

# ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา



สนับสนุนโดย



มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์

ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติ  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 :  
กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา

The Final Report about the Problems  
of the Law Status and Hierarchy by Virtue of the  
Thai Constitution on the Royal Decree

รองศาสตราจารย์ สิทธิกร ศักดิ์แสง  
อาจารย์ อภิรดี กิตติสิทโธ

(ความเห็นในรายงานนี้เป็นของผู้วิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป)

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

สิทธิกร ศักดิ์แสง.

ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา.

-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2563.

316 หน้า.

1. รัฐธรรมนูญ -- ไทย. I. อภิรตี กิตติสิทโธ, ผู้แต่งร่วม II. ชื่อเรื่อง.

342.593

ISBN: 978-616-8033-59-3

ชื่อเรื่อง	ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา The Final Report about the Problems of the Law Status and Hierarchy by Virtue of the Thai Constitution on the Royal Decree
ผู้เขียน	รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง, อาจารย์อภิรตี กิตติสิทโธ
ปีที่พิมพ์	ตุลาคม 2563
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 www.constitutionalcourt.or.th E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	สถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250 โทรศัพท์ / โทรสาร: 0-2742-4754-5

## คำนำ

ศาลรัฐธรรมนูญ โดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กับ มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ จากประเทศเยอรมนี คือ พันธมิตรทางวิชาการ ที่ได้ทำงานด้านการส่งเสริมและพัฒนาทางวิชาการเกี่ยวกับประเด็นรัฐธรรมนูญศึกษานับตั้งแต่ที่ได้มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศไทยเป็นต้นมา

มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ มุ่งเน้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับประเด็นรัฐธรรมนูญศึกษาเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกรอบกฎหมายของประเทศ ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับรัฐ โดยรัฐธรรมนูญยังเป็นตัวสะท้อนถึงบริบททางประวัติศาสตร์ การเมือง สังคม และวัฒนธรรมของประเทศ ตามที่ได้มีการยกร่างขึ้นมา และรัฐธรรมนูญยังเป็นหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง เป็นตัวกำหนดกลไกการควบคุมอำนาจรัฐเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์และเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญในอุดมคตินั้น จะสะท้อนถึงค่านิยมของชาติ อาทิ เช่น อธิปไตยของประเทศ ความเป็นประชาธิปไตย การแบ่งแยกอำนาจ และการยึดหลักนิติธรรม ซึ่งความชอบธรรมของรัฐธรรมนูญจะมาจากกระบวนการการให้สัตยาบันรับรอง และความเห็นพ้องในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น

ความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ กับ มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ประกอบด้วยกิจกรรมต่าง ๆ ที่มีเป้าหมายเพื่อส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้ง การอ้างไว้ซึ่งหลักนิติธรรมของประเทศ นอกจากนี้ ทั้งสององค์กรยังได้เข้าร่วมประชุมหารือในประเด็นที่เกี่ยวกับความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญ ในเวทีนานาชาติด้วย

กรณีศึกษาอันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา นับเป็นตัวอย่างที่โดดเด่นของความร่วมมือดังกล่าว กรณีศึกษานี้ เน้นประเด็นคำถามที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งในเรื่อง ลำดับชั้นทางกฎหมาย ในประเทศไทย ซึ่งความเข้าใจในประเด็นดังกล่าว รวมทั้งการอธิบาย ให้กระจ่างถึงลำดับชั้นที่แตกต่างของกฎหมายในการนำไปบังคับใช้ และการยึดมั่นในหลักรัฐธรรมนูญนั้น นับเป็นเรื่องที่สำคัญยิ่งต่อการธำรงไว้ซึ่งหลักนิติธรรม ทั้งนี้ เพราะมันสามารถส่งผลกระทบต่อความชัดเจนและความ สอดคล้องในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายรอง และกฎระเบียบต่าง ๆ ต่อไปด้วย

ในนามมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ดิฉันขอขอบคุณ ท่านวรวิทย์ กังศศิเทียม ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ เลขาธิการ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับความสำเร็จในการจัดพิมพ์เผยแพร่กรณีศึกษานี้ มูลนิธิฯ หวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือเล่มนี้จะเป็นแหล่งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ทางวิชาการ แก่ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายของไทย เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ และ นักวิชาการ ตลอดจนสาธารณชนผู้สนใจในประเด็นที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศึกษา และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศไทย สืบไป

**ดร.เซลีน-อแก็ธ คาโร (Dr. Céline-Agathe Caro)**

ผู้แทนมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ประจำประเทศไทย

## Foreword

The Constitutional Court of the Kingdom of Thailand through the Office of the Constitutional Court (OCC) and Konrad Adenauer Stiftung (KAS), a German foundation, are academic partners. Together, they have been promoting and supporting academic work in the area of constitution studies since the Constitutional Court's establishment in the country.

Focusing on constitution studies is very important for the KAS because a constitution gives a country a legal framework and defines the relationship between the people and the state. It reflects the historical, political, social, and cultural context in which it was drafted. A constitution also guarantees the fundamental rights of the citizens and introduces power control mechanisms to protect the interests and the liberties of the people. Ideally, it should reflect cardinal values of a nation such as sovereignty, democracy, separation of powers and the rule of law. Its legitimacy often stems from its ratification and amendment process.

The cooperation between the OCC and the KAS comprises many activities aiming at upholding people's rights and liberties as well as the rule of law in Thailand. Together, the two institutions have also regularly participated in discussions about constitutional justice with the international community.

This case study about the legal status of royal decrees is an outstanding example of our cooperation. It focuses on the very crucial question of the hierarchy of laws in the Kingdom of Thailand. Understanding this issue and clarifying how the different levels of law apply in practice, in adherence to the constitution, is essential to the rule of law because it contributes to a clear and coherent legal and regulatory framework.

On behalf of the KAS, I would like to thank the President of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, H.E. Mr. Worawit Kangsasiatiam, the Secretary-General, Dr. Chaowana Traimas, as well as their staff members, for initiating and preparing this case study. The KAS hopes that this publication will provide a valuable source of reference for Thai legal experts, official, and academics, as well as all persons interested in constitutional issues and the constitutionality of laws in Thailand.

**Dr. Céline-Agathe Caro**

Resident Representative,

Konrad Adenauer Stiftung - Thailand

## คำนำ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญกับมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ได้ดำเนินการร่วมมือทางวิชาการต่อเนื่องกันมาด้วยความใกล้ชิด นับตั้งแต่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๑ แล้ว

ในปี พ.ศ. ๒๕๖๓ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ได้มีโครงการจัดพิมพ์หนังสือรายงานวิจัย เรื่อง **“ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๖๐ : กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกา”** การจัดพิมพ์รายงานการวิจัยดังกล่าวเป็นการเผยแพร่งานวิชาการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ โดยรายงานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงการนำรูปแบบของการกระทำของฝ่ายบริหาร ที่เรียกชื่อว่า **“พระราชกฤษฎีกา”** มาบังคับใช้ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ เพื่อศึกษาถึงปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และเพื่อศึกษาถึงปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญขอขอบพระคุณคณะผู้วิจัย อันได้แก่ รongศาสตราจารย์ ลิทธิกร ศักดิ์แสง และ อาจารย์ยอภรดี กิตติสิทโธ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี ในฐานะเจ้าของลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ที่อนุญาตให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใช้ลิขสิทธิ์

ในงานวรรณกรรมและจัดพิมพ์เผยแพร่เพื่อบริการทางวิชาการโดยไม่คิดค่าลิขสิทธิ์ใด ๆ ทั้งสิ้น รายงานการวิจัยดังกล่าวถือเป็นแหล่งข้อมูลที่มีคุณค่าสำหรับการใช้ประโยชน์ในชุมชนทางวิชาการของไทย และสำหรับผู้ที่สนใจในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านรัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐธรรมนูญ **ความเห็นในรายงานนี้เป็นของผู้วิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป**

ในนามของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ขอถือโอกาสนี้แสดงความขอบคุณมายังมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ และ ดร. เซลิน-อแก็ธ คาร์โร ผู้แทนมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ประจำประเทศไทย สำหรับความร่วมมือระหว่างกัน และให้ความสนับสนุนสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา

(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## Foreword

The Office of the Constitutional Court (OCC) and Konrad Adenauer Stiftung (KAS) has been closely cooperating continuously in terms of academics matters since the Court's establishment in 1998.

In 2020, the Office of the Constitutional Court and Konrad Adenauer Stiftung initiate a project of the publication of the Final Report about the Problems of the Law Status and Hierarchy by Virtue of the Thai Constitution on the Royal Decree. This publication disseminates the legal academic work relating to constitutional laws and other relevant constitutional issues. This research has the objectives to study the implementation of the patterns of the act of the administrative called "Royal Decree" that come into force under the provisions of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017), to study the problems of the status and the legal hierarchy of the Royal Decree under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) and to study the problems of the constitutional review of the constitutionality of the Royal Decree under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017).

The Office of the Constitutional Court would like to thank the research team such as **Associate Professor Sittikorn Saksang, and Lecturer Abhiradi Kittisiddho, Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University** as the owner of the copyright

in this literary work which allows the Office of the Constitutional Court to use the copyright in this literary work and published for academic services without any royalty fees. This Final Report is considered a valuable source of information for utilization in the Thai academic community and for those who are interested in the issues related to public law especially in the field of constitution and constitutional law. **The opinions on this report belong to the research team. The Constitutional Court and the Office of the Constitutional Court are not always required to agree with them.**

On behalf of the Office of the Constitutional Court, I would like to take this opportunity to express my sincere gratitude to Konrad Adenauer Stiftung and Dr. Céline-Agathe Caro, Resident Representative, Konrad Adenauer Stiftung - Thailand, for their mutual cooperation and vital support extend to us.

**Dr. Chaowana Traimas**

Secretary-General

Office of the Constitutional Court

## กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยฉบับนี้เกิดขึ้นจากที่ผู้วิจัยได้เขียนบทความสั้น ๆ เรื่อง สถานะของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ลงเผยแพร่ในเว็บเพจ sittikorn saksang บน Facebook มีผู้ติดตามในเว็บเพจ ได้ส่งข้อความมาถึงผู้วิจัยเพื่อขอความกระจ่างชัดในเรื่องการนำรูปแบบการกระทำชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบอบกฎหมายไทย ทำให้ผู้วิจัยต้องศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม พบว่าพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย จึงได้ปรึกษา ท่านอาจารย์ศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. กมลชัย รัตสกาวงศ์ ท่านอาจารย์ได้แนะนำให้เขียนบทความวิชาการเพื่อให้ได้ประเด็นที่ตกผลึกเพื่อที่นำไปเขียนงานวิจัยต่อไป และผู้วิจัยได้ค้นคว้าเขียนบทความเสนอต่อวารสารกฎหมายปกครอง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และต่อมาได้เสนอโครงร่างวิจัยต่อมหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี โดยทางมหาวิทยาลัยได้พิจารณาให้ผู้ทรงคุณวุฒิ 2 ท่านพิจารณางานวิจัย คือ ศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต

ตั้งนั้นงานวิจัยเล่มนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ก็ด้วยความเมตตาจากศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณางานวิจัย ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างยิ่งและงานวิจัยเล่มนี้สำเร็จลุล่วงก็ด้วยข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึกของนักวิชาการด้านกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชน ผู้วิจัยได้ดำเนินสัมภาษณ์เชิงลึก แยกออก 3 กลุ่ม ดังนี้

คือ ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญา และ  
กฎหมายระหว่างประเทศ ตុลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> ตុลาการศาลปกครอง<sup>3</sup>  
ที่ให้แนวคิดและมุมมองในประเด็นสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา  
ที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการอย่างยิ่ง

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณบุคคลที่ได้กล่าวมา ณ ที่นี้ด้วย

ผู้วิจัย

รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง

อาจารย์อภริตี กิตติสิริโธ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายปกครอง  
กฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสากววงศ์ ผู้ทรงคุณวุฒิประจำสาขา  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ศาสตราจารย์จรัญ โฆษณานันท์ คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยรามคำแหง รองศาสตราจารย์ อานนท์ มาเฝ้า คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์ รองศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์  
มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชีระ สุธีวรจากร คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ เจษฎา ทองขาว คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ทักษิณ ดร. เขาวณะ ไตรมาศ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ นายกล้า สมุทวนิช  
นักวิชาการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายอาญา  
ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายระหว่าง  
ประเทศ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์

<sup>2</sup> ตูลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกได้แก่ ศาสตราจารย์  
ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล

<sup>3</sup> ตูลาการศาลปกครอง ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกได้แก่ ศาสตราจารย์พิเศษ  
ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงวงศ์ ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิช  
ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

## บทคัดย่อ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงการนำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบบกฎหมายไทย พบว่ามีปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อยู่ 5 ประการ ดังนี้ ปัญหาประการที่ 1 พระราชกฤษฎีกายุบ รวม หรือโอน ส่วนราชการ ปัญหาประการที่ 2 พระราชกฤษฎีกายุบสภามุแทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้าง มีสถานะทางกฎหมายมีลำดับชั้นของกฎหมายใด ระหว่างกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือไม่อาจจัดอยู่ในสถานะของประเภทของกฎหมายทั้ง 2 ประเภท ปัญหาประการที่ 3 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภามุแทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา ปัญหาประการที่ 4 พระราชกฤษฎีกากฎโทษ ศาลปกครองได้พิพากษาว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่บางฉบับถือว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง บางฉบับไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ปัญหาประการที่ 5 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจตามอรรถาธิบายของพระมหากษัตริย์ส่งผลกระทบต่ออยู่ 2 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 ผลกระทบในเรื่องการใช้ การตีความกฎหมายเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนทำให้ประชาชนไม่สามารถทราบถึงกฎเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนของรูปแบบของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา”

ประการที่ 2 ผลกระทบเรื่องการนำคดีขึ้นสู่ศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา”

**คำสำคัญ** กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”, ขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวพันกับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”, พระราชกฤษฎีกา, กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ, “การกระทำทางรัฐบาล”

## Abstract

According to the study on the implementation of executive's action called "Royal Decree" in Thai jurisprudence, it was found that it caused 5 problems concerning the law status and hierarchy and an examination of legitimacy of constitution and royal decree laws issued by virtue of the Constitution of The Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) as follows. Firstly, the problem concerns the royal decree for disbandment, merger and transfer of executive agencies. Secondly, what's the law status and hierarchy of the royal decree for dissolution of the House of Representative issued by virtue of the Constitution: "rule" or "law" or not included in both categories? Thirdly, the problem concerns the royal decree for the upper and lower house election. Fourthly, the royal decree on the royal pardon has been ruled by the administrative court that it's a subordinate legislation with status of "rule", but some decrees are subject to the court's jurisdiction and some decrees aren't. Fifthly, the problem concerns the law status of the royal decree with the King's pleasure which caused 2 subsequent problems.

Firstly, the problem concerns the influences on law interpretation related to an ambiguous legal status, so people failed to acquire certain principle of executive's action called "royal decree".

Secondly, the problem concerns the influences on bringing a case to court in order to examine the legitimacy of executive's action called "royal decree".

**Keywords:** Subordinate Legislation as status of "rule", Scope of Legislation Related to Subordinate Legislation as Status of "Rule", Royal Decree, Rule as status of Legislative Act, "Act of Government"

## บทสรุปผู้บริหาร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักคิดเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์เกิดขึ้นเมื่อมีมนุษย์ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ซึ่งการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นต้องมี “กติกา” ในการอยู่ร่วมกัน แต่กติกาที่สำคัญและมีความแน่นอนเหล่านั้นก็คือ “กฎหมาย” โดยกฎหมายที่ใช้บังคับคนในสังคมนั้นจะประกอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดกติกาที่เป็นกฎหมายใช้บังคับคนในสังคมจะต้องมีที่มาและการวางกฎกติกาที่ได้รับความยินยอมและรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ และพบว่า การให้คำนิยามความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติพบว่า มีกฎหมายอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ให้นิยามถึง กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นใดที่เป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งพระราชกฤษฎีกา คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ให้นิยามความหมายของกฎไว้เช่นเดียวกันว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับ

เป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับให้นิยามความหมายของ กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยยกตัวอย่าง ชนิดของ กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ขึ้น กล่าวนำว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป” นั้น แสดงให้เห็นว่า กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชน ฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการ และแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของ “กฎ” ฉะนั้น กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงมีลักษณะ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็น “นามธรรม” เพื่อให้ใช้บังคับ ครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก

แต่อย่างไรก็ตามปัญหาพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญที่ยังคงมีความสับสนอยู่ว่ามีสถานะทางกฎหมายอยู่ในลำดับชั้น ทางกฎหมายในระดับใดระหว่าง “กฎหมายบัญญัติ” กับ “กฎหมาย ลำดับรอง” หรือ “กฎ” ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของ “กฎ” ว่า รวมทั้ง คำพิพากษาศาลปกครองได้พิพากษาว่า พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษมีฐานะ เป็น “กฎ” แต่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยผูกพัน ทุกองค์กร ได้วินิจฉัยพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

คือ พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรให้มีการเลือกตั้งใหม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎหมาย” อยู่ในลำดับชั้นกฎหมายบัญญัติ นับเป็นเรื่องที่เหมาะสมควรจะศึกษาปัญหาสถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายอยู่ 3 ประการ คือ ปัญหาประการที่ 1 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้างมีสถานะทางกฎหมาย และมีลำดับชั้นของกฎหมายใดระหว่างกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ “กฎหมาย” ปัญหาประการที่ 2 พระราชกฤษฎีกากฎโทษศาลปกครองได้พิพากษาศาลว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ปัญหาประการที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจตามพระราชอัยอาศัยของพระมหากษัตริย์นี้จะไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง ศาลจะมีอำนาจเข้าตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายได้หรือไม่

ดังนั้นงานวิจัยนี้ผู้วิจัยมีความมุ่งมั่นที่จะศึกษาถึงการนำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบบกฎหมายไทย มีประเภทใดบ้าง มีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายอย่างไร สมควรที่จะใช้รูปแบบนี้หรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่นและเกี่ยวข้องกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิ การควบคุมตรวจสอบได้หรือไม่เพียงใด

จากการศึกษาพบว่าการที่ประเทศไทยได้นำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ พบว่า มีปัญหาว่าพระราชกฤษฎีกาแต่ละฉบับมีปัญหาในเรื่องมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามกฎหมายว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” และศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาด้วยการวิเคราะห์พบว่า มีแนวทาง

แก้ไขปัญหาของพระราชกฤษฎีกา ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า สามารถแยกมีสถานะทางกฎหมายพระราชกฤษฎีกามี อยู่ 4 ประเภท ดังนี้

**ประเภทที่ 1** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐเป็นไปตามพระราชอัธยาศัย ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 อาศัยอำนาจมาตรา 15 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามแบบพิธี แต่ไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เจิงเนื้อหาที่อยู่ภายใต้การบังคับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐ หลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ปัญหาต่อมาพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง พบว่าภายใต้บทบัญญัติมาตรา 15 ให้ตราพระราชกฤษฎีกาตามอัธยาศัย เป็นพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์ใช้ตราพระราชกฤษฎีกาตามลำพังพระองค์เอง ถือเป็นกรกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ตามหลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” จะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลแต่อย่างไร

**ประเภทที่ 2** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐไม่เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง จะพบว่ามีอยู่ 3 ลักษณะ ดังนี้

**ลักษณะที่ 1** พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมือง เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดปิดประชุมรัฐสภา

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญโดยเฉพาะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายตามแบบเนื้อความ แต่มีลักษณะเป็น “กฎหมายตามแบบพิธี” เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้เป็นการกระทำทางการเมือง หรือเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” โดยหลักการแล้วจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญและชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการ

**ลักษณะที่ 2** พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเกี่ยวพันกับการกระทำทางการเมืองกับการกระทำทางปกครอง เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนของจัดการเลือกตั้ง ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา ตาม “แบบพิธี” ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตาม “แบบเนื้อหา” เพราะไม่เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” ตามมาตรา 9 (1) และตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**ลักษณะที่ 3** พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ นี้จะไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง แต่มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎ” กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานะทางประมุขของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง และการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นี้จะไม่อยู่ในสถานะทางฝ่ายปกครองและมีเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

**ประเภทที่ 3** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญโดยตรงประกอบกับกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

**ลักษณะที่ 1** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนุญประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนุญ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลร่วมกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง เสนอให้พระมหาพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อให้มีการจัดการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือ การเลือกสมาชิกวุฒิสภา ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็น กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา “ตามแบบพิธี” ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” “ตามแบบเนื้อหา” เพราะไม่เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” แต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองตามมาตรา 231 (2) รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนุญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

**ลักษณะที่ 2** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนุญประกอบกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครอง มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎ” เช่น พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ พระราชกฤษฎีกาการเวนคืนที่ดิน หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอุทยาน

พระราชกฤษฎีกายุบรวมนหรือโอนส่วนราชการ มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามเจตนารมณ์ของคำนิยามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 เป็นต้น อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 11 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**ประเภทที่ 4** พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่อง ตามมาตรา 175 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกมาเพื่อใช้กับฝ่ายบริหารเพียงอย่างเดียวไม่บังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลเห็นสมควรตราข้อบังคับใช้ในการบริหารงานทั่วไป ในกิจการของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วย เบี้ยประชุมกรรมการพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการร้องทุกข์ในพระราชสำนัก เป็นต้น ถ้ากรณีดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และชอบด้วยกฎหมายนั้น จะถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 11 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542



## Executive Summary

The Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017) has established the concept of coexistence in human society as two people stay together. The coexistence in society requires a **“rule”** for coexistence. This important and certain rule is **“law”**. The laws governing people in society consists of written and unwritten laws. Therefore, those having authorities to establish rules that are laws governing people in the society must enact a law with the legal origin and a regulation recognized by the majority of the nation. Also, it was found the definition of subordinate legislation with the status of **“rule”** according to the legislation had 2 legislations: Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996), Section 5 and Act on Establishment of Administrative Courts and Act on Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999), B.E. 3, Paragraph 8. These acts have provided the same definition that **“rule” means “royal decree, ministerial regulation, ministerial announcement, local ordinance, provision, regulation or other provisions with general enforcement and without any intention to be enforced in a specific case or for the person”**. According to this observation, both acts give meaning of subordinate process and legislation with the status of **“rule”** providing an example of this subordinate legislation with its introduction stated that **“...royal decree, ministerial regulation, ministerial announcement, local ordinance, provision, regulation or**

**other provisions with general enforcement**” indicate that the subordinate process and legislation with the status of **“rule”** is the subordinate process and legislation with the status of **“rule”** or legal norm with the intention of public law only by assigning rights to those subject to the subordinate process and legislation with the status of **“rule”** in the ending part that **“without any intention to be enforced in specific case or for person”**. Whereas, this part indicates the generality of **“rule”**, the subordinate process and legislation with the status of **“rule”** have **“abstract”** regulations to be enforced fully for material facts.

However, the royal decrees issued under the constitutional authorities have caused ambiguity that which category between **“legislation”** and **“subordinate legislation”** or **“rule”** do the decrees belong? According to the study of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 and Act on Establishment of Administrative Courts and Act on Administrative Court Procedure, B.E. 2542 concerning the **“rule”**, the Administrative Court ruled that the royal decree on the royal pardon was a **“rule”**. However, the constitutional court, in which its decision supported by the Constitution to bind all agencies, has ruled that the royal decrees issued by virtue of the constitutional authorities, namely the Royal Decree Dissolving the House of Representatives for New Election have a status of **“law”** with the legislation level. Therefore, there are 3 issues to be studied about the legal status and hierarchy as follows. Firstly, which is the legal status and hierarchy of the Royal Decree Dissolving the House of Representatives issued by virtue of the Constitution between

subordinate legislation with a status of “rule” or “law”? Secondly, to consider a royal decree on the royal pardon, the constitutional court ruled that it is subordinate legislation with a status of “rule” but it’s not subject to the court’s jurisdiction. Thirdly, does a royal decree according to the King’s pleasure belong to the executive and a court has authorities to examine the legitimacy for the Constitution and law?

Therefore, in this research, the author is determined to study the implementation of the executive action called “**Royal Decree**” in the Thai jurisprudence. What’s its category? What’s its legal status and hierarchy? Is it appropriate to use this format? Does it have another option? Could a related issue be inspected, if so, how?

According to the study, it was found that Thailand has adopted the executive action called “Royal Decree” which caused problems that what’s a legal status and hierarchy of each royal decree between “law with legislative level” or subordinate legislation with the status of “rule” or “Act of Head of State” in accordance with the theory of the “Act of Government”. Does the court have the authority to examine decree constitutionality and legitimacy? According to the analysis study, it was found that there were solutions to the problems of the Royal Decree under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560. The royal decrees could be divided into 4 categories as follows.

**Category 1** A Royal Decree enacted by the King with royal prerogative as the Act of Head of State according to the King’s pleasure as written in the Constitution directly; The Royal Decree

on the administrative organization and personnel administration in his Majesty B.E. 2560 by virtue of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, Section 15 has the legal status of a subordinate legislation with the status of “rule” with ceremonial obligation but not a subordinate legislation with the status of “rule” with content obligation under Section 11 (2) of the Act on Establishment of Administrative Courts and Act on Administrative Court Procedure, B.E. 2542 (1999) and the Act of Head of State according to the theory of “Act of Government”. For another problem, could a royal decree be examined for its constitutionality and legitimacy? According to the in-depth interview of constitutional court’s judge and administrative court’s judge, it was found that, under the provisions of Section 15, the royal decree enactment according to the King’s pleasure was the royal prerogative solely and considered as an Act of Head of State according to the Theory of “Act of Government” could not be examined by the court.

**Category 2** A Royal Decree enacted by the King with royal prerogative as the Act of Head of State did not accord with the King’s pleasure written in the Constitution directly. There are 3 characteristics as follows.

**Characteristic 1** A royal decree with a characteristic of Act of Politics such as a royal decree on opening or closing parliamentary session, particular royal decree issued by virtue of the Constitution without content obligation but with “ceremonial obligation” such as a royal decree on opening or closing parliamentary session. These royal decrees are the Act of Politics or so-called “Act of Government”. In principle, their

constitutionality and legitimacy shall not be under the judicial organization's authorities.

**Characteristic 2** A royal decree related to the act of politics and the administrative acts such as the Royal Decree dissolving the House of Representatives for election is not deemed a “law with the legislative level” and the subordinate legislation with the status of “rule”. It's not considered the law with the legislative level because its name was formed in accordance with the “ceremonial obligation”, not the subordinate legislation with the status of “rule” in accordance with “content obligation” since it failed to fall into the consideration that the word “rule” as “abstract” and “generality” under Section 9 (1) and Section 11 (2) of the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedures, B.E. 2542.

**Characteristic 3** A royal decree related to the royal prerogative of the King This isn't deemed the executive but has a legal status as “rule”. A royal decree enacted by the King with the royal prerogative as the Head of State written in the constitution directly. The exercise of the royal prerogative of the King isn't the executive and a public officer under the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedures, B.E. 2542, Section 3 such as the royal decree on the royal pardon in which the Supreme Administrative Court has ruled that it isn't subject to the administrative jurisdiction.

**Category 3** A royal decree enacted by the King by virtue of the constitution directly power together with the law with the legislation level having 2 specific authorities as follows.

**Characteristic 1** A royal decree enacted by the King by virtue of the constitution and the organic law, namely the royal decree which is the exercise of the power of the government in association with the election committee give to that the King so that the law is passed to hold the election for House of Representatives or senators isn't considered the "law with legislation level" and subordinate legislation with the status of "rule". It isn't the law with legislation level because the name is formed according to a royal decree with "ceremonial obligation" isn't considered a subordinate legislation with the status of "rule" with "content obligation" because it does not fall into the consideration of the word "rule" with being "abstract" and "generality" but is subject to the Administrative Court under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, Section 231 (2). It is deemed other act of government agencies or public officer with questions about the constitutionality or a law introduced with opinion to the Administrative Court without delay in accordance with Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedures.

**Characteristic 2** A royal decree enacted by the King by virtue of the constitution with act or law equivalent to act, that is the royal decree which is the exercise of government authorities as the executive and has the legal status as "rule" or "law" such as a royal decree regarding the privatization, the royal decree regarding land expropriation or the royal decree defining park boundaries, the royal decree disbandment, merger and transfer of executive agencies; have the legal status as ordinate legislation with the status of "rule" in accordance with

the intention of the definition of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996), Section 5, Act on Establishment of Administrative Court and Administrative Procedure, B.E. 2542, Section 3, Paragraph 8. These royal decrees are subject to the administrative jurisdiction of Administrative Court under the Act on the Establishment of Administrative Courts and Administrative Procedure Act, B.E. 2542, Section 11 (2).

**Category 4** A royal decree enacted by the King to enforce the administrative service for certain major issues under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560, Section 175 to enact a royal decree consistent with the law with legislation level such as a royal decree on meeting attendance fee of the Council of State of Thailand on the claim for housing rent for government official, the royal decree on complaints in the royal court etc. In case these cases have the problem of constitutionality and legality upon investigated by the Administrative Court under the Act of the Establishment of Administrative Courts and Administrative Procedure Act, B.E. 2542, Section 11 (2).



# สารบัญ

หน้า

คำนำจากผู้แทนมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์.....	iii
Forword.....	v
คำนำจากเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.....	vii
Forword.....	ix
กิตติกรรมประกาศ.....	xi
บทคัดย่อ.....	xiii
Abstract.....	xv
บทสรุปผู้บริหาร.....	xvii
Executive Summary.....	xxiv
<b>บทที่ 1 บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1. ความสำคัญและประเด็นปัญหาการศึกษาวิจัย.....	1
2. วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย.....	4
3. ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย.....	5
4. ข้อสมมติฐานการศึกษาวิจัย.....	5
5. กรอบแนวคิดการศึกษาวิจัย.....	6
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	6
7. คำนิยามศัพท์ในการศึกษาวิจัย.....	7
<b>บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายลำดับรอง     ที่มีฐานะเป็น “กฎ”.....</b>	<b>9</b>

## สารบัญ

หน้า

1. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม.....	9
1.1 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐ.....	9
1.1.1 รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกับ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายให้อำนาจ.....	13
1.1.2 การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	15
1.1.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน.....	16
1.2 แนวคิดที่ว่าด้วยหลักนิติธรรม.....	18
1.2.1 องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจ ลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ.....	19
1.2.2 ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย.....	19
1.2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจะถูกรับรองไว้ ในคำพิพากษาของศาล.....	21
1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักสมควรแก่เหตุของหลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่เป็นกรอบการใช้อำนาจรัฐนิติบัญญัติ อำนาจรัฐฝ่ายบริหาร และอำนาจรัฐฝ่ายตุลาการ.....	22
1.3.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติภายใต้ “หลักสมควรแก่เหตุ” ในการบัญญัติกฎหมาย มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมาย.....	24
1.3.2 การใช้อำนาจบริหารภายใต้ “หลักสมควรแก่เหตุ” .....	25

# สารบัญ

หน้า

1.3.3 การใช้อำนาจตุลาการภายใต้	
“หลักสมควรแก่เหตุ” .....	33
2. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ	
ควบคุมคนในสังคมภายใต้หลักนิติรัฐ .....	34
2.1 แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา:	
มุมมองกฎหมายเชิงบวก .....	38
2.1.1 แนวความคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงมาทาง	
อนุรักษนิยมเสรีนิยม : เยียะริงกับกฎหมาย	
ในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมาย .....	41
2.1.2 แนวความคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงมาทาง	
อนุรักษนิยมเสรีนิยม : รอสโค พาวด์	
กับทฤษฎีวิิศวกรรมสังคม .....	46
2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงใกล้ชิด	
ความคิดแบบสังคมนิยม : ลีออน ดิวกี	
กับหลักความสมานฉันท์ของสังคม .....	51
2.1.4 ข้อเสนอทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา	
กับมุมมองกฎหมายเชิงบวก .....	54
2.2 แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายของมาร์กซิสต์ :	
มุมมองกฎหมายเชิงลบ .....	56
2.2.1 ความคิดมาร์กซิสต์เกี่ยวกับธรรมชาติ	
หรือบทบาทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือ	
ของรัฐควบคุมคนในสังคมมุมมองเชิงลบ .....	57

# สารบัญ

หน้า

2.2.2	ข้อสรุปแนวคิดและทฤษฎีของมาร์กซิสม์ กับการมองกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมมองเชิงลบ.....	65
2.3	วิเคราะห์ความคิดของนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา กับมาร์กซิสม์ในบทบาทหน้าที่เกี่ยวกับการออกแบบ กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม.....	69
3.	แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็น เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมภายใต้หลักนิติรัฐ.....	71
3.1	แนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย ที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม.....	71
3.1.1	เฮนต โทมัส อีควินัส: ผู้สร้างแนวคิด และทฤษฎีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม.....	71
3.1.2	อิทธิพลแนวคิดของ อีควินัส ที่มีต่อฮันส์ เคลเสน (Hans kelsen) ในการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย ที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม.....	74
3.2	ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย.....	78
3.2.1	เหตุผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย.....	79
3.2.2	ผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย.....	80

## สารบัญ

หน้า

3.3 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของต่างประเทศ.....	81
3.3.1 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย ของประเทศฝรั่งเศส.....	81
3.3.2 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	83
4. แนวคิดที่ว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	85
4.1 แนวคิดที่ว่าด้วยการเกิดขึ้นของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	86
4.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยการกิจของรัฐ.....	86
4.1.2 แนวคิดที่ว่าด้วยการมอบอำนาจให้องค์กรอื่น ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยรัฐสภา.....	88
4.2 ลักษณะและประเภทของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	90
4.2.1 ลักษณะสำคัญของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	90
4.2.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	91
4.3 เหตุผลของการมีกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	93

## สารบัญ

	หน้า
4.3.1 ภาระงานของรัฐสภา.....	93
4.3.2 ปัญหาทางเทคนิค.....	93
4.3.3 ความยืดหยุ่นของกฎหมาย.....	94
4.3.4 การดำเนินการในภาวะรีบด่วน.....	94
4.4 หลักเกณฑ์การออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	94
4.4.1 ฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	95
4.4.2 ข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	96
4.5 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมาย ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	97
4.5.1 เจื่อนใจทางรูปแบบของความชอบด้วย กฎหมายในการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	98
4.5.2 เจื่อนใจทางเนื้อหาของความชอบด้วย กฎหมายในการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	100
5. ที่มาของกฎหมายกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ” ของต่างประเทศ.....	104
5.1 ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศฝรั่งเศส.....	104

## สารบัญ

หน้า

5.1.1 แนวคิดการจัดทำกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” หลังจาก การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789.....	105
5.1.2 แนวคิดการจัดทำกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ถึงปัจจุบัน.....	106
5.2 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศอังกฤษ.....	114
5.2.1 การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายบริหาร ตามที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา : สมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8.....	115
5.2.2 การปฏิวัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ของรัฐสภา : สมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 2.....	116
5.2.3 การทบทวนการมอบอำนาจการตรากฎหมาย ของรัฐสภาให้กับฝ่ายบริหาร : การปฏิวัติอุตสาหกรรม .....	117
5.3 ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	119
5.3.1 การพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจ ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1789 ในระยะแรก.....	119

## สารบัญ

หน้า

5.3.2 การมอบอำนาจของรัฐสภาให้กับฝ่ายบริหาร จัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐาน ของกฎหมายในระยะที่ 2 .....	120
5.3.3 ความจำเป็นของฝ่ายบริหารต้องออกกฎหมาย ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” : ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 .....	121
<b>บทที่ 3 วิธีการดำเนินการวิจัย และ</b>	
<b>สถานที่ทำการทดลอง/เก็บข้อมูล .....</b>	<b>124</b>
1. วิธีการดำเนินวิจัย .....	124
1.1 ขั้นตอนที่ 1 .....	124
1.2 ขั้นตอนที่ 2 .....	129
1.3 ขั้นตอนที่ 3 .....	131
2. ขอบเขตพื้นที่ศึกษาวิจัยและเก็บข้อมูลวิจัย .....	131
2.1 ขอบเขตพื้นที่ใช้ในการศึกษาวิจัย .....	131
2.1.1 สถานที่ใช้ในการศึกษาวิจัยเอกสาร .....	132
2.1.2 สถานที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึก .....	132
2.2 การเก็บข้อมูล .....	132
2.2.1 การเก็บข้อมูลเอกสาร .....	132
2.2.2 การเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก .....	135
2.3 การปกปิดข้อมูลและการเผยแพร่ข้อมูล .....	136
2.4 การทำลายเอกสาร .....	136

## สารบัญ

หน้า

บทที่ 4 ที่มาของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฐานแห่งอำนาจออกพระราชกฤษฎีกา.....	137
1. ที่มาของกฎหมายในขอบเขตของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกา ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	138
1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฐานแห่งอำนาจการตรากฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	139
1.2 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติภายใต้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เป็นฐานแห่งอำนาจการตรากฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	140
1.2.1 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ.....	140
1.2.2 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่า ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	146
1.3 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของประเทศไทย.....	150

## สารบัญ

หน้า

1.3.1	กฎหมายลำดับชั้นที่ 1 คือ รัฐธรรมนูญ และ กฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ.....	151
1.3.2	กฎหมายลำดับชั้นที่ 2 กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ.....	151
1.3.3	กฎหมายลำดับชั้นที่ 3 กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง.....	159
2.	กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และการนำรูปแบบ การกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบอบกฎหมายไทย.....	160
2.1	วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกา.....	160
2.1.1	วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับ พระราชกฤษฎีกาก่อนที่มีการเปลี่ยนแปลง การปกครอง พ.ศ. 2475.....	160
2.1.2	วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกา หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475.....	164
2.2	ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.....	169

# สารบัญ

หน้า

2.2.1	กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร.....	171
2.2.2	กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหาร.....	180
2.2.3	กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่มาจากภาครัฐประหาร.....	182
3.	การศึกษาพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	183
3.1	พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามรัฐธรรมนูญโดยตรง.....	184
3.1.1	พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจ ของพระมหากษัตริย์ตามอัยยาศัย.....	184
3.1.2	พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจ ของพระมหากษัตริย์ไม่เป็นไปตามอัยยาศัย.....	185
3.2	พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ โดยตรงประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ ที่เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐกับ ฝ่ายบริหารราชการแผ่นดิน.....	194
3.3	พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น เพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารในเรื่องสำคัญ เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหาร ในการบริหารราชการแผ่นดิน.....	194

## สารบัญ

หน้า

บทที่ 5 วิเคราะห์สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	195
1. การศึกษาสถานะกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	196
1.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่เป็น “กฎหมาย” ในระดับกฎหมายบัญญัติ โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ.....	196
1.1.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของ พระราชกฤษฎีกาที่เป็น “กฎหมายในระดับ กฎหมายบัญญัติ” .....	197
1.1.2 การศึกษาสถานะทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมาย ลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ” .....	201
1.1.3 การศึกษาสถานะทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” .....	212
1.2 การศึกษาสถานะของทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาที่ยังไม่มีคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง.....	218

# สารบัญ

หน้า

1.2.1 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็น พระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีแต่ไม่ได้ มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา.....	219
1.2.2 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็น พระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและ มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา.....	221
1.2.3 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็น พระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและ มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหาที่เป็น การกระทำของประมุขตามอัยยาศัย.....	224
2. วิเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมาย และ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....	225
2.1 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากร ของรัฐและงบประมาณ.....	227

## สารบัญ

หน้า

2.1.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอน ส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากร ของรัฐและงบประมาณ.....	228
2.1.2 ปัญหาการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วย กฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือ โอนส่วนราชการที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากร ของรัฐและงบประมาณ.....	232
2.2 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาพระราชกฤษฎีกายุบสภา ผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ.....	234
2.2.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร.....	235
2.2.2 วิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา ยุบสภาผู้แทนราษฎร.....	242
2.3 ปัญหาพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร และการเลือกวุฒิสภา.....	245
2.3.1 ปัญหาสถานะของพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้ง สภาผู้แทนราษฎร เลือกตั้งซ่อมสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา.....	246

# สารบัญ

หน้า

2.3.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา เลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและ การเลือกวุฒิสภา.....	249
2.4 ปัญหาพระราชกฤษฎีกากฎโทษ.....	250
2.4.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกากฎโทษ.....	251
2.4.2 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกากฎโทษ.....	252
2.5 วิเคราะห์ปัญหาพระราชกฤษฎีกา การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคล ของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560.....	256
2.5.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการ และการบริหารงานบุคคลของราชการ ในพระองค์ พ.ศ. 2560.....	257
2.5.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการ และการบริหารงานบุคคลของราชการ ในพระองค์ พ.ศ. 2560 .....	259

## สารบัญ

หน้า

บทที่ 6 บทสรุปข้อเสนอแนะ.....	261
บทสรุป.....	261
ข้อเสนอแนะ.....	265

## สารบัญ

หน้า

### สารบัญแผนภูมิรูปภาพ

แผนภูมิรูปภาพที่ 1 : แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมาย ตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซน.....	76
แผนภูมิรูปภาพที่ 2 : แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมาย ตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส.....	83
แผนภูมิรูปภาพที่ 3 : แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมาย ตามแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	84
แผนภูมิรูปภาพที่ 4 : แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมาย ตามแนวคิดของประเทศไทย.....	139
<b>บรรณานุกรม.....</b>	<b>271</b>



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความสำคัญและประเด็นปัญหาการศึกษาวิจัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักคิดเกี่ยวกับการอยู่ร่วมกันในสังคมมนุษย์ สังคมเกิดขึ้นเมื่อมีมนุษย์ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ซึ่งการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นต้องมี “กติกา” ในการอยู่ร่วมกัน และกติกาก็สำคัญและมีความแน่นอนเหล่านั่นก็คือ “กฎหมาย” โดยกฎหมายที่ใช้บังคับคนในสังคมนั้นจะประกอบด้วยกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายจารีตประเพณี<sup>1</sup> ดังนั้น ผู้ที่มีอำนาจในการกำหนดกติกาก็เป็นกฎหมายใช้บังคับคนในสังคมจะต้องมีที่มา และการวางกฎกติกาก็ได้รับความยินยอมและรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ<sup>2</sup>

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 บัญญัติไว้ว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง

ซึ่งกฎหมายได้กำหนดระดับชั้นทางกฎหมายที่เรียกว่า “การจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย” เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎหมาย เป็นกฎหมายในลำดับชั้นที่ 1 รองลงมากฎหมายลำดับชั้นที่ 2 คือ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” และลำดับชั้นที่ 3 คือกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในส่วนของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” พบว่า มีการให้คำนิยามความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติพบว่า มีกฎหมายอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ได้นิยามเดียวกันว่ากระบวนการและแบบของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับให้นิยามความหมายของกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยยกตัวอย่างชนิดของ กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่

---

วิเคราะห์ ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสม กับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็นพึงกำหนดหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

มีฐานะเป็น “กฎ” ขึ้นกล่าวกันว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” นั้นแสดงให้เห็นว่า กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของ “กฎ” ฉะนั้นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็น “นามธรรม” เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก

แต่อย่างไรก็ตามปัญหาพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญที่ยังคงมีความสับสนอยู่ว่ามีสถานะทางกฎหมายอยู่ในลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใดระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ “กฎหมายลำดับรอง” หรือ “กฎ” ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของ “กฎ” ว่า รวมทั้งคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองด้วย และศาลปกครองได้พิพากษาว่า พระราชกฤษฎีกาภัยพิภพมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งในรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คำวินิจฉัยผูกพันทุกองค์กร ได้วินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ คือ พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรให้มีการเลือกตั้งใหม่ มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” อยู่ในลำดับชั้นกฎหมายบัญญัติ นับเป็นเรื่องที่จะศึกษาถึงปัญหาสถานะทางกฎหมาย และลำดับชั้นทางกฎหมาย ซึ่งมีปัญหาอยู่ 5 ประการ

คือ ปัญหาประการที่ 1 พระราชกฤษฎีกายุบ รวม หรือโอนส่วนราชการที่  
ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรและงบประมาณของรัฐ มีสถานะทางกฎหมาย  
เป็นอย่างไร ปัญหาประการที่ 2 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่  
ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้างมีสถานะทางกฎหมายมี  
ลำดับชั้นของกฎหมายใดระหว่างกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ  
“กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือไม่อาจจัดอยู่ในสถานะของ  
ประเภทของกฎหมายทั้ง 2 ประเภท ปัญหาประการที่ 3 พระราชกฤษฎีกา  
เลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภามีสถานะทางกฎหมาย  
เป็นอย่างไร ปัญหาประการที่ 4 พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ ที่ศาลปกครอง  
ได้พิพากษาว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่บางฉบับ  
ถือว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง บางฉบับไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง  
และปัญหาประการที่ 5 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราช  
อำนาจตามอัยาศัยของพระมหากษัตริย์มีสถานะทางกฎหมายเป็นอย่างไร

ตั้งนั้นงานวิจัยนี้ผู้วิจัยมีความมุ่งมั่นที่จะศึกษาถึงการนำรูปแบบ  
การกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ใน  
ระบบกฎหมายไทย มีประเภทใดบ้าง มีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย  
อย่างไร สมควรที่จะใช้รูปแบบนี้หรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่นและเกี่ยวกับ  
ประเด็นการคุ้มครองสิทธิการควบคุมตรวจสอบได้หรือไม่เพียงใด

## 2. วัตถุประสงค์ของโครงการวิจัย

1. เพื่อศึกษาการนำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดนี้  
ที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2. เพื่อศึกษาปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของ

พระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2560

3. เพื่อศึกษาปัญหาการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
และชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

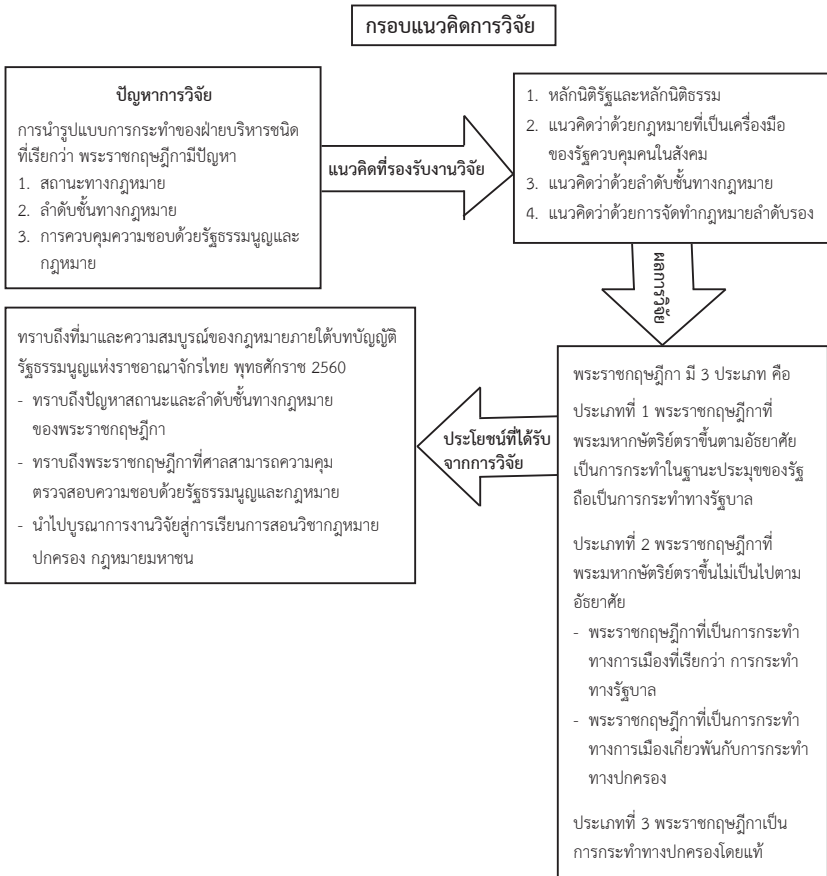
### 3. ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร ตำรา หนังสือ วารสาร  
วิจัย วิทยานิพนธ์ ของประเทศไทยและต่างประเทศ ศึกษากฎหมาย  
ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ  
พระราชกฤษฎีกา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง  
รวมทั้งศึกษาด้วยการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวกับงานวิจัยเรื่องนี้ ได้แก่  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมาย  
มหาชนผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อนำมาศึกษาวิเคราะห์ตามหัวข้อและวัตถุประสงค์  
งานวิจัยดังกล่าว

### 4. ข้อสมมติฐานการศึกษาวิจัย

สถานะอันหลากหลายของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติ  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทำให้พระราช  
กฤษฎีกาบางฉบับมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย  
ทำให้ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วย  
กฎหมายได้

## 5. กรอบแนวคิดการศึกษาวิจัย



## 6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทราบถึงปัญหาที่มาจากความสมบูรณ์ของกฎหมายภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
2. ทราบถึงปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

3. ทราบถึงพระราชกฤษฎีกาประเภทใดที่ศาลสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมาย

4. สามารถนำงานวิจัยไปบูรณาการสู่การเรียนการสอนรายวิชา กฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง และวิชาหลักกฎหมายมหาชน

## 7. คำนิยามศัพท์ในการศึกษาวิจัย

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง บรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะที่เป็น “นามธรรม” (abstract) และใช้บังคับ “เป็นการทั่วไป” (general) โดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหาร หรือโดยนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจปกครองตนเอง เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐ ทั้งนี้ ไม่หมายความรวมถึงการตราพระราชกำหนด

พระราชกฤษฎีกา หมายถึง กฎหมายที่รัฐธรรมนูญมอบให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยล้าพังพระองค์หรือตราขึ้นโดยการเสนอแนะของคณะรัฐมนตรีที่เป็นฝ่ายบริหาร พระราชกฤษฎีกานั้นอาจตราขึ้นได้ 4 กรณี ดังนี้ กรณีที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อใช้ในการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ตาม อัยยาศัย กรณีที่ 2 รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกาในกิจการสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ กรณีที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติไว้ไว้เพื่อกำหนดรายละเอียดสำคัญของกฎหมาย และกรณีที่ 4 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่องในกรณีนี้จะไม่มีบทมาตราใด โดยเฉพาะของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังในกรณีที่ 1 และในกรณีที่ 2 แต่เป็นการใช้อำนาจทั่วไปที่รัฐธรรมนูญให้ ตราพระราชกฤษฎีกาขึ้นใช้ใน

ฝ่ายบริหารที่ไม่มีผลถึงประชาชนโดยตรง โดยไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับ  
กฎหมายบัญญัติ

**คำสั่งของประมุขของรัฐ** หมายถึง ประมุขของรัฐที่ดำรงตำแหน่งสูงสุด  
ในรัฐเอกราชหนึ่ง ๆ และมีอำนาจเด็ดขาดหรือจำกัดที่จะปฏิบัติเป็นผู้แทน  
สาธารณะสูงสุด (chief public representative) ของประมุขแห่งรัฐ ตาม  
หลักทฤษฎีที่ถือว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

**กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ** หมายถึง พระราชบัญญัติ  
ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย  
ประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎี

### ว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นี้ ผู้วิจัยนำแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม ทฤษฎีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ดังนี้

#### 1. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่เกี่ยวข้องกันในขอบของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมกับงานวิจัยนี้จะกล่าวถึงการใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ดังนี้

##### 1.1 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐ

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยหลักนิติรัฐ<sup>1</sup> (Legal State) เป็นความคิดของประชาชนที่ฝึกฝน ลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญ

---

<sup>1</sup> โปรตดูรายละเอียดใน สิทธิกร ศักดิ์แสง “การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย” กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556, สิทธิกร ศักดิ์แสง “หลักกฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2557 และ สุรพล ศรีวิทยาและคณะ รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง “การปฏิบัติหน้าที่ภาคีรัฐตามหลักนิติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558, หน้า 14-33.

ของ “รัฐ” ที่เป็นนิติรัฐนี้ต้องมีทบบัญญัติกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น เสรีภาพในชีวิตร่างกาย ทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญา และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เป็นต้น “รัฐ” จึงมีฐานะเป็นคน รับผิดชอบสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่ “รัฐ” จะต้องเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนได้มีวิธีเดียว คือ “รัฐ” ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัด “รัฐ” อยู่เสมอ และโดยที่รัฐธรรมนูญมีทบบัญญัติให้ประชาชนเป็นองค์กรของรัฐ ในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง (สำหรับ “รัฐ” ที่ใช้หลัก “ประชาธิปไตยโดยตรง”<sup>2</sup> (Direct Democracy)) หรือทำโดยให้เลือกตั้งผู้แทนประชาชน มาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับ “รัฐ” ที่ใช้หลัก “ประชาธิปไตยทางผู้แทน”<sup>3</sup>

<sup>2</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางตรง” (Direct Democracy) เป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจในปัญหาต่าง ๆ ของตน ทุกเรื่อง ขอบเขตของการมีส่วนร่วมของประชาชนในกรณีนี้จึงมีครบ 100 เปอร์เซ็นต์ เป็นระบอบการปกครองที่เหมาะสมสำหรับชุมชนเล็ก ๆ ที่มีประชาชนไม่มากและปัญหาหรือเรื่องที่จะตัดสินใจไม่ยุ่งยาก จะเห็นได้ว่าการใช้อำนาจอธิปไตยรูปแบบนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยกรีกโบราณ เมื่อประมาณ 500 ปีก่อนคริสต์ศักราช ซึ่งในสมัยดังกล่าวประชาชนมีจำนวนน้อย สามารถที่จะเรียกประชุมหรือนัดหมายกันได้ง่าย เพื่อออกความเห็นหรือตัดสินใจปัญหาต่าง ๆ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการปกครองประเทศหรือรัฐ ปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎหมายสำคัญๆ หรือแม้แต่การเลือกตั้งบุคคลสำคัญของรัฐ ดังนั้นการเรียกประชุมนัดหมายประชาชนจึงกระทำได้ง่าย แต่ในปัจจุบันประชาชนพลเมืองมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น และการปกครอง การบริหารราชการแผ่นดินมีความสลับซับซ้อนมากขึ้นยากแก่การให้ประชาชนทั้งหลาย มาประชุมรวมกันได้เพื่อแก้ปัญหาต่าง ๆ (พรเลิศ สุทธิรักษ์และสิทธิกร คักดิ์แสง “การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน : กรณีศึกษาเปรียบเทียบการให้สิทธิประชาชนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับ 2550” เสนอต่อมหาวิทยาลัยตาปี ปีการศึกษา 2552, หน้า 17.)

<sup>3</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “การปกครองระบอบประชาธิปไตยทางผู้แทน” (Representative Democracy) เป็นระบอบการปกครองที่เปิดโอกาสให้ประชาชนเลือกผู้แทนหรือตัวแทนเป็นผู้ตัดสินใจและแก้ปัญหาแทนตน การปกครองในระบอบประชาธิปไตย

(Representative Democracy)) การที่ “รัฐ” ให้สิทธิและเสรีภาพ และจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องได้รับความยินยอมของประชาชน<sup>4</sup> มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักการปกครองแบบนิติรัฐที่ถูกนำมาใช้ในการปกครองประเทศและที่เกี่ยวพันในขอบของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นจะต้องเป็นหลักการปกครองแบบนิติรัฐทั้งในเชิงรูปแบบและในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ<sup>5</sup> การปกครองโดยนิติรัฐในเชิงรูปแบบ เป็นรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมาย กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมายของบ้านเมือง (Positive Law) และมีสภาพบังคับกับประชาชนทุกคน ในแง่รัฐทุกรัฐในปัจจุบันย่อมเป็นนิติรัฐ เนื่องจากการตรากฎหมายออกมามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ใช้บังคับกับประชาชนทั้งสิ้น อาจเรียกว่าเป็น “การปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ” (Rule by Law) เป็นการปกครองโดยหลักกฎหมาย (Rule of Law) มุ่งหมายที่จะประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะบุคคลและความมั่นคง

---

โดยอ้อมเหมาะสมสำหรับชุมชนขนาดใหญ่มีประชากรมาก ปัญหาที่จะแก้ไขหรือเรื่องที่จะตัดสินใจก็มีความยุ่งยากซับซ้อนมาก จึงจำเป็นต้องเลือกตัวแทนเพื่อทำหน้าที่แทนตน โดยประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจที่จะส่งผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของตน ประชาชนมีสิทธิเลือกตัวแทนเท่านั้น ฉะนั้นจุดอ่อนสำคัญของประชาธิปไตยโดยอ้อมก็คือ ไม่มีหลักประกันว่าการตัดสินใจของตัวแทนจะสนองตอบต่อปัญหาและความต้องการของประชาชน เนื่องจากเห็นว่าผู้แทนซึ่งจะทำหน้าที่แทนตนอยู่แล้ว เมื่อขาดการติดตามและตรวจสอบจากประชาชน ผลที่ตามมาก็คือ ผู้ปกครองและผู้บริหารซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนมีแนวโน้มที่จะปกครองและบริหาร โดยคำนึงถึงประโยชน์ของตนเองและพวกพ้องมากกว่าผลประโยชน์ของประชาชน (พรเลิศ สุทธิรักษ์และสิทธิกร คักดีแสง, เพิ่งอ้าง, หน้า 18.)

<sup>4</sup> วิษณุ เครืองาม “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2527, หน้า 72.

<sup>5</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา “หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย” นิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อประชาชน <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูล วันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554

## ของระบบกฎหมาย<sup>6</sup>

ส่วนการปกครองโดยนิติรัฐในเชิงเนื้อหา เป็นระบบกฎหมายที่กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมมีความมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และประโยชน์ของประชาชนจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใด ๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้น แต่ต้องเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ดังนี้

1. อาศัยวิถีทางประชาธิปไตย คือ การตรากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้องมาจากความเห็นชอบของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย

2. เนื้อหาของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรามอบให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้องไม่ฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ภายใต้หลักสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาค เป็นต้น มีบทบัญญัติที่รับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนตั้งอยู่บนหลักการที่เคารพการใช้สิทธิและรักษาเสรีภาพของประชาชน โดยทั่วไปกฎหมายที่บัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมานี้ได้แก่ กฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน คือ รัฐธรรมนูญ (Constitution) ที่เป็นฐานแห่งอำนาจการตรากฎหมายจึงสามารถให้หลักประกันแก่สถานภาพทางกฎหมายของประชาชน

---

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์ “นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม” นิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อประชาชน <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (Legal State) นี้ ผู้วิจัยจะอธิบายถึงรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ปรากฏทั้งนิติรัฐในเชิงรูปแบบและนิติรัฐในเชิงเนื้อหาและมีใช้แพร่หลายในประเทศภาคพื้นยุโรปหรือประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) เช่น ในประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี เป็นต้น<sup>7</sup> อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้<sup>8</sup>

### 1.1.1 รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่มีผลกระทบกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นจะต้องเป็นระบบกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนปราศจากการกระทำโดยอำเภอใจของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดปกครองประเทศ เพราะรัฐได้ยอมตนอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายและยอมผูกพันการกระทำใดๆ ของตนกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามลำดับชั้นต่างๆ ที่รัฐได้ตราขึ้นไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับเงื่อนไขและข้อจำกัดต่าง ๆ รวมหลักเกณฑ์วิธีการ ซึ่งรัฐจะกระทำได้ในกาปฏิบัติหน้าที่เพื่อบรรลุดุประสงค์ของกฎหมายเสมอตามหลักกฎหมายมหาชน (Public Law) ที่กล่าวว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> นิติศาสตร์ลุ่มน้ำตาปี เพิ่งอ้าง. หน้า 118.

<sup>8</sup> อัครราชทูต จุฬารัตน “การใช้และการตีความกฎหมาย” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2553 หน้า 95-97.

<sup>9</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบในรายละเอียดปลีกย่อยถึงหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ภายใต้หลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) ในระบบกฎหมายปกครองของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป จะพบว่าแหล่งที่มาของอำนาจในการใช้อำนาจปกครอง มีดังนี้

1. กฎหมายต้องมาจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ เว้นแต่

กล่าวคือ ฝ่ายบริหารกระทำการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในนามรัฐได้นั้นต้องมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ด้วยเหตุนี้เมื่อใดที่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองจะดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หน้าที่หรือประโยชน์ของเอกชน จะต้องตรวจสอบดูก่อนเสมอว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใด ให้อำนาจกระทำการในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือไม่ หากไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดการใช้อำนาจไว้ องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด<sup>10</sup> แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจจากรัฐ

ในบางประเทศที่รัฐธรรมนูญอนุญาตให้ฝ่ายบริหารสามารถออก “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอิตาลี เป็นต้น ส่วนประเทศอื่นไม่อนุญาตให้ฝ่ายบริหารสามารถออก “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศสเปน เป็นต้น

2. การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ต้องมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการให้อำนาจบางประการที่ให้ประโยชน์แก่บุคคล (ถือว่าเป็นคุณ) เจ้าหน้าที่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ แต่สำหรับประเทศออสเตรีย ยึดหลักอย่างเคร่งครัดคือว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ได้ ไม่ว่าจะกระทำนั้นจะเป็นผลดีหรือผลร้ายแก่บุคคลก็ตามต้องมีกฎหมายให้อำนาจ”

3. กรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง อ้างว่ามี “คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ” ประเทศฝรั่งเศสให้ “อำนาจศาลปกครอง” เป็นผู้วินิจฉัย แต่ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม ประเทศอิตาลี ประเทศสเปน ประเทศโปรตุเกส ถือว่าเป็น “อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นผู้วินิจฉัย (อ้างใน ปิยบุตร แสงกนกกุล “กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป” กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556, หน้า 107-108)

<sup>10</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา “หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย” นิติราษฎร์: นิติศาสตร์เพื่อประชาชน <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูล วันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554

หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะกลายเป็น “รัฐตำรวจ”<sup>11</sup> (Police State) ทันที<sup>12</sup>

### 1.1.2 การวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจการใช้อำนาจขององค์กรออกจากกัน ตาม “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) ไม่ว่าจะ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภาทำหน้าที่ ตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารดำเนินการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ฝ่ายบริหารทำหน้าที่นำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ตราให้ฝ่ายบริหารไปใช้บังคับ หรือออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในการบริหารราชการแผ่นดิน และฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ในการระงับ ขี้ขาดข้อพิพาทความขัดแย้งของคนในสังคมตามกฎหมาย<sup>13</sup> ดังนั้นแสดงให้เห็น

---

<sup>11</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “รัฐตำรวจ” เป็นรัฐมอบให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างมหาศาล เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ขึ้นใช้บังคับแก่ประชาชนได้ตามที่เห็นสมควรโดยอิสระและด้วยความริเริ่มของตนเอง เพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่ง ๆ และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ โดยสรุปแล้ว รัฐตำรวจตั้งอยู่บนแนวคิดที่เชื่อว่า “เป้าหมาย” (Ends) สำคัญกว่า “วิธีการ” (Means) เสมอ และเพื่อให้บรรลุเป้าหมายจะใช้วิธีการอย่างไรนั้นไม่ใช่ประเด็นสำคัญ ดังนั้นในรัฐตำรวจประชาชนจึงเสี่ยงภัยกับ “การกระทำตามอำเภอใจ” (Arbitrary) ของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่อาจคาดหมายผลของการกระทำของตนได้ (อ้างใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา “เอกสารประกอบการบรรยายวิชา น.250 กฎหมายมหาชนเบื้องต้น เรื่อง “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน” หัวข้อ 1. ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย 2. นิติรัฐ ชุด I” ภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กันยายน 2547 หน้า 17-18)

<sup>12</sup> Carré de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l'Etat : Tome I, 1920, p.488. อ้างใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา “หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย” นิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อประชาชน <http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่ 4 ธันวาคม 2554

<sup>13</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จรัสการพิมพ์, 2539, หน้า 339-342.

