

บทที่ 3

การออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎ

การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาเป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย ซึ่งมีกฎที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ออกกฎของฝ่ายบริหารหลายประเภท ดังนั้น หลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะกล่าวถึงในส่วนนี้จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในระบบกฎหมายไทย และเมื่อศึกษาถึงปัญหาในบางกรณีของการออกกฎในระบบกฎหมายไทย ก็จะนำผลการศึกษากฎออกกฎในระบบกฎหมายของต่างประเทศในหลักการบางกรณีที่เกิดขึ้นในการออกกฎในระบบกฎหมายไทยมาวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงปัญหาต่างๆ เหล่านั้น และศึกษาแนวทางในการแก้ไขปัญหา ตลอดจนการวางแนวทางของการออกกฎที่มีมาตรฐานต่อไป

ในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับนั้นควรจะต้องมีข้อคำนึงในการที่จะออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับ แม้ว่ากฎหมายแม่บทจะได้บัญญัติให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้น โดยออกเป็นกฎของฝ่ายบริหารตามแต่ละประเภทที่จะกำหนดขึ้น แต่โดยที่การออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นยังไม่มีหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่เป็นมาตรฐานเพื่อให้การออกกฎของฝ่ายบริหารเป็นไปในแนวทางที่เป็นมาตรฐาน จึงควรศึกษาถึงหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป ทั้งนี้เพื่อเป็นข้อคำนึงในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ โดยในการศึกษาจะว่าด้วยหลักเกณฑ์ต่างๆ ไปในการออกกฎหมายและหลักเกณฑ์ทั่วไปในการออกกฎโดยจัดเรียงลำดับการศึกษาดังนี้

3.1.1 หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป

3.1.2 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

3.1.3 ข้อควรคำนึงในการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.1.3 องค์การในการตรวจพิจารณากฎ

3.1.5 การใช้ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งให้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.1.6 มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ

3.1.1 หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป

การออกกฎหมายโดยทั่วไปนั้นย่อมมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้บังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติ ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะมีผลทำให้ได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษได้ โดยผลดังกล่าวเมื่อมี

กฎหมายมากขึ้นเท่าใด บุคคลย่อมถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอันมีผลเป็นการลดรอนเสรีภาพหรือจำกัดสิทธิมากขึ้นเท่านั้น

เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายและมีผลในการลดรอนสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การพิจารณาออกกฎหมายหรือการตรากฎหมายจึงสมควรกระทำเฉพาะในกรณีที่มีความจำเป็นอันจะหลีกเลี่ยงมิได้ เพื่อมิให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องถูกระทบกระเทือนโดยไม่สมควร ดังนั้น ก่อนที่จะมีการออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้นควรคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้ คือ

1. การออกกฎหมายนั้น สิ่งนั้นมีความจำเป็นจริงๆ หรือไม่ ถ้าจำเป็นต้องทำ คนอื่นทำได้หรือไม่ ถ้าคนอื่นทำบางทีอาจไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายก็就不用ออกกฎหมาย แต่ถ้ารัฐจำเป็นต้องทำก็จำเป็นต้องไปออกกฎหมายให้รัฐมีอำนาจทำตรงนั้น และเบื้องต้นที่จะต้องดูก็คือว่า การกระทำที่จะต้องอาศัยกฎหมายมาเป็นฐานนั้นรัฐจำเป็นจะต้องทำหรือไม่ ถ้าคำตอบมีว่ารัฐจำเป็นจะต้องทำก็ต้องไปดูว่าการที่รัฐจะต้องทำนั้นแล้วจำเป็นจะต้องออกกฎหมายหรือไม่ รัฐทำเองได้ไหมโดยที่ท่าเหมือนกับชาวบ้านเขาทำโดยไม่ต้องมีกฎหมาย เพื่อว่าจะได้ไม่มีกฎหมายเพิ่มภาระขึ้นมาอีก ถ้าคำตอบว่ารัฐทำไม่ได้ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ก็จำเป็นต้องออกกฎหมาย

2. เมื่อจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายแล้วก็ต้องไปดูว่ากฎ กติกา ที่จะออกนั้น ออกโดยรัฐบาล หรือว่าออกโดยเทศบาลท้องถิ่นก็ได้ ไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายของประเทศ ถ้าออกเป็นกฎเป็นเทศบัญญัติของเทศบาลได้ แล้วสามารถที่จะทำกิจกรรมนั้นได้ รัฐก็ไม่จำเป็นต้องไปออกกฎหมายก็ให้เทศบาลไปออกเทศบัญญัติ

3. ความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายนั้น จะต้องทำโดยรีบด่วนหรือจะรอต่อไปในวันข้างหน้าได้ ถ้ารอต่อไปจะเกิดผลเสียหายหรือว่าจะเป็นผลดี

4. กฎหมายที่ออกนั้นจำเป็นที่จะต้องออกให้ครอบคลุมไปทั่วทั้งหมดหรือมีเขตจำกัด สมควรหรือไม่ที่จะกำหนดขอบเขตกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายไว้เฉพาะพื้นที่ หรือปริมาณที่จำเป็นจริงๆ เพื่อไม่ให้คนอื่นเขาถูกระทบกระเทือนไปด้วย

5. กฎหมายที่ออกมาใช้บังคับนั้น จำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีลักษณะถาวร จะใช้ชั่วคราวชั่วคราวเมื่อเสร็จภารกิจแล้วเลิกกฎหมายนั้น หลักที่สำคัญก็คือถ้าออกกฎหมายมาเพื่อเหตุการณ์ใด เหตุการณ์หนึ่ง ควรให้กฎหมายนั้นยุติด้วยตัวของมันเอง ดีกว่าจะไปคิดยกเลิกในภายหลังเพราะการยกเลิกในภายหลังนั้นจะเป็นเรื่องที่ยากมาก

6. ความพร้อมในอันที่จะไปบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นให้ตรงไปตรงมามากน้อยเพียงใด เพราะความพร้อมของรัฐในการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นเงื่อนไขสำคัญมากในการที่คนร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึง

7. การออกกฎหมายมาใช้บังคับนั้น จะต้องคำนึงถึงว่ากฎหมายที่จะออกไปนั้น จะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายต่อสังคมมากน้อยเพียงใด คู่กับวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายนั้นๆ หรือไม่³¹

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ต้องคำนึงก่อนการออกกฎหมายโดยทั่วไป ซึ่งเป็นการวางบรรทัดฐานของผู้ที่ประสบการณ์ในการร่างกฎหมาย เป็นสิ่งที่จะช่วยให้การยกร่างกฎหมายของผู้ร่างกฎหมายมีการถ่วงดุลและคำนึงถึงสิ่งต่างๆ ก่อนที่จะยกร่างกฎหมายมาใช้บังคับ

นอกจากนี้ในการที่จะทำให้กฎหมายนั้นมีประสิทธิภาพ มีข้อเสนอดังต่อไปนี้³²

1) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นนั้นจะต้องมีข้อความชัดเจนแน่นอนพอสมควร เช่น จะเขียนว่าถ้าทำการขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ก็ถูกจำคุก 10 ปี เช่นนี้ทำไม่ได้

2) ข้อความของกฎหมายนั้น จะต้องไม่ฝ่าฝืนธรรมชาติหรือหักเหต่อความรู้สึกของคนที่ถูกบังคับมากเกินไป เช่น กำหนดให้บุตรทุกคนต้องแจ้งความต่อเจ้าหน้าที่ถ้าพ่อแม่ทำความผิดตามกฎหมาย ซึ่งจะมีผลทำลายความสงบสุขของครอบครัวทำให้ต้องระแวงกันตลอดเวลา

3) กฎหมายนั้นจะต้องไม่ทำให้เสียผลประโยชน์แก่ผู้ถูกบังคับให้ปฏิบัติตามมากมายจนเกินไป เพราะถ้าเขียนกฎหมายให้เขาเสียประโยชน์มากเกินไป เขาก็จะหลีกเลี่ยง ประสิทธิภาพของกฎหมายจะเสียไป ฉะนั้นความรับผิดชอบที่ลงต้องได้ส่วนสัมพันธ์กัน การห้ามที่ให้คนปฏิบัติตาม ต้องเสียประโยชน์มากเพียงใดและโทษที่จะลงแก่ผู้ฝ่าฝืนก็ต้องหนักขึ้นเพียงนั้น

4) ต้องคำนึงถึงกระบวนการ (Process) และองค์กร (Organ) ในการบังคับตามกฎหมาย เมื่อจะออกกฎหมายใดที่เป็นกฎหมายเทคนิคแท้ๆ รัฐหรือฝ่ายนิติบัญญัติต้องเขียนกระบวนการให้ชัดเจน เช่น เรื่องสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่มองไม่เห็นแต่กฎหมายกำหนดขึ้นหรือสมมติขึ้นให้ได้รับคุ้มครองเสมอเป็นทรัพย์สิน จึงต้องเขียนคำจำกัดความ (Definition) กำหนดขั้นตอนในการจดทะเบียน รวมทั้งสิทธิหน้าที่ให้ชัดเจน และต้องมีองค์กรที่จะบังคับการตามนั้นด้วย เช่น หน่วยจดทะเบียนเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่ติดตามบังคับ

5) จะต้องคำนึงถึงบรรยากาศในสังคมที่เอื้ออำนวยให้มีการเคารพ และปฏิบัติตามกฎหมายอย่างจริงจัง บรรยากาศนี้มีความสำคัญมาก ถ้ามีบรรยากาศการปฏิบัติตามกฎหมายแล้วการออกกฎหมายก็ง่ายขึ้น

3.1.2 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

ในการที่จะตรากฎหมายออกมาใช้บังคับนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปในการที่จะออกกฎหมายมาใช้บังคับนั้นแล้วยังต้องมีหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบถึงความจำเป็นที่จะตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวที่จะตราขึ้นมาใช้บังคับนั้น ได้

³¹ มีชัย ฤชุพันธุ์. (2539-2543) . ประมวลคำบรรยายประธานวุฒิสภา เล่ม 2 . หน้า 553-557.

³² ปรีดี เกษมทรัพย์ . (2546). นิติปรัชญา . หน้า 365-366 .

ผ่านการตรวจสอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องถึงความจำเป็นอย่างแท้จริงในการที่จะมีกฎหมายหรือกฎขึ้นมาใช้บังคับ

การเสนอให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้จำนวนมาก โดยที่ไม่มีการตรวจสอบอย่างรอบคอบว่าจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเหล่านั้นหรือไม่และกฎหมายมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด กฎหมายที่ตราขึ้นจำนวนมากจึงมีลักษณะเป็นการขยายหรือเพิ่มภารกิจแก่หน่วยงานของรัฐ และสร้างขั้นตอนที่ไม่จำเป็นแก่การปฏิบัติงานและการให้บริการสาธารณะตลอดจนกลายเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการของเอกชน และต่อโอกาสในการแข่งขันของประเทศไทยในเวทีการค้าโลก และเป็นช่องทางในการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการรวมทั้งจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่สมควรอีกด้วย

โดยเหตุผลดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่หน่วยงานที่จะเสนอให้มีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับต้องตรวจสอบให้ได้ข้อยุติว่า มีความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายนั้นอย่างแท้จริงและกฎหมายดังกล่าวคุ้มค่ากับการที่บุคคลจะต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพทั้งยังต้องกำหนดเป้าหมายและวัตถุประสงค์ในการดำเนินการให้ชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้มีการขยายภารกิจของรัฐ หรือก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนของงานด้วย

หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบเบื้องต้นก่อนที่จะมีการเสนอร่างกฎหมาย โดยวิธีการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยต้องคำนึงถึง เพื่อไม่ให้กฎหมายมีมากเกินไปจนอาจสรุปได้ ดังนี้³³

1. วัตถุประสงค์ และภารกิจ หน่วยงานจะต้องกำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจที่จะดำเนินการให้ชัดเจน โดยจะต้องตรวจสอบให้ชัดเจนว่ามีความจำเป็นต้องทำภารกิจนั้นเพียงใด และมีมาตรการที่จะบรรล่วัตถุประสงค์ของภารกิจนั้นอย่างไร

2. ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจ หน่วยงานต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าภารกิจที่จะดำเนินการนั้นรัฐควรเป็นผู้ทำเอง หรือให้เอกชนเป็นผู้ทำและในกรณีที่รัฐควรทำภารกิจนั้น รัฐควรเป็นผู้ทำเอง หรือให้องค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นผู้ทำ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงการคุ้มครองประชาชน ประสิทธิภาพ ต้นทุนและความคล่องตัว

3. ความจำเป็นในการตรากฎหมาย หน่วยงานจะต้องพิจารณาให้ชัดเจนว่าในการจัดทำภารกิจนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายออกมาบังคับใช้หรือไม่และหากจำเป็นจะต้องมีกฎหมายควรจะเป็นกฎหมายในระดับใด มีกลไกในสภาพการบังคับอย่างไร

³³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา . (2547) . คู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย . หน้า 10-12 . และ อังพร จารุจินดา . (2546) . การบรรยายการร่างกฎหมาย.เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนักกฎหมายภาครัฐ รุ่นที่ 1 . คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 2-4 .

4. ความซ้ำซ้อนของกฎหมาย หน่วยงานจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่มีอยู่ครอบคลุมถึงภารกิจที่จะทำหรือไม่หรือจะต้องแก้ไขกฎหมายนั้นให้ครอบคลุมถึงภารกิจ หรือจำเป็นจะต้องมีกฎหมายใหม่

5. การต่อบุคคลและความคุ้มค่า หน่วยงานจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นเป็นการสร้างภาระหน้าที่ให้เกิดขึ้นแก่บุคคลใดบ้าง มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากน้อยเพียงใด และกฎหมายนั้นจะต้องอยู่ในวิสัยที่ต้องปฏิบัติได้

6. ความพร้อมของรัฐ จะต้องทำให้ผู้ถูกกฎหมายใช้บังคับมีความเข้าใจ มีความพร้อม และปฏิบัติตามกฎหมายอย่างยินยอมพร้อมใจ

7. หน่วยงานที่รับผิดชอบ มีหน่วยงานอื่นๆ ใดที่ปฏิบัติภารกิจซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ ถ้ามีสมควรยุบหน่วยงานนั้น หรือควรปรับเปลี่ยนอย่างไรหรือไม่

8. วิธีการทำงานและการตรวจสอบ หน่วยงานจะต้องกำหนดวิธีการทำงานให้สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ซึ่งได้แก่หลัก 6 ประการ คือ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบ และหลักความคุ้มค่า โดยมีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจ และกระบวนการที่ทำให้เกิดความรวดเร็วไม่ซ้ำซ้อน

9. อำนาจในการตราอนุบัญญัติ หน่วยงานจะต้องกำหนดกรอบหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการตราอนุบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองเป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควร

10. การรับฟังความคิดเห็น ในการร่างกฎหมายจะต้องเปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นหรือแสดงข้อคัดค้าน

หลัก 10 ประการดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการตรวจสอบความจำเป็นในการออกกฎหมาย ทั้งนี้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 เรื่องการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย

3.1.3 ข้อควรคำนึงในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น มีสิ่งที่ควรคำนึงดังนี้³⁴

1. การกำหนดโทษทางอาญา

การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น โดยทั่วไปจะมีบทกำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ เพราะถือเป็นหลักปฏิบัติมาตลอดว่าการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล หรือการลงโทษจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน การกำหนดโทษทางอาญาเพื่อเป็นมาตรการบังคับการปฏิบัติตามกฎหมายของฝ่ายบริหารควรเป็นอำนาจของรัฐสภาโดยเฉพาะ แต่โดยทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น ก็จะมีบทลงโทษการฝ่าฝืนไว้ อย่างไรก็ตามกฎหมาย

³⁴ Verac Crabbe . อ่างในธรรมเนียม สุมันตกุล . (2546) . เล่มเดิม. หน้า 10-11 .

ที่ตราโดยไม่ได้รับมอบอำนาจอาจมีบทกำหนดโทษซึ่งเป็นข้อยกเว้นในบางกรณีไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาวะฉุกเฉิน หรือการสงคราม กรณีนั้นพระราชบัญญัติแม่บทจะมีบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน เช่น พระราชกฤษฎีกาควบคุมเครื่องอุปโภค บริโภค และของอื่นในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2487 ออกตามความในพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2484 (ยกเลิกแล้ว)

2. วันใช้บังคับ

วันใช้บังคับเมื่อกำหนดแล้วจะแก้ไขในภายหลังได้หรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 1 ได้ให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 128/2527 คือ การออกกฎกระทรวงขึ้นใช้บังคับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่ใช้บังคับได้ตามที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ สำหรับวันใช้บังคับของกฎหมายนั้นถ้ามิได้ระบุไว้ในกฎหมายว่าจะให้ใช้บังคับเมื่อใดต้องถือว่าเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วย่อมใช้บังคับได้ทันที แต่ถ้าระบุวันใช้บังคับไว้ในกฎหมาย กำหนดวันเริ่มใช้บังคับย่อมเป็นไปที่ระบุนั้น ถ้าจะให้ผลใช้บังคับย้อนหลังโดยไม่ทำให้บุคคลใดต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลใดแล้วก็สามารถกระทำได้เช่นกัน

3. การบังคับใช้ย้อนหลัง

โดยทั่วไปการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้มีผลบังคับเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่มีตามกฎหมายเป็นการย้อนหลังย่อมกระทำไม่ได้เสมอหากจำเป็นและสมควรที่จะต้องออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่เป็นคุณโดยปกติย่อมกระทำได้ แต่วิธีการที่จะกำหนดให้กฎหมายมีผลย้อนหลังอย่างไรและเพียงใดนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาปัจจัยผลดีผลเสียที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของกฎหมายในแต่ละเรื่อง และจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีด้วย

4. พระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติ

แนวทางปฏิบัติได้เคยมีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ยกเว้น ยกเลิก หรือแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่การกระทำเช่นนี้จะต้องอาศัยอำนาจจากที่รัฐธรรมนูญให้ไว้หรือพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจกระทำได้ซึ่งในปัจจุบันได้แก่มาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

กรณีต่อไปนี้ไม่ควรออกกฎหมายเป็นกฎของฝ่ายบริหาร ได้แก่

- 1). กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการขยายหลักการของตัวแม่บท รวมถึงการกำหนดภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมซึ่งกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ไม่อนุญาตให้กระทำได้
- 2). การแก้ไขกฎหมายแม่บท
- 3). กฎหมายลำดับรองที่ให้ดุลยพินิจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอย่างกว้างโดยไม่จำกัดขอบเขต

4). กฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวเนื่องเขตอำนาจศาล

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดไว้ชัดเจนว่าเรื่องใดต้องตราเป็นกฎหมาย เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้วให้อยู่ในขอบเขตของการออกข้อบังคับ³⁵

3.1.4 องค์กรในการตรวจพิจารณากฎ

ในการตรวจพิจารณากฎของฝ่ายบริหาร นั้น ปัจจุบันมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณากฎอยู่ 2 องค์กร คือ

(1) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

รายละเอียดในแต่ละองค์กร อาจอธิบายได้ ดังนี้

(1) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้ระบุให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

มาตรา 62 ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

(2) พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มีหรือแก้ไขปรับปรุง หรือยกเลิกกฎหมาย

๑.ล๑

๑.ล๑

นอกจากนี้ตามมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ระบุให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี

๑.ล๑

๑.ล๑

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 7 และตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้ระบุให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการกฤษฎีกา มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณากฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติและตรวจพิจารณากฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศกระทรวง

ในการตรวจพิจารณา กฎหมาย และกฎของฝ่ายบริหาร ดังกล่าวนี้อำนาจสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ รก1/2530 เรื่องแนวทาง

³⁵ แหล่งเดิม. หน้า 10-11 .

ปฏิบัติของฝ่ายเลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย เกี่ยวกับการพิจารณาร่างกฎหมาย และการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยมีแนวทางในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ดังนี้

- 1) ศึกษาความเป็นมาของร่างกฎหมาย หรือหลักการของกฎหมายใหม่
- 2) ศึกษา “แบบ” การร่างกฎหมาย โดยเปรียบเทียบกับแบบการร่างกฎหมายที่คล้ายคลึงกัน
- 3) ตรวจพิจารณา “ถ้อยคำ” ที่ใช้ในการร่างกฎหมายให้ถูกต้อง เหมาะสม ชัดเจน โดยเทียบเคียงกับถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายฉบับเดิมหรือฉบับอื่นที่อาจเทียบเคียงกันได้ และตรวจสอบการสะกด การันต์ ให้ถูกต้อง
- 4) เสนอหรือจัด “เรียงลำดับมาตรา” หรือข้อความต่าง ๆ ตามลำดับเนื้อหาสาระของบทกฎหมายเสียใหม่ ถ้าจำเป็น
- 5) ตรวจสอบว่ามี “บทมาตราอื่น” หรือข้อต่าง ๆ ตามลำดับเนื้อหาสาระของบทกฎหมายเสียใหม่ ถ้าจำเป็น
- 6) ตรวจสอบว่ามี “บทมาตราอื่น” หรือข้ออื่น ของบทกฎหมายดังกล่าว (หรือของบทบัญญัติของกฎหมายอื่น) ที่สมควรจะแก้ไขเพิ่มเติมไปด้วยในคราวเดียวกันหรือไม่
- 7) ศึกษา “ปัญหาข้อกฎหมาย” ที่อาจจะเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว เช่น การขัดหรือแย้งหรือซ้ำซ้อนกับบทกฎหมายอื่น หรือเป็นร่างกฎหมายที่เกินอำนาจกฎหมายแม่บท เป็นต้น
- 8) ศึกษา “ปัญหาทางปฏิบัติ” ที่อาจจะเกิดจากการใช้บังคับร่างกฎหมายดังกล่าว เช่น ศึกษาว่าโครงสร้างและกลไกของกฎหมายว่าเหมาะสมหรือสมบูรณ์พอที่จะทำให้การบังคับการตามกฎหมายบังเกิดผลสมความมุ่งหมายหรือไม่ เป็นต้น

ในหลักของการร่างกฎหมายนั้น ในแนวคิดบางท่านได้ตั้งเป็นหลักในการร่างกฎหมายไว้ว่า การร่างกฎหมายจะต้องยึดหลักพื้นฐาน 5 ประการ คือ³⁶

- 1) ร่างให้ถูกต้อง คือ การร่างให้ถูกแบบ ถูกเนื้อหา และถูกหลักภาษา
- 2) ร่างให้แน่นอน คือ การร่างให้ชัดเจน ร่างให้รัดกุม
- 3) ร่างให้สมบูรณ์ได้แก่ ได้สาระครบถ้วน ครอบคลุม ไม่ขาดตกบกพร่อง สอดคล้องไม่ขัดกัน และเชื่อมโยงไม่ขาดตอน
- 4) ร่างให้ศักดิ์สิทธิ์และสัมฤทธิ์ผล
- 5) ร่างให้ถูกต้องตามความนิยม ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับลีลาและถ้อยคำ วรรคตอน และการใช้ตัวเลขตัวหนังสือ

³⁶ ประวิณ ฒ นคร . (2543). เทคนิคการร่างกฎหมาย . หน้า 12 .

นอกจากนี้ยังมีระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าด้วย การจัดทำและการพิจารณา ร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ โดยกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งสรุปสาระสำคัญของร่างระเบียบนี้ คือ

1. คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีจะมีมติหรือคำสั่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ

2. การตรวจพิจารณาเรื่องดังกล่าว หากเป็นเรื่องแบบในการร่างกฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่ไม่ซับซ้อน หรือเป็นเรื่องเร่งด่วนที่จะต้องจัดทำแล้วเสร็จภายในเวลากำหนด เป็นอำนาจที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะดำเนินการตรวจพิจารณา

3. ในการตรวจพิจารณาเรื่องดังกล่าว จะมีการเชิญผู้แทนส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรที่เป็นเจ้าของเรื่อง และกรณีเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อเข้าร่วมชี้แจงและแสดงความคิดเห็นประกอบการตรวจพิจารณา และในกรณีที่เกี่ยวกับสิทธิของเอกชนจะเชิญผู้แทนของสถาบันเอกชน หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ที่กรรมการกฤษฎีกาเห็นสมควร เข้าร่วมชี้แจงและแสดงความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาก็ได้

4. ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ให้กรรมการกฤษฎีกาแต่ละคณะพิจารณาแก้ไขปรับปรุงตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักการที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเห็นชอบ

5. หากหลักการซึ่งเป็นสาระสำคัญของร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมาย หรือมีผลกระทบต่อถึงกฎหมายอื่นในสาระสำคัญให้กรรมการกฤษฎีกาเสนอความเห็นให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีพิจารณา ทบทวนในหลักการนั้นก่อน เว้นแต่เป็นเรื่องเร่งด่วนจะพิจารณาแก้ไขปรับปรุงไปก่อน และเสนอให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีทบทวนหลักการไปพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จก็ได้

6. หากผู้แทนของหน่วยงานเจ้าของเรื่องขอแก้ไข หรือเพิ่มเติมหลักการจากที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีได้เห็นชอบไว้แล้ว ถ้ากรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าหลักการสำคัญจะขอให้ผู้แทนหน่วยงานเจ้าของเรื่อง หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอหลักการนั้นให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีพิจารณาก่อนที่จะดำเนินการต่อไป หรือพิจารณาแก้ไขไปตามที่เห็นสมควร และเสนอให้คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีพิจารณาวินิจฉัยไปพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จก็ได้

7. ในกรณีที่ผู้แทนหน่วยงานไม่เป็นพ้องด้วยการแก้ไขของคณะกรรมการกฤษฎีกาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการายงานความเห็นผ่านผู้แทนพร้อมทั้งเหตุผลหรือความเห็นของกรรมการกฤษฎีกาไปยังคณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีเพื่อทราบพร้อมกับการเสนอเรื่องเสร็จ

8. ในกรณีที่กรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ามีความจำเป็นหรือมีความเหมาะสมที่จะต้องแก้ไขหรือจัดให้มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประการอื่นให้สอดคล้องกับร่างที่พิจารณาหรือเห็นว่าควรตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศใดไม่มีความจำเป็น เพราะมีกฎหมายในลักษณะเดียวกันใช้บังคับอยู่แล้ว หรือเพราะเหตุอื่นก็ให้เสนอความเห็นหรือข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาสั่งดำเนินงานต่อไป

จะเห็นได้ว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรี หรือตามมติคณะรัฐมนตรี

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

นอกจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ของคณะรัฐมนตรียังมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างระเบียบหรือร่างประกาศ ที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ตรวจพิจารณาโดยไม่ต้องส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ทั้งนี้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 5 เมษายน 2548 ให้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอคณะรัฐมนตรีรวม 6 คณะ เพื่อให้ร่างกฎหมายที่เสนอคณะรัฐมนตรี สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 สอดคล้องกับแผนพัฒนากฎหมาย และแผนนิติบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเป็นไปตามคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 136/2548 ลงวันที่ 18 เมษายน 2548 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอรัฐมนตรีรวม 6 คณะ โดยมีอำนาจหน้าที่สรุปได้ คือ

1. พิจารณาตรวจสอบและให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมาย ร่างระเบียบ ร่างประกาศ และร่างข้อบังคับต่างๆ

2. ในการตรวจสอบ จะพิจารณาถึงความสอดคล้องกับหลักการของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 ความจำเป็นในการตรากฎหมายว่าเป็นการสร้างภาระให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือแก่คณะรัฐมนตรี หรือไม่จำเป็นหรือสมควรเสนอคณะรัฐมนตรีหรือไม่ ความสอดคล้องกับกรอบนโยบายการพัฒนากฎหมาย ความสอดคล้องกับแผนนิติบัญญัติและแผนพัฒนากฎหมาย

3. พิจารณาตรวจสอบกรณีระเบียบหรือประกาศที่กระทรวงหรือส่วนราชการตลอดจนคณะกรรมการต่างๆ สามารถตราขึ้นได้ตามกฎหมายโดยไม่ต้องนำเสนอต่อเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และส่งมาลงประกาศราชกิจจานุเบกษา หากสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เรื่องนั้นมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายไม่สอดคล้องกับหลักการตามข้อ 2 ให้นำเสนอคณะกรรมการพิจารณา

4. ในกระบวนการของการตรวจพิจารณาร่างระเบียบและร่างประกาศดังกล่าวนี้ มีกระบวนการในตรวจพิจารณา เช่นเดียวกับ การตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา³⁷

จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันนี้ นอกจากองค์กรคือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบของคณะรัฐมนตรีแล้ว ยังมีองค์กรคือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีที่ได้แบ่งเบาภาระในการตรวจพิจารณากฎประเภทประกาศและระเบียบ ทั้งนี้เพื่องานร่างกฎหมายที่เสนอกับคณะรัฐมนตรีสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ.2546 และสอดคล้องกับแผนพัฒนากฎหมายและแผนนิติบัญญัติ

3.1.5 การใช้ถ้อยคำในกฎหมายซึ่งให้อำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับนั้น จำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎขึ้นมาใช้บังคับนั้น ได้มีการบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นขอบเขตในการที่ฝ่ายบริหารจะไปออกกฎของฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท มีในกรณีต่างๆ ดังนี้

(1) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

- หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- กรณีอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- คณะกรรมการวิชาชีพสาขาอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา
- ห้ามมิให้บุคคลใดมิไว้ในครอบครองซึ่งสัตว์น้ำหรือผลิตภัณฑ์สัตว์น้ำชนิดใดชนิดหนึ่งตามที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกา
- การกำหนดทางหลวงสายใด ทั้งสายหรือบางส่วนที่จะห้ามมิให้ดำเนินการตามวรรคหนึ่ง. ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- การจัดตั้งนิคมตามมาตรา 6 ในท้องที่ใดให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกาและให้มีแผนที่กำหนดแนวเขตที่ดินของนิคมไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกานั้น
- ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- จะใช้บังคับในท้องที่ใดมีบริเวณเพียงใด ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา

³⁷ โปรดดูกระบวนการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา .

- บทบัญญัติตามวรรคหนึ่งไม่ใช่บังคับกับประเภท ราคา หรือชนิดของสินค้า หรือบริการตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- ให้กรรมการกฤษฎีกา ได้รับคำตอบแทนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- ข้าราชการตำรวจ อาจให้แบ่งเป็นข้าราชการประจำประเภทไม่มียศด้วยก็ได้ โดยให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา
- การแบ่งส่วนราชการตาม (1) เป็นกองบัญชาการ หรือการจัดตั้งกองบัญชาการตาม (2) ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

(2) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

- หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขอื่นในการขุดดินหรือถมดิน
- บัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การยื่นคำขอจดทะเบียนการ จดทะเบียนและการออกใบทะเบียนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขอต่ออายุใบทะเบียน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การยื่นคำขอจดทะเบียน การจดทะเบียน การออกใบจดทะเบียน การตั้งตัวแทนและสำนักงานสาขา ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขอต่ออายุใบทะเบียนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขอรับอนุญาตตั้งสาขา และออกใบอนุญาตตั้งสาขาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ให้คณะกรรมการ มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบาย หลักเกณฑ์และวิธีการในการปกครองดูแล บำรุงรักษา ใช้และจัดหาประโยชน์ เกี่ยวกับที่ราชพัสดุหลักเกณฑ์ และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด ให้ตราเป็นกฎกระทรวง.
- การยื่นคำขอจดทะเบียน การตั้งตัวแทน การจดทะเบียนการตั้งตัวแทน การออกใบทะเบียน และการรับเป็นตัวแทน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

- กำหนดนโยบายการลงทุนของกองทุน ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง
- เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- หน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การตรวจสอบหรือทบทวนมิให้มีการขยายเวลาไม่เปิดเผยจนเกินความจำเป็น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การปฏิบัติตามมาตรานี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง
- เชื้ออื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- สัตว์อื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- การขอรับใบอนุญาตเป็นช่างรังวัดเอกชน การออกใบอนุญาตและใบอนุญาตใบอนุญาต และการออกบัตรประจำตัวช่างรังวัดเอกชนให้เป็นไปตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ค่าธรรมเนียมใบอนุญาตประจำปีตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- คำคัดค้านเอกสารตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ช่างรังวัดเอกชนต้องปฏิบัติตามมารยาทช่างรังวัดเอกชนตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(3) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศ

- ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- เครื่องใช้ผลิตภัณฑ์หรือวัตถุอื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาว่าเป็นเครื่องมือแพทย์
- ไม่เป็นโรคตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา
- ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- ในกรณีที่เป็นเครื่องมือแพทย์ซึ่งรัฐมนตรีประกาศกำหนด

- บัตรประจำตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
 - ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
 - ตามอัตราที่คณะกรรมการประกาศกำหนดให้แก่ผู้บริโภค
 - ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
 - คำขอจดทะเบียนการประกอบธุรกิจขายตรงและการประกอบธุรกิจตลาดแบบตรงให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด
 - ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
- (4) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ
- บรรดาเงินที่ปวงที่กองทุนได้รับให้ส่งเข้าบัญชีรับตามกำหนดเวลาและตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
 - ได้รับเบี้ยประชุมและประโยชน์ตอบแทนอื่นตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
 - ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด
 - การจ่ายเงินสินบนและเงินรางวัลให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงการคลังกำหนด
 - คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ออกระเบียบเกี่ยวกับการเลิก ยุบรวม หรือแยกกองทุนหมู่บ้าน
 - ตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนด
 - ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ
 - ตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง
 - หลักเกณฑ์ วิธีการ ยื่นคำขอและวิธีพิจารณาคำขอให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด
 - ตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
 - ตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา
 - หลักเกณฑ์และวิธีการเสนอชื่อบุคคลให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนด
- (5) ตัวอย่างการใช้ถ้อยคำในการออกกฎของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นๆ
- ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด
 - บัตรประจำตัวพนักงานเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

- การแพทย์แผนไทยประเภทอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ
- หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการวิชาชีพสาขาการแพทย์แผนไทยประยุกต์กำหนด
- ผู้รับอนุญาตต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด
- ให้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามแบบที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนด
- การกำหนดตามมาตรานี้ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- สถาบันการเงินอื่นที่รัฐมนตรีกำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่รัฐมนตรีกำหนด

การบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายแม่บท เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะไปกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติการต่างๆ ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ บัญญัติไว้ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะการบัญญัติถ้อยคำไว้ในกฎหมายนั้น เป็นเพียงการกล่าวถึงหลักใหญ่ๆ ของเรื่องนั้นว่าจะต้องไปดำเนินการกำหนดรายละเอียดโดยจัดทำเป็น “กฎ” ของฝ่ายบริหารประเภทใด แต่ขอบเขตที่จะไปดำเนินการในรายละเอียดต่างๆ ในเรื่องนั้น เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้จริง จึงเป็นปัญหาในอันที่เกิดการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บทนั้นๆ หรือมีการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ หรือเป็นการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติหรือเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ถูกบังคับใช้ซึ่งเป็นปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.1.6 มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎ

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้น ในระบบของกฎหมายไทยได้มีมติคณะรัฐมนตรีหลายฉบับที่นำมาใช้บังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการที่จะออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งได้เป็นแนวทางปฏิบัติ มติคณะรัฐมนตรีเหล่านั้นจึงถือได้ว่าเป็นหลักเกณฑ์สำหรับในการที่จะกำหนดเป็นหลักเกณฑ์ แนวทาง และมาตรฐานการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งผู้ที่จะออกกฎของฝ่ายบริหารจะต้องคำนึงถึง

มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องแม้ใช้บังคับเกี่ยวกับเรื่องของการตรากฎหมาย แต่ก็อนุโลมที่จะนำมาใช้ในการออกกฎของฝ่ายบริหารได้ด้วย มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการออกกฎของฝ่ายบริหารและมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายก็อนุโลมมาใช้กับเรื่องการออกกฎด้วย มีดังนี้

1. เรื่องการกำหนดรูปแบบของร่างพระราชบัญญัติที่บทบัญญัติอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรองรับไว้ตามนัยมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทย โดยให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นไว้ในวรรคสองของคำปรารภ เพื่อให้สอดคล้องและเป็นแนวทางเดียวกันกับรูปแบบร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว³⁸

2. เรื่องการวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่ 2) โดยกำหนดให้ร่างกฎหรือข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยกำหนดแบบให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตรา ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บท ไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่า จะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่³⁹

3. เรื่องการวางแบบกฎหมาย (กำหนดในเรื่องรูปแบบการใช้ชื่อกฎกระทรวง) โดยวางรูปแบบการใช้ชื่อกฎกระทรวง ในกรณีที่มีกฎกระทรวงขึ้นใหม่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงที่ใช้บังคับอยู่แล้วในปัจจุบัน จะต้องปฏิบัติในแนวทางอย่างไร⁴⁰

4. เรื่องการวางแบบกฎหมาย (การเปลี่ยนรูปแบบมาตรา....ทวิ เป็นมาตรา.../?) เพื่อกำหนดแนวทางปฏิบัติของการแทรกมาตราที่เพิ่มขึ้นใหม่ในกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว โดยนำระบบตัวเลขมาใช้แทนการกำหนดเป็นมาตรา ทวิ ตรี จัตวา ตามลำดับ เพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันสะดวกแก่การใช้และทำความเข้าใจ⁴¹

5. เรื่องการตรวจพิจารณากฎหมาย เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้บังคับให้หน่วยงานต้องยื่นยันการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบของการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาภายในระยะเวลา 14 วัน นับแต่วันที่หน่วยงานได้รับร่างกฎหมายที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว เพื่อให้การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายในขั้นตอนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นไปอย่างรวดเร็ว⁴²

6. เรื่องการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย โดยเห็นชอบคู่มือตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ โดยให้ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติโดยเคร่งครัด⁴³

³⁸ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2542 .

³⁹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2542 .

⁴⁰ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2543 .

⁴¹ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2543 .

⁴² มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2543 และ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2545 .

⁴³ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547 .

7. เรื่องการกำหนดประเภทร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ได้กำหนดให้ร่างกฎกระทรวงทุกเรื่องเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายสำคัญตามความในมาตรา 4 (5) ของพระราชกฤษฎีกาการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 เว้นแต่ร่างกฎกระทรวงรวม 8 ประเภท เช่น ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยเครื่องแบบราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องแบบข้าราชการประเภทต่างๆ ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยแบบบัตรประจำตัวข้าราชการ พนักงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยบัตรประจำตัวข้าราชการ พนักงาน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ⁴⁴

8. เรื่อง มาตรการตรวจทานความสมบูรณ์และถูกต้องของร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาแล้วหรือร่างพระราชกฤษฎีกาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าถวาย เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาเห็นชอบแล้ว และร่างพระราชกฤษฎีกาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว มีความสมบูรณ์ ถูกต้อง และเพื่อป้องกันและแก้ไขความผิดพลาด คลาดเคลื่อน ซึ่งอาจเกิดขึ้นในขั้นตอนต่างๆ ก่อนการทูลเกล้าถวาย จึงกำหนดให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องต้องส่งเจ้าหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงในเรื่องนั้นมาตรวจทานความสมบูรณ์ถูกต้อง และลงลายมือชื่อรับรอง ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง ก่อนที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ภายหลังที่นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายไปแล้ว หากพบข้อผิดพลาดในเรื่องของความถูกต้องในการอ้างอิงข้อความในร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชกฤษฎีกา จนไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ หรือพบว่าเป็นการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ให้ถือว่าหน่วยงานเจ้าของเรื่องที่มาตรวจทานร่างกฎหมายดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบ⁴⁵

9. เรื่องการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอคณะรัฐมนตรีรวม 6 คณะ เพื่อให้ร่างกฎหมายสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 สอดคล้องกับแผนพัฒนากฎหมายและแผนนิติบัญญัติ และเพื่อให้การตรวจร่างระเบียบหรือร่างประกาศที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีตรวจพิจารณา โดยไม่ต้องส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา เป็นไปด้วยความเรียบร้อย จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบร่างกฎหมายและร่างอนุบัญญัติที่เสนอรัฐมนตรีรวม 6 คณะ⁴⁶

⁴⁴ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2548 .

⁴⁵ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2546 .

⁴⁶ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 5 เมษายน 2548 .

3.2 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายต่างประเทศ

เพื่อให้ทราบหลักการของการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในต่างประเทศ จึงขอกล่าวถึงหลักการทั่วไป กฎของฝ่ายบริหารในระบบของกฎหมายต่างประเทศและการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

3.2.1 การออกกฎหมายในประเทศอังกฤษ

(1) ระบบกฎหมายเบื้องต้นในประเทศอังกฤษ⁴⁷

ในประเทศอังกฤษ (รวมเวลส์) มีการแบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจอธิปไตยบัญญัติ (รัฐสภา) อำนาจบริหาร (รัฐบาลรวมทั้งตำรวจ) และอำนาจตุลาการ (ศาล) การตรากฎหมาย การใช้กฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย อยู่ภายใต้หลักที่เรียกว่า “หลักนิติธรรม” (The rule of law)

รัฐสภา มีอำนาจในการตรากฎหมายแม่บท (Acts of Parliament) ที่จะต้องผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภาคือ สภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords) และต้องได้รับความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์ (Royal Assent) จึงจะประกาศใช้เป็นกฎหมายได้

รัฐสภาอาจมอบอำนาจผ่านกฎหมายแม่บท ในการตรากฎ (Statutory Instrument) ซึ่งอาจเป็นได้ทั้งที่มอบอำนาจเป็นการทั่วไปหรือมอบอำนาจให้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง รัฐสภาสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการให้ความเห็นชอบหรือเพิกถอนกฎได้ตามเงื่อนไขและกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(2) ประเภทของกฎในประเทศอังกฤษ

เพื่อลดแรงกดดันในด้านเงื่อนเวลาของรัฐสภา กฎหมายระดับแม่บทจึงได้มอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีหรือหน่วยงานใดๆ ในการออกกฎควบคุมการบริหารในส่วนที่เป็นรายละเอียด โดยส่วนมากจะทำเป็น พระราชกฤษฎีกา⁴⁸ (Order-in-Council) ระเบียบและกฎ (Regulation and Rule) ซึ่งรู้จักกันในนามของ Statutory instrument และมีพระราชบัญญัติคือ Statutory Instrument Act 1946 กำหนดรูปแบบของกฎหมายลำดับรอง โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้จะกำหนดแบบแผนของ

⁴⁷ ที่มา www.wikipedia.org

⁴⁸ เป็นรูปแบบการในการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์ โดยผ่านและคำแนะนำของสภาองคมนตรี (Privy Council) ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ เป็นการตรากฎหมายโดยพระราชอำนาจ (Royal Prerogative) และแบบที่สองคือเป็นการตรากฎหมายที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท ซึ่งในที่นี้ เห็นว่าเป็นการใช้อำนาจที่ใกล้เคียงกับ “พระราชกฤษฎีกา” ในประเทศไทย เนื่องจากเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตรากฎหมายเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย ซึ่งในที่นี้ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองรูปแบบหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ)

กระบวนการขึ้นกฎหมายลำดับรองต่อรัฐสภาและการจัดพิมพ์เผยแพร่ โดยสรุปแล้ว Statutory Instrument Act ได้กำหนดรูปแบบของกฎหมายลำดับรองไว้ดังนี้⁴⁹

- ระเบียบ (Regulations)
- กฎ (Rules)
- ข้อบัญญัติ (by-laws) และ
- หนังสือแจ้ง คำสั่ง และประกาศ (notices, orders and notifications)

อย่างไรก็ตามในประเทศอังกฤษนักกฎหมายบางท่านได้แบ่งกฎหมายลำดับรองออกเป็นหลายประเภทดังนี้⁵⁰

1. Order In Council เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งออกโดย Privy Council ซึ่งเป็นการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการรัฐสภา

2. Statutory Instrument เป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยใช้อำนาจตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้

3. By-Law เป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่ใช้อำนาจมหาชน (Public Bodies) เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกโดยอาศัยอำนาจของ Local Government Act 1972 หรือ องค์กรมหาชนอื่นสามารถออกกฎได้ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน

4. Court Rules เป็นการให้ศาลออกกฎระเบียบที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของศาล ซึ่งอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้อง เช่น Supreme Court Act 1981 , Country Court Act 1984 หรือ Magistrates Court Act 1980

5. Professional regulation เป็นการที่พระราชบัญญัติแม่บทให้อำนาจองค์กรผู้ประกอบวิชาชีพออกกฎระเบียบเพื่อใช้บังคับแก่สมาชิกขององค์กรนั้น เช่น สภานายความ (Law Society) มีอำนาจออกกฎโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติ Solicitors Act 1974 เพื่อใช้เป็นจรรยาบรรณของสมาชิก เป็นต้น

กฎเหล่านี้จะจัดทำและผ่านการร่างโดยกองงานกฎหมายของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในขณะที่ทำการร่างนั้นจะมีการรับฟังความคิดเห็น (consultation) จากส่วนที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในแต่ละปี Statutory Instrument ออกมาประมาณปีละ 3,000 ฉบับ

อำนาจในการออกกฎหมายถือว่าเป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ฝ่ายบริหารโดยตรงซึ่งเป็นการรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายแม่บทบางครั้งจะกำหนดวิธีการในการควบคุมกฎหมายลำดับรองที่เสนอโดยให้รัฐสภาสามารถที่จะรับรอง (affirm) หรือยกเลิก (annul)

⁴⁹ S. Namasivayam . (1967). **The Drafting of Legislation** . p. 22 .

⁵⁰ Carl.f.stythim . **Legal Method** . pp.124-125 .

ซึ่งรัฐสภาเองก็มักจะมีสิทธิในการพิจารณาว่า กฎหมายลำดับรองนั้น ได้ออกภายใต้ขอบอำนาจที่ได้มอบให้หรือไม่

สภาขุนนาง (The House of Lords)⁵¹ ได้กำหนดวิธีการสำหรับตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติทุกฉบับที่มีการมอบอำนาจก่อนที่จะมีการพิจารณาในวาระปกติของรัฐสภา โดยกำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบการมอบอำนาจ (The Delegated Powers Scrutiny Committee) ตั้งขึ้นเมื่อปี 1992 ทำหน้าที่ตรวจสอบขอบเขตการมอบอำนาจในการออกกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบให้ฝ่ายบริหาร

(3) ขั้นตอนการออกกฎหมายของประเทศไทยมีขั้นตอนต่างๆ ดังนี้⁵²

1) กระบวนการร่าง

Statutory Instrument จะร่างโดยกองงานกฎหมายของส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง และจะตามมาด้วยกระบวนการรับฟังความเห็น (consultation) กับหน่วยงานหรือฝ่ายใดที่เกี่ยวข้องไปพร้อมกันในขณะที่ทำการร่าง แต่ละฉบับจะมีการกำหนดเลขที่ (series) ซึ่งจะเริ่มนับจาก 1 ในแต่ละปี เช่น 1/2006 Statutory Instrument จะมีตั้งแต่หน้าเดียวจนถึงหลายร้อยหน้า ซึ่งก็คล้ายกับพระราชบัญญัติและ Statutory Instrument บางฉบับใช้บังคับทั้งหมดของสหราชอาณาจักร หรือบังคับเพียงบางส่วนในบางกรณี Statutory Instrument ยังอาจออกได้โดยกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา ซึ่งจะยังไม่มีเลขที่จนกว่าจะได้รับการรับรอง ซึ่งกระบวนการรับรองจะได้กล่าวในภายหลัง

2) ส่วนประกอบของร่าง

หมายเหตุ (Explanatory notes)

โดยทั่วไปกฎหมายต้องมีหมายเหตุเสมอ ซึ่งจะเป็นตัวอธิบายขอบข่ายและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หมายเหตุนี้ไม่มีผลในทางกฎหมาย ซึ่งอำนาจของกฎหมายก็อยู่ในขอบข่ายของกฎหมายแม่ที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายนั่นเอง

บันทึกประกอบ (Explanatory Memoranda)

กฎหมายที่ต้องเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาจะต้องมีบันทึกประกอบเสมอ เป็นบันทึกสั้นๆ ซึ่งอธิบายถึงสาระสำคัญและสาเหตุที่ออกกฎหมายด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย บันทึกประกอบนี้ได้จัดทำเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย โดยเผยแพร่ผ่านทางเว็บไซต์ <http://www.opsi.gov.uk/stat.htm>.

บันทึกประกอบจะต้องแสดงถึงงบประมาณค่าใช้จ่ายและผลของการรับฟังความคิดเห็น ซึ่งในกระบวนการนี้อาจมีการอธิบายถึง การประเมินผลกระทบของกฎหมาย (Regulatory Impact

⁵¹ รัฐสภาอังกฤษประกอบไปด้วย สภาผู้แทน (The House of Commons) และสภาขุนนาง (The House of Lords)

⁵² House of Commons Information Office . Fact sheet on. Statutory Instruments . Retrieved June 20,

Assessment (RIA)) ซึ่งเป็นเอกสารที่ผู้ร่างจัดทำขึ้น ซึ่งจะต้องจัดเผยแพร่ต่อสาธารณะด้วย สำหรับ กฎที่ออกตามกฎหมายของสหภาพยุโรปก็จะมีกรทำบันทึกการเปลี่ยนแปลง (Transposition note) ซึ่งจะนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามบทบัญญัติของสหภาพยุโรป (Directive)

3) กระบวนการของรัฐสภาที่เกี่ยวกับกฎ

กฎหมายลำดับรองบางประเภทนั้น จะถูกตรวจสอบความชอบ โดยรัฐสภา กฎนั้นจะเสนอเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาหรือไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่ของกฎนั้นๆ เองเป็นตัวกำหนด กฎบางกฎไม่ต้องยื่นต่อรัฐสภาและไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการของรัฐสภา และมีผลบังคับได้ในเวลาที่กำหนดในตัวกฎนั้นเอง

กฎจำนวนมากต้องเข้าสู่กระบวนการควบคุมของรัฐสภา ซึ่งเป็นหนึ่งในกระบวนการที่กำหนดใน Statutory Instrument Act 1946 โดยวิธีการควบคุมกฎนั้นจะกำหนดไว้ในกฎหมายแม่ของกฎนั้นๆ เอง กฎมีทั้งชนิดที่ต้องยื่นต่อรัฐสภาทั้งที่ยังเป็นร่างอยู่และประกาศเป็นกฎแล้ว ซึ่งหากจะแบ่งตามกระบวนการของรัฐสภาแล้ว อาจแบ่งวิธีการตรวจสอบ ได้ดังนี้

1. กฎชนิดที่ต้องปฏิเสธ (negative resolution) หมายถึง กฎชนิดที่จะมีผลเป็นกฎหมาย เว้นแต่จะถูกปฏิเสธจากรัฐสภา แบ่งออกเป็น

(ก) กฎนั้นได้ยื่นในขณะที่เป็นร่างอยู่และมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้หากมีการปฏิเสธภายใน 40 วัน

(ข) กฎนั้นได้ยื่นภายหลังจากที่มีผลเป็นกฎหมายแล้ว และจะมีผลตกไปหากรัฐสภาไม่รับรองกฎนั้น (prayer) ภายใน 40 วัน

2. กฎชนิดที่ต้องมีการรับรอง (affirmative resolution) หมายถึง กฎนั้นจะมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้เว้นแต่จะได้รับการรับรองจากรัฐสภา แบ่งออกเป็น

(ก) กฎชนิดที่ได้ยื่นในขณะที่ยังเป็นร่างอยู่และมีผลเป็นกฎหมายไม่ได้เว้นแต่จะได้รับการรับรองจากทั้งสองสภา คือ

-สภาผู้แทนราษฎร(The House of Commons) และ สภาขุนนาง (The House of Lords) เว้นแต่เป็นกฎที่เกี่ยวกับการเงินนั้นให้เพียงสภาผู้แทนฯ เป็นผู้รับรอง

(ข) กฎชนิดที่ยื่นภายหลังจากที่เป็นกฎหมายแล้วแต่ยังไม่มีผลบังคับใช้เว้นแต่จะได้รับการรับรอง

(ค) กฎชนิดที่ยื่นภายหลังจากที่เป็นกฎหมายและมีผลบังคับแล้ว และถ้าไม่มีคำรับรองภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (ปกติ 28 หรือ 40 วัน) กฎนั้นจะตกไป

3. ชนิดอื่นๆ

(ก) กฎชนิดที่มีข้อกำหนดให้ยื่นต่อรัฐสภาหลังจากที่มีผลเป็นกฎหมายแล้วแต่ไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบโดยรัฐสภา

(ข) กฎชนิดที่ไม่ได้กำหนดให้ยื่นต่อรัฐสภา (นั่นก็หมายความว่าไม่ได้เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภาเลย)

4) กระบวนการปฏิเสธกฎ (Negative Procedure)

กฎหมายเป็นกฎหมายในเวลาที่กำหนดในกฎนั้น แต่จะตกไปหากการพิจารณาผ่านคำร้องขอให้ปฏิเสธกฎหมายนั้นจากทั้งสองสภา (หรือสภาล่างสภาเดียวกรณีที่ถูกนั้นเป็นกฎที่เกี่ยวกับการเงิน) ภายในระยะเวลาที่กำหนด ระยะเวลาโดยปกติ 40 วัน รวมวันที่ได้ยื่นด้วย โดยไม่รวมเวลาหยุดสภาหรือปิดการประชุมหรือเลื่อนการประชุมมากกว่าสี่วัน ซึ่งคำร้องนี้รู้จักกันในนามของ prayer ในสภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) สมาชิกทุกคนมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ยกเลิกกฎใดๆ ภายในกระบวนการการปฏิเสธกฎได้

5) กระบวนการรับรองกฎ (Affirmative Procedure)

กระบวนการนี้มีไม่มากนักเมื่อเทียบกับกฎที่เข้าสู่กระบวนการปฏิเสธกฎ โดยมีประมาณ 10 เปอร์เซนต์ ของกฎทั้งหมดที่เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภา แต่ก็เป็น การเพิ่มความรอบคอบและอำนาจในการควบคุมของรัฐสภาให้มากขึ้น กฎที่เข้าสู่กระบวนการของรัฐสภานี้ไม่อาจไม่อาจที่จะแก้ไขหรือปรับแก้ใดๆ ได้ ทั้งสภาผู้แทนฯและสภาขุนนาง เว้นแต่กฎหมายแม่ของกฎนั้นจะกำหนดเป็นอย่างอื่นซึ่งก็ปรากฏน้อยมาก ซึ่งแต่ละสภาก็จะพิจารณาว่าจะรับรองหรือปฏิเสธกฎนั้นแล้วแต่กรณี

6) คณะกรรมาธิการที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการพิจารณากฎ

6.1 คณะกรรมาธิการร่วม (Joint Committee on Statutory Instrument)

เพื่อให้มีการช่วยเหลือในการตรวจสอบกฎ จะมีการตั้งกรรมาธิการร่วมของสองสภาตรวจสอบกฎ (ซึ่งบางครั้งเรียกว่า คณะกรรมาธิการตรวจสอบกฎ (Scrutiny Committee)) สมาชิกที่มาจากสภาล่างบางครั้งก็แยกพิจารณาต่างหาก ซึ่งคณะกรรมาธิการเหล่านี้ก็คล้ายกับกรรมาธิการอื่นๆ ที่มีสิทธิให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องให้ส่งเอกสารหรือมาชี้แจงรายละเอียดเกี่ยวกับกฎนั้น

คณะกรรมาธิการร่วมจะไม่พิจารณาถึงประโยชน์ของกฎ แต่มีหน้าที่ในการพิจารณาว่าอำนาจของรัฐมนตรีนั้นได้กระทำอยู่ในขอบข่ายบทบัญญัติของกฎหมายแม่หรือไม่ ซึ่งจะรายงานให้สภาทันทีที่มีการก้าวล่วงอำนาจของบทบัญญัติของกฎหมายแม่ หรือแสดงให้เห็นถึงความผิดปกติหรือกฎได้มีการร่างที่บกพร่อง หรือกฎนั้นต้องการคำอธิบายเพิ่มเติม รายงานเหล่านี้จะตีพิมพ์เป็นเอกสารของทั้งสองสภา และคิดไว้ที่ทำเนียบข่าวประจำสัปดาห์

6.2 คณะกรรมาธิการพิจารณาความเหมาะสมของกฎ (The Lords Committee on the Merits of Statutory Instruments)

คณะกรรมาธิการชนิดนี้ได้แต่งตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 2003 มีสมาชิกอยู่สิบเอ็ดคน ทำหน้าที่เสริมการทำงานของคณะกรรมาธิการร่วมที่พิจารณาในเรื่องเทคนิค

ของกฎหมาย แต่หน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาความเหมาะสมของกฎคือการพิจารณาถึงการปรับใช้นโยบายอันเกิดจากกฎนั้นว่าจะมีการรายงานถึงกฎนั้นต่อสภาหรือไม่โดยพิจารณาว่า

1. มีความสำคัญทางการเมืองหรือทางกฎหมายอันเกี่ยวแก่นโยบายสาธารณะ ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ต่อสภา
2. อาจมีความไม่เหมาะสมจากการเปลี่ยนแปลงสถานการณ์
3. อาจมีความไม่สอดคล้องกันกับกฎหมายของสหภาพยุโรป
4. กฎนั้นอาจไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของตัวมันเองได้

การประชุมของคณะกรรมการดังกล่าวจะมีทุกสัปดาห์และจะมีการเผยแพร่รายงานในอีกสองวันต่อมาผ่านทางเว็บไซต์ http://www.parliament.uk/parliament_committees/merits.cfm

6.3 คณะกรรมการประจำ (Standing Committee)

คณะกรรมการประจำ (เป็นคณะกรรมการที่สภาผู้แทนตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ และเมื่อพิจารณาเสร็จแล้ว คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นก็เป็นอันหมดหน้าที่ไป) ในการพิจารณาเรื่องของกฎหมายลำดับรองโดยปกติประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 17 คน ซึ่งในกระบวนการรับรองกฎจะมีการส่งให้คณะกรรมการประจำเสมอ แต่ถ้าเป็นกระบวนการของกฎที่ต้องมีการปฏิเสหจะมีการส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการประจำหากรัฐมนตรียื่นคำร้องนั้นต่อสภา และหากมีเสียงคัดค้านคำร้องนั้นมากกว่า 20 เสียง ก็จะไม่มีการส่งเรื่องให้คณะกรรมการประจำ

นอกจากกระบวนการปกติของกระบวนการออกกฎข้างต้นแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองประเภทอื่นๆอีก เช่น

7) คำสั่งของฝ่ายบริหารให้ทำการแก้ไขกฎ (Regulatory Reform Orders)

กฎหมายลำดับรองดังกล่าวนี้มีความจำเป็นจากความต้องการให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไม่ว่ากฎหมายในระดับกฎหมายแม่บทหรือกฎหมายลำดับรองที่ไม่ทันสมัยหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ซึ่งหากกระทำการโดยวิธีการปกติแล้วจะใช้เวลาามากจึงมีการตราพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งคือ พระราชบัญญัติ Regulatory Reform Act 2001 (ปัจจุบันนี้คือ Regulatory Reform Act 2005) ได้กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจในการคำสั่ง (regulatory reform order) หรือให้มีการแก้ไข หรือยกเลิกบทบัญญัติของกฎหมายแม่ที่เห็นว่าเป็นการสร้างภาระอันเกินควร ผลของคำสั่งนี้จะเป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายที่คำสั่งนั้นระบุได้ทันที โดยรัฐมนตรีเจ้าของเรื่องต้องเสนอร่างคำสั่งและจัดรับฟังความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบหรือบุคคลอื่นใดที่รัฐเห็นว่าเหมาะสม หลังจากที่ได้มีการรับฟังความเห็นแล้ว รัฐก็จะร่างคำสั่งแล้วยื่นต่อรัฐสภาพร้อมด้วยบันทึกอธิบายประกอบโดยอธิบายถึงรูปแบบและผลของ

การรับฟังความเห็น เมื่อสภาได้รับแล้วก็จะมีการจัดพิมพ์เผยแพร่เช่นเดียวกันกับ Statutory Instrument

8) คำสั่งแก้ไข (Remedial Orders)

ภายใต้บทบัญญัติ Human Rights Act 1998 กรณีที่ศาลได้มีคำประกาศ (declaration) ถึงบทบัญญัติใดที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) รัฐบาลต้องเสนอร่างคำสั่งออกเป็นกฎเพื่อแก้ไขกฎหมายแม่บทเพื่อแก้ไขข้อที่ไม่สอดคล้องนั้น กระบวนการก็คล้ายกันกับการออกคำสั่งให้มีการแก้ไขกฎข้างต้น

9) คำสั่งเริ่มบังคับ (Commencement orders)

เป็นรูปแบบของกฎชนิดหนึ่งที่กำหนดถึงการใช้บังคับทั้งหมดหรือบางส่วนของกฎหมายแม่บท (กฎหมายโดยรัฐสภา) ซึ่งมีเหตุผลบางประการที่ไม่ต้องการใช้กฎหมายนั้นบังคับโดยทันที ซึ่งกฎประเภทนี้ไม่อยู่ภายใต้กระบวนการตรวจสอบของรัฐสภา

10) พระราชกฤษฎีกา (Orders in Council)

กฎชนิดนี้เป็นการใช้โดยหลักของ “โดยผ่านและคำแนะนำคณะองคมนตรี” (Privy Council)⁵³ เป็นใช้อำนาจของกษัตริย์ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองชนิดหนึ่ง (ถึงแม้ว่าบางชนิดอาจเป็นกฎหมายแม่บท) และกระทำภายในขอบอำนาจของกฎหมายแม่บท ซึ่งถูกใช้ในหลายวัตถุประสงค์ แต่ส่วนมากจะใช้ในยามที่การออกกฎ (statutory instrument) ธรรมดาอาจมีความไม่เหมาะสม เช่น การโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ หรือกฎนั้นมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญ

11) คำสั่งคณะรัฐมนตรี (Orders of Council)

กฎชนิดดังกล่าวออกโดยสมาชิกของคณะรัฐมนตรี (Privy Council) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่มีอยู่ในการออกกฎ ซึ่งโดยปกติจะเกี่ยวกับการออกระเบียบควบคุมวิชาชีพหรือองค์กรวิชาชีพ

12) กฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Statutory Instrument)

กฎประเภทนี้จะเป็นกฎที่บังคับเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีน้อยมากที่กฎประเภทนี้จะมีการออกโดยผ่านกระบวนการของรัฐสภา

(4) หลักการในบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎของประเทศอังกฤษ

1) หลักการเกี่ยวกับการออกกฎเกินอำนาจ (Ultra vires)

กฎหมายลำดับรองนั้นต่างจากกฎหมายแม่บทอยู่ประการหนึ่งว่า กฎหมายลำดับรองนั้นอาจถูกตรวจสอบโดยศาล มูลเหตุหนึ่งที่สามารถใช้ได้แย้งถึงความชอบด้วยกฎหมายประการ

⁵³ เป็นคณะบุคคลที่แต่งตั้งโดยกษัตริย์ทำหน้าที่ถวายคำแนะนำการบริหารราชการแผ่นดิน ประกอบไปด้วยรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรี หัวหน้าพรรคฝ่ายค้าน และบุคคลอื่นๆ อีก(ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี) ในปัจจุบันอาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรบริหารที่ใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินโดยยังรักษานิติประเพณีไว้ด้วย

หนึ่งก็คือ ultra vires ซึ่งเป็นมูลเหตุที่ศาลใช้ตรวจสอบทั้งการกระทำทางปกครองและกฎหมายลำดับรอง ทั้งในส่วนที่กระทำเกินกว่าอำนาจ และไม่ได้กระทำตามกระบวนการที่ได้กำหนดไว้สำหรับการนั้น⁵⁴

ในประเทศอังกฤษมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) ในส่วนที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมูลเหตุที่สำคัญและอยู่ในอำนาจของของศาลที่ใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครองก็คือหลัก ultra vires ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการควบคุมฝ่ายปกครองและหลักเดียวกันนี้ก็นำมาใช้ในการควบคุมความชอบของกฎหมายด้วย ซึ่งได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้อยู่ 2 เรื่อง คือ

- ขอบเขตของการใช้อำนาจ (jurisdictional control)
- การใช้ดุลพินิจหรืออำนาจที่มีขอบ (abuse of discretion or jurisdiction)

กรณีของเรื่องขอบเขตของการใช้อำนาจ (jurisdictional control)

1. ความบกพร่องในขอบเขตของอำนาจ (jurisdictional defects) โดยหลักทั่วไปการกระทำทางฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบข่ายอำนาจที่ตนมี หลักการจะคล้ายกันกับศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการชี้ขาดข้อพิพาทที่จะต้องมีอำนาจในขอบข่ายของเรื่องนั้นๆ ตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นชนิดของเรื่อง เขตพื้นที่ทางภูมิศาสตร์ การใช้อำนาจจะต้องอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงและเงื่อนไขตามกฎหมาย การใช้อำนาจที่ปราศจากข้อเท็จจริงและเงื่อนไขดังกล่าว เป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจ⁵⁵ เช่นในคดี Dunkley v. Evans (1981) ซึ่งเป็นคดีที่ศาลได้พิจารณาถึงคำสั่งที่ใช้บังคับในพื้นที่ โดยเป็นคำสั่งห้ามทำประมง ซึ่งกฎหมายแม่บท (The Sea Fish (Conservation) Act 1976) ไม่ได้บัญญัติรวมถึงในส่วนของ Northern Ireland แต่ก็มีกรรมรวมพื้นที่ดังกล่าวไว้ในคำสั่งห้าม และได้มีการดำเนินคดีกับไตกิงกับลูกเรือ ศาลเห็นว่าจำเลยไม่ควรถูกตัดสินให้มีความผิดเพราะกฎนั้นมีส่วนที่ไม่สมบูรณ์ร่วมอยู่ด้วย⁵⁶

2. การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาด (errors of fact) ในการทำหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องมาจากกระบวนการในการทำคำสั่งและออกกฎซึ่งจะต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องให้ครบถ้วน หรือเมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงใดๆ แล้วต้องไม่เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนในข้อเท็จจริงอันนั้นด้วยด้วย เช่น ในคดี Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council [1977]⁵⁷ ซึ่งหน่วยงานด้านการศึกษาจะต้องเสนอแผนการศึกษาอย่างครบถ้วนเพื่อให้ Secretary of State ทำการรับรอง ซึ่ง Secretary of State เองที่ก็มีอำนาจในการ

⁵⁴ David.R.Miers,and A Lan C Page. (1990) . **Legislation** (2 nd ed.). p.124 .

⁵⁵ **Hulsbury's Laws of England**. (4 th ed.).2001, p.163 .

⁵⁶ Neil Hawke . (1996) .**Introduction to Administrative Law** . p.163 .

⁵⁷ **Hulsbury's Laws of England** . (2001) .p.164 .

ที่จะปฏิเสธได้หากเห็นว่าแผนการจัดการศึกษานั้น ไม่สมควร ศาลตัดสินว่า การที่ Secretary of State ออกคำสั่งไม่อนุมัติแผนการจัดการศึกษานั้นเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ultra vires) เนื่องจากไม่ปรากฏการรับฟังข้อเท็จจริงการการสรุปถึงแผนการศึกษาที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวเลย มีความบกพร่องในเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริง⁵⁸

3. ความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (errors of law) มีข้อสันนิษฐานทั่วไปอยู่ว่า ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจจะกระทำการใดๆ ที่ผิดไปจากกฎหมายได้ ข้อคิดนั้นจะต้องสำคัญและเกี่ยวข้องกับซึ่งมีผลต่อการทำคำสั่งและการออกกฎ จะถือว่ามีกรกระทำที่ผิดกฎหมายของฝ่ายปกครอง เช่น การละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน การตีความกฎหมายผิด การออกกฎหมายลำดับรองที่ผิดเงื่อนไขและขั้นตอน เป็นต้น⁵⁹ เช่น ในคดี *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* (1969) กรณีที่คณะกรรมการพิจารณาค่าชดเชยที่ได้รับมาจากรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งมีหน้าที่พิจารณาคำขอที่มีลักษณะที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง (Order in Council) ซึ่งมีข้อหนึ่งได้กำหนดว่าผู้ยื่นคำขอต้องเป็นคนอังกฤษ แต่คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มขึ้นมาอีกหนึ่งข้อคือถ้าผู้ยื่นคำร้องเป็นผู้รับมรดก ผู้นั้นจะต้องเป็นคนอังกฤษด้วย ศาลตัดสินว่าข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการกระทำที่นอกเหนืออำนาจ (ultra vires) เนื่องจากเป็นการทำผิดพื้นฐานของกฎหมาย (errors of law)⁶⁰

4. ความผิดพลาดในข้อกฎหมายที่พบเห็นจากรายการบันทึก (error of law on the face of record) หลักการนี้เป็นการกำหนดให้ศาลสูงมีอำนาจในการตรวจสอบศาลล่าง หรือฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยพิจารณาจากเอกสารที่มีการบันทึกไว้ในการทำคำสั่ง ซึ่งอาจเป็นข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรือเป็นข้อผิดพลาดทางเทคนิคของกฎหมาย ซึ่งผลก็คือคำสั่งที่มีลักษณะดังกล่าวมีผลสมบูรณ์อยู่นกว่าจะมีคำสั่งเพิกถอน ซึ่งต่างจากความผิดพลาดในข้อกฎหมาย (errors of law) ที่คำสั่งหรือกฎนั้นเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรก และถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีอยู่เลย⁶¹

5. บทบัญญัติกเว้นการฟ้องคดี (ouster clause) ในบางกรณีกฎหมายแม่บทได้กำหนดห้ามมิให้ฟ้องคดีต่อคำสั่งทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ ซึ่งหมายถึงทำให้เป็นที่สุดนั่นเอง แต่การเป็นที่สุดนี้ย่อมเป็นที่สุดเพียงดุลพินิจที่ใช้ในการพิจารณาทำคำสั่งเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายในมูลเหตุอื่นถ้าหากมี⁶²

⁵⁸ Neil Hawke . (1996) . Op.cit . p.191 .

⁵⁹ *Hulsbury's Laws of England*. (2001) .p.140 .

⁶⁰ Neil Hawke .(1996) . Op.cit.p.183 .

⁶¹ *Hulsbury's Laws of England* . (2001) .p.177 .

⁶² *Ibid* . p.175 .

กรณีของเรื่องการใช้ดุลพินิจหรืออำนาจที่มีขอบ (abuse of discretion or jurisdiction)

1. ความไม่สุจริต (bad faith) การใช้อำนาจในการทำสั่งทางปกครองหรือในการออกกฎจะต้องกระทำโดยสุจริต โดยมีได้มีเจตนาฉ้อฉลผู้หนึ่งผู้ใด หากกระทำโดยความไม่สุจริตแล้วจะเป็นมูลเหตุให้ศาลเพิกถอนคำสั่งหรือกฎนั้นๆ ได้ (เช่น ในคดี *Western Fish Products Ltd v Penwith District Council* (1978))⁶³

2. วัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (improper purpose) การใช้อำนาจการทำคำสั่งหรือออกกฎที่อยู่นอกเหนือขอบข่ายวัตถุประสงค์ของกฎหมายสำหรับการนั้น การนั้นเป็นการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (*Padfield v Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968]) หรือเป็นการใช้อำนาจที่ได้ผลแตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด (*Galloway v London Corpn* (1866))⁶⁴

3. ความเป็นธรรม (fairness) ฝ่ายปกครองจะไม่กระทำการที่ถึงขนาดที่ขาดความเป็นธรรม เช่น การใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกันระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น (*IRC v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd* [1982])⁶⁵

4. ข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้องและที่ไม่เกี่ยวข้อง (relevant and irrelevant considerations) การกระทำฝ่ายปกครองอาจถูกเพิกถอนได้หากผู้ที่มีอำนาจในการกระทำนั้นได้กระทำไปโดยไม่ได้นำข้อพิจารณาในประเด็นใดๆ ที่เกี่ยวข้องและจำเป็นตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายมาใช้ประกอบการทำคำสั่ง หรือได้พิจารณาในข้อพิจารณาที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่กำลังพิจารณาดังกล่าว (*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corpn* [1948])⁶⁶

5. ความไร้เหตุผลอย่างชัดเจน (manifest unreasonableness) การกระทำของฝ่ายปกครองหรือการออกกฎใดอาจถูกศาลสั่งให้เป็นโมฆะได้หากพบว่าการนั้นเป็นการที่ไร้เหตุผลอย่างชัดเจน โดยอาจมีการพิจารณาพร้อมกับมูลเหตุต่างๆ ช้องคั่นด้วย (*Boddington v British Transport Police* [1999])⁶⁷

6. สิทธิมนุษยชน (human rights) กฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองจะต้องมีความสอดคล้องมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้กับสิทธิที่ได้รับการรับรองโดย *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* แต่อาจไม่นำมาปรับใช้กับการกระทำทาง

⁶³ Ibid . p.180 .

⁶⁴ Ibid . p.181 .

⁶⁵ Ibid . p.186 .

⁶⁶ Ibid . p.188 .

⁶⁷ Ibid . p.190 .

ปกครองที่ไม่อาจทำได้โดยทางอื่น หรือกรณีที่กฎหมายแม่บทหรือเป็นการบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมาย⁶⁸

7. หลักความมีสัดส่วนกัน (proportionality) เป็นหลักการที่กำหนดสัดส่วนที่พอเหมาะกันระหว่างเป้าหมายและวิธีการที่ใช้ ซึ่งเป็นหลักการที่ศาลนำมาใช้เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันระหว่าง Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms และกฎหมายของสหภาพยุโรป (European Union law) ซึ่งหลักการนี้ยังเป็นหลักการที่มีการพัฒนาอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ⁶⁹

2) หลักการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ออกกฎต่อ (sub-delegated legislation)

การมอบอำนาจต่อในประเทศอังกฤษกระทำได้เพียงใดนั้น จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายแม่บท การมอบอำนาจมีทั้งเป็นการมอบอำนาจทั่วไป (เท่าอำนาจที่มีอยู่ของผู้มอบ) การมอบอำนาจในบางเรื่อง หรือมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไข เช่น

- ใน Greater London Authority Act 1999 ที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับระเบียบบริหารราชการในกรุงลอนดอน โดยใน s.38 (1)⁷⁰ ได้กำหนดเกี่ยวกับการมอบอำนาจของนายกเทศมนตรี (Mayor) ไว้ โดยอาจมอบอำนาจอย่างใด ๆ ที่มีอยู่ตามกฎหมายนี้ให้แก่ผู้รับมอบอำนาจอื่น ทั้งที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนเอง หรือให้แก่หน่วยงานอื่น (38 (2)) ซึ่งรวมถึงอำนาจในการตราข้อบังคับด้วย

- ในมาตรา 7 (Exercise and delegation of functions) ของ Licensing Act 2003 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเปิดปิดสถานบริการ การจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ได้กำหนด

⁶⁸ Ibid . p.199 .

⁶⁹ Ibid . p.203 .

⁷⁰ 38.—(1) Any function exercisable on behalf of the Authority by the Mayor shall also be exercisable on behalf of the Authority by any of the bodies or persons specified in subsection (2) below, if or to the extent that the Mayor so authorises, whether generally or specially, and subject to any conditions imposed by the Mayor.

(2) Those bodies and persons are—

- (a) the Deputy Mayor;
- (b) any member of staff of the Authority;
- (c) Transport for London;
- (d) the London Development Agency;
- (e) the Common Council;
- (f) any local authority.

เรื่องการมอบอำนาจของผู้อนุญาต ในอำนาจหน้าที่ต่างๆ ให้แก่คณะอนุกรรมการ (licensing committee) ที่จัดตั้งขึ้นได้ เช่น การออกกฎเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคำขอ (s. 9(3)) เป็นต้น⁷¹

- Pensions Act 2004 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบำเหน็จบำนาญหลังเกษียณอายุการทำงาน ใน Schedule 1 Part 4 s 20(1)⁷² ได้ให้อำนาจคณะกรรมการกองทุนในการมอบอำนาจให้แก่ผู้บริหารของกองทุน เจ้าหน้าที่ หรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นในการทำหน้าที่แทนในเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็ได้ หรืออาจให้คณะกรรมการในการวางข้อกำหนดในการทำหน้าที่ (Schedule 1 Part 4 s 20(3)) หรือรัฐมนตรีอาจออกระเบียบอนุญาตกำหนดเรื่องและบุคคลผู้รับมอบอำนาจที่คณะกรรมการอาจมอบอำนาจให้ในการดำเนินการนั้นๆ ได้ (Schedule 1 Part 4 s 21(e))⁷³ เป็นต้น

3) หลักการเกี่ยวกับภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden)⁷⁴

ประเทศอังกฤษได้มีการผ่านกฎหมายมาฉบับหนึ่งคือ Regulatory Reform Act 2001 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนา ยกเลิก และปรับปรุงกฎหมายที่ยุ่งยาก ล้าสมัย และไม่จำเป็นออกไป โดยวัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ก็คือการลดภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden) เพื่อให้เกิดความสะดวก ลดภาระทั้งในส่วนของผู้ที่ต้องออกกฎและผู้ต้องปฏิบัติตามกฎ ดังนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงได้จำกัดความหมายของคำว่า “ภาระ” (burden) ไว้ในมาตรา 1(1) ว่า

- ข้อห้าม ข้อกำหนด หรือเงื่อนไข (a restriction, requirement or condition)

⁷¹ 9 Proceedings of licensing committee

(3) Subject to any such regulations, each licensing committee may regulate its own procedure and that of its sub-committees.

⁷² 20 (1) The Regulator may authorise—

(a) any executive member of the Regulator,
 (b) any other member of the staff of the Regulator, or
 (c) any of its committees (other than the appointments committee, the Determinations Panel and any of that Panel’s sub-committees), to exercise, on behalf of the Regulator, such of its functions, in such circumstances, as the Regulator may determine.

(3) The Regulator may authorise the appointments committee to exercise the power under paragraph 18 to determine the committee’s own procedure (including quorum).

⁷³ 21 The Secretary of State may make regulations—

(e) permitting the Regulator in prescribed circumstances to delegate to prescribed persons prescribed functions of the Regulator.

⁷⁴ Executive Summary (Cabinet Office), Review of the Regulatory Reform Act 2001, from www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/

- มาตรการในการลงโทษของการละเลยการไม่ปฏิบัติตามข้อห้าม ข้อกำหนด หรือเงื่อนไข
- การจำกัดอำนาจใดๆของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมาย แต่ไม่รวมถึงภาระที่มีผลกระทบเฉพาะที่เกิดแก่รัฐมนตรี (Minister of the Crown) หรือส่วนราชการ (government department)⁷⁵

ใน Regulatory Reform Act 2001 กำหนดกรอบการปรับปรุงกฎหมายไว้ โดยจะต้องทำเป็นคำสั่งในรูปแบบของ Regulatory Reform Order ซึ่งได้กำหนดขั้นตอนในการทำคำสั่งไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองชนิดหนึ่ง การลดภาระอันเกิดจากการออกกฎโดยวิธีนี้เป็นประโยชน์ทั้งต่อผู้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย เท่าที่ผ่านมาก็ได้มีการออกคำสั่งประเภทนี้เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ เช่น

-Regulatory Reform (Sunday Trading) Order 2004 กำหนดเกี่ยวกับการแจ้งเวลาเปิดปิดของตลาดขนาดใหญ่ทั่วประเทศ โดยไม่ต้องให้รัฐบาลท้องถิ่น (local government) เป็นผู้กำหนดเป็นแห่งๆ

-Regulatory Reform (Fire Safety) Order 2005 เป็นคำสั่งให้ปรับปรุงกฎหมายให้มาตรการการป้องกันอัคคีภัยเป็นไปตามมาตรฐานของข้อกำหนดของสหภาพยุโรป

-Regulatory Reform (Gaming Machines) Order 2003 ซึ่งยกเลิกข้อกำหนดเดิมและใช้ข้อกำหนดใหม่เกี่ยวกับการใช้เหรียญในการเล่นการพนัน เป็นต้น⁷⁶

4) หลักการเกี่ยวกับความชัดเจนของเนื้อหาของกฎ⁷⁷

ในประเทศอังกฤษ มีหลัก common law ที่เกี่ยวกับการร่างกฎหรือกฎหมายประการหนึ่งคือ การใช้ภาษากฎหมายนั้นจะต้องมีความเรียบง่าย plain meaning ซึ่งเป็นหลักที่ศาลใช้ตีความกฎหมายโดยให้ความหมายของคำในกฎหมายเป็นความหมายธรรมดาที่มีอยู่ในพจนานุกรม ซึ่งหลักการดังกล่าวก็มีผลเป็นอย่างมากในการร่างกฎหมายจนถึงปัจจุบันที่ทำให้กฎหมายต้องเขียนด้วยภาษาที่เข้าใจได้ ไม่คลุมเครือ⁷⁸

นอกจากจะต้องมีความชัดเจนในเรื่องของภาษาแล้ว วัตถุประสงค์ เป้าหมาย และเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับกฎก็ต้องมีความชัดเจนด้วยเช่นกัน กฎมีความสำคัญอย่างมากในการบริหารประเทศ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดทั้งต่อรัฐบาลและประชาชนผู้ต้องถูกบังคับใช้กฎ ในปี 1997 ได้มีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาชุดหนึ่ง มีชื่อว่า

⁷⁵ Ibid . p.11 .

⁷⁶ Ibid .pp.14-15 .

⁷⁷ Better Regulation Task Force, Principles of Good Regulation . from <http://www.brta.gov.uk>

⁷⁸ Ibid . pp.8-9 .

The Better Regulation Task Force เป็นองค์กรอิสระในการให้คำแนะนำแก่รัฐบาลในการออกกฎ และการบังคับใช้กฎ คณะทำงานคณะนี้ได้กำหนดหลักการของกฎที่ดี (principles of good regulation) ที่การออกกฎจะต้องมีการพิจารณาเสมอไว้ 5 ประการ เพื่อให้เป็นแนวทางในการออกกฎเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการแก้ไขปัญหาและมีประสิทธิภาพ ได้แก่⁷⁹

- สัดส่วน (Proportionality)
- ความรับผิดชอบ (Accountability)
- ความสอดคล้องกัน (Consistency)
- ความโปร่งใส (Transparency)
- มุ่งสู่เป้าหมาย (Targeting)

ความชัดเจนต้องเริ่มมาจากแนวนโยบาย วัตถุประสงค์ ผู้รับผิดชอบ การดำเนินการ และเป้าหมาย รัฐบาลได้ให้ความเห็นชอบในหลักการดังกล่าว และได้นำหลักการเหล่านี้มาบรรจุไว้ในแนวทางการประเมินผลอันเกิดจากการออกกฎ (Guide to Regulatory Impact Assessment) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการออกกฎ

1. สัดส่วน (Proportionality)
 - ต้องมีความเหมาะสมกันระหว่างปัญหาและการแก้ไข (ส่วนที่ได้พอเหมาะกับส่วนที่เสีย)
 - ต้องมีการพิจารณาถึงตัวเลือกอื่นๆของวิธีการแก้ไขปัญหาที่อาจได้ผลมากกว่าและถูกกว่า
2. ความรับผิดชอบ (Accountability)
 - ผู้ออกกฎต้องสามารถอธิบายถึงความจำเป็นในการมีกฎและต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบจากสาธารณะได้
 - ต้องกำหนดมาตรฐานที่ชัดเจนในการวัดผลของความสำเร็จของการออกกฎ
 - ต้องมีความรับผิดชอบในแต่ละชั้นอย่างชัดเจน
3. ความสอดคล้องกัน (Consistency)
 - ผู้ที่มีหน้าที่ออกกฎจะต้องมีการประสานงานกันระหว่างหน่วยงาน
 - ถ้าเป็นกฎที่มีหลักการใหม่ต้องมีการพิจารณาถึงกฎที่มีอยู่แล้ว กฎที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการ และข้อกำหนดของสหภาพยุโรปด้วย
 - มีการบังคับใช้ที่สอดคล้องกันทั่วประเทศ
4. ความโปร่งใส (Transparency)

⁷⁹ Ibid . pp.1-6 .

- แนวนโยบาย วัตถุประสงค์ ต้องมีการจำกัดความให้ชัดเจน ด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย ผ่านช่องทางสื่อสารที่สามารถถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องได้
- ต้องมีการจัดให้มีการระดมการรับฟังความคิดเห็นที่มีประสิทธิภาพเพื่อเป็นการประกันว่าได้มีการพิจารณาถึงความเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องและความเห็นของผู้เชี่ยวชาญแล้ว
- กฎต้องมีความชัดเจน ไม่ซับซ้อน มีลักษณะที่เป็นการแนะนำการปฏิบัติ เขียนด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย
- ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของกฎใด ควรต้องทราบถึงหน้าที่ พร้อมด้วยกฎหมายและแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุดแยกไว้ต่างหากด้วย
- ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับของกฎจะต้องได้ทั้งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎ
- ต้องมีการระบุผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎให้ชัดเจน

5. ถูกเป้าหมาย (Targeting)

- กฎนั้นจะต้องมุ่งเข้าสู่ปัญหานั้นๆ และหลีกเลี่ยงวิธีการแก้ปัญหาแบบยิงกราด (a scattergun approach)
- ควรปรับคำแนะนำไปตามกลุ่มเป้าหมายที่มีความต้องการแตกต่างกัน
- ควรมีวิธีการที่ชัดเจนและเป็นระบบในการประเมินว่ากฎฉบับใดยังมีความจำเป็นและมีประสิทธิภาพอยู่หรือไม่ หากไม่แล้วควรจะต้องมีการแก้ไขหรือยกเลิกไป

3.2.2 การออกกฎในประเทศแคนาดา

(1) ระบบกฎหมายเบื้องต้นในประเทศแคนาดา

แคนาดาเป็นประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยรัฐสภา โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Elizabeth II) หัวหน้าฝ่ายบริหารของประเทศได้แก่นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร (The House of Commons) นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (Governor General) (ซึ่งเป็นการแต่งตั้งตามความประสงค์ของนายกรัฐมนตรี) ซึ่งฝ่ายบริหารชุดนี้จะเข้าสาบานตนเป็นสมาชิกของคณะองคมนตรี (Privy Council of Canada) ซึ่งจะเรียกบุคคลเหล่านี้ว่า Ministers of the Crown

รัฐสภาประกอบไปด้วยพระราชินี (The Queen) สภาผู้แทนราษฎร (The House of commons) ซึ่งมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภา (Senate) ซึ่งมาจากการแต่งตั้ง ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศตามรัฐธรรมนูญ

แคนาดา มีระบบกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศหนึ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลท์ (Commonwealth) ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ แต่มีเพียง Quebec เท่านั้นที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ เพราะเคยเป็นอาณานิคมของประเทศฝรั่งเศสมาก่อน ทั้งสองระบบอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของประเทศ (Constitution of Canada) ซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของระบบกฎหมาย

Constitution of Canada เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กฎหมายทุกฉบับจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ รัฐธรรมนูญของแคนาดาประกอบด้วยกฎหมายสามส่วนหลัก คือ

1. The Constitution Act, 1867 ซึ่งกำหนดระบบพื้นฐานของการบริหารราชการแผ่นดินและอำนาจในการตรากฎหมาย แบ่งระบบบริหารราชการแผ่นดินออกเป็นสองส่วน คือ federal government กับ provincial government ซึ่งจะมีการใช้อำนาจในการออกกฎหมายตามที่กำหนดไว้

2. Constitution Act, 1982 เป็นหลักสำคัญในเพิกถอนกฎหมายใดๆ ที่ขัดหรือแย้งกฎหมายรัฐธรรมนูญ และ

3. Canadian Charter of Rights and Freedoms เป็นหลักกฎหมายกำหนดหลักการของสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และวางกรอบข้อจำกัดในการตรากฎหมายของรัฐบาล⁸⁰

(2) ประเภทของกฎหมายในประเทศแคนาดา

กฎหมายเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมาย (กฎหมายลำดับรอง) มีผลบังคับผูกพันเช่นเดียวกับกติกากับพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ซึ่งมีการบังคับใช้เป็นการทั่วไปมากกว่าจะบังคับใช้โดยเฉพาะเจาะจงกับผู้ใดผู้หนึ่งหรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่ง อย่างไรก็ตาม กฎ ก็ไม่ได้ออกโดยรัฐสภา แต่เป็นการที่รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ผู้ใดหรือองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายนั้น เช่น ผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council)⁸¹ รัฐมนตรี (Minister) หรือส่วนราชการใด โดยอำนาจที่ว่านี้ต้องมีกำหนดไว้ในกฎหมายแม่บทกำหนดให้สามารถออกกฎหมายได้ (enabling Acts) พระราชบัญญัติโดยทั่วไปจะวางกรอบของมาตรการในการออกกฎหมาย และมอบอำนาจในอันที่จะกำหนดรายละเอียดโดยผ่านกฎระเบียบดังกล่าวไว้

กฎหมายโดยส่วนมากมาจากกฎหมายแม่บทเป็นตัวกำหนดให้ออก แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายแม่บทเองบางครั้งก็กำหนดให้อำนาจในการออกเอกสารอันมีผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับกฎ แต่อาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่น เช่น ข้อบัญญัติ (by-laws) กฎ (rules) ข้อกำหนด

⁸⁰ ที่มา www.wikipedia.org

⁸¹ เป็นรูปแบบการอำนาจของฝ่ายบริหารแบบหนึ่ง ซึ่งจะพบในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ เป็นการใช้อำนาจในนามของกษัตริย์โดยคณะองคมนตรี (Privy Council)

(ordinances) หรือคำสั่ง (orders) ซึ่งโดยปกติรูปแบบของเอกสารเหล่านี้ก็มีกระบวนการออกที่คล้ายกัน และอยู่ภายใต้นโยบายและหลักกฎหมายอันเดียวกันด้วย⁸²

โดยทั่วไปมีกฎอยู่สามประเภทใหญ่ๆ คือ⁸³

1. กฎที่ออกโดย Governor in Council (GIC) เป็นกฎชนิดที่ต้องออกโดยผ่าน ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General)⁸⁴ โดยคำแนะนำของ คณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ซึ่งกฎโดยส่วนมากจะเป็นกฎที่ออกในลักษณะนี้)

2. กฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ซึ่งเป็นกฎที่ออกโดยรัฐมนตรีผู้มีอำนาจออกกฎ

3. กฎตามข้อ 1 หรือ ข้อ 2 ดังกล่าวที่มีผลต่อการใช้งบประมาณต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

(3) กรอบกฎหมายสำหรับกฎ (Legal framework)

อำนาจในการออกกฎนั้นไม่ได้มีอยู่อย่างเสรี มีหลักกฎหมายซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ กฎหมายหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่เกี่ยวกับการออกกฎก็คือ Statutory Instrument Act⁸⁵ และกฎที่ออกภายใต้กฎหมายดังกล่าวคือ Statutory Instrument Regulations ซึ่งกฎหมายทั้งสองได้วางข้อกำหนดเบื้องต้นสำหรับการออกกฎไว้ คือ

1. การตรวจสอบทางกฎหมาย (Legal examination)
2. การจดทะเบียน (Registration)
3. การจัดพิมพ์ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette)

หากกฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น กฎนั้นก็ต้องออกมภายในกรอบอำนาจตามที่กฎหมายแม่บทอนุญาตไว้ และต้องไม่เป็นการขัดแย้ง หรือจำกัด หรือขยายกรอบดังกล่าวเมื่อมีการบังคับใช้กฎแล้ว⁸⁶

(4) กรอบนโยบายสำหรับกฎ (Policy framework)

⁸² Privy Council Office . (2001) . **Guide to Making Federal Acts and Regulation** (2 nd ed) .p .176 .

⁸³ Privy Council Office .(2001) . The Regulatory Process. Retrieved June 5 , 2006,from

<http://www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srdc>

⁸⁴ ตำแหน่งดังกล่าวถือว่าเป็นตำแหน่งผู้แทนพระองค์ ซึ่งประเทศแคนาดาถือเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศคอมมอนเวลด์ อยู่ภายใต้พระราชินีองค์เดียวกัน (Queen Elizabeth II) ซึ่งทำหน้าที่ในฐานะผู้แทนพระองค์ในการเป็นประมุขของประเทศ ซึ่งแต่งตั้งโดยพระราชินีโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของประเทศแคนาดา ผู้สำเร็จราชการแทนคนปัจจุบันคือ Michaëlle Jean

⁸⁵ <http://laws.justice.gc.ca/en/s-22/260890.html>

⁸⁶ **Guide to Making Federal Act and Regulation** . p .177 .

รัฐบาลแคนาดาได้วางนโยบายกรอบใหญ่สำหรับการออกกฎของประเทศไว้ โดยมีวัตถุประสงค์ให้การออกกฎนั้นเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศและสังคม โดยกำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจออกกฎจะต้อง⁸⁷

1. จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน รวมทั้งประชาชนต้องมีโอกาสในการพัฒนาแก้ไข กฎระเบียบและในกระบวนการร่างด้วย
 2. ต้องแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่มีอยู่ กระบวนการป้องกันของรัฐที่เหมาะสม และการออกกฎจะเป็นทางเลือกที่ดีที่สุด
 3. ประโยชน์ที่ได้เมื่อเทียบต้นทุนที่ต้องเสียไป
 4. ผลกระทบที่เกิดขึ้นกับเศรษฐกิจต่อความสามารถในการสร้างรายได้และการจ้างงาน ได้ถูกจำกัดให้น้อยที่สุดและไม่มีการออกกฎใดที่ไม่จำเป็น
 5. ได้มีการพิจารณาถึงข้อตกลงระหว่างประเทศและระหว่างรัฐบาล รวมทั้งการเปิดโอกาสให้เกิดความร่วมมือระหว่างรัฐบาลและองค์กรอื่นด้วย
 6. กระบวนการที่ตามมาภายหลังการออกกฎในการจัดการให้เป็นไปตามกฎที่มีประสิทธิภาพ
 7. ข้อกำหนดอื่นๆ เช่น มติคณะรัฐมนตรีอันเกี่ยวกับนโยบายและการออกกฎ
- ในการออกกฎนั้นจะมีคณะกรรมการพิเศษ (The Special Committee of Council) ซึ่งเป็นคณะกรรมการของคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำ แนวทาง สนับสนุนให้มีการปฏิบัติตามแนวนโยบายของหน่วยงานที่เป็นผู้ออกกฎ รวมทั้งติดตามประสิทธิภาพของนโยบายดังกล่าวด้วย

(5) กระบวนการออกกฎ

ในการออกกฎของประเทศแคนาดามีขั้นตอนต่างๆ ดังนี้

1) ขั้นตอนการร่าง

การออกกฎนั้นไม่ได้เรื่องของอำนาจเท่านั้น แต่จะต้องเป็นไปตามแนวนโยบายในเรื่องกฎด้วย รวมทั้งการให้ข้อมูลซึ่งปัญหาและความเสี่ยงที่มีอยู่ ซึ่งทำให้รัฐบาลมีความจำเป็นต้องเข้ามาจัดการในเรื่องดังกล่าว และการออกกฎนั้นเป็นทางเลือกที่ดีที่สุดอีกด้วย ก่อนที่จะมีการออกกฎเกี่ยวกับเรื่องใดหรือกิจการใด หน่วยงานเจ้าของเรื่องต้องทำการประเมินวิธีการแก้ปัญหาทั้งหมดที่เป็นไปได้ในการบรรลุวัตถุประสงค์ของนโยบาย หากได้ข้อสรุปว่ามีความจำเป็นต้องมีกฎ หน่วยงานนั้นต้องมีกระบวนการวางแผน วิเคราะห์ และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นตามแนวนโยบายการออกกฎ (Regulatory Policy) จากนั้นหน่วยงานก็จะทำการร่างโดยกองงานกฎหมายภายในเองหรืออาจได้รับความช่วยเหลือจาก กองงานด้านกฎระเบียบ (The Regulation

⁸⁷ Ibid . pp. 178-179 .

Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) นอกจากนี้ หน่วยงานนั้นต้องร่างเอกสารชนิดหนึ่งที่เรียกว่า รายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAs)) โดยจะต้องประกอบไปด้วย

- ส่วนต่างๆ ของข้อเสนอให้มีกฎ รวมทั้งปัญหา สถานการณ์ ที่เกี่ยวข้อง และวิธีการในการบรรลุวัตถุประสงค์
- ตัวเลือกของกฎว่าได้รับการพิจารณาอย่างไร
- วิธีการของการรับฟังความคิดเห็น และสิ่งที่ประชาชนควรต้องทราบ
- การคาดการณ์ต้นทุนและผลประโยชน์ที่จะได้รับการออกกฎ
- ข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะของหน่วยงานอื่นๆ
- ส่วนประกอบอื่นๆที่จะทำให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎได้ภายหลังจากที่กฎนั้นมีผลบังคับแล้ว
- วิธีการในการประเมินประสิทธิภาพของกฎ

RIAs ได้กลายเป็นเอกสารที่เผยแพร่ต่อสาธารณะ ช่วยให้รัฐบาลมีความรับผิดชอบต่อประชาชนชาวแคนาดาและรัฐสภาในการในอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองมากขึ้นด้วย⁸⁸

2) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice)

หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องส่งร่างที่เสนอพร้อมด้วยเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยัง กองงานด้านกฎระเบียบ (Regulation Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) เพื่อตรวจสอบว่า กฎนั้นได้มีการให้อำนาจจากกฎหมายแม่บทหรือไม่ กฎนั้นไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจที่ผิดปกติหรือนอกเหนือความคาดหมายของอำนาจที่อนุญาต กฎนั้นต้องไม่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่สมควร และรูปแบบและการร่างของกฎเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้ โดยเมื่อได้ตรวจสอบหากพบปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายก็จะรายงานไปยังหน่วยงานเจ้าของเรื่องนั้น และมีประเด็นปัญหากฎหมายที่สำคัญ ก็จะรายงานข้อสังเกตไปยังเลขาธิการคณะองคมนตรี (Clerk of the Privy Council) กฎที่ออกมาโดยไม่ผ่านการตรวจสอบของกองงานด้านกฎระเบียบยังไม่ถึงการสิ้นสุดผลบังคับ แต่เลขาธิการคณะองคมนตรีอาจปฏิเสธการจดทะเบียนและคณะผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council) โดยคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมนิยม อาจเพิกถอนกฎนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนได้

หากพิจารณาแล้วเห็นเป็นไปตามขอบข่ายทุกประการ ก็จะส่งกลับไปให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องเพื่อส่งให้รัฐมนตรีต้นสังกัดลงนาม

3) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยสำนักงานกิจการกฎระเบียบและพระบรมราชโองการ (Regulatory Affairs and Orders in Council Secretariat (RAOIC)) (ครั้งที่ 1)

⁸⁸Ibid . pp.180-183 .

RAOIC เป็นหน่วยงานอยู่ภายใต้สำนักเลขาธิการคณะองคมนตรี (Privy Council Office) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่สนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) โดยจะทบทวนความสอดคล้องกับแนวนโยบายของการออกกฎ (Regulatory Policy) มติคณะรัฐมนตรี (Cabinet Directive) ความสอดคล้องกับเศรษฐกิจ สังคม และแนวนโยบายท้องถิ่น และทำบันทึกสรุปเกี่ยวกับหลักการ ผลกระทบ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับร่างกฎ ให้แก่รัฐมนตรีในคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) ผู้ที่มีหน้าที่อย่างเด็ดขาดว่าจะเห็นชอบด้วยกับร่างกฎนั้นหรือไม่

4) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ครั้งที่ 1)

ในเบื้องต้นที่ร่างกฎได้ส่งมายังคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) โดยปกติรัฐมนตรีต้นสังกัดก็จะเสนอให้ที่ประชุมอนุมัติให้มีการเผยแพร่ก่อน (pre-publication) โดยตีพิมพ์ลงในราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette) โดยจะมีการจัดพิมพ์รายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS)) ไปพร้อมกันด้วย ภายหลังจากการตีพิมพ์แล้วบุคคลที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องมีเวลา (ซึ่งโดยปกติประมาณ 30 วัน) ในการแสดงความคิดเห็นต่อร่างกฎที่ออกตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี หรือระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นนี้อาจกำหนดไว้โดยกฎหมายแม่บท และถ้ากฎนั้นเป็นกฎที่ต้องพิจารณาข้อตกลงระหว่างประเทศ จะต้องจัดให้มีระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นตามกระบวนการนี้อย่างน้อย 75 วัน

การเผยแพร่ก่อนนี้มีวัตถุประสงค์ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทราบข้อวิจารณ์โดยตรงจากสาธารณะอันเกี่ยวกับปรับปรุงร่างนั้น หากมีผลทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขร่าง หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องส่งร่างที่มีการแก้ไขแล้วนั้นกลับไปให้กระทรวงยุติธรรมเพื่อทบทวนและให้ความเห็นชอบอีก บางกรณีอาจมีการขอให้ยกเว้นการเผยแพร่ก่อน หรือระยะเวลาในการแสดงความคิดเห็นอาจน้อยกว่า 30 วัน ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับพิจารณาของคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

5) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยสำนักงานกิจการกฎระเบียบและพระบรมราชโองการ (Regulatory Affairs and Orders in Council Secretariat (RAOIC)) (ครั้งที่ 2)

ร่างกฎที่ผ่านขั้นตอนการเผยแพร่ก่อนแล้วจะส่งต่อมาให้ RAOIC ทำการตรวจสอบลักษณะทั่วไปของข้อคิดเห็นที่ได้ในระหว่างการเผยแพร่ก่อน การตอบรับของหน่วยงานเจ้าของเรื่องต่อข้อเสนอเหล่านั้น และจะจัดทำบันทึกสรุปเรื่องราวเพื่อส่งไปยังคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board)

6) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยคณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) (ครั้งที่ 2)

ในขั้นนี้ คณะกรรมการการคลัง (Treasury Board) จะพิจารณาถึงผลของการรับฟังความคิดเห็นจากขั้นตอนที่แล้วและพิจารณาว่าจะให้ความเห็นชอบในร่างสุดท้ายนั้นหรือไม่ ซึ่งหากเห็นชอบ ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General) ก็จะลงนามในร่างและลงทะเบียนไว้ ซึ่ง

โดยปกติกฎนั้นจะมีผลทันทีหลังจากได้ลงทะเบียนไว้ ซึ่งต้องลงทะเบียนภายในเจ็ดวันภายหลังจากได้รับความเห็นชอบครั้งสุดท้าย Statutory Instrument Act ได้กำหนดให้ต้องส่งกฎนั้นต่อไปให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Clerk of the Privy Council) ภายในเจ็ดวันหลังจากได้ออกกฎนั้นเพื่อลงทะเบียนกฎ เว้นแต่ กฎชนิดใดที่ Statutory Instrument Regulations ยกเว้นไว้เนื่องจากอาจมีจำนวนมาก โดยทำการบันทึกชนิดเรื่องของกฎ วันที่ออก วันที่จดทะเบียน และกำหนดเลขไว้ด้วย และกำหนดให้ตีพิมพ์กฎนั้นไว้ในส่วนที่ 2 (Part II) ของราชกิจจานุเบกษา (Canada Gazette) ภายใน ๒๑ วัน หลังจากที่มีการลงทะเบียนกฎนั้น กฎบางชนิดอาจได้รับยกเว้นไม่ต้องตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา การละเลยไม่ตีพิมพ์กฎดังกล่าวไม่ถึงกับเป็นผลให้กฎนั้นสิ้นผลไป แต่อาจมีผลให้ไม่อาจมีการดำเนินคดีหรือไม่อาจมีการละเมิดต่อกฎดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นผลมาจากหลักนิติธรรม (rule of law) ซึ่งข้อความในกฎหมายต้องเป็นที่รู้ได้ ไม่เป็นความลับ กฎใดไม่ได้ตีพิมพ์ย่อมสันนิษฐานได้ว่าประชาชนย่อมไม่รู้ถึงสิทธิและความรับผิดชอบของตนภายใต้กฎนั้น

7) ขั้นตอนการตรวจสอบโดยรัฐสภา (parliamentary scrutiny)

คณะกรรมการร่วมประจำ (The Standing Joint Committee for the Scrutiny of Regulation) จะตรวจสอบการใช้อำนาจของกฎเหล่านั้นแทนรัฐสภา (กำหนดไว้ในมาตรา 19 Statutory Instrument Act) ภายหลังจากที่มีการออกกฎนั้นแล้ว คณะกรรมการชุดดังกล่าวจะทำการตรวจสอบกฎในขอบข่ายที่สมาชิกวุฒิสภาและสภาล่างได้รับรองแล้วในแต่ละวาระของรัฐสภา โดยขอบข่ายบางเรื่องก็เป็นขอบข่ายอย่างเดียวกันที่กองงานด้านกฎระเบียบ (the Regulation Section) ของกระทรวงยุติธรรม (Department of Justice) ทำการตรวจสอบในชั้นการเสนอร่างของกฎ

ในกรณีที่คณะกรรมการร่วมประจำพบข้อบกพร่องในกฎฉบับใด ก็จะมีการแจ้งให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องทราบถึงปัญหาและวิธีแก้ไข หากหน่วยงานเจ้าของเรื่องไม่เห็นด้วยกับวิธีการแก้ปัญหาของคณะกรรมการ ก็อาจมีการรายงานถึงข้อสังเกตที่ควรได้รับการพิจารณาไปยังสภาทั้งสอง โดยหากกฎนั้นเป็นกฎที่ออกโดยผู้สำเร็จราชการ (Governor in Council) หรือรัฐมนตรี (minister) คณะกรรมการที่มีอำนาจในการร้องขอไปยังสภาล่าง (The House of Commons) ให้มีการปฏิเสธกฎ (disallowance) หากสภามีมติให้มีการปฏิเสธกฎใด มตินั้นก็จะกลายมาเป็นคำสั่งของสภา (Order of the House) สั่งให้ผู้สำเร็จราชการแทน (Governor General) หรือรัฐมนตรี (minister) ทำการเพิกถอนกฎดังกล่าวต่อไป⁸⁹

(6) หลักการในบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎของประเทศแคนาดา

1) หลักการที่เกี่ยวกับการออกกฎเกินอำนาจ (Ultra vires)

⁸⁹ Privy Council Office . The Regulatory Process. Retrieved June 5 , 2006, from <http://www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srdc> . pp. 1-3 .

Ultra vires เป็นภาษาละติน แปลตามตัวว่า เกินกว่าอำนาจ (beyond the power) เป็นหลักกฎหมายที่ใช้ปรับใช้เกี่ยวกับเรื่องของความสามารถ (capacity) ในการกระทำการต่าง ความสามารถที่พูดถึงนี้ก็คือความสามารถที่มีอยู่ตามกฎหมาย ถึงแม้ว่าระบบกฎหมายของประเทศแคนาดาจะได้รับมาจากประเทศอังกฤษ ดังนั้น หลักในการใช้ดุลพินิจของศาลในการใช้หลัก Ultra vires ในการพิจารณาว่าการกระทำของเกินขอบอำนาจหรือไม่จึงมีความคล้ายคลึงกัน

ในประเทศแคนาดาเป็นประเทศที่มีการปกครองแบบนิติรัฐ คือการปกครองประเทศด้วยกฎหมาย ความสำคัญของหลักนี้อยู่ที่ว่ารัฐ (ทุกระดับ) และรวมถึงองค์กรอื่นที่เป็นผู้ใช้อำนาจ จะกระทำการสิ่งใดได้ต้องมีกฎหมายกำหนดถึงความสามารถในการทำนั้นๆ ไว้ การใดๆ ที่ได้กระทำไปและไม่ได้อยู่ในความสามารถที่กำหนดไว้โดยกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจะถือว่าการนั้นเป็น Ultra vires รัฐธรรมนูญของประเทศแคนาดา (Constitution Act, 1867)⁹⁰ ได้แบ่งการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐออกเป็นสองส่วนคือ อำนาจรัฐบาลกลาง (federal government) และอำนาจรัฐบาลท้องถิ่น⁹¹ (provincial government) ซึ่งเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติส่วนที่ 6 ว่าด้วยการแบ่งอำนาจการตรากฎหมาย (Distribution of Legislative Powers) โดยมาตรา 91 จะเป็นการกำหนดขอบอำนาจในการตราของรัฐสภา และมาตรา 92 จะเป็นการกำหนดอำนาจในการตราของรัฐบาลท้องถิ่น การใช้อำนาจในการตราของรัฐบาลท้องถิ่นนี้ ต้องใช้อย่างเคร่งครัด หากมีการตราที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ เช่น เขตอำนาจในเรื่องต่างๆ แล้ว กฎหมายนั้นเป็นการเกินอำนาจ (ultra vires) ของรัฐธรรมนูญ⁹²

อำนาจในการตรากฎหมายที่กำหนดความผิดอาญา เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแต่เพียงผู้เดียว (s 91 (27)) รัฐบาลท้องถิ่นไม่มีอำนาจในการตราของกฎหมายใดๆ ที่กำหนดความผิดทางอาญา หรือกฎใดๆ ที่มีผลอย่างเดียวกันกับกฎหมายอาญา ดังเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสูงของแคนาดา (Supreme Court) ในคดี R. v. Morgentaler, [1993] 3 S.C.R. 463⁹³ ซึ่งรัฐบาลรัฐ Nova Scotia ได้ออกกฎหมายมาห้ามการทำแท้งในคลินิกอื่นนอกจากโรงพยาบาลที่กำหนดไว้ (Medical Services Act, R.S.N.S. 1989, c. 281) และระเบียบเกี่ยวกับการรณรงค์การเงินประกันตนในกรณีที่เกิดจากการทำแท้งที่กฎหมายดังกล่าวห้าม (Medical Services Designation Regulation, N.S. Reg. 152/89) ต่อมาได้ถูกดำเนินคดีอาญาอันเนื่องมาจากฝ่าฝืนเปิดคลินิกทำแท้ง ซึ่งจำเลยต่อสู้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้ออกมาโดยเกินอำนาจที่มีอยู่ของรัฐบาลท้องถิ่นอำนาจ (ultra vires)

⁹⁰ ที่มา <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html>

⁹¹ ที่มา www.wikipedia.org/wiki/Ultra_vires

⁹² The Constitution Act, 1867. Retrieved June 30, 2006, from <http://laws.justice.gc.ca/en/const/index.html> . pp. 20-24 .

⁹³ ที่มา <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/>

เนื่องจากการกำหนดมาตรการที่มีผลเกี่ยวกับความผิดอาญา (ซึ่งก่อนหน้านั้น ได้มีการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในความผิดที่เกี่ยวกับการทำแท้ง คือ ในคดี R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30 และศาลตัดสินว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับเนื่องจากขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานในความปลอดภัยของชีวิต) ศาลตัดสินว่า แม้ว่าการออกกฎหมายจะเป็นการออกกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับสุขภาพที่เป็นอำนาจที่โจทก์ทำได้ แต่เนื้อหาของกฎหมายก็เป็นการทำให้การกระทำของจำเลยเป็นความผิดอาญาขึ้นมา ซึ่งศาลเห็นว่าอำนาจในการออกกฎหมายอาญาเป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแต่ผู้เดียว การที่โจทก์ออกกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงเป็นการออกกฎหมายที่เกินขอบอำนาจ *ultra vires* ของโจทก์⁹⁴

ในคดี R. v. Sharma, [1993] 1 S.C.R. 650⁹⁵ เมืองโตรอนโตได้รับมอบอำนาจจากเทศบาลนครโตรอนโต (Municipality of Metropolitan Toronto) ให้เป็นผู้มีอำนาจในการให้ใบอนุญาตแก่ผู้ประกอบการค้าขายสินค้าข้างทางเท้า เมืองโตรอนโตได้ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ที่มีที่ดินติดอยู่ทางเท้า โดยออกเป็นข้อบัญญัติที่ 681-80 (By-law 618-80) จำเลยถูกฟ้องดำเนินคดีเพราะไม่มีที่ดินที่อยู่ติดทางเท้าและไม่ได้รับใบอนุญาต ในข้อหาไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา ศาลตัดสินว่า ข้อบัญญัติเทศบาลดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงการบทยัญญัติที่ให้อำนาจในการเลือกปฏิบัติในกรณีที่จำเป็นในการมอบอำนาจไว้ จึงเป็นการออกข้อบัญญัติที่เกินขอบอำนาจ (*Ultra vires*) ของกฎหมายแม่บท (Municipal Act) ข้อบัญญัติดังกล่าวใช้ไม่ได้⁹⁶

หลัก *Ultra vires* ไม่ได้นำมาใช้เฉพาะในเรื่องของการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาใช้ในส่วนของการกระทำใดๆ ของนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการ (corporation) ทั้งที่มีการจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หรือในรูปของบริษัท ซึ่งจะมีการแสดงวัตถุประสงค์ไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคล หรือกำหนดไว้ในหนังสือรับรองนิติบุคคล (memorandum company) หากนิติบุคคลเหล่านี้กระทำการใดๆ นอกเหนือไปจากวัตถุประสงค์ จึงเป็นการกระทำที่เกินความสามารถของนิติบุคคลนั้น เมื่อนำหลัก *Ultra vires* มาปรับใช้ จะมีผลคือการนั้นอาจไม่ผูกพันนิติบุคคลนั้น ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลสูงในคดี *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388⁹⁷ ซึ่งเป็นคดีที่โจทก์ซึ่งสถาบันให้กู้ยืม มีฐานะเป็นนิติบุคคล จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย (Communities Economic Development Fund Act) มีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือการค้าการลงทุนในชุมชนที่ห่างไกลในเมือง Manitoba โจทก์ออกข้อบัญญัติ (by-law) อนุมัติเงินกู้ให้จำเลยซึ่งเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการ

⁹⁴ ที่มา <http://sec.lexum.umontreal.ca/en/>

⁹⁵ Ibid .

⁹⁶ Ibid .

⁹⁷ Ibid .

อยู่อีกเมืองหนึ่ง คือ Winnipeg ต่อมาจำเลยผิคนัดชำระเงินกู้ โจทก์ฟ้องให้บริษัทผู้กู้และกรรมการเป็นจำเลยเรียกเงินที่กู้ยืมคืน ศาลเห็นว่าการอนุมัติเงินให้กู้ยืมของโจทก์ฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ที่มีอยู่ในกฎหมายจัดตั้งอย่างชัดเจน การกระทำที่นอกเหนืออำนาจที่โจทก์มี (ultra vires) จำเลยไม่ต้องรับผิดชอบใช้คืนเงินกู้ยืมนั้น⁹⁸

2) หลักการที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ออกกฎต่อ (sub-delegated legislation)

การมอบอำนาจต่อในประเทศแคนาดานั้น จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนไว้ในกฎหมายแม่บท การมอบอำนาจมีทั้งเป็นการมอบอำนาจทั่วไป (เท่าอำนาจที่มีอยู่ของผู้มอบ) การมอบอำนาจในบางเรื่อง หรือมอบอำนาจแบบมีเงื่อนไข เช่น

- Auditor General Act. ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศแคนาดา ได้กำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (Auditor General of Canada) มีอำนาจในการมอบอำนาจให้แก่บุคคลใดในสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ใช้อำนาจภายในเงื่อนไขใดๆ แทนก็ได้ (s. 16.1(1))⁹⁹ ซึ่งผู้ที่ได้รับมอบอำนาจนี้ก็มีอำนาจในการมอบอำนาจที่มีอยู่ต่อให้กับผู้อื่นได้อีกด้วย (s. 16.1(2))

- Canada Wildlife Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการรักษาและอนุรักษ์สัตว์ป่า การใช้อำนาจตามกฎหมายฉบับนี้ทำได้โดยการออกกฎ (regulation) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสิ่งแวดล้อม (Minister of the Environment) สามารถมอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีอื่นซึ่งอำนาจของตนตามกฎหมายฉบับนี้ให้ใช้อำนาจนั้นแทนได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ได้ (s. 4.2 (2)) ซึ่งกฎรวมถึงอำนาจในการออกกฎด้วย¹⁰⁰

- Financial Administration Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงินการคลังของประเทศแคนาดา กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการการคลัง (The Treasury Board) สามารถมอบอำนาจหรือ

⁹⁸ Ibid .

⁹⁹ 16.1 (1) The Auditor General may authorize any person employed in his or her office to exercise and perform, in any manner and subject to any terms and conditions that he or she directs, any of his or her powers and functions in relation to human resources management

(2) Any person authorized under subsection (1) may, subject to and in accordance with the authorization, authorize one or more persons under that person's jurisdiction to exercise any power or perform any function to which the authorization relates

¹⁰⁰ 4.2 (1) The Minister may delegate to any minister of the Crown in right of Canada any power conferred on the Minister under this Act. The other minister may then exercise the power subject to any terms and conditions that the Minister specifies

(2) The other minister may delegate any power delegated under subsection (1) to any person employed in any department for which that other minister is responsible.

หน้าที่ที่มีอยู่เท่าที่เห็นสมควร (ซึ่งรวมถึงอำนาจในการออกกฎเพื่อปฏิบัติให้เป็นกฎหมายแม่บทฉบับนี้) ให้แก่ ประธานคณะกรรมการการคลัง (the President of the Treasury Board) เลขาธิการคณะกรรมการการคลัง (Secretary of the Treasury Board) กรมบัญชีกลาง (Comptroller General) เจ้าหน้าที่ในระดับผู้บริหารในส่วนกลาง ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายฉบับนี้ได้ (S.6(4))¹⁰¹

- Telecommunications Act ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมในประเทศ ผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลก็คือ คณะกรรมการวิทยุโทรทัศน์และโทรคมนาคม (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission) มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ห้าม หรือควบคุมการให้บริการโทรคมนาคมอันเป็นการรบกวนและไม่พึงประสงค์ โดยได้คำนึงถึงเสรีภาพของการแสดงความคิดเห็น (s. 41) หรืออาจมอบอำนาจเป็นหนังสือและระบุอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดในการกระทำการใดอันจะก่อให้เกิดการให้บริการที่มีประสิทธิภาพระหว่างโครงข่ายโทรคมนาคมด้วยกันให้แก่ผู้ใดได้ (s. 46.2)¹⁰² เป็นต้น

3) หลักการที่เกี่ยวกับเรื่องภาระอันเกิดจากการออกกฎ (regulatory burden)¹⁰³

เมื่อกล่าวถึงคำว่า ภาระอันเกิดจากกฎ (regulatory burden) นั้น ก็หมายถึงภาระที่เกิดแก่ผู้ต้องอยู่ภายใต้กฎนั่นเอง หากจะพิจารณาให้ดีในชีวิตประจำวันของคนในหลายประเทศ อย่างประเทศแคนาดานั้น มีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องอยู่เกือบทุกเรื่อง จากการศึกษาของ The Fraser Institute ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระในการศึกษาการเพิ่มผลผลิตในประเทศแคนาดา เรื่อง Canada's Regulatory Burden โดยได้ทำการศึกษาก่อนว่า กฎเกณฑ์ภายในประเทศมีผลกระทบต่อภาคเอกชนอย่างไรบ้าง

¹⁰¹ 6.(4) The Treasury Board may delegate to the President of the Treasury Board, to the Secretary of the Treasury Board, to the Comptroller General of Canada or to the deputy head or chief executive officer of any portion of the federal public administration any of the powers or functions it is authorized to exercise under any Act of Parliament or by any order made by the Governor in Council. It may make the delegation subject to any terms and conditions that it considers appropriate.

¹⁰² 46.2 (1) The Commission may, in writing and on specified terms, delegate any of its powers under section 46.1 to any person, including any body created by the Commission for that purpose.

(2) For the purposes of sections 62 and 63, a decision of a delegate is deemed to be a decision of the Commission.

(3) For greater certainty, a delegation of powers is a decision of the Commission

(4) The Commission may, in writing, revoke a delegation of powers. A revocation is deemed not to be a decision of the Commission.

¹⁰³ Canada's Regulatory Burden Agen. (2001). from www.fraserinstitute.ca.

กฎนั้นหมายถึง การกำหนดกฎเกณฑ์ใดๆ ที่ประสงค์ให้แก้ไขพฤติกรรมใดในทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยอำนาจรัฐ ซึ่งโดยปกติกฎเหล่านั้นจะเกี่ยวข้องกับ การกำหนดราคา การเก็บภาษี การเปิดเผยข้อมูล ข้อกำหนดเกี่ยวกับสินค้าและบริการ (เช่น คุณภาพ ความบริสุทธิ์ และความปลอดภัย) วิธีการในการดำเนินการ (เช่น การควบคุมมลภาวะ มาตรฐานเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยของพนักงาน) ซึ่งพบได้ทั้งที่เป็นกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง¹⁰⁴

ในแต่ละปีการออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์จำนวนมากหลายพันฉบับ ทั้งกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาลกลาง (federal government) และรัฐบาลท้องถิ่น (provincial governments) กฎเกณฑ์เหล่านี้มีผลต่อภาระของการดำเนินธุรกิจ ซึ่งต้องถือว่าภาระเหล่านั้นเป็นต้นทุน (cost) ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นต้นทุนสองประเภท คือ ต้นทุนโดยตรง (direct cost) และต้นทุนโดยอ้อม (indirect cost)

1. ต้นทุนโดยตรง (direct cost) ได้แก่ ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากกระบวนการออกกฎ และค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติตามกฎ (compliance) กฎนั้นมีผลต่อชีวิตประจำวันของประชาชนโดยทั่วไป เช่น สิ่งที่ได้ยินได้ฟังจากวิทยุ ราคาและคุณภาพของอาหาร ข้อกำหนดของรถยนต์ คนส่งจดหมาย ที่ที่สามารถดื่มและสูบบุหรี่ได้ หรือแม้กระทั่งข้อจำกัดในการใช้ทรัพย์สินของตนเอง เป็นต้น เหล่านี้เป็นต้นทุนที่สำคัญที่เป็นความรับผิดชอบของภาคเอกชนที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งก็หมายความว่าค่าใช้จ่ายในกระบวนการในการออกกฎที่เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายรัฐด้วย แต่ก็เป็นจำนวนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับต้นทุนทั้งหมดที่ภาคเอกชนจะต้องจ่ายไปในการปฏิบัติตามกฎนั้น

2. ต้นทุนโดยอ้อม (indirect cost) เช่น การจำกัดเสรีภาพในการใช้ทางเลือกที่ดีกว่า ปิดกั้นการใช้นวัตกรรมใหม่ การพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่ล้ำหน้า หรือการชะลอความสามารถในการผลิต ต้นทุนเหล่านี้เกิดขึ้นกับทุกคนทั่วไปและกลุ่มธุรกิจซึ่งมีความสำคัญและก็เป็นการยากที่จะประเมินค่าได้ เช่น การกำหนดให้ Health Canada แต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้รับรองตัวยาที่เชื่อว่ามีประสิทธิภาพและความปลอดภัย ซึ่งถ้าหากว่าไม่มีการรับรองดังกล่าว ก็จะไม่มียาเหล่านั้นในท้องตลาดเลย ซึ่งก็เท่ากับเป็นการตัดทางเลือกที่อาจเหมาะสมกับคนไข้บางประเภทมิให้ได้รับการรักษาจากยาดังกล่าว หรือในกรณีการพัฒนาวัตกรรมการใหม่ๆ ผู้ที่พัฒนา ก็จะพยายามหลีกเลี่ยงการพัฒนาที่อาจถูกระทบโดยผลของกฎ หรือการพัฒนาสิ่งที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานรัฐ จึงเป็นการไม่ส่งเสริมให้เกิดนวัตกรรมหรือผลิตภัณฑ์ใหม่เข้ามาสู่ท้องตลาด¹⁰⁵

ขอบข่ายของการออกกฎในประเทศแคนาดาแยกตามเรื่อง ได้ดังนี้¹⁰⁶

¹⁰⁴ Ibid. p 7 .

¹⁰⁵ Ibid. p 3 .

¹⁰⁶ Ibid. p 4 .

1. การสื่อสาร การกระจายเสียงวิทยุ โทรทัศน์ โทรคมนาคม โทรศัพท์ เคเบิลทีวี สัญญาณดาวเทียม
 2. สุขภาพและความปลอดภัย ควบคุมอาคาร สัตว์ พืช ความปลอดภัยในอาชีพ
 3. สิ่งแวดล้อม ควบคุมมลพิษ อากาศ น้ำทรัพยากรธรรมชาติ แร่ ป่าไม้ การใช้ที่ดิน การวางแผนและจัดโซน การอนุมัติ การพัฒนาพื้นที่
 4. คุ้มครองผู้บริโภค การเปิดเผยข้อมูล (ข้อมูลผลิตภัณฑ์) การบรรจุหีบห่อและฉลาก ชั่งตวง วัด
 5. สิทธิมนุษยชน กฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ การคุ้มครองสิทธิส่วนบุคคล
 6. ตลาดเงินและสถาบันการเงิน ธนาคาร บริษัทจัดการสินทรัพย์ กองทุนบำเหน็จบำนาญ ประกันภัย
 7. อาหารและการจัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์เกษตร การตลาดราคาระดับคุณภาพ การจำหน่ายโคเวตา
 8. แรงงาน เวลาทำงาน ค่าแรงขั้นต่ำ เงินสะสม
 9. การอนุญาตประกอบอาชีพ ใบรับรอง การฝึกงาน
 10. การปฏิบัติตามกรอบกฎหมาย การแข่งขันทางการค้า กฎหมายล้มละลาย กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา
 11. สุรา ส่วนประกอบ การขายและจัดจำหน่าย
 12. การควบคุมค่าเช่า
 13. วัฒนธรรมและนันทนาการ ภาษา (สองภาษา) กีฬา เนื้อหาของการแพร่ภาพและเสียง
 14. การขนส่ง การบิน แท็กซี่ รถบรรทุก การขนส่งระหว่างเมือง
- 4) หลักการที่เกี่ยวกับความชัดเจนในเนื้อหาของกฎ

กระบวนการออกกฎหมายของประเทศแคนาดา รัฐธรรมนูญ The Constitution Act, 1867 (Miscellaneous Provisions s 133) ได้กำหนดให้กระบวนการออกกฎหมายของรัฐบาลกลางต้องทำเป็นสองภาษา คือ ภาษาอังกฤษและภาษาฝรั่งเศส ซึ่งจะต้องทำพร้อมกัน จะทำเพียงฉบับภาษาใดภาษาหนึ่งแล้วนำมาแปลในภายหลังไม่ได้ กฎทั้งสองภาษาจะต้องมีการสื่อความที่ถูกต้องและชัดเจน ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎเอง¹⁰⁷

ส่วนเนื้อหาของกฎนั้น ได้มีการกำหนดไว้ตามแนวนโยบายของการออกกฎ (Government of Canada Regulatory Policy) ซึ่งได้รับอนุมัติโดยคณะรัฐมนตรีเมื่อเดือนพฤศจิกายน 1999 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้การออกกฎที่ออกโดยรัฐบาลกลางเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศ ซึ่งกำหนดให้หน่วยงานที่มีการเสนอกฎใหม่ต้องเขียนด้วยภาษาธรรมดา (plain language) ซึ่งจะต้องทำ

¹⁰⁷ The Constitution Act, 1867 . p. 33 .

ให้ผู้ต้องอยู่ในบังคับของกฎเข้าใจได้ง่าย ซึ่งหลักการเดียวกันนี้ก็นำไปใช้กับกระบวนการในการออกกฎในส่วนของการจัดทำรายงานผลวิเคราะห์ผลกระทบของกฎ (Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS)) เพื่อประกอบกระบวนการในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นด้วย¹⁰⁸

3.2.3 การออกกฎในประเทศฝรั่งเศส

(1) ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศส หรือชื่อเต็มคือสาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic) เป็นประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบกึ่งรัฐสภา คือ มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ มาจากการเลือกตั้ง มีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละ 7 ปี และเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี มีฝ่ายที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติคือรัฐสภา อันประกอบไปด้วยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (Assemblée Nationale) และวุฒิสภา (Sénat) ทำหน้าที่ผ่านกฎหมายและงบประมาณของประเทศ ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร มีศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการตัดสินข้อพิพาท โดยแบ่งตามลักษณะของข้อพิพาท คือ คดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง

การเสนอกฎหมายเข้าพิจารณา ผู้ที่เสนอได้ได้แก่รัฐมนตรี หรือสมาชิกรัฐสภา ซึ่งร่างกฎหมายที่รัฐมนตรีเสนอนั้นกฎหมายบังคับให้ต้องผ่านการพิจารณาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และเมื่อผ่านการพิจารณาแล้วก็จะส่งให้แก่ประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามและประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ยึดหลักนิติธรรม (rule of law) มีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดี มีระบบกฎหมายที่เรียกว่าซีวิลลอว์ หรือระบบประมวลกฎหมาย (หมายถึงกฎหมายนั้นมิที่มาจากกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก) โดยมีพื้นฐานมาจากกฎหมายโรมันศาลของประเทศฝรั่งเศส

(2) หลักทั่วไปเกี่ยวกับการตรากฎหมาย¹⁰⁹

กฎหมาย (loi) คือ กฎเกณฑ์ที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศบังคับใช้โดยประธานาธิบดี โดยมีมุ่งหมายให้มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไป ในที่นี้เมื่อกล่าวถึง “กฎหมาย” จะหมายถึงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ ส่วนกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นได้เองโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติจะเรียกว่า “กฎ” (règlement)

ปัจจุบันรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้แบ่งแยกอำนาจดังกล่าวโดยให้อำนาจตรากฎหมายเป็นของรัฐสภา และอำนาจออกกฎเป็นของฝ่ายบริหาร

¹⁰⁸ Privy Council Office.(1999).Government of Canada regulatory policy .from <http://www.pco-bcg.gc.ca> .p12 .

¹⁰⁹ มูลนิธิสถาบันวิจัยกฎหมาย . (2549). การปรับเปลี่ยนกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศไทย (รายงานฉบับสมบูรณ์).หน้า 152-155 .

1. อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภา

ก่อนปี ค.ศ. 1958 มีแนวคิดว่าการกฎหมายคือ “การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน” (expression de la volonté générale) โดยที่รัฐสภาเป็นผู้แทนของปวงชน กฎหมายจึงต้องตราขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติ และรัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้ในทุกๆ เรื่อง การที่รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายโดยไม่มีขอบเขตจำกัดนี้ทำให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการบริหารราชการแผ่นดินอย่างมาก กล่าวคือ เมื่อรัฐบาลจำเป็นต้องใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อบำบัดการให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลก็ต้องเสนอให้รัฐสภาตราเป็นกฎหมาย ซึ่งกระบวนการตรากฎหมายมีขั้นตอนมากมายและล่าช้าไม่ทันการ

ในการร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 จึงมีการเสนอแนวคิดที่รัฐสภาควรมีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญในระดับที่ต้องได้รับการพิจารณาและความเห็นชอบจากผู้แทนของปวงชนเท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่ง รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนรัฐบาลจะมีอำนาจตราเป็นกรทั่วไปในเรื่องอื่นๆ ทั้งหมดการแบ่งอำนาจใหม่นี้จะช่วยลดภาระในการพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐสภา ขณะเดียวกันรัฐบาลก็สามารถออกกฎเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎเกณฑ์ในเรื่องอื่นๆ ซึ่งจะทำให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความรวดเร็ว

ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 กำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมาย (loi) เป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน ๓ กรณี คือ

(ก) เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34

เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ถือเป็น “หลักการสำคัญ” (noyau) ของอำนาจตรากฎหมายของรัฐสภา มาตราดังกล่าวกำหนดเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายไว้สองกลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่หนึ่ง กฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ (“fixe les règles”) ในเรื่องสิทธิเสรีภาพ พลเมือง สัญชาติ ความผิดอาญา ภาษี การเลือกตั้ง การจัดตั้งองค์กรมหาชน หลักประกันข้าราชการพลเรือนและทหาร การแปรรูป

กลุ่มที่สอง กฎหมายที่วางหลักการพื้นฐาน (“détermine les principes fondamentaux”) ในเรื่อง การป้องกันประเทศ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การศึกษา กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน และหนี้ ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แรงงาน ประกันสังคม

แม้มาตรา 34 จะกำหนดเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจตรากฎหมายไว้สองกลุ่มโดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน แต่อำนาจของรัฐสภาในเรื่องทั้งสองกลุ่มข้างต้นไม่แตกต่างกันแต่อย่างใด เพราะในทางปฏิบัติรัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในสาระสำคัญ และให้รัฐบาลเป็นผู้ออกกฎเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียดเพื่อบังคับใช้กฎหมาย

(ข) เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ

นอกจากมาตรา 34 แล้ว ยังมีบทบัญญัติอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเรื่องซึ่งต้องตราเป็นกฎหมายไว้ด้วย ได้แก่ การให้สัตยาบัน สนธิสัญญา การคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคล (มาตรา 66) การบริหารจัดการ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (มาตรา 72)

(ค) เรื่องที่กำหนดไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (Préambule)

คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ประกาศยืนยันถึงความยึดมั่นของปวงชนในหลักการที่กำหนดไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 โดยบัญญัติเรื่องที่ต้องตราเป็นกฎหมายไว้ได้แก่ เรื่องการกล่าวหาจับกุมคุมขังบุคคล (ข้อ 7) การจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการแสดงความคิดเห็น (ข้อ 10, 11) ทรัพย์สินของบุคคล (ข้อ 17) ความเท่าเทียมกันของชายและหญิง (ข้อ 3) การใช้สิทธินัดหยุดงาน (ข้อ 7)

2. อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร

มาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า “เรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมาย”

เรื่องใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา โดยหลักฝ่ายบริหารย่อมมีอำนาจออกกฎหมายเป็นเอกเทศในเรื่องนั้น โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยฐานของกฎหมายแม่บท หรือที่เรียกว่า “อำนาจออกกฎหมายที่เป็นเอกเทศของฝ่ายบริหาร (pouvoir réglementaire autonome)”

ส่วนเรื่องซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมาย ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจออกกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการในรายละเอียด หรือที่เรียกว่า “อำนาจออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กฎหมาย (pouvoir réglementaire d'application des lois)”

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ให้ความสำคัญแก่การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก ดังจะเห็นได้จากการที่ได้มีการกำหนดกลไกเพื่อคุ้มครองอำนาจดังกล่าวไว้ในมาตรา 41 และมาตรา 37 วรรคสอง ดังนี้

(ก) มาตรา 41: การคัดค้านร่างกฎหมายหรือคำแปรญัติติที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา (irrecevabilité législative)

ในกรณีที่รัฐบาลเห็นว่ามิเหตุตามมาตรา 41 รัฐบาลต้องยื่นคำคัดค้านต่อประธานสภา ก่อนหรือในระหว่างการพิจารณาของที่ประชุมสภา ในกรณีที่ประธานสภาวินิจฉัยว่ามีเหตุตามมาตรา 41 สภาย่อมไม่สามารถรับร่างกฎหมายหรือคำแปรญัติตินั้นได้ หรือหากได้เริ่มการพิจารณาแล้ว ก็ต้องยุติการพิจารณา แต่ถ้าประธานสภาวินิจฉัยว่ากรณีไม่มีเหตุตามมาตรา 41 รัฐบาลสามารถยื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีคำวินิจฉัยภายใน 8 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้อง ทั้งนี้ ตามมาตรา 41 วรรคสอง และสภาจะต้องระงับการพิจารณาไว้ชั่วคราวจนกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

(ข) มาตรา 37 วรรคสอง : การลดลำดับศักดิ์บทบัญญัติที่ตราเป็นกฎหมายให้กลายเป็นกฎ (déclassement)

“บทบัญญัติที่ตราเป็นกฎหมาย” (textes en forme législative) คือ บทบัญญัติของกฎหมายที่ตรารึขึ้นในเรื่องซึ่งอยู่ในอำนาจออกกฎของฝ่ายบริหาร บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายเฉพาะในเชิงรูปแบบหรือเชิงองค์กร แต่เนื้อหาสาระโดยแท้นั้นเป็นกฎด้วยเหตุนี้ มาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้รัฐบาลสามารถยื่นคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในเรื่องซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎ ทั้งนี้เพื่อที่จะตรารัฐกฤษฎีกาแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

(3) หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับกฎ

1) กฎจะต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

โดยผลของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ.1958 อำนาจในการออกกฎเป็นอำนาจทั่วไปของนายกรัฐมนตรี ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ซึ่งความแตกต่างกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก็คือรัฐธรรมนูญที่เคยมีมาก่อน ปี 1958 ต่างก็กำหนดให้อำนาจในการออกกฎเป็นของบุคคลหรือของคณะบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นรัฐบาล ซึ่งได้แก่ นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ผู้รับมอบอำนาจเท่านั้น ในขณะที่รัฐธรรมนูญปี 1958 ให้อำนาจประธานาธิบดีในการออกกฎด้วย นอกจากนี้ยังแบ่งความสำคัญของกฎออกเป็นหลายระดับ และให้อำนาจในการออกกฎขยายไปถึงรัฐมนตรีและผู้ว่าราชการจังหวัดในบางกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งให้มีการมอบอำนาจในการออกกฎแก่ผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจหรือองค์กรเอกชนบางประเภทที่ได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะอีกด้วย

นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจทั่วไปในการออกกฎซึ่งจะเป็นในรูปการลงนามประกาศใช้บังคับรัฐกฤษฎีกา หรือใช้อำนาจออกกฎผ่านทางรัฐมนตรีผู้รักษาการตามรัฐกฤษฎีกาฉบับนั้นๆ

ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจในการออกกฎได้ในสามกรณีด้วยกัน หรือการร่วมลงนาม (Contresaigné) ในรัฐกำหนด (Les Ordonnances) ที่ออกโดยรัฐบาลตามที่มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายบริหารไว้เป็นกรณีเฉพาะในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องที่ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ ประธานาธิบดียังมีอำนาจร่วมในการลงนามในรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี และมีอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้เป็นกรณีพิเศษในการออกกฎตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

สำหรับรัฐมนตรีโดยทั่วไปแล้ว ไม่ใช่ผู้มีอำนาจโดยตรงในการออกกฎ เว้นแต่ใน 2 กรณีที่สามารถกระทำได้ คือ เพื่อให้งานบริการสาธารณะที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนดำเนินไปได้ และอำนาจในการออกกฎในเรื่องที่มีกฎหมายหรือกฎให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัด

ผู้ว่าราชการจังหวัดในเขตปกครองหนึ่งๆ รวมทั้งนายกเทศมนตรีในเขตการปกครองส่วนท้องถิ่นก็มีอำนาจในการออกกฎตามที่มีกฎหมายกำหนดไว้ อำนาจในการออกกฎที่จำเป็นสำหรับผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรี ได้แก่ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย (un pouvoir de police) ที่จำเป็นต้องออกกฎระเบียบควบคุมความสงบและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในท้องถิ่นของตน

ส่วนผู้บริหารองค์การมหาชน หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองอื่นๆ นั้น แม้ว่าจะไม่มีอำนาจทั่วไปในการออกกฎ แต่ย่อมมีอำนาจในการวางหลักเกณฑ์เพื่อจัดระเบียบภายในองค์กรที่มีลักษณะบังคับแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา และในบางกรณีก็มีผลต่อบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะด้วย

2) กฎจะมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎได้ต่อเมื่อได้มีการประกาศแล้ว

3) กฎจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎที่จะให้ใช้กฎนั้นบังคับตลอดไปเพื่อประโยชน์ของตน

กฎอาจถูกยกเลิกได้ตลอดเวลาแต่ราบใดที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจไม่อาจออกคำสั่งใดๆ ที่ขัดแย้งกับกฎได้ แม้ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ที่ออกกฎนั่นเอง หรือเป็นเจ้าหน้าที่ในระดับที่สูงกว่าก็ตาม¹¹⁰

(4) ขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรอง¹¹¹ (Le domaine du règlement)

ขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรองบัญญัติไว้ในมาตรา 37 ว่า นอกจากเนื้อหาที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติแล้ว นอกนั้นจะต้องออกเป็นกฎหมายลำดับรองทั้งสิ้น จากมาตรานี้ทำให้เกิดกฎหมายลำดับรองชนิดใหม่ขึ้น นอกจากกฎหมายลำดับรองที่เกิดมีมาในอดีต คือ กฎหมายลำดับรองที่ออกตามรัฐบัญญัติ (les règlements d'application) กฎหมายลำดับรองที่เกิดขึ้นใหม่นี้ อาจจะเรียกว่ากฎหมายลำดับรองอิสระ (les règlements autonomes)

กฎหมายลำดับรองที่ออกตามรัฐบัญญัตินั้น ต้องมีรัฐบัญญัติแม่บทให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรองนี้ ซึ่งเป็นไปตามหลักดั้งเดิมที่เคยปฏิบัติกันมาและโดยธรรมชาติของกฎหมายลำดับรองนี้จะต้องไม่ขัดรัฐบัญญัติแม่บท

ส่วนกฎหมายลำดับรองอิสระซึ่งถือกำเนิดขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญมาตราที่ 5 นี้คือ ฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกกฎหมายลำดับรองเพื่อใช้ในการบริหารราชการได้ในส่วนที่รัฐสภาไม่อาจที่ตราบัญญัติได้ ดังนั้นฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกกฎหมายลำดับรองได้ แม้ไม่มีรัฐบัญญัติ

¹¹⁰ ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์ .(2548,พฤษภาคม-สิงหาคม) . “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองฝรั่งเศส.” . วารสารวิชาการศาลปกครอง,ปีที่ 2 ,ฉบับที่ 2 .หน้า 20-21 .

¹¹¹ สุวีริณันท์ พิทยาภรณ์ . (2538) . การตราบัญญัติและการออกกฎหมายลำดับรองตามรัฐธรรมนูญ ปี 1958 .ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม.หน้า 215-216 .

แม่บทให้อำนาจฝ่ายบริหาร กฎหมายลำดับรองนี้จึงไม่จำเป็นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญใดๆ และเนื้อหาในส่วนนี้ก็ยังไม่อยู่นอกเหนืออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตราบัญญัติอีกด้วย

(5) ประเภทของกฎในประเทศฝรั่งเศส¹¹²

กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสสามารถตราออกมาใช้บังคับกับเอกชนสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทแรก กฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล (ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี) ซึ่งอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ซึ่งเรียกว่า กฎฎีกา (dècrets) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

1. ข้อบังคับเอกเทศหรือกฎที่ออกได้เองโดยอิสระของฝ่ายบริหาร (règlements autonomes) ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งรัฐบาลมีอำนาจตราขึ้น โดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติ เพื่อใช้บังคับในเรื่องต่างๆ ยกเว้นในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติโดยรัฐสภา

2. ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติกำหนดหลักการขั้นพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไม่ได้

ทั้งนี้รัฐบาลยังอาจตราข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่ง คือ การให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคแรกและวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้แต่ข้อบังคับเช่นว่านี้ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารตราข้อบังคับในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา ผู้มีส่วนได้เสียอาจขอให้ศาลปกครองเพิกถอนข้อบังคับนั้นได้

ประเภทที่สอง กฎหมายที่ออกโดยรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ ซึ่งมีอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ดังต่อไปนี้

1. อำนาจการออกกฎหมายของรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายเป็นการทั่วไปให้แก่รัฐมนตรี แต่รัฐมนตรีก็มีอำนาจออกกฎหมายซึ่งได้แก่กฎกระทรวง (arête ministerial) และคำสั่งหรือหนังสือเวียน (circulaires réglementaires) ซึ่งพิจารณาได้เป็น 3 ประเภท คือ

¹¹² นรินทร์ อธิสาร . (2547). การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครอง และผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน . หน้า 24 -27 .

1.1 กฎหรือข้อบังคับภายในของส่วนราชการ รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานมีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ อำนาจดังกล่าวนี้รัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ

1.2 กฎข้อบังคับที่มีกระทบต่อประชาชน รัฐมนตรีไม่มีอำนาจในการออกกฎข้อบังคับเป็นการทั่วไป เหมือนกับอำนาจของประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีจะมีอำนาจออกกฎข้อบังคับ ที่มีผลผูกพันประชาชนได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีไว้โดยเฉพาะ

1.3 คำสั่งในรูปของหนังสือเวียน (Circulaires) โดยปกติเป็นเพียงคำสั่งหรือแนวปฏิบัติในการปฏิบัติงานที่หัวหน้าส่วนราชการได้ให้ไว้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา มีเนื้อหาเกี่ยวกับการตีความและการใช้บังคับรัฐบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้รัฐมนตรียังมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้รัฐบัญญัติในรูปของหนังสือเวียนได้ ซึ่งโดยทั่วไปหนังสือเวียนนี้ไม่มีผลผูกพันประชาชน แต่จะมีผลผูกพันเฉพาะข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีเท่านั้น แต่ในบางกรณีหนังสือเวียนดังกล่าว ก็มีผลผูกพันประชาชนโดยมีฐานะในทางกฎหมายเป็นกฎ

2. อำนาจในการออกกฎหมายของเจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นๆ นอกจากรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่นมีอำนาจออกกฎหมายได้ ทำนองเดียวกับรัฐมนตรี คือ มีอำนาจวางกฎข้อบังคับภายในของหน่วยงานนั้น และรัฐบัญญัติก็อาจบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน มีอำนาจออกกฎข้อบังคับสำหรับประชาชนได้ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทางปกครองและนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนนั้นๆ ได้

(6) ลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส¹¹³

เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีอยู่หลายรูปแบบ ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส จึงแยกลำดับชั้นของกฎหมายออกเป็นลำดับดังนี้

1.รัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม

2.กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งมีอยู่ 2 ประเภท คือ

2.1 อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นกรณีพิเศษ เช่น อำนาจตามมาตรา 46 ของรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ(loi organique หรือ Organic law) อำนาจตามมาตรา 47 ในการตรากฎหมายงบประมาณ และอำนาจตามมาตรา 47-1 ในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม

2.2 อำนาจของรัฐสภาในการตรากฎหมายเป็นการทั่วไป ได้แก่ อำนาจในการตรา รัฐบัญญัติ (loi) ตามมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญ

¹¹³ แหล่งเดิม. หน้า 27-29 .

ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะมีลำดับชั้นรองมาจากรัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ารัฐบัญญัติธรรมดา

3. กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ซึ่งฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎเกณฑ์ของตนได้ในหลายๆ กรณีดังต่อไปนี้

3.1 อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มาจากการมอบอำนาจโดยรัฐธรรมนูญ ได้แก่

-อำนาจในการตรารัฐกำหนด (Ordonnance) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958

-อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีในการตรารัฐบัญญัติเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเภท ตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958

ซึ่งทั้ง 2 กรณีดังกล่าวข้างต้น หากเป็นการตรากฎหมายที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กฎหมายเหล่านี้ก็จะมีลำดับชั้นเดียวกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นการตราเรื่องที่อยู่ในขอบเขตที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติก็จะอยู่ในลำดับชั้นเดียวกับรัฐบัญญัติ

กฎหมายของฝ่ายบริหารที่อยู่ในลำดับชั้นรองลงมาคือ

-รัฐกฤษฎีกา ที่ตราขึ้นตามมาตรา 37 ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ ได้มอบอำนาจของรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมาย เพื่อการบริหารประเทศได้ ในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตในการตรากฎหมายของรัฐสภาตามมาตรา 34

3.2 อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยได้รับมอบอำนาจไว้ในรัฐบัญญัติของรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายลำดับรองเพื่อขยายความรัฐบัญญัติหรือเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติได้ นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์กรกระจายอำนาจ (Collectivités décentralisés) ไม่ว่าจะเป็นการกระจายอำนาจตามกิจการหรือตามเขตแดน ต่างก็มีอำนาจในการที่จะออกข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ หรือ กฎเกณฑ์ต่างๆ ได้ เท่าที่กฎหมายจัดตั้งให้มีอำนาจมาเช่นกัน

3.3 กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจแท้ๆ ของฝ่ายบริหารเอง เพื่อใช้ในการบริหารงานอัน ได้แก่ กฎเกณฑ์ข้อบังคับ หรือระเบียบภายในหน่วยงานของฝ่ายบริหารต่างๆ เป็นต้น

สำหรับกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า กฎ หรือกฎหมายลำดับรองนั้น ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้มีการแบ่งลำดับชั้นของกฎหมายลำดับรองดังกล่าวด้วย กล่าวคือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจเหนือกว่าย่อมมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายลำดับรอง ที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่มีฐานะต่ำกว่า ได้แก่ กฎหมายลำดับรองของ

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ของนายกรัฐมนตรี ของรัฐมนตรี ของผู้ว่าราชการจังหวัด และของนายกเทศมนตรีในท้ายที่สุดตามลำดับ

(7) กระบวนการออกกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส¹¹⁴

ในการออกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสซึ่งรวมถึงกระบวนการในการออกกฎหมาย มีขั้นตอนซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1. ในการเสนอให้มีการตรากฎหมายจะเสนอ โดยฝ่ายบริหารหรืออาจจะเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา

2. กระบวนการร่างกฎหมายที่ฝ่ายบริหารเสนอมจะมีขั้นตอนต่างๆ ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 . การยกร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่อง

(1) หลักเกณฑ์และแนวทางในการร่างกฎหมายนั้น เป็นไปตามหนังสือเวียนฉบับลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.2004 ว่าด้วยการจัดทำร่างกฎหมาย การลงนาม และการประกาศในราชกิจจานุเบกษา รวมทั้งการบังคับใช้กระบวนการพิเศษอันเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี

(2) ส่วนประกอบของร่างกฎหมายจะประกอบด้วย คำอธิบาย เหตุผลของร่างกฎหมาย รายงานการเสนอร่างกฎหมาย บทอาศัยอำนาจ

ขั้นตอนที่ 2 คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติในหลักการของร่างกฎหมาย

(1) หน่วยงานเจ้าของเรื่องเสนอร่างกฎหมายต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

(2) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีดำเนินการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตกลงเห็นชอบในหลักการเดียวกันก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี

(3) ในกรณีที่หาข้อยุติในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่ได้ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ชี้ขาด

ขั้นตอนที่ 3 การพิจารณาร่างกฎหมายของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ

(1) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐก่อตั้งตามมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1799

(2) สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ 1.เป็นองค์กรให้คำปรึกษากฎหมายแก่รัฐบาลและ 2. เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง (ศาลปกครองสูงสุด)

(3) สภาแห่งรัฐประกอบด้วยคณะกรรมการรวม 6 คณะ คือ คณะกรรมการพิจารณาด้านการเงินและการคลัง คณะกรรมการพิจารณาด้านงานสาธารณะ คณะกรรมการพิจารณาด้านงานบริหารราชการแผ่นดิน คณะกรรมการพิจารณาด้านงานสังคม คณะกรรมการด้านรายงานและด้านการค้นคว้าวิจัย คณะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดย 4 คณะแรกรับผิดชอบการพิจารณาร่างกฎหมาย และให้ความเห็นทางกฎหมาย คณะที่ 5 รับผิดชอบงานด้านวิชาการ และคณะที่ 6 วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง

¹¹⁴ ที่มา www.krisdika.go.th

(4) การจัดสรรร่างกฎหมายให้แก่คณะกรรมการต่างๆ เป็นไปตามระเบียบฉบับลงวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ.2004 ว่าด้วยการจัดสรรร่างกฎหมายให้แก่คณะกรรมการคณะต่างๆ

(5) ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายในชั้นของคณะกรรมการที่รับผิดชอบ ประธานคณะกรรมการแต่งตั้งเลขานุการเจ้าของเรื่องและกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จ

(6) ในการตรวจพิจารณาในชั้นเลขานุการเจ้าของเรื่อง จะตรวจสอบความสอดคล้องของร่างกฎหมายโดยจะตรวจสอบว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญหรือความตกลงระหว่างประเทศ ตรวจสอบว่าอยู่ในลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ตรวจสอบว่ามีการดำเนินการตามขั้นตอนการร่างกฎหมาย

(7) จะมีการประชุมหารือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

(8) ในการจัดทำร่างเลขานุการ จะต้องจัดทำรายงานประกอบร่างกฎหมายและจัดทำตัวร่างกฎหมาย

(9) การตรวจพิจารณาในชั้นของคณะกรรมการที่รับผิดชอบ คณะกรรมการจะประชุมกับเลขานุการเจ้าของเรื่องและผู้แทนระดับสูงของหน่วยงานที่มีอำนาจตัดสินใจได้

(10) เลขานุการเจ้าของเรื่องจะต้องอธิบายหลักการและเหตุผลของร่างกฎหมายและเสนอปัญหาให้คณะกรรมการพิจารณา

(11) ประธานของคณะกรรมการที่รับผิดชอบจะให้โอกาสทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่

(12) เมื่อคณะกรรมการรับหลักการจะเริ่มพิจารณาและลงมติเป็นรายมาตรา หากคณะกรรมการเห็นว่าร่างกฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะส่งคืนกลับไปยังรัฐบาล

(13) การประชุมใหญ่ของคณะกรรมการจะประกอบด้วยรองประธานสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐทำหน้าที่ประธานมีประธานของคณะที่รับผิดชอบเป็นประธานร่วมและมีเลขานุการเจ้าของเรื่องของคณะเป็นเลขานุการเจ้าของเรื่อง ประธานกรรมการในคณะกรรมการ 4 คณะ และคณะกรรมการในคณะกรรมการ 4 คณะ (เฉพาะในการประชุมครบคณะซึ่งจะเป็นกรณีพิจารณาเฉพาะร่างกฎหมายที่มีความสำคัญ กรณีอื่นจะพิจารณาโดยที่ประชุมใหญ่ทั่วไป)

(14) ร่างรัฐบัญญัติและรัฐกำหนดทุกฉบับเมื่อผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่รับผิดชอบแล้วจะต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ของคณะกรรมการ

ขั้นตอนที่ 4 การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

(1) เอกสารที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเสนอต่อคณะรัฐมนตรีประกอบด้วย 3 ส่วน คือ 1). ร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณา 2) บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างกฎหมายซึ่งหน่วยงานเจ้าของเรื่องเป็นผู้จัดทำโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ตรวจแก้ไข 3) บันทึกข้อสังเกตของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะจัดทำในกรณีที่มีความเห็นในปัญหาหลักกฎหมายแตกต่างจากหน่วยงานเจ้าของเรื่อง

(2) คณะรัฐมนตรีอาจเลือกเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาจากร่างที่ผ่านการพิจารณาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ร่างเดิมของหน่วยงาน หรือร่างที่นำร่าง 2 ฉบับแรกมาปรับปรุง

ขั้นตอนที่ 5 การพิจารณาของรัฐสภา

(1) เอกสารที่เสนอต่อรัฐสภาประกอบด้วย 1) เอกสารของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง ได้แก่ ร่างกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตราขึ้น ซึ่งเป็นร่างกฎหมายฉบับเดียวกันกับที่ส่งมายังสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 2) เอกสารจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ได้แก่ ร่างกฎหมายที่ได้ผ่านการพิจารณาจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐแล้ว

(2) ขั้นตอนการพิจารณาในชั้นรัฐสภา จะมีการพิจารณาในชั้นกรรมาธิการ และเมื่อเสร็จในชั้นกรรมาธิการแล้วจะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นของรัฐสภา หากรัฐสภามีมติเห็นชอบกับร่างกฎหมายก็จะมีประกาศใช้บังคับ

(8) หลักการบางประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่ดีจะต้องชัดเจนและเข้าใจง่าย¹¹⁵

ในการออกกฎหมายซึ่งรวมถึงการออกกฎหมายด้วยมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการออกกฎหมายที่ดีจะต้องมีความชัดเจนและเข้าใจง่ายคือ

หลักการแรก คือ กฎหมายรวมถึงกฎหมายจะต้องมีความชัดเจน ชัดเจนที่สุดเท่าที่เป็นได้ เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการแปลความ การตรวจสอบความชัดเจนทางกฎหมายเป็นระบบหนึ่งของสภาแห่งรัฐ เมื่อหน่วยงานต่าง ๆ เสนอร่างกฎหมายมา สภาแห่งรัฐนอกจากดูในข้อความกฎหมาย ก็จะดูในเรื่อง การเขียนว่ามีความชัดเจนหรือไม่ ถ้าเห็นว่ามีปัญหาที่จะปรับปรุงร่างตามที่เห็นสมควร

นอกจากนี้ยังมีการจัดทำคู่มือการร่างกฎหมาย (Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires) โดยเป้าหมายจัดทำขึ้นโดยความร่วมมือสภาแห่งรัฐ และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อเป็นแนวปฏิบัติแก่ส่วนราชการต่าง ๆ ในการยกร่างกฎหมาย ซึ่งคู่มือจะแนะนำหัวข้อสังเกต การใช้ศัพท์ต่าง ๆ ในทางกฎหมาย รวมถึงเทคนิคการร่างกฎหมายในเรื่องอื่น ๆ ซึ่งร่างกฎหมายที่ดีจะต้องชัดเจน กระชับ ใช้ถ้อยคำกะทัดรัด ใช้ภาษาถูกต้องตามหลักไวยากรณ์

หลักการที่สอง จะต้องไม่เขียนบทบัญญัติที่มีความซับซ้อนเกินไป ซึ่งระยะหลังตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบในเรื่องนี้อย่างจริงจัง ซึ่งหากตุลาการรัฐธรรมนูญพบปัญหาดังกล่าวจะถือว่ารัฐสภาใช้อำนาจหน้าที่โดยบกพร่อง เพราะหากตรากฎหมายขึ้นมาแล้วมีบทบัญญัติซับซ้อน ประชาชนอ่านไม่เข้าใจก็จะเป็นภาระให้องค์กรอื่น ๆ สำหรับฝ่ายบริหารที่จะบังคับใช้กฎหมาย

¹¹⁵ คุณภาพของกฎหมาย . บรรยายโดย Mme Célin Vérot กรรมการร่างกฎหมาย และตุลาการประจำสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ประเทศฝรั่งเศส ณ ห้องปรีดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันพุธที่ 5 กรกฎาคม 2549 เวลา 14.00-17.00 น. แปลการบรรยายโดยนายศุภวัฒน์ สิงห์สุวรรณย์ นักกฎหมายกฤษฎีกา 5 สำนักกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ภาระต่อศาลที่จะพิจารณาพิพากษาคดี จะต้องแปลความบทบัญญัตินั้น เป็นการสร้างภาระให้แก่องค์กรอื่น เพราะฉะนั้นกรณีที่ร่างกฎหมายมีบทบัญญัติซับซ้อนก็จะถือว่ารัฐสภาใช้อำนาจโดยบกพร่อง

ในการตรวจร่างกฎหมายนั้น มีบทบัญญัติซับซ้อนเกินไปหรือไม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ใช้หลักซึ่งสร้างขึ้นมา เรียกว่า หลักวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญในการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายของประชาชน ซึ่งวัตถุประสงค์หรือหลักนี้จะผูกพัน การตรากฎหมายทางรัฐสภา หลักนี้มีอยู่ว่า กฎหมายที่ตราขึ้นจะต้องชัดเจน ไม่กำกวม ในกรณีที่ใช้ถ้อยคำในกฎหมายคลุมเครือมีคำพิศ เช่น กรณีของกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกของวุฒิสภาซึ่งศาลรัฐธรรมนูญบอกว่า บทบัญญัติในมาตราหนึ่งเขียนอย่างคลุมเครือ และมีคำพิศมากมาย ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ระดับรัฐธรรมนูญ ในการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายของประชาชน และประกาศว่า บทบัญญัตินี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างกรณีดังกล่าวนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ซับซ้อน โดยไม่จำเป็นและเป็นการพินวิสัยที่ประชาชนจะเข้าใจได้ คือบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิประโยชน์ในทางภาษีของร่างกฎหมายฉบับหนึ่ง โดยกฎหมายฉบับนั้นให้ผู้เสียภาษีสามารถตัดสินใจเลือกสิทธิประโยชน์ประเภทต่าง ๆ ได้ แต่ปรากฏว่า ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการคำนวณสิทธิประโยชน์ยุ่งยากซับซ้อนประชาชนอ่านแล้วเข้าใจได้ยาก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า กรณีนี้เป็นบทบัญญัติที่ซับซ้อนและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักว่าด้วยการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายนั้น นอกจากจะนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับการตรากฎหมายแม่บท หรือกฎหมายระดับร่างรัฐบัญญัติแล้ว สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า หลักว่าด้วยการเข้าถึงและเข้าใจกฎหมายนั้น สามารถนำมาใช้ในการออกกฎหมายฝ่ายบริหารด้วย ผูกพันอำนาจในการออกกฎ การออกกฎ เนื้อหาจะต้องมีความชัดเจน ไม่ซับซ้อนเกินไป อย่งไรก็ดียังไม่ปรากฏว่า สภาแห่งรัฐนำหลักนี้มาเพิกถอนกฎของฝ่ายปกครอง

หลักประการที่สาม บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ด้วย ในบางกรณีจะพบกฎหมายมีลักษณะเป็นการประกาศเจตนารมณ์หรือเป็นการนโยบายของรัฐบาล ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาว่า บทบัญญัตินั้นมีผลบังคับได้เพียงใด ซึ่งจะพบได้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะต้องมีการประกาศหลักการต่าง ๆ แทนที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายชัดเจนเป็นรูปธรรม เช่น กฎหมายว่าด้วยน้ำ ซึ่งมีบทบัญญัติหนึ่งว่า “น้ำเป็นมรดก ร่วมกันของชาติ” ซึ่งมีประเด็นว่า จะมีผลบังคับใช้อย่างไร มีผลผูกพันอย่างไร หรือในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมซึ่งมีบทบัญญัติว่า “รัฐต้องสนับสนุนการใช้สิทธิประชาชนในการที่มีโอกาสบริสุทธิ์ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพไว้หายใจ” ซึ่งมีปัญหาว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะมีสภาพบังคับหรือไม่

กรณีดังกล่าวนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กฎหมายที่มีเนื้อหาเป็นการพรรณนา หรือเป็นการประกาศเจตนารมณ์ ไม่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับ บทบัญญัติลักษณะนี้เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ในการเข้าถึง เข้าใจกฎหมายประชาชน

กรณีตัวอย่างดังกล่าว ที่ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับสถาบันการศึกษาซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เป้าหมายของสถาบันการศึกษา คือความสำเร็จของนักเรียน” ซึ่งมีเนื้อหาไม่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ถือว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเกี่ยวกับท้องถิ่นซึ่งบัญญัติว่า “ในงบประมาณของท้องถิ่นจะต้องมีสัดส่วนรายได้ของท้องถิ่นที่จัดเก็บในระดับที่เพียงพอแก่การปกครองตนเอง โดยอิสระของท้องถิ่น” ไม่รู้ว่าคืออะไรและไม่มีความเป็นเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

3.3 การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทยแต่ละประเภท

การศึกษาถึงการออกกฎหมายต่างประเทศได้แก่ การออกกฎหมายของประเทศอังกฤษ การออกกฎหมายของประเทศแคนาดา และการออกกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ทำให้ได้ทราบถึงกระบวนการออกกฎหมายของประเทศต่างๆ เหล่านั้น นอกจากนั้น ยังได้ศึกษาถึงหลักการบางประการเกี่ยวกับการออกกฎหมายของประเทศเหล่านั้น ได้แก่ หลักการในเรื่องการออกกฎหมายที่เกินอำนาจของกฎหมายแม่บท ขัดต่อกฎหมายแม่บท หลักการในเรื่องการออกกฎหมายที่มีการมอบอำนาจต่อไปออกกฎหมาย หลักการบางประการเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาไม่เพียงพอแก่การปฏิบัติ ตลอดจนหลักการเกี่ยวกับการออกกฎหมายที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ ทำให้ได้เห็นแนวทางการออกกฎหมายของต่างประเทศในขอบเขตของการศึกษาวิชานิติพนธ์ฉบับนี้

ในระบบกฎหมายไทย กฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภทได้ถูกบัญญัติขึ้นใช้บังคับในการออกกฎหมายแต่ละประเภทของฝ่ายบริหารดังกล่าว ได้ถูกถ่ายทอดในลักษณะสืบต่อกันมาตามคุณวุฒิประสบการณ์ การออกกฎหมายของฝ่ายบริหารดังกล่าวอาจเป็นการออกกฎหมายที่ผ่านองค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณาหรืออาจเป็นการออกกฎหมายที่หน่วยงานนั้น ๆ ได้ออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับ โดยไม่ผ่านการตรวจพิจารณา จากองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณา กฎ ดังนั้น ในการศึกษาเรื่องการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จึงต้องศึกษา ถึงกระบวนการออกกฎหมายในระบบกฎหมายไทยและศึกษาถึงรูปแบบ โครงสร้างของการออกกฎหมายในแต่ละประเภทในระบบกฎหมายไทย จะทำให้ได้ทราบถึงกระบวนการออกกฎหมายในประเทศไทย มีลักษณะขั้นตอนต่างๆ อย่างไรในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร จากนั้นจะได้ศึกษาถึงรูปแบบและ โครงสร้างของกฎหมายในแต่ละประเภทซึ่งในรายละเอียดของการศึกษาจะมีเรื่องต่างๆ ดังนี้

3.3.1 กระบวนการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในกฎหมายไทย

3.3.2 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

3.3.3 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

3.3.4 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง

3.3.5 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหาร

ในแต่ละเรื่องซึ่งเป็นรายละเอียดจะได้ศึกษาเรียงตามลำดับ ดังนี้

3.3.1 กระบวนการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย

“กฎ”ในระบบกฎหมายไทยได้แก่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบัญญัติ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ซึ่ง กฎในแต่ละประเภทยุ่่นจะมีลำดับความสำคัญในการที่ฝ่ายบริหารจะออกกฎในแต่ละประเภทขึ้นมาใช้บังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทจะได้บัญญัติไว้

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทย จะเริ่มการเสนอแนะโดยหน่วยงานที่จะออกกฎในเรื่องนั้น ซึ่งหน่วยงานอาจได้แก่ กระทรวง กรม รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน สภาวิชาชีพ องค์กรอิสระ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ฯลฯ ซึ่งการเสนอแนะในการที่จะออกกฎ อาจเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทนั้นๆ ได้บัญญัติไว้ หรือเป็นอำนาจที่จะออกกฎขึ้นใช้บังคับโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

เมื่อหน่วยงานได้เสนอแนะ โดยยกร่างกฎในเรื่องนั้นขึ้นมาแล้วจะเสนอประเภทของกฎนั้นเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ความเห็นชอบ ซึ่งกฎบางประเภทก็ไม่ต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบ

ภายหลังที่กฎบางประเภท ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้วก็จะส่งร่างกฎดังกล่าวไปสู่องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจพิจารณากฎดังกล่าว ซึ่งได้แก่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งสำนักงานและคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้ตรวจพิจารณากฎที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

ในปัจจุบันการออกกฎประเภทประกาศและระเบียบ ในกรณีที่ประกาศและระเบียบนั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การตรวจพิจารณาประกาศและระเบียบดังกล่าวจะตรวจพิจารณา โดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 และมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2547

เมื่อกฎประเภทต่างๆ ได้ถูกตรวจพิจารณาเสร็จจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือถูกตรวจพิจารณาเสร็จโดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี กฎในแต่ละประเภทดังกล่าวจะส่งไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะส่งเรื่องไปยังหน่วยงานเจ้าของ

ร่างกฎดังกล่าวเพื่อเสนอให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบหรือผู้มีอำนาจออกกฎนั้นๆ ลงนามและส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาต่อไป ทั้งนี้เว้นแต่กฎบางเรื่องที่มีความสำคัญจะเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบหรือในกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีข้อสังเกตสำคัญเกี่ยวกับความเหมาะสมของหลักการ ก็จะมีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง

แต่กฎประเภทพระราชกฤษฎีกานั้น จะมีความแตกต่างจากกฎประเภทอื่น เมื่อตรวจพิจารณาเสร็จจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะประสานงานกับส่วนราชการเจ้าของเรื่องเพื่อตรวจทานความถูกต้องแล้วจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

สำหรับกฎบางประเภทที่ไม่ต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบเช่น กฎประเภทระเบียบ กฎประเภทประกาศ หรือกฎที่ออกโดยองค์กรวิชาชีพต่างๆ เช่น การออกข้อบังคับหรือกฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎประเภทต่างๆ เหล่านี้ จะมีขั้นตอนกระบวนการตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยกรณนั้น ตัวอย่างเช่น ข้อบังคับของสภาวิชาชีพบัญชี จะมีหลักกระบวนการออกอย่างไรก็จะบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพบัญชี หรือกรณีข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติขององค์การบริหารส่วนตำบล ก็จะเป็นไปตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537

จากการที่นำเสนอดังกล่าวนี้เป็นขั้นตอนกระบวนการในการออกกฎประเภทต่างๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การออกกฎของฝ่ายบริหารจะมีในกรณีที่กฎนั้นจะต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติให้ความเห็นชอบ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือส่งให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีตรวจพิจารณา หรือในกรณีที่กฎนั้นไม่ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ฝ่ายบริหารขององค์กรนั้นสามารถตรากฎขึ้นมาใช้บังคับได้

เมื่อได้ทราบถึงขั้นตอนกระบวนการออกกฎประเภทต่างๆ ในระบบกฎหมายไทยแล้ว เป็นความจำเป็นที่จะต้องมีความรู้ความเข้าใจในเรื่องรูปแบบโครงสร้างในการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท ซึ่งจะช่วยให้เข้าใจในเรื่องรูปแบบโครงสร้างของกฎในแต่ละประเภทยิ่งขึ้น โดยจะมีการศึกษาเรียงลำดับของกฎในแต่ละประเภทต่อไป

3.3.2 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกา

การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบและ โครงสร้าง ดังนี้¹¹⁶

1. ชื่อของพระราชกฤษฎีกา

¹¹⁶ ธรรมนูญ ศุมนันตกุล . (2546). เล่มเดิม. หน้า 15-30 . และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา . (2540) . คู่มือเบื้องต้นการร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย . หน้า 109-126 .

2.คำปรารภ

3.การอ้างบทอาศัยอำนาจ

4.วันที่บังคับ

5.การจัดหมวดหมู่

6.มาตรการรักษาการ

7.การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

รายละเอียดของแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

(1) ชื่อของพระราชกฤษฎีกา

การตั้งชื่อของพระราชกฤษฎีกามีหลักเกณฑ์คล้ายกับการตั้งชื่อของพระราชบัญญัติกล่าวคือ ชื่อร่างพระราชกฤษฎีกาจะต้องครอบคลุมเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาฉบับนั้น ไม่ว่าจะสั้นหรือยาวก็ตาม และต้องพยายามสื่อให้ผู้ใช้กฎหมายได้เข้าใจสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชกฤษฎีกาให้ตรงที่สุด อย่างไรก็ตาม ชื่อของพระราชกฤษฎีกามักจะเป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายอันเป็นมาตราแม่บท ซึ่งแม่บทก็จะบอกว่าควรจะใช้ชื่อว่าอย่างไร ตัวอย่างเช่น

-ตามมาตรา 5 (5) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 กำหนดให้การประกอบโรคศิลปะในสาขาอื่นที่เพิ่มขึ้นจะต้องกำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา ดังนั้นเมื่อมีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้สาขาจิตวิทยาคลินิกเป็นสาขาการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ใช้ชื่อของพระราชกฤษฎีกานี้ว่า “พระราชกฤษฎีกากำหนดให้สาขาจิตวิทยาคลินิกเป็นสาขาการประกอบโรคศิลปะตามพระราชบัญญัติการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2542 พ.ศ.2546”

(2) คำปรารภ

การเขียนคำปรารภในพระราชกฤษฎีกานั้นมีหลักการที่ไม่เหมือนกับการเขียนคำปรารภในพระราชบัญญัติเสียทีเดียว การเขียนคำปรารภในพระราชบัญญัติในปัจจุบันนี้จะสั้นและไม่แสดงเหตุผลที่มาของการมีหรือแก้ไขกฎหมาย แต่สำหรับในพระราชกฤษฎีกานั้น บางครั้งก็จะระบุว่าเป็นไปเพื่ออะไรหรือมีเหตุผลใด แต่อย่างไรก็ตามจะเขียนไม่ยาวนัก เพราะเหตุผลที่มาของการตราพระราชกฤษฎีกาได้ระบุไว้ในบันทึกหลักการและเหตุผลแล้ว เมื่อลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา ก็จะพิมพ์เหตุผลดังกล่าวไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกาที่ประกาศด้วย

คำปรารภของพระราชกฤษฎีกามีแบบการเขียนในปัจจุบัน ดังนี้ ตัวอย่าง เช่น

-ตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 ได้บัญญัติให้การกำหนดเขตที่ดินในท้องที่ใดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งในคำปรารภของ “พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในท้องที่ตำบลเวียง อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย ให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน พ.ศ.2547” มีรูปแบบการเขียนคำปรารภคือ โดยที่เป็น

การสมควรกำหนดเขตที่ดินในท้องที่ตำบลเวียง อำเภอเชียงแสน จังหวัดเชียงราย ให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดิน.....

(3) การอ้างบทอาศัยอำนาจ

การตราพระราชกฤษฎีกาต้องอ้างบทอาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทเสมอ ไม่ว่าจะตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือ โดยอำนาจของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท ตัวอย่างเช่น

-พระราชกฤษฎีกาสารวจการเปลี่ยนแปลงของประชากร พ.ศ.2547 มีการอ้างบทอาศัยอำนาจคืออาศัยอำนาจตามความในมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติสถิติ พ.ศ.2508 จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าให้ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้.....

นอกจากนี้ในเรื่องบทอาศัยอำนาจของพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะมีรูปแบบในการอ้างบทอาศัยอำนาจซึ่งพระราชกฤษฎีกานั้นมีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ดังนี้

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” และในวรรคสามของมาตราเดียวกันได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย” เพราะฉะนั้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว การตราพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอ้างอำนาจที่ให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ในกรณีที่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ดังกล่าวนี คณะกรรมการกฤษฎีกาคณะพิเศษ ได้ประชุมปรึกษาหารือเพื่อวางแบบการร่างกฎหมายสำหรับกฎหมายลำดับรอง และได้จัดทำบันทึก เรื่อง การวางแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ครั้งที่ ๒) (บันทึกดังกล่าวได้รายงานต่อคณะรัฐมนตรีตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/805 ลงวันที่ 17 กันยายน 2542) ในบันทึกดังกล่าวอาจสรุปหลักเกณฑ์ ได้ดังนี้

1) คำว่า “กฎหมาย” ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นที่เข้าใจกันว่าหมายถึง “กฎหมายทั่วไป” ที่ตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งอาจเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทอาจมอบอำนาจให้กำหนดรายละเอียดในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ในกฎหมายลำดับรองก็ได้

2) คำว่า “เฉพาะ” มิได้ขยายคำว่า “กฎหมาย” แต่เป็นความต่อไปที่จำกัดวัตถุประสงค์ในการออกกฎหมายต่างหากว่ากฎหมายดังกล่าวจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองได้ “เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้” ดังนั้น กฎหมายลำดับรองจึงอาจจะมีเนื้อหาสาระเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ บทบัญญัติมาตรา ๒๕ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงกำหนดให้ต้องระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ในกฎหมายลำดับรองดังกล่าว

3) ร่างกฎหรือข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 29 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น สมควรกำหนดแบบ โดยให้ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องทุกมาตราที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแม่บทไว้ในบทอาศัยอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับ โดยไม่ต้องพิเคราะห์เนื้อหาของกฎหรือข้อบังคับฉบับนั้นว่าจะเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่อ้างทุกมาตราหรือไม่

4) ในกรณีที่กฎหมายแม่บทได้ใช้บังคับอยู่แล้วในประกาศใช้รัฐธรรมนูญ หรือได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งจะยังไม่ได้มีการระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้ นั้น การวางรูปแบบของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทดังกล่าวก็สมควรปฏิบัติเช่นเดียวกับวิธีการที่กล่าวข้างต้น แต่ผู้จัดทำร่างกฎหรือข้อบังคับนั้นต้องพิจารณาเองว่ากฎหมายแม่บทนั้นสมควรมีที่มาตามบทมาตราใดในรัฐธรรมนูญ แล้วระบุนบทบัญญัติมาตราดังกล่าวลงไว้ตามนั้น

5) สำหรับกฎหมายลำดับรองอื่น ไม่ว่าจะ เป็นกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ก็สามารถปฏิบัติในแนวทางเดียวกันได้

สำหรับกรณีตัวอย่างในการอ้างบทอาศัยอำนาจที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น

-ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยกลุ่มเกษตรกร พ.ศ.2547 มีการอ้างบทอาศัยอำนาจคืออาศัยอำนาจตามความในมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 119 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 และมาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกฤษฎีกา ดังนี้

(4) วันใช้บังคับ

การกำหนดวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกามี ๓ แบบ คือ

1) ให้ใช้บังคับในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งเป็นแบบปรกติ เพื่อให้ประชาชนทราบล่วงหน้าหนึ่งวัน หลังจากวันประกาศเป็นอย่างน้อย ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองป่าตอง พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

2) กำหนดวันใช้บังคับไว้ในพระราชกฤษฎีกา ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 บังคับแก่นายจ้างที่มีลูกจ้างตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2545 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศราชกิจจานุเบกษาวันที่ 27 มีนาคม 2545 แต่จะใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2545 เป็นต้นไป เพื่อให้เจ้าหน้าที่หรือประชาชนเตรียมพร้อมที่จะปฏิบัติตามกฎหมายนั้น และในบางครั้งอาจกำหนดให้ใช้บังคับเมื่อพ้นสามสิบวัน หกสิบวัน หรือเก้าสิบวัน เป็นต้น

3) กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลัง ตัวอย่าง เช่น

-พระราชกฤษฎีกาค่าตอบแทนพยานบุคคลและพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลปกครอง พ.ศ. 2544

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 24 กรกฎาคม 2544 แต่ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

-พระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 397) พ.ศ. 2545

มาตรา 2 พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2545 เป็นต้นไป

ในตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่า พระราชกฤษฎีกานี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 3 มกราคม 2545 แต่ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2545 เป็นต้นไป จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

(5) การจัดหมวดหมู่

พระราชกฤษฎีกาที่มีความยาวมาก ๆ อาจจัดแบ่งหมวดหมู่ได้ตามเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกานั้น แบบของการจัดหมวดหมู่จะเป็นเช่นเดียวกับการจัดหมวดหมู่ของพระราชบัญญัติ โดยเริ่มจากหมวด 1 บททั่วไป และลำดับหมวด 2 หมวด 3 ไปเรื่อย ๆ จนถึงบทเฉพาะกาล

ตัวอย่างการจัดหมวดหมู่ของพระราชกฤษฎีกา เช่น

-พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งศูนย์ส่งเสริมศิลปะชีพระหว่างประเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2546 ซึ่งได้แบ่งออกเป็น 6 หมวด ได้แก่ หมวด 1 การจัดตั้งวัตถุประสงค์และอำนาจหน้าที่ หมวด 2 ทุนรายได้และทรัพย์สิน หมวด 3 การบริหารและการดำเนินการ หมวด 4 ผู้ปฏิบัติงานของศูนย์ หมวด 5 การบัญชีการตรวจสอบและการประเมินผลงานของศูนย์ หมวด 6 การกำกับดูแล และบทเฉพาะกาล

จะเห็นได้ว่าในพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนหลายฉบับซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ.2542 เป็นตัวอย่างของการจัดหมวดหมู่ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จะมีความยาวประมาณ 30-50 มาตรา จึงต้องแบ่งเนื้อหาออกเป็นหมวดหมู่เนื้อหา

(6) มาตรการรักษาการ

พระราชกฤษฎีกาต้องมีมาตรการผู้รักษาการเพื่อให้ทราบว่ารัฐมนตรีใดเป็นผู้จะต้องรับผิดชอบหรือดูแลการปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกา อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชกฤษฎีกาลบก่อน ซึ่งเป็นการแทรกเนื้อหาเข้าไปในพระราชกฤษฎีกาลบก่อน เราจะถือว่าเนื้อหาที่เดิม ไม่ต้องระบुरूมมนตรีผู้รักษาการไว้ อีก ทั้งนี้ เว้นแต่การที่แทรกเข้าไปนั้น รัฐมนตรีต้องมีหน้าที่จะต้องทำบางบางอย่างด้วย เช่น เปลี่ยนกระบวนการทำงานจากเดิม ก็ต้องระบुरूมมนตรีผู้รักษาการไว้ด้วย

ตัวอย่างเช่น มาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกากำหนดงานที่ให้มีการคุ้มครองแรงงาน แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 พ.ศ.2541 ได้บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม รักษาการตามพระราชกฤษฎีกานี้

(7) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

โดยปกติพระราชกฤษฎีกานั้นเมื่อมีการบังคับใช้ไปในระยะเวลาหนึ่ง อาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือมีการยกเลิกพระราชกฤษฎีกานั้นอันเนื่องมาจากเหตุผลต่างๆ กันไป การใช้ถ้อยคำของการยกเลิกเพิ่มเติมหรือแก้ไขเพิ่มเติม มีรูปแบบดังนี้

ถ้าเป็นการยกเลิกบทมาตราของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำ คือ
“มาตรา.....ให้ยกเลิกมาตรา..... แห่งพระราชกฤษฎีกา..... พ.ศ.....”

ถ้าเป็นการเพิ่มเติมบทมาตรา ของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำคือ
“มาตรา.....ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา..... พ.ศ...”

ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราของพระราชกฤษฎีกามีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำ คือ “มาตรา.....ให้ยกเลิกความในมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา.....พ.ศ....และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน”

ถ้าเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทมาตราของพระราชกฤษฎีกานั้นหลายครั้งก็ต้องอ้างการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรานั้นในครั้งสุดท้ายไว้ด้วย เพื่อให้รู้ประวัติของการถูกแก้ไข มีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำคือ “มาตรา....ให้ยกเลิกความในมาตรา.....แห่งพระราชกฤษฎีกา.....พ.ศ....ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกา.....(ฉบับที่...) พ.ศ...และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

3.3.3 รูปแบบและโครงสร้าง การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง

การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทกฎกระทรวง มีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้¹¹⁷

- (1) ชื่อของกฎกระทรวง
- (2) บทอาศัยอำนาจ
- (3) วันใช้บังคับ
- (4) การแบ่งหมวดหมู่
- (5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม
- (6) การลงนามของรัฐมนตรีในกฎกระทรวง

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

- (1) ชื่อของกฎกระทรวง

ชื่อกฎกระทรวงแต่เดิมมานั้นเราจะลำดับชื่อกฎกระทรวงตามฉบับที่ออก เช่น เราจะเริ่มด้วย “กฎกระทรวง พ.ศ. ออกตามความในพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2500” ซึ่งเป็นฉบับที่หนึ่ง (โดยโปรดสังเกตว่าเราจะไม่เรียกว่า ฉบับที่ 1) แล้วฉบับต่อ ๆ ไปเราก็จะลำดับว่า “กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2501) ออกตามความในพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2500” และฉบับที่ 3 ก็จะเป็นอย่างนี้เรื่อยไป แต่โดยที่วิธีนี้ปรากฏว่ากฎกระทรวงที่เป็นกฎหมายลำดับรองของพระราชบัญญัติบางฉบับมีจำนวนมากมาย เช่น กฎกระทรวงกำหนดป่าสงวนแห่งชาติ ออกตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มีเป็นพันๆ ฉบับ หรือกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ก็ปรากฏว่าขณะนี้ มีประมาณ 50 ฉบับ เข้าไปแล้ว ทำให้เวลาค้นไม่อาจทราบได้ว่าเนื้อหาแต่ละฉบับเป็นอย่างไร และถ้าจำนวนที่ฉบับไม่ได้แล้วคงต้องเปิดดูไปเรื่อย ๆ ตั้งแต่ฉบับที่หนึ่ง

¹¹⁷ แหล่งเดิม .

ด้วยเหตุนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา คณะพิเศษ ได้พิจารณาแล้วเห็นควรวางรูปแบบกฎกระทรวง ดังนี้ (ทั้งนี้ตามหนังสือสำนักเลขาธิการ คณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/13267 ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2543)

1) รูปแบบกฎหมายของประเทศไทยทุกประเภท ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ข้อบังคับ ประกาศ หรือข้อบังคับท้องถิ่นจะกำหนดชื่อของกฎหมายให้เข้าใจเนื้อหาสาระของกฎหมายฉบับนั้นว่า เกี่ยวข้องกับเรื่องใด ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการค้นหากฎหมายได้ง่าย ในปัจจุบันยังมีแต่กฎหมายในรูปแบบกฎกระทรวงเท่านั้น ซึ่งส่วนใหญ่ยังไม่มีชื่อกำกับไว้ให้ทราบว่าเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับเรื่องใด ทำให้ยุ่งยากในการค้นหากฎกระทรวงที่จะนำมาใช้ให้ได้ครบถ้วน และมีความสับสนเมื่อมีการแก้ไขกฎกระทรวงเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากได้เคยมีกฎกระทรวงที่ออกตามความกฎหมายบางฉบับ เช่น ประมวลรัษฎากร ได้ใช้รูปแบบการกำหนดชื่อกฎกระทรวงไว้แล้ว จึงควรกำหนดรูปแบบกฎกระทรวงให้มีชื่อที่แสดงเนื้อหาสาระให้เป็นไปในลักษณะเดียวกับกฎหมายรูปแบบอื่นๆ

2) เมื่อได้กำหนดชื่อที่เป็นเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงไว้แล้ว กฎกระทรวงแต่ละฉบับจึงมีเนื้อหาสาระเป็นเอกเทศจากกัน และไม่ควรระบุฉบับที่ของกฎกระทรวงเรียงลำดับต่อเนื่องกันไปดังเช่นปฏิบัติอยู่ในปัจจุบัน เพราะฉบับที่ของกฎกระทรวงในลักษณะดังกล่าว จะไม่มีความสัมพันธ์กับชื่อที่แสดงเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงแต่ละฉบับอีกต่อไป ด้วยเหตุนี้จึงควรใช้ระบบเดียวกับพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา โดยถือว่า กฎกระทรวงที่มีการระบุชื่อเนื้อหาสาระในเรื่องใดไว้เป็นครั้งแรกเป็นฉบับที่หนึ่งและหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องเดียวกันนั้นต่อไปก็จะเป็นฉบับที่สอง ฉบับที่สาม ตามลำดับ

3) โดยปกติกฎกระทรวงฉบับหนึ่งควรจะกำหนดเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่มอบหมายมาตราใดของพระราชบัญญัติให้อำนาจออกกฎกระทรวงในเรื่องนั้นไว้ และการใช้ชื่อของกฎกระทรวงให้ใช้ตรงกับเนื้อหาสาระที่กำหนดในกฎกระทรวงนั้น แต่ถ้ามีกรณีหลายเรื่องมีความสัมพันธ์กันสมควรที่จะนำมากำหนดรวมไว้ด้วยกัน เพื่อให้ผู้อ่านกฎกระทรวงเกิดความเข้าใจได้ง่ายในความเชื่อมโยงกัน แม้ว่าจะมีฐานที่มาในการให้ออกกฎกระทรวงจากหลายมาตราในพระราชบัญญัตินั้น ก็อาจนำมากำหนดไว้ในกฎกระทรวงเดียวกัน และในกรณีเช่นนี้การใช้ชื่อกฎกระทรวงควรให้ความหมายครอบคลุมทุกเรื่องที่มีอยู่ในเนื้อหาสาระ แต่ต้องให้ความสะดวกในการอ้างอิงกฎกระทรวงนั้น และให้ความชัดเจนเพียงพอในการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาสาระของกฎกระทรวงนั้นในภายหลังด้วย และในการแก้ไขเพิ่มเติมภายหลัง แม้จะมีการแก้ไขบางเรื่องอันมีฐานที่มาเพียงบางมาตรา ก็ให้ใช้ชื่อกฎกระทรวงตามฉบับที่ 1 เพื่อคงความเป็นกฎกระทรวงฉบับเดียวกันไว้

ตัวอย่างกฎกระทรวงในปัจจุบันที่เป็นตัวอย่างของชื่อกฎกระทรวง

- กฎกระทรวงว่าด้วยการรับรองโรงเรียนสอนขับรถ พ.ศ. 2546
- กฎกระทรวงว่าด้วยการจดทะเบียนจัดตั้ง การบริหาร การควบ และการยกเลิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติของผู้ควบคุมงานในการขุดดินตามกฎหมายว่าด้วยการขุดดินและถมดิน พ.ศ. 2546
- กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงว่าด้วยการอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดการเงินร่วมลงทุน พ.ศ. 2545
- กฎกระทรวงกำหนดจำนวนการจ้างงานและมูลค่าสินทรัพย์ถาวรของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม พ.ศ. 2545

(2) บทอาศัยอำนาจ

กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ต้องอ้างที่มาของการออกกฎกระทรวง เช่นเดียวกับการออกกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ และแบบการอ้างก็เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีการวมทั้งการอ้างบทอาศัยอำนาจในกรณีที่เนื้อหาของกฎกระทรวงเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็มีแบบในทำนองเดียวกันด้วย ตัวอย่าง เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการผลิตยาแผนปัจจุบัน พ.ศ. 2546 มีรูปแบบการอ้างบทอาศัยอำนาจ คือ

“อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 มาตรา 12 มาตรา 28 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 มาตรา 14(7) มาตรา 17 มาตรา 38 มาตรา 79 ทวิ และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2522 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2530 อันเป็นพระราชบัญญัติมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 มาตรา 39 มาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้”

(3) วันใช้บังคับ

วันใช้บังคับของกฎกระทรวงจะไม่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติแม่บททุกฉบับที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวง จะกำหนดไว้แล้วว่า กฎกระทรวงเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้เป็นอันใช้บังคับได้ ในกรณีกฎกระทรวงที่ออกตามความในประมวลกฎหมายแพ่งละพาณิชย์ จะเห็นได้ว่าได้กำหนดวันใช้บังคับกฎกระทรวงไว้ด้วย เช่น กฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 109 เกี่ยวกับการจดทะเบียนสมาคม เป็นต้น เนื่องจาก

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีข้อความที่ระบุวันใช้บังคับกฎกระทรวงไว้ อย่างไรก็ตาม ก็มีกฎกระทรวงหลายฉบับที่กำหนดวันใช้บังคับไว้ด้วย ซึ่งเป็นข้อยกเว้น เพื่อประโยชน์ในการใช้กฎหมายเพื่อไม่ให้เกิดช่องว่าง ตัวอย่างเช่น กฎกระทรวงฉบับที่ 242 (พ.ศ. 2546) ออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการจำหน่ายหนี้สูญจากบัญชีลูกหนี้

“ข้อ 3 กฎกระทรวงนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2546 เป็นต้นไป”

ตามตัวอย่างนี้อธิบายได้ว่ากฎกระทรวงนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาวันที่ 6 มกราคม 2546 จึงเป็นการให้ใช้บังคับย้อนหลัง

(4) การแบ่งหมวดหมู่

กฎกระทรวงไม่จำเป็นต้องมีหมวดหมู่เสมอไป แล้วแต่ว่าเนื้อหาสั้นหรือยาว กฎกระทรวงที่มีความยาวมาก ๆ และจำเป็นต้องแบ่งหมวดหมู่ เช่น กฎกระทรวงที่เกี่ยวกับเครื่องแบบต่าง ๆ

ตัวอย่างกฎกระทรวงที่ต้องการมีการแบ่งหมวดหมู่ เช่น กฎสำนักนายกรัฐมนตรี ออกตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องแบบข้าราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2478 ได้มีการแบ่งหมวดหมู่ คือ

ส่วนที่ 1 เครื่องแบบทั่วไป

ส่วนที่ 2 เครื่องแบบพิเศษ

หมวดที่ 1 กระทรวงกลาโหม หมวดที่ 2 กระทรวงการต่างประเทศ หมวดที่ 3 กระทรวงมหาดไทย หมวดที่ 4 กระทรวงเศรษฐการ หมวดที่ 5 สำนักพระราชวัง และสำนักงานราชเลขาธิการในพระองค์

ส่วนที่ 3 เบ็ดเตล็ด

(5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมมีรูปแบบในการใช้ถ้อยคำในการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม เช่นเดียวกับการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกา

(6) การลงนามของรัฐมนตรีในกฎกระทรวง

การออกกฎหมายในระดับกฎกระทรวงโดยปกติแล้วรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะเป็นผู้ลงนามในกฎหมาย แต่หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงประสงค์จะมอบอำนาจดังกล่าวให้รัฐมนตรีช่วยว่าการเป็นผู้ลงนามในกฎกระทรวงแทนจะทำได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2522 (บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงลงนามในกฎกระทรวงแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) - (เรื่องเสร็จที่ 477/2522) ดังนี้

1. กรณีที่รักษาราชการแทน รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงลงนามในกฎกระทรวงในระหว่างที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงรักษาราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

ได้ เพราะผู้รักษาราชการแทนย่อมมีอำนาจเช่นเดียวกับผู้ที่ตนแทน และอำนาจหน้าที่นั้นย่อมรวมถึงอำนาจหน้าที่ในการลงนามในกฎกระทรวงในฐานะเป็นผู้รักษาราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้วย

2. กรณีที่ได้รับมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน การออกกฎกระทรวง เพื่อให้การปฏิบัติการเป็นไปตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติแต่ละฉบับเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในการบริหารงานทั่วไปตามพระราชบัญญัตินั้นๆ และอยู่ในความหมายของคำว่า “อำนาจในการปฏิบัติหรือดำเนินการตามกฎหมาย” ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน การที่พระราชบัญญัติต่างๆ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้น มิได้ประสงค์เป็นการกำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะตัวแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ประการใด ประกอบกับกฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการมอบอำนาจไว้เป็นอย่างอื่นในลักษณะที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐมนตรีในการมอบอำนาจ รัฐมนตรีช่วยว่าการจึงเป็นผู้ลงนามในกฎกระทรวงแทนได้

3.3.4 รูปแบบและโครงสร้างการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง¹¹⁸

ในการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทประกาศกระทรวง มีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้

- (1) ชื่อของประกาศกระทรวง
- (2) คำปรารภ
- (3) บทอาศัยอำนาจ
- (4) วันใช้บังคับ
- (5) การแบ่งหมวดหมู่
- (6) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

(1) ชื่อของประกาศกระทรวง

จะกำหนดตามหน่วยงานของผู้ออกประกาศไม่ว่าราชการระดับกระทรวง กรม หรือคณะกรรมการ การจะใช้ชื่อประกาศขององค์กรใดนั้น กฎหมายแม่บทส่วนใหญ่จะระบุอยู่แล้ว ว่าจะให้ออกเป็นประกาศใด ตัวอย่าง เช่น

-ประกาศกรมทะเบียนการค้า เรื่อง การตรวจสอบให้คำรับรองเครื่องชั่งตวงวัดนอกสถานที่ พ.ศ. 2545

-ประกาศคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กำหนดตำแหน่งข้าราชการตุลาการที่เรียกชื่ออย่างอื่น

¹¹⁸ แหล่งเดิม .

(2) คำปรารภ

คำปรารภของประกาศไม่มีแบบที่แน่นอนตายตัว แต่ขอให้เขียนให้ชัดเจน โดยแสดงที่มาของการออกประกาศ หรือจะกล่าวถึงหลักการและวัตถุประสงค์ไว้อย่างกว้างๆ ก็ได้ เพื่อประโยชน์ของผู้อ่านเข้าใจได้ทันที

ตัวอย่างคำปรารภของประกาศ เช่น ประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 11 (2546) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล มีรูปแบบในการเขียนคำปรารภ คือ “โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการโฆษณาสถานพยาบาล เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง และเป็นธรรมต่อผู้รับบริการ”

(3) บทอาศัยอำนาจ

โดยทั่วไปแล้วประกาศต้องมีบทอาศัยอำนาจอันเป็นที่มาของการออกประกาศ และหากประกาศที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนต้องอ้างบทอาศัยอำนาจ เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง ตัวอย่าง เช่น

-ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสลาก ฉบับที่ 12 (พ.ศ.2546) เรื่อง ให้สุร่าเป็นสินค้าที่ควบคุมสลาก มีบทอาศัยอำนาจ คือ “อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 30 และมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการว่าด้วยสลากจึงออกประกาศไว้ดังต่อไปนี้”

(4) วันใช้บังคับ

แบบวันใช้บังคับของประกาศจะเขียนแตกต่างกันออกไป ในบางฉบับได้ใช้คำว่า “ทั้งนี้ ตั้งแต่วันที่ 23 มิถุนายน 2546 เป็นต้นไป” หรือ “ประกาศ ณ วันที่ 23 มิถุนายน 2546” หรือมีละเนิ่นนี้อาจใช้ควบคู่กันว่า “ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป” และ “ให้ไว้ ณ วันที่ 23 มิถุนายน 2546” แล้วลงชื่อผู้มีอำนาจออกประกาศ

วันใช้บังคับของประกาศอาจลงวันที่ย้อนหลังหรือกำหนดให้ใช้ในอนาคตได้เสมอ อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึงความเหมาะสม และข้อเท็จจริงด้วย บางกรณีอาจกำหนดให้ใช้ย้อนหลังไม่ได้ ดูความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้น

ในกรณีที่กฎหมายแม่บทไม่ได้ระบุว่าให้ประกาศใช้บังคับเมื่อใด คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เคยให้ความเห็นว่า เมื่อพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 เพียงแต่กำหนดให้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยมิได้มีบทบัญญัติใดกำหนดให้ประกาศคณะกรรมการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตาม

พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ออกให้ จึงต้องถือว่ามีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เพราะวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้นเป็นวันที่ถือว่าบุคคลทั่วไปได้ทราบประกาศนั้นแล้ว หากกฎหมายประสงค์จะให้ผลใช้บังคับนอกเหนือไปจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ก็จะต้องระบุวันใช้บังคับโดยชัดแจ้งในตัวกฎหมายนั่นเอง ด้วยเหตุผลดังกล่าวประกาศของคณะกรรมการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 จึงต้องถือว่ามีผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (เรื่องเสรีจี้ 193/2525)

(5) การแบ่งหมวดหมู่

โดยทั่วไปแล้วประกาศมักจะไม่นาน การแบ่งหมวดหมู่อาจไม่จำเป็น แต่ก็ไม่เป็นข้อจำกัดว่าถ้ามีเนื้อหาที่ยาวมาก ก็ควรแบ่งหมวดหมู่เพื่อให้เกิดความสะดวกในการใช้และการทำความเข้าใจประกาศ

(6) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน ควรใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหรือกฎกระทรวงและมีข้อสังเกตว่าถ้าเป็นไปได้ควรยกเลิกประกาศฉบับเดิมแล้วเขียนใหม่ เพราะจะสะดวกในการอ้างอิงและการค้นหาได้มากกว่าซึ่งประกาศส่วนมากก็ไม่ยาวและเขียนสิ่งที่ต้องการใหม่ได้อยู่แล้ว

3.3.5 รูปแบบและโครงสร้างการออก กฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบ

การออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทระเบียบมีรูปแบบและโครงสร้าง ดังนี้¹¹⁹

- (1) ชื่อของระเบียบ
- (2) คำปรารภ
- (3) บทอาศัยอำนาจ
- (4) การแบ่งหมวดหมู่
- (5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

รายละเอียดแต่ละเรื่องอธิบายได้ดังนี้

- (1) ชื่อของระเบียบ ตัวอย่างเช่น

ชื่อของระเบียบนั้นจะกำหนดตามหน่วยงานผู้ออกระเบียบไม่ว่าเป็นส่วนราชการระดับกระทรวง กรม หรือคณะกรรมการก็ตาม อย่างไรก็ตาม การจะใช้ชื่อระเบียบขององค์กรใดนั้น กฎหมายแม่บทส่วนใหญ่จะระบุอยู่แล้วว่าให้ออกเป็นระเบียบใด แต่บางครั้งกฎหมายแม่บทเองก็ไม่มีข้อความชัดเจน เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า “มาตรา 13 ให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีระเบียบเพื่อให้เจ้าหน้าที่ซึ่งต้องรับผิดชอบตาม มาตรา 8 และมาตรา 10 สามารถผ่อนชำระเงินที่จะต้องรับผิดชอบนั้นได้ โดยคำนึงถึงรายได้ฐานะ

¹¹⁹ แหล่งเดิม .

ครอบครัว และความรับผิดชอบ และพฤติกรรมแห่งกรณีประกอบด้วย” แต่เมื่อออกระเบียบผู้กว้าง ได้จัดทำเป็น “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี”

ตัวอย่างชื่อของระเบียบ เช่น ตามมาตรา 34 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ.2535 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2540 บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ออกระเบียบในเรื่องการเบิกจ่าย การเก็บรักษา การจัดการกองทุน ค่าใช้จ่าย และค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกองทุนทดแทนผู้ประสบภัยจากรถ โดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ออก “ระเบียบกระทรวงพาณิชย์ว่าด้วยการเบิกจ่าย การเก็บรักษา การจัดการกองทุน และค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานของกองทุนทดแทนผู้ประสบภัยจากรถ พ.ศ.2543” ซึ่งชื่อของระเบียบฯ ดังกล่าว จะเป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(2) คำปรารภ

คำปรารภของระเบียบไม่มีแบบที่แน่นอนตายตัว แต่ขอให้เขียนให้ชัดเจน โดยแสดงที่มาของการออกระเบียบหรือจะกล่าวถึงหลักการและวัตถุประสงค์ไว้กว้าง ๆ ก็ได้ เพื่อประโยชน์ของผู้อ่านเข้าใจได้ทันที ขอให้สังเกตวิธีเขียนคำปรารภในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐพ.ศ. 2539 ดังต่อไปนี้

โดยที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่พ.ศ. 2539 ขึ้นและกฎหมายดังกล่าวมีหลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากแนวทางปฏิบัติในเรื่องความรับผิดชอบแห่งที่ทางราชการถือปฏิบัติในปัจจุบัน โดยได้แยกความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ออกเป็นเหตุที่เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่และที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ โดยเมื่อมีความเสียหายเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องรับภาระชดเชยค่าเสียหายไปก่อนส่วนเจ้าหน้าที่ของรัฐจะรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายต่อหน่วยงานของรัฐเพียงใดนั้น ให้ไปไล่เบียดต่อในภายหลัง โดยจะยึดหลักว่าจะเรียกเอาแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น นอกจากนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถผ่อนชำระค่าสินไหมทดแทนได้ โดยคำนึงถึงรายได้ ฐานะ ครอบครัวและความรับผิดชอบและพฤติกรรมแห่งกรณีประกอบด้วยสำหรับความเสียหายที่เกิดจากการที่ไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องถูกฟ้องและชดเชยค่าสินไหมทดแทนเป็นการส่วนตัวโดยไม่เกี่ยวกับทางราชการสมควรวางระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 คณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้วางระเบียบไว้ ดังต่อไปนี้

(3) บทอาศัยอำนาจ

โดยทั่วไปแล้วระเบียบต้องมีบทอาศัยอำนาจอันเป็นที่มาของการออกระเบียบ เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยคณะกรรมการผู้ช่วยรัฐมนตรี พ.ศ. 2546 ข้างต้น ระเบียบดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(6)(8) และ (9) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 อันเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าของรัฐบาลในการกำกับดูแลการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งนายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นที่ปรึกษา วางระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการเป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ และดำเนินการอื่นใดในการปฏิบัติตามนโยบายโดยเฉพาะอำนาจตามมาตรา 11 (8) ดังกล่าวนี้ ได้มีการใช้อย่างกว้างขวางในการออกระเบียบเพื่อจัดการบริหารราชการต่าง ๆ

ระเบียบที่มีเนื้อหาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องอ้างบทอาศัยอำนาจเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

ในบางกรณีการออกระเบียบเพื่อประโยชน์ในการวางแผนทางการบริหารราชการแผ่นดินได้ก้าวไปไกลถึงการไม่อ้างอำนาจแม่บทใด ๆ เลย เพราะถือว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในฐานะฝ่ายบริหาร (ทั้งราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น รวมทั้งรัฐวิสาหกิจ) ซึ่งจะเห็นได้ว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่ได้อ้างแม่บทใดเลย ทั้งที่แม่บทกำหนดให้คณะรัฐมนตรีออกระเบียบ จะมีแต่คำปรารภที่เขียนยาวมาก แสดงที่มาและสาเหตุในการออกระเบียบ แล้วกล่าวว่าคณะรัฐมนตรีจึงมีมติให้วางระเบียบไว้ดังต่อไปนี้ เหตุผลที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากระเบียบฉบับนี้ประสงค์ให้หน่วยงานของรัฐทุกแห่งอยู่ภายใต้กฎหมายนี้ การอ้างมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ อาจมีข้อจำกัดในกรณีหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรมหาชน ระเบียบจึงกล่าวไว้ลอย ๆ เพื่อประสงค์จะให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ออกระเบียบดังกล่าว และใช้กับทุกหน่วยงานของรัฐที่มีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐได้

อย่างไรก็ตาม หากเป็นระเบียบปฏิบัติภายในของส่วนราชการแล้วผู้บังคับบัญชาของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นย่อมออกระเบียบใช้ในองค์กรนั้นได้เสมอ โดยไม่ต้องอ้างแม่บทใด เพราะหัวหน้าหน่วยงานย่อมมีอำนาจในการบริหารองค์กรนั้นอยู่ในตัว ดังเช่น ปลัดกระทรวงมีอำนาจรับผิดชอบควบคุมราชการประจำในกระทรวง ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 หรืออธิบดีเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการและรับผิดชอบการปฏิบัติราชการในกรม ตามมาตรา 32 แห่งกฎหมายเดียวกันนี้

(4) การแบ่งหมวดหมู่

มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

(5) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวง

เมื่อได้เกิดความรู้ความเข้าใจในเรื่องการออกกฎของฝ่ายบริหารทั้งกระบวนการแล้ว สิ่งที่เกิดขึ้นในทุกๆ สิ่งย่อมมีปัญหาในแต่ละเรื่อง การออกกฎของฝ่ายบริหารก็มีปัญหาที่เกิดขึ้น จากการออกกฎของฝ่ายบริหารนั้นๆ ซึ่งอาจแยกปัญหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

รายละเอียดในแต่ละเรื่องอธิบายได้ ดังนี้

3.3.6 ปัญหาในเรื่องรูปแบบและโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

จากการศึกษาการออกกฎของฝ่ายบริหารประเภทต่างๆ ตั้งแต่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ทำให้เห็นโครงสร้าง รูปแบบ ของการออกกฎของฝ่ายบริหารในแต่ละประเภท ซึ่งโครงสร้าง รูปแบบ ในแต่ละเรื่องนั้น จะเห็นได้ว่า บางเรื่องมีลักษณะที่คล้ายกัน บนพื้นฐานหลักการเดียวกัน แต่ในบางเรื่องอาจมีลักษณะแตกต่างกัน หากพิจารณาถึงปัญหาในเรื่องรูปแบบโครงสร้างของการออกกฎของฝ่ายบริหารแล้วอาจแยกปัญหาต่างๆ ได้ดังนี้

1) ปัญหาการเรียงลำดับของรูปแบบและโครงสร้างในการออกกฎของฝ่ายบริหาร โดยปกติจะต้องมีการเรียงลำดับ ของความสำคัญในแต่ละเรื่องเพื่อให้สื่อความสำคัญของการออกกฎในเรื่องนั้นๆ ซึ่งการเรียงตามความสำคัญนี้จะนำไปสู่ปัญหาการตีความ หากวินิจฉัยการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ

ตัวอย่างของปัญหาการเรียงลำดับ เช่น การออกกฎในเรื่องนั้น ได้นำเรื่องที่มีความสำคัญน้อยบัญญัติขึ้นไว้ก่อนทำให้การวินิจฉัยตีความในปัญหาการออกกฎในเรื่องนั้นๆ จะมีความไม่ถูกต้อง

2) ปัญหาการออกกฎในเรื่องรูปแบบ และโครงสร้างที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอน เช่น การออกกฎในเรื่องนั้น จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการหรือองค์กรใดๆ แต่การออกกฎนั้นมิได้ดำเนินการให้ครบตามขั้นตอนดังกล่าว ทำให้กฎของฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นอาจเกิดความไม่ชอบ เพราะมิได้ปฏิบัติให้ครบตามขั้นตอนของการออกกฎที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

3) ปัญหาในเรื่องวันใช้บังคับของกฎในเรื่องนั้นๆ หากพิจารณาจากหลักทั่วไป วันใช้บังคับของกฎในเรื่องนั้นๆ เป็นไปตามที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้ ซึ่งวันใช้บังคับของการออกกฎจะต้องมีความชัดเจน หากต้องการที่จะให้มีวันใช้บังคับไว้ในกฎฉบับนั้น ก็จะต้องมีการบัญญัติไว้ให้ชัดเจน มิฉะนั้นจะเป็นปัญหาในเรื่องการตีความ หากกฎในเรื่องนั้น มีผลการใช้บังคับย้อนหลัง และกระทบต่อผลประโยชน์ของกลุ่มคนที่กฎของฝ่ายบริหารนั้นบังคับใช้

4) ปัญหาในเรื่องผู้มีอำนาจลงนามในกฎนั้น อาจมีกฎของฝ่ายบริหารบางเรื่องที่ถูกผู้ลงนามในกฎนั้นไม่ใช่ผู้มีอำนาจโดยแท้จริง ซึ่งจะทำให้กฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารในเรื่องนั้นๆ เป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.7 ปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร

ปัญหาที่สำคัญ ในการออกกฎของฝ่ายบริหาร คือ ปัญหาในเรื่องเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญและทำให้เกิดการวินิจฉัยตีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้เนื่องจากโดยเนื้อหาในการออกกฎในแต่ละเรื่องนั้น จะมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของกฎในเรื่องนั้น

หากพิจารณาปัญหาในเรื่องเนื้อหาในการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นปัญหาสำคัญ และพบได้เสมออาจแยกปัญหาต่างๆ เหล่านี้ได้ ดังนี้

1) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมายแม่บท เกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ กรณีของปัญหานี้เป็นปัญหาที่พบได้เสมอในการออกกฎของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการวินิจฉัยตีความในเงื่อนไขที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้ ผู้มีอำนาจออกกฎในเรื่องนั้นมีความเข้าใจว่า สามารถออกกฎในเรื่องนั้นๆ ได้ ซึ่งบางครั้งความเข้าใจดังกล่าวทำให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นเกินอำนาจขอบเขตที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติไว้

ตัวอย่างของปัญหาที่พบได้ เช่น ตามที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 ได้บัญญัติไว้ว่า “ภายในระยะสามปีนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินตามมาตรา 25 ใช้บังคับ ห้ามมิให้ผู้ใดจำหน่ายด้วยประการใดๆ หรือก่อให้เกิดภาระติดพันใดๆ ซึ่งที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดิน เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากคณะกรรมการหรือผู้ซึ่งคณะกรรมการมอบหมาย”

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตปฏิรูปที่ดินเพิ่มเติมในท้องที่เดิมที่ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นเขตปฏิรูปที่ดินไว้แล้ว เพื่อประสงค์จะขยายระยะเวลาห้ามจำหน่าย หรือก่อให้เกิดภาระติดพันตามมาตรา 28 ออกไปอีกจะกระทำได้อหรือไม่

ตัวอย่างต่อมาของปัญหาในประเภทนี้ เช่น ตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ.2503 บัญญัติว่า “เมื่อการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงผลิตพลังงานไฟฟ้า และระบบการส่งหรือการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าหรือตั้งสถานีไฟฟ้า ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่นให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์”

ปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการคิดค่าปรับแก่ผู้ละเมิดสิทธิการใช้กระแสไฟฟ้าโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 35 ดังกล่าวนี จะกระทำได้อหรือไม่

2) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีการมอบอำนาจต่อ กรณีของปัญหานี้ เป็นปัญหาที่พบได้เสมอในการออกกฎของฝ่ายบริหาร เนื่องจากในการออกกฎของฝ่ายบริหารจะมีการมอบต่อให้มีการดำเนินการหรือมอบหมายต่อให้มีการกำหนดรายละเอียดต่อไป ซึ่งกฎหมายแม่บทได้บัญญัติให้เฉพาะมีการออกกฎเท่านั้น

ตัวอย่างของปัญหาที่พบได้ เช่น ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ที่บัญญัติให้การกำหนดในเรื่องระบบต่างๆ ตามมาตรา 8 (4) และ (6) ในเรื่องของระบบการประปา ไฟฟ้า ก๊าซ การป้องกันอัคคีภัย การจัดแสงสว่าง การระบายอากาศ การระบายน้ำ การกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล ต้องกำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีนี้กรมโยธาธิการจะร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 เพื่อควบคุมอาคารขนาดใหญ่ โดยในร่างกฎกระทรวงนี้จะกำหนดว่า รายละเอียด หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขที่เกี่ยวกับการติดตั้ง ระบบประปา ไฟฟ้า และการป้องกันอัคคีภัย การระบายอากาศ การระบายน้ำ และการกำจัดของเสีย ให้เป็นไปตามที่กรมโยธาธิการประกาศกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งในกรณีนี้กรมโยธาธิการจะดำเนินการออกประกาศเองโดยไม่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง เพราะมีรายละเอียดเนื้อหาซึ่งเป็นเรื่องในทางเทคนิค กรณีดังกล่าวนี้กรมโยธาธิการจะออกประกาศจะกระทำได้หรือไม่

3) ปัญหาในเนื้อหาของการออกกฎของฝ่ายบริหารที่มีรายละเอียดเนื้อหาไม่มีความชัดเจนเพียงพอแก่การปฏิบัติ กรณีปัญหานี้เป็นเรื่องของเนื้อหาของกฎที่การบัญญัติถ้อยคำเกิดความไม่ชัดเจนในการอธิบายความหมายทำให้เกิดการตีความแตกต่างกันไป

ตัวอย่างของปัญหานี้ เช่น การบัญญัติถ้อยคำในมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 6) พ.ศ.2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2541 ได้บัญญัติว่า “มาตรา 5 สิทธิที่จะเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการซึ่งได้รับคำสั่งให้เดินทางไปสำนักงานใหม่ตามคำร้องของตนเองที่มีอยู่ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ.2527 ก่อนวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับให้คงมีอยู่ต่อไป จนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน พ.ศ.2527 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกานี้” ถ้อยคำที่บัญญัติว่า จนกว่าจะหมดสิทธิตามพระราชกฤษฎีกาฯ นั้นมีความหมายอย่างไร

4) ปัญหาในเนื้อหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ ปัญหานี้เป็นปัญหาการออกกฎของฝ่ายบริหารที่เป็นภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ กฎของฝ่ายบริหารที่ออกมาใช้บังคับนั้น มีเงื่อนไขการออกกฎบางประการที่เป็นการสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้

ตัวอย่างปัญหาที่พบได้ เช่น การออกกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม กรุงเทพมหานคร พ.ศ. ซึ่งในร่างกฎกระทรวงดังกล่าวได้กำหนดให้ต้องแจ้งการใช้ประโยชน์

ที่ดิน หรือเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดิน ทั้งการใช้ประโยชน์ที่ดินหลักและการใช้ประโยชน์ที่ดินรองจะสามารถกระทำได้หรือไม่

นอกจากนี้การออกกฎของฝ่ายบริหารซึ่งได้สร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ อาจพบได้ในกรณีที่มีการออกกฎของฝ่ายบริหารในเรื่องเดียวกันตามกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ เช่น ในเรื่องการขออนุญาตประกอบกิจการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ การขออนุญาตตามกฎหมายซึ่งออกตามกฎหมายหลายฉบับ ก็เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็นแก่ผู้ถูกบังคับใช้ด้วย

จากการศึกษาถึงการออกกฎของฝ่ายบริหารในบทนี้ ทำให้ได้ทราบหลักเกณฑ์ของการออกกฎในระบบของกฎหมายไทย ทั้งในด้านรูปแบบ โครงสร้างและในด้านเนื้อหาของการออกกฎ นอกจากนั้นยังได้ทราบหลักการออกกฎในระบบกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศส ทำให้ได้มีความรู้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์ของการออกกฎของต่างประเทศ ซึ่งอาจจะนำหลักเกณฑ์บางประการมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ ซึ่งในการออกกฎในระบบกฎหมายไทยได้มีกรณีของปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น และการเกิดปัญหาต่างๆ เหล่านั้น เป็นสิ่งที่วิทยานิพนธ์นี้ต้องการที่จะศึกษาเพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาในแต่ละกรณีและนำมาวางมาตรฐานการออกกฎที่ดีให้แก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป