

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมาย ลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง

การออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามกฎหมายไทย ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Action)¹ จึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ เรื่องความชอบด้วยกฎหมาย (The Legality of Administrative Action) โดยศาลปกครองซึ่งเป็น ฝ่ายตุลาการ และอาจถูกเพิกถอนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่บางในกรณี ที่กฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีปัญหา เรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีเนื้อหาสาระเกินไปกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ หรือในบางกรณีที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไม่เร่งรัดดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจแก้ไขปัญหา โดยการนำรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มากำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทแทนก็ได้ แต่ในระหว่างที่กฎหมายในเรื่องใดยังไม่มียรายละเอียดที่ครบถ้วนและชัดเจน ประชาชนก็อาจ ได้รับภาระหรือผลร้ายหรือเสียสิทธิประโยชน์² ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ เพื่อป้องกันมิให้เกิดภาระ หรือผลร้ายหรือเพื่อมิให้ประชาชนต้องเสียสิทธิประโยชน์

¹ การกระทำทางปกครอง (Administrative Action) หมายถึง การกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งที่ใช้อำนาจปกครอง ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมอันมีลักษณะเป็นงานประจำ โดยตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมาย อันได้แก่ การออกกฎ และการออกคำสั่งทางปกครอง. อ้างถึงใน สุริยา ปานแปง และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2565). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 24.

² จิรศักดิ์ รอดจันทร์. (2551). ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายภาษีลำดับรอง. *สรรพากรสาร*, 55(1). หน้า 64.

³ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2559). *คู่มือเทคนิคและวิธีการบริหารจัดการสมัยใหม่ตามแนวทางการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี: การทบทวน ยกเลิก ปรับปรุง แก้ไขกฎหมาย กฎ ระเบียบ ที่ล้าสมัย หรือหมดความจำเป็น (Deregulation)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. หน้า 3.

โดยที่การศึกษาเกี่ยวกับการควบคุมทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ต้องมีการออกกฎหมายหรือให้รัฐต้องดำเนินการ หรือให้ประชาชนได้รับสิทธิประโยชน์ มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยเป็นการสมควรที่จะศึกษาตั้งแต่แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานในการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งได้แก่ หลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ แนวคิดลำดับศักดิ์ทางกฎหมายทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ซึ่งมีข้อความคิดพื้นฐานทางกฎหมายที่สนับสนุนให้รัฐต้องควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ตลอดจนศึกษาและเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามแนวคิดของกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่กฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กฎหมายของสหราชอาณาจักร กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และกฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานในการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

รัฐธรรมนูญของรัฐที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ส่วนบัญญัติให้การใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) วางอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ตามแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของ Montesquieu⁴ กล่าวคือ มีการกระจายการใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยมีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐออกเป็นสามองค์กรใหญ่ๆ ได้แก่ (1) รัฐสภา เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งการกระทำของรัฐสภาเฉพาะส่วนที่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ เรียกว่า “การกระทำทางนิติบัญญัติ”⁵ (2) คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร การกระทำ

⁴ Montesquieu ได้เขียนหนังสือชื่อ เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (L'Esprit des Lois) ใน ค.ศ. 1744 โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยว่า ในรัฐทุกรัฐจะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี บุคคลใดก็ตามซึ่งมีอำนาจมักจะใช้อำนาจนั้นเกินเลยอยู่เสมอ และจะใช้อำนาจนั้นจนกว่าจะถึงขีดจำกัดเท่าที่ตนจะใช้อำนาจได้ ดังนั้น เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงต้องมีให้อำนาจทั้งสามไปรวมอยู่ที่บุคคลเดียวกันดังเช่นในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์. อ้างถึงใน ชาลส์แมกซ์เวลล์ (2564). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 30). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 44-50.

⁵ การกระทำทางนิติบัญญัติ (Legislative) เป็นการใช้อำนาจในการตรา กฎหมายแม่บทที่เป็นลายลักษณ์อักษร ขึ้นใช้บังคับภายในรัฐ โดยลักษณะสำคัญของการมีผลใช้บังคับของกฎหมายอันเป็นลักษณะของการกระทำ

ของคณะรัฐมนตรีเฉพาะส่วนที่เป็นการใช้อำนาจบริหาร เรียกว่า “การกระทำทางบริหาร” ซึ่งการกระทำทางบริหารยังแยกออกได้เป็นการกระทำทางรัฐบาล⁶ และการกระทำทางปกครอง และ (3) ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ การกระทำของศาลที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “การกระทำทางตุลาการ”⁷ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามีหน้าที่ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา และฝ่ายตุลาการโดยศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง

ในทางทฤษฎี พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (Act of Parliament) อาจขาดกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดและกฎเกณฑ์ทางเทคนิคที่มีความจำเป็นเพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายนั้น ๆ มีประสิทธิภาพ และเพื่อแก้ไขปัญหานี้ อาจมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการออกคำสั่ง (Orders) หรือระเบียบ (Regulations) ที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดและกฎเกณฑ์ทางเทคนิคเพื่อให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยที่รัฐสภาไม่จำเป็นต้องตราเป็นกฎหมาย และในกรณีที่เป็นคำสั่งหรือระเบียบดังกล่าวสามารถที่จะถูกแก้ไขในภายหลังได้โดยไม่ต้องรบกวนการใช้เวลา

ทางนิติบัญญัตินั้น ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำเพาะเจาะจงแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง นอกจากนี้กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้น ต้องมีผล ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) กล่าวคือ ใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะตรงตามที่กำหนดไว้โดยไม่จำกัดจำนวนครั้ง. อ้างถึงใน ภาณุวัฒน์ ผ่องใส. (2562). *สถานะทางกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายตุลาการซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

⁶ การกระทำทางรัฐบาล (Act of State) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองดำเนินการเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการดำรงคงอยู่ของรัฐ การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เช่น การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาตลอดจนการติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 242-243.

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). *การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : www.pub-law.net. หน้า 341-342.

ที่มีคุณค่าของรัฐสภา⁸ แต่ในทางปฏิบัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอาจไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ หรืออาจดำเนินการไปโดยไม่ถูกต้องครบถ้วนหรือไม่เหมาะสม ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยมีแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งจะได้ศึกษาเนื้อหาที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.1.1 หลักนิติธรรมที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานทางทฤษฎีในการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “นิติธรรม” (The Rule of Law) ไว้เพียงว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่ได้ให้คำอธิบายความหมายแต่อย่างใด จึงยังไม่กระจ่างชัดว่า หลักนิติธรรมคืออะไร หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ว่านั้นมีอะไรบ้าง แล้วการปฏิบัติอย่างไรจึงจะถือได้ว่าถูกต้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม?

แนวความคิดเรื่อง The Rule of Law มีจุดเริ่มต้นในยุคกรีกโบราณ โดยเพลโต (Plato 429-348 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกโบราณ ผู้เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุด คือ การปกครองโดยราชาปรัชญา (Philosophy King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนที่มีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่เมื่อเพลโตไม่สามารถหาคนที่สมบูรณ์แบบเช่นนั้นได้ จึงหันมาให้ความสำคัญกับการปกครองที่มุ่งเน้นกฎหมายเป็นสำคัญ โดยเพลโตเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และการปกครองจะต้องดำเนินการตามกฎหมายหากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางที่จะทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน¹⁰

ต่อมา อริสโตเติล (Aristotle 384-322 B.C.) นักปราชญ์ชาวกรีกโบราณ ซึ่งเป็นศิษย์เอกของเพลโต ได้นำแนวความคิดของเพลโตมาขยายต่อ โดยเสนอว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of law,... is preferable to that of any individual.) และการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (Rule of law implies that every citizen is subject to the law) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การ

⁸ Elizabeth Martin. (1997). *Oxford Dictionary of Law*. 4th ed. Oxford University. p134. อ้างถึงใน จีระศักดิ์ รัตจันทร์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 63.

⁹ ธานินทร์ ทรวิจิธร. (2552). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 2.

¹⁰ อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2557). *หลักนิติธรรม*. *จุลนิติ*, 11(1). หน้า 36.

ปกครองที่ดีไม่ใช่การปกครองโดยปวงชน หากแต่เป็นการปกครองโดยกฎหมาย เพราะการปกครองโดยปวงชนย่อมเสี่ยงต่อการปกครองตามอำเภอใจ ขณะที่การปกครองโดยกฎหมายเอื้ออำนวยต่อการที่จะเกิดความเสมอภาคและเสรีภาพมากกว่า และหากเป็นนัยการปกครองด้วยกฎหมาย ทุกคนจะได้รับความสะดวกเหมือนกันในสายตาของกฎหมาย และทุกคนจะมีเสรีภาพ ปราศจากความกลัวว่าจะมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง¹¹

แนวความคิดเรื่องการปกครองด้วยกฎหมาย หรือ The Rule of Law เริ่มเป็นรูปธรรมชัดเจนมากขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 13 โดยบรรดาขุนนางของอังกฤษได้ร่วมกันบังคับพระเจ้าจอห์น กษัตริย์ของอังกฤษ ให้ลงนามในมหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา ค.ศ. 1215 (Magna Carta)¹² เพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ในการเรียกเก็บภาษีอากรหรือเรียกเงินทองจากราษฎร และประกันสิทธิของบุคคลว่าจะถูกลงโทษจำคุก เนรเทศ ยึดทรัพย์ หรือต้องโทษอื่นใดมิได้ เว้นแต่เสียว่าได้รับการพิจารณาพิพากษาจากบุคคลในชั้นเดียวกันและโดยบทบัญญัติกฎหมายของแผ่นดิน¹³

หลักนิติธรรมซึ่งมีลักษณะเป็นนามธรรม ได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลก โดยใน ค.ศ. 1885 ไคซี (Professor Albert Venn Dicey 1835 – 1922 A.D.) นักกฎหมายชาวอังกฤษ เห็นว่า บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (The Ordinary Law of The Land) โดยบรรดาศาลทั้งหลาย (Ordinary Court) จะเป็นผู้ซึ่งรักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมยอมปฏิเสธหลักทั้งหลายที่ยกเว้นให้บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพต่อกฎหมายและบุคคลยอมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการใดอันกฎหมายกำหนดเป็นความผิด¹⁴ ดังนั้น ความหมายของหลักนิติธรรมในตามแนวความคิดของ Professor Albert Venn Dicey จึงประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ¹⁵

¹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2541). หลักนิติธรรม. *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23.

¹² อภิชัย กูเมือง. (2561). *การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 34.

¹³ จรูญ สุภาพ และคณะ. (2522). *การเมืองการปกครองยุโรป: อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนเนลักซ์*. กรุงเทพฯ: ไทวัฒนาพานิช. หน้า 15.

¹⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.pub-law.net. หน้า 441-442.

¹⁵ อักขราทร จุฬารัตน์. (2553). “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม”. *จุลนิติ*, 7(4). หน้า 19 – 21.

1) ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติของแผ่นดิน (Ordinary Courts)

2) ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน

3) หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ของประชาชนเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันพิเศษ โดยรัฐธรรมนูญ

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า Professor Albert Venn Dicey ให้ความสำคัญกับความเป็นสูงสุดของกฎหมาย ความเสมอภาคของกฎหมาย ความยุติธรรม และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ซึ่งถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญของคำว่า The Rule of Law หรือหลักนิติธรรม¹⁶ แต่เนื่องจากหลักนิติธรรมมีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) และได้รับการพัฒนาตลอดมา จึงทำให้นักคิด นักกฎหมาย นักวิชาการ อธิบายให้ความหมายองค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมแตกต่างกันออกไป¹⁷

ในส่วนของประเทศไทยนั้น คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ (คอ.นช.) ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ว่า “หลักนิติธรรม” หมายถึง หลักพื้นฐานของกฎหมายที่กฎหมายกระบวนการยุติธรรมหรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ขัดขึ้นหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมโดยจำแนกได้เป็น 2 ประการ คือ (1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ และ (2) หลักนิติธรรมโดยทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือ¹⁸

1) หลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างแคบ หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้จะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมย่อมไม่มีผลใช้บังคับ

¹⁶ อรรถพล ใหญ่สว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 37.

¹⁷ จุมพล รัตนภาส. (2562). *อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามหลักนิติธรรมและนิติรัฐ*. สารนิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

¹⁸ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (2557). *หลักนิติธรรม (the Rule of Law) ความหมาย สาระสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: พีเอส พรินติ้งแอนด์ดีไซน์. หน้า 1 – 16.

สาระสำคัญของหลักนิติธรรม โดยเคร่งครัด 'ได้แก่' หลักความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาและตุลาการ กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายต้องมีการประกาศใช้ให้ประชาชนทราบ กฎหมายอาญาต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษ ผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาต้องมีสิทธิในการต่อสู้คดี เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจ และกฎหมายจะขกเว้นความรับผิดชอบให้แก่การกระทำที่ยังไม่เกิดขึ้นไม่ได้

2) หลักนิติธรรมทั่วไป หรือหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง หมายถึง ลักษณะที่ดีของกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ที่อาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าอุดมคติของกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะมีลักษณะของการเป็นกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมที่ดีไม่ครบถ้วน หรือขาดตกบกพร่องไปบ้างก็ยังคงใช้บังคับได้อยู่ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด

ทั้งนี้ สาระสำคัญของหลักนิติธรรมในความหมายอย่างกว้าง 'ได้แก่' กฎหมายที่ดีต้องมีความชัดเจน ไม่ขัดหรือแย้งกันเอง กฎหมายที่ดีย่อมมีเหตุผล นำไปสู่ความเป็นธรรม ค้ำครองสิทธิมนุษยชน สักดิ์ความเป็นมนุษย์หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน กฎหมายที่ดีต้องทันสมัย สามารถรองรับต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม กฎหมายที่ดีต้องบัญญัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติไว้ กฎหมายที่ดีต้องไม่มีผลย้อนหลังเป็นผลร้ายหรือกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบของบุคคล มีบทลงโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิด กฎหมายที่ดีต้องมีการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ต้องส่งเสริมให้ประชาชนมีความรู้และเคารพกฎหมาย กระบวนการนิติบัญญัติต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยโปร่งใส ตรวจสอบได้ และต้องเปิดโอกาสให้มีการอุทธรณ์ ประชาชนเข้าถึงได้โดยสะดวก ไม่ชักช้า มีค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม กระบวนการยุติธรรมที่ดีต้องส่งเสริมให้มีกระบวนการยุติธรรมทางเลือก นักกฎหมายผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรม และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดีต้องมีความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ ซื่อสัตย์สุจริต ยึดหลักคุณธรรม เมตตาธรรม และสันติธรรม

กล่าวโดยสรุป นักกฎหมายไทยมองว่าหลักนิติธรรมว่าเป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่มุ่งเน้นการปกครองโดยยึดถือกฎหมายเป็นใหญ่ ไม่ยินยอมให้บุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย โดยประชาชนจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน และได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน และรัฐต้องให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะระหว่างรัฐกับเอกชน หรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้น โดยเด็ดขาดและยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม¹⁹

¹⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 9.

แนวความคิดเรื่อง The Rule of Law หรือหลักนิติธรรม นักกฎหมายและนักวิชาการ อาจมีความเห็นที่ไม่ตรงกันอยู่บ้าง เนื่องจากมีการแปลความและการตีความที่แตกต่างกันออกไป แต่นักกฎหมายและนักวิชาการไทยต่างก็ยอมรับถึงความสำคัญของหลักนิติธรรมที่จำเป็นต้องมี และดำรงไว้ในทุกสังคม²⁰ โดยจะเห็นได้จาก มีการนำแนวความคิดเรื่องหลักนิติธรรมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทย เช่น มาตรา 3 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติไว้ว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม และมาตรา 26 วรรคหนึ่งซึ่งบัญญัติไว้ว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขไว้กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุนเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

เมื่อพิจารณาห้วงแห่งอันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติธรรม ประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ดังกล่าวแล้ว อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายและกระบวนการนิติบัญญัติที่ดี จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม หากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ มีลักษณะเป็นการฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำนั้น ๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศด้วย

เมื่อกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีสถานะเป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายแม่บท²¹ ดังนั้น เนื้อหาสาระและกระบวนการของการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักนิติธรรมด้วย โดยจะฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมไม่ได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงสรุปได้ว่า หลักนิติธรรมเป็นหลักการทางกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง

²⁰ อรรถพล ใหญ่สว่าง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 33.

²¹ ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2558). ปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง: การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง. *กฤษฎีกาสาร*, 10(2). หน้า 1.

2.1.2 หลักนิติรัฐที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานทางทฤษฎีในการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

แนวความคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือที่เรียกว่า “Rechtsstaat” ในภาษาเยอรมันซึ่งประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือคำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ²² เมื่อรวมกันแล้วมีความหมายในทางนิติศาสตร์ว่า รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์โดยแก่นแท้อันเป็นสาระสำคัญของ Rechtsstaat หรือนิติรัฐ คือ กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้กฎหมายทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์จะบังคับให้ตนทำอะไรหรือไม่ให้ตนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร เพื่อที่บุคคลจะได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมายนั้น²³

แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย และปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ซึ่งความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องค์กรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนุญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนุญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลงเมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้วจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนุญเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการ โดยยุติธรรมและถูกต้อง เมื่อพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วนิติรัฐย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat) ซึ่งอาจอธิบายได้ดังนี้²⁴

1) องค์ประกอบในทางรูปแบบ

เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ หลายประการ โดยประการที่สำคัญได้แก่หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

²² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21.

²³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2555). หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. *จุดนิติ*, 9(1). หน้า 51.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55 – 57.

โดยที่หลักการแบ่งแยกอำนาจมีสาระสำคัญคือ การแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือการกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน เพื่อมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ มีสาระสำคัญคือ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้องให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง โดยเฉพาะกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลมีสาระสำคัญคือ รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคลเปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น และในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมมีสาระสำคัญว่า รัฐจะต้องกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีจะต้องเป็นไปอย่างรอบคอบ ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

2) องค์กรประกอบในทางเนื้อหา

การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ตราขึ้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้ง ๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งหลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้

บรรลุดัตตประสงค์ที่ชอบธรรม โดยมีความมุ่งหมายให้รัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้เพื่อที่จะ บรรลุดัตตประสงค์ที่รัฐต้องการ การบรรลุดัตตประสงค์ที่ชอบธรรมนั้น รัฐต้องใช้เครื่องมือหรือ มาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้องเหมาะสมพอประมาณ และได้สัดส่วนกับประโยชน์สาธารณะ ที่จะได้รับด้วย

หลักนิติรัฐ จึงเป็นหลักการทางกฎหมายที่มีความมุ่งหมายให้มีการจำกัดการใช้อำนาจ ของรัฐโดยกฎหมาย ซึ่งการทำให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม ไม่ใช่แค่เพียงการบังคับ ให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่รัฐต้องดำเนินการในด้านต่าง ๆ เพื่อให้เกิด ความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย ด้วยเหตุนี้ หลักนิติรัฐจึงมีความสำคัญต่อกระบวนการ ตรากฎหมายอย่างยิ่ง ซึ่งการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐจะต้องมีลักษณะสำคัญ ดังนี้²⁵

1) เป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างแท้จริง กล่าวคือ ไม่สามารถดำเนินการ โดยใช้ มาตรการทางบริหารหรือมาตรการอื่นใดเพื่อแก้ไขปัญหาได้ หรือมาตรการทางบริหาร หรือ มาตรการอื่นนั้นไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2) รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติให้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิ และ เสรีภาพของบุคคลในเรื่องนั้นได้

3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมายต้องเป็นไปเพียงเพื่อให้การ ใช้กฎหมายนั้นประสบความสำเร็จ โดยจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนมิได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการทางกฎหมายมหาชน ที่สนับสนุนให้มีการควบคุมบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ เนื่องจากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมักจะกำหนด หลักการไว้เพียงกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองต่อไป เพื่อกำหนดรายละเอียด ซึ่งหากไม่มีกฎหมายที่กำหนดขอบเขตเนื้อหาสาระ รูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎไว้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองก็อาจใช้อำนาจ ในการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎในทางที่ไม่ยุติธรรมได้

²⁵ อภิษย์ กุเมือง, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12, หน้า 50.

2.1.3 แนวคิดลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy of Laws) หรือบางตำราเรียกว่า ลำดับชั้นของกฎหมาย²⁶ หมายความว่า ลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย²⁷ เป็นแนวคิดที่ปรากฏตั้งแต่สมัยกรีกโรมัน เนื่องจากในสมัยนั้นเป็นการเริ่มต้นแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางปกครอง และมีการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน แต่แนวคิดดังกล่าวยังไม่ปรากฏเด่นชัด เนื่องจากกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวัน ส่วนกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประชุมของสภา โคมิเซีย (Comitia) และสภาซีเนต (Senate) ที่จะรู้แค่ว่าใครเป็นผู้ปกครองเท่านั้น แต่ก็ได้รับการยอมรับว่า กฎเกณฑ์ที่ออกโดยสภาโคมิเซียและสภาซีเนต ถือเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายเอกชน และเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยแนวคิดเรื่องกฎหมายเหนือกฎหมาย (Law above Law) ดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนักปราชญ์นักกฎหมาย และนักทฤษฎีการเมืองในขณะนั้น เช่น ซิเซโร (Cicero) และไกอุส (Gaius) เป็นต้น²⁸

ต่อมาในยุคปรัชญาสมัยกลาง โทมัส อไควนัส (Thomas Aquinas) ได้เสนอแนวคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายโดยเชื่อมโยงระหว่างเหตุผลกับเจตจำนงของพระเจ้า ซึ่งโทมัส อไควนัสได้แบ่งกฎหมายออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ กฎหมายนิรันดร์ กฎหมายธรรมชาติ กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ และกฎหมายของมนุษย์ และโทมัส อไควนัสได้อธิบายว่า กฎหมายนิรันดร์ (Eternal Law) ถือเป็นกฎหมายสูงสุด โดยเป็นเหตุผลหรือปัญญาอันศักดิ์สิทธิ์ที่คอยบงการความเคลื่อนไหว หรือการกระทำทั้งปวงในจักรวาล และมีเพียงพระเจ้าเท่านั้นที่ล่วงรู้ถึงกฎหมายนี้ ส่วนกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนิรันดร์ที่สามารถเข้าถึงได้โดยอาศัยเหตุผลอันเป็นคุณสมบัติธรรมชาติที่พระเจ้าประทานให้ ซึ่งมีหลักธรรมที่สำคัญคือ การทำความดีและเว้นความชั่ว โดยที่กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ (Divine Law) หมายถึง กฎเกณฑ์หรือหลักธรรมต่าง ๆ ที่ถูกจารึกไว้ในคัมภีร์ไบเบิล ขณะที่กฎหมายของมนุษย์ (Human Law) หมายถึงกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นมาใช้บังคับในสังคม ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายที่อยู่ก่อนหน้า²⁹ ดังนั้น โทมัส อไควนัส จึงมีความเห็นว่า กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นกฎหมายที่

²⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 34.

²⁷ สมยศ เชื้อไทย. (2550). *คำอธิบายกฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 88.

²⁸ วิษณุ เกรืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 22-25.

²⁹ สิทธิกร ศักดิ์แสง และอภิรดี กิตติสิทโธ. (2563). *ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 72 - 73.

สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ หรือขัดต่อกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผลและประชาชนย่อมมีสิทธิไม่เชื่อฟังผู้ปกครอง (The Right of Disobedience)³⁰

แนวคิดของโทมัส อีโควนัส มีอิทธิพลต่อนักคิด นักกฎหมายในเวลาต่อมา โดยในช่วงคริสต์ทศวรรษ 1940 ฮันส์ เกลเซิน (Hans Kelsen) นักกฎหมายชาวออสเตรีย ได้อธิบายถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นที่สูงกว่า ซึ่ง เกลเซิน มีความเห็นว่า กฎหมายเป็นระบบของลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะก่อให้เกิดกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเป็นลำดับชั้นตกทอดกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น กฎหมายที่ศักดิ์ต่ำกว่าจะสมบูรณ์ในตัวได้เมื่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดต่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้³¹ หรืออาจกล่าวได้ว่า กฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะสมบูรณ์ได้ ก็ต่อเมื่อดำเนินการตรารัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และเนื้อหาของกฎหมายนั้นต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน กฎหมายลำดับรองจะสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อดำเนินการตรารัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ และเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองนั้นไม่ขัดกับกฎหมายที่มีศักดิ์เหนือกว่า³²

แนวความคิดของโทมัส อีโควนัส และฮันส์ เกลเซิน ที่เกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย มีอิทธิพลต่อการจัดลำดับชั้นของกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก แม้แนวคิดเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายจะไม่ปรากฏเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย แต่ก็มีกรยอมรับว่าแนวคิดดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำร่างกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย การยกเลิกกฎหมายรวมทั้งการตีความทางกฎหมายว่าจะใช้กฎหมายฉบับใดบังคับกับข้อเท็จจริงหรือปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยเหตุผลและความจำเป็นของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายนั้น อาจอธิบายได้ว่า³³ ภายใต้หลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) และนิติธรรม (The Rule of Law) องค์กรของรัฐ จะกระทำการใด ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ดังนั้น องค์กรของรัฐแต่ละองค์กรจึงต้องมีกฎหมายที่เป็นกฎหมายในการบังคับใช้กับการกระทำในระบบบริการสาธารณะตามแต่ละระดับ ทำให้ระดับการบังคับใช้กฎหมายมีความแตกต่างกัน จึงจำเป็นต้องมีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย โดยที่รัฐ

³⁰ พนัส ทศนิยานนท์. (2523). ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ. *วารสารอัยการ*, 3(27). หน้า 52-53.

³¹ วุฒิชัย จิตदानุ. (2547). กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือยุโรปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 6(17). หน้า 67.

³² ปิยนุตร แสงกนกกุล. (2559). นิติศาสตร์เพื่อราษฎร. *มติชนสุดสัปดาห์*, ฉบับวันที่ 16 - 22 กันยายน 2559.

³³ ชาญชัย แสงวงศ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 83-84.

แต่รัฐซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองในการปกครองประเทศ สามารถกำหนดประเภทของกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมายได้ตามความเหมาะสม หากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายไว้ชัดเจนครบถ้วน ศาลอาจตีความการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายตามบริบทของสังคม เศรษฐกิจและการเมืองของประเทศ

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีความสำคัญต่อกระบวนการต่างๆ ทางกฎหมายอย่างยิ่ง³⁴ โดยสามารถสรุปผลของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายได้ดังนี้³⁵

1) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะตราออกมาใช้ได้ก็แต่อาศัยอำนาจจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า กล่าวคือ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเป็นกฎหมายแม่บท และกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเป็นกฎหมายลูกบท

2) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะตราออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ ถ้าตรากฎหมายลูกบทออกใช้โดยมีเนื้อหาที่เกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ถือว่ากฎหมายลูกบทนั้นไม่มีผลใช้บังคับ

3) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า จะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ กรณีที่มีการขัดหรือแย้งกันต้องใช้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าบังคับ ไม่ว่ากฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่านั้นจะตราออกใช้ก่อนหรือหลังก็ตาม ส่วนใหญ่กรณี ที่กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันขัดหรือแย้งกัน กฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่เกิดก่อน

2.1.4 ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) เป็นแนวคิดหรือทฤษฎีทางกฎหมายที่เน้นบทบาทความสัมพันธ์ของกฎหมายที่มีต่อสังคม ซึ่งเป็นการพิจารณาถึงเรื่องบทบาทหน้าที่ (Functional) หรือการทำงานของกฎหมาย มากกว่าการสนใจกฎหมายในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระ ซึ่งเป็นนามธรรม (Look move for the working of law than for its abstract)³⁶ โดยเน้นไปที่บทบาทของกฎหมายในการจัดระเบียบผลประโยชน์ของสังคม (Functional Approach)

³⁴ อภิวัฒน์ สุดสา. (2564). ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายระหว่าง “พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ กับ “พระราชบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. *จตุรนิติ*, 18(1), หน้า 97.

³⁵ ทักษิณ ฤกษ์สุด. (2551). “ศักดิ์ของกฎหมาย” ใน *ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 79.

³⁶ Roscoe Pound. (1912). The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 25(6), p.489.

วิธีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมต่าง ๆ (Social Legislation) โดยเฉพาะการสร้างกฎหมายเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมหรืออรรถประโยชน์ของสังคม ดังนั้น รากฐานเชิงปรัชญาของทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาจึงตั้งอยู่บนหลักอรรถประโยชน์ แต่มีใช้อรรถประโยชน์ของปัจเจกบุคคล แต่เป็นอรรถประโยชน์เชิงสังคม (Social Utilitarianism) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า เป็นขั้นตอนที่พัฒนาขึ้นของลัทธิอรรถประโยชน์ตามความหมายเดิม³⁷

จากการเน้นบทบาทของกฎหมายในการสร้างสมดุลซึ่งผลประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคม เพื่อมิให้เกิดการเอาเปรียบกันในหมู่สมาชิกของสังคม ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาจึงเป็นทฤษฎีพื้นฐานของระบบรัฐสังคม (Social State) หรือรัฐที่เน้นความรับผิดชอบของรัฐบาลในการจัดสวัสดิการต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน รวมทั้งการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชน³⁸ โดยทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาได้ส่งผลเปลี่ยนแปลงต่อทัศนคติที่มีต่อระบบกฎหมาย เช่น สร้างแนวความคิดที่ส่งเสริมให้ระบบกฎหมายเน้นประโยชน์ของประชาชนเป็นใหญ่เน้นบทบาทของกฎหมายในการควบคุมสังคม สร้างฐานความคิดทางหลักกฎหมายที่ผลักดันให้มีการตรากฎหมายในเรื่องใหม่ ๆ และมุ่งควบคุมระเบียบของสังคมให้เกิดความสมดุลด้วยการตรากฎหมายป้องกันการผูกขาด เป็นต้น³⁹

เมื่อพิจารณาห้วงยุคของการของทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาแล้ว อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยามีความสำคัญต่อการร่างเนื้อหาสาระของกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย โดยที่ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยามีสาระสำคัญเกี่ยวกับการเน้นบทบาทความสำคัญของกฎหมายที่มีต่อการจัดระเบียบด้านผลประโยชน์ของสังคม โดยเน้นให้การตรากฎหมายของรัฐจะต้องเป็นไปเพื่อการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ของสังคม และจะต้องเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของส่วนรวมมิใช่ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ประกอบกับรัฐควรใช้กลไกทางกฎหมายเพื่อสร้างโครงสร้างทางสังคมให้ตอบสนองความต้องการที่แท้จริงของประชาชนในสังคม ซึ่งจากสาระสำคัญดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การเสนอให้มีกฎหมายก็ดี หรือเมื่อมีกฎหมายออกมาใช้บังคับแล้วก็ดี กฎหมายนั้นควรจะต้องมีกลไกที่คำนึงถึงความต้องการและผลกระทบที่มีต่อประชาชนด้วย⁴⁰ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายของรัฐสภา หรือกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองก็ตาม

³⁷ จริญ โฆษณานันท์. (2547). *นิติปรัชญา (Legal Philosophy)* (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 229.

³⁸ Alant Hunt. (1978). *The Sociological Movement in Law*. London: Macmillan Press. pp. 3-5.

³⁹ จริญ โฆษณานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 37. หน้า 252.

⁴⁰ อภิชัย กุเมือง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 32.

2.1.5 หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมาย ลำดับรอง

หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรือหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า วิธีการปกครองที่ดี ภาษาอังกฤษใช้คำว่า Good Governance เป็นคำซึ่งความหมายนั้นยังไม่แน่นอน เนื่องจากองค์กรต่าง ๆ ให้ความหมายของคำว่า Good Governance แตกต่างกันไป แต่อาจให้ความหมายโดยสรุปได้ว่า หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี หมายถึง วิธีการดำเนินการที่ดีในการจัดการองค์กรอย่างมีคุณธรรม จริยธรรม ภายใต้การดำเนินงานด้วยความโปร่งใส ความรับผิดชอบ สามารถตรวจสอบได้ มุ่งประโยชน์สุขให้เกิดกับประชาชน และการมุ่งจัดสรรทรัพยากรขององค์กรอย่างคุ้มค่าเป็นระบบตามกฎหมาย มีการดำเนินงานที่เป็นระเบียบ มีประสิทธิภาพ เสมอภาค และเป็นธรรม ประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินงานก่อให้เกิดการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวม ตลอดจนมุ่งเน้นผลสัมฤทธิ์ตามภารกิจขององค์กร โดยมีวิธีการดำเนินการที่ประกอบด้วย หลักประสิทธิภาพ หลักประสิทธิผล หลักการตอบสนอง หลักการรับผิดชอบต่อและสามารถตรวจสอบได้ หลักความเปิดเผยและโปร่งใส หลักนิติธรรม หลักความเสมอภาค หลักการกระจายอำนาจ หลักการมีส่วนร่วมและการมุ่งเน้นฉันทามติ และหลักคุณธรรมและจริยธรรม⁴¹

โดยที่คำว่า Good Governance เกิดขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งมีจุดเริ่มต้นมาจากธนาคารโลก (World Bank) ที่ได้ประเมินผลการให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศในทวีปแอฟริกา และได้จัดทำรายงานที่ชื่อว่าจากวิกฤตสู่การเจริญเติบโตที่ยั่งยืนในเมืองซาราอาประเทศแอฟริกาใต้ (Sub – Sahara Africa from Crisis to Sustainable Growth) โดยรายงานเรื่องนี้ได้วิเคราะห์ให้เห็นว่ารากเหง้าของผลงานที่ย่ำแย่ทางเศรษฐกิจในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 จนถึง ค.ศ. 1980 เกิดขึ้นจากความล้มเหลวของรัฐบาล ดังนั้น กุญแจสำคัญประการหนึ่งที่น่าไปสู่ความสำเร็จในการฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจของประเทศที่รับความช่วยเหลือทางการเงิน คือ การที่ประเทศนั้นมี Good Governance และมีการดำเนินการตามนโยบายสาธารณะที่ได้ตกลงไว้อย่างเคร่งครัด ปัจจัยทั้งสองนี้จะทำให้ประเทศเหล่านั้นสามารถพัฒนาไปสู่เสถียรภาพได้อย่างรวดเร็ว และเป็นการพัฒนาที่ยั่งยืน⁴² จากนั้นธนาคารโลกจึงได้มีการปรับนโยบายการให้ความช่วยเหลือทางการเงินให้สอดคล้องกับ

⁴¹ กมลพรรณ พึ่งดวง. (2560). *การบริหารตามหลักธรรมาภิบาลกับประสิทธิผลของสถานศึกษา สังกัดสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาประถมศึกษาสมุทรสาคร*. วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการบริหารการศึกษามหาบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร. หน้า 19-24.

⁴² อรพินท์ สฟโชคชัย. (2541). *สังคมเสถียรภาพและกลไกของภาครัฐที่ดี (Good Governance)*. รายงานที่ตีพิมพ์โดย, ฉบับที่ 20. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. หน้า 4.

หลักธรรมาภิบาลมากขึ้น โดยคำนึงถึงการเสนอให้มีการปฏิรูปบทบาทของรัฐในด้านความยุติธรรม เสริมสร้างความเข้มแข็งด้านนิติบัญญัติและการกระจายอำนาจ⁴³ และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา หน่วยงานต่าง ๆ ก็ให้ความสำคัญเกี่ยวกับ Good Governance เป็นอย่างมาก เช่น คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมสำหรับเอเชียและแปซิฟิกแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific: UNESCAP) สำนักงานโครงการพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Program : UNDP) และองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) เป็นต้น

สำหรับประเทศไทย แนวคิดเกี่ยวกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี เริ่มเป็นที่รู้จักในวงกว้าง ในช่วง พ.ศ. 2540 โดยสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้กำหนดในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 เกี่ยวกับการสร้างระบบบริหารจัดการที่ดีในยุทธศาสตร์การพัฒนาประชารัฐ โดยให้ความสำคัญกับการพัฒนาประสิทธิภาพของภาคราชการ การสร้างความเข้มแข็งแก่ภาคประชาชน เพื่อให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ ตลอดจนการเสริมสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างภาครัฐและประชาชนเพื่อให้เกิดการประสานความร่วมมือในการพัฒนาประเทศ⁴⁴ เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าว เกิดวิกฤตการณ์การเงินในเอเชีย หรือเรียกทั่วไปในประเทศไทยว่า “วิกฤตต้มยำกุ้ง” ซึ่งสาเหตุส่วนหนึ่งเกิดจากการบริหารจัดการในระดับชาติ และระดับองค์กร ทั้งในภาครัฐและเอกชน ที่มีความบกพร่องและขาดประสิทธิภาพ รวมถึงการกระทำผิดทุจริตและขาดจริยธรรม ส่งผลให้ประเทศไทยมีการบังคับใช้และปรับแก้กฎหมายต่าง ๆ เพื่อก่อให้เกิดและเสริมสร้างธรรมาภิบาล ในการบริหารจัดการทุกภาคส่วนภายในประเทศ⁴⁵

ต่อมาได้มีการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542⁴⁶ โดยข้อ 4.2 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดว่า ในการบริหาร

⁴³ กมลพรรณ พึ่งด้วง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 41. หน้า 25.

⁴⁴ อภิษฐ์ กูเมือง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 12. หน้า 52.

⁴⁵ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. (2552). *คู่มือการจัดระดับการกำกับดูแลองค์การภาครัฐตามหลักธรรมาภิบาลของ การบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance Rating)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ. หน้า 1-3.

⁴⁶ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ใช้บังคับเมื่อวันที่ 11 สิงหาคม 2542 ต่อมา มีประกาศระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 9 สิงหาคม 2547 ยกเลิกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีฉบับนี้

กิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดีควรจัดหรือส่งเสริมให้สังคมไทยอยู่บนพื้นฐานของหลักสำคัญอย่างน้อย 6 ประการ ดังนี้

1) หลักนิติธรรม ได้แก่ การตรากฎหมาย กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม เป็นที่ยอมรับของสังคม และสังคมยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ ข้อบังคับเหล่านั้น โดยถือว่าเป็นการปกครองภายใต้กฎหมายมิใช่ตามอำเภอใจหรืออำนาจของตัวบุคคล

2) หลักคุณธรรม ได้แก่ การยึดมั่นในความถูกต้องดีงาม โดยณรงค์ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐยึดถือหลักนี้ในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นตัวอย่างแก่สังคม และส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนพัฒนาตนเองไปพร้อมกัน เพื่อให้คนไทยมีความซื่อสัตย์ จริงใจ ขยัน อดทน มีระเบียบวินัย ประกอบอาชีพสุจริตจนเป็นนิสัยประจำชาติ

3) หลักความโปร่งใส ได้แก่ การสร้างความไว้วางใจซึ่งกันและกันของคนในชาติ โดยปรับปรุงกลไกการทำงานขององค์กร ทุกองค์กรให้มีความโปร่งใส มีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์อย่างตรงไปตรงมาด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ประชาชนเข้าถึงข้อมูลข่าวสารได้สะดวก และมีกระบวนการให้ประชาชนตรวจสอบความถูกต้องชัดเจนได้

4) หลักความมีส่วนร่วม ได้แก่ การเปิด โอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้และเสนอความเห็นในการตัดสินใจปัญหาสำคัญของประเทศ ไม่ว่าจะด้วยการแจ้งความเห็นการไต่สวนสาธารณะ การประชาพิจารณ์ การแสดงประชามติหรืออื่น ๆ

5) หลักความรับผิดชอบ ได้แก่ การตระหนักในสิทธิหน้าที่ ความสำนึกในความรับผิดชอบต่อสังคม การใส่ใจปัญหาสาธารณะของบ้านเมือง และกระตือรือร้นในการแก้ปัญหา ตลอดจนการเคารพในความคิดเห็นที่แตกต่าง และความกล้าที่จะยอมรับผลจากการกระทำของตน

6) หลักความคุ้มค่า ได้แก่ การบริหารจัดการและใช้ทรัพยากรที่มีจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยณรงค์ให้คนไทยมีความประหยัด ใช้จ่ายอย่างคุ้มค่า สร้างสรรค์สินค้าและบริการที่มีคุณภาพสามารถแข่งขันได้ในเวทีโลก และรักษาพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติให้สมบูรณ์ยั่งยืน

ในเวลาต่อมา หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีได้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 มาตรา 3/1⁴⁷ ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการมุ่งเน้นให้

⁴⁷ มาตรา 3/1 การบริหารราชการตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ ความมีประสิทธิภาพความคุ้มค่าในเชิงภารกิจแห่งรัฐ การลดขั้นตอน การปฏิบัติงาน การลดภารกิจ และยุบเลิกหน่วยงานที่ไม่จำเป็น การกระจายภารกิจและทรัพยากรให้แก่ท้องถิ่น การกระจายอำนาจตัดสินใจ การอำนวยความสะดวก และการตอบสนองความต้องการของประชาชน ทั้งนี้โดยมีผู้รับผิดชอบต่อผลของงาน

ส่วนราชการยึดถือหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการ จากนั้นได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 เพื่อกำหนดรายละเอียด หลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รองรับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยปรากฏสาระสำคัญในหลายส่วนของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เช่น มาตรา 65 กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล เพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่างๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว การจัดทำ การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย และมาตรา 76 กำหนดให้รัฐพึงพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานของรัฐอย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยหน่วยงานของรัฐต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำบริการสาธารณะ และการใช้จ่ายเงินงบประมาณมีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน รวมตลอดทั้งพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความซื่อสัตย์สุจริต และมีทัศนคติเป็นผู้ให้บริการประชาชนให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ และปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ รัฐพึงดำเนินการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐ ให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม โดยกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการ ป้องกันมิให้ผู้ใดใช้อำนาจ หรือกระทำการ โดยมีขอบที่เป็นการก้าวท้าว หรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ หรือกระบวนการแต่งตั้งหรือพิจารณาความดีความชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และรัฐพึงจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรมเพื่อให้หน่วยงานของรัฐใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรม สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐในหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว เป็นต้น

การจัดสรรงบประมาณ และการบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักการตามวรรคหนึ่ง

ในการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการ ต้องใช้วิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของผู้ปฏิบัติงาน การมีส่วนร่วมของประชาชน การเปิดเผยข้อมูลการติดตาม ตรวจสอบ และประเมินผลการปฏิบัติงาน ทั้งนี้ตามความเหมาะสมของแต่ละภารกิจ

ด้วยเหตุผลตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า เป้าหมายสำคัญของการบริหารราชการแผ่นดิน คือ ความสงบเรียบร้อยและผาสุกของประชาชน ดังนั้น การตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการดำเนินการต่าง ๆ ทางกฎหมาย จึงสมควรดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามแนวคิดของกฎหมายไทย

การจัดทำบริการสาธารณะ (Public Service)⁴⁸ และการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)⁴⁹ อันเป็นภารกิจของรัฐที่จะต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)⁵⁰ เป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวดเร็ว และส่งผลกระทบต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างน้อยที่สุดนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องมอบหมายให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการจะต้องสามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นได้ ซึ่งการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามแนวคิดของกฎหมายไทยมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาตั้งแต่แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง วิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะสำคัญ และประเภทของกฎหมายลำดับรอง ตลอดจน

⁴⁸ บริการสาธารณะ (Public Service) หมายถึง กิจกรรมที่นิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ประกอบเอง หรือมอบหมายให้เอกชนร่วมดำเนินการด้วยหรือดำเนินการแทน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์. (2560). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 24-41.

⁴⁹ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) เป็นข้อห้ามซึ่งสังคมแก่เอกชน เป็นการแสดงให้เห็นว่าสังคมยอมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้ เพื่อสังคมจะดำรงอยู่ได้ และจะได้คุ้มครอง ปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง. อ้างถึงใน จิต เศรษฐบุตร แก้วไข่มุก โดย ดาราพร ธีระวัฒน์. (2556). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 15.

⁵⁰ ประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) คือ ผลประโยชน์ที่ได้ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ในสังคม โดยผลประโยชน์ที่ว่านี้ไม่ได้มีลักษณะที่ประโยชน์เป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดหรือกลุ่มสมาชิกใดในสังคม แต่ไม่ใช่ว่าทุกคนในสังคมจะได้รับผลประโยชน์สาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน เพียงแค่ตรงกับความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมก็เพียงพอแล้ว. อ้างถึงใน พันวิทย์ โรจนตันติ. (2547). ประโยชน์สาธารณะกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพ. *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา*, 2(2). หน้า 57.

แนวคิดเกี่ยวกับวิธีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามแนวคิดของกฎหมายไทย ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง

แต่เดิมนั้นภารกิจของรัฐจำกัดอยู่เพียงภารกิจขั้นพื้นฐานเท่านั้น โดยข้อความคิดทางการเมืองเสรีนิยมในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17-18 เห็นว่า รัฐควรจะถ่วงลำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด รัฐไม่ควรแทรกแซงวิถีชีวิตทางสังคม เศรษฐกิจของเอกชน แต่เมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการประกอบการต่าง ๆ ของเอกชนเป็นไปอย่างกว้างขวาง ก่อให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบกันในสังคม รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ซึ่งการที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงหรือจำกัดการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้⁵¹

เมื่อมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมายมากขึ้น ในขณะที่ภาระหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามีข้อจำกัดในเรื่องเวลา เนื่องจากสมัยประชุมสภามีระยะเวลาที่สั้น ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตราขึ้น และอยู่ในฐานะที่ทราบวิธีการที่จะทำให้การบังคับการตามกฎหมายมีประสิทธิภาพมากที่สุด ทั้งในแง่ความสะดวกในการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐและการให้บริการประชาชน จึงเป็นการสมควรที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะมอบอำนาจให้ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ⁵² ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามีประสิทธิภาพมากที่สุด

โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายว่าจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนในเรื่องใด หน่วยงานใดเป็นผู้บังคับการตามกฎหมาย มีหลักเกณฑ์และกลไกในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างไร ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดในรูปของพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ หรือที่เรียกโดยรวมว่า กฎหมายลำดับรอง

⁵¹ สิทธิกร ศักดิ์แสง และอภิรดี กิตติสิทโธ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 86-87.

⁵² Bontecou, Eleanor. (1935). Delegation of Powers. *Encyclopaedia of the Social Science*. Seligman. The Macmillan Company. p.65.

(Delegated, Secondary or Subordinate Legislation)⁵³ โดยเรียกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (Act of Parliament) ที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองว่า กฎหมายแม่บท (Parent Act or Primary Legislation) ทั้งนี้ การออกกฎหมายลำดับรองหรือที่เรียกว่า กฎตามกฎหมายไทย อาจออกโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือพระราชกำหนด (Emergency Decree)⁵⁴ ได้ในบางกรณี เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ. 2539 เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง กล่าวคือ เป็นการให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามมาตรา 175⁵⁵ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว และกฎกระทรวง เรื่อง กำหนดค่าอากรและค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการประมง พ.ศ. 2559 ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 เป็นต้น

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องใดแล้ว กฎหมายลำดับรองนั้นย่อมมีผลบังคับเสมือนหนึ่งว่าได้ออกโดยผู้มอบอำนาจ กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่นเดียวกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ เพียงแต่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายแม่บท จึงไม่อาจขัดหรือแย้ง หรือมีเนื้อหาสาระที่เกินไปกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ได้

โดยเหตุผลและความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้แก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอาจอธิบายได้ดังนี้⁵⁶

1) เหตุผลในเรื่องของข้อจำกัดในด้านเวลา เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีภาระในการตรากฎหมายจำนวนมาก และในการตรากฎหมายแต่ละฉบับก็จะอาศัยระยะเวลายาวนาน ขณะที่เวลาปฏิบัติงานของฝ่ายนิติบัญญัติมีอยู่อย่างจำกัด จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมาย

⁵³ ปกรณ์ นิลประพันธ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 1.

⁵⁴ พระราชกำหนด (Emergency Decree) เป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้น โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ที่เห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉิน เพื่อประโยชน์ที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งไม่สามารถตราพระราชบัญญัติมาใช้บังคับให้ทันต่อสถานการณ์

⁵⁵ มาตรา 175 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

⁵⁶ Owen Hood Phillips, Paul Jackson, Patricia Leopold (2001). *Constitutional and Administrative Law*. (8th ed.). London: Sweet&Maxwell. pp.668-669. และ Verac Crabbe. (1993). *Legislative Drafting*, Volum 1. Cavendish. pp.214-215. อ้างถึงใน ประเสริฐ สุขสบาย. (2549). *การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 13-14.

โดยกำหนดเนื้อหาเฉพาะหลักการที่สำคัญ และกำหนดกรอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองที่จะไปออกกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในเรื่องนั้น ๆ

2) เหตุผลในเรื่องของข้อจำกัดในด้านเทคนิคและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีเนื้อหาที่ต้องอาศัยเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านค่อนข้างสูง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถจะกำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียดในทางเทคนิคลงไปในบทบัญญัติของกฎหมายได้

3) เหตุผลในเรื่องของความต้องการ ให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่นสามารถปรับกฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ได้ เนื่องจากในการบัญญัติกฎหมายไม่สามารถจะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้และเป็นการยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ใช้บังคับได้อย่างทันทั่วถึงกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองจึงเป็นการแสดงถึงความยืดหยุ่นของบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและเปลี่ยนแปลงไปโดยไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายแม่บทแต่อย่างใด

4) เหตุผลในเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วน เป็นกรณีที่มีเหตุการณ์ หรือสถานการณ์ฉุกเฉินอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีศึกสงคราม กรณีมีการนัดหยุดงาน การเกิดโรคระบาด และเกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งหากจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายทุกเรื่องแล้วอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะต้องมีอำนาจในการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวได้

ด้วยเหตุผลตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติบางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมายลำดับรอง หากไม่มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียด การใช้บังคับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติย่อมไม่เกิดผลสัมฤทธิ์ ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการออกกฎหมายลำดับรองหรือออกได้ เท่าที่จำเป็นเพื่อความสะดวกในการบริหารงานยุติธรรม ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น มาตรา 20 ทวิ วรรคสาม⁵⁷ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์

⁵⁷ มาตรา 20 ทวิ วรรคสาม หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา

และวิธีการใกล้เคียงของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม เป็นต้น

สำหรับข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรองตามแนวคิดของกฎหมายไทย เท่าที่ถือปฏิบัติสืบต่อกันมา มีข้อจำกัด 3 ประการ คือ⁵⁸

1) ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายแม่บทให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เนื้อหาสาระของกฎหมายลำดับรองจึงต้องอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ และวิธีการออกและวิธีการใช้บังคับกฎหมายลำดับรองต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท เช่น การที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อนจึงจะใช้บังคับได้ หรือกำหนดให้ การออกกฎกระทรวงในเรื่องใดต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตามกฎหมายก่อน และผู้มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองจะต้องเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายนั้น โดยผ่านกระบวนการตามระเบียบปฏิบัติราชการที่มีการกำหนดไว้โดยเฉพาะ เป็นต้น

2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองจะต้องถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เช่น กฎหมายแม่บทบัญญัติว่าหลักเกณฑ์และวิธีการในการประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาตให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง กฎกระทรวงนั้นจะกำหนดได้แต่เพียงหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้ได้รับจะปฏิบัติต่อไป ส่วนโทษของการฝ่าฝืนจะต้องบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายแม่บทว่าผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงต้องมีความผิด เป็นต้น

3) กฎหมายลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบเพื่อการปฏิบัติในข้อปลีกย่อย

อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองไปให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้น ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบไปโดยเด็ดขาด ฝ่ายนิติบัญญัติยังสามารถที่จะกำหนดนโยบายของกฎหมาย หลักการใช้อำนาจ และทิศทางการใช้อำนาจได้ รวมทั้งสามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้ และฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐสภาจะต้องจำกัดขอบเขตบางเรื่องไว้เป็นอำนาจของตน โดยเฉพาะ เนื่องจากการตรากฎหมายเพื่อให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนควรกำหนดโดยรัฐสภา ซึ่งมีสมาชิกประกอบไปด้วย ผู้แทนของประชาชน ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติจึงถูกกำหนดขอบเขตห้ามมิให้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ในกรณีการกำหนดโทษทางอาญา การจัดเก็บภาษี หรือการมอบอำนาจให้ตรากฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลัง เป็นต้น ซึ่ง

⁵⁸ สิงห์ สัมมาชีพ. (2554). ทำอย่างไรให้กฎหมายประกาศใช้ได้จริง (ตอนจบ). *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 13(38). หน้า 10-11.

การจำกัดขอบเขตของการมอบอำนาจดังกล่าวก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง

กฎหมายลำดับรองจึงเป็นเครื่องมือที่เป็นที่ยอมรับของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจในการตรากฎหมายแม่บท (Primary Law) และฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้ยอมรับถึงความจำเป็นในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ และทำให้กฎหมายแม่บทเกิดผลสัมฤทธิ์ ส่วนฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองก็ยอมรับถึงความสำคัญในการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งจะมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติมีความครบถ้วนสมบูรณ์ตรงตามเจตจำนงของพระราชบัญญัติแม่บท⁵⁹ โดยที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกได้ยอมรับถึงประโยชน์และความจำเป็นในการจัดให้มีกฎหมายลำดับรอง โดยเฉพาะประเทศที่มีระบบสังคมนิยมและเศรษฐกิจแบบสังคมนิยม (Socialism)⁶⁰ ซึ่งเป็นประเทศที่รัฐมีงานมากมายในการจัดการกับเศรษฐกิจของชาติ รัฐสภาจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง ทั้งนี้ เงื่อนไขในการยอมรับให้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของแต่ประเทศย่อมแตกต่างกันออกไป⁶¹

2.2.2 วิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะสำคัญ และประเภทของกฎหมายลำดับรอง

โดยที่หลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยของ Montesquieu เป็นเพียงหลักการหรือทฤษฎีทางการเมือง (Political Theory) ซึ่งเป็นแรงบันดาลใจหรือแนวทางในการจัดทำรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ (The Constitution provides) ย่อมนำหลักการหรือทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยคำนึงถึงสถานการณ์ทางการเมืองและวัฒนธรรมที่ดำรงอยู่ในประเทศของตน ทำให้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรี

⁵⁹ สุกิจ สัมฤทธิ์พงษ์. (2563). *กฎหมายลำดับรองที่มีลำดับศักดิ์ตั้งแต่กฎกระทรวงลงมา : พิจารณาในแง่อำนาจในการตราและเงื่อนไขการมีผลใช้บังคับ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.krisdika.go.th. หน้า 1.

⁶⁰ สังคมนิยม (Socialism) หมายถึง ระบบการปกครองที่รัฐเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิตหรือเป็นผู้ประกอบการหลักทางเศรษฐกิจ โดยรัฐมีบทบาทในการสร้างหลักประกันให้แก่สังคมด้วยการเป็นผู้จัดทำบริการสวัสดิการที่จำเป็นแก่ประชาชนโดยตรง ซึ่งระบบสังคมนิยมจะเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ก็ได้. อ้างถึงในจินดารนต์ โพนิกนอก. (2556). *สังคมนิยม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.legacy.orst.go.th. หน้า 1.

⁶¹ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. (2553). *การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

ประชาธิปไตยแต่ละรัฐมีสาระสำคัญทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกันออกไป⁶² ส่งผลให้แนวคิดและวิวัฒนาการของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันในบางเรื่องด้วย

สำหรับวิวัฒนาการ ความหมาย ลักษณะสำคัญ และประเภทของกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทย อธิบายได้ ดังนี้

2.2.2.1 วิวัฒนาการของการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทย

กระบวนการยุติธรรมของไทยในสมัยกรุงสุโขทัยยังไม่มีระบบชัดเจนแน่นอนและไม่ปรากฏว่ามีโรสกาล ในกรณีที่ราษฎรมีข้อพิพาทจะต้องไปถวายฎีกาเพื่อขอความเป็นธรรมจากพระเจ้าแผ่นดินด้วยตนเอง⁶³ ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา กระบวนการยุติธรรมเริ่มมีระบบชัดเจนมากกว่าสมัยกรุงสุโขทัย เห็นได้จากประมวลกฎหมายตราสามดวง ที่ถือกันว่าเป็นกฎหมายเมื่อครั้งกรุงศรีอยุธยา และถือว่าเป็นเอกสารกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าในสมัยกรุงศรีอยุธยานั้นมีทั้งกฎหมายสารบัญญัติ และกฎหมายวิธีสบัญญัติ⁶⁴ โดยเนื้อหาของกฎหมายตราสามดวงนี้มีคุณค่าประการอย่างยิ่งต่อการศึกษาระวัติศาสตร์กฎหมายไทย เพราะสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิด ค่านิยม และบริบทของสังคมไทยที่มีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน

โดยที่แนวคิด ค่านิยม และบริบทของสังคมไทยที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยนั้น ทำให้กฎหมายไทยมีลักษณะเป็นพลวัต (Dynamic) ดังนั้น แนวคิดการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยจึงได้รับการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยด้วย โดยสามารถแยกพิจารณาออกเป็น 2 ช่วงเวลาใหญ่ ๆ คือ ยุคก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 โดยสรุปได้ ดังนี้

1) การจัดให้มีกฎหมายลำดับรองในสมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ตั้งแต่ยุคโบราณมาจนถึงสมัยกรุงรัตน โกสินทร์ตอนต้น กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรม เป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ไม่มีใครเปลี่ยนแปลงได้ โดยพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย และได้้นำแนวความคิดเรื่องความยุติธรรมตามปรัชญาที่ปรากฏในคัมภีร์พระธรรมศาสตร์มาเป็นรากฐานในการออกกฎหมาย ข้อบังคับต่างๆ รวมถึงการพิจารณา

⁶² ชาญชัย แสงศักดิ์. (2564). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 30). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 53.

⁶³ สัจจวัฒน์ เรื่องกาญจน์กุล. (2565). แนวคิดเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมไทยสมัยโบราณ. *วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น*, 6(1). หน้า 234.

⁶⁴ ดิเรก ควรสมาคม. (2558). นิติศาสตร์ไทย : บทวิเคราะห์จากรากฐานในคัมภีร์มานวธรรมศาสตร์ และคัมภีร์พระธรรมศาสตร์. *วารสารมหาวิทยาลัยพายัพ*, 25(2). หน้า 2.

พิพากษาคดีของศาล ซึ่งข้อบังคับต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมนูญ เรียกว่า ราชศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมนูญให้มีผลบังคับใช้ได้ ราชศาสตร์ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองของพระธรรมนูญ

จนกระทั่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามามีอิทธิพลต่อสังคมไทย มีการเปิดรับแนวคิดเรื่องรัฐสมัยใหม่ (Modern State)⁶⁵ และมีการยอมรับเรื่องกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law or Modern Legal System) ซึ่งนำไปสู่การปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมและทันสมัยมากขึ้น แต่เป็นไปในการทำนองการแก้ไข ส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นเรื่อง ๆ ไป มิได้แก้ไขระบบกฎหมายทั้งหมด

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมาก ทั้งในด้านการปกครองและกฎหมาย เช่น เกิดการปฏิรูปกฎหมาย การปฏิรูปการปกครอง และปรับปรุงประเทศให้มีความทันสมัยตามแนวคิดการสร้างชาติแบบตะวันตก นอกจากนี้ยังมีการปรับปรุงระบบบริหารราชการแผ่นดิน โดยการรวมอำนาจการปกครองมาไว้ที่พระมหากษัตริย์ (Centralization) และจัดตั้งกระทรวงต่าง ๆ โดยกำหนดให้มีเสนาบดีเป็นหัวหน้ากระทรวง มีที่ประชุมเสนาบดีเพื่อปรึกษาราชการ เรียกว่า เสนาบดีสภา⁶⁶ และนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการบัญญัติกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป จากที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง มาเป็นการออกกฎข้อบังคับ โดยเสนาบดีกระทรวงต่าง ๆ โดยได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ เพื่อจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวง

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว การใช้พระราชอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของพระมหากษัตริย์ ยังเป็นเช่นเดียวกับ รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทั้งนี้ ทรงมีที่ปรึกษาอยู่ 2 คณะ คือ (1) คณะองคมนตรี หรือเรียกว่า

⁶⁵ รัฐสมัยใหม่ (Modern State) หมายถึง กลุ่มชนที่มีวัฒนธรรมคล้ายคลึงกัน มีความผูกพัน มีความรู้สึกภูมิใจที่เป็นสมาชิกของกันและกัน นอกจากนี้ ยังถือสัญลักษณ์เดียวกัน อย่างเช่น การมีประมุขคนเดียวกัน หรือศาสนา และวัฒนธรรมอย่างเดียวกัน ที่สำคัญ รัฐสมัยใหม่ต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบสำคัญของความเป็นรัฐ 4 ประการ คือ ประชากร ดินแดน รัฐบาล และอำนาจอธิปไตย. อ้างถึงใน ฉัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร. (2554). *รัฐศาสตร์* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 27.

⁶⁶ เสนาบดีสภา มีสมาชิก คือ เสนาบดี อภิรัฐมนตรี ราชเลขาธิการ ซึ่งเทียบตำแหน่งเท่าเสนาบดี. โปรดดู ปรีดีพนมยงค์. (2553). *ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 102.

ปริวิ เคาณัซิด (Privy Council) หรือที่ปรึกษาในพระองค์ และ (2) ที่ประชุมเสนาบดี ซึ่งในสมัยนั้นมีเหตุการณ์สำคัญที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมายของเสนาบดี และได้มีการวางหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการตรากฎหมายไว้ โดยเป็นบรรทัดฐานที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา กล่าวคือ มีคดีพิพาทขึ้นมาสู่กรรมการศาลฎีกา⁶⁷ เป็นประเด็นข้อกฎหมายว่า กฎเสนาบดีว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้าหลวงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 123 นั้น มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจหรือไม่

กรรมการศาลฎีกาได้ตรวจข้อความในพระราชบัญญัติปกครองท้องที่กับข้อความในกฎหมายตามที่อ้างนี้แล้ว มีข้อสงสัยว่า ความในกฎหมายนี้เป็นเพียงข้อบังคับสำหรับการดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หรือว่ามีข้อความนอกเหนือออกไป ต่อมาเมื่อมีการประชุมปรึกษากันแล้ว มีความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า กฎเสนาบดินั้นได้รับพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Royal Government Gazette) แล้ว ย่อมมีผลใช้บังคับได้เสมือนเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457

แนวทางที่สอง เห็นว่า กฎเสนาบดีที่มีข้อความเกินเลยไปจะใช้เป็นกฎหมายไม่ได้ และการตรากฎหมายนั้นเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพราะถ้ากฎหมายมีข้อความนอกเหนือกฎหมายได้แล้วก็จะกลายเป็นว่ากฎหมายสามารถแก้กฎหมายของแผ่นดินได้

ต่อมากรรมการศาลฎีกาได้นำความกราบบังคับทูลขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย และให้พิพากษาว่าตามแบบธรรมเนียมและประเพณีของกรุงสยาม กฎเสนาบดีที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้วก็ต้องนับว่าเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ ยังทรงเห็นว่า การออกกฎหมายควรต้องอาศัยทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ซึ่งว่าโดยนิติประเพณีแห่งกรุงสยามย่อมรวมอยู่ในพระราชอำนาจ ส่วนกฎหมายนั้น ควรให้ออกแต่โดยอาศัยอำนาจของเสนาบดี ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารส่วนเดียวเพียงเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชกำหนดกฎหมาย จะบัญญัติข้อความใดให้ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันกฎหมายนั้นอาศัยเป็นบัญญัติแม่บทนั้นหาควรไม่ และจะวางบทระวางโทษเป็นอาญาและเบี่ยงปรับลงไว้ด้วยก็ไม่ควรดูจกัน แต่การจะย้อน

⁶⁷ กรรมการศาลฎีกา ได้แก่ พระยาศรีสังกร พระยาฤทธิกาบุกรณกิจ พระยานเรนดิบัญญัติพิพากษา สัตยาธิปไตย พระยาพิภพประทุมมาตย์ พระยาเทพวิฑูร พระยาจินดาภิรมณ์ พระยาหริศจันทร์ พระยามโนปกรณนิติธาดา. โปรดดู ประกาศปลดและแต่งตั้งกรรมการศาลฎีกา. (2474, 20 มีนาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 48. หน้า 654.

ไปรื้อถอนแก้ไขกฎหมายเดิมได้ออกไปก่อนแล้ว เข้าหาหลักอันนี้ก็จะเป็นการยุ่งยากมาก ความชอบให้ระงับไว้ต่อเมื่อจะตรากฎหมายขึ้นใหม่ในเบื้องหน้า จึงดำเนินให้เป็นไปตามหลักนี้ จึงทุกราย⁶⁸

แนวคิดเรื่องการออกกฎหมายลำดับรองของไทยจึงมีความชัดเจนมากขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยทรงพระราชวินิจฉัยเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย (Ultra Vires) กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองฉบับใด มีบทบัญญัติที่เกินไปกว่าที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ ย่อมเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายเพราะออกเกินขอบเขตของกฎหมายแม่บท⁶⁹ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับหลักการกระทำทางปกครองจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ได้รับการยอมรับและเป็นพื้นฐานของการออกกฎหมายลำดับรองในยุคต่อมา

2) การจัดให้มีกฎหมายลำดับรองสมัยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ซึ่งนับแต่นั้นเป็นต้นมา อำนาจในการบัญญัติกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไป จากที่อำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมายเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ได้เปลี่ยนมาเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร และพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกจำกัดลง โดยพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 8⁷⁰ ซึ่งกำหนดให้ สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกพระราชบัญญัติทั้งหลาย และมีผลใช้บังคับเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว แต่ถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ภายในกำหนด 7 วันนับแต่วันที่ได้รับพระราชบัญญัตินั้นจากสภาพระมหากษัตริย์ก็มีอำนาจส่งพระราชบัญญัตินั้นคืนมายังสภาผู้แทนราษฎร เพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

⁶⁸ รศารรรถ เกื้อกุลเกียรติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 68-69.

⁶⁹ ประเสริฐ สุขสบาย. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 148.

⁷⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475. มาตรา 8 สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกพระราชบัญญัติทั้งหลาย พระราชบัญญัตินั้น เมื่อกษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้ว ให้เป็นอันใช้บังคับได้ ถ้ากษัตริย์มิได้ประกาศให้ใช้พระราชบัญญัตินั้นภายในกำหนด 7 วันนับแต่วันที่ได้รับพระราชบัญญัตินั้นจากสภา โดยแสดงเหตุผลที่ไม่ยอมทรงลงพระนาม ก็มีอำนาจส่งพระราชบัญญัตินั้นคืนมายังสภา เพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ถ้าสภาลงมติยืนยันตามมติเดิม กษัตริย์ไม่เห็นพ้องด้วย สภามีอำนาจออกประกาศพระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

และถ้าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันตามมติเดิม แต่พระมหากษัตริย์ไม่เห็นพ้องด้วย สภาผู้แทนราษฎรออกประกาศพระราชบัญญัตินั้นไว้บังคับเป็นกฎหมายได้

อนึ่ง การเปลี่ยนแปลงการปกครองในครั้งนี้ไม่มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ยังมีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญการปกครอง เนื่องจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่มีผลทำให้กฎหมายซึ่งออกใช้ในสมัยก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไป ตามหลักการเลิกใช้รัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ทำให้พระราชบัญญัติซึ่งออกใช้ก่อนใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นถูกยกเลิกไปด้วย

อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงอำนาจในการบัญญัติกฎหมายซึ่งแต่เดิมเป็นของพระมหากษัตริย์มาเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎรนี้ ก่อให้เกิดปัญหาบางประการเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ เพราะพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ด้รับรองเพียงกฎหมายที่เป็นพระราชบัญญัติเท่านั้น ส่วนพระราชกฤษฎีกา พระราชกำหนด หรือประกาศพระบรมราชโองการต่าง ๆ ยังไม่แน่ชัดว่ามีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่ เพียงใด แต่ปรากฏว่าในระหว่างที่ใช้พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) ขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรได้ถวายคำปรึกษาแก่พระมหากษัตริย์ ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าวพระราชกฤษฎีกาก็ถือเป็นกฎหมายลำดับรองที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร⁷¹

ทั้งนี้ เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นเพื่อทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งการออกกฎหมายของรัฐมนตรีมีผลเทียบเท่ากับการออกกฎหมายของเสนาบดี นอกจากนี้ มาตรา 56⁷² ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ด้บัญญัติให้ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายซึ่งในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องจะเป็นผู้นำร่างพระราชกฤษฎีกาขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยในพระราชกฤษฎีกานั้น ๆ

⁷¹ รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 72.

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 56 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

จากนั้นจึงนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อบังคับใช้ต่อไป โดยรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ก็ได้มีบทบัญญัติเช่นเดียวกันนี้

การออกกฎหมายลำดับรองตามแนวคิดของกฎหมายไทยภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจด้านนิติบัญญัติด้วยการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ตามกรอบที่พระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทกำหนดไว้

จากนั้นแนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยได้รับการพัฒนาเรื่อยมา ทั้งในด้านการให้ความหมายที่ชัดเจน การอธิบายลักษณะสำคัญของกฎหมายลำดับรอง และการกำหนดประเภทของกฎหมายของลำดับรอง ตลอดจนแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

2.2.2.2 ความหมายและลักษณะสำคัญของกฎหมายลำดับรองตามแนวคิดของกฎหมายไทย

กฎหมายลำดับรองที่เกิดขึ้นตามหลักการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจด้านนิติบัญญัติด้วยการออกกฎหมายลำดับรองตามกรอบที่พระราชบัญญัติแม่บทอันเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้นั้น มีนักกฎหมายมหาชนให้ความหมายอย่างกว้างไว้ว่า⁷³ กฎหมายลำดับรอง หมายถึง บรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะที่เป็น “นามธรรม” (Abstract) และใช้บังคับ “เป็นการทั่วไป” (General) โดยองค์การของรัฐที่ใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหาร หรือโดยนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่อำนาจปกครองตนเอง เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐ ทั้งนี้ ไม่หมายความรวมถึง การตราพระราชกำหนด และอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายลำดับรองคือ กฎหมายบริหารบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น โดยเรียกกฎหมายกลุ่มนี้ว่า “กฎ” หรืออาจเรียกว่า “กฎองค์การบัญญัติ” เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็นต้น

การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีบทนิยามคำว่า “กฎ” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารได้มีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจเรียกว่ากฎหมายลำดับรอง กฎอนุบัญญัติ หรือกฎองค์การบัญญัติ ซึ่งได้แก่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ และข้อกำหนด แต่ต่อมาเมื่อมีการนิยามคำว่า “กฎ” ในกฎหมายว่าด้วยวิธี

⁷³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 269.

ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ไว้อย่างชัดเจนแล้ว การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารในปัจจุบันจึงอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้⁷⁴

โดยที่ มาตรา 5⁷⁵ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3⁷⁶ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามของคำว่า “กฎ” ไว้ โดยมีข้อความเดียวกันว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าว ข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” คือนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “..... พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ” เป็นเพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้น⁷⁷

กฎหมายลำดับรองหรือที่เรียกว่ากฎตามกฎหมายไทยจึงหมายถึงบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ ซึ่งฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองประสงค์ที่จะให้มีการยอมรับและปฏิบัติตาม (Compliance) เป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม โดยอาจเรียกว่า พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) กฎกระทรวง (Ministerial Regulation)

⁷⁴ ประเสริฐ สุขสบาย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 56, หน้า 17-18.

⁷⁵ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

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

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁶ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

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

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁷ วรพจน์ วิสสุต พิษณุ, (2547). หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. *คู่มือการศึกษาวิชชากฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 170.

ประกาศกระทรวง (Notification of a Ministry) ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Local Ordinance) ระเบียบ หรือข้อบังคับก็ได้

เมื่อพิจารณาความหมายของกฎตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ากฎมีลักษณะสำคัญสองประการ ดังนี้⁷⁸

ประการแรก บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทเช่น ผู้ใด ข้าราชการ คนต่างด้าว เป็นต้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎ

ประการที่สอง บุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทตามลักษณะประการแรกนั้น จะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้เป็นนามธรรม กล่าวคือ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำต่อไปเรื่อย ๆ เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถยนต์โดยสารประจำทาง ผู้ขับขี่รถยนต์จะต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการครูต้องแต่งเครื่องแบบข้าราชการมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น⁷⁹

อนึ่ง ก่อนที่จะใช้บังคับกฎหมายลำดับรองหรือกฎจะต้องมีการประกาศให้บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการได้รู้ล่วงหน้าก่อน ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า (Fair Warning) เพื่อที่บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรองหรือกฎ หรือไม่ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองหรือกฎ⁸⁰

2.2.2.3 ประเภทของกฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย

จากบทนิยามของกฎหมายลำดับรองหรือกฎตามที่ได้กล่าวไปแล้วนั้นสามารถแบ่งประเภทของกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ออกเป็น 7 ประเภท ดังนี้

1) พระราชกฤษฎีกา

กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยมักจะบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 56 และได้มีการบัญญัติบทบัญญัติเช่นว่านี้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับเรื่อยมา โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁷⁸ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2545). การกระทำทางปกครอง. *อาชญากรรมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์*. กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย. หน้า 134.

⁷⁹ Jean Rivero and Jean Waline. (2004). *Droit Administrative* (20th ed.). Paris: Dalloz. p. 339.

⁸⁰ สิทธิกร ศักดิ์แสง และอภิรดี กิตติสิทโท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 92.

พุทธศักราช 2560 มาตรา 175 ก็ได้บัญญัติรับรองพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาไว้

บทบัญญัติดังกล่าวมีที่มาจากพระราชอำนาจเดิม (Royal Prerogative) ของพระมหากษัตริย์ที่ทรงตรากฎหมายในรูปแบบใดก็ได้ เพื่อบังคับใช้แก่ประชาชน แต่เมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยถือว่าพระราชอำนาจในการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์นี้เป็นพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ⁸¹

โดยในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องจะเป็นผู้นำร่างพระราชกฤษฎีกาขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงตราพระราชกฤษฎีกานั้น ๆ จึงกล่าวได้ว่า พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารซึ่งประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และการใช้พระราชอำนาจนี้จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลาย อันได้แก่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติไม่ได้

ตามประเพณีการปกครองของไทยถือว่า พระราชกฤษฎีกาอาจตราขึ้นได้ใน 3 กรณี คือ⁸²

กรณีแรก รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกา ในกิจการสำคัญที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจกรรมทางการเมือง เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น โดยที่พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้จะเป็นกฎหมายตามแบบพิธีมากกว่ากฎหมายตามแบบเนื้อหา เพราะไม่ได้มีบทกำหนดโทษหรือกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน เพียงแต่เป็นวิธีการที่ต้องอาศัยการดำเนินการของฝ่ายบริหาร

กรณีที่สอง พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เพื่อกำหนดรายละเอียดสำคัญของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ พระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้จึงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท

⁸¹ ปรีชา สุขะ. (2557). *ปัญหาการควบคุมและตรวจสอบการออกกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง ศึกษากรณีการพิทักษ์กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 64.

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 65.

กรณีที่สาม เป็นพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่อง⁸³ ในกรณีนี้จะไม่มีบทมาตราใดโดยเฉพาะของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ดังกรณีแรก และไม่มีมาตราใดโดยเฉพาะของพระราชบัญญัติกำหนดไว้ดังกรณีที่สอง แต่เป็นการใช้อำนาจทั่วไปที่รัฐธรรมนูญให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้บังคับในฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นเรื่องทั่วไปที่ไม่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรงและไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบค่าเช่าบ้านของข้าราชการ พ.ศ. 2483 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยอัตราค่าพาหนะและเบี้ยเลี้ยงเดินทาง พ.ศ. 2479 พระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการไว้ทุกข์ในพระราชสำนัก พ.ศ. 2485 เป็นต้น

สำหรับการฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บท ย่อมถือได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายแม่บท และต้องรับโทษตามกฎหมายแม่บทนั้น หากกฎหมายแม่บทกำหนดเป็นความผิดไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ถือกันมาตลอดว่า เรื่องสำคัญที่จะกระทบต่อเสรีภาพ (Liberty) ของประชาชน เช่น กรณีการกำหนดความผิดและโทษก็ดี การจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้ไว้ก็ดี ล้วนเป็นอำนาจของรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยฝ่ายบริหารจึงไม่อาจกำหนดสิ่งเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง⁸⁴

2) กฎกระทรวง

กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) เป็นกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งรักษาการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ เป็นผู้ออกกฎกระทรวงดังกล่าว เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ กล่าวคือพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ และให้ออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดต่อไป⁸⁵

พระราชบัญญัติส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจออกกฎกระทรวงและองค์กรผู้รับมอบอำนาจในการออกกฎกระทรวงไว้เสมอ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการณตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและประกาศ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่าต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ชัดเจนจึงจะออกกฎกระทรวงได้

⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 87.

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 88.

⁸⁵ หุุด แสงอุทัย. (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: ประกายพริก. หน้า 60.

กฎกระทรวงนั้นแต่เดิมเรียกว่ากฎเสนาบดี เนื่องจากในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ได้มีการมอบอำนาจให้ เสนาบดีออกกฎหมายลำดับรอง เรียกว่า กฎเสนาบดี แต่มีกฎเสนาบดีบางฉบับที่พระราชบัญญัติกำหนดให้ เสนาบดีต้องถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงตรวจสอบก่อน และเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชานุญาต และประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติด้วย เช่น มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 บัญญัติว่า ให้เสนาบดีผู้บัญชาการท้องที่มีอำนาจที่จะตั้งกฎข้อบังคับสำหรับจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้ากฎนั้นได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตและประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็ให้ถือว่าเป็นเสมือนหนึ่งในพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงในลักษณะนี้จึงมีค่าบังคับเสมือนพระราชบัญญัติ

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ได้ยอมรับว่ากฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรอง แต่รัฐบาลในขณะนั้นไม่ยินยอมให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงของตนเอง แม้จะมีพระราชบัญญัติกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ ก็ตาม จึงได้วางแนวปฏิบัติไว้ว่า ให้ส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อนเสมอ จนกลายเป็นประเพณีปฏิบัติที่กระทำสืบทอดกันมาอย่างยาวนาน จนกระทั่งมีการประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 การเสนอร่างกฎกระทรวงเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี จึงเปลี่ยนมาเป็นการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด คือ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (5)⁸⁶ แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 สำหรับเงื่อนไขการมีผลใช้บังคับของกฎกระทรวงยังเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติแม่บทกำหนดไว้ซึ่งมักมีแนวทางในการบัญญัติเงื่อนไขว่า ให้มีการประกาศกฎกระทรวงในราชกิจจานุเบกษา⁸⁷

ดังนั้น กฎกระทรวงจึงเป็นกฎหมายลำดับรองหรือกฎที่ออกโดยรัฐมนตรีผู้รักษาการและจะมีผลใช้บังคับได้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว โดยไม่ต้องได้รับการลงพระปรมาภิไธยจากพระมหากษัตริย์เสียก่อน แต่จะต้องให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในหลักการก่อน รัฐมนตรีเจ้ากระทรวงจึงจะออกกฎกระทรวงได้

⁸⁶ มาตรา 4 การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้

๑ล๑

๑ล๑

(5) ร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

๑ล๑

๑ล๑

⁸⁷ สุกิจ สัมฤทธิ์ผ่อง. (2563). อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 59. หน้า 1.

กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี และ กฎ ก.พ. เป็นต้น สาเหตุที่ไม่เรียกว่ากฎกระทรวงเนื่องจากผู้มีอำนาจออกกฎดังกล่าวไม่ใช่รัฐมนตรี เจ้าสังกัดกระทรวง แต่เป็นส่วนราชที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งก็ต่างกันเพียงชื่อ หลักเกณฑ์การถือปฏิบัติทุกอย่างเช่นเดียวกับกฎกระทรวง สำหรับกฎสำนักนายกรัฐมนตรีในระยะหลังนี้ แม้กฎหมายนั้นจะมี นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการแต่ก็จะไม่เรียกกฎสำนักนายกรัฐมนตรีกันอีก แต่จะเรียกว่า กฎกระทรวงเหมือนกัน ส่วนกฎทบวง เนื่องจากการปฏิรูประบบราชการที่ผ่านมาทำให้ไม่มี ทบวงมหาวิทยาลัย จึงไม่มีการออกกฎทบวงอีก ส่วนกฎหมายลำดับรองที่เป็นการกำหนดอำนาจ ขององค์กร เช่น กฎ ก.พ. หรือ กฎ ก.ค. มีลักษณะแตกต่างจากกฎกระทรวงในขอบเขตที่ใช้บังคับ ซึ่งใช้เจาะจงกับข้าราชการประเภทนั้น ไม่ได้ใช้กับประชาชนทั่วไป⁸⁸

เมื่อพิจารณา กฎกระทรวงเปรียบเทียบกับพระราชกฤษฎีกา พบว่ามีความแตกต่างกัน 3 ประการ⁸⁹ คือ

ประการแรก กฎกระทรวงเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ส่วนพระราชกฤษฎีกาเป็นอำนาจของรัฐบาลร่วมกับพระมหากษัตริย์

ประการที่สอง เนื้อหาของกฎกระทรวงเป็นการกำหนดรายละเอียดที่ไม่ใช่สาระสำคัญ ส่วนเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดที่เป็นสาระสำคัญ ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท

ประการที่สาม กฎกระทรวงตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ส่วนพระราชกฤษฎีกาตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ เพื่อเรื่อง ที่สำคัญบางเรื่อง แล้วแต่กรณี

3) ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวง (Notification of a Ministry) เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายปกครองซึ่งรัฐมนตรีเจ้าของกระทรวงเป็นผู้มีอำนาจออกประกาศกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ และมีผลใช้บังคับแก่ประชาชนเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎกระทรวง แต่มีข้อแตกต่างคือ ประกาศกระทรวงจะมีเนื้อหาในเรื่องที่เป็นรายละเอียดที่สำคัญน้อยกว่ากฎกระทรวง โดยรัฐมนตรีเจ้าของกระทรวงมีอำนาจออกประกาศกระทรวงเองได้โดยลำพัง โดยไม่จำเป็นต้อง

⁸⁸ ประเสริฐ สุขสบาย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 28-29.

⁸⁹ เกรียง ไกรเจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 250-251.

ขอความเห็นชอบในหลักการจากคณะรัฐมนตรีก่อนเหมือนเช่นกฎกระทรวง เพื่อให้รัฐมนตรีมีความอิสระและความคล่องตัวในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้⁹⁰

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ประกาศกระทรวงเป็นเพียงคำสั่ง หรือคำประกาศให้ประชาชนทราบเรื่องใดเรื่องหนึ่งของราชการ เป็นประกาศของเสนาบดีแต่ไม่ใช่รูปแบบของกฎหมาย แต่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ในการตราพระราชบัญญัติของรัฐสภา อาจมีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่รัฐสภากำหนดไว้⁹¹ เช่น ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง ให้ผู้ประกอบการพาณิชย์กิจต้องจดทะเบียน (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2553 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์ พ.ศ. 2499 มาตรา 8 ที่กำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนด เป็นครั้งคราว โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาว่า พณิชย์กิจใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 ในท้องที่ใด ผู้ประกอบการพาณิชย์กิจจะต้องจดทะเบียนพาณิชย์ เป็นต้น

หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งหรือหลายกระทรวง เป็นผู้ได้รับมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับ ในรูปแบบของประกาศ ประกาศนั้นจะเรียกชื่อว่า ประกาศกระทรวง ถ้ารัฐมนตรีว่าการทบวงมหาวิทยาลัยเป็นผู้ออกประกาศ ประกาศนั้นก็เรียกชื่อว่า ประกาศทบวง และกรณีที่ประกาศนั้นออกโดยนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าส่วนราชการสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ประกาศดังกล่าวก็จะเรียกชื่อว่า ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี โดยเนื้อหาของประกาศกระทรวงอาจเป็นข้อความที่ทางกระทรวงต้องการแจ้งให้ประชาชนรับทราบ หรือวางแนวทางให้หน่วยงานในกระทรวงปฏิบัติตาม

4) ข้อบัญญัติท้องถิ่น

ภายใต้หลักการกระจายอำนาจ (Decentralization)⁹² องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Government Organization) ย่อมมีอำนาจกำหนดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายให้มีผลใช้บังคับในเรื่องหรือในท้องที่ที่รับผิดชอบตามที่กฎหมายแม่บทว่าด้วยการกระจายอำนาจให้ไว้ซึ่งเรียกโดยรวม

⁹⁰ สุวีเอนทร์ ศรีสังข์. (2559). *ปัญหาทางกฎหมายของหนังสือกำหนดแนวทางปฏิบัติราชการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 69

⁹¹ กาญจนา ภูประดับกฤต. (2556). *การตรวจสอบความคุ้มค่าก่อนการออกกฎในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 16.

⁹² การกระจายอำนาจ (Decentralization) เป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ให้แก่ท้องถิ่น หรือองค์กรอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรแห่งราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินงานด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือองค์กรนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมเท่านั้น. อ้างถึงใน ประยูร กาญจนดุล. (2523). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 129.

ว่า ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Local Ordinance) ซึ่งมีความหมายว่า กฎซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้น

โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย มี 2 รูปแบบใหญ่ๆ คือ

(1) การปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป เป็นรูปแบบการปกครองท้องถิ่นที่มีอยู่ทั่วประเทศทุกจังหวัด ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และองค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.)

(2) การปกครองท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ดังนั้น กฎเกณฑ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปตามประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา เป็นต้น โดยข้อบัญญัติแต่ละประเภทจะออกโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติที่แตกต่างกันออกไป

5) ระเบียบ

ระเบียบเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อกำหนดเรื่องที่เป็นรายละเอียด ในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วการบังคับใช้ระเบียบไม่ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ระเบียบจึงมีผลใช้บังคับเมื่อผู้มีอำนาจในการออกระเบียบนั้นลงนามในร่างระเบียบ⁹³ ซึ่งเมื่อพิจารณาอำนาจในการออกระเบียบแล้วพบว่าสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ และระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชา

ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ เป็นกรณีที่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ กำหนดให้ส่วนราชการระดับกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่าง ๆ มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการ ซึ่งเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานประจำของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการบริหารราชการ⁹⁴

ส่วนระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาเป็นระเบียบที่หัวหน้าหน่วยงานนั้น ๆ ออกมาใช้บังคับเป็นการภายในของหน่วยงาน ไม่มีผลบังคับถึงประชาชน

⁹³ กมลชัย รัตนสกวาศ์. (2538). กฎหมายลำดับรองของประเทศไทย. *วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย*, 16(1). หน้า 78.

⁹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ. (2535). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 91.

ทั่วไป เป็นการออกโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทใด แต่อาศัยอำนาจ บังคับบัญชา⁹⁵ ซึ่งผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจเสนอแนะหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบแบบแผน และเป็นธรรมเนียมกล่าวได้ว่า เป็นอำนาจอิสระของผู้บังคับบัญชาที่จะออกระเบียบโดยไม่ต้องมีการมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทฉบับใด เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ไม่มีการอ้างบทอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับรองฉบับใด มีเพียงการอ้างถึงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องออก ระเบียบนั้น เช่น เพื่อให้เป็นระเบียบเดียวกัน เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงานยิ่งขึ้น หรือเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นให้เหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายแม่บท⁹⁶

6) ข้อบังคับ

ข้อบังคับเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท หรือโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา โดยเนื้อหาของข้อบังคับจะมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดให้เหมาะสมกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่าประกาศกระทรวง เช่น มาตรา 23 (1) แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 กำหนดให้คณะกรรมการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีอำนาจวางข้อบังคับเกี่ยวกับการสร้าง ชื่อ จัดหา จำหน่าย เช่า ทรัพย์สินใด ๆ และคณะกรรมการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้อาศัยอำนาจดังกล่าวออกข้อบังคับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ว่าด้วยการชื่อ ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2543

7) บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

โดยที่บทนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 คือ บทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น บทบัญญัติใดที่ไม่ใช่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ แต่เนื้อหาสาระของบทบัญญัตินั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ บทบัญญัตินั้นย่อมมีสถานะเป็นกฎ ทั้งนี้ ไม่หมายความว่ารวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บท อันได้แก่พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

⁹⁵ ธานีรินทร์ กรีวิเชียร และอภิชน จันทระเสน. (2547). *คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 79.

⁹⁶ สุรีเษนทร์ ศรีสังข์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 73

ประมวลกฎหมาย หรือพระราชกำหนด หรือประกาศของคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ

ตัวอย่างบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ และมีสถานะเป็นกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ซึ่งรับทราบมติของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีให้จ่ายเงินเพิ่มพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นพนักงานในตำแหน่งสายงานหลักซึ่งหาบุคลากรทดแทนได้ยาก และปฏิบัติงานด้าน Science and Technology ซึ่งเคยได้รับเงินเพิ่มเติมพิเศษอยู่เดิมก่อนที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ระงับการจ่าย และมีตำแหน่งต่ำกว่าระดับผู้อำนวยการฝ่ายหรือตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกซึ่งเป็นอย่างอื่นลงมา มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรอง⁹⁷

โดยสรุป รูปแบบของกฎหมายลำดับรองมีหลายประเภท จึงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมในการกำหนดรูปแบบกฎหมายลำดับรองที่จะนำมาใช้ด้วย กล่าวคือ ถ้าเป็นการออกกฎหมายลำดับรองที่มีความสำคัญในระดับการใช้พระราชบัญญัติก็ควรตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งมีนายกรัฐมนตรีรับสนองพระบรมราชโองการ ถ้าเป็นการออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับทั่วไปก็ควรเป็นกฎกระทรวงเพื่อให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะได้พิจารณาเห็นชอบ ถ้าเป็นการออกกฎหมายลำดับรองในระดับนโยบายของกระทรวงก็ควรออกเป็นประกาศของรัฐมนตรี และถ้าเป็นการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานประจำของเจ้าหน้าที่ก็อาจทำเป็นระเบียบของหน่วยงาน หรืออาจทำเป็นข้อบังคับ แล้วแต่กรณี⁹⁸

2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับวิธีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองตามแนวคิดของกฎหมายไทย

ตามที่ได้กล่าวถึงหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐที่เป็นข้อความคิดพื้นฐานทางทฤษฎีในการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ตลอดจนแนวคิดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา และหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ที่สนับสนุนให้มีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ พบว่ากฎหมายไทยได้มีการพัฒนาแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายดังกล่าวมาสู่แนวคิดเกี่ยวกับวิธีการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจอธิบายได้ดังนี้

⁹⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2548

⁹⁸ สิงห์ สัมมาชีพ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 58. หน้า 11.

2.2.3.1 แนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

ศาลปกครอง (Administrative Court) เป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 276⁹⁹ และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีฐานะเทียบเท่าศาลยุติธรรมและมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครอง การละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิด หรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นคดีพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการ

การควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองจะเป็นการควบคุมเฉพาะเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยแบ่งออกเป็นสองลักษณะ ดังนี้¹⁰⁰

1) การควบคุมแบบนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle) เป็นการควบคุมในกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น เพียงแต่องค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ออกกฎหมายใช้บังคับ ผู้มีส่วนได้เสียจากกฎที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองประกาศใช้บังคับก็สามารถยื่นฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่ต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นมาก่อนแต่อย่างใด

2) การควบคุมแบบรูปธรรม (konkrete Normenkontrolle) เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วและศาลจะต้องบังคับกฎที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในคดีนั้น และมีประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณาดูว่ากฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁹⁹ มาตรา 276 วรรคแรก ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรืออยู่ในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

¹⁰⁰ กมลชัย รัตนสากววงศ์. (2543). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 141.

สำหรับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎแล้ว และไม่ว่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎนั้นจะมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ หากกฎหมายลำดับรองหรือกฎนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ หรือผู้ที่ถูกกระทบ สิทธิสามารถนำข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองหรือกฎยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)¹⁰¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่หากกฎที่ฟ้องขอให้เพิกถอนเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อนึ่ง หากเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎในเรื่องใด แต่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง กลับละเลย เพิกเฉย ไม่เร่งดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎตามที่ได้รับมอบหมายนั้นกรณีเช่นนี้ศาลปกครองจะไม่สั่งการให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปดำเนินการออกกฎหรือกระทำกรอย่างหนึ่งอย่างใด เพราะถือว่าการออกคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลจะต้องไม่เป็นการก้าวล่วงการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง

2.2.3.2 แนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายปกครองโดยกลไกของรัฐสภา

ในพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง ๆ มักจะมีบทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบหมายให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปดำเนินการกำหนดรายละเอียดและกฎเกณฑ์ทางเทคนิคที่จำเป็น เพื่อให้พระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ มีผลใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากกฎหมายลำดับรองหรือกฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมี ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย

¹⁰¹ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอน โดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับ ประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

กฎหมายลำดับรองหรือกฎนั้นอาจถูกเพิกถอน โดยองค์กรตุลาการได้และในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจตราพระราชบัญญัติออกมาเพื่อใช้บังคับแทน

หากเป็นปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎล่าช้า หรือเป็นปัญหาในเรื่องอื่น ๆ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎโดยวิธีการต่าง ๆ ตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา เช่น

1) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอาจกำหนดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎภายในระยะเวลาเร่งรัด (Delai Indicative)¹⁰² ซึ่งมักกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลของพระราชบัญญัติ

2) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาสามารถควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้โดยการตรากฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายลำดับรองหรือกฎภายหลังเมื่อกฎหมายลำดับรองหรือกฎนั้นมีผลใช้บังคับแล้ว

3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาอาจควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้โดยวิธีการตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรี (Interpellation)¹⁰³ ตามบทบัญญัติมาตรา 150 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹⁰² ระยะเวลาเร่งรัด (Delai Indicative) ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดกำหนดให้ผู้อยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้นกระทำการหรืองดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่มิได้กำหนดผลว่าถ้าหากไม่กระทำหรืองดเว้นกระทำการใดภายในระยะเวลาที่กำหนดจะส่งผลต่อความชอบด้วยกฎหมายอย่างไร กล่าวคือ ไม่มีสภาพบังคับของกฎหมายใดๆ ว่า หากไม่กระทำหรืองดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้ว จะส่งผลให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่มีอำนาจกระทำการต่อไปหรือบุคคลนั้นสูญเสียสิทธิหรือไม่อาจก่อตั้งสิทธิได้. อ้างถึงใน รุ่งทิภา วิสม. (2562). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคุณสมบัติและระยะเวลาในการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 115.

¹⁰³ กระทู้ถาม (Interpellation) คือ คำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาตั้งขึ้น เพื่อถามรัฐมนตรีเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือนโยบายที่เกี่ยวกับงานในหน้าที่ของรัฐมนตรี โดยต้องระบุว่าจะให้ตอบในราชกิจจานุเบกษาหรือให้ตอบในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อ ให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบตอบ ซึ่งการที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตั้งกระทู้ถามนั้นเป็นวิธีการควบคุมการทำงานของรัฐบาลอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญ โดยถือว่าเป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลที่จะต้องตอบข้อซักถามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกี่ยวกับงานในหน้าที่ในฐานะผู้รับผิดชอบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน. อ้างถึงใน สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. (2564) *คู่มือการร่างกระทู้ถามและญัตติ (ฉบับปรับปรุง) พ.ศ. 2564*. กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1.

พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถาม รัฐมนตรีในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่โดยจะถามเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ ตามข้อบังคับการประชุมแห่งสภานั้น ๆ ซึ่งอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีการตั้งกระทู้ถามด้วยวาจาโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าไว้ด้วย อันเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยมาโดยตลอด

2.2.3.3 แนวทางของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง

ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลซึ่งประกอบด้วยคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์ประกอบของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล เช่น กระทรวง ทบวง กรม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐประเภทอื่น จะต้องตระหนักและเร่งรัดให้มีการตรากฎหมายลำดับรองหรือกฎที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเองให้มีผลใช้บังคับโดยเร็วอย่างถูกต้องทั้งเนื้อหาและขั้นตอนการตรากฎหมาย เพื่อให้พระราชบัญญัติแม่บทเกิดผลสัมฤทธิ์

จากการศึกษาพบว่า รัฐบาลแต่ละยุคสมัยต่างก็ตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายลำดับรอง โดยมีการออกมาตรการต่างๆ เช่น¹⁰⁴

1) การมีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 136/2548 ลงวันที่ 18 เมษายน 2548 เรื่องแต่งตั้ง คณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรี รวม 6 คณะ และการประกาศใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการจัดทำและการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2549 เพื่อแบ่งเบาภาระงานของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเพื่อให้ร่างอนุบัญญัติบางประเภท คือ ร่างระเบียบ ร่างประกาศ และร่างข้อบังคับได้รับการตรวจพิจารณาและประกาศใช้บังคับได้เร็วยิ่งขึ้น

2) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2549 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่แจ้งยืนยันผลการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายและร่างกฎหมายลำดับรองภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มิฉะนั้น ให้ถือว่าได้ให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายและร่างกฎหมายลำดับรองนั้น

3) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2559 กำหนดแนวทางในการเสนอร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติว่า หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องเสนอแผนการจัดทำกฎหมาย

¹⁰⁴ สุกิจ สัมฤทธิ์ผ่อง. (2563). *กฎหมายลำดับรองที่ออกตามพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องทางเทคนิคโดยแท้ หรือเป็น เรื่องที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก : มุมมองด้านนิตินโยบาย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.krisdika.go.th. หน้า 1-4.

ลำดับรองที่ต้องตราขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติและกรอบระยะเวลา เพื่อให้คณะรัฐมนตรีรับทราบ และเพื่อประโยชน์ในการติดตามการออกกฎหมายลำดับรอง

อย่างไรก็ตาม มาตรการภายในของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการเร่งรัดการออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวข้างต้น ยังไม่เพียงพอต่อการกระตุ้นให้หน่วยงานของรัฐตระหนักถึงความสำคัญของการออกกฎหมายลำดับรอง จนกระทั่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มีผลใช้บังคับฝ่ายบริหารจึงให้ความสำคัญกับการออกกฎหมายลำดับรองมากขึ้น เช่น

1) คณะรัฐมนตรีในการประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2563¹⁰⁵ มีมติรับทราบและเห็นชอบให้หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบการบังคับใช้กฎหมาย เร่งตรวจสอบกฎหมายในความรับชอบว่า มีกรณีที่ต้องมีการออกกฎหรือดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อที่ประชาชนจะสามารถปฏิบัติตามกฎหมายหรือได้รับสิทธิประโยชน์จากกฎหมาย เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 หรือไม่ หากมี ต้องเร่งออกกฎหรือดำเนินการใดให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา ดังนี้

(1) ภายในวันที่ 27 พฤศจิกายน 2566 สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนวันที่ 27 พฤศจิกายน 2566 สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนวันที่ 27 พฤศจิกายน 2562

(2) ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 เป็นต้นไป

ทั้งนี้ ในการออกกฎดังกล่าว หน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงระยะเวลาในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี และระยะเวลาที่จะส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาด้วย ทั้งนี้ ต้องไม่น้อยกว่า 90 วัน ก่อนวันครบกำหนดดังกล่าว

และในร่างกฎหมายหรือกฎที่หน่วยงานของรัฐจะจัดทำขึ้น ไม่ต้องกำหนดบทบัญญัติเร่งรัดการออกกฎหรือการดำเนินการอื่นใดซึ่งมีเนื้อหาลักษณะเดียวกันไว้อีกเนื่องจากเป็นการกำหนดซ้ำซ้อนและอาจขัดหรือแย้งกันได้

2) คณะรัฐมนตรีในการประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 19 มกราคม 2564¹⁰⁶ มีมติรับทราบและเห็นชอบให้มอบหมายหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบการบังคับใช้กฎหมาย ตรวจสอบกฎหมายในความรับผิดชอบว่า มีกรณีที่ต้องมีการออกกฎหรือดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด

¹⁰⁵ การประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2563 ณ ตึกสันติไมตรี (หลังนอก) ทำเนียบรัฐบาล.

¹⁰⁶ การประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 19 มกราคม 2564 ณ ห้องประชุม 501 ตึกบัญชาการ 1 ทำเนียบรัฐบาล.

เพื่อที่ประชาชนจะสามารถปฏิบัติตามกฎหมายหรือได้รับสิทธิประโยชน์จากกฎหมายหรือไม่ โดยให้เร่งให้ออกกฎหมายหรือดำเนินการดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังนี้

(1) ภายในวันที่ 27 พฤศจิกายน 2566 สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนวันที่ 27 พฤศจิกายน 2566 สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนวันที่ 27 พฤศจิกายน 2562

(2) ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ สำหรับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 เป็นต้นไป

ทั้งนี้ ในการออกกฎหมายหรือดำเนินการดังกล่าวหน่วยงานของรัฐต้องคำนึงถึงระยะเวลาในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี รวมตลอดทั้งระยะเวลาที่เหมาะสมในการออกกฎหมายนั้นด้วย

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองของต่างประเทศ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) ของประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยจะบัญญัติให้การใช้อำนาจอธิปไตยต้องวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ โดยที่ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามตัวบทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ดังนั้น การกระทำของฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบของกฎหมายนั้น¹⁰⁷

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบของฝ่ายบริหาร สามารถดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ แต่แนวคิดเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของแต่ละประเทศย่อมแตกต่างกันออกไปตามประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง การจัดระบบการปกครองหรือการจัดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารของประเทศนั้น ๆ ผลแห่งการนี้ ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของแต่ละประเทศมีแตกต่างกันออกไปอีกด้วย

ผู้เขียนจึงได้ศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ

¹⁰⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน. *รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 5-7.

ของประเทศไทย ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) สหราชอาณาจักร (United Kingdom) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) และสหรัฐอเมริกา (United States of America) ดังนี้

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ภายหลังจากปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 หลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวความคิดของ Montesquieu ถูกนำไปใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์หรืออำนาจทางการเมืองที่เคยมีอยู่เดิม¹⁰⁸ ทำให้รูปแบบการปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (République Française) มีลักษณะพิเศษต่างจากรูปแบบการปกครองทั่วไป และแสดงออกอย่างชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการตรากฎหมายของรัฐสภากับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

โดยสามารถอธิบายแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในช่วงเวลาต่าง ๆ ได้ดังนี้¹⁰⁹

1) แนวคิดการควบคุมออกกฎหมายลำดับรอง หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ถึงช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 รัฐสภาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาโดยเด็ดขาด ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงเป็นเพียงองค์กรที่ดำเนินนโยบายตามรัฐสภา การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารต้องเป็นไปตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเท่านั้น โดยรัฐสภาจะออกกฎหมายที่ครอบคลุมรายละเอียดปลีกย่อย หรือจะออกกฎหมายที่เป็นหลักการกว้าง ๆ แล้วมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมก็ได้แล้วแต่รัฐสภาจะเห็นสมควร

2) แนวคิดการควบคุมออกกฎหมายลำดับรอง ในช่วงสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 3 (ค.ศ. 1870 ถึง ค.ศ. 1940)

ค.ศ. 1919 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติกับข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหารได้เปลี่ยนแปลงไปตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งได้วางหลักการไว้ในคดี Labonne 8 สิงหาคม ค.ศ. 1919 ในเรื่องที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ตรารัฐกฤษฎีกากลางวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 เพื่อควบคุมการจราจรของยานพาหนะบนทางสาธารณะ โดยรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว

¹⁰⁸ วรวิทย์ กนิษฐะเสน. (2521). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์. หน้า 9.

¹⁰⁹ สิทธิกร ศักดิ์แสง และอภิรดี กิตติศิโท. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29. หน้า 105-114.

ได้กำหนดว่า ผู้ขับขี่ยานพาหนะจะต้องมีใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะและให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจที่จะเพิกถอนใบอนุญาตของบุคคลใดก็ได้ ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดกฎหมายจราจรถึง 2 ครั้ง ภายในปีเดียวกัน ซึ่งในคดีนี้ โจทก์ถูกผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะ จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยอ้างว่า รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีจะมีอำนาจตามรัฐบัญญัติบางฉบับในอันที่จะวางกฎข้อบังคับในเรื่องต่าง ๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยก็ตาม แต่ก็มีอำนาจออกกฎข้อบังคับได้เฉพาะท้องที่ของตนเท่านั้น ส่วนประธานาธิบดีไม่มีรัฐบัญญัติฉบับใด ให้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการจราจรได้ทั่วประเทศ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า แม้จะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ ประมุขของรัฐก็มีอำนาจของตนเองที่จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง โดยให้มีผลใช้บังคับทั่วประเทศได้ และนับแต่นั้นมาจึงเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่า ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐมีอำนาจตราข้อบังคับได้เอง โดยไม่ต้องมีรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐาน เพื่อกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

จนกระทั่ง ค.ศ. 1926 รัฐสภาได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถออกข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขหรือเพิ่มเติมรายละเอียดของรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น โดยมีเงื่อนไขว่า ข้อบังคับนั้นจะต้องตราเป็นรัฐกฤษฎีกาและต้องเป็นไปตามความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนด โดยรัฐกฤษฎีกานั้นต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และรัฐบาลจะต้องเสนอรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อขอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย¹¹⁰

3) แนวคิดการควบคุมออกกฎหมายลำดับรอง ในช่วงสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ 4 (ค.ศ. 1946 ถึง ค.ศ. 1958)

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 ได้กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีอำนาจตราบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว โดยสภาไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้ผู้อื่นได้ ซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 13 นี้ ได้กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่ในบางครั้งสังคมและการเมืองก็บีบบังคับให้รัฐสภาต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขรัฐบัญญัติได้ เช่น มีการตราบัญญัติ ลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1956 ซึ่งให้อำนาจฝ่ายบริหารตราข้อบังคับเพื่อปฏิรูปรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระเบียบดินแดนโพ้นทะเลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้เป็นต้น

4) แนวคิดการควบคุมออกกฎหมายลำดับรอง ตั้งแต่ ค.ศ. 1958 เป็นต้นมา

¹¹⁰ อิศระ นิติพจน์ ทรัพย์ประภาส. (2527). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: ศูนย์พิมพ์อักษร. หน้า 63.

ในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มีการเสนอแนวคิดที่รัฐสภาควรมีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญในระดับที่ต้องได้รับการพิจารณาและความเห็นชอบจากผู้แทนของปวงชนเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะเรื่อง รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเป็นการทั่วไปในเรื่องอื่น ๆ ซึ่งจะทำให้การบริหารราชการแผ่นดิน (Public Administration) เป็นไปด้วยความรวดเร็ว¹¹¹ ดังนั้น มาตรา 21¹¹² ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 จึงได้กำหนดให้ นายกรัฐมนตรี (Le Premier Ministre) มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารได้

ประกอบกับมาตรา 37 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดว่า เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตรา รัฐบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร และวรรคสองแห่งบทบัญญัติเดียวกัน กำหนดว่า รัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ใดอาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐกฤษฎีกา ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับแล้วจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาก็ได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่า รัฐบัญญัตินั้น มีสาระเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน

เมื่อพิจารณามาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จะเห็นได้ว่า เรื่องใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมายของรัฐสภา โดยหลักฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้นโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานของกฎหมายแม่บท ซึ่งอาจเรียกว่า รัฐกฤษฎีกาอิสระ (Le Règlement Autonomes) ส่วนเรื่อง รัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมายของรัฐสภา ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดเท่านั้น¹¹³ จึงกล่าวได้ว่า การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น 2

¹¹¹ ประเสริฐ สุขสบาย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 78.

¹¹² รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958. มาตรา 21 ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินงานของรัฐบาล รับผิดชอบด้านการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมายตามบทบัญญัติในมาตรา 13 ให้นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร และแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการให้แก่รัฐมนตรีได้

ในกรณีจำเป็น ให้นายกรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่แทนประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ในฐานะประธานสภาและคณะกรรมการ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15

๑๑๑

๑๑๑

¹¹³ ประเสริฐ สุขสบาย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 56. หน้า 79.

ประเภท 'ได้แก่' (1) Complementary Règlement หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ออกมาเพื่อให้มีการปฏิบัติและ บังคับตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บท และ (2) Règlement Autonome หมายถึง รัฐกฤษฎีกาอิสระที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส ค.ศ. 1958¹¹⁴ ทั้งนี้ การที่ฝ่ายบริหารจะสามารถออกรัฐกฤษฎีกาอิสระได้ก็เฉพาะเพื่อเหตุผล ในการดำเนินงานภายในของรัฐบาล (Internal Operation of the Government) ใน 3 กรณี คือ การเมือง การปกครองและการจัดทำบริการสาธารณะ (Administration and Public Service) ความสงบเรียบร้อย (Public Order) และความจำเป็นรีบด่วนของชาติ (National Emergency)¹¹⁵

อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้การออกรัฐกฤษฎีกาอิสระของฝ่ายบริหารตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 หลุดพ้นจากการควบคุมขององค์กรของรัฐ ฝ่ายตุลาการจนถึงขนาดที่ฝ่ายบริหารจะออกรัฐกฤษฎีกาอิสระได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงหลักนิติรัฐ สภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'État) ที่ทำหน้าที่ในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยคดีปกครอง โดยวางบันทัดฐานว่ารัฐกฤษฎีกาอิสระจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น จึงส่งผลให้รัฐกฤษฎีกาอิสระตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 เป็นกฎที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายของศาลปกครอง¹¹⁶

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ ออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็วเพื่อให้ประชาชนสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้นั้น สาธารณรัฐ ฝรั่งเศสถือว่าการดำเนินการเพื่อให้กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์และรวดเร็วเป็นเงื่อนไข สำคัญของการเคารพต่อหลักประชาธิปไตย และเป็นการประกันความมั่นคงของกฎหมาย (La Sécurité Juridique) รวมไปถึงการประกันความน่าเชื่อถือของรัฐบาล (La Crédibilité Politique du Gouvernement) กล่าวอีกนัยหนึ่ง การที่บทบัญญัติโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่อาจใช้บังคับได้ เพราะเหตุที่ไม่มีการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ ในการบังคับใช้ ถือได้ว่าเป็นการละเลยความต้องการของประชาชน ผู้ออกเสียงเลือกตั้งซึ่งแสดงออกโดยผ่าน การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งความล่าช้าในการออกกฎหมายลำดับรองยังส่งผลให้ กฎหมายขาดความแน่นอน เนื่องจากไม่มีวิธีการที่จะทำให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายสามารถ ใช้สิทธิหรือได้รับประโยชน์ตามที่กฎหมายรับรอง ทำให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจ

¹¹⁴ พรหมมน สิริกุลพัฒนสาร. (2554). *ปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองในทางภาษี*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 41-42.

¹¹⁵ John Bell. (1992). *French Constitution Law*. Oxford. Charendon Press. p.13.

¹¹⁶ กาญจนา ภูประดับกฤต. อ่างแล้วจึงอรรดที่ 91. หน้า 59.

ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกลไกป้องกันการออกกฎหมายลำดับรอง
ล่าช้า ซึ่งอาจอธิบายได้ ดังนี้¹¹⁷

1) การตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายโดยกลไกภายในฝ่ายบริหาร

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้มีคำวินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายบริหารไม่ออกอนุบัญญัติ
ที่จำเป็นเพื่อกำหนดวิธีการในการบังคับใช้รัฐบัญญัติภายในเวลาที่สมควร ถือเป็นกรกระทำละเมิด
ต่อประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบชดใช้เงินให้แก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหายอันเกิดขึ้น
โดยตรงและแน่ชัดจากการที่ไม่มีการออกอนุบัญญัติดังกล่าว¹¹⁸ ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายบริหาร
โดยนายกรัฐมนตรี ได้มีหนังสือเวียนเพื่อกำหนดแนวทางดำเนินการเพื่อประกันการบังคับใช้
กฎหมาย โดยกำหนดเป้าหมายให้ทุกกระทรวงจะต้องดำเนินการกฎหมายลำดับรองที่จำเป็น
สำหรับการบังคับใช้รัฐบัญญัติให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 6 เดือน นับจากวันที่รัฐบัญญัติ
ประกาศใช้ และหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวงต้องจัดทำแผนการออกกฎหมายลำดับรอง
ของกระทรวงและกำหนดกลไกติดตามการดำเนินการตามแผนดังกล่าว เสนอต่อนายกรัฐมนตรี
เพื่อเป็นการประกันว่ากระทรวงจะสามารถจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองให้แล้วเสร็จได้
ภายในกำหนดเวลา โดยหากมีกรณีที่ต้องดำเนินการกระบวนการที่ซับซ้อนกว่าปกติ เช่น จะต้องมีการ
ประสานงานระหว่างหลายกระทรวงหรือต้องขอความเห็นจากองค์กรผู้เชี่ยวชาญ กระทรวง
จะต้องแจ้งข้อขัดข้องให้นายกรัฐมนตรีทราบภายใน 3 เดือน นับแต่วันที่รัฐบัญญัติประกาศใช้
ทั้งนี้ เมื่อครบกำหนดเวลา 6 เดือน หัวหน้าส่วนราชการจะต้องรายงานผลการออกกฎหมายลำดับรอง
ที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนต่อนายกรัฐมนตรี โดยมีสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secrétaire
Général du Gouvernement) เป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ติดตามการจัดทำกฎหมายลำดับรองของแต่ละ
หน่วยงาน

2) การตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส วุฒิสภา (Sénat) เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการเร่งรัด
ให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็ว กล่าวคือ ข้อบังคับ
ของวุฒิสภาในหมวด 8 กำหนดให้คณะกรรมการสามัญประจำวุฒิสภารับผิดชอบดำเนินการ
ติดตามผลการบังคับใช้รัฐบัญญัติ โดยคณะกรรมการสามัญแต่ละคณะมีหน้าที่รวบรวม
ผลการออกกฎหมายลำดับรองตามที่ได้รับมอบหมาย และรายงานผลต่อที่ประชุมร่วม

¹¹⁷ กฤตติกา ขวนะเดมิย์. (2563). *ระบบการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส*. (ออนไลน์).
เข้าถึงได้จาก: www.krisdika.go.th. หน้า 1-4.

¹¹⁸ Conseil d'Etat, décision du 27 juillet 2005, Association Bretagne ateliers และ Conseil d'Etat, décision du 28
juillet 2000, Association France nature environnement.

ของคณะกรรมการสามัญเพื่อทราบ ก่อนที่จะส่งข้อมูลให้กับสำนักงานเลขาธิการ วุฒิสภา เพื่อจัดทำ “รายงานประจำปีสรุปผลการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ (Bilan Annuel de l'Application des Lois)” และเผยแพร่ต่อสาธารณะต่อไป ซึ่งสำนักงานเลขาธิการ วุฒิสภาอาจขอให้สำนักเลขาธิการ คณะรัฐมนตรีเข้าชี้แจงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมายลำดับรองก็ได้ จากนั้นจึงกำหนดวาระการประชุมวุฒิสภาในประเด็นเรื่องการตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นการประชุมในรูปแบบของการอภิปราย (โดยไม่มีการลงมติ) หรือการตั้งกระทู้ถามรัฐบาลก็ได้

ส่วนการเร่งรัดการออกกฎหมายลำดับรองโดยสภาผู้แทนราษฎร (Assemblée nationale) เริ่มปรากฏในช่วง ค.ศ. 2004 ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้กำหนดให้มีการจัดทำรายงานการมีผลบังคับใช้ของรัฐบัญญัติแต่ละฉบับ (Le Rapport d'Application) ภายในกำหนดเวลา 6 เดือนนับจากวันที่รัฐบัญญัตินั้น ๆ ตราขึ้น และอาจมีการกำหนดวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของรัฐบัญญัติก็ได้ ซึ่งอาจนำไปสู่ความรับผิดชอบในทางการเมืองของฝ่ายบริหาร

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักร (United Kingdom) และเป็นประเทศที่เป็นแม่แบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมาก และถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้เคยตัดสินในทำนองเดียวกัน เป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง¹¹⁹

สหราชอาณาจักรปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (Parliament System) มีการแบ่งอำนาจธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นอกจากนี้ยังมีสถาบันทางการเมืองที่สำคัญ คือ สถาบันพระมหากษัตริย์ โดยที่รัฐสภามีอำนาจในการตราพระราชบัญญัติ แต่จะต้องผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords) และต้องได้รับความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์จึงจะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ และกฎหมายของรัฐสภาอาจมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองได้ ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งการมอบอำนาจเป็นการทั่วไปและการมอบอำนาจให้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารย่อมถูกจำกัดให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแม่บท¹²⁰

¹¹⁹ ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์. (2538). *พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 86.

¹²⁰ David Foulkes. (1982). *Administrative Law* (5th ed.). London: Butterworths. pp. 58-59.

โดยที่วิวัฒนาการในการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎของกฎหมายอังกฤษ ได้รับมรดกทางความคิดมาจากการใช้อำนาจทางด้านนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ในยุคกลางที่ยอมรับว่าการบัญญัติกฎหมายเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์และเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขตและพัฒนาจากการมอบอำนาจ (Delegation) ของพระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐบาลกลางให้แก่ส่วนท้องถิ่นหรือข้าราชการของพระองค์ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบอำนาจให้จัดการในทางเศรษฐกิจ โดยการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายอังกฤษเกิดขึ้นในยุคสมัยต่างๆ เช่น¹²¹

1) รัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (Henry VIII of England)

การบัญญัติกฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ (Delegated Legislation) มีขึ้นเป็นครั้งแรกในรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (ค.ศ. 1509 - ค.ศ. 1547) กล่าวคือ รัฐสภาได้ออกพระราชบัญญัติท่อระบายน้ำ (Statute of Sewers) โดยมอบอำนาจให้คณะกรรมการ (Commissioners of Sewers) บัญญัติกฎหมายในรูปแบบต่างๆ ตามที่เห็นสมควรอย่างอิสระ เช่น กฎ (By-Law) และคำสั่ง (Order) เป็นต้น

ส่วนหลักการที่ว่าฝ่ายบริหารจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภานั้น ปรากฏขึ้นใน ค.ศ. 1539 โดยพระราชบัญญัติที่เรียกว่า The Statute of Proclamations ได้มอบอำนาจให้พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำขององคมนตรี (Privy Councilor) ออกประกาศพระบรมราชโองการ (Royal Command) เนื่องจากในขณะนั้นเริ่มมีแนวความคิดว่าพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ควรได้รับการปรึกษาหรือคำแนะนำจากรัฐสภาก่อนที่จะนำไปประกาศใช้ อย่างไรก็ตาม การมอบอำนาจในครั้งนั้น รัฐสภายังไม่มีฐานะเป็นองค์กรสูงสุดที่มีอำนาจทางนิติบัญญัติ และกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยคำแนะนำขององคมนตรี มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยคำแนะนำของรัฐสภา (The Same Force as Acts of Parliament) โดยมีเงื่อนไขว่า กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นนี้ต้องไม่มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่เดิม หรือกระทบต่อที่ดิน ลินค้า หรือที่อยู่อาศัยรวมทั้งไม่มีผลกระทบต่อประเพณีอันดีงามและชอบด้วยกฎหมายของบ้านเมือง¹²²

2) รัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 (James II of England)

ด้วยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 (Charles I of England) พระราชบิดาของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ทรงมีปัญหาขัดแย้งทางการเมืองอย่างรุนแรงกับรัฐสภาอังกฤษ ด้วยทรงดำริว่าการเป็นพระมหากษัตริย์เป็นอำนาจที่รับมอบหมายจากพระเจ้าโดยตรง ตามหลักความเชื่อเรื่อง

¹²¹ ปรีชา สุขะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 81. หน้า 44-47.

¹²² ททัยร์ตัน เนวี่พริชวอดน์. (2552). *การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28.

เทวสิทธิราชย์ (Divine Right of Kings) ในขณะที่ฝ่ายรัฐสภาต้องการลดพระราชอำนาจของพระองค์ และพระองค์ทรงถูกต่อต้านจากประชาชน เนื่องจากการเข้าแทรกแซงในคริสตจักรแห่งอังกฤษและสกอตแลนด์ รวมทั้งการจับกุมกษัตริย์ โดยปราศจากการอนุมัติจากรัฐสภา นำไปสู่เหตุการณ์สงครามกลางเมืองอังกฤษ เกิดเหตุการณ์ยึดอำนาจพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 และการจับกุมและการตัดสินให้สำเร็จโทษพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ในข้อหาบฏต่อแผ่นดิน

เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ซึ่งเป็นพระราชบุตร และทรงขึ้นครองราชย์ในเวลาต่อมา (ค.ศ. 1685 - ค.ศ. 1688) ทรงพยายามรวมอำนาจมากขึ้น เพื่อแย่งชิงอำนาจในการตรากฎหมายจากรัฐสภา ทำให้รัฐสภาทำการปฏิวัติเพื่อต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 โดยเหตุการณ์นี้มีชื่อเรียกว่า การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) หรือเรียกว่า การปฏิวัติ ค.ศ. 1688 ซึ่งเป็นการปฏิวัติอันไม่มีการเสียเลือดเนื้อ แต่ก็ได้สร้างหลักเกณฑ์และสถาบันในการบัญญัติกฎหมายขึ้นและเป็นรากฐานของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภาได้ทำการตราพระราชบัญญัติ ที่เรียกว่า Act of Settlement เพื่อจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา รัฐสภาก็เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย

การมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายของรัฐสภา มีความหมายว่า รัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมายอย่างไม่จำกัด รัฐสภาสามารถบัญญัติกฎหมายเรื่องใดๆ ได้ตามความประสงค์ของรัฐสภาทุกเมื่อ และเมื่อตรากฎหมายขึ้นแล้ว รัฐสภาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้ตลอดเวลา และไม่มีองค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบความสมบูรณ์ของกฎหมายของรัฐสภาได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวส่งผลให้ฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นในรัฐ จะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา รัฐสภาอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรใดๆ และจะมอบอำนาจให้เพียงใดก็ได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐสภา¹²³

3) สมัยปลายศตวรรษที่ 19

ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 เกิดเหตุการณ์ปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ทำให้รัฐสภาอังกฤษเริ่มตระหนักว่า การปฏิบัติงานของฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจดำเนินไปได้ โดยปราศจากความช่วยเหลือของฝ่ายบริหาร เนื่องจากงานบริการประชาชนได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว รัฐสภาจึงมอบอำนาจการตรากฎหมายให้องค์กรฝ่ายปกครองมากขึ้น

ค.ศ. 1946 รัฐสภาได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ Statutory Instruments Act 1946 ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรอง โดยเรียกกฎหมายลำดับรองทุกประเภทโดยรวมว่า “กฎหมายอุปกรณ์”

¹²³ หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 122. หน้า 29.

(Statutory Instruments) ไม่ว่าชื่อเฉพาะของกฎหมายลำดับรองนั้นจะเรียกว่า พระราชกฤษฎีกา ในสภาองคมนตรี (Order in Council) กฎกระทรวง (Ministerial Order) หรือชื่ออื่นใดก็ตาม

Statutory Instruments Act 1946 ได้กำหนดมาตรการควบคุมการออกกฎไว้ในหลายระดับ เช่น¹²⁴ ในการร่างกฎนั้น หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องต้องส่งไปให้คณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะกรรมการร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีเพื่อตรวจสอบว่าเกินขอบเขตอำนาจของกฎหมายแม่บทหรือไม่ และเมื่อร่างกฎได้ผ่านขั้นตอนต่าง ๆ เรียบร้อยแล้ว พระราชบัญญัติกฎหมายอุปกรณ์ยังได้กำหนดวิธีการประกาศใช้กฎไว้อย่างชัดเจน และได้กำหนดหลักการควบคุมการออกกฎโดยรัฐสภาไว้ด้วย ซึ่งการควบคุมการออกกฎโดยรัฐสภาถือเป็นกระบวนการที่สำคัญที่สุดตามพระราชบัญญัติกฎหมายอุปกรณ์ โดยกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตั้งแต่ระดับการควบคุมค่อนข้างน้อยไปจนถึงระดับการควบคุมมาก ขึ้นอยู่กับความสำคัญและผลกระทบของกฎนั้น ๆ ที่จะกระทบต่อประชาชนเพียงใด

กล่าวโดยสรุป การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในสหราชอาณาจักรในปัจจุบันเป็นอำนาจของรัฐสภา แต่กฎหมายของรัฐสภาอาจมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองได้¹²⁵ แต่ต้องไม่ขัดต่อหลักการหรือกฎหมายของรัฐสภา กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปวัตถุประสงค์เพื่อให้พระราชบัญญัติแม่บทเกิดผลสัมฤทธิ์¹²⁶

2.3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีชื่ออย่างเป็นทางการเรียกว่า กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) หรือเรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 เป็นตราสารทางกฎหมายที่ก่อตั้งสถาบันการเมืองและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ตั้งแต่ประธานาธิบดี และองค์กรใช้อำนาจทางการเมืองในฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ รวมไปถึงการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

¹²⁴ กาญจนา ภูประดับกฤต, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 91, หน้า 50.

¹²⁵ การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองในสหราชอาณาจักรไม่จำเป็นต้องคำนึงว่า กฎหมายลำดับรองนั้นจะออกมาในรูปแบบใด เนื่องจากสหราชอาณาจักรไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น การพิจารณาเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในสหราชอาณาจักรจึงมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ. อ้างถึงใน ภาณุวัฒน์ ผ่องใส, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5, หน้า 37.

¹²⁶ รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61, หน้า 42.

กับรัฐ นอกจากนี้ยังมีโครงสร้างที่ต่อต้านระบอบการปกครองที่มีการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองมากเกินไป

เนื่องจากในยุคสาธารณรัฐไวมาร์ (Weimar Republic) ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายจำนวนหนึ่ง ที่เป็นการให้อำนาจแก่รัฐบาลในการประกาศใช้มาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของรัฐและประชาชน ในกรณี ที่เห็นว่ามีคามจำเป็นและเร่งด่วน และในบางครั้ง รัฐบาลก็ได้ใช้อำนาจประกาศกฎเกณฑ์ที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ จึงนำมาซึ่งจุดสิ้นสุดของยุคสาธารณรัฐไวมาร์

ต่อมา ในยุคนาซีเยอรมัน (Nazi Germany) หรือไรช์ที่สาม (Drittes Reich) หรือชื่อเรียกอย่างเป็นทางการคือ ไรช์เยอรมัน (Deutsches Reich) ฝ่ายปกครองได้มีการประกาศใช้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญ และฝ่ายนิติบัญญัติในขณะนั้น ได้ยินยอมให้รัฐบาลสามารถบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น จากประวัติศาสตร์ความเป็นมาดังกล่าวข้างต้น ผู้วางโครงสร้างรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดกรอบของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเฉพาะใน เนื้อหา ส่วนที่ว่าด้วยการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังคงพยายามที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจธิปไตยทางนิติบัญญัติอีกด้วย¹²⁷

แนวความคิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งบัญญัติไว้ว่า รัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ รัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐ อาจได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายให้ตรากฎหมายลำดับรอง เนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของอำนาจที่ได้รับมอบดังกล่าวให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎหมาย กฎหมายลำดับรองแต่ละฉบับ ต้องระบุบทกฎหมายที่อาศัยเป็นอำนาจในการตรา หากกฎหมายบัญญัติให้มีการมอบอำนาจช่วงได้ การมอบอำนาจช่วงจะมีผลด้วยการตรากฎหมายลำดับรอง

เมื่อพิจารณาหับบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ดังนั้น ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายลำดับรอง (Rechtsverordnung) มาใช้บังคับ ได้ก็เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถกระทำ ได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น

ในส่วนของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรอง รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz) ไม่ได้กำหนด

¹²⁷ หัทธรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 122. หน้า 30 – 31.

เรื่องของการควบคุมการตรากฎหมายลำดับรองไว้เป็นการเฉพาะ¹²⁸ แต่กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) ของเยอรมันก็ได้กำหนดหลักการที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ดังต่อไปนี้¹²⁹

1) ความในมาตรา 80 (1) กำหนดให้กฎหมายลำดับรองต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นเอาไว้เสมอ

2) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์หรือรัฐมนตรีของสหพันธ์และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราในการให้บริการไปรษณีย์และการโทรคมนาคมหรือการรถไฟของสหพันธ์ การสร้างหรือการดำเนินการของกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายของสหพันธ์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูงแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนมลรัฐแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

3) กฎหมายลำดับรองจะต้องตราขึ้นหรือลงนามโดยผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองเท่านั้น

4) กฎหมายลำดับรองทุกฉบับจะต้องตีพิมพ์หรือประกาศไว้ในรัฐกิจจานุเบกษาของสหพันธ์ (Bundesgesetzblatt)

5) กฎหมายลำดับรองที่ประกาศนั้นจะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงวันที่เริ่มต้นหรือวันที่มีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนั้นๆ

2.3.4 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา (United States of America) ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย ในรูปแบบระบบประธานาธิบดี (Presidential System) ซึ่งมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United States) มาตรา 1¹³⁰ บัญญัติว่า อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงเป็นของรัฐสภาแห่งสหรัฐอเมริกา อันประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นๆ เข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วย

¹²⁸ ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2566). *หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับ “กฎ” ของฝ่ายปกครอง : บทบัญญัติที่เพิ่มเข้ามาใหม่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.krisdika.go.th. หน้า 2.

¹²⁹ นรินทร์ อธิสาร. (2546). *การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 33 – 37.

¹³⁰ Section 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

สำหรับการออกกฎหมายลำดับรองของสหรัฐอเมริกาในระยะแรก ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ในคดี *Wayman v. Southard* (ค.ศ. 1825) โดยความเห็นของผู้พิพากษา *Marschall*¹³¹ ซึ่งมีความเห็นโดยสรุปได้ว่า รัฐบาลสามารถมอบอำนาจให้ศาลหรือคณะกรรมการวินัย (Tribunal) กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องและอย่างเคร่งครัด และรัฐสภาอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่น ๆ ได้ เพียงแต่ขอบเขตระหว่างอำนาจที่รัฐสภาต้องใช้ด้วยตนเองและอำนาจที่มอบให้ เป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องกำหนดไว้ในขณะที่มอบอำนาจ ซึ่งผู้พิพากษา *Marchall* ได้แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของการมอบอำนาจว่า รัฐสภาต้องกำหนดเนื้อหาสาระของกฎหมายไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไปและให้องค์กรอื่นที่ได้รับมอบอำนาจกำหนดรายละเอียดเพื่อให้บทบัญญัติทั่วไปของรัฐสภามีเนื้อหาที่สมบูรณ์¹³²

ต่อมาในคดี *Cincinnati W. & Z.R. Co v. Commissioner* (ค.ศ. 1852) ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการมอบอำนาจนิติบัญญัติและการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นการตัดสินใจของรัฐสภาว่าเรื่องใดควรตราเป็นกฎหมาย และเรื่องใดควรให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่องค์กรผู้รับมอบเพียงเพื่อปฏิบัติภาระหน้าที่ภายใต้กฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ค.ศ. 1904 ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาในคดี *Buttfield v. Stranahan* ว่าการมอบอำนาจจะกระทำได้อีกเมื่อผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ (Standard) และขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งศาลตีความว่า การที่กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดมาตรฐานคุณภาพของชาที่เป็นสินค้านำเข้า กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนที่จะยกเว้นการนำเข้าชาคุณภาพต่ำที่สุด ดังนั้น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายนี้ จึงเป็นเพียงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เบื้องต้น (Primary Standard) ตามเจตนารมณ์ของรัฐสภา¹³³

ตัวอย่างกรณีที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรอื่นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น คดี *Panana Refining co. v. Ryan* (ค.ศ. 1935) รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีออกกฎหมายห้ามจำหน่ายน้ำมันระหว่างมลรัฐและต่างรัฐ โดยไม่ได้กำหนดนโยบายหรือมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ใดไว้เลย ประธานาธิบดีได้รับอำนาจอย่างไม่จำกัด

¹³¹ รดาธรรม เกื้อกุลเกียรติ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 20.

¹³² Kenneth Culp Davis. (1977). *Administrative Law; Case-Text-Problems* (6th ed.). St.Paul, Minn.: West Publishing Co. pp. 33-34.

¹³³ หทัยรัตน์ เนาว์พิริยวัฒน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 122. หน้า 18-19.

การมอบอำนาจจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹³⁴ และในคดี *Schechter Poultry Corp. v. United States* (ค.ศ. 1935) รัฐสภาสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจสมาคมการค้าออกกฎเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า โดยได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี และประธานาธิบดีจะให้ความเห็นชอบต่อเมื่อปรากฏว่าสมาคมการค้าดังกล่าวเป็นตัวแทนของกลุ่มอุตสาหกรรมนั้น ศาลสูงวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นมากเกินไปและเป็นเรื่องเกินขอบเขตอำนาจของรัฐบาลกลาง

กล่าวโดยสรุป การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายในสหรัฐอเมริกานั้น เมื่อคำนึงถึงทฤษฎีแล้ว อำนาจนิติบัญญัติจะต้องแยกออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด แต่ด้วยเหตุผลความจำเป็นของการปกครองสมัยใหม่ ทำให้ทฤษฎีเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้น ศาลจึงได้ยอมรับให้รัฐสภาสามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ ภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐสภาจะต้องวางมาตรฐานหรือนโยบาย (Policy) เพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายขององค์กรผู้รับมอบอำนาจ และการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือและตรวจสอบได้

2.4 เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองตามแนวคิดของกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารตามแนวคิดของกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศไปแล้วนั้น ผู้เขียนได้เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองตามแนวคิดของกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศซึ่งอธิบายได้ ดังนี้

2.4.1 เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยกับกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

แนวคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 21 ซึ่งกำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารได้ และมาตรา 37 ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎในเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมายของรัฐสภา ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานอำนาจของกฎหมายแม่บท เว้นแต่เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมาย

¹³⁴ Robert Christopher Sarvis. (2006). "Legislative Delegation and Two Conceptions of the Legislative Power". *The University of New Hampshire Law Review*, 2(4). p.350.

ของรัฐสภา ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายในส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดเท่านั้น

แนวคิดการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงมีความแตกต่างจากแนวคิดการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองของประเทศไทย เนื่องจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองของประเทศไทยจะออกกฎหมายลำดับรองได้เฉพาะเรื่องที่มีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น หากไม่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ย่อมไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้

ทั้งนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'État)¹³⁵ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ซึ่งกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่ศาลปกครอง ซึ่งคล้ายกับแนวคิดการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองของประเทศไทย ซึ่งมีหลักการสำคัญว่าศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้

ส่วนแนวคิดเรื่องการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องกฎหมายลำดับรองโดยเร็ว นั้น แม้สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่มีมาตรการกฎหมายที่เร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็ว แต่ก็มีมาตรการตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายโดยกลไกภายในฝ่ายบริหาร และการตรวจสอบการมีผลบังคับใช้ของกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งถือเป็นการกระทำละเมิดต่อประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหายอันเกิดขึ้นโดยตรงและแน่ชัดจากการที่ไม่มีการออกอนุญัตติดังกล่าว

2.4.2 เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหราชอาณาจักร

แนวคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายของประเทศไทยและของสหราชอาณาจักรมีความคล้ายกัน กล่าวคือ กฎหมายของรัฐสภาอาจมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองได้

¹³⁵ กลุ่มประเทศที่มีสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'État) ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม และสภาแห่งรัฐมีหน้าที่ให้คำปรึกษากฎหมายแก่รัฐบาลด้วย เช่น ราชอาณาจักรเบลเยียม ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ราชรัฐลักเซมเบิร์ก เป็นต้น อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2538). ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์รวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 25(4). หน้า 708-709.

เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายของรัฐสภาอันเป็นแม่บทเกิดผลสัมฤทธิ์ โดยกฎหมายลำดับรองนั้น จะขัดต่อกฎหมายของรัฐสภาไม่ได้

สำหรับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองนั้น แม้ว่าสหราชอาณาจักรจะใช้ระบบศาลเดี่ยว (Single Court System) จึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งแยกต่างหาก จากศาลยุติธรรม¹³⁶ แต่กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองย่อมต้องถูก ตรวจสอบเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ รวมถึง ประเทศไทย

ในส่วนของแนวคิดเกี่ยวกับการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการ ออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็ว นั้น จากการศึกษาพบว่า แนวคิดดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย ของสหราชอาณาจักร

2.4.3 เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทย กับกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ยอมรับให้องค์กร ของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติ เป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารซึ่งทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครอง จะสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับได้ก็เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งคล้ายกับแนวคิดการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองของประเทศไทยในแง่ที่ว่า ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง จะออกกฎหมายลำดับรองได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น เพียงแต่กฎหมายไทย ไม่ได้บัญญัติเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายไว้อย่างชัดเจน แต่ก็มีกรณียอมรับว่าการจัดลำดับศักดิ์ ของกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองซึ่งมี ลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐสภาไม่ได้

ทั้งนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีให้ความสำคัญกับการควบคุมการออกกฎหมายลำดับ รองของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การออกกฎหมายลำดับ รองเพื่อป้องกันมิให้มีการออกกฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ในกฎหมายพื้นฐาน

¹³⁶ การใช้ระบบศาลเดี่ยวเหตุของสหราชอาณาจักรมีเหตุผลว่า บุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และต้อง ตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันและขึ้นศาลเดียวกัน โดยถือว่าทั้งเอกชนและฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้ กฎเกณฑ์เดียวกัน ศาลปกครองจึงมิได้แยกออกเป็นเอกเทศ แต่เป็นเพียงแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม. อ้างถึงใน สรรพ ชน โชนดิโกถิน (2560). *แนวทางการปฏิรูประบบศาลปกครองของประเทศไทย*. รายงานการวิจัย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 62 - 63.

หรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ ซึ่งจะแตกต่างจากประเทศไทยที่ไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ

สำหรับคิดเกี่ยวกับการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็ว นั้น จากการศึกษาพบว่า แนวคิดดังกล่าวไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.4.4 เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด ซึ่งตามทฤษฎีแล้ว อำนาจนิติบัญญัติจะต้องแยกออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด แต่ด้วยเหตุผลความจำเป็นของการปกครองสมัยใหม่ ทำให้ทฤษฎีเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ศาลจึงได้ยอมรับให้รัฐสภาสามารถมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้ ภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐสภาจะต้องวางมาตรฐานหรือนโยบาย (Policy) เพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายลำดับรองขององค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ และการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือและสามารถตรวจสอบได้ ดังนั้น การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองจึงกระทำเฉพาะเรื่องที่มีความจำเป็น ด้วยเหตุนี้จึงไม่ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองโดยเร็วในกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

2.4.5 สรุปเปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ตามที่ได้เปรียบเทียบแนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของกฎหมายไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ ในข้อ 2.4.1 ถึงข้อ 2.4.4 แล้วนั้น จะเห็นได้ว่า แต่ละประเทศต่างก็ยอมรับถึงความจำเป็นในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง แต่การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองนั้นจำเป็นต้องถูกควบคุมมิให้กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และสามารถถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐฝ่ายอื่น อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายลำดับรองของแต่ละประเทศมีวิวัฒนาการที่ต่างกันไป แนวคิดการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองจึงมีความแตกต่างและความคล้ายคลึงกัน ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

- 1) การควบคุมมิให้เนื้อหาสาระของกฎหมายลำดับรองเกินขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ ซึ่งแนวคิดการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองของสหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา รวมถึงกฎหมายไทยมีแนวคิดที่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครอง ไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายโดยตรง เพราะอำนาจหน้าที่

ดังกล่าวเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองจะออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น¹³⁷ ซึ่งจะแตกต่างจากการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่สามารถกระทำได้โดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐบัญญัติที่มอบหมายให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไปดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง แต่เรื่องใดที่ไม่มีรัฐบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ยังสามารถตรากฎหมายลำดับรองขึ้นใช้บังคับได้ เพียงแต่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายของรัฐสภาและหลักกฎหมายทั่วไป

2) การควบคุมและตรวจสอบกฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศไทย กฎหมายลำดับรองหรือกฎของฝ่ายบริหารอาจถูกเพิกถอนได้โดยฝ่ายตุลาการหรือศาล โดยประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นระบบต่างหากจากศาลยุติธรรม ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย ซึ่งจะแตกต่างจากสหราชอาณาจักร ที่ถือว่าบุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันและขึ้นศาลเดียวกัน โดยถือว่าทั้งเอกชนและฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ศาลปกครองจึงมิได้แยกออกเป็นเอกเทศ แต่เป็นเพียงแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม ส่วนในสหรัฐอเมริกา คณะตุลาการในส่วนราชการทั้งหลายจะทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง โดยไม่ขึ้นต่อศาล แต่คำวินิจฉัยของคณะตุลาการเหล่านี้สามารถอุทธรณ์ไปยังศาลได้

3) การควบคุมให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องเร่งรัดดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง เพื่อให้ประชาชนสามารถปฏิบัติตามกฎหรือได้รับสิทธิประโยชน์จากกฎหมายโดยเร็ว ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับการเร่งรัดให้ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง โดยเร็ว นั้นยังไม่ปรากฏในกฎหมายของสหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะแตกต่างจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ฝ่ายบริหารได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาเร่งรัดให้หน่วยงานของรัฐต้องดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง โดยเร็ว และในประเทศไทย แนวคิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในกฎหมายของรัฐสภา ได้แก่ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่าปัญหาการออกกฎหมายลำดับรองล่าช้าที่เกิดขึ้นในประเทศไทย และสาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจเป็นผลจากการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหารอย่างไม่เด็ดขาดและฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมให้ฝ่ายบริหารมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติค่อนข้างมาก

¹³⁷ อนุรักษ์ ศุกถักษณ์. (2560). *ปัญหาการฟ้องคดีเกี่ยวกับ “กฎ” ต่อศาลปกครอง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 36.