

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การควบคุมการออกกฏและการดำเนินการ ตรวจสอบการออกกฏของฝ่ายปกครอง

โดยหลัก การออกกฏให้มีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมต้องอยู่ในขอบเขต ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บท และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง การควบคุมและการตรวจสอบการออกกฏ เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการ โดยเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการจัดทำร่างกฏจนไปถึงขั้นมีผลใช้บังคับ กรณี ที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันไม่ถูกต้อง โดยปรากฏต่อฝ่ายปกครองเองหรือ คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือผู้อยู่ในบังคับของกฏฝ่ายปกครองต่างมีหน้าที่ที่จะต้องทบทวนแก้ไขให้ถูกต้อง หากละเลยเพิกเฉยไม่ดำเนินการ ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ชอบที่จะฟ้องขอให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฏนั้น ได้ตามกฎหมาย ดังนั้น การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การควบคุมการออกกฏและการดำเนินการตรวจสอบการออกกฏของฝ่ายปกครอง จากแนวคิดทฤษฎี และหลักกฎหมายทั้งในระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ ความเห็นทางกฎหมาย และคำพิพากษา จะนำไปสู่ การเสนอแนะการกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการออกกฏและการดำเนินการตรวจสอบการออกกฏของฝ่ายปกครองที่เหมาะสม ต่อไป

4.1 การตรวจสอบการออกกฏและการเพิกถอนกฏโดยศาลปกครอง

ศาลปกครอง (Administrative Court) เป็นองค์กรหนึ่งในฝ่ายตุลาการตามหลักแบ่งแยกอำนาจ มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในการพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในคดีพิพาทอันเนื่องมาจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองออกกฏโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยศาลปกครองแบ่งออกเป็น 2 ชั้น คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง โดยศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 10 และศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฏที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบ

ของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) และคดีที่อุทธรณ์ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ตามมาตรา 11 (4)

4.1.1 วิเคราะห์หลักเกณฑ์การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎ

เหตุที่ทำให้กฎของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาจากมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ศาลปกครองใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎ โดยเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎ อันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองออกกฎ โดยปราศจากอำนาจ (Incompétence) ผิดแบบ (Le Vice de Fome) ผิดขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Vice de Procédure) หรือ โดยฝ่าฝืนกฎหมาย (La Violation de La Loi) และออกกฎไป โดยฝ่าฝืนหรือบิดเบือนอำนาจ หรือ บิดเบือนขั้นตอนหรือวิธีการ (Le Détournement de Pouvoir ou de Procédure) การละเมิดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Violation de La Loi)² ซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการเพิกถอนกฎแบ่งได้ดังนี้³

1) ฝ่ายปกครองออกกฎโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎโดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจกระทำการ หรือมีแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นยังไม่ผลใช้บังคับหรือสิ้นผลใช้บังคับไปแล้ว (Défaut de Base Légale) เป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลได้ ต่อเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายโดยตรง การออกกฎของฝ่ายปกครอง โดยฝ่าฝืน จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจ

¹ มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือ โดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

๑๓๑

๑๓๑

² ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2566). คดีปกครองเกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนกฎ คำสั่ง และการห้ามกระทำการ. *การอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ 18 ปี 2566*. สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 11.

³ วรพจน์ วิศรุตพิชน. (2565). *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 102-119.

หน่วยงานทางปกครองแห่งหนึ่งหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่ง มีอำนาจออกกฎแต่ผู้ออกกฎนั้นกลับเป็นหน่วยงานทางปกครองแห่งอื่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น เช่น กฎหมายแม่บทกำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจออกประกาศกระทรวงได้ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่น ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระดับตำแหน่งที่สูงกว่าหรือต่ำกว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว จะไม่มีอำนาจออกประกาศกระทรวงได้

2) ฝ่ายปกครองออกกฎไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เช่น กฎกระทรวงมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายอื่น หรือขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไป เช่น หลักที่ว่ากฎต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง หลักที่ว่าผู้มีอำนาจหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎที่ตนเองได้ออกมาใช้บังคับ (In Partere Legume Quam Ipse Fascistic) หรือกรณีข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกกฎตามที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่ในเวลาที่ออกกฎ

3) ฝ่ายปกครองออกกฎไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการออกกฎนั้น หมายถึงการทั้งหลายที่กฎหมายกำหนดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ออกกฎนั้นต้องกระทำก่อนที่จะออกกฎ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติฉบับหนึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับได้ โดยต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หากรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงมาใช้บังคับโดยไม่ได้ขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อน หรือขอความเห็นชอบแล้วแต่คณะรัฐมนตรีไม่ให้ความเห็นชอบ กฎกระทรวงฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4) ฝ่ายปกครองออกกฎที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หมายถึงการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องต่างๆ เช่น ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐกระทำการเช่นนั้น

5) ฝ่ายปกครองออกกฎที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองออกกฎมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ หรืออีกนัยหนึ่งคือเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย

6) ฝ่ายปกครองออกกฎโดยไม่สุจริต หรือใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เนื่องจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองออกกฎมีเจตนารมณ์ให้ฝ่ายปกครองออกกฎเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ทั้งสิ้น ไม่มีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจฝ่ายปกครองออกกฎเพื่อรักษาประโยชน์เอกชน (Private Interest) อันเป็นประโยชน์ส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจหรือสมัครพรรคพวก หรือเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะด้านใดก็ได้ตามที่เห็นสมควร ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจออกกฎเพื่อรักษาประโยชน์

สาธารณชนด้านที่อยู่ในเจตนาของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ การกระทำนอกเหนือจึงเป็นการกระทำ โดยไม่สุจริต เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยเจตนาของกฎหมายแม่บท

ทั้งนี้ ศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับสั่งให้เพิกถอนกฎ โดยกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลัง หรือ ไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใด ก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และกรณี ที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ เมื่อได้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาแล้ว การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอน กฎนั้น ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴

4.1.2 วิเคราะห์การออกกฎเกินกฎหมายแม่บท ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

โดยหลัก กฎที่ออก ใช้บังคับ ต้องไม่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บท (Ultra Vires) และต้อง ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง หากฝ่ายปกครองออกกฎเกินขอบเขตที่กฎหมายแม่บทกำหนด ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง กฎ นั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษาที่ 1 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 422/2553 สรุปได้ว่ามาตรา 22 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 เป็นเพียงบทบัญญัติที่ กำหนดหน้าที่ของนายทะเบียน ในการพิจารณาอนุญาตให้ใช้รถยนต์เป็น รถรับจ้างรับส่งนักเรียน แต่มิได้เป็นบทบัญญัติ ที่ให้ นายทะเบียนไปออกระเบียบเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ใช้รถ ในการรับจ้างรับส่งนักเรียนแต่อย่างใด โดยหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ใช้รถ ในการรับจ้างรับส่งนักเรียนนี้มีลักษณะเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับเครื่องอุปกรณ์สำหรับรถและการ ใช้ เครื่องอุปกรณ์ สำหรับรถ และข้อกำหนดว่าด้วยความปลอดภัยในการใช้รถรับจ้างบรรทุกคน โดยสาร อันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมที่จะต้องออกเป็นกฎกระทรวง ตามมาตรา 5 ดังนั้น ระเบียบกรมการขนส่งทางบกว่าด้วยการขออนุญาตและการอนุญาตให้ใช้รถ ในการรับจ้างรับส่งนักเรียน พ.ศ. 2547 จึงเป็นระเบียบที่ออกเกินอำนาจกฎหมายแม่บท และไม่ชอบด้วย กฎหมาย

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษานั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณา วินิจฉัยอันนำไปสู่การเพิกถอนกฎสรุปได้ว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่ายปกครองออกกฎ โดยไม่มีอำนาจ หรือเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจในการออกกฎในเรื่องนั้น เมื่อวิเคราะห์ คำพิพากษาฉบับเต็มแล้วเห็นว่าข้อสรุปดังกล่าวเกิดจากการที่ศาลปกครองได้ตรวจสอบบทบัญญัติของ กฎหมายแม่บทฉบับที่เป็นปัญหาในทุกมาตราตามหลักการใช้การตีความกฎหมายที่ว่า การตรวจสอบ

⁴ กองหลักนิติบัญญัติ. (2565). ข้อพิจารณาในการออกกฎเพื่อให้อำนาจ ขอบด้วยกฎหมายแม่บท. *วารสารกฎหมาย เปรียบเทียบ ปีที่ 2*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 170.

บทบัญญัติหรือหลักการในเรื่องใดจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติที่มีอยู่ในกฎหมายนั้นทั้งฉบับ กรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎได้จะต้องมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง

กรณีศึกษาที่ 2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.165/2562 สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษาและได้รับเลือกตั้งเป็นกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการ แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีอยู่ระหว่างถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง จึงมีเหตุให้ต้องพ้นจากตำแหน่งกรณี จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ข้อ 7 วรรคสอง (8) ของข้อบังคับมหาวิทยาลัยราชภัฏกาฬสินธุ์ ว่าด้วยสภาคณาจารย์และข้าราชการ พ.ศ. 2556 ที่กำหนดให้ประธานและกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการ พ้นจากตำแหน่งเมื่ออยู่ระหว่างถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิจารณาข้อ 6 (1) ของข้อบังคับฉบับพิพาทซึ่งกำหนดว่า ผู้ที่จะดำรงตำแหน่งประธานสภาคณาจารย์และกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการจะต้องเป็นคณาจารย์ประจำหรือข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาในมหาวิทยาลัย กรณี จึงเห็นว่า ผู้ที่ดำรงตำแหน่งประธานและกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการได้นั้น จะต้องเป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา เมื่อพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ดังนั้น การออกกฎระเบียบ ประกาศ และข้อบังคับของมหาวิทยาลัย เกี่ยวกับการกำหนดองค์ประกอบ จำนวน คุณสมบัติ หลักเกณฑ์และวิธีการ ได้มา วาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของประธานและกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการ ก็จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 อีกด้วย เมื่อมาตรา 50 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติว่า “ในระหว่างการสอบสวนจะนำเหตุแห่งการถูกสอบสวนมาเป็นข้ออ้างในการดำเนินการใดให้กระทบต่อสิทธิของผู้ถูกสอบสวนไม่ได้” ซึ่งมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์ ที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา เนื่องจากการสอบสวนทางวินัยกรณี ข้าราชการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงนั้น เป็นเพียงขั้นตอนของการดำเนินการทางวินัยเท่านั้น โดยข้าราชการที่อยู่ระหว่างถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง ยังมีใช้ผู้กระทำผิดวินัยแต่ความในข้อ 7 วรรคสอง (8) ของข้อบังคับฉบับพิพาท ได้กำหนดให้นำเหตุแห่งการถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงมาเป็นข้ออ้างให้ประธานและกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการต้องพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่อยู่ระหว่างถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง

จากคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าว เห็นได้ว่า ข้อบังคับดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับมาตรา 50 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังนั้น ความในข้อ 7 วรรคสอง (8) ของข้อบังคับฉบับพิพาท เฉพาะส่วนที่กำหนดให้ประธาน

และกรรมการสภาคณาจารย์และข้าราชการพ้นจากตำแหน่งเมื่อถูกสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษานั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณา วินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การเพิกถอนกฎ สรุ ปได้ว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจาก ฝ่ายปกครองออกกฎ ขัดหรือแย้ง หรือเกินไปกว่ากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง เป็นเหตุอันเกิดจากหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐขาดความรู้ ความเข้าใจหรือเข้าใจหลักกฎหมายปกครองคลาดเคลื่อน โดยมิได้พิจารณา กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้ครบถ้วน ซึ่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น นอกจากต้องพิจารณาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแล้ว ยังต้องพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย⁵

กรณีศึกษาที่ 3 คำพิพากษาศาลปกครองที่ 47/2565 (คดีถึงที่สุด) สรุ ปได้ว่า คดีมีประเด็น ที่ศาลต้องวินิจฉัยว่า ข้อ 5(2)ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 7(5) แห่งพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 ในส่วนที่กำหนดว่า “แต่ไม่เกินเจ็ดสิบปีบริบูรณ์” ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (5) แห่งพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติเรื่องคุณสมบัติของ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไว้แต่เพียงว่าต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ โดยมิได้บัญญัติคุณสมบัติในเรื่องอายุของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิหรือได้ให้อำนาจกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับคุณสมบัติในเรื่องอายุของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไว้ในกฎ ประกอบกับมาตรา 7 วรรคสาม ได้บัญญัติให้อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการเลือกและแต่งตั้งกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิเท่านั้น โดยไม่ได้ให้อำนาจในการกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุของผู้ที่จะยื่นความจำนงเข้ารับ การสรรหาและแต่งตั้งให้เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไว้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข จึงไม่มี อำนาจกำหนดคุณสมบัติเรื่องอายุของผู้ที่จะยื่นความจำนงเข้ารับการสรรหาและแต่งตั้งให้เป็นกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิ การออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการแต่งตั้ง กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 7 (5) แห่งพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 โดยกำหนด คุณสมบัติเรื่องอายุของผู้จะได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไว้ในประกาศดังกล่าว จึงเป็นการที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่มีอำนาจ พิพากษาเพิกถอนประกาศดังกล่าวเฉพาะข้อ 5 (2) ในส่วนที่ กำหนดว่า “แต่ไม่เกินเจ็ดสิบปีบริบูรณ์”

กรณี ดังกล่าว ศาลมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติในเรื่องอายุดังกล่าว คือ ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร 0505/ว 102 ลงวันที่ 31 มีนาคม 2559 ที่ระบุว่า

⁵ สำนักงานศาลปกครอง. (ม.ป.ป.). กรณีกฎหมายลำดับรองออกโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายในระดับ พระราชบัญญัติฉบับอื่นที่เกี่ยวข้อง. รายงานการวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีเพื่อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุง วัธิปฏิบัติราชการของหน่วยงานของรัฐเสนอต่อคณะรัฐมนตรี. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 17.

ให้ทุกส่วนราชการที่จะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการที่มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายขับเคลื่อนและติดตามงานที่สำคัญในเรื่องต่างๆ เพื่อประสิทธิภาพในการทำงาน ควรกำหนดคุณสมบัติในเรื่องอายุของกรรมการไว้ให้มีความเหมาะสมด้วยเช่น ควรมีอายุไม่เกิน 70 ปี บริบูรณ์ นั้น เห็นว่า หนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวเป็นเพียงหนังสือเวียนที่กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้มีผลเป็นการให้อำนาจแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะออกกฎในเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วเพื่อกำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมในเรื่องอายุของผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการได้

4.1.3 วิเคราะห์การออกกฎที่เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็น

โดยหลักกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองต้องไม่เป็นการสร้างภาระเกินสมควร (Excessive Burden to the Public) หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่ง “การสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร” เป็นสาระสำคัญและเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการออกกฎขัดต่อหลักการดังกล่าว ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษาที่ 1 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 230/2553 สรุปลได้ว่า ระเบียบการประปา นครหลวง ฉบับที่ 50 ว่าด้วยการติดตั้งประปา (พ.ศ. 2544) ข้อ 4.1 ในส่วนที่มีความหมายรวมถึงกรณีที่มีการขอใช้น้ำประปา แต่ลักษณะของการทำงานติดตั้งไม่ได้มีลักษณะเป็นการทำขึ้นใหม่หรือติดตั้งอุปกรณ์สำคัญเป็นส่วนใหญ่ และคำสั่งการประปา นครหลวง ที่ 109/2544 เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราค่าใช้จ่ายในการติดตั้งประปาใหม่ ข้อ 1 และเอกสารแนบท้ายคำสั่งในส่วนที่กำหนดอัตราค่าใช้จ่ายเหมาะสมจ่ายในกรณีใช้ท่อแยกเข้ามาตรวัดน้ำมีความยาวไม่เกิน 20 เมตร เป็นกฎที่การประปา นครหลวง ออกมาโดยมีผลทำให้การประปา นครหลวง สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้น้ำประปาในอัตราค่าใช้จ่ายแบบเหมารวมมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีที่เพียงแต่ขอติดตั้งประปาในบ้านหลังเดิมที่เคยมีการติดตั้งมาตรวัดน้ำไว้แล้วแต่ต่อมา ได้ถูกระงับการจ่ายน้ำเพราะชำระค่าใช้น้ำประปาเกินเวลาที่กำหนดต้องชำระค่าธรรมเนียมการใช้น้ำแบบเหมา รวมเหมือนผู้ขอติดตั้งประปาใหม่ที่ไม่เคยมีมาตรวัดน้ำมาก่อน จึงเป็นกฎที่เป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

กรณีศึกษาที่ 2 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 764/2556 สรุปลได้ว่า ข้อ 5 ของข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร เรื่องการควบคุมการเลี้ยงหรือปล่อยสุนัข พ.ศ. 2548 ที่กำหนดนิยามคำว่าเจ้าของสุนัข ให้หมายความรวมถึงผู้ครอบครองสุนัขหรือผู้ให้อาหารสุนัขเป็นประจำด้วย เป็นการกำหนดนิยาม ที่มีผลทำให้ประชาชนที่เพียงแต่ให้อาหารแก่สุนัขจรจัดเป็นประจำด้วยความเมตตาต้องมีภาระหน้าที่ในการพาสุนัขจรจัด ไปฝังไมโครชิปและจดทะเบียนสุนัข มิฉะนั้น บุคคลนั้นจะมีความรับผิดชอบทางกฎหมาย ทั้งที่การจัดการ การควบคุมดูแลสุนัขจรจัดเป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร โดยตรงแต่กลับผลักภาระ

มาให้ประชาชน จึงเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ดังนั้น ข้อ 5 ของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษาที่ 3 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อร. 285/2566 สรุปได้ว่าการกำหนดจำนวนเงินขั้นต่ำที่จะต้องนำส่งตามข้อ 4 ของประกาศคณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ เรื่องมาตรการคุ้มครองผู้ใช้บริการเป็นการชั่วคราวในกรณีสิ้นสุดการอนุญาตสัมปทาน หรือสัญญาการให้บริการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 19 กันยายน 2558 เป็นการกำหนดกรอบรายได้ขั้นต่ำแบบเฉพาะเจาะจง โดยมีได้คำนึงถึงรายได้ที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละรอบเดือนการกำหนดให้ผู้ให้บริการต้องนำส่งเงินไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละของส่วนแบ่งรายได้ที่ผู้ให้บริการเคยนำส่งภายใต้สัญญาสัมปทาน ณ วันสุดท้ายก่อนสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน จึงมีลักษณะเป็นการหาประโยชน์จากผู้ให้บริการเหมือนในช่วงระยะเวลาสัมปทานยังไม่สิ้นสุด ย่อมเป็นการสร้างภาระเกินสมควรให้แก่ผู้ให้บริการ ขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศดังกล่าวที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ผู้ใช้บริการสามารถใช้บริการต่อไปได้อย่างต่อเนื่องอันเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะมิใช่การมุ่งแสวงหากำไรแต่อย่างใด ดังนั้น ประกาศในส่วนที่กำหนดให้ผู้ให้บริการต้องนำส่งรายได้ขั้นต่ำจำนวนไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละของส่วนแบ่งรายได้ที่ผู้ให้บริการเคยนำส่งภายใต้สัญญาสัมปทาน ณ วันสุดท้ายก่อนสิ้นสุดสัญญาสัมปทาน จึงไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้บริการ และเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกประกาศโดยมิชอบ ส่งผลให้ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีในส่วนดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษานั้น หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณา วินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การเพิกถอนกฎ สรุปได้ว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่ายปกครองออกกฎที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร หรือมีลักษณะเป็นการจำกัดหรือมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ดังนั้น การออกกฎของฝ่ายปกครองจึงต้องนำหลักการดังกล่าวซึ่งศาลเห็นว่าเป็นเงื่อนไขในการออกกฎ มาใช้ในการพิจารณาด้วย

4.1.4 วิเคราะห์การออกกฎที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะเข้าใจ และปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง

โดยหลัก กฎที่ออก โดยฝ่ายปกครองจะต้องมีความชัดเจนอย่างเพียงพอ ตามหลักความชัดเจนของกฎหมาย (Clarity) และมีการลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับ กระทำการหรืองดเว้นการกระทำตามข้อกำหนดของกฎการออกกฎที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะเข้าใจ และปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง กฎ นั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 773/2555 สรุปได้ว่า คดีมีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่า ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2546 และประกาศ

กระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 ทั้งสองฉบับและคำสั่งกรมวิชาการ เกษตร ที่ 1779/2547 เรื่อง การจัดการทำลายหรือดำเนินการกับวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 มีความชัดเจนเพียงพอที่ประชาชนทั่วไปจะเข้าใจได้หรือไม่ จากข้อเท็จจริงประกาศทั้งสองฉบับได้ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา โดยจัดทำขึ้นเป็นภาษาไทยและมีเนื้อหาสาระที่ชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะเข้าใจเกี่ยวกับการยกเลิกรายชื่อวัตถุอันตรายตามประกาศฉบับเดิมได้ แต่การกำหนดให้เปลี่ยนประเภทจากวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 มาเป็นวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 และการระบุชื่อวัตถุอันตรายทั้ง 4 รายการ ในบัญชีแนบท้ายประกาศได้กำหนดเป็นภาษาอังกฤษอย่างเดียว โดยไม่มีคำอ่านและคำแปลเป็นภาษาไทยกำกับไว้ ทั้งที่วัตถุอันตรายตามที่พิพาทนี้ เป็นสารกำจัดแมลงซึ่งเกษตรกรจำเป็นต้องใช้ในการกำจัดศัตรูพืช จึงถือได้ว่าไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะสามารถเข้าใจได้อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีได้เคยออกประกาศบัญชีแนบท้ายวัตถุอันตรายเป็นภาษาไทยโดยมี ภาษาอังกฤษกำกับไว้ก่อนที่จะมีการออกประกาศที่พิพาท ในคดีนี้ ดังนั้นจึงไม่มีเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะกำหนดชื่อ วัตถุอันตรายเป็นภาษาอังกฤษเพียงอย่างเดียว ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมทั้งสองฉบับรวมทั้งคำสั่งของกรมวิชาการ เกษตร เรื่อง การจัดการทำลาย หรือดำเนินการกับวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 จึงเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะเข้าใจและปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษานั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การเพิกถอนกฎสรุปได้ว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่ายปกครองออกกฎที่ไม่มี ความชัดเจนเพียงพอที่บุคคลจะเข้าใจ และปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง เมื่อวิเคราะห์คำพิพากษาฉบับเต็มแล้วเห็นว่าข้อสรุปดังกล่าวเกิดจากการที่ศาลปกครองเห็นว่าประกาศทั้งสองฉบับเป็นบทบัญญัติ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็น “กฎ” โดยต้องมีความชัดเจนและมีการประกาศเพื่อให้บุคคลในบังคับกระทำหรืองดเว้น การกระทำด้วย เมื่อประกาศและคำสั่งที่พิพาทมีภาษาไทยปะปนกับภาษาอังกฤษ ทำให้ผู้ฟ้องคดีที่มีอายุมากและอ่านภาษาอังกฤษไม่ออกจึงไม่ทราบว่าวัตถุอันตรายชนิดที่ 4 ซึ่งต้องห้ามไว้ในครอบครอง โดย การออกประกาศและคำสั่งใดจึงควรจะนำมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อ ความหมายในรูปแบบอื่นก็ได้แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ และมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติให้บรรดากระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับ การพิจารณาและตัดสินคดีให้ทำเป็นภาษาไทยมาเทียบเคียงเพื่อไม่ให้เป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดแก่ประชาชนเกินสมควร จากการศึกษา มีความเห็นเพิ่มเติมว่า เพื่อให้กฎของ

ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักนิติธรรมที่กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เป็นธรรม

4.1.5 วิเคราะห์การออกกฎที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ตามหลักความเสมอภาค หรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ถือเป็น หลักพื้นฐานในการควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนออกกฎตามอำเภอใจเพื่อเป็นการรับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนว่าจะได้รับการปฏิบัติจากกฎที่ออกโดยฝ่ายปกครอง อย่างเท่าเทียมกัน กรณีที่กฎหมายข้อกำหนดในลักษณะการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล กฎนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษาที่ 1 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 22/2551 สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็น ผู้ครอบครองที่ดินตามหลักฐาน ส.ค. 1 ซึ่งอยู่ในเขตพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตหวงห้ามที่ดินสำหรับไว้ ใช้ในราชการทหาร ต่อมาได้มีประกาศให้เวนคืนที่ดินบริเวณดังกล่าว โดยแบ่งราษฎรที่ครอบครองที่ดิน บริเวณที่จะเวนคืนออกเป็นสองกลุ่ม โดยผู้ฟ้องคดีอยู่ในกลุ่มที่สองและมีที่ดินติดต่อกับที่ดินของผู้ที่อยู่ใน กลุ่มแรก ซึ่งเห็นว่าการกำหนดค่าทดแทนไม่ชอบ เนื่องจากที่ดินของผู้ที่อยู่ในกลุ่มแรกได้รับค่าทดแทน ในอัตราที่สูงกว่า ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงิน ค่าทดแทนความเสียหายพิเศษในที่ดินที่ถูกเวนคืนในราคาเท่ากับที่ดิน ในกลุ่มแรก ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม กรมทางหลวง และอธิบดีกรมทางหลวง ได้กำหนดหลักเกณฑ์ ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายพิเศษที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ครอบครองที่ดิน ทั้ง 2 กลุ่ม ทั้งกลุ่มที่ ร่วมเรียกร้องกับสมาชิกคนจน และส่วนกลุ่มที่สองรวมทั้งผู้ฟ้องคดีที่ไม่ได้ร่วมเรียกร้องกับสมาชิกคน จน เพื่อให้ได้รับเงินค่าทดแทนตามความเหมาะสมของสภาพที่ดินที่ถูกเวนคืน หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็น หลักเกณฑ์ที่ขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันมีหลักว่าจะต้อง ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ ที่แตกต่างกันให้แตกต่างกันไป สำหรับกรณีนี้สาระสำคัญที่เหมือนกันคือผู้ครอบครองที่ดินที่ถูกเวนคืน ที่ดิน ซึ่งได้โต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไข ปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีแบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่ม เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาค จึงมิชอบ ด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม

กรณีศึกษาที่ 2 คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1868/2566 สรุปได้ว่า แม้จะฟังได้ว่า เลื่อครูยเนติบัณฑิต ซึ่งเป็นเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกเนติบัณฑิตยสภาจะมีประวัติและ ความป็นมาอย่างยาวนาน โดยมีการประกาศใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2507 นับเป็นระยะเวลาาร่วม 60 ปีแล้วก็ตาม แต่เมื่อข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ซึ่งกำหนดเครื่องแบบของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิก

เนติบัณฑิตยสภา มิได้คำนึงถึงกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศซึ่งสังคมไทยในปัจจุบันจะให้การยอมรับกันอย่างแพร่หลายประกอบกับได้มีทั้งกฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญและในลำดับพระราชบัญญัติให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวจากการถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะสาเหตุทางเพศ เมื่อการแต่งกายตามอัตลักษณ์ ทางเพศหรือเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดถือเป็น การสื่อความหมายโดยวิธีอื่นที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกตามนัยมาตรา 34 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อบังคับดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควร อันเป็นการลิดลิตสิทธิหรือจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม จึงไม่สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการของรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีตามหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ ข้อบังคับเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2507 ข้อ 17 วรรคสอง (1) จึงเป็น กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองที่นำมาศึกษานั้น หลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย เพื่อนำไปสู่การเพิกถอนกฎ ระบุได้ว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจาก ฝ่ายปกครองออกกฎอันมีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน อันขัดต่อหลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.2 แนวทางการออกกฎ และการตรวจสอบกฎตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

คณะกรรมการกฤษฎีกา (Council of State) และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (Office of the Council of State) เป็นสถาบันที่ปรึกษากฎหมายของรัฐ เป็นสถาบันทางวิชาการ และเป็นกลไกสำคัญของการปกครองประเทศโดยกฎหมาย (Rule of Law) เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองเป็นไปตามกฎหมาย และเพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม ในการจัดทำกฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยคำนึงถึงความถูกต้องตามหลักนิติศาสตร์และความสอดคล้องกับศาสตร์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองสามารถนำไปแก้ปัญหาที่แท้จริงของสังคมได้⁶ คณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะองค์กรหลักที่มีหน้าที่ตรวจพิจารณาร่างกฎหมายและร่างกฎให้แก่คณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งมาตรา 25 ทวิ กำหนดว่า ในการพิจารณาร่างกฎหมายของกรรมการกฤษฎีกาต้องคำนึงถึงความจำเป็น ความเป็นไปได้และขอบเขต

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2566). *วิสัยทัศน์ พันธกิจ*. หน้า 1. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th>. [2566, 26 พฤศจิกายน]

ที่จะต้องมีกฎหมายดังกล่าว ความสอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ความมีประสิทธิภาพของการจัดองค์กรและกลไกเพื่อการใช้บังคับกฎหมาย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการ และภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้นด้วย และแก้ไขปรับปรุงให้ถูกต้องเหมาะสม ต่อไป

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (Committee on Administrative Procedure) คือ คณะกรรมการตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้ในหมวด 1 มืองค์ ประกอบตามมาตรา 7 ซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการในการแนะนำ ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติ ตามมาตรา 11 ตลอดจนพัฒนาและปรับปรุงการปฏิบัติราชการทางปกครองให้เป็นไปโดยมีความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น⁷

ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายของฝ่ายปกครองไว้เป็นจำนวนมาก แต่ด้วยความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวบางเรื่อง ไม่มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป ให้ฝ่ายปกครองต้องถือปฏิบัติในการออกกฎไว้อย่างเคร่งครัด จึงนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีสภาพบังคับกับฝ่ายปกครองได้ต่อไป

4.2.1 วิเคราะห์การออกกฎโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจ และการมอบหมายให้เจ้าหน้าที่อื่นออกกฎ

โดยหลักการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจอิสระโดยตนเอง จะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ และกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจก็มีฐานะเป็นเพียงกฎ ซึ่งจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไม่ได้ หลักการทั่วไปที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางแนวทางการตรวจพิจารณาร่างกฎไว้วันนั้น ร่างกฎกระทรวงควรมีข้อกำหนดเฉพาะเรื่องที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้เท่านั้น และข้อกำหนดในกฎกระทรวงก็ต้องไม่มีลักษณะการมอบอำนาจหรือมอบหมายให้ฝ่ายปกครองไปออกกฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไปอีกมิฉะนั้น จะมีปัญหาว่าร่างกฎกระทรวงนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดกับทฤษฎี Sub Delegate! วันแต่ กรณี กฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไปจะกำหนดได้เฉพาะเรื่องที่เป็นรายละเอียด แบบเอกสาร หรือสิ่งที่มีใช้สาระสำคัญ

⁷ มาตรา 11 คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) สอดส่องดูแลและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

(2) ให้คำปรึกษาแก่เจ้าหน้าที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตาม พระราชบัญญัตินี้ ตามที่บุคคลดังกล่าวร้องขอ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนด

เท่านั้น ซึ่งไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในกฎกระทรวงทั้งหมดและสามารถนำไปบัญญัติไว้ในกฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไปได้⁸

กรณี ศึกษาที่ 1 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรี จที่ 138/2526) คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า กรณีที่ กฎกระทรวงที่ต้องออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2526 จะไม่กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการในการชิงรางวัลไว้ แต่กฎกระทรวงกำหนดให้คณะกรรมการว่าด้วยการโฆษณาเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องดังกล่าวแทน แม้จะทำให้เกิดความสะดวกในการแก้ไขรายละเอียดของกฎหมาย แต่เมื่อการกำหนดรายละเอียดดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบความรับผิดชอบในทางอาญาจึงเป็นการไม่สมควรที่จะกำหนดให้มีการออกประกาศในลักษณะดังกล่าวได้

กรณี ศึกษาที่ 2 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสรี จที่ 132/2536) คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า กรณีที่ พระราชบัญญัติศุลกากร พุทธศักราช 2496 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นผู้พิจารณากำหนดค่าแบบพิมพ์การที่รัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะออกกฎกระทรวงกำหนดค่าแบบพิมพ์ โดยมีเงื่อนไขเพิ่มเติมให้อธิบดีกรมศุลกากรมีอำนาจพิจารณาออกประกาศยกเว้น ไม่เรียกเก็บค่าแบบพิมพ์ซึ่งรัฐมนตรี ได้กำหนดให้ต้องเรียกเก็บย่อมกระทำไม่ได้

กรณี ศึกษาที่ 3 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างกฎกระทรวงสถานที่เก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. (เรื่องเสรี จที่ 49/2532) คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า ในกรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้การออกกฎ ต้องออกเป็นกฎกระทรวงและหากมีการฝ่าฝืนกฎกระทรวงกฎหมายแม่บทได้มีการกำหนดโทษในทางอาญาไว้ด้วย ดังนั้น แม้เนื้อหาของเรื่องดังกล่าวจะเป็นการกำหนดรายละเอียดในทางเทคนิค ก็จะต้องกำหนดไว้ให้ชัดเจนในกฎกระทรวง ไม่สามารถออกเป็นกฎประเภทอื่นได้ ส่วนกรณีที่ จะสามารถออกเป็นประกาศได้นั้น ต้องเป็นเรื่องที่ไม่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบกิจการหรือประชาชนทั่วไป

จากตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำมาศึกษานั้น สรุปได้ว่า ร่างกฎต้องไม่มีบทบัญญัติที่มีลักษณะของการมอบอำนาจหรือมอบหมายให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการ ออกกฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไปอีก เว้นแต่ กรณี ที่กฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไปจะกำหนดเรื่องที่เป็นรายละเอียดแบบเอกสาร หรือสิ่งที่มีสาระสำคัญเท่านั้น ในกระบวนการร่างกฎหมายนั้น สิ่งที่มีสาระสำคัญของกฎหมายฉบับหรือลำดับหนึ่งอาจเป็น สิ่งที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายอีกฉบับหรืออีกลำดับหนึ่งก็ได้ แต่เมื่อยึดถือทฤษฎี Sub Delegate แล้ว จะเห็นได้ว่า หากกฎฉบับใดมีบทบัญญัติ ลักษณะการมอบ

⁸ สุกิจ สัมฤทธิ์ผ่อง, อัญชลี พูลเต็ม และสายทิพย์ จาละ. (2556). *บันทึกเรื่องการมอบอำนาจช่วง (Sub Delegation)*. หน้า 32. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 8 ตุลาคม]

อำนาจช่วง กฎที่มีลำดับศักดิ์ต่ำลงไป ย่อมมีข้อกำหนดได้เฉพาะเรื่องอื่น เช่น รายละเอียด หรือแบบเอกสาร ที่มีสาระสำคัญ เพราะสิ่งที่เป็นสาระสำคัญนั้นควรกำหนดไว้โดยครบถ้วนในกฎที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ออกได้⁹ การที่เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่อื่นเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์แทนตน ย่อมเป็นการเกินอำนาจกฎหมายแม่บท และหากยอมรับให้มีการมอบอำนาจช่วงดังกล่าวได้แล้ว ย่อมทำให้มีการมอบอำนาจ ช่วงต่อไปได้ไม่มีที่สิ้นสุด

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาเรื่อง การมอบอำนาจช่วง (Sub Delegation) ในการออกกฎของฝ่ายปกครอง ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ยังไม่มีคำวินิจฉัยโดยตรงว่า กฎซึ่งมีลักษณะเป็นการมอบอำนาจช่วงนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไร ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีการยกเป็นประเด็น หรืออาจด้วยเหตุผลข้อจำกัดในเรื่องการเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องเพิกถอนกฎต่อศาลปกครอง

4.2.2 วิเคราะห์การออกกฎเกินขอบเขต หรือเป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้ และการออกกฎขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

โดยหลักการ การออกกฎของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นการกระทำโดยมีอำนาจที่จะกระทำได้ และต้องกระทำภายในขอบอำนาจ (Intra Vires) การกระทำจึงเกิดผลตามกฎหมาย (Valid) ส่วนการกระทำที่ไม่มีอำนาจหรือเกินขอบอำนาจ การกระทำนั้น อาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่มีผลตามกฎหมาย (Invalid) ดังนั้น การออกกฎของฝ่ายปกครองจึงต้องไม่เกินขอบเขตอำนาจ (Ultra Vires) และต้องไม่เป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้

กรณี ศึกษาที่ 1 บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การกำหนดมาตรการบังคับทางปกครอง กรณี ร่างระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยในเขตพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ (เรื่องเสร็จที่ 694/2551) คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็นว่า การกำหนดโทษปรับรายวัน ในกรณีผู้ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในหนังสืออนุญาต มิได้มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากมิใช่เป็นการใช้มาตรการบังคับของเจ้าหน้าที่ ภายหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการให้ปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้น แต่มีลักษณะเป็นโทษปรับทางปกครอง ดังนั้น การที่พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 13 ทวิ มาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 และมาตรา 20 มิได้ให้อำนาจในการออกระเบียบเพื่อกำหนดโทษปรับทางปกครองไว้ จึงเป็นการออกกฎเกินขอบเขตของพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

⁹ สุกิจ สัมฤทธิ์ส่อง, อัญชลี พูลเต็ม และสายทิพย์ จาละ. (2556). *บันทึกเรื่องการมอบอำนาจช่วง (Sub Delegation)*. หน้า 32. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right\[2566, 8 ตุลาคม\]](https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right[2566, 8 ตุลาคม])

กรณีศึกษาที่ 2 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักของเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยแพทย์และผู้ช่วยเจ้าพนักงานผู้ได้ทำการชันสูตรพลิกศพตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 150 วรรคสิบสอง (เรื่องเสรีจที่ 714/2560) คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่า มาตรา 150 วรรคสิบสองแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติให้แพทย์ตามวรรคหนึ่งและเจ้าพนักงานผู้ทำการชันสูตรพลิกศพมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทางและค่าเช่าที่พักตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว มิได้หมายความรวมถึงเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยแพทย์หรือผู้ช่วยเจ้าพนักงานผู้ได้ทำการชันสูตรพลิกศพแต่อย่างใด ดังนั้น การที่กระทรวงยุติธรรมออกระเบียบเพื่อกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ช่วยแพทย์หรือผู้ช่วยเจ้าพนักงานผู้ได้ทำการชันสูตรพลิกศพมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทางและค่าเช่าที่พัก จึงเป็นการออกระเบียบเกินอำนาจที่กฎหมายมอบกำหนดไว้ ซึ่งไม่สามารถกระทำได้

กรณีศึกษาที่ 3 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง อำนาจในการตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเกี่ยวกับรถโดยสารประจำทางพลังงานไฟฟ้า (เรื่องเสรีจที่ 1230/2566) คณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ความเห็นว่า โดยที่มาตรา 89 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2538 บัญญัติว่า ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอื่น ให้กรุงเทพมหานครมีหน้าที่และอำนาจดำเนินกิจการในเขตกรุงเทพมหานคร ฯลฯ บทบัญญัติดังกล่าว มีความหมายว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานคร ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายอื่นที่มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ กรุงเทพมหานครไม่อาจปฏิบัติหน้าที่หรือตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครให้ขัดต่อกฎหมายเฉพาะนั้นได้ สำหรับกรณีที่เป็นปัญหานี้ มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะแล้วหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 กรุงเทพมหานครจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายเฉพาะดังกล่าว การออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครให้ผิดแผกไปจากกฎหมายและอนุบัญญัติที่ออกตามกฎหมายนั้นเป็นการเกินหน้าที่และอำนาจ (Ultra Vires) จึงไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น เมื่อร่างข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง รถโดยสารประจำทางพลังงานไฟฟ้าเพื่อลดมลภาวะ พ.ศ. มีสาระสำคัญเป็นการห้ามมิให้รถโดยสารประจำทางที่มีไซรลที่ขับเคลื่อนด้วยพลังงานไฟฟ้าเดินรถในเขตกรุงเทพมหานคร ซึ่งการประกอบกิจการรถโดยสารประจำทางเป็นกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 เป็นการเฉพาะ จะต้องได้รับอนุญาตประกอบกิจการ โดยคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางซึ่งมีหน้าที่และอำนาจกำหนดเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางในเขตกรุงเทพมหานคร และกำหนดชนิดหรือสภาพรถที่มิให้รับจดทะเบียน โดยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 มิได้จำกัดให้รถโดยสารประจำทางต้องใช้พลังงานไฟฟ้าเท่านั้น ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการรถโดยสารประจำทาง

สามารถใช้ได้โดยสารประจำทางที่ใช้พลังงานชนิดใดก็ได้ กรุงเทพมหานครจึงไม่มีอำนาจตราข้อบัญญัติ กรุงเทพมหานคร เกี่ยวกับรถโดยสารประจำทางพลังงานไฟฟ้าเพื่อลดมลภาวะได้

จากตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำมาศึกษานั้น หลักการที่นำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยสรุปได้ว่า เพื่อให้การออกกฎของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมาย การออกกฎจะต้องไม่เกินขอบเขต หรือใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจไว้ และต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

4.2.3 การอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎ

โดยหลักฝ่ายปกครองจะออกกฎได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งดังนั้น การออกกฎจะต้องไม่เป็นการใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ โดยเฉพาะการอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎ ฝ่ายปกครองจะออกกฎโดยอาศัยอำนาจบทบัญญัติที่มีได้ให้อำนาจในการออกกฎไว้ไม่ได้ หากฝ่ายปกครองฝ่าฝืน กฎนั้น ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีศึกษาบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การอ้างมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข (เรื่องเสรี จที่ 584/2566) คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นสรุปได้ว่า คณะกรรมการสาธารณสุขได้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข กำหนดมาตรการควบคุมและป้องกันกลิ่นหรือควันกัญชา กัญหัง หรือพืชอื่นใด โดยไม่เกิดเหตุรำคาญกับผู้อยู่อาศัยบริเวณ ใกล้เคียงหรือผู้ที่ต้องประสบกับเหตุให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น ด้วยการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิดกลิ่นหรือควันกัญชา กัญหัง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา พิจารณาประเด็นดังกล่าวเห็นว่า มาตรา 10 (1) เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสาธารณสุขในการเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการกำหนดนโยบายแผนงาน และมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข และพิจารณาให้ความเห็นในเรื่องใด ๆ เกี่ยวกับการสาธารณสุขตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขมอบหมายมิได้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุข โดยอ้างมาตรา 10 (1) เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกประกาศดังกล่าวได้ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข จะออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือมาตรการเกี่ยวกับการสาธารณสุขได้ จะต้อง มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขจึงไม่สามารถอ้างบทอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (1) แห่ง

พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง มาตรการการระงับเหตุรำคาญที่เกิดจากการกระทำให้เกิด กลิ่นหรือควันทันกัญชา กัญชง หรือพืชอื่นใด พ.ศ. 2566 ได้

จากตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำมาศึกษานั้น หลักการที่คณะกรรมการกฤษฎีกานำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยสรุปได้ว่าการอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกกฎจะต้องพิจารณาออกกฎจากบทบัญญัติกฎหมายแม่บทที่กำหนดอำนาจไว้โดยชัดแจ้ง เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ หากพิจารณาแนวทางหรือเกณฑ์ในการจัดทำ “บทอาศัยอำนาจ” ในการออกกฎข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะเป็นการลดทอนสิ่งที่ไม่เกี่ยวข้องโดยตรงให้เหลือเพียงสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นการวางแนวทางในการอ้างบทอาศัยอำนาจในการออกกฎให้เหลือเพียงสิ่งที่เป็นบทอาศัยอำนาจโดยตรงหรือแท้จริงเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติ ในมาตราอื่น หรือ ในวรรคอื่น หรือ ในอนุมาตราอื่น ซึ่งเคยถูกนำมาเป็นแนวทางในการอ้างอิงเป็นบทอาศัยอำนาจในการออกกฎจึงกลายเป็นส่วนเกินและเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเหมาะสมกับแนวปฏิบัติในสมัยปัจจุบัน¹⁰

4.2.4 การออกกฎที่เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้อยู่ใต้บังคับ

โดยหลักการออกกฎของฝ่ายปกครอง จะต้องนำเอาหลักความได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับกับสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งประโยชน์ที่บุคคลจะต้องเสียไป มาพิจารณาในการออกกฎด้วยเพื่อมิให้กฎนั้นสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ซึ่งคำว่า “สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร” ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายใดกำหนดคำนิยามที่ให้ความหมายชัดเจนไว้แต่อย่างใด โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้บัญญัติให้เป็นเหตุของการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองพิจารณาจากเนื้อหาของกฎก่อนสรุปว่าเป็นกฎที่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินสมควร และเพิกถอนกฎนั้นต่อไปและโดยพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มาตรา 5¹¹ ได้บัญญัติหลักการนี้เพื่อใช้เป็นหลักทั่วไปให้หน่วยงานของรัฐต้องตระหนักถึงการตรา

¹⁰ สุกิจ สัมฤทธิ์ส่อง. (2563). *กฎหมายลำดับรองออกเกินแม่บท : ข้อพิจารณาด้านอำนาจตามกฎหมายแม่บทและแนวทางการร่างกฎหมาย*. หน้า 4. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 30 พฤศจิกายน]

¹¹ มาตรา 5 หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน

ให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

กฎหมายและการออกกฎที่ส่งผลกระทบต่อประชาชนในลักษณะที่เป็นการสร้างภาระเกินสมควร ซึ่งในการตรวจพิจารณาว่า กฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักการดังกล่าวนี้ ด้วย¹²

กรณีศึกษาที่ 1 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ... (เรื่องเสรี จที่ 393/2548) คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นสรุปได้ว่า โดยที่มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมืองพ.ศ. 2518 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการผังเมือง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 กำหนดให้การใช้บังคับผังเมืองรวมต้องกระทำโดยกฎกระทรวง มาตรการและวิธีดำเนินการตามมาตรา 17 (5) จึงต้องกำหนดไว้ในกฎกระทรวงด้วยการบัญญัติให้อำนาจกรุงเทพมหานครกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแจ้งได้ตามร่างข้อ 38 (1) จึงขัดกับบทบัญญัติมาตรา 17 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง ดังนั้น ข้อกำหนดตามร่างข้อ 38 (1) เฉพาะในส่วนที่ให้อำนาจกรุงเทพมหานครกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการ จึงไม่อาจกำหนดได้ กรุงเทพมหานครควรที่จะกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ให้ชัดเจนในกฎกระทรวงเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในการปฏิบัติ เว้นแต่กรณีที่เป็นรายละเอียดที่มีสาระทางกฎหมายดังเช่นแบบการแจ้งซึ่งไม่จำเป็นต้องกำหนดไว้ในกฎกระทรวงแต่อย่างใด และมีข้อสังเกตว่า ร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. ... ข้อ 38 (1) มีข้อกำหนดให้ต้องแจ้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินทั้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักและรองนั้น น่าจะเป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร เนื่องจากการใช้หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักนั้นย่อมเป็นไปตามข้อกำหนดในร่างกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ซึ่งสามารถให้ประโยชน์ได้เต็มทั้งพื้นที่อยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องแจ้งข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบ

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบรวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

ในการจัดทำร่างกฎหมาย หน่วยงานของรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการเฉพาะกรณี ที่จำเป็น และพึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน รวมทั้งพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่การจัดทำร่างกฎตามที่กำหนดในกฎกระทรวงด้วยโดยอนุโลม

¹² สุกิจ สัมฤทธิ์ผ่อง. (2563). “การไม่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร” ข้อพิจารณาสำหรับบรรดา กฎหมายลำดับรองที่ออก ตามกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางอาญา. หน้า 2-6. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 30 พฤศจิกายน]

กรณีศึกษาที่ 2 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการขออนุญาตใช้เครื่องแบบนักเรียนเป็นอย่างไร (เรื่องเสรีที่ 674/2558) คณะกรรมการกฤษฎีกา มีข้อสังเกตในข้อหารือเกี่ยวกับการขออนุญาตใช้เครื่องแบบนักเรียนเป็นอย่างไรนอกจากที่กำหนดไว้แล้วในระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 สรุปได้ว่า โดยที่พระราชบัญญัติเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 มีเจตนารมณ์ให้มีเครื่องแบบนักเรียนไว้เป็นมาตรฐานกลางเพื่อประโยชน์ในการประหยัดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยและสร้างวินัยให้นักเรียน ดังนั้น การที่สถานศึกษาใดจะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งเครื่องแบบนักเรียนหรือการที่ผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือผู้กำกับดูแลสถานศึกษาจะพิจารณาอนุญาตให้สถานศึกษาใดกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเครื่องแบบนักเรียนนอกจากที่กำหนดไว้ในระเบียบกระทรวงศึกษาธิการว่าด้วยเครื่องแบบนักเรียน พ.ศ. 2551 ควรจะได้พิจารณาถึงเจตนารมณ์ดังกล่าวประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดภาระแก่ผู้ปกครองนักเรียนจนเกินสมควร

จากตัวอย่างความเห็นและข้อสังเกตของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำมาศึกษานั้น หลักการที่คณะกรรมการกฤษฎีกานำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยสรุปได้ว่า การออกกฎของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท เนื้อหาของกฎที่ออกมาจะต้องไม่เป็นการสร้างภาระเงื่อนไขที่เกินความจำเป็น หากจำเป็นจะต้องกำหนดภาระเงื่อนไขไว้ในกฎนั้นก็จะต้องเป็นไปตามขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น

4.2.5 การออกกฎที่มีเนื้อหาไม่ชัดเจนและเพียงพอต่อการปฏิบัติ

โดยหลักการออกกฎที่ดีนั้นกฎจะต้องมีความชัดเจน ตามหลักความชัดเจนของกฎหมายและเพียงพอต่อการปฏิบัติ โดยเฉพาะเนื้อหาของกฎนั้น จะต้องไม่มีความคลุมเครือ เพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของกฎนำไปปฏิบัติได้ตรงตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงว่าการออกกฎต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจน และเพียงพอต่อการปฏิบัติของผู้เกี่ยวข้อง

กรณีศึกษาบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการตามมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 (เรื่องเสรีที่ 139/2544) คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นสรุปได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติว่า “สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำร้องขอของตนเองที่มีอยู่ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับ ให้ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกานี้” เป็นการรับรองให้สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการที่มีอยู่ก่อนพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 ใช้บังคับให้ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่า

จะหมคดีทิตตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 ทำให้การรับรองให้สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการกรณี ข้าราชการได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำร้องของตนเองยังคงหลักการเดิม โดยข้าราชการที่มีสิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการตามมาตรา 5 ต้องเป็นข้าราชการที่มี “สิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการ” ตามนัยมาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 และสิทธิที่จะได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการดังกล่าวต้องเป็นสิทธิที่มีผลบริบูรณ์ตามมาตรา 13 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 กล่าวคือเป็นข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ตามคำร้องขอของตนเองและข้าราชการผู้นั้นได้รายงานตัวเพื่อเข้ารับหน้าที่ตามคำสั่งดังกล่าวและได้เช่าบ้านอยู่จริงก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 มีผลใช้บังคับ นอกจากนี้บทบัญญัติมาตรา 5 ดังกล่าวมิได้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ของสิทธิที่จะได้รับค่าเช่าบ้าน ดังนั้น คำว่า “สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการ” จึงมิได้มีความหมายอย่างเดียวกับคำว่า “สิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการ” ตามมาตรา 7 และมาตรา 13 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527

จากตัวอย่างความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่นำมาศึกษานั้น หลักการที่คณะกรรมการกฤษฎีกานำมาใช้ในการพิจารณา วินิจฉัย สรุปได้ว่า การออกกฎของฝ่ายปกครอง เนื้อหาและถ้อยคำจะต้องมีความชัดเจนเข้าใจง่ายไม่คลุมเครือจนเกิดปัญหาการตีความเพื่อให้บุคคลซึ่งอยู่ในบังคับของกฎนำไปปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง ตรงตามวัตถุประสงค์ที่ต้องการ และเกิดประสิทธิภาพ

4.3 วิเคราะห์ปัญหาการควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบการออกกฎของฝ่ายปกครอง

จากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายพร้อมกับการมอบหมายให้อำนาจในการออกกฎเพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับใช้กฎหมายให้สมบูรณ์ เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการนั้น “กฎ” จึงเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถปฏิบัติงานและให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในกฎนั้น ไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม นอกจากจะมีผลต่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง หรือมีผลเป็นการสร้างภาระที่ไม่จำเป็น หรือลดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้วยังอาจมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่บังคับใช้กฎหมายและออกกฎนั้นอีกด้วย

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับปัญหาการออกกฎของฝ่ายปกครองที่ได้นำมาศึกษา ได้แก่ ปัญหาการออกกฎเกินอำนาจกฎหมายแม่บท ปัญหาการออกกฎที่มีการมอบอำนาจช่วง ปัญหาการออกกฎที่มี

รายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่ที่บุคคลจะเข้าใจและปฏิบัติตามได้อย่างถูกต้อง ปัญหาการออกกฎที่เกี่ยวข้องกับโทษอำนาจ ปัญหาการออกกฎที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ และปัญหาการออกกฎที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม จะเห็นได้ว่าการออกกฎเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการได้ หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจกระทำการดังกล่าวได้ และจะสันนิษฐานว่ากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนี้หาได้ไม่ อีกทั้งจะต้องกระทำการภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะออกกฎเกินขอบเขตแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นรากฐานแห่งอำนาจนั้นไม่ได้ และจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (Règle de Droit) ที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ รวมถึงหลักกฎหมาย เช่น หลักนิติธรรม หลักความเสมอภาคที่บุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งจากกรณีปัญหาดังกล่าวข้างต้น ยังมีปัญหาอันเกิดจากการออกกฎของฝ่ายปกครองที่มีได้หยิบยกเป็นตัวอย่างอีกเป็นจำนวนมาก เช่น กฎที่ออกโดยฝ่ายปกครองต้องไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้สุจริต ตามหลักไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Principe de Non-Rétroactivité des Actes Administratifs) วันแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนให้ออกกฎที่มีผลใช้บังคับย้อนหลังดังกล่าวได้ แต่ต้องไม่กระทบสิทธิที่บุคคลได้รับไปแล้ว ซึ่งศาลปกครองได้ใช้หลักการนี้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎด้วย¹³ ซึ่งเห็นว่า ควรที่จะต้องนำหลักการดังกล่าวนี้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนต่อไป

จากการศึกษาตัวอย่างความเห็นทางกฎหมายและคำพิพากษาข้างต้น การออกกฎของฝ่ายปกครองแต่ละฉบับที่ได้มีการวินิจฉัยและเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย สรุปได้ว่า การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกกฎเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจ หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจและไม่ได้ถือเอาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎเป็นสาระสำคัญ อันเนื่องมาจากเหตุที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการออกกฎ การควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบการออกกฎใช้บังคับกับฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎตามกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ และไม่มี

¹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 732/2555 สรุปได้ว่า ระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานชดใช้ทุนตามสัญญา คณะกรรมการบริหารพนักงานมหาวิทยาลัยโดยผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกประกาศมหาวิทยาลัย เรื่อง หลักเกณฑ์การพัฒนาพนักงานมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2545 โดยข้อ 25 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดเบี้ยปรับใหม่เป็นสามเท่า จากเดิมที่กำหนดไว้หนึ่งเท่า เมื่อประกาศมีลักษณะเป็นกฎ จึงอยู่ภายใต้หลักการบังคับใช้กฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง จึงไม่อาจบังคับใช้ประกาศดังกล่าวย้อนหลังให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ฟ้องคดีได้ แม้ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่มีเอกสิทธิ์หรืออำนาจเหนือคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดในสัญญาทางปกครองได้ฝ่ายเดียวก็ตาม

บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่นำเอาหลักกฎหมายข้างต้นมากำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติ อีกทั้งฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่มอบอำนาจการออกกฎให้แก่ฝ่ายปกครอง ไม่ได้ตรากฎหมายขึ้นเป็นหลักเกณฑ์กลาง สำหรับเป็นมาตรฐานการออกกฎให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎที่มีอยู่ในขณะทำการศึกษา มีความเห็น ดังนี้

1) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มีบทบัญญัติบางประการที่ศาลปกครองเห็นว่า มีหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาใช้กับการออกกฎได้ แต่เมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวแล้วเห็นว่า ไม่ได้บัญญัติให้ใช้บังคับกับการออกกฎของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจน¹⁴ และฝ่ายปกครองมิได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาในการออกกฎ จนกว่าจะปรากฏแนวคำพิพากษา¹⁵ หรือความเห็นทางกฎหมาย ที่มีการวินิจฉัยว่า กฎที่ฝ่ายปกครองออกมานั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่ายปกครองมิได้นำหลักเกณฑ์ตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการออกกฎ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการออกกฎที่เป็นการสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎในทุกมิติ

2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (1) เป็นหลักเกณฑ์ ที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ แต่มิได้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับกับการออกกฎเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ และการใช้หลักเกณฑ์ตามมาตราดังกล่าวในการพิจารณาคดีของศาล เป็นขั้นตอนที่เกิดหลังจากที่กฎมีผลบังคับใช้แล้ว โดยบุคคลซึ่งเห็นว่าตนได้รับผลร้ายจากกฎที่ออก โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นำเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบ ซึ่งอาจมีกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกจำนวนมากที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้รับการพิจารณาตรวจสอบว่ากฎชอบด้วยกฎหมายอย่างไร และต้องพิถอนหรือไม่ กฎหมายดังกล่าวจึงไม่อาจควบคุมฝ่ายปกครองออกกฎให้ชอบด้วยกฎหมายได้ตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายแม่บทกฎหมายอื่น และหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องก่อนที่กฎจะมีผลใช้บังคับได้

3) พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการตรวจพิจารณา กฎตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย จะเห็นได้ว่าการควบคุมการออกกฎ และการดำเนินการ

¹⁴ กองกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*. หน้า 1-19. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.ocs.go.th/council-of-state/#/static/view/right> [2566, 30 พฤศจิกายน]

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 773/2555

ตรวจสอบการออกกฎ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จะดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงและร่างระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลบังคับแก่ส่วนราชการ โดยทั่วไป ที่กำหนดไว้ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 แต่ไม่ครอบคลุมถึงร่างประกาศกระทรวง ร่างระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลใช้บังคับแก่ประชาชนโดยทั่วไป การที่เจ้าหน้าที่กระทำการออกกฎและดำเนินการตรวจสอบกฎตนเอง ภายในหน่วยงาน โดยไม่มีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจจากหน่วยงานอื่น หรือองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญ ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎประเภทดังกล่าวจึงยังคงมีประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย อีกเป็นจำนวนมาก และยังไม่มียุติการใด ๆ ทำหน้าที่ดังกล่าวเช่นการทำหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการตรวจพิจารณาร่างกฎของฝ่ายปกครองก่อนที่กฎจะมีผลใช้บังคับ เพื่อมิให้กฎประเภทดังกล่าวเกิดปัญหาออก โดยมีชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครอง โดยที่ยังไม่มีหลักเกณฑ์เป็นมาตรฐานให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติในการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎ รวมถึงการที่ยังไม่มีองค์กรตรวจพิจารณากฎทุกประเภท จึงเป็นปัญหาที่จะต้องได้รับการแก้ไข โดยจะได้เสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาคือการควบคุมการออกกฎและการดำเนินการตรวจสอบกฎของฝ่ายปกครองในบทความต่อไป