

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหมาย และการตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายปกครอง

จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายไปดำเนินการออกกฎหมายแทน กฎจึงเป็นกฎหมายที่ไม่ได้จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Laws not made by the Legislature) และมีวิธีการแตกต่างไปจากการตรากฎหมาย การออกกฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติที่ให้อำนาจ รวมทั้งขอบเขตเนื้อหาและความเชื่อมโยงของกฎหมายแม่บท ประกอบกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขรูปแบบของกฎหมาย โดยศึกษาจากแนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการออกกฎหมายและการตรวจสอบกฎหมาย

2.1 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายปกครองในการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการบริหารงาน การดำเนินการกิจ หรือการออกกฎหมาย จะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานที่สำคัญ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) หลักนิติธรรม (Rule of Law) การศึกษาแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายปกครองจึงมีความสำคัญต่อการใช้อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยมีหลักการที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ใช้ในการกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎหมาย

ตามแนวคิดทางด้านกฎหมายมหาชน (Public Law) ถือหลักว่าการปกครองและการบริหารราชการต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality in Administration) ฝ่ายปกครองจะลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมายการปกครองในรัฐสมัยใหม่จึงจำเป็นต้องยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ตกอยู่ใต้อำนาจอำเภอใจ (Arbitrary Power) ของอำนาจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง¹ หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการแบ่งแยกหน้าที่

¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2543). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 134.

ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ² และเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปกครองประเทศ ซึ่งในแต่ละประเทศ จะมีความแตกต่างกันโดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีจากนักนิติศาสตร์ และระบบการปกครองของประเทศนั้น ๆ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติการแบ่งแยกอำนาจปกครองของรัฐออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) คือ อำนาจตรากฎหมาย อำนาจบริหาร (Executive Power) คือ อำนาจที่ปฏิบัติตามกฎหมายและอำนาจตุลาการ (Judicial Power) คือ อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทตามกฎหมาย ซึ่งภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการสามารถควบคุมตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันระหว่างอำนาจ³ ซึ่งเกิดจากแนวความคิด ที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวและผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใด มาตราตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจอันซึ่งอาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครอง ถูกกดขี่ ดังคำ ของ Lord Acton (1834-1902) ที่กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบและ การมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมเกิดการกระทำที่ไม่ชอบอย่างแน่นอน”⁴ อย่างไรก็ตาม การแบ่ง แยกอำนาจไม่จำเป็นต้องแบ่งเป็น 3 อำนาจเสมอไป ดังเช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐ ประชาชนจีน ค.ศ.1947 ได้ดัดแปลงหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยแบ่งออกเป็นอำนาจบริหาร (Executive Power) อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจตุลาการ (Judicial Power) อำนาจตรวจสอบข้าราชการ (Examination Power) และอำนาจควบคุม (Control Power)

นอกจากนี้ หลักแบ่งแยกอำนาจอาจถือได้ว่าเป็นศิลปะทางรัฐศาสตร์ หรือศิลปะทางการเมือง (Political Art) และไม่ใช่หลักการเคร่งครัด แต่เป็นเพียงหลักเกณฑ์ (Rule) ที่มีจุดมุ่งหมายไม่ให้องค์กรใด องค์กรหนึ่ง ของรัฐมีอำนาจมากจนเกิดการผูกขาดอำนาจ ซึ่งอาจปรับปรุงให้สอดคล้องกับเงื่อนไข ต่างๆ ได้⁵ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสได้กล่าวถึงจุดมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ว่า “อธิปไตย ย่อมมีเพียงหนึ่งและเป็นของชาติเท่านั้น ชาติได้มอบอำนาจต่างๆ แก่องค์กรโดยให้มือองค์กรแบ่งแยก กันใช้ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงมีความสำคัญ คือ ทำให้ชาติซึ่งเป็นสิ่งสมมุติและไม่อาจมองเห็นได้

² องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการทั้งสามประเภท บางทีก็เรียก อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ดังเช่น ใน Separation of Powers คำว่า “Powers” หมายถึง องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ มิได้หมายถึงตัวอำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจจึงไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจรัฐ แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการออกจากกัน ไม่ให้การใช้อำนาจรัฐกระทำการทั้งสามประเภทรวมศูนย์ อยู่ที่องค์กรเดียว. อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2566). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของ กฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19.

³ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 19.

⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 29-30.

⁵ อมร จันทรสมนบูรณ์. (2544). *กฎหมายปกครอง LW 312*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 66.

สามารถมีตัวตนอยู่ได้ (La Nation est à la fois Invisible et Présente.) ชาติสามารถมีตัวตนอยู่ได้โดยอาศัย การมอบหมายให้มีการใช้อำนาจโดยองค์กรต่างๆ และองค์กรซึ่งกระทำแทนชาติมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติ หน้าที่ตามที่กำหนด⁶

อริสโตเติล⁷ อาจถือว่าเป็นนักปรัชญาการเมืองคนแรกที่ได้พยายามจัดแบ่งองค์ประกอบ ของรัฐบาล โดยเขียนไว้ในหนังสือ Politic ว่า รัฐทุกรัฐมีองค์ประกอบ (Elements) 3 ประการ ดังนี้

1) องค์ประกอบที่ดำเนินการกิจการสาธารณะ เช่น การออกกฎหมาย การดูแลตรวจตรา การใช้จ่ายสาธารณะ การดำเนินการกิจการสาธารณะ ซึ่งอริสโตเติลเห็นว่า เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่สุด และอยู่เหนือองค์ประกอบอีก 2 ประการ

2) องค์ประกอบที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ ซึ่งอริสโตเติลเรียกว่า Magistrates และการแบ่งแยกหน่วยงาน รวมถึงการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐและการกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงาน ของรัฐ ซึ่งเป็นอำนาจในการกำหนดนโยบาย (Policy) และออกคำสั่ง (Order) โดยเฉพาะการจัดเก็บภาษี (Tax) และการป้องกันประเทศ (National Defense)

3) องค์ประกอบที่เกี่ยวกับอำนาจตุลาการ การแต่งตั้งผู้พิพากษา (Appointment of Judges) และกำหนดเขตอำนาจของศาล (Jurisdiction of the court)

มองเตสกีเออ⁸ มีชื่อเสียงจากหนังสือเล่มสำคัญคือ เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย (De l'Esprit des Lois ค.ศ. 1748) ซึ่งถือเป็นประวัติศาสตร์ของวิชาการเมืองมองเตสกีเออกล่าวไว้ว่า ถ้าเราพิจารณาอำนาจ หน้าที่ที่รัฐบาล (Gouvernement) ปฏิบัติอยู่ในขณะนั้น เราจะเห็นว่ารัฐมีหน้าที่ อยู่ 3 ประเภท (Trois Functions) และมีการใช้อำนาจ (Pouvoir) อยู่ 3 ประการ คือ

1) รัฐตรากฎหมายมาบังคับแก่การดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป เป็นอำนาจ ในการตรากฎหมาย แก้ไขกฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมาย คืออำนาจนิติบัญญัติ (Puisseance Legislative)

⁶ อมร จันทรสมนุรณ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 5. หน้า 70.

⁷ อริสโตเติล (Aristotle) 384-322 ก่อนคริสตศักราช เป็นนักปราชญ์ที่ยิ่งใหญ่ชาวกรีก เป็นลูกศิษย์ของพลาโต (Prato) และ โซกราตีส (Socrates) ได้เขียนหนังสือที่ชื่อว่า Politics อริสโตเติลได้รับแนวความคิดส่วนใหญ่ มาจากพลาโต โดยเฉพาะในส่วนที่สำคัญ คือ เรื่องที่เกี่ยวกับศีลธรรม (Moral). อ้างถึงใน ปรีดี เกษมทรัพย์. (2555). นิติปรัชญา. **โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 113.

⁸ มองเตสกีเออ (Montesquieu) ค.ศ. 1689 ถึง ค.ศ. 1755 เป็นนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส เดิมโตขึ้นมาในครอบครัว ขุนนางชั้นผู้ใหญ่ในสมัยที่กษัตริย์ฝรั่งเศสมีอำนาจอย่างยิ่ง คือ สมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เมื่อมองเตสกีเออ อายุได้ 25 ปี ก็ได้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาแห่งบอร์โด (Bordeaux) และเมื่ออายุได้ 27 ปี ก็ดำรงตำแหน่ง ประธานสภาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในแคว้นนั้นด้วย ต่อมาได้เขียนหนังสือที่มีชื่อเสียงเล่มหนึ่งชื่อว่า De l'esprit des lois หรือ The Spirit of The Laws. เรื่องเดียวกัน, หน้า 211.

2) รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยทั้งภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประเทศเพื่อนบ้านเคารพเอกราชอธิปไตยของประเทศ และการใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติ คือ อำนาจบริหาร เป็นอำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน (Puisseance Exécutives des Choses qui Dépendent du Droit.) เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง (Administration) และฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายด้วย

3) รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย (อำนาจปฏิบัติการเกี่ยวกับกิจการตามกฎหมายมหาชน คือ อำนาจตุลาการ เป็นอำนาจพิจารณาและพิพากษากรณีมีข้อพิพาทหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย

เมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะต้องมีการแบ่งแยกองค์การปฏิบัติการด้วย อันเป็นผลให้เกิดเสรีภาพทางการเมืองและประชาชน โดยแนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ เป็นที่ยอมรับกันแพร่หลาย และมีอิทธิพลต่อการเขียนรัฐธรรมนูญระบอบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาภายหลังประกาศอิสรภาพไม่ขึ้นกับประเทศอังกฤษ และมีอิทธิพลต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 ในการยกร่างรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อ พ.ศ. 2475 นับแต่นั้นมา

2.1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติอำนาจบริหารและฝ่ายปกครอง

อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจบริหาร (Executive Power) และฝ่ายปกครอง (Administration) โดยอำนาจแต่ละอำนาจมีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากเป็นกลไกทางการเมืองที่สำคัญในการปกครองประเทศ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับมีเจตนารมณ์ที่ต้องการแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันเพื่อที่จะได้แยกหน้าที่ของแต่ละฝ่ายให้ชัดเจน โดยที่ต่างฝ่ายต่างทำหน้าที่ของตน แต่ทั้งสองฝ่ายต่างก็ยังคงมีความสัมพันธ์ต่อกัน เพื่อให้มีการตรวจสอบควบคุมและถ่วงดุลซึ่งกันและกันอันจะทำให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปโดยชอบธรรมและมีประสิทธิภาพสอดคล้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารในการออกกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส(หลังสงครามโลกครั้งที่ 2) เมื่อฝ่ายบริหารมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของตน อำนาจในการออกกฎหมาย (Règlement) เพื่อการปฏิบัติตามกฎหมายจึงต้องเป็นของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาล่วงล้ำไม่ได้ ถ้าอำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมายจำกัดในรายละเอียดก็จะเป็นการแทรกแซงฝ่ายบริหาร ดังนั้นเมื่อประธานาธิบดี เดอ โกลด์ ขึ้นสู่อำนาจ จึงได้บัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 โดยกำหนดให้แน่ชัดว่าขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติมีเพียงใด และส่วนใดเป็นอำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารแต่ผู้เดียว สิ่งที่รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่าเป็นขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติ คือ สิทธิของพลเมืองหลักประกันเสรีภาพสาธารณะ สันติภาพสภาพ และความสามารถของบุคคลการกำหนด

การกระทำผิดและการกำหนดโทษ อัตราภาษี ฯลฯ ส่วนนอกเหนือจากนี้ก็เป็นอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร⁹

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักความสัมพันธ์ระหว่างนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร คือ ใช้ระบบรัฐสภาวางหลักไม่ยึด “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) อย่างเคร่งครัด แต่ยึดหลักการแบ่งแยกองค์กรและแบ่งหน้าที่ (Function of Powers) โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ทำหน้าที่ตรากฎหมายและให้ฝ่ายบริหาร (รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี) นำกฎหมายไปบริหารราชการแผ่นดิน โดยยอมให้แต่ละองค์กรเกี่ยวข้องกันได้มากพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ยอมหรือบังคับว่าให้ฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างใกล้ชิด ซึ่งเป็นการถ่วงดุลหรือคานอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance)¹⁰

นอกเหนือจากความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารดังกล่าวข้างต้นแล้ว อำนาจนิติบัญญัติยังมีความสัมพันธ์กับอำนาจบริหารซึ่งมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตรากฎหมายจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองให้บริหารงานตามนโยบายและการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง ซึ่งในส่วนของฝ่ายบริหารนั้นสามารถจัดแบ่งอำนาจบริหารราชการแผ่นดินออกเป็น 2 ประการคือ

1) อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นรัฐบาล (Government) เป็นอำนาจหน้าที่ในทางนโยบาย ปกติเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือตามนโยบายที่กำหนดโดยคณะรัฐบาล เช่น การประชุมคณะรัฐมนตรี เพื่อปรึกษาหารือ กำหนดนโยบายการบริหารงาน ใช้อำนาจต่างๆ ที่เป็นปัญหาสำคัญ การประสานกับรัฐสภาการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งกระทำเพื่อความมั่นคง เจริญก้าวหน้าของรัฐบาลลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นงานนโยบาย ในประเทศไทย ผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็นข้าราชการการเมือง

2) อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration) มีหน้าที่ในการปฏิบัติหรือดำเนินการในกิจกรรมทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ หรือปฏิบัติงานให้เป็นไปตามที่ได้รับมอบหมาย เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ การเศรษฐกิจ การค้า การสาธารณสุข นอกจากนี้ ยังมีอำนาจออกกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ที่ต้องดำเนินการตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง การดำเนินงานในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง จะมีข้าราชการประจำ

⁹ ออมร จันทรสมนุรณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 70.

¹⁰ สิทธิกร ศักดิ์แสง. (2563). *ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในระบบรัฐสภาของประเทศไทย ภายใต้รัฐธรรมนูญ 2560*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : https://www.facebook.com/sitikom.stu/posts/3478328195594987/?xpid=0&eav=AfY3NyVy8FDSmQjNdcCja_pHSfbFXRjg2IVlx0RDOrYPyVakMhgS2BhRNZ-C3UY&_rdt. [2566, 25 กรกฎาคม]

ตามกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ร่วมปฏิบัติงาน ตลอดจนช่วยเหลือฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย ผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็นข้าราชการประจำ ไม่ว่าผู้ใดจะมาเป็นคณะรัฐบาล ข้าราชการประจำ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ไปตามปกติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้าราชการประจำที่ทำหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ ถือเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร¹¹

นอกจากที่กล่าวข้างต้น ฝ่ายนิติบัญญัติยังมีความสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองในด้านการตรากฎหมาย โดยฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ตรากฎหมายในแง่หลักการอย่างกว้างแล้วให้ฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียดโดยการออกกฎ (Rules) ข้อบังคับ (Regulation) หรือที่เรียกว่ากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ซึ่งถือเป็นสัมพันธภาพที่จำเป็นระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองประการหนึ่ง แต่อำนาจออกกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองไปต้องไม่ใช่ไปในทางที่ขัดกับกฎหมายแม่บทต่าง ๆ ที่กำหนดสิทธิของบุคคลและในทรัพย์สิน หรือผูกมัดและกำหนดความรับผิดชอบหรือระบุประเภทความผิดอาญาและกำหนดโทษ ซึ่งต่างไปจากการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่หน่วยงานปกครองท้องถิ่นที่สามารถออกกฎหมายได้เองในบางกรณี ฝ่ายปกครองจึงออกกฎหมายลำดับรองเพื่อปฏิบัติให้กฎหมายหลักมีผลใช้บังคับ ได้สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ใช่ออกกฎหมายบังคับให้มีผลอย่างพระราชบัญญัติ¹²

เมื่อได้พิจารณาจากหลักการดังกล่าวเห็นได้ว่า อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และฝ่ายปกครอง อาจมิได้หมายความว่าจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดจนองค์กรผู้ใช้อำนาจไม่มีความสัมพันธ์กัน เนื่องจากการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดย่อมทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหารประเทศ เช่น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายทุกเรื่องและกำหนดรายละเอียดโดยเคร่งครัดแล้ว อาจเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารได้ เนื่องจากไม่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจปฏิบัติการตามกฎหมายได้ตามความเหมาะสม อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ หากไม่ทราบว่าฝ่ายปกครองต้องการให้มีกฎหมายใดบ้างสำหรับใช้ในการบริหารงาน ดังนั้น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และฝ่ายปกครองจึงมีความสัมพันธ์กันโดยอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญกำหนด

2.1.3 ความหมายและองค์ประกอบของฝ่ายปกครอง

การจัดองค์กรของรัฐ (Organization of the State) มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่กันระหว่างองค์กรของรัฐสองประเภท คือ องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำหนด

¹¹ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. (2531). *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 หน้าที่ 10*. กรุงเทพฯ: ฝ่ายการพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 610-611.

¹² ทวาร เกียรติทับทิว. (2546). หลักการแบ่งแยกอำนาจและความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยตามแนวคิดของมองเตสกีเออ. *วารสารพัฒนบริหารศาสตร์สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์*. 43(3). หน้า 176.

และกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์การประเภทนี้ เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” (Executive) และองค์การที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์การประเภทนี้ เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”¹³ (Administration) ซึ่งมีการให้ความหมายของฝ่ายปกครองว่าเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ (Compétence) ตามกฎหมายแทนรัฐ (État) โดยฝ่ายปกครองประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Agents de l'État) และหน่วยงานของรัฐ (Organes Administratifs de l'État) ทั้งนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยาม (Definition) คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

- 1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- 2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการ หรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ
- 3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Officials) โดยปกติจะหมายความรวมถึงผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง (Administrative Agencies) ไม่ว่าจะเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างซึ่งอยู่ในส่วนราชการ (Government Service) หรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่อื่น และยังหมายความรวมถึงบุคคลหรือคณะบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลด้วย นอกจากนี้ยังรวมถึงบุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว เช่น กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน

ในการพิจารณาเกี่ยวกับหน่วยงานของรัฐ (State Agencies) นั้น พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ให้คำนิยาม คำว่า “หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐ

¹³ ประเสริฐ สุขสบาย. (2549). *การออกกฎของฝ่ายบริหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. กรุงเทพฯ. หน้า 10.

ตามพระราชบัญญัตินี้ด้วย¹⁴ ซึ่งมีการให้ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” เพื่อความมุ่งหมายในการควบคุมการตรวจสอบฝ่ายปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3¹⁵ ซึ่งได้นิยามความหมายของฝ่ายปกครองผ่านคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” และ “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” ไว้ด้วย¹⁶ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจองค์ประกอบของฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ มีการให้ความหมายคำว่า “ฝ่ายปกครอง” หมายถึง สิ่งต่าง ๆ รวม 5 สิ่งด้วยกันคือ¹⁷

1) หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร คือ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง เช่น ราชการส่วนกลาง¹⁸

¹⁴ ตรีเพชร จิตรมหีมา. (2562). การควบคุมฝ่ายปกครองโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง พิศุทธศาสตร์จากข้อความคิดไปสู่ผลการปฏิบัติราชการทางปกครอง. *การประชุมวิชาการระดับชาติและนานาชาติมหาวิทยาลัยศรีปทุมครั้งที่ 14 ประจำปี 2562*. มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 3-4.

¹⁵ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคล หรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคลและ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 19.

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 15-19.

¹⁸ มาตรา 7 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ดังนี้

(1) สำนักนายกรัฐมนตรี

(2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง

(3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง

(4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง

(Central Government) ราชการส่วนภูมิภาค¹⁹ (Provincial Government) ราชการส่วนท้องถิ่น²⁰ (Local Government) ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 รัฐวิสาหกิจ (State Enterprise) ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา และหน่วยงานอื่นของรัฐ (Other State Agencies)

2) องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร คือ บรรดาองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบด้วยพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และบรรดาบุคคล (ผู้ดำรงตำแหน่ง) คณะบุคคล (คณะกรรมการหรือสภา) ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคนใดคนหนึ่ง ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) รัฐบาล (Government) คือ บรรดาบุคคลและคณะบุคคลที่มีอำนาจในการปกครองรัฐ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี เมื่อใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ กระทำการต่างๆ รวมถึงพระมหากษัตริย์ซึ่งอยู่ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร ในกรณีทรงใช้พระราชอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

(ข) องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative Organs) หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative Officials) คือ บรรดาบุคคล (ผู้ดำรงตำแหน่ง) และคณะบุคคล (คณะกรรมการหรือสภา) ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลหรือควบคุมดูแล โดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่งและหมายความรวมถึงพระมหากษัตริย์ ในกรณีทรงใช้พระราชอำนาจตามที่กฎหมายอื่นบัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เช่น การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการ ฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า และให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าว โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี

¹⁹ มาตรา 51 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ดังนี้

- (1) จังหวัด
- (2) อำเภอ

²⁰ มาตรา 70 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ดังนี้

- (1) องค์กรบริหารส่วนจังหวัด
- (2) เทศบาล
- (3) สุขาภิบาล
- (4) ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นตามที่มิได้กฎหมายกำหนด

เมื่ออาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด) กระทําการต่าง ๆ

กล่าวสรุปได้ว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้น อาจกระทําการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือในฐานะที่เป็น “องค์ฝ่ายปกครอง” ก็ได้ แล้วแต่ว่าใช้อำนาจตามกฎหมายใดกล่าวคือ ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทําการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่ากระทําการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ถ้ายกกระทําการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด ก็ถือว่ากระทําการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง”

3) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หมายถึง องค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้จัดตั้งขึ้นและได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางบริหารกระทําการต่าง ๆ โดยไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลอย่างใด ๆ ของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ซึ่งองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

(ข) องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงกิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

ทั้งนี้ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมาย บางองค์กรใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่น เหมือนกับคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี เฉพาะแต่กรณี ที่องค์กรอิสระใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นกระทําการเท่านั้นจึงจะถือว่าองค์กรอิสระนั้นเป็นฝ่ายปกครอง ในกรณี ที่องค์กรอิสระใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญกระทําการไม่อาจถือได้เลยว่าองค์กรอิสระนั้นเป็นฝ่ายปกครอง

4) หน่วยงานอิสระของรัฐ คือ หน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาล เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง หรือหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของสภานิติบัญญัติ เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา หรือเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เช่น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

5) เจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐ โดยฝ่ายปกครองตามความหมายข้างต้น บางกรณีก็กระทําการต่าง ๆ เหมือนดังเช่นที่เอกชนดำเนินการ กล่าวคือ ไม่ได้ใช้อำนาจเหนือผู้ใดเลย บางกรณีก็กระทําการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่เรียกว่า “อำนาจทางปกครอง” เฉพาะ

แต่กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจทางปกครองกระทำการเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองได้ การกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่เรียกว่า การกระทำทางปกครอง

“การกระทำทางปกครอง” ในทางกฎหมาย สามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ²¹ คือ การกระทำทางปกครองที่เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” (Juristic Act) เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล หรือ หนึ่งหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง มุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับเอกชน ส่วนการกระทำทางปกครองที่เป็น “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Real Act) นั้น เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพ หรือเป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การปฏิบัติเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้น เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้วแต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม ซึ่งถือเป็นการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองมิใช่การกระทำที่เป็นนิติกรรม

2.1.4 อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากฝ่ายนิติบัญญัติ ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายทั่วไปสามารถทำได้ โดยการมอบอำนาจไว้โดยชัดแจ้งในกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจออกกฎและกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองในบางครั้งมักเรียกว่ากฎหมายที่ไม่ได้จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Without Legislatures) ซึ่งแต่เดิมแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นที่ถกเถียงกันอย่างมาก ในต่างประเทศว่ากระทำได้หรือไม่ และในขอบเขตเพียงใด เพราะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยแนวคิดและเหตุผลเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎได้ ดังนี้²²

1) แนวคิดการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎ ในสหราชอาณาจักร ถือว่ารัฐสภาเป็นที่มาของอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็เห็นว่ารัฐสภาอาจมอบอำนาจในการออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหาร หรือคณะรัฐมนตรีได้ ผลของการมอบอำนาจทำให้เกิดกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (Delegated Legislation) หรือกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) แต่อำนาจที่ได้มานี้

²¹ สมยศ เจื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*. 17(3), หน้า 61-62.

²² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2548). *คู่มือเบื้องต้น: การร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 94-95.

ไม่ได้มีโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่เป็นเพียงอำนาจรองเพราะถูกจำกัดตามพระราชบัญญัติที่มอบให้ ในส่วนของในประเทศอื่น ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือสาธารณรัฐฝรั่งเศส แต่เดิมก็ได้มีการนำหลัก ผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อได้ (*Delegata potestas non potest delegari*) อันเป็นหลัก ทางกฎหมายเอกชนมาเป็นข้ออ้างอิง ไม่ให้มอบอำนาจ โดยมีความเห็นกันว่าองค์กรนิติบัญญัติ ไม่อาจโอนอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ผู้อื่นได้ เพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบจากประชาชน แต่ต่อมา ความจำเป็นและประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายทำให้มีการยอมรับว่า ฝ่ายนิติบัญญัติ อาจมอบอำนาจของตนให้ผู้อื่นเพิ่มเติมรายละเอียดเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายได้ (Fill up in Details) หรืออีกนัยหนึ่งคือ การมอบอำนาจจะมีขึ้นก็เพียงเพื่อการบังคับการให้เป็นไปตาม กฎหมายทั้งหลาย จะเห็นได้ว่า การออกกฎหมายของฝ่ายปกครองจึงมีแนวความคิดมาจากเพื่อวัตถุประสงค์ การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และปรากฏว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร นี้เมื่อรวมกันแล้ว มีจำนวนมากมายิ่งกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก

ในตำราบางเล่มอธิบายว่า อาจเปรียบเทียบว่ากฎหมายแม่บทได้สร้างเค้าโครงหรือ โครงกระดูก (Skeleton of an Act) ขึ้นมา แล้วกฎหมายลำดับรองก็สร้างเนื้อหนัง (Flesh and Blood) ของกฎหมายให้เป็นตัวตนขึ้น โดยสรุปแล้ว ได้ยอมรับกันมาโดยตลอดว่าการมอบอำนาจ ในการออกกฎหมายไปให้ฝ่ายบริหาร นี้กระทำได้ และไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบไป โดยเด็ดขาด ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถที่จะกำหนดนโยบายของกฎหมายและหลักการการใช้อำนาจ และทิศทางการใช้อำนาจได้ รวมทั้งสามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้

2) เหตุผลความจำเป็นในการให้มีกฎ ในการบริหารงานของฝ่ายปกครองต้องการ ความสะดวกรวดเร็ว รองรับความต้องการของประชาชนที่มีมากขึ้น ฝ่ายปกครองจึงมีความจำเป็น ในการออกกฎ เพื่อเป็นเครื่องมือ ในการบริหารงาน และการบังคับใช้กฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพ เหมาะสมกับภารกิจที่ต้องดำเนินการ โดยการมอบอำนาจให้ออกกฎ ครมมอบให้องค์กรที่มีภารกิจ ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายแม่บท

ในรายงานของคณะกรรมการ Committee on Ministers' Powers (1932) Cond 4060 ของสหราชอาณาจักร มีประเด็นถกเถียงกันมากถึงขอบเขตของการมอบอำนาจการออกกฎหมายให้ ฝ่ายบริหาร ซึ่งสรุปว่าเป็นความจำเป็น โดยให้เหตุผลความจำเป็นในการให้อำนาจไว้ดังนี้²³

1) เหตุผลในด้านเวลา (Pressure on Parliament Time) ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจ หน้าที่ต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่แต่เฉพาะการตรากฎหมาย คงเป็นไปได้ที่ในการตรา กฎหมายฝ่ายรัฐสภาจะกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายไว้ได้ทั้งหมด การตรากฎหมายของ

²³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 94-95.

รัฐสภาจึงเป็นเพียงการกำหนดกรอบของสิทธิและหน้าที่ของประชาชน หรือขอบเขตของการจำกัดสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน และมอบให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดรายละเอียดเป็นกฎต่อไป

2) เป็นไปไม่ได้ที่จะพิจารณาเรื่องที่เป็นรายละเอียด (Inability of Parliament to Deal with Technical Matters) พระราชบัญญัติหลายฉบับมีเนื้อหาเป็นเรื่องทางเทคนิค การกำหนดรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัติทุกเรื่องเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ เพราะนอกจากจะใช้เวลาในการตรวจพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติมาก ยังทำให้เนื้อหาของพระราชบัญญัติมากเกินไป จึงควรมอบรายละเอียดให้ผู้มีความชำนาญเป็นผู้กำหนด

3) ความต้องการที่จะปรับกฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ (Need for Flexibility) กฎเกณฑ์ในกฎหมายเมื่อกำหนดเป็นพระราชบัญญัติแล้วผลที่ตามมาคือเคร่งครัดตายตัว ขาดความยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับกาลสมัย กฎหมายลำดับรองอาจช่วยให้มีการใช้กฎหมายที่เหมาะสมกับกาลสมัยได้

4) เหตุผลของความรีบด่วน (Emergency Situations) หากจะต้องตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติทุกเรื่องแล้วอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ ถ้าพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรอง ก็ทำให้ทันต่อเหตุการณ์ได้

ในราชอาณาจักรไทย ถ้าพิจารณาจากวิวัฒนาการที่มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ให้แก่เสนาบดีตั้งแต่สมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ก็เป็นที่ยอมรับมาตลอดว่าการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายข้อบังคับเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายสามารถกระทำได้ การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร โดยการมอบอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารและอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง อาจแบ่งได้เป็น 3 ประการ ดังนี้²⁴

1) อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยทางรัฐธรรมนูญ ในบางสถานการณ์ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายได้ โดยกฎหมายของฝ่ายบริหารมีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้ได้แก่พระราชกำหนด และประกาศพระบรมราชโองการบางประเภท นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายบางชนิดในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยทางคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เท่ากับเป็นการยอมรับพระราชอำนาจเต็มของพระมหากษัตริย์ตามเงื่อนไขของประชาธิปไตย ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำขึ้นเพื่อการกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น

²⁴ วราภรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. (2531). *การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 91-95.

พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประชุมกรรมการ

2) อำนาจตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารอาจได้รับมอบอำนาจในการออกกฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจ อธิปไตยและหลักการแบ่งแยกหน้าที่ เนื่องจากกฎหมายหลายเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิค ความเชี่ยวชาญ เฉพาะด้าน รวมถึงการกำหนดรายละเอียด กฎหมายบางเรื่องไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อเหตุการณ์ ความจำเป็นต่าง ๆ เหล่านี้ ประกอบกับภาระหน้าที่ของรัฐบาลในด้านอื่น ๆ มีมากขึ้นตามลำดับ จึงทำให้รัฐบาลไม่อาจตรากฎหมายได้ในทุกเรื่องและทุกสถานการณ์กับทั้งรายละเอียดปลีกย่อย ได้ทั้งหมด ซึ่งการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารนั้น มี 2 รูปแบบ คือ

รูปแบบที่ 1 การตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออก กฎหมายแทนฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีเงื่อนไขของทฤษฎีสถานการณ์ 'ได้แก่' พระราชบัญญัติ มอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พ.ศ. 2454 ซึ่งมีกำหนดเวลาใช้ไม่เกิน 3 ปี จึงมีลักษณะ การมอบอำนาจเป็นการชั่วคราว ออกใช้บังคับในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ในปัจจุบันไม่มี บทกำหนดรับรองการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารอีกแต่อย่างใด เนื่องจากฝ่ายบริหาร มีอำนาจตราพระราชกำหนดได้เป็นการชั่วคราวตามเงื่อนไขของสถานการณ์ซึ่งเป็นการเพียงพอแล้ว

รูปแบบที่ 2 การตราพระราชบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎเกณฑ์เพิ่มเติมในรูปแบบต่าง ๆ ตามเงื่อนไข และขอบเขตที่กำหนด ดังนั้น กฎ ข้อบังคับที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยการมอบอำนาจจาก ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงอยู่ในฐานะลำดับรองจากกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายประเภทนี้ เรียกกันว่ากฎหมายลำดับรอง ซึ่งในที่นี้เรียกว่า "กฎ"

3) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ในกรณีอื่น ๆ อันเกิดจากการปฏิบัติของ ส่วนราชการที่ได้มีการออกกฎเกณฑ์ในรูปแบบของระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ หนังสือเวียน และ แนวทางดำเนินงานที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองรวมถึงที่ฝ่ายบริหารออกมาในรูปแบบ มติคณะรัฐมนตรี โดยไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ดังกล่าว ไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท รัฐบาลเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ แต่โดยที่การบริหารราชการ แผ่นดินนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทางฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารจึงเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นและอยู่ในฐานะที่ทราบวิธีการที่จะทำ ให้การบังคับการตามกฎหมายมีประสิทธิภาพมากที่สุด ทั้งในแง่ความสะดวก ในการดำเนินงาน

ของหน่วยงานของรัฐและการให้บริการประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงมอบอำนาจในการกำหนดรายละเอียดวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมาย ให้แก่ฝ่ายบริหาร เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากที่สุด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีองค์กรเดียวที่มีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ แต่รัฐสภาจะทำหน้าที่ตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายว่าจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในเรื่องใด และหน่วยงานใดเป็นผู้บังคับการตามกฎหมาย มีหลักเกณฑ์และกลไกในการบังคับการ ให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างไร ส่วนรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดขึ้นในรูปแบบของ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ หรือที่เรียกโดยรวมว่า “กฎหมายลำดับรอง” (Subordinate or Delegated Legislation) หรือ “กฎ”²⁵ (By-law)

จากที่กล่าวมาว่า ฐานอำนาจในการออกกฎของฝ่ายปกครองนั้นมีหลักการว่าการออกกฎจะกระทำได้อต่อเมื่อมีบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจไว้ และต้องไม่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด รวมทั้งไม่ขัดต่อหลักการและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ทัศนคติที่ออกโดยหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ เพื่อใช้ในการบริหารจัดการองค์กรให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย หรือใช้บังคับแก่ผู้ใช้บริการสาธารณะเพื่อความเรียบร้อย ในการดำเนินบริการสาธารณะ กฎประเภทนี้ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ โดยชัดแจ้งก็ได้ เนื่องจากการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐและการดำเนินบริการสาธารณะ ย่อมมีปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องต่างๆ ซึ่งบางกรณีอาจมีความจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหา เนื่องจากกฎหมายอาจมิได้กำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกกฎในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะเจาะจงก็ได้ จึงต้องถือว่าหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีอำนาจทั่วไปในการออกกฎที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินงานของหน่วยงานและการดำเนินบริการสาธารณะในความรับผิดชอบเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ทั้งนี้ กฎประเภทดังกล่าวที่ออกโดยหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีความคล้ายคลึงกับแนวทางการใช้ดุลพินิจซึ่งไม่มีสภาพเป็นกฎ²⁶

²⁵ ปกรณ์ นิลประพันธ์. (2558) *ปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง : การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://lawdrafter.blogspot.com/2015/01/blog-post.html> [2566, 3 สิงหาคม]

²⁶ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. (2566). *หลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับ “กฎ” ของฝ่ายปกครอง : บทบัญญัติที่เพิ่มเข้ามาใหม่ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 9. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 30 กรกฎาคม]

2.1.5 การควบคุมการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครอง มีอำนาจทางปกครอง (Pouvoir Administratif) ที่จะบังคับการให้ผู้อยู่ใต้ปกครองปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ หรือคำสั่งของตนได้ โดยไม่จำเป็นต้องพึ่งอำนาจตุลาการ (Pouvoir Judiciaire) สั่งการบังคับให้ และเนื่องจากอำนาจของฝ่ายปกครอง เป็นอำนาจที่อยู่เหนือผู้อยู่ใต้ปกครอง หากไม่มีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองอาจกระทำการใดไปตามอำเภอใจ (Arbitraire) ได้ ซึ่งอาจมีผลให้สิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองตามที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองถูกทำลายลงโดยฝ่ายปกครองได้ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการควบคุม (Control) การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่า การควบคุมฝ่ายปกครอง (Contrôle de l'Administration)²⁷ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องเคารพต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ (Règles de Droit en Vigueur) และฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้ผู้อยู่ใต้อำนาจของฝ่ายปกครองสามารถโต้แย้ง คัดค้าน ร้องเรียน (Beschwerde) การอุทธรณ์ (Widerspruch) หรือตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้²⁸ ทั้งนี้ การศึกษาเกี่ยวกับการควบคุมอำนาจนี้ จะนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองพิจารณาแก้ไขให้กฎหมายนั้นชอบด้วยกฎหมาย หรือยกเลิกกฎหมายนั้น โดยฝ่ายปกครองเอง

การออกกฎหมายของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Action) ในรูปแบบนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (Act Juridique) ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายกำหนดหน้าที่ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งได้แต่เพียงฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายหนึ่งไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม เพราะในทางกฎหมายมหาชน (Droit Public) ฝ่ายปกครองย่อมมีฐานะเหนือกว่าฝ่ายผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองอาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่นิติกรรมทางปกครองออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย (La Violation de La Loi)²⁹ แบ่งออก ดังนี้

1) การฝ่าฝืนเนื้อหาของกฎหมายโดยตรง (La Violation Directe de La Règle de Droit) เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากเนื้อหา (Contend หรือ Objet) ของนิติกรรมทางปกครอง เป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุด เพราะเนื้อหาของนิติกรรมเป็นการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ทุกคนจะต้องเคารพ เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ แต่มีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บท หรือนิติกรรมทางปกครอง

²⁷ ศรีเพชร จิตรมหีมา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14, หน้า 9-10.

²⁸ ศรีเพชร จิตรมหีมา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14, หน้า 3.

²⁹ ประสาท พงษ์สุวรรณ, (2563). เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง. *การอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ 18 ปี 2566*. สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 32.

ฉบับหนึ่งออกมาโดยระบุให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งขัดกับหลักเรื่องนิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผล
 บังคับย้อนหลัง เว้นแต่จะเป็นข้อยกเว้น

2) กรณีมีความผิดพลาดในข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริง (L'erreur de Droite L'erreur de Fait) เกิดจากมูลเหตุจูงใจ (Motif) ซึ่งได้แก่สาเหตุที่เป็นตรรกะในการตัดสินใจนั้น เราอาจเรียกเหตุ
 นี้อีกอย่างหนึ่งว่า เป็นกรณีไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจในการออกนิติกรรมทาง
 ปกครอง (L'illégalité en Raison des Motifs de L'acte) ได้แก่กฎที่ออกโดยอาศัยกฎหมายที่ไม่มีอยู่
 (Norme Inexistante) หรือมีความผิดพลาดเกี่ยวกับฐานอำนาจทางกฎหมาย (L'erreur de Base
 Légale) ในการออกนิติกรรมทางปกครอง

จากทั้งสองกรณีดังกล่าวข้างต้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่กระทบต่อตัวเนื้อหาของ
 นิติกรรมทางปกครอง เป็นเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ออกไปโดยฝ่าฝืนกฎหมาย
 และ โดยผลของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมก่อให้เกิดหน้าที่ต่อเจ้าหน้าที่ในการจัด
 ความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กลับคืนสู่สภาพเดิมเท่าที่จะเป็นไปได้ หากกระทบสิทธิของบุคคล บุคคลย่อม
 มีสิทธิเรียกร้องในการจัดความเสียหายที่เกิดขึ้นให้กลับคืนสู่สภาพเดิม หรือเพื่อเยียวยาความเสียหาย
 ที่เกิดขึ้นได้³⁰

การออกกฎของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำทางกฎหมายที่อยู่ภายใต้การควบคุม
 ตรวจสอบได้โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้การกระทำเกิดความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณา
 ขอบเขตการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง สามารถแยกได้ 2 ประการ คือ³¹

ประการแรก การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ เป็นการควบคุม
 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ ซึ่งอาจแบ่งได้
 ออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ คือ

1) อำนาจทางปกครองที่กฎหมายให้มานั้น เป็นอำนาจผูกพันที่กฎหมายให้แก่
 ฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เด็ดขาด ไม่มีโอกาส
 ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจที่จะเลือกทำอย่างอื่นได้ โดยจะต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

2) อำนาจประเภทที่กฎหมายเปิด โอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจ
 ตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างไรอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายประสงค์แล้ว

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2563). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
 หน้า 54.

³¹ นุสรรา น่วมดำริห์. (2560). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์หรือฟ้องคดีของข้าราชการพลเรือนต่อคำ
 วินิจฉัยชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ*. สารนิพนธ์นิติศาสตร
 มหบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 39-40.

ฝ่ายปกครองมีอำนาจเลือกที่จะตัดสินใจแบบใดแบบหนึ่งซึ่งเห็นว่าเหมาะสม และการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักความได้ความสัดส่วนด้วย

ประการที่สอง เกณฑ์การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองอาจแบ่งได้ออกเป็น 2 หลักเกณฑ์ คือ

1) หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ โดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ รูปแบบ ขั้นตอนในการดำเนินการ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการนั้น เช่น การพิจารณาว่าเป็นเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจนั้นไว้หรือไม่ให้อำนาจเพียงใด เจ้าหน้าที่ผู้นั้น ได้ดำเนินการทางปกครองตามรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่

2) หลักเกณฑ์ความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา ซึ่งมาจากการใช้อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติมอบอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจทางการปกครองของเจ้าหน้าที่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่เป็นรากฐานแห่งอำนาจนั้นด้วย

ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtsmaessigkeit) ของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง อาจแยกได้ 2 ลักษณะ คือ³²

1) การควบคุมแบบป้องกัน คือ การควบคุมในขั้นตอนเตรียมการก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งมีทั้งการควบคุมโดยการหารือองค์กรที่ให้ความเห็นทางกฎหมายต่อฝ่ายปกครอง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือการควบคุมโดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมโดยการโต้แย้งคัดค้านก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีการออกกฎ หรือรับฟังความเห็นจากบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือองค์กรหรือตัวแทนของกลุ่มบุคคลนั้น รวมทั้งการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการ การควบคุมก่อนที่จะมีการกระทำของฝ่ายปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ ประกอบด้วย

(ก) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจโดยทั่วไป ซึ่งพิจารณาจากระบบกฎหมายไทย คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นองค์กรของรัฐที่มีบทบาทอย่างสำคัญในการทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน ตามมาตรา 7³³ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา

³² นุสรณ์ น่วมคำริห์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 29.

³³ มาตรา 7 คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) จัดทำร่างกฎหมายกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรี

พ.ศ. 2522 โดยนำหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น การจำกัดสิทธิ และเสรีภาพต้องกระทำโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องมีผลเป็นการทั่วไป กระทำได้เท่าที่จำเป็น จะขัดต่อหลักนิติธรรม (Rule of Law) มิได้ อีกทั้งพิจารณาจากความชอบด้วยกฎหมายแม่บท เช่น กฎออกโดยอาศัยกฎหมายใด เป็นไปตามขอบเขตและวัตถุประสงค์ที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้หรือไม่ เนื้อหาของกฎขัดกับกฎหมายอื่นหรือไม่ และหลักกฎหมายอื่น ๆ มาใช้ในการควบคุม ตรวจสอบ³⁴

(ข) การควบคุม โดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง พิจารณาจากพระราชบัญญัติฉบับที่กำหนดให้มีคณะกรรมการในบทบัญญัติ โดยให้คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย หรือเป็นองค์กรที่ให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ ตัวอย่างเช่น ให้รัฐมนตรีมีอำนาจออกประกาศกระทรวงโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ หรือให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติ

ประการที่สอง การควบคุมโดยประชาชน เป็นการควบคุมโดยการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการขึ้นเตรียมการหรือในขั้นพิจารณาของฝ่ายปกครอง โดยมุ่งหมายให้บุคคลที่อาจเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองได้เข้ามาปกป้องผลประโยชน์ หรือโต้แย้ง ป้องกันสิทธิในกรณีเป็นผู้เสียหายโดยตรงก่อนที่จะมีการกระทำนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถประเมินความต้องการและความรู้สึกของผู้มีส่วนได้เสียได้ถูกต้องยิ่งขึ้น นำไปสู่การพิจารณาตัดสินใจเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนเพื่อประสิทธิภาพในการบริหารงาน อีกทั้งการควบคุมโดยการให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสารราชการ เป็นการปกครองที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ และได้รับความเป็นธรรมในการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพ

2) การควบคุมแบบแก้ไข เป็นการควบคุมภายหลังที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นแล้ว โดยการขอให้ทำการทบทวนหรือแก้ไขด้วยวิธีการอุทธรณ์ หรือร้องเรียน แบ่งออกเป็น 2 ประการ คือ

ประการแรกการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง (Contrôle Interne) เป็นระบบการควบคุมที่สำคัญ ไม่มีแบบพิธี มีค่าใช้จ่ายน้อย ประกอบด้วย

(ก) การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา หรือผู้กำกับดูแล เป็นการควบคุมตามระบบบังคับบัญชาที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาตามหลักรวมอำนาจ (Centralisation) หรือตามระบบการกำกับดูแลที่ผู้กำกับดูแลมีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดตามหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) การควบคุมในลักษณะนี้จะอาศัยวิธีการอุทธรณ์

³⁴ นุศรา น่วมคำรห์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 138-139.

ต่อผู้ออกคำสั่งทางปกครองโดยตรง หรืออุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองที่เหนือชั้นขึ้นไป (Gracieux ou Hiérarchique)

การควบคุมโดยอาศัยอำนาจการบังคับบัญชา เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ในรูปแบบของสายการบังคับบัญชา (Hierarchies) โดยใช้อำนาจเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือกว่าตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองต่าง ๆ ของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาเหนือกว่า รวมทั้งมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ยกเลิก หรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของตนเองได้

การควบคุมโดยอาศัยการอำนาจการกำกับดูแล เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างต่างองค์กรกัน โดยปกติการกำกับดูแลจะเป็นการควบคุมโดยรัฐ เฉพาะเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่จะไม่เข้าไปควบคุมในเรื่องความเหมาะสมของการกระทำทางปกครองดังเช่นการการควบคุมโดยอาศัยอำนาจการบังคับบัญชา

(ข) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เป็นระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่มีความมุ่งหมายสำคัญ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ระดับเหนือขึ้นไปได้มีโอกาสตรวจสอบการกระทำอีกครั้งหนึ่ง และเพื่อเป็นการลดจำนวนคดีที่จะนำไปฟ้องศาล ซึ่งการอุทธรณ์บางกรณีอาจถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขสำคัญก่อนนำคดีไปฟ้องศาล เรียกว่า อุทธรณ์บังคับ

(ค) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการควบคุมที่มีลักษณะคล้ายการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง แต่เป็นระบบอุทธรณ์ที่มีกฎหมายกำหนดให้อุทธรณ์ไปยัง “คณะกรรมการ” ซึ่งพิจารณาอุทธรณ์ โดยองค์กรกลุ่มผู้พิจารณาอุทธรณ์จึงแตกต่างจากการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ที่มีผู้พิจารณาเป็นองค์เดียว คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงทำหน้าที่คล้ายกับองค์กรตุลาการ หรือเรียกว่า องค์กรกึ่งตุลาการ

ประการที่สอง การควบคุมโดยองค์ภายนอกฝ่ายปกครอง (Contrôle Externe) เป็นการควบคุมโดยทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นการควบคุมภายหลังฝ่ายปกครองได้มีการดำเนินการแล้ว

(ก) การควบคุมทางการเมือง เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรทางการเมือง หรือในลักษณะการใช้อำนาจในทางการเมือง เพื่อควบคุมการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติอันได้แก่การตรากฎหมาย

และหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารรัฐสภา หรือสภานิติบัญญัติจึงถือว่าเป็นองค์กรหลักสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองในทางการเมืองบนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Checks and Balances) โดยมีวิธีในหลายรูปแบบ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การตั้งคณะกรรมการ การพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายปกครอง

(ข) การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ โดยกฎหมายจะมอบอำนาจพิเศษบางประการให้องค์กรพิเศษเหล่านี้มีอำนาจตรวจสอบและควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง และองค์กรพิเศษล้วนเป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Médiateur de La République) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ค) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ถือเป็น การตรวจสอบและควบคุมฝ่ายปกครองที่สำคัญที่สุด และให้หลักประกันความธรรมกับประชาชนได้มากที่สุด เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรอิสระ ทั้งตัวองค์กรเองและผู้พิพากษา ทั้งยังมีกฎหมายกำหนดวิธีการดำเนินการพิจารณาไว้เป็นลำดับขั้นตอน โดยเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาทั้งสองฝ่ายแสวงหาพยานหลักฐานในการต่อสู้คดีของตนได้อย่างเต็มที่ โดยองค์กรตุลาการที่มีบทบาทในการควบคุม และตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับการออกกฎนั้น อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองจะควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะที่เป็นการกระทำทางปกครอง โดยมีขอบเขตที่ต่างไปจากการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สามารถควบคุมได้ทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือความเหมาะสมของการกระทำของฝ่ายปกครองแต่ศาลปกครองจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายโดยไม่เข้าไปควบคุมเรื่องความเหมาะสม กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองจะตรวจสอบแต่เพียงว่า การใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากการใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองจะไม่ตรวจสอบว่า การใช้อำนาจนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่

การควบคุมการออกกฎในสหราชอาณาจักร มีกฎหมายว่าด้วยการออกกฎ Statutory Instruments Act ค.ศ. 1946 ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (มิใช่ในมุมมองที่เป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ของฝ่ายปกครอง) ซึ่งเป็นกลไกควบคุมการออกกฎของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีระดับความเข้มข้นไล่เรียงไปตั้งแต่ ระดับต่ำสุด คือ การรายงานร่างกฎให้สมาชิกรัฐสภาตรวจสอบ หรือที่เรียกว่า “วางบนโต๊ะ” (Lay on Table) ระดับกลาง คือ การเสนอร่างกฎให้รัฐสภาตรวจสอบภายในเวลาที่กำหนด หรือที่เรียกว่า “Negative Resolution Procedure” และระดับสูงสุด คือ การเสนอร่างกฎต่อรัฐสภา ซึ่งกฎนั้นจะประกาศใช้บังคับได้ต่อเมื่อสภาทั้งสองได้มีมติรับรองหรือให้ความเห็นชอบแล้ว

(ยกเว้นร่างกฎที่เกี่ยวข้องการเงิน จะอาศัยเพียงมติเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น) หรือที่เรียกว่า “Affirmative Resolution Procedure” ซึ่งมักจะใช้กับกฎหมายลำดับรองที่มีความสำคัญเป็นพิเศษเท่านั้น³⁵

2.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในการตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายปกครอง

หลักทั่วไปของกฎหมายปกครองที่สำคัญคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Der Grundsatz der Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) โดยหลักดังกล่าวสามารถแยกออกเป็น หลักความมาก่อนของกฎหมาย (Der Grundsatz des Vorrangs der Gesetzes) อันเป็นการผูกพันฝ่ายปกครองกับกฎหมายที่มีอยู่ทั้งหมด ซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองมิอาจจะใช้มาตรการใด มาตรการหนึ่งได้ หากมาตรการนั้นขัดกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (Der Grundsatz der Vorbehalts des Gesetzes) ซึ่งตามหลักการนี้ฝ่ายปกครองจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ³⁶ ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองจึงเป็น หลักการที่สำคัญที่ใช้ในการตรวจสอบ (Examination) การออกกฎของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ยังต้องอาศัยหลักนิติธรรม และหลักความเสมอภาคที่บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มาใช้ในการตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายปกครองด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การออกกฎของฝ่ายปกครองเป็นไปตามหลักการของกฎหมายและไม่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ใต้บังคับของกฎ ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้

2.2.1 การตรวจสอบการออกกฎโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ไม่ให้เป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินขอบเขต ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บท

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น ตามหลักการนี้มีความหมายว่า ฝ่ายปกครอง (Administration) จะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสองประการ คือ³⁷

³⁵ สุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 8.

³⁶ บรรณเจิด สิงคะเนติและสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. (2542). หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมัน และฝรั่งเศส. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*. 1(2). หน้า 40-70.

³⁷ ศรีเพชร จิตรมहिมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 7.

1) มีกฎหมายให้อำนาจกระทำการได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ และจะสันนิษฐานว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนี้หาได้ไม่และ

2) ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในความหมายที่ว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด แสดงให้เห็นว่ากฎหมายเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครอง จึงเป็นเพียงการบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น

การกระทำทางปกครอง (Action administrative) อาจเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายได้ หากการกระทำนั้นฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้การกระทำทางปกครองอาจฝ่าฝืนต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายได้หลายลักษณะ ซึ่งแต่ละลักษณะเช่นนี้ถือว่าขัดต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (Règle de Droit) โดยการกระทำทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจปรากฏขึ้นในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งได้แก่

1) การกระทำโดยปราศจากอำนาจ (Incompétence) เป็นการกระทำที่ไม่มีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ให้ไว้

2) การกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรูปแบบ (Illégalité relative à la Forme) หรือเป็นการกระทำโดยผิดรูปแบบ (Vice de Forme) เป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอนหรือลำดับตอนที่กฎหมายกำหนดไว้หรืออาจเป็น การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

3) การฝ่าฝืนหรือบิดเบือนต่ออำนาจ (Détournement de Pouvoir) อาจเป็นการกระทำที่เป็นการตีความ หรือแปลความกฎหมายให้ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

4) การละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อกฎหมาย (Violation de la Loi) เป็นการละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือกระทำการที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมาย³⁸

ในประเทศที่มีการพัฒนาด้านกฎหมายปกครองมาเป็นเวลานาน ดังเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (Le Principe de Légalité) แม้ในทางปฏิบัติฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากเพียงใดก็ตาม ฝ่ายปกครอง

³⁸ ศรีเพชร จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 7.

ก็จะต้องดำเนินการตามกรอบของกฎหมาย ซึ่ง Prosper Weil³⁹ นักกฎหมายมหาชนคนสำคัญคนหนึ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กล่าวถึงเรื่องความชอบด้วยกฎหมายไว้ว่านับเป็นความมหัศจรรย์อย่างหนึ่งที่ฝ่ายปกครองต้องมาอยู่ภายใต้กฎหมาย เพราะโดยธรรมชาติแล้ว มีใครบ้างที่สามารถมากำหนดหรือบังคับฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายที่มีและใช้อำนาจรัฐ (Puisance Publique) ได้ ฝ่ายปกครองต่างหากที่มีหน้าที่ในการบังคับให้เอกชนต้องอยู่ภายใต้อำนาจรัฐและกฎหมายเพราะฝ่ายปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองรัฐ⁴⁰

การที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้เป็นข้อความคิด (Conception) ที่มีความสอดคล้องกับ นิติรัฐ (État de Droit) ซึ่งมีความหมายอันตรงกันข้ามกับรัฐตำรวจ (État de Police) โดยรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ต่างยอมรับว่าฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมาย (Règle de Droit) ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของแนวคิดเสรีนิยมทางการเมือง (Libéralisme Politique) อันเป็นเป็นแนวคิดสำคัญที่ใช้อธิบายพัฒนาการและความมุ่งหมายในเรื่องความคิดอันเกี่ยวกับ หลักความชอบด้วยกฎหมาย

รัฐตำรวจมีแนวคิดที่แตกต่างไปจากนิติรัฐ โดยรัฐตำรวจจะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินการ ต่าง ๆ ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจและดุลพินิจของตนดำเนินการได้ทุกกรณี หากเห็นว่ามีความจำเป็น และฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ หากเห็นสมควร ทั้งนี้ รัฐตำรวจ (État de Police) เป็นรัฐที่ดำเนินการหรือปล่อยให้อำนาจฝ่ายปกครองสามารถใช้กำลังและอำนาจบังคับแก่ประชาชน โดยเลือกใช้มาตรการ (Sanction) ซึ่งฝ่ายปกครองจะทำการตัดสินใจโดยยึดตนเองหรือคำบัญชา (Commandement) จากผู้ปกครองเป็นหลัก รัฐตำรวจนี้ทำให้ประชาชนขาดสิทธิและเสรีภาพ จึงมีนัยและข้อความคิดที่ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ (Au Contraire de L'État de Droit.)

หากพิจารณาในแง่มุมมองทางกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายมีแนวคิดเช่นเดียวกับนิติรัฐ ที่ฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย เพื่อความมุ่งหมายพิเศษที่จะให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองและปกป้องพลเมืองต่อการใช้อำนาจตามอำเภอใจของบรรดาผู้มีอำนาจแห่งรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยที่หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ก่อตั้งขึ้นจากหลักเกณฑ์ที่พัฒนาการ โดยอำนาจทางการเมือง โดยวิธีการ ทางนิติบัญญัติ

³⁹ Prosper Weil เป็นทนายความชาวฝรั่งเศส ศาสตราจารย์กิติคุณจาก โรงเรียนกฎหมายของมหาวิทยาลัย Panthéon-Assas และตั้งตั้งแต่ปี 1999 เป็นสมาชิกของ Académie des Sciences Morales et politiques ของ Institut de France

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1229> [2566, 25 สิงหาคม]

ผ่านการปรุ้งแต่งโดยกระบวนการควบคุมทางตุลาการ (Contrôle Juridictionnel) ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่สร้างหลักค้ำกวางขึ้นจากบรรทัดฐานแห่งคดีพิพาท หลักเกณฑ์เหล่านี้มีขึ้นเพื่อผลในการจำกัดขอบเขตอำนาจของการกระทำและวิธีการซึ่งกำหนดบังคับไว้ต่อฝ่ายปกครอง⁴¹ อย่างไรก็ตาม หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมักจะได้รับการนำไปปรับใช้โดยกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยผ่านองค์กรตุลาการ (Control by The Judicial Review) แต่ในฝ่ายปกครองเองนั้น การนำหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมาปรับใช้เองนั้นกลับปรากฏมีน้อยมาก ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว ฝ่ายปกครองแทบจะไม่มีการกล่าวถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายปกครองเองควรเป็นฝ่ายที่ต้องคำนึงถึงความสำคัญของหลักการนี้

2.2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกกฎโดยอาศัยหลักนิติธรรม

หลักนิติธรรม (Rule of Law) หมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ จะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยยึดถือความสูงสุดของกฎหมาย (Super Macy of Law) หมายความว่า กฎหมายของแผ่นดินย่อมเหนือกว่าการใช้อำนาจหรือดุลพินิจอย่างกว้างขวางของรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง⁴² โดยหลักนิติธรรม (La Prééminence du Droit) เป็นหลักการสำคัญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย อันมีหลักการอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายเป็นใหญ่ หรืออีกนัยคือ หลักการปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (Government of Laws, not of Men) ซึ่งเรียกว่าหลักนิติธรรม (Rule of Law)⁴³ การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการออกกฎโดยอาศัยหลักการนี้ก็เพื่อให้กฎของฝ่ายปกครองวางอยู่บนหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญอันเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎนั้น

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหราชอาณาจักรที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ Albert Venn Dicey ค.ศ. 1835-1922 คำราชอง Dicey ที่ชื่อ ว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ. 1885) ได้กลายเป็นตำรามาตรฐานและเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม ซึ่ง Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับ

⁴¹ ตรีเพชร จิตรมหีมา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 9-10.

⁴² คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรม แห่งชาติ คณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรม. (2558). *หลักนิติธรรม The Rule of Law ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: เจริญรัฐการพิมพ์. หน้า 1-9.

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 94.

ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา⁴⁴ และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (The Ordinary Law of the Land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (Ordinary Courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายที่ปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์จะอยู่เหนือกฎหมายได้

กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายที่ปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆเหนือกว่าราษฎรไม่ได้ ซึ่งเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎหมายอื่นใดในการตรากฎหมาย

แม้ว่าการให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียดแต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ตำราต่างๆ ก็ไม่ได้อธิบายความแตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรมคือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎหมายทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ซึ่งในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่น คำอธิบายของ Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้น ต้องมีลักษณะสำคัญ ดังนี้⁴⁵

- 1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย

⁴⁴ Albert Venn Dicey. (1885). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. London: Macmillan 1959. p. 195. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1431> [2566, 25 สิงหาคม]

⁴⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 38.

3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต

4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม

5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง

6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้

7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้

8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

นอกจากนี้ มีการอธิบายสรุปความหมายของหลักนิติธรรมตามคำอธิบายของ Alber Venn Dacey ที่ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ดังนี้⁴⁶

1) เป็นหลักกฎหมายสูงสุด การที่บุคคลใดจะถูกลงโทษได้ก็ต่อเมื่อบุคคลนั้นกระทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ลงโทษ ได้นั้น จะต้องถูกตราขึ้นก่อนที่จะมีการกระทำความผิด โดยผู้กระทำความผิดจะต้องถูกฟ้องร้องให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษา

2) เป็นหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายเดียวกัน เป็นกรณีที่บุคคลทุกคนในประเทศจะมีความเท่าเทียมกัน เสมอภาคกัน ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีสถานบรรดาศักดิ์หรือเป็นนักการเมืองเป็นข้าราชการ เป็นนักธุรกิจ หรือเป็นประชาชนบุคคลทั่วไป ต้องไม่มีสิทธิพิเศษจากกฎหมาย หรือ ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และจะละเมิดกฎหมายมิได้ หากมีการกระทำความผิดเรื่องเดียวกัน จะต้องถูกพิจารณาและถูกลงโทษภายใต้กฎหมายเดียวกัน โดยมาตรฐานอย่างเดียวกัน และแม้แต่ราชวงศ์ยังต้องถูกฟ้องในคดีหรือความผิดที่เกี่ยวกับสัญญาได้

3) เป็นหลักการแห่งสิทธิและเสรีภาพในความเป็นมนุษย์บุคคลทุกคนย่อมได้รับความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพตามขอบเขตของกฎหมาย โดยสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้อยู่แต่เฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังปรากฏอยู่ในกฎหมายจารีตประเพณีอีกด้วย และหากเกิดความเสียหายขึ้นกับบุคคลใดจากการที่มีผู้กระทำความผิดตามกฎหมาย บุคคลผู้นั้นจะต้องได้รับการเยียวยาในทันที

4) เป็นหลักการของความเป็นอิสระและความเป็นกลางของผู้พิพากษาเพราะองค์กรตุลาการเป็นกลไกสำคัญในการอำนวยความยุติธรรมขั้นสุดท้าย จึงต้องมีความเป็นอิสระไม่ถูก

⁴⁶ กิริภัทร ด้านธีระภาค. (2563). *หลักนิติธรรมและธรรมาภิบาลกับสังคมประชาธิปไตย*. หน้า 1-2. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 25 สิงหาคม]

แทรกแซงทั้งจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่ฝ่ายตุลาการด้วยตัวเอง อีกทั้งผู้พิพากษาจะต้องพิจารณาคดีด้วยใจที่เป็นกลาง โดยปราศจากอคติใด ๆ

5) เป็นหลักการของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายที่กำหนดไว้ เป็นกรณีที่ต้องกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดให้ไว้เท่านั้น โดยไม่สามารถใช้อำนาจที่เกินไปกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

6) เป็นหลักการที่กำหนดว่า กฎหมายต้องไม่มีการยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำในอนาคต เป็นกรณีที่ไม่สามารถจะออกกฎหมายเพื่อรองรับให้มีการยกเว้นการกระทำความผิดที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้เพื่อเป็นการป้องกันผู้มีอำนาจที่อาจฉ้อฉลโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการป้องกันตัวเองจากการกระทำความผิดของตนในภายภาคหน้า

ดังที่กล่าวมา หลักนิติธรรมมีสาระสำคัญซึ่งสรุปได้ว่าเป็นหลักการปกครองโดยกฎหมาย เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรม โดยเป็นธรรมทั้งต่อเอกชนแต่ละคนอันเป็นสมาชิกของรัฐ และเป็นธรรมต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน (ประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์ของรัฐ) ซึ่งรัฐมีหน้าที่เนนการเพื่อคุ้มครองทั้งประโยชน์เอกชนและประโยชน์มหาชน และกรณี ที่ประโยชน์ทั้งสองขัดแย้งกันก็ต้องคุ้มครองให้เกิดดุลยภาพที่เป็นธรรม⁴⁷

การละเมิดหลักนิติธรรม และผลของการละเมิดหลักนิติธรรม มีทั้งบทบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ และเป็นหลักการที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หากการกระทำขององค์กรของรัฐใด ๆ ก็ตามที่ขัดกับหลักนิติธรรมย่อมมีผลเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นการกระทำในลักษณะใด และการกระทำเหล่านั้นอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด (รวมถึงองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบด้วย) โดยอาจแยกการกระทำออกเป็น “การกระทำที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายขัดกับหลักนิติธรรม” ซึ่งตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือ การกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ส่วนการมีผลให้ใช้บังคับไม่ได้นั้นจะมีผลจากอดีต ปัจจุบัน หรือในอนาคตนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับความบกพร่องของบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ว่ามีความบกพร่องในระดับที่รุนแรงเป็นประจักษ์ หรือบกพร่องเพียงเล็กน้อยไม่รุนแรง ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขให้รัฐสภาไปดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในอนาคตได้ ส่วนกรณีที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดย่อมอยู่ภายใต้

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2564). *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 63.

การตรวจสอบของศาลปกครอง การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อหลัก นิติธรรมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴⁸

2.2.3 การตรวจสอบการออกกฎโดยอาศัยหลัก ความเสมอภาคที่บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) หรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่ควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนตามอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ฝ่ายปกครองต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้น โดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้แสดงว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้

แนวความคิดเรื่องความเสมอภาค ในสมัยดั้งเดิมนั้น เกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน และต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวความคิดเรื่องความเสมอภาค โดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นซึ่งแปรผันตามที่ดินและเจ้าของที่ดินเจ้าศักดินา อย่างไรก็ตาม ความไม่เสมอภาคดังกล่าวในสมัยกลางค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง

ภายหลังแนวคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศเพื่อเป็นการรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน โดยให้ถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality before the Law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์ไม่ให้ใช้พระราชอำนาจผิดทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอภาคกันและมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ติดตัวมา สิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนได้” และหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ในสมัยนั้นด้วยโดยได้ให้ความสำคัญกับ

⁴⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 47. หน้า 67.

ปัจเจกชนและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชน ซึ่งจุดกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายมหาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศสลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 โดยคำประกาศนี้ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นหัวใจของสังคม ตามทฤษฎีนี้ถือว่าหัวใจของสังคมอยู่ที่การยอมรับคุณค่าของทุกคนแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม รัฐหรือสังคมไม่สามารถก้าวข้ามสิทธิของเขาได้ เว้นเพื่อประโยชน์ส่วนร่วม หลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสลงวันที่ 3 มิถุนายน 1958 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี 1946 ด้วยและต่อมาประเทศต่างๆ ก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวไปประอบในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรมนั่นเอง⁴⁹

คำประกาศแห่งสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ.1789 (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789) คือ เอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุด โดยเนื้อหาที่มีความว่า บรรดาผู้แทนของประชาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งได้จัดตั้งเป็นสมัชชาแห่งชาติได้พิจารณาเห็นว่า การเพิกเฉย การละเลย หรือการเหยียดหยามต่อสิทธิมนุษยชน ถือเป็นเหตุเฉพาะของความหายนะแห่งสาธารณชนและเป็นเหตุเฉพาะแห่งการทุจริตข้อโกงของการปกครอง ซึ่งจะแก้ไขเยียวยาได้ด้วยการเสนอคำประกาศที่ยึดมั่นต่อสิทธิตามธรรมชาติอันไม่อาจลบล้างได้และมีความศักดิ์สิทธิ์แห่งมนุษยชน เพื่อว่าคำประกาศนี้จะ ได้แสดงอยู่อย่างต่อเนื่องต่อสมาชิกทั้งหลายในหมู่มวลสังคม โดยยื่นำเตือนต่อสมาชิกทั้งหลายมิให้หยุดยั้งสิทธิและหน้าที่ของสมาชิกทั้งหลาย เพื่อการกระทำของสมาชิกทั้งหลายในด้านอำนาจนิติบัญญัติ และการกระทำของสมาชิกทั้งหลายในด้านอำนาจบริหาร ซึ่งสามารถดำรงอยู่ในแต่ละขณะเวลาโดยได้รับการเปรียบเทียบกับความมุ่งหมายของทุกสถาบันทางการเมือง โดยเพิ่มความเคารพให้มากยิ่งขึ้น เพื่อข้อเรียกร้องของพลเมืองจักได้เป็นพื้นฐานนับจากนี้ต่อไปตามหลักการพื้นฐานและหลักการซึ่งไม่อาจโต้แย้งคัดค้านได้โดยต้องชำระไว้เสมอในรัฐธรรมนูญและให้มีความสุขต่อทุกคน โดยผลแห่งการนี้สมัชชาแห่งชาติจึงได้รับรองและประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมืองตามการมีอยู่และอยู่ภายใต้การสนับสนุนความเป็นอยู่อันสูงสุด ซึ่งได้ยกตัวอย่างมาพิจารณาพอเป็นสังเขป ดังนี้⁵⁰

⁴⁹ เกรียง ไกร เจริญธนาวัฒน์. (2548). *หลักความเสมอภาค*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=657> [2566, 25 สิงหาคม]

⁵⁰ ศรีเพชร จิตรมหีมา. (2554). (ถอดความ). Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789 (คำประกาศแห่งสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789). *เอกสารประกอบคำบรรยายวิชา LAW 404 กฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 1-4.

ข้อ 1 มนุษย์มีกำเนิดและคงไว้ซึ่งเสรีภาพ รวมทั้งความเท่าเทียมกันในสิทธิ ความแตกต่างทางสังคมจะกำหนดให้มีขึ้นได้แต่เพียงในกรณีประโยชน์ร่วมกันเท่านั้น⁵¹

ข้อ 6 กฎหมายเป็นการแสดงเจตจำนงร่วมกัน พลเมืองทุกคนมีสิทธิที่จะร่วมใน กระบวนการนิติบัญญัติโดยตนเอง หรือโดยผ่านผู้แทนของตนในการตรากฎหมายนั้น โดยกฎหมาย เช่นว่านี้ต้องมีลักษณะเหมือนกันสำหรับทุกคนในการคุ้มครองและการลงโทษ พลเมืองทุกคน มีความเท่าเทียมกัน ในสายตาของตนซึ่งเป็นการยอมรับโดยเท่าเทียมกันต่อบรรดาศักดิ์ศรีสถานะ และการทำหน้าที่สาธารณะตามความสามารถของตน โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่อง ความแตกต่างของชาติตระกูลและชาติกำเนิดของตน⁵²

ข้อ 12 การประกันสิทธิแห่งมนุษยชนและพลเมืองจำเป็นต้องมีผลบังคับในทางสาธารณะ โดยผลบังคับนี้ต้องกำหนดขึ้นเพื่อประโยชน์สำหรับทุกคน และต้องไม่เป็นประโยชน์โดยเฉพาะราย แห่งสิทธิที่การประกันนั้นได้มอบหมายไว้⁵³

หลักความเสมอภาค ในอีกแง่มุมหนึ่ง คือสิทธิของประชาชนที่ได้รับการปฏิบัติจากรัฐ อย่างเท่าเทียมกัน เป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐบัญญัติรับรองไว้ อย่างชัดเจน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองไว้ใน มาตรา 27⁵⁴ วรรคหนึ่งและวรรคสอง ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหลักนี้ ฝ่ายปกครองจึงต้อง ปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันใน สาระสำคัญที่ต่างกันอย่างออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน (Differential Treatment) การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่ต่างกันอย่างก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันอย่าง

⁵¹ Article premier.-Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

⁵² Article 6.-La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également.

⁵³ Article 12.-La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

⁵⁴ มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

๑๓๑

๑๓๑

การเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อ ทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และยอมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค ทั้งสิ้น ในทางปฏิบัติจึงต้องมีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ตัวอย่างเช่น ข้าราชการ ทนายความ วิศวกร เกษตรกร แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทแตกต่างกันออกไป (Differential Treatment) แต่ก็ห้ามมิให้แบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่นับถือศาสนาต่าง ๆ แตกต่างกันไป ซึ่งเห็นได้จากความในมาตรา 37⁵⁵ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นอกจากนี้ การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกันโดยปราศจากเหตุผลอันวิญญูชนจะพึงรับฟังได้ ถือว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล” (Unfair Discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน อันจะเห็นได้จากความในมาตรา 27 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560⁵⁶

2.2.4 การตรวจสอบการออกกฎหมายได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับสิทธิและเสรีภาพรวมทั้งประโยชน์ที่บุคคลจะต้องเสียไป

หลักความได้สัดส่วน (Der Grundsatz de Verhaeltnismaessigkeitsgrundsatz) หรือ (Le Principe de Proportionnalité) เป็นหลักการสำคัญในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง อีกหลักการหนึ่ง ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองในฝ่ายปกครอง จึงมีความจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจต่อหลักการดังกล่าวเพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี รวมถึงประเทศอื่น ๆ หลักความได้สัดส่วนถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในทางกฎหมายที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แต่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ยังได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายในกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากสหภาพยุโรป เช่น ตามสัญญา EWG-Vertrag ซึ่งได้รับ

⁵⁵ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือแตกต่างจากบุคคลอื่น

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, หน้า 68.

การปรับปรุงแก้ไขโดยสนธิสัญญา Maastricht อันเป็นสัญญาที่ก่อตั้งสหภาพยุโรป ได้กำหนดหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ เนื่องจากรากฐานของหลักความได้สัดส่วนนั้นมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigheit) ที่คำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย เนื่องจากการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชนย่อมมีผลกระทบต่อกันและกันเสมอ การคลี่คลายความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ดังกล่าวของประเทศในทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักในการแก้ไขปัญหาอย่างสันติ บนหลักการของกฎหมายที่คำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย อีกทั้งยังเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลายอันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ⁵⁷

หลักความได้สัดส่วนหรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจอรัฐใช้อำนาจที่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาณ แนวความคิดนี้สะท้อนออกมาให้เห็นได้ในคำพิพากษาของศาลทุกชาติทุกภาษา เช่น ชาวยุโรปมีคำพิพากษาว่า “อย่าใช้ปืนใหญ่ยิงนกกระจอก” ชาวจีนมีคำพิพากษาว่า “จะฆ่าไก่ไม่ควรเอาเม็ดฆ่าโคมาฆ่า ทำการสิ่งใดควรให้เหมาะแก่การนั้น” ชาวไทยเราก็มีคำพิพากษาว่า “อย่าขี่ช้างจับตั๊กแตน” กล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ใช้อำนาจอรัฐใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพียงพอเท่าที่จำเป็นแก่การชำระรักษาหรือส่งเสริมประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งหลักการนี้มีสาระสำคัญประกอบไปด้วยข้อเรียกร้องหรือหลักการย่อย 3 หลักการ คือ⁵⁸

1) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Suitability or Principle of Appropriateness) หรือเรียกว่าหลักความสำเร็จประโยชน์ โดยหลักการบังคับว่า บรรดามาตรการต่างๆ (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) ที่รัฐธรรมนูญหรือที่กฎหมายเปิดช่องให้ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนในกรณีใดกรณีหนึ่งได้นั้น ผู้ใช้อำนาจอรัฐต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย ซึ่งได้แก่การคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดที่ไม่สามารถทำให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการนี้ และไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งตรงกับคำพิพากษาของไทยที่ว่า “อย่าดำน้ำพริกละลายแม่น้ำ”

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า บรรดามาตรการ (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) หลาย ๆ มาตรการที่สามารถดำเนินการ

⁵⁷ บรรเจิด สิงคะเนติและสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 40.

⁵⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 60-61.

ให้บรรลุดัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้ หากว่ามาตรการเหล่านั้นแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนมากน้อยแตกต่างกัน ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดเป็นไปตามคำพิพากษาที่ว่า “ในบรรดาสิ่งที่ชั่วร้ายหลาย ๆ สิ่งที่ต้องเลือก บุคคลพึงเลือกสิ่งที่ชั่วร้ายน้อยที่สุด” ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense.) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพ (Balance) ขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการบังคับหรือดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่ง (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) ที่ผู้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับ ดังนั้น องค์ประกอบข้อนี้จึงบังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องทำการชั่งผลดีผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้ลงมือบังคับหรือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะก่อให้เกิดขึ้นแก่ประชาชนหรือแก่สังคมโดยรวม ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องห้ามมิให้ออกมาตรการนั้นมาใช้บังคับ ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะสำเร็จประโยชน์และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุดัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายก็ตาม เมื่อบังคับตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันอย่างเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มีมาตรการต่าง ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอนุญาตให้ผู้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนได้ทุกมาตรการก่อความเสียหายให้แก่ประชาชนหรือแก่สังคมโดยรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำอย่างใด ๆ เลยทีเดียว

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครอง หากแต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการปฏิบัติโดยทั่วไปโดยศาลปกครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุม ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งหลักความได้สัดส่วน ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างการทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครอง และสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการกระทำทางปกครองนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระมากเกินไป

สมควร เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น (Bilan Cout-Avantages หรือ Théorie du Bilan หรือหลักความสมเหตุผล) ด้วยเหตุนี้การกระทำโดยฝ่ายปกครองที่ได้สัดส่วนตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ถือว่าขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งได้แก่หลักความได้สัดส่วนนั่นเอง จะเห็นได้ว่า การนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับโดยเฉพาะเพื่อการควบคุมการกระทำทางปกครอง จึงเป็นการรับประกันสิทธิ (Droits) และประโยชน์ (Intérêts) แก่ประชาชนทุกคนต่อการใช้อำนาจดุลพินิจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะเมื่อการกระทำทางปกครองนั้นมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิของเอกชน นอกจากนี้ หลักความได้สัดส่วนยังนำมาใช้ในการพิจารณาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองด้วย⁵⁹

2.3 ความสำคัญในการออกกฎหมายของฝ่ายปกครอง

กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นได้กำหนดหลักการสำคัญที่จำเป็นในการปฏิบัติ ตามกฎหมาย รวมถึงสภาพบังคับในกรณีที่ไม่ปฏิบัติหรือฝ่าฝืนกฎหมาย แต่การกำหนดรายละเอียดทั้งหมดไว้ในกฎหมายจะส่งผลต่อความไม่คล่องตัวหรือความไม่ยืดหยุ่นในการปฏิบัติ และยังไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศที่อาจเปลี่ยนแปลงไปในอนาคต อีกทั้งรัฐสภาต้องใช้เวลาและขั้นตอนในการพิจารณารายละเอียดของกฎหมายมากกว่าปกติ รวมถึงกรณีที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ในภายหลังด้วย ดังนั้น กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จึงมิได้กำหนดรายละเอียดในการดำเนินการทั้งหมดไว้ในกฎหมาย แต่ได้มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายตุลาการ หรือ องค์กรอื่น ๆ สามารถกำหนดรายละเอียดที่เป็นหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมายบางเรื่องไว้ในกฎหรือกฎหมายลำดับรอง (Subordinate or Delegated Legislation) ซึ่งมีลำดับศักดิ์กฎหมายที่ต่ำกว่ากฎหมายแม่บทได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน การบริการประชาชน และการปฏิบัติตามกฎหมายในกรณี ที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันท่วงที⁶⁰

2.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแม่บทและกฎ

ในทางเนื้อหาของการบังคับใช้ทั้งกฎหมาย (Law) และกฎ (Regulation) มีหน้าที่เหมือนกันคือ เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และเป็นเครื่องมือที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์การบังคับ (Rules)

⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติและสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 36. หน้า 61-62

⁶⁰ กองหลักนิติบัญญัติ. (2565). ข้อพิจารณาในการออกกฎเพื่อให้กฎหมายด้วยกฎหมายแม่บท. *วารสารกฎหมายเปรียบเทียบ ปีที่ 2*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 169.

เช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาทางด้านองค์กรผู้ออกแล้ว อาจแยกได้ว่ากฎหมาย (ในความหมายที่หมายถึง พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ) เป็นอำนาจของรัฐสภา และเป็นงานของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของประชาชน จึงเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดซึ่งสามารถกำหนดได้ทุกเรื่องในทางกฎหมาย แต่นอกเหนือจากนี้แล้ว ฝ่ายปกครองเองก็มีอำนาจออกกฎขึ้นใช้บังคับได้เช่นเดียวกันเพื่อให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งการออกกฎของฝ่ายปกครองนี้ก็มีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก ทั้งนี้ จากเหตุผลความจำเป็นต่าง ๆ กฎจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (Delegated Legislation) จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งจะต้องมีฐานที่มาจากกฎหมายไม่สามารถกำหนดรายละเอียดได้ทุกเรื่อง อีกทั้ง กฎไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือขัดต่อกฎหมายได้ อีกทั้งต้องตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เพราะฉะนั้นกิจการบางอย่างจึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เช่น สิทธิเสรีภาพของประชาชน การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา การจัดเก็บภาษี กิจการ ดังกล่าวนี้จะกำหนดโดยกฎไม่ได้⁶¹

การที่กฎหมายแม่บทมักจะกำหนดแต่หลักการใหญ่ ๆ อันเป็นสาระสำคัญ และให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยเองนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กฎหมายอ่านง่าย เข้าใจง่ายและประหยัดเวลาของฝ่ายนิติบัญญัติ ที่จะไม่ต้องเสียเวลาพิจารณาข้อรายละเอียดปลีกย่อย สะดวกแก่การปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม จึงมอบหมายความไว้วางใจให้ฝ่ายปกครองไปกำหนดได้เอง เนื่องจากการกระทำในฝ่ายปกครองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภาตลอดจนทำให้กฎหมายเหมาะสมกับกาลเทศะอยู่เสมอ เพราะถ้ามีพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไป ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขได้ตามสถานการณ์และความเหมาะสม นอกจากนี้ รายละเอียดปลีกย่อยต่าง ๆ ก็เป็นเรื่องที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเทคนิคทางวิทยาศาสตร์แขนงต่าง ๆ ไปกำหนดมาตรฐานทางวิชาการเอง⁶² ดังนั้น ด้วยเหตุผลความจำเป็นที่กฎหมายไม่อาจกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ได้ กฎจึงมีความสำคัญ ดังนี้⁶³

1) กฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้นไม่อาจเขียนให้ครอบคลุมทุกเรื่องตามสภาพข้อเท็จจริงได้ครบถ้วน จึงบัญญัติแต่เพียงหลักการให้เห็นเจตนารมณ์ และให้มีการออกกฎไปกำหนดรายละเอียดให้ครบถ้วนต่อไป

⁶¹ ประเสริฐ สุขสบาย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 18.

⁶² สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง (2550), *ข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎ*, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, หน้า 1.

⁶³ สิงห์ สัมมาชีพ, (2554), ทำอย่างไรให้กฎหมายประกาศใช้ได้อย่างแท้จริง (ตอนจบ), *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*, 13(38), หน้า 10-11.

2) ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ควรออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดทุกประการไว้ในกฎหมาย เพราะจะเป็นการก้าวล่วงในงานที่ควรจะอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตรวจสอบการออกกฎหมายนั้น

3) การออกกฎหมายบางเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิค หรือวิชาการที่ต้องมีการผันแปรไปตามวิวัฒนาการและต้องการใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

4) การออกกฎหมายทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการใช้บังคับกฎหมาย หากบัญญัติรายละเอียดต่างๆไว้ในพระราชบัญญัติแล้วอาจเกิดความไม่ยืดหยุ่นและอาจจำเป็นต้องใช้การตีความ ซึ่งการตรากฎหมายให้มีการตีความ หรือพัฒนากฎหมายโดยการตีความอาจขยายความกว้างกว่าเจตนารมณ์และไม่แน่นอน ดังนั้น การกำหนดให้ออกกฎหมายจึงชัดเจนและแน่นอนกว่า

5) บางกรณีเป็นเรื่องเร่งด่วนที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่จะต้องดำเนินการให้มีผลต่อเศรษฐกิจของประเทศ เช่น การออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องภาษี

2.3.2 สาระสำคัญของกฎ

“กฎ” ในทางวิชาการ ถือเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยนัยนี้ กฎมีสาระที่สำคัญ 4 ประการคือ⁶⁴

1) กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น หากกฎนั้นออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่น เช่น ทางนิติบัญญัติ หรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ไม่ถือว่าเป็นกฎ

2) กฎจะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อกำเนิดหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

3) กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาของฝ่ายปกครอง ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

4) กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

⁶⁴ สุเจตน์ สถาพรนานนท์. (2545). *การควบคุมการออกกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 24-25.

“กฎ” ตามความเข้าใจโดยทั่วไป หมายถึง กฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติที่ตราขึ้นโดยฝ่ายปกครองตามที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือ โดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในทางกฎหมายปกครองนั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามของกฎ ซึ่งหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ แต่ไม่รวมถึงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บท อันได้แก่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดหรือประกาศของคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ⁶⁵ หรืออีกนัยหนึ่ง “กฎ” มีลักษณะเป็นบทบัญญัติหรือข้อความ เป็นข้อ ๆ ในเอกสารที่เรียกว่าพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งจากบทนิยามดังกล่าว กฎมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ดังนี้⁶⁶

1) บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ ต้องเป็นบุคคล โดยทั่วไปไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ซึ่งคำว่า “บุคคลโดยทั่วไป” นี้ไม่ได้หมายความถึงบุคคลทุกคน แต่หมายความถึงบุคคลที่ถูกกำหนดไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ข้อความที่ห้ามมิให้กระทำการ หรือข้อความที่อนุญาตให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการได้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากกฎจะต้องไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

2) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกกำหนดไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้เป็นการทั่วไปหรืออย่างเป็นนามธรรม (Abstract) ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง เช่น บังคับให้บุคคลประเภทนั้นกระทำการ ห้ามมิให้บุคคลประเภทนั้นกระทำการ หรืออนุญาตให้บุคคลประเภทนั้นกระทำการหรืองดเว้นกระทำการทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ หรือผู้ขับขี่รถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ในขณะที่ขับขีรถ ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภท

⁶⁵ สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 62. หน้า 6-7.

⁶⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2. หน้า 30.

นั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการหรืองดเว้นกระทำการซ้ำ ๆ ซาก ๆ หรือซ้ำแล้วซ้ำอีก (Permanent) ซึ่งเป็นการกำหนดให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

นอกจากนี้ เนื้อหาสาระของกฎ จะต้องไม่มีลักษณะที่เป็นหลักการที่มีความสำคัญมาก หรือเป็นเรื่องที่จำกัดสิทธิของบุคคล

การออกกฎจำเป็นต้องคงอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจ สิ่งใดก็ตามจะมีฐานะเป็นกฎได้นั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ คือ⁶⁷

1) กฎ เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎจะมีแหล่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการ ออกกฎเพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

2) กฎ เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้ เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้ดำรากกฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกกฎว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” (Subsidiary Legislation) โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักกว้าง ๆ แล้วมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติ ในการออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่ การดำเนินการให้ เป็นไปตามหลักการ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับ ไม่มีผลบังคับ ในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ครอบคลุมที่ยังไม่มี รายละเอียดปลีกย่อยออกมา กฎหมายมาตรานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น ถ้ายังไม่มีกรออกกฎ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ หลักการทั่วไปในกฎหมายแม่บทมาตรานั้น ๆ จะไม่มีผลบังคับ

3) กฎมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ และด้วยลักษณะนี้เองจึงทำให้ มีการเรียกกฎว่า “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation)

4) กฎ จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ และ กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการ ออกกฎจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระของรัฐสภาให้กับ ฝ่ายปกครองไปทำการ ออกกฎแทนองค์การฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องทำการตราเป็นพระราชบัญญัติ เสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา

2.3.3 หลักการทั่วไปในการออกกฎและการดำเนินการออกกฎให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท

⁶⁷ ประเสริฐ สุขสบาย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 21.

“กฎ” คือ กฎหมายที่ปกติจะไม่มีสภาพบังคับในตัวเองแต่จะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บท แต่ด้วยเหตุผลที่จำเป็นจะต้องมีกฎ เนื่องจากกฎหมายแม่บทไม่สามารถกำหนดรายละเอียดทุกเรื่องไว้ได้ครบถ้วน สิ่งต่าง ๆ ที่เป็นรายละเอียดในการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้จะถูกกำหนดให้มีการออกกฎใช้บังคับ ด้วยเหตุนี้ ในการออกกฎจึงมีหลักเกณฑ์ที่ว่าต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจออก ตลอดจนกฎหมายอื่น ๆ ที่มีศักดิ์ฐานะสูงกว่า และการออกกฎจะต้องอยู่ในกรอบหรือขอบเขตตามกฎหมายแม่บทนั้นด้วย กฎจะกำหนดภาระหน้าที่ขึ้นใหม่หรือตัดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้⁶⁸

เมื่อพิจารณาเหตุผลความจำเป็นจะต้องมีกฎ และอำนาจของฝ่ายปกครองในการออกกฎ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติแล้ว การดำเนินการออกกฎให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทเป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองซึ่งได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติต้องคำนึงถึงการฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดหลักการอันเป็นขอบเขต ประเภทของกฎ และเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจในการออกกฎ ตลอดจนองค์กรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายไว้ในกฎหมายแม่บท โดยขัดแย้งแล้ว ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันกับหน้าที่และอำนาจในการออกกฎตามที่ได้รับมอบหมาย และจำเป็นจะต้องพิจารณาด้วยว่า ได้ออกกฎเกินขอบเขต ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทหรือไม่ หากเรื่องใดกฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดไว้ชัดแจ้งให้ออกกฎ กำหนดรายละเอียดในเรื่องใด ฝ่ายปกครองจะออกกฎ กำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นไม่ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อกฎหมายแม่บทมิได้กำหนดอำนาจในส่วนนี้ไว้โดยชัดแจ้ง ก็ไม่สามารถออกกฎในเรื่องนั้นได้⁶⁹ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกกฎยังต้องพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทว่ามีวัตถุประสงค์อย่างไร รวมทั้งกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองเป็นกรณีที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญด้วยหรือไม่⁷⁰

เมื่อได้พิจารณาจากคู่มือการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้อธิบายว่า การออกกฎไม่อาจกระทำได้ทุกกรณีไป⁷¹ โดยในรายงานของ Committee on Ministers' Power แนะนำว่ากรณีดังต่อไปนี้ไม่ควรออกกฎหมายเป็นกฎ

1) กฎที่มีผลเป็นการขยายหลักการของตัวแม่บท รวมถึงการกำหนดภาษีอากร หรือค่าธรรมเนียมซึ่งกฎหมายแม่บทไม่อนุญาตให้กระทำได้

⁶⁸ สิงห์ สัมมาชีพ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 63. หน้า 9.

⁶⁹ อนิษา เกษมสันต์ ณ อยุธยา. (2563). *การออกกฎมิให้เกินแม่บท*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 25 สิงหาคม]

⁷⁰ กองหลักนิติบัญญัติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60. หน้า 169-185.

⁷¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 102.

- 2) การแก้ไขกฎหมายแม่บท (แนวทางข้อนี้สำหรับประเทศไทยแล้วจะมีข้อยกเว้น)
- 3) กฎที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอย่างกว้างโดยไม่จำกัดขอบเขต
- 4) กฎที่ยกเว้นเขตอำนาจศาล (Jurisdiction of the Courts)

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติไว้ว่า เรื่องใดต้องตราเป็นกฎหมาย (La Lois) เรื่องใดที่ถ้าไม่อยู่ในขอบเขตการตราเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติแล้ว ให้อยู่ในขอบเขตของการออกกฎ (Un Caractère Règlementaire) โดยต้นฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า (Rule-Making) ซึ่งเรื่องที่จะออกเป็นกฎไม่ได้ ได้แก่ การกำหนดสิทธิความเป็นพลเมือง หลักประกันมูลฐาน ความสามารถทางกฎหมายของบุคคล การกำหนดโทษอาญา ภาษีและการจัดเก็บภาษี เหตุผลที่อธิบายก็เนื่องมาจากถือว่า รัฐธรรมนูญและหลักการทางจารีตประเพณีถือว่าเรื่องเหล่านี้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายของประชาชนมากเกินไปที่จะยินยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจกำหนดขึ้นได้ โดยที่แนวทางของสหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นหลักสากลที่กำหนดให้เรื่องสำคัญ ๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกำหนดเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

หลักของการออกกฎของประเทศไทยเท่าที่ถือปฏิบัติอยู่มี 3 หลักการ คือ⁷²

1) ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกกฎได้ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย โดยที่กฎหมายแม่บทอาจเป็นรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเป็นพระราชบัญญัติ โดยเนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับของกฎต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท เช่น การที่กฎหมายแม่บทบังคับให้พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อน จึงจะใช้บังคับได้ หรือบังคับให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับประชาชน ในท้องถิ่น หรือกรณีพระราชบัญญัติวิชาวชิพทันตกรรม พ.ศ. 2537 กำหนดให้มติของที่ประชุมคณะกรรมการทันตแพทยสภาเรื่องการออกข้อบังคับของทันตแพทยสภา ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ในฐานะสภานายกพิเศษก่อน จึงจะดำเนินการตามมตินั้นได้

2) กฎจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เช่น การฝ่าฝืนพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามกฎหมายใดกฎหมายหนึ่ง ผู้ฝ่าฝืนอาจถูกลงโทษตามกฎหมายแม่บทนั้น ๆ ซึ่งข้อผ่อนผันในหลักข้อนี้ อาจมีได้สำหรับกรณีที่เป็นกฎในระหว่างประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ ตัวอย่างเช่น มีสงครามหรือการรบ พระราชกฤษฎีกาอาจมีบทกำหนดโทษได้แต่ในกรณีเช่นนี้ กฎหมายแม่บทจะต้องบัญญัติมอบหมายอำนาจ

⁷² อมร จันทสมบุญ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 5. หน้า 129.

การออกกฎเช่นนี้แก่ฝ่ายปกครองโดยชัดแจ้งและโทษที่กำหนดโดยกฎจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงตามกฎหมายแม่บท

3) กฎจะกำหนดมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎหมายต่อไปอีกช่วงหนึ่ง (Sub-Delegate) ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบหรือข้อบังคับเพื่อการปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมาย Delegates non protest delegari ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชน แต่ได้ยอมรับมาใช้ในกฎหมายมหาชนด้วย

เมื่อได้พิจารณาหลักการ และหลักเกณฑ์วิธีการออกกฎ ตลอดจนวิธีการใช้บังคับแล้ว ฝ่ายปกครองจะออกกฎเกินไปกว่าสิ่งที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งคือ ข้อกำหนดต่าง ๆ ที่มีอยู่ในกฎ มิได้เฉพาะเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายแม่บท กฎฉบับใดมีข้อกำหนดที่เกินไปกว่าที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ย่อมเป็นกฎที่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากออกเกินแม่บท ซึ่งขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองซึ่งจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย (Ultra Vires)⁷³

นอกจากนี้ หลักในการพิจารณาว่ากฎหรือกฎหมายลำดับรองออกเกินกฎหมายแม่บทหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาจากบทบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแล้ว การออกกฎจะต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายแม่บทที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง เมื่อกฎหมายแม่บทมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ก็ไม่สามารถออกกฎในเรื่องนั้นได้ เนื่องจากเกินอำนาจกฎหมายแม่บท เช่น กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมไว้ในบัญชีท้ายและให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมได้ แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องการยกเว้นค่าธรรมเนียมไว้โดยชัดแจ้ง ฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถออกกฎกระทรวง เพื่อยกเว้นค่าธรรมเนียมได้ นอกจากจะพิจารณาจากบทบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกายังพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทนั่นเองว่ามีวัตถุประสงค์ใด รวมถึงเป็นกรณีที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น กรณีที่จะต้องมีการออกกฎเกี่ยวกับ ใบอนุญาต แต่กฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดเรื่องคุณสมบัติ อายุใบอนุญาต หรือการต่ออายุใบอนุญาตไว้ ก็จะออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดเรื่องคุณสมบัติ อายุใบอนุญาต หรือการต่ออายุใบอนุญาตไม่ได้ เพราะเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ และโดยที่เป็นเรื่องที่กระทบเสรีภาพของประชาชนในการประกอบอาชีพ การจะกำหนดในเรื่องดังกล่าวได้จึงต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น⁷⁴ หรือในบางกรณี คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

⁷³ ประเสริฐ สุขสบาย, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13, หน้า 148.

⁷⁴ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ 228/2535) และ (เรื่องเสร็จที่ 49/2546)

หรือความปลอดภัยของเอกชนที่ต้องรับบริการจากการอนุญาตให้ดำเนินกิจการนั้นประกอบด้วย⁷⁵ โดยเห็นว่าเป็นเงื่อนไขที่สามารถกำหนดได้โดยไม่เกินกฎหมายแม่บท⁷⁶

2.3.4 วิวัฒนาการของการออกกฎในฝ่ายปกครอง

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่โบราณมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรมเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ไม่มีใครเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์ โดยพระธรรมศาสตร์คือบรรดาข้อบังคับทั้งหลายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป โดยนำเอาหลักความยุติธรรมมาทำเป็นบทบัญญัติต่าง ๆ ที่พระมหากษัตริย์นำมาเป็นรากฐานในการออกกฎข้อบังคับต่าง ๆ และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ส่วนข้อบังคับต่าง ๆ ที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์เรียกว่า ราชศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมศาสตร์ให้มีผลบังคับใช้ได้ ราชศาสตร์จึงมีลักษณะและทำหน้าที่เสมือนหนึ่งกฎหมายลำดับรองของพระธรรมศาสตร์

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามาในประเทศไทยและมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างใหญ่ต่าง ๆ ของประเทศ เช่น ระบบราชการ กระบวนการยุติธรรม การศึกษาของชาติ และการสาธารณสุขไปโดยเฉพะอย่างยิ่ง การปฏิรูปกฎหมายให้เป็นระบบ เที่ยงระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก พระมหากษัตริย์จึงทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย อาศัยอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เริ่มบัญญัติกฎหมายในรูปของประกาศพระราชบัญญัติ ประกาศพระราชกำหนด และประกาศต่าง ๆ โดยนำประกาศเหล่านี้พิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา แต่ในขณะนั้น การประกาศในราชกิจจานุเบกษายังมิใช่เงื่อนไขของการมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมาย⁷⁷

ในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้มีการปฏิรูปการปกครองที่มีผลต่อการปฏิรูปกฎหมาย คือ การประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมขึ้น เมื่อวันที่ 25 มีนาคม ร.ศ. 110 (พ.ศ. 2434) และประกาศตั้งตำแหน่งเสนาบดี เมื่อวันที่ 1 เมษายน ร.ศ. 111 (พ.ศ. 2435) นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการบัญญัติกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่พระองค์ทรงบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง โดยอาจได้รับคำปรึกษาจากที่ปรึกษาราชการแผ่นดินมาเป็นการออกกฎข้อบังคับโดยเสนาบดีกระทรวงต่างๆ โดยได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้ เสนาบดียังได้ออกกฎเสนาบดีเพื่อจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวงขึ้นเอง

⁷⁵ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรีที่ 376/2539)

⁷⁶ อนิษา เกษมสันต์ ณ อยุธยา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 69. หน้า 8.

⁷⁷ ประเสริฐ สุขสบาย. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13. หน้า 17.

ในสมัยนั้นมีเหตุการณ์สำคัญที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมายของเสนาบดี และได้มีการวางหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการตรากฎหมายไว้ โดยเป็นบรรทัดฐานที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา กล่าวคือ มีคดีพิพาทขึ้นมาสู่กรรมการศาลฎีกาเป็นประเด็นข้อกฎหมายว่า กฎเสนาบดีว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้าหลวงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 นั้น มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจหรือไม่ ซึ่งกรรมการศาลฎีกาได้ตรวจข้อความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่กับข้อความในกฎหมายตามที่อ้างนี้แล้ว มีข้อสงสัยว่า ความในกฎนี้เป็นข้อบังคับสำหรับเพียงแต่จัดการให้ขึ้นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หรือว่ามีข้อความนอกเหนือออกไป ต่อมาเมื่อมีการประชุมปรึกษากันแล้วมีความเห็นเป็น 2 แนวทาง คือ

1) กฎเสนาบดีได้รับพระบรมราชานุญาตและ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Government Gazette) แล้ว ย่อมใช้บังคับได้เสมอเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 เช่นว่านั้น

2) เจตนารมณ์แห่งมาตรา 5 ดังกล่าว ไม่ได้หมายความว่า กฎเสนาบดีที่มีข้อความเกินเลย จะใช้เป็นกฎหมายได้และการตรากฎหมายนั้นเป็นพระราชอำนาจ แต่การออกกฎหมายเป็นอำนาจของเสนาบดี ถ้ากฎหมายมีข้อความนอกเหนือกฎหมายได้แล้วก็กลายเป็นว่า กฎเสนาบดีสามารถแก้กฎหมายของแผ่นดินได้ นอกจากนี้ การที่กฎหมายได้กำหนดอำนาจถอดถอนและแต่งตั้งผู้ปกครองรักษานั้น ไม่ได้เป็นการกำกับดูแลและสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปกครองรักษาตามมาตรา 123 เลย กับทั้งกฎหมายนี้ยังมีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนอีกด้วย ซึ่งการกำหนด โทษเช่นนี้เป็นพระราชอำนาจ ดังนั้น จึงถือว่ากฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับไม่ได้

กรณีข้างต้น กรรมการศาลฎีกาได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยและให้พิพากษาว่า ตามแบบธรรมเนียมและประเพณี ในกรุงสยามตามที่ได้เคยใช้มา กฎเสนาบดีที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้วก็ต้องนับว่าเป็นกฎหมาย นอกจากนี้ ยังทรงเห็นว่า การออกกฎหมายควรต้องอาศัยทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ซึ่งว่าโดยนิติประเพณีแห่งกรุงสยามย่อมรวมอยู่ในพระราชอำนาจ ส่วนกฎหมายนั้นควรให้ออกแต่โดยอาศัยอำนาจของเสนาบดี ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารส่วนเดียวเพื่อดำเนินการให้ขึ้นไปตามพระราชกำหนดกฎหมายจะบัญญัติข้อความใดให้ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันกฎนั้นอาศัยเป็นบัญญัติแม่บทนั้นหาควรไม่ และจะวางบทระวางโทษเป็นอาญาและเบี่ยงปรับลงไว้ด้วยก็ไม่ควรดูจกกัน แต่การจะย้อนไปรื้อถอนแก้ไขกฎหมายอันได้ออกไปก่อนแล้วเข้าหาหลักอันนี้ก็จะเป็นการยุ่งยากมาก

ความชอบให้ระงับไว้ ต่อเมื่อจะตรากฎหมายขึ้นใหม่ในเบื้องต้น จึงดำเนินให้เป็นไปตามหลักใหม่นี้จึงทุกราย

หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Democracy) เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 โดยนับแต่นั้นเป็นต้นมา อำนาจในการบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นพระราชอำนาจ (Attribution) ของพระมหากษัตริย์ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกจำกัดลงและเปลี่ยนมาเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 8 กำหนดให้กฎหมายของบ้านเมืองที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้นให้ตราในรูปของพระราชบัญญัติ เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วให้มีผลใช้บังคับต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาก็ได้มีบทบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้จัดตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นผลให้หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎรได้ตราพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดี⁷⁸ ต่อมาได้ยอมรับว่า กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองแต่รัฐบาลในขณะนั้นไม่ยินยอมให้รัฐมนตรีออก กฎกระทรวงของตนเอง แม้ว่าในมาตราการรักษาการตามกฎหมายจะกำหนดว่า “ให้รัฐมนตรี มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้” ก็ตามและมีแนวปฏิบัติ ให้รัฐมนตรีส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติก่อนเสมอ จนกลายเป็นธรรมเนียม ปฏิบัติว่ากฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐมนตรีเป็นผู้ออก โดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย⁷⁹

2.4 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

คำว่า “ศักดิ์ของกฎหมาย” (Hierarchy of Law) หมายถึงลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน ทั้งนี้ เพราะกฎหมาย

⁷⁸ ปรีชา สุขะ. (2557). *ปัญหาการควบคุมและตรวจสอบการออกกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง : ศึกษากรณีการเพิกถอนกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 56-60.

⁷⁹ กองหลักนิติบัญญัติ. (2565). *แนวทางในการจัดทำร่างกฎกระทรวง*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 2-3.

ลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับอยู่มีหลายประเภท และมีชื่อเรียกแตกต่างกัน การจัดศักดิ์ของกฎหมาย จึงมีความสำคัญต่อกระบวนการต่าง ๆ ทางกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการใช้การตีความและการยกเลิกกฎหมาย ซึ่งเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดศักดิ์ของกฎหมายนั้น จะพิจารณาจากองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย หมายความว่ากฎหมายแต่ละฉบับจะมีลำดับชั้นของกฎหมายในระดับใด ให้พิจารณาจากองค์กรที่ออกกฎหมายฉบับนั้น เช่น รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติสูงสุดของประเทศ คือ รัฐสภา แต่บางกรณีในประเทศที่ด้อยพัฒนาและล่าช้าก็อาจมีองค์กรอื่นเป็นผู้จัดทำกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญได้ เช่น คณะรัฐประหารออกรัฐธรรมนูญการปกครอง ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว⁸⁰

กฎหมายที่ใช้อยู่ในสังคมนั้นประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นในหลายรูปแบบและหลากหลายขององค์กร กฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กรเหล่านั้นจะขัดหรือแย้งกันย่อมเกิดขึ้นได้ จึงมีการกำหนดหลักการที่สำคัญในการจัดระบบกฎหมายที่มีมากมายเหล่านั้น โดยกำหนดหลักการสำคัญของกฎหมายที่เรียกว่า “ลำดับชั้นของกฎหมาย” ขึ้น เพื่อให้ทราบว่ากฎหมายฉบับใดมีความสำคัญมากกว่า ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งกันและกรณีที่มีค่าบังคับเท่ากันแล้วเกิดความขัดแย้งกัน ผลที่ตามมาของการขัดกันดังกล่าวจะเป็นอย่างไร รวมทั้งอำนาจและขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายที่ได้รับอำนาจมาจากกฎหมายแม่บทในกรณีต่างๆ จะเป็นอย่างไร “ลำดับชั้นของกฎหมาย” จึงหมายถึงการจัดลำดับชั้นตามความสำคัญของกฎหมายว่ากฎหมายใดอยู่ในลำดับที่สูงกว่าหรือต่ำกว่ากันอย่างไรเพื่อประโยชน์ในการขจัดความขัดแย้งเมื่อเกิดปัญหากฎหมายหลายรูปแบบมีเนื้อหาขัดแย้งกัน⁸¹

ลำดับชั้นของกฎหมาย⁸² อีกนัยหนึ่งหมายถึง ลำดับชั้นแห่งค่าบังคับของกฎหมาย⁸³ ซึ่งความหมายนี้สอดคล้องกับแนวความคิดของ ซีเซโร (Cicero) ที่ให้ความเห็นถึงลำดับชั้นของกฎหมายและความสูงต่ำของกฎหมาย รวมถึงความสำคัญและ ผลของลำดับชั้นของกฎหมายที่เกี่ยวกับค่าบังคับแห่งกฎหมายนั้น⁸⁴

⁸⁰ ชำนาญ จันทร์เรือง. (2554). *ศักดิ์ของกฎหมาย “ออก พ.ร.ก. ยกเลิกรัฐธรรมนูญปี50ไปใช้ปี 40 ทำไม่ได้”*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://prachatai.com/journal/2011/07/36224> [2566, 30 สิงหาคม]

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 7.

⁸² ปรีดี เถษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง: หลักกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 34.

⁸³ สมยศ เชื้อไทย. (2550). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 88.

⁸⁴ ภูมิวิชัย ช่างโต. (2559). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายเพื่อการจัดการมรดกโดยดีเชื่อ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 78.

แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายนั้น⁸⁵ ได้ปรากฏเป็นครั้งแรกเริ่มตั้งแต่สมัยกรีกโรมัน เนื่องจากในสมัยนั้นเป็นการเริ่มต้นแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางปกครอง โดยแนวความคิดเรื่อง "กฎหมายเหนือกฎหมาย" (Law Above Law) ชัดเจนขึ้นในสมัยโรมัน ซึ่งนักคิดสมัยนั้น คือ ซิเซโร (Cicero) และ ไกอุส (Gaius) ได้อธิบายว่า กฎหมายมี 2 ประเภท คือ กฎหมายธรรมดา และกฎหมายที่อยู่สูงกว่าขึ้นไป โดยซิเซโร ถือว่ากฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายที่ไม่เที่ยงแท้ ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้น เป็นกฎหมายที่เที่ยงแท้ ส่วน ไกอุส เรียกกฎหมายธรรมดาว่าเป็นกฎหมายเฉพาะ (Jus Civile) ที่ใช้กับชาวพื้นเมืองภายในรัฐ (Civités) ส่วนกฎหมายที่อยู่สูงกว่านั้นเรียกว่ากฎหมายทั่วไป (Jus Gentian) ซึ่งใช้แก่รัฐทั้งปวง จากแนวคิดแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่มนุษย์เป็นผู้ออกนั้นไม่ได้เป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด หากแต่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อื่นที่สูงกว่า โดยเฉพาะนักปราชญ์ทางรัฐธรรมนูญ ได้แบ่งกฎหมายภายในออกเป็นสองระดับ บรรดาพระราชกำหนดทั้งหลายเป็นเพียงกฎหมายธรรมดา หรือกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่า ส่วนรัฐธรรมนูญ นั้นเป็นกฎหมายที่สูงกว่า โดยกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าไม่สามารถขัดแย้งกับกฎหมายที่มีฐานะอยู่ในลำดับสูงกว่าได้⁸⁶

นอกจากนี้ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ตามที่ Hans Kelsen เรียกว่า “บรรทัดฐานพื้นฐาน” (Basic Norm) หรือตามที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันดีว่า “Grundnorm” เป็นบรรทัดฐานสูงสุด (Supreme Norm) ก่อให้เกิดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย (Hierarchy of Legal Norms) ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะก่อให้เกิดกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าเป็นลำดับชั้นตกทอดกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น ลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายของกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะสมบูรณ์ในตัวได้ต่อเมื่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจไว้และกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีกฎหมายสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานสูงสุดตามที่ Hans Kelsen เรียกว่า “Grundnorm” ให้อำนาจรับรองไว้ ซึ่งลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายเป็นบรรทัดฐานพื้นฐาน (Basic Norm) หรือ “Grundnorm” อันเป็นบรรทัดฐานสูงสุดดังกล่าวก็คือรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ตามแนวความคิดทฤษฎี “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด”⁸⁷

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป โดยทั่วไปแล้วกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญสำหรับหลาย ๆ ประเทศ

⁸⁵ มานิตย์ จุมปา. (2548). *ศักดิ์ของกฎหมายกรณีกฎหมายศักดิ์ต่ำกว่ายกเลิก หรือแก้ไขกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 42-45.

⁸⁶ วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์. หน้า 22-25.

⁸⁷ วุฒิชัย จิตตานุ. (2547). กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ*. 6(17). หน้า 67.

จึงมีการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ดังนี้⁸⁸

1) การใช้เกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมาย โดยองค์กรใดที่เป็นองค์กรสูงสุด กฎหมายที่ตราโดยองค์กรนั้นก็สูงที่สุดตามสถานะขององค์กรนั้น ไปด้วย องค์กรใดรอง ๆ ลงมา กฎหมายที่ตราโดยองค์กรนั้น ๆ ก็จะมีลำดับศักดิ์ลดหลั่นกันมาตามฐานะขององค์กร

2) การใช้เกณฑ์กฎหมายแม่บทกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นมาจากกฎหมายอื่นที่สูงกว่า ถึงแม้ว่าองค์กรจะเข้ามาเกี่ยวข้องในการแสดงเจตนาออกกฎหมายก็ตาม แต่กฎหมายที่องค์กรนั้นตราจะออกมาเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อมีกฎหมายอื่นให้อำนาจไว้ ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายออกกฎหมายอื่น จึงมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายที่ออกตามอำนาจที่ให้

3) การใช้เกณฑ์กระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย แม้ว่าเกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมาย และเกณฑ์กฎหมายแม่บท จะเป็นหลักทั่วไปในการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่อาจอธิบายถึงจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ในกรณีที่กฎหมายหลายประเภทตราขึ้นโดยองค์กรเดียวกันและอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทฉบับเดียวกัน ทั้งนี้ตามทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายของ Hans Kelsen ที่ว่าบรรทัดฐานพื้นฐานที่กำหนดขึ้นในรัฐธรรมนูญจะถูกแก้ไข หรือยกเลิกได้ก็แต่โดยกระบวนการทางกฎหมายพิเศษ หรือภายใต้เงื่อนไขที่เข้มงวดกว่ากฎหมายธรรมดา จึงอาจถือได้ว่ากระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่สามารถใช้พิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายได้ แต่ก็ยังไม่มียุติสรูปที่ชัดเจนว่าความพิเศษของกระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจะต้องมีลักษณะอย่างไร จึงจะมีนัยสำคัญถึงขนาดที่ส่งผลให้กฎหมายมีลำดับชั้นที่แตกต่างกัน

เมื่อพิจารณาการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายแล้ว เห็นว่ามีความสำคัญต่อกระบวนการทางกฎหมาย ทั้งการตรากฎหมายการบังคับใช้ การตีความ และการยกเลิกกฎหมาย ซึ่งสามารถสรุปผลของการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ดังนี้⁸⁹

1) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะตราออกมาใช้ได้ก็แต่อาศัยอำนาจจากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า กล่าวคือ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเป็นกฎหมายแม่บท กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าเป็นกฎหมายลูกบท

⁸⁸ วุฒิชัย จิตตานุ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 87. หน้า 80-81.

⁸⁹ ทัชชมัย ฤกษ์สุด. (2551). "ศักดิ์ของกฎหมาย" ในความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 79.

2) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าหรือกฎหมายลูกบทจะออกใช้เกินอำนาจที่กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าหรือกฎหมายแม่บทให้ไว้ไม่ได้ ถ้าออกกฎหมายลูกบทออกใช้โดยมีเนื้อหาที่เกินขอบเขตกฎหมายแม่บทให้ไว้ ถือว่ากฎหมายลูกบทนั้น ไม่มีผลใช้บังคับ

3) กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า จะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ กรณีที่มีการขัดหรือแย้งกันต้องใช้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าบังคับ ไม่ว่ากฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่านั้นจะออกใช้ก่อนหรือหลังก็ตาม ส่วนในกรณีที่กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันขัดหรือแย้งกัน กฎหมายที่ออกภายหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่ออกก่อน

นอกจากนี้ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากัน สามารถใช้กฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันที่ตราขึ้นมาใช้บังคับก่อนได้⁹⁰

ในระบบกฎหมายไทย กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะมีหลักเกณฑ์วิธีการและแบบของกฎหมายเป็นอย่างหนึ่ง ส่วนกฎนั้นก็จะมามีวิธีการรูปแบบ และกติกาอีกอย่างหนึ่งโดยลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็น ดังนี้⁹¹

1) กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชกำหนด

2) กฎ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับ หรือคำสั่ง

จากการค้นคว้า แนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ และการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักการทางกฎหมายที่ถูกต้อง อย่างไรก็ตาม การวิจัย และค้นคว้าเกี่ยวกับประเภทของกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายของต่างประเทศ รวมถึงจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องศึกษาต่อไป เพื่อให้สามารถวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ซึ่งนำไปสู่การให้ข้อเสนอแนะการแก้ไขปัญหาการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง ได้ต่อไป ดังนั้น ในบทถัดไปจึงเป็นการค้นคว้าเกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎ และการตรวจการสอบการออกกฎตามระบบกฎหมายของต่างประเทศ และระบบกฎหมายไทย

⁹⁰ มานิตย์ จุมปา. (2562). *คู่มือศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ (ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560))*. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. หน้า 20.

⁹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22*. หน้า 4.