

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยี (Technology) และวิทยาศาสตร์ (Science) ได้ก้าวหน้ายิ่งขึ้น ทำให้สภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และประเภทของกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation)¹ หรือกฎหมายให้ฝ่ายบริหาร² สามารถตรากฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายขึ้นใช้บังคับโดยมุ่งหมายให้การปฏิบัติราชการสอดคล้องและเป็นประโยชน์ต่อมหาชนส่วนรวมและทำให้การดำเนินการบริการสาธารณะ (Public Service)³ รวมทั้งการบริหารราชการแผ่นดิน (Public Administration) เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ

¹ กฎหมายลำดับรอง คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในทางบริหาร อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ ในรายละเอียดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่า บังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่มีค่าต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ที่มีค่าเสมอด้วยพระราชบัญญัติ. โปรตดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 32.

² นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสชื่อมองแตสกีเออ (Montesquieu) ได้อธิบายไว้ในหนังสือชื่อ De l'Esprit des Loix ซึ่ง แปลว่า เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยมองแตสกีเออ อธิบายว่าอำนาจหน้าที่ของรัฐพึงจำแนกได้ 3 ประการ คือ

(1) อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปเพื่อดำเนินชีวิตของรัฐ กล่าวคือ อำนาจที่จะตรา กฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชน ซึ่งเรียกว่า อำนาจนิติบัญญัติ

(2) อำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการอันจำเป็นเพื่อดำเนินชีวิตของรัฐ หรือที่เรียกว่า อำนาจบริหาร

(3) อำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดขึ้นในรัฐ หรือที่เรียกว่า อำนาจตุลาการ. โปรตดู ประจวบ กัญจนดล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8-9.

³ บริการสาธารณะ คือ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อสนองความต้องการของมหาชน เช่น การให้การศึกษา การจัดสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และการดำเนินการอื่นๆ เพื่อสนองความต้องการของมหาชน. โปรตดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 304.

ฝ่ายปกครอง (Administration)⁴ สามารถอาศัยกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) หรือการออกกฎเป็นเครื่องมือและกลไกในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยตรากฎหมายลำดับรอง หรือการออกกฎออกมาใช้บังคับจำนวนมากโดยกฎหมายหรือกฎดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนและอาจมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Agent of State) เพื่อเป็นการคุ้มครองต่อสิทธิ เสรีภาพ ทรัพย์สินของประชาชน และก่อให้เกิดความมั่นใจแก่การ ปฏิบัติหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งก่อให้เกิดกระบวนการควบคุม ของฝ่ายปกครองได้อย่างถูกต้องและ ชอบด้วยกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีกระบวนการตรวจสอบ และควบคุมการตรากฎหมายลำดับรอง หรือการออกกฎที่เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง เพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายลำดับรอง หรือกฎขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากปรากฏว่า ฝ่ายปกครองตรากฎหมายลำดับรองหรือออกกฎ โดยมิชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ (Incompétence)⁵ หรือ นอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือกระทำโดยไม่ถูกต้อง ตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่เป็นการกระทำในทางปกครอง (Acte administratif)⁶ หรือมี ลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอน โดยไม่จำเป็นหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1)⁷ ศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กร

⁴ ฝ่ายปกครอง (Administration) หมายถึง องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวงซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการ สาธารณะอันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร ซึ่งหมายความถึง องค์กรและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่นทั้งหมด. โปรศดู ประยูร กาญจนกุล. อ้างแล้ว. หน้า 19.

⁵ การกระทำโดยไม่มีอำนาจหน้าที่เป็นการกระทำทางปกครองที่มิชอบด้วยกฎหมาย. โปรศดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. อ้างแล้ว. หน้า 105.

⁶ การกระทำในทางปกครอง (Acte Administratif) ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล เห็นว่า การกระทำ ในทางปกครอง หมายความว่า การกระทำต่างๆ ที่มาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายให้ จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ของตน ซึ่งมีความหมายรวมทั้ง การกระทำ ที่เป็นลายลักษณ์อักษรและการปฏิบัติที่มีได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย การกระทำในทางปกครองไม่ควรเรียกว่า นิติกรรมทางปกครอง เนื่องจากการก่อให้เกิดสถานะตามกฎหมายมหาชน โดยอาจจะไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ไม่ใช่เป็นเรื่องก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิส่วนเอกชนเหมือนกับนิติกรรม. โปรศดู ฤทัย หงส์ศิริ. (2545). *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง: นิติกรรมทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: เนติ บัณฑิตยสภา. หน้า 177.

⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542. มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณา พิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วย กฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอันใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนือ อำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือ โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ

ที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนกฎหมายลำดับรองหรือการออกกฎนั้น

กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) หรือที่เรียกว่า กฎ (By-Law) มีหลายรูปแบบ ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3⁸ ให้คำจำกัดความคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ประกาศกระทรวง (Notification of a Ministry) ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Ordinance of Local Administrative) ระเบียบ (Rule) ข้อบังคับ (Regulation) หรือบทบัญญัติอื่น (Other Provision) ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

กฎของหน่วยงานทางปกครองมีจำนวนมากมายและมีความหลากหลายที่แตกต่างกัน ทั้งที่มาของอำนาจในการออก เนื้อหา รูปแบบ สภาพบังคับ ตลอดจนผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน รวมทั้งการมีผลกระทบต่อการใช้ปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การออกกฎดังกล่าวที่มีผลกระทบต่อประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงควรอยู่ภายใต้ การควบคุม ตรวจสอบของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครอง พ.ศ. 2542

การศึกษาปัญหาดังกล่าวข้างต้นอย่างเป็นระบบจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากกฎของหน่วยงานทางปกครองมีเป็นจำนวนมากและอาจมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนหรือมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แม้ว่าจุดมุ่งหมายของการออกกฎ คือ การสร้างหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยส่วนรวม และเป็นไปเพื่อให้การบริหารงานราชการมีประสิทธิภาพและบรรลุผล แต่การออกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและการบริหารงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงควรมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎไว้อย่างชัดเจน เพื่อลดปัญหาของการนำคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการออกกฎมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือ มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

⁸ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๓๑

๑๓๑

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดในการตรากฎหมายลำดับรอง โดยเน้นศึกษาการออกกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับประเภทของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครอง ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ
3. เพื่อศึกษาทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการออกกฎหมายโดยอำนาจการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง
4. เพื่อทราบถึงปัญหาและแนวทางในการพัฒนาการออกกฎหมายโดยหน่วยงานทางปกครองให้มีความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายปกครอง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งยังช่วยลดปัญหาการนำคดีเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนกฎหมายไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองที่ถือว่าเป็นกฎหมายตามนิยามในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น มีเป็นจำนวนมากและแตกต่างกัน ซึ่งฐานแห่งอำนาจในการออก เนื้อหา รูปแบบและสภาพบังคับมีข้อแตกต่างกัน กฎที่ตราขึ้นจึงมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเด็นที่แตกต่างกัน แต่เนื่องจากในระบบกฎหมายไทยยังไม่มีมาตรการยับยั้งของกฎหมายที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการออกกฎหมายลำดับรองไว้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการนำกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองเหล่านั้นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นจำนวนมากเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมายลำดับรอง ในบางครั้งผู้ฟ้องคดีอาจนำเอารายละเอียดในส่วนที่มีได้เป็นส่วนสาระสำคัญของกฎหมายลำดับรองที่เป็นประเด็นข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่ทำให้เกิดคดีฟ้องเพิกถอนกฎหมายเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ส่งผลให้เป็นคดีทางปกครองที่เกี่ยวกับการเพิกถอนกฎหมายมีจำนวนมากขึ้น

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงควรมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมายลำดับรอง โดยการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะทำให้กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองแต่ละหน่วยงานนั้นเป็นไปโดยมีมาตรฐานเดียวกันและผ่านกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายเหมือนกัน ซึ่งจะเป็นหลักประกันต่อการคุ้มครองสิทธิและ

เสรีภาพของประชาชน ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อหน่วยงานทางปกครองในการบริหารราชการแผ่นดิน และการพิจารณาคดีของศาลปกครองต่อไป

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาเรื่องนี้มีขอบเขตเนื้อหาครอบคลุมเฉพาะกฎหมายที่อยู่ภายใต้อำนาจการควบคุม ตรวจสอบของศาลปกครอง โดยวิเคราะห์กรณีกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองตามความหมายของ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศึกษาถึงแนวความคิด ว่าด้วยการตรากฎหมายลำดับรองมุ่งเน้นการควบคุมการตรวจสอบการออกกฎ เพื่อเป็นพื้นฐานในการนำมาวิเคราะห์เกี่ยวกับลักษณะ สถานะทางกฎหมายของกฎที่มีผลกระทบต่อประชาชน และเจ้าหน้าที่ของรัฐรวมทั้งค้นหากระบวนการโต้แย้งสิทธิของบุคคลดังกล่าวเนื่องจากการถูกใช้บังคับ กฎที่หน่วยงานทางปกครองนำมาปรับใช้และศึกษาอำนาจการควบคุมการตรวจสอบของศาลปกครองในประเด็นการออกกฎของหน่วยงานทางปกครอง

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาในครั้งนี้ใช้วิธีค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาตามหลักกฎหมาย ทฤษฎี หลักเกณฑ์ ที่บัญญัติไว้ตามแนวคิดของกฎหมายในประเทศและระหว่างประเทศ ศึกษาประกอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายลำดับรอง โดยเน้นการออกกฎของหน่วยงาน ทางปกครอง ซึ่งจะศึกษาค้นคว้าจากบทความในภาษาต่างๆ รายงานการศึกษา ผลการวิจัยจากหลักฐานของทางราชการ และแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ตลอดจนความเห็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงแนวความคิดและวิวัฒนาการในการตรากฎหมายลำดับรองของหน่วยงานทางปกครองได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมต่อไป
2. เกิดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับประเภทของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย ที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐ
3. สามารถวิเคราะห์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองในลักษณะใดของหน่วยงานทางปกครองเป็นกฎที่อยู่ภายใต้

อำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษารวบรวมคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลปกครองให้เป็นระบบมากยิ่งขึ้น

4. ทราบถึงปัญหาและแนวทางในการพัฒนาการออกกฎโดยหน่วยงานทางปกครองให้มีความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายปกครอง เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทั้งยังช่วยลดปัญหาการนำคดีเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนกฎไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง