

บทที่ 2

แนวความคิดและความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร

2.1 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร

การศึกษาความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร เป็นการศึกษาให้ทราบว่า ฝ่ายบริหารคือ องค์กรใด มีที่มาอย่างไร ทั้งนี้เพื่อเป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการศึกษาต่อไป เกี่ยวกับสถานะของฝ่ายบริหารในการออกกฎเกณฑ์ทั้งหลายซึ่งเป็นเรื่องสำคัญในการศึกษา ทั้งนี้จะได้ศึกษาถึงเนื้อหาที่เกี่ยวข้องดังนี้

- 2.1.1 หลักพื้นฐานของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ
- 2.1.2 สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร
- 2.1.4 ความหมายและองค์ประกอบของรัฐ “ฝ่ายบริหาร”
- 2.1.5 ความหมายและองค์ประกอบของรัฐ “ฝ่ายปกครอง”

สำหรับรายละเอียดของการศึกษาในแต่ละเรื่องจะมีรายละเอียดซึ่งจะได้อธิบายเป็นลำดับไป

2.1.1 หลักพื้นฐานของทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐ ไม่อาจจะสถาปนาขึ้นมาได้ภายใต้ระบบการปกครองที่ไม่มีกรแบ่งแยกอำนาจ และระบบการปกครองที่ไม่มี การควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกัน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันระหว่างอำนาจ³ ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวความคิดที่ไม่ ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวและผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใด มาตราตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจซึ่งอาจเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ อันจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครอง ถูกกดขี่ ดังคำกล่าวที่ Lord Acton กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มีขอบและการมีอำนาจ ที่อิสระที่สุดนั้นย่อมเกิดการกระทำที่ไม่ชอบอย่างแน่นอน”⁴

³ บรรเจิด สิงคะเนติ . (2548) . หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง . หน้า 19.

⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2540) . กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง . หน้า 29-30.

ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้การปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้ และได้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยมีการเคลื่อนไหวทางการเมืองในศตวรรษที่ 18 เพื่อเรียกร้องเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจโดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส คือ มงเตสกิเออร์ ได้นำเสนอแนวคิดการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยทั้ง 3 อำนาจนี้ สามารถกันและดุลอำนาจกันได้ เพื่อยับยั้งการใช้อำนาจโดยมิชอบ

แนวคิดของการวางรากฐานของการแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้นมาจากเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ ของระบบการเมืองอังกฤษ เนื่องจากลักษณะภูมิประเทศของอังกฤษมีลักษณะเป็นเกาะ ดังนั้นจึงไม่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ที่นิยมการเสริมและรวมอำนาจไว้ทั้งหมดที่อำนาจทางการเมือง รัฐที่มีการปกครองโดยกษัตริย์ ก็มีองค์กรต่างๆ ที่จะทำให้เกิดความสมดุล ต่อระบบการผูกขาดอำนาจ ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกันเป็นรัฐที่ยอมรับสิทธิมนุษยชน ที่ต่อต้านอำนาจ Bill of Rights ในปี ค.ศ.1689 ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับทางเทคนิคของการแบ่งแยกหน้าที่ โดยให้รัฐสภาเป็นองค์กรที่ทำให้หน้าที่ที่ออกกฎหมายโดยรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์ และต่อมุขมนตรีของกษัตริย์ สถานการณ์ดังกล่าว ที่กระตุ้นให้ จอห์น ล็อก ต่อต้านแนวความคิดระบบการผูกขาดอำนาจในหนังสือที่ชื่อว่า Second Treaties of Civil Government โดยกล่าวว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานประการแรกในการปกครองคืออำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหาร หมายถึงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและบริหารกิจการภายในของรัฐ ส่วนอำนาจประการที่สามก็คือ อำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ การทำความสัมพันธ์กับต่างประเทศ อำนาจสองประการหลังนั้น มักจะตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว ดังนั้น อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นอำนาจที่แยกออกมาและเป็นอำนาจอยู่สูงกว่าอำนาจอื่น มงเตสกิเออร์ ได้รับแนวคิดดังกล่าวและสร้างทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจขึ้นมาในฝรั่งเศสเพื่อเป็นการต่อต้านระบบการผูกขาดอำนาจอยู่ที่กษัตริย์ เพียงผู้เดียว

2.1.2 สาระสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจ

ตามแนวคิดทางด้านกฎหมายมหาชนถือหลักว่า การปกครองและการบริหารราชการต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (Principle of Legality in Administration) กล่าวคือ เจ้าพนักงานผู้ใช้อำนาจในการปกครองหรือการบริหารบ้านเมืองจะลิดรอนสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของเอกชนได้ก็เฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น และจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย การปกครองในรัฐสมัยใหม่จึงจำเป็นต้องยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation Of Power) ออกเป็น อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ การแบ่งแยก

⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547) . หลักพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย . หน้า 168-170 .

อำนาจดังกล่าว ก็เพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ตกอยู่ใต้อำนาจอำเภอใจ (Arbitrary Power) ของอำนาจฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁶

ทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) ให้คำอธิบายไว้ในหนังสือชื่อ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (L’ esprit des lois) โดยได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็น 3 ประการ คือ

1. อำนาจที่จะตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชน เรียกว่า อำนาจนิติบัญญัติ
2. อำนาจที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อดำเนินงานของรัฐ เรียกว่า อำนาจบริหาร

3. อำนาจที่จะวินิจฉัยข้อพิพาท เรียกว่า อำนาจตุลาการ

แนวความคิดของมองเตสกีเอร์ เป็นที่ยอมรับกันแพร่หลาย และได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายหลังที่ประกาศอิสรภาพไม่ขึ้นต่ออังกฤษและฝรั่งเศส ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ. 1789 และรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยฉบับ นับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อปี พ.ศ. 2475

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารแล้ว สามารถแยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ

1. อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นรัฐบาล (Government)
2. อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration)

อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นรัฐบาลนั้น ปกติเป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือตามนโยบายที่กำหนดโดยคณะรัฐบาล เช่น การประชุมคณะรัฐมนตรี เพื่อปรึกษาหารือ กำหนดนโยบายการบริหารงาน ข้าราชการต่าง ๆ ที่เป็นปัญหาสำคัญ การติดต่อกับรัฐสภา การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ฯลฯ ซึ่งกระทำเพื่อความมั่นคงเจริญก้าวหน้าของรัฐ งานลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็น “งานนโยบาย” ในประเทศไทยผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็น “ข้าราชการการเมือง”

อำนาจหน้าที่ในฐานะเป็นฝ่ายปกครองนั้น มีลักษณะเป็น “งานประจำ” เพื่อปฏิบัติงานให้ตามที่ตนได้รับมอบหมายให้ดูแลบังคับบัญชา เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน และภายนอกประเทศ การเศรษฐกิจ การค้า การสาธารณสุข

การดำเนินงานในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง จะมีข้าราชการประจำตามกระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ ร่วมปฏิบัติงาน และช่วยเหลือฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย ในประเทศไทยผู้ที่ปฏิบัติงานด้านนี้มีฐานะเป็น “ข้าราชการประจำ”

⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส .(2543).ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย . หน้า 134 .

เหตุผลที่ต้องมีข้าราชการประจำร่วมดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครองด้วยนั้น ก็เพราะรัฐบาลหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจ หรือคณะรัฐมนตรีลาออก หรือด้วยการปฏิวัติรัฐประหารแล้วแต่กรณี หากไม่มีข้าราชการประจำปฏิบัติหน้าที่โดยสม่ำเสมอ ก็จะทำให้การดำเนินงานของรัฐต้องหยุดชะงัก เกิดความเสียหาย และก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน

ดังนั้น ข้าราชการประจำนี้ ไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงไปตามคณะรัฐบาล ไม่ว่าผู้ใดจะมา เป็นคณะรัฐบาล ข้าราชการประจำจะต้องปฏิบัติหน้าที่ไปตามปกติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ข้าราชการประจำที่ทำหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ เป็น “เครื่องมือ” ของฝ่ายบริหารนั่นเอง⁷

2.1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

อำนาจบริหารนั้น เป็นที่เข้าใจกันในเบื้องต้นว่าเป็นอำนาจของรัฐบาล ซึ่งอำนาจการบริหารงานของรัฐบาลนี้โดยหลักแล้วจะแยกจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมี การติดตามตรวจสอบจากองค์กรซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนอันได้แก่รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้ อำนาจนิติบัญญัติและรวมถึงการตรวจสอบการบริหารงานของรัฐด้วย เช่น การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายในการดำเนินการบริหาร การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง การตั้งกระทู้ถามในรัฐสภา ตลอดจนการมีมติให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่ง ในกรณีไม่พอใจผลงานในการบริหารประเทศ หรือในกรณีทำผิดร้ายแรง (Impeachment) ซึ่งปรากฏในระบบการปกครองแบบประธานาธิบดี แต่ในขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็มีอำนาจใช้สิทธิโต้แย้ง (Veto) ไม่ยอมลงนามในร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้

จะเห็นได้ว่ากระบวนการนิติบัญญัติ มีส่วนร่วมของฝ่ายบริหารอย่างใกล้ชิด ในปัจจุบันข้อเท็จจริงของสังคม ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ทำให้รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ทัน จึงทำให้มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองได้ เนื่องจากความจำเป็นในการสั่งการในทางบริหารให้เป็นไปตามเป้าหมาย ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการดำเนินงานของรัฐ ในทางปฏิบัติจะเห็นชัดเจนว่า ไม่อาจแยกองค์กรนิติบัญญัติกับองค์กรบริหารออกจากกันได้เลย ดังนั้น การคานและดุลอำนาจ เน้นในการจัดอำนาจและข้อกำหนดขององค์กรมากกว่า จะมุ่งเน้นถึง การแยกองค์กรที่ใช้อำนาจออกจากกัน เพราะในปัจจุบันแต่ละองค์กรมิได้ใช้อำนาจเดียวตามความหมายในทฤษฎีเท่านั้น⁸

⁷ เอกสารการสอนชุดวิชา, กฎหมายมหาชนเล่ม 2.หน่วยที่ 10. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช,2531, หน้า 610-611 .

⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม.หน้า 171 .

2.1.4 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร”⁹

องค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร” มีความสำคัญที่จะทำให้ทราบว่าฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการออกกฎนั้นได้แก่ องค์กรหรือบุคคลใดบ้างเพื่อให้เกิดความชัดเจนถึงผู้ที่มีอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในการจัดองค์กรของรัฐนั้น มีหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่กันระหว่างองค์กรของรัฐสองประเภท คือ องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้ เรียกว่า “ฝ่ายบริหาร” และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง”

ตามระบบรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทย “องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร” ประกอบด้วย

1. พระมหากษัตริย์ ซึ่งนอกจากจะทรงเป็นประมุขของรัฐแล้ว ยังทรงเป็นประมุขของ “ฝ่ายบริหาร” ด้วย โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นได้ถวายพระราชอำนาจแก่พระมหากษัตริย์ไว้หลายประการ เช่น พระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ซึ่งดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า และให้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าว

2. คณะรัฐมนตรี ซึ่งประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีหนึ่งคน และรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน

3. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งมีหน้าที่เป็นของตนเองตามที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

4. บรรดาองค์กรและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี¹⁰

จากความหมายดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจได้ชัดเจนว่าฝ่ายบริหารนั้นรวมถึงองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งจะเป็นแนวทางในการจะเข้าใจถึงอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหารต่อไป

2.1.5 ความหมายและองค์ประกอบขององค์กรของรัฐ “ฝ่ายปกครอง”

นอกจากฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแล้ว การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นยังมีองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารที่จะมีอำนาจออกกฎ ซึ่ง “องค์กร

⁹ Jean Rivero. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). กฎหมายปกครอง . หน้า 104-105

¹⁰ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. อ้างใน ชาญชัย แสงศักดิ์. (2548). แหล่งเดิม. หน้า 104-105 .

ของรัฐฝ่ายปกครอง” หมายถึง บรรดาองค์กรของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง

(1) กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น และมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง

(2) จังหวัด อำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

(3) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

(4) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ หรือพระราชกฤษฎีกา ที่ออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรของรัฐบาล พ.ศ.2496 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งวิสาหกิจนั้น ๆ

(5) หน่วยงานอื่นของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเฉพาะ และองค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในกำกับดูแลของรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนนั้น

องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคล จึงไม่อาจทำกิจกรรมที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ด้วยตนเอง แต่องค์กรอาศัยบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคล ให้เป็นผู้ดำเนินการแทนและในนามขององค์กรดังกล่าว บุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลเช่นว่านี้ เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” เช่น

1. ปลัดกระทรวง และอธิบดี ในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
2. ผู้ว่าราชการจังหวัดและนายอำเภอ ในระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
3. สภาท้องถิ่นและผู้บริหารของแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
4. คณะกรรมการและผู้บริหารของแต่ละรัฐวิสาหกิจ
5. คณะกรรมการและผู้บริหารของแต่ละหน่วยงานอื่นของรัฐ และของแต่ละ

องค์การมหาชน

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้น อาจกระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” ก็ได้ แล้วแต่จะใช้อำนาจตามกฎหมายใด กล่าวคือ ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่า กระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ถ้ากระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่น

พระราชบัญญัติ (เช่น พระราชกำหนด) ก็ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง”¹¹

2.2 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาถึงความเข้าใจในเรื่องการเกิดขึ้นของฝ่ายบริหารในรัฐเสรีประชาธิปไตย ทำให้เข้าใจสถานะของฝ่ายบริหารในการทำหน้าที่บทบาทต่างๆ ซึ่งภารกิจที่สำคัญของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายทั้งหลาย เป็นภารกิจของฝ่ายบริหารที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย

ดังนั้น จึงต้องมีความเข้าใจพื้นฐานเบื้องต้นในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายทั้งหลาย และมีความจำเป็นที่จะต้องมีความเข้าใจ แนวความคิดพื้นฐานที่เกี่ยวกับกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งจะแยกการศึกษาในด้านต่างๆ คือ

2.2.1 ศึกษาถึงทฤษฎีการบังคับการให้ปฏิบัติตามกฎหมายแต่ละฉบับ

2.2.2 ศึกษาถึงทฤษฎีการบังคับการให้ปฏิบัติตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส

2.2.3 ศึกษาถึงทฤษฎีเยอรมัน กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชน และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหาร

2.2.4 ศึกษาถึงอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในรายละเอียดของการศึกษาแต่ละเรื่อง จะได้อธิบายเรียงตามลำดับดังนี้

2.2.1 ทฤษฎีการบังคับการให้ปฏิบัติตามกฎหมายแต่ละฉบับ

ตามทฤษฎีนี้ อำนาจออกกฎหมายเป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้หากรัฐสภาประสงค์จะให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายทั่วไปได้ ก็ต้องมอบอำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจนในกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้น แนวทางดังกล่าวนี้เป็นแนวทางที่ยึดถือในประเทศอังกฤษ โดยถือหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) ในสหรัฐอเมริกาและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ตามทฤษฎีนี้ถือว่า อำนาจในการออกกฎหมายทั่วไปของฝ่ายบริหารมีที่มาโดยตรงจากการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หากไม่มีขึ้นเพราะภารกิจของฝ่ายบริหารเองไม่

2.2.2 ทฤษฎีการบังคับการให้ปฏิบัติตามกฎหมายทั้งหลายของฝรั่งเศส (exécution des lois)

ตามทฤษฎีนี้ซึ่งเป็นทฤษฎีที่แพร่หลายในฝรั่งเศส ถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นการทั่วไปของฝ่ายบริหารนี้เป็นอำนาจโดยสภาพของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีหน้าที่ต้องบังคับการและปฏิบัติการตามกฎหมายทั้งหลาย (les lois) ที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ใช่กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น ดังนั้นอำนาจที่จะบังคับการตามกฎหมายทั้งหลายนี้ จึงหมายรวมถึงอำนาจที่จะวางกฎหมายทั่วไป

¹¹ แหล่งเดิม, หน้า 105-106 .

ที่จำเป็นอย่างยิ่งแก่การรักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายทั้งหลาย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายเหล่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจดังกล่าวไว้โดยตรง กล่าวโดยเฉพาะก็คือ อำนาจวางกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหาร นี้ เป็นอำนาจที่โดยสภาพฝ่ายบริหารมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องรอการมอบอำนาจแต่ละเรื่องมาให้ฝ่ายบริหารเพียงแต่กฎเกณฑ์ทั่วไปเหล่านั้นจะขัดกับกฎหมายไม่ได้เท่านั้นเอง

2.2.3 ทฤษฎีเยอรมัน กฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับกับประชาชน และกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหาร

นักนิติศาสตร์เยอรมัน แบ่งประเภทกฎเกณฑ์ทั่วไปของฝ่ายบริหารออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นกฎหมายใช้บังคับกับประชาชน (Rechtsverordnungen) กับกฎเกณฑ์ที่ใช้เฉพาะในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverordnungen) กฎเกณฑ์ประเภทแรกย่อมก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่ของประชาชนได้ทั่วไป กฎเกณฑ์ประเภทนี้ฝ่ายบริหารจะออกได้ ก็ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ในขณะที่กฎเกณฑ์ประเภทหลังเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองที่ฝ่ายปกครองออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาที่หัวหน้าหน่วยงานมีเหนือผู้ใต้บังคับบัญชา และไม่มีผลโดยตรงต่อประชาชน ย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารหรือหัวหน้าทั้งหลายออกได้ โดยไม่ต้องรับอำนาจจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด¹²

2.2.4 อำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร

2.2.4.1 การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความจำเป็นจะต้องมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้บังคับในสังคมได้นั้น มีเหตุผลต่างๆ ซึ่งอาจอธิบายได้ ดังนี้¹³

1. เหตุผลในเรื่องของข้อจำกัดในด้านเวลาของฝ่ายปกครอง เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีภาระในการตรากฎหมายจำนวนมาก และในการตรากฎหมายในแต่ละฉบับก็จะอาศัยระยะเวลายาวนาน แต่เนื่องจากการปฏิบัติงานของฝ่ายนิติบัญญัติมีอยู่อย่างจำกัด จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายโดยกำหนดเนื้อหาเฉพาะหลักการที่สำคัญ และกำหนดกรอบให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะไปตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ ขึ้น

2. เหตุผลในเรื่องข้อจำกัดในด้านเทคนิคและความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีเนื้อหาที่จะต้องอาศัยเทคนิคหรือความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านค่อนข้างสูง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถจะกำหนดเงื่อนไขหรือรายละเอียด

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.(2538) . หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 78-80 .

¹³ O.Hood Phillip,Paul Jackson and Patricia Leopold.(2001).**Constitutional and Administrative Law** (8 th ed.). pp.668-669 . และ Verac Crabbe .(1993). **Legislative Drafting Volum1** .pp.214-215

ในทางเทคนิคดังกล่าวลงไปใบบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังนั้น การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารซึ่ง
เป็นองค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในเรื่องนั้นๆ เป็นผู้กำหนดรายละเอียดตามกรอบที่
ฝ่ายนิติบัญญัติ บัญญัติไว้ในกฎหมาย

3. เหตุผลในเรื่องความต้องการให้การบังคับใช้กฎหมายมีความยืดหยุ่น สามารถ
ปรับกฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ได้ เนื่องจากในการบัญญัติกฎหมายไม่สามารถจะบัญญัติ
กฎหมายให้ครอบคลุมถึงเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ และเป็นการยากที่ฝ่าย
นิติบัญญัติจะดำเนินการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ใช้บังคับได้อย่างทันทั่วทั้งกับสถานการณ์ที่
เปลี่ยนแปลงไป การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายของฝ่ายบริหารขึ้นใช้บังคับได้ จึงเป็นการ
แสดงถึงความยืดหยุ่นของบทบัญญัติของกฎหมายแม่บทที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ เพื่อให้
เกิดความสอดคล้องในการปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และเปลี่ยนแปลงไปจากช่วงเวลาหนึ่งถึง
อีกช่วงเวลาหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องไปดำเนินการแก้ไขกฎหมายแม่บทแต่อย่างใด

4. เหตุผลในเรื่องของความจำเป็นเร่งด่วน เป็นกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์
ฉุกเฉินอย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น เช่น กรณีที่มีศึกสงคราม การนัดหยุดงาน และเกิดสภาวะวิกฤติทาง
เศรษฐกิจเป็นต้น เหตุผลของเรื่องดังกล่าว จึงมีความจำเป็นหากจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรา
กฎหมายทุกเรื่องแล้ว อาจไม่ทันต่อสถานการณ์ จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจออก
กฎหมายขึ้นมาใช้บังคับกับเหตุการณ์ดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีนี้ได้แก่ การตราพระราชกำหนดของฝ่าย
บริหาร

2.2.4.2 ที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในปัจจุบัน

หากจะกล่าวถึงที่มาของอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารอาจแบ่งได้เป็น 3 ประการ
คือ¹⁴

(1) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยทางรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้แบ่งหน้าที่การใช้อำนาจ
อธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีสถาบัน
สามฝ่ายที่มีความเป็นอิสระต่อกันสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยร่วมกับพระมหากษัตริย์ ในส่วนที่
เกี่ยวกับอำนาจบริหารนี้ นอกจากจะมีหน้าที่หลักในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของ
ประชาชนแล้ว ยังมีหน้าที่รองในการออกกฎหมายได้ในบางสถานการณ์เป็นการชั่วคราว อำนาจนิติ
บัญญัติของฝ่ายบริหารกรณีนี้มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ คือ
รัฐสภา อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทนี้ได้แก่ พระราชกำหนด และประกาศพระบรม
ราชโองการบางประเภท นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายบางชนิดในรูปของพระราช

¹⁴ วารกรณ์ ปิยะมงคลวงศ์. (2531).การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร. หน้า 91-95 .

กฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การให้อำนาจพระมหากษัตริย์โดยทางคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) ในการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เท่ากับเป็นการยอมรับพระราชอำนาจเต็มของพระมหากษัตริย์ตามเจตนาของประชาธิปไตย ซึ่งเป็นเรื่องที่ทำขึ้นเพื่อการกำหนดกิจการที่ฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติ ตามรัฐธรรมนูญและกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประชุมกรรมการ เป็นต้น

(2) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารโดยการมอบอำนาจจากรัฐสภา

นอกจากอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายบางชนิด เพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ฝ่ายบริหารยังอาจได้รับมอบอำนาจในการออกกฎหมายจากรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติที่มาจากผู้แทนปวงชนที่มีอำนาจออกกฎหมายขึ้น ใช้บังคับแก่ปวงชนตามทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกหน้าที่ กฎหมายหลายเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิค ความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และเป็นไปในรายละเอียด กฎหมายบางเรื่องไม่ยืดหยุ่น และไม่ทันต่อเหตุการณ์ ความจำเป็นต่างๆ เหล่านี้ ประกอบกับภาระหน้าที่ของรัฐสภาในด้านอื่นๆ ก็มีมากขึ้นตามลำดับ จึงทำให้รัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายได้ในทุกเรื่องและทุกสถานการณ์กับทั้งรายละเอียดปลีกย่อยได้ทั้งหมด การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร มี 2 รูปแบบ คือ

รูปแบบที่ 1 การออกพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายแทนฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2454 พระราชบัญญัติฉบับนี้มีกำหนดเวลาใช้ไม่เกิน 3 ปี จึงมีลักษณะเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติไปให้รัฐบาลเป็นการชั่วคราว การมอบอำนาจนิติบัญญัติตามพระราชบัญญัติกว้างขวางมาก เป็นกฎหมายที่ออกใช้บังคับในระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 และเกิดปัญหาในทางการเมืองและกฎหมาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญไทยในขณะนั้น ไม่ได้มีบทบัญญัติยอมให้รัฐสภาลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารได้ เว้นแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2511 เพียงฉบับเดียวที่มีบทบัญญัติยอมรับการลงมติมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายในรูปประกาศพระบรมราชโองการได้ โดยมีเจตนาของทฤษฎีสถานการณ์ ทำนองเดียวกันกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด ในปัจจุบันไม่มีบทกำหนดรับรองการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารอีกแต่อย่างใด เพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้เป็นการชั่วคราวตามเจตนาของสถานการณ์ก็ น่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว

รูปแบบที่ 2 การตราพระราชบัญญัติของรัฐสภากำหนดกฎเกณฑ์เรื่องใดเรื่องหนึ่ง แล้วมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกข้อบังคับเพิ่มเติมในรูปแบบต่างๆ ตามเงื่อนไขและขอบเขตที่กำหนด กฎข้อบังคับที่องค์กรฝ่ายบริหารได้ออกขึ้นโดย

อาศัยการมอบอำนาจจากรัฐสภา จึงย่อมต้องมีฐานะอยู่ในลำดับรองจากกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเอง กฎหมายประเภทนี้เรียกกันว่า กฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้เรียกว่า กฎของฝ่ายบริหาร

(3) อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ

ปัจจุบันอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารของไทยนอกจากตามที่ปรากฏจากรัฐธรรมนูญและการมอบอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาแล้ว ทางปฏิบัติ ส่วนราชการได้มีการออกระเบียบข้อบังคับและคำสั่งภายในรูปแบบของหนังสือเวียน ระเบียบ ข้อบังคับ และวิธีการดำเนินราชการและแนวปฏิบัติที่ใช้บังคับแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง รวมทั้งระเบียบ ข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารออกมาในรูปมติคณะรัฐมนตรีและประกาศต่างๆ ซึ่งอำนาจในการออกระเบียบ ข้อบังคับ และหนังสือเวียนนี้ ไม่มีบทกฎหมายใดระบุให้อำนาจในการออกกฎข้อบังคับดังกล่าวไว้โดยแจ้งชัดแต่อย่างใด

นอกจากนี้ หากพิจารณาว่าผู้มีอำนาจออกกฎในปัจจุบันที่เห็นอย่างชัดเจนได้แก่¹⁵

(1) รัฐมนตรีหรือส่วนราชการ (กฎ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง ข้อบังคับ ต่างๆ) รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ (ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง ข้อบังคับ มติ)

(2) ศาล (เช่น ข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ. 2523 หรือข้อกำหนดคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542)

(3) มหาเถรสมาคม (อำนาจของมหาเถรสมาคมในมาตรา 13 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 การออกกฎหมายมหาเถรสมาคม ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง มติ หรือประกาศ โดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายและพระธรรมวินัย)

(4) สภาวิชาชีพ (เช่น ข้อบังคับสภาทนายความว่าด้วย การพิจารณาคดีมรรยาททนายความ พ.ศ. 2546 ข้อบังคับสภาการพยาบาลว่าด้วย การขึ้นทะเบียน การออกใบอนุญาต การต่ออายุ ใบอนุญาตและการอื่นๆ ที่เกี่ยวกับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล การผดุงครรภ์ หรือการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2545) อย่างไรก็ตามสภาวิชาชีพก็ยังมีอำนาจที่จะออกจริยธรรมหรือจรรยาบรรณที่สมาชิกพึงปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับกฎ แต่เป็นการตกลงกันออกโดยมวลหมู่สมาชิกไม่ใช่เป็นการกำหนดโดยฝ่ายปกครองแต่ก็มีผลบังคับได้ในระหว่างสมาชิก

¹⁵ ธรรมนูญ สุ่มันตกุล .(2549) . “กฎทางปกครอง.” วารสารกฎหมายปกครอง (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) , เล่ม 23, ตอน 3. หน้า 8-9 .

(5) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (เช่น ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา)

2.3 พัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในการศึกษาเกี่ยวกับพัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจะทำการศึกษาถึงพัฒนาการในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย เพื่อให้เห็นถึงการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในอดีตที่พัฒนาขึ้นมาจนถึงปัจจุบัน

2.3.1 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในอดีต

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชแต่โบราณมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ ตอนต้น กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรมเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ไม่มีใครเปลี่ยนแปลงได้ปรากฏอยู่ในพระธรรมศาสตร์ พระธรรมศาสตร์คือบรรดาข้อบังคับทั้งหลายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป โดยนำเอาหลักความยุติธรรมมาทำเป็นบทบัญญัติต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์นำมาเป็นรากฐานในการออกกฎหมายข้อบังคับต่างๆ และการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ส่วนข้อบังคับต่างๆ ที่พระมหากษัตริย์ทรงบัญญัติขึ้นโดยอาศัยหลักกฎหมายจากพระธรรมศาสตร์เรียกว่า ราชศาสตร์ อยู่ในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มีหน้าที่ในการเพิ่มเติม ขยายความ ตลอดจนตีความพระธรรมศาสตร์ให้มีผลบังคับใช้ได้ ราชศาสตร์จึงมีลักษณะและทำหน้าที่เสมือนหนึ่งกฎหมายลำดับรองของพระธรรมศาสตร์

ในสมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์ อารยธรรมตะวันตกได้เข้ามาในประเทศไทย และมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างใหญ่ต่างๆ ของประเทศ เช่น ระบบราชการ กระบวนการยุติธรรม การศึกษาของชาติ และการสาธารณสุข เป็นต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การปฏิรูประบบกฎหมายให้เป็นระบบ เชิงระบบกฎหมายของประเทศตะวันตก พระมหากษัตริย์จึงทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย อาศัยอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ เริ่มบัญญัติกฎหมายในรูปของประกาศพระราชบัญญัติ ประกาศพระราชกำหนด และประกาศต่างๆ โดยนำประกาศเหล่านี้พิมพ์ในหนังสือราชกิจจานุเบกษา แต่ในขณะนั้น การประกาศในราชกิจจานุเบกษา ยังมีไม่ถี่ถี่ใจของการมีผลใช้บังคับได้ของกฎหมาย¹⁶

2.3.2 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในปัจจุบัน

ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ก่อนที่จะมีบทนิยามคำว่า “กฎ” ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้มีชื่อเรียก

¹⁶ กมลชัย รัตนสกาวงศ์ .(2538 , ตุลาคม) . “กฎหมายลำดับรองในประเทศไทย.” วารสารกฎหมาย (คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย).หน้า 68-71 .

ต่างๆ กันออกไป เช่น การออกกฎหมายลำดับรอง การออกอนุบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติ ข้อกำหนด ต่อมาเมื่อมีการนิยามคำว่า “กฎ” ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ไว้อย่างชัดเจนแล้ว การออกกฎของฝ่ายบริหารในปัจจุบันจึงอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2.4 ความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหาร

กฎของฝ่ายบริหารมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการที่ฝ่ายบริหารจะใช้เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการบริหารปกครองประเทศ ดังนั้น การศึกษาเรื่องความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหารจึงต้องทราบถึงความหมายของกฎ ลักษณะของกฎ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ สาธารณคดีของกฎ การจำแนกลักษณะของกฎ และหลักการที่ถือปฏิบัติในการออกกฎ ซึ่งจะมีรายละเอียดในแต่ละเรื่องดังนี้

2.4.1 ความหมายของกฎ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ในมาตรา 5 และมาตรา 3 ตามลำดับ โดยมีข้อความเดียวกันว่า “กฎ” หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่ผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” คือนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” ส่วนข้อความที่ว่า “.....พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ” เป็นเพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้นเอง¹⁷

2.4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและกฎ¹⁸

ในทางเนื้อหาของการบังคับใช้ทั้งกฎหมาย (law) และกฎ (regulation) มีหน้าที่เหมือนกันคือ เป็นเครื่องมือในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และเป็นเครื่องมือที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมีสภาพเป็นกฎเกณฑ์การบังคับ (rules) เช่นเดียวกัน แต่หากพิจารณาทางด้านองค์กรผู้ออกแล้ว อาจแยกได้ว่ากฎหมาย (ในความหมายที่หมายถึง พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ) เป็นอำนาจของสภา เป็นงาน

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ . (2547) . “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง . หน้า 170 .

¹⁸ ธรรมนิติย์ สุมันตกุล . (2549) . เล่มเดิม . หน้า 6 .

ของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการแสดงเจตนาของประชาชน จึงเป็นกฎเกณฑ์สูงสุดซึ่งสามารถกำหนดได้ทุกเรื่องในทางกฎหมาย แต่นอกเหนือจากนี้แล้วตามความเป็นจริงนั้นฝ่ายบริหารยังมีอำนาจออกกฎขึ้นใช้บังคับมากมาย เพื่อให้กฎหมายบรรลุผลซึ่งการออกกฎของฝ่ายบริหารนี้ก็มีจำนวนมากกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก ทั้งนี้ จากเหตุผลความจำเป็นต่างๆ กฎจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมาย (Delegated legislation) จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งจะต้องมีฐานที่มาจากกฎหมายไม่สามารถกำหนดได้ทุกเรื่อง อีกทั้งยังไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือขัดต่อกฎหมายได้ รวมทั้งต้องตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เสมอ เพราะฉะนั้นกิจการบางอย่างจึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น เช่น สิทธิเสรีภาพของประชาชน การกำหนดความผิดและโทษทางอาญา การจัดเก็บภาษี กิจการดังกล่าวนี้จะกำหนดโดยกฎไม่ได้

2.4.3 สารสำคัญของกฎ

“กฎ” หรือที่ในทางวิชาการเรียกกันว่า “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” แต่ในวงวิชาการไทยรู้จัก “กฎ” ในฐานะที่เป็นนิติกรรมทางปกครองรูปแบบหนึ่งมากกว่าคำว่า “กฎหมายลำดับรอง” ซึ่งนิยมใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” โดยให้ความหมายรวมถึง “กฎ” ด้วย ซึ่งก็คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองที่บังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยมไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยนัยนี้ “กฎ” จึงมีสาระที่สำคัญ 4 ประการคือ¹⁹

ประการที่ 1 กฎจะต้องออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น กรณีหากออกโดยองค์กรอื่นซึ่งมีหน้าที่ในทางอื่นอย่างเช่น ทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ การกระทำนั้นๆ ก็ไม่ถือว่าเป็นกฎ

ประการที่ 2 จะต้องก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผลทางกฎหมายอันได้เกิดขึ้นจากตัวกฎนั่นเอง ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการก่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงด้วยก็ตาม

ประการที่ 3 กฎจะต้องเกิดจากการกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ขาดเจตนาจึงไม่อาจเป็นกฎได้

ประการที่ 4 กฎจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในลักษณะเป็นการกระทำต่อบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายปกครอง

2.4.4 การจำแนกลักษณะของกฎ

¹⁹ สุเจตน์ สถาพรนานนท์.(2545). การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย. หน้า 24-25 .

ในทางวิชาการได้มีการอธิบายคำว่ากฎเอาไว้หลายลักษณะ แต่เท่าที่ปรากฏในทางนิติศาสตร์ไทยนั้น สามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ขึ้นอยู่กับบริบทที่ผู้เขียนคำอธิบายต้องการที่จะสื่อถึงสาระอันใดแก่ผู้อ่านนั่นเอง

(1) การอธิบายคำว่า “กฎ” ตามลักษณะของการมีผลบังคับใช้ของกฎ²⁰

ก.บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการหรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตำรวจ ผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ ผู้รับอนุญาตจัดตั้งสถานบริการ ฯลฯ ดังนั้น เราจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตกระทำการได้เลย

ข.กรณีที่บุคคล ซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นกรณีที่ถูกระบุไว้ว่าเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้เขากระทำการห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้เขากระทำการทุกวันที่ 1 ของเดือน ทุกวันจันทร์ ฯลฯ ทุกครั้งที่มีการกระทำที่กำหนดไว้เกิดขึ้น บุคคลประเภทนั้นมีหน้าที่ต้องกระทำการงดเว้นกระทำการ หรือมีสิทธิกระทำการซ้ำๆ ซากๆ (Permanent)

ตัวอย่างของ “กฎ” มีดังต่อไปนี้

- ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง
- ข้าราชการต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์
- ในแต่ละภาคการศึกษา นักศึกษาต้องจดทะเบียนศึกษาลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต

-ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย

-ในกรณีที่มีการติดตั้งลูกกรง เหล็กคัต หรือสิ่งอื่น ที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน ที่ประตูหน้าต่าง หรือที่ด้านนอกหรือด้านในของอาคาร ตั้งแต่ชั้นที่สองขึ้นไป อันเป็นการกีดขวางการหนีออกจากอาคาร หรือการช่วยเหลือผู้ที่อยู่ในอาคาร เมื่อเกิดอัคคีภัย โดยไม่มีช่องทางอื่นที่จะออกสู่ภายนอกได้ ให้ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ดำเนินการก่อสร้างอาคารจัดให้มีช่องทางที่เปิดออกสู่ภายนอกได้ทันทีขนาดกว้างไม่น้อยกว่า 0.60 เมตร และยาวไม่น้อยกว่า 0.80 เมตร อย่างน้อยหนึ่งช่องทางในแต่ละชั้นของแต่ละอาคารหรือของคูหา (ข้อ 22 ทวิของกฎกระทรวง ออกตามความในมาตรา 5 (3) และมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2535)

-ห้ามมิให้กระทำการบดกรี๊บหรือสิ่งใดๆ ที่บรรจุน้ำมันเชื้อเพลิง หรือกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยต้องใช้เชื้อเพลิงหรือความร้อน ในสถานที่ซึ่งรับอนุญาตเก็บน้ำมันเชื้อเพลิง (ข้อ 2

²⁰ วรพจน์ วิศวตพิชญ์ .(2542).เล่มเดิม . หน้า 171-172 .

ของกฎเสนาบดีกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ.2547 (ฉบับที่ 1)

(2) การอธิบายคำว่า “กฎ” ตามลักษณะของที่มาของอำนาจในการออกกฎ²¹

การอธิบายลักษณะของกฎ โดยที่พิจารณาจากที่มาของกฎนี้เป็นการอธิบายที่มีรากฐานทางทฤษฎีมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายในเรื่องที่เกินกว่าความสามารถขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำได้ จึงจำเป็นต้องมอบอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้แก่ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์ของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจดังกล่าวก็มีขอบเขตจำกัดตามกรอบทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ กฎเกณฑ์หรือข้อบังคับทางกฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจดังกล่าวนี้จะได้รับมอบโดยผ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัตินั้น จึงจำเป็นต้องตกอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วย ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการเรียก “กฎ” ตามลักษณะที่มาจากอำนาจในการออกกฎนี้ว่า “กฎหมายลำดับรอง” และสิ่งใดก็ตามจะมีฐานะเป็นกฎหรือกฎหมายลำดับรองได้นั้นจะต้องมีลักษณะสำคัญ 4 ประการ ประกอบกัน ได้แก่

1. กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่องค์กรฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากราชบัญญัติ พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ทำให้กฎหมายลำดับรองถูกเรียกชื่อหนึ่งว่า “Delegated Legislation” ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายลำดับรองจะต้องมีแหล่งที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น กฎหมายลำดับรองจะมีแหล่งที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายลำดับรองเพื่อที่จะทำการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือให้ผลประโยชน์ในด้านใดก็ตาม

2. กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะข้อนี้ทำให้ตำรากฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” “Subsidiary Legislation” โดยกฎหมายแม่บทจะวางหลักกว้างๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติแต่ละฉบับไม่มีผลบังคับในตัวเองทุกมาตรา บางมาตราจำเป็นต้องมีการกำหนดรายละเอียด

²¹ สุเจตน์ สถาพรนานนท์.(2545).เล่มเดิม . หน้า 26-29 .

ปลีกย่อย ตราใบใดที่ยังไม่มีรายละเอียดปลีกย่อยออกมากฎหมายมาตรานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการกิจการสถานบริการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง”

ดังนั้น ถ้าไม่มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาต หลักการทั่วไปในกฎหมายแม่บทจะไม่มีผลบังคับก็จะออกใบอนุญาตไม่ได้ คือพระราชบัญญัติจะกำหนดหลักการทั่วไปแล้ว จึงกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองออกรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการ

3. กฎหมายลำดับรอง มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ และด้วยลักษณะนี้เองจึงทำให้มีการเรียกกฎหมายลำดับรองว่า “อนุบัญญัติ” (Subordinate Legislation)

4. การตรากฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายปกครองไปทำการตรากฎหมายลำดับรอง แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำการตราเป็นพระราชบัญญัติเสียเอง เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษในทางอาญา เป็นต้น

เมื่อการพิจารณาถึงลักษณะของกฎในแง่มุมต่างๆ ย่อมขึ้นอยู่กับผู้พิจารณาว่าจะหยิบยกลักษณะของกฎในแง่มุมใดมาพิจารณา

2.4.5 หลักการที่ถือปฏิบัติในการออกกฎ

การตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ในระบบกฎหมายไทย มีหลักการที่ถือปฏิบัติอยู่ 3 ประการคือ²²

(1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้น อาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ที่มีบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับกฎหมายลำดับรอง ต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรอง จะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายลำดับรอง ที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปรกติ เช่น มีสงครามหรือเกิดภาวะวิกฤติ โดย

²² อมร จันทรสมนุญ. กฎหมายปกครอง. หน้า 129 .

อาจมีการตรากฎหมายลำดับรอง ที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บทมอบหมายอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหารโดยชัดแจ้ง และโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรอง จะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(3) กฎหมายลำดับรอง จะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออก “กฎหมาย” ต่อไปอีกช่วงหนึ่ง (Sub-delegate) ไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจ ให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อปฏิบัติการในข้อปลีกย่อย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับมอบอำนาจไม่มีสิทธิมอบอำนาจต่อ (delegatus non potest delegare) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชน ที่นำมาใช้กับกฎหมายมหาชนด้วย แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปรกติ เช่นหลักเดียวกับหลักใน (2) ดังกล่าวข้างต้น เช่น กรณีของกฎหมายคมนาคม ที่ออกตามความใน พระราชกฤษฎีกาควบคุมยานพาหนะในภาวะคับขัน พ.ศ.2485 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวง ออกตามความในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

2.5 ประเภทของกฎของฝ่ายบริหาร

การแบ่งประเภทของกฎของฝ่ายบริหารอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

2.5.1 การแบ่งประเภทของกฎตามองค์กรผู้ใช้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

2.5.2 การแบ่งตามประเภทเนื้อหาของกฎของฝ่ายบริหาร

สำหรับรายละเอียดของการแบ่งประเภทของกฎของฝ่ายบริหารเป็น 2 ประเภทดังกล่าวนี้ อธิบายได้ดังนี้

2.5.1 การแบ่งประเภทของกฎตามองค์กรผู้ใช้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

การแบ่งแยกประเภทของกฎของฝ่ายบริหารโดยอาศัยเกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร โดยมีความมุ่งหมายที่จะหาความสัมพันธ์ระหว่างกฎของฝ่ายบริหารแต่ละประเภทมีลำดับศักดิ์เช่นไร โดยใช้หลักความสำคัญขององค์การฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การพิจารณา ลำดับศักดิ์ของกฎของฝ่ายบริหาร จะพิจารณาจากลำดับศักดิ์ขององค์การฝ่ายปกครองผู้ใช้อำนาจออกกฎทางปกครอง ซึ่งกฎที่ออกโดยองค์การฝ่ายปกครองในแต่ละประเภทจะมีความแตกต่างทั้งในแง่ ความสำคัญของเรื่อง แบบพิธีในการออกเป็นต้น โดยองค์การฝ่ายปกครองดังกล่าวอาจจะเป็น พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่นๆ

ดังนั้น หากพิจารณากฎของฝ่ายบริหารที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งเป็นกฎของฝ่ายบริหารที่ ออกโดยองค์การปกครองในส่วนกลาง และกฎของฝ่ายบริหารที่ออกโดยองค์การปกครองส่วน ท้องถิ่นอาจเรียกตามลำดับศักดิ์ได้ดังนี้

1. ประกาศพระบรมราชโองการ
2. พระราชกฤษฎีกา

3. กฎกระทรวง กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี กฎ ก.พ. ฯลฯ

4. ประกาศกระทรวง

5. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

สำหรับรายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

1. ประกาศพระบรมราชโองการ

ประกาศพระบรมราชโองการแต่เดิมใช้กันอยู่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นมีศักดิ์อย่างพระราชบัญญัติทั้งสิ้น แต่สำหรับประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นกฎหมายลำดับรองในปัจจุบันนี้ที่ยังคงเหลืออยู่ ได้แก่ พระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457

2. พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารซึ่งประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้ออกรองรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาอย่างชัดเจนในมาตรา 221 ซึ่งมีความว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

มีข้อสังเกตว่า กฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์หลายฉบับจะเรียกว่าพระราชกฤษฎีกาเช่นกัน ตัวอย่างเช่น “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้ค่านามสตรี พุทธศักราช 2460” หรือ “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจพิจารณาใหม่” ซึ่งประกาศเมื่อวันที่ 18 พฤศจิกายน พ.ศ. 2466 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่จริงแล้วมีค่าบังคับใช้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ จนกระทั่งเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 จึงบัญญัติชัดเจนว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น

พระราชกฤษฎีกามีสองประเภท คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทใดประกอบด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2475 เป็นต้นมาได้บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้ผู้เสนอก็ยังคงเป็นคณะรัฐมนตรี แต่สามารถตราขึ้นโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บทใด เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ. 2539 เมื่อพิจารณา

บทอาศัยอำนาจของพระราชกฤษฎีกานี้ให้ดูจะเห็นว่าพระราชกฤษฎีกานี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2539 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ผู้ร่างกฎหมายนี้ไม่ได้หลงลืมที่อ้างเพียงรัฐธรรมนูญและขาดพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท ซึ่งพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้มีผลสมบูรณ์ เพราะพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญที่จะตราพระราชกฤษฎีกาได้ก็ไม่ได้ที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาเช่นนี้จะพบไม่บ่อยนัก

อย่างไรก็ตาม การตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะนี้จะไม่สามารถกระทำได้ในขณะใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เนื่องจากในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่ได้ให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาเช่นนี้ได้ ถ้าสังเกตถ้อยคำในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้บัญญัติอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยมีถ้อยคำที่แตกต่างออกไปจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่นว่า “มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น” ในระหว่างนั้นจึงมีความขัดข้องไม่สามารถออกกฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกาในบางกิจการได้ โดยเฉพาะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย จึงเป็นที่มาของการตราพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 ซึ่งเนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้ก็ไม่มีอะไร นอกจากบอกว่าการจ่ายดังต่อไปนี้ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาได้ เช่น เงินค่าเช่าบ้าน เงินเบี้ยประชุมต่างๆ เงินเดือนระหว่างลา หรือค่าใช้จ่ายเดินทาง กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา จนกระทั่งเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยกเลิกไปในปี 2519 รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา จึงมีหลักการให้ตราพระราชกฤษฎีกาในลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 อีก ปัจจุบันจึงถือเป็นแนวทางการตราพระราชกฤษฎีกาอย่างหนึ่งว่า ถ้าไม่มีอำนาจใดมาตัดรอนแล้ว ฝ่ายบริหารสามารถออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการใด ๆ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายได้²³

(2) พระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบท พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหลายฉบับที่ระบุให้มีการตรากฎหมายลำดับรองเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการนี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ เพื่อที่รัฐบาลจะต้องตระหนักว่า อำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น มิใช่เป็นของรัฐบาลโดยตรง แต่จะต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถจะถวายคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้ หากพระองค์ทรงซักถามและหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลงพระปรมาภิไธยก็ได้ การออกพระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้เช่น

²³ ธรรมนิติย์ สุมันตกุล. (2546) . การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง.เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 1 (ภาค 2) .คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ . หน้า 4-9 .

-การกำหนดพื้นที่ใช้บังคับกฎหมาย (มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522)

-การกำหนดข้อยกเว้นบทอนุโลมตามกฎหมาย (มาตรา 131 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 ซึ่งให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดข้อยกเว้นการนำกฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนสามัญไปใช้กับข้าราชการพลเรือนในพระองค์

-การเปลี่ยนแปลงการใช้บัญชีเงินเดือนข้าราชการ (มาตรา 25 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2518 (ยกเลิกแล้ว)

นอกจากนั้นก็เป็นการใช้ในโอกาสประเพณีที่สำคัญ เช่น การเปิดหรือปิดการประชุมสภาผู้แทนราษฎร²⁴

การตราพระราชกฤษฎีกาในปัจจุบันนี้จะกระทำในกรณีใดบ้าง อาจสรุปได้ดังนี้²⁵

1) เพื่อกำหนดวันใช้บังคับของกฎหมายแม่บท ในกรณีที่กฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) เห็นควรให้มีความพร้อมในการเตรียมการเสียก่อน เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทกำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค เป็นส่วนราชการระดับกรม แต่จะให้ผลเมื่อใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

2) เพื่อกำหนดพื้นที่ใช้บังคับของกฎหมายแม่บท เนื่องจากกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) เห็นว่าการใช้กฎหมายควรเริ่มเป็นพื้นที่ๆ ไป เช่น ในกรณีของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 กฎหมายไม่ได้บังคับใช้เป็นการทั่วไป แต่ต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกาบังคับใช้ เช่น พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บังคับในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลท่าคูม อำเภอศรีมหาโพธิ จังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. 2546

3) เพื่อขยายการใช้บังคับบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เนื่องจากกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ต้องการใช้กับเหตุการณ์หรือสิ่งใดเพิ่มเติมแล้ว ให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้พิจารณากำหนด เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พ.ศ. 2540 ในพระราชบัญญัติแม่บทดังกล่าวได้กำหนดนิยามคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” ซึ่งนอกจากให้หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่มีพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งแล้ว ยังให้หมายความรวมถึงหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้อีกด้วย เมื่อตราพระราชกฤษฎีกานี้แล้ว ก็จะเป็นผลให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ฯ ไปใช้กับหน่วยงานของรัฐตามที่ได้ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาด้วย

²⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ . (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 128 .

²⁵ ธรรมนิติย์ สุ่มันตกุล. (2546) .เล่มเดิม .หน้า 7 .

อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางท่าน²⁶ ได้แบ่งประเภทของพระราชกฤษฎีกาออกเป็น 3 กรณี คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายแม่บท พระราชกฤษฎีกาจำพวกนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติ มอบหมายให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายจำพวก Subordinate Legislation เพื่อกำหนดรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท เช่น ให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตท้องที่ที่กฎหมายแม่บทใช้บังคับ หรือ กำหนดเรื่องอื่นๆ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดด้วยระเบียบพนักงานเทศบาลตามกฎหมายว่าด้วยเทศบาล พระราชกฤษฎีกาตั้งอธิบดีผู้พิพากษาภาค ตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (พ.ศ.2477)

(2) พระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นคำสั่งของประมุขของรัฐในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร กำหนดกิจการที่สำคัญๆ ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดการเปิดประชุมสภานิติบัญญัติ พระราชกฤษฎีกายุบสภานิติบัญญัติและพระราชกฤษฎีกากำหนดการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติ เป็นต้น

(3) พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดด้วยระเบียบคณะกรรมการหรือพระราชกฤษฎีกากำหนดด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ เป็นต้น แต่ในบางครั้งก็ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาในเรื่องอื่นๆ อีกด้วยเช่น เรื่องที่เกี่ยวกับราชสำนัก คือ พระราชกฤษฎีกากยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดด้วยการไว้ทุกข์ในพระราชสำนัก พ.ศ.2485 เป็นต้น

3. กฎกระทรวง

เป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) ของฝ่ายบริหารอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ตราขึ้น โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และเป็นกฎอีกประเภทหนึ่งที่รัฐสภาจะมอบอำนาจให้บัญญัติเรื่องที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยกว่าที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกาลงไปอีก คือบัญญัติเรื่องปลีกย่อยต่างๆ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยสำหรับการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย เช่น การให้ออกกฎกระทรวง เรื่องการตัดแปลงอาคาร ตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 4 และประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522

กฎกระทรวงแตกต่างจากพระราชกฤษฎีกาแต่เพียงที่กฎกระทรวงนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด

²⁶ ออมร จันทรสมนบูรณ์ .กฎหมายไทย เล่ม ก-ข (กษัตริย์-ข้าราชการ) . หน้า 19 .

เป็นผู้ลงชื่อในฐานะเป็นผู้ตรากฎหมายนั้น และนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อใช้บังคับได้ โดยไม่ต้องนำขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย แต่พระราชกฤษฎีกานั้นต้องนำขึ้นทูลเกล้าถวายและคณะรัฐมนตรี จะต้องถวายคำแนะนำเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย

การตรากฎกระทรวงนี้จะทำได้ง่ายกว่าการตราพระราชกฤษฎีกา เพราะการตรากฎกระทรวงมีการมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรี จึงเป็นการสะดวกและง่ายในการบัญญัติรายละเอียดปลีกย่อยต่างๆ ที่อาจจะต้องการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอๆ และเป็นกรง่ายแก่การแก้ไขเพิ่มเติม เนื่องจากเป็นอำนาจของรัฐมนตรีเพียงคนเดียว

การที่จะทราบได้ว่าเรื่องใดจึงจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและเรื่องใดจะต้องตราเป็นกฎกระทรวงขึ้น ย่อมแล้วแต่ความสำคัญของเรื่อง ดังกล่าวไว้แล้ว และจะสามารถทราบถึงความสำคัญ มากหรือน้อยของเรื่องใดได้ โดยดูจากกฎหมายแม่บทที่จะกำหนดเอาไว้ว่า เรื่องใดบ้างให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เรื่องใดบ้างให้ตราเป็นกฎกระทรวง

เรื่องที่จะมีการตราเป็นกฎกระทรวงนั้นส่วนใหญ่มักจะได้แก่เรื่องที่เป็นรายละเอียดลงไป เช่น เรื่องการขออนุญาตต่างๆ หรือการกำหนดคลิขณะต่างๆ เป็นต้น หรือเป็นเรื่องที่ต้องการความสะดวกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพราะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบ่อยๆ ตามความเหมาะสม เช่น เรื่องค่าธรรมเนียม เป็นต้น

กฎกระทรวงนี้เมื่อครั้งก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ใช้ชื่อว่ากฎเสนาบดี แต่ต่อมาในปี พ.ศ.2475 ได้มีพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีแต่ก่อน พุทธศักราช 2475 มาตรา 3 บัญญัติให้เทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดีว่า “มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติและบทกฎหมายอื่นใดซึ่งประกาศใช้อยู่ในเวลานี้ คำว่า “เสนาบดี” ให้อ่านเป็นรัฐมนตรี คำที่กล่าวถึงเสนาบดีกระทรวงใดๆ ให้หมายความว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นๆ และ คำว่า “กฎเสนาบดี” ให้อ่านเป็น กฎกระทรวง แต่ก็ยังมีกฎหมายเสนาบดีที่ยังใช้อยู่ในปัจจุบัน คือ กฎเสนาบดีว่าด้วยกุศลสถานชนิดศาลเจ้า พ.ศ.2464²⁷

กฎกระทรวงอาจมีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น กฎทรวง กฎสำนักนายท กฏ ก.พ. ฯลฯ สาเหตุที่ไม่เรียกว่ากฎกระทรวงเนื่องมาจากผู้มีอำนาจออกกฎดังกล่าวไม่ใช่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดกระทรวงแต่เป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งก็ต่างกันเพียงชื่อ หลักเกณฑ์ถือปฏิบัติทุกอย่างเช่นเดียวกับกฎกระทรวง สำหรับกฎสำนักนายกรัฐมนตรีในระยะหลังนี้ แม้กฎหมายนั้นจะมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการแต่ก็จะไม่เรียกกฎสำนักนายกรัฐมนตรีกันอีก แต่จะเรียกว่า กฎกระทรวงเหมือนกัน คงมีกฎทรวงเท่านั้น แต่จากการปฏิรูประบบราชการที่ผ่านมาจะทำให้ต่อไปจะไม่ทรวงมหาวิทยาลัย กฎทรวงในภายหน้า จะไม่มีการออกขึ้นมาก็อีก ส่วนกฎหมายลำดับรอง ที่เป็นการกำหนดอำนาจ

²⁷ กาญจนรัตน์ สิริโรจน์ . (2523) . การร่างกฎหมาย . หน้า 25-30 .

ขององค์กร เช่น กฎ ก.พ. หรือ กฎ ก.ค. มีลักษณะแตกต่างจากกฎกระทรวงในขอบเขตที่ใช้บังคับ ซึ่งใช้จะจงกับข้าราชการประเภทนั้น ไม่ได้ใช้กับประชาชนทั่วไป

4. ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจแก่ส่วนราชการหรือคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องดูแลการบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นผู้ออก หากรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศกระทรวง คณะกรรมการเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศคณะกรรมการ

ประกาศกระทรวงในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชเป็นเพียงคำสั่งหรือคำประกาศให้ประชาชนทราบเรื่องใดเรื่องหนึ่งของราชการ เป็นประกาศของเสนาบดีแต่ไม่ใช่รูปแบบของกฎหมาย เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ในการตราพระราชบัญญัติของรัฐสภา รัฐสภาอาจให้รัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่รัฐสภากำหนดไว้แล้วจึงมีการประกาศให้ประชาชนทราบ เช่น ประกาศทบวงว่าด้วยโรคต้องห้าม²⁸

5. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในกรณีที่ฝ่ายบริหารต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ไม่ใช่กรอบ ไม่ใช่นโยบาย แต่เป็นวิธีการในรายละเอียดหรือเป็นการประสานงานกับทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้มาทำงานด้วยกันโดยปรกติแล้วพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทจะกำหนดว่าจะต้องออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดในเรื่องใด

ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจขอความเห็นชอบโดยมติของคณะรัฐมนตรีหรือไม่ขอก่อนก็ได้ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเสนอแน่นอน ขึ้นอยู่กับว่ารัฐมนตรีผู้เสนอเห็นว่าเป็นหลักการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีควรรับทราบเสียก่อนหรือไม่ หรือขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทจะกำหนดว่าเมื่อออกจะต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดก่อนหรือไม่ ในปัจจุบันนี้ได้มีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินค่อนข้างมาก โดยเฉพาะระเบียบซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 และโดยที่เมื่อระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด เป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินนี้เอง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด จึงสามารถออกได้แม้โดยไม่ต้องอ้างบทอาศัยอำนาจใดๆ ถ้าเป็นการออกกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหารภายในส่วนราชการนั้น โดยถือว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินที่จะดูแลบังคับบัญชาหรือจัดการงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อย

²⁸ รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ . (2533) . การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย. หน้า 85 .

สำหรับข้อบัญญัติท้องถิ่นนั้น เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ ตัวอย่างเช่น กรุงเทพมหานคร มีอำนาจออกข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครในกิจการต่างๆ อันเป็นอำนาจหน้าที่ของกรุงเทพมหานครได้ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นต้น นอกจากนี้ตามกฎหมายเกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้ว องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังมีอำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มาตรา 9 มาตรา 10 ให้ออกข้อบังคับท้องถิ่นกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร หรืออำนาจที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น

มติคณะรัฐมนตรีอาจมีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างได้ หากมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ มติคณะรัฐมนตรีอาจมีได้ในสามลักษณะ คือ อาจเป็นนโยบาย คำสั่ง หรือกฎก็ได้ ตัวอย่างของมติคณะรัฐมนตรีที่มีฐานะเป็นกฎหมาย เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หนังสือเวียนเป็นเครื่องมือที่รัฐมนตรี หรือผู้มีอำนาจในการบังคับบัญชาออกคำสั่งไปยังผู้ใต้บังคับบัญชา หนังสือเวียนอาจมีเนื้อหาเป็นการตีความกฎหมาย หรือเป็นการวางแนวทางการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ก็ได้²⁹

2.5.2 การแบ่งประเภทกฎหมายของฝ่ายบริหารตามเนื้อหา³⁰

กฎหมายของฝ่ายบริหารอาจแบ่งแยกประเภทตามเนื้อหาได้ดังนี้

1. กำหนดวันเริ่มต้นบังคับใช้พระราชบัญญัติ เพื่อให้พระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้ได้เหมาะสมกับสถานการณ์และความจำเป็นที่ต้องจัดให้มีองค์กรตามพระราชบัญญัตินั้นๆ
2. กำหนดสถานที่ กิจการ บุคคล สิ่งของที่พระราชบัญญัติจะต้องบังคับใช้กับสิ่งเหล่านั้น หรือที่พระราชบัญญัติจะกำหนดให้เป็นข้อยกเว้น ไม่ใช้บังคับพระราชบัญญัตินั้น
3. กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดราชการบริหารที่ไม่ใช่ราชการส่วนท้องถิ่น เช่น การแบ่งส่วนราชการ และการวางระเบียบข้าราชการ เป็นต้น
4. กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้สิทธิของประชาชนตามพระราชบัญญัติหรือการใช้อำนาจปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามพระราชบัญญัติ
5. กำหนดรายละเอียดที่เป็นปัญหาทางเทคนิค หรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษเพื่อคุ้มครองประโยชน์ที่พระราชบัญญัตินั้นมุ่งประสงค์

สำหรับรายละเอียดในแต่ละเรื่องของกฎที่แบ่งประเภทตามเนื้อหา มีดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกา พระราชบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารตามพระราชกฤษฎีกา มักจะกำหนดให้พระราชกฤษฎีกามีเนื้อหาเป็นเรื่องกำหนด

²⁹ ธรรมนูญ สำนวนคดี .(2548) .เล่มเดิม. หน้า 6-7 .

³⁰ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ . (2533).เล่มเดิม.หน้า 86-87 .

1.1 ระยะเวลาเริ่มต้นบังคับใช้พระราชบัญญัติ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐบาลใช้ดุลยพินิจพิจารณานำพระราชบัญญัติมาใช้ให้เหมาะสมกับสถานการณ์และในบางกรณีการจะบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น ต้องจัดให้มีองค์การตามพระราชบัญญัติขึ้นเสียก่อน การให้รัฐบาลตราพระราชกฤษฎีกากำหนดระยะเวลาเริ่มต้นการบังคับใช้กฎหมาย จึงเป็นการให้เวลาเจ้าพนักงานของรัฐบาลในการเตรียมการปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ

1.2 สถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะบังคับใช้

1.3 สถานที่ กิจการ บุคคล หรือสิ่งของที่พระราชบัญญัติจะยกเว้น ไม่บังคับใช้

1.4 รายละเอียดเกี่ยวกับการจัดบริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางปกครอง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาแต่งตั้งข้าราชการชั้นสูง พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการและวางระเบียบบริหารราชการ พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์กรของรัฐ

2. กฎกระทรวง พระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้มีอำนาจออกกฎกระทรวงมีเนื้อหาดังต่อไปนี้

2.1 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการอนุญาต

2.2 กฎกระทรวงกำหนดแบบคำขอ แบบคำร้อง และแบบใบอนุญาต

2.3 กฎกระทรวงกำหนดแบบของบัตรประจำตัวเจ้าพนักงานตามกฎหมาย

2.4 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการยื่นอุทธรณ์ วิธีการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการตามกฎหมาย

2.5 กฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดอื่นๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้แล้วในพระราชบัญญัติ

3. ประกาศกระทรวงหรือประกาศของเจ้าพนักงาน

เจ้าหน้าที่ต่างๆ ซึ่งได้แก่ ประกาศคณะกรรมการ ประกาศเจ้าพนักงาน เป็นต้น เนื้อหาของประกาศเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเป็นการกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิค หรือที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษ นอกจากเนื้อหาของประกาศเหล่านี้ อาจเป็นเพียงการกำหนดรายละเอียดเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งแต่มีผลบังคับใช้กับบุคคลทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง ลักษณะทั่วไปของกฎของฝ่ายบริหารนี้เองที่เป็นคุณสมบัติแตกต่างจากคำสั่งเฉพาะขององค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีผลใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะราย

4. ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เนื้อหาของกฎของฝ่ายบริหารประเภทนี้ จะเป็นเรื่องกำหนดรายละเอียดต่างๆ คล้ายกับกฎกระทรวง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ ข้อบังคับตามที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ ความแตกต่างคงมีเพียงระดับความสำคัญของเรื่อง และแสดงให้ปรากฏในแง่ขององค์กรผู้ให้อำนาจตรา เพราะกฎกระทรวงตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรี แต่ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนดตราขึ้นโดยสำนักงาน คณะกรรมการตามกฎหมาย หรือเจ้าพนักงาน

ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติพบว่ารัฐมนตรีอาจออกระเบียบกำหนดรายละเอียดของกฎหมายได้

จากการศึกษาถึงแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับฝ่ายบริหาร แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับกฎ ตลอดจนการศึกษาถึงทฤษฎีต่างๆ และศึกษาถึงความสำคัญของกฎของฝ่ายบริหารทำให้ได้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องกฎของฝ่ายบริหารมากขึ้น ซึ่งจะเป็นพื้นฐานสำคัญในการศึกษาเกี่ยวกับการออกกฎของฝ่ายบริหารในการศึกษาในบทต่อไป

D
P
U