัญญัติใดบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการผู้มีความเชี่ยวชาญตามพระราชบัญญัตินั้นๆ เช่น กฎกระทรวงกำหนดพื้นที่ต้นน้ำลำธาร หรือระบบนิเวศน์ตามธรรมชาติเป็นเขตพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อมจะต้องตราขึ้นโดยคำแนะนำของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เป็นต้น กระบวนการตรากฎกระทรวงดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติโดยเคร่งครัด มิฉะนั้นกฎกระทรวงจะเสียไป ถึงแม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะให้ความเห็นชอบก็ตาม

ส่วนเนื้อหาของกฎกระทรวงนั้น ได้แก่ การเรียกเก็บ หรือยกเว้น ค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่พระราชบัญญัติกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมขั้นสูงไว้ท้ายพระราชบัญญัติ การกำหนดแบบหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการออกใบอนุญาต ต่อใบอนุญาต การออกใบแทนใบอนุญาต การโอนใบอนุญาต การออกใบรับรอง การขอแก้ไขทะเบียนต่างๆ ใบอนุญาตดังกล่าวคือนิติกรรมทางปกครองตามแต่ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ การกำหนดเรื่องเกี่ยวกับบัตรประจำตัวของพนักงานหรือเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเรื่องการจ่ายค่าเบี้ยเลี้ยงและค่าพาหนะให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำงานนอกเวลาราชการหรือนอกสถานที่ทำงานโดยปกติ หรือการกำหนดรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

5) กฎที่ตราโดยคณะกรรมการต่างๆที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่เรียกว่า กฎ ก.พ. ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538 กฎ ก.พ. จะมีขอบเขตการใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือนไม่ได้ใช้บังคับกับประชาชนทั่วไป แต่ข้าราชการประเภทอื่นอาจมีบทบัญญัติให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนไปใช้บังคับ หรือให้ออกกฎหมายลำดับรองเป็นกฎ ก.พ. เช่น มาตรา 47 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า ตำแหน่งข้าราชการตุลาการตำแหน่งใดเป็นตำแหน่งผู้บังคับบัญชาข้าราชการตุลาการ โดยเทียบกับตำแหน่งข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งใด ให้กำหนดโดย กฎ ก.พ. นอกจากนี้ ยังมีคณะกรรมการครู (ก.ค.) มีอำนาจออกกฎ ก.ค. ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครู พ.ศ. 2523 คณะกรรมการข้าราชการฝ่ายรัฐสภา (ก.ร.) มีอำนาจในการออกกฎ ก.ร. ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม 2535 คณะกรรมการข้าราชการส่วนจังหวัด (ก.จ.) มีอำนาจออกกฎ ก.จ. ตามมาตรา 30 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 มหาเถรสมาคมมีอำนาจหน้าที่ในการปกครองคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 แต่คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ไม่มีบทบัญญัติให้ออกกฎ ก.ต.ได้ ก.ต. มีอำนาจเสนอการออกข้อบังคับว่าด้วยระเบียบการประชุมและการลงมติตามมาตรา 39 กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราส่วนการบรรจุและแต่งตั้งผู้สอบคัดเลือกตามมาตรา 17 (สนามเล็ก) และผู้สอบคัดเลือกตามมาตรา 27 (สนามใหญ่) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521

กระบวนการในการออกกฎ ก.พ. จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงจะใช้บังคับได้⁷³ แตกต่างจากกรณีกฎกระทรวง กฎทบวง ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดบังคับไว้แต่เป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี

เนื้อหาในการออกกฎ ก.พ. กฎ ก.ค. กฎ ก.จ. หรือกฎหมายมหาเถรสมาคม อาจเทียบเคียงกับเนื้อหาในการตรากฎกระทรวง ยกตัวอย่างกรณีกฎ ก.พ. ได้แก่ หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯแต่งตั้งให้เป็นกรรมการ ก.พ.

6) ประกาศกระทรวง และประกาศที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งจัดอยู่ประเภทเดียวกับประกาศกระทรวง ได้แก่ ประกาศทบวง ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวง หรือนายกรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติในลักษณะทำนองเดียวกับการตรากฎกระทรวง แต่มีคำบังคับที่ต่ำกว่ากระบวนการออกประกาศกระทรวง ประกาศทบวง และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ไม่ต้อง

⁷³ มาตรา 8(5) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538

ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แต่จะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงจะใช้บังคับได้ เช่นเดียวกับประกาศกระทรวง ในปัจจุบันนี้มีลักษณะเป็นคำสั่ง หรือการแจ้งเรื่องราวของทางราชการให้ประชาชนรับทราบ เนื้อหาของประกาศกระทรวงหรือประกาศทบวงมีรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎกระทรวงหรือกฎทบวง ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้าที่ต้องห้ามมิให้รับจดทะเบียนเพิ่มเติม นอกเหนือจากที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8(1)-(11)

อย่างไรก็ตามเนื้อหาของประกาศกระทรวงบางฉบับมีความสำคัญมากเพราะเป็นหลักการสำคัญในระดับพระราชบัญญัติ แต่ด้วยเหตุผลในช่วงเวลาของการออกกฎหมายเมื่อบทนั้นมีได้อยู่ในสมัยที่รัฐสภาที่จะพิจารณาผ่านกฎหมายให้ถูกต้องตามกระบวนการได้ เช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 ขณะนี้ทางกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมและคณะกรรมการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ได้ยกร่างเรื่องการคุ้มครองแรงงานเป็นร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานให้สมบูรณ์แล้ว จึงเชื่อว่าประกาศกระทรวงที่มีเนื้อหาสำคัญระดับพระราชบัญญัติจะหมดไปในอนาคตอันใกล้

7) ประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการต่างๆที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย เช่น ประกาศของคณะกรรมการกลางกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาดเรื่องสินค้าควบคุมกำหนดมาตรการป้องกันการกักตุนสินค้าตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ประกาศของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นต้น ประกาศเหล่านี้มีลักษณะเป็นกฎ (Norm) ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงเป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเทียบเท่าประกาศกระทรวงโดยปกติทั่วไป

8) ระเบียบ เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยเรียกชื่อตามองค์กรที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ออกระเบียบนั้น ส่วนราชการที่มีอำนาจออกระเบียบอาจเป็นส่วนราชการระดับกระทรวง ทบวง กรม มหาวิทยาลัย หรือคณะกรรมการ จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว พระราชบัญญัติจะไม่กำหนดให้นำระเบียบต่างๆดังกล่าวไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ระเบียบจะมีผลบังคับเมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบนั้นลงนาม ในร่างระเบียบต่างๆเนื้อหาในการออกระเบียบจะเป็นรายละเอียดที่แต่ละหน่วยงานจะกำหนดให้เหมาะสมกับการปฏิบัติงานของตน และสะดวกในการปรับปรุงแก้ไข ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 กำหนดให้อธิบดีกรมป่าไม้หรือกรมประมงแล้วแต่กรณี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่าแห่งชาติออกระเบียบให้สัตว์ป่าหรือซากสัตว์ป่าที่ถูกล่าโดยผู้ล่าไม่ต้องรับโทษนั้น ตกเป็นของแผ่นดิน

9) **ข้อบังคับ ข้อกำหนด** เป็นกฎหมายลำดับรองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติออกกฎที่มีลักษณะรายละเอียดในทางปฏิบัติมาก เช่น ข้อบังคับเรื่องงบประมาณรายจ่ายประจำปีและงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม ของสภาตำบลและขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 มาตรา 35 และมาตรา 87 เป็นต้น

10) **กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น** โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติต่างๆ กฎหมายลำดับรองประเภทนี้ต้องมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามองค์การปกครองท้องถิ่นที่ออกกฎนั้น และมีใช้ข้อบังคับเฉพาะท้องถิ่นขององค์การปกครองตนเองเพื่อออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่ของตนเองได้แก่

ก. ข้อบัญญัติจังหวัด ออกโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการจังหวัด พ.ศ.2498

ข. เทศบัญญัติ ออกโดยเทศบาล ซึ่งมีฐานะต่างๆ ได้แก่ เทศบาลตำบล เทศบาลเมือง และเทศบาลนคร อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496

ค. ข้อบังคับสุขาภิบาล ออกโดยสุขาภิบาล อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ.2495

ง. ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ตราขึ้นโดยความเห็นชอบของสภากรุงเทพมหานคร เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร หรือเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครโดยเฉพาะเจาะจง หรือการดำเนินการพาณิชย์ของกรุงเทพมหานคร หรือการคลัง การงบประมาณ การเงิน การทรัพย์สิน การจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สิน การจ้างและการพัสดุอาจจะกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

จ. ข้อบัญญัติเมืองพัทยา ตราขึ้นโดยปลัดเมืองพัทยาเป็นผู้เสนอร่างข้อบัญญัติโดยสภาเมืองพัทยาพิจารณาเห็นชอบกับความคิดเห็นของสมาชิก หรือปลัดเมืองพัทยา และผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรีเห็นชอบ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของเมืองพัทยาหรือเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้เมืองพัทยาตราข้อบัญญัติได้ หรือการให้บริการโดยมีค่าตอบแทนหรือการพาณิชย์ และอาจกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษจำคุกเกินหกเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตามมาตรา 73-76 แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2521

ฉ. ข้อบังคับตำบล ออกโดยองค์การบริหารส่วนตำบล เพื่อเก็บภาษีอากร และค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้น ไม่เกินร้อยละสิบของภาษีอากรธุรกิจตามประมวลรัษฎากร และค่าธรรมเนียมใบอนุญาตขายสุรา และใบอนุญาตในการเล่นการพนัน ภาษีมูลค่าเพิ่มตามอัตราที่กำหนดไว้ใน

มาตรา 76 และมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

อนึ่ง พระราชบัญญัติเฉพาะเรื่องบางฉบับที่มีเจตนารมณ์ให้บังคับใช้กฎหมาย สอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพท้องถิ่นอาจบัญญัติให้อำนาจแก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ออกข้อบัญญัติได้ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 มาตรา 9 ให้ราชการส่วนท้องถิ่นออกข้อบัญญัติเรื่องต่างๆ ในมาตรา 8 ได้ ถ้ายังไม่มีกฎกระทรวง ในเรื่องนั้น พระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 ให้ราชการท้องถิ่นออกข้อบัญญัติกำหนด กิจการค้าใดเป็นกิจการซึ่งเป็นที่รังเกียจได้เช่นกัน

3.3.3 หลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจ มาจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ในระบบกฎหมายไทยจึงมีหลักการที่ถือปฏิบัติในการตรากฎหมายลำดับรองอยู่ 3 ประการ คือ⁷⁴

(1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีคำบังคับเสมอพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายลำดับรองที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ เช่น มีสงครามหรือเกิดภาวะวิกฤตโดยอาจมีการตรากฎหมายลำดับรองที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บทมอบหมายให้อำนาจการตรากฎหมายลำดับรองเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหารโดยชัดแจ้ง และโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(3) กฎหมายลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงหนึ่ง (Sub-delegate) ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับ เพื่อการปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมาย delegates non potest delegare ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนที่นำมาใช้กับกฎหมายมหาชนด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปกติเช่นเดียวกับในข้อ (2) ดังกล่าวข้างต้น เช่น กรณีของกฎกระทรวงคมนาคมที่ออกตามความในพระราชกฤษฎีกาควบคุมยานพาหนะสาธารณะทางบกในภาวะคับขัน

⁷⁴อมร จันทสมบุรณ์. (2538). กฎหมายปกครอง. หน้า 129.

พ.ศ. 2485 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติ ซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

3.3.4 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

กฎในระบบกฎหมายไทยเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นผลผลิต (product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง ดังนั้น กฎจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative Action) จะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวได้ดังนี้⁷⁵

1) โดยหลักแล้วฝ่ายปกครองจะสามารถกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้นั้น จะต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

2) การกระทำทางปกครองที่กระทำขึ้นโดยฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการและหมายความรวมถึงการกระทำทางปกครองดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองยังต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎที่ตนเองออกมาใช้บังคับด้วย

ในระบบกฎหมายไทยไม่ได้ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎได้เองโดยไม่จำเป็นต้องได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในทางตรงกันข้าม การที่องค์กรและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันมีผลเป็นการกระทบสิทธิหน้าที่ของประชาชน จะต้องมีความหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจเอาไว้ จึงจะสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 ที่บัญญัติว่า

“การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

⁷⁵วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2544). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง. หน้า 15-34.

บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม”

คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 29 ดังกล่าว หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลบังคับในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น การที่รัฐจะกระทำการใดอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น จะสามารถกระทำได้อต่อเมื่อมีการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจในการกระทำการดังกล่าวเท่านั้น ไม่สามารถกระทำการได้โดยผลการในการที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ และแม้ว่าจะมีความจำเป็นเร่งด่วนเพียงใด รัฐธรรมนูญก็กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นเฉพาะในเรื่องของการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้น หากฝ่ายปกครองจะออกระเบียบหรือข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยไม่มีฐานทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกระเบียบหรือข้อบังคับดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำได้นอกจากนี้ บทบัญญัติในวรรคสามของมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังกล่าว ก็ได้บัญญัติให้นำหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามวรรคหนึ่งและวรรคสองไปใช้กับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายด้วย ซึ่งมาตราดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ากฎหรือข้อบังคับดังกล่าวจะต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้น การที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎเพื่อนำมาใช้บังคับกับเอกชน จะต้องมิกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการออกกฎเท่านั้น

ในระบบกฎหมายไทยศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็น (1) ข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน เช่น การฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาต ไม่ออกใบอนุญาต ไม่จดทะเบียนสมรสแก่เอกชน เป็นต้น (2) ข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น ข้อพิพาทระหว่างราชการส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือระหว่างกระทรวงมหาดไทยกับเทศบาล⁷⁶

⁷⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276

คดีปกครองทั้งสองประเภทที่กล่าวมานี้ ต้องมีลักษณะดังนี้

(1) เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือ

(2) เป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงาน ราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือตามที่กฎหมายลูกบัญญัติไว้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะเป็นได้ว่า หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว เป็นเพียงหลักเกณฑ์กว้างๆ ซึ่งจำเป็นต้องกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายลูก เป็นต้นว่า คดีปกครองนั้น ครอบคลุมคดีประเภทใดบ้าง และยกเว้นคดีประเภทใด เพราะโดยหลักศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเท่านั้น ไม่รวมคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐใน คดีอาญา เช่น การสอบสวนของพนักงานสอบสวนหรือการพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการ เป็นต้น⁷⁷ และไม่รวมถึงคดีบางประเภทอาจถือว่าเป็นคดีปกครองแต่อยู่ในอำนาจของศาลอื่นอยู่แล้ว เช่น คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น และหลังจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกาศใช้ ทำให้อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชัดเจนขึ้น นอกจากนี้ แม้ศาลปกครองจะมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่งก็ตาม แต่ถ้าคดีนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับคดีที่ว่านั้น ประกอบกับศาลปกครองยังต้องผูกพันกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 268 อีกด้วย

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ทำให้มีการตรากฎหมายลูกและประกาศใช้คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตาม

⁷⁷อมร รัชกษาศักดิ์ และคณะ. (2541). รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนพร้อมบทวิจารณ์. หน้า 182-183.

รูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ อันเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง การออกกฎการขจรออกไปจากบริเวณที่ห้ามจอด หรือการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างผิดแบบ เป็นต้น

(2) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ซึ่งมีกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ หรือกรณีไม่มีกฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ ก็ต้องพิจารณาจากระยะเวลาตามปกติวิสัยว่าเรื่องดังกล่าวจะต้องใช้เวลาเท่าใด หากพ้นระยะเวลาไปแล้ว ก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) ข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เช่น การเข้าไปรื้อถอนบ้านของประชาชนโดยมิชอบแล้วก่อให้เกิดความเสียหาย หรือการเรียกเงินค่าทดแทนในการเวนคืนที่ดิน เป็นต้น

(4) ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อย ฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาจ้างก่อสร้างถนน คูคลอง หรือระบบประปา เป็นต้น

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย ปีพุทธศักราช 2456 ที่กำหนดให้กรมเจ้าท่าฟ้องศาลเพื่อบังคับให้ผู้ที่ถูกสร้างสิ่งก่อสร้างล่วงล้ำนำร่องบนสิ่งก่อสร้างดังกล่าว หรือคดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เช่น กรณีที่พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติผังเมือง พ.ศ. 2518 กำหนดให้ผู้ไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัตินี้ฟ้องต่อศาลปกครองได้

(6) คดีเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ทั้งนี้ ไม่ได้หมายความว่า คดีปกครองทุกประเภทจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ให้คดีปกครองดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

1. การดำเนินคดีเกี่ยวกับวินัยทหาร เพราะเป็นเรื่องของการปกครองบังคับบัญชาของฝ่ายทหาร ซึ่งต้องการความรวดเร็วและเด็ดขาด และมีกฎหมาย กฎ และข้อบังคับกำหนดหลักการในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะแล้ว

2. การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ (ก.ต.) ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว การดำเนินการของ ก.ต. ไม่ใช่การพิจารณาพิพากษาคดี แต่เป็นการบริหารงานบุคคล ซึ่งในทางทฤษฎี ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้เพราะเหตุผลเพื่อความจำเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา

3. คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลายกลาง หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น โดยต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายที่จัดตั้งศาลชำนาญพิเศษนั้นว่า กฎหมายให้อำนาจศาลชำนาญพิเศษดังกล่าวไว้ในเรื่องใดบ้าง ในกรณีนี้ จึงเป็นกรณีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดจำกัดเขตอำนาจศาลปกครองไว้ แม้คดีพิพาทดังกล่าวจะเป็นคดีปกครอง แต่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจของศาลชำนาญพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด

ในระบบกฎหมายไทยได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น 2 ลำดับชั้นคือศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองสูงสุด

อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองสูงสุด

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นไว้ โดยศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองชั้นต้น

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และในกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นความเห็นขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจศาล ให้ศาลปกครองที่รับคำฟ้องไว้หลังสุดเสนอความเห็นต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อมีคำสั่งในเรื่องเขตอำนาจศาล

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองของไทยไว้ในมาตรา 3 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2535 มาตรา 5 ได้ให้นิยามไว้เหมือนกัน คือ “กฎ หมาย ความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ กระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ดังนั้น “กฎ” ในกฎหมายดังกล่าวนี้จึงหมายถึงหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาลงมา

ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของ “กฎ” นั้น ในขั้นตอนการร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามร่างเดิมซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอ นิยามคำว่า “กฎ” ไม่มีถ้อยคำว่า “พระราชกฤษฎีกา” ด้วย แต่ได้มีการเพิ่มคำว่า “พระราชกฤษฎีกา” ในการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎร⁷⁸ โดยที่ประชุมเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และในการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญวุฒิสภา⁷⁹ ได้มีการพิจารณากันอย่างกว้างขวาง ในประเด็นว่ากฎควรหมายถึงความถึงพระราชกฤษฎีกาด้วยหรือไม่ ซึ่งในที่สุดที่ประชุมได้มีมติให้ “กฎ” หมายถึงความถึงพระราชกฤษฎีกาด้วย โดยให้เหตุผลซึ่งพอสรุปได้ 2 ประการ คือ ประการแรก เห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประการที่สอง เห็นว่าในทางกฎหมายปกครองได้มีการพยายามที่จะให้มีศัพท์กลางๆ ที่หมายถึง rule ซึ่งหมายถึงสิ่งที่ออกเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป นอกจากนี้มีประเด็นที่น่าสนใจในการพิจารณาของคณะกรรมการการวิสามัญวุฒิสภาเกี่ยวกับประเด็นที่ว่าให้ “กฎ” หมายถึงความถึงพระราชกฤษฎีกาด้วย กล่าวคือ ที่ประชุมเห็นว่าในปัจจุบันการออกพระราชกฤษฎีกาอาจกล่าวได้ว่ามีที่มาจากกฎหมาย 2 ประเภท คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราช

⁷⁸ รายงานการประชุมกรรมการการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2. วันที่ 30 กรกฎาคม 2541.

⁷⁹ รายงานการประชุมกรรมการการวิสามัญวุฒิสภา ครั้งที่ 2. วันที่ 17 มีนาคม 2542.

บัญญัติต่างๆ โดยที่ประชุมได้มีความเห็นแตกต่างกันในกรณีพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า ควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งมีความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่ควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ

1) กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าพระราชกฤษฎีกาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกฤษฎีกามีบทบัญญัติเกินไปจากขอบเขตที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ นั้น มาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัยประกอบกับถ้อยคำในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...” ซึ่งเห็นว่าถ้อยคำดังกล่าวหมายถึงพระราชกฤษฎีกาด้วย

2) มาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า กฎขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดรัฐธรรมนูญให้เสนอเรื่องต่อศาลปกครอง

3) กรณีไม่จำเป็นต้องให้นิยามคำว่า “กฎ” ไว้ให้เหมือนกับคำนิยามของ “กฎ” ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพราะในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเรื่องของการทำงานของเจ้าหน้าที่ แต่นิยามของ “กฎ” ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นเรื่องการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยมีเหตุผลซึ่งพอสรุปได้ 2 ประการ คือ

1) การนำเรื่องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นสามารถกระทำได้เพียง 1 วิธีการเท่านั้นคือ วิธีการที่หนึ่ง กรณีสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย วิธีการที่สอง กรณีองค์กรในรัฐธรรมนูญเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ และวิธีการที่สาม การเสนอโดยผ่านศาลต่างๆ ดังนั้น กรณีพระราชกฤษฎีกาขัดต่อรัฐธรรมนูญจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยตรงไม่ได้ ต้องเสนอโดยผ่านศาลใดศาลหนึ่งมาก่อน ซึ่งกรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาควรจะหมายถึงศาลปกครอง

2) คำว่า “กฎ” หมายความว่าพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาที่อาศัย

อำนาจตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

จากคำนิยามของ “กฎ” ข้างต้น จะเห็นได้ว่า “กฎ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความเป็นข้อๆในเอกสารที่เรียกว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ

บทที่ 4

บทวิเคราะห์อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบประเภท ของพระราชกฤษฎีกา

4.1 ลักษณะของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของ “กฎ” นั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา กฎ กฏกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนั้น การที่คณะกรรมการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎร ได้มีมติให้ “กฎ” หมายความว่าพระราชกฤษฎีกาด้วย โดยให้เหตุผลซึ่งพอสรุปได้ 2 ประการ คือ ประการแรก เห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประการที่สอง เห็นว่าในทางกฎหมายปกครองได้มีการพยายามที่จะให้มีศัพท์กลางๆ ที่หมายถึง rule ซึ่งหมายถึงสิ่งที่ออกเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป

เมื่อได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายก็จะเห็นได้ว่า พระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในความหมายของกฎที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของพระราชกฤษฎีกาได้จะต้องเป็นพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะของกฎตามหลักทั่วไป กล่าวคือ เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ซึ่งจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้ และจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของกฎในระบบกฎหมายทั่วไปจะพบว่ากฎ มีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่น ซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น เช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ไม่ถือว่าเป็นกฎ

ประการที่สอง กฎจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

ประการที่สาม กฎจะต้องเกิดจากการแสดงเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่สี่ กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

แต่เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ในการตราพระราชกฤษฎีกาของไทยจะพบว่า ยังมีการใช้พระราชกฤษฎีกาในรูปแบบอื่นๆ กล่าวคือ เดิมพระราชกฤษฎีกาเป็นเพียงคำสั่งของพระมหากษัตริย์ในกิจการที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย เนื่องจากสมัยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คืออำนาจอธิปไตยมิได้เป็นของประชาชน แต่เป็นของกษัตริย์ ดังนั้น กษัตริย์จึงมีอำนาจออกคำสั่งได้ ทั้งคำสั่งที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่องหรือมีผลเฉพาะในขณะออกคำสั่ง และคำสั่งของพระมหากษัตริย์มีทั้งอยู่ในลักษณะที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือเป็นกฎหมายได้ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่ ซึ่งประกาศเมื่อ พ.ศ. 2468 กรณีนี้มีค่าเป็นพระราชบัญญัติ

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบการปกครองประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 อำนาจในการตรากฎหมายจึงได้เปลี่ยนมาเป็นของสภาผู้แทนราษฎร ร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพระมหากษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้วให้มีผลใช้บังคับได้ ส่วนกฎหมายต่างๆ ที่ตราในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็ให้มีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญการปกครอง แต่ก็ยังต้องการที่จะสงวนอำนาจของกษัตริย์ในการตรากฎหมายไว้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 บทบัญญัติมาตรา 56 ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาจึงเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น ความรับผิดชอบในเนื้อหาของกฎหมายจะอยู่ที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้เสนอให้มีพระราชกฤษฎีกาเช่นนั้น จึงปรากฏการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นพระราชอำนาจในทางบริหารของพระมหากษัตริย์ในทางรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี พระราชกฤษฎีกาจึงเป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และกรณีเช่นนี้นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคนไม่มีอำนาจจะถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาเป็นรายบุคคลได้

นอกจากนี้ การตราพระราชกฤษฎีกาของพระมหากษัตริย์ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระราชโองการ ซึ่งตามทางปฏิบัติของการลงนามรับสนองพระราชโองการ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองแต่เพียงผู้เดียวทุกกรณี เว้นแต่กรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติราชการได้ รัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายให้ทำการแทนหรือ รองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ ก็ยังมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2550 ในปัจจุบัน

ดังนั้น จึงจะเห็นได้ว่า ภายหลังจากมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว รัฐธรรมนูญได้รองรับอำนาจกษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาในฐานะกฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดี นอกจากพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้กิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญกำหนด กิจการที่สำคัญๆ ซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการเรียกประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาขยายเวลาประชุม พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 163 “พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและปิดประชุม...” มาตรา 164 “ภายใต้บังคับ มาตรา 163 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา” มาตรา 116 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร... การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา...” ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ใน มาตรา 107 มาตรา 108 และมาตรา 128 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้จึงไม่อาจจัดเป็นกฎหมายลำดับรองได้ แต่เป็นเพียงคำสั่งของประมุขของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม แบบพิธีในการตราพระราชกฤษฎีกาเป็นแบบพิธีเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ เว้นแต่การลงนามรับสนองพระราชโองการในการเรียกประชุมเปิดและปิดประชุมรัฐสภา ประธานรัฐสภาเป็นผู้รับสนอง

กรณีดังกล่าวนี้ เพราะระบบกฎหมายไทย ยังให้ความสำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ดังนั้น กิจการสำคัญๆจึงต้องการให้กษัตริย์เป็นผู้มีคำสั่ง โดยอาศัยลักษณะการตราแบบพระราชกฤษฎีกา แม้คำสั่งดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองเลยก็ตาม

รูปแบบของการตราพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองนี้ จะสามารถเทียบได้กับลักษณะการตรากฎกระทรวง เนื่องจากการลักษณะการออกกฎกระทรวงนั้น นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติจะมอบหมายให้รัฐมนตรีผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น เป็นผู้รักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการ

ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ เช่น การเรียกเก็บ หรือยกเว้น ค่าธรรมเนียมต่างๆที่พระราชบัญญัติ กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมชั้นสูงไว้ท้ายพระราชบัญญัติ การกำหนดแบบ หลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขในการออกใบอนุญาต ต่อใบอนุญาต การออกใบแทนใบอนุญาต การโอนใบอนุญาต การ ออกใบรับรอง การขอแก้ไขทะเบียนต่างๆ การกำหนดเรื่องเกี่ยวกับบัตรประจำตัวของพนักงาน หรือเจ้าหน้าที่หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขเรื่องการจ่ายค่าเบี้ยเลี้ยง และค่าพาหนะให้แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่ทำงานนอกเวลาราชการหรือนอกสถานที่ทำงานโดยปกติ

ดังนั้น ลักษณะเนื้อหาในการตรากฎกระทรวงและพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในการ ตรวจสอบของศาลปกครอง จึงมีลักษณะคือ

ประการที่หนึ่ง เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง กฎหมายลำดับ รองจะต้องมีแห่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายลำดับรองจะมีแห่งที่มาจาก กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

ประการที่สอง เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการ ให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักการ กว้างๆแล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ ซึ่ง บทบัญญัติในพระราชบัญญัติ บางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย อันเป็น กลไกที่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ประการที่สาม กฎเกณฑ์ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองจะต้องมีค่าต่ำกว่า พระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นจะไม่มีผลใช้ บังคับ

ประการที่สี่ เนื้อหาในกฎกระทรวงจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บท ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับ รองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระสำคัญของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรา กฎหมายลำดับรอง แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ในการบัญญัติคำว่า “พระราชกฤษฎีกา” ที่อยู่ใน ความหมายของกฎนั้น จึงเป็นลักษณะของพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งมี ลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่อาศัยการมอบอำนาจจาก พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง โดยกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็น แก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทเพื่อให้สามารถบังคับ ใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทมิได้

ตัวอย่างของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง เช่น พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการกำหนดสถานที่ กิจการ หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะบังคับใช้หรือพระราชกฤษฎีกาขยายขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย กำหนดสถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะยกเว้นไม่บังคับใช้ กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดบริหารราชการแผ่นดิน กำหนดรายละเอียดของพระราชกฤษฎีกาหรือรายละเอียดที่เป็นปัญหาทางเทคนิคหรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่พระราชบัญญัติมุ่งประสงค์ หรือกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ สิทธิ และประโยชน์ของหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับเงิน เป็นต้น ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ กล่าวคือจะควบคุมได้แต่เพียงว่าพระราชกฤษฎีกานั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมายแม่บทหรือไม่ แต่ไม่อาจเข้าไปควบคุมดุลพินิจในการดำเนินงานของฝ่ายบริหารได้ เพราะฉะนั้น ก็จะเท่ากับศาลปกครองเป็นผู้ไปออกกฎนั้นเสียเอง ซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

4.2 รูปแบบของพระราชกฤษฎีกาที่ไม่อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครอง

จากการพิจารณาแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวกับคดีฟ้องเพิกถอนพระราชกฤษฎีกา หรือกฎ มีประเด็นปัญหาเรื่องความหมายของคำว่า “กฎ” ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองนั้น มีความหมายอย่างไร เพราะแม้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้โดยให้ความหมายอย่างเดียวกันว่า “หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แต่เจตนารมณ์ในการตรากฎหมายทั้ง 2 ฉบับแตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาในนิยามความหมายของกฎใน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มิได้ให้ความสำคัญกับเรื่องกฎ แต่ให้ความสำคัญกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น เมื่อมีการนิยามว่า คำสั่งทางปกครองไม่รวมถึงกฎ และกฎหมายความรวมถึงพระราชกฤษฎีกาจึงถูกต้องแล้ว แต่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่อาจนิยามความหมายคำว่า กฎ เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ เพราะจะทำให้ศาลปกครองไปตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาอีกหลายเรื่องซึ่งไม่ควรที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง ในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทำให้มีปัญหาต่อการตีความคำว่า “กฎ” ในระบบกฎหมายไทยได้

**กรณีที่หนึ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2543 เรื่อง ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ
คณะรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม รัฐสภาสมัยประชุมสามัญ
นิติบัญญัติ**

คณะรัฐมนตรีเสนอคำร้องลงวันที่ 20 มิถุนายน 2543 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณา
วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 กรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ในการออก
พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ อันมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย
เบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 หรือไม่
ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหา
เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ องค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอ
เรื่องพร้อมความเห็นต่อ ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย” กรณีดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้
พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มี และให้
มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หมวด 7 คณะรัฐมนตรี
สำหรับการเรียกประชุมรัฐสภา รัฐธรรมนูญ มาตรา 164 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับ มาตรา 163 การ
เรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดย พระราชกฤษฎีกา”
การตราพระราชกฤษฎีกาเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่จะทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อ
พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งคณะรัฐมนตรีกำลังดำเนินการให้มีการตรา พระราช
กฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ ในวันที่ 24 มิถุนายน 2543 ตามมติของ
สภาผู้แทนราษฎรที่กำหนดวันเริ่มสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 159 วรรค
สาม แต่ปรากฏว่า การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาชุดใหม่แทนชุดเดิมซึ่งครบวาระ เมื่อวันที่ 21 มีนาคม
2543 ยังไม่สามารถจัดให้มีสมาชิกวุฒิสภาครบจำนวนสองร้อยคน ไม่อาจ ประชุมวุฒิสภาได้
คณะรัฐมนตรีจะดำเนินการให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา ดังกล่าวได้หรือไม่
จึงเห็นว่า เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ
คณะรัฐมนตรีในการดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณา
วินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่า
พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรอยู่ในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ โดยให้
เหตุผลว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาล
รัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยได้ ซึ่งผู้เขียนยังมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญใน
ประเด็นนี้ อาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการ
เรียกประชุมสภา นั้น เป็นการดำเนินการในทางสภา ซึ่งมีลักษณะการถ่วงดุลและตรวจสอบกัน

โดยวิธีการทางสภาอยู่แล้ว ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แม้โดยลักษณะการตราออกมีการออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ก็เนื่องจากเป็นกิจการสำคัญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ที่จะมีคำสั่งโดยใช้รูปแบบของพระราชกฤษฎีกาในการออกเพื่อให้มีผลทางกฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงการใช้อำนาจแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ อันเป็นอำนาจหนึ่งในสามอำนาจที่จะต้องถ่วงดุลกัน การที่ศาลรัฐธรรมนูญนำเอาพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาเข้ามาอยู่ในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการเท่ากับว่า ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปควบคุมการกำหนดการประชุมสภา เสียเอง ซึ่งไม่น่าจะสอดคล้องกับหลักการปกครองแบบรัฐสภา

ซึ่ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น มีนายปรีชา เถลิมนิชย์ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์คณะที่ไม่วินิจฉัยในประเด็นทั้งสอง โดยผู้ทำคำวินิจฉัยเห็นว่า ปัญหาที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามนัยมาตรา 266 ดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญชอบที่จะไม่รับคำร้องของคณะรัฐมนตรีไว้ดำเนินการต่อไป

นายปรีชา เถลิมนิชย์ ผู้ทำคำวินิจฉัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในบทบัญญัติว่าด้วย “ศาล” และอ้างว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ 1 ใน 3 อำนาจของอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญทุกฉบับ การที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตุลาการเข้าไปก้าวล่วงแทรกแซงวินิจฉัยการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นทั้งคณะรัฐมนตรีและรัฐสภานั้น มีคำกล่าวของ มองเตสกีเออ ในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย ว่า ทุกสิ่งจะถึงหายนะ หากคนๆ เดียวกัน หรือคณะบุคคลคณะเดียวกัน หรือคณะขุนนาง คณะประชาชนเดียวกัน มีอำนาจทั้งสาม คือ อำนาจออกกฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) อำนาจนำมติของประชาชนไปปฏิบัติ (อำนาจบริหาร) และอำนาจตัดสินอาชญากรรม หรือกรณีพิพาทของบุคคล (อำนาจตุลาการ) จึงวินิจฉัยให้ยกคำร้องของคณะรัฐมนตรี

ต่อมา ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาที่เป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้ง ซึ่งคดีนี้มีการร้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 รวมทั้งยกเลิกเพิกถอนแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรีเรื่องการยุบสภาผู้แทนราษฎร และกำหนดวันเลือกตั้ง และยกเลิกประกาศต่างๆ ของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่กำหนดวันเลือกตั้ง วันรับสมัคร หรือประกาศอื่นใดอันเกี่ยวข้องในการที่จะจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 2 เมษายน 2549 รวมตลอดถึงหยุดกระทำการใดๆ อันจะ

เกี่ยวข้องกับการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 2 เมษายน 2549 ซึ่งศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยว่า

ในข้อหาที่ 1 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น โดยที่มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้นुकคดต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง นอกจากนี้ มาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันกำหนดให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เห็นได้ว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้

สำหรับข้อหาที่ 2 นั้น เห็นได้ว่า แลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษา จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในข้อหาที่ 2 อีก ในส่วนข้อหาที่ 3. เมื่อพิจารณามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้ 1. คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด 2 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี 3 คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด 4. คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เห็นว่า การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องในข้อหาที่ 3 ไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว แม้จะมีข้อสังเกตว่าเป็นการวินิจฉัยประเด็นเดียวกับอำนาจฝ่ายตุลาการกรณีของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 และมีข้อวินิจฉัยที่แตกต่างออกไปจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วินิจฉัยไว้แล้วว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่จากคำวินิจฉัยศาลปกครองดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่า ปัจจุบันแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองจะยึดถือตามลักษณะของกฎ(Norm) ในระบบกฎหมายทั่วไป และแบ่งแยกพระราชกฤษฎีกา ตามลักษณะของกฎ (Norm) ออกจากลักษณะการกระทำทางปกครองประเภทอื่นเช่น การกระทำของรัฐบาล โดยมิได้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาทุกประเภทเป็นพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง ตามลักษณะคำนิยามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 โดยคำนึงถึงลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจฝ่ายบริหารปกติเพื่อออกกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วย

เมื่อพิจารณาถึงประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง ดังกล่าวข้างต้นและ จะเห็นได้ว่า มีข้อที่จะต้องพิจารณาดังนี้

ประการที่หนึ่งปัญหาหลักการแบ่งแยกอำนาจระบบรัฐสภา

ตามประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มี และให้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หมวด 7 คณะรัฐมนตรี กรณีที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในการดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มี และให้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่ที่ศาลจะมีอำนาจวินิจฉัย ก็จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ในทางบริหาร กล่าวคือมีลักษณะเป็นงานประจำหรือที่เรียกว่า Routine หรือ Affaire courante ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็นการกระทำทางปกครอง แต่กรณีตามปัญหาเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุม รัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 มาตรา 164 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 163 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม การปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา” และมาตรา 159 วรรคสาม ก็ได้บัญญัติว่า “ส่วนวันเริ่มสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้กำหนด” อันรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเนื้อหาถึงกระบวนการที่เป็นการดำเนินงานด้านสภา เพียงแต่ใช้รูปแบบการออกใช้รูปแบบของพระราชกฤษฎีกาในการออกคำสั่ง ซึ่งเป็นการกระทำของทางสภาองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำเหล่านี้จึงเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งสัมพันธ์กับทฤษฎีที่มาแห่งอำนาจอันอธิบายได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล นอกจากนี้ หากพิจารณาจากลักษณะของการกระทำมีลักษณะเป็นการเมืองทำในฐานะรัฐบาลก็เป็นการกระทำของรัฐบาล (Political Action) มิใช่ลักษณะเป็นงานประจำหรือที่เรียกว่า Routine หรือ Affaire courante อันจะถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ ทั้งนี้ เพราะลักษณะการกระทำดังกล่าวมีระบบการตรวจสอบโดยเฉพาะอยู่แล้ว คือการดำเนินการในทางสภาซึ่งเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการดำเนินงานของฝ่ายสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติย่อมจะต้องมีอำนาจถ่วงดุลกับอำนาจตุลาการซึ่งต้องเป็นอิสระอีกทางหนึ่ง ซึ่งต้องมีการคานอำนาจกัน ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหนึ่งในองค์กรที่จะต้องถ่วงดุลการใช้อำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบ ก็จะกลายเป็นองค์กรตุลาการมีอำนาจเหนือฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ อันไม่สอดคล้องกับหลักการ

แบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติรัฐ และการที่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาอันเป็นการใช้อำนาจดำเนินงานของสภา หากพิจารณาด้านหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ก็อาจเป็นการที่ฝ่ายตุลาการเข้าไปควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติก็เป็นได้

เมื่อพิจารณาตามที่เคยมีแนวคิดนี้บัญญัติไว้ในกฎหมายพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20(1)ที่กำหนดห้ามมิให้พิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา และที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว ก็จะพบว่า มีการนำแนวคิดในทางกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักกฎหมายที่แยกงานนโยบาย ออกจากงานประจำ โดยนโยบายนั้นไม่อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพราะงานนโยบายเป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องไปรับผิดชอบต่อสภาซึ่งมีกลไกและการควบคุมเป็นพิเศษแตกต่างออกไป ซึ่งพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาดังกล่าวนี้ก็เป็นงานที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อสภาอยู่แล้ว หากศาลเข้าไปควบคุมพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ก็เท่ากับศาลทำหน้าที่ในทางสภาสามารถกำหนดการเรียกประชุมสภา หรือการกระทำในสภาได้เหนือฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่อำนาจตุลาการจะต้องเป็นอิสระแยกออกจากทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยเด็ดขาด

ประการที่สองปัญหาเรื่องลักษณะของกฎ (Norm)

เมื่อพิจารณาลักษณะโดยทั่วไปของกฎ (Norm) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แม้ลักษณะองค์กรที่ออกพระราชกฤษฎีกาจะเป็นฝ่ายบริหาร แต่มิได้มีข้อกำหนดใดอันเป็นการกำหนดถึงสิทธิหน้าที่ของเอกชน ทั้งไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเพราะมีลักษณะคำสั่งของประมุขของรัฐที่ให้มีผลเฉพาะการดำเนินงานในสภาเท่านั้น เมื่อออกคำสั่งไปแล้ว พระราชกฤษฎีกานั้นๆก็หมดหน้าที่ไปตามเจตนารมณ์ที่ออก ไม่มีสภาพเป็นกฎหมายที่จะมีผลบังคับต่อไปได้อีก ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะโดยทั่วไปของกฎแล้วจะพบว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย กล่าวคือ

(1) การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภา หรือเลือกตั้งดังกล่าวเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการออกกฎหมาย มิใช่เป็นการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายปกครอง

(2) การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาเป็นการดำเนินงานอันรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ มิใช่การกระทำของฝ่ายปกครองที่กระทำโดยอาศัยอำนาจกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

(3) การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภานั้นไม่เป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของเอกชน

(4) การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาเป็นการ มุ่งใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใด หรือกลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

(5) การออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภา เป็นการดำเนินงานภายในของฝ่ายสภา (นิติบัญญัติ) มิได้มีกฎเกณฑ์ที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง หรือมุ่งใช้บังคับกับเอกชน ดังนั้น กรณีพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

กรณีที่สอง พระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวงทบวงกรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2540 มาตรา 230

โดยทั่วไปการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือ รวม โอน กระทรวง ทบวง กรม จะต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ แต่ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีเจตนารมณ์ที่จะให้รัฐบาลตั้งกระทรวง ทบวง กรม หรือโอน หรือยุบ กระทรวง ทบวง กรม ได้ง่ายขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาของบ้านเมืองได้ทันทั่วทั้งที่ จึงกำหนดหลักการใหม่ขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา⁸⁰ 230 ให้กรณีข้างต้นสามารถตราเป็นพระราชกฤษฎีกาโดยมีเงื่อนไขต่อไปนี้

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 บัญญัติว่า

“มาตรา 230 การจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรมขึ้นใหม่ โดยมีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ

การรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม กรม ที่มีผลเป็นการตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรมขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ภายในสามปีนับแต่วันที่มีการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ตามวรรคสอง จะกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ในกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือในกระทรวง ทบวง กรม ที่ถูกรวมหรือโอนไปมิได้พระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ให้ระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งหน่วยราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สิน เอาไว้ด้วยการดำเนินการตามวรรคสองกับกระทรวง ทบวง กรม ที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้ว ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นนั้น มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย.

(1) การจัดตั้ง กระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ โดยมีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ให้ตราเป็น “พระราชบัญญัติ”

(2) การรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการ หรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ต้องระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ให้ตราเป็น “พระราชกฤษฎีกา” โดยพระราชกฤษฎีกานี้ จะต้องระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งหน่วยราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้างงบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย

ต่อมาได้มีการตรากฎหมายเพื่อรองรับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 ไว้คือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 ได้บัญญัติให้การรวมหรือโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่ไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบเลิกส่วนราชการดังกล่าว สามารถทำได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น สมควรกำหนดลักษณะของกรณีที่สามารถตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและวิธีการดำเนินการของแต่ละกรณีที่สามารถตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และวิธีการดำเนินการของแต่ละกรณี และรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว รวมทั้งปรับปรุงหลักเกณฑ์การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรีและส่วนราชการระดับกรม ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้⁸¹

กรณีดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่รัฐธรรมนูญกำหนดลักษณะพิเศษให้การยุบรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ในกรณีดังกล่าวให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้เพื่อความสะดวกรวดเร็ว ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องพิจารณาโดยผ่านทางสภาซึ่งมีหลายขั้นตอนและต้องใช้งบประมาณและระยะเวลามาก แต่เมื่อมีการบัญญัติพระราชกฤษฎีการูปแบบพิเศษดังกล่าวนี้ขึ้น มีข้อสังเกตในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายว่าพระราชกฤษฎีกามีลำดับชั้นกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกาจึงไม่อาจตรขึ้นเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติได้ เมื่อการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ตราเป็นพระราชบัญญัติแล้ว จะมีการตราพระราชกฤษฎีกามาแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติไว้ในมาตรา 230

⁸¹ ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 117 ตอน 37 ก วันที่ 28 เมษายน 2543.

วรรคห้าว่า พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นนั้นมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย

ศาสตราจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า⁸² ในกรณีพระราชกฤษฎีกาการรวมหรือการโอนหรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม ไม่ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติ แต่เป็นตัวรัฐธรรมนูญมาตรา 230วรรคห้าเอง ที่ไปยกเลิกพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกามีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ไม่มีทางที่จะไปยกเลิกพระราชบัญญัติได้ ปกติการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรมนั้น ต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ หากมีการรวมหรือโอน หรือยุบกระทรวง ทบวง กรม ย่อมต้องออกกฎหมายในรูปของพระราชบัญญัติมาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม นั้นๆ แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า บอกว่า ถ้าเป็นการโอน หรือการรวมกระทรวงทบวง กรมที่ไม่ได้มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม สามารถออกพระราชกฤษฎีกามาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ ซึ่งคือพระราชบัญญัติจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรมต่างๆได้ รัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า จึงเป็นตัวที่ไปยกเลิกพระราชบัญญัติ

เมื่อพิจารณาลักษณะของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้ มีข้อสังเกตที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้คือ

ประการที่หนึ่ง ในแง่อำนาจศาลที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาอำนาจจะเห็นได้ว่าแหล่งอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวนี้ มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 ให้อำนาจไว้ ไม่ได้มาจากพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกานี้จึงน่าจะเป็นพระราชกฤษฎีกาที่มีความสำคัญเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติหรือเทียบได้กับพระราชกำหนด เพียงแต่ลักษณะเงื่อนไขในการตราแตกต่างจากพระราชกำหนดคือ พระราชกำหนดต้องเป็นกรณีฉุกเฉิน แต่พระราชกฤษฎีการัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 นี้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้เฉพาะว่า ต้องเป็นกรณียุบรวมกระทรวง ทบวง กรม ที่ไม่มีการเพิ่มบุคลากรขึ้นมาใหม่ ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเอาไว้ ให้เลิกพระราชบัญญัติได้ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว ซึ่งถ้ามีการออกผิด ก็ไม่น่าอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง เพราะว่าแหล่งที่มามันออกมาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่มาจากพระราชบัญญัติ

ประการที่สอง ในด้านลำดับชั้นของกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 230 นั้นออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อหาเป็นการไปแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งหน่วยงานต่างๆที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดย

⁸² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2549). รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง (สมัยที่ 59). หน้า 17.

รัฐสภา ซึ่งตามปกติแล้ว การยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติเหล่านี้ โดยหลักก็ต้องอาศัยกฎหมายระดับเดียวกับพระราชบัญญัติหรือ กฎหมายลำดับที่สูงกว่า ซึ่งโดยลักษณะการตราพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทยแล้ว จะใช้เป็นกฎหมายลำดับรองหรือ เป็นคำสั่งประมุขของรัฐ ซึ่งหากพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรอง แล้วก็จะมีความเป็น การกำหนดรายละเอียดตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติหลักการใหม่ขึ้น ในมาตรา 230 ให้ตราพระราชกฤษฎีกายุบรวม กระทรวงทบวง กรมได้ ภายใต้เงื่อนไขดังได้กล่าวมาแล้ว และได้บัญญัติมาตรา 230 วรรคห้าไว้ ด้วยว่า พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นนั้นมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย จึงมีปัญหาวว่า พระราช กฤษฎีกาดังกล่าวนี้อาจถือว่ามีลำดับชั้นกฎหมายเท่ากับพระราชบัญญัติ หรือมีลำดับชั้นของกฎหมาย เท่ากับกฎหมายลำดับรอง

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวงทบวงกรม ดังกล่าวนี้นี้ โดยการตัวของพระราชกฤษฎีกาเองมีลักษณะเป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตาม รัฐธรรมนูญ มิใช่อำนาจจากพระราชบัญญัติดังเช่นพระราชกฤษฎีกาส่วนใหญ่ ซึ่งโดยปกติ หาก ไม่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ โดยลำดับชั้นของกฎหมาย ก็ไม่อาจตราพระราชกฤษฎีกาไป เปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือยกเลิกพระราชบัญญัติได้ การตราพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นผลให้ เป็นการไปยุบรวม กระทรวง ทบวง กรมได้ หากถือว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้เป็นกฎหมาย ลำดับรอง ก็จะขัดต่อลำดับชั้นของกฎหมาย แต่ถ้าถือว่าพระราชกฤษฎีกานี้มีผลทางกฎหมาย เทียบเท่าพระราชบัญญัติจึงไม่อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครอง เพราะเป็นการที่ศาลปกครอง ไปควบคุมการแก้ไขกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ ก็อาจมีปัญหาวว่า จะขัดต่อลักษณะ ของระบบกฎหมายไทยในการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งส่วนใหญ่เป็นกฎหมายลำดับรอง

ประการที่สาม เมื่อพิจารณาในแง่หลักการปกครองแบบรัฐสภา ตามปกติแล้ว การ ยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราเป็นพระราชบัญญัติตามปกติของสภา การควบคุม ตรวจสอบก็จะเป็นการตรวจสอบโดยวิธีทางรัฐสภา ซึ่งเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ถ่วงดุลกันอยู่ โดยฝ่ายตุลาการจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง แต่เมื่อมีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีการยุบรวม กระทรวงทบวงกรมโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้โดยอาศัยเงื่อนไขตาม มาตรา 230 ดังกล่าวนี้นี้ หากศาลปกครองถือว่าเป็นพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แล้วรับไว้ ภายใต้ให้อำนาจตรวจสอบ ก็จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้เข้าไปควบคุมกระบวนการยุบรวม กระทรวงทบวงกรมที่เป็นลักษณะการดำเนินงานของสภา ซึ่งโดยเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ไม่ต้องการให้ต้องเสียเวลาและงบประมาณในการพิจารณากฎหมายในการยุบรวมกระทรวง

ทบวงกรม จึงได้มอบหมายให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้า และทำให้การบริหารราชการแผ่นดินดำเนินไปโดยเร็ว อันมีลักษณะเป็นการดำเนินงานภายในของฝ่ายบริหารด้วย ดังนั้น หากศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบ ก็เท่ากับฝ่ายตุลาการเข้ามาจัดการการบริหารงานภายในของฝ่ายบริหารด้วย

ประการที่สี่ เมื่อพิจารณาในด้านลักษณะของกฎ

เมื่อพิจารณาลักษณะโดยทั่วไปของกฎ (Norm) แล้วแล้วจะพบว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่อยู่ในลักษณะของกฎ เพราะ

- (1) การออกพระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวงทบวงกรมดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจกรณีพิเศษที่ทางนิติบัญญัติของฝ่ายสภาที่มอบให้ฝ่ายบริหารสามารถออกเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลำดับสูงกว่าพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ดังนั้น จึงเป็นการใช้พระราชกฤษฎีกาในลักษณะของกฎหมายหลัก เพราะสามารถแก้ไขกฎหมายได้
- (2) มิใช่การกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย แต่แก้ไขยกเลิกกฎหมายได้
- (3) เป็นการกำหนดเรื่องที่มีความสำคัญมาก อันเป็นอำนาจหลักของสภา

นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 กล่าวถึงพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้าว่า เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ด้วย พระราชกฤษฎีกาตามมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคสอง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถดำเนินการดังกล่าวได้รวดเร็วขึ้น โดยมีมาตรา 230 วรรคห้า บัญญัติว่า ให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นนั้นมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย การที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ จึงเป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญด้วย เท่ากับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการตีความพระราชกฤษฎีกาว่าจะเป็กฎหรือไม่ นั้น ย่อมต้องคำนึงถึงเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาด้วย ดังนั้น พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้จึงไม่อยู่ในภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

จากแนวคิดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 ทำให้ต่อมายังมีลักษณะการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งมีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติอีก โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คือพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง ดังได้กล่าวมาแล้วว่าโดยหลักลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราขึ้นหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงกว่าไม่ได้ กรณีที่กฎหมายที่ออกภายหลังยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ออกมาก่อน จะต้องเป็นกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันหรือสูงกว่า แต่เมื่อประเทศไทยมีแนวนโยบายในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ที่รัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ในประเทศไทยจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติ ดังนั้น หากจะเปลี่ยนแปลงรัฐวิสาหกิจ จำต้องตราพระราชบัญญัติซึ่งมีลำดับชั้นเท่ากันมาแก้ไขเปลี่ยนแปลง ซึ่งการกระทำดังกล่าวจะทำให้ต้องใช้เวลานานและสิ้นเปลืองงบประมาณในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงแต่ละรัฐวิสาหกิจ ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดในการตรากฎหมายกลางขึ้นแปรรูปรัฐวิสาหกิจ กฎหมายกลางที่ว่านี้คือ “พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542” โดยเมื่อจะมีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

จากแนวคิดดังกล่าวได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจเข้าสู่การพิจารณาของสภา เมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำขึ้นทูลเกล้าฯเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 114 คน ที่เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ใช้กระบวนการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรมีการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 ในประเด็นเกี่ยวกับศักดิ์ของกฎหมายไว้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ตราขึ้นเพื่อการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ มีบทบัญญัติในมาตรา 28 ว่า ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า การที่ออกกฎหมายเช่นนี้เท่ากับเอาพระราชกฤษฎีกาไปยกเลิกพระราชบัญญัติ เป็นการตรากฎหมายโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามหลักกฎหมายทั่วไปนั้น การยกเลิกกฎหมายทำได้ด้วยการยกเลิกกฎหมายโดยตรงและการเลิกกฎหมายโดยปริยาย อย่างไรก็ตาม การยกเลิกกฎหมายไม่ว่าจะยกเลิกกฎหมายทั้งฉบับหรือบางส่วน จะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า การที่มาตรา 28 ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจบัญญัติว่า ในกรณีที่มีมติของคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ารัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิก มิได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยกเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเงื่อนไขส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต้องเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นซึ่งเป็นเงื่อนไข พระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไข

เวลาเอาไว้ และเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นก็ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจมาตรา 28 นั่นเอง ไม่ใช่ถูกยกเลิกโดยพระราชกฤษฎีกา

จากผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 ทำให้เป็นผลให้ศาลปกครองยอมรับเอาพระราชกฤษฎีกาตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มาตรา 28 เข้ามาอยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองโดยถือว่า เป็นกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2539 คือ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 คดีมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองและเงื่อนไขการฟ้องคดีในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกา ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ในวันเดียวกับวันที่ได้จัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นและโอนกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปให้แก่บริษัทดังกล่าว ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องกระทำเพื่อจำกัดหรือลดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์บางกรณีตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 และกำหนดให้บริษัทกฟผ.มีอำนาจ สิทธิหรือประโยชน์เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ การควบคุมการใช้อำนาจตามกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้อง และการรักษาประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย ส่วนพระราชกฤษฎีกา กำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับในวันเดียวกับวันที่ได้มีการจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) และโอนกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ทั้งหมด การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 จึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการเปลี่ยนสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจากรูปแบบเดิมที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 เป็นรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัดตามที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสิบเจ็ดคนคัดมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ

สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาขกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวทั้งสองฉบับ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประการแรก เมื่อพิจารณาในแง่ลำดับชั้นของกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจมาตรา 28 ที่มีเนื้อหาเนื้อหานั้นเป็นการกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาซึ่งมีผลให้เป็นการไปยกเลิกหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินั้น ออกโดยไม่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว เนื่องจาก การตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งอยู่ในฐานะของกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดเพื่อให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ไม่อาจออกกฎหมายลำดับรองให้มีผลเป็นการไปยกเลิกองค์กรรัฐวิสาหกิจซึ่งตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ เพราะเท่ากับเป็นการขัดต่อหลักการลำดับชั้นของกฎหมาย เท่ากับเป็นการให้อำนาจพระราชกฤษฎีกาไปเลิกพระราชบัญญัติ กรณีก็ไม่อาจอธิบายเช่นเดียวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวงทบวงกรม ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 230 ซึ่งอ้างอำนาจของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายลำดับชั้นสูงกว่าพระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ในกรณีนี้เป็นการอ้างอำนาจของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติไปยกเลิกพระราชบัญญัติ โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่าสามารถตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาขกเลิกรัฐวิสาหกิจได้ ซึ่งศาลปกครองก็ได้รับวินิจฉัยกรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาขกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2548 ว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาขกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวทั้งสองฉบับ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเท่ากับว่า ศาลปกครองยอมรับว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นกฎ ซึ่งขัดแย้งกับแนวคิดของศาลปกครองที่วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกามีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติตามคำ

วินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ซึ่งกล่าวถึงพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้าว่า การที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ จึงเป็นกฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น หากพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นกฎหมายขัดแย้งต่อหลักลำดับชั้นของกฎหมายว่า กฎดังกล่าวสามารถไปยกเลิกพระราชบัญญัติได้อย่างไร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแก้พระราชบัญญัติได้ก็เป็นการใช้พระราชกฤษฎีกาในลักษณะของกฎหมาย ซึ่งมีความสำคัญระดับพระราชบัญญัติ

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จะเห็นได้ว่า อำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกานี้ได้รับมอบมาจากสภาตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ซึ่งเดิมเป็นอำนาจสภาในการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้มีผลทางกฎหมายดังกล่าว แต่เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว ประหยัดงบประมาณ เนื่องจากองค์กรรัฐวิสาหกิจที่จะต้องแปรรูปมีจำนวนมาก และหากเข้าสู่การพิจารณาของสภา ก็ย่อมจะได้รับการอนุมัติให้ผ่านกฎหมายดังกล่าวอยู่แล้ว พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงมีค่าเทียบเท่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ อันเป็นอำนาจการพิจารณาของสภา

ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า โดยหลักการดังกล่าว หากจะมองในทฤษฎีการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติแก่ฝ่ายบริหาร จะเห็นได้ว่า สภาได้มอบอำนาจให้กับฝ่ายบริหารออกกฎหมายยกเลิกพระราชบัญญัติ ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวนี้มีความกว้างขวางมากเกินไป เพราะไม่มีการจำกัดขอบเขตของการใช้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา กล่าวคือ ปล่อยให้ฝ่ายบริหารสามารถตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกรัฐวิสาหกิจได้ตามใจชอบโดยไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดที่เป็นการควบคุมการใช้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยยกเลิกรัฐวิสาหกิจให้มีความเหมาะสม เพราะโดยปกติโดยปกติจะต้องผ่านการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่กรณีดังกล่าวนี้มีเหตุผลการอนุญาตให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกฤษฎีกาได้เพื่อความสะดวกเท่านั้น

ประการที่สาม ประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาล

การที่ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้เป็นกฎหมายที่อยู่ภายใต้การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น โดยมีนักวิชาการมีแนวความเห็นโดยอ้างเหตุผลตามระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่มีหลักว่าฝ่ายปกครองสามารถออกกฎข้อบังคับได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายของรัฐสภาให้อำนาจ ซึ่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตราพระราชบัญญัติ (loi) ได้เฉพาะในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่มาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดไว้ว่า “เรื่องทีนอกเหนือไปจากที่ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ (Loi) ให้ออกเป็นกฎ” ดังนั้นอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร (Reglement) จึงมีลักษณะเป็นอำนาจ

ทั่วไปในการออกกฎหมาย (la compétence normative de droit commun) ในขณะที่อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (Loi) มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น คือ ออกกฎหมายได้เฉพาะเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น (la compétence normative d'exception) ดังนั้น ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายบริหารจึงสามารถออกกฎหมายเพื่อเป็นการจัดตั้งหรือยกเลิกหน่วยงานเองได้

แนวคิดเรื่องการออกกฎหมายของระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะกำหนดหลักการเกี่ยวกับการออกพระราชกฤษฎีกาไว้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นข้อยกเว้นซึ่งต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งระบบกฎหมายไทยยอมรับกฎหมายที่ตราโดยสภานิติบัญญัติเช่นเดียวกับระบบกฎหมายของเยอรมัน ซึ่ง การออกกฎหมายมิได้ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งลักษณะของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็จะพบว่าต้องการให้พระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองมีลักษณะเป็นกฎหมายตามระบบกฎหมายทั่วไป

จากกรณีพระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวง ทบวง กรม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 จนมาถึงกรณี พระราชกฤษฎีกากำหนดเวลายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.2542 ซึ่งมีการอธิบายเหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะเดียวกันว่าเป็นการเอาพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองไปอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติไปยกเลิกกฎหมายลำดับชั้นสูงกว่าพระราชกฤษฎีกาได้ อาจมีปัญหาคือจะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากมีการอ้างเหตุผลอย่างเดียวกันในการตรากฎหมายลำดับรองประเภทอื่นเช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือข้อบัญญัติท้องถิ่น เพื่อยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ จะเกิดปัญหาในทางกฎหมาย หรือทำให้แนวคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทั้งในกรณีตราพระราชกฤษฎีกายุบรวมกระทรวงทบวงกรม หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดเวลาเลิกรัฐวิสาหกิจนั้น อาจเป็นการตรากฎหมายที่กำหนดขอบเขตให้ฝ่ายบริหารมากเกินไป เนื่องจาก ปกติการยกเลิกหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติจะต้องกระทำโดยการตรากฎหมาย ซึ่งการยกเลิกแต่ละหน่วยงานจะต้องกระทำโดยการตรากฎหมายโดยผ่านการพิจารณาของสภา อันเป็นการพิจารณาความเหมาะสมในการยกเลิกหน่วยงานแต่ละหน่วยงานตามลักษณะเฉพาะของหน่วยงานนั้นๆ อันอาศัยข้อเท็จจริง ณ ช่วงเวลานั้นเป็นตัวกำหนดในการที่จะยกเลิกกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานต่างๆ อันตราขึ้นโดยกฎหมายแต่ละฉบับที่มีเนื้อหาแตกต่างกันเป็นจำนวนมากมาย แต่เมื่อกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการตราพระ

ราชกฤษฎีกายกเลิกหน่วยงานได้ โดยมีได้มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมอื่นๆ เช่นระยะเวลาที่ให้
อำนาจว่าให้ใช้อำนาจดังกล่าวได้นานเพียงใด รัฐวิสาหกิจประเภทใดที่ควรจะแปรรูปก่อนหลัง อยู่
ภายใต้เงื่อนไขอย่างไร ก็จะทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากขึ้นไปในการพิจารณายกเลิกกฎหมาย
จัดตั้งหน่วยงานแต่ละหน่วยงาน และใช้อำนาจดังกล่าวโดยไม่ถูกต้อง เช่น ไม่ดำเนินการตราพระ
ราชกฤษฎีกายุบรวมหน่วยงานหรือกำหนดเวลายกเลิกหน่วยงานบางหน่วยงาน จนทำให้ผิดไปจาก
เจตนารมณ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ ยังเป็นเพียงข้อสังเกตของผู้เขียนที่จะต้อง
อาศัยพัฒนาการทางกฎหมายมาเป็นตัวกำหนด รวมทั้งข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคต อันจะ
สามารถนำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้นในการใช้พระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้ต่อไป ทั้งนี้
พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นในลักษณะนี้ ก็ยังมีใช้ลักษณะพระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครอง
จะสามารถเข้าไปตรวจสอบได้

บทที่ 5

สรุป เสนอแนะ

5.1 บทสรุป

หลักเกณฑ์ของกฎในระบบกฎหมายทั่วไปจะพบว่ากฎ มีสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่น ซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น เช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ไม่ถือว่าเป็นกฎ ประการที่สอง กฎจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะที่ไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม ประการที่สาม กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้ ประการที่สี่ กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาลักษณะเนื้อหาในของกฎที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง ประการที่หนึ่ง เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ประการที่สอง เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท เพื่อเป็นกลไกที่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประการที่สาม กฎเกณฑ์ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองจะต้องมีค่าต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ ประการที่สี่ เนื้อหาในกฎกระทรวงจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระสำคัญของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรอง แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง

กฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทยมีพัฒนาการมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ขณะนั้นมีราชศาสตร์จัดอยู่ในประเภทของกฎหมายลำดับรองของพระธรรมศาสตร์ ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงระบบราชการเป็นกระทรวง ทบวง กรม ในสมัยรัชกาลที่ 5 ได้มีการจัดตั้งเสนาบดีสภาขึ้น และเสนาบดีสามารถออกกฎข้อบังคับได้เองโดยได้รับพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์เรียกว่ากฎเสนาบดี จนเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็น

ระบบประชาธิปไตย บรรดากฎหมายต่างๆในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับธรรมนูญการปกครอง หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีผลใช้บังคับขณะนั้น พระราชกฤษฎีกาได้พัฒนามาเป็นประเภทหนึ่งของกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเดิมมีการใช้พระราชกฤษฎีกาอยู่ 2 ลักษณะคือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการกำหนดรายละเอียดต่างๆตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ เป็นหมายลำดับรองเพื่อขยายความในเนื้อหาของกฎหมายให้สมบูรณ์ มีผลบังคับเป็นการทั่วไป มีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทอันอยู่ในลักษณะของกฎหมายลำดับรองที่กล่าวมา เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตเวนคืนที่ดิน พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชญาพิทักษ์ที่คนต่างด้าวห้ามทำ เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้อาจมีลักษณะเป็นกฎ ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง ส่วนพระราชกฤษฎีกาอีกประเภทหนึ่งคือพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ในรูปแบบของคำสั่งพระมหากษัตริย์ในกิจการที่สำคัญในทางการเมือง เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการประชุมเปิดปิดประชุมสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็นเพียงลักษณะของคำสั่งประมุขของรัฐเพื่อดำเนินงานในกิจการที่มีความสำคัญๆ โดยอาศัยรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาเป็นแบบพิธีในการตรา แต่มีลักษณะเป็นเพียงคำสั่งที่มีผลเฉพาะเรื่องไป ไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงไม่มีลักษณะของกฎในทางทฤษฎีที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 ก็ได้มีบทบัญญัติอันเป็นหลักการใหม่ขึ้น โดยให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อยุบรวม กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายลำดับศักดิ์สูงกว่าได้ โดยเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางสภาซึ่งปกติ กระทรวงทบวงกรมที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ จะยุบรวมได้ก็แต่โดยการออกกฎหมายลำดับเท่ากันหรือสูงกว่ามาแก้ไขเปลี่ยนแปลง เนื้อหาตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวย่อมมีความสำคัญเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เพราะมีผลเป็นการไปแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติ จัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ต่างๆ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้จึงมีใช้กฎ ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง ต่อจากนั้น ยังได้มีการนำแนวคิดที่ให้พระราชกฤษฎีกาไปแก้ไขกฎหมายลำดับศักดิ์สูงกว่าได้อีก คือ กรณีพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มาตรา 28 ซึ่งให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเวลายกเลิกพระราชบัญญัติได้ โดยหลักการดังกล่าวนี้ศาลปกครองได้นำความคิดในการตราพระราชกฤษฎีกา ตามมาตรา 230 มาเป็นเหตุผลว่าสามารถทำได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาลักษณะนี้ไม่สอดคล้องต่อหลักการลำดับศักดิ์ของกฎหมาย แม้จะมีการอ้างว่ารัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 แล้ว เพียงแต่พระราชกฤษฎีกากำหนดเวลาไปยกเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเพียงเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาในการเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเท่านั้น แต่เมื่อศาลปกครองนำแนวคิดเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกาตาม

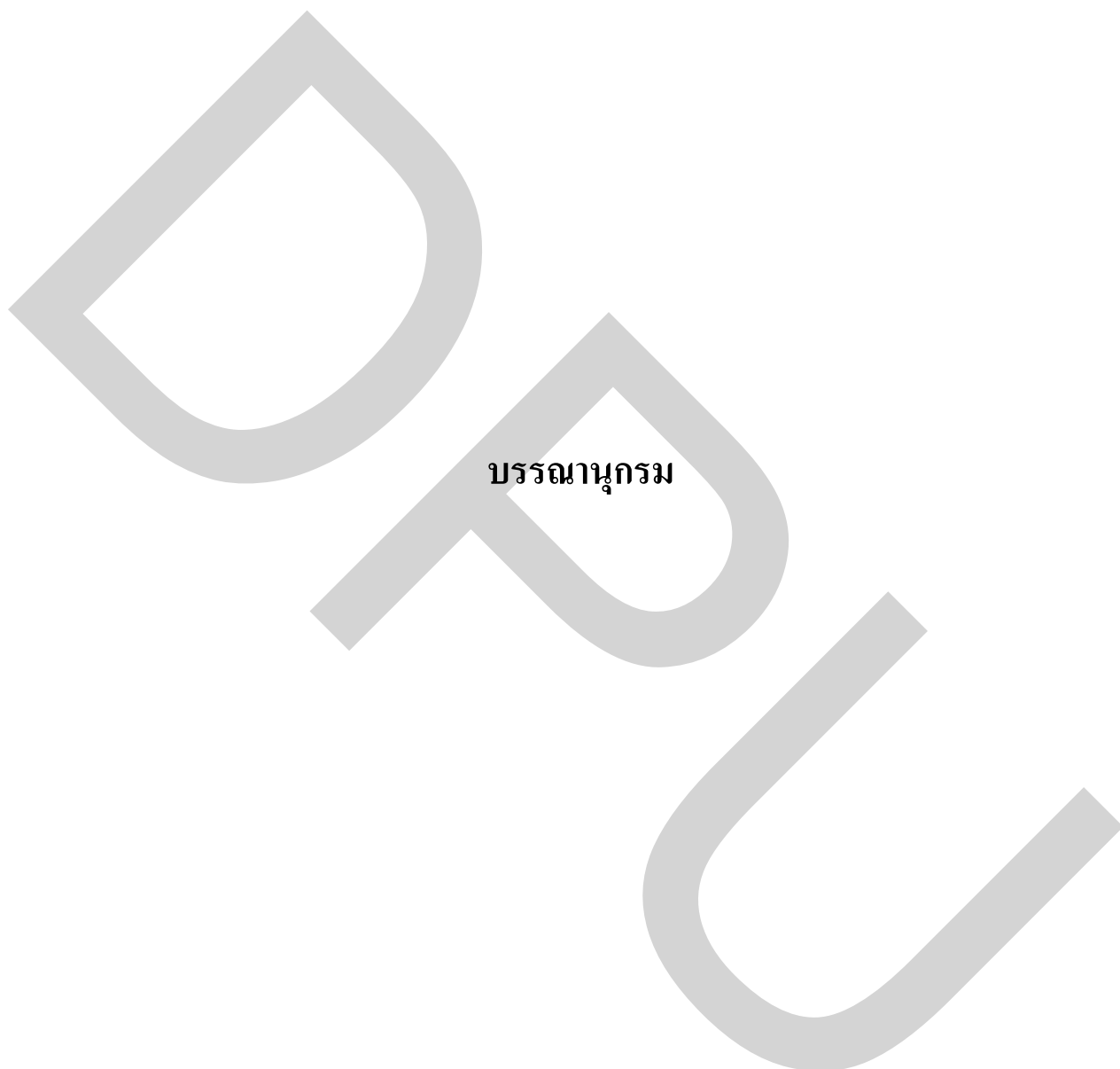
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 มาเป็นแนวคิดในการวินิจฉัยว่า สามารถตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเวลายกเลิกรัฐวิสาหกิจได้ ดังนั้น โดยผลของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ทำให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิก พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ย่อมต้องมีความสำคัญระดับกฎหมายพระราชบัญญัติเช่นกัน ประกอบกับหากศาลเข้าควบคุมก็ย่อมเท่ากับศาลปกครองเป็นผู้ไปกำหนดการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเสียเอง อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งยังเป็นเรื่องการจัดการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นเรื่องภายในของฝ่ายบริหารเอง ศาลปกครองจึงไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาพระราชกฤษฎีกานี้

5.2 เสนอแนะ

เมื่อนิยามความหมายของ “กฎ” ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้โดยให้ความหมายอย่างเดียวกันว่า หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎ กฏกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนั้น

แต่เนื่องจากเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายทั้งสองฉบับแตกต่างกัน จึงไม่อาจบัญญัติให้นิยามความหมายของกฎของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้เหมือนกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ เพราะพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้ความสำคัญกับเรื่องคำสั่งทางปกครอง จึงต้องแยกกฎออกจากลักษณะคำสั่งของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้นการที่ให้กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา จึงถูกต้องแล้ว แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบกฎ แต่พระราชกฤษฎีกานี้มีหลายประเภท ทั้งที่อยู่ในลักษณะของกฎ และไม่มีลักษณะของกฎ ดังนั้นจึงไม่สามารถกำหนดนิยามความหมายคำว่ากฎเป็นอย่างเดียวกันได้ เมื่อมีการกำหนดนิยามความหมายของกฎในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังกล่าว ทำให้เกิดการตีความกฎหมายคลาดเคลื่อนไปว่า หากมีการใช้อำนาจกษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาออกมา แม้จะเป็นเพียงแบบพิธีในการตรา เพื่อให้มีผลบังคับในทางกฎหมาย แต่พระราชกฤษฎีกาทั้งหมดก็จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง ซึ่งไม่ถูกต้อง ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้มีการแก้ไขนิยามความหมายของคำว่ากฎ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ แม้บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะได้มีส่วนที่บัญญัติว่า

“กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา ... หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แต่ก็ทำให้การตีความคำว่ากฎคลาดเคลื่อนไป ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุบทนิยามความหมายไม่ชัดเจน หรือความเข้าใจของนักกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีเรื่องกฎหมายลำดับรองยังน้อยอยู่ก็ตาม ดังนั้น ประการแรก จึงควรแก้ไขนิยามความหมายคำว่ากฎในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองเท่านั้น ส่วนปัญหาประการที่สอง การที่ศาลปกครองที่วินิจฉัยเขตอำนาจในการตรวจสอบกฎไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ก็สามารถแก้ไขได้โดยการพัฒนาความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพัฒนาการของการตราพระราชกฤษฎีกาในระบบกฎหมายไทย หลักลำดับชั้นของกฎหมาย ประกอบกับทฤษฎีของกฎ รวมทั้ง ทฤษฎีหลักการแบ่งแยกอำนาจ มาเป็นหลักในการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบพระราชกฤษฎีกา ในระบบกฎหมายไทย ก็จะทำให้การตรวจสอบพระราชกฤษฎีกาของศาลปกครองเป็นไปโดยถูกต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ สมดังเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่อไป



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). **หลักกฎหมายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540). **กฎหมายปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพฯ : จีรรัชการพิมพ์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2530). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์.
- _____. (2549). **รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 59 เล่มที่ 15**. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- มานิตย์ จุมปา. (2548). **ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า**. กรุงเทพฯ :
- _____. (2542). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- _____. (2542). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2550**. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2544). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา : จำกัด.
- _____. (2543). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- วิษณุ เครืองาม. (2530). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์.
- สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. (2545). **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- หุุด แสงอุทัย. (2535). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ทำปกเจริญผล.
- อมร จันทรสมบูรณ์. (2538). **กฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

บทความ

- ปิยศาสตร์ ไขว้พันธุ์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). การควบคุมกฎของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครองฝรั่งเศส”. วารสารการศาลปกครอง. 5, 2. หน้า 27-30.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2531). “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”. รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์. หน้า 195.
- วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การเพิกถอนกฎในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน” วารสารวิชาการศาลปกครอง. 5, 2 หน้า 1.
- _____. (2538, ธันวาคม). “ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส”. วารสารนิติศาสตร์. 25, 4 หน้า 712-713.
- สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง”. วารสารนิติศาสตร์. 17, 3. หน้า 67.

วิทยานิพนธ์

- ธีระ สุธีวรารกุล. (2541). นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- นรินทร์ อิศาร. (2546). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎ ที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน. วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2533). การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุเจตน์ สถารพนานนท์. (2545). การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อนุวัฒน์ ศรีพงษ์พันธุ์. (2533). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เอกสารอื่นๆ

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2541). **คำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับคดีปกครอง** (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ :
สถาบันไทยศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**
(รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	วัชรินทร์ จันทรง
ประวัติการศึกษา	
พ.ศ. 2542	อนุปริญญาวิทยาศาสตรและเทคโนโลยีสาขาก่อสร้าง จากสถาบันราชภัฏ จังหวัดอุบลราชธานี
พ.ศ. 2543	นิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง
พ.ศ. 2544	สอบไล่ได้เป็นเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 54 จากสำนักอบรมกฎหมายแห่ง เนติบัณฑิตยสภา
พ.ศ. 2545	ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ รุ่นที่ 19 จากสภานายความ
พ.ศ. 2549	ประกาศนียบัตรผู้เชี่ยวชาญกฎหมายปกครองท้องถิ่น จากสภานายความ
ประวัติการทำงาน	
พ.ศ. 2545-2549	ทนายความประจำสำนักงานอรรถกิจทนายความ
พ.ศ. 2550-2551	ทนายความประจำบริษัทกฎหมายพญาแล แอนด์ บิซิเนสส์ จำกัด