เห็นว่าภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจการตรากฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้นั้นจะต้องมีกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น

### 1.1.3 การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนจะถูกบัญญัติรับรองไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ดังนั้นถือเป็นที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดกฎหมายสำคัญลำดับแรกเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยมีองค์กรตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเกิดจากการใช้อำนาจบริหารโดยใช้ “ระบบไต่สวน” (Inquisitorial System) ในการพิจารณาคดี กล่าวคือ ระบบไต่สวน หมายถึง กระบวนการพิจารณาคดีที่ตกเป็นหน้าที่ของศาลแต่ผู้เดียวที่จะสืบค้นข้อเท็จจริงแห่งคดี พยานหลักฐานทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ ที่คู่กรณีนำไปสู่ศาลจะไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่จะถือว่าเป็นพยานหลักฐานของศาลทั้งสิ้น ศาลจะทำหน้าที่พิสูจน์พยานหลักฐานที่นำไปสู่ศาลนั้น ว่าเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใด การนำสืบพยานบุคคล ศาลเป็นผู้ซักถามแต่ผู้เดียว แต่ไม่มีการถามค้านหรือถามติง กระบวนการพิจารณาคดี ในระบบไต่สวนจะมีลักษณะเฉพาะอยู่ 2 ประการ ดังนี้<sup>14</sup>

<sup>14</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ระบบไต่สวน” (Inquisitorial System) พิจารณาคดี ซึ่งระบบไต่สวน หมายถึง กระบวนการพิจารณาคดีที่ตกเป็นหน้าที่ของศาลแต่ผู้เดียวที่จะสืบค้น

1. กระบวนการพิจารณาคดีมักทำโดยลับ และพิจารณาจากพยานเอกสารเป็นหลัก พยานเอกสารทุกฉบับที่ใช้อ้างจะใช้ประกอบการพิจารณาเป็นเอกสารของรัฐ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง หรือความมั่นคงของรัฐ จึงไม่อาจนำเปิดเผยต่อสาธารณชนได้

2. ศาลจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาเอง คดีความผิดตามกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ และมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีซึ่งอยู่ในความครอบครองของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนที่เสียหายหรือเอกชนผู้ถูกฟ้องไม่อาจนำมาพิสูจน์ต่อศาลได้ ตรงข้ามองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเจ้าหน้าที่

---

ข้อเท็จจริงแห่งคดี พยานหลักฐานทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสารหรือพยานวัตถุที่คู่กรณีนำไปสู่ศาล จะไม่ถือว่าเป็นพยานหลักฐานของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่จะถือว่าเป็นพยานหลักฐานของศาลทั้งสิ้น ศาลจะทำหน้าที่พิสูจน์พยานหลักฐานที่นำไปสู่ศาลนั้น ว่าเชื่อถือได้หรือไม่เพียงใด การนำสืบพยานบุคคล ศาลเป็นผู้ซักถามแต่ผู้เดียว แต่ไม่มีการถามค้าน หรือถามติง กระบวนการพิจารณาคดี ในระบบไต่สวนจะมีลักษณะเฉพาะอยู่ 2 ประการ ดังนี้

1. กระบวนการพิจารณาคดีมักทำโดยลับและพิจารณาจากพยานเอกสารเป็นหลักพยานเอกสารทุกฉบับที่ใช้อ้างจะใช้ประกอบการพิจารณาเป็นเอกสารของรัฐ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง หรือความมั่นคงของรัฐ จึงไม่อาจนำเปิดเผยต่อสาธารณชนได้

2. ศาลจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาเอง คดีความผิดตามกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่จะมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและมีเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีซึ่งอยู่ในความครอบครองของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เอกชนที่เสียหายหรือเอกชนผู้ถูกฟ้องไม่อาจนำมาพิสูจน์ต่อศาลได้ ตรงข้ามองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจนำข้อความ ในเอกสารนั้นมาอ้างได้ เอกชนจึงอยู่ในฐานะเสียเปรียบ ฉะนั้น เพื่อความยุติธรรมศาลจึงต้องดำเนินการเสียเอง และศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ (อั่งไพโรจน์ ชัยนาม “สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญภาค 1 ความน่าทั่วไป” โครงการตำรา ชุดตำราลำดับที่ 5 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524 หน้า 75)

ของรัฐอาจนำข้อความในเอกสารนั้นมาอ้างได้ เอกชนจึงอยู่ในฐานะเสียเปรียบ ฉะนั้น เพื่อความยุติธรรมศาลจึงต้องดำเนินการเสียเอง และศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาคดีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ

## 1.2 แนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม

ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) แนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรม (The Rule of Law) คำว่า “หลักนิติธรรม” หมายถึง การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองจะปฏิบัติการใด ๆ ต้องอยู่ใต้การผูกมัดของ “กฎเกณฑ์” (Rule) ที่แน่นอนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและได้ประกาศล่วงหน้าแล้ว โดยที่กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะช่วยให้สามารถคาดการณ์ได้และช่วยให้สามารถวางแผนกิจการต่าง ๆ ได้บนพื้นฐานของความรู้ดังกล่าว<sup>15</sup> ความคิดเรื่องหลักนิติธรรมเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับฝ่ายตุลาการที่ผูกพันตนเองเอาไว้กับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น แต่ไม่ได้หมายความว่าไปถึงการผูกมัดอำนาจนิติบัญญัติไว้กับกฎหมายดังเช่นประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐโดยเฉพาะประเทศเยอรมนี ด้วยเหตุนี้ประเทศอังกฤษจึงถือ “หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา” (The Supremacy of Parliament) เป็นหลักใหญ่ในการจัดรูปแบบการปกครองประเทศ<sup>16</sup> ซึ่ง เอ วิ ไดซี (A.V. Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษได้อธิบายสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ ดังนี้<sup>17</sup>

<sup>15</sup> F.A. Hayek, “The Road to Serfdom” (The University of Chicago Press, 1956) p.72 อ้างใน จริฎ โฆษณานันท์ “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545, หน้า 350.

<sup>16</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เพิ่งอ้าง*.

<sup>17</sup> A.V. Dicey “Law the Constitution” with an introduction by E.C.S. Wade, (English language book Society Macmillan 1979) pp.187-203.

### 1.2.1 องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ

องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดแจ้ง และการลงโทษที่อาจกระทำได้นั้นจะต้องกระทำตามกระบวนการปกติของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Rights) ของแผ่นดิน กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองจะใช้อำนาจตามอำเภอใจในการบังคับใช้กฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ โดยที่รัฐสภาผู้ออกกฎหมายจะมอบให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีการประกาศให้ทราบทั่วไปมีความเหมาะสม กฎหมายจะต้องประกาศใช้บังคับอย่างเปิดเผย ไม่มีผลบังคับย้อนหลัง หรือเรียกร้องให้บุคคลกระทำหรือปฏิบัติในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ เป็นต้น ซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองในหลักนิติธรรมนี้ จะกล่าวถึง “องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง” ในฐานะ “ผู้ปกครองที่ใช้อำนาจรัฐฝ่ายบริหาร” เท่านั้น จะไม่ได้กล่าวถึง “ผู้ปกครองที่ใช้อำนาจรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ” หรือ กล่าวถึง “ผู้ปกครองที่ใช้อำนาจรัฐฝ่ายตุลาการ” แสดงให้เห็นถึงผู้ปกครองที่ใช้อำนาจรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภา จะไม่มีอำนาจใดเข้าการตรวจสอบในการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย

### 1.2.2 ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย

ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลคนนั้นจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ไม่ว่าจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลธรรมดาแล้วต้องอยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งศาลยุติธรรมศาลเดียวทำหน้าที่พิจารณาคดี โดยใช้ “ระบบกล่าวหา” (Accusatorial System) ในการพิจารณาคดี เมื่อพิจารณาศึกษาถึง ระบบกล่าวหา หมายถึง กระบวนการ

พิจารณาคดีที่มีการกล่าวอ้างพยานหลักฐานต่อศาล โดยถือว่าพยานหลักฐานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ เป็นของคู่กรณี ซึ่งนำมาสู่ศาลโดยเฉพาะ และถือว่าเป็นพยานหลักฐานของฝ่ายที่นำส่งคู่กรณีที่อ้างพยานหลักฐานทั้งหลายนั้นต้องพิสูจน์ให้เจือสมและยืนยันข้อเท็จจริงแห่งคดีเช่นกรณีในมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่กรณีซึ่งมิได้อ้างพยานจะสืบทักล้าง ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเชื่อถือได้ การนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นพยานบุคคล จะมีวิธีซักถาม คัดค้าน และถามติง<sup>18</sup> เป็นต้น

เมื่อพิจารณาต่อบทกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายทั่วไปแล้ว ประเทศอังกฤษจะมีความแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ โดยทั่วไปประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรจะกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีสถานะสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งหมด แต่สำหรับประเทศอังกฤษกลับไม่ได้เป็นเช่นนั้น ประเทศอังกฤษถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่เป็นรูปพระราชบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ของประเทศอังกฤษตราขึ้น จึงมีฐานะที่สูงที่สุดกว่าสิ่งใดแม้จะมีค่าเป็นกฎหมาย<sup>19</sup> จุดนี้ถือเป็น

<sup>18</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ระบบกล่าวหา” (Accusatorial System) หมายถึง กระบวนการพิจารณาคดีที่มีการกล่าวอ้างพยานหลักฐานต่อศาล โดยถือว่าพยานหลักฐานทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพยานบุคคล พยานเอกสาร หรือพยานวัตถุเป็นของคู่กรณี ซึ่งนำมาสู่ศาลโดยเฉพาะ และถือว่าเป็นพยานหลักฐานของฝ่ายที่นำส่งคู่กรณีที่อ้างพยานหลักฐานทั้งหลายนั้นต้องพิสูจน์ให้เจือสมและยืนยันข้อเท็จจริงแห่งคดีตามมาตรา 84 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คู่กรณีซึ่งมิได้อ้างพยานจะสืบทักล้าง ทำให้พยานหลักฐานนั้นไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเชื่อถือได้ การนำสืบพยานหลักฐานที่เป็นพยานบุคคล จะมีวิธีซักถาม คัดค้าน และถามติง ระบบกล่าวหานี้ประเทศไทยก็ใช้ในกระบวนการยุติธรรมของศาลไทย คือ ศาลสถิตยุติธรรม ซึ่งประเทศอังกฤษจะมีศาลเดียว คือ ศาลสถิตยุติธรรมทุกคดีจะฟ้องเดียวกัน (อูดสาร์ โกลบลานิก “กฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เลียงเชียง, 2537, หน้า 44.)

<sup>19</sup> อักษราทร จุฬารัตน “การใช้และการตีความกฎหมาย” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2543, หน้า 88.

ความแตกต่างที่สำคัญของประเทศอังกฤษกับประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) และใช้หลักนิติรัฐ (Legal State) ดังเช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี เป็นต้น

### 1.2.3 สิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนจะถูกรับรองไว้ใน คำพิพากษาของศาล

หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ให้ความสำคัญในเรื่อง “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights) ของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดา มิใช่เกิดขึ้นจากการรับรองคำประกันเป็นพิเศษโดยรัฐธรรมนูญ เหมือนเช่นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) ตามหลักนิติรัฐ (Legal State) ดังนั้น คำพิพากษาของศาลในประเทศที่ใช้หลักนิติธรรม (The Rule of Law) คือ กฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดทั้งที่เป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ หรือเป็นกฎหมายที่มอบให้องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่ไม่มีความพิพากษาของศาลเมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นจำเป็นต้องมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ขึ้นให้ฝ่ายบริหารนำไปใช้บังคับ ซึ่งการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายตุลาการ (ศาล) ไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายได้

จะเห็นได้ว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) เน้นเรื่องการใช้อำนาจของรัฐบาลว่าต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายสามัญของคอมมอนลอว์ (Common Law) ในฐานะแหล่งที่มาเดียวกันของกฎหมายคือ คำพิพากษาของศาล ไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและใช้ระบบวิธีพิจารณาของศาลเดียวกัน กล่าวคือ ใช้ระบบวิธีพิจารณาในระบกก้าวหาในศาลยุติธรรมมี

ศาลเดี่ยว ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมาย  
ซีวิลลอว์ (Civil Law System) ใช้หลักนิติรัฐ (Legal State) ในการปกครอง  
ประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี เป็นต้น และ  
มีแนวคิดการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกันจึงใช้  
วิธีพิจารณาคดีและองค์การพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน แต่ก็มีจุดมุ่งหมาย  
เดียวกัน คือ “การปกครองโดยกฎหมาย” และ “เป็นกฎหมายที่ไม่ละเมิด  
ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักสมควรแก่เหตุ”

### 1.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักสมควรแก่เหตุของหลักนิติรัฐและ หลักนิติธรรมที่เป็นกรอบการใช้อำนาจอธิปไตยบัญญัติ อำนาจรัฐฝ่ายบริหาร และอำนาจรัฐฝ่ายตุลาการ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ  
ต้องกระทำอยู่ภายใต้ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน”  
ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชนโดยไม่ได้บัญญัติเป็น  
ลายลักษณ์อักษร ได้ยอมรับว่าเป็น “กฎหมายระหว่างประเทศ” นำมาใช้  
ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ  
ของประชาชน ซึ่งหลักสมควรแก่เหตุที่เป็นที่ใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย  
ประกอบด้วยสาระสำคัญ ดังนี้<sup>20</sup>

หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) ซึ่งหลักความ  
เหมาะสมนี้นักวิชาการได้เรียกหลักนี้ว่า “หลักสัมฤทธิ์ผล”  
เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมจะหมายถึง สภาพการณ์ซึ่งรัฐได้ทำการ  
แทรกแซงและภายในสภาพนั้นรัฐจะต้องคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์  
ที่กำหนดไว้ โดยมาตรการนั้นวางอยู่บนสมมติฐานที่ได้รับการยอมรับหรือ

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ “หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีแห่ง  
ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543 หน้า 194.

เป็นมาตรการที่ได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์<sup>21</sup> ดังนั้นหลักความเหมาะสมนี้จะเป็นการจำกัดกรอบการใช้อำนาจรัฐว่าต้องกระทำด้วยการคำนึงถึงการทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ ดังนั้นหลักความเหมาะสมถือเป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตัดสินใจตามกฎหมายต้องกระทำโดยมีความเหมาะสมให้เกิดสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ซึ่งหลักความจำเป็นถือเป็นหลักที่พิจารณาถึงมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดเท่านั้น หรือถ้ากระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมแต่อาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องกระทำด้วยความจำเป็นและให้มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนขั้นพื้นฐานให้น้อยที่สุด

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) ซึ่งหลักนี้เป็นเรื่องของการวางหลักความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์และวิธีการ กล่าวคือ มาตรการใดหรือวิธีการใดที่รัฐจะกระทำจะต้องอยู่ภายในขอบเขตความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ หรือวิธีการใดวิธีการหนึ่งให้ได้สัดส่วนระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เกิดดุลยภาพกันในสังคมภายใต้กรอบของกฎหมาย

ดังนั้นแนวคิดที่ว่าด้วยหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) มีสาระสำคัญ คือ จะต้องยึดถือกฎหมายว่าเป็นสิ่งสูงสุด

---

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ “รายงานวิจัยการศึกษาเรื่อง หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558 หน้า 85.

เหนืออำนาจใจ จะต้องยึดหลักการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค การเคารพการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐและการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน ขัดแย้งระหว่าง ผลประโยชน์ส่วนตัวกับผลประโยชน์ส่วนรวม จะต้องยึดหลักนิติกระบวนการ โดยไม่มีการออกกฎหมายเพื่อลงโทษย้อนหลังหรือเพื่อตัดโอกาสในการ ฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลหรือเพื่อให้บุคคลถูกดำเนินคดีซ้ำ หรือเพื่อ บังคับให้คนต้องปรักปรำตนเองหรือเพื่อลบล้างข้อสันนิษฐานที่ว่า **“ทุกคน บริสุทธิ์จนกว่าพิสูจน์ความผิด”** และต้องเคารพหลักความเป็นกลาง ความเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม<sup>22</sup> ภายใต้ **“หลักสมควรแก่เหตุ”** หรือ **“หลักความได้สัดส่วน”** ซึ่งประกอบด้วย หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักความ ได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality stricto sensu) โดยหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชนที่กล่าวมาข้างต้นนี้ ไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ได้เป็นที่ยอมรับว่าเป็น **“กฎหมาย ระหว่างประเทศ”**<sup>23</sup> นำมาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มี ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ดังนี้

### 1.3.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติภายใต้ **“หลักสมควรแก่เหตุ”** ในการบัญญัติกฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมาย

การใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยหลักการที่สำคัญ คือ การใช้ อำนาจอธิปไตยในการจัดทำกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารนำไปบังคับใช้ในการ

<sup>22</sup> ปาถกฐา โดย ศ.ดร.วิชฌุ เครืองาม ในการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในวาระ ศาลรัฐธรรมนูญครบรอบ 17 ปี วันพุธที่ 29 เมษายน 2558 ณ โรงแรมมิราเคิล แกรนด์ คอนเวนชัน หลักสี่ กรุงเทพมหานคร

<sup>23</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ **“หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีแห่ง ความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่”** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543 หน้า 194.

บริหารราชการแผ่นดิน ในกรณีที่มีมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามกฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้น จะต้องอยู่บน “หลักสมควรแก่เหตุ”  
หรือ “หลักความได้สัดส่วน” ในการจัดทำกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารนำไป  
บังคับใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการจัดทำ  
กฎหมายนั้น ถ้าประเทศที่ใช้ระบบรัฐบาลแบบระบบรัฐสภา เช่น ในกรณี  
ของประเทศไทยร่างกฎหมายส่วนใหญ่จะเสนอโดยรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร)  
และรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) จะเป็นผู้พิจารณาต่อไปว่าจะรับหรือไม่ เป็นต้น  
ถ้าเป็นระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี เช่น กรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา  
การจัดทำกฎหมายเป็นการริเริ่มโดยรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) แต่การประกาศ  
ให้บังคับกฎหมายต้องให้ประธานาธิบดีลงนาม ซึ่งประธานาธิบดีอาจใช้สิทธิ  
ยับยั้ง ไม่ยอมลงนามให้ใช้เป็นกฎหมาย เว้นแต่รัฐสภาจะยืนยันโดยมติพิเศษ  
จำนวนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภา<sup>24</sup> เป็นต้น ดังนั้นการใช้อำนาจ  
นิติบัญญัติภายใต้ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน”  
ในการจัดทำกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารนำไปบังคับใช้ในการบริหารราชการ  
แผ่นดินนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ

### 1.3.2 การใช้อำนาจบริหารภายใต้หลักสมควรแก่เหตุ

การใช้อำนาจบริหาร เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยใน  
การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งอำนาจบริหารเข้าใจในเบื้องต้นว่า  
เป็นอำนาจของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารภายใต้ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ  
“หลักความได้สัดส่วน” จะพบว่า การใช้อำนาจตามกฎหมาย 2 ลักษณะ  
คือ “การกระทำทางรัฐบาล” กับ “การกระทำทางปกครอง” ดังนี้

#### 1.3.2.1 การใช้อำนาจบริหารกระทำในฐานะทาง การเมืองหรือเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล”

<sup>24</sup> สิทธิกร ศักดิ์แสง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2, หน้า 52-54.

การใช้อำนาจบริหารกระทำในฐานะทางการเมือง เรียกว่า “การกระทำทางการเมือง” หรือ “การกระทำทางรัฐบาล” โดยอาศัยอำนาจกฎหมายรัฐธรรมนูญ การใช้หลักสมควรแก่เหตุของฝ่ายบริหาร ในฐานะทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่าง การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศที่ใช้หลักนิติรัฐในการปกครองประเทศกับประเทศที่ใช้หลักนิติธรรมปกครองประเทศ ดังนี้

1. การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องในขอบเขตกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ใช้หลักนิติรัฐ (Legal State) เช่น ประเทศฝรั่งเศส โดยการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลระงับความขัดแย้งของฝรั่งเศสที่ได้ตัดสินไว้แล้ว พบว่า การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” สามารถแยกออกได้ 4 ประเภท ดังนี้<sup>25</sup>

1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา โดยคำว่า “รัฐบาล” ในที่นี้หมายความรวมถึง ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐด้วย เช่น การยุบสภาผู้แทนประชาชน เป็นต้น

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศถือเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐบาล ดังนั้นหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้

3) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม เว้นแต่ในทางเนื้อหา การกระทำนั้นไม่ได้มีผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่เกี่ยวข้อง กับมาตรการทางทหาร

<sup>25</sup> สภาวดี ชัยโยธา “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริติพมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557 หน้า 31-32.

4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี ถือเป็นการใช้ อำนาจทางตุลาการจึงมีลักษณะเป็นการผสมที่เป็นการกระทำระหว่าง เจ้าหน้าที่กับประมุขของรัฐซึ่งไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง กล่าวคือถึงแม้การอภัยโทษเป็นกฎหมายลำดับรองที่เป็น “กฎ” แต่เป็นการกระทำทางรัฐบาลตามหลักกฎหมายทั่วไปว่า ประมุขของรัฐในที่นี้ ได้แก่ ประธานาธิบดีมีอำนาจตราฎีกาอภัยโทษได้และไม่อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาตรวจสอบได้ ถือเป็น ข้อยกเว้นอำนาจตาม “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล”<sup>26</sup> แต่เป็นการให้อภัยโทษเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น อีกทั้งการให้อภัยโทษเป็น เสมือนหนึ่งแสดงถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีหรือมโนธรรมของประธานาธิบดี แห่งสาธารณรัฐ ซึ่งถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 17 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทรงสิทธิในการอภัยโทษ และได้มี คำพิพากษาของศาลปกครองในคดี Colbert ที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะ ตรวจสอบถึงการให้อภัยโทษแก่นักโทษของประธานาธิบดีว่าเป็นการเหมาะสม ถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ มิใช่การใช้อำนาจในทาง บริหารแต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่อาจ ควบคุมการตรวจสอบการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีได้ เพราะเป็นการ กระทำผสม เนื่องจากการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับ เจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลโดยศาลปกครอง<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ในคดีคำที่ พ.28/2547 เรื่อง คดีพิพาท เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดย ความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี วันที่ 31 เดือนมีนาคม 2551 เสนอศาลปกครองสูงสุด องค์คณะที่ 4

<sup>27</sup> โภคิน พลกุล “การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง” ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์ : ไม่ปรากฏ สำนักพิมพ์และไม่ปรากฏปีที่พิมพ์, หน้า 1.

2. การกระทำของรัฐที่เกี่ยวพันในขอบเขตกฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในประเทศที่ใช้หลักนิติธรรม (The Rule of  
Law) เช่น ประเทศอังกฤษ เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่มีหลักของการกระทำ  
ทางรัฐบาลอยู่ในระบบกฎหมาย แต่ศาลของประเทศอังกฤษได้มีการจำกัด  
ในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งทางการเมือง ภายใต้แนวคิด  
การจำกัดอำนาจของศาลในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำ  
ของรัฐที่เกี่ยวพันกับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้<sup>28</sup>

1) แนวคิดเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์  
ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ โดยอาจจำแนกได้ดังนี้

(1) พระราชอำนาจทั่วไป ได้แก่ การกระทำโดย  
พระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำหรือยินยอมโดยรัฐบาล

(2) พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐ  
พระมหากษัตริย์จะต้องใช้อำนาจด้านนิติบัญญัติ บริหาร ภายใต้รัฐธรรมนูญ  
คือ

(ก) อำนาจทางฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชอำนาจ  
ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ทั้งในกรณีปกติและในกรณีไม่ปกติ การแต่งตั้ง  
และปลดรัฐมนตรี การแสดงเจตนากรณีต่าง ๆ แทนรัฐในทางระหว่างประเทศ  
 เป็นต้น

(ข) อำนาจทางฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น พระราช  
อำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง อำนาจในการเรียกประชุมรัฐสภา  
 การลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายเพื่อประกาศใช้ในการยุบสภา

(3) พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นที่มาแห่ง  
เกียรติยศ คือพระราชอำนาจในการสถาปนาฐานันดรศักดิ์เครื่องราช

<sup>28</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ “การกระทำทางรัฐบาล ศึกษาเปรียบเทียบ  
ระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและ  
อังกฤษ” กรุงเทพฯ: พีเพรส, 2553 หน้า xii - xiii.

(4) พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นที่มาของความยุติธรรม คือ พระราชทานอภัยโทษ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นการใช้พระราชอำนาจในฐานะทรงเป็นที่มาแห่งความยุติธรรม พระราชอำนาจพระราชทานอภัยโทษของพระมหากษัตริย์อังกฤษในปัจจุบันถูกจำกัดลงมิได้มีอยู่อย่างกว้างขวางดังเช่นในสมัยโบราณ แต่ให้เป็นที่ไปตามกระบวนการของกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญา ค.ศ. 1827 มาตรา 13 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้ทูลเกล้าฯถวายเรื่องราวและให้คำแนะนำประกอบพระราชทานอภัยโทษ<sup>29</sup> พระมหากษัตริย์อาจทรงมีพระราชวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้

2) หลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา เป็นแนวคิดที่มีการพัฒนาจากการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพื่อให้เกิดการเคารพสิทธิ เสรีภาพของประชาชน

3) หลักการกระทำของรัฐในประเทศอังกฤษ จะเป็นเรื่องของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรงในส่วนที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ รวมไปถึงข้าราชการที่ทำหน้าที่รับใช้พระองค์และทำหน้าที่แทนพระองค์ (ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ที่ทำหน้าที่ประมุขของรัฐแทนกษัตริย์ในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ประมุขร่วมกันกับอังกฤษ)<sup>30</sup> ทั้งนี้แนวคิดนี้ยังให้ความ

<sup>29</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์และคณะ, **เพ็ญอ้าง**, หน้า 151.

<sup>30</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ประเทศที่ใช้ประมุขร่วมกันกับอังกฤษ” (สหราชอาณาจักร (United Kingdom) มีดังนี้ เครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) แอนติกา และบาร์บูดา (Antigua and Barbuda) เครือรัฐบาฮามาส (Commonwealth of The Bahamas) เบลีซ (Belize) แคนาดา (Canada) จาไมกา (Jamaica) นิวซีแลนด์ (New Zealand) รัฐเอกราชปาปัวนิวกินี (Independent State of Papua New Guinea) สหพันธรัฐเซนต์คิตส์และเนวิส (Federation of Saint Kitts and Nevis) เซนต์ลูเชีย (Saint Lucia) เซนต์วินเซนต์และเกรนาดีนส์ (Saint Vincent and the Grenadines) ตูวาลู (Tuvalu) หมู่เกาะโซโลมอน (Solomon Islands) บาร์บาโดส (Barbados) เกรนาดา (Grenada)

คุ้มครองถึงหน่วยราชการ ซึ่งหมายความรวมถึงข้าราชการที่ทำหน้าที่รับใช้พระองค์และทำหน้าที่แทนพระองค์ซึ่งกระทำของรัฐอาจพิจารณาได้ 2 ประการ ดังนี้<sup>31</sup>

ประการที่ 1 เป็นเรื่องที่ฝ่ายราชการให้อำนาจเกี่ยวกับนโยบายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจในการสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การสงบศึก การทำสนธิสัญญา การยกดินแดนให้รัฐอื่น การยอมรับรองรัฐหรือการให้การรับรองรัฐบาล

ประการที่ 2 การใช้หลักการกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน กรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำกรต่าง ๆ ภายในอำนาจหน้าที่และกระทำต่อบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้การบังคับของอังกฤษ โดยการกระทำนั้นได้กระทำภายนอกอาณาเขตแดนของอังกฤษ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดต่อปัจเจกชน

3. การกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องกันในขอบเขตกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในประเทศที่ใช้หลักนิติธรรม (The Rule of Law) ร่วมกับ หลักนิติรัฐ (Legal State) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับหลักการกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศอังกฤษมาใช้ภายใต้หลักที่ว่า “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (The Political Question Doctrine) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง” (Theory of Political Question) ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล” ของประเทศฝรั่งเศส แยกพิจารณาได้ 2 แนวทาง ดังนี้<sup>32</sup>

<sup>31</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์และคณะ อ้างแล้ว หน้า xiii.

<sup>32</sup> สุชาติา เรื่องแสงทองกุล “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ 2560, หน้า 61.

1) แนวทางของศาลในประเด็นเกี่ยวกับทฤษฎีปัญหา  
ในทางการเมือง ได้แก่ การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ การเริ่มต้นและการ  
สิ้นสุดสงคราม เขตอำนาจเหนือดินแดนของรัฐ สถานะของเผ่าอินเดียน  
การรับเข้าและเนรเทศต่างชาติ การบังคับใช้สนธิสัญญาของอำนาจหน้าที่  
รัฐมนตรีต่างประเทศและการแบ่งเขตเลือกตั้ง<sup>33</sup>

2) แนวทางของนักวิชาการ การแบ่งแยกทฤษฎีปัญหา  
ในทางการเมือง ได้แก่ กระบวนการจัดการเลือกตั้ง กระบวนการทางรัฐสภา  
กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระบวนการถอดถอนบุคคลออกจาก  
ตำแหน่ง กรณีที่ศาลรัฐบาลกลางไม่สามารถบรรเทาปัญหาได้ และกิจการ  
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ<sup>34</sup>

### 1.3.2.2 การใช้อำนาจบริหารในฐานะองค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองใน “การกระทำทางปกครอง”

การใช้อำนาจบริหารในฐานะองค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจ  
ปกครองใน “การกระทำทางปกครอง” โดยการออกกฎหมายลำดับรองที่  
มีฐานะเป็น “กฎ” ขององค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองนั้นต้องออก  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้หลักสมควรแก่เหตุ หรือหลัก  
ความได้สัดส่วน เป็นต้น เราสามารถพบได้จากการตรวจสอบการใช้อำนาจ  
ขององค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองโดยการควบคุมก่อนดำเนินการ  
และการควบคุมหลังดำเนินการ จะเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในองค์กร  
เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครองเองและการควบคุมโดยองค์กรภายนอกองค์กร  
เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครอง ดังนี้

<sup>33</sup> *Colegrove v. Gree*, 238 U.S. 548 (1946)

<sup>34</sup> Erwin Chemrinsky, “Constitutional Law : Principles and Policies”  
3 ed.(New York : Aspen 2006) p.129.

1. การควบคุมโดยองค์กรภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้  
อำนาจปกครองทั้งเป็นการควบคุมภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจ  
ปกครองที่มีผลกระทบบุคคลภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง  
และการควบคุมภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองที่มีผลกระทบ  
ต่อบุคคลภายนอกองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง คือ การควบคุม  
โดยการบังคับบัญชา การควบคุมโดยการกำกับดูแล การอุทธรณ์ภายใน  
ฝ่ายการปกครองและการควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท<sup>35</sup>
2. การควบคุมหลังดำเนินการโดยองค์กรภายนอกองค์กร  
เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง คือ การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง  
การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระ และการควบคุมตรวจสอบโดย  
องค์กรตุลาการ<sup>36</sup>

การกระทำของฝ่ายบริหารทั้ง 2 ฐานะดังกล่าวจะกระทำ  
เกินขอบเขตของกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้<sup>37</sup> ต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของหลัก  
สมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนและหลักความเสมอภาคในการบังคับ  
ใช้กฎหมาย<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> สิทธิกร ศักดิ์แสง “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระทำและ  
การควบคุมการกระทำทางปกครองในระบบบริการสาธารณะโดยองค์กรภายในองค์กร  
เจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง : กรณีศึกษากฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง  
กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานและกฎหมายข้อมูลข่าวสารของ  
ราชการ” รายงานวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัยราชภัฏ สุราษฎร์ธานี, 2559 หน้า 54 - 58.

<sup>36</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ” รวมบทความ  
กฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,  
2543 หน้า 348 - 362.

<sup>37</sup> ประสิทธิ์ ไชยโกล “เหลียวหลังดูกฎหมายและความยุติธรรม” กรุงเทพฯ :  
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540 หน้า 22-23

<sup>38</sup> เมื่อพิจารณาถึง “การบริหารงานของรัฐ” ก็คือ “การใช้อำนาจรัฐ  
ฝ่ายบริหาร” ก็ต้องมีการติดตามดูแลจากประชาชน องค์กรตัวแทนของประชาชนอันได้แก่

### 1.3.3 การใช้อำนาจตุลาการภายใต้หลักสมควรแก่เหตุ

การใช้อำนาจตุลาการ เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในการตัดสินใจตามกฎหมาย อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่ทุกคนเห็นตรงกันว่าต้องใช้โดยบุคคลที่มีความเป็นกลางและต้องมีความเป็นอิสระเพื่อค้ำประกันความเป็นกลางนั้นด้วย อำนาจวินิจฉัยคดี มอบหมายให้ศาล (ฝ่ายตุลาการ) เป็นผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ฝ่ายตุลาการมีภาระหน้าที่ในการควบคุมการตรวจสอบการปฏิบัติตามหลักการของหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นประเทศที่เป็นนิติรัฐและนิติธรรม ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยจะต้องมีหลักประกันดังกล่าวนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายตุลาการจะต้องพ้นจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้เพราะศาลเป็นที่พึ่งสุดท้ายของประชาชน ศาลมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของเอกชน ศาลจึงต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างอิสระ ด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรม ภายใต้กฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาคและ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน”

---

รัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) (National Assembly หรือ Parliament) จึงมีกระบวนการหลายอย่างในการควบคุมการบริหารงานของรัฐ เช่น การร่วมพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายให้แก่การดำเนินงานต่าง ๆ ในการบริหาร การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตั้งแต่ระดับสูงหรือการสอบข้อเท็จจริงโดยกรรมาธิการหรือการตั้งกระทู้ถามในรัฐสภา การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) หรือแม้กระทั่งการถอดถอนข้าราชการระดับสูง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในความผิดต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นต้น งานการบริหารจึงมีส่วนร่วมจากรัฐสภาอย่างใกล้ชิด อำนาจบริหารต้องมีได้เป็นของรัฐบาลแต่ลำพังแต่เป็นของรัฐบาลด้วย เพราะรัฐสภาจะมีหลายหน้าที่มิใช่เฉพาะการออกกฎหมาย

การใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 ในนามรัฐนี้ ต้องมีตัวแทนเข้าไปใช้อำนาจดังกล่าว เช่น การกำหนดหลักเกณฑ์หรือการสรรหาของบุคคลเข้าไปใช้อำนาจในการออกกฎหมาย (สมาชิกสภาผู้แทนประชาชน สมาชิกวุฒิสภา) การกำหนดบุคคลใช้อำนาจทางบริหาร (คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการเมืองที่เรียกว่า “ฝ่ายการเมือง” กับเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในทางปกครองหรือที่เรียกว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจปกครอง”) การกำหนดบุคคลเข้าไปใช้อำนาจทางตุลาการ (ผู้พิพากษาของศาลต่าง ๆ) และบุคคลที่เข้าไปใช้อำนาจในนามรัฐต้องกระทำอยู่บนพื้นฐานของหลักสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน<sup>39</sup> โดยเฉพาะการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครองในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นต้องสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

## 2. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมภายใต้หลักนิติรัฐ

เมื่อมนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคมโดยรวมด้วยแบบชุมชนและรวมตัวแบบสมาคมผูกพันอยู่ติดกับดินแดนส่วนใดส่วนหนึ่งของโลกและมนุษย์ปรารถนาที่จะสนองตอบความต้องการของตนและปกป้องรักษาตนก็ต้องมี “กฎ” “กติกาก” ของมนุษย์ที่จะต้องอยู่ร่วมกันในสังคม<sup>40</sup> ภายใต้สภาพแวดล้อม

<sup>39</sup> บุญศรี มีวงศ์โสม “เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชา น.2540 กฎหมายมหาชน” เอกสารโรเนียว ,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544 หน้า 69.

<sup>40</sup> เมื่อพิจารณาถึง “การรวมตัวของมนุษย์เป็นสังคม” มนุษย์ (Human) กำเนิดขึ้นในธรรมชาติ มนุษย์ไม่อาจอยู่ได้อย่างโดดเดี่ยวในธรรมชาติ จึงต้องรวมตัวกันเพื่อแบ่งหน้าที่และช่วยเหลือซึ่งกันและกันทั้งทางตรงและทางอ้อมในปัจจุบัน 4 ที่จำเป็นแห่งการดำรงชีวิต อันได้แก่ อาหารเพื่อดำรงชีวิต เครื่องนุ่งห่มเพื่อปกป้องร่างกาย ที่อยู่อาศัยเพื่อความปลอดภัยและยารักษาโรคเพื่อรักษาสุขภาพ จากความต้องการปัจจัย 4 นี้เองมนุษย์จึงต้องรวมตัวกัน เพื่อต้องการความมั่นคงปลอดภัยในชีวิตและต้องการอยู่ดีกินดีมีชีวิตที่ดีขึ้น แต่เมื่อมนุษย์อยู่รวมกันในสังคมมากขึ้น ความเห็นแก่ตัวของคนแต่ละคนเกิดจากตีตนหมายใน

และความเสื่อมถอยแห่งคุณธรรม ของคน ก็จะทำให้มนุษย์บางคนกระทำความผิด เช่น การละเลยไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของตน การหยิบฉวยสิ่งของอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ โดยชอบธรรมหรือเจ้าของไม่ยินยอม การพรากรุกผิดเมียเขา การทำร้ายร่างกายและชีวิตของผู้อื่น ฯลฯ ความผิดเหล่านี้เมื่อมีมากขึ้นย่อมจะทำให้ความเป็นอยู่ของมนุษย์โดยส่วนรวมในสังคมวุ่นวายไม่สงบ มนุษย์ส่วนใหญ่จึงจำเป็นต้องอาศัยข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ข้อบังคับอันเป็นเงื่อนไขข้อตกลงที่ยอมรับร่วมกัน ดังนั้นมนุษย์เป็นบุคคลที่มีชีวิตตามธรรมชาติที่รวมตัวกันอยู่ในสังคมแบบชุมชนและรวมตัวแบบสมาคม ดังนี้

1. สังคมมนุษย์ที่รวมตัวแบบชุมชน (Community) เป็นสังคมมนุษย์ที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ได้ตั้งใจก่อตั้งขึ้นมา แต่ชุมชนได้ค่อยๆ เกิดขึ้นและวิวัฒนาการผันเปลี่ยนไปในตัวเอง ดังนี้

1) ครอบครัว (Family) เป็นสังคมมนุษย์ที่เกิดขึ้นจากสัญชาตญาณของมนุษย์ ได้แก่สัญชาตญาณ 2 สัญชาตญาณ สัญชาตญาณที่ 1 ของความเป็นแม่ ซึ่งมีอยู่ในผู้หญิงทุกคนทำให้มารดาเลี้ยงดูบุตรผูกพันให้ผู้หญิงอยู่ร่วมกับบุตร สัญชาตญาณที่ 2 คือสัญชาตญาณที่จะสืบทอดเผ่าพันธุ์ซึ่งเป็นสัญชาตญาณทางเพศ ที่จะผลักดันให้ชายกับหญิงมาอยู่ร่วมกันอย่างถาวร อันทำให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยาและบิดามารดา

2) โคตรตระกูล (Clan) เกิดจากการขยายตัวของครอบครัวอันเป็นความสัมพันธ์ทางสายโลหิต มีบรรพบุรุษเดียวกัน มีผู้สืบสันดานเดียวกัน ผูกพันเป็นโคตรตระกูลกลายเป็นเผ่าพันธุ์

3) เผ่าพันธุ์ (Trib) เป็นกลุ่มคนที่เรียกว่า “เผ่าพันธุ์” อยู่เป็นกลุ่มเป็นก้อนและมีวัฒนธรรมที่แตกต่าง เผ่าพันธุ์จึงมีความหมายเชิงการเมือง เป็นกลุ่มคนที่พูดภาษาเดียวกันและบ่งบอกถึงพื้นที่ตั้ง จากการศึกษาทางชาติพันธุ์ป็นซ์ ดังนั้นเผ่าพันธุ์ หมายถึงกลุ่มคนกลุ่มเล็กๆ มีชีวิตง่าย ๆ ยังชีพด้วยตัวเอง และเป็นกลุ่มเป็นก้อน เกิดจากการขยายของโคตรตระกูล เพราะนับสืบต่อไปจึงกลายเป็นเผ่าพันธุ์

4) ชาติ (Nation) ไม่ได้เกิดขึ้นจากความตั้งใจของมนุษย์ แต่เกิดจากปัจจัยทางธรรมชาติหลายประการ เช่นชาติไทย ชาตลาว ชาติจีน ชาติเยอรมัน เป็นต้น ซึ่งมีปัจจัยที่ทำให้เกิดสังคมมนุษย์ที่เรียกว่า “ชาติ” คือ ปัจจัยทางชาติพันธุ์ ได้แก่ การมีผิวพรรณ ศาสนา ภาษาพูด วัฒนธรรมอย่างเดียวกัน จึงก่อให้เกิดความผูกพันเป็นชาติขึ้น ปัจจัยที่อยู่เหนือดินแดนใดดินแดนหนึ่ง ซึ่งทำให้รู้สึกว่ามีประโยชน์ร่วมกันขึ้นแยกกันไม่ออก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ทางเศรษฐกิจปัจจัยการมีปฏิกริยาตอบสนองต่อปรากฏการณ์ทางธรรมชาติอย่างเดียวกัน ในลักษณะที่คล้ายกันก่อให้เกิดความรู้สึกเป็นพวกเดียวกันปัจจัยอื่นได้แก่เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ เช่น สงครามหรือภัยพิบัติที่ทำให้คนจำนวนมากตกอยู่ในภาวะเดียวกันก่อให้เกิดความทรงจำร่วมกันว่าเคยผ่านพ้นภัยวิบัติมาด้วยกัน ทำให้เกิดความผูกพันรักใคร่แม้ไม่ใช่สายเลือดเดียวกันปัจจัยดังกล่าวข้างต้น ทำให้มนุษย์แต่ละคนรวมตัวกันขึ้นเป็นชาติ ทำให้รู้สึกตนว่าอยู่ภายในกลุ่ม ๆ หนึ่งเป็นเอกภาพในชาติขึ้น เช่น รู้สึกว่าเราเป็นคนไทย

## ทางสังคม<sup>41</sup> และเงื่อนไขทางสังคม<sup>42</sup> ก่อให้เกิด “กฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย”

เป็นพวกเดียวกันเป็นชาติเดียวกันผูกพันกัน เป็นต้น

2. สังคมมนุษย์ที่รวมตัวแบบสมาคม (Association) นั้นมีที่มา และลักษณะของประเภทของมนุษย์แบบสมาคม ดังนี้

1) ที่มาของสังคมมนุษย์แบบสมาคม จะพบว่าเป็นสังคมมนุษย์ที่มีการจัดตั้งองค์กรอย่างเป็นทางการที่จะลักษณะเพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างที่สมาชิกอยู่ร่วมกัน และเป็นสังคมที่ไม่ได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติของมนุษย์ แต่เป็นสังคมที่สมาชิกรวมตัวกันขึ้นด้วยความตั้งใจ รู้สึกลึกถึงการรวมตัวกันขึ้นเป็นกลุ่มเป็นหมู่คณะ เช่น พรรคการเมือง เป็นต้น

2) ลักษณะของสังคมมนุษย์แบบสมาคม จะมีลักษณะ คือ บรรดาปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสมาคมจะมีความมุ่งหมายอันร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างและบรรดาสมาชิกทั้งหลายจะถูกจัดตั้งขึ้นเป็นองค์การ เพื่อดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ทุกคนมีอยู่ร่วมกัน (อ้างในสิทธิกร ศักดิ์แสง “หลักกฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2557 หน้า 130-131)

<sup>41</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “สภาพแวดล้อมทางสังคม” (Social Surrounding) หมายถึง องค์กรประกอบตามสภาพแวดล้อมที่ปรากฏอยู่ภายนอกตัวมนุษย์ซึ่งทำให้เกิดผลกระทบอย่างใดอย่างหนึ่งต่อมนุษย์ที่เกี่ยวกับพฤติกรรมมนุษย์ตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน มีข้อพิจารณาดังนี้ (อ้างใน จุฬิก รัตนมาศทิพย์ “ปฏิภานมหาชน เล่ม 1 วาทกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย” กรุงเทพฯ: บริษัท หลอแอนด์เล้ง พับลิชชิ่ง จำกัด, 2551 หน้า 21.)

1. พฤติกรรมมนุษย์ (Human Behavior) หมายถึง กิริยาอาการต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับมนุษย์หรือที่มนุษย์ได้แสดงในการอยู่ร่วมกัน หรือปฏิภานที่เกิดขึ้นกับมนุษย์เมื่อได้เผชิญกับสิ่งเร้า พฤติกรรมต่างๆ เนื่องจากมนุษย์มีสติปัญญา และ “อารมณ์” (Emotion) เมื่อมีสิ่งเร้ามากระทบ สติปัญญาหรืออารมณ์ จะเป็นตัวตัดสินว่า ควรจะปล่อยกิริยาใดออกไปในการอยู่ร่วมกันในสังคม ดังนั้นพฤติกรรมมนุษย์จึงเป็นส่วนประกอบสำคัญที่ทำให้เกิดกฎหมายขึ้น

2. สภาพและสถานการณ์ทางสังคมหรือเทศกาลบ้านเมืองในขณะนั้น สภาพแวดล้อมจึงมีผลกระทบต่อคนในสังคม ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับคนนั้นโดยตรงและคนอื่นในสังคมด้วย จึงต้องมีการตรากฎหมายแก้ไขปัญหาที่เกิดจากผลกระทบจากสภาพแวดล้อมในสภาพข้อเท็จจริงให้เกิดผลในทางปฏิบัติว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไรและกฎหมายนั้นสอดคล้องกับความต้องการของคนส่วนรวมที่ยอมรับได้ในสังคมนั้นได้หรือไม่อย่างไร

<sup>42</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “เงื่อนไขทางสังคม” (Social Conditions) ก็คือ สิ่งต่างๆ ที่เป็นเครื่องขัดขวางหรือสนับสนุนบุคคลให้ไปสู่เป้าหมาย เงื่อนไขทางสังคมอาจมาจากสิ่งต่างๆ ทั้งหลายด้วยกัน เช่น สภาพทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองของบุคคล อาจเป็น

ขึ้นมา ถ้าไม่มีกฎหมายคนในสังคมก็จะทำอะไรตามอำเภอใจของตนเกิดความสับสนวุ่นวาย สังคมก็ไม่อาจอยู่เป็นสุขได้ จึงต้องมีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายขึ้นมา เพื่อให้สังคมนั้นเป็นระเบียบเรียบร้อย<sup>43</sup> ถ้าเรามองถึงสังคมใดสังคมหนึ่งจะเห็นได้ว่า คนในสังคมนั้นสามารถกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้คนในสังคมคนในสังคมแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มด้วยกัน คือ กลุ่มผู้ปกครองกับกลุ่มผู้อยู่ใต้ปกครอง ดังนั้นกติกาของสังคมจะต้องออกมาจากบุคคล 2 กลุ่มนี้ แต่อย่างไรก็ตามกติกาส่วนใหญ่จะมาจากกลุ่มผู้ปกครองเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐที่ควบคุมคนในสังคมและถือว่าเป็นผู้มีอำนาจปกครองในฐานะ “**รัฐธำธิปัตย์**” (อำนาจปกครองสูงสุด) ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐผ่านทางกฎหมายภายใต้ “**หลักนิติรัฐ**” (Legal State) และ “**หลักนิติธรรม**” (The Rule of Law)<sup>44</sup>

สถานภาพทางครอบครัวหรืออาจเป็นเพราะบุคลิกภาพเฉพาะตัว ความสามารถส่วนตัว เป็นต้น สถานภาพเหล่านี้มีเงื่อนไขทางสังคมแตกต่างกันจึงจำเป็นต้องมีข้อกำหนดให้อยู่ร่วมกันในสังคม เงื่อนไขทางสังคมเหล่านี้ ได้แก่ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ กฎเกณฑ์และคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปของสังคม ตลอดจน “**ขนบธรรมเนียม**” (Convention) หรือ “**จารีตประเพณี**” (Custom) หรือ “**ประเพณี**” เป็นวิถีปฏิบัติทางสังคมส่วนใหญ่ย่อมมีความแตกต่างไปจาก “**วิถีประชา**” (Folkway) ที่จำกัดเฉพาะชุมชนใดชุมชนหนึ่งและไม่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคม เงื่อนไขทางสังคมจึงต้องอาศัย “**วิถีปฏิบัติด้วยความเป็นธรรม**” (Due process) ซึ่งจะต้องมีการปรับปรุงแก้ไขไปตามสภาพเหตุการณ์ของสังคมในขณะนั้น เพื่อความเหมาะสมหรือตามเทศกาลบ้านเมืองอันสอดคล้องด้วยหลักใหญ่ตามเสียงส่วนใหญ่ของคนในสังคม (อ้างในจุลกิจ รัตนมาศทิพย์ เพ็งอ่าง, หน้า 21.)

<sup>43</sup> โภคิน พลกุล “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยคำแหง, 2528 หน้า 8.

<sup>44</sup> เมื่อพิจารณาศึกษา “**ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์**” (Common law System) ที่มีปรัชญา “**หลักนิติธรรม**” (The Rule of Law) อยู่เบื้องหลัง ส่วน “**ระบบกฎหมายซีวิลลอว์**” (Civil Law System) ที่มีปรัชญา “**หลักนิติรัฐ**” (Legal State) อยู่เบื้องหลัง แต่ในปัจจุบันเรานำหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมมาใช้และนำมาอธิบายจนเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นหลักเดียวกัน ด้วยเหตุผลที่ผู้ออกแบบกฎหมายหรือออกแบบหลักการปกครองของรัฐในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ในอดีตถึงปัจจุบัน ซึ่งผู้มีอำนาจปกครอง หรือ มีอำนาจในการออกแบบกฎหมายและออกแบบรัฐธรรมนูญนั้นท่านได้รับการศึกษาทั้งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ระบบ

ดังนั้นในหัวข้อนี้ผู้วิจัยมุ่งที่จะศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่มีแนวคิดและทฤษฎี ทฤษฎีที่สนับสนุนรองรับเรื่องกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมอยู่ 2 ทฤษฎีคือ ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาและทฤษฎีมาร์กซิสต์ เป็นการศึกษาอธิบายถึงปัญหารากฐานที่ว่าทำไมต้องมีกฎหมาย ในมุมมองกฎหมายในเชิงบวก คือ แนวคิดและทฤษฎี ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา หรืออาจไม่จำเป็นต้องมีกฎหมาย เพราะกฎหมายเป็นปัญหาหนึ่งในการสร้างปัญหาทางสังคม กฎหมายเป็นเครื่องมือกดขี่ของชนชั้นทางเศรษฐกิจของสังคม มุมมองกฎหมายเชิงลบ คือ ทฤษฎีมาร์กซิสต์ ดังนี้

## 2.1 แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา: มุมมองกฎหมายเชิงบวก

ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา (Sociological Jurisprudence) เป็นแนวคิดและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่เน้นบทบาทความสัมพันธ์ของ

---

กฎหมายคอมมอนลอว์ มาใช้และอธิบายจนเป็นที่เข้าใจกันว่าเป็นหลักเดียวกัน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า “**หลักนิติรัฐ**” (Legal State) มีความหมายกว้างกว่า “**หลักนิติธรรม**” (The Rule of Law) “**หลักนิติรัฐ**” อธิบายถึง “**หลักการแบ่งแยกอำนาจ**” (Separation of Powers) ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ซึ่งมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทั้งนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ แต่ “**หลักนิติธรรม**” กล่าวถึง หลักการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองการกระทำทางปกครองในระบบบริการสาธารณะโดยเสมอภาคเท่าเทียมกันเป็นหลักโดยการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเฉพาะอำนาจบริหารโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น ดังนั้นถ้าจะนำ 2 หลักนี้มาใช้ร่วมกันแล้วจะต้องใช้คำว่า “**การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม**” น่าจะเหมาะสมกว่า ดังนั้น “**การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรม**” หมายถึง “**การที่รัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ (หลักนิติรัฐ) และรัฐต้องกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน (หลักนิติธรรม)**” (อ้างอิง สิทธิกร คักดีแสง “**หลักกฎหมายมหาชน**” กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2557 หน้า 214) และโปรดดูรายละเอียดใน สิทธิกร คักดีแสง “**การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไทย**” กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556 หน้า 60)

กฎหมายต่อสังคม โดยพิจารณาถึงเรื่องบทบาทหน้าที่ (Functional) หรือ การทำงานของกฎหมายมากกว่า การสนใจกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมในแง่ที่เป็นเนื้อหาสาระ ซึ่งเป็นนามธรรมลอย ๆ โดยเน้น ไปที่การตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมต่าง ๆ (Social legislation)<sup>45</sup> เป็นแนวคิดและทฤษฎีทางปรัชญาที่ค่อนข้างใหม่พอสมควร ผู้นำสำนักคิดนี้ พยายามที่จะเชิดชูความคิดที่เป็นกระบวนการทางปรัชญากฎหมายเน้น แนวคิดและทฤษฎี “เชิงปฏิบัตินิยม” มีจุดมุ่งหมายในการศึกษาเรื่อง “ธรรมชาติของกฎหมาย” มองปัญหาเชิงปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่อง “การทำ หน้าที่ของกฎหมาย” หรือ “บทบาทของกฎหมายที่ควบคุมคนในสังคม” ว่า “ธรรมชาติของกฎหมายที่สำคัญอันหนึ่ง คือ กฎหมายเป็นเครื่องมือ อย่างหนึ่งในสังคมที่มีบทบาทในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง ปัญหา ความไม่เป็นธรรมในสังคม” เป็นต้น

แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาเริ่มปรากฏตัวตั้งแต่ ปลายศตวรรษที่ 19 – 20 อันเนื่องจาก “การปฏิวัติอุตสาหกรรม”<sup>46</sup> (Industrial Revolution) ได้นำไปสู่การก่อตัวขึ้นของชนชั้นแรงงานและ

<sup>45</sup> จริฎ โฆษณานันท์ อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 237.

<sup>46</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “การปฏิวัติอุตสาหกรรม” (Industrial Revolution) คือ ช่วงเวลาตั้งแต่ ค.ศ. 1750 ถึง ค.ศ. 1850 เมื่อการเปลี่ยนแปลงในภาคเกษตรกรรม, การผลิต, การทำเหมืองแร่, การคมนาคมขนส่ง และเทคโนโลยี ส่งผลกระทบอย่างลึกซึ้งต่อสภาพสังคม, เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมในขณะนั้น การปฏิวัติเริ่มต้นในสหราชอาณาจักร จากนั้นจึง แพร่ขยายไปยังยุโรปตะวันตก, อเมริกาเหนือ, ญี่ปุ่น จนขยายไปทั่วทั้งโลกในเวลาต่อมา การปฏิวัติอุตสาหกรรมเป็นจุดเปลี่ยนครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์โลก ซึ่งส่งผลกระทบต่อทุกแง่มุมของชีวิตประจำวันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ที่เห็นเด่นชัดที่สุด คือ การที่รายได้และจำนวน ประชากรโดยเฉลี่ยเริ่มที่จะขยายตัว อย่างยั่งยืนในแบบที่ไม่เคยเป็นมาก่อน ทำให้ 200 ปี หลังจาก ค.ศ. 1800 ค่าเฉลี่ยรายได้ต่อหัวของโลกขยายตัวมากกว่า 10 เท่า ในขณะที่จำนวน ประชากรขยายตัวมากกว่า 6 เท่า (อ้างอิงใน Maddison, Angus (2003). “The World Economy: Historical Statistics”. Paris: Development Centre, OECD. .pp. 256–62, Tables 8a and 8c.)

เป็นจุดเริ่มต้นของความคิดสังคมนิยมแบบวิทยาศาสตร์หรือลัทธิมาร์กซิสต์ (Marxism) ที่มีความสัมพันธ์กับสิ่งที่ป็นสภาพความเป็นจริงของสังคมวิทยา เช่น สังคมมีการพัฒนามาเป็นสังคมอุตสาหกรรมหรือสังคมทุนนิยมก็จะพบปัญหาในเรื่องความขัดแย้งต่าง ๆ มากขึ้น ซึ่งอาจจะป็นปัญหาเรื่องความเหลื่อมล้ำ เกิดความขัดแย้งช่องว่างระหว่างคนจนกับคนรวย มีการวิพากษ์วิจารณ์กันอยู่เนือง ๆ หรืออาจจะมีการแสวงหาความคิดความพยายามที่ผลักดันให้มีการปฏิบัติเพื่อแก้ไขความไม่ป็นธรรมในสังคมในเรื่องต่าง ๆ<sup>47</sup> เป็นต้น ดังนั้นกฎหมายที่ป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมจึงป็นเพียงเครื่องมือในการรักษาผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจหรือชนชั้นนายทุนหรือชนชั้นเจ้าสมบัติในสังคมเท่านั้นจริงหรือไม่ ทำให้บรรดานักนิติศาสตร์พยายามเสนอแนวคิดและทฤษฎีที่จะรณรงค์ความคิดที่มองกฎหมายในเชิงบวกที่ป็นเครื่องมือของรัฐเพื่อแก้ไขปัญหาสังคมและเพื่อใช้กฎหมายที่ป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนสังคมให้เกิดความเป็นธรรมและยุติธรรม

แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยานี้ก่อตั้งและพัฒนาในประเทศเยอรมนี จากนั้นมีการแพร่หลายไปหลายประเทศ ในประเทศเยอรมนีมีนักนิติศาสตร์คนสำคัญ คือ รูดอร์ฟ ฟอน เยียร์ริง (Rudolf Von Jhering) ป็นบุคคลสำคัญที่ทำการเผยแพร่หรืออาจกล่าวได้ว่า ป็น “ผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา” โดยที่สามารถจะเห็นสภาพความคิดนี้ชัดเจนในงานเขียนของเยียร์ริง เรื่อง “กฎหมายในฐานะป็นเครื่องมือ เพื่อการเป้าหมาย” (Law as a Means to an End) ในประเทศฝรั่งเศสมี ลีอง ดิวีกี (Leon Duguit) ป็นผู้นำคนสำคัญโดยเฉพาะในการสร้าง “ทฤษฎี

<sup>47</sup> เมื่อพิจารณาการศึกษา “แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา” มีปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาระหว่างสำนักกฎหมายธรรมชาติ กับสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม จะพบว่า แนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาได้รับอิทธิพลทางความคิดของปฏิฐานนิยมทางกฎหมายอยู่ไม่น้อย ด้วยเหตุผลที่กฎหมายนั้นมาจากมนุษย์เป็นผู้สร้างเพื่อควบคุมสังคม แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดนิติศาสตร์นี้ยังมีอิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองชีวิตความเป็นส่วนตัวเช่นกัน

**ความสามัคคีของสังคม” (Social Solidarism)** ในประเทศสหรัฐอเมริกา  
โรสโค พาวด์ (Roscoe Pound) ภาพรวมทางความคิดของทฤษฎีนี้จะเป็น  
กระแสที่พยายามเน้นเรื่องบทบาทกฎหมายในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้ง  
ในสังคม ภายใต้ **“แนวคิดและทฤษฎีวิิศวกรรมสังคม” (Social Engineering)**  
ขึ้นมา ดังนี้<sup>48</sup>

### 2.1.1 แนวความคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงมาทางอนุรักษนิยม เสรีนิยม: เที่ยงอิงกับกฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมาย

รูดอล์ฟ ฟอน เยียร์ริง (Rudolf Von Jhering: 1818-1892)  
เขียนหนังสือเรื่อง **“กฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าหมาย”**  
(Law as a Means to an End) ในปี ค.ศ. 1887 งานเขียนชิ้นนี้เป็น  
การเน้นให้เห็นความชัดเจนถึงการมองธรรมชาติของกฎหมายในแง่เป็น  
เครื่องมือของรัฐเพื่อ **“บรรลุเป้าหมายทางสังคม”** เป้าหมายทางสังคมใน  
แง่นี้เป็นเป้าหมายทางสังคมแบบ **“อรรถประโยชน์เชิงสังคม”** กล่าวคือ  
ในเรื่องประโยชน์สุขของสังคมกฎหมายจะต้องบัญญัติใช้เพื่อบังคับให้เกิด  
ประโยชน์สุขแก่คนในสังคม ซึ่งเรียกร้องให้ **“ผนึกรวมแนวความคิดทาง  
กฎหมายเข้ากับความเป็นจริงทางสังคมและเน้นบทบาทของกฎหมาย  
เพื่อประโยชน์ของสังคมอย่างจริงจัง”** หรือเรียกว่า **“วัตถุประสงค์แห่ง  
กฎหมาย”** ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นแกนทางความคิดสำคัญทาง  
ปรัชญาของเยียร์ริง วางอยู่ที่แนวความคิดเรื่อง **“วัตถุประสงค์” (Purpose)**  
ซึ่งเยียร์ริง อธิบายว่าวัตถุประสงค์นี้ ถ้ามองเทียบกับสิ่งอื่นไม่ว่าจะเป็นสิ่งมีชีวิต  
หรือไม่มีชีวิต วัตถุประสงค์นั้นเป็นเสมือนกฎเกณฑ์สากลที่อยู่เบื้องหลัง  
การดำรงอยู่ของสิ่งต่าง ๆ วัตถุประสงค์จึงเป็นตัวกำหนดหรือตัวที่อยู่เบื้องหลัง  
ความเป็นจริงของสิ่งต่าง ๆ

---

<sup>48</sup> รองพล เจริญพันธุ์ **“นิติปรัชญา”** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มปป,  
หน้า 109.

เมื่อนำแนวคิดและทฤษฎีเรื่องวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายทางสังคมมาโยงกับกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นผลผลิตของวัตถุประสงค์เป็นสิ่งที่เกิดจากเป้าหมาย โดยการวางเป้าหมายหรือวางวัตถุประสงค์ขึ้นมาเมื่อสร้างวัตถุประสงค์ขึ้นมาแล้วกฎหมายก็จะตามมา กลายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเพื่อที่จะทำให้เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์นั้นได้มีโอกาสเป็นจริงขึ้นมา โดยเป้าหมายจะต้องเป็นไปเพื่ออรรถประโยชน์ของสังคมหรือเพื่อประโยชน์สุขของสังคมต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตามการที่จะก้าวไปถึงจุดนั้นเราต้องยอมรับว่าในความเป็นจริง ข้อเท็จจริงของสังคมจะเป็นสังคมที่เต็มไปด้วยความขัดแย้งต้องมีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐเข้ามาควบคุมหรือแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในสังคม โดยแยบยล มองว่ามี 3 ประเภท คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกชน ผลประโยชน์ของรัฐและผลประโยชน์ของสังคม<sup>49</sup>

ดังนั้นบทบาทของนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาของแยบยลให้ความสำคัญในการจัดองค์ประกอบหรือการจัดความสัมพันธ์ของผลประโยชน์ทั้ง 3 ประเภท ให้อยู่ร่วมกันได้ ไม่ให้มีการเหลื่อมล้ำหรือมีการเอาัดเอาเปรียบมากเกินไป ซึ่งขบวนการในการสร้างความสมดุลของผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน เป็นเรื่อง “อรรถประโยชน์เชิงสังคม” คือ บรรลุสิ่งที่เป็นประโยชน์ของสังคมมนุษย์ที่จะอยู่ร่วมกันได้ การที่จะทำให้ผลประโยชน์ในเชิงสังคมมีความกลมกลืนกันได้นั้น การใช้กฎหมายเป็นสิ่งที่จำเป็นและต้องรู้จักใช้ ตลอดถึงเข้าใจถึงสิ่งที่เป็นหลักในการออกกฎหมาย เพื่อนำไปสู่การค้นพบหรือสร้างสิ่งที่เป็นจุดสมดุลของผลประโยชน์สุขของคนในสังคมสอดคล้องกับแนวคิดและ “ทฤษฎีอรรถประโยชน์” (Utilitarianism)<sup>50</sup>

<sup>49</sup> จริญญา โฆษณานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 242.

<sup>50</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ลัทธิอรรถประโยชน์” เป็นเรื่องจริยธรรมที่เน้น เรื่อง “ความสุข” หลักของลัทธิอรรถประโยชน์ถือว่าความถูกผิดทั้งหลายมิได้อยู่ที่ตัวมันเอง ความถูกผิดของการกระทำอยู่ที่ตัวผลลัพธ์ว่าจะสร้างความสุขหรือความทุกข์ การกระทำ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงบทบาทของกฎหมายที่เป็น  
เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในแง่ของการสร้างความสมดุลของ  
ผลประโยชน์ของสังคมของเยี๋ยริง จะทำให้เราสามารถมองแนวคิดและ  
ทฤษฎีของเยี๋ยริง ที่ปฏิเสธความคิดของ “สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์”  
(Historical Law)<sup>51</sup> ที่ว่า “กฎหมายเกิดขึ้นโดยไม่รู้สีกตัวและเกิดขึ้นโดย

---

ที่ก่อให้เกิดความสุขก็คือความถูกต้องส่วนการกระทำที่ก่อให้เกิดความทุกข์ก็ไม่ถูกต้อง  
อรรถประโยชน์นั้นจึงเป็นจริยธรรมที่มองอนาคตหรือผลข้างหน้ามากกว่าจะมองที่ตัวการ  
กระทำโดยตรง เพราะตัวการกระทำนั้นไม่ถูกหรือผิดในตัวมันเอง แต่ความถูกต้องนั้นอยู่ที่ตัว  
ผลลัพธ์อีกทีหนึ่ง (โปรดดูรายละเอียดใน จรัญ โฆษณานันท์ อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7 หน้า 209-234)

<sup>51</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “สาระความคิดพื้นฐานของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์”  
ได้ดังนี้

1. กฎหมายเป็นสิ่งซึ่งถูกค้นพบมิใช่สิ่งที่ถูกสร้างขึ้น (Law is found not made)  
โดยดูแคลนอำนาจจากการกระทำของมนุษย์ การเติบโตของกฎหมายโดยสาระแล้วเป็น  
กระบวนการเติบโตของร่างกาย ซึ่งเป็นอย่างไรสำนึก (Unconscious) ดังนั้น การนิติบัญญัติ  
(โดยเจตจำนงของมนุษย์) จึงมีความสำคัญน้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับจารีตประเพณี

2. เมื่อกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงจากความสัมพันธ์เชิงกฎหมายซึ่งเห็นได้ง่าย  
ชัดเจนในชุมชนบุพกาล สู่ความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นในอารยธรรมสมัยใหม่ จิตสำนึกของ  
ประชาชนไม่สามารถแสดงออกได้ด้วยตัวเองโดยตรงเช่นแต่เดิม แต่มาปรากฏแสดงออกที่  
นักกฎหมาย ซึ่งจะเป็นผู้สรุปหลักกฎหมายเทคนิคต่าง ๆ ในการมองรูปร่างกฎหมายก็ยังคง  
เสมือนปากเสียงของจิตสำนึกประชาชน ซึ่งต้องแบกภาระในการมองรูปร่างกฎหมายจาก  
วัตถุดิบต่าง ๆ (ในสังคม) การนิติบัญญัติเป็นเสมือนสิ่งที่ดำเนินมาในขั้นสุดท้าย (ของการเกิด  
กฎหมาย) โดยเหตุนี้ นักกฎหมายจึงมีความสำคัญมากกว่านักนิติบัญญัติในแง่ของการเป็น  
บุคคลผู้สร้างกฎหมาย

3. กฎหมายมิใช่สิ่งที่มีความสมบูรณ์อย่างสากล มิใช่สิ่งทีนำมาปรับใช้ได้ทุก ๆ  
แห่งเหมือนกัน ประชาชนแต่ละแห่งพัฒนา นิสัยเคยชินทางกฎหมาย (Legal Habits) ใน  
ลักษณะเฉพาะตัวเช่นเดียวกับพวกเขาที่มีภาษา, นิสัยใจคอ และลักษณะทางกายเป็นการ  
เฉพาะ ยืนยันในลักษณะควบคู่ขนานระหว่างกฎหมายและภาษา ซึ่งไม่มีสิ่งใดนำไปใช้กับ  
ประเทศหรือประชาชนอื่น ๆ ดวงจิตดวงวิญญาณของชนชาติหรือเจตจำนงของประชาชน  
แสดงอยู่ในกฎหมายของประชาชน ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องกระทำการศึกษา  
วิจัยประวัติศาสตร์กฎหมายเพื่อค้นหาวิวัฒนาการของดวง วิญญาณของชนชาติดังกล่าวใน  
การจัดทำกฎหมายในแต่ละสังคมนับถือ (อ้างใน จรัญ โฆษณานันท์ อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7  
หน้า 201-202)

**ปราศจากความตั้งใจ**” โดยเยียร์จึนยันว่า กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของ  
รัฐควบคุมคนในสังคม คือ การต่อสู้ในฐานะเป็นสิ่งเคลื่อนไหวทาง  
ประวัติศาสตร์กฎหมายไม่ใช่สิ่งที่เจริญเติบโตมาแต่ก่อน แต่กฎหมายได้เกิด  
ขึ้นเพราะการต่อสู้ด้วยความยากลำบากท่ามกลางวิกฤตการณ์ของมนุษย์  
ท่ามกลางเป้าหมายและผลประโยชน์ของคนส่วนรวม มิใช่ของปัจเจกชน  
คนใดคนหนึ่ง ซึ่งเป็นการโต้แย้งสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ นอกเหนือจาก  
ท่าทีปฏิปักษ์ต่อสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์<sup>52</sup> เยียร์จึนเน้นบทบาททางสังคม  
โดยพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับชีวิตและสังคมควบคู่กันไปเขาจึง **“ปฏิเสธ  
การวิเคราะห์ธรรมชาติกฎหมายในเชิงนามธรรมหรือเชิงสถิตย”** แบบพวก  
นักกฎหมายธรรมชาติด้วยเช่นกัน จากการใช้เรื่องเน้นความสำคัญของผล  
ประโยชน์สังคมดังกล่าว จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เป็นเครื่องมือ  
ของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นกลไกที่จะต้องปรับเปลี่ยนอยู่ตลอดเวลา ไม่ใช่  
เป็นเรื่องที่เป็นกฎธรรมชาติตายตัว จะต้องมีการเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลง  
ทั้งนี้ เพื่อให้ผลประโยชน์ของคนในสังคมที่มีความแตกต่างกันอยู่ร่วมกันได้  
โดยปกติสุข ซึ่งเป็นการโต้แย้ง **“สำนักกฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law)**

แนวความคิดนี้จึงได้มีความพยายามหรือความเคลื่อนไหว  
ในการบัญญัติกฎหมายในเชิงสังคมทั้งหลายภายใต้ยุคกฎหมายเทคนิคใน  
ปัจจุบัน เช่น กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐมีลักษณะมุ่งแก้ปัญหาความเป็น  
ธรรมในสังคม ซึ่งเป็นแนวคิดและทฤษฎีร่วมกับ **“สำนักกฎหมายปฏิ  
ฐานนิยม” (Positive Law)**<sup>53</sup> ในแง่ที่ว่า **“กฎหมายออกโดยมนุษย์เพื่อให้**

<sup>52</sup> วรวิทย์ กนิษฐะเสน (ผู้แปล) “ประวัติศาสตร์วิชานิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษ  
ที่ 19” อังใน ปรีดี เกษมทรัพย์ “นิติปรัชญา ภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์”  
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526. หน้า 244.

<sup>53</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง **“แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานของสำนักปฏิฐานนิยมทาง  
กฎหมาย”** หรือ **“สำนักกฎหมายบ้านเมือง” (Positive Law)** ประกอบด้วย หลักคิด  
3 ประการ ดังนี้

**สังคมอยู่ร่วมกันโดยปกติสุข”** เช่น กฎหมายแรงงาน ประกันสังคม กฎหมาย  
คุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายห้ามการผูกขาดการค้ากำไรเกินควร เป็นต้น  
ซึ่งกฎหมายในลักษณะที่ได้อธิบายดังกล่าวนี้ เยียะริงเชื่อว่า จะทำหน้าที่  
ควบคุมระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมให้ดำเนินไปด้วยดี ไม่ให้มีการเอารัด  
เอาเปรียบจนเกินไป ความคิดด้านการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าว ยังกินความ  
ถึงการจำกัดสิทธิ ในการใช้ทรัพย์สินของเอกชนหรือการยอมให้มีการยึดหรือ  
เวนคืนทรัพย์สินบางอย่าง ซึ่งถือเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาการสานผลประโยชน์  
ระหว่างสังคมกับเอกชนทางหนึ่ง

---

1. การยืนยันว่าการดำรงอยู่หรือความสมบูรณ์หรือความเป็นกฎหมายนั้นไม่ได้  
ขึ้นอยู่กับสิ่งที่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมหรือความยุติธรรมที่ต้องมีในตัวกฎหมาย กล่าวคือ  
อีกนัยหนึ่งคือการดำรงอยู่หรือความสมบูรณ์หรือความเป็นกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับ  
ศีลธรรมหรือความยุติธรรม กฎหมายนั้นสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอำนาจของรัฐ  
ที่เป็นผู้ให้กำเนิดเท่านั้น ส่วนเนื้อหาในกฎหมายจะสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกับศีลธรรม  
หรือความยุติธรรมก็ได้ ดังนั้น แม้กฎหมายที่ออกมาจะมีสาระที่ขัดแย้งกับมโนธรรมของคน  
แต่ถ้ากฎหมายนั้นถูกสร้างขึ้นมาจากผู้ที่มีอำนาจแล้ว ก็ถือว่าเป็นกฎหมายทั้งสิ้น

2. การยืนยันว่าการดำรงอยู่ของกฎหมายขึ้นอยู่กับที่มันถูกสร้างขึ้น โดยผ่านการ  
ตกลงปลงใจของมนุษย์ในสังคม จุดแนวคิดและทฤษฎีที่พยายามเน้นความสำคัญของมนุษย์  
หรือของคน โดยเฉพาะคนที่เป็นผู้ปกครองหรือผู้มีอำนาจรัฐ ซึ่งเป็นจุดยืนที่พยายามจะต่อย้ำ  
สถานะธรรมชาติของกฎหมายที่แท้จริงว่าธรรมชาติของกฎหมายนั้นมาจากคน กฎหมายมิได้  
เกิดขึ้นจากธรรมชาติแล้วมนุษย์ค้นพบด้วยปัญญาและเหตุผลตามที่สำนักกฎหมายธรรมชาติ  
อธิบายมา แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นมาจากมนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้นมาเพื่อบังคับใช้ในสังคมเพื่อให้  
สังคมมีความสุข

3. เป็นจุดยืนเกี่ยวกับภาคบังคับ กฎหมายโดยธรรมชาติต้องมีสภาพบังคับหรือ  
บทลงโทษต่าง ๆ อันนี้จะเป็นจุดยืนทั่ว ๆ ไป ซึ่งจะสะท้อนความสำคัญในการให้ความสำคัญ  
กับสิ่งที่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริง รวมทั้งการให้ความสำคัญกับสิ่งที่เป็นเรื่องของประสิทธิภาพ  
ให้ความสำคัญกับสิ่งที่เป็นเรื่องของทางปฏิบัติ ในลักษณะของปฏิบัตินิยม กล่าวคือ สิ่งที่เป็น  
กฎหมายต้องมีสิ่งที่ เป็นสภาพบังคับ สามารถบังคับให้ผู้ฝ่าฝืนรับโทษได้ ดังนั้น ในสายตา  
ปฏิฐานนิยม กฎหมายธรรมชาติจึงไม่เป็นกฎหมายเพราะไม่มีสภาพบังคับ (อ้างใน จริย  
โทษณานันท์. **อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7.** หน้า 27-95.)

### 2.1.2 แนวความคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงมาจากอนุรักษนิยม เสรีนิยม: รอสโค พาวด์ กับทฤษฎีวิศวกรรมสังคม

รอสโค พาวด์ (Roscoe Pound: 1870 – 1964) นักนิติศาสตร์เชิงสังคมนิยมของประเทศไทยซึ่งเป็นศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ซึ่งพัฒนาทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมนิยมของ เฮย์ริง ให้มีรายละเอียดในทางปฏิบัติและทำให้ทฤษฎีนี้แพร่หลายมากขึ้นในดินแดนต่าง ๆ พาวด์เป็นหนึ่งในนักวิชาการกฎหมายที่มีการอ้างอิงมากที่สุดในศตวรรษที่ 20 เกี่ยวกับวาทะของพาวด์ คือ “กฎหมายต้องมั่นคงแต่ต้องไม่หยุดนิ่ง”<sup>54</sup> คือ “ทฤษฎีวิศวกรรมสังคม” (Social Engineering Theory) ซึ่งทฤษฎีวิศวกรรมสังคมเป็นทฤษฎีที่เน้นภารกิจของนักกฎหมายในการจัดระบบผลประโยชน์ต่าง ๆ ให้สมดุลโดยกลไกทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมคล้ายกับการเป็นวิศวกรสังคมที่มุ่งสร้างโครงสร้างสังคมใหม่อันมีประสิทธิภาพในการตอบสนองความต้องการของประชาชนอย่างสูงสุดโดยให้เกิดการริ้วฉานหรือสูญเสียน้อยที่สุด

แนวคิดและทฤษฎีวิศวกรรมสังคมของพาวด์ มีการกล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ในเรื่องของความหมาย ประเภท และรายละเอียดของผลประโยชน์ต่าง ๆ ซึ่งในประเด็นเหล่านี้ พาวด์ได้เอาทฤษฎีของเฮย์ริงมาอธิบายให้มีความละเอียดพิสดารมากขึ้น พาวด์ได้ให้ความหมายของเรื่องผลประโยชน์ว่า “ผลประโยชน์นั้นเป็นเรื่องของข้อเรียกร้อง ความต้องการหรือความปรารถนาที่มนุษย์ต่างยืนยันเพื่อให้ได้มาอย่างแท้จริง เป็นภารกิจที่กฎหมายต้องกระทำเพื่อสิ่งเหล่านี้ เพื่อที่จะให้ผลประโยชน์ดังกล่าวปรากฏเป็นจริง” พาวด์ ได้แยกผลประโยชน์ ออกเป็น

<sup>54</sup> เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล “รอสโค พาวด์ (Roscoe Pound)” ใน <http://Chalemchai.com> เข้าถึงข้อมูลวันอังคารที่ 19 มีนาคม 2562

### 3 ประเภทคล้ายกับเยีงริง<sup>55</sup> ดังนี้

1. ผลประโยชน์ของปัจเจกชน (Individual interests) กล่าวถึง ข้อเรียกร้อง ความต้องการความปรารถนาและความคาดหวังในการดำรงชีวิตของปัจเจกชน (Individual Life) ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์อันได้แก่

1) ผลประโยชน์ด้านบุคลิกภาพส่วนตัว (Interest in Personality) หมายถึง ผลประโยชน์ในร่างกาย เสรีภาพแห่งเจตจำนง เกียรติยศและชื่อเสียง ความมีอิสระส่วนตัวและการเชื่อถือหรือนับถือสิ่งต่างๆ

2) ความสัมพันธ์ทางครอบครัว (Domestic Relation) อันเกี่ยวข้องกับบิดา มารดา สามี ภรรยาและบุตร

3) ผลประโยชน์ในเรื่องอันเป็นแก่นสาระสำคัญ (Interest of Substance) ซึ่งรวมถึงการมีทรัพย์สินส่วนตัว (Private Property) เสรีภาพในการประกอบอุตสาหกรรมหรือในการทำสัญญาการได้ประโยชน์ตามค้ำประกันสัญญา เสรีภาพในการสมาคมและการจ้างแรงงานอันต่อเนื่อง

2. ผลประโยชน์ของมหาชน (Public Interest) กล่าวถึง ข้อเรียกร้อง ความต้องการ หรือความปรารถนาที่ปัจเจกชนยึดมั่นอันเกี่ยวพันหรือเกิดจากจุดยืนในการดำรงชีวิตที่เกี่ยวกับการเมือง (Political Life) ได้แก่ ผลประโยชน์ของรัฐในฐานะที่เป็นนิติบุคคลที่จะครอบครองหรือเวนคืนทรัพย์สิน รวมทั้งผลประโยชน์ของรัฐในฐานะเป็นผู้พิทักษ์ปกป้องผลประโยชน์ของสังคม

3. ผลประโยชน์ของสังคม (Social Interest) กล่าวถึง ข้อเรียกร้องความต้องการ หรือความปรารถนาที่พิจารณาจากแง่ความคาดหวังในการดำรงชีวิตทางสังคม (Social Life) ซึ่งรวมไปถึง

---

<sup>55</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 255-256.

1) ผลประโยชน์ของสังคมในแง่ความปลอดภัยทั่วไป  
 2) ผลประโยชน์ของสังคมในแง่ความปลอดภัยของ  
 สถาบันทางสังคมต่าง ๆ เช่น สถาบันทางศาสนา สถาบันทางเศรษฐกิจ  
 สถาบันทางการเมืองหรือสถาบันทางครอบครัว เป็นต้น

3) ผลประโยชน์ของสังคมในแง่ศีลธรรมทั่วไปซึ่ง  
 ครอบคลุมถึงกฎหมายต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการควบคุมการค้าประเวณี การค้า  
 สุราหรือการพนัน

4) ผลประโยชน์ในการสงวนรักษาทรัพย์ทั้งในแง่  
 ทรัพยากรธรรมชาติและทรัพยากรมนุษย์

5) ผลประโยชน์ของสังคมด้านความก้าวหน้าทางสังคม  
 วัฒนธรรม เศรษฐกิจและการเมือง ได้แก่

(1) ความก้าวหน้าทางสังคมวัฒนธรรม ซึ่งปรากฏ  
 จากการมีเสรีภาพทางศาสตร์ต่าง ๆ วรรณกรรม ศิลปะ สุนทรียศาสตร์  
 การส่งเสริมการศึกษาและการเรียนรู้

(2) ความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ อันหมายความว่า  
 รวมถึงเสรีภาพในการใช้และจำหน่ายทรัพย์สิน เสรีภาพในทางการค้า  
 การอุตสาหกรรม การส่งเสริม การประดิษฐ์ด้วยการรับรองสิทธิบัตร

(3) ความก้าวหน้าทางการเมืองอันแสดงออกที่  
 การยอมรับนับถือต่อเสรีภาพในการพูด การแสดงออกความคิดเห็นและ  
 สมาคม

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงผลประโยชน์ทั้ง 3 ประการ  
 ในทฤษฎีของ พาวด์ จะไม่มีการจัดน้ำหนักประโยชน์ใดให้มีน้ำหนักมากกว่า  
 ผลประโยชน์อื่น ถึงแม้โดยหลักการเราจะมองว่า สังคมนั้นมีความสำคัญอย่าง  
 มากแต่ในทฤษฎีวิวัฒกรรมสังคม การมองว่าในกระบวนการออกกฎหมาย  
 หรือกระบวนการใช้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมจะต้อง

มีการนำเอาประโยชน์ต่าง ๆ เข้ามา ทั้งผลประโยชน์ของปัจเจกชน ทั้งผลประโยชน์มหาชน ผลประโยชน์ของสังคม หากมีสถานะที่ต้องมีการตรวจสอบความขัดแย้งในการจัดความสมดุลของผลประโยชน์ พาวด์มองว่าผลประโยชน์ทั้งหลายต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีน้ำหนักเป็นกลาง

ดังนั้นการมองเรื่องผลประโยชน์ด้วยวิธีการต่าง ๆ ของแนวคิดและทฤษฎีวิิศวกรรมสังคมที่กล่าวมาของพาวด์ นับว่าเป็นหัวใจสำคัญยิ่งในทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา ซึ่งพาวด์ถือว่าเป็นก้าวอย่างใหม่ของการศึกษากฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม และเป็นเสมือนการก้าวสู่จุดสุดยอดของนิติปรัชญานับแต่อดีตกาลมา รวมทั้งเป็นการขยายบทบาทของนักนิติศาสตร์หรือนักทฤษฎีให้ลงมาสัมผัสกับโลกแห่งความเป็นจริงมากขึ้นแทนที่จะหมกมุ่นกับการถกเถียงเชิงนามธรรมในปรัชญากฎหมายเท่านั้น

พาวด์ได้ประกาศยืนยันเกี่ยวกับภารกิจสำคัญของนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาไว้ 6 ประการ ดังนี้<sup>56</sup>

1. ศึกษาถึงผลลัพธ์ที่เกิดจริงของสถาบันทางกฎหมายและทฤษฎีกฎหมาย
2. ศึกษาเชิงสังคมวิทยาในเรื่องการตระเตรียมการนิติบัญญัติ โดยเฉพาะในเรื่องผลของการนิติบัญญัติเชิงเปรียบเทียบ
3. ศึกษาถึงเครื่องมือหรือกลไกที่จะทำให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีประสิทธิภาพโดยถือว่า **“ความมีชีวิตของกฎหมายปรากฏอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย”** (The life of law is in its enforcement)

---

<sup>56</sup> Roscoe Pound “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence” Harvard Law Review, 1912 pp.514-516 อ้างใน จริญญา โฆษณานันท์ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7 หน้า 259

4. ศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายเชิงสังคมวิทยา ด้วยการตรวจพิจารณาว่าทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ได้ส่งผลกระทบต่อข้างใน อดีต

5. สนับสนุนให้มีการตัดสินใจคดีบุคคลอย่างมีเหตุผล และยุติธรรมซึ่งมักอ้างเรื่อง “ความแน่นอน” (Certainty) ขึ้นแทนที่มากขึ้น

6. พยายามทำให้การบรรลุจุดมุ่งหมายของกฎหมาย มีผลมากขึ้น

เมื่อพิจารณาศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีของ พาวด์ จะพบว่ามีความคิดและทฤษฎี อิงรากฐานความคิดแบบปฏิฐานนิยม ทางกฎหมายอย่างแนบแน่นอันบังคับให้เขาเชื่อในหลักสัมพันธนิยม ตลอดจนปฏิเสธความคิดทางปรัชญาใด ๆ แต่ในระยะหลังพาวด์เริ่มที่จะ ผ่อนคลายความคิด เริ่มหันมามองแนวคิดและทฤษฎีปรัชญากฎหมาย ธรรมชาติเกี่ยวกับประโยชน์ของปัจเจกชนและเกี่ยวกับความยุติธรรมใน สังคม ซึ่งวิศวกรรมกรรมทางสังคมของพาวด์ ได้มีนักปรัชญากฎหมายให้ ความเห็นในการแบ่งประเภทของผลประโยชน์ที่แตกต่างไปจากพาวด์ เช่น ศาสตราจารย์ จูเลียส สโตน (Julius Stone) แห่งประเทศออสเตรเลียได้ แบ่งผลประโยชน์ออกเป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ของปัจเจกชน กับ ผลประโยชน์ของสังคมโดยตัดผลประโยชน์มหาชนออกไป ศาสตราจารย์ จอร์จ เพตัน (George Paton) ได้แยกผลประโยชน์ออกเป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ของสังคมและผลประโยชน์ของส่วนตัว<sup>57</sup> สำหรับผู้วิจัยมี ความเห็นไปอีกมุมมองหนึ่ง คือ การแบ่งผลประโยชน์ภายใต้กฎหมายที่เป็น เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม อาจแบ่งผลประโยชน์ของกฎหมายออก ได้ 3 ประเภท คือ ผลประโยชน์ของรัฐ (ส่วนรวม) ผลประโยชน์ของชุมชน และผลประโยชน์ของเอกชน

<sup>57</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 255-256.

เมื่อพิจารณาการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีของ  
นิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยา ทั้ง 2 กลุ่ม แล้วพบว่า สังคมปัจจุบันการอยู่ร่วมกัน  
ไม่อาจมองหรือเน้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเป็นการเฉพาะยังคงต้องเอาแนว  
ความคิดทั้ง 2 กลุ่ม มาหลอมรวมขึ้นอยู่กับวิถีชีวิตและระบอบการปกครอง  
ที่ให้ความสำคัญในเรื่องอะไร ถ้าสังคมประเทศใดมองกฎหมายที่เป็น  
เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่ให้ความสำคัญเรื่องประโยชน์ส่วนรวม  
เป็นหลักก็ให้แนวคิดและทฤษฎีของดิวอี้ แต่นำแนวคิดและทฤษฎีของ  
เยียร์ริงกับพาวด์ มาเสริมแต่ถ้าสังคมประเทศใดมองกฎหมายที่เป็นเครื่องมือ  
ของรัฐควบคุมคนในสังคมเน้นเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับ  
ประโยชน์สาธารณะให้เกิดดุลยภาพกันในสังคมก็เน้นแนวคิดและทฤษฎี  
ความคิดของเยียร์ริงกับพาวด์เป็นหลัก โดยนำความคิดของดิวอี้มาเสริม  
เพื่อความมั่นคงของส่วนรวม

### 2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีที่โอนเอียงใกล้ชิดความคิดแบบ สังคมนิยม : ลีออน ดิวอี้กับหลักความสมานฉันท์ของสังคม

ลีออน ดิวอี้ (Leon Duguit 1859 -1928) เป็นนักนิติศาสตร์  
เชิงสังคมวิทยาคนสำคัญของฝรั่งเศสเจ้าของ “ทฤษฎีว่าด้วยความสมานฉันท์  
ของสังคม” (Social Solidarism Theory) โดยภาพรวมแล้วจะเป็นแนวคิด  
และทฤษฎีของดิวอี้ ในมุมมองพยายามเน้นบทบาทของกฎหมายเพื่อแก้ไข  
ปัญหาความไม่เป็นธรรมในสังคมมีอุดมการณ์ความคิดค่อนข้างจะเป็น  
สังคมนิยม แต่อย่างไรก็ตามแนวคิดและทฤษฎีของดิวอี้ ก็ยังมีกลิ่นอาย  
ของกฎหมายอยู่ไม่น้อยเช่นกันถึงแม้ดิวอี้จะคัดค้านความคิดแบบบอภิปรัชญา  
อย่างรุนแรงก็ตาม<sup>58</sup> ซึ่ง “หลักความสมานฉันท์ของสังคม” (Principle of  
Social Solidarity) ถูกมองว่าเป็นเสมือนหลักในการบัญญัติกฎหมาย

<sup>58</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 246.

กล่าวคือ การเขียนกฎหมายหรือการใช้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมจะต้องตั้งอยู่บนความสำนึกเน้นประโยชน์ร่วมกัน หรือมีการแลกเปลี่ยนความช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มิใช่จะใช้กฎหมายหรือบัญญัติกฎหมายเพิ่มประโยชน์ต่อคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

หลักความสมานฉันท์ของสังคม มีการเน้นความสำคัญของรัฐและความรับผิดชอบของรัฐ รัฐจำเป็นต้องจัดสวัสดิการให้กับสังคมและยกเลิกความแตกต่างระหว่าง กฎหมายเอกชน (Private Law)<sup>59</sup> กับกฎหมายมหาชน (Public Law)<sup>60</sup> ดิวก็ไม่เห็นด้วยที่จะแบ่งประเภทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน เพราะพื้นฐานความคิดของเขาคือทฤษฎีสมานฉันท์ของสังคม ซึ่งเห็นว่ากฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมทั้งปวงจะต้องมุ่งสมานฉันท์ของสังคมทั้งสิ้น จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องแบ่งแยกว่า เรื่องนี้เป็นเรื่องของเอกชน เรื่องนี้เป็นเรื่องของมหาชน เพราะกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมทั้งปวงล้วนแล้วแต่จะต้องตอบสนองเป้าหมายของสังคมทั้งสิ้น นอกจากนี้ ดิวก็ ยังเน้นเรื่องเกี่ยวกับความสำคัญของ “หน้าที่” (Duty) มากกว่าเรื่องของ “สิทธิ” (Rights) กฎหมายในสายตาของดิวก็ จึงเป็นเรื่อง “ระบบแห่งหน้าที่” ไม่ใช่ “ระบบแห่งสิทธิ” ซึ่งประเด็นนี้จะสะท้อนให้เห็นถึงความคิดในเชิงสังคมวิทยาอย่างชัดเจนที่ได้

<sup>59</sup> กฎหมายเอกชน (Private Law) หมายถึง กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน กระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัว โดยที่ทั้งคู่มีอำนาจเท่าเทียมกัน รวมไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน เจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนที่มีอำนาจเท่าเทียมกัน (อ้างในสิทธิกร คัดดีแสง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 12.)

<sup>60</sup> กฎหมายมหาชน (Public Law) หมายถึง กฎหมายที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ รัฐกับเอกชน หน่วยงานของรัฐด้วยกัน หน่วยงานของรัฐกับเอกชน เจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน กระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน (อ้างในสิทธิกร คัดดีแสง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1, หน้า 12.)

ความสำคัญกับเรื่องของ “หน้าที่” เป็นอย่างมาก ในขณะที่ “สิทธิธรรมชาติ” (Natural Rights) เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นมาเท่านั้นไม่มีจริง<sup>61</sup>

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาของดิวอี้ มองจากสิ่งที่เป็นความจริงเกี่ยวกับการก่อตัวขึ้นมาของสังคมจะไม่มีสิทธิโดยธรรมชาติ แต่มีสิทธิที่เป็นความจริงในการดำรงอยู่ของสังคม คือ มนุษย์มีหน้าที่ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน จะเห็นได้ว่าการให้ความสำคัญในเรื่อง “หน้าที่” นั้น เป็นการสะท้อนความคิดแบบสังคมนิยมค่อนข้างมาก ส่วนเรื่อง “สิทธิ” (Rights) และ เรื่อง “เสรีภาพ” (Liberty) นั้น การจะยอมรับกันก็คงจะกล่าวได้ว่าเป็นเพียงผลลัพธ์ของหน้าที่ในการพัฒนา “ปัจเจกภาพ” (Individuality) ของมนุษย์ให้สมบูรณ์ เพื่อที่จะนำไปสู่ความร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน หน้าที่ในการพัฒนาความเป็นที่สมบูรณ์จะต้องมีเป้าหมายเพื่อการร่วมมือช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ก็เพื่อให้มนุษย์เรามีโอกาสในการพัฒนาความเป็นคนมากขึ้น อันเป็นพื้นฐานให้มนุษย์เรามีจิตใจโอบอ้อมอารี มีจิตใจที่ช่วยเหลือมนุษย์ซึ่งกันและกันมากขึ้นต่อไป

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวคิดและทฤษฎีของดิวอี้ มองหรือเน้นในเรื่องประโยชน์ของสังคมอย่างเดียว จนแทบไม่มีที่ว่างของปัจเจกชนหลงเหลืออยู่ ดังจะเห็นได้จากแนวคิดและทฤษฎีที่ปฏิเสธ เรื่อง “สิทธิปัจเจกชน” (Individual Rights) รวมทั้งปฏิเสธการแบ่งประเภทของกฎหมายและปฏิเสธการมองเรื่องความแตกต่างระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ดังนั้น การใช้สิทธิทางแพ่งหรือทางทรัพย์สินก็ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของการปกป้องผลประโยชน์ของสังคมเท่านั้น หากใช้เป็นเรื่องส่วนตัว แนวคิดและทฤษฎีของดิวอี้ จึงมีส่วนคล้ายกับแนวคิดและทฤษฎีของทฤษฎีมาร์กซิสต์ในเรื่องของการเห็ดหายหรือสูญสิ้นของกฎหมายใน

---

<sup>61</sup> Leon Duguit “Objective Law” Columbia Law Review 1920 p.830  
อ้างใน จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 245-249.

สังคมคอมมิวนิสต์สมบูรณแบบ เมื่อเกิดอรรถประโยชน์สุขของคนส่วนรวม แต่จะแตกต่างตรงที่มาร์กเห็นว่าไม่ควรมีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคม แต่ตัวก็เห็นว่าควรมีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมเพื่อส่วนรวมประเภทเดียวกันนั้น

### 2.1.4 ข้อสรุปทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยากับมุมมอง กฎหมายเชิงบวก

จากการเน้นบทบาทของกฎหมายในการสร้างความสมดุล ซึ่งผลประโยชน์ต่าง ๆ ในสังคม มิให้เกิดมีการเอาเปรียบกันในหมู่สมาชิกของสังคม ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาจึงอาจถือให้เป็นทฤษฎีพื้นฐานของระบบรัฐสังคมหรือรัฐที่เน้นความรับผิดชอบของรัฐบาลในการจัดสวัสดิการต่าง ๆ ให้แก่ประชาชน รวมทั้งการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ ในแง่ที่ทฤษฎีนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาจึงส่งผลเปลี่ยนแปลงต่อทัศนคติที่มีต่อระบบกฎหมาย สร้างแนวความคิดที่ส่งเสริมให้ระบบกฎหมายเน้นประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ เป็นการเน้นบทบาทของกฎหมายในการควบคุมสังคมที่สำคัญ คือ เป็นฐานความคิดหลักกฎหมายที่ผลักดันให้มีการตรากฎหมายใหม่ ๆ ที่มุ่งควบคุมระเบียบของสังคมให้เกิดความสมดุล ทั้งทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง เช่น การตรากฎหมายป้องกันการผูกขาดต่อต้านการทุ่มทุนสินค้าสู่ตลาด จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการใช้ทรัพย์สินหรือในการทำสัญญาและการตรากฎหมายการควบคุมเศรษฐกิจและสังคมต่าง ๆ ทั้งในด้านการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้บริโภค ควบคุมสภาพแวดล้อมผังเมือง กฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายประกันสังคมต่าง ๆ เป็นต้น

ดังนั้นนักนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาเป็นนักกฎหมายที่มีความมุ่งมั่นที่จะใช้หรือมุ่งมั่นที่จะผลักดันให้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ ควบคุมคนในสังคมเป็นกลไกในการแก้ปัญหาสังคมอย่างจริงจัง โดยเขา

มีหน้าที่ที่จะต้องค้นหาหรือมีหน้าที่ศึกษาความเป็นจริง ตลอดจนอุปสรรคต่าง ๆ ของกฎหมายที่ปรากฏในสังคม พร้อมกันนั้นอุดมคติเกี่ยวกับเรื่องเหตุผลหรือความเป็นธรรม แนวคิดและทฤษฎีนี้จึงเป็นแนวคิดและทฤษฎีที่เน้นเรื่องความเป็นธรรมในตัวเอง ในขณะที่เดียวกันก็พยายามเน้นเรื่องการต้องศึกษาความเป็นจริงกับกฎหมายที่ปรากฏอุปสรรคต่าง ๆ โดยเฉพาะแนวคิดและทฤษฎีของ เฮียริง และ พาวด์ ถือเป็นแนวคิดและทฤษฎีเรียกว่า “นิติศาสตร์เชิงเสรีนิยม” ก็ได้ เพราะเน้นแนวความคิดที่ยังมองโลกในแง่บวก และมีความหวังที่จะแก้ปัญหาสังคมโดยกฎหมาย โดยเฉพาะแนวคิดและทฤษฎีของพาวด์ ที่ถือว่าการใช้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในการแก้ไขปัญหาสังคม

เบื้องหลังความคิดของ พาวด์ ยังมีสิ่งที่เป็นคุณค่านิยมพื้นฐานแฝงอยู่ด้วย ซึ่งอาจจะเรียกว่า “**หลักมูลฐานสำหรับกฎหมาย**” (Jural Postulates / Postulate for Law) ซึ่งสิ่งที่เป็นหลักมูลฐานสำหรับกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นหลักในการออกกฎหมายเพื่อบรรลุสิ่งที่เป็นเป้าหมายในการทำวิศวกรรมสังคม ประกอบด้วยหลักสำคัญนับแต่หลักการไม่รุกรานก้าวร้าวโดยเจตนากับบุคคลอื่น ๆ การปกป้องควบคุมผลประโยชน์ในสิ่งที่บุคคลครอบครองภายใต้ระเบียบทางเศรษฐกิจและสังคมดำรงอยู่ การปฏิบัติต่อกันด้วยความซื่อสัตย์สุจริต การปฏิบัติต่อผู้อื่นอย่างระมัดระวังไม่ให้เกิดความเสียหายและการควบคุมการกระทำที่เป็นอันตรายต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงการให้แก้ไขชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากอันตรายดังกล่าว เนื่องจากหลักการดังกล่าวแล้ว พาวด์ได้ขยายหลักการเพิ่มขึ้น ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักการในเชิงสังคม หลักการในเชิงเพื่อความเสมอภาคเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมมากขึ้นโดยนำแนวคิดและทฤษฎี “**สมานฉันท์ทางสังคม**” ของดิวอี้ เข้ามายึดโยงในส่วนการแทรกแซงของรัฐในการควบคุมทางสังคมแบบนิติศาสตร์เชิงเสรีนิยม เช่น หลักเกี่ยวกับ

ความมั่นคงในอาชีพ การงาน ซึ่งเป็นหลักที่จะนำไปสู่การออกกฎหมาย สนับสนุนให้มี การช่วยเหลือค่าครองชีพ สำหรับกรณีคนตกงาน หลักความ รับผิดชอบของผู้ประกอบการอุตสาหกรรม หลักเกี่ยวกับการประกันสังคม เป็นต้น

## 2.2 แนวคิดและทฤษฎีกฎหมายของมาร์กซิสต์<sup>62</sup>: มุมมองกฎหมาย เชิงลบ

ทฤษฎีกฎหมายของมาร์กซิสต์ (The Marxist Theory of Law) นับว่าเป็นทฤษฎีที่แสดงออกถึงแนวคิดและทฤษฎีของคนที่ออกกฎหมาย มาเพื่อผลประโยชน์และปกป้องผลประโยชน์ของพวกที่มีอำนาจปกครอง

---

<sup>62</sup> ผู้ก่อตั้งสำนักนี้ คือ คาร์ล มาร์ก เกิดเมื่อ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1818 ที่ปรัสเซีย พ่อเป็นทนายความเชื้อสายยิวที่มีฐานะดี มาร์ก จบปริญญาเอกด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัย เจนา ในช่วงวัยหนุ่มนั้น มาร์กได้รับอิทธิพลแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ แต่เมื่องาน หนังสือพิมพ์ของ มาร์ก โดนเซ็นเซอร์ ทำให้แนวความคิดของเขาได้แปรเปลี่ยนไปจากสนับสนุน รัฐบาลปรัสเซียมาเป็นการต่อต้านการกระทำของรัฐบาลปรัสเซีย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ประวัติความเป็นมาของปรัสเซีย” เดิมเป็นเพียงดินแดน ของขุนนางตระกูล โฮเฮน ซอลเลิร์น ขุนนางเล็ก ๆ แห่งจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (Holy Roman Empire) ต่อมา ปรัสเซียได้ยกฐานะตนเองให้เป็นราชอาณาจักรโดย พระเจ้าเฟรเดอริก ที่ 1 โดยอาณาจักรนี้อยู่ภายใต้อำนาจของจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ แต่เดิมนั้นปรัสเซียมีอาณาเขตไม่ใหญ่มากนัก จนกระทั่งถึงสมัยของพระเจ้าเฟรเดอริกมหาราช หรือ พระเจ้าเฟรเดอริกที่ 2 ปรัสเซียได้ยึดครองจังหวัดไซลิเซีย มาจากออสเตรีย และได้ป้องกันไว้ เมื่อสงคราม 7 ปี ยุติลงในปี ค.ศ. 1763 ปรัสเซียก็ได้มีอำนาจขึ้นทางเยอรมนีตะวันออก ต่อมาปรัสเซียก็ได้เข้าถือสิทธิในอาณาเขตของแคว้นเยอรมนีต่าง ๆ ด้วยการสมรส รวมทั้ง การเข้าครอบครองโพเมอเรเนียในฝั่งทะเลบอลติก ในปี พ.ศ. 2405 (ค.ศ. 1862) กษัตริย์วิลเฮล์ม ที่ 1 ได้เรียกตัว ออตโต ฟอน บิสมาร์ค เข้ามารับตำแหน่งเสนาบดี บิสมาร์ค หวังอยู่เสมอใน การรวบรวมเยอรมนีให้เป็นปึกแผ่น และต้องการให้เยอรมนีเป็นประเทศที่เข้มแข็งให้ได้ ดังนั้น การที่จะรวมเยอรมนีให้ได้จะต้องกำจัดอิทธิพลของมหาอำนาจภายนอกและจะต้องทำให้ปรัสเซียเป็นผู้นำในการรวมเยอรมนี ไม่ใช่ออสเตรีย ถึงแม้ว่าออสเตรียจะเป็นแคว้นเยอรมนี เหมือนกันแต่ออสเตรียได้ไปแย่งชิง ดินแดนต่าง ๆ ที่ไม่ใช่เยอรมัน เช่น ฮังการี โปฮิเมีย เป็นต้น (อ้างใน <https://th.wikipedia.org/wiki/> เข้าถึงข้อมูลวันที่ 6 สิงหาคม 2560)

หรือเป็นแนวคิดและทฤษฎีที่ว่า “กฎหมายเป็นเครื่องมือที่ออกกฎหมายมาเพื่อชนชั้นสูงที่มีอำนาจออกกฎหมาย” งานเขียนของ มาร์ก ในช่วงวัยหนุ่ม สัมผัสกับความเชื่อถือศรัทธาใน “แนวคิดและทฤษฎีมนุษยนิยม” (Humanism) และ “ธรรมชาตินิยม” (Naturalism) อันทำให้หันมาต่อต้านความคิดแบบกฎหมายบ้านเมืองหรือปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ของซาวินญี (Savigny) ซึ่งมาร์กเห็นว่า ปฏิฐานนิยมทางกฎหมายเป็นความคิดที่มุ่งเน้นแต่เรื่องประสิทธิภาพการทำงานของกฎหมาย โดยมาร์กให้ความสำคัญของกฎหมายในแง่เป็น “บรรทัดฐานเชิงคุณค่า” (Normative Approach to law) ซึ่งเป็นลักษณะของการยอมรับความสำคัญของกฎหมายธรรมชาติ โดยถือว่า “กฎหมายอันแท้จริง” (True Law) จะต้องมึลักษณะสากลที่สะท้อนถึงกฎเกณฑ์ภายใน “ชีวิตทางสังคมของมนุษย์” (Man’s social being) และความต้องการภายในของกิจกรรมแห่ง “ความเป็นมนุษย์อย่างแท้จริง” (Truly human activities)

อย่างไรก็ตามจากประสบการณ์ชีวิตและพัฒนาการทางปัญญาที่เพิ่มมากขึ้นตามวัยของ มาร์ก ประกอบกับการหันมาทุ่มเทความสนใจศึกษาเรื่องเศรษฐกิจ ตลอดจนได้เข้าร่วมในปฏิบัติการที่เป็นจริงต่าง ๆ ในการเปลี่ยนแปลงสังคม แนวคิดและทฤษฎีทางปรัชญาและการเมืองของมาร์ก ในระยะหลังเปลี่ยนแปลงไปเข้าสู่ลักษณะความคิดแบบ “สสารธรรม” (Materialism) โดยเน้นการเข้าสู่ปัญหาในแง่ “รูปธรรมทางเศรษฐกิจ” มากกว่า “การวิจารณ์หรือเข้าสู่ปัญหาในเชิงปรัชญา” แบบเดิม

### 2.2.1 ความคิดมาร์กซิสต์เกี่ยวกับธรรมชาติหรือบทบาทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมมุมมองเชิงลบ

เมื่อพิจารณาการศึกษาถึงข้อเขียนงานเขียนต่าง ๆ ของ มาร์กซิสต์ และต่อมาได้ทำให้นักทฤษฎีมาร์กซิสต์รุ่นหลังจำนวนหนึ่งได้

วิเคราะห์สรุปความคิดเกี่ยวกับธรรมชาติหรือบทบาทของกฎหมายออกอยู่ 3 ประการ คือ กฎหมายเป็นผลผลิตหรือผลสะท้อนของโครงการสร้างทางเศรษฐกิจหรือเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ กฎหมายเป็นเสมือนหนึ่งเครื่องมือหรืออาวุธที่ชนชั้นปกครองสร้างขึ้น เพื่อปกป้องอำนาจของตนและในสังคมคอมมิวนิสต์ที่สมบูรณ์ กฎหมายในฐานะที่เป็นเครื่องมือของการควบคุมสังคมจะเหือดหายและสูญสิ้นไปในที่สุด ดังนี้<sup>63</sup>

### 2.2.1.1 กฎหมายเป็นผลผลิตหรือผลสะท้อนของ โครงสร้างทางเศรษฐกิจหรือเงื่อนไข

กฎหมายเป็นผลผลิตหรือผลสะท้อนของโครงสร้างทางเศรษฐกิจหรือเงื่อนไขนี้เป็นผลของการตีความ “**ทฤษฎีสสารธรรมประวัติศาสตร์**” ของมาร์ก ซึ่ง “**สสารธรรมประวัติศาสตร์**” (Historical Materialism) หมายถึง การปรับใช้หลักสสารธรรมปฏิการเข้ากับการศึกษาพัฒนาการของสังคมหรือประวัติศาสตร์ของมนุษย์ เป็นการอธิบายความเคลื่อนไหวขัดแย้งเปลี่ยนแปลงของโลกหรือของสังคมตามความจริงที่ปรากฏ<sup>64</sup> โดยถือว่า ความคิดของมนุษย์และบรรดาสถาบันต่าง ๆ ในสังคม (รวมถึงกฎหมาย, ศีลธรรม, การเมือง, อุดมการณ์) เป็นเสมือน “**โครงสร้างส่วนบนของสังคม**” (Super Structure of Society) ที่เป็นผลผลิตหรือถูกกำหนดโดยส่วนใหญ่จากรากฐาน ทางวัตถุและเทคโนโลยีซึ่งแน่นอน กล่าวคือ เศรษฐกิจหรือความสัมพันธ์ทางการผลิตเป็นเสมือน “**โครงสร้างส่วนฐาน (ส่วนล่าง) ของสังคม**” (Infrastructure of Society) และพลังจูงใจให้มีการเปลี่ยนแปลงสังคม (สังคมที่ยังเป็นรัฐหรือมีการปรากฏตัวของ

<sup>63</sup> จรัญ โฆษณานันท์ “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 16, 2550; หน้า 280-2941.

<sup>64</sup> สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม “**ขุมปัญญาของ ปรีดี พนมยงค์**” นนทบุรี : สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, 2544, หน้า 1-2.

รัฐบาล) คือ การต่อสู้ของชนชั้นที่เป็นปรปักษ์กันอันเนื่องมาจากความขัดแย้งทางวัตถุหรือเศรษฐกิจ<sup>65</sup> โดยถือว่า บรรดารูปการทั้งหลายซึ่งเป็นเรื่องจิตสำนึกของมนุษย์ในเรื่องการเมือง สังคม ศาสนา วัฒนธรรม หรือกฎเกณฑ์ทางสังคมต่าง ๆ ล้วนถูกกำหนดโดยระบบการผลิตหรือระบบเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ โดยที่รูปการของจิตสำนึกดังกล่าว เป็นเสมือน “โครงสร้างส่วนบนของสังคม” ซึ่งวางอยู่บนฐานของระบบเศรษฐกิจหรือ “โครงสร้างส่วนล่างหรือส่วนฐานของสังคม” ขณะเดียวกันก็ถือว่า กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างส่วนบนของสังคม โดยที่รูปแบบเนื้อหาหรือแนวความคิดทางกฎหมายจะเป็นผลสะท้อนของระบบเศรษฐกิจหรือการพัฒนาทางเศรษฐกิจ<sup>66</sup>

จากแนวคิดและทฤษฎีที่ว่ากฎหมายเป็นผลผลิตหรือผลสะท้อนของโครงการสร้างทางเศรษฐกิจหรือเงื่อนไข ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ผู้วิจัยมองว่า “เงื่อนไขทางเศรษฐกิจเป็นตัวเข้ามากำหนดความเป็นไปหรือตัวธรรมชาติที่เป็นจริงของกฎหมายในแต่ละยุคแต่ละสมัย” กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในแง่นี้จึง “ไม่ใช่เป็นเรื่องของกฎหมายธรรมชาติ” ซึ่งโต้แย้งกฎหมายธรรมชาติ “ไม่ใช่เป็นเรื่องของเจตจำนงของรัฐอธิปัตย์ที่เป็นอิสระ” โต้แย้งแนวคิดและทฤษฎีปฏิฐานนิยมของจอห์น ออสติน (John Austin) ในฐานะผู้มีอำนาจออกกฎหมาย แต่ “เป็นเจตจำนงรัฐอธิปัตย์ที่ยังอยู่ภายใต้สิ่งที่เป็นเงื่อนไขทางเศรษฐกิจหรือโครงสร้างทางเศรษฐกิจ” อีกชั้นหนึ่ง ซึ่งมีข้อพิจณาศึกษาเปรียบเทียบ

---

<sup>65</sup> George Novack “Polemics in Marxist Philosophy” Monard Press New York , pp. 312-312 อ้างใน จริญญา โฆษณานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7, หน้า 214.

<sup>66</sup> โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับแนวความคิดเรื่อง “สสารธรรมประวัติศาสตร์” หรือ ในบางสำนักเรียกว่า “วัตถุนิยมวิภาษ” และ “วัตถุนิยมประวัติศาสตร์” ใน สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม “ขุมปัญญาของ ปรีดี พนมยงค์” นนทบุรี : สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, 2544.

เทียบกับความคิดแบบกฎหมายธรรมชาติ<sup>67</sup> (Natural Law) ซึ่งกฎหมาย  
ธรรมชาตินั้นไม่ได้กล่าวถึงเรื่องเกี่ยวกับโครงสร้างทางสังคมหรือรูปธรรม  
เกี่ยวกับความเป็นจริงของสังคมว่าสัมพันธ์กับธรรมชาติของกฎหมายอย่างไร  
ส่วนความคิดปฏิฐานนิยม<sup>68</sup> (Positive Law) นั้นอาจจะมองกฎหมายในแง่

---

<sup>67</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “สิ่งที่เป็นหลักการสำคัญในกฎหมายธรรมชาติ” สามารถ  
สรุปเป็นข้อๆ ดังนี้

1. (เชื่อว่า) มีสิ่งที่เป็นหลักคุณค่าสัมบูรณ์ (Absolute Values) และอุดมคติซึ่ง  
เกิดขึ้นจากหลักคุณค่าเหล่านั้น ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นเกณฑ์พื้น (Touchstones) ในการ  
ตรวจสอบความสมบูรณ์แห่งกฎหมายต่าง ๆ

2. ในธรรมชาติมีระเบียบอันแน่นอนหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วยความมีเหตุผล  
(Rational) ซึ่งมนุษย์สามารถรับรู้ได้ (โดยอาศัยเหตุผลในธรรมชาติของมนุษย์) ดังนั้น  
บรรทัดฐานแห่งการกระทำของมนุษย์จึงอาจพิจารณาว่า “กฎแห่งธรรมชาติ” (Law of  
Nature) (กฎหมายธรรมชาติ)

3. หากสังเกตตรวจสอบและเข้าใจได้อย่างถูกต้องธรรมชาติจักให้เกณฑ์  
บรรทัดฐานซึ่งทำให้เราสามารถตระหนักได้ถึงหลักคุณค่า อันมีเนื้อหาที่สามารถหยั่งรู้ได้เป็น  
นิรันดร์และสากล และจากหลักคุณค่านี้เองซึ่งอาจช่วยให้เราได้มาซึ่ง “ข้อกำหนดเชิงคุณค่า”  
(Valuestatement) อันถูกต้องเหมาะสม

4. สิ่งที่ดี/มีคุณประโยชน์ คือ สิ่งที่สุดคล้องกลมกลืนกับธรรมชาติ สิ่งที่เลว  
ชั่วร้าย คือ สิ่งที่ขัดแย้งกับธรรมชาติ

5. กฎหมายซึ่งขาดไร้ความสมบูรณ์ทางศีลธรรมถือเป็นความผิดบกพร่องและ  
ไม่เป็นธรรม เป็นกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวแต่ประการใดประกาศกฎหมายบางบทบัญญัติ  
ขึ้น (Positive Law) (อย่างไร้ศีลธรรม) และวางเกณฑ์อุดมคติซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นควร  
บรรลุเป้าหมายภาพรวมของกฎหมายธรรมชาตินั้นเป็นปรัชญาที่มีบทบาทสำคัญที่พยายาม  
โน้มน้าวให้ผู้ปกครอง นักกฎหมายได้เห็นความสำคัญของคุณค่าศีลธรรมหรือคุณค่าของสิ่ง  
เป็นความยุติธรรมว่าต้องมีในกฎหมาย นอกจากนั้นปรัชญาสายนี้ยังมีบทบาทในการส่งเสริม  
และผลักดันแนวความคิดเรื่อง “สิทธิมนุษยชน” (Human Right) (อ้างใน จริฎ โฆษณานันท์  
“สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554 หน้า 89)

<sup>68</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียด “ข้อสรุปแนวคิดและทฤษฎีพื้นฐานของสำนัก  
ปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย” หรือ “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” อ้างไว้แล้วในเชิงอรรถที่ 51  
หน้า 23.

ข้อเท็จจริง คือ รัฐอธิปไตย, อำนาจอธิปไตย, ระบบกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม แต่ไม่ได้มองว่าเบื้องหลังของรัฐอธิปไตย คืออะไร เบื้องหลังของระบบกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมนั้นมีอิทธิพลอะไรในการกำกับสังคม แต่แนวคิดและทฤษฎีของมาร์กซิสต์ นั้นจะพยายามชี้ให้เห็นถึงอิทธิพลของเศรษฐกิจหรือโครงสร้างของเศรษฐกิจว่า เป็นตัวกำหนดที่สำคัญต่อกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม

อย่างไรก็ตามการมองกฎหมายเป็นผลผลิตหรือผลสะท้อนของโครงสร้างทางเศรษฐกิจหรือเงื่อนไข เป็นการสะท้อนให้เห็นความเชื่อในปรัชญา “แบบนิยัตินิยมทางเศรษฐกิจ” (Economic Determinism) หรือ “เศรษฐกิจกำหนด” อันเป็นปรัชญาความเชื่อว่า “เงื่อนไขทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์ของตัวเองในเชิงเศรษฐกิจเป็นตัวกำหนดตัดสินใจกระทำของปัจเจกชนในเรื่องการเมืองโดยตรง” จากจุดนี้เองทำให้ข้อสรุปของแนวคิดและทฤษฎีที่มองลักษณะด้านเดียวว่า “กฎหมาย (ในฐานะส่วนหนึ่งของโครงสร้างส่วนบน) เป็นสิ่งที่ถูกกำหนด (ฝ่ายเดียว) โดยเศรษฐกิจ” ซึ่งนับว่าเป็นจุดประาะบางหรือจุดอ่อนของกลุ่มแนวคิดและทฤษฎีมาร์กซิสต์<sup>69</sup>

2.2.1.2 กฎหมายเป็นเสมือนหนึ่งเครื่องมือหรืออาวุธที่ชนชั้นปกครองสร้างขึ้นเพื่อปกป้องอำนาจของตนหรือกฎหมายเป็นเครื่องมือกดขี่ของชนชั้นปกครอง

ความคิดนี้เป็นที่เชื่อยอมรับในหมู่ของพวกที่มีความคิดแบบสังคมนิยม (ซึ่งเป็นข้อสรุปค่อนข้างแข็งกร้าว) ผ่านสะท้อนมาถึงบทวิ

---

<sup>69</sup> โปรตดูรายละเอียดเพิ่มเติม ใน กาญจนา แก้วเทพ “พัฒนาความคิดมาร์กซิสต์ในศตวรรษที่ 20 : สำนักแฟรงเฟิร์ต” วารสารเศรษฐกิจการเมือง ปีที่ 4 เล่ม 1 กันยายน 2527 หน้า 74-87.

สำคัญของนาย “ภูติ”<sup>70</sup> ที่ว่า “...ชนชั้นใดเขียนกฎหมาย ก็แน่ไซ้เพื่อประโยชน์ของชนชั้นนั้น...” ซึ่งเป็นบทกวีที่คุ้นหูต่อบุคคลหรือนักกฎหมายที่สนใจแนวคิดและทฤษฎีแบบสังคมนิยม และน่าเชื่อถือว่ามีบุคคลจำนวนมากไม่น้อยที่ยึดมั่นอย่างจริงจัง ในข้อสรุปหรือบทกวีดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามมิได้มีการสืบค้นหาความหมาย หรือพิสูจน์ความชอบธรรมของข้อสรุปนี้ อย่างจริงจัง

การที่กลุ่มมาร์กซิสต์ได้สรุปจากถ้อยคำของ มาร์ก ที่กล่าวสั้นๆ ในเชิงข้อสังเกตหรือวิจารณ์กฎหมายของฝ่ายนายทุน ทำให้เกิดข้อสรุปทางทฤษฎีกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม จากนักทฤษฎีมาร์กซิสต์ทั่วไปว่า “กฎหมาย คือ เครื่องมือกดขี่ทางชนชั้นหรือกฎหมายเป็นเพียงการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของชนชั้นปกครองมิใช่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วม หรือเจตจำนงทั่วไปของประชาชน” กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในลักษณะเช่นนี้ คือ ผลผลิตหรือเครื่องมือขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครอง ซึ่งล้วนถูกประทับตราแห่งชนชั้นผู้ปกครองสังคมทั้งสิ้น อุดมการณ์เช่นนี้จึงมีปัญหาว่ากฎหมายที่

---

<sup>70</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่ว่า “กฎหมายเป็นเสมือนหนึ่งเครื่องมือหรืออาวุธที่ชนชั้นปกครองสร้างขึ้นเพื่อปกป้องอำนาจของตนหรือกฎหมายเป็นเครื่องมือกดขี่ของชนชั้นปกครอง” ที่ นายภูติ หรือ ศรี อินทปนต์ อดีตผู้สื่อข่าวกรมประชาสัมพันธ์ เข้าร่วมกับพรรคคอมมิวนิสต์แห่งประเทศไทย (พคท.) หลังเหตุการณ์ 6 ตุลาฯ 2519 ได้เขียนคำประกาศต่อสู้ “บันทึกของข้าพเจ้า” ออกอากาศทางสถานีวิทยุเสียงประชาชนแห่งประเทศไทย ของ พคท. ในเวลานั้น หลังเหตุการณ์วินาศกรรมทางการเมืองผ่านพ้นไป ได้ออกจากปากลับเข้าเมือง ยังคงทำอาชีพในวงการสื่อเจ้าของนามปากกา “นายภูติ” เกิดขึ้น คือ ได้ตั้งเพื่อล้อรับไปกับ “นายผี” อันนี้ พลจันทร กวีก้าวหน้าในยุคนั้น มีผลงานอมตะในนามปากกานายภูติ คือ บทกวี “ชนชั้นใดเขียนกฎหมาย ก็แน่ไซ้เพื่อชนชั้นนั้น” ตีพิมพ์ในหนังสือนิติศาสตร์ 2500 จัดทำโดยกลุ่มนักศึกษานิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์ เมื่อปี 2500 (อ้างใน [https://www.khaosod.co.th/newspaper-column/people/news\\_1472458](https://www.khaosod.co.th/newspaper-column/people/news_1472458) เข้าถึงวันจันทร์ 12 พฤศจิกายน 2561)

เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมจะมีบทบาทรับใช้ใครหรือมีเนื้อหา  
อย่างไร ในทฤษฎีสังคมของ มาร์ก จึงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะต้องพิจารณา  
ประเด็นสำคัญ 2 ประเด็น คือ

1. คนชั้นใดเป็นผู้ออกกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ  
ควบคุมคนในสังคม ก็ออกกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม  
เพื่อชนชั้นนั้น

2. เจือไนช่องทางเศรษฐกิจนั้นเป็นเช่นใดหรืออีกนัยหนึ่ง  
ระบบเศรษฐกิจในขณะนั้นเป็นระบบอะไรกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ  
ควบคุมคนในสังคมก็เป็นเช่นนั้น

### 2.2.1.3 สังคมคอมมิวนิสต์ที่สมบูรณ์กฎหมายในฐานะที่ เป็นเครื่องมือของการควบคุมสังคมจะเหือดหายและสูญสิ้นไป

สังคมคอมมิวนิสต์ที่สมบูรณ์กฎหมายในฐานะที่เป็น  
เครื่องมือของการควบคุมสังคมจะเหือดหาย (Withering away) และ  
สูญสิ้นไป ในแง่ที่คล้ายกับการให้คำมั่นสัญญาหรือการยืนยันต่อภาวะที่คล้าย  
“สมบูรณ์ภาพของสังคมในอุดมคติ” ของมาร์ก ในอนาคตที่โลกจะอยู่กัน  
อย่างสันติสุข มีแต่ความเป็นภารดรภาพระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง มีแต่  
ความเสมอภาคกันอย่างแท้จริง คือ ไม่ต้องมีการปกครองแบ่งแยกระหว่าง  
การเป็นผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง ไม่ต้องมีรัฐในลักษณะกลไกของการ  
ข่มขู่บังคับให้คนต้องอยู่ในระเบียบและไม่มีกฎหมายที่ออกมาควบคุมสังคม  
จะทำให้สังคมคอมมิวนิสต์มีความสมบูรณ์กฎหมายในฐานะที่เป็นเครื่องมือ  
ของรัฐควบคุมคนในสังคมจะเหือดหาย (Withering away) และสูญสิ้นไป  
ซึ่งในข้อสรุปในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่าในความจริงเป็นเรื่องของการคาดการณ์  
ในอนาคตที่มี “แนวความคิดแบบอภิปรัชญาในเชิงศาสนา”<sup>71</sup> อยู่มากอาจ

<sup>71</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ประเด็นสมบูรณ์ภาพของสังคมในอุดมคติของ  
มาร์กซิสต์” ข้อนี้ผู้วิจัยเห็นว่ามิลักษณะใกล้เคียงกับสังคมนิยมที่เขียนโดย โทมัส มอร์

(Thomas More) กล่าวถึง ผู้คนมากมายใฝ่ฝันถึงสังคมที่สมบูรณ์แบบ ยิ่งกับสถานการณ์บ้านเมืองที่เต็มไปด้วยความวุ่นวาย แดกแยกคงปฏิเสธไม่ได้ว่า ยูโทเปีย จึงเป็นคำตอบที่ชัดเจนและตอบโจทย์ยิ่งสำหรับพวกเขา กระนั้นหากขึ้นชื่อว่าเป็นสังคมในอุดมคติก็ย่อมไม่เคยมีมันอยู่จริง ยูโทเปีย เป็นเพียงเมืองในจินตนาการ เสมือนเป็นแบบแผนชีวิตในสังคมอันสวยงามที่ไร้ความขัดแย้ง คนในสังคมมีความคิดไปในทิศทางเดียวกันอีกทั้งยังใช้ชีวิตอย่างสงบสุข โดยเจ้าของแนวคิดและทฤษฎีนี้ก็คือ โทมัส มอร์ ซึ่งเป็นทั้งนักเขียน นักกฎหมาย นักปรัชญาสังคม รัฐบุรุษ และนักมนุษยนิยมสมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา มีชีวิตอยู่ในช่วง ค.ศ. 1477 -1535 (รวมอายุ 58 ปี) เคยได้รับราชการในตำแหน่งอัครมหาเสนาบดีของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8

โทมัส มอร์ (Thomas More) มีแนวคิดและทฤษฎีต่อต้านการปฏิรูปศาสนา ฝ่ายโปรเตสแตนต์และการปกครองในสมัยนั้น เขาได้เขียนวิพากษ์วิจารณ์สังคมว่าเต็มไปด้วยเรื่องราวอันเลวร้าย ผู้คนไม่ได้รับความยุติธรรม ขาดความเท่าเทียม ชาวบ้านประชาชนใช้ชีวิตอย่างยากลำบากจากการเก็บภาษีอันสูงลิ่ว นอกจากนี้ มอร์ ได้รับแรงบันดาลใจจากหนังสือเรื่อง Republic ของเพลโตที่ว่าการปกครองที่ดี เป็นผลให้เขาได้ตกผลึกความคิดจนกระทั่งจุดกำเนิดเป็นหนังสือเรื่อง ยูโทเปีย (Utopia) โดยตั้งใจเขียนให้เป็นวรรณกรรมที่ล้อเลียนส่อเสียดสังคม ความโง่เขลาของมนุษย์ สังคมอันย่ำแย่ นอกจากนี้ ยูโทเปียยังมาจากภาษากรีก หมายถึง เมืองที่ดีหรือเมืองที่ไม่มี ฝน แห่งหนใด การตั้งชื่อเรื่องเช่นนี้เสมือนเมืองยูโทเปียเป็นแค่เรื่องสมมุติโดยทั้งสิ้น ไม่เคยมีอยู่จริงแต่อย่างใด

ในเนื้อเรื่องจะกล่าวถึงยูโทเปียซึ่งเป็นประเทศตั้งบนเกาะกลางน้ำขนาดใหญ่ มีแม่น้ำล้อมรอบและมีแผ่นดินล้อมรอบอีกชั้นเพื่อป้องกันพายุและการบุกรุกของผู้คนจากดินแดนอื่น อีกทั้งยูโทเปียใช้การปกครองแบบสาธารณรัฐ มีทั้งหมด 54 เมือง แต่ละเมืองมีระยะเวลาเดินทางใช้เวลาไม่เกิน 1 วัน อาคารบ้านเรือนในยูโทเปียมีความสวยงามเรียบง่าย ด้านหลังของทุกบ้านเป็นสวนปลูกดอกไม้ ผลไม้หรือพืชผัก และมีถนนอยู่ด้านหลังของสวน ประตูบ้านมี 2 ทาง ปราศจากถนนเพราะไม่มีความจำเป็น เนื่องจากทรัพยากรในยูโทเปียเป็นของส่วนรวมทั้งหมด จึงไม่มีอะไรต้องปิดบังหรือปิดกั้นไม่ให้ผู้อื่นใช้ ถือเป็นภาระเพื่อแผ้วแผ่ นอกเมืองมีการทำอาชีพเกษตรกรรมอย่างเพียงพอ ชาวยูโทเปียมีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดีหรืออาจเรียกได้ว่า “กินดีอยู่ดี” ไม่มีการแก่งแย่งกัน มีการแบ่งปันปันส่วนให้แก่กันอย่างเป็นระบบระเบียบ ชาวเมืองทุกคนมีหน้าที่การงานเป็นของตนเอง ไม่มีใครสักคนที่เกียจคร้านแทบไม่มีใครมีเวลาว่างแต่ก็ใช้เวลาทำงานจนหามรุ่งหามค่ำ พวกเขาทำงานเพียง 3 ชั่วโมงตอนเช้า พักรับประทานอาหารกลางวัน แล้วทำงานอีก 3 ชั่วโมงตอนบ่าย เข้านอนตอน 2 ทุ่ม โดยนอนไม่ต่ำกว่าวันละ 8 ชั่วโมง อีกทั้งที่ยูโทเปียก็ไม่มีสิ่งอบายมุขยั่วแต่อย่างใดไม่ว่าจะเป็นการพนันหรือร้านเหล้าร้านสุรา สำคัญที่สุดคือชาวยูโทเปียชอบที่จะค้นคว้าหาความรู้

พบว่าเป็นไปได้ไม่ได้ในความเป็นจริงในโลกปัจจุบัน

## 2.2.2 ข้อสรุปแนวคิดและทฤษฎีของมาร์กซิสต์กับการมอง กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมมุมมองเชิงลบ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงข้อสรุปแนวคิดและทฤษฎีของ  
มาร์กซิสต์ ในช่วงแรก ๆ ของการก่อตัว (ค.ศ.1956) กลับถูกต่อต้านคัดค้าน  
อย่างมากจากรัฐสังคมนิยมอีกแห่งหนึ่ง คือ ประเทศจีน ซึ่งยืนยันว่า นโยบาย  
ของพรรค (มีใจเจตจำนงของคนทั่วไป) คือ “**วิญญาณของกฎหมาย**” (Policy  
is the soul of Law) แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นเครื่องมือ  
ของรัฐควบคุมคนในสังคมของประเทศจีนยังคงยึดติดกับข้อสรุปเดิม ๆ ของ

---

เพิ่มความชำนาญต่าง ๆ ให้แก่ตนเอง รักการอ่านและการถกเถียงกันเพื่อเพิ่มพูนความรู้ใหม่ๆ  
พวกเขาไม่ให้ความสำคัญกับวัตถุ นั่นเพราะมีค่านิยมในเรื่องการรักษาคุณธรรมและความพึง  
พอใจในการใช้ชีวิต

หนังสือเรื่อง ยูโทเปียถือเป็นวรรณกรรมอมตะอีกเรื่องหนึ่งเพราะสื่อเนื้อหาใน  
รูปแบบสังคมที่สมบูรณ์แบบ ไม่มีใครเห็นแก่ตัว แบ่งปันความรักซึ่งกันและกัน มนุษย์ทุกคน  
มีสิทธิและเสรีภาพอันเท่าเทียมกัน เสนอรูปแบบการจัดระเบียบสังคมในแบบสังคมนิยม  
อย่างไรก็ดี เนื่องจากหนังสือเล่มนี้จัดเป็นหนังสือที่ต่อต้านการเมืองภายใต้การปกครองของ  
พระเจ้าเฮนรีที่ 8 โทมัส มอร์ จึงถูกประหารชีวิตด้วยการตัดศีรษะ โดยสรุปแล้วเชื่อว่าเป็น  
ยูโทเปียที่ย่อมไม่มีวันเป็นจริงตราบดีที่ผู้คนในสังคมปราศจากซึ่งความเห็นอกเห็นใจ ความ  
เท่าเทียมจะไม่มีวันเกิดขึ้นหากอำนาจต่าง ๆ ยังคงครอบงำความคิดของสังคมอย่างไม่มีที่สิ้นสุด  
และมันก็เป็นการยากที่ความใฝ่ฝันทั้งหมดจะก้าวสู่โลกความเป็นจริงอย่างที่โทมัส มอร์ได้  
เคยกล่าวไว้นั่นเอง (อ้างในจุลลดา สีน้อยขาว “ยูโทเปีย (Utopia) แนวคิดและทฤษฎีโลก  
ในอุดมคติของ โทมัส มอร์ (Thomas More) <http://worldcivil14.blogspot.com/2014/01/utopia-thomas-more.html> (อ้างถึงชำนาญ จันทร์เรือง “ยูโทเปีย  
(Utopia)” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2557 จาก <http://prachatai.com/journal/2008/09/18284>) และนราพันธ์ บรรจงแก้ว “ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแบบสังคมนิยม  
ยูโทเปีย Utopian socialism” สืบค้นเมื่อ 28 มกราคม 2557

จาก [http://203.155.220.175/newweb/index.php?option=com\\_content&view=article&id=765:-utopiansocialism&catid=98:2013-05-21-01-48-58&Itemid=189](http://203.155.220.175/newweb/index.php?option=com_content&view=article&id=765:-utopiansocialism&catid=98:2013-05-21-01-48-58&Itemid=189))

นักทฤษฎีมาร์กซิสต์ที่มองกฎหมายเป็นเพียงเครื่องมือชิ้นหนึ่งที่ไร้คุณค่า  
ศักดิ์ศรีใด ๆ โดยมีการสรรเสริญแซ่ซ้อง “ภาวะการณ์ไม่มีกฎหมาย”  
(Law lessness) กันอย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามหลังจาก เหมา เจ๋อตุง<sup>72</sup>

<sup>72</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “แนวคิดและทฤษฎีการปฏิวัติของเหมาเจ๋อตุง” พบว่า  
ระดับพัฒนาการของทุนนิยมในจีนในยุคของเหมาเจ๋อตุงนั้นไม่ได้เป็นสังคมทุนนิยมตาม  
ความหมายในลัทธิมาร์กซ์ แต่เป็นสังคมที่เหมาเจ๋อตุงเรียกว่า “กึ่งศักดินา กึ่งอาณานิคม”  
ดังนั้น ในเมื่อลัทธิมาร์กซ์มิได้ผูกขาดขบวนการปฏิวัติเพื่อสังคมนิยมไว้กับวิธีการปฏิวัติ  
อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ หากเป็นลัทธิที่เปิดกว้างให้กับการนำเอาลัทธิใดก็ได้มาใช้  
หากกลวิธีดังกล่าวสามารถนำไปสู่ความสำเร็จได้ เหมาเจ๋อตุงจึงได้พยายามศึกษาคิดค้น  
แนวทางดำเนินการ และกลวิธีในการทำสงครามปฏิวัติที่เหมาะสม และสอดคล้องกับ  
สภาพการณ์ตามความเป็นจริงที่ปรากฏในจีนขณะนั้น ในเมื่อพัฒนาการของสังคมนิยมมีรากฐาน  
ทางเศรษฐกิจ (โครงสร้างชั้นพื้นฐานทางเศรษฐกิจ) ที่แตกต่างมาจากสังคมนิยมของยุโรป  
ตะวันตก การเน้นบทบาทของปัจจัยด้านอัตวิสัยจึงเป็นสิ่งจำเป็นต่อการผลักดันให้เกิดการ  
เปลี่ยนแปลงตามแนวทฤษฎีการปฏิวัติของลัทธิมาร์กซ์ ซึ่งการเน้นบทบาท และความสำคัญ  
ของปัจจัยอัตวิสัยในการทำการปฏิวัติของจีนเป็นที่ประจักษ์ชัดจากการที่เหมาเจ๋อตุง ได้ชี้ให้เห็น  
ว่าไม่มีการขัดกันระหว่าง “ลัทธิจิตสำนึก” (voluntarism) กับ “ลัทธิวัตถุกำหนด”  
(economic determinism) โดย เหมาเจ๋อตุง ยอมรับว่าวัตถุเป็นเครื่องกำหนดระบบ  
ความคิดและความคงอยู่ของสังคม และความสำนึกของบุคคลในสังคม แต่ขณะเดียวกันเขา  
เห็นว่าอำนาจของความคิดสามารถเปลี่ยนสภาพวัตถุได้เหมือนกัน

พลังของจิตสำนึก (ปัจจัยอัตวิสัย) ซึ่งตามลัทธิมาร์กซ์ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของ  
โครงสร้างส่วนบน (superstructure) จะสามารถก่อความเปลี่ยนแปลงให้เกิดขึ้นอย่างเป็น  
รูปธรรม ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์และสัมพันธ์โดยตรงกับสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ  
การเมืองที่ปรากฏในแต่ละช่วงเวลาของประวัติศาสตร์ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ความคิดของเหมา  
เกี่ยวกับการปฏิวัติจึงได้เน้นให้ความสำคัญแก่ขบวนการกรรมาชีพในการทำการปฏิวัติ ทั้งนี้  
มิได้หมายความว่า เหมาปฏิเสธลัทธิมาร์กซ์เกี่ยวกับความสำคัญของชนชั้นกรรมาชีพในการ  
ปฏิวัติ แต่เป็นเพราะจีนในยุคของเหมา ไม่มีจำนวนกรรมาชีพที่เป็นชนชั้นกรรมาชีพเพียงพอที่  
จะทำการปฏิวัติ และข้อสำคัญที่สุดคือ การที่เหมาได้มอบบทบาทหลักในการทำการปฏิวัติจีนให้  
แก่ชนชั้นขบวนการได้มีความหมายว่า เหมาเจ๋อตุงได้เปลี่ยนหลักการขั้นพื้นฐานของลัทธิ  
มาร์กซ์ - เลนิน ทั้งนี้เหมาได้เน้นอีกด้วยว่าถึงแม้การปฏิวัติของจีนโดยเนื้อหาแล้วจะเป็น  
การปฏิวัติของขบวนการ แต่การปฏิวัตินี้จำเป็นต้องนำโดยฝ่ายกรรมาชีพ หรืออีกนัยหนึ่งต้อง  
เป็นการปฏิวัติที่นำโดยพรรคคอมมิวนิสต์

(ค.ศ.1893 – 1976) ได้เสียชีวิตและการหมดอำนาจ กลุ่มผู้นำใหม่ได้มองบทบาทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมได้รื้อฟื้นขึ้นมาในยุคสมัย เด็ง เสี่ยวผิง หันมาตระหนักถึงความจำเป็นในการสร้าง “ระบบกฎหมายสังคมนิยมที่มีลักษณะแบบจีน” หรือในกรณีนักทฤษฎีกฎหมายของรัสเซีย อาทิ P.I. Stucka, Eugene Pashukanis กล่าวยืนยันบทบาทของกฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือปกป้องผลประโยชน์ทางชนชั้นหรือเป็นกลไกเพื่อการข่มขู่บังคับและสร้างความแปลกแยกต่อชีวิตในสังคม<sup>73</sup> ท่าที

---

ลักษณะเด่นอีกด้านหนึ่งของแนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิวัติของเหมาเจ๋อตุงที่มีลักษณะจำเพาะต่างจากลัทธิมาร์กซ์ - เลนิน (แต่ยังคงรักษาเนื้อหาและหลักการเดิมไว้) คือ การเปลี่ยนความคิดเดิมของลัทธิเลนินที่ว่า “เส้นทางไปสู่ชัยชนะของการปฏิวัติมีจุดศูนย์กลางที่การลุกฮือในเมือง” โดยเหมาเจ๋อตุงได้เปลี่ยนรูปแบบของการปฏิวัติโซเวียต “จากเมืองสู่ชนบทเป็นชนบทสู่เมือง” โดยเน้นลักษณะการทำสงครามปฏิวัติที่ยืดเยื้อมีชนบทเป็นที่ตั้งของศูนย์กลางปฏิวัติ นอกจากนี้โดยที่จีนยุคปฏิวัติตกอยู่ภายใต้การรุกรานและยึดครองของญี่ปุ่นจึงนับเป็นการเปิดโอกาสให้เหมาเจ๋อตุงทำการโยงปัญหาการปฏิวัติเข้าโดยตรงกับปัญหาความอยู่รอดของจีน ซึ่งมีส่วนสำคัญช่วยให้พรรคคอมมิวนิสต์จีนสามารถเรียกร้องการสนับสนุนจากประชาชนจำนวนมากจนประสบความสำเร็จในที่สุด

จะเห็นได้ว่า เหมาเจ๋อตุง นิยมใช้วิธีการรุนแรง ที่เรียกกันว่า “อำนาจต้องได้มาด้วยกระบองปืน” และเหมาเจ๋อตุงมีความเชื่ออย่างมั่นคงว่า ด้วยวิธีการใช้กำลังพลเข้าโจมตีอย่างหาญหึก และด้วยวิธีการอันฉับพลันทันใด คอมมิวนิสต์จะเป็นฝ่ายชนะในที่สุด ลัทธิคอมมิวนิสต์ได้เกิดขึ้นมาในตอนต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า สมัยนั้นผู้ใช้แรงงานยังได้รับค่าจ้างแรงงานค่อนข้างต่ำ และสวัสดิการในด้านต่าง ๆ ก็ไม่สู้ดีนัก แต่ในปัจจุบันนี้ ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีได้พัฒนาไปมาก ทำให้สถานภาพและความเป็นอยู่ของแรงงานโดยรวมดีขึ้น ฉะนั้นลัทธิคอมมิวนิสต์ตามแนวคิดและทฤษฎีของมาร์กแบบดั้งเดิมที่มอง “สังคมคอมมิวนิสต์ที่สมบูรณ์แบบที่กฎหมายจะเหือดหายสูญสิ้นไป” จึงอาจล้าสมัย และนอกจากนั้นปรากฏว่ายังไม่มีประเทศใดในโลกนี้ได้รับรู้ความเป็นคอมมิวนิสต์โดยสมบูรณ์แม้แต่ประเทศเดียว

(อ้างใน [https://www.baanjomyut.com/library\\_2/socialist\\_and\\_comunist\\_zionist/04.html](https://www.baanjomyut.com/library_2/socialist_and_comunist_zionist/04.html) เข้าถึงข้อมูล อังคารที่ 19 มีนาคม 2562)

<sup>73</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 288.

และข้อสรุปเช่นนี้ต่อมาถูกเปลี่ยนแปลงพลิกผันไปในยุคสตาลิน (Stalin) ที่หันมาเน้นบทบาทของกฎหมายอย่างเข้มข้นอีกครั้งในทางการเมือง “ในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อการลงโทษหรือถอนรากถอนโคนผู้เป็นปรปักษ์ต่อการปฏิวัติกฎหมาย” โดยเริ่มมีความเชื่อว่า ระบบกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นสิ่งที่อาจช่วยปกป้องมิให้เกิดเหตุอันสะพรึงกลัวที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิวัติวัฒนธรรมได้ ตามแนวคิดและทฤษฎีของมาร์กซิสต์

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพัฒนาการทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมหรือความผันผวนของการตีความบทบาทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในค่ายสังคมนิยมเริ่มจากภาพลักษณ์ของกฎหมายในเชิงลบ มองทฤษฎีแนวคิดและทฤษฎีมาร์กซิสต์ ดั้งเดิมกลายเป็นสังคมขำขันที่ “เลื่อมพลังความชอบธรรมทางปัญญา”<sup>74</sup> และเปลี่ยนมาในเชิงบวกมากขึ้น คือ การยอมรับคุณค่าทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมหรือเน้นการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตามแม้ในทางทฤษฎีจะได้มีการเปลี่ยนแปลงความคิดเกี่ยวกับคุณค่าหรือบทบาทของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม แต่ในทางปฏิบัติกลไกบริหารของรัฐสังคมนิยมจะผูกมัดตัวเองกับแนวคิดและทฤษฎีใน “เชิงหลักนิติธรรมแบบสังคมนิยม” (Socialist Legality)<sup>75</sup> เพียงใด ในประเทศสังคมนิยม เช่น

<sup>74</sup> จริฎ โฆษณณานันท์ “นิติปรัชญาแนววิพากษ์” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550 หน้า คำนำ/คำลงท้าย (4)

<sup>75</sup> เพื่อพิจารณาศึกษาถึง “นิติธรรมแบบสังคมนิยม” (Socialist Legality) ได้ถูกบรรจุในรัฐธรรมนูญโซเวียต (1977) โดยเน้นการรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายการคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมและหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (ดูรายละเอียดใน Christopher Osawe “The Four Images of Soviet Law : A Philosophical Analysis of Soviet Legal System” Texas International Law Journal, Winter, 1985 Vol. 21, No 1, pp. 10-12)

ประเทศจีน ประเทศเกาหลีเหนือ ประเทศพม่า เป็นต้น พบว่า มีปัญหา  
เนื่องจากเรื่องความเป็นเผด็จการหรือการละเมิดสิทธิมนุษยชน ดังมีรายงาน  
ละเมิดสิทธิมนุษยชนในรัฐสังคมนิยม จากองค์การนิรโทษกรรมสากล ที่มี  
การเรียกร้องให้ใช้หลัก “การปกครองแบบนิติรัฐ” (Legal State) และ  
“หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) อยู่ทุกปี

2.3 วิเคราะห์ความคิดของนิติศาสตร์เชิงสังคมนิยมเกี่ยวกับมาร์กซิสต์  
ในบทบาทหน้าที่เกี่ยวกับการออกแบบกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ  
ควบคุมคนในสังคม

นิติศาสตร์เชิงสังคมนิยม กล่าวถึง “กฎหมายเป็นเครื่องมือของ  
รัฐควบคุมคนในสังคมที่ออกกฎหมายมาเป็นกลไกเพื่อแก้ไขปัญหาสังคม”  
อยู่บนพื้นฐาน “แบบปฏิวัตินิยม” เห็นว่าจุดมุ่งหมายในออกแบบกฎหมาย  
ด้วยการศึกษาเรื่องธรรมชาติของกฎหมายควรจะมองปัญหาเชิงปฏิบัติ  
เกี่ยวกับเรื่องการทำหน้าที่ของกฎหมายหรือบทบาทของกฎหมายในสังคม  
ว่า “ธรรมชาติของกฎหมายที่สำคัญอันหนึ่ง คือ กฎหมายเป็นเครื่องมือ  
อย่างหนึ่งในสังคมที่บทบาทในการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งทางสังคม”  
ส่วนมาร์กซิสต์ ได้มอง “กฎหมายจึงเป็นเพียงเครื่องมือในการรักษา  
ผลประโยชน์ของผู้มีอำนาจหรือชนชั้นนายทุนหรือชนชั้นเจ้าสมบัติในสังคม  
เท่านั้น” ดังนั้นสังคมต้องมีการปกครองแบบคอมมิวนิสต์และในอนาคตโลก  
จะอยู่กันอย่างสันติสุข มีแต่ความเป็นภราดรภาพระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง  
มีแต่ความเสมอภาคกันอย่างแท้จริง จนไม่ต้องการปกครองแบ่งแยก  
ระหว่างการเป็นผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง ไม่ต้องมีรัฐในลักษณะกลไก  
ของการข่มขู่บังคับให้คนต้องอยู่ในระเบียบและไม่มีการกฎหมายที่ออกมา  
ควบคุมสังคม จะทำให้สังคมคอมมิวนิสต์มีความสมบูรณ์ ดังนั้นกฎหมายใน  
ฐานะที่เป็นเครื่องมือของการควบคุมสังคมจะเหือดหาย (Withering away)  
และสูญสิ้นไป แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้นำแนวคิดและทฤษฎีของ

มาร์กซิสต์ มาใช้แบบตรงกันข้าม คือ การนำกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่หันมาเน้นบทบาทของกฎหมายอย่างเข้มข้นอีกครั้งในทางการเมือง “ในฐานะเป็นเครื่องมือเพื่อการลงโทษหรือถอนรากถอนโคนผู้เป็นปรปักษ์ต่อการปฏิวัติกฎหมาย” โดยเริ่มมีความเชื่อว่า ระบบกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นสิ่งที่หนึ่งซึ่งอาจช่วยปกป้องมิให้เกิดเหตุอันสะพรึงกลัวที่เกิดขึ้นระหว่างการปฏิวัติวัฒนธรรมได้

สรุปได้ว่า ในสังคมประชาธิปไตยที่ใช้ “หลักนิติรัฐ” (Legal State) และ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) บรรดานักนิติศาสตร์พยายามเสนอให้ความสำคัญแนวคิดและทฤษฎีที่มี “มุมมองกฎหมายในเชิงบวก” บนพื้นฐาน “แบบปฏิบัตินิยม” ที่นำแนวคิดต่าง ๆ มาใช้หรือการสร้างกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมเป็นกลไก/การแก้ไขปัญหาสังคมและเพื่อใช้กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมในการระงับความไม่เป็นธรรมในสังคม ถือเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดและได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและในฐานะเป็นกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการให้อำนาจออกกฎหมายระดับต่าง ๆ ตาม “ลำดับชั้นทางกฎหมาย” ในการปกครองประเทศ ดังนั้น การสร้างกฎหมายในฐานะเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่เกี่ยวพันกับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องเกี่ยวข้องกับเรื่องคุณธรรม ความดีงามที่จำเป็นต่อการมีชีวิตอยู่อย่างดีงามสมกับความเป็นมนุษย์<sup>76</sup> บน “โลกแห่งชีวิต - ส่วนรวม” ที่มีองค์ประกอบเชิงโครงสร้าง 3 ส่วน คือ วัฒนธรรม สังคมและบุคลิกภาพส่วนบุคคล ตามแนวคิดและทฤษฎีของ ฮาเบอร์มาส (Jurgen Habermas) ที่เรียกว่า “ประชาสังคม”<sup>77</sup> กล่าวคือ เป็นแนวคิดและทฤษฎีที่ผสมผสาน

<sup>76</sup> Andrew Altman “Critical Legal Studied : Aliberal Critique” Princeton University Press.1993. p.23

<sup>77</sup> จรัญ โฆษณานันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 18. หน้า 234-235.

ระหว่างมาร์กซิสต์กับนิติศาสตร์เชิงสังคมวิทยาสนับสนุนการคานอำนาจ  
ระหว่างรัฐและสังคม การรวมกลุ่มทำกิจกรรมในลักษณะเครือข่ายความ  
สัมพันธ์ของประชาชนและการแสดงความคิดเห็นของสังคมเพื่อปกป้องสิทธิ  
และเสรีภาพของประชาชน<sup>78</sup>

### 3. แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็น เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมภายใต้หลักนิติรัฐ

แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือ  
ของรัฐควบคุมคนในสังคมภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม  
(The Rule of Law) มีข้อพิจารณาถึงแนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้น  
ของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมและข้อพิจารณา  
เกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของต่างประเทศ ดังนี้

#### 3.1 แนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นของกฎหมายที่เครื่องมือ ของรัฐควบคุมคนในสังคม

แนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายจะกล่าวถึง  
ผู้สร้างแนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายที่มีบทบาทต่อการจัด  
ลำดับชั้นทางกฎหมายและข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย  
ดังนี้

##### 3.1.1 เซนต์ โทมัส อควีนาส: ผู้สร้างแนวคิดและทฤษฎีการจัด ลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม

---

<sup>78</sup> โปรดตุรายละเอียดของความหมาย – พัฒนาการของ “ประชาธิปไตย” ในอนุสรณ์  
ลิ้มฉันทน์ “รัฐ สังคมและการเปลี่ยนแปลง : การพิจารณาในเชิงอำนาจนโยบายและเครือข่าย  
ความสัมพันธ์” กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2542 หน้า 21, 34-37. ยุทธนา วรณปิติกุล  
และสุพิชา เรืองจิต “สำนักพลเมือง ความเรียงด้วยประชาชนบนเส้นทางประชาธิปไตย”  
กรุงเทพฯ: มูลนิธิการเรียนรู้และการพัฒนาประชาธิปไตย, 2522 หน้า 24

แนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็น  
เครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม เซนต์ โทมัส อควินัส (ST.Thomas  
Aquinas) ได้กล่าวถึง กฎหมายประเภทต่าง ๆ โดยรับเอาการแบ่งประเภท  
ของกฎหมายของเซนต์ ออگุสติน (ST. Augustine)<sup>79</sup> มาอธิบายและให้  
ความหมายในการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายโดยเชื่อมระหว่าง “**เหตุผล**”  
เข้ากับ “**เจตจำนงของพระเจ้า**” ออกเป็น 4 ประเภท ตามลำดับชั้นทาง  
กฎหมาย คือ กฎหมายนิรันดร กฎหมายธรรมชาติ กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์  
และ กฎหมายของมนุษย์ ดังนี้<sup>80</sup>

**กฎหมายนิรันดร (Lex Aeterna / Eternal Law)** จัดว่า  
เป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งเป็นเหตุผลหรือปัญญาอันศักดิ์สิทธิ์ที่คอยบงการ  
ความเคลื่อนไหวหรือการกระทำทั้งปวงในจักรวาล และมีเพียงพระเจ้าเท่านั้น  
ที่ล่วงรู้ถึงกฎหมายนี้มนุษย์ทั่วไปอาจหยั่งรู้ได้โดยตลอด

**กฎหมายธรรมชาติ (Lex Naturalis / Natural Law)**  
กฎหมายธรรมชาติถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายนิรันดรที่สามารถเข้าถึง  
ได้โดยอาศัย “**เหตุผล**” อันเป็นคุณสมบัติธรรมชาติที่พระเจ้าประทานให้

---

<sup>79</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับชั้นความสูงต่ำของกฎหมาย  
เริ่มต้นจาก เซนต์ ออگุสติน (ST. Augustine) เป็นผู้เสนอความคิดเห็นว่ากฎหมายที่ไม่ถูกต้อง  
ตามศาสนาเป็นกฎหมายที่บังคับไม่ได้ ดังนั้น จึงบังคับให้รัฐอยู่ใต้อิทธิพลของศาสนา  
และถ่ายทอดมาถึง เซนต์ โทมัส อควินัส ได้ขยายแนวคิดและทฤษฎีการจัดลำดับความสูงต่ำ  
ของกฎหมายทำให้ตั้งแต่นั้นมากฎหมายในยุโรปก็มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับกฎของ  
ศาสนา ซึ่งก็ยังมีผลประโยชน์ให้กับประชาชนเช่นกัน เนื่องจากกฎของศาสนาบังคับไม่ให้ผู้มี  
อำนาจกดขี่ข่มเหงประชาชนในท่ามกลางความขัดแย้งระหว่าง “**ศาสนจักร**” กับ “**อาณาจักร**”  
ซึ่งต่างพยายามอ้างอำนาจในการตราหรือตีความกฎหมายต่าง ๆ และจุดขัดแย้งนี้ นับว่าเป็น  
เหตุจูงใจอันสำคัญอย่างมากในการพัฒนาปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (อ้างใน ชาติปริตี ฉัตรภูมิ  
“**ปริมณฑลชั้นพื้นฐานแห่งนิติปรัชญา ตอนที่ 1**” วารสารนิติศาสตร์, เล่ม 2 ตอน 4 มีนาคม  
2514 หน้า 14)

<sup>80</sup> จรัญ โฆษณนันท. **อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 7**, หน้า 137.

ซึ่งมีหลักธรรมอันเป็นมูลฐานที่สุดก็คือ “การทำสามัคคีและละเว้นความชั่ว”  
ที่มีอยู่ภายในตัวของเราเอง

### กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ (Lex Divina / Divine Law)

หมายถึง กฎเกณฑ์หรือหลักธรรมต่าง ๆ ที่ถูกจารึกไว้ในพระคริสตธรรมคัมภีร์  
(Bible)

### กฎหมายของมนุษย์ (Lex Humana / Human Law)

หมายถึง กฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นมาใช้ในสังคม ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของ  
กฎหมายที่สูงกว่าก่อนหน้า

อโควินัส เห็นว่า หากกฎหมายของมนุษย์เรื่องใดที่ไม่เป็น  
ธรรมและขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ย่อมไม่ถือว่าเป็นกฎหมาย แต่เป็นความ  
วิปริตของกฎหมายซึ่งอยู่ห่างไกลจากลักษณะของกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมาย  
ให้พลเมืองเป็นคนดี อโควินัส เห็นว่ากฎหมายที่ไม่เป็นธรรมอาจเกิดขึ้นได้  
หลายกรณี อาทิเช่น กฎหมายมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม แต่  
หากเป็นการตอบสนองต่อกิเลสตัณหาของผู้ออกกฎหมาย กฎหมายบัญญัติ  
ขึ้นเกินกว่าอำนาจของผู้ออก เป็นกฎหมายที่กำหนดภาระแก่คนและเป็นการ  
กระทำอย่างไม่เสมอภาค

อโควินัส ได้จัดลำดับชั้นทางกฎหมาย มองว่า กฎหมาย  
มนุษย์ต้องไม่ขัดกับ กฎหมายนิรันดร กฎหมายธรรมชาติ กฎหมายอัน  
ศักดิ์สิทธิ์ เพราะเป็นกฎหมายที่อยู่สูง กฎหมายต่ำลงมา คือ กฎหมายมนุษย์  
จะออกมาขัดกับ กฎหมายนิรันดร กฎหมายธรรมชาติ กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์  
ถือเป็นโมฆะโดยเด็ดขาดและประชาชนไม่จำเป็นต้องเคารพเชื่อฟัง หากยึดเอา  
คุณธรรมเรื่องความรอบคอบเป็นหลักแล้วประชาชนอาจจำเป็นต้องปฏิบัติตาม  
กฎหมายที่ไม่เป็นธรรมเช่นนี้เพื่อความเป็นธรรมในสังคม

ดังนั้น การแบ่งแยกกฎหมายออกเป็น 4 ประเภทของ  
อโควินัส นี้ จึงนับว่าเป็นการประนีประนอม ระหว่างความคิดของกรีกกับ

ความคิดของคริสเตียน และได้แก้ปัญหาลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งมีมาแต่โบราณว่า “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” กับ “ความยุติธรรมที่มนุษย์สมมุติขึ้น” (กฎหมายที่บัญญัติขึ้น) ควรจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไร โดยอโควนัส ได้เน้นว่า “กฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ไม่มีค่าเป็นกฎหมาย” เป็นการเน้น “หลักกฎหมายลำดับสูงกว่า” (Higher law) กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ถ้ากฎหมายบ้านเมืองเองขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ หรือขัดต่อกฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผลและประชาชนย่อมมี “สิทธิไม่เชื่อฟังผู้ปกครอง” (The Right of Disobedience) ได้ ทั้งนี้เพราะประชาชนย่อมมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายศักดิ์สิทธิ์เหนือสิ่งอื่นใด<sup>81</sup> ความคิดของ อโควนัส จึงมีฐานะเสมือนข้อต่อทางความคิดกฎหมายธรรมชาติที่เน้นความสำคัญของ “เหตุผล” ที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีก คือ ตั้งแต่เพลโต อริสโตเติล สโตอิก และสมัยโรมัน ถ่ายทอดต่อมาในสมัยกลางอย่างไม่ขาดสาย และส่งทอดต่อไปจนถึงสมัยใหม่ ในภายหลังอย่างไม่ขาดตอนในการจัดลำดับความสูงต่ำของกฎหมาย

3.1.2 อิทธิพลแนวคิดของ อโควนัส ที่มีต่อฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ในการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม

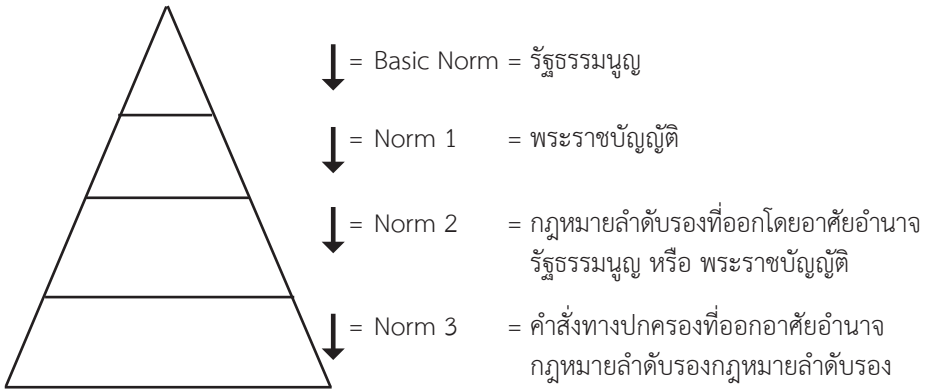
อิทธิพลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของ อโควนัส ได้มีบทบาทต่อการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม ซึ่งฮันส์ เคลเซน ได้พยายามรวบรวมปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดได้ให้เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมาย อธิบายถึงความผูกพันของ

<sup>81</sup> พินัส ทศนิยานนท์ “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ” วารสารอัยการ ปีที่ 3 ฉบับที่ 27 มีนาคม 2523, หน้า 52-53.

องค์กรณีบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามแนวคิดและทฤษฎีของเคลเซน เรียกว่า “**ทฤษฎีลำดับชั้นทางกฎหมาย**” ซึ่งกฎหมายคือ ระบบแห่งบรรทัดฐานที่ถูกสร้างขึ้นโดยการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของมนุษย์ สามารถบังคับการได้โดยกำลังในทางกายภาพ ค่าบังคับของกฎหมายที่ใช้อยู่ในบ้านเมืองนั้น สามารถสืบสาวต่อไปได้จากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า กล่าวอีกนัยหนึ่ง บรรทัดฐานในทางกฎหมายบรรทัดฐานหนึ่งย่อมวางอยู่บนรากฐานของบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่นที่อยู่สูงขึ้นไป เป็นลำดับในลักษณะที่เป็นพีระมิดเสมอ จนในที่สุดแล้วจะมีบรรทัดฐานชั้นมูลฐานอันเป็นแห่งที่มาของค่าบังคับแห่งกฎหมายแหล่งสุดท้ายในลักษณะสมมุติเคลเซน สร้างขึ้นเพื่อรองรับระบบกฎหมายและค่าบังคับของกฎหมายทั้งระบบ “**บรรทัดฐานชั้นมูลฐาน**” (Basic Norm) นี้ ไม่มีความเชื่อมโยงกับคุณค่าใด ๆ ทั้งสิ้นไม่มีศาสตร์ใดเจือปนกับกฎหมายไม่ว่าในทางเศรษฐกิจสังคมและการเมือง ซึ่งเราเรียกว่า “**ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์**” ตามแผนภูมิรูปภาพดังต่อไปนี้

## แผนภูมิรูปภาพที่ 1

### แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมายตามแนวคิดของ ฮันส์ เคลเซิน



“ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์” ของเคลเซิน สร้างระบบค่าบังคับของกฎหมายในทางรูปแบบโดยการนำเอาบรรทัดฐานทางกฎหมาย ที่ใช้บังคับอยู่มาเรียงร้อยเชื่อมกันในลักษณะที่เป็นห่วงโซ่ เช่นนี้ จึงไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเนื้อหาของกฎหมายว่าจะเป็นธรรมเพียงพอก็ที่มีค่าบังคับหรือไม่ เนื้อหาของกฎหมายไม่ใช่วัตถุประสงค์ของการศึกษาของทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ เพราะเนื้อหาของกฎหมายอาจเป็นเช่นใดก็ได้ ไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับสถานะของสังคม ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ไม่สนใจปัญหาที่ว่าเนื้อหาของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นจะยุติธรรมหรือไม่ เป็นปัญหาทางการเมืองที่อยู่นอกรอบการศึกษา วิชานิติศาสตร์ ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ เคลเซิน จึงได้สร้างระบบบรรทัดฐานขั้นมูลฐานลำดับศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมาย ก่อให้เกิดแนวคิดการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ โดย “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court) ครั้งแรกในประเทศออสเตรีย<sup>82</sup>

<sup>82</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐออสเตรีย”

พบว่า มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 ซึ่งในขณะนั้น เรียกว่า “ศาลอาณานิคม” และในปี ค.ศ. 1920 สาธารณรัฐออสเตรียได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐออสเตรีย ค.ศ. 1920 (the Federal Constitutional Law) และอำนาจในส่วนเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญได้รับการโอนไปให้แก่ศาลที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นใหม่ซึ่งเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitution Court) (อ้างในวรเจตน์ ภาคีรัตน์, “รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีของศาล ต่างประเทศกับประเทศไทย”, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 53.) ซึ่งแรกเริ่มก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกนี้ ปรากฎเหตุผลที่น่าสนใจเกี่ยวกับแนวคิดที่ได้รับการพัฒนามาจากสำนักทฤษฎีกฎหมายออสเตรีย (die oesterreichische Schule der Rechtstheorie) ซึ่งบุคคลสำคัญที่มีส่วนในการพัฒนาแนวคิดนี้คือ Adolf Merkel, Hans Kelsen และ Frantisek Weyr ซึ่งบุคคลทั้ง 3 มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย (อ้างในบรรเจิด สิงคนิต, “รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง “การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่มิคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว”, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551, หน้า 33.) โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อเสนอแนะของฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) นักปรัชญากฎหมายชาวออสเตรียซึ่งเห็นว่า ระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมที่หลาย ๆ ประเทศใช้อยู่จะไม่เหมาะสม และ ฮันส์ เคลเซน ยังได้ชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่จะเกิดจากการรับเอาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรมตามระบบสหรัฐอเมริกาเข้ามาใช้ในสาธารณรัฐออสเตรีย โดยสรุปปัญหาสำคัญได้ ดังนี้ (อ้างใน นันทวัฒน์ พรหมานันท์, รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง “สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทางกรแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557, หน้า 138) ดังนี้

1. ความแตกต่างในเรื่องระบบกฎหมาย โดยในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ที่ใช้อยู่ในสาธารณรัฐออสเตรียนั้นไม่มีหลักเกณฑ์ว่าด้วยการยึดถือแนวคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐาน (stare decision) ที่ผูกพันศาลล่างให้ต้องตัดสินตามคำวินิจฉัยของศาลสูงอย่างที่ปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) นั้นไม่ถือว่าคำพิพากษาศาลสูงเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ดังเช่นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แต่คำพิพากษาของศาลสูงเป็นเพียง ตัวอย่างการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายเท่านั้น การปรับบทบัญญัติของกฎหมาย เข้ากับข้อเท็จจริงย่อมเป็นดุลพินิจโดยอิสระของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในแต่ละคดี ดังนั้นในทางทฤษฎีจะต้อง ถือว่าคำวินิจฉัยของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลใดย่อมถูกกลับหรือแก้ไขได้เสมอ หากปล่อยให้อำนาจในการพิจารณา ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่ตามศาลต่าง ๆ ก็อาจก่อให้เกิดผลที่ไม่น่าพึงปรารถนาขึ้น คือ “ความไม่แน่นอน

## 3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย

จากแนวคิดของ อโควินัส และ ฮันส์ เคลเซน เกี่ยวกับการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) บางตำราเรียกว่า “ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย” หรืออีกนัยหนึ่ง คือ “ลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน” ของกฎหมายแต่ละฉบับ ได้มีอิทธิพลต่อการจัดลำดับชั้นของกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก<sup>83</sup> มีข้อพิจารณาถึงเหตุผลของการจัดลำดับชั้นของกฎหมายและผลของการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย ดังนี้

### ข้อคำวินิจฉัย<sup>84</sup>

2. ความแตกต่างในเรื่องระบบศาล โดยสาธารณรัฐออสเตรียใช้ระบบศาลคู่ (dual system) กล่าวคือ นอกจากศาลซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง และคดีอาญาตามปกติแล้ว ยังมีศาล ซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีอื่น ๆ แยกต่างหากอีก โดยลักษณะที่แต่ละศาลต่างมีความเห็นที่เป็นอิสระ จากกันและมีระบบศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเป็นระบบของตนเอง ดังนั้น การกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่ง มีอำนาจเด็ดขาดเพียงศาลเดียวก็ดูจะเป็นแนวทางที่ไม่เหมาะสมเพราะอาจเกิดความไม่เท่าเทียมกัน ทางออกที่ดีที่สุดคือการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาโดยเฉพาะและให้มีสถานะเหนือกว่าศาลทั้งหมดที่มีอยู่ และกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรนี้มีผลผูกพันให้ศาลทั้งหลายต้องถือตาม ด้วยเหตุนี้ ปัญหาความไม่แน่นอนของคำวินิจฉัยจึงจะหมดไป

3. คำวินิจฉัยที่ให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญและมีผลทำให้ไม่อาจนำเอากฎหมายฉบับนั้นมาใช้บังคับได้ย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายฉบับใหม่มายกเลิก กฎหมายฉบับเก่า ทั้งนี้ ก็คืออำนาจนิติบัญญัติชนิดหนึ่งซึ่งเรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ” จึงไม่สมควรที่จะมอบหมายให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะจะขัดกับหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจ ซึ่งผลจากการนำเสนอแนวคิดดังกล่าวก็ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐออสเตรีย เมื่อปี ค.ศ. 1920 สาธารณรัฐออสเตรียจึงถือเป็นประเทศแรกที่มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยถือเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิเศษที่แยกออกจากอำนาจศาลในระบบทั่วไป และเป็นแม่แบบของศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศทั่วโลก เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สาธารณรัฐ อิตาลี สาธารณรัฐตุรกี ราชอาณาจักรสเปนหรือสาธารณรัฐโปรตุเกส เป็นต้น

<sup>83</sup> สมยศ เชื้อไทย “วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป” กรุงเทพฯ: บริษัทธรรมสาร จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2538, หน้า 59.

### 3.2.1 เหตุผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงเหตุผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายเนื่องจาก มีความจำเป็นที่ต้องมีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย เพราะกฎหมายมีความหลากหลาย ทำให้ยากลำบากในการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายดังนี้<sup>84</sup>

#### 3.2.1.1 ความจำเป็นที่ต้องมีการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย

การปกครองรัฐแต่ละรัฐต้องมีการจัดองค์กรในการปกครองรัฐ การจัดลำดับชั้นของกฎเกณฑ์จึงเป็นเงื่อนไขพื้นฐานภายใต้หลักการปกครองแบบนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ซึ่งต้องมีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ องค์กรของรัฐกระทำกรใด ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ดังนั้นองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายในการบังคับใช้กับการกระทำในระบบบริการสาธารณะตามระดับ ทำให้ระดับการการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกัน การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายจึงมีความสำคัญที่ไม่ต้องการให้กฎหมายที่มีระดับต่ำกว่าบังคับใช้กฎหมายที่ขัดกับกฎหมายที่มีระดับที่สูงกว่า

#### 3.2.1.2 ความหลากหลายของลำดับชั้นทางกฎหมาย

รัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองในการปกครองประเทศ ดังนั้นการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายในการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละองค์กร ได้ตามสมควรตามระดับการปกครองของรัฐ ตามแต่ระบบกฎหมาย ระบอบการปกครองของแต่ละรัฐที่มีความแตกต่างกัน การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายจึงมีความแตกต่างกันเกิดความหลากหลายของ

---

<sup>84</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552 หน้า 83 -84

การจัดลำดับชั้น และทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวคำพิพากษาของศาลในแต่ละประเทศ

### 3.2.1.3 ความยากลำบากในการจัดลำดับชั้นทาง กฎหมาย

จากการที่ระบบกฎหมาย ระบอบการปกครองของแต่ละรัฐที่มีความแตกต่างกัน การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายจึงมีความแตกต่างกัน เกิดความหลากหลายของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐก็ไม่สามารถกำหนดการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายได้ทุกเรื่อง จะปล่อยให้ศาลเข้ามามีอำนาจในการใช้การตีความ ในเรื่องของการตีความ การจัดลำดับชั้นให้เหมาะสมจึงเป็นเรื่องในการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายให้มีความชัดเจนครบถ้วนได้ในเวลาเดียวกันจึงต้องปล่อยให้ตามสถานการณ์ สังคม เศรษฐกิจและการเมืองของแต่ละประเทศนั้น ๆ

### 3.2.2 ผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย

ลำดับชั้นทางกฎหมายมีความสำคัญต่อกระบวนการทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมาย การบังคับใช้ การตีความ การยกเลิกกฎหมายและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจสรุปได้ว่าการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายมีผลในทางกฎหมาย 3 ประการ ดังนี้<sup>85</sup>

#### 3.2.2.1 กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกมา ใช้ได้ก็โดยอาศัยอำนาจกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า

กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกมาใช้ได้ ก็โดยอาศัยอำนาจกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่า กล่าวคือ กฎหมายที่มีลำดับชั้น

<sup>85</sup> ทัชชมัย ฤกษ์ “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 8, 2551 หน้า 79

สูงกว่าเป็นกฎหมายแม่บท ส่วนกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าเป็นกฎหมาย  
ลูกบท

### 3.2.2.2 กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกมาใช้ เกินอำนาจที่กฎหมายลำดับสูงกว่าให้ไว้ไม่ได้

กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะตราออกมาใช้เกินอำนาจ  
ที่กฎหมายลำดับชั้นสูงกว่าให้ไว้ไม่ได้ กล่าวคือ ถ้าตรากฎหมายลูกบทออก  
มาใช้โดยมีเนื้อหาเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ถือว่า  
กฎหมายลูกบทนั้นไม่มีผลบังคับ

### 3.2.2.3 กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับ กฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าไม่ได้

กฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมาย  
ที่มีลำดับสูงกว่าไม่ได้ กล่าวคือ กรณีที่มีการขัดหรือแย้งกันต้องใช้กฎหมาย  
ที่มีลำดับชั้นที่สูงกว่า ไม่ว่าจะกฎหมายที่มีลำดับชั้นสูงกว่าจะตรากฎหมายออก  
มาใช้บังคับก่อนหรือหลังก็ตาม ส่วนในกรณีที่กฎหมายลำดับชั้นเท่ากันขัด  
หรือแย้งกันจะมีข้อพิจารณา คือ กฎหมายที่ออกมามีผลย้อนมรดกเลิกหรือ  
แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ออกมาก่อน

## 3.3 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของต่างประเทศ

ในบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย ย่อมมีลำดับชั้น  
ทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่ผู้วิจัยนำมาศึกษา ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส  
ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

### 3.3.1 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย  
ลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศสสามารถจัดลำดับชั้นทางกฎหมายได้  
ดังนี้ รัฐธรรมนูญ หลักการพื้นฐาน หลักกฎหมายทั่วไปฝรั่งเศส ตามมาตรา 37

ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กฎที่ออกมาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามข้อบังคับต่างๆ ที่เรียกว่า “กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่ให้อำนาจรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองอื่น ๆ ออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งการจัดลำดับชั้นทางกฎหมายในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศฝรั่งเศส ประกอบด้วย ลำดับชั้นทางกฎหมาย ดังนี้<sup>86</sup>

ลำดับชั้นที่ 1 รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นฐานแห่งอำนาจทั้งปวงในการตรากฎหมายทุกลำดับชั้นทางกฎหมาย

ลำดับชั้นที่ 2 หลักการพื้นฐาน

ลำดับชั้นที่ 3 หลักกฎหมายทั่วไป

ลำดับชั้นที่ 4 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

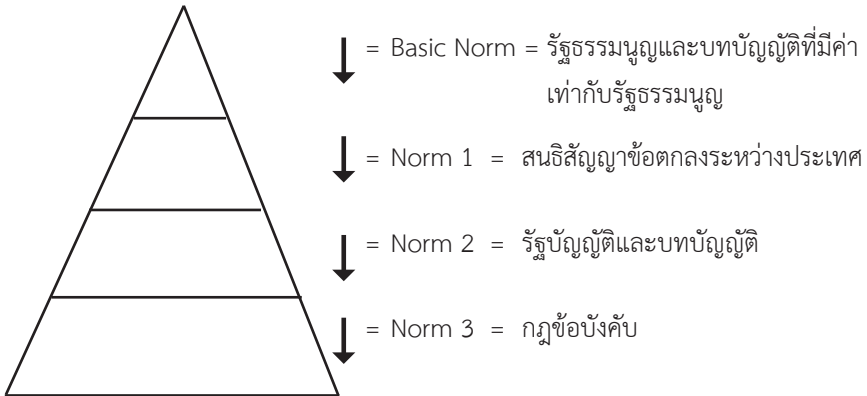
ลำดับชั้นที่ 5 พระราชบัญญัติ (รัฐบัญญัติ) กฎหมายของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ และ

ลำดับชั้นที่ 6 กฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่ให้อำนาจรัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองอื่น ๆ ออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังรูปภาพดังนี้

---

<sup>86</sup> Jean-Louis Bergel, “Méthodes du droit : Théorie générale du droit” (Paris : Dalloz 1989,p.105 อ้างใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ “หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547 หน้า 212

## แผนภูมิรูปภาพที่ 2 แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมายตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศส



### 3.3.2 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยลำดับชั้นทางกฎหมาย ดังนี้<sup>87</sup>

ลำดับชั้นที่ 1 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นฐานแห่งอำนาจทั้งปวงในการตรากฎหมายทุกลำดับชั้นทางกฎหมาย

ลำดับชั้นที่ 2 สนธิสัญญา

ลำดับชั้นที่ 3 พระราชบัญญัติ

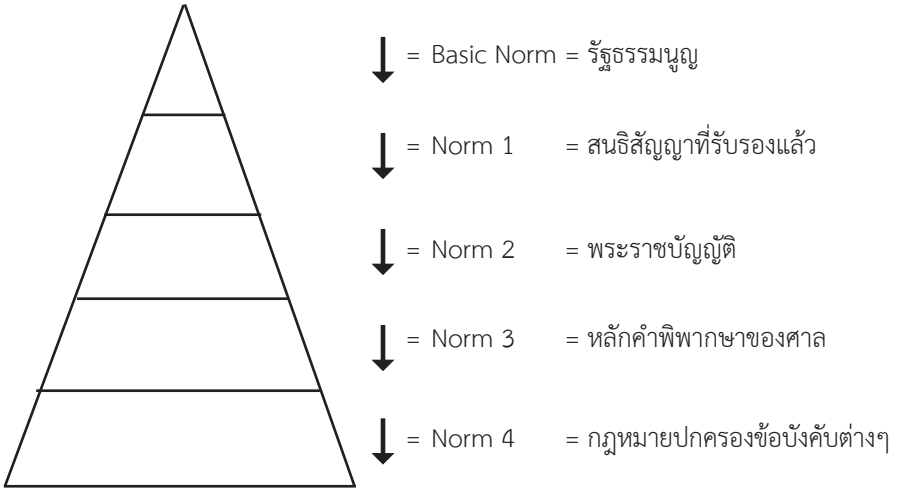
ลำดับชั้นที่ 4 หลักคำพิพากษาของศาล

ลำดับชั้นที่ 5 ข้อบังคับที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังรูปภูมิดังนี้

<sup>87</sup> Daniel Scott zevitz, “American Legal Institution” second printing, (Bankok : Ramkamheang University Press, 1999, p.4

### แผนภูมิรูปภาพที่ 3

#### แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมายตามแนวคิดของประเทศสหรัฐอเมริกา



เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักทั่วไปในประเทศตะวันตก คือ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารมีศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมายต่ำกว่ากฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา เมื่อถือว่ารัฐสภาตราขึ้นต้องมีศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมายสูงตามองค์กรไปด้วย ดังนั้นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหารจึงมีศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมายที่ต่ำกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไปด้วย และหากขัดหรือแย้งกันกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีผลบังคับเหนือกว่ากฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร<sup>88</sup>

<sup>88</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย : คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง” กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554 หน้า 5-65 อ้างใน จุลกิจ รัตนมาศทิพย์ “วิถีกฎหมายมหาชน : วาทะกรรมว่าด้วยสังคม, กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย เล่ม 4 ภาค 3 นิติวิธี” กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ลานคำ จำกัด หน้า 198

จากการพิจารณาถึงผลของการจัดลำดับชั้นทางกฎหมาย  
ในข้อ 3.3.1 และข้อ 3.3.2 จะสอดคล้องกับทฤษฎีการจัดลำดับชั้นทาง  
กฎหมายของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ที่อธิบายว่า “กฎหมายแม่บท”  
ที่ให้อำนาจได้ก่อให้เกิด “กฎหมายลูกบท” ที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจ  
จากกฎหมายแม่บทก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้น  
ต่ำกว่าต่อไปอีก คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนั้นกฎหมาย  
ที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าต่อไปอีก คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้อง  
ไม่ขัดต่อกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บท คือ กฎหมายใน  
ระดับกฎหมายบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายลูกบท และต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ  
ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

#### 4. แนวคิดว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึง กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”  
หมายถึง บรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะ  
ที่เป็น “นามธรรม” (abstract) และใช้บังคับ “เป็นการทั่วไป” (general)  
โดยองค์การของรัฐที่ใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหาร หรือโดย  
นิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มีอำนาจปกครองตนเอง เพื่อกำหนด  
กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดการปกครองของรัฐ ทั้งนี้ไม่หมายความรวมถึง  
การตราพระราชกำหนด<sup>89</sup> จากหลักเกณฑ์ข้างต้นประกอบลำดับชั้นของ  
บ่อเกิดของกฎหมายแล้ว อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ” คือ กฎหมายบริหารบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง  
ประกาศกระทรวง ระเบียบอธิบดี ฯลฯ บางครั้งเราเรียกกฎหมายกลุ่มนี้ว่า  
“กฎ” และ “กฎหมายองค์การบัญญัติ” เช่น เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติ

<sup>89</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2554) “กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป” กรุงเทพมหานคร  
สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 269.

กรุงเทพมหานคร ฯลฯ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายตามแบบพิธีแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจทางบริหารที่เป็นอำนาจปกครอง โดยบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองทั้งหลาย ในขณะที่กฎหมายตามแบบพิธีซึ่งได้แก่บรรดาพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เราอาจเรียกว่า “กฎหมายนิติบัญญัติ” นั้น เป็นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ (หรือถ้าจะกล่าวให้ถูกต้องในแง่รูปแบบ คือ กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา) ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติ กับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงอยู่ที่องค์กรที่ออกกฎหมายหรือออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นขึ้น

ดังนั้นแนวคิดที่ว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะกล่าวถึง แนวว่าด้วยการเกิดขึ้นของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ ลักษณะสำคัญของความกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้

#### 4.1 แนวคิดที่ว่าด้วยการเกิดขึ้นของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

แนวคิดที่ว่าด้วยการเกิดขึ้นของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ผู้วิจัยพบว่าแนวคิดที่ว่าด้วยการกิจของรัฐ กับแนวคิดที่ว่าด้วยการมอบอำนาจให้องค์กรอื่น ๆ ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยรัฐสภา ดังนี้

##### 4.1.1 แนวคิดที่ว่าด้วยการกิจของรัฐ

ในสมัยดั้งเดิมภารกิจของรัฐจำกัดอยู่เพียง “ภารกิจขั้นพื้นฐาน” เท่านั้นโดยวัตถุประสงค์ที่จะสงวนสิทธิและสวัสดิภาพที่มีอยู่แล้วให้คงทนอยู่ต่อไป ไม่ได้สร้างสรรค์เพิ่มเติมขึ้นไปจากเดิมแต่ประการใด ข้อความคิดทางการเมืองเสรีนิยมในศตวรรษที่ 17-18 ก็เห็นว่ารัฐควรจะ

ล่งล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด รัฐไม่ควรแทรกแซง  
วิถีชีวิตทางสังคม เศรษฐกิจของเอกชน แต่เมื่อสิทธิและเสรีภาพในการ  
ประกอบกิจการต่าง ๆ ของเอกชนเป็นไปอย่างกว้างขวางก่อให้เกิดการเอา  
เอาเปรียบกันในสังคม ความยากจนข้นแค้นก็ตามมา ปรัชญาสังคมจึงเรีย  
กร้องให้รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความยุติธรรมทางสังคม ยอมให้รัฐ  
แทรกแซงวิถีชีวิตของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ดีขึ้น เรียกภารกิจของรัฐ  
เช่นนี้ว่า “ภารกิจลำดับรอง” ผลก็คือ รัฐเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ  
ประชาชนมากขึ้นซึ่งรัฐจะเข้าไปแทรกแซงจำกัดสิทธิของประชาชนได้ก็  
ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) การตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภา  
ฝ่ายบริหารนำกฎหมายไปปรับใช้และฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ควบคุม  
ตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องใช้กฎหมาย  
มากขึ้น การออกกฎหมายในรายละเอียดเพื่อให้ฝ่ายบริหารปรับใช้ส่วนที่เป็น  
หลักการให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง ยิ่งมีความสำคัญมากขึ้น ในทางปฏิบัติ  
รัฐสภา ซึ่งต้องรับผิดชอบกับภาระหน้าที่ของรัฐไม่สามารถทำได้มากไปกว่า  
การบัญญัติกฎหมายกำหนดหลักการของกฎหมายและวางกรอบ สำหรับให้  
ฝ่ายบริหารกำหนดวิธีการในการปรับใช้กฎหมาย และกฎหมายที่รัฐสภา  
บัญญัติขึ้นมักจะให้อำนาจฝ่ายบริหารวางกฎเกณฑ์ในการใช้กฎหมายด้วย  
ทั้งนี้เพื่อช่วยเหลือการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภาให้เป็นไปตามเจตนารมณ์  
ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ให้อำนาจไว้<sup>90</sup> ในการตรากฎหมายลำดับรองที่มี  
ฐานะเป็น “กฎ”

---

<sup>90</sup> M.P. Jain. “Administrative Law of Malasia and Singapore”  
(Singapore, Malayan Law Journal (PTE) Ltd.,1980 p.132

#### 4.1.2 แนวคิดว่าด้วยการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นตรากฎหมาย ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยรัฐสภา

นอกจากภาระหน้าที่การบัญญัติกฎหมายซึ่งรัฐสภาต้องเผชิญปัญหาข้อจำกัดหลายเรื่อง ได้แก่ ปัญหาเรื่องเวลา กล่าวคือ สมัยประชุมสภาที่มีระยะเวลาสั้น ในขณะที่ข้อเท็จจริงทางสังคมเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วและอาจมีผลให้ข้อเท็จจริง คำนึงถึงในขณะร่างกฎหมายนั้นถูกแทนที่ด้วยข้อเท็จจริงใหม่ที่เปลี่ยนแปลง ซึ่งก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ ปัญหาการตรากฎหมายขึ้นบังคับในเรื่องทางสังคม เศรษฐกิจนั้นต้องอาศัยความรู้เป็นพิเศษเฉพาะด้าน ความเจริญก้าวหน้าในทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทำให้เกิดปัญหาใหม่ขึ้น กฎหมายหลายเรื่องจึงเกี่ยวกับปัญหาทางเทคนิคซึ่งผู้เชี่ยวชาญทางวิชาชีพโดยเฉพาะเท่านั้น จึงจะมีความรู้ความสามารถ ความรู้พิเศษเหล่านี้สมาชิกสภาไม่มีเพียงพอและลึกซึ้ง หากตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดก็จะได้กฎหมายที่ไม่ดี ไม่มีคุณภาพ ปราศจากสภาพบังคับ ปัญหาความยืดหยุ่นเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วในสถานการณ์ที่งานของรัฐสภามีมากมาย มีหลายครั้งที่ไม้อาจจะกำหนดรายละเอียดของกฎหมายได้ ก่อนที่ข้อเท็จจริงจะเกิดขึ้นหรือถ้ากฎหมายตายตัวไปก็จะยุ่งยากในการติดตามแก้ไข ดังนั้นในส่วนรายละเอียดของกฎหมายที่แตกต่างกันไปตามสถานการณ์นี้ จึงไม่สมควรจะกำหนดไว้ในกฎหมาย แต่ควรจัดให้อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร การมอบอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองให้องค์กรอื่น จึงเป็นวิธีหนึ่งที่สามารถแก้ปัญหาและแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐสภาและเพิ่มให้สอดคล้องกับบทบาทภาระหน้าที่ของรัฐ (รัฐสวัสดิการ) คือ การบัญญัติกฎหมายโดยมีบทบัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองจึงเป็นเทคนิคในการบัญญัติกฎหมายอย่างหนึ่งและมีประโยชน์ดังนี้<sup>91</sup>

<sup>91</sup> M.P. Jain, “Parliamentary Control of Delegated Legislation in India” Public Law, 1964. p.33

1. ช่วยให้อำนาจกฎหมายยืดหยุ่นในการปรับใช้กฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง เพราะว่าหากกำหนดรายละเอียดของกฎหมายไว้ในพระราชบัญญัติ จะเกิดความยุ่งยากในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะหากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปซึ่งรัฐสภาไม่อาจคาดเห็นหรือรู้ล่วงหน้าได้ รัฐสภาก็จะต้องออกกฎหมายในรูปของกฎหมายลำดับรองมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายฉบับเดิม

2. เป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของรัฐสภา โดยให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดรายละเอียดของกฎหมาย ผลที่ตามมาก็คือกฎหมายของรัฐสภาจะไม่เียนย่อ รุงรัง เข้าใจยากและกฎหมายบางเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิคและมีหลายครั้งที่ไม่อาจกำหนดรายละเอียดของกฎหมายได้ก่อนที่จะมีการฟังคำปรึกษาจากผู้มีส่วนได้เสียหรือการไต่สวนหรือสอบถามจากผู้มีส่วนได้เสีย

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ ได้ทราบถึงประโยชน์และความจำเป็นที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ในการจัดให้มีกฎหมายลำดับรอง โดยเฉพาะในประเทศสังคมนิยม ซึ่งเป็นประเทศที่รัฐมีงานมากมายในการจัดการกับเศรษฐกิจของชาติ รัฐสภาซึ่งต้องเผชิญกับงานต่าง ๆ มากมายไม่สามารถทำได้มากไปกว่าการวางหลักการและขอบเขตโดยละทิ้งให้ฝ่ายบริการกำหนดวิธีการให้เหมาะสมกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหรือกำหนดวิธีการเพื่อให้พระราชบัญญัติมีผลบังคับใช้ แต่อย่างไรก็ตามเงื่อนไขในการยอมรับให้มีการตรากฎหมายลำดับรองหรือการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> รศดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 14.

## 4.2 ลักษณะและประเภทของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในหัวข้อนี้จะเป็นการศึกษาถึง ลักษณะและประเภทของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้

### 4.2.1 ลักษณะสำคัญของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงลักษณะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” พบว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคล ที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทกับกรณีบุคคล ซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณี ที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม ดังนี้<sup>93</sup>

#### 4.2.1.1 บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้ กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้ เป็นประเภท

บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

<sup>93</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ดี “คำอธิบายกฎหมายปกครอง” กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 18, 2555, หน้า 287.

#### 4.2.1.2 กรณีบุคคล ซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูก บังคับให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม

กรณีบุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้  
กระทำการ ห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่  
ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (Abstract) เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้ง  
ที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำทุกสิ้นเดือน  
 เป็นต้น เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถประจำทาง ผู้ขับขี่ยนต์ต้องคาด  
เข็มขัดนิรภัย ข้าราชการ กรม กองต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์  
 เป็นต้น

#### 4.2.2 ประเภทของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาประเภทของกฎหมายลำดับรองที่มี  
ฐานะเป็น “กฎ” อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎโดยสภาพกับกฎ  
โดยสมมุติ ดังนี้<sup>94</sup>

##### 4.2.2.1 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยสภาพ

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยสภาพ  
เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดว่า ถ้ามีข้อเท็จจริงใดเกิดขึ้นตรงตามที่กำหนดแล้ว  
ก็จะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นตามที่กฎได้กำหนดไว้ ฉะนั้น ลักษณะของ  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงเป็นการวางหลักทั่วไป (abstract)  
และใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคตหากจะเกิดขึ้น แต่ถ้าไม่มีเหตุการณ์ใด  
เกิดขึ้น กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นก็ไม่อาจสร้างผลให้เกิด  
ขึ้นได้เลย กล่าวคือ หากมีที่ใช้ก็จะเกิดผลแต่หากไม่ใช้ก็ไม่มีอะไรเลย

---

<sup>94</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ (2540) “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”  
กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์จักรวรรดิพิมพ์, หน้า 120-122.

ในขณะที่มีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิ  
หน้าที่ใด ๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ”

#### 4.2.2.2 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดย สมมติ

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยสมมติ โดย  
สภาพไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามทฤษฎี แต่ถือกัน  
ว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เพื่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย  
ที่ให้อำนาจปกครองสามารถออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ประเภทนี้จะมีการบังคับผล  
ในทันทีที่ออกโดยอาจใช้กับข้อเท็จจริงในปัจจุบันหรือย้อนหลังลงไปก็ได้  
แต่ทั้งนี้โดยหลักการทั่วไปต้องเป็นคุณเท่านั้นที่จะบังคับย้อนหลังได้ กรณีนี้  
มีผลทางกฎหมายที่มีสภาพแน่นอน (concrete)

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องมีการ  
ประกาศเสมอ ทั้งนี้ เพราะกฎจะใช้บังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งข้อเท็จจริงจะ  
เกิดแก่ผู้ใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า (Fair Warning)  
บุคคลจะได้เตรียมตัวที่จะปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”  
หรือไม่ฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เมื่อกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยสภาพต้องประกาศ แต่โดยที่การใช้ต้องสัมพันธ์กัน  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยสมมติจึงต้องประกาศด้วยเพราะ  
ต้องใช้คู่กัน จะได้ทราบว่าเป็นบทบัญญัติใดเป็นหลักและบทบัญญัติโดยกเว้นหรือ  
เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติใด โดยหลักเป็นที่เข้าใจตรงกันว่า การบัญญัติ  
กฎหมายเป็นเรื่องของรัฐสภา แต่ในทางความเป็นจริงนอกจากการออกกฎหมาย  
ของรัฐสภาแล้ว ยังมีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จำนวนมาก  
ที่ออกโดยองค์กรทางปกครอง ซึ่งมีเนื้อหาสาระในการบังคับใช้กฎหมาย

มากมายกว่ากฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเสียอีก นอกจากนี้ยังมีการมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎได้ด้วย เช่น ในกรณีของประเทศไทยการให้อำนาจประธานศาลฎีกาออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประνομรวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 ทวิวรรค 3 เป็นต้น

#### 4.3 เหตุผลของการมีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงเหตุผลการมีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีเหตุผลที่สำคัญ คือ เป็นการลดภาระของรัฐสภา เป็นการแก้ปัญหาทางเทคนิคการบังคับใช้กฎหมาย เป็นการยืดหยุ่นของกฎหมาย และเป็นการที่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างรีบด่วนได้ มีดังนี้<sup>95</sup>

##### 4.3.1 ภาระงานของรัฐสภา

ภาระงานของรัฐสภา นอกจากงานร่างกฎหมายแล้ว รัฐสภายังมีงานควบคุมการบริหารราชการ การงบประมาณ และการสอดส่องดูแลทุกข์สุขของประชาชน โดยมีรายละเอียดและขอบเขตกว้างขวางมาก รัฐสภาจึงไม่อาจกระทำได้ทั้งหมดจึงเลือกกระทำในสิ่งที่สำคัญ การที่รัฐสภาจะพิจารณาจัดทำกฎหมายทั้งหมดจึงเป็นไปได้ และจำต้องมอบอำนาจให้องค์กรที่เกี่ยวข้องไปออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไปใช้ลำดับในรายละเอียด

##### 4.3.2 ปัญหาทางเทคนิค

ปัญหาทางเทคนิค สืบเนื่องจากกฎหมายใช้บังคับในหลายเรื่องและบางเรื่องเป็นปัญหาทางเทคนิคเฉพาะด้านสูงเกินกว่านักกฎหมายทั่วไปจะเข้าใจได้ การกำหนดรายละเอียดทางเทคนิคมาพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา ทำให้เสียเวลามากในการทำ

<sup>95</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เพิ่งอ้าง, หน้า 122-123.

ความเข้าใจและในหลายกรณีก็เกินกว่าที่จะเข้าใจได้เพราะมีความเป็นเทคนิค  
มากเกินไป เช่น ยาประเภทใดเป็นยาอันตราย อะไรบ้างเป็นสิ่งลามกอนาจาร  
 เป็นต้น

### 4.3.3 ความยืดหยุ่นของกฎหมาย

ความยืดหยุ่นของกฎหมาย หากกำหนดไว้ตายตัวเกินไป  
ก็จะแข็งกระด้าง ไม่อาจผันแปรตามความจำเป็นได้ จะทำให้กฎหมายใช้  
บังคับได้ไม่ตรงตามความเป็นจริง ปกติการบัญญัติกฎหมายจะใช้ถ้อยคำที่  
ตีความได้อย่างกว้างเพื่อการพัฒนาต่อไปได้ เพื่อศาลจะได้ตีความประยุกต์  
ใช้ตามความเหมาะสมแก่สถานการณ์ แต่การพัฒนาเป็นรายคดีจะไม่ชัดเจน  
แก่คนทั่วไป นอกจากนักกฎหมายเฉพาะด้าน การออกกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” กลับชัดเจนกว่าและสามารถบังคับใช้ได้ครอบคลุม  
สมบูรณ์กว่า

### 4.3.4 การดำเนินการในภาวะรีบด่วน

ภารกิจของรัฐบางประการหรือการดำเนินงานของรัฐ  
บางอย่างต้องดำเนินการอย่างรวดเร็วโดยทันทีเพื่อแก้ไขสถานการณ์ ซึ่งจะ  
เรียกประชุมรัฐสภาเพื่อออกกฎหมายไม่สามารถกระทำทันสถานการณ์  
ปัญหาจะมีตั้งแต่ร้ายแรงมากไปจนถึงปกติในทางเศรษฐกิจและสังคม จึง  
จำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กำหนด  
มาตรการต่างๆ เพื่อแก้ไขปัญหาได้

## 4.4 หลักเกณฑ์การออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักเกณฑ์การออกกฎหมายลำดับรองที่  
มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นมีข้อพิจารณา คือ ฐานอำนาจแห่งการออกกฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ ข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้

#### 4.4.1 ฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในกรณีของประเทศไทย พบว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้ แต่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่นจะมีอำนาจและมีฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ โดยทั่วไปกฎหมายแม่บทเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเว้นแต่พระราชกำหนดซึ่งก็เป็นฐานอำนาจของฝ่ายบริหาร ดังนั้นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ทุกชนิดต้องอ้างกฎหมายแม่บทระดับกฎหมายบัญญัติเป็นฐานอำนาจ จะอ้างรัฐธรรมนูญลอยๆ เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไม่ได้ โดยกฎหมายแม่บทในระดับกฎหมายบัญญัติ ซึ่งเป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้น จำต้องกำหนดเนื้อหาวัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตแห่งอำนาจที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้ด้วย เพราะกฎหมายแม่บทมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่น ไปกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ โดยเสรี (บางครั้งเรียกว่าเป็นการมอบเช็คเปล่า) นั้น ย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดต่อหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) (หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง) และขัดต่อหลักประชาธิปไตยระบบรัฐสภา<sup>96</sup> (ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเอง)

<sup>96</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 271-273.

#### 4.4.2 ข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาถึงข้อจำกัดในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แม้ว่าไม่มีบทกฎหมายกำหนดขอบเขตของการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้อย่างแน่ชัด แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสามารถออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด เพราะอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นผูกติดอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไป คือ “หลักสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความได้สัดส่วน” โดยมีข้อจำกัด ดังต่อไปนี้<sup>97</sup>

##### 4.4.2.1 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็น บทบัญญัติที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจปกครอง

ตามหลักทั่วไป กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะมีบทกำหนดโทษหรือจะเรียกเก็บภาษีไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะการออกบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ย่อมต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเสียก่อน

##### 4.4.2.2 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็น บทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท

ที่กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นบทบัญญัติที่ออกมาเพื่อกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บท ย่อมจะถูกจำกัดขอบเขตอำนาจโดยกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายแม่บท ฉะนั้น กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะมีข้อความ

<sup>97</sup> ประยูร กาญจนดุล (2538) “คำบรรยายกฎหมายปกครอง” กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 97-98.

ขัดแย้งหรือมีเนื้อหาเกินกว่าที่กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไม่ได้ เพราะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองเป็นเพียงกฎหมายที่ออกมาเพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทเท่านั้น

**4.4.2.3 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกมาเพื่อวางระเบียบโดยไม่อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทใดก็จะวางระเบียบในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้**

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกมาเพื่อวางระเบียบโดยไม่อาศัยอำนาจกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายแม่บทใดก็จะวางระเบียบในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ ฉะนั้น การออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องอ้างอิงกฎหมายแม่บทเสมอทุกกรณีหรืออาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทในการตราเสมอ

## **4.5 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”**

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการออกฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” สามารถแบ่งออกได้เป็น เงื่อนไขทางรูปแบบของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และเงื่อนไขทางเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายตามฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้

#### 4.5.1 เจื่อนไขทางรูปแบบของความชอบด้วยกฎหมายในการ ออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เจื่อนไขทางรูปแบบของความชอบด้วยกฎหมายในการออกฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีข้อพิจารณา คือ ผู้ทรงอำนาจ กระบวนการและแบบการอ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ดังนี้<sup>98</sup>

##### 4.5.1.1 องค์ครผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงองค์ครผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในกรณีของประเทศไทย จะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้กำหนดดองครผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้ว่า องค์ครของรัฐองค์ครใดบ้างที่รัฐสภาจะออกกฎหมายมอบอำนาจให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้เฉพาะ แต่การตราพระราชกฤษฎีกาเท่านั้นที่กำหนดให้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงใช้ตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี ส่วนการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในกรณีอื่น องค์ครใดจะเป็นองค์ครผู้ทรงอำนาจนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทนั้นเองจะกำหนดไว้ ผลจากการนี้ทำให้ระบบกฎหมายไทยผู้ทรงอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงมีความหลากหลาย ตั้งแต่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีโดยลำพัง อธิบดี คณะกรรมการต่าง ๆ เป็นต้น

<sup>98</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 273-276.

#### 4.5.1.2 กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มี ฐานะเป็น “กฎ”

กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในกรณีของประเทศไทย พบว่า ยังไม่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการตลอดจนขั้นตอนในการออกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้ อาจทำให้มีผู้สงสัยว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้” ซึ่งน่าจะทำให้เข้าใจไปได้ว่า การออกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ก็เป็น “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” อย่างหนึ่ง ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฉบับนี้ไม่พบว่ามิมีบทบัญญัติมาตราใด ๆ ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตลอดจนขั้นตอนในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เลย เนื้อหาส่วนใหญ่ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องของกระบวนการและขั้นตอนในการทำ “คำสั่งทางปกครอง” ดังนั้นเรา อาจสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ไม่ใช่บังคับกับกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เพียงแต่ระบุให้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเท่านั้น

ดังนั้น แบบพิธีกระบวนการและขั้นตอนในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงเป็นไปตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทในการออกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” รวมถึงกฎเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญใน

เรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ส่วนการยกเลิกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องกระทำโดยกฎหมายในลำดับชั้นเดียวกันหรือโดยกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า การออกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เพื่อยกเลิกก็จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางรูปแบบและเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ด้วยเช่นกัน

#### 4.5.1.3 แบบการอ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ

กรณีที่มีการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้น เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในกรณีของประเทศไทย ระบบกฎหมายไทยกำหนดบังคับให้องค์กรที่ออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นด้วย ดังนั้น การระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังกล่าวนี้อาจเป็นแบบของการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หากมีการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยไม่อ้างอิงบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจ ย่อมทำให้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

#### 4.5.2 เงื่อนไขทางเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

เงื่อนไขทางเนื้อหาของความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีข้อพิจารณา คือ การดำรงอยู่ของบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ ดังนี้<sup>99</sup>

<sup>99</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 276-277.

#### 4.5.2.1 การดำรงอยู่ของบทกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

การพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติหรือไม่นั้น จะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังกล่าวตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือไม่ และจะต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่ากฎหมายแม่บทที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งวางหลักการควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ 2 ลักษณะ คือ การควบคุมก่อนและการควบคุมหลัง ดังนี้

1. การควบคุมก่อนการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะเป็นการควบคุมโดยการปรึกษาหารือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในการให้คำแนะนำ ศึกษาความเป็นไปได้ ความเหมาะสมภายใต้หลักสมควรแก่เหตุ ในกรณีของประเทศไทย เช่น การควบคุมก่อนการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” การปรึกษาหารือกับกฤษฎีกา ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาล เป็นต้น การให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

2. การควบคุมหลังการออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในกรณีของประเทศไทย ได้วางหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายด้วยการออกกฎเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง คือ ศาลปกครองภายใต้ขออำนาจมาตรา 11 กรณีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ส่วนกฎหมายลำดับรองที่ไม่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอยู่ภายใต้ขอเขตอำนาจมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นต้น

#### 4.5.2.2 ความถูกต้องของการใช้ดุลพินิจ

กรณีที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองในการออกกระบวนกรและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” องค์การที่ทรงอำนาจในการออกกระบวนกรและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้น ย่อมต้องใช้ดุลพินิจให้อยู่ในกรอบของกฎหมายแม่บท สำหรับการใช้ดุลพินิจในการออกกระบวนกรและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายแม่บท หรือใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ หรือซึ่งน้ำหนักรผลิตผลอย่างชัดแจ้งย่อมส่งผลให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงการตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยหลักแล้วการใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองนั้น ศาลไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจได้ เว้นแต่การใช้ดุลพินิจไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจเข้าตรวจสอบได้ ซึ่งการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพบว่า มีหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลปกครองใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว คือ การควบคุมและตรวจสอบให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ในกรณีของประเทศไทยหากพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะพบว่า ได้มีการบัญญัติขอบเขตของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในมาตรา 9 วรรค 1 (1) พระราชบัญญัติดังกล่าว โดยบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้ในฐานะที่เป็นเหตุประการหนึ่ง ที่ทำให้กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักกฎหมายที่ศาลใช้ในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วย

กฎหมายของการใช้ดุลพินิจ ดังนี้<sup>100</sup>

1. หลักเกณฑ์ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่
2. การควบคุมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดหรือไม่
3. การควบคุมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายให้ครบถ้วนหรือไม่
4. การควบคุมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงหรือไม่
5. การควบคุมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยพิจารณาความเหมาะสม ความชอบด้วยเหตุผล และหลักความได้สัดส่วนหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างเต็มรูปแบบ โดยรับคำฟ้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และในส่วนที่ศาลจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบโดยมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความโดยใช้เหตุตามกฎหมายว่า กรณีเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นคดีที่ไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองด้วยเหตุต่าง ๆ พบว่ายังคงมีปัญหาในส่วนของความชัดเจนของ

---

<sup>100</sup> อีริชญา สระทองอุ่น ในบทความอภิวินิจฉัยนิติศาสตร์มหาบัณฑิต “ขอบเขตในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง.” (THE POWER OF THE ADMINISTRATIVE COURT IN THE REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION) สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2550)

ขอบเขตของศาลปกครอง และการปรับใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบที่ปรากฏอยู่ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนั้น เพื่อให้ขอบเขตของการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีความชัดเจนขึ้น จึงเห็นควรเสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) โดยให้แยกกรณีเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองในระบบบริการสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆ ให้อยู่ในอีกมาตราหนึ่ง ซึ่งบัญญัติขอบเขตของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะ และอาจมีการนำหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้ในการตรวจสอบจนเกิดเป็นแนวบรรทัดฐานแล้วบัญญัติลงไปด้วย โดยเฉพาะหลักเกณฑ์ การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย<sup>101</sup>

## 5. ที่มาของกฎหมายกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของต่างประเทศที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศไทยพบว่า มีอยู่ 3 ประเทศ คือ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้<sup>102</sup>

### 5.1 ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นประเทศหนึ่งที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลแนวความคิดในการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวถึงที่มา

<sup>101</sup> อธิษฐาน สระทองอุ่น. เพ็ญอ้าง.

<sup>102</sup> รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. เพ็ญอ้าง. หน้า 18.

ของกฎหมายลำดับรองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ หลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 หลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของ มองเตสกีเอ (Montesquieu) นำไปใช้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของ กษัตริย์หรืออำนาจทางการเมืองที่เคยมีอยู่เดิม<sup>103</sup> รูปแบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศส จึงมีลักษณะพิเศษต่างจากรูปแบบการปกครองทั่วไปและ แสดงออกอย่างชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการตรากฎหมายของ รัฐสภากับการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร เพราะฝ่ายบริหารมีอำนาจตรา กฎหมายได้โดยอิสระตามเขตอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้และลักษณะ เฉพาะนี้เองทำให้นักกฎหมายไทยที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศฝรั่งเศส ได้นำมาอธิบายในการตราพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งจะได้อธิบายในบทที่ 4 ต่อไป ดังนั้นการที่จะทำความเข้าใจที่มากกฎหมาย ลำดับรองของประเทศฝรั่งเศส จำเป็นต้องเข้าใจความเป็นมาของการจัดทำ กฎหมายลำดับรอง ดังนี้

### 5.1.1 แนวคิดการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789

ความคิดในการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากการปฏิวัติ ในปี ค.ศ. 1789 รัฐสภาได้เป็นองค์กร ซึ่งมาจากการแสดงเจตนาของประชาชนโดยตรง รัฐสภาจึงเป็นองค์กร สูงสุด เป็นผู้แทนของประชาชาติและเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชน ดังนั้นฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาโดยเด็ดขาด ฝ่ายบริหารจึงเป็นเพียงองค์กรที่ดำเนินนโยบายตามรัฐสภา ฝ่ายบริหารใช้อำนาจใด ๆ ได้นั้น ต้องมาจากรัฐสภาที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้เท่านั้น แนวคิดเช่นนี้ผลที่ตามมา คือ รัฐสภาในฐานะผู้มีอำนาจสูงสุดจะตรากฎหมาย

---

<sup>103</sup> วรวิทย์ กนิษฐะเสน “กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521, หน้า 9.

ในเรื่องใดๆ ก็ได้ รัฐสภาจะออกกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์แม้แต่ในรายละเอียดปลีกย่อย หรือออกกฎหมายโดยเพียงแต่วางหลักการใหญ่ๆ ส่วนรายละเอียดนั้นยอมให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมก็ได้ แล้วแต่รัฐสภาจะเห็นสมควร<sup>104</sup> แนวคิดอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภานี้สามารถแยกกฎหมายออกได้ 2 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 กฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น เรียกว่า “**รัฐบัญญัติ**” และประเภทที่ 2 กฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้น เรียกว่า “**ข้อบังคับ**”

### 5.1.2 แนวคิดการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ถึงปัจจุบัน

แนวคิดพื้นฐานในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภากับข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามประเพณีการปกครอง เริ่มตั้งแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1875 ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 มาถึงปัจจุบัน ดังนี้<sup>105</sup>

#### 5.1.2.1 การเปลี่ยนแปลงการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในสาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1870-1940)

การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภากับข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหาร มีอยู่ 2 ระยะ ดังนี้

ระยะที่ 1 ฝ่ายบริหารตรากฎหมายได้เองนับตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1919 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภากับข้อบังคับที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ตามความคิดดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปตามคำวินิจฉัย

<sup>104</sup>ชาญชัย แสงศักดิ์. “อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526 หน้า 1.

<sup>105</sup>รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว, หน้า 30-42.

ของศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งได้วางหลักการไว้ในคดี Labonne 8 สิงหาคม ค.ศ. 1919 ในเรื่องที่ว่าประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ตราข้อบังคับขึ้นฉบับหนึ่ง คือ รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 เพื่อควบคุมการจราจรของ ยานพาหนะบนทางสาธารณะ ซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายจราจรฉบับแรกของ ประเทศฝรั่งเศส เพราะในขณะนั้นประเทศฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายว่าด้วย จราจรทางบก รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดว่า ผู้ขับขี่ยานพาหนะจะต้อง มีใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะและให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจที่จะเพิกถอน ใบอนุญาตของบุคคลใดได้ ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำความผิดจราจรถึง 2 ครั้ง ภายใน 1 ปีเดียวกัน ในคดีนี้โจทก์ถูกผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งเพิกถอนใบอนุญาตฯ ไป จึงร้องขอต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด โดยอ้างว่า รัฐกฤษฎีกา ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าผู้ว่าราชการจังหวัด หรือนายกเทศมนตรีจะมีอำนาจตามรัฐบัญญัติบางฉบับในอันที่จะวางกฎ ข้อบังคับในเรื่องต่าง ๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย (รวมไปถึงการควบคุม จราจรด้วย) ก็ตาม แต่ก็มีอำนาจออกกฎข้อบังคับได้เฉพาะท้องที่ของตน เท่านั้น ส่วนประธานาธิบดีไม่มีรัฐบัญญัติฉบับใด ให้อำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับเกี่ยวกับการจราจรได้ทั่วประเทศ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัย ยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า แม้จะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ ประมุข ของรัฐก็มีอำนาจของตนเองที่จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบ เรียบร้อยของบ้านเมือง โดยให้มีผลใช้บังคับทั่วประเทศได้<sup>106</sup>

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส ดังกล่าว ถือเป็นการรับรองภารกิจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ไม่ให้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการปฏิบัติ การให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติแต่ละฉบับ แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติทั้งหลายโดยส่วนรวม ซึ่ง หมายถึงกฎเกณฑ์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง นับแต่นั้น

<sup>106</sup> ชาลูนซ์ แสงวงศ์. เพิ่งอ้าง, หน้า 3.

มาจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐและ  
ในฐานะผู้มีอำนาจตราข้อบังคับได้เอง โดยไม่ต้องอาศัยรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐาน  
เพื่อกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ระยะที่ 2 ฝ่ายบริหารตรากฎหมายซึ่งมีผลบังคับให้  
เสมือนหนึ่งรัฐบัญญัติภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นับตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1926  
เป็นต้นมา เป็นที่ประจักษ์ว่ารัฐสภาไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นิติบัญญัติ  
ของตนได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการที่รัฐต้องเข้าไปแทรกแซงทางเศรษฐกิจ  
และสังคมมากขึ้น จำเป็นต้องตรากฎหมายของรัฐในรายละเอียดเพิ่มมากขึ้น  
ซึ่งขั้นตอนการตรากฎหมายของรัฐสภามีความล่าช้าไม่สามารถตอบสนอง  
ต่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองได้ ด้วยเหตุนี้รัฐสภาจึงหัน  
มาใช้วิธีการใหม่โดยกำหนดเวลามอบอำนาจที่แน่นอนในกรณีที่จะออก  
กฎหมายของฝ่ายบริหารแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติได้ตามความจำเป็น<sup>107</sup>  
โดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>108</sup>

1. ข้อบังคับนั้นจะต้องตราเป็นรัฐกฤษฎีกาและต้องเป็น  
ไปตามความมุ่งหมายที่กฎหมายกำหนด
2. รัฐกฤษฎีกานั้นต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี
3. รัฐบาลจะต้องเสนอรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อขอให้  
รัฐสภาให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

#### 5.1.2.2 การเปลี่ยนแปลงการจัดทำกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในสาธารณรัฐที่ 4 (ค.ศ. 1946 - 1958)

ภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 มาตรา 13 ได้บัญญัติว่า  
“สภา (สภาผู้แทนประชาชน) เป็นผู้มีอำนาจตราบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว

<sup>107</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 4.

<sup>108</sup> อิศระ นิติศัพท์ประภาคน “กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” กรุงเทพฯ:  
ท.จ.ก.คุณพิมพ์อักษร, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2527, หน้า 63.

สภาไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นได้” ซึ่งเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ  
ในมาตรา 13 นี้ ได้กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติ  
ให้แก่ฝ่ายบริหาร ดังเช่นที่ปฏิบัติกันมาในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 โดยสภา  
ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าหลักปฏิบัติดังกล่าวเป็นช่องทางให้เกิดเผด็จการได้ง่าย  
ในปี ค.ศ. 1953 ได้มีรัฐมนตรีคนหนึ่งหารือต่อสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในเรื่อง  
ข้อห้ามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 มาตรา 13 นั้นมีความหมาย  
อย่างไรและขอบข่ายเพียงใด ในกรณีที่ได้รับอนุญาตตราข้อบังคับเพื่อยกเลิก  
หรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐบัญญัติของรัฐสภาได้เพียงใด สภาที่ปรึกษา  
แห่งรัฐ ได้ตีความตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 มาตรา 13 ไปใน  
ทางผ่อนคลายเป็นว่า “ผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายที่จะห้ามไม่ให้มีการใช้  
วิธีออกรัฐกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจให้แก่  
ฝ่ายบริหารดังที่เคยปฏิบัติมาสมัยสาธารณรัฐที่ 3 แต่โดยหลักแล้วรัฐสภามี  
อำนาจที่จะกำหนดขอบอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ตามที่  
เห็นสมควร และเพื่อการนี้รัฐสภาสามารถที่จะกำหนดไว้ว่าเรื่องบางเรื่อง  
ที่เคยอยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของรัฐสภาต่อไปให้อยู่ในอำนาจการออก  
กฎหมายของฝ่ายบริหารและสามารถยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติใน  
เรื่องนั้นได้จนกว่ารัฐสภาจะตกลงใจที่จะให้เรื่องดังกล่าวกลับมาอยู่ในอำนาจ  
ของตนดังเดิม โดยฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจออกกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ได้อีก  
ต่อไป” และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ให้ข้อสังเกตว่าการมอบอำนาจให้  
ฝ่ายบริหารตราข้อบังคับเพื่อแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัตินั้น รัฐสภา  
ควรกำหนดความมุ่งหมายของการตราข้อบังคับไว้อย่างแน่ชัด เพราะการ  
กำหนดความมุ่งหมายไว้ในลักษณะทั่วไปและไม่แน่ชัดจะก่อให้เกิดปัญหา  
ถือเป็น “การโอนอำนาจอธิปไตยแห่งประชาชาติ” ให้แก่ฝ่ายบริหาร<sup>109</sup>

<sup>109</sup> ชาญชัย แสงวงศ์. อ้างแล้ว, หน้า 7.

หลังจากสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้ให้ความเห็นเช่นนี้ไว้ และ  
ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองก็บีบบังคับให้รัฐสภาต้อง  
มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ดังเช่นในสาธารณรัฐ  
ที่ 3 โดยวิธีการหลีกเลี่ยงที่จะไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนี้<sup>110</sup>

1. การตรารัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตสงวนให้อำนาจ  
ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 สิงหาคม 1948  
ระบุเรื่องต่าง ๆ โดยสภาแล้วเป็นเรื่องที่มีลักษณะที่ต้องตราเป็นข้อบังคับ  
โดยสภาแล้วเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ก็ให้  
ถือว่าเป็นความผิดพลาดของรัฐสภาและฝ่ายบริหารมีอำนาจตราข้อบังคับ  
เพื่อใช้แทนรัฐธรรมนูญนั้น ๆ หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ได้ โดย  
ตราเป็น “**รัฐกฤษฎีกา**” ซึ่งผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีแล้ว

2. การตรารัฐธรรมนูญกำหนดกรอบในการตรารัฐธรรมนูญ  
กล่าวคือ รัฐสภาตรารัฐธรรมนูญขึ้นในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและให้อำนาจ  
ฝ่ายบริหารตราข้อบังคับเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญภายในกรอบที่รัฐสภากำหนดไว้  
ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญลงวันที่ 23 มิถุนายน 1956 ซึ่งให้อำนาจ  
ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ตรารัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการจัด  
ระเบียบดินแดนโพ้นทะเลของฝรั่งเศส

### 5.1.2.3 การจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958- ปัจจุบัน)

ภายใต้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ลงวันที่ 4 ตุลาคม  
1958 ยังคงยึดแนวคิดดั้งเดิม คือ รัฐธรรมนูญที่ตราโดยรัฐสภากับข้อบังคับที่  
ออกโดยฝ่ายบริหารให้สอดคล้องกับสถานการณ์ การเมืองการปกครอง  
ของฝรั่งเศสที่เป็นจริงในปัจจุบัน กล่าวคือ ได้บัญญัติรับรองอำนาจการตรา

<sup>110</sup> รตารรณ เกื้อกุลเกียรติ. **เพ็ญอ้าง**, หน้า 33-35.

กฎหมายของฝ่ายบริหารไว้อย่างกว้างขวาง ยกเว้นเรื่องรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเขตสงวนให้อยู่ในอำนาจของการตรากฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น แยกพิจารณาการออกกฎหมาย ดังนี้

1. การตรากฎหมายของรัฐสภา อยู่ภายใต้บังคับ มาตรา 34 รัฐสภาตรากฎหมายได้ 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 เป็นเรื่อง รัฐสภาที่มีอำนาจตราบัญญัติ โดยไม่มีข้อจำกัด กล่าวคือ รัฐสภาจะตราบัญญัติเพื่อกำหนดหลักการหรือรายละเอียดในเรื่องนั้นก็ได้ตามมาตรา 34 ววรรค 1 และวรรค 2 ดังนี้

วรรค 1 รัฐสภาตราบัญญัติกำหนดเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ - สิทธิพลเมืองและหลักประกันขั้นมูลฐานของพลเมืองในการใช้สิทธิและเสรีภาพ รวมถึงการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินเพื่อป้องกันประเทศ - สัญชาติ สถานะและความสามารถของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรสและมรดก - การกำหนดฐานความผิดอาญาบางประเภท อุกฤษฎ์โทษ และมีขมิ้มโทษ การนิรโทษกรรม การจัดตั้งศาลระบบใหม่ ๆ ขึ้น สิทธิและหน้าที่ของผู้พิพากษา - ฐานอัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีอากรทุกชนิด ระบบการผลิตเงินตรา

วรรค 2 รัฐสภาตราบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องต่อไปนี้ด้วย คือ - ระบบเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น - การจัดตั้งประเภทขององค์กรของรัฐ - หลักประกันขั้นมูลฐานของข้าราชการทหาร - การโอนกิจการของเอกชนเป็นของรัฐและการโอนทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจเป็นของเอกชน

ประเภทที่ 2 เป็นเรื่องต่าง ๆ ที่รัฐสภาที่มีอำนาจตราบัญญัติได้เฉพาะเพื่อกำหนดหลักการใหญ่ ๆ หรือหลักการทั่วไปของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งได้กำหนดไว้ใน มาตรา 34 ววรรค 3 คือ รัฐสภาตราบัญญัติวางหลักการใหญ่ ๆ ในเรื่องต่อไปนี้ - การจัดระเบียบป้องกันประเทศ -

การปกครองตนเองของกลุ่มชนส่วนท้องถิ่น ตลอดจนอำนาจหน้าที่และ  
รายได้ของกลุ่มชนส่วนท้องถิ่น - การศึกษา - ระบบกฎหมายว่าด้วย  
กรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิ์ และหนี้ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฯลฯ

2. การออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส  
ค.ศ. 1958 มาตรา 37 ได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายในเรื่องที่ไม่ได้  
อยู่ในเขตอำนาจรัฐบัญญัติ (รัฐสภา) ให้ถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องที่อยู่ใน  
เขตอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร พบว่า มี 3 ประเภท ดังนี้<sup>111</sup>

ประเภทที่ 1 ข้อบังคับเอกเทศ อาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ  
มาตรา 37 ซึ่งเป็นข้อบังคับที่รัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นโดยอิสระจากรัฐบัญญัติ  
เพื่อใช้บังคับในเรื่องต่าง ๆ ยกเว้นรัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ  
มีสถานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ  
ข้อบังคับนี้เรียกว่า “รัฐกฤษฎีกา”

ประเภทที่ 2 ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ เป็นข้อบังคับ  
ซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตรารัฐบัญญัติกำหนดหลักการ  
พื้นฐานไว้ หรือวางหลักการทั่วไปของกฎหมายเท่านั้นตามมาตรา 34 วรรค 3  
แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติ ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับ  
หลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้ ซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ประเภทที่ 3 ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศอาศัยอำนาจ  
รัฐธรรมนูญ มาตรา 21 ที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้  
เป็นไปตามรัฐบัญญัติได้แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติ ซึ่งมีฐานะเป็น  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

<sup>111</sup> รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ, *เพ็ญอ้าง*, หน้า 38-42.

3. การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารในฐานะ  
ฝ่ายปกครอง คือ รัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ ดังนี้

1) กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐมนตรี ที่มาของ  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยรัฐมนตรี มีดังนี้

(1) กฎหมายลำดับรองที่เป็น “กฎข้อบังคับภายใน  
ส่วนราชการ” รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชามีอำนาจออกกฎข้อบังคับเพื่อ  
ใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของตนได้ ซึ่งอำนาจ  
ออกกฎนี้ถือเป็นอำนาจของรัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติ  
ให้อำนาจไว้

(2) กฎหมายลำดับรองที่เป็น “กฎข้อบังคับที่มีผล  
กระทบต่อประชาชน” รัฐมนตรีไม่มีอำนาจออกกฎข้อบังคับเป็นการทั่วไป  
เช่นเดียวกันกับประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีและมีอำนาจออกกฎข้อบังคับ  
ที่มีผลผูกพันประชาชนได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจ  
รัฐมนตรีไว้โดยเฉพาะ

(3) กฎหมายลำดับรองที่เป็น “คำสั่งในรูปของ  
หนังสือเวียน” รัฐมนตรีมีอำนาจออกคำสั่งในรูปหนังสือเวียน แต่หนังสือเวียน  
นี้ไม่มีผลผูกพันประชาชน จะมีผลผูกพันเฉพาะข้าราชการ ผู้อยู่ใต้บังคับ  
บัญชาของรัฐมนตรี เพราะเป็นหน้าที่ของราชการที่จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติ  
ตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งหนังสือเวียนแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ

(ก) หนังสือเวียนที่เป็นคำสั่งภายในส่วนราชการ

(ข) หนังสือเวียนที่เป็นผลข้อบังคับ

2) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”  
ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ มีอำนาจออกข้อบังคับในหน่วยงานนั้น และ  
รัฐบัญญัติก็อาจกำหนดให้เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่น ๆ และนิติบุคคลมหาชน

(หน่วยงานทางปกครอง) ออกกฎข้อบังคับสำหรับประชาชนได้ในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจหน้าที่ของตน

สรุปความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาและข้อบังคับที่ตราโดยฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส ตามที่ได้ศึกษาจากความเป็นของรัฐสภาและฝ่ายบริหาร ในการเข้ามารับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติภายใต้ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) กล่าวคือ ภาระหน้าที่ในการนิติบัญญัติที่แท้จริง ในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐธรรมนูญสงวนไว้ ให้เป็นเขตอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น การตราบัญญัติของรัฐสภายังคงเป็นที่ถือว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมายที่สูงสุดไม่มีองค์กรใด รวมทั้งศาลที่จะโต้แย้งความสมบูรณ์ของรัฐบัญญัติได้ นอกจากตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งว่าเป็นเรื่องที่เกินอำนาจรัฐธรรมนูญให้ไว้เท่านั้น แม้ฝ่ายบริหารจะออกรัฐกฤษฎีกาในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของตนเองตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 37 ก็ตาม แต่กฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น ยังคงถือว่าเป็นเพียงการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลอยู่นั่นเอง ซึ่งเมื่อศาลปกครองเพิกถอนข้อบังคับใดแล้วข้อบังคับนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น

## 5.2 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษ ถือเป็นประเทศหนึ่งประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดทางกฎหมาย ซึ่งในเรื่องการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของฝ่ายบริหาร จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงหลักการกฎหมายในประเทศอังกฤษจะมอบให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายแต่อย่างไรก็ตาม ก็มีหลักการให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองขึ้นมาแต่ต้องไม่ขัดต่อหลักการหรือหลักกฎหมายที่ตรา โดยรัฐสภาและอยู่ภายใต้การไว้วางใจของรัฐสภา พบว่า ได้รับมรดกทางความคิดและสถาบันการใช้

อำนาจนิติบัญญัติของกษัตริย์ในยุคกลาง และพัฒนามาจากการมอบอำนาจของกษัตริย์ในฐานะรัฐบาลกลางให้แก่ส่วนท้องถิ่นหรือข้าราชการบริหารของพระองค์ตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 14 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบอำนาจให้จัดการงานทางเศรษฐกิจ<sup>112</sup> ซึ่งที่มาของกฎหมายลำดับรองของประเทศอังกฤษมีความเป็นมาดังนี้

### 5.2.1 การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายบริหารตามที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา : สมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8

สมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 8 รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ Statuts of Sewers มอบให้คณะกรรมการบัญญัติกฎหมายในรูปแบบต่างๆ คณะกรรมการมีอำนาจตรากฎหมายในเรื่องใด ๆ ก็ได้ตามสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปและความจำเป็นแก้ไขและยกเลิกกฎหมาย กฎหมายที่คณะกรรมการตราขึ้นมานั้น มีผลสมบูรณ์ตามพระราชบัญญัติเมื่อได้รับความเห็นชอบจาก Chancery และได้รับความยินยอมจากกษัตริย์<sup>113</sup> ส่วนหลักการที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาได้ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1539 โดยพระราชบัญญัติ Statute of Proclamation มอบให้พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำขององคมนตรีออกประกาศ พระบรมราชโองการและที่สำคัญได้มีการริเริ่มความคิดที่ว่าพระราชโองการของกษัตริย์ควรได้รับการรักษาหรือจากรัฐสภาก่อนที่จะนำไปประกาศใช้<sup>114</sup> แต่อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจในครั้งนั้น รัฐสภายังไม่มีสถานะเป็นองค์กรสูงสุดและกฎหมายที่กษัตริย์ตราขึ้น โดยคำแนะนำของ

<sup>112</sup> C.K. Allen. "Law and Order" London : Steven & sons, 1965. P.24

<sup>113</sup> Commissioner of Sewers and early modern English administrative law. Tuesday, September 13, 2016 อ้างใน <https://environmentlawhistory.blogspot.com/2016/09/commissioners-of-sewer-and-early.html?m=1> เข้าถึงข้อมูลวันจันทร์ที่ 18 พฤษภาคม 2563

<sup>114</sup> C.K. Allen. Ibid., pp.26-27

องคมนตรีที่มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยคำแนะนำของ  
รัฐสภา โดยมีเงื่อนไขเพียงว่าร่างกฎหมายที่กษัตริย์ตราขึ้นนี้ต้องไม่มีผล  
กระทบต่อหลักกฎหมายคอมมอนลอว์หรือพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับ  
อยู่เช่นเดิม

## 5.2.2 การปฏิบัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของ รัฐสภา: สมัยพระเจ้าเจมส์ ที่ 2

ในสมัยราชวงศ์สจวร์ต ยังคงมีปัญหาในเรื่องอำนาจของ  
รัฐบาล (อำนาจของฝ่ายบริหาร) รวมทั้งอำนาจบัญญัติกฎหมายและ  
การบังคับใช้กฎหมายหรือการงดเว้นไม่บังคับใช้กฎหมาย แก่ผู้หนึ่งผู้ใด  
กลายเป็นความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างอำนาจของรัฐสภากับอำนาจ  
ดั้งเดิมของกษัตริย์ ในสมัยพระเจ้าเจมส์ ที่ 2 พระองค์ทรงพยายามรวมอำนาจ  
ต่างๆ อยู่ที่พระองค์เองภายใต้หลักการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์  
ทำให้รัฐสภาทำการปฏิบัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของ  
พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ในปี ค.ศ. 1688 ได้ตราพระราชบัญญัติ Bill of Rights  
และปลายราชวงศ์สจวร์ต สมัยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 พระองค์รวมอำนาจอีกครั้ง  
จนก่อให้เกิดการปฏิวัติ ซึ่งการปฏิวัตินี้ แม้ไม่มีการเสียเลือดเนื้อแต่  
ก็ได้สร้างหลักเกณฑ์และสถาบันในการบัญญัติกฎหมายขึ้นและเป็นรากฐาน  
ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภาได้  
ตราพระราชบัญญัติ Act of Settlement จำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์  
และตั้งแต่นั้นมารัฐสภาก็เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย  
ส่วนพระราชอำนาจของกษัตริย์แต่ดั้งเดิมในการตรากฎหมายนั้นมีฐานะรอง  
ลงมา<sup>115</sup> และที่สำคัญในระยะนี้รัฐสภาได้ระมัดระวังต่อการมอบอำนาจ  
นิติบัญญัติให้กับฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก เนื่องจากจะกลัวว่าจะถูก  
ฝ่ายบริหาร คือ กษัตริย์จะใช้กฎหมายก่อให้เกิดการรวมศูนย์ในระบอบ  
สมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้นมาอีก

<sup>115</sup> Ibid., p.26

### 5.2.3 การทบทวนการมอบอำนาจการตรากฎหมายของ รัฐสภาให้กับฝ่ายบริหาร : การปฏิวัติอุตสาหกรรม

ในช่วงเวลาที่มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม ปี ค.ศ. 1760 – 1850 แนวคิดเสรีนิยมถูกแทนที่ไปด้วยแนวคิดแบบ “ลัทธิในกรรมสิทธิ์ร่วมกัน” (Collectivism) รัฐสภามีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายเพิ่มมากขึ้น ทั้งในเรื่องการอนามัย การศึกษา การใช้แรงงานเด็ก เป็นต้น และในทางที่เป็นจริงรัฐสภาเริ่มตระหนักแล้วว่า งานนิติบัญญัติไม่อาจดำเนินไปได้ โดยปราศจากความช่วยเหลือของฝ่ายบริหารที่มีความรู้ความสามารถงานบริการประชาชน ซึ่งงานบริการประชาชนที่ต้องขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว รัฐสภาได้มอบอำนาจให้องค์กรปกครองฝ่ายปกครองมากขึ้น จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 เกิดความสับสนและเกิดปัญหาที่ต้องทบทวนถึงการมอบอำนาจของรัฐสภาและการตรากฎหมายตามที่ต้องทบทวนถึงการมอบโดยเฉพาะอย่างยิ่งเข้าสู่ “รัฐสวัสดิการ” ในศตวรรษที่ 20 ปัญหาเศรษฐกิจและสังคม มีการเรียกร้องให้รัฐเข้าไปจัดการแก้ปัญหาความต้องการกฎหมายจึงมีเพิ่มมากขึ้นด้วย<sup>116</sup>

ข้อวิจารณ์ต่าง ๆ ถึงอันตรายของการมอบอำนาจและความพยายามที่จะกำหนดขอบเขตระหว่างอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาและอำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ปัญหาที่ถกเถียงกันมากก็คือ การตรากฎหมายของรัฐสภามีมาตรการป้องกันทางประชาธิปไตยหลายวิธี เช่น มีการอภิปรายร่างพระราชบัญญัติในสภาผู้แทนประชาชน มีการรับความคิดเห็นจากประชาชนในร่างกฎหมายที่ประกาศใช้ แต่การบัญญัติกฎหมายของฝ่ายบริหารจะมีผลใช้บังคับทันทีโดยไม่มีการโฆษณาหรือแจ้งให้ประชาชนทราบก่อน ในปี ค.ศ. 1946 รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ The Statutory Instrument Act ยกเลิก Rule Publication act 1893

<sup>116</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, อ้างแล้ว, หน้า 17.

เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายฉบับเดิมที่ออกโดยฝ่ายบริหารโดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดวิธีการที่จะตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่เรียกกันว่า “การวางไว้ต่อรัฐสภา” และได้ระบุว่ากฎหมายประเภทใดที่ต้องนำมาวางไว้ต่อรัฐสภา ซึ่งมี 3 วิธี คือ

วิธีที่ 1 การวางปกติ

วิธีที่ 2 การวางเพื่อจะยกเลิกหรือไม่

วิธีที่ 3 การวางเพื่อได้รับความเห็นชอบและกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารจะต้องมีการจัดพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อพิจารณาโดยสรุปกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศอังกฤษ โดยหลักการกฎหมายในประเทศอังกฤษจะมอบให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามก็มีหลักการให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองขึ้นมา แต่ต้องไม่ขัดต่อหลักการหรือหลักกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาและอยู่ภายใต้การไว้วางใจของรัฐสภา กล่าวคือฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายลำดับรองได้ต่อเมื่อได้รับมอบจากกฎหมายของรัฐสภาและมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนั้นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา<sup>117</sup> ดังนั้น สรุปได้ว่ากฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร คือ “กฎ” ที่ออกมานั้นต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์เพื่อการบังคับใช้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจและจะใช้บังคับได้นั้นต้องมีการเผยแพร่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเสียก่อน<sup>118</sup>

<sup>117</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, อ้างแล้ว, หน้า 42.

<sup>118</sup> R.H. Janes “Constitutional and Administration Law” (London : Macdonal & Evans Ltd, 1968, p.75)

### 5.3 ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศ สหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอีกประเทศหนึ่งที่ประเทศไทยได้รับอิทธิพลเกี่ยวกับความคิดการจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยเฉพาะในเรื่องการกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ดังนั้น จำเป็นต้องศึกษาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองของประเทศสหรัฐอเมริกา อำนาจออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารในสหรัฐอเมริกา ศาลได้ยอมรับและรับรองให้รัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรองภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐสภาต้องวางมาตรฐานหรือนโยบายเพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายขององค์กรผู้รับมอบอำนาจและการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือและตรวจสอบได้ นอกจากนี้การมอบอำนาจจะต้องไม่เป็นการสละหรือโอนอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา<sup>119</sup> ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ค่อนข้างเคร่งครัดในระบบรัฐบาลแบบประธานาธิบดี ซึ่งมีความเป็นมาดังนี้

#### 5.3.1 การพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1789 ในระยะแรก

กฎหมายลำดับรองของประเทศสหรัฐอเมริกาในระยะเริ่มแรกรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 ภายใต้แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจ มาตรา 1 บัญญัติว่า “อำนาจนิติบัญญัติทั้งปวงที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นอำนาจของรัฐสภาสหรัฐ และมีอำนาจออกกฎหมายที่จำเป็นและเหมาะสมสำหรับการปฏิบัติการกิจของรัฐ” ถูกหยิบยกเป็นประเด็นปัญหาในทางรัฐธรรมนูญว่า การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารจะต้องมีลักษณะใดบ้าง เกิดจากพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจ ซึ่งศาลสูงได้วาง

<sup>119</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, อ้างแล้ว, หน้า 24-26.

หลักไว้ เช่น<sup>120</sup>

คดีที่ 1 คดี Wayman v. Southard (1825) โดยความเห็นของผู้พิพากษา Marschall ว่า เราไม่เคยโต้แย้งเลยว่า รัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) สามารถมอบอำนาจให้ศาลหรือคณะกรรมการวินิจฉัย (tribunal) กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องเฉพาะและอย่างเคร่งครัดและรัฐสภา ก็อาจมอบอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐสภาควรจะใช้ด้วยตนเองและอำนาจที่มอบให้เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องกำหนดไว้ในขณะที่ตนมอบอำนาจ ซึ่งผู้พิพากษา Marschall ได้แยกขอบเขตของอำนาจระหว่างรัฐสภามอบอำนาจให้ศาลกับรัฐสภามอบอำนาจให้องค์กรอื่น ๆ ว่ารัฐสภาต้องกำหนดเนื้อหาสาระของกฎหมายไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไป และให้องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจกำหนดรายละเอียดเพื่อให้บทบัญญัติทั่วไปของรัฐสภาสมบูรณ์

คดีที่ 2 คดี Cincinnati W.& Z. R. Co. v. Commissioner, (1852) ได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการมอบอำนาจนิติบัญญัติ และการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจนิติบัญญัติ เป็นการตัดสินใจของรัฐสภาว่าอะไรควรเป็นกฎหมายและให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่องค์กรผู้รับมอบอำนาจเพียงเพื่อปฏิบัติภาระหน้าที่ภายใต้กฎหมายและให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

**5.3.2 การมอบอำนาจของรัฐสภาให้กับฝ่ายบริหารจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายในระยะที่ 2**

การมอบอำนาจของรัฐสภาให้กับฝ่ายบริหารจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายในระยะที่ 2 ถือเป็น “ยุครัฐสวัสดิการ” เป็นการวางหลักการ

<sup>120</sup> K.C. David “Administrative Law : Case – Text – Problems”, 6th ed (St.Poul, Minn : West Publishing Co., 1971 p. 33 34)

มอบอำนาจต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายไว้ด้วย ถือเป็น การพัฒนาการจัดทำกฎหมายลำดับรองในระยะที่ 2 มีคำวินิจฉัยของ ศาลสูง ได้วางหลักในเรื่องการมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจที่ไม่ได้กำหนด หลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายไว้ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย เป็นโมฆะ ดังเช่นในคดี ต่อไปนี้<sup>121</sup>

คดี *Buttfield v. Stranahan* (1904) ศาลสูงได้วินิจฉัยว่า การมอบอำนาจจะทำได้ต่อเมื่อผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์และ ขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจในเรื่องของการที่กฎหมายมอบ ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกำหนดมาตรฐานความบริสุทธิ์ ความเหมาะสมและคุณภาพของชา ที่เป็นสินค้านำเข้า กฎหมายดังกล่าวมี วัตถุประสงค์ที่จะยกเว้น ภาษีคุณภาพต่ำที่สุด ดังนั้นการที่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลังใช้อำนาจที่ได้รับมอบมานี้จึงเป็นเพียงการปฏิบัติการให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์เบื้องต้นตามเจตนารมณ์ของรัฐสภา<sup>122</sup>

คดี *Panama Refining Co. v. Ryan* (1935) รัฐสภาได้ ให้อำนาจประธานาธิบดีออกกฎหมายห้ามจำหน่ายน้ำมันระหว่างรัฐ ศาลสูง วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐสภาไม่ได้กำหนด นโยบายหรือมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ใดไว้เลย รัฐสภาไม่ได้กำหนดเงื่อนไข ในการอนุญาตหรือห้ามการจำหน่ายน้ำมันเลย ประธานาธิบดีได้รับอำนาจ อย่างไม่จำกัดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 5.3.3 ความจำเป็นของฝ่ายบริหารต้องออกกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” : ช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2

ในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งถือเป็นระยะที่ 3 ที่ศาลสูง ได้ยอมรับความจำเป็นของฝ่ายบริหารที่ต้องออกกฎหมายลำดับรอง

<sup>121</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว, หน้า 25.

<sup>122</sup> K.C.Davis, op.cit., footnote 1, p.36

การมอบอำนาจจึงจำเป็นไปอย่างกว้างขวาง ทั้งนี้เพราะศาลเริ่มตระหนักว่า รัฐสภาไม่อาจคาดการณ์ล่วงหน้าได้ และฝ่ายบริหารมีความจำเป็นต้องปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ เช่น ในคดีต่อไปนี้<sup>123</sup>

คดี Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins (1940) ศาลสูงยอมรับว่ารัฐสภาอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจโดยรัฐสภาถูกตระหนักว่าเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อที่ว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติจะไม่กลายเป็นสิ่งที่ไม่มีความชอบธรรมหรือเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผล

คดี Lichter v. United States (1948) กฎหมาย Renegation Act. 1942 ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำสัญญาระหว่างสงครามได้ เมื่อปรากฏว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับกำไรมากเกินไปเกินกว่าที่ของรัฐบาลอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวออกกฎหมายคุ้มครองกำหนดนิยามของ “กำไรมากเกินไป” และต่อมารัฐสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1944 ศาลสูงได้วินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองกำหนดนิยามขึ้นและรัฐสภาได้ตราคำนิยามดังกล่าวลงไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของคำนิยามนี้ แต่ก็ได้ทำความจำเป็นที่ต้องกำหนดคำนิยามที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คดี Amalgamate Cutter v. Connally (1971) เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีกำหนดอัตราจ้างและราคาตามเศรษฐกิจของชาติ ศาลสูงวินิจฉัยว่า ปัญหาการมอบอำนาจไม่ใช่ปัญหาว่าเจ้าหน้าที่รัฐบาลให้อยู่ โดยลักษณะเป็นการนิติบัญญัติหรือไม่ หรือรัฐสภาได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานให้พอเข้าใจได้หรือไม่ แต่การพิจารณาว่านโยบายของการมอบอำนาจนั้นสามารถตรวจสอบได้ทั้งในทางเนื้อหาและ

<sup>123</sup> รตาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ. อ้างแล้ว, หน้า 25.

วิธีการ เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของผู้รับมอบอำนาจ คือ การควบคุมการใช้อำนาจที่ได้รับมอบและการจะบรรลุวัตถุประสงค์ในการมอบอำนาจได้ ก็โดยจำกัดขอบเขตทางเนื้อหาหรือวิธีการทั้ง 2 อย่าง

เมื่อพิจารณาสรุป การจัดทำกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศสหรัฐอเมริกาเราจะพบประเด็นสำคัญ ของการวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) คือ การแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด อีกด้านหนึ่งความจำเป็นของการปกครองสมัยใหม่ทำให้ทฤษฎีเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ ศาลจึงได้ยอมรับให้รัฐสภามอบอำนาจได้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า รัฐสภาจะต้องวางมาตรฐานหรือนโยบายเพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ขององค์กรผู้รับมอบอำนาจ และการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือ และตรวจสอบได้ และที่สำคัญการมอบอำนาจจะต้องไม่เป็นการสละหรือโอนอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐสภา

## บทที่ 3

### วิธีการดำเนินการวิจัย และสถานที่ทำการทดลอง/เก็บข้อมูล

ในบทที่ 3 นี้ ผู้วิจัยอธิบายถึงกระบวนการวิจัย คือ วิธีการดำเนินการวิจัย และสถานที่ทำการทดลอง/เก็บข้อมูล ดังนี้

#### 1. วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเอกสารและการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย คือ ตลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตลาการศาลปกครอง และนักวิชาการด้านกฎหมายผู้ทรงคุณวุฒิ นำมาศึกษาวิเคราะห์ สังเคราะห์เพื่อตอบหัวข้อโจทย์วิจัยดังกล่าว โดยมีขั้นตอนดังนี้

##### 1.1 ขั้นตอนที่ 1

ผู้วิจัยดำเนินการศึกษารวบรวม ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ วารสาร ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวบรวมกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย เพื่อที่ดำเนินการเขียนข้อเสนอโครงการวิจัย ดังนี้

ข้อมูลเบื้องต้นที่เกี่ยวข้องงานวิจัยที่เป็นภาษาไทย ได้แก่

#### หนังสือ/ตำราที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

โกเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร ศักดิ์แสง (2549) “การศึกษาแนวใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน.

จรัญ โฆษณานันท์ (2556) “**นิติปรัชญา**” กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย  
รามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 16.

จุลกิจ รัตนมาศทิพย์ (2553) “**ฎีกามหาชน : วาทกรรมว่าด้วยสังคม,  
กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย เล่ม 4 ภาค 3  
นิติวิธี**” กรุงเทพฯ: บริษัทโรงพิมพ์ล้านคำ จำกัด.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์ศานต์ (2536) “**การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความ  
รัฐธรรมนูญ**” วารสารกฎหมายปกครอง, สิงหาคม.

เดโช สวานานนท์ (2545) “**พจนานุกรมศัพท์การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วม  
ของพลเมืองในระบอบประชาธิปไตย**” กรุงเทพฯ: บริษัทหน้าต่าง  
สู่โลกกว้าง.

นรนิติ เศรษฐบุตร (2547) บรรณาธิการ “**สารานุกรมการเมืองไทย**”  
กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพาณิชย์ (2547) “**ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**”  
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปรีดี เกษมทรัพย์ (2531) “**นิติปรัชญา**” พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 2.

ปัญญา อูชาชน (2554) “**องค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ  
กฎหมายที่เหมาะสมกับประเทศไทย**” วารสารกระบวนการยุติธรรม  
เล่มที่ 1 ปีที่ 4 มกราคม – มีนาคม.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช (2531) “**เอกสารการสอนชุด วิชา  
กฎหมายมหาชน**” หน่วยที่ 1-7 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช :  
นนทบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 10.

วิชญ์ เครืองาม (2530) “**กฎหมายรัฐธรรมนูญ**” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติ  
บรรณการ.

วิชณู วรวิญญู,ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธ์, เจตน์ สภาวรศีลพร (2551) “ตำรา  
กฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป” กรุงเทพฯ :  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สมยศ เชื้อไทย (2545) “คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งทั่วไปหลักทั่วไป :  
ความรู้กฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์  
ครั้งที่ 8, 2545

สมยศ เชื้อไทย (2554) “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” เอกสารประกอบการ  
บรรยายคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เอกสารและ  
วารสารที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

จิรศักดิ์ รอดจันทร์ (2549) “กฎหมายภาษี : วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดี  
ข้อเสียตามระบบกฎหมายของไทยและระบบกฎหมายของ  
ประเทศอังกฤษ” จุลสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจ  
บัณฑิตย ภาคว 2/2549.

สิทธิกร ศักดิ์แสง (2549) “ปัญหาผู้ตีความตามรัฐธรรมนูญ กรณีพระราช  
กฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่  
วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73 กรกฎาคม.

สิทธิกร ศักดิ์แสง (2550) “ศาลเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายได้หรือไม่ในระบบ  
กฎหมายของไทย” วารสารข่าว กฎหมายใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 83  
พฤษภาคม.

สิทธิกร ศักดิ์แสง (2559) “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับ  
รัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราช  
อาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เพื่อการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ใน  
อนาคต” วารสารกระบวนการยุติธรรม ปีที่ ค เล่มที่ 2 พฤษภาคม  
– สิงหาคม

### วิจัย/วิทยานิพนธ์ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

พรเลิศ สุทธิรักษ์และสิทธิกร ศักดิ์แสง (2552) “การมีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงของประชาชน : กรณีศึกษาเปรียบเทียบการเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กับ 2550” รายงานวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัยตาปี.

มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง(2551) “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ กฎ” กรุงเทพฯ : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง.

สรารุช ปิตุเตชะ (2545) “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุรียา ปานแป้น (2554) “ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 52 ก ลงวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 102 ก ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ราชกิจจานุเบกษา  
เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก หน้า 1 ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557  
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก หน้า 1 ลงวันที่ 22  
กรกฎาคม 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ราชกิจจานุเบกษา  
เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก หน้า 1-90 ลงวันที่ 6 เมษายน 2560

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ราชกิจจานุเบกษา  
เล่ม 113 ตอนที่ 60 ก หน้า 1 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542  
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 94 ก หน้า 1 ลงวันที่ 10  
ตุลาคม 2542

### คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับงานวิจัย

คำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวกับงานวิจัย ได้แก่

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1-2/2550 กับ 3-5/2550

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 19/2548

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 92/2551

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2554

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.12/2554 เป็นต้น

## ข้อมูลต่างประเทศที่เกี่ยวกับงานวิจัย

Hans, Kelsen. “The Pure Theory of Law” Translated by M.Knight.  
Berkley : University of California Press.1967.

Hubert, AMIEL. “Les lois organiques, Revue du Droit Public”.  
Paris. 1989.

Partice GELARD. “DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS  
POLITIQUES”.Paris, 1980

Marinnella Baschie “Introduction to the Italian Legal System.  
The Allocation of Normative Powers : Issues In Law  
Finding” International Journal of Legal Information the  
Official Journal of Legal Informational Association of Law  
Liberaries. Volume 34 Issue 2 Summer 2006.

THE CONSTITUTIONS OF THE REPUBLIC OF ITALY 1947.

THE CONSTITUTIONS OF FRANCE 1963.

THE SPANISH CONSTITUTIONS 1978.

**1.2 ขั้นตอนที่ 2** นำตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ วารสาร ข้อมูลทาง  
อินเทอร์เน็ต รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ กฎหมาย  
ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง  
คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัย  
ศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง  
มาศึกษาวิเคราะห์ สังเคราะห์ กำหนดประเด็นปัญหาในหัวข้องานวิจัยและ  
สัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

ประเด็นการสัมภาษณ์ผู้วิจัยได้แยกประเด็นสัมภาษณ์ไว้  
4 ประเด็น ดังนี้

ประเด็นสัมภาษณ์ข้อที่ 1 ท่านมีความเห็นอย่างไร การให้คำนิยาม

ความหมายของพระราชกฤษฎีกา เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ประเด็นสัมภาษณ์ข้อที่ 2 ท่านเห็นด้วยหรือไม่กับคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรมีฐานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”

ประเด็นสัมภาษณ์ข้อที่ 3 ท่านเห็นด้วยหรือไม่กับคำพิพากษาของศาลปกครองให้พระราชกฤษฎีกากฎโทษเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ประเด็นสัมภาษณ์ข้อที่ 4 ท่านมีความเห็นอย่างไรกับพระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของข้าราชการในพระองค์ ตามมาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประเด็นสัมภาษณ์ข้อที่ 5 ท่านมีความเห็นและแนวทางแก้ไขอย่างไรในประเด็นปัญหา สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นทางกฎหมายใดระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” “กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือ เป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัมภาษณ์ ดังนี้ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิ ดังนี้

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยดำเนินการสัมภาษณ์ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ มีผลงานวิชาการหรือมีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

ตุลาการศาลปกครอง ผู้วิจัยดำเนินการคัดเลือกจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ มีผลงานวิชาการหรือ

มีการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย

นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้วิจัยดำเนินการคัดเลือกสัมภาษณ์จากนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิที่มีผลงานทางวิชาการเกี่ยวข้องกับงานวิจัยและมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์

**1.3 ขั้นตอนที่ 3** วิเคราะห์เอกสาร โดยศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติมเอกสาร ตำรา งานวิจัย วิทยานิพนธ์ วารสาร ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต รวมทั้งเอกสารต่าง ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวบรวมกฎหมาย ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎหมายลำดับรอง คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องคำพิพากษาของ ศาลปกครองที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ข้อมูลการสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิ ประเด็นปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายและหาข้อเสนอแนะทางในการแก้ไขปัญหา และรวบรวมเป็นรายงานวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัย และการดำเนินการสังเคราะห์เพื่อบูรณาการสู่การเรียนการสอนพัฒนาตำราวิชากฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองต่อไป

## 2. ขอบเขตพื้นที่ศึกษาวิจัยและเก็บข้อมูลวิจัย

ผู้วิจัยใช้สถานที่ศึกษาวิจัยนั้นประกอบ 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 เป็นการศึกษาวินิจฉัยเอกสาร ส่วนที่ 2 สัมภาษณ์เชิงลึก ดังนี้

### 2.1 ขอบเขตพื้นที่ใช้ในการศึกษาวินิจฉัย

ขอบเขตพื้นที่ใช้ในการศึกษาวินิจฉัย คือ สถานที่ใช้ในการศึกษาวินิจฉัยเอกสารกับสถานที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึก ดังนี้

### 2.1.1 สถานที่ใช้ในการศึกษาวิจัยเอกสาร

ผู้วิจัยจะใช้สถานที่วิจัยในห้องสมุดเป็นหลัก ได้แก่ ห้องสมุดของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ในส่วนกลางที่มีเอกสาร หนังสือ ตำรา กฎหมาย งานวิจัย และวิทยานิพนธ์ เช่น ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ห้องสมุดจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ห้องสมุดมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย ห้องสมุดหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย เช่น ห้องสมุดรัฐสภา ห้องสมุดสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ห้องสมุดสำนักงานศาลปกครอง

### 2.1.2 สถานที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึก

ผู้วิจัยจะสัมภาษณ์เชิงลึก 3 กลุ่ม คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ฌ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง และ นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิที่มีผลงานงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย ได้แก่ นักวิชาการประจำอยู่ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เช่น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นต้น นักวิชาการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สัมภาษณ์ที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## 2.2 การเก็บข้อมูล

การเก็บข้อมูลงานวิจัยในเรื่องนี้ ผู้วิจัยดำเนินการวิจัยเอกสารเป็นหลัก และดำเนินการวิจัยโดยการสัมภาษณ์เชิงลึกกับผู้ที่เกี่ยวข้องงานวิจัยที่สำคัญ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง และ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนที่มีผลงานวิชาการเกี่ยวข้องกับงานวิจัย การเก็บข้อมูล มีดังนี้

### 2.2.1 การเก็บข้อมูลเอกสาร

ข้อมูลเพื่อประกอบการเขียนงานวิจัย การค้นหาข้อมูล เพื่อประกอบการเขียนผลงานทางวิชาการมีวิธีการสืบค้น คือ ค้นหาข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ค้นหาจากบรรณานุกรมท้ายตำรา หนังสือ บทความวิชาการ

งานวิจัยที่เราค้นหาและค้นหาในห้องสมุดในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับผลงาน  
วิชาการที่จะเขียน ดังนี้

### 2.2.1.1 ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต

ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต การค้นหาด้วยการพิมพ์คำสำคัญ (Keyword)<sup>1</sup> ชื่อเรื่อง ชื่อคน แหล่งค้นคว้า ในฐานะข้อมูลภูเกิล (<https://google.co.th>) หัวข้อที่จะเขียนในรายวิชาที่จะสอน ในแต่ละหัวข้อ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ในฐานะข้อมูลในภูเกิล จะได้ข้อมูลที่เราจะเขียนส่วนหนึ่ง แต่บอกที่มาของข้อมูลใครเป็นผู้เขียน เรื่องอะไรในเว็บไซต์ใด แล้วระบุวัน เดือน ปี ในการสืบค้น ซึ่งการค้นหาข้อมูลที่รวดเร็วที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม ข้อมูลพวกนี้ยังเป็นฐานข้อมูลอ้างอิงที่ไม่ค่อยจะยอมรับในทางวิชาการ แต่เป็นข้อมูลเบื้องต้นที่เราสามารถเขียนหรือตั้งประเด็นในการเขียนได้ หรือ การค้นหาฐานข้อมูล Thailis (Thai Library Integrated System) ในเว็บ [thailis.or.th](http://thailis.or.th) ซึ่งเป็นโครงการเครือข่ายห้องสมุดแห่งประเทศไทย สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาที่บริการข้อมูลงานวิจัย วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการที่สำคัญในการค้นคว้างานวิชาการ ซึ่งฐานข้อมูลทางเว็บไซต์ที่สำคัญที่จะช่วยให้เราค้นคว้าในการเขียนบทความวิชาการได้อย่างมีประสิทธิภาพ ได้แก่ Google (<https://www.google.com>) Google Scholar (<https://scholar.google.co.th/>) Single Search หอสมุดแห่งชาติ (<http://search.nlt.go.th:1701>) ฐานข้อมูลเอกสารฉบับเต็ม ThaiLIS Digital Collection (TDC) (<http://tdc.thailis.or.th/ddc/>) Thai Journal Online (ThaiJO) (<https://www.tci-thaijo.org/>) เป็นต้น

---

<sup>1</sup> การค้นหาด้วยการพิมพ์คำสำคัญ (Keyword) คือ คำที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็นตัวแทนเนื้อหาสารสนเทศโดยมาจากคำที่ปรากฏในหนังสือ บทความ หรือทรัพยากรสารสนเทศนั้นๆ อาจเป็นคำที่ปรากฏในชื่อเรื่อง บทคัดย่อ สารสังเขปหรือเนื้อหาของทรัพยากรสารสนเทศนั้นๆ อ้างใน [www.longdo.com](http://www.longdo.com) เข้าถึงข้อมูลวันที่ 5 มิถุนายน 2561

### 2.2.1.2 ข้อมูลในบรรณานุกรม

ข้อมูลในบรรณานุกรมการสืบค้นที่ได้รวดเร็วและสืบค้นที่ดี คือ การสืบค้นข้อมูลบรรณานุกรมใน ตำรา /หนังสือ/ วิทย /วิทยานิพนธ์ /บทความและเอกสารต่าง ๆ ที่อยู่ในหนังสือ /ตำรา /บทความ/ วิทยและวิทยานิพนธ์ ที่เขียนอ้างอิง เพราะในบรรณานุกรมในตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความ เอกสารต่าง ๆ ที่ระบุไว้ก็จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เราเขียนทั้งนั้นจะทำให้เรามีข้อมูลเพิ่มเติมที่จะเขียนผลงานทางวิชาการ

### 2.2.1.3 ข้อมูลในห้องสมุด

ข้อมูลในห้องสมุด<sup>2</sup> เมื่อได้ข้อมูลที่จะค้นหา เราก็ดำเนินการค้นหาข้อมูลรายละเอียด ในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่ต้องการผลงานทางวิชาการในห้องสมุดของหน่วยงาน เช่น ห้องสมุดของรัฐสภา ห้องสมุดของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ทั้งของรัฐและเอกชน หอสมุดแห่งชาติ ห้องสมุดสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ห้องสมุดสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (วช.) เป็นต้น ซึ่งห้องสมุดในหน่วยงานเหล่านี้จะมีผลงานทางวิชาการที่หลากหลายมีข้อมูลที่สามารถทำให้เราเขียนผลงานทางวิชาการได้อย่างเต็มที่ และที่สำคัญในกรณีที่ไม่มีข้อมูลต่างประเทศหรือของประเทศไทยในห้องสมุด สามารถนำเสนอต่อห้องสมุดเพื่อดำเนินการจัดการจัดซื้อหรือไปถ่ายเอกสารนำมาบริการให้กับประชาชน เช่น ในกรณีห้องสมุดรัฐสภาไม่มีหนังสือในห้องสมุดผู้เขียนก็ทำเรื่องเสนอให้ห้องสมุดดำเนินการสั่งซื้อมาให้บริการกับประชาชนได้ เป็นต้น

<sup>2</sup> การค้นคว้าหาข้อมูลในห้องสมุดจากสถาบันการศึกษาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการเขียนผลงานทางวิชาการ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นส่วนสำคัญมากที่สุดหรือเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญที่สุดในการค้นคว้าหาข้อมูลในการเขียนผลงานทางวิชาการ เพราะห้องสมุดในสถาบันการศึกษาจะเป็นฐานข้อมูลการศึกษาที่ถูกกำหนดมาตรฐานการศึกษาในการเปิดหลักสูตรที่ ต้องมีข้อมูลแหล่งค้นคว้าเพียงพอให้กับนักศึกษา

## 2.2.2 การเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก

การเก็บข้อมูลโดยการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้วิจัยจะใช้วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึกเพื่อสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้อง คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิ โดยเฉพาะนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน จะสืบค้นงานเขียนที่มีผลงานวิชาการตีพิมพ์ในหนังสือ ตำรา วิจัยและบทความ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัย โดยใช้เวลาประมาณ 30 – 45 นาที โดยผู้ให้สัมภาษณ์เชิงลึกสามารถที่จะเลิกการให้สัมภาษณ์ได้ตลอดเวลาในกรณีที่เกิดความไม่สบายใจภายใต้หลักจริยธรรมการวิจัยในมนุษย์ดังนี้

### 2.2.2.1 การสัมภาษณ์เชิงลึกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ผู้วิจัยดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร โดยมีการประสานล่วงหน้า พร้อมกับส่งประเด็นการสัมภาษณ์และเอกสารที่เกี่ยวข้องให้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ตอบรับการสัมภาษณ์

### 2.2.2.2 การสัมภาษณ์เชิงลึกตุลาการศาลปกครอง

ผู้วิจัยดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกกับตุลาการศาลปกครอง ณ สำนักงานศาลปกครอง ถนนแจ้งวัฒนะ เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร โดยมีการประสานล่วงหน้า พร้อมกับส่งประเด็นการสัมภาษณ์และเอกสารที่เกี่ยวข้องให้กับตุลาการศาลปกครองที่ตอบรับการสัมภาษณ์

### 2.2.2.3 การสัมภาษณ์เชิงลึกนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน

ผู้วิจัยดำเนินการสัมภาษณ์ ณ ที่ทำงาน หรือ นักวิชาการท่านผู้นั้นไปบรรยายในสถานที่ต่าง ๆ โดยมีการประสานล่วงหน้า พร้อมกับ

ส่งประเด็นการสัมภาษณ์และเอกสารที่เกี่ยวข้องให้กับนักวิชาการด้าน  
กฎหมายมหาชนที่ตอบรับการสัมภาษณ์

### 2.3 การปกปิดข้อมูลและการเผยแพร่ข้อมูล

การปกปิดข้อมูลและการเผยแพร่ข้อมูลสัมภาษณ์ภายใต้หลัก  
จริยธรรมการวิจัยในมนุษย์ประกอบด้วย 2 ลักษณะ ดังนี้

ลักษณะที่ 1 การปกปิดผู้ให้สัมภาษณ์หรือการเปิดเผยชื่อผู้ให้  
สัมภาษณ์ ในแบบสัมภาษณ์ผู้วิจัยกำหนดแบบฟอร์มให้ผู้สัมภาษณ์ยินยอมที่จะ  
เปิดเผยชื่อหรือไม่เปิดเผยชื่อผู้ให้สัมภาษณ์

ลักษณะที่ 2 การเผยแพร่ข้อมูลในการสัมภาษณ์ ว่าให้เผยแพร่  
ประโยชน์ในทางวิชาการหรือไม่ ในกรณีที่ยินยอมให้มีการเผยแพร่ผู้วิจัยจะส่ง  
บทสัมภาษณ์ให้กับผู้ให้สัมภาษณ์พิจารณาก่อนว่าอนุญาตให้เผยแพร่ได้  
หรือไม่

### 2.4 การทำลายเอกสาร

การทำลายเอกสารในการสัมภาษณ์ภายใต้หลักจริยธรรม  
การวิจัยในมนุษย์ ในกรณีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง  
นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนผู้ทรงคุณวุฒิโดยเฉพาะนักวิชาการด้าน  
กฎหมายมหาชน ที่ไม่ยินยอมให้มีการเปิดเผยข้อมูลการสัมภาษณ์ผู้วิจัยดำเนินการ  
ทำลายเอกสารด้วยเครื่องทำลายเอกสารส่วนข้อมูลที่ได้มาจากการ  
อัดเทปคำสัมภาษณ์จะดำเนินการลบข้อมูลออกไป

## บทที่ 4

### ที่มาของกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคม ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในฐานะที่มาแห่งอำนาจตราพระราชกฤษฎีกา

ในบทที่ 4 นี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมที่เกี่ยวข้องกันในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฐานอำนาจแห่งการออกพระราชกฤษฎีกา เป็นการศึกษาเพื่อที่จะนำสู่ประเด็นการศึกษาวิเคราะห์วิจัย อยู่ 3 เรื่อง คือ

**เรื่องที่ 1** ที่มาของกฎหมายในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

**เรื่องที่ 2** การนำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบกกฎหมายไทย และ

**เรื่องที่ 3** การศึกษาพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อไปสู่การตอบโจทย์วิจัยในวัตถุประสงค์ ข้อที่ 2 และข้อที่ 3 ดังนี้

## 1. ที่มาของกฎหมายในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่มาและสถานะทางกฎหมายในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5<sup>1</sup> คือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดปกครองประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับหรือการกระทำอื่นใด ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นใช้บังคับมิได้ และในกรณีที่ไม่มิบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้น ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

จากบทบัญญัติมาตรา 5 ดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงที่มาของกฎหมายมีอยู่ 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร กับกลุ่มที่ 2 กลุ่มที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่าเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีอยู่

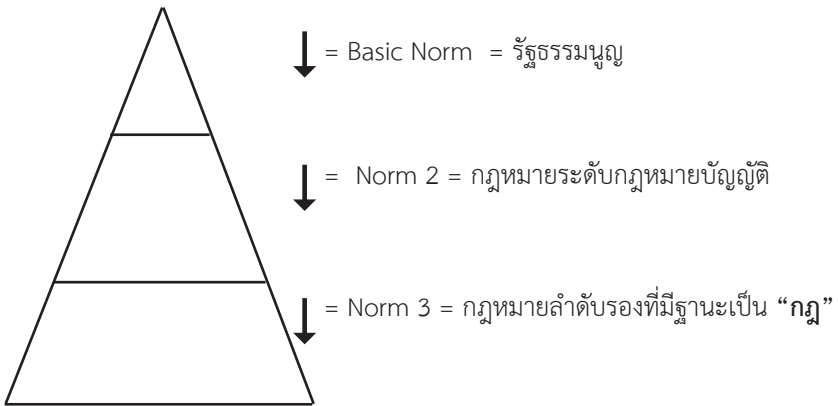
<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 5 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ รัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีฐานะเป็น “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” และ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามลำดับชั้นทางกฎหมายดังแผนภูมิ ดังนี้

### แผนภูมิลำดับชั้นทางกฎหมายตามแนวคิดของประเทศไทย



เมื่อพิจารณาศึกษาจากแผนภูมิสามารถอธิบาย ที่มาของกฎหมาย เกี่ยวพันในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กรณีศึกษา พระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นฐาน แห่งอำนาจในการตรากฎหมาย รองลงมาคือ กฎหมายในระดับกฎหมาย บัญญัติ และลำดับสุดท้าย คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้ ดังนี้

#### 1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฐานแห่งอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดไว้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย

สูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 5 ดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองที่มีสถานะเป็น “กฎ” เป็นฐานแห่งอำนาจในตรากฎหมายในลำดับชั้นทางกฎหมายต่าง ๆ

1.2 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่เป็นฐานแห่งอำนาจตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ที่มาของระดับกฎหมายบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่ามีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญกับที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

1.2.1 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ

ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยการพิจารณาองค์กรหรือสถาบันที่เป็นผู้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับและการพิจารณาจากกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ประเทศไทยให้การยอมรับและพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ได้วินิจฉัยถึงสิ่งใดเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญได้นั้นมีอยู่ 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตาม  
กระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 2 สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร  
ตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญต้องมี  
บทบัญญัติให้สิ่งนั้น สถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากับ  
“กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร

ดังนั้นที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ออกโดย  
อาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยพิจารณาจากองค์กรเป็นผู้ตรา คือ กฎหมาย  
ที่ตราขึ้นโดย “องค์กรนิติบัญญัติ” (The Legislation) กับ “องค์กรบริหาร  
บัญญัติ” (The Administration) ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองที่มี  
สถานะเป็น “กฎ” ดังนี้

#### 1.2.1.1 กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ

กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ หรือ ฝ่ายนิติบัญญัติ  
หรือ “รัฐสภา”(Parliament) ของประเทศไทยในฐานะที่เป็นฐานอำนาจใน  
การออกกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ประกอบด้วยพระมหากษัตริย์  
และรัฐสภารวมกัน ซึ่งหมายความว่า “พระมหากษัตริย์และรัฐสภาจะต้อง  
เห็นพ้องต้องกันให้ร่างกฎหมายออกมาใช้บังคับ” ประเภทของกฎหมาย  
ที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ  
พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมายและกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นกฎหมายที่  
ออกตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Act)  
คือ บรรดาบทกฎหมายที่ออกมาขยายรายละเอียดของรัฐธรรมนูญ ในเรื่อง  
ที่เกี่ยวกับบทกฎหมายทางการเมืองการปกครอง ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัย  
อำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและ

ยินยอมของรัฐสภาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่สำคัญรองจาก รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญอย่างใกล้ชิด<sup>2</sup> เป็น “กฎหมายที่ออกมายายเนื้อหารายละเอียดของรัฐธรรมนูญ”

2. พระราชบัญญัติ (Act) คือ บรรดา กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามเนื้อความตามรัฐธรรมนูญ

3. ประมวลกฎหมาย (Code of Law) เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกันมาบัญญัติไว้รวมกัน เป็นเรื่อง เป็นหมวด เป็นหมู่ อย่างเป็นระบบ เพื่อสะดวกในการศึกษา สำหรับประเทศไทยมีประมวลกฎหมายที่สำคัญ ที่ออกโดยองค์กฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลรัษฎากร ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจะใช้ประมวลกฎหมายใช้บังคับได้นั้น จะต้องมีการออกมากำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายนั้นด้วย

4. กฎมณเฑียรบาล (Royal Law) หมายถึง ข้อบังคับที่ว่าด้วยการปกครองภายในพระราชฐาน กฎมณเฑียรบาลนั้นมีมาแต่โบราณแล้ว<sup>3</sup> เป็นกฎหมายส่วนพระองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมีต้นกำเนิดมาจากตำราราชประเพณีของพราหมณ์ที่เรียกว่า “คัมภีร์มनुธรรมศาสตร์”

<sup>2</sup> นรนิติ เศรษฐบุตร บรรณาธิการ “สารานุกรมการเมืองไทย” กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2547 หน้า 146.

<sup>3</sup> เดโช สวานานนท์ “พจนานุกรมศัพท์การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วมของพลเมืองในระบอบประชาธิปไตย” กรุงเทพฯ : บริษัทหน้าต่างสุโลกกว้าง, 2545 หน้า 3.

ของอินเดีย ซึ่งได้แก่

1) กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการเสกสมรสแห่งเจ้านาย  
ในพระราชวงศ์ พุทธศักราช 2461 และแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2475

2) กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์  
พุทศักราช 2467 ซึ่งในส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการ  
สืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์โดย  
เฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริเป็นประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่าง  
กฎมณเฑียรบาล แก้ไขเพิ่มกฎมณเฑียรบาลเดิมขึ้นทุกเกล้าฯ ถวายเพื่อมีพระ  
ราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธาน  
องคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภา  
ทราบและให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเมื่อได้  
ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

### 1.2.1.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่าย บริหาร

กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (The  
Administrative) ที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ตราขึ้นโดยฝ่าย  
บริหาร หรือเรียกว่า “**องค์การบริหารบัญญัติ**” ที่สำคัญ คือ พระราชกำหนด  
กับกฎอัยการศึก ดังนี้

1. พระราชกำหนด (Emergency Decree) คือ กฎหมาย  
ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัย พระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายแก่พระองค์  
ตราขึ้น เพื่อใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีและ  
มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งเมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกำหนด  
ที่รัฐธรรมนูญมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกได้นั้น จะต้องเข้าอยู่ใน 2 กรณี  
เท่านั้น คือ

1) กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน กล่าวคือ กรณีฉุกเฉิน หรือมีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ (ความมั่นคงของรัฐ) หรือความปลอดภัยสาธารณะ (การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน) หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ตามมาตรา 172<sup>4</sup>

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 172 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดังเช่น พระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรค 1 ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบต่อกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรค 1 มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดและพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรค 3 ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่มีการไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา และการยืนยัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับ

2) กรณีที่เกี่ยวข้องกับภาษีและเงินตรา กล่าวคือ กรณีที่มีความจำเป็นจะต้องมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนหรือลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดินตามมาตรา 174<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

แต่อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดประกาศใช้แล้วเมื่อถึงสมัยประชุมนิติบัญญัติจะต้องนำพระราชกำหนดที่ประเทศใช้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติ ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติผ่านพิจารณาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นจะกลายเป็นพระราชบัญญัติทันที แต่ถ้าพระราชกำหนดนั้นไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดฉบับนั้นจะตกไปตามมาตรา 172<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2. กฎอัยการศึก (Martial Law) คือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารตรากฎหมายในยามฉุกเฉิน ภาวะไม่ปกติจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ดังนี้<sup>7</sup> ภาวะไม่ปกติอันเนื่องจากเหตุการณ์ภายนอกประเทศ

---

การอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ”

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 174 ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดังเช่น พระราชบัญญัติก็ได้

ให้นำความในมาตรา 172 วรรค 3 วรรค 4 วรรค 5 วรรค 6 และวรรค 7 มาใช้บังคับแก่พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรค 1 โดยอนุโลม แต่ถ้าเป็นการตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุม จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

<sup>6</sup> โปรดดูรายละเอียดมาตรา 172 วรรค 3 วรรค 4 วรรค 5 วรรค 6 และวรรค 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 **อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4**

<sup>7</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช “เอกสารการสอนชุด วิชา กฎหมายมหาชน” หน่วยที่ 1-7 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช : นนทบุรี, พิมพ์ครั้งที่ 10, 2531 หน้า 389-390

กับภาวะไม่ปกติอันเนื่องจากเหตุการณ์ภายในประเทศ กฎหมายให้อำนาจฝ่ายบริหารออกกฎอัยการศึกได้ตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก<sup>8</sup>

### 1.2.2 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279<sup>9</sup> พบว่า

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 176 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึกเฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก”

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“ มาตรา 279 บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรค 2 ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับ ในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่ง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี

บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้ง การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกรณี

มีอยู่ 2 ลักษณะ ดังนี้

### 1.2.2.1 กฎหมายออกโดยคณะรัฐประหารที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติรับรองว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายออกโดยคณะรัฐประหาร ออกประกาศของ  
คณะปฏิวัติ (Announcement of the Revolutionary Council) ที่มีคำ  
บังคับเท่าพระราชบัญญัติ ที่ออกโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารที่ยึด  
อำนาจ การปกครองหรือใช้อำนาจทางนิติบัญญัติออกประกาศคณะปฏิวัติ  
หรือคำสั่งคณะปฏิวัติรูปขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองเป็น  
กฎหมายที่ออกโดยนอกรีตทางรัฐธรรมนูญที่มาจากจากรัฐประหาร ต่อมา  
มีรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองว่าประกาศเหล่านั้น ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
ชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประกาศ คำสั่ง คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.)  
ออกมาในช่วงมีการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ถึง วันที่ 22  
กรกฎาคม 2557 เมื่อมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)  
พุทธศักราช 2557 มาตรา 45<sup>10</sup> ได้บัญญัติรับรองประกาศ คำสั่ง คสช.

---

ดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

“มาตรา 45 ภายใต้บังคับมาตรา 5 และมาตรา 44 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ  
พิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ และตามที่กฎหมาย  
ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
พรรคการเมืองกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับผู้ตรวจการแผ่นดิน ให้มี  
อำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะ เมื่อมีกรณีให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่ง  
กฎหมายใด มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้

การพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามกฎหมายว่า  
ด้วยกรณีนั้น ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎหมายดังกล่าว ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ  
ว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ  
 ทั้งนี้ เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อวรรค 1 หรือรัฐธรรมนูญนี้”

ขอด้วยรัฐธรรมนูญและขอด้วยกฎหมายและได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ใน  
มาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ถือว่าอยู่ใน  
ในกลุ่มกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบัญญัติด้วย<sup>11</sup> ซึ่งประกาศ คำสั่ง คสช. และ

<sup>11</sup> ในปัจจุบันยังมีการโต้แย้งทางความคิดในทางวิชาการเป็นอย่างมากในสังคม  
ปัจจุบันของประเทศไทยว่า “ประกาศคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมาย  
บัญญัติขอด้วยกฎหมายหรือไม่” ซึ่งยังมีความเห็นอยู่ 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับ  
กฎหมายบัญญัติ เพราะได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกา ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153 / 1154  
/ 2495 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/ 2502 คำพิพากษาของ  
ศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 124/2549 คำวินิจฉัยของคณะ  
ตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 พิพากษารับรอง  
และมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าขอด้วยกฎหมายขอด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 29 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 309 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)  
พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
มาตรา 279 ดังนั้น จึงถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติจึงถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายลายลักษณ์  
อักษรระดับกฎหมายบัญญัติ

กลุ่มที่ 2 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่เป็นแหล่ง ที่มาของกฎหมายระดับ  
กฎหมายบัญญัติ เพราะไม่มีที่มาจากองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายที่ได้รับการยินยอมจาก  
ประชาชนตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ ทำให้มีการวิพากษ์ถึงการนำแนวความคิดแบบปฏิฐานนิยม  
ทางกฎหมาย (Positive Law) มาตัดสินความในเรื่องของประกาศของปฏิวัติถือเป็นกฎหมาย  
ว่า เป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริม สิทธิเสรีภาพของ  
ประชาชนเท่าใดนัก เป็นการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule  
of Law) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้  
รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ได้มี “คำสั่งการณของคณะนิตราชฎีก์ในวันครบรอบ 1 ปี การก่อตั้ง  
นิตราชฎีก์” เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2554 ณ ท่าพระจันทร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ในประเด็นที่ 1 การลบล้างผลพวงรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย  
ทำลายหลักนิติรัฐ – ประชาธิปไตย และยังเป็นต้นเหตุของปัญหาความขัดแย้งทางการเมือง  
ต่อเนื่องมาถึงปัจจุบัน คือ ประกาศให้คณะรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 และการกระทำใดที่  
มุ่งต่อผลในทางกฎหมายของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหา  
กษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2549  
เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย และประกาศให้รัฐธรรมนูญ

คำสั่งหัวหน้า คสช. ที่เป็นระดับกฎหมายบัญญัตินี้สามารถเป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานระเป็น “กฎ” ได้เช่นกัน

### 1.2.2.2 กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรพิเศษ

กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษ (คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่มาจากการรัฐประหาร ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557) บัญญัติรับรององค์กรนั้นให้ใช้อำนาจตรากฎหมายตามมาตรา 44<sup>12</sup> และรองรับการใช้อำนาจในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265<sup>13</sup> คือ ออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คำสั่ง

---

แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 มาตรา 37 เสียเปล่า และถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย ซึ่งจากคำแถลงการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นการไม่ยอมรับประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

“มาตรา 44 ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็น การบ่อนทำลาย ความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ โดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีอำนาจสั่งการระงับยับยั้งหรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุดท้ายนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว

<sup>13</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 265 ให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป จนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลัง การเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่

หัวหน้า คสช.) มาใช้บังคับ และได้รับถูกรับรองอีกชั้นหนึ่งในมาตรา 279  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งคำสั่งหัวหน้า คสช.  
ที่เป็นระดับกฎหมายบัญญัตินี้สามารถเป็นอำนาจให้การตรากฎหมายลำดับ  
รองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้เช่นกัน

### 1.3 การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของประเทศไทย

โดยหลักทั่วไปการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) บางตำราเรียกว่า “ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย” หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ลำดับความสูงต่ำของกฎหมายที่ไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งความไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายแต่ละฉบับนั้น<sup>14</sup> จะพบว่า ในบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย ย่อมมีลำดับชั้นทางกฎหมายของที่ต่างกันสามารถวิเคราะห์หรืออธิบายลำดับชั้นทางกฎหมายอยู่ 3 ระดับ คือ ระดับชั้นที่ 1 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ระดับชั้นที่ 2 กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ และระดับชั้นที่ 3 กฎหมายลำดับรอง ได้ดังนี้

---

ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคณะรักษา ความสงบแห่งชาติยังคงมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป

ให้นำความในมาตรา 263 วรรค 7 มาใช้บังคับ แก่การสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ดำรงตำแหน่งในคณะรักษาความสงบแห่งชาติด้วยโดยอนุโลม”

<sup>14</sup> สมยศ เชื้อไทย “วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป” กรุงเทพฯ: บริษัทธรรมสาร จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2538 หน้า 59.

### 1.3.1 กฎหมายลำดับชั้นที่ 1 คือ รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือ ประกาศคณะปฏิวัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายแม่บทในการวางระเบียบบริหารประเทศย่อมมีความสำคัญ เป็นอันดับหนึ่งในฐานะเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับอื่นใดจะออกมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับมิได้ โดยมีระบบการควบคุมหรือการตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมสังคมมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แยกพิจารณาองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวออกได้เป็น 2 ประเภท คือ องค์กรที่มีลักษณะเป็น “องค์กรตุลาการ” (Judicial organization) กับองค์กรที่ไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการหรือเรียกว่า “องค์กรทางการเมือง” (Political organization) ซึ่งในกรณีของประเทศไทยมีองค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)

### 1.3.2 กฎหมายลำดับชั้นที่ 2 กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ

กฎหมายลำดับชั้นที่ 2 คือ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” เป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ โดยหลักทั่วไปแล้ว “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แยกออกได้ 3 ประเภท คือ กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา กฎหมายที่รัฐสภานุมัติและกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

### 1.3.2.1 กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา จะพบว่า โดยหลักทั่วไปในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) นั้น จะวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรรัฐสภาตรากฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ อำนาจบริหารมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรี หรือรัฐบาล นำกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติไปบังคับใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจตุลาการมอบให้ศาลทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทของคนในสังคมภายใต้กฎหมายระดับบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา ดังนั้น กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่ตราโดยองค์กรรัฐสภาได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย

### 1.3.2.2 กฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติ

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นโดยหลักการ การตรากฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา แต่อย่างไรก็ตามในกรณีของประเทศไทยได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อประโยชน์สาธารณะในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หรือในกรณีจำเป็นเร่งด่วนเกี่ยวกับภาษีเงินตราของประเทศ ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ คือ พระราชกำหนดมาใช้บังคับในการบริหารราชการแผ่นดิน และเมื่อเข้าสู่สมัยประชุมพิจารณากฎหมายของรัฐสภา ก็ให้ฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติ คือ รัฐสภา พิจารณาอนุมัติและเมื่อรัฐสภาอนุมัติแล้ว พระราชกำหนดฉบับนั้นก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติ

### 1.3.2.3 กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนใน สังคมออกโดยองค์กรพิเศษ

กฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมออกโดยองค์กรพิเศษ (Special organization) เมื่อพิจารณาการศึกษาในกรณีของประเทศไทย พบว่า กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้องค์กรพิเศษ ซึ่งถือเป็น “องค์กรชั่วคราว” ที่ใช้อำนาจรัฐในฐานะรัฐอธิปไตยในการตรากฎหมายใช้บังคับ คือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ให้อำนาจหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ใช้อำนาจตรากฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (หัวหน้า คสช.) มาจากการใช้อำนาจตามมาตรา 44<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2557 ต่อมา มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ใช้บังคับได้รับรองการใช้อำนาจ มาตรา 44 ไว้ในมาตรา 265<sup>16</sup> ให้ใช้อำนาจของหัวหน้า คสช. ออก

---

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 บัญญัติไว้ว่า

ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ โดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 บัญญัติไว้ว่า  
ให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ดำรงตำแหน่งอยู่ ในวันก่อนวันประกาศใช้

คำสั่ง หัวหน้า คสช. ใช้บังคับ ไปจนกว่าจะมีรัฐบาลชุดใหม่เข้ามาบริหารประเทศ โดยแยกพิจารณาคำสั่งดังกล่าว ออกเป็น 2 ช่วง ดังนี้

ช่วงที่ 1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ใช้บังคับ (22 พ.ค. 2557 – 5 เม.ย. 2560) คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ช่วงที่ 2 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ใช้บังคับ (6 เม.ย. 2560 - รัฐบาลชุดใหม่เข้ามาบริหารประเทศ) คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ออกโดยอาศัยอำนาจมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) 2557 โดยที่มาตรา 265 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองให้มีการใช้อำนาจดังกล่าว จนกว่าจะมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่เข้ามาบริหารประเทศ

**ข้อสังเกต** แม้จะมีคณะรัฐมนตรีชุดใหม่เข้ามาบริหารประเทศ ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 คณะรักษาความสงบแห่งชาติสัปดาห์ที่ตามแต่ประกาศของหัวหน้าคณะรักษา

รัฐธรรมนูญนี้ ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลัง การเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่

ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไป

ให้นำความในมาตรา 263 วรรค 7 มาใช้บังคับ แก่การสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ดำรงตำแหน่งในคณะรักษาความสงบแห่งชาติด้วยโดยอนุโลม

ความสงบแห่งชาติที่ได้ประกาศใช้บังคับแล้วนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่ภายใต้  
มาตรา 279

เมื่อพิจารณาศึกษากฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐ  
ควบคุมคนในสังคมออกโดยองค์กรพิเศษ คือ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความ  
สงบแห่งชาติ (คสช.) ที่มีฐานะทางกฎหมาย แยกออกได้ 3 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่เป็นกฎหมายใหม่  
เช่น คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 30/2558 เรื่องแก้ไข  
ปัญหาการกระทำการประมงผิดกฎหมายขาดการรายงานและไร้การควบคุม  
ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่เป็นการออกมาแก้ไขปัญหาการประมงที่ขัดต่อหลัก  
สากลอันเป็นที่ยอมรับกันของนานาประเทศ เป็นต้น

2. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือ  
ยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่เดิม เช่น คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ  
ที่ 71/2559 เรื่อง การยกเลิกกฎหมายว่าด้วยสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและ  
สังคมแห่งชาติ กฎหมายว่าด้วยสภาพพัฒนาการเมืองและกฎหมายว่าด้วย  
คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เป็นต้น

3. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือ  
ยกเลิกกฎหมาย ที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือ  
ระงับใช้กฎหมาย หรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้ว  
ตามกฎหมาย ซึ่งบางกรณีประสงค์จะใช้เป็นการชั่วคราว เช่น คำสั่งหัวหน้า  
คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 เกี่ยวกับการบริหารกิจการของ  
สถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นระบบราชการที่ใช้คู่กับพระราชบัญญัติ  
ระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 เป็นต้น

### 1.3.2.4 กฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้มีฐานะ เป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ

ในกรณีศึกษาของประเทศไทย เมื่อมีการรัฐประหารขึ้น เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถูกยกเลิกโดย คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ออกประกาศคณะปฏิวัติ คือ ประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มาใช้บังคับปกครองประเทศ ต่อมา มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้บัญญัติรับรองความชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 48<sup>17</sup> และในปัจจุบันประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ดังกล่าวได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279<sup>18</sup> กล่าวคือ บรรดาประกาศ

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 48 บัญญัติไว้ว่า

“บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำ เนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจ การปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของ ผู้ซึ่งได้รับ มอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่ง ได้รับคำสั่งจากผู้ได้รับ มอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้าง ต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทาง รัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและ การกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันที่กล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันที่ กล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดชอบ สิ้นเชิง”

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279 บัญญัติไว้ว่า

“บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือ ของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรค 2 ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำ

คำสั่ง และการกระทำของคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้า  
คณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้  
รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับ  
ในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ  
คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น  
เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้  
และกฎหมายและมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงประกาศ คำสั่ง คณะรักษาความสงบ  
แห่งชาติ ที่มีฐานะทางกฎหมาย แยกออกได้ 3 กรณี ดังนี้

1. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่เป็นกฎหมายใหม่ เช่น  
คำสั่งคณะกรรมการรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 33/2557 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการ  
เกี่ยวกับการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับ  
ทรัพย์สินของบุคคล หรือนิติบุคคล เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคง  
ของชาติและความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชนโดยรวม  
ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2557 เนื่องจากในข้อ 1 ของคำสั่งฉบับนี้ได้กำหนด

---

ที่มีผลใช้บังคับ ในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ  
คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ  
คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับ  
โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว  
ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่ง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทาง  
บริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี  
แล้วแต่กรณี

บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)  
พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)  
พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559  
ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้ง การกระทำที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว  
ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

ให้คณะทำงานปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล หรือนิติบุคคล อันเป็น อำนาจที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโดยปกติต้องออกเป็น กฎหมาย คำสั่งฉบับนี้ จึงมีฐานะเป็นกฎหมาย เป็นต้น

2. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือ ยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่เดิม เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับ ที่ 72/2557 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริต ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2557 เนื่องจากประกาศฉบับนี้มีบทบัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยปกติต้องออกเป็น กฎหมาย ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็นกฎหมาย เป็นต้น

3. กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมาย ที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือระงับใช้กฎหมาย หรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้ว ตามกฎหมาย ซึ่งบางกรณีประสงค์จะใช้เป็นการชั่วคราว เช่น ประกาศ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 95/2557 เรื่อง การให้เลขาธิการ สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานพ้นจากตำแหน่ง และ การแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2557 ประกาศฉบับนี้ มีผลทำให้บทบัญญัติในกฎหมายที่มีอยู่ใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในข้อ 3 ของประกาศฉบับนี้ กำหนดยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการ สรรหาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาใช้ บังคับกับการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามประกาศนี้ อันมีผลให้บทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้ ซึ่งโดยปกติ บทบัญญัติที่มีผลให้กฎหมายใช้บังคับไม่ได้ย่อมต้องมีฐานะต่ำกว่าศักดิ์กว่า

กฎหมาย ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็น “กฎหมาย” เป็นต้น

### 1.3.3 กฎหมายลำดับชั้นที่ 3 กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับชั้นที่ 3 กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง หรือ เรียกว่า “กฎ” โดยหลักทั่วไปสามารถวิเคราะห์ได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

1. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร เช่น กฎหมายลำดับรองออกโดยรัฐวิสาหกิจ ออกโดยองค์การมหาชน ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ออกโดยองค์กรวิชาชีพ<sup>19</sup>

2. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร เช่น กฎหมายลำดับรองออกโดยศาล เป็นต้น

เมื่อพิจารณาศึกษาวิเคราะห์ถึงกฎหมายลำดับรอง หรือ เรียกว่า “กฎ” (Rule) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติแยกออกได้ 2 กลุ่ม คือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายปกครองที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหารกับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่ได้สังกัดฝ่ายบริหาร นั้นพบว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีปัญหาเกี่ยวกับมีสถานะและมีลำดับชั้นของกฎหมายในชั้นเดียวกันแต่มีความสำคัญที่แตกต่างกัน ทำให้มีปัญหาตามมา คือ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

---

<sup>19</sup> มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช อ้างแล้ว. หน้า 118.

## 2. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และการนำรูปแบบ การกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกชื่อว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ในระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของประเทศไทย จะกล่าวถึง วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาและที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนี้

### 2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกา

ผู้วิจัยขออธิบายวิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และพระราชกฤษฎีกา เพื่อที่จะได้ทำความเข้าใจในการศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาในหัวข้อวิจัยในบทที่ 5 จะแยกอธิบายอยู่ 2 ยุค คือ วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาก่อนที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 กับ วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ดังนี้

#### 2.1.1 วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาก่อนที่มีการเปลี่ยนแปลงการ ปกครอง พ.ศ. 2475

เมื่อพิจารณาศึกษาการตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เกี่ยวพันกับพระราชกฤษฎีกาของประเทศไทย พบว่า เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 5)

พระราชบัญญัติรัฐมนตรี ร.ศ. 113<sup>20</sup> มีบทบัญญัติให้อำนาจเสนาบดีออก  
ข้อบังคับ (กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”) ไว้ในข้อ 6 ว่าให้  
เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจตั้งข้อบังคับอธิบายความสงสัยในพระราช  
บัญญัติและประกาศเรื่อง “ศาลโปริสภา” ต่อมาสมัยพระบาทสมเด็จพระ  
พระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรา  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎของเสนาบดี” และได้มีการวางหลัก  
ปฏิบัติเกี่ยวกับการตรา “กฎเสนาบดี” (กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ”) ไว้และเป็นบรรทัดฐานที่ปฏิบัติสืบต่อกัน ต่อมาเมื่อคดีพิพาทขึ้นสู่  
กรรมการศาลฎีกาเป็นประเด็นข้อกฎหมายว่า กฎเสนาบดีกระทรวงนครบาล  
ว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้า ลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่ง  
ตราขึ้นโดยอาศัยความในพระราชบัญญัติปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457  
มาตรา 123 นั้น มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้หรือไม่  
จากปัญหานี้ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) ได้มี  
พระบรมราชวินิจฉัยที่ว่า “กฎเสนาบดี” ไม่ควรบัญญัติขึ้นในให้นอกเหนือ  
พระราชบัญญัติ ซึ่งกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้นได้รับอำนาจมา  
และภายหลังที่ได้พระราชทานพระราชวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว ทรงมี  
พระราชหัตถเลขาถึงพระอภัยราชา เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม ความว่า  
*“การออกกฎหมายควรต้องอาศัยทั้งอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร  
นิติประเพณีแห่งกรุงสยามก็ย่อมรวมอยู่ในพระบรมเดชานุภาพ ส่วน  
“กฎเสนาบดี” นั้นควรให้ออกแต่โดยนิยามว่าอาศัยอำนาจเสนาบดี  
ซึ่งเป็นแต่ฝ่ายบริหารส่วนเดียว เพียงเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตาม*

---

<sup>20</sup>พระราชบัญญัติรัฐมนตรี ร.ศ. 113 ประกาศ วันที่ 10 มกราคม ร.ศ. 113 เป็นที่  
9557 ในรัชกาลที่ 5 อ้างใน เสถียร ลายลักษณ์ “ประชุมกฎหมายศก เล่ม 14” พระนคร :  
โรงพิมพ์เดลิแมร์, 2478, หน้า 213.

พระราชกำหนดกฎหมายจะบัญญัติข้อความใด ให้ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันกฏนี้อาศัยเป็นบัญญัติแม่บทนั้นหาควรไม่, และจะวางบทระวางโทษเป็นอาญาและเบี่ยงปรับลงไว้ด้วยก็ไม่ควรดูลกัน แต่การที่จะย้อนไปรื้อถอนแก้ไข กฎเสนาบดีอันได้ออกไปก่อนแล้ว เข้าหาหลักนี้ก็จะเป็นการยุ่งยากมากความ, ขอบให้ระงับไว้ ต่อเมื่อตรา กฎเสนาบดีขึ้นใหม่ในเบื้องหน้าจึงดำเนินให้เป็นไปตามหลักใหม่นี้ จงทุกราย”<sup>21</sup>

นอกจากพระราชหัตถเลขาถึงเจ้าพระยาอภัยราชาและ พระองค์ได้วางหลักเกณฑ์ในการออก “กฎเสนาบดี” ไว้ คือ “กฎเสนาบดี ซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว” กับ “กฎเสนาบดีซึ่งจะออกต่อไปภายหลัง” ดังนี้<sup>22</sup>

1. กฎเสนาบดีซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว เมื่อพิจารณาถึง กฎเสนาบดีซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว แยกพิจารณาออกได้ 2 กรณี ดังนี้

1) กรณีกฎเสนาบดีซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว ถ้าได้อ้าง พระบรมราชานุญาตก็ให้คงมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ตามพระบรมราช วินิจฉัย ซึ่งพระราชทานแก่คณะกรรมการศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานอยู่แล้ว

2) กรณีกฎเสนาบดี ซึ่งได้ออกไปก่อนแล้ว ถ้าออก โดยมิได้อ้างพระบรมราชานุญาตย่อมมีฐานะเป็น “บทบังคับ” ได้แต่เพียง ที่ไม่ขัดกับกฎหมาย หรือต้องไม่ออกมานอกเหนือพระราชบัญญัติอันเป็น แม่บท

<sup>21</sup> พระราชหัตถเลขาถึงเจ้าพระยาอภัยราชา ลงวันที่ 18 กันยายน 2466

<sup>22</sup> ระดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 69-70.

2. กฎเสนาบดี ซึ่งจะออกต่อไปภายหน้า เมื่อพิจารณาถึงกฎเสนาบดี ซึ่งจะออกต่อไปภายหน้า แยกพิจารณาออกได้ 2 กรณี ดังนี้

1) กฎเสนาบดี ซึ่งจะออกต่อไปภายหน้าที่จะเป็นกฎที่อ้างพระบรมราชานุญาตหรือมิได้อ้างพระบรมราชานุญาตก็ตาม ต้องอย่าขัดกับกฎหมายและอย่าให้ออกนอกเหนือพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท และอย่าให้มีบทกำหนดโทษเป็นอาญาหรือเบี้ยปรับไว้ใน “กฎ” นั้นเลย

2) กฎเสนาบดีซึ่งจะออกต่อไปภายหน้า ถ้าประสงค์จะบัญญัติข้อความใดอันจะต้องวางบทกำหนดโทษไว้ด้วยก็ดี ชอบให้ออกเป็น “พระราชบัญญัติ” เสียทีเดียว ไม่ใช่การออก “กฎเสนาบดี”

3) กฎเสนาบดีซึ่งจะออกต่อไปภายหน้า ถ้ากฎเสนาบดีซึ่งจะออกนั้นอาศัยพระราชบัญญัติใดเป็นแม่บท หากว่าพระราชบัญญัตินั้นมีข้อกำหนดอยู่ว่า “กฎเสนาบดี” นั้นจะต้องได้รับพระบรมราชานุญาตก่อนจึงใช้ได้ จึงต้องออกโดยอ้างพระบรมราชานุญาตตามแม่บท แต่ถ้าพระราชบัญญัติอันเป็นที่อาศัยมิได้บังคับเช่นนั้น แม้ว่าได้ขอพระบรมราชานุญาตลงไว้ในกฎเสนาบดีด้วยเลย เพื่อภาระรับผิดชอบจะได้อยู่กับผู้ลงนามใน “กฎ” นั้น

4) ในการเรียบเรียงพระราชบัญญัติสืบไปภายหน้า ในส่วนบทให้อำนาจเสนาบดีต้องออก “กฎ” นั้นสำนวนที่เคยใช้มาเป็นทำนองว่า “ต่อเมื่อข้อบังคับนั้นได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตในราชกิจจานุเบกษาแล้ว” ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัตินั้น ให้เลิกไปเสียไม่ใช่เป็นอย่างธรรมเนียมสืบไปและให้ใช้ว่า “ให้เสนาบดี ..... มีอำนาจออก กฎ ข้อบังคับเพื่อจัดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้และเมื่อกฎข้อบังคับนั้น ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้เป็นอันใช้บังคับได้”

จากพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 6) สามารถแยก “กฎเสนาบดี” (กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”) อยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ 1 กฎเสนาบดีที่ต้องขอพระบรมราชานุญาต กับลักษณะที่ 2 กฎเสนาบดีที่ไม่ต้องขอพระบรมราชานุญาต และไม่มีการกล่าวถึงพระราชกฤษฎีกาแต่อย่างใด

### 2.1.2 วิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวพันพระราชกฤษฎีกาหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวพันพระราชกฤษฎีกาหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง 2475 กล่าวคือ มีการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว (รัชกาลที่ 7) พ.ศ. 2475 ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 โดยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) มาเป็นระบอบประชาธิปไตย (Democracy) อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งในมาตรา 8<sup>23</sup> ได้กำหนดให้อำนาจในการบัญญัติกฎหมายของบ้านเมืองจากเดิมซึ่งเป็น “พระราชอำนาจการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์” มาเป็น “อำนาจ

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

“มาตรา 8 สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกพระราชบัญญัติทั้งหลาย พระราชบัญญัตินั้น เมื่อกษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้ว ให้เป็นอันใช้บังคับได้

ถ้ากษัตริย์มิได้ประกาศให้ใช้พระราชบัญญัตินั้นภายในกำหนด 7 วันนับแต่วันที่ได้รับพระราชบัญญัตินั้นจากสภา โดยแสดงเหตุผลที่ไม่ยอมทรงลงพระนาม ก็มีอำนาจส่งพระราชบัญญัตินั้นคืนมายังสภา เพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ถ้าสภาลงมติยืนตามมติเดิม กษัตริย์ไม่เห็นพ้องด้วย สภามีอำนาจออกประกาศพระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายได้” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ตอน 0 ก. ลงวันที่ 28 มิถุนายน 2475 หน้า 166-179)

การตรากฎหมายของสภาผู้แทนราษฎร” ซึ่งเป็นการตรากฎหมายในรูปของ “พระราชบัญญัติ” จากกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎรนี้ ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ เพราะในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ได้รับรองเพียงรูปแบบของ “พระราชบัญญัติ” เท่านั้น ประกาศพระราชโองการที่ออกโดยพระมหากษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไปจะเป็นบทบริหารบัญญัติ<sup>24</sup> ยังคงมีสถานะเป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ได้ยกเลิกการออกประกาศพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์<sup>25</sup>

ส่วนพระราชกฤษฎีกาเกิดขึ้นครั้งแรกหลังจากประกาศพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ได้มีการ “ตราพระราชกฤษฎีกา” ขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรได้ถวายคำปรึกษา

---

<sup>24</sup>ระदारรรณ เกื้อกุลเกียรติ. **เพ็ญอ้าง**, หน้า 72.

<sup>25</sup>เมื่อพิจารณาศึกษาถึง คำว่า “ประกาศพระบรมราชโองการ” จะพบอยู่ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เขียนคำว่า “พระบรมราชโองการ” ไว้ 20 ครั้ง ซึ่งสามารถแบ่งประเภทพระบรมราชโองการได้ดังนี้

1. การแต่งตั้งองคมนตรีและองคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง
2. การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์
3. การแก้ไขกฎมณเฑียรบาล
4. พิธีการของรัฐสภา รวมทั้งการแต่งตั้งผู้นำฝ่ายค้าน การเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรสมัยวิสามัญ การเรียกประชุมวุฒิสภาสมัยวิสามัญ
5. การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีและให้พ้นความเป็นรัฐมนตรี
6. การแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
7. การแต่งตั้งวุฒิสภาชุดแรกที่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เป็นผู้คัดเลือก

แต่พระมหากษัตริย์ พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นในระหว่างรัฐธรรมนูญชั่วคราว ถือเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น เพื่อตัดถนนและขยายตรอก เนื่องจากเพลิงไหม้ตำบลถนนเจริญกรุง ถนนเยาวราชและถนนปทุมคงคา<sup>26</sup> พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น เพื่อตัดถนนและขยายตรอกเนื่องจากเพลิงไหม้ที่ตำบลระหว่างถนนจักรกับถนนหลวง<sup>27</sup> พระราชกฤษฎีกาโอนที่ดิน ซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินตำบลจักรวรรดิอำเภอสามพันธง จังหวัดพระนครศรีอยุธยา พุทธศักราช 2475<sup>28</sup> พระราชกฤษฎีกาโอนที่ดินซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินตำบลวงเวียน 22 กรกฎาคม อำเภอป้อมปราบ ศักดิ์รพ่าย จังหวัดพระนครศรีอยุธยา พุทธศักราช 2475<sup>29</sup> พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น เพื่อขยายถนนคลองถม จักรวรรดิ<sup>30</sup>

ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (รัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรก) ภายใต้มาตรา 2<sup>31</sup> ได้จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตย แต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอม

<sup>26</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 370.

<sup>27</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 386.

<sup>28</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 370.

<sup>29</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 510.

<sup>30</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 521.

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

“มาตรา 2 อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวสยามพระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 10 ธันวาคม 2475 หน้า 529-551)

จากสภาผู้แทนราษฎร ทรงใช้อำนาจทางคณะรัฐมนตรีและทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล แต่อย่างไรก็ตาม ก็ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายโดยการเสนอแนะของฝ่ายบริหาร แสดงให้เห็นว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในเชิงเนื้อหาเท่านั้น ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาของพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้มีการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายของฝ่ายบริหาร คือ มีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งแต่เดิมการประกาศใช้พระราชบัญญัตินั้น เป็นเพียงพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ที่ทรงดำริเห็นสมควรให้ใช้พระราชบัญญัติในท้องที่ใด พระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นเพียงพระราชกฤษฎีกาในเชิงรูปแบบพิธีไม่ได้เป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบเชิงเนื้อหา ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาขึ้นสูตราพลิกศพ พ.ศ. 2475 ในท้องที่อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร<sup>32</sup> พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับให้ใช้วิธีมาตรา ชั่ง ตวงและจำนวนหน่วยกับเครื่องชั่งตวง เครื่องวัดที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติมาตรา ชั่ง ตวง วัด พุทธศักราช 2463 ในกรุงเทพมหานคร<sup>33</sup> และได้มีการเปลี่ยนแปลง ชื่อ “กฎเสนาบดี” มาเป็น “กฎกระทรวง” ตามพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับเสนาบดีแต่ก่อน พ.ศ. 2475<sup>34</sup> ในปีพุทธศักราช 2480 สภาผู้แทนราษฎรได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พุทธศักราช 2480<sup>35</sup> ต่อมาการตราพระราชกฤษฎีกาได้มีการเปลี่ยนแปลง

<sup>32</sup> ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475 (2476) หน้า 532.

<sup>33</sup> ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475 (2476) หน้า 535.

<sup>34</sup> ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2475 หน้า 577.

<sup>35</sup> ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 84 ตอน 1 ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ.

อีกครั้งภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 192<sup>36</sup> ได้กำหนดว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจ ในการตราพระราชกฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น แต่ไม่ได้กำหนดสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาว่าเป็นกฎหมาย ในระดับกฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ต่อมา ปี พ.ศ. 2539 ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยได้ให้คำนิยามความหมายของ กฎหมาย ลำดับรองที่มีฐานะ เป็น “กฎ” ว่าหมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น กฎระเบียบข้อบังคับอื่นใด ที่เป็นการ ทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง ในปี พ.ศ. 2540 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นับว่าเป็นการปฏิรูปกฎหมายมหาชน ไทยครั้งใหญ่ และกำหนดให้ประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่ คือ มีศาลปกครอง (Administrative Court) ควบคู่ไปกับ ศาลยุติธรรม (Court of Justice) และได้เปลี่ยนองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ มาเป็น ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitution Court) ปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชกฤษฎีกา ที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงกับพระราชกฤษฎีกาที่ออก โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ

จากการศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายลำดับรองที่มี ฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกา ได้อธิบายสรุป พระราช กฤษฎีกานั้นอาจตราขึ้นได้ 4 กรณี ดังนี้

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

“มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราช กฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 91 ตอนที่ 169 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2517 ฉบับพิเศษ หน้า 74.

กรณีที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น  
เพื่อใช้ในการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการใน  
พระองค์ตามอัยยาศัย

กรณีที่ 2 รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกาใน  
กิจการสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>37</sup>

กรณีที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่โดยอัยยาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ  
ประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติให้ไว้เพื่อกำหนดรายละเอียด  
สำคัญของกฎหมาย<sup>38</sup>

กรณีที่ 4 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น  
เพื่อใช้บังคับในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่องในกรณีนี้  
จะไม่มีบทมาตราใดโดยเฉพาะของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังในกรณีที่ 1 และ  
ในกรณีที่ 2 แต่เป็นการใช้อำนาจทั่วไปที่รัฐธรรมนูญให้ตราพระราชกฤษฎีกา  
ขึ้นใช้ในฝ่ายบริหารไม่มีผลถึงประชาชนโดยตรงโดยไม่ขัดต่อกฎหมายใน  
ระดับกฎหมายบัญญัติ<sup>39</sup>

## 2.2 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับ พระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่มาของกระบวนการและแบบกฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาภายใต้

---

<sup>37</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี” กรุงเทพฯ :  
สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539 หน้า 86.

<sup>38</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เพิ่งอ้าง. หน้า 86.

<sup>39</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อ้างแล้ว. หน้า 86-87.

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า ไม่มีกฎหมายใดได้กำหนดให้องค์กรใดตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ชัดเจนดังเช่น การตราพระราชกำหนดที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารทำหน้าที่ตราขึ้น หรือพระราชบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรา เป็นต้น ทำให้ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงออกได้หลายองค์กร ได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครอง คณะกรรมการต่าง ๆ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นของรัฐ ดังนั้นเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นในเรื่องใดที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกามีข้อพิจารณา ดังนี้<sup>40</sup>

1. ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด หากพิจารณาแต่ศาลจะอาศัยเกณฑ์ใดว่ามีผลเป็นการทั่วไป มาเป็นเกณฑ์พิจารณาว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือไม่ แต่หลักเกณฑ์ที่เป็นการยอมรับทั่วไปว่า ถ้าจะถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” นั้น “ต้องมีผลโดยตรงไปยังภายนอก”

2. ต้องเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ศาลเข้ามาตรวจสอบได้ จะต้องไม่เป็นระเบียบภายในขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครองที่ถือเป็นเรื่องดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครองที่ศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้

3. จะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้นั้นต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น “นามธรรม” และใช้บังคับ “เป็นการทั่วไป” โดยองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจบริหารหรือนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนที่มี

<sup>40</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ “กฎ” ในระบบกฎหมายไทย” เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรกฎหมายและวิธีพิจารณาคดีปกครอง รุ่น 1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานีร่วมกับสำนักงานศาลปกครอง วันที่ 17 มกราคม 2563

อำนาจปกครองตนเอง

ดังนั้นที่มาของกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า มีอยู่ 2 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร กับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีได้อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร ดังนี้

## 2.2.1 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร สามารถวิเคราะห์การออกกฎของแต่ละองค์กร ดังนี้

### 2.2.1.1 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร

ที่มากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรภายในฝ่ายบริหาร ของประเทศไทยมีอยู่หลายประเภทด้วยกัน ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยรัฐธรรมนูญประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราขึ้นใช้บังคับ สำหรับพระราชกฤษฎีกาผู้เขียนจะอธิบายรายละเอียดในหัวที่ 3. การศึกษาขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กรณีศึกษาพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต่อไป

2. กฎกระทรวง (Ministerial Regulations) คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจจากกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราออกมาใช้บังคับ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีโดยได้ถือปฏิบัติเช่นนี้ตลอดมา จึงถือได้ว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้กฎกระทรวงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี การฟ้องขอให้แก้ไขหรือเพิกถอนกฎกระทรวง จึงเป็นการฟ้องคดีตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>41</sup>

3. ประกาศกระทรวง (Ministerial Announce) คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง กำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อให้การปฏิบัติภารกิจบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ ซึ่งการออกประกาศกระทรวงจะพบว่าออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติต่าง ๆ ดังนี้

- 1) ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ
- 2) ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา
- 3) ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทรวง
- 4) ประกาศกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามระเบียบเมื่อพิจารณาศึกษาข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎกระทรวงและประกาศกระทรวง

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.12/2546

นั้นต่างก็เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นเช่นเดียวกัน แต่ก็มี ความแตกต่างกันตรงที่กฎกระทรวงจะประกาศใช้ได้นั้น จำเป็นต้องผ่านการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี แต่ประกาศกระทรวงไม่ต้องผ่านการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี สามารถประกาศใช้ได้เลย

4. มติคณะรัฐมนตรี<sup>42</sup> (Cabinet) กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้ไม่มีผลโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติอื่น มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2543 ที่เห็นชอบตามมติคณะกรรมการพิจารณาสิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยด้วยการให้หน่วยงานรัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐพิจารณาการขอเลขหมายโทรศัพท์ใหม่ขององค์การ

---

<sup>42</sup>เมื่อพิจารณาศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” สามารถแยกจำแนก ได้ 3 ลักษณะ ดังนี้

1. มีสถานะเป็น “กฎ” (Rule) มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติทั่วไป แม้ไม่มีผลเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลในทางกฎหมาย
2. มีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” (Administrative order) มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรง เป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ เช่น กรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม เป็นต้น
3. มีสถานะเป็น “นโยบาย” (Policy) มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้ เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารแผ่นดินอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมหรือในการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม อาทิเช่น การใช้ศัพท์ภาษาต่าง ๆ เป็นต้น มติคณะรัฐมนตรีเหล่านี้จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (อ้างใน มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง “ข้อพิจารณาเกี่ยว กฎ” กรุงเทพฯ : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, 2551 หน้า 53)

โทรศัพท์แห่งประเทศไทย<sup>43</sup> เป็นต้น

5. ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแม่บทกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองมีฐานะเป็น “กฎ” อื่น ๆ โดยมีเนื้อหาเป็นรายละเอียดที่เป็นงานประจำขององค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครอง แยกพิจารณาได้ 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น ระเบียบที่เป็นกฎที่ออกโดยรัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณ พ.ศ. 2502 ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีสามารถออกระเบียบว่าด้วยเงินตราของราชการได้ เป็นต้น หรือกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ เช่น ระเบียบกรมขนส่งทางบก ว่าด้วยการอนุญาตเป็นผู้ฝึกสอนขับรถ พ.ศ. 2547 ออกตามข้อ 6 แห่งกฎกระทรวงว่าด้วยการรับรองโรงเรียนสอนขับรถ พ.ศ. 2546 เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชา ซึ่งมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ 1 ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาและมีได้อำนาจจากกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติใด เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เป็นต้น ลักษณะที่ 2 ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เช่น ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยให้ดูตพราย พ.ศ. 2546 เป็นต้น

6. หนังสือเวียน เป็นหนังสือสั่งการภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือเวียนบางเรื่องก็เป็น

<sup>43</sup> มุลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง “เพ็งอ้ง”, หน้า 53.

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้เช่นกัน ได้แก่ หนังสือกระทรวงการคลัง ซึ่งแจ้งให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการฯ มีลักษณะเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”<sup>44</sup> หนังสือกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 เรื่อง หลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปเพื่อให้นายทะเบียนอาวุธปืนทุกจังหวัด ถือเป็นแนวทางในการพิจารณาออกใบอนุญาตโดยการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้มีอาวุธปืนมากน้อยเพียงใดแล้วแต่หลักฐานความจำเป็นของแต่ละบุคคล<sup>45</sup> เป็นต้น

7. กฎที่ออกโดยคณะกรรมการที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แยกพิจารณา ได้ดังนี้

1) กฎที่ออกโดยคณะกรรมการต่าง ๆ คือ คณะกรรมการต่าง ๆ ที่จัดตั้งตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น คณะกรรมการข้าราชการตำรวจแห่งชาติ มีอำนาจออกกฎ ก.ตร. ตามมาตรา 31 วรรค 1 (2) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

2) ประกาศที่ออกคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น ประกาศคณะกรรมการจัดสรรที่ดินทำกิน ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2453 เป็นต้น

3) ข้อกำหนดคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งจัดตั้งตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น ข้อกำหนดคณะกรรมการส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคมแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการยื่นคำขอและการรับรองเป็นองค์กรสาธารณประโยชน์ พ.ศ. 2548 เป็นต้น

<sup>44</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2550

4) มติของคณะกรรมการ ซึ่งกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้คณะกรรมการออกมติ ที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้แก่ มติ ก.พ. ซึ่งกำหนดให้ผู้ที่ได้รับปริญญาตรี เกียรตินิยมทุกสาขาวิชาเป็นวุฒิสมาชิกสมัครเข้ารับราชการได้โดยวิธีคัดเลือกได้ เป็นกรณีที่มีเหตุพิเศษที่อาจคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการได้ โดยให้มีผลใช้บังคับในปีกงบประมาณ พ.ศ. 2544-2549 เป็นหลักเกณฑ์ใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ มีลักษณะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”<sup>46</sup> เป็นต้น

8. บันทึกข้อความขององค์การที่ใช้อำนาจทางปกครอง ทางปกครอง เช่น บันทึกข้อความของกรมขนส่งทางบก เรื่องการออกใบอนุญาตขับรถตามกฎหมายว่าด้วยรถยนต์ให้กับคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมือง เป็นนโยบายสำคัญของรัฐเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ มีลักษณะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”<sup>47</sup>

9. หนังสือของหน่วยงานทางปกครอง เช่น หนังสือของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา วางหลักเกณฑ์และวิธีการย้ายผู้บริหาร ที่ ศธ.0306.4/1024 ลงวันที่ 10 มกราคม 2556 เป็นการทั่วไปโดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ มีลักษณะของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”<sup>48</sup>

<sup>46</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.339/2550

<sup>47</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 47/2544

<sup>48</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 347/2559

### 2.2.1.2 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออก โดยองค์กรที่สังกัดฝ่ายบริหาร

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงกฎหมายในระดับกฎหมาย  
บัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรอื่นที่สังกัดฝ่ายบริหารและอยู่ภายใต้การกำกับ  
ดูแลตามกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” คือ รัฐวิสาหกิจ องค์กรการ  
มหาชน องค์กรปกครองท้องถิ่นและองค์กรวิชาชีพ ดังนี้

1. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดย  
“รัฐวิสาหกิจ” (Public Enterprise) กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่  
จัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยพระราชบัญญัติ หรือรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามพระราช  
กฤษฎีกา ได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจสามารถออกกฎระเบียบข้อบังคับภายใน  
องค์กรรัฐวิสาหกิจแต่ละรัฐวิสาหกิจกับประชาชนที่ไปใช้บริการสาธารณะอยู่  
ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ซึ่งเป็นระเบียบข้อบังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะ  
เจาะจง มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”  
เช่น ประกาศธนาคารอาคารสงเคราะห์เรื่อง การรับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือก  
ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการผู้จัดการ<sup>49</sup> เป็นต้น

2. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดย  
“องค์การมหาชน” (Public Organization) ซึ่งองค์การมหาชน คือ องค์กร  
ที่กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติจัดตั้งขึ้นมาให้อำนาจองค์การมหาชนที่  
จัดตั้งตามกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติให้อำนาจองค์การมหาชนตรา  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย<sup>50</sup>

<sup>49</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “รัฐวิสาหกิจ” เช่น ธนาคารอาคารสงเคราะห์ออกประกาศ  
ธนาคารอาคารสงเคราะห์เรื่อง การรับสมัครบุคคลเพื่อคัดเลือกผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการ  
ผู้จัดการ มีลักษณะเป็นประกาศเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงถือเป็น “กฎ”  
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 287/2545 คำพิพากษาศาลปกครองนี้แสดงให้เห็นว่า  
“รัฐวิสาหกิจ” ถือเป็นหน่วยงานทางปกครอง” ที่สามารถออก “กฎ” ได้

<sup>50</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “ธนาคารแห่งประเทศไทย” เป็นองค์การมหาชนที่จัดตั้ง

เป็นต้น หรือการจัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ออกระเบียบข้อบังคับกับประชาชนที่ไปใช้บริการสาธารณะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ซึ่งกฎระเบียบข้อบังคับขององค์การมหาชนถือเป็นกฎ ดังนั้นในการพิจารณาคดีสามารถอ้างอิงได้ เป็นต้น

3. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดย “หน่วยงานอื่นของรัฐ” ที่กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้หน่วยงานอื่นของรัฐตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งได้แก่ “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” (State agencies) เช่น คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.) ออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการประมวลคลื่นความถี่ของรัฐ เป็นต้น หรือมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หรือ เรียกว่า “มหาวิทยาลัยนอกระบบ” เช่น ระเบียบกำหนดกฎเกณฑ์การประเมินผลกลางของนักศึกษาแพทย์ของภาควิชาอายุรศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์มหาวิทยาลัยขอนแก่น<sup>51</sup> หรือ มติของสภามหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัยหรือมติคณะกรรมการบริหารงานบุคคลที่เห็นชอบให้ปรับฐานเงินเดือนบุคลากรประจำมหาวิทยาลัย<sup>52</sup> เป็นต้น

4. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดย “องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” (Local Government) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในปัจจุบันมีอยู่ 5 รูปแบบ ดังนี้ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร

---

ตามพระราชบัญญัติเฉพาะ ตามพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 ได้ออกประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องดอกเบี้ยและค่าบริการที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้ ในการประกอบธุรกิจสินเชื่อส่วนบุคคลภายใต้การกำกับมีสภาพเป็น “กฎ” คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 365/2550

<sup>51</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 613/2550

<sup>52</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2554

และเมืองพัทยา ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีกฎหมายในระดับ  
กฎหมายบัญญัติ ที่จัดตั้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 รูปแบบ  
จะบัญญัติมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตรากฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ขึ้นบังคับกับราษฎรในเขตท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งมีชื่อ  
แตกต่างกันออกไปตามชื่อองค์กรที่ตราขึ้น คือ ข้อบัญญัติจังหวัด เป็น  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ตราขึ้นโดยองค์การบริหารส่วน  
จังหวัด<sup>53</sup> ข้อบัญญัติตำบล เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่  
ตราขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนตำบล<sup>54</sup> เทศบัญญัติ เป็นกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ตราขึ้นโดยเทศบาล<sup>55</sup> ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร  
เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ตราขึ้นโดยกรุงเทพมหานคร<sup>56</sup>  
ข้อบัญญัติเมืองพัทยา เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตราขึ้น  
โดยเมืองพัทยา<sup>57</sup>

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงที่กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ” ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างกับกฎที่ตราขึ้นโดยองค์กร  
บริหาร คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง คือ กฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น  
ใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นของตน ไม่ได้บังคับทั่วราชอาณาจักรเหมือนกับ  
พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือประกาศกระทรวง เป็นต้น

5. กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เรียกว่า  
“ข้อบังคับ” ออกโดยหน่วยงานที่รับมอบหมายให้ใช้อำนาจปกครอง ได้แก่

<sup>53</sup> มาตรา 51 – 57 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

<sup>54</sup> มาตรา 71 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

<sup>55</sup> มาตรา 60 – 64 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

<sup>56</sup> มาตรา 97 – 108 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร  
พ.ศ. 2528

<sup>57</sup> มาตรา 70 – 79 พระราชบัญญัติเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

“องค์กรวิชาชีพ” (Professional Organization) ต่าง ๆ ที่กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรวิชาชีพตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อาทิเช่น สภานายความ ออกข้อบังคับบทยความว่าด้วยการฝึกอบรมวิชาว่าความ พ.ศ. 2529 และประกาศสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภานายความฉบับที่ 9/2549<sup>58</sup> อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นต้น กับหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการทางปกครอง เช่น สภาสถาบันอุดมศึกษาเอกชน<sup>59</sup> ออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการศึกษาในสถาบันแห่งนั้น ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2546 เป็นต้น

### 2.2.2 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหาร

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหาร ซึ่งกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหารถือเป็นองค์กรเจ้าที่ที่ใช้อำนาจทางปกครอง มีอยู่หลายองค์กรด้วยกันสามารถวิเคราะห์กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรมีใช่ฝ่ายบริหาร ซึ่งออกโดยองค์กร ศาล องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรสังกัดรัฐสภา องค์กรอัยการ ดังนี้

<sup>58</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 556/2550

<sup>59</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “สภาสถาบันอุดมศึกษาเอกชน” ศาลปกครองสูงสุดที่ 67/2554 ได้พิพากษาว่า มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ซึ่งเป็นสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง แสดงให้เห็นว่ามหาวิทยาลัยเอกชนถือเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองในการบริการสาธารณะด้านการศึกษา

### 2.2.2.1 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออก โดยองค์กรศาล

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรศาล (Court) เช่น ในกรณีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยศาลยุติธรรม (Court of Justice) เช่น ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยคดี ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2550 เป็นต้น หรือในกรณีกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยศาลปกครอง (Administrative Court) คือ กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้ศาลปกครองเป็นผู้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้แก่ ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เป็นต้น

### 2.2.2.2 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออก โดยองค์กรอิสระ

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรอิสระ (Independent Organ) ซึ่งในกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กรอิสระเป็นผู้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ออกประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง ผู้อำนวยการการเลือกตั้ง

ประจำเขตและคณะกรรมการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้ง<sup>60</sup> เป็นต้น

### 2.2.2.3 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออก โดยองค์กรสังกัดรัฐสภา

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กร  
สังกัดรัฐสภา ซึ่งกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้องค์กร  
สังกัดรัฐสภาเป็นผู้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น กฎระเบียบ  
รัฐสภาว่าด้วยการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายการบริหารงานของส่วนราชการสังกัด  
รัฐสภาอาศัยอำนาจมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารส่วน  
ราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2544 เป็นต้น

### 2.2.2.4 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออก โดยองค์กรอัยการ

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่ออกโดยองค์กร  
อัยการ ที่เรียกว่า “ข้อกำหนด” รัฐสภา ซึ่งกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ  
มอบอำนาจให้องค์กรอัยการเป็นผู้ตรากฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ” เช่น ข้อกำหนด ก.อ. ออกตามความในพระราชบัญญัติข้าราชการ  
ฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการ  
ฝ่ายอัยการ เป็นต้น

### 2.2.3 กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่มาจากการ รัฐประหาร

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่มาจากการ  
รัฐประหาร และต่อมามีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช  
2560 มาตรา 279 ได้รับความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
ประกาศคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และ คำสั่งหัวหน้าคณะ

<sup>60</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 88/2549

รักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่มีฐานะเป็นประกาศหรือคำสั่งทางบริหาร (กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”) เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 98/2557 เรื่อง การแก้ไขปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557 ประกอบกับคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 96/2557 เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการขับเคลื่อนการแก้ไขปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557 เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามประกาศฉบับนี้ มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหาจังหวัดชายแดนภาคใต้ และไม่มีอำนาจหน้าที่ใด กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็นคำสั่งทางบริหาร นั้นหากประกาศหรือคำสั่งใดมีฐานะเป็นคำสั่งทางบริหาร การแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกย่อมต้องทำโดยคำสั่งทางบริหาร หรือโดยมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี เป็นต้น

### 3. การศึกษาพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาถึงพระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยตรงกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยรัฐธรรมนูญประกอบกฎหมายระดับบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราขึ้น ใช้บังคับตามอัยาศัยและไม่เป็นไปตามอัยาศัย พบว่ามีพระราชกฤษฎีกาอยู่ 3 ประเภทใหญ่ คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง ประกอบกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่เกี่ยวข้องพ้นระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารในการบริหารราชการแผ่นดิน และพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น เพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารในเรื่องสำคัญเกี่ยวพ้นระหว่าง

ประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนี้

### 3.1 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยตรง

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กล่าวถึง พระราชกฤษฎีกานั้น จะพบว่าเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจโดยตรงของพระมหากษัตริย์ตามพระราชอัธยาศัยกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระมหากษัตริย์โดยมีผู้เสนอแนะ แยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 3.1.1 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามอัธยาศัย

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามอัธยาศัย อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ตามมาตรา 15<sup>61</sup> กล่าวคือ การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐใช้พระราชอำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์เพียงลำพังพระองค์เอง ไม่ต้องมีผู้เสนอแนะ ดังเช่น

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 15 การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย

การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

การตราพระราชกฤษฎีกาอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดระเบียบราชการ และการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 เป็นต้น

### 3.1.2 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ไม่เป็นไปตามอัยาศัย

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจของ  
พระมหากษัตริย์ไม่เป็นไปตามอัยาศัยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง  
โดยการเสนอแนะของคณะรัฐมนตรี สามารถแยกพิจารณา ดังนี้

#### 3.1.2.1 พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้อง กับการเมือง

พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการเมือง  
จะแยกพิจารณา คือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่มีความ  
เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐ ฝ่ายบริหาร คณะกรรมการการเลือกตั้ง  
และฝ่ายนิติบัญญัติ กับ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่  
เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่มีความ  
เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอาศัย  
อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ได้แก่

1) พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร<sup>62</sup> ตาม

---

<sup>62</sup>เมื่อพิจารณาศึกษานับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบ  
สมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์  
ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบันมีบทบัญญัติเรื่องการยุบสภา  
สภาผู้แทนราษฎรจำนวน 10 ฉบับ ยกเว้น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม  
ชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ธรรมนูญ  
การปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519  
ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร  
พุทศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 103<sup>63</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ส่วนรัฐธรรมนูญที่มี  
บทบัญญัติการยุบสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวน 10 ฉบับ ดังต่อไปนี้ 1. รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ตามมาตรา 35 2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย พุทธศักราช 2489 ตามมาตรา 32 3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)  
พุทธศักราช 2490 ตามมาตรา 40 4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492  
ตามมาตรา 97 5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ตามมาตรา 93  
6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ตามมาตรา 122 7. รัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ตามมาตรา 101 8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย พุทธศักราช 2534 ตามมาตรา 112 9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช  
2540 ตามมาตรา 116 10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตาม  
มาตรา 108

และพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรตั้งแต่ พ.ศ. 2481 – 9 ธันวาคม 2556  
มีจำนวน 13 ฉบับดังนี้ 1. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พุทธศักราช 2481  
2. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พุทธศักราช 2488 3. พระราชกฤษฎีกายุบสภา  
ผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2519 4. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2526  
5. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2529 6. พระราชกฤษฎีกายุบสภา  
ผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2531 7. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2535  
8. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2538 9. พระราชกฤษฎีกายุบสภา  
ผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2539 10. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2543  
11. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 12. พระราชกฤษฎีกายุบสภา  
ผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2554 13. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556

(อ้างอิงในแดนชัย ไชวีเศษ. “การยุบสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย” [http://  
library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/2557-danchai.pdf](http://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/2557-danchai.pdf).(หน้า 2-4.))

<sup>63</sup>มาตรา 103 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มี  
การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และให้กระทำได้เพียง  
ครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน

ภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาตามวรรค 1 ใช้บังคับ ให้คณะกรรมการ  
การเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 45 วัน

กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และให้กระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน และภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาใช้บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 45 วันแต่ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับ วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

2. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐ ฝ่ายบริหาร คณะกรรมการการเลือกตั้ง และฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่

1) พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 102<sup>64</sup> กล่าวคือ เมื่ออายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 45 วันนับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ การเลือกตั้งต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

---

แต่ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับ วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร”

<sup>64</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 102 เมื่ออายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 45 วันนับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ

การเลือกตั้งตามวรรค 1 ต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา”

2) พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 105<sup>65</sup> กล่าวคือ เมื่อตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่างลงเพราะเหตุอื่นใด นอกจากถึงคราวออกตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร หรือเมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรให้ดำเนินการ ในกรณีที่เป็นตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ให้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง เว้นแต่อายุของสภาผู้แทนราษฎรจะเหลืออยู่ไม่ถึง 180 วันและให้ห้ามนำความ

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 105 เมื่อตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่างลงเพราะเหตุอื่นใดนอกจากถึงคราวออกตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร หรือเมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่เป็นตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ให้ดำเนินการ ตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง เว้นแต่อายุของสภาผู้แทนราษฎรจะเหลืออยู่ไม่ถึง 180 วันและให้ห้ามนำความในมาตรา 102 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(2) ในกรณีที่เป็นตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรประกาศให้ผู้มีชื่ออยู่ในลำดับถัดไป ในบัญชีรายชื่อของพรรคการเมืองนั้นเลื่อนขึ้นมาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแทนตำแหน่งที่ว่าง โดยต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาภายใน 7 วันนับแต่วันที่ตำแหน่งนั้นว่างลง หากไม่มีรายชื่อเหลืออยู่ในบัญชีที่จะเลื่อนขึ้นมาแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อประกอบด้วยสมาชิกเท่าที่มีอยู่

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้เข้ามาแทนตาม (1) ให้เริ่มนับแต่วันเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ส่วนสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้เข้ามาแทนตาม (2) ให้เริ่มนับแต่วันถัดจากวันประกาศชื่อในราชกิจจานุเบกษา และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้เข้ามาแทนตำแหน่งที่ว่างนั้น อยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎรที่เหลืออยู่

การคำนวณสัดส่วนคะแนนของพรรคการเมืองสำหรับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อเมื่อมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้เป็นไปตามมาตรา 94”

ในมาตรา 102 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

3) พระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภาให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107<sup>66</sup> กล่าวคือ ภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกา มีผลใช้

---

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 107 วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน ซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์อาชีพ ลักษณะหรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม โดยในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชน ซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้

การแบ่งกลุ่ม จำนวนกลุ่ม และคุณสมบัติของบุคคลในแต่ละกลุ่ม การสมัครและรับสมัคร หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกกันเอง การได้รับเลือก จำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะพึงมีจากแต่ละกลุ่ม การขึ้นบัญชีสำรอง การเลื่อนบุคคลจากบัญชีสำรองขึ้นดำรงตำแหน่งแทน และมาตรการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อให้การเลือกกันเองเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มา ซึ่งสมาชิกวุฒิสภา และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้การเลือกตั้งกล่าวเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม จะกำหนดมิให้ผู้สมัครในแต่ละกลุ่มเลือกบุคคลในกลุ่มเดียวกัน หรือจะกำหนดให้มีการคัดกรองผู้สมัครรับเลือกด้วยวิธีการอื่นใด ที่ผู้สมัครรับเลือกมีส่วนร่วมในการคัดกรองก็ได้

การดำเนินการตามวรรค 2 ให้ดำเนินการตั้งแต่ระดับอำเภอ ระดับจังหวัดและระดับประเทศ เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยในระดับประเทศ

ในกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่ครบตามวรรค 1 ไม่ว่าจะเพราะเหตุตำแหน่งว่างลง หรือด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เพราะเหตุถึงคราวออกตามอายุของวุฒิสภา และไม่มีรายชื่อบุคคลที่สำรองไว้เหลืออยู่ ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่ แต่ในกรณีที่สมาชิกวุฒิสภาเหลืออยู่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดและอายุของวุฒิสภาเหลืออยู่เกิน 1 ปี ให้ดำเนินการเลือกสมาชิกวุฒิสภาขึ้นแทนภายใน 60 วันนับแต่วันที่วุฒิสภามีสมาชิกเหลืออยู่ไม่ถึงกึ่งหนึ่ง ในกรณีเช่นว่านี้ให้ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งกล่าวอยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าอายุของวุฒิสภาที่เหลืออยู่

การเลือกสมาชิกวุฒิสภาให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกามีผลใช้บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดวันเริ่มดำเนินการเพื่อเลือกไม่ช้ากว่า 30 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว มีผลใช้บังคับ การกำหนด

บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดวันเริ่มดำเนินการเพื่อเลือก  
ไม่ช้ากว่า 30 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ  
การกำหนดดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำความใน  
มาตรา 104<sup>67</sup> มาใช้บังคับโดยอนุโลม

3. พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่มี  
ความเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐ และฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยอำนาจตาม  
รัฐธรรมนูญโดยตรง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ปิด - เปิด สมัยประชุมรัฐสภา  
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 122<sup>68</sup>  
กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิด  
ประชุม กล่าวคือ พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธี  
เปิดประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งแรกด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรด

---

ดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำความในมาตรา 104 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

<sup>67</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 104 ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เป็นเหตุให้ไม่สามารถ  
จัดการเลือกตั้งตามวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดตามมาตรา 102 หรือ  
มาตรา 103 คณะกรรมการการเลือกตั้งจะกำหนดวันเลือกตั้งใหม่ก็ได้ แต่ต้องจัดให้มีการ  
เลือกตั้งภายใน 30 วันนับแต่วันที่เหตุดังกล่าวสิ้นสุดลง แต่เพื่อประโยชน์ในการนับอายุตาม  
มาตรา 95 (2) และมาตรา 97 (2) ให้นับถึงวันเลือกตั้งที่กำหนดไว้ตามมาตรา 102 หรือ  
มาตรา 103 แล้วแต่กรณี”

<sup>68</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 122 พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม  
พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปี  
ครั้งแรกด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาทซึ่งทรงบรรลุนิติ  
ภาวะแล้ว หรือผู้ใดผู้หนึ่ง เป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้

เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภา  
เป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้

ภายใต้บังคับมาตรา 123 และมาตรา 126 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม  
และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา”

เกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาทซึ่งทรงบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้ใด  
ผู้หนึ่ง เป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้ เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์  
แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัย  
วิสามัญก็ได้ ภายใต้บังคับมาตรา 123<sup>69</sup> และมาตรา 126<sup>70</sup> การเรียกประชุม  
การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราช  
กฤษฎีกา

### 3.1.2.2 พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำในฐานะ ประมุขของรัฐ ที่เกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารอาศัย อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง

---

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 123 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 2 สภารวมกันหรือ  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่  
ของทั้ง 2 สภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรม  
ราชโองการประกาศเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญได้

ให้ประธานรัฐสภานำความกราบบังคมทูลและลงนามรับสนองพระบรม  
ราชโองการ”

<sup>70</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 126 ในระหว่างที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร ไม่ว่าด้วยเหตุสภาผู้แทนราษฎร  
สิ้นอายุ สภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ หรือเหตุอื่นใด จะมีการประชุมวุฒิสภามิได้ เว้นแต่

(1) มีกรณีที่รัฐสภาต้องดำเนินการตามมาตรา 17 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21  
หรือมาตรา 177

(2) มีกรณีที่วุฒิสภาต้องประชุมเพื่อทำหน้าที่พิจารณาให้บุคคลดำรงตำแหน่งใด  
ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้วุฒิสภาดำเนินการประชุมได้โดยให้ประธานวุฒิสภา  
นำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการประกาศเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุม  
สมัยวิสามัญ และให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ในกรณีตาม (1) ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภา แต่การให้ความเห็นชอบตามมาตรา  
177 ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”

พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ที่เกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยตรง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ<sup>71</sup> เป็นพระราชกฤษฎีกาตามแบบ พิธีที่สืบทอด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179<sup>72</sup> กล่าวถึง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการ พระราชทานอภัยโทษ ตราขึ้นเพื่อเป็นการพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้อง ราชทัณฑ์ ซึ่งได้แก่ ผู้ต้องขังตามคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดก่อนหรือ ในวันที่พระราชทานอภัยโทษใช้บังคับ รวมทั้งนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมาย ว่าด้วยราชทัณฑ์ หรือนักโทษตามกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหาร ในวันที่ พระราชทานอภัยโทษใช้บังคับ เป็นการตราขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ การอภัยโทษเป็นเครื่องมือสำคัญประการหนึ่ง ที่นานาอารยประเทศ

<sup>71</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาความเป็นมาของพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ จะพบว่า เป็น “พระราชกฤษฎีกาตามแบบพิธี” ที่สืบทอดมาจากโบราณกาลที่เป็นพระราชอำนาจใน พระมหากษัตริย์ขององค์พระประมุขที่มีต่อพสกนิกร ที่ต้องราชทัณฑ์และญาติ พี่น้องได้ สำนึกในพระมหากษัตริย์คุณ ที่ทรงมีต่อพสกนิกร พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะ ประมุขของรัฐโดยแท้และเป็นพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในพระราชอำนาจ โดยตรง ดังนั้นการใช้พระราชอำนาจอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในฐานะองค์กร เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจทางปกครอง มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และถึงแม้พระราชกฤษฎีกา อภัยโทษ คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา แต่ก็เป็นการถวายคำแนะนำ มิใช่ใช้อำนาจตัดสินใจและเสนอต่อพระมหากษัตริย์ เพื่อตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว เมื่อพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นหลักทั่วไปว่า ประมุขของรัฐ คือ ประธานาธิบดีมีอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษได้ ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่จะรับไว้ตรวจสอบได้ เพราะถือเป็น ข้อยกเว้นอำนาจของศาลตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” เช่นเดียวกับการออก พระราชกฤษฎีกา การทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

<sup>72</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 179 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทาน อภัยโทษ”

นำไปใช้ในการบริหารดำเนินกระบวนการยุติธรรมของประมุข หรือผู้นำแห่งรัฐ นั้น จะถูกกำหนดให้มีอำนาจในการอภัยโทษให้แก่ผู้กระทำความผิดให้ได้รับการยกโทษ ลดหย่อนผ่อนโทษ หรือปล่อยตัวพ้นโทษไป ซึ่งเหตุผลแห่งการอภัยโทษนี้มาจากหลักแห่งความเมตตาการุณา อันจะทำให้ผู้กระทำความผิดได้มีจิตสำนึกในการกระทำผิดและได้มีโอกาสแก้ไขตนเอง มุ่งในการแก้ไขความผิดพลาดในการกระทำตามหลักนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ประเทศไทยจึงได้มีกำหนดการอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ไว้ในรัฐธรรมนูญโดยให้มีการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

### 3.1.2.3 พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำการบริหารราชการแผ่นดินเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารอัยการอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง

พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำการบริหารราชการแผ่นดินเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารอัยการอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกาเงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 183<sup>73</sup> กล่าวคือ เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี ประธาน และรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

---

<sup>73</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 183 เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

บำเหน็จบำนาญหรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี ซึ่งพ้นจากตำแหน่ง ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

### 3.2 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง ประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่เกี่ยวข้องระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารในการบริหารราชการแผ่นดิน

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง ประกอบกฎหมายระดับบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราขึ้นใช้บังคับตาม คำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี กล่าวถึง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายระดับ กฎหมายบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยประมวลรัษฎากร พระราชกฤษฎีกาที่ออกอาศัยพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น

### 3.3 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ใน ราชการฝ่ายบริหารในเรื่องสำคัญเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับ ฝ่ายบริหารในการบริหารราชการแผ่นดิน

พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น เพื่อบังคับใช้ใน ราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่องตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 175<sup>74</sup> กล่าวถึง พระมหากษัตริย์ ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ระดับกฎหมายบัญญัติ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่ออกมาใช้กับฝ่ายบริหาร เพียงอย่างเดียวไม่บังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลเห็น สมควรตราข้อบังคับใช้ในการบริหารงานทั่วไป ในกิจการของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกากว่าด้วย เบี้ยประชุมกรรมการ พระราชกฤษฎีกากว่าด้วย การเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ พระราชกฤษฎีกากว่าด้วยการร้องทุกข์ ในพระราชสำนัก พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ เป็นต้น

<sup>74</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 175 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

## บทที่ 5

### วิเคราะห์สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในบทที่ 5 นี้ ผู้วิจัยจะดำเนินการศึกษาวิเคราะห์ถึงประเด็นการศึกษาสถานะกฎหมาย ของพระราชกฤษฎีกา ในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อตอบโจทก์หัวข้อวิจัยในวัตถุประสงค์การการวิจัยทั้ง 3 ข้อ กล่าวคือ **ตอบโจทก์วิจัย เรื่อง 1** เป็นการศึกษาถึงขอบเขตของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นฐานแห่งอำนาจหรือลำดับชั้นทางกฎหมายที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมได้ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการตรากฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติและกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งฝ่ายบริหารได้นำรูปแบบการกระทำชนิดที่เรียกชื่อว่า “**พระราชกฤษฎีกา**” มาใช้ในระบบกฎหมายไทย มีประเภทใดบ้าง สมควรที่จะใช้รูปแบบนี้หรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่น เกี่ยวข้องกับประเด็นการคุ้มครองสิทธิ การควบคุมตรวจสอบหรือไม่เพียงใด ดังนั้นในบทนี้จะเป็นการศึกษาอยู่ 2 หัวข้อ คือ การศึกษาสถานะกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในวัตถุประสงค์การวิจัยในข้อที่ 1 กับ **การตอบโจทก์วิจัยเรื่องที่ 2** คือ การวิเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมาย และในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา

ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในวัตถุประสงค์การวิจัยใน ข้อ 2 และข้อ 3 ดังนี้

## 1. การศึกษาสถานะกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง ในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การศึกษาสถานะกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องในขอบเขตของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้วิจัยทำการศึกษาด้านกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ว่าพระราชกฤษฎีกาประเภทใดบ้างอยู่ในระดับ “กฎหมายบัญญัติ” กับพระราชกฤษฎีกาบางประเภท “กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือ พระราชกฤษฎีกาบางประเภทเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” โดยจะทำการศึกษาวิเคราะห์พระราชกฤษฎีกาเทียบเคียงจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครองกับการศึกษาพระราชกฤษฎีกาที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาด้านกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาตามหลักคิดในบทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในหัวข้อที่ 4 แนวคิดคิดว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็นเครื่องมือของรัฐควบคุมคนในสังคมมาศึกษาวิเคราะห์ ดังนี้

### 1.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ได้ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง

การศึกษาสถานะของพระราชกฤษฎีกา จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง จะพบว่า สถานะพระราชกฤษฎีกาประเภทต่าง ๆ นั้น ได้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษา

ศาลปกครองแต่ยังไม่เป็นที่ยึด ดั่งนี้

### 1.1.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่เป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา  
ที่เป็นกฎหมายในระดับกฎหมาย บัญญัติ โดยการศึกษาจากคำวินิจฉัย  
ศาลรัฐธรรมนูญ พบว่า ได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ 2 เรื่อง คือ  
พระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการไม่มีผลกระทบต่อบุคลากร  
และงบประมาณของรัฐ กับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ดังนี้

#### 1.1.1.1 พระราชกฤษฎีกายุบโอนและรวมส่วนราชการ ที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรและงบประมาณของรัฐ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกายุบโอนและรวม  
ส่วนราชการจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540 ได้วินิจฉัยถึง  
พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2540 มาตรา 230<sup>1</sup> วรรค 2 กับวรรค 5 คือ พระราชกฤษฎีกา

---

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 230 การจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ โดยมีการกำหนดตำแหน่ง  
หรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ

การรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งเป็นกระทรวง  
ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็น  
กระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการ  
หรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น หรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่มีการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ตามวรรค 2  
จะกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้นในกระทรวง ทบวง กรม  
ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือในกระทรวง ทบวง กรม ที่ถูกรวมหรือโอนไป มิได้

พระราชกฤษฎีกาตามวรรค 2 ให้ระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม  
ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งหน่วยราชการหรือ  
เจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สิน

เกี่ยวกับการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้นมีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” และ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 2 กับวรรค 5 มีวัตถุประสงค์ให้มีการจัดตั้ง ยุบ เลิก ฯลฯ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งมีลักษณะมีผลเพียงแต่ลบล้าง พระราชบัญญัติในกฎหมายปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม เท่านั้น ไม่รวมถึงถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มีสถานะทางกฎหมายถือ เป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีลักษณะเช่นเดียวกันกับ “ข้อบังคับที่เป็นเอกเทศ” ที่เรียกว่า “รัฐกฤษฎีกา” ของประเทศฝรั่งเศส

แต่อย่างไรก็ตามพิจารณาศึกษาถึงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 มาตรา 8 ทวิ<sup>2</sup>

---

และหนังสือ เอาไว้ด้วย

การดำเนินการตามวรรค 2 กับกระทรวง ทบวง กรม ที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้ว ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นนั้น มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ตั้งเช่นพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

“มาตรา 8 ทวิ การรวมหรือการโอนส่วนราชการตามมาตรา 7 ไม่ว่าจะมีผลเป็นการจัดตั้งส่วนราชการขึ้นใหม่หรือไม่ ถ้าไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้นให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 1 ให้ระบุอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งส่วนราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม

กำหนดว่า การรวมหรือการโอนส่วนราชการตามมาตรา 7<sup>3</sup> ไม่ว่าจะมิใช่ผล  
เป็นการจัดตั้งส่วนราชการขึ้นใหม่หรือไม่ ถ้าไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรือ  
อัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้นให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและให้  
ระบุอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่ง  
กฎหมาย ซึ่งส่วนราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและ  
ลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย แล้วแต่  
กรณี โดยให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนและสำนักงาน  
ประมาณมีหน้าที่ตรวจสอบดูแลให้มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของ  
ข้าราชการหรือลูกจ้างของส่วนราชการที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือที่ถูกรวมหรือโอน  
เพิ่มขึ้นจนกว่าจะครบกำหนด 3 ปีนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกามีผลใช้บังคับ  
ซึ่ง พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ  
เป็น “กฎ”

---

การโอนข้าราชการและลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย  
แล้วแต่กรณี

ให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนและสำนักงานประมาณ มีหน้าที่  
ตรวจสอบดูแลให้มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างของส่วนราชการ  
ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือที่ถูกรวมหรือโอนไปตามวรรค 1 เพิ่มขึ้นจนกว่าจะครบกำหนดสามปีนับ  
แต่วันที่พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งมีผลใช้บังคับ”

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

“มาตรา 7 ให้จัดระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ดังนี้

- (1) สำนักนายกรัฐมนตรี
- (2) กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง
- (3) ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง
- (4) กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ซึ่งสังกัดหรือไม่

สังกัดสำนัก นายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง

สำนักนายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นกระทรวง

ส่วนราชการตาม (1) (2) (3) และ (4) มีฐานะเป็นนิติบุคคล

### 1.1.1.2 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ได้วินิจฉัยถึงพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ให้มีการเลือกตั้งใหม่ ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 108<sup>4</sup> มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ตามมาตรา 245<sup>5</sup> (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เพราะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ในทำนองเดียวกัน กรณีของการตราพระราชบัญญัติในระดับกฎหมายบัญญัติ แสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้วางแนวปฏิบัติว่า

<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

“มาตรา 108 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่า 45 วันแต่ไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันยุบสภาผู้แทนราษฎร และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

การยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการผิดดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนการจัดการเลือกตั้ง เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีเนื้อหา เป็นคำสั่งตามแบบพิธีในการตรา เป็นพระราชกฤษฎีกาจึงไม่ใช่กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”<sup>6</sup> ซึ่ง การกระทำเหล่านี้ในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสถือว่า เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “หลักกว่าด้วย ปัญหาทางการเมือง” เป็นต้น

### 1.1.2 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ”

สถานะทางกฎหมายพระราชกฤษฎีกาภายใต้บทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยผู้วิจัยได้ทำการ ศึกษาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายและ ศึกษาจากคำพิพากษา/คำสั่งศาลปกครองสูงสุดและหลักทฤษฎีของกฎหมาย ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ดังนี้

#### 1.1.2.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาศึกษาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 วินิจฉัยถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ยุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116<sup>7</sup> ซึ่งแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 เป็นส่วนที่ให้มีการยุบ

---

<sup>6</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์ “กฎของประเทศไทย” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 14 ธันวาคม 2539 หน้า 103

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

“มาตรา 116 พระมหากษัตริย์ทรงไว้

ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา

สภาผู้แทนราษฎร และส่วนที่ 2 เป็นเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้ง ซึ่งในส่วนที่ 2 แม้เป็นการกำหนด โดยรัฐบาล เนื่องจากเป็นผู้รับสนองบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และมีกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องดำเนินการในกระบวนการจัดการเลือกตั้งหลายประการ การที่รัฐบาลจะต้องกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงจำเป็นต้องประสานงานกับคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อน ทั้งนี้เมื่อกำหนดวันเลือกตั้งแล้ว การดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมและดำเนินการหรือจัดให้มีการเลือกตั้ง ก็จะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งในฐานะผู้ใช้อำนาจควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งย่อมมีอำนาจพิจารณาดำเนินการสั่งการปัญหาดังกล่าว และบางกรณีรัฐธรรมนูญให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งสืบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายบางฉบับให้เป็นที่ยุติได้ด้วย ดังนั้นการจัดการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐ เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชนชาวไทยไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบ

#### ผู้แทนราษฎรใหม่

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 60 วัน และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

การยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

ขององค์กรฝ่ายตุลาการ จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

**ข้อสังเกต** พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ  
ยุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540  
มาตรา 116 คือ พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ในส่วน  
การจัดการเลือกตั้ง เป็น “การกระทำทางปกครอง” (Administrative  
act) เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบ  
ของอำนาจตุลาการ ในคำวินิจฉัยฉบับนี้ทำให้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตในวินิจฉัย  
ศาลรัฐธรรมนูญที่ วินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 พระราชกฤษฎีกายุบ  
สภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มีฐานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมาย  
บัญญัติ” จึงมีความแตกต่างในเรื่องสถานะทางกฎหมายจึงทำให้มีปัญหา  
เกี่ยวกับสถานะของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับ  
การจัดการเลือกตั้ง ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร  
ไทย พุทธศักราช 2560 ตามมาตรา 103<sup>8</sup> กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงไว้  
ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา  
ผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำ  
โดยพระราชกฤษฎีกาและให้กระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน  
และภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาใช้บังคับ ให้คณะกรรมการ  
การเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต้อง

---

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 103 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร  
เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และให้กระทำได้เพียง  
ครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน

ภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาตามวรรคหนึ่งใช้บังคับ ให้คณะกรรมการ  
การเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 45 วัน  
แต่ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับ วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็น  
วันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร”

ไม่น้อยกว่า 45 วันแต่ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับ วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร ซึ่งประเด็นต้องมีการศึกษาต่อว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือไม่

### 1.1.2.2 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยคำพิพากษาของศาลปกครอง

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยคำพิพากษาของศาลปกครอง กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่อง ภายใต้ มาตรา 175<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวถึง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ

ซึ่งศาลปกครองได้มีคำพิพากษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้หลายประเภท ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกาที่ตราโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ โดยตรงไม่ขัดต่อกฎหมายจะพบว่า มีอยู่ 2 ลักษณะ ดังนี้

ลักษณะที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับกฎหมายในระดับกฎหมาย

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 175 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

บัญญัติที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็น  
การใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานะทางที่เป็นฝ่ายปกครอง ภายบทบัญญัติ  
แห่งกฎหมายตามมาตรา 5<sup>10</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง  
ปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3<sup>11</sup> วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง

---

<sup>10</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2539

“มาตรา 5 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและ  
การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่ง ทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการ  
ใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

“การพิจารณาทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการ  
ของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทาง ปกครอง

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้น  
ระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพ  
ของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต  
การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่ หมายความว่ารวมถึง  
การออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง  
ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป  
โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตาม  
กฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตาม  
กฎหมาย

“เจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคล ซึ่งใช้อำนาจหรือ  
ได้รับมอบให้ใช้อำนาจทาง ปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามกฎหมาย  
ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ยื่นคำขอหรือผู้คัดค้านคำขอ ผู้อยู่ในบังคับหรือจะอยู่  
ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง และผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง  
เนื่องจากสิทธิของผู้นั้นจะถูกระทบกระทบเนื่องจากผลของคำสั่งทางปกครอง

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติ

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

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคล ซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับกรวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

“ตุลาการศาลปกครอง” หมายความว่า ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

“ก.ศป.” หมายความว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายความรวมถึงบุคคลหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอดไม่ว่าจะโดยความสมัครใจเอง หรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียกเข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนินกระบวนการพิจารณา ให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย

“คำฟ้อง” หมายความว่า การเสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอ หรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยความสมัครใจ หรือถูกบังคับ หรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า ความรวมถึงสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ว่า หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ให้นิยามถึงกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง

พระราชกฤษฎีกาในลักษณะดังกล่าวเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอุทยาน<sup>12</sup> พระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณให้เป็นเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า<sup>13</sup> เป็นต้น

ลักษณะที่ 2 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงแต่ไม่ขัดต่อกฎหมาย คือ ออกมาเพื่อใช้กับฝ่ายบริหารเพียงอย่างเดียวไม่บังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลเห็น

---

เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคล ซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น”

<sup>12</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2554 และที่ พ.31/2554 วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน

<sup>13</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.22-36/2555

สมควรตราข้อบังคับใช้ในการบริหารงานทั่วไป ในกิจการของฝ่ายบริหาร ซึ่งพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานะทางที่เป็นฝ่ายปกครอง ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และมาตรา 3 วรรค 8 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ให้นิยามถึง กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง

พระราชกฤษฎีกาในลักษณะดังกล่าวเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ<sup>14</sup> พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ<sup>15</sup> เป็นต้น

2. พระราชกฤษฎีกากฎโทษซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นในสถานะทางประมุขของรัฐพระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ที่เกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกากฎโทษ<sup>16</sup> ซึ่งเป็น

<sup>14</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 576/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1587/2559

<sup>15</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2554

<sup>16</sup> เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “พระราชกฤษฎีกากฎโทษ” เป็น “พระราชกฤษฎีกาตามแบบพิธี” ที่สืบทอดมาตามโบราณกาลที่เป็นพระราชอำนาจในพระมหากษัตริย์คุณขององค์ พระประมุขที่มีต่อพสกนิกรที่ต้องราชทัณฑ์และญาติพี่น้องได้สำนึกในพระมหากษัตริย์คุณ

พระราชกฤษฎีกาตามแบบพิธีที่สืบทอดกันมา ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า พระราชกฤษฎีกากฎอภัยอาจแบ่ง  
ได้ 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงขึ้น  
โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มาตรา 175<sup>17</sup> ประกอบกฎหมายที่ให้อำนาจไว้  
เป็นการเฉพาะ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261 ทวิ<sup>18</sup>

ประเภทที่ 2 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงขึ้น  
โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มาตรา 179<sup>19</sup> กล่าวถึง พระมหากษัตริย์

---

ที่ทรงมีต่อพสกนิกร พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐโดยแท้และ  
เป็นพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในพระราชอำนาจโดยตรง ดังนั้นการใช้พระราช  
อำนาจอภัยโทษของพระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตาม  
มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ  
ถึงแม้พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวล  
กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ก็เพียงการถวายคำแนะนำ มิใช่ใช้อำนาจตัดสินใจ  
และเสนอต่อพระมหากษัตริย์ เพื่อตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว เมื่อพิจารณาศึกษา  
เปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นหลักทั่วไปว่า ประมุขของรัฐ คือ ประธานาธิบดีมี  
อำนาจในการตราฎีกาอภัยโทษได้ ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่จะ  
รับไว้ตรวจสอบได้ เพราะถือเป็นข้อยกเว้นอำนาจของศาลตามกฎหมายว่าด้วย “การกระทำของ  
รัฐบาล” เช่นเดียวกัน การออกพระราชกฤษฎีกา การทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

<sup>17</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 175 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา  
โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

<sup>18</sup>ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

“มาตรา 261 ทวิ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นเป็นการสมควรจะถวายคำแนะนำ  
ต่อพระมหากษัตริย์ขอให้พระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษก็ได้  
การพระราชทานอภัยโทษตามวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

<sup>19</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 179 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทาน  
อภัยโทษ”

ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ

ประเภทที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้น โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มาตรา 179 ประกอบมาตรา 175 และประกอบกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 261 ทวิ

พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษในประเภทที่ 2 จะไม่มีปัญหาเพราะถือเป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ถือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส แต่ปัญหาจะเกิดในกรณีของพระราชกฤษฎีกาประเภทที่ 1 และประเภทที่ 3 และปัญหาส่วนใหญ่มักจะเกิดในประเภทที่ 3 เมื่อพิจารณาศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พบว่า กรณีเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการพระราชทานอภัยโทษตามพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษนั้น มีลักษณะข้อพิพาทการศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาโดยคำพิพากษาของศาลปกครอง อยู่ 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐ คือ พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา คำสั่งศาลปกครองสูงสุด พ.12/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.19/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.2/2550 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.23/2546 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.31/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.11/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.22/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2555 คำพิพากษาสูงสุดที่ พ.5/2554 ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ที่ศาลปกครองสามารถเข้าตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภัยโทษ

ลักษณะที่ 2 ในกรณีการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษและมีคำขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือเพิกถอน ประกาศ คำสั่ง กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทโต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษภายหลังจากที่พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษมีผลใช้บังคับ ซึ่งคดีที่ฟ้องโต้แย้งการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9<sup>20</sup> วรรคหนึ่ง (1)

---

<sup>20</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่ง ปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 637/2546 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 92/2551 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2554 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 262/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 364/2549 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 293/2551 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 417/2552

### 1.1.3 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” สามารถค้นพบได้จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครองและโดยสภาพทางเนื้อหา ดังนี้

#### 1.1.3.1 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราช กฤษฎีกาที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร<sup>21</sup> ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น”

<sup>21</sup> เมื่อพิจารณาศึกษานับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบันมีบทบัญญัติเรื่องการยุบสภาสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 10 ฉบับ ยกเว้น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร

พุทธศักราช 2560 มาตรา 103<sup>22</sup> กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้

พ.ศ. 2515 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ส่วนรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติการยุบสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวน 10 ฉบับ ดังต่อไปนี้ 1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ตามมาตรา 35 2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ตามมาตรา 32 3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 ตามมาตรา 40 4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ตามมาตรา 97 5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ตามมาตรา 93 6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ตามมาตรา 122 7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ตามมาตรา 101 8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ตามมาตรา 112 9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามมาตรา 116 10. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามมาตรา 108

และพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรตั้งแต่ พ.ศ. 2481 – 9 ธันวาคม 2556 มีจำนวน 13 ฉบับดังนี้ 1. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พุทธศักราช 2481 2. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พุทธศักราช 2488 3. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2519 4. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2526 5. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2529 6. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2531 7. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2535 8. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2538 9. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2539 10. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2543 11. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 12. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2554 13. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556

(อ้างอิงในแดนชัย ไซวิเศษ. “การยุบสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย” <http://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/2557-danchai.pdf>. (หน้า 2-4.) เข้าถึงข้อมูลวันจันทร์ที่ 16 มีนาคม 2556)

<sup>22</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 103 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างไว้ในเชิงอรรถที่ 7.

กระทำโดย**พระราชกฤษฎีกา**และให้กระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน และภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาใช้บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเลือกตั้งทั่วไปในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต้องไม่น้อยกว่า 45 วันแต่ไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวใช้บังคับ วันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

ซึ่งมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 วินิจฉัยถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญยุบสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116 คือพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ซึ่งมี 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 เป็นส่วนที่ให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร กับส่วนที่ 2 การจัดการเลือกตั้ง ซึ่งในส่วนที่ 1 เป็นส่วนที่ให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร นั้นเป็น “**การกระทำทางรัฐบาล**” โดยนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล ถือเป็น “**การกระทำทางรัฐบาล**” หรือ “**การกระทำทางรัฐสภา**” เช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ

2. พระราชกฤษฎีกาที่พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการกระทำทางการเมืองที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐ และฝ่ายนิติบัญญัติอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ปิด - เปิดสมัยประชุมรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 122<sup>23</sup> กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิด และทรงปิดประชุม กล่าวคือ พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมา ทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งแรกด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาท ซึ่งทรงบรรลุนิติภาวะ แล้ว หรือผู้ใดผู้หนึ่ง เป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้ เมื่อมีความจำเป็น เพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้ ภายใต้บังคับมาตรา 123<sup>24</sup> และมาตรา 126<sup>25</sup>

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 122 พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งแรกด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาท ซึ่งทรงบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้ใดผู้หนึ่ง เป็นผู้แทนพระองค์มาทำรัฐพิธีก็ได้

เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้

ภายใต้บังคับมาตรา 123 และมาตรา 126 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา”

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 123 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 2 สภารวมกัน หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้ง 2 สภา มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อมีพระบรมราชโองการประกาศเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญได้

ให้ประธานรัฐสภานำความกราบบังคมทูลและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ”

<sup>25</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 126 ในระหว่างที่ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร ไม่ว่าด้วยเหตุสภาผู้แทนราษฎร สิ้นอายุ สภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ หรือเหตุอื่นใด จะมีการประชุมวุฒิสภามิได้ เว้นแต่

(1) มีกรณีที่รัฐสภาต้องดำเนินการตามมาตรา 17 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 หรือมาตรา 177

(2) มีกรณีที่วุฒิสภาต้องประชุมเพื่อทำหน้าที่พิจารณาให้บุคคลดำรงตำแหน่งใด ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาให้กระทำ  
โดยพระราชกฤษฎีกา

### 1.1.3.2 การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราช กฤษฎีกาที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” โดยคำพิพากษาศาลปกครอง

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เป็น  
“การกระทำทางรัฐบาล” โดยคำพิพากษาศาลปกครอง พระราชกฤษฎีกา  
ยุบสภาผู้แทนราษฎรกับพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ ดังนี้

1. พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรให้มีการ  
เลือกตั้งใหม่ พิชากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2549 พระราชกฤษฎีกาที่  
ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 อาศัย  
อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา  
116<sup>26</sup> นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำ  
พระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของ  
ฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือ

---

เมื่อมีกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้วุฒิสภาดำเนินการประชุมได้โดยให้ประธานวุฒิสภา  
นำความกราบบังคมทูล เพื่อมีพระบรมราชโองการประกาศเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุม  
สมัยวิสามัญ และให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ในกรณีตาม (1) ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภา แต่การให้ความเห็นชอบตามมาตรา  
177 ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา”

<sup>26</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 116 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2540 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6

“มาตรา 116 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎร  
เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้ง  
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 60 วัน และวันเลือกตั้งนั้นต้อง  
กำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

การยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

คานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภา ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครอง ถือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

2. พระราชกฤษฎีกากฎโทษ ศาลปกครองได้พิพากษาศาล ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2554 ว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเป็นพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยพระราชอำนาจในฐานะเป็นประมุขของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครองและไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 วรรค 3<sup>27</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการมีมติเห็นชอบให้ออกพระราชกฤษฎีกา เช่นเดียวกันพระราชกฤษฎีกาอื่น ๆ ถึงแม้พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 261 ทวิ<sup>28</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็ตาม เป็นเพียงแต่การถวายคำแนะนำเสนอต่อพระมหากษัตริย์เท่านั้นมิใช่เป็นการใช้อำนาจตัดสินใจ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่า ประมุขของรัฐ ซึ่งในที่นี้หมายถึงประธานาธิบดี มีอำนาจในการตราฎีกากฎโทษได้และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาตรวจสอบได้

---

<sup>27</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10

<sup>28</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16

เพราะถือเป็นข้อยกเว้นอำนาจตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นเดียวกันกับการการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

จากคำพิพากษาศาลปกครองคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2554 ฉบับนี้ได้มีความแตกต่างไปจากคำพิพากษาศาลปกครองฉบับต่างๆ เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษ ดังนั้นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179<sup>29</sup> เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษจะมีสถานะทางกฎหมายลำดับที่เป็น “กฎ” อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเพราะถือเป็นข้อยกเว้นอำนาจตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

## 1.2 การศึกษาสถานะของทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง

การศึกษาสถานะของทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง ผู้วิจัยได้ดำเนินการพิจารณาศึกษาจากแนวคิดทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และจากการสัมภาษณ์เชิงลึกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชน ทำให้ทราบถึงพระราชกฤษฎีกาที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครอง คือ พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีแต่ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา

<sup>29</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 179 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ”

พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา และ พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหาที่เป็นการกระทำของประมุขตามอัยต้าย ดังนี้

### 1.2.1 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีแต่ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีแต่ไม่มีลักษณะเป็น “นามธรรม” และเป็น “การทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง” คือ พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร และพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสภาผู้แทนราษฎร ดังนี้

#### 1.2.1.1 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 102

พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 102<sup>30</sup> กล่าวคือ เมื่ออายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 45 วันนับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ

<sup>30</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 102 เมื่ออายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายใน 45 วันนับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ

การเลือกตั้งตามวรรค 1 ต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการเลือกตั้งประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา”

การเลือกตั้งต้องเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการ  
การเลือกตั้งประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

### 1.2.1.2 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 105

พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร  
ตามมาตรา 105<sup>31</sup> เช่น พระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา  
ผู้แทนราษฎรจังหวัดนครปฐมเขตเลือกตั้งที่ 5 แทนตำแหน่งที่ว่าง พ.ศ. 2562<sup>32</sup>  
กล่าวคือ เมื่อตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่างลงเพราะเหตุอื่นใด

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 105 เมื่อตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่างลงเพราะเหตุอื่นใดนอกจาก  
ถึงคราวออกตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร หรือเมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรให้ดำเนินการ  
ดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่เป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจาก การเลือกตั้งแบบ  
แบ่งเขตเลือกตั้ง ให้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา  
ผู้แทนราษฎรขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง เว้นแต่อายุของสภาผู้แทนราษฎรจะเหลืออยู่ไม่ถึง 180 วัน  
และให้นำความในมาตรา 102 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(2) ในกรณีที่เป็นการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อให้  
ประธานสภาผู้แทนราษฎรประกาศให้ผู้มีชื่ออยู่ในลำดับถัดไปในบัญชีรายชื่อของ  
พรรคการเมืองนั้นเลื่อนขึ้นมาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแทนตำแหน่งที่ว่าง โดยต้อง  
ประกาศในราชกิจจานุเบกษาภายใน 7 วันนับแต่วันที่ตำแหน่งนั้นว่างลง หากไม่มีรายชื่อเหลือ  
อยู่ในบัญชีที่จะเลื่อนขึ้นมาแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อ  
ประกอบด้วยสมาชิกเท่าที่มีอยู่

สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้เข้ามาแทนตาม (1) ให้เริ่มนับแต่  
วันเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ส่วนสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้เข้ามาแทนตาม  
(2) ให้เริ่มนับแต่วันถัดจากวันประกาศชื่อในราชกิจจานุเบกษา และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร  
ผู้เข้ามาแทนตำแหน่งที่ว่างนั้น อยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าอายุของสภาผู้แทนราษฎรที่เหลืออยู่

การคำนวณสัดส่วนส่วนคะแนนของพรรคการเมืองสำหรับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร  
แบบบัญชีรายชื่อเมื่อมีการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้เป็นไปตามมาตรา 94”

<sup>32</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 101 ก หน้า 1 ลงวันที่ 28 กันยายน 2562

นอกจากถึงคราวออกตามอายุของสภาผู้แทนราษฎร หรือเมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรให้ดำเนินการ ในกรณีที่เป็นตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้ง ให้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง เว้นแต่อายุของสภาผู้แทนราษฎรจะเหลืออยู่ไม่ถึง 180 วันและให้นำความในมาตรา 102 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

## 1.2.2 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา

พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา จะมีข้อพิจารณา คือ การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงและประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับการศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงและประกอบกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ ดังนี้

### 1.2.2.1 พระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภามาตาม มาตรา 107

การศึกษานิติสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภาให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107<sup>33</sup> กล่าวคือ ภายใน 5 วัน

<sup>33</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 107 วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน ซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์อาชีพ ลักษณะหรือประโยชน์ร่วมกันหรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคมโดยการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งใน

นับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกา มีผลใช้บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง กำหนดวันเริ่มดำเนินการเพื่อเลือกไม่ช้ากว่า 30 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ การกำหนดดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำความใน มาตรา 104<sup>34</sup> มาใช้บังคับโดยอนุโลม เป็นพระราชกฤษฎีกา

ลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้

การแบ่งกลุ่ม จำนวนกลุ่ม และคุณสมบัติของบุคคลในแต่ละกลุ่ม การสมัครและรับสมัคร หลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตนเอง การได้รับเลือก จำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะพึงมีจากแต่ละกลุ่ม การขึ้นบัญชีสำรอง การเลื่อนบุคคลจากบัญชีสำรองขึ้นดำรงตำแหน่งแทน และมาตรการอื่นใดที่จำเป็นเพื่อให้การเลือกกันเองเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มา ซึ่งสมาชิกวุฒิสภา และเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้การเลือกตั้งกล่าวเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม จะกำหนดมิให้ผู้สมัครในแต่ละกลุ่มเลือกบุคคลในกลุ่มเดียวกัน หรือจะกำหนดให้มีการคัดกรองผู้สมัครรับเลือกด้วยวิธีการอื่นใดที่ผู้สมัครรับเลือกมีส่วนร่วมในการคัดกรองก็ได้

การดำเนินการตามวรรค 2 ให้ดำเนินการตั้งแต่ระดับอำเภอ ระดับจังหวัดและระดับประเทศ เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยในระดับประเทศ

ในกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่ครบตามวรรค 1 ไม่ว่าเพราะเหตุตำแหน่งว่างลง หรือด้วยเหตุอื่นใดอันมิใช่เพราะเหตุถึงคราวออกตามอายุของวุฒิสภา และไม่มีรายชื่อบุคคลที่สำรองไว้เหลืออยู่ ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่ แต่ในกรณีที่มีสมาชิกวุฒิสภาเหลืออยู่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดและอายุของวุฒิสภาเหลืออยู่เกิน 1 ปี ให้ดำเนินการเลือกสมาชิกวุฒิสภาขึ้นแทนภายใน 60 วันนับแต่วันที่วุฒิสภามีสมาชิกเหลืออยู่ไม่ถึงกึ่งหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ให้ผู้ที่ได้รับเลือกตั้งกล่าวอยู่ในตำแหน่งได้เพียงเท่าอายุของวุฒิสภาที่เหลืออยู่

การเลือกสมาชิกวุฒิสภาให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และภายใน 5 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกามีผลใช้บังคับ ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดวันเริ่มดำเนินการเพื่อเลือกไม่ช้ากว่า 30 วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ การกำหนดดังกล่าวให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำความในมาตรา 104 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 104 ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เป็นเหตุให้ไม่สามารถจัดการเลือกตั้งตามวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดตามมาตรา 102 หรือมาตรา 103 คณะกรรมการการเลือกตั้งจะกำหนดวันเลือกตั้งใหม่ก็ได้ แต่ต้องจัดให้มี

ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกาที่ถูกร่าง  
กำหนดชื่อขึ้นมาในรูปแบบพระราชกฤษฎีกาและทางเนื้อหา คือ พระราช  
กฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม”  
และเป็น “การทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง”

### 1.2.2.2 พระราชกฤษฎีกาเงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ ตอบแทนอย่างอื่นของบุคคลตามมาตรา 183

การศึกษาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา  
เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นของบุคคลตาม  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 183<sup>35</sup>  
กล่าวคือ เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี  
ประธาน และรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธาน  
วุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และ  
สมาชิกวุฒิสภา ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา เป็นพระราชกฤษฎีกาที่  
ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงและกฎหมายในระดับกฎหมาย  
บัญญัติ คือ พระราชกฤษฎีกาที่ถูกร่างกำหนดชื่อขึ้นมาในรูปแบบพระราช  
กฤษฎีกาและทางเนื้อหา คือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มี

---

การเลือกตั้งภายใน 30 วันนับแต่วันที่เหตุดังกล่าวสิ้นสุดลง แต่เพื่อประโยชน์ในการนับอายุ  
ตามมาตรา 95 (2) และมาตรา 97 (2) ให้นับถึงวันเลือกตั้งที่กำหนดไว้ตามมาตรา 102 หรือ  
มาตรา 103 แล้วแต่กรณี”

<sup>35</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 183 เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี  
ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้าน  
ในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ให้กำหนดโดยพระราช  
กฤษฎีกา

บำเหน็จบำนาญหรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี ซึ่งพ้นจากตำแหน่ง  
ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา”

ฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และเป็น “การทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง”

1.2.3 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหาที่เป็นการกระทำของประมุขตามอัยาศัย

การศึกษาศถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกาที่ถูกกำหนดชื่อขึ้นมาในรูปแบบพระราชกฤษฎีกาและทางเนื้อหา คือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และเป็น “การทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง” แต่เป็นการกระทำของประมุขของรัฐโดยตรงตามอัยาศัย คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยพระราชอำนาจขอพระมหากษัตริย์ตามอัยาศัย อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ตามมาตรา 15<sup>36</sup> กล่าวคือ การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัยาศัย การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ ให้เป็นไปตาม พระราชอัยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐใช้พระราชอำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัยาศัย การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์เพียงลำพังพระองค์เองไม่ต้องมีผู้เสนอแนะดังเช่นการตราพระราชกฤษฎีกาอื่น ๆ

<sup>36</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 15 การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัยาศัย

การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ให้เป็นไปตามพระราชอัยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีแต่ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา และพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นพระราชกฤษฎีกาในรูปแบบพิธีและมีลักษณะที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหา ที่เป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ตามอรรถาธิบาย ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครองนี้ มีประเด็นที่ต้องศึกษาวิเคราะห์ต่อไปว่า การกระทำเหล่านี้สามารถตรวจสอบได้หรือไม่ หรืออยู่ภายใต้ตรวจสอบของศาลใด

## 2. วิเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมายและในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และสัมภาษณ์เชิงลึก นักวิชาการด้านกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชน<sup>37</sup> คือ ด้านกฎหมาย

<sup>37</sup> นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชน ผู้วิจัยได้ดำเนินสัมภาษณ์เชิงลึก แยกออก 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายปกครอง  
กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ผู้ทรงคุณวุฒิประจำสาขา นิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

รัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายอาญาและกฎหมายระหว่างประเทศ  
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>38</sup> ตุลาการศาลปกครอง<sup>39</sup> พบว่า ประเทศไทยนำ  
รูปแบบการกระทำชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้มีปัญหายุ่ง  
ประการ ดังนี้

ปัญหาประการที่ 1 พระราชกฤษฎีกายุบ รวม หรือโอนส่วนราชการ  
ที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรและงบประมาณของรัฐมีสถานะและลำดับชั้น  
ทางกฎหมายเป็นอย่างไร ศาลสามารถเข้าตรวจสอบได้หรือไม่

---

ศาสตราจารย์จรัญ โฆษณานันท์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์  
รองศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์  
มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธีระ สุธีวรังกูร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์เจษฎา ทองขาว คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ

ดร. เขวณะ ไตรมาศ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

นายกกล้า สมทวนิช นักวิชาการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายอาญา  
ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฒ นคร

ศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วิวัฒน์กุล

กลุ่มนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายระหว่าง

ประเทศ

ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์

<sup>38</sup> ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล

<sup>39</sup> ตุลาการศาลปกครอง ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึกดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิช

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

ปัญหาประการที่ 2 พระราชกฤษฎีกายกยอบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้างมีสถานะทางกฎหมายมีลำดับชั้นของกฎหมายใดระหว่างกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือไม่อาจจัดอยู่ในสถานะของประเภทของกฎหมายทั้ง 2 ประเภทและอย่างไร ศาลสามารถเข้าตรวจสอบได้หรือไม่

ปัญหาประการที่ 3 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภามีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นอย่างไรและศาลสามารถเข้าตรวจสอบได้หรือไม่

ปัญหาประการที่ 4 พระราชกฤษฎีกากฎโทษ ศาลปกครองได้พิพากษาศาลว่า มีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่บางฉบับถือว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง บางฉบับไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ปัญหาประการที่ 5 พระราชกฤษฎีกาพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจตามอัยาศัยของพระมหากษัตริย์เป็นมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นอย่างไรและศาลสามารถเข้าตรวจสอบได้หรือไม่

## 2.1 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาพระราชกฤษฎีกายกยอบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ

ปัญหาพระราชกฤษฎีกายกยอบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ มีข้อพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ ประเด็นปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายกยอบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณกับประเด็นปัญหาการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ดังนี้

### 2.1.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการ สามารถพบได้ อยู่ 2 สถานะทางกฎหมาย “ในระดับกฎหมายบัญญัติ” คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 2 กับวรรค 5<sup>40</sup> คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540 วินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็นกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น และ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 2 กับวรรค 5 วินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้มีการจัดตั้ง ยุบ เลิก ฯลฯ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งมีลักษณะมีผลเพียงแต่ลบล้าง พระราชบัญญัติในกฎหมายปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม เท่านั้น ไม่รวมรวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง มีสถานะทางกฎหมายถือเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” แสดงให้เห็นว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับนี้ได้วางหลักว่า พระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 2 กับวรรค 5 เป็นพระราชกฤษฎีกาที่เป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ได้ต้องเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งมีผลเพียงแต่ลบล้างพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม เท่านั้นและต้องไม่เป็นการกำหนด

<sup>40</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 230 วรรค 2 วรรค 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วในเชิงอรุณที่ 1

ตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มเติม ผู้วิจัยเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540 และในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีสถานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ที่มีลักษณะเช่นเดียวกันกับ “การออกข้อบังคับที่เป็นเอกเทศ” อาศัยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 37 ของประเทศฝรั่งเศส

แต่เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 มาตรา 8 ทวิ<sup>41</sup> กำหนดว่า การรวมหรือการโอนส่วนราชการตามมาตรา 7 ไม่ว่าจะ มีผลเป็นการจัดตั้งส่วนราชการขึ้นใหม่หรือไม่ ถ้าไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้นให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และให้ระบุอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งส่วนราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้างงบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย แล้วแต่กรณี โดยให้สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนและสำนักงานงบประมาณ มีหน้าที่ตรวจสอบดูแลให้มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างของส่วนราชการที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือที่ถูกรวมหรือโอนส่วนราชการเพิ่มขึ้นจนกว่าจะครบกำหนด 3 ปีนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกามีผลใช้บังคับ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

---

<sup>41</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 8 ทวิ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3

พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5<sup>42</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง  
วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8<sup>43</sup> ให้นิยามถึง กฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง  
ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไป  
ไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งพระราชกฤษฎีกา คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5  
วรรค 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง  
พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ให้นิยามความหมายของกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไว้เช่นเดียวกันว่า “กฎ” หมายถึง “พระราชกฤษฎีกา”  
กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ  
บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่  
กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ทำให้มีความสับสนว่า พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ  
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 วรรค 5  
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540 กับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ  
ที่ 50/2542 กับคำนิยามของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับ มีสถานะทางกฎหมายที่  
แตกต่างกัน ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในประเด็นนี้ เราจะใช้หลักใดหรือหลักเกณฑ์ใด  
เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาที่ยุบ รวม หรือโอนส่วนราชการที่ไม่กระทบต่อคน  
และงบประมาณ มีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย “ในระดับกฎหมาย  
บัญญัติ” ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ หรือมีสถานะทางกฎหมายลำดับ  
รองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จากการศึกษาวิเคราะห์การสัมภาษณ์บุคคลที่

<sup>42</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ  
ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10

<sup>43</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 3 วรรค 8 พระราชบัญญัติจัดตั้ง  
ศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11

เกี่ยวข้องพบว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับนั้นได้ถูกกลบฝังโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 มาตรา 8 ทวิ และภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็มีได้มีบทบัญญัติมาตรา 230 วรรค 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อีกต่อไป การตราพระราชกฤษฎีกาการรวมหรือการโอนส่วนราชการก็ต้องถือตาม ตามมาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคำนิยามความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 เป็นการให้คำนิยามยกตัวอย่างชนิดของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” คือ “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป” นั้น แสดงให้เห็นว่า เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และที่สำคัญในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของ “กฎ” ฉะนั้นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็น “นามธรรม” เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงในการปรับใช้กฎหมาย

พระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ ควรมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมาย

ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามเจตนารมณ์ของคำนิยามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8

### 2.1.2 ปัญหาการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ

จากปัญหาสถานะทางกฎหมายกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่ผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณที่ศาล ได้วินิจฉัยไว้ว่ามีสถานะทางกฎหมายใน “ระดับกฎหมายบัญญัติ” ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 230 ถ้าถือตามหลักแนวคิดที่ว่า การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติลบล้างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประเด็นปัญหาการนำคดีขึ้นสู่ศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่ผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณก็จะไม่มีปัญหา คือ พระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการ ที่ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณมีสถานะทางกฎหมาย คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่ถ้าไม่ยอมรับหลักการแนวคิดที่ว่า การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ลบล้างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็จะทำให้เกิดปัญหานำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่ผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ ว่าจะนำคดีขึ้นสู่ศาลใดระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองภายใต้บังคับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231 กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม

มาตรา 230<sup>44</sup> ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีความผิด ดังต่อไปนี้

1. บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

2. กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

---

<sup>44</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใด ๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน หรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่าผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ขจัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

(3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินตาม (1) หรือ (2) โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งให้คณะรัฐมนตรีทราบเพื่อพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควรต่อไป

ในการดำเนินการตาม (1) หรือ (2) หากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดำเนินการต่อไป”

ผู้วิจัยเห็นว่าพระราชกฤษฎีกายุบ รวมหรือโอนส่วนราชการที่ไม่  
ไม่มีผลกระทบต่อบุคลากรของรัฐและงบประมาณ ถือการกระทำที่เป็น  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติระเบียบ  
บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ถ้า  
พระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ร้องผ่าน  
ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 231 (2) ต่อศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา  
11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.  
2542 แต่ถ้าพระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย  
ให้ผู้อาจเดือดร้อนเสียหายร้องขอเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาได้โดยตรงต่อ  
ศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง  
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่นกัน

## 2.2 วิเคราะห์ประเด็นปัญหาพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทน ราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ

ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช  
2560 มาตรา 103<sup>45</sup> กำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้ทำการตรา  
พระราชกฤษฎีกา ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์พระราช  
กฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 2  
ประเด็น คือ ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์พระราชกฤษฎีกา  
ยุบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้างมี  
สถานะทางกฎหมายมีลำดับชั้นของกฎหมายใดระหว่างกฎหมายลำดับรอง  
ที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับประเด็น  
วิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราช  
กฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรโดยองค์กรตุลาการ ดังนี้

<sup>45</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 103 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7

## 2.2.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราช กฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร

ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้างที่ พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ยังคงปัญหาอยู่ว่ามีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” จากการศึกษาเอกสาร หนังสือตำรา และการสัมภาษณ์เชิงลึกพบว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ 1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 กับ ลักษณะที่ 2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ดังนี้

ลักษณะที่ 1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549<sup>46</sup> ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญยุบสภาผู้แทนราษฎรมาตรา 116<sup>47</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางการเมืองเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลและคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เป็นดุลพินิจฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของอำนาจตุลาการ ถือเป็นกรกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ส่วนการกระทำทางปกครองจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของอำนาจตุลาการ คือ

---

<sup>46</sup>ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 20ก หน้า 1 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549

<sup>47</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 116 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 6

ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี<sup>48</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้ แสดงให้เห็นว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญที่มีส่วนเกี่ยวพันกันระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ถือเป็น “การกระทำทางการเมือง” หรือเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Act Government) เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภาส่วนในเรื่องการจัดการเลือกตั้งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นกรกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ลักษณะที่ 2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนให้มีการเลือกตั้งใหม่ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มาตรา 108<sup>49</sup> มีฐานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556<sup>50</sup> เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป วันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ถือเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ) ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245<sup>51</sup> (1)

<sup>48</sup> สิทธิกร ศักดิ์แสง “ปัญหาผู้ตีความตามรัฐธรรมนูญ: กรณีพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่ วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73 กรกฎาคม 2549 หน้า 53-54.

<sup>49</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 108 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4

<sup>50</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 130/ตอนที่ 115ก/หน้า 1 ลงวันที่ 9 ธันวาคม 2556

<sup>51</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการผิดต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดย

โดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยอยู่ 3 ประการ ดังนี้<sup>52</sup>

ประการที่ 1 ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245 (1) คำว่า “**บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ**” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “**บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ**” ตามมาตรา 211<sup>53</sup>

ประการที่ 2 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 3 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งออกตามบทบัญญัติในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภาและเป็นส่วนสำคัญของบทบัญญัติเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร

---

ไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

<sup>52</sup> ธีระ สุธีวรารุง “คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560 หน้า 86-87

<sup>53</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 21 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ทั้ง 2 ฉบับ เกิดปัญหา คือ ปัญหา ผลผูกพันในคำวินิจฉัยคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 นั้น ต้องผูกพันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักการการผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญต้องผูกพันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มาอยู่ก่อนหน้านั้นด้วย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญก็มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการเป็น “ศาล” เช่นกัน ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องหนึ่งเรื่องใด คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันศาลรัฐธรรมนูญเองให้ต้องเดินตามคำวินิจฉัยดังกล่าวโดยไม่อาจจะกลับคำวินิจฉัยให้เป็นอย่างอื่นในวันข้างหน้า เว้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญจะกลับคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานเดิมของตนแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญต้องให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่ากรณีมีความจำเป็นอย่างไรที่ต้องกลับคำวินิจฉัยก็ต้องสมเหตุสมผลเพียงพอที่สาธารณะชนจะเข้าใจและยอมรับได้<sup>54</sup> ซึ่งคำวินิจฉัยศาลมีความขัดแย้งกันในการอธิบายในเรื่องเกี่ยวกับสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ นั้นมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายระดับใดอยู่ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับกฎหมายระดับลำดับรอง เป็น “กฎ” ทำให้ที่สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกามีหลายสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายส่งผลให้เกิดปัญหาการใช้การตีความกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

ปัญหาพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในลักษณะใดบ้าง มีสถานะทางกฎหมายมีลำดับชั้นของกฎหมายใดระหว่างกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” มีวิธีการแยกแยะอย่างไรให้มีความชัดเจนใน

<sup>54</sup> ธีระ สุธีวรังกูร. เพิ่งอ้าง. หน้า 173.

สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานะทางประมุขของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง เมื่อพิจารณาศึกษาถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ได้วินิจฉัยถึงสิ่งใดเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ตามความหมายของธรรมนูญได้นั้นมีอยู่ 2 ประการคือ

ประการที่ 1 สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 2 สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติให้สิ่งนั้นสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร

ส่วนกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ได้มีคำนิยามความหมายของกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” มีกฎหมายอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5<sup>55</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8<sup>56</sup> ให้นิยามถึง กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับอื่นใดที่เป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งพระราชกฤษฎีกา คือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครอง พ.ศ. 2539

---

<sup>55</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10

<sup>56</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 3 วรรค 8 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11

มาตรา 5 วรรค 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ได้นิยามความหมายของกฎไว้เช่นเดียวกันว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับให้นิยามความหมายของกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” โดยยกตัวอย่างชนิดของกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ขึ้นกล่าวนำว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป”

จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครองและนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน พบว่า กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของ “กฎ” ฉะนั้น กระบวนการและแบบกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็น “นามธรรม” เพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงในการปรับใช้กฎหมาย ดังนั้นความหมายของ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่จัดการการเลือกตั้ง โดยการคำนียามส่วนท้ายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8

คดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 คือ “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับ  
แก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะพบว่า พระราชกฤษฎีกายุบ  
สภาผู้แทนราษฎรในส่วนการจัดการเลือกตั้ง ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายใน  
ระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ  
ไม่ถือว่าเป็น กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของ  
พระราชกฤษฎีกา “ตามแบบพิธี” ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะ  
เป็น “กฎ” “ตามแบบเนื้อหา” เพราะไม่เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า  
“กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” ตามมาตรา 9<sup>57</sup> (1) และ  
ตามมาตรา 11<sup>58</sup> (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา  
คดีปกครอง พ.ศ. 2542

แต่ในส่วนที่จัดการ การเลือกตั้งถือเป็นการทั่วไป นั้นผู้วิจัยจะ  
พบว่า มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ ลักษณะในการกำหนดวันเลือกตั้ง แต่ไม่ใช่เป็น  
นามธรรมเพราะมีการระบุวันเลือกตั้งที่ชัดเจน แต่ถือการกระทำอันใดของ  
หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญ ลักษณะที่ 2 การกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการ  
จัดการเลือกตั้ง เช่น การออกประกาศต่าง ๆ เป็นต้น ถือเป็นกฎหมายลำดับรอง

---

<sup>57</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง  
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14

<sup>58</sup>พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่  
ที่ประชุมใหญ่

ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออก  
โดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น”

ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่อยู่ภายใต้มาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

## 2.2.2 วิเคราะห์ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ฉบับ มีความเห็นตรงกัน คือ พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการกระทำของรัฐบาลจะไม่ถูกตรวจสอบโดยองค์การตุลาการสอดรับกับมาตรา 47<sup>59</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 คือ การใช้

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

“มาตรา 47 การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงาน ซึ่งใช้อำนาจรัฐและต้องมิใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) การกระทำของรัฐบาล
- (2) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว
- (3) กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นครบถ้วน
- (4) เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว
- (5) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192
- (6) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร”

สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46<sup>60</sup> ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐและต้องมีใช่เป็น “การกระทำของรัฐบาล”

แต่อย่างไรก็ตามในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างตรงที่การยื่นตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้ง กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้ง มีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่เป็น “กฎ” แต่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้ง มีฐานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ทำให้เกิดปัญหาในการทำความเข้าใจการดำเนิน

---

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

มาตรา 47 บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยคดีตามมาตรา 7 (11) ได้ โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน ภายใน 90 วันนับแต่วันที่อยู่หรือควรรู้ถึงการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว เว้นแต่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ ก็ให้ยื่นคำร้องได้ตราบที่การละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพนั้นยังคงมีอยู่ และให้นำความในมาตรา 48 วรรค 1 และวรรค 2 มาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือวันที่พ้นกำหนดเวลาที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ยื่นคำร้องต่อศาลตามมาตรา 48 วรรค 2

ภายใต้บังคับมาตรา 42 การยื่นคำร้องตามวรรค 1 ต้องระบุการกระทำที่อ้างว่าเป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของตนโดยตรงให้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำใดและละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของตนอย่างไร

ในกรณีที่ศาลเห็นว่าคำร้องตามวรรค 1 ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลจะไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ และถ้าศาลเห็นว่าเป็นกรณีต้องห้ามตามมาตรา 47 ให้ศาลสั่งไม่รับ คำร้องไว้พิจารณา

การตรวจสอบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา  
ยุบสภาผู้แทนราษฎรโดยองค์การตุลาการ ว่าจะดำเนินคดีขึ้นสู่ศาลใด

ดังนั้นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 กับคำวินิจฉัย  
ศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 มีความแตกต่างและขัดแย้งกัน และที่สำคัญ  
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นผูกพันทุกองค์กรเมื่อเกิดปัญหาในกรณีดังกล่าว  
ข้างต้นจะดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราช  
กฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอผู้ตรวจการแผ่นดินต่อศาลใด เมื่อไม่มี  
การประชุมหาข้อยุติในวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 กับคำวินิจฉัย  
ศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ที่มีความขัดแย้งกัน

จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการ  
ศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน พบว่า พระราชกฤษฎีกา  
ยุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่จัดการเลือกตั้งไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มี  
ฐานะเป็น “กฎ” ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง  
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถือการกระทำอื่นใดของหน่วยงาน  
ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐถือเป็นการกระทำตามมาตรา 9 (1) แห่ง  
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542  
ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองปกครองชั้นต้นให้  
ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้าตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง  
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองตามมาตรา 231<sup>61</sup> (2) รัฐธรรมนูญ

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอ  
เรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีการผิด ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอ  
เรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่  
ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สอดรับกับมติที่ประชุมใหญ่  
ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 4/2544 วันพุธที่ 12 กันยายน 2544  
เรื่อง ขอให้เพิกถอนการประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับ  
การรับรองผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเขตเลือกตั้งที่ 30  
กรุงเทพมหานคร อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เนื่องจากประกาศคณะ  
กรรมการเลือกตั้งเป็นการกระทำของ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา 3  
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>62</sup>

แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาศึกษาเปรียบเทียบในต่างประเทศ  
คือ ฝรั่งเศส จะกล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลที่เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับ  
ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาโดยคำว่า “รัฐบาล” ในที่นี้หมายความ  
รวมถึง ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของรัฐด้วย เช่น การยุบสภาผู้แทน  
ราษฎร และในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดการ  
เลือกตั้งถือเป็นการกระทำของรัฐที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำทาง  
รัฐบาลที่ศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้

### 2.3 ปัญหาพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการ เลือกวุฒิสภา

ปัญหาพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือก  
วุฒิสภา มีประเด็นที่ต้องศึกษาวิเคราะห์ อยู่ 2 ประเด็น คือ ปัญหาสถานะ  
ของพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา กับ  
ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายของ

---

มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็น  
ต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วย  
การจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

<sup>62</sup> สำนักงานศาลปกครอง “มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด  
ปี 2544-2560” กรุงเทพฯ: บริษัทสหมิตรพรินติ้ง แอนด์ พับลิชซิง จำกัด, 2561, หน้า 5-9.

พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา ดังนี้

### 2.3.1 ปัญหาสถานะของพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร เลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร เลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภาภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้กระทำการโดยการตราพระราชกฤษฎีกา ประเด็นปัญหาที่ต้องทำการศึกษาวิเคราะห์ พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 102<sup>63</sup> พระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภา ตามมาตรา พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 105<sup>64</sup> พระราชกฤษฎีกาเลือกวุฒิสภามาตรา 107<sup>65</sup> พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้ยังคงปัญหาอยู่ว่ามีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามกฎหมายว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” มีข้อพิจารณา ดังนี้

ประเด็นที่ 1 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและพระราชกฤษฎีกาการเลือกวุฒิสภา มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง ได้ให้ความเห็นถึง “กฎหมายในระดับกฎหมาย

63 โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 102 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 30

64 โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 105 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31

65 โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 107 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32

**บัญญัติ**” มีลักษณะอยู่ 2 ประการ คือ สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กับสิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติให้สิ่งนั้นสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากับ **“กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”** ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ในกรณีพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ไม่ถือเป็น **“กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”** เพราะไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการข้างต้น

ประเด็นที่ 2 พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกวุฒิสภา มีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น **“กฎ”** หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง ได้ให้ความเห็นถึงหลักหรือคุณสมบัติของความเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น **“กฎ”** จะต้องเป็นการกระทำที่ **“เป็นการทั่วไป”** และ **“เป็นนามธรรม”** จากการอธิบายความหมายของ **“กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”** กับกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น **“กฎ”** ดังนี้

พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรจะมีลักษณะที่เหมือนกันกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดการเลือกตั้ง คือ แต่ในส่วนที่จัดการการเลือกตั้งถือเป็นการทั่วไปนั้นผู้วิจัยจะพบว่า มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 การกำหนดวันเลือกตั้ง ถึงเมื่อเป็นการเลือกตั้งทั่วไป แต่ไม่ใช่เป็น **“นามธรรม”** เพราะมีการระบุวันเลือกตั้งที่ชัดเจน แต่ถือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ถือเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น **“กฎ”** ภายใต้มาตรา 11 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ลักษณะที่ 2 การกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการจัดการเลือกตั้ง เช่น การออกประกาศต่าง ๆ เป็นต้น จะมีลักษณะเป็นการกระทำตามมาตรา 9 (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ส่วนพระราชกฤษฎีกาเลือกวุฒิสภามีความแตกต่างกัน โดยการศึกษาวิเคราะห์จากคำนิยามส่วนท้ายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 คือ “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นว่าพระราชกฤษฎีกาเลือกวุฒิสภามีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ”

ประเด็นที่ 3 สถานะทางกฎหมายในการตราพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและพระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภาเป็นการกระทำของพระมหากษัตริย์ เข้าข่ายที่เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ถือเป็นการกระทำของประมุขของรัฐตามหลัก “**ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล**” หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง ได้ให้ความเห็นถึง สถานะทางกฎหมายในการตราพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและพระราชกฤษฎีกาการเลือกสมาชิกวุฒิสภา เป็นการกระทำที่ใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาที่ถือเป็นข้อยกเว้น ที่เป็น “**การกระทำทางรัฐบาล**”

### 2.3.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ ชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและ การเลือกวุฒิสภา

พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งซ่อมสภาผู้แทนราษฎร ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็น กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาตาม “แบบพิธี” แต่ไม่เข้าข่ายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตาม “แบบเนื้อหา” ในข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” ตามมาตรา 9<sup>66</sup> (1) และตามมาตรา 11<sup>67</sup> (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่พระราชกฤษฎีกาเลือกวุฒิสภาไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็น กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา “ตามแบบพิธี” ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” “ตามแบบเนื้อหา” เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” สรุปว่า พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรและการเลือกตั้งซ่อมสภาผู้แทนราษฎรตามเนื้อหาถือเป็นการทั่วไป แต่ไม่ใช่เป็นนามธรรม เพราะมีการระบุวันเลือกตั้งที่ชัดเจน ส่วนพระราชกฤษฎีกาเลือกวุฒิสภาถือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น

---

<sup>66</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 20

<sup>67</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วเชิงอรรถที่ 58

“กฎ” มีลักษณะเป็น “การทั่วไป” เป็น “นามธรรม” หรือไม่

จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง พบว่า พระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร และการเลิกรัฐสภาเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารอาศัยแหล่งที่มาของอำนาจตามรัฐธรรมนูญและเป็นการตัดสินใจเบื้องต้นของรัฐสภาถือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง

แต่อย่างไรก็ตามในส่วนที่จัดการเลือกตั้งที่กระทำไป ภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ถือเป็นการกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และถือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองให้ศาลปกครองพิจารณา ตามมาตรา 231 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 2.4 ปัญหาพระราชกฤษฎีกากฎโทษ

ภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 179<sup>68</sup> กล่าวถึง พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ยังคงปัญหาอยู่ว่ามีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น

<sup>68</sup>โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 179 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 29

“การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตาม “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล” ศาลสามารถเข้าตรวจสอบด้วยรัฐธรรมนูญและข้อบัญญัติกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

#### 2.4.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ยังคงปัญหาอยู่ว่ามีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล” ซึ่งศาลปกครองได้พิพากษาศาลว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อเป็นการพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องราชทัณฑ์ ซึ่งได้แก่ ผู้ต้องขังตามคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดก่อนหรือในวันที่พระราชทานอภัยโทษใช้บังคับ รวมทั้งนักโทษเด็ดขาดตามกฎหมายว่าด้วยราชทัณฑ์ หรือนักโทษตามตามกฎหมายว่าด้วยเรือนจำทหารในวันที่พระราชทานอภัยโทษใช้บังคับ เป็นการตราขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป พบว่าพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษที่ศาลปกครองได้พิจารณาพิพากษา อยู่ 2 ลักษณะคือ

ลักษณะที่ 1 พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษในส่วนนี้เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหาร

ลักษณะที่ 2 พระราชกฤษฎีกาในส่วนที่เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจตามพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองชั้นต้น

จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง จะพบว่า พระราชกฤษฎีกาภัยโทษในลักษณะที่ 1 จะมีปัญหาในเรื่องมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นการกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2)<sup>69</sup> แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### 2.4.2 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาภัยโทษ

จากปัญหาในเรื่องสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้องพัวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหารในลักษณะที่ 1 ในหัวข้อที่ 2.4.1 พระราชกฤษฎีกาภัยโทษในส่วนนี้เป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องพัวพันระหว่างประมุขของรัฐกับฝ่ายบริหาร ปัญหาที่ตามมาคือ การกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรอง ที่มีฐานะเป็น “กฎ” การกระทำในลักษณะนี้อยู่ในเขตอำนาจศาลหรือไม่ และอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11<sup>70</sup> (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ ศาลปกครองได้พิพากษา อยู่ 2 แนวทางคือ พระราชกฤษฎีกาภัยโทษ มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด กับ พระราชกฤษฎีกาภัยโทษ

<sup>69</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58

<sup>70</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 58

ศาลปกครองได้พิพากษาศาลว่า มีสถานะกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น  
“กฎ” ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด ดังนี้

แนวทางที่ 1 พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ มีสถานะ  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด  
ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด พ.12/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่  
พ.19/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.2/2550 คำพิพากษาศาลปกครอง  
สูงสุดที่ พ.23/2546 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.31/2553  
คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด  
ที่ พ.11/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.22/2554 คำพิพากษา  
ศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2555 เห็นว่าพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษเป็นกฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามมาตรา 3 วรรค 8 และมาตรา 11 แห่ง  
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แนวทางที่ 2 พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ ศาลปกครองได้  
พิพากษาศาล ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 12/2554 ว่า มีสถานะ  
กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด  
โดยเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษเป็นพระราชกฤษฎีกาที่  
พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยพระราชอำนาจในฐานะเป็นประมุขของรัฐ  
ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่อง  
การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง  
และไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 วรรค 3<sup>71</sup> แห่งพระราชบัญญัติ  
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นกรณีที่  
เป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการมีมติเห็นชอบให้ออกพระราช  
กฤษฎีกา เช่นเดียวกันพระราชกฤษฎีกาอื่น ๆ ถึงแม้ พระราชกฤษฎีกา

---

<sup>71</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง  
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11

อภัยโทษ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามมาตรา 261 ทวิ<sup>72</sup> แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ตาม เป็นเพียงแต่การถวายคำแนะนำเสนอต่อพระมหากษัตริย์เท่านั้น มิใช่เป็นการใช้อำนาจตัดสิน

เมื่อพิจารณาศึกษาจากคำพิพากษาศาลปกครองเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาอภัยโทษที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นศาลปกครองได้มีคำพิพากษาที่มีความแตกต่างกันคำพิพากษาบางฉบับถือว่า พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษที่ออกโดยอาศัยรัฐธรรมนูญโดยตรงประกอบมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตาม มาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บางฉบับถือว่า พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษที่ออกโดยอาศัยรัฐธรรมนูญโดยตรงประกอบมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” แต่มิใช่ “กฎ” ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากเป็นพระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยพระราชอำนาจในฐานะเป็นประมุขของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครองและไม่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและฝ่ายปกครองตามมาตรา 3 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากคำพิพากษาของศาลปกครองที่มีความแตกต่างกันทำให้เกิดความสับสนว่า พระราชกฤษฎีกาอภัยโทษที่ออกโดยอาศัย

<sup>72</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 18

รัฐธรรมนูญโดยตรงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 175 ประกอบมาตรา 261 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ศาลปกครองสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แนวทางไหนถูกต้องจากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครองส่วนใหญ่ พบว่า มีอยู่ 2 แนวทาง เช่นเดียวกับคำพิพากษาศาลปกครองที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น แต่ส่วนใหญ่มีความเห็นไปในทาง ที่ว่าพระราชกฤษฎีกา อภัยโทษศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะถือเป็นข้อยกเว้นอำนาจตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นเดียวกันกับกรณีของประเทศฝรั่งเศส ประธานาธิบดีมีอำนาจตราข้อบังคับที่เป็นเอกเทศที่เรียกว่า “รัฐกฤษฎีกา” อภัยโทษได้และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาตรวจสอบได้ ถือเป็นข้อยกเว้นอำนาจตาม “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล”<sup>73</sup> แต่เป็นการให้อภัยโทษเป็นการเฉพาะรายเท่านั้น อีกทั้งการให้อภัยโทษเป็นเสมือนหนึ่งแสดงถึงความรู้สึกผิดชอบชั่วดีหรือมโนธรรมของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ซึ่งถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 17 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทรงสิทธิในการอภัยโทษ และได้มีแนวคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (ศาลปกครองฝรั่งเศส) ยืนยันหลักนี้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1890 และยังคงยืนยันเรื่อยมา เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้มีใช้การใช้อำนาจในทางบริหารแต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนั้น

---

<sup>73</sup> คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี ในคดีดำที่ พ.28/2547 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี วันที่ 31 เดือนมีนาคม 2551 เสนอศาลปกครองสูงสุดองค์คณะที่ 4 มีแนวคำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (ศาลปกครองฝรั่งเศส) ยืนยันหลักนี้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1890 และยังคงยืนยันเรื่อยมา ได้แก่ คดี C.E.,16 mai 1890, De c.,Rec. C.E. 1890, p.496 ; C.E., 30 juin 1893, G, Rec. 1893, p.544

ศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมการตรวจสอบการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีได้ เพราะเป็นการกระทำผสม เนื่องจากเป็นการกระทำของอำนาจบริหาร ในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลโดยศาลปกครอง<sup>74</sup> หรือดังเช่นในประเทศอังกฤษในการกระทำของรัฐซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เป็นการใช้พระราชอำนาจในฐานะทรงเป็นที่มาแห่งความยุติธรรม<sup>75</sup>

## 2.5 วิเคราะห์ปัญหาพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560

ปัญหาพระราชกฤษฎีกาพระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจตามอัยยาศัยของพระมหากษัตริย์ คือ พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ออกตามความในมาตรา 15<sup>76</sup> มาตรา 175<sup>77</sup> มาตรา 183<sup>78</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 24560 ประกอบพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ถือเป็นพระราช

<sup>74</sup> โภคิน พลกุล “การวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง” ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์ : ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์และ ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์ หน้า 1

<sup>75</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์และคณะ “การกระทำทางรัฐบาล ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ” กรุงเทพฯ: พีเพรส, 2553 หน้า xii - xiii

<sup>76</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 28

<sup>77</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
“มาตรา 175 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

<sup>78</sup> โปรดย้อนกลับไปดูรายละเอียดในมาตรา 183 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27

อำนาจในฐานะประมุขที่รัฐธรรมนูญให้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์  
ดังนั้นพระราชกฤษฎีกาประเภทนี้ยังคงปัญหาอยู่ว่ามีสถานะและลำดับชั้น  
ทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ”  
หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุข  
ของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล”  
ศาลสามารถเข้าตรวจสอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่  
มีประเด็นที่ต้องศึกษาวิเคราะห์ ดังนี้

### 2.5.1 ปัญหาสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราช กฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการใน พระองค์ พ.ศ. 2560

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบ  
ราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560  
มีปัญหาว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมาย  
ในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมาย  
ลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ”  
ที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” จากการ  
สัมภาษณ์เชิงลึกนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ  
ตุลาการศาลปกครอง มีประเด็นเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบ  
ราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 พบว่า  
ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญมาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่ง  
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย โดย  
ทำการศึกษาวิเคราะห์ ดังนี้

ประเด็นที่ 1 พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการ  
และการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มีสถานะและ  
ลำดับชั้นทางกฎหมายเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” หรือไม่

เมื่อพิจารณาศึกษาความเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” อยู่ 2 ประการ คือ<sup>79</sup> สิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กับสิ่งนั้นจะถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตาม

กระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ได้ แต่รัฐธรรมนูญต้องมีบทบัญญัติให้สิ่งนั้นสถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายเท่ากับ “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ในกรณีพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ไม่ถือเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” เพราะไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการข้างต้น

ประเด็นที่ 2 พระราชราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการ และการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เมื่อพิจารณาศึกษาถึงหลักหรือคุณสมบัติของความเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” จะต้องเป็นการกระทำที่ “เป็นการทั่วไป” และ “เป็นนามธรรม” ในกรณีพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามหลักเกณฑ์หรือคุณสมบัติของความเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” และเมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์มาตรา 175 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็มีเจตนารมณ์ให้ตราพระราชกฤษฎีกาไม่ขัดต่อกฎหมายแสดงให้เห็นว่าการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ และที่สำคัญพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้อธิบายถึงฐานะแห่งอำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกา นอกจากมาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แล้วยังอ้างฐานะแห่งอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 7 มาตรา 8 และมาตรา 9 อีกด้วย

<sup>79</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544

ประเด็นที่ 3 พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการ และการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 สถานะทางกฎหมายเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 15 ให้ตราพระราชกฤษฎีกาตามอัยยาศัย เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมอบให้พระมหากษัตริย์ใช้พระราชอำนาจตามอัยยาศัยและตามลำพังพระองค์เอง ถือเป็น “การกระทำในฐานะประมุขของรัฐ” ตามหลัก “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล” ที่มีลักษณะใกล้เคียงเดียวกันกับในสมัยการรวมศูนย์อำนาจระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของประเทศอังกฤษในอดีตซึ่งในปัจจุบันแทบจะไม่มีให้เห็นในประเทศอังกฤษอีกแล้ว

ดังนั้นสรุปได้ว่า พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 สถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามแบบพีธี แต่ไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหาที่อยู่ภายใต้การบังคับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือเป็น การกระทำในฐานะประมุขของรัฐ หลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล”

### 2.5.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560

เมื่อทราบถึงสถานะทางกฎหมายพระราชกฤษฎีกา การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 สถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามแบบพีธี แต่ไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เชิงเนื้อหาไม่

อยู่ภายใต้การบังคับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นกรกระทำในฐานะประมุขของรัฐ หลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ต่อมา คือ พระราชกฤษฎีกาบับดังกล่าวสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง พบว่าภายใต้บทบัญญัติมาตรา 15 ให้ตราพระราชกฤษฎีกาตามอรรถาัย เป็นพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์ใช้ตราพระราชกฤษฎีกาตามลำพังพระองค์เอง ถือเป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ตามหลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” จะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลแต่อย่างไร ภายใต้หลักที่ว่า “The King can do no wrong” หรือ “หลักความคุ้มกันประมุขของรัฐ” (Sovereign Immunity) ในกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่า “กษัตริย์ทรงปกเกล้าแต่ไม่ทรงปกครอง”<sup>80</sup> หรือในกรณีพระราชทานอภัยโทษซึ่งเป็นพระราชอำนาจพิเศษเฉพาะอย่างหนึ่งของพระมหากษัตริย์และสามารถใช้พระราชอำนาจได้อย่างกว้างขวาง ในการที่จะทรงพระเมตตาต่อประชาชน เช่น ในประเทศสเปนการพระราชทานอภัยโทษเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยแท้ที่จะทรงแก้ไขคำพิพากษาของฝ่ายตุลาการโดยมีลักษณะที่เป็นเอกสิทธิ์ ต่อมาแนวคิดที่ว่าการอภัยโทษถือเป็นการนำธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีเกี่ยวกับการอภัยโทษบัญญัติไว้ในเป็นลายลักษณ์อักษรภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978<sup>81</sup> เป็นต้น

<sup>80</sup>ปวริศร เลิศธรรมเทวี รายงานวิจัยการศึกษา เรื่อง “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561 หน้า 135-136

<sup>81</sup>สุภาวดี ชัยโยธา “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557, หน้า 46

## บทที่ 6

### บทสรุปข้อเสนอแนะ

#### บทสรุป

จากการที่ประเทศไทยได้นำรูปแบบการกระทำของฝ่ายบริหารชนิดที่เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกา” มาใช้ พบปัญหาว่าพระราชกฤษฎีกาแต่ละฉบับมีสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ระหว่าง “กฎหมายในระบอบกฎหมายบัญญัติ” หรือ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” หรือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” และศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาด้วยการวิเคราะห์พบว่ามีความเห็นแนวทางแก้ไขปัญหาของพระราชกฤษฎีกา ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยสามารถแยกสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาได้ 4 ประเภท ดังนี้

ประเภทที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐเป็นไปตามพระราชอัธยาศัยซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง คือ พระราชกฤษฎีกาการจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการในพระองค์ พ.ศ. 2560 อาศัยอำนาจมาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามแบบพิธี แต่ไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” เจิงเนื้อหาที่อยู่ภายใต้การบังคับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นการกระทำในฐานะประมุขของรัฐหลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ปัญหาต่อมา พระราชกฤษฎีกา

ฉบับดังกล่าวสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ จากการสัมภาษณ์เชิงลึก ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง พบว่าภายใต้บทบัญญัติมาตรา 15 ให้ตราพระราชกฤษฎีกาตามอัยยาศัย เป็นพระราชอำนาจให้พระมหากษัตริย์ใช้ตราพระราชกฤษฎีกาตามลำพังพระองค์เอง ถือเป็นกรกระทำในฐานะประมุขของรัฐ ตามหลักทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” จะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลแต่อย่างไร

**ประเภทที่ 2 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการให้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐไม่เป็นไปตามพระราชอัยยาศัยซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง จะพบว่ามีอยู่ 3 ลักษณะ ดังนี้**

**ลักษณะที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมือง** เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอัยยาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายตามแบบเนื้อความ แต่มีลักษณะเป็น “กฎหมายตามแบบพิธี” เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดปิดสมัยประชุมสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น พระราชกฤษฎีกาเหล่านี้เป็นการกระทำทางการเมือง หรือเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” โดยหลักการแล้วจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการสอดรับกับมาตรา 47 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 คือ การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐและต้องมีใช่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

**ลักษณะที่ 2 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเกี่ยวพันกับการกระทำทางการเมืองกับการกระทำทางปกครอง** เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ

กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติเพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา ตาม “แบบพิธี” ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตาม “แบบเนื้อหา” เพราะไม่เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป” ตามมาตรา 9 (1) และตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถือเป็น “การกระทำทางการเมือง” หรือเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ส่วนในการจัดการเลือกตั้งถือเป็นการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งถือเป็นการกระทำทางปกครอง

**ลักษณะที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ไม่อยู่ในฐานะฝ่ายปกครอง แต่มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎ”** กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานะทางประมุขของรัฐ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงและการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นี้จะไม่อยู่ในสถานะทางฝ่ายปกครองและมีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่น พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจปกครอง ถือเป็น “การกระทำของประมุขของรัฐ” ที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล”

**ประเภทที่ 3 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรงประกอบกับกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติที่ให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ** มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ

ลักษณะที่ 1 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาล ร่วมกับคณะกรรมการ

การเลือกตั้ง เสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อให้มีการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือการเลือกสมาชิกวุฒิสภา ไม่ถือว่าเป็น “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” กล่าวคือ ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เพราะมีชื่อในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา “ตามแบบพิธี” ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” “ตามแบบเนื้อหา” เพราะไม่เข้าข่ายข้อพิจารณาของคำว่า “กฎ” ที่เป็น “นามธรรม” และ “เป็นการทั่วไป”

แต่อย่างไรก็ตามในส่วนที่จัดการเลือกตั้งที่กระทำไปภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” ถือเป็นการกระทำที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และถือการกระทำอื่นใดของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นให้ศาลปกครองพิจารณา ตามมาตรา 231 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ลักษณะที่ 2 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญประกอบกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ กล่าวคือ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในสถานะทางที่เป็นฝ่ายปกครอง มีสถานะทางกฎหมายเป็น “กฎ” หรือ “กฎ” เช่น พระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ พระราชกฤษฎีกาการเวนคืนที่ดิน หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตอุทยาน พระราชกฤษฎีกายุบรวมหรือโอนส่วนราชการ มีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ตามเจตนารมณ์ของคำนิยามความหมายของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 พระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 เป็นต้น อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 11 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

**ประเภทที่ 4 พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่อง** ตามมาตรา 175 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกาที่ออกมาเพื่อใช้กับฝ่ายบริหารเพียงอย่างเดียวไม่บังคับใช้กับประชาชนทั่วไป ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐบาลเห็นสมควรตราข้อบังคับใช้ในการบริหารงานทั่วไป ในกิจการของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการร้องทุกข์ในพระราชสำนัก เป็นต้น ถ้ากรณีดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและชอบด้วยกฎหมาย จะถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 11 (2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### ข้อเสนอแนะ

จากที่ได้มีการแยกประเภทสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาออกมา 4 ประเภท ข้างต้น ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเพื่อให้สถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาประเภทใดบ้างถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง พระราชกฤษฎีกาประเภทใดบ้างที่ไม่สามารถตรวจสอบได้ และพระราชกฤษฎีกาประเภทใดควรที่เปลี่ยนชื่อเป็นอย่างอื่น ดังนี้

1. กำหนดประเภทของพระราชกฤษฎีกาที่อยู่ภายใต้ตรวจสอบของศาลปกครอง โดยมีวิธีการ 2 วิธีการ ดังนี้

วิธีการที่ 1 ใช้กระบวนการตรวจสอบเดิมที่มีอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา เพียงแต่ประเด็นใดที่มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดขัดแย้งกันให้นำคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ขัดแย้งเข้าสู่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเพื่อหาข้อสรุปให้เป็นแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดประเภทของพระราชกฤษฎีกาที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ และพระราชกฤษฎีกาที่ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้ เพื่อป้องกันความลับในการนำคดีขึ้นสู่ศาล โดยให้ศาลปกครองวางแนวปฏิบัติหรือหลักกฎหมายที่เป็นบรรทัดฐานจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

วิธีการที่ 2 ใช้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรค 5 กับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 วรรค 8 ที่ให้คำนิยาม กฎหมายลำดับรองที่มีฐานะเป็น “กฎ” ของพระราชกฤษฎีกา ควรอธิบายหรือให้คำนิยามพระราชกฤษฎีกาให้มีความชัดเจนให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11 (2) ดังนี้

มาตรา 5 วรรค 5 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

มาตรา 3 วรรค 8 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

แก้ไขใหม่เพื่อให้มีค่านิยมที่มีความหมายชัดเจนมากขึ้น ดังนี้

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่น ซึ่งต้องมีผลให้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

การแก้ไขปัญหาดังกล่าวที่ได้เสนอแนะสามารถที่จะให้ปัญหาในเรื่องสถานะและลำดับชั้นทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาบางฉบับที่ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 231 (2) ต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือในกรณีผู้อาจได้รับความเดือดร้อนเสียหายร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกัน

2. แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เปลี่ยนชื่อ “พระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบได้ ซึ่งถือเป็นการกระทำของประมุขของรัฐตามอัยาศัย” ที่ให้พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ เป็น “**ประกาศพระบรมราชโองการ**” เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความของพระราชกฤษฎีกา คือ พระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 15 ดังนี้

มาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
เดิม

“การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง  
ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย

การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการใน  
พระองค์ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกฤษฎีกา”

แก้ไขใหม่

มาตรา 15 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
เดิม

“การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง  
ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย

การจัดระเบียบราชการและการบริหารงานบุคคลของราชการ  
ในพระองค์ ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยตามที่บัญญัติไว้ในประกาศ  
พระบรมราชโองการ”

เหตุผลที่ผู้วิจัยได้เสนอให้เปลี่ยนชื่อ “พระราชกฤษฎีกาที่  
ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบได้ซึ่งถือเป็นการกระทำของประมุข  
ของรัฐตามอัธยาศัย” นี้ถือเป็นการกระทำของประมุข  
ของราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และสอดคล้องกับข้อความรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เขียนคำว่า “พระบรมราชโองการ”  
ไว้ 20 ครั้ง รวมแล้วเห็นเหตุผลที่จะต้องออกพระบรมราชโองการ ดังนี้

1. การแต่งตั้งองคมนตรี และให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง
2. การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์
3. การแก้ไขกฎมณเฑียรบาล

4. พิธีการของรัฐสภา รวมทั้ง การแต่งตั้งผู้นำฝ่ายค้าน การเรียก  
เปิดประชุมสภาสมัยวิสามัญ การเรียกเปิดประชุมวุฒิสภาสมัยวิสามัญ

5. การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี และให้พ้นจากความ  
เป็นรัฐมนตรี

6. การแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

7. การแต่งตั้งวุฒิสภาชุดแรก ที่ คสช. เป็นผู้คัดเลือกมา



## บรรณานุกรม

### หนังสือ/ตำราภาษาไทย

กมลชัย รัตนสาววงศ์. “กฎหมายประเทศไทย” วารสารกฎหมายปกครอง  
เล่มที่ 14 ธันวาคม 2539

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “หลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย  
รัฐธรรมนูญและกฎหมาย” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.

จรัญ โฆษณานันท์. “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง,  
2545

จรัญ โฆษณานันท์. “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง,  
พิมพ์ครั้งที่ 16, 2550

จรัญ โฆษณานันท์. “นิติปรัชญาแนววิพากษ์” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์  
นิติธรรม, 2550

จรัญ โฆษณานันท์. “สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์  
นิติธรรม, 2554

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.250 กฎหมาย  
มหาชนเบื้องต้น เรื่อง “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน”  
หัวข้อ 1.ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย 2.นิติรัฐ ชุด 1” ภาคศึกษากฎหมาย  
มหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กันยายน 2547

จุลกิจ รัตนมาศทิพย์. “วิถีกฎหมายมหาชน : วาทะกรรมว่าด้วยสังคม,กฎหมาย  
และความยุติธรรมในประเทศไทย เล่ม 4 ภาค 3 นิติวิธี”  
กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ล้านคำ จำกัด

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. “อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารใน  
ประเทศฝรั่งเศส” เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. “คำอธิบายกฎหมายปกครอง” กรุงเทพมหานคร  
สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 18, 2555.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. “กฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์  
ของต่างประเทศ” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง”  
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จีระการพิมพ์, 2539.
- นรนิติ เศรษฐบุตร. บรรณาธิการ “สารานุกรมการเมืองไทย” กรุงเทพฯ :  
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2547.
- เดโช สนวนานนท์. “พจนานุกรมศัพท์การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วมของ  
พลเมืองในระบบประชาธิปไตย” กรุงเทพฯ : บริษัทหน้าต่าง  
สู่โลกกว้าง, 2545.
- ธีระ สุธีวรารังกูร. “คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”  
กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. “คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส  
ค.ศ. 1958” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรี  
แห่งความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่” กรุงเทพฯ: สำนัก  
พิมพ์วิญญูชน, 2543.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วย  
กฎหมาย : คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง” กรุงเทพฯ :  
สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554

บุญศรี มิ่งศรีโอชะ. “เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชา น.2540 กฎหมาย  
มหาชน” เอกสารโรเนียว, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
2544.

ประยูร กาญจนกุล. “คำบรรยายกฎหมายปกครอง” กรุงเทพมหานคร  
สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

ประสิทธิ์ โสวิไลกุล. “เหลี่ยมหลังตุ๊กกฎหมายและความยุติธรรม” กรุงเทพฯ  
: สำนักพิมพ์นิติธรรม ,2540.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย” กรุงเทพฯ :  
สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2547.

ปรีดี เกษมทรัพย์. “นิติปรัชญา ภาคสอง : บทนำทางประวัติศาสตร์”  
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2526.

ปิยบุตร แสงกนกกุล .“กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป” กรุงเทพฯ:  
โครงการตำราและเอกสารประกอบสอน คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. “รัฐธรรมนูญ ประวัติศาสตร์ข้อความคิด อำนาจ  
สถาปนารัฐธรรมนูญและการเปลี่ยนแปลงผ่าน” นนทบุรี: สำนัก  
พิมพ์ฟ้าเดียวกัน, 2559.

โกคิน พลกุล. “เอกสารประกอบการสอน วิชาหลักกฎหมายมหาชน”  
กรุงเทพ : มหาวิทยาลัยคำแหง, 2528.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, “เอกสารการสอนชุด วิชากฎหมายมหาชน”  
หน่วยที่ 1-7 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช : นนทบุรี, พิมพ์  
ครั้งที่ 10, 2531.

มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, “ข้อพิจารณาเกี่ยว  
กฎ” กรุงเทพฯ : มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทาง  
ปกครอง, 2551.

ยุทธนา วุฒิปิติกุล และสุพิทา เรืองจิต. “สำนักพลเมือง ความเรียงด้วย  
ประชาชนบนเส้นทางประชาสังคม” กรุงเทพฯ: มูลนิธิการเรียนรู้  
และการพัฒนาประชาสังคม, 2522.

รองพล เจริญพันธุ์. “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,  
มปป,

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป” กรุงเทพมหานคร  
สำนักพิมพ์นิติราษฎร์ พิมพ์ครั้งที่ 1, 2554.

วิชณุ เครื่องงาม. “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2527.

สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, “ขุมปัญญาของ ปรีดี พนมยงค์” นนทบุรี :  
สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, 2544.

สมยศ เชื้อไทย. “วิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป” กรุงเทพฯ: บริษัทธรรม  
สารจำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2538.

สิทธิกร ศักดิ์แสง. “การปกครองแบบนิติรัฐที่ยึดหลักนิติธรรมกับปรัชญา  
กฎหมายที่มีอิทธิพลต่อการจัดทำและการแก้ไขเพิ่มเติม  
รัฐธรรมนูญไทย” กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556

สิทธิกร ศักดิ์แสง. “หลักกฎหมายมหาชน” กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม,  
พิมพ์ครั้งที่ 2, 2557.

เสถียร ลายลักษณ์. “ประชุมกฎหมายศก เล่ม 14” พระนคร : โรงพิมพ์  
เดลิแมร์, 2478.

สำนักงานศาลปกครอง, “มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด  
ปี 2544-2560” กรุงเทพฯ: บริษัท สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชซิ่ง  
จำกัด, 2561.

พระราชหัตถเลขาถึงเจ้าพระยาอภัยราชา, ลงวันที่ 18 กันยายน 2466.

อนุสรณ์ ลิมมณี. “รัฐ สังคมและการเปลี่ยนแปลง : การพิจารณาในเชิง  
อำนาจนโยบายและเครือข่ายความสัมพันธ์” กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์  
เดือนตุลา, 2542.

อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. “กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ” กรุงเทพฯ:  
ห.จ.ก.คุณพิมพ์อักษร, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2527.

อักษราทร จุฬารัตน. “การใช้และการตีความกฎหมาย” กรุงเทพฯ :  
สำนักงานศาลปกครอง, 2553.

## วิจัย/วิทยานิพนธ์

เกียรติยศ ศักดิ์แสง. “กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการระงับข้อ  
พิพาทคดีอาญาตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ : กรณีศึกษา  
ในชั้นศาล” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2557.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์และคณะ. “รายงานวิจัย เรื่อง “การกระทำทาง  
รัฐบาล ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยสาธารณรัฐ  
ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ”  
กรุงเทพฯ: พีเพรส, 2553.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. “รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง “สถานะและ  
บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้ กรอบทิศทางการแก้ไข

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550”,  
กรุงเทพมหานคร:สำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.

บรรเจิด สิงคะเนติ. “รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง “การใช้สิทธิทาง  
ศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ  
มาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว”, กรุงเทพ  
มหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. “รายงานวิจัยการศึกษา เรื่อง “การนำประเพณีใน  
การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น  
ประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี  
รัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.

รดาพรรณ เกื้อกุลเกียรติ. “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย”  
วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย  
ธรรมศาสตร์, 2533.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “รายงานการศึกษางานวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาของ  
ศาลรัฐธรรมนูญ:ศึกษากรณีของศาลต่างประเทศกับประเทศไทย”,  
กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.

สภาวดี ชัยโยธา. “การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราช  
กฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษโดยศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี  
พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557.

สรารุช ปิตุเตชะ. “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พ.ศ. 2540” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

สิทธิกร ศักดิ์แสง. “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการ  
ควบคุมการกระทำทางปกครองในระบบบริการสาธารณะโดย  
องค์กรภายในฝ่ายปกครอง : กรณีศึกษากฎหมายว่าด้วยวิธี  
ปฏิบัติราชการทางปกครอง กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทาง  
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ กฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ”  
รายงานวิจัยเสนอต่อมหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี, 2559.

สุชาติดา เรื่องแสงทองกุล. “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบ  
การกระทำทางรัฐบาล” วิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2560

## เอกสาร/วารสาร

กาญจนา แก้วเทพ. “พัฒนาความคิดมาร์กซิสต์ในศตวรรษที่ 20 : สำนัก  
แฟรงเฟิร์ต” วารสารเศรษฐกิจการเมือง ปีที่ 4 เล่ม 1 กันยายน  
2527.

ชาติปรีดี ฉัตรภูมิ. “ปริมณฑลชั้นพื้นฐานแห่งนิติปรัชญา ตอนที่ 1” วารสาร  
นิติศาสตร์, เล่ม 2 ตอน 4 มีนาคม 2514.

บรรเจิด สิงคะเนติ. “กฎ” ในระบบกฎหมายไทย” เอกสารประกอบการ  
บรรยายหลักสูตรกฎหมายและวิธีพิจารณาคดีปกครอง รุ่น 1  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานีร่วมกับ  
สำนักงานศาลปกครอง วันที่ 17 มกราคม 2563.

พนัส ทศนียานนท์. “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ” วารสารอัยการ ปีที่ 3  
ฉบับที่ 27 มีนาคม 2523.

วิชัญ เกรื่องาม. “ ” ในการสัมมนาทางวิชาการ เนื่องในวาระศาลรัฐธรรมนูญ  
ครบรอบ 17 วันพุทธที่ 29 เมษายน 2558 ณ โรงแรมมิราเคิล  
แกรนด์ คอนเวนชั่น หลักสี่ กรุงเทพมหานคร.

สิทธิกร คักดีแสง. “ปัญหาผู้ตีความตามรัฐธรรมนูญกรณีพระราชกฤษฎีกา  
เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่  
วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73 กรกฎาคม 2549

### ข้อมูลต่างประเทศ

Andrew Altman “Critical Legal Studied : Aliberal Critique”  
Princeton University Press.1993.

A.V. Dicey “Law the Constitution” with an introduction by E.C.S.  
Wade, (English language book Society Macmillan 1979.

Carré de Malberg, Contribution à la Théorie générale de l’Etat :  
Tome I, 1920.

Chistopher Osawe “The Four Images of Soviet Law :  
A Philosophical Analsis of Soviet Legal System” Texas  
International Law Journal, Winter, 1985 Vol. 21, No 1.

C.K. Allen. “Law and Order” London : Steven & sons, 1965. P.24

Daniel Scott zevitz, “American Legal Institution” second printing,  
(Bankok : Ramkamheang University Press,1999, p.4

Erwin Chemrinsky, “Constituotinal Law : Principles and Policies”  
3 ed. (New York : Aspen 2006)

F.A. Hayek, “The Road to Serfdom” (The University of Chicago  
Press, 1956)

George Novack “Polemics in Marxist Philosophy” Monard Press  
New York.

I.D. Duchacek, Rights and Liberty in the world Today :  
Constitutional Promise and Reality (California : A.B.C.  
Clio, 1973)

Jean-Louis Bergel, “Méthodes du droit : Théorie générale du  
droit”, (Paris : Dalloz 1989.

K.C. David “Administrative Law : Case – Text – Problems”, 6th ed  
(St.Poul, Minn : West Publishing Co., 1971.

Harmut MAURER, “Droit administrative allemande” , LGDJ,1995,  
p 272.

Leon Duguit “Objective Law” Columbia Law Review 1920.

M.P. Jain, “Parliamentary Control of Delegated Legislation in  
India” Public Law, 1964.

M.P. Jain. “Administrative Law of Malasia and Singapore”  
(Singapore, Malayan Law Journal (PTE) Ltd.,1980

R.H. Janes “Constitutional and Administration Law” (London :  
Macdonal & Evans Ltd, 1968,p.75)

Roscoe Pound “The Scope and Purpose of Sociological  
Jurisprudence” Harvard Law Review, 1912.

### ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต

เจตน์ สถาวรศิลป์ “การบังคับใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมสังคม :  
ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วยกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย  
ความยุติธรรมสังคม” อ้างใน <http://admincourt.go.th/>

ADMINCOURT/upload/webcms/Academic/  
Academic\_111212\_152818.pdf เข้าถึงข้อมูลวันจันทร์ ที่ 16  
มีนาคม 2563

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “หลักนิติรัฐกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมใน  
สังคมไทย” นิติราษฎร์ : นิติศาสตร์เพื่อราษฎร [http://www.  
enlightened-jurists.com/](http://www.enlightened-jurists.com/) เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่ 4 ธันวาคม  
2554.

จุลลดา สีน้อยขาว “ยูโทเปีย (Utopia) แนวคิดและทฤษฎีโลกในอุดมคติ  
ของ โทมัส มอร์ (Thomas More)” [http://worldcivil14.  
blogspot.com/2014/01/utopia-thomas-more.html](http://worldcivil14.blogspot.com/2014/01/utopia-thomas-more.html).

เฉลิมชัย ก๊กเกียรติกุล “โรสโค พาวด์ (Roscoe Pound)” ใน [http://  
chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/roscoe -pound  
27.htm?m=1](http://chalermchai-nbtc.blogspot.com/2013/roscoe-pound-27.htm?m=1) เข้าถึงข้อมูลวันอังคารที่ 19 มีนาคม 2562

ชำนาญ จันทร์เรือง “ยูโทเปีย (Utopia)” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มกราคม  
2557 จาก [http://prachatai.  
com/journal/2008/09/18284](http://prachatai.com/journal/2008/09/18284))

แดนชัย ไชวีเศษ. “การยุบสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย”  
[http://library2.parliament.go.th/ebook/content-  
ebbas/2557-danchai.pdf](http://library2.parliament.go.th/ebook/content-ebbas/2557-danchai.pdf).(หน้า 2-4.) เข้าถึงข้อมูลวันจันทร์ที่  
16 มีนาคม 2556

นราพันธ์ บรรจงแก้ว “ลัทธิเศรษฐกิจการเมืองแบบสังคมนิยมยูโทเปีย  
Utopian socialism” สืบค้นเมื่อ 28 มกราคม 2555  
[http://203.155.220.175/  
newweb/ index.php?option =  
com\\_content&view=article&id=765:-utopian  
socialism&catid=98:2013-05-21-01-4858&Itemid=189](http://203.155.220.175/newweb/index.php?option=com_content&view=article&id=765:-utopian-socialism&catid=98:2013-05-21-01-4858&Itemid=189))

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ “**นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม**” นิติราษฎร์ :  
นิติศาสตร์เพื่อราษฎร

<http://www.enlightened-jurists.com/> เข้าถึงข้อมูลวันพุธ ที่  
4 ธันวาคม 2554

<https://th.wikipedia.org/wiki/> เข้าถึงข้อมูลวันที่ 6 สิงหาคม  
2560

[https://www.khaosod.co.th/newspaper-column/people/  
news\\_1472458](https://www.khaosod.co.th/newspaper-column/people/news_1472458) เข้าถึงวันจันทร์ 12 พฤศจิกายน 2561

[https://www.baanjomyut.com/library\\_2/socialist\\_and\\_  
communist\\_zionist/04.html](https://www.baanjomyut.com/library_2/socialist_and_communist_zionist/04.html) เข้าถึงข้อมูล อังคารที่ 19 มีนาคม  
2562.

Commissioner of Sewers and early modern English administrative  
law. Tuesday, September 13, 2016 อ้างใน [https:// environment  
law history.](https://environmentlawhistory.com/)

[Blogspot.com/2016/09/commissioners-of-swwer-and-  
early.html?e=1](https://blogspot.com/2016/09/commissioners-of-swwer-and-early.html?e=1) เข้าถึงข้อมูลวันจันทร์ที่ 18 พฤษภาคม 2563

## กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541
- พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ.2540
- พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537
- พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496
- พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2528
- พระราชบัญญัติเมืองพัทยา พ.ศ.2542
- พระราชบัญญัติรัฐมนตรี ร.ศ. 113 ประกาศ วันที่ 10 มกราคม ร.ศ. 113  
เป็นที่ 9557
- พระราชหัตถเลขาถึงเจ้าพระยาอภัยราชา ลงวันที่ 18 กันยายน 2466
- พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช  
2475

### คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2540
- คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2555
- ### คำพิพากษาศาลฎีกา
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153-1154 / 2495
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/ 2502
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496

## คำพิพากษา/คำสั่งศาลปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 124/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.116/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 287/2545

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 365/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 613/2550

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2554

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 556/2550

ศาลปกครองสูงสุดที่ 67/2554

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 88/2549

## ราชกิจจานุเบกษาเล่ม

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 370

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 386

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 370

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 510

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 26 กันยายน พ.ศ. 2475 หน้า 521

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 ลงวันที่ 10 ธันวาคม 2475 หน้า 529-551)

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475 (2476) หน้า 532

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475 (2476) หน้า 535

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 49 ลงวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2475 หน้า 577

ราชกิจจานุเบกษาเล่ม 84 ตอน 1 ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2480

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 91 ตอนที่ 169 ลงวันที่ 7 ตุลาคม 2517 ฉบับพิเศษ  
หน้า 74

### บุคลากรนุกรม

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. กมลชัย รัตนสกาวงศ์

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเฝ้า

รองศาสตราจารย์ดิเรก ควรสมาคม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธีระ สุธีวรังกูร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์เจษฎา ทองขาว

ดร. เขาวนะ ไตรมาศ

นายกเหล่า สมทุวณิช

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ณ นคร

ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช

ศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ

ศาสตราจารย์พิเศษ จรรย์ ภัคดีธนากุล

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์

ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์

ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ



## สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์

120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500

[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th) E-mail: [feedback@constitutionalcourt.or.th](mailto:feedback@constitutionalcourt.or.th)