

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

กฎ (By-Law) เป็นผลิตภัณฑ์ (Product) ของกระทำทางปกครอง (Administrative Action) จากการทำฝ่ายปกครอง (Administration) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Officials) หรือหน่วยงานของรัฐ (State Agencies) ได้ใช้อำนาจตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>1</sup> โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกในการบริหารงานของรัฐและการจัดทำบริการสาธารณะให้บรรลุผล จากการศึกษาการออกกฎของฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางในการพัฒนากฎหมายควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง พบว่า ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 “กฎ” หมายถึง ข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติที่บังคับให้ต้องมีการปฏิบัติตาม โดยการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็น “กฎ” พิจารณาได้จากมาตรา 5<sup>2</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3<sup>3</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติ นิยามของ “กฎ” สรุปเป็นหลักการ

<sup>1</sup> รรพจน์ วิสริตพิชญ์. (2566). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19.

<sup>2</sup> มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๓๑

๑๓๑

<sup>3</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

๑๓๑

๑๓๑

สอดคล้องกัน คือ กฎ (By-Law) หมายถึง พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ประกาศกระทรวง (Notification of a Ministry) ข้อบัญญัติท้องถิ่น (Ordinance of Local Administrative) ระเบียบ (Rule) ข้อบังคับ (Regulation) หรือบทบัญญัติอื่น (Other Provision) ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวสามารถแยกการพิจารณาตามรูปแบบและเนื้อหา ดังนี้<sup>4</sup>

ประการแรก ในทางรูปแบบ “กฎ” หมายถึง บรรดา กฎเกณฑ์ลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย ตามรูปแบบที่กฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ

<sup>4</sup> ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 514/2560) ให้ความเห็นสรุปได้ว่า “กฎ” มีความหมายเพียงใดพิจารณาตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง ข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติที่บังคับให้ต้องมีการปฏิบัติตาม โดยการวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็น “กฎ” สามารถพิจารณาจากรูปและเนื้อหา ดังนี้

ประการแรก ในทางรูปแบบนั้น หมายถึง บรรดา กฎเกณฑ์ลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง

ประการที่สอง ในทางเนื้อหานั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดลักษณะสำคัญของ “กฎ” ไว้ว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือเจาะจง ซึ่งการมีผลบังคับเป็นการทั่วไปของกฎนั้น ไม่ได้หมายความว่า ต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคนอาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดเพียงแต่ไม่ใช่ว่ามีผลบังคับเฉพาะตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าประกาศและระเบียบของการทำเรื่องแห่งประเทศไทยมีสภาพอย่างกฎตามมาตรา 7 (4) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หรือไม่ จึงมิได้พิจารณาจากการกำหนดบทลงโทษหรือค่าปรับ หรือการมีผลบังคับใช้เฉพาะภายในอาณาบริเวณของการทำเรื่อง ๆ แต่จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาว่า ประกาศและระเบียบดังกล่าวเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะต้องพิจารณาเนื้อหาเป็นรายกรณีไป และในกรณีที่การทำเรื่องแห่งประเทศไทยออกประกาศและระเบียบที่โดยเนื้อหาแล้วมีสภาพอย่างกฎ และมีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง การทำเรื่องแห่งประเทศไทยในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐตามนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ย่อมมีหน้าที่ต้องส่งประกาศและระเบียบดังกล่าวไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ตามมาตรา 7 (4) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หากมิได้ส่งประกาศและระเบียบดังกล่าวไปลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ประกาศและระเบียบนั้นจะนำมาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ใดมิได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะรู้ถึงข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเป็นจริงมาก่อนแล้วเป็นเวลาพอสมควร ทั้งนี้ ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

ประการที่สองในทางนี้อาจหา ลักษณะสำคัญของ“กฎ” คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือเจาะจงซึ่งการมีผลบังคับเป็นการทั่วไปของกฎนั้น ไม่ได้หมายความว่า ต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดเพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานในการออกกฎของฝ่ายปกครอง วิวัฒนาการของกฎหลักการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎ หลักกฎหมายที่สนับสนุนการออกกฎ สรุปได้ว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเสรีประชาธิปไตยฝ่ายนิติบัญญัติสามารถมอบอำนาจการออก “กฎ” หรือที่เรียกว่า “กฎหมายลำดับรอง” (Subordinate Legislation or Delegated Legislation) หรือ “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation) ให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุผลต่อการบริหารราชการแผ่นดินได้ โดยฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายปกครองอาจมีที่มาโดยตรงจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกฎหมายแม่บท หรืออาศัยอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินในฐานะผู้มีอำนาจบังคับบัญชาองค์กรในฝ่ายปกครองก็ได้ ดังนั้น การออกกฎของฝ่ายปกครองจึงต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายและเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการออกกฎ เช่น การออกกฎตามลำดับศักดิ์ ประเภท วิธีการและอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติให้อำนาจไว้ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและจะต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับชอบด้วยกฎหมายตามหลักการ ดังนี้

1) ฝ่ายปกครองโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกกฎ ต้องออกกฎตามรูปแบบ วิธีการ และประเภท ขอบเขตเนื้อหาตามที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ โดยมีลำดับศักดิ์ค่าบังคับ ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นตามลำดับ ส่วนรูปแบบโครงสร้างของกฎ โดยทั่วไป กฎควรจะมี โครงสร้างเป็นมาตรฐานเดียวกันเช่น ชื่อกฎตามประเภทของกฎ คำปรารภ บทอาศัยอำนาจ วันใช้บังคับ การแบ่งหมวดหมู่ การยกเลิกแก้ไข

<sup>5</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 26/2546 สรุปได้ว่า ความหมายของกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2552 หมายถึง กฎหมายลำดับรองที่ออก โดยองค์กรบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งนอกจากพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ อันเป็นกฎหมายตามแบบพิธีหรือเป็นกฎตามรูปแบบแล้วยังรวมถึงมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลให้ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะไม่ว่าจะเรียกชื่ออะไร อันเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือเป็นกฎโดยสภาพ คำว่า มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใด เพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

เพิ่มเติม บทเฉพาะกาล การลงนามของผู้มีอำนาจออกกฎ อี กทั้งวิธีการใช้บังคับ ต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

2) การออกกฎของฝ่ายปกครอง จะต้องพิจารณาถึงหลักสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ ผู้มีอำนาจออกกฎ กระบวนการออกกฎ เนื้อหาของกฎ และการประกาศให้กฎมีผลใช้บังคับ เพื่อให้กฎมีความสมบูรณ์และลดปัญหาข้อโต้แย้งจากผู้ปฏิบัติตามกฎหมายที่ได้รับผลกระทบในภายหลัง ซึ่งจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ และจะสันนิษฐานว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการไม่ได้ และจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บท ฝ่ายปกครองจะกำหนดเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายอื่นมิได้ อีกทั้งจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของบทบัญญัติมาตราที่ให้อำนาจว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทมีวัตถุประสงค์อย่างไร เป็นกรณี ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือเป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจนเกินสมควรหรือไม่ รวมทั้งในบางกรณีต้องคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะหรือความปลอดภัยของเอกชนที่ต้องรับบริการจากการอนุญาตให้ดำเนินการนั้นประกอบด้วย การออกกฎโดยการตัดทอนหรือขยายหลักการของกฎหมายแม่บท ย่อมเป็นการออกกฎเกินกฎหมายแม่บท ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองซึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย (Ultra Vires) ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวเป็นการวางมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ กรณี ที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะออกกฎ กำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องมีบทบัญญัติในกฎหมายนั้น ๆ กำหนดให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการออกกฎในเรื่องนั้น ๆ ได้

3) กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ การฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎ ผู้ฝ่าฝืนจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่กรณี เป็นกฎที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ ตัวอย่างเช่น มีสงครามหรือการรบ กฎประเภทพระราชกฤษฎีกาอาจมีบทกำหนดโทษได้ แต่ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายแม่บทจะต้องบัญญัติมอบหมายอำนาจการออกกฎเช่นนี้แก่ฝ่ายปกครองโดยชัดแจ้ง และโทษที่กำหนดโดยกฎจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงตามกฎหมายแม่บท

4) กฎของฝ่ายปกครองจะกำหนดการมอบอำนาจต่อให้ออกกฎต่อไปอีกช่วงหนึ่งไม่ได้ เนื่องจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายโดยกำหนดการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดขอบเขตของกฎหมายไว้แล้ว การที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยกำหนดให้มีการมอบอำนาจต่อ ย่อมไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การออกกฎลักษณะดังกล่าว ถือว่าเป็นการมอบอำนาจช่วง (Sub-Delegate) เว้นแต่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

หรือเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อยที่ไม่ใช่สาระสำคัญ เช่น กำหนดแบบฟอร์ม ซึ่งอาจจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามภาวะการณ์ เพื่อให้เกิดความคล่องตัว

อำนาจออกกฎของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่อยู่เหนือผู้อยู่ในบังคับของกฎ หากไม่มีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองอาจกระทำการใดไปตามอำเภอใจ (Arbitraire) ซึ่งอาจมีผลให้สิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในปกครองตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองถูกทำลายลงได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุม (Control) การออกกฎของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครอง และผู้อยู่ในบังคับของกฎจะต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับ และฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้ผู้อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองสามารถโต้แย้ง คัดค้าน ร้องเรียน (Beschwerde) การอุทธรณ์ (Widerspruch) หรือตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการควบคุมอำนาจนี้จะนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองพิจารณาทบทวนแก้ไขให้กฎนั้นชอบด้วยกฎหมาย

การออกกฎของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบได้ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้การใช้อำนาจออกกฎของฝ่ายปกครองเกิดความชอบด้วยกฎหมาย เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ เช่น การควบคุมแบบป้องกัน ในขั้นตอนเตรียมการร่างกฎก่อนที่ฝ่ายปกครองจะประกาศใช้บังคับ มีทั้งการควบคุมโดยองค์กรที่มีหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายต่อฝ่ายปกครอง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือการควบคุมโดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยการโต้แย้งหรือคัดค้านก่อนที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎ หรือรับฟังความเห็นจากบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรืออีกกรณีหนึ่งคือ การควบคุมแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นแล้ว โดยผู้อยู่ในบังคับของกฎ หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ขอให้ฝ่ายปกครองทำการทบทวน แก้ไขด้วยวิธีการอุทธรณ์

ในระบบกฎหมายต่างประเทศ มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎคือ ในสหราชอาณาจักร มีการตรากฎหมาย Statutory Instruments Act 1946 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกกฎ เช่น รูปแบบและวิธีการ การจัดลำดับเลขของกฎ การพิมพ์ การประกาศในราชกิจจานุเบกษา การอ้างอิง ซึ่งถือเป็นกลไกของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมการออกกฎของฝ่ายปกครองและในบางกรณี กฎที่มีความสำคัญเป็นพิเศษนั้น จะประกาศใช้บังคับได้ต่อเมื่อรัฐสภาได้มีมติรับรองหรือให้ความเห็นชอบแล้ว<sup>6</sup> ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีการบัญญัติหลักเกณฑ์และขอบเขตในการออกกฎไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรืออาจจะมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎนั้น ๆ

<sup>6</sup> ศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2566). *หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับ “กฎ” ของฝ่ายปกครอง : บทบัญญัติที่เพิ่มเข้ามาใหม่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 7. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 30 กรกฎาคม]

และไม่ปรากฏว่าการออกกฎจะต้องมีขั้นตอนในการปรึกษาหารือกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ (Effect) จากการออกกฎนั้นก่อน หรือมีขั้นตอนเหมือนกับที่ สหราชอาณาจักรกำหนด แต่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ได้กำหนดหลักการที่เคร่งครัด และมีความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการออกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้โดยชัดแจ้ง และการออกกฎของสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ได้รับรองให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎในเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยบัญญัติหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการออกกฎไว้ แต่ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่าการออกกฎของประเทศที่ยกขึ้นศึกษาต่างให้ความสำคัญกับการออกกฎของฝ่ายปกครอง เช่น มีกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการออกกฎโดยเฉพาะ แม้ว่าประเทศนั้นจะยึดถือระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นหลัก ก็มีความจำเป็นจะต้องบัญญัติหลักเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษรไว้โดยชัดแจ้ง เพื่อเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติของฝ่ายปกครองหรือในบางประเทศได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการออกกฎไม่ให้ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดเป็นหลักเกณฑ์การออกกฎแต่อย่างใดก็ได้

ในระบบกฎหมายไทย การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไม่ให้เป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ในบังคับของกฎ ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ โดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung) ซึ่งหมายความว่า ฝ่ายปกครองมีอาจจะใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งได้ หากมาตรการนั้นขัดกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งและหลักเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งตามหลักการนี้ฝ่ายปกครองจะดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่งได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองจึงเป็นหลักการที่สำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ยังต้องอาศัยหลักนิติธรรม และหลักความเสมอภาคที่บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายรวมถึงหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มาใช้ในการตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายปกครองด้วย เช่น

1) หลักนิติธรรม (Rule of Law) เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมที่ถือว่า กฎหมายย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองเกิดความเป็นธรรมต่อเอกชนต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน หากการกระทำของฝ่ายปกครองใด ๆ ก็ตามที่ขัดกับหลักนิติธรรมย่อมมีผลเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติใดของกฎหมายกฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ เช่น กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้สุจริต เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งให้ออกกฎที่มีผลใช้บังคับย้อนหลังดังกล่าวได้

แต่ต้องไม่กระทบสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว ตามหลักไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Principe de Non-Rétroactivité des Actes Administratifs)

2) หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่ควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ เพื่อเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าจะได้รับการปฏิบัติจากกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองอย่างเท่าเทียมกัน การที่ฝ่ายปกครองออกกฎอันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน จึงขัดต่อหลักความเสมอภาค ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งฝ่ายปกครองต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ

3) หลักความได้สัดส่วน (Principe de Proportionalités) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้ มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครอง หากแต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไปโดยศาลปกครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุม ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องอยู่ในบังคับแห่งหลักความได้สัดส่วน ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองและสถานการณ์ ตามข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการกระทำทางปกครองนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การออกกฎของฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งประโยชน์ที่บุคคลจะต้องเสียไป เพื่อมิให้กฎนั้นสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

4) หลักความชัดเจนของกฎหมาย (Clarity) กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองจะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอ และมีการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของกฎ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำตามข้อกำหนดของกฎ โดยเนื้อหาและถ้อยคำจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ ถ้อยคำที่ใช้จะต้องชัดเจน กระชับ อ่านแล้วเข้าใจง่าย ไม่คลุมเครือจนเกิดปัญหาการตีความ กำหนดวันที่ใช้บังคับ และการประกาศใช้บังคับอย่างชัดเจน ตรงตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายแม่บทต้องการ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของกฎนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง และเกิดประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ การอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกกฎจะต้องพิจารณาออกกฎจากบทบัญญัติ กฎหมายแม่บทที่กำหนดอำนาจไว้ โดยชัดเจนเท่านั้นเพื่อเป็นการลดทอนสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงให้เหลือเพียงสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการวางแนวทางในการอ้างบทอาศัยอำนาจในการออกกฎให้เหลือเพียงสิ่งที่เป็นบทอาศัย

อำนาจโดยตรงหรือแท้จริงเท่านั้น โดยบทบัญญัติในมาตราอื่น หรือในวรรคอื่น หรือในอนุมาตราอื่น ซึ่งเคยถูกนำมาเป็นแนวทางในการอ้างอิงเป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎ จึงกลายเป็นส่วนเกินและเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมกับแนวปฏิบัติในสมัยปัจจุบัน

จากการศึกษาสรุปได้ว่า โดยที่กฎหมายแม่บทซึ่งเป็นฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายปกครอง ในแต่ละฉบับได้กำหนดขอบเขตอำนาจในการออกกฎให้แก่ฝ่ายปกครองแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจไม่ชัดเจนต่อการปฏิบัติของฝ่ายปกครอง จะเห็นได้จากการออกกฎของเสนาบติในอดีตที่ผ่านมา มีคดีพิพาทเกี่ยวกับอำนาจการออกกฎของเสนาบติ ในประเด็นข้อกฎหมายของกฎเสนาบติว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้า ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 มีข้อความนอกเหนือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจหรือไม่ กรรมการศาลฎีกาได้ตรวจสอบกฎเสนาบติดังกล่าวแล้วมีความเห็นออกเป็นสองฝ่าย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 จึงได้มีพระบรมราชวินิจฉัยว่า “กฎเสนาบตินั้นควรให้ออกแต่โดยอาศัยอำนาจของเสนาบติซึ่งเป็นฝ่ายบริหารส่วนเดียวเพียงเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชกำหนดกฎหมาย จะบัญญัติข้อความใดให้ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันกฎนั้นอาศัยเป็นบัญญัติแม่บทนั้นหาควรไม่” จากอดีตที่ผ่านมา ปัญหาการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครองยังคงมีประเด็นปัญหาอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับกฎแต่ไม่ได้มีบทบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมการออกกฎไว้เป็นที่ชัดเจน รวมถึงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติหลักการตรวจสอบกฎใช้บังคับอยู่ก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ใช่บทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์ใช้บังคับกับฝ่ายปกครองให้ต้องถือปฏิบัติในการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ดังปัญหาการออกกฎของฝ่ายปกครองตามความเห็นทางกฎหมายคำวินิจฉัย หรือคำพิพากษาที่ได้หยิบยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างในการศึกษาแล้วข้างต้น การออกกฎของฝ่ายปกครองจึงมีปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลต่อการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองและเป็นการลดรอบสิทธิ์และเสรีภาพของประชาชน อันเนื่องมาจากการไม่มีหลักเกณฑ์การควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวคิด และทฤษฎี หลักกฎหมาย ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้วินิจฉัยเรื่องการออกกฎของฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องและคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยเรื่องเกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง



และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงการออกกฎในระบบกฎหมายต่างประเทศสะท้อนให้เห็นถึง ปัญหาการควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ที่ระบบกฎหมายไทย จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ และข้อปฏิบัติที่เป็นมาตรฐานกลางเกี่ยวกับการออกกฎไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมทั้งการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎขึ้น โดยมีหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง เพื่อแก้ไขปัญหาการออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เป็น การลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนี้

### 5.2.1 การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎของฝ่ายปกครอง

การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไป ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ และระบบกฎหมายไทย ยอมรับว่าเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการออกกฎ ควรนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในระบบกฎหมายไทยให้เป็นที่ชัดเจน โดยตราเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งให้เรียกว่า “พระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การออกกฎและการตรวจสอบกฎ” โดยมีหลักการและเหตุผลเพื่อให้มีกฎหมายใช้บังคับ ในการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ซึ่งกำหนดให้มีหลักการ สำคัญ ดังนี้

1) ฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายปกครอง โดยการออกกฎจะกระทำได้อันเมื่อ มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ และต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งไม่ขัด ต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ต้องไม่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายใดๆ ขึ้นใหม่ นอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด

2) เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองออก กฎในเรื่องใดการออกกฎต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นและ กรณีที่ กฎหมายกำหนดให้ ต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะออกกฎต้องได้รับ ความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นซึ่งเป็นผู้มีอำนาจร่วมในการออกกฎนั้นด้วย และเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจ หน้าที่ออกกฎไม่อาจมอบให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแทนได้ เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติให้กระทำเช่นนั้นได้ หรืออาจมอบอำนาจ ให้กำหนดกฎเกณฑ์ในส่วนที่เป็น รายละเอียดซึ่งมิใช่สาระสำคัญ เท่าที่จำเป็นและสมควรเท่านั้น

3) เนื้อหาสาระของกฎ กฎจะต้องมีเนื้อหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ และต้องใช้บังคับ เป็นการทั่วไป ไม่เจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะราย และไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่ เป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้สุจริต เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้งให้ออกกฎที่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง ดังกล่าวได้ แต่ต้องไม่กระทบสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว อีกทั้งกฎต้องไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และต้องไม่พ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามได้ รวมทั้ง ต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ โดยไม่สร้างขั้นตอนที่ไม่จำเป็นหรือสร้างภาระ

จนเกินสมควร และได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับสิทธิหรือเสรีภาพและประโยชน์ที่บุคคลต้องเสียไป

กฎจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ เว้นแต่กรณี ที่กฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ โดยต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและโทษที่กำหนดจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงตามบทบัญญัติกฎหมายแม่บท

4) รูปแบบของกฎ โดยกฎต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร มีเนื้อหาชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ มีการอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นบทอาศัยอำนาจ โดยอ้างจากบทบัญญัติกฎหมายแม่บทที่กำหนดอำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และต้องระบุวันเดือน และปีที่ออกกฎรวมทั้งชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎ และในกรณี ที่กฎหมายแม่บทกำหนดเงื่อนไขว่าการออกกฎจะต้องขอความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่น กฎนั้นต้องระบุนการได้รับความเห็นชอบไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แก่การตรวจสอบว่ากฎนั้นได้ทำขึ้นตามอำนาจแห่งกฎหมายใด และออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

กรณี ที่คณะรัฐมนตรีมีมติ และมติ นั้น มีสภาพเป็นกฎในเรื่องใด ให้จัดทำเป็นประกาศในเรื่องนั้น และประกาศในราชกิจจานุเบกษา

5) การประกาศกฎ วิธีการประกาศกฎให้กระทำโดยการเผยแพร่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือต้องปิดประกาศ ณ ที่ทำการของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ในกรณี ที่กฎหมายมิได้บัญญัติวิธีการเผยแพร่กฎไว้ให้เผยแพร่ โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

6) การมีผลใช้บังคับ กฎมีผลใช้บังคับตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎนั้นเองหรือกฎอื่น ในกรณี ที่กฎหมายหรือกฎมิได้กำหนดวันมีผลใช้บังคับไว้ กฎมีผลใช้บังคับในวันถัดจากวันที่มีการเผยแพร่ตามที่กฎหมายกำหนด หรือในวันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

กรณี ที่ออกกฎโดยให้มีผลใช้บังคับทันทีจะเป็นการยากต่อการปฏิบัติของผู้อยู่ในบังคับของกฎ หรือจะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ ให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎ กำหนดให้กฎมีผลใช้บังคับภายในกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมภายหลังประกาศใช้กฎ เพื่อให้ผู้อยู่ในบังคับของกฎสามารถเตรียมการปฏิบัติตามกฎนั้นได้

กรณี กฎที่มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ที่เลขกำหนดไว้แล้ว ต้องกำหนดบทเฉพาะกาลรองรับการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เดิมไปเป็นหลักเกณฑ์ใหม่

7) เจ้าหน้าที่ ต้องผูกพันตามกฎที่ตนเป็นผู้ออกหรือเจ้าหน้าที่อื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นเป็นผู้ออก และจะดำเนินการใด ๆ โดยเฉพาะการออกคำสั่งทางปกครองในทางที่ขัดหรือแย้งต่อกฎ หรือยกเว้นไม่ใช้บังคับกฎแก่บุคคลใดหรือกรณีใดมิได้ หากกฎหมายหรือกฎนั้นเองมิได้กำหนดให้กระทำเช่นนั้นได้ ทั้งนี้ ตามหลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ที่ตนกำหนดขึ้น

8) ในกรณี ที่เจ้าหน้าที่เห็นว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือมีผู้ร้องขอให้ยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเจ้าหน้าที่เห็นว่ากฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เจ้าหน้าที่ยกเลิกกฎนั้นโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ยกเลิกหรือมีผลในอนาคต

ในกรณี ที่กฎไม่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่วันที่ออกกฎนั้นแต่ยังมีได้มีการประกาศกฎ หรือยังไม่ได้มีการใช้บังคับกฎนั้นแก่กรณีใด เจ้าหน้าที่มีอำนาจยกเลิกหรือแก้ไขกฎนั้นได้

ในกรณี ที่มีการเพิกถอนกฎและปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่ามีการใช้บังคับกฎนั้นไปแล้ว การเพิกถอนกฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสิทธิที่ได้รับไปแล้วของบุคคลหรือความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลในความคงอยู่ของกฎนั้น

9) การยกเลิก การเพิกถอน หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎ ให้ประกาศเช่นเดียวกับการประกาศใช้กฎนั้น

10) ขั้นตอนการออกกฎและการทบทวนกฎ ในการการรับฟังความคิดเห็น การวิเคราะห์ผลกระทบ และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยอนุ โลม ซึ่งเห็นว่าอาจไม่ชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ ในการออกกฎของฝ่ายปกครอง เช่น การออกข้อบัญญัติ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังความคิดเห็น การวิเคราะห์ผลกระทบ และการประเมินผลสัมฤทธิ์สำหรับการออกกฎไว้ในกฎหมายที่ได้เสนอแนะให้ตราขึ้นนี้

### 5.2.2 การกำหนดองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง

จากที่ได้ศึกษาการดำเนินการตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายปกครองแบ่งออกเป็นสองกรณี คือ การดำเนินการตรวจสอบร่างกฎกระทรวง ระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศ ที่มีผลใช้บังคับแก่ส่วนราชการ โดยทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว ตามมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎก่อนที่ จะมีการประกาศใช้บังคับ และกรณี ที่สอง คือ การดำเนินการตรวจสอบร่างประกาศกระทรวง ระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลใช้บังคับแก่ประชาชน โดยทั่วไปที่หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกกฎทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎก่อนประกาศใช้บังคับ ซึ่งการดำเนินการในกรณี ที่สองนี้ เกิดปัญหาการออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นจำนวนมาก เนื่องจากกฎดังกล่าวจะไม่ได้รับการเสนอให้คณะรัฐมนตรี ให้ความเห็นชอบ และไม่ถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ในการนี้ จึงมีข้อเสนอแนะให้มีการจัดตั้งองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎขึ้น โดยเรียกว่า “คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง” กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอุทธรณ์กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองในกรณี ที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎ หรือผู้อยู่ในบังคับของกฎ เห็นว่ากฎดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลเป็นการลิดรอนต่อสิทธิและเสรีภาพของตนพร้อมกันนี้ เสนอแนะให้กำหนดขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ เรื่องเกี่ยวกับกฎไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุม ตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายหลังจากที่ได้ประกาศใช้บังคับ และในกรณีที่ “คณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง” ได้วินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว หากผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง กับกฎ หรือผู้อยู่ในบังคับของกฎเห็นว่า ตนยังคงได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎนั้นอยู่ ก็ไม่เป็นการตัด โอกาสที่จะใช้สิทธิโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองได้ โดยการฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองให้พิจารณาและวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้นได้ต่อไปอีกชั้นหนึ่ง

ในการศึกษานี้ มีความมุ่งหวังว่า เมื่อมีการตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การออกกฎและการตรวจสอบกฎ” เพื่อใช้บังคับในการควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง โดยกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการควบคุมการออกกฎใช้เป็น “มาตรฐานกลาง” ให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติ รวมทั้งการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์ กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง อันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎไว้เป็นลายลักษณ์อักษรให้เกิดเป็นรูปธรรมแล้ว ปัญหาการออกกฎไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะได้รับการแก้ไขได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น ส่งผลให้กฎของฝ่ายปกครองไม่เป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อีกทั้งยังเกิดประสิทธิภาพแก่การบังคับใช้กฎหมายในการบริหารราชการแผ่นดินมากยิ่งขึ้น และที่สำคัญคือ หลักกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายไทยได้มีการพัฒนา ดังนั้นอารยประเทศ ส่งผลต่อภาพลักษณ์ที่ดีของฝ่ายปกครองต่อไป