

บทที่ 2

แนวความคิดเรื่องบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย องค์การของรัฐ รัฐบาล และข้อยกเว้นของหลักการกระทำของฝ่ายปกครอง ต้องเป็นไปตามกฎหมาย

ในบทนี้ได้ทำการศึกษาแนวความคิดเรื่องบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของกฎหมายมหาชน องค์การของรัฐ รัฐบาลและข้อยกเว้นของหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย อันเป็นพื้นฐานความรู้สำคัญที่จำเป็นสำหรับการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 7 และมาตรา 8 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

2.1 บ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย

กฎหมายมหาชนประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะค่อนข้างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่มีคำบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรอง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนซึ่งเป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน จารัตประเพณีในรัฐธรรมนูญ จารัตประเพณีในกฎหมายปกครอง ในทางนิติศาสตร์ คำสอนว่าด้วยบ่อเกิดของกฎหมายจะช่วยวิเคราะห์แยกแยะและจัดกลุ่มของบรรทัดฐานทางกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ให้เป็นระบบระเบียบ

ในเบื้องต้น ผู้ที่จะจำแนกแยกแยะบรรทัดฐานทางกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ให้เป็นระบบระเบียบจำเป็นที่จะต้องเข้าใจคำว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” เสียก่อน คำว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” มีความหมายในหลายนัย ในทางทฤษฎีกฎหมาย บ่อเกิดของกฎหมาย หมายถึง ที่มาของกฎเกณฑ์อันเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมายในความหมายนี้มีความสำคัญ เพราะจะช่วยให้ผู้ที่จะต้องใช้กฎหมาย ทราบว่ากฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานความประพฤติใดเป็นกฎหมาย กฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานความประพฤติใดเป็นศีลธรรม หรือขนบธรรมเนียมในสังคม บ่อเกิดของกฎหมายย่อมสัมพันธ์กับการกำเนิดขึ้นและรูปแบบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง บ่อเกิดของกฎหมาย คือ รูปแบบหรือแบบพิธีที่บรรทัดฐานทางกฎหมายอาศัยในการก่อกำเนิดและปรากฏตัวขึ้น โดยการอธิบายในลักษณะเช่นนี้ย่อมจะเห็นได้ว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” (Rechtsquelle; source of law) กับ “บรรทัดฐานทางกฎหมาย” (Rechtsnorm; legal

norm) มีความแตกต่างกัน บ่อเกิดของกฎหมายมุ่งหมายถึงรูปแบบหรือแบบพิธี ในขณะที่บรรทัดฐานทางกฎหมาย มุ่งหมายถึงเนื้อหา กล่าวคือ มุ่งพิจารณาความเป็นนามธรรมและใช้บังคับทั่วไปของกฎเกณฑ์นั้น (abstrakt und allgemein; abstract and general) บรรทัดฐานทางกฎหมายจะมีผลในระบบกฎหมายได้ก็แต่โดยอาศัยการเกิดขึ้นผ่านบ่อเกิดของกฎหมายเท่านั้น แม้กระนั้นก็ตามเราอาจกล่าวได้ว่า “บ่อเกิดของกฎหมาย” กับ “บรรทัดฐานทางกฎหมาย” ซึ่งก็คือแบบพิธีกับเนื้อหานั่นเป็นสิ่งที่สัมพันธ์กันอย่างแยกไม่ออก¹

หัวข้อบ่อเกิดหรือแหล่งที่มาของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย ได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 เรื่อง คือ 2.1.1 ประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย 2.1.2 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติในระบบกฎหมายไทย และ 2.1.3 ลำดับการปรับใช้กฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย

2.1.1 ประเภทของบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย

บรรทัดฐานทางกฎหมายที่ประกอบกันขึ้นเป็นกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย นั้นมีทั้งส่วนที่เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายลายลักษณ์อักษร และบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทยจึงมีอยู่ 2 บ่อเกิดใหญ่ๆ คือ บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร และบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อธิบายบ่อเกิดทั้งสองประเภทเป็นลำดับไป ดังนี้

2.1.1.1 บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย

การจำแนกบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นอาจกระทำได้ในหลายลักษณะ แต่หากพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายประกอบกับองค์กรที่ตรากฎหมายแล้ว เราอาจจำแนกบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ออกเป็น 5 ประเภทใหญ่ๆ คือ 1) รัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์อื่นที่อยู่ในสถานะลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ 3) พระราชบัญญัติและกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ (กฎหมายนิติบัญญัติ) 4) กฎหมายลำดับรอง (กฎหมายบริหารบัญญัติ) และ 5) กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนซึ่งเป็นองค์กรปกครองตนเองหรือองค์กรมหาชน (กฎหมายองค์กรบัญญัติ) ซึ่งโดยลำดับศักดิ์ของกฎหมายแล้ว ไม่อาจตรากฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า ให้มีเนื้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าได้ หากเกิดกรณีกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ามีเนื้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าแล้ว ต้องบังคับตามกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก (2552). ชุดที่ 2 บ่อเกิดของกฎหมายมหาชน (เอกสารประกอบการบรรยายวิชา ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต). หน้า 2.

1) รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นที่อยู่ในสถานะลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ

(1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยระเบียบแห่งอำนาจสูงสุดในรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้นๆ ต่อกันและกัน²

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดย “ผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญ” ทั้งนี้โดยมีเนื้อหาสาระสำคัญ 2 ประการ คือ การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับรูปของรัฐ รูปแบบของการปกครอง โครงสร้างของรัฐ สถาบันทางการเมืองและสถาบันทางรัฐธรรมนูญ (วิธีการเข้าสู่ตำแหน่ง ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันต่างๆ เหล่านั้น) ประการหนึ่ง และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานอีกประการหนึ่ง³

ในระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Constitutionnalisme) ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดเพราะรัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาโดยอำนาจพิเศษที่เรียกกันว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” อันทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีมาก่อนองค์กรอื่นๆ ของรัฐทุกองค์กร องค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรมีขึ้นมาก็เพราะได้รับการสถาปนาโดยรัฐธรรมนูญอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น องค์กรทั้งหลายภายในรัฐจึงกระทำการใดๆ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ รัฐสภา อันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย จึงต้องเคารพและจะตราพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ในทำนองเดียวกันรัฐบาลก็ดี ฝ่ายปกครองก็ดี จะบังคับใช้พระราชบัญญัติที่ตราขึ้น โดยความเห็นชอบหรือยินยอมของรัฐสภา ก็จะต้องดำเนินการต่างๆ เพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัตินั้น โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน⁴

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญถือกำเนิดขึ้นโดยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดที่สุด และเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลายทั้งปวงในรัฐ การที่รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายย่อมส่งผลสืบเนื่องไป 2 ประการ คือ ประการแรก บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดในรัฐจะขัดหรือแย้งต่อ

² หยุด แสงอุทัย. (2553). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 18). หน้า 82.

³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 3.

⁴ วิษณุ วัลญญู, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์พร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. หน้า 11.

⁵ การประกาศหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

รัฐธรรมนูญไม่ได้ และประการที่สอง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ที่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ

(2) กฎเกณฑ์อื่นที่อยู่ในสถานะลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ

สำหรับหัวข้อนี้ขอกล่าวถึงกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 สถานะทางกฎหมายของกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ในทางวิชาการยังไม่ได้ข้อยุติ กล่าวคือ มีแนวความคิดเห็นทางกฎหมายในกรณีนี้ต่างกันอยู่ 3 แนวความคิดเห็น คือ

แนวความคิดเห็นแรก มีความเห็นว่ากฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย เช่น

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ให้ความเห็นว่า แต่เดิมนั้นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปี พุทธศักราช 2534 มิได้กำหนดไว้เช่นนี้ ด้วยการแก้ไขกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปีพุทธศักราช 2534 เป็นต้นมา จนถึงรัฐธรรมนูญฯ ฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่ผู้เดียว ทำให้ศักดิ์ของกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ เพราะด้วยเหตุว่ารัฐสภาไม่สามารถแก้ไขได้ และจะตรากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ได้ไม่ ซึ่งเป็นการที่รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ตั้งขึ้นแล้ว (pouvoir constituant derive) ให้พระมหากษัตริย์และคณะองคมนตรีดำเนินการแก้ไข ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ เป็นความพิเศษมากกว่ากฎหมายธรรมดา โดยมีสถานะเท่ากับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ว่า การแก้ไขนั้น พิเศษกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดาที่ตราและแก้ไขโดยรัฐสภา ผลที่ตามมาคือหากกฎหมายใดขัดกับกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ต้องบังคับตามกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า⁶

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความเห็นว่า กฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มีศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้ ประการแรก ตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย รัฐธรรมนูญในอดีตแทบทุกฉบับถือว่ากฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มีความสำคัญมาก และยกไว้ระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญเสมอมา เมื่อรัฐธรรมนูญปัจจุบันไม่ได้ระบุศักดิ์กฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ไว้แตกต่างไปจากประเพณีเดิม กฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ก็ต้องมีศักดิ์เท่ากับรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ให้เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของพระมหากษัตริย์แต่ผู้เดียว รัฐสภาไม่อาจแก้ไขได้ นั้นหมายความว่า กฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ย่อมมีสถานะเหนือกว่า

⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. หน้า 181-182.

กฎหมายธรรมดา ในกรณีที่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาขัดกับกฎหมายเทียรบาลฉบับนี้ก็ต้องใช้กฎหมายเทียรบาลฉบับนี้ จะนำหลัก “กฎหมายที่ออกขึ้นภายหลังย่อมมีผลใช้บังคับก่อนกฎหมายที่ออกขึ้นก่อน” มาใช้ไม่ได้ ประการที่สาม กฎหมายเทียรบาลฉบับนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งประมุขของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นเรื่องที่โดยสภาพแล้วเป็นรัฐธรรมนูญ⁷

วิชญ์ วรวิญญู, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์ ให้ความเห็นว่า เนื่องด้วยรัฐธรรมนูญฉบับก่อนปีพุทธศักราช 2534 นั้น ได้บัญญัติให้การแก้ไขกฎหมายเทียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ใช้วิธีเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นการยืนยันว่ากฎหมายเทียรบาลฉบับนี้ซึ่งถูกนำมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มีสถานะอยู่ในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ⁸

แนวความคิดเห็นที่สอง มีความเห็นว่ากฎหมายเทียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายเช่น

พรชัย เลื่อนฉวี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวชิราวุธวิทยาลัย ให้ความเห็นว่า กฎหมายเทียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มิใช่รัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเพียงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (ตามความหมายอย่างกว้าง) เท่านั้น ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (ตามความหมายอย่างกว้าง) หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติถึงรายละเอียดหรือขยายความเฉพาะเกี่ยวกับสถาบันการเมืองใดสถาบันการเมืองหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เช่น สถาบันกษัตริย์ เป็นต้น เพราะฉะนั้นกฎหมายเทียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จึงมีฐานะเป็นเพียงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (ตามความหมายอย่างกว้าง) เท่านั้น ส่วนกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (ตามความหมายอย่างแคบ) หมายถึง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ถูกระบุไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น⁹

วิชญ์ เครืองาม ให้ความเห็นว่า แม้กฎหมายเทียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จะมีได้เป็นรัฐธรรมนูญเพราะสถานะมิได้เป็นเช่นนั้น และมีได้ใช้ชื่อระบอบเช่นนั้น แต่ก็จัดว่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ที่มีสถานะทางกฎหมายสูงกว่าพระราชบัญญัติ เพราะรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้และเคยกำหนดให้กระบวนการนิติบัญญัติในการแก้ไขกฎหมายเทียรบาลฉบับนี้กระทำอย่างเดียวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁰

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 33.

⁸ วิชญ์ วรวิญญู, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 40.

⁹ พรชัย เลื่อนฉวี. (2553). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (พิมพ์ครั้งที่ 9). หน้า 24.

¹⁰ วิชญ์ เครืองาม ก (2553). *กฎหมายเทียรบาลในระบบกฎหมายไทย*. หน้า 87.

แนวความคิดเห็นที่สาม มีความเห็นว่ายังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับลำดับชั้นทางกฎหมายของกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย เช่น

มีชัย ฤชุพันธุ์ ให้ความเห็นไว้ว่า เนื่องจากก่อนปีพุทธศักราช 2534 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 นั้นต้องกระทำด้วยวิธีการเดียวกันกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จึงถือว่ามีศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ แต่นับจากปีพุทธศักราช 2534 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับเริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้เปลี่ยนแปลงวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ จากเดิมที่กำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้ “ให้ความเห็นชอบ” ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ โดยได้ลดอำนาจของรัฐสภาลงเหลือเพียงการ “รับทราบ” ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลเท่านั้น ดังมาตรา 22 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (ฉบับปัจจุบัน) ดังนั้น เมื่อเกณฑ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลเปลี่ยนไป สถานะของกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ที่เคยเทียบเท่ารัฐธรรมนูญจึงได้มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยถือว่ามีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่จะเปลี่ยนแปลงไปอยู่ในลำดับศักดิ์ใด ยังไม่มีการระบุความคิดเห็นทางกฎหมายที่ชัดเจน¹¹

กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ คือ การกำหนดวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งของประมุขแห่งรัฐที่มีกษัตริย์เป็นประมุขแห่งรัฐ โดยเป็นหลักเกณฑ์ที่สืบเนื่องจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน โดยทั่วไปการกำหนดวิธีการเข้าสู่ตำแหน่งของประมุขแห่งรัฐจะปรากฏในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์นี้ เนื่องจากจากสมัยโบราณแผ่นดินสยามใช้ธรรมเนียมประเพณีในทางปกครองราชอาณาจักร เช่น การแต่งตั้งกรมพระราชวังบวรฯ ซึ่งถือเป็นมหาอุปราช หรือเชื้อพระวงศ์ที่จะได้ขึ้นครองราชย์ในอนาคต เทียบเท่ากับตำแหน่ง “สยามบรมราชกุมารหรือสยามบรมราชกุมารี” ในปัจจุบัน มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้แน่นอน จนมาถึงรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ¹² ให้ตรากฎหมายขึ้นฉบับหนึ่งชื่อ “กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467” ท่านทรงให้เหตุผลว่า “ให้มีนิติธรรมกำหนดการสืบราชสันตติวงศ์ขึ้นไว้เพื่อที่จะได้ตัดความยุ่งยากแก่งแย่งภายในพระราชวงศ์ ในเมื่อสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมิได้ทรงแต่งตั้งพระราชทายาทขึ้นไว้แน่นอน” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทย แม้จะเป็นภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็น

¹¹ ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2552, 12 มิถุนายน). *สถานะทางกฎหมายของกฎหมายเทียบบาล*. สืบค้นเมื่อ 5 พฤศจิกายน 2555, จาก <http://www.tulawcenter.org/law-clinic/content/42>

¹² วิษณุ เครืองาม ข (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 334.

ระบอบประชาธิปไตย พ.ศ. 2475 ก็ตาม และคณะปฏิวัติที่กระทำการปฏิวัติรัฐประหารล้มล้างรัฐบาลยังงไว้ซึ่งหลักดังกล่าวในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เพราะเหตุว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ คือ ศูนย์รวมของประชาชนชาวไทยและอยู่ในสถานะที่สูง ไม่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ นอกจากพิจารณาตามกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เรื่องการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ไทย ยังพิจารณาประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งถือว่ารัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติดังกล่าวด้วย การที่จะต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบนี้ หากได้นำการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องกับองค์พระมหากษัตริย์ไม่ เพราะรัฐสภาจะมีความเห็นชอบขัดต่อกฎหมายเทียบบาลมิได้ หากเป็นแต่ต้องให้พระมหากษัตริย์เป็นที่ยอมรับของผู้แทนปวงชนทำให้เสมือนหนึ่งว่าทรงเป็น “อเนกชนนิกรสโมสรมมติ” ตามคติโบราณของไทยเท่านั้น¹³ โดยพิจารณาได้จากมาตรา 23¹⁴ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่รับรองเรื่องการให้ความเห็นชอบของรัฐสภาไว้

ในทางรูปแบบ กฎหมายเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ บัญญัติว่าใครเป็นพระรัชทายาทมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ

ก. บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ข. บัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะแยกจากรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นต้น

¹³ วิษณุ เครืองาม และบรรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2520, พฤษภาคม-สิงหาคม). “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร.” *กฎหมาย*, 3, 2. หน้า 154.

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์พระพุทศักราช 2467 แล้ว ให้คณะรัฐมนตรีแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อรับทราบ และให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไป แล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามวรรคหนึ่งให้คณะองคมนตรีเสนอพระนามผู้สืบราชสันตติวงศ์ตามมาตรา 22 ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบ ในกรณีนี้จะเสนอพระนามพระราชธิดาก็ได้ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์ขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไป แล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภาในการรับทราบตามวรรคหนึ่งหรือให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง”

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 พิจารณาตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 22¹⁵ ยังคงหลักการสืบราชสมบัติให้เป็นไปตามกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งแต่เดิมนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่หนึ่ง คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 4¹⁶ กำหนดให้การสืบราชสมบัติเป็นไปตามกฎหมายเทียบบาลฉบับนี้ (มาตรา 20¹⁷ แห่งกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467) และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งได้คงหลักการนี้จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่สี่ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 บัญญัติไว้ใน

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 22 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 23 การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใดให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎหมายเทียบบาลแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบบาลเดิมขึ้นพลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภานำหน้าที่รัฐสภาในการรับทราบตามวรรคสอง”

¹⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบมรดกให้ให้เป็นไปตามกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

¹⁷ กฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 มาตรา 20 บัญญัติว่า “ถ้าแม่เมื่อใดสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงพระราชดำริว่า มีเหตุจำเป็นที่จะต้องแก้ไขหรือเพิกถอนข้อความใด ๆ แม้แต่ส่วนน้อยหนึ่งในกฎหมายเทียบบาลนี้ ท่านว่าให้สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงนัดประชุมองคมนตรีสภา ให้มีองคมนตรีมาในที่ประชุมไม่น้อยกว่า 2 ส่วนใน 3 แห่งจำนวนองคมนตรีทั้งหมดแล้ว และพระราชทานข้อความอันมีพระราชประสงค์จะให้แก้ไขหรือเพิกถอนนั้น ให้สภาปรึกษากันและถวายความเห็นด้วยความจงรักภักดีข้อสัตย์สุจริต ถ้าองคมนตรีมีจำนวนถึง 2 ส่วนใน 3 แห่งผู้ที่มาประชุมนั้นลงความเห็นว่าการแก้ไขหรือเพิกถอนตามพระราชประสงค์ได้แล้ว สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจึงค่อยมีพระบรมราชโองการให้แก้ไขหรือเพิกถอน แต่ถ้าแม้ว่าองคมนตรีที่มาประชุมนั้น มีผู้เห็นควรให้แก้ไขหรือเพิกถอนเป็นจำนวนไม่ถึง 2 ใน 3 แล้ว ก็ขอให้สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงมีพระขันติระบับพระราชดำริที่จะทรงแก้ไขหรือเพิกถอนนั้นไว้เถิด”

มาตรา 12¹⁸ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่ห้า คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 23¹⁹ ได้เพิ่มหลักการว่าการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จะกระทำมิได้ ซึ่งได้คงหลักการนี้จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่หก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 21²⁰ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่แปด คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 22²¹ จึงให้กระทำได้โดยวิธีการอย่างเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้คงหลักการนี้จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่สิบสาม คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 20²² ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่สิบห้า คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 12 บัญญัติว่า “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์พระพุทศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา”

¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 23 บัญญัติว่า “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา

การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จะกระทำมิได้”

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มาตรา 21 บัญญัติว่า “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร

การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 จะกระทำมิได้”

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 22 บัญญัติว่า “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา

การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ให้กระทำได้โดยวิธีการอย่างเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 20 บัญญัติว่า “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา หากไม่มีพระราชโอรส รัฐสภาอาจให้ความเห็นชอบในการให้พระราชธิดาสืบราชสันตติวงศ์ก็ได้

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์พระพุทศักราช 2467 ให้กระทำได้โดยวิธีการอย่างเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ”

พุทธศักราช 2534 มาตรา 20²³ ได้เปลี่ยนเป็นว่าให้จัดทำเป็นร่างกฎหมายเพื่อเพิ่มเติมกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อพระมหากษัตริย์มีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วก็แจ้งให้รัฐสภาทราบ และเมื่อประกาศแล้ว “ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้” (คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้หารือเป็นการภายในกับผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่ายและมีความเห็นว่าควรกลับไปใช้แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพิ่มเติมตามมาตรา 20 แห่งกฎหมายเพิ่มเติมว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 โดยอนุโลม และนำแนวทางการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในนานาประเทศมาใช้ จึงเกิดเป็นหลักการใหม่นี้ขึ้น²⁴) ซึ่งได้คงหลักการนี้จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่สิบแปด ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติประเภทหนึ่งที่มีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่าพระราชบัญญัติ โดยมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับองค์การหรือการดำเนินงานขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ (les lois qui concernent l'organisation ou le fonctionnement des pouvoirs publics) การจะตราหรือแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งโดยมีกระบวนการตราและแก้ไขที่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติ²⁵

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นแนวความคิดที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุโรป โดยจะเรียกกฎหมายเหล่านี้ว่า Lois organiques หรือ Organic law กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับโครงสร้างขององค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อจะได้ไม่ต้องบรรยายละเอียด

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 20 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 21 การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายเพิ่มเติมว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพิ่มเติมว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใด ให้องคมนตรีจัดร่างกฎหมายเพิ่มเติมกฎหมายเพิ่มเติม ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสกาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

²⁴ วิษณุ เครืองาม ก เล่มเดิม. หน้า 83.

²⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2538). พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (กพป.)). หน้า 10.

เหล่านั้นในด้วยรัฐธรรมนูญอันจะทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยาวมากเกินไป หรือจะพูดอีกอย่างหนึ่งก็ได้ว่าเป็นกฎหมายที่เต็มเต็มให้กับรัฐธรรมนูญในเรื่องขององค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ²⁶

ก่อนปีพุทธศักราช 2540 ระบบกฎหมายไทยไม่ปรากฏเรื่องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติพรการเมือง พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พระราชบัญญัติวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ฯลฯ ซึ่งโดยเนื้อหาแล้วเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง แต่ในรูปแบบการตราและแก้ไขพระราชบัญญัติเหล่านี้ก็ดำเนินการในลักษณะที่ไม่แตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไปนั่นเอง แต่นักวิชาการกฎหมายหลายท่านได้เสนอให้มีการนำระบบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมาใช้ในประเทศไทยโดยสามารถแยกพิจารณาได้เป็นสองแนวความคิดด้วยกัน

แนวความคิดแรกเห็นว่า การมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะทำให้การร่างรัฐธรรมนูญสำเร็จไปได้อย่างรวดเร็ว รัฐธรรมนูญจะสั้นกระชับ โดยมีรายละเอียดอยู่ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอีกทีหนึ่ง การแก้ไขก็ง่ายกว่ารัฐธรรมนูญ เมื่อต้องการแก้ไขจึงไม่ยุ่งยากนัก นักวิชาการกฎหมายที่เห็นด้วยกับแนวความคิดแรก คือ ไพโรจน์ ชัยนาม และวิญญู เครื่องาม²⁷

แนวความคิดที่สองเห็นว่า การมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาจะเป็นเครื่องก้ำประกันมิให้ผู้มีอำนาจในทางการเมืองดำเนินการแก้ไขกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตนหรือพวกพ้องของตนอันแตกต่างไปจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ นักวิชาการกฎหมายที่เห็นด้วยกับแนวความคิดที่สอง คือ อมร จันทรมบูรณ์²⁸

จากแนวความคิดทั้งสองดังกล่าวข้างต้นจะพบว่าแนวความคิดแรกเน้นหลักอยู่ที่เนื้อหาของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงรายละเอียดหรือขยายความเกี่ยวกับสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญ ในขณะที่แนวความคิดที่สองเน้นหลักอยู่ที่รูปแบบของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอันจะนำมาสร้างสรรค์ระบบ Constitutionalism ในประเทศไทยได้ความจริงแล้ว แนวความคิดทั้งสองนั้นมิได้ขัดแย้งกัน เพราะในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญของหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส สเปน โปรตุเกส อิตาลี ฯลฯ ต่างก็มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในลักษณะ

²⁶ วิญญู วัชรวิญญู, ปิยะสาตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์, เล่มเดิม, หน้า 41.

²⁷ สมคิด เลิศไพฑูรย์, เล่มเดิม, หน้า 11.

²⁸ แหล่งเดิม, หน้า 12.

ที่เป็นกฎหมายขยายความรัฐธรรมนูญและมีกระบวนการตราแก้ไขที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาด้วย²⁹

นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ระบบกฎหมายไทยได้รับความคิดของการมี “กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ” เข้ามาใช้บังคับ โดยเรียกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” แต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติทั่วไปตามรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2540 มีกระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกันตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 92 ถึงมาตรา 94 มาตรา 169 ถึงมาตรา 178 และมาตรา 313 อีกทั้งมีกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันด้วยตามมาตรา 262 ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2540 จึงมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติทั่วไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) ยังคงกำหนดให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อไปอีก แต่เพื่อให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีสถานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่าพระราชบัญญัติ กระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงควรยากกว่าพระราชบัญญัติแต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2550 จึงได้กำหนดให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติมีกระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติม อีกทั้งมีกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแตกต่างกัน ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 2.1.2 เรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติในระบบกฎหมายไทย

ด้วยเหตุนี้เราจึงต้องถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทยอีกประเภทหนึ่ง

ในทางทฤษฎี กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายที่กำหนดรายละเอียดขยายรายละเอียดเกี่ยวกับสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญ โดยมีเนื้อหาที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีรายละเอียดหรือมีเนื้อความที่ยาวเกินไป ในต่างประเทศกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญอาจมีเนื้อหาเกี่ยวกับกระบวนการในการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐ หรือกระบวนการจัดการเลือกตั้ง (ในประเทศฝรั่งเศส) หรือเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การกำหนดเขตการปกครองตนเอง หรือการเลือกตั้ง (ในประเทศสเปน)³⁰

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 13.

³⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 9.

ในกรณีของประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 138 กำหนดให้มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจำนวน 9 ฉบับ คือ

(1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา

(2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

(4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ

(5) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(6) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(7) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน

(8) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน

3) พระราชบัญญัติและกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ

ในระบบกฎหมายไทยบ่อเกิดแห่งกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่รองลงมาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ คือ พระราชกำหนด ซึ่งจะได้อธิบายเป็นลำดับไป ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ คือ ผลผลิตของการแสดงออกซึ่งเจตนาทางการเมืองการปกครองของประชาชนในรัฐผ่านทางผู้แทนของตนที่ได้รับเลือกตั้งมา โดยนัยนี้ พระราชบัญญัติจึงเป็นที่มาของอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆ ที่ปรากฏออกมาในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นกฎก็ดี คำสั่งก็ดี รวมตลอดไปถึงปฏิบัติการทางปกครองด้วยเช่นกัน³¹

พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายซึ่งปัจจุบันออกโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 และมาตรา 90) สมัยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 พระราชบัญญัติได้ออกโดยอาศัยพระบรมเดชานุภาพของพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้เพราะในสมัยนั้นได้มีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระราชบัญญัติซึ่งออกในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น และเวลานี้ก็ยังใช้เป็นกฎหมายอยู่

³¹ วิชาญ วราญญู, ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สดาวรศีลพร. หน้าเดิม.

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ามีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือถูกยกเลิกไปโดยพระราชบัญญัติฉบับอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกโดยตรงหรือโดยปริยาย³²

พระราชบัญญัติ เป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดกฎเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรด้วยกันในเรื่องต่างๆ นอกเหนือจากเรื่องรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทนี้มีอยู่ 2 ประเภทด้วยกัน คือ ประมวลกฎหมาย และพระราชบัญญัติเฉพาะเรื่อง³³

ประมวลกฎหมาย คือ กฎหมายที่บัญญัติรวมเรื่องเดียวกันไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน โดยได้ร้อยกรองจัดเป็นระบบขึ้นใหม่ และแบ่งเป็นหมวดหมู่เรียบร้อย มีการกล่าวข้อความเท่าถึงซึ่งกันและกัน อย่างประมวลกฎหมายอาญาก็มีการแบ่งออกเป็นสามภาค คือ ภาค 1 กล่าวถึงข้อความทั่วไป อันได้แก่ เจตนา ประมาท พยายามกระทำความผิด ฯลฯ ซึ่งโดยปกติใช้ได้แก่บรรดาความผิดอาญาทั้งปวง ภาค 2 ได้บัญญัติถึงความผิดสามัญเฉพาะความผิด และภาค 3 ว่าด้วยความผิดลหุโทษ การประมวลกฎหมาย (Codification) จึงต่างกับการนำพระราชบัญญัติซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งมาบัญญัติรวมไว้ด้วยกัน ซึ่งเป็นวิธีการของกฎหมายสหราชอาณาจักรซึ่งเรียกว่า “Consolidation”³⁴ การประกาศใช้ประมวลกฎหมายมีพระราชบัญญัติกำหนดให้ประมวลกฎหมายมีผลใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 เป็นต้น

ในระบบกฎหมายไทยเราอาจกล่าวได้ว่าอำนาจนิติบัญญัติ คืออำนาจในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้มีผลใช้บังคับทั่วไปในบ้านเมือง เป็นอำนาจของรัฐสภา กรณีจึงต่างจากระบบกฎหมายของบางประเทศ เช่นประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดให้อำนาจตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายให้มีผลบังคับทั่วไปในบ้านเมืองอยู่ที่ฝ่ายบริหาร โดยรัฐสภาจะมีอำนาจตรากฎหมายเฉพาะในเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น³⁵

(2) พระราชกำหนด

พระราชกำหนด คือ กฎหมายซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยพระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีและมีค่าบังคับเสมือนด้วยพระราชบัญญัติ การที่พระราชกำหนดมีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติก่อให้เกิดผลทาง

³² หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 54-55.

³³ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 4.

³⁴ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 55.

³⁵ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ก หน้าเดิม.

กฎหมายที่สำคัญ คือ พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้³⁶ ทั้งนี้โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดนี้ใช้บังคับ ทั้งนี้โดยคณะรัฐมนตรีจะถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้ใน 2 กรณี³⁷ คือ

ก. กรณีทั่วไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184³⁸ ซึ่งต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระราชกำหนดนี้จะต้องเสนอรัฐสภาพิจารณาโดยไม่

³⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 239.

³⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก หน้าเดิม.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแล้ววุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยื่นขึ้นการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยื่นขึ้นการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภาในกรณียื่นขึ้นการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้นๆ”

ชักช้า และถ้าอยู่นอกสมัยประชุมคณะรัฐมนตรีก็ต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณาพระราชกำหนดนั้นโดยเร็ว

ข. กรณีเฉพาะในเรื่องภาษีอากรและเงินตราตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 186³⁹ กรณีนี้เป็นกรณีที่อยู่ในสมัยประชุม และมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน เมื่อพระมหากษัตริย์ตราพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องนำร่างพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายใน 3 วันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพราะเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราอาจก่อให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องโดยปกติจึงควรดำเนินการโดยด่วนและลับเสมอ กรณีบทมาตรานี้จึงเป็นเรื่องเฉพาะที่ความเร่งด่วนยังไม่ถึงระดับ “ฉุกเฉิน” และเป็นเรื่องในระหว่างสมัยประชุมเท่านั้น เพราะสามารถเสนอรัฐสภาพิจารณาต่อไปได้ แต่ถ้ากรณีเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตราที่มีลักษณะฉุกเฉินเพื่อประโยชน์สำคัญของประเทศก็อาจเสนอตามเงื่อนไขของมาตรา 184 อย่างกรณีข้อ ก. ได้เช่นกัน⁴⁰

โดยเหตุที่พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยคำแนะนำของฝ่ายบริหาร เมื่อได้มีการตราพระราชกำหนดขึ้นแล้ว แม้ว่าพระราชกำหนดนั้นจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายนับแต่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็ตาม คณะรัฐมนตรีก็จะต้องนำพระราชกำหนดดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณาว่าจะอนุมัติหรือไม่ ทั้งนี้โดยให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติ แต่วุฒิสภาไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่การตกไปของพระราชกำหนดในกรณีดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบการเตือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 วรรคสาม ถ้าพระราชกำหนดนั้นมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปเพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่อนุมัติ ก็ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก กลับมามีผล

³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 186 บัญญัติว่า “ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 184 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

⁴⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์. (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 124-125.

ใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่มีการไม่อนุมัติมีผลตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 วรรคสี่ ซึ่งได้แก่วันถัดจากวันที่นายกรัฐมนตรีได้ประกาศการไม่อนุมัติพระราชกำหนดในราชกิจจานุเบกษาตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 วรรคหก

อนึ่ง สำหรับพระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 คือ อำนาจทั่วไปในการตราพระราชกำหนดกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนนั้น ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภากำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดที่คณะรัฐมนตรีแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราขึ้นนั้น ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เมื่อประธานแห่งสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณีได้รับความเห็นดังกล่าวแล้ว ให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดว่าพระราชกำหนดนั้นได้รับการตราขึ้นโดยไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือไม่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 185⁴¹

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 บัญญัติว่า “ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใดตามมาตรา 184 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภากำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

เมื่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น

การตราพระราชกำหนดเป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยฝ่ายบริหาร โดยการตราพระราชกำหนดตามกฎหมายไทยไม่ได้ตรารื่นจากการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นหลักการจัดสรรการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยรัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติแบ่งอำนาจบางส่วนในการตรากฎหมายให้กับฝ่ายบริหาร ภายใต้เงื่อนไขบางประการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญในรูปแบบของพระราชบัญญัติ อันเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจในการออกกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติไว้โดยตรงผ่านรัฐธรรมนูญ โดยการจัดสรรการใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ภายใต้ขอบเขตบางประการ ได้แก่⁴²

ประการแรก เป็นเหตุผลทางประวัติศาสตร์ เดิม พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตรากฎหมาย พระราชอำนาจนี้ได้ตกมายังเหล่าข้าราชการบริหารของพระองค์ พระราชอำนาจดังกล่าวก็ตกมายังคณะรัฐมนตรีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ประการที่สอง เหตุผลทางสถานการณ์ ในสถานการณ์พิเศษ เช่น ในสภาวะสงคราม หรือเกิดภัยธรรมชาติ จำเป็นต้องตรากฎหมายอย่างเร่งด่วน เพื่อแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวได้อย่างทันที่

ประการที่สาม เหตุผลทางเนื้อหาของกฎหมาย เนื้อหาของกฎหมายบางฉบับจำเป็นต้องให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนด เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการเงิน เป็นต้น

ในทางปฏิบัติเคยปรากฏว่ามีพระราชกำหนดบางฉบับไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ได้แก่ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2526 โดยมีได้มีการผ่านการประชุมคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด และยังไปกว่านั้นก็คือ เป็นการริเริ่มและตัดสินใจโดยลำพังของนายกรัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียว โดยพลเอกเปรม ติณสูลานนท์ นายกรัฐมนตรีในสมัยนั้น อ้างว่า “ในทางรัฐศาสตร์ ผมมีอำนาจทำได้ (ริเริ่มและพิจารณาร่างพระราชกำหนดโดยลำพัง) และเคยมีการทำมาแล้ว” ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า นายกรัฐมนตรีไม่สามารถทำเช่นนั้น เพราะถ้ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เช่นนั้นก็ต้องบัญญัติไว้โดยตรง นอกจากนั้น ในทางกฎหมายมหาชนก็ได้ถือว่านายกรัฐมนตรีมีสถานะสูงกว่ารัฐมนตรีท่านอื่น หากแต่มีความเท่าเทียมกัน ดังสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “เป็นลำดับที่หนึ่งในบรรดาผู้ที่เท่าเทียมกัน” (First among equals หรือ Primus inter pares) แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นหัวหน้ารัฐบาล ซึ่งหมายความว่าเฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดอำนาจเฉพาะของตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไว้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด”

⁴² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 236-237.

และเป็นผู้นำทางการเมืองเท่านั้น กรณีใดที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นอำนาจคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีก็จะมีสถานะเสมือนรัฐมนตรีคนหนึ่งเท่านั้น⁴³

(3) ประกาศคณะปฏิวัติ

ประกาศคณะปฏิวัติ หรือประกาศคณะรัฐประหาร หรือประกาศที่เรียกชื่ออย่างอื่น อาทิ เช่น คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นต้น โดยกลุ่มบุคคลที่เข้ายึดอำนาจการปกครอง เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยคณะบุคคลนั้นในยามที่ยึดอำนาจการปกครองได้เป็นผลสำเร็จ

ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวเป็นเครื่องมือของฝ่ายรัฐประหารในการปกครองประเทศ เพราะเหตุที่ว่าภายหลังจากที่มีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแล้วองค์กรทางการเมืองบางองค์กรที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นต้องมีสภาพสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา เป็นต้น เมื่อรัฐสภาสิ้นสุดลงจึงเท่ากับว่าไม่มีองค์กรใดทำหน้าที่ในการตรากฎหมาย ดังนั้นคณะบุคคลดังกล่าวจึงใช้ประกาศหรือคำสั่งในการรักษาความสงบเรียบร้อยไว้⁴⁴

ประกาศคณะปฏิวัติได้มีการประกาศใช้ครั้งแรกในประเทศไทยหลังจากการปฏิวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501 จนกระทั่งได้ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เมื่อวันที่ 28 มกราคม 2502 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติออกใช้บังคับตามปกติ ในระหว่างการปฏิวัติครั้งนี้ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติรวมทั้งสิ้น 57 ฉบับ⁴⁵

ประกาศคณะปฏิวัติมีฐานะต่างๆ กัน บางฉบับก็มีฐานะเท่ารัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นประกาศหรือคำสั่งให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญ และกำหนดอำนาจหน้าที่ของสถาบันทางการเมืองขึ้นใหม่แทนสถานิติบัญญัติและคณะรัฐมนตรี บางฉบับก็มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2515 ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน บางฉบับก็มีฐานะเท่าพระราชกฤษฎีกา ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้อำนาจบริหาร และต้องการให้มีผลบังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา ซึ่งจะเห็นได้จากข้อความในประกาศคณะปฏิวัติที่ได้บัญญัติไว้ในข้อหนึ่งตอนท้ายของประกาศว่า ให้มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 53 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2502 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 255 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เป็นต้น⁴⁶

⁴³ แหล่งเดิม. หน้า 238-239.

⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 209.

⁴⁵ ประยูร กาญจนกุล. (2549). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 75.

⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 76.

ประกาศคณะปฏิวัติส่วนใหญ่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ นอกจากประกาศฉบับที่มีข้อความว่าให้มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา จึงจะมีฐานะเท่าพระราชกฤษฎีกา แต่ในการปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้ออกคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินแทนการออกประกาศคณะปฏิวัติ และคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินก็มีได้ระบุไว้ว่ามีฐานะเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา จึงจะต้องพิจารณาข้อความในคำสั่งนั้นๆ เป็นรายๆ ไป ว่ามีผลบังคับอย่างพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา และบางฉบับก็มีฐานะเป็นประกาศพระบรมราชโองการ เช่น คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 1 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ประกาศใช้กฎอัยการศึกทั่วราชอาณาจักร เป็นต้น⁴⁷

การออกประกาศคณะปฏิวัติอาจจะเป็นไปในรูปแบบใดก็ได้ เพราะในระหว่างการทำปฏิวัติไม่มีการแยกใช้อำนาจอธิปไตยและอำนาจบริหารออกเป็นสามส่วนเหมือนกับเมื่อมีรัฐธรรมนูญ แต่คณะปฏิวัติใช้อำนาจทั้งสองส่วนนี้เองทั้งหมด⁴⁸ โดยถือว่าประกาศของคณะรัฐประหารมีค่าเป็นกฎหมาย เว้นแต่ประกาศคณะรัฐประหารบางฉบับมีลักษณะเป็นเพียงประกาศหรือคำสั่งเฉพาะเรื่องให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดปฏิบัติ ประกาศคณะรัฐประหารดังกล่าวย่อมไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย⁴⁹

4) กฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจในทางบริหารอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ โดยกำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ และในระหว่างกฎหมายลำดับรองด้วยกันเองก็มีศักดิ์ของตนตามลำดับความสำคัญขององค์กร เช่น กฎเกณฑ์ที่ประมุขของรัฐตราขึ้น เช่น พระราชกฤษฎีกา เป็นต้น ย่อมอยู่เหนือกฎเกณฑ์ที่รัฐบาลตราขึ้น เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ เป็นต้น และกฎเกณฑ์ที่รัฐบาลตราขึ้น ก็ย่อมอยู่เหนือกฎเกณฑ์ขององค์กรท้องถิ่นหรือองค์กรกระจายอำนาจทั้งหลาย⁵⁰

กฎหมายลำดับรองมีลักษณะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ในแง่ที่ว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วย

⁴⁷ แหล่งเดิม. หน้า 76-77.

⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 77.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 6.

⁵⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 131.

พระราชบัญญัติ ย่อมจะบัญญัติวางข้อบังคับได้ตามชอบใจ ถ้าหากจะไม่แย้งหรือขัดแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายลำดับรองนั้น ฝ่ายบริหารจะบัญญัติได้เฉพาะภายในขอบเขตแห่งกฎหมายแม่บท⁵¹ กล่าวคือ การตรากฎหมายลำดับรองต้องอาศัยกฎหมายแม่บทให้อำนาจในการตรา กฎหมายลำดับรองไม่อาจดำรงอยู่ได้ด้วยตนเอง เมื่อกฎหมายแม่บทถูกยกเลิก กฎหมายลำดับรองที่อาศัยอำนาจของกฎหมายแม่บทย่อมถูกยกเลิกไปโดยปริยาย⁵² อีกทั้งกฎหมายลำดับรองเป็นทั้งบ่อเกิดของกฎหมายมหาชน และในขณะเดียวกันกฎหมายลำดับรองก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองด้วย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎ” แม้ในทางรูปแบบ กฎหมายลำดับรองจะไม่ได้เกิดขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติก็ตาม แต่โดยเหตุที่องค์กรผู้ที่มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้รับมอบอำนาจให้ตรากฎหมายลำดับรองได้จากกฎหมายแม่บท นอกจากนี้ในทางเนื้อหา ถือว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดขึ้นในลักษณะที่เป็นนามธรรมและใช้บังคับบุคคลทั่วไปโดยไม่ระบุตัวบุคคล กฎหมายลำดับรอง หรือ กฎ จึงเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ”^{53,54}

⁵¹ หยุด แสงอุทัย. หน้าเดิม.

⁵² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 247.

⁵³ กฎหมายตามเนื้อความ หมายถึง กฎหมายซึ่งบทบัญญัติมีลักษณะเป็นกฎหมายแท้ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นข้อบังคับซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ ถ้าฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ในสมัยใหม่ส่วนใหญ่เป็นข้อบังคับของรัฐ แต่ไม่ครอบคลุมถึงกฎหมายประเพณีด้วย (หยุด แสงอุทัย, 2553: 36)

กฎหมายตามเนื้อความ แยกองค์ประกอบได้ดังต่อไปนี้

1. ต้องเป็นข้อบังคับ คือ ต้องมีข้อความบงการให้กระทำหรือให้งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง
2. ต้องเป็นข้อบังคับของรัฐ คือข้อบังคับที่รัฐกำหนดขึ้น ไม่ใช่บุคคลเป็นผู้กำหนด “รัฐ” หมายความว่าถึงราษฎรซึ่งถูกรวบรวมอยู่ในอาณาเขตอันหนึ่งภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง ฉะนั้นการที่จะเป็นรัฐได้จะต้องมีส่วนประกอบสามประการ คือ (ก) ราษฎร (ข) อาณาเขต และ (ค) อำนาจอธิปไตยของตนเอง คือ ไม่ตกอยู่ใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น (ข้อนี้มีข้อยกเว้นสำหรับจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นที่เป็นกฎหมายประเพณี เพราะเป็นแบบแผนความประพฤติที่ประชาชนปฏิบัติอยู่ในสังคมอย่างสม่ำเสมอและนมนานจนกลายเป็นกฎหมายโดยสภาพของจารีตประเพณีนั่นเอง มิใช่เพราะเกิดจากคำสั่งของรัฐ)
3. ข้อบังคับต้องกำหนดความประพฤติ คือ การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการงดเว้นเคลื่อนไหวร่างกายอย่างใดอย่างหนึ่ง ลำพังแต่จิตใจอย่างเดียวกฎหมายย่อมไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง และอันนี้เองที่ทำให้กฎหมายแตกต่างกับข้อบังคับของศาสนาและศีลธรรม ซึ่งเป็นข้อบังคับที่กำหนดจิตใจด้วย แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่ากฎหมายจะไม่คำนึงถึงจิตใจ การกระทำอย่างเดียวกันกฎหมายกำหนดโทษหนักเบาต่างกันแล้วแต่จิตใจของผู้กระทำ เช่น การตบหน้าเจ้าพนักงานในขณะที่ไม่ได้ปฏิบัติราชการและโดยสาเหตุส่วนตัวย่อมเป็นความผิดลหุโทษเท่านั้น แต่ถ้า

ในระบบกฎหมายไทย กฎหมายลำดับรองมีอยู่เป็นจำนวนมากและมีลักษณะที่หลากหลายอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในแง่ขององค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองแล้ว เราอาจแยกกฎหมายลำดับรองออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายลำดับรองที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กรขององค์กรปกครองส่วนกลาง และกฎหมายลำดับรองที่ได้รับการตราขึ้นโดยองค์กร

การตบหนัสนั้นกระทำไปเพื่อทรมานมิโทษถึงประหารชีวิต แต่ถ้าเพียงแต่คิดในใจที่จะทำการกบฏกฎหมายย่อมไม่เอาโทษ

4. ข้อบังคับนั้นต้องกำหนดความประพฤติของมนุษย์ กฎหมายบัญญัติไว้เพื่อให้มนุษย์รวบรวมกันอยู่เป็นสังคมด้วยความสงบสุขและใช้บังคับเฉพาะมนุษย์เท่านั้น ถ้าสัตว์กระทำให้มนุษย์ได้รับความเสียหาย กฎหมายย่อมไม่ลงโทษสัตว์ แต่อาจลงโทษมนุษย์ผู้เป็นเจ้าของสัตว์นั้นได้

5. ข้อบังคับนั้นถ้าฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายหรือลงโทษ ซึ่งเรียกว่า สภาพบังคับ (Sanction) ของกฎหมาย และการที่กฎหมายต้องมีสภาพบังคับ เช่น การลงโทษ ย่อมเป็นการบังคับให้มนุษย์ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมนุษย์ย่อมกลัวที่จะรับผลร้ายหรือถูกลงโทษสภาพบังคับนี้ ในบางเรื่องกฎหมายกำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายชำระค่าเสียหายในทางแพ่ง ในบางเรื่องก็กำหนดให้ผู้ฝ่าฝืนรับโทษในทางอาญา การที่กฎหมายมีสภาพบังคับเช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมายมีลักษณะแตกต่างกับศีลธรรมและศาสนาอีกอย่างหนึ่ง ในปัจจุบันนี้ สภาพบังคับนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐที่จะปฏิบัติจัดทำแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งผิดกับสมัยโบราณที่ยอมให้เอกชนผู้เสียหายหรือครอบครัวของผู้เสียหายแค้นผู้กระทำร้ายได้บ้างในบางกรณี

การที่เราจะทราบว่าข้อบังคับอันใดอันหนึ่งเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” หรือไม่นั้น เราก็ต้องพิจารณาองค์ประกอบ 5 ประการนี้ว่าครบถ้วนหรือไม่ ถ้าขาดไปข้อใดข้อหนึ่งก็ไม่ใช่ “กฎหมายตามเนื้อความ” แต่อาจจะเป็น “กฎหมายตามแบบพิธี” ก็ได้ (หยุด แสงอุทัย, 2553: 36-37)

กฎหมายตามแบบพิธี หมายความว่า กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ทั้งนี้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีซึ่งแม้ว่าจะเป็น “พระราชบัญญัติ” แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความแต่ประการใด เพราะไม่ใช่กฎข้อบังคับที่กำหนดความประพฤติของบุคคลซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 166 กำหนดให้งบประมาณแผ่นดินประจำปีต้องตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ ก็เพื่อให้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาอย่างเดียวกับพระราชบัญญัติอื่นๆ เท่านั้น นอกจากนี้กรณีที่สำคัญ รัฐสภาก็ได้ถวายคำแนะนำ และยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติซึ่งเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร โดยแท้ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พุทธศักราช 2525 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวงกรมต่างๆ เป็นต้น พระราชบัญญัติทั้งสองนี้ก็เป็น “กฎหมายตามแบบพิธี” แต่หาได้เป็น “กฎหมายตามเนื้อความ” ไม่ เพราะไม่ใช่เป็นข้อบังคับที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษแต่ประการใด กฎหมายตามแบบพิธี มีดังนี้ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และข้อบัญญัติท้องถิ่น (หยุด แสงอุทัย, 2553: 43)

⁵⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 6-7.

อิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ตกอยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลขององค์การปกครองส่วนกลาง⁵⁵

(1) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรขององค์การปกครองส่วนกลาง

กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรขององค์การปกครองส่วนกลาง หรือในบางตำราเรียกว่า กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร⁵⁶ มีหลายประเภท ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ประกาศพระบรมราชโองการ กฎกระทรวง กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง หรือประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี และกฎหมายลูกบทอื่นๆ

ก. พระราชกฤษฎีกา

กฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์หลายฉบับจะเรียกกันว่าพระราชกฤษฎีกา เพราะชื่อของกฎหมายยังไม่มีความแน่นอน เช่น “พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่” ซึ่งประกาศเมื่อ พ.ศ. 2468 กรณีนี้มีค่าเป็น พระราชบัญญัติ จนเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพุทธศักราช 2475 แล้ว มาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เริ่มบัญญัติแจ้งชัดว่าพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่รัฐบาลถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขฝ่ายบริหารทรงตราขึ้น ความรับผิดชอบในเนื้อหาของกฎหมายจะอยู่ที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้เสนอให้มีพระราชกฤษฎีกาเช่นนั้น⁵⁷

พระราชกฤษฎีกามี 2 ประเภท คือ

(ก) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย สามารถตราได้ 2 กรณี คือ

1. พระราชกฤษฎีกาที่ออกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะออกได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้จะเป็นกฎหมายตามแบบพิธีมากกว่ากฎหมายตามแบบเนื้อความ เพราะไม่ได้มีบทกำหนดโทษหรือกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เพียงแต่เป็นวิธีการที่ต้องอาศัยการดำเนินการของฝ่ายบริหาร พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกิจการทางการเมือง เช่น พระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภาธิบดีบัญญัติ เป็นต้น จึงไม่ใช่เรื่องที่

⁵⁵ แหล่งเดิม. หน้า 7.

⁵⁶ คำว่า “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร” หมายความว่ารวมถึงพระราชกำหนดด้วย แต่ในที่นี้จะไม่ขอกล่าวถึงเนื่องจากพระราชกำหนดเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารประเภทเดียวที่เป็นกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญและมีศักดิ์สูงกว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารประเภทอื่นๆ (เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, 2555: 233) และโปรดดูเรื่องพระราชกำหนดในหัวข้อพระราชบัญญัติและกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ

⁵⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. เล่มเดิม. หน้า 127.

กระทบกระเทือนต่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยตรง⁵⁸ ปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 107⁵⁹ มาตรา 108⁶⁰ มาตรา 118⁶¹ มาตรา 128⁶² และมาตรา 196⁶³

⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 248.

⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 107 บัญญัติว่า “เมื่ออายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่อายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร”

⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 108 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่

การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในระยะเวลาไม่น้อยกว่าสี่สิบห้าวันแต่ไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันยุบสภาผู้แทนราษฎร และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

การยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 118 บัญญัติว่า “เมื่อวาระของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งสิ้นสุดลง พระมหากษัตริย์จะได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งภายในสามสิบวันนับแต่วันที่วาระของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งสิ้นสุดลง และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

เมื่อวาระของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการสรรหาสิ้นสุดลง ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดวันเริ่มการสรรหาและระยะเวลาการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งต้องทำการสรรหาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่วาระของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหาสิ้นสุดลง”

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 128 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม

พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญทั่วไปครั้งแรกตามมาตรา 127 วรคหนึ่ง ด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาทซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้ใดคนหนึ่งเป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้

เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้

ภายใต้บังคับมาตรา 129 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา”

⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 196 บัญญัติว่า “เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรี ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรอง

2. พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่า บังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ หรือในบางคำเรียกว่า พระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบท⁶⁴ เพื่อ กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นรายละเอียดที่จำเป็นแก่การบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ พระราชกฤษฎีกาในกรณีนี้จึงเป็นกรณี ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดต่างๆ ของกฎหมายแม่บท ดังนั้น จะ ตราให้เกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ (ultra vires) หากบทบัญญัติใดเกิน อำนาจ บทบัญญัติเช่นนั้นก็จะใช้บังคับไม่ได้⁶⁵ ในทางปฏิบัติของการร่างกฎหมายจะเลือกใช้วิธีการ นี้ในกรณีสำคัญกว่าปกติ ซึ่งได้ถือปฏิบัติมาตลอดว่าการตราพระราชกฤษฎีกาต้องเสนอให้ คณะรัฐมนตรีพิจารณา จากนั้นจึงทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อที่ รัฐบาลจะต้องตระหนักว่าอำนาจออกกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้นมีใช้เป็นการของรัฐบาลโดยลำพัง แต่จะต้องมีเหตุผลเหมาะสมที่สามารถจะถวายคำอธิบายต่อพระมหากษัตริย์ได้หากพระองค์จะทรง ชักถาม และหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยอาจจะขอให้ทบทวนก่อนทรงลง พระปรมาภิไธยก็ได้⁶⁶ ในทางปฏิบัติจึงเป็นไปได้ว่าถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยจะไม่ลง พระปรมาภิไธยก็ได้⁶⁷ ตัวอย่างการใช้พระราชกฤษฎีกาในฐานะลูกบท เช่น การกำหนดพื้นที่ใช้ บังคับกฎหมาย (มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522) การกำหนดข้อยกเว้นบท อนุโลมตามกฎหมาย (มาตรา 127 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดข้อยกเว้นการนำกฎหมายส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการพล เรือนสามัญไปใช้กับข้าราชการพลเรือนในพระองค์) และการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการ ปฏิบัติราชการและการสั่งการ (มาตรา 3/1 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งรัฐบาลภายใต้การนำของพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย คนที่ 23 นำไปใช้ตราพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548) เป็นต้น

ประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ให้กำหนดโดย พระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดให้จ่ายได้ไม่ก่อนวันเข้ารับหน้าที่

บำเหน็จบำนาญหรือประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นขององคมนตรีซึ่งพ้นจากตำแหน่ง ให้กำหนดโดย พระราชกฤษฎีกา”

⁶⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 128.

⁶⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

⁶⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. หน้าเดิม.

⁶⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

นอกจากนี้ ข้อความของพระราชกฤษฎีกาเองจะเป็นข้อความที่กำหนดหน้าที่ของราษฎรขึ้นใหม่ หรือจำกัดตัดทอนเสรีภาพของราษฎรขึ้นใหม่ นอกเหนือจากที่พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทกำหนดไว้ไม่ได้ ได้แก่อธิบายหน้าที่ของราษฎร หรืออธิบายการจำกัดหรือตัดทอนสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร ซึ่งบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติเป็นรายละเอียดเท่านั้น⁶⁸

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายนั้น หากเป็นพระราชกฤษฎีกาที่เป็นลูกบทซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง นอกจากจะอ้างอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว (ปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 187⁶⁹) ยังต้องอ้างอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติที่เป็นแม่บทอีกด้วยว่า อาศัยอำนาจตามมาตราใดแห่งพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติใด แต่พระราชกฤษฎีกาที่ออกตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างเดียวไม่ต้องอ้างพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติใดไว้ในพระราชปรารภ แต่อ้างรัฐธรรมนูญมาตราที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาอย่างเดียวเท่านั้น⁷⁰

(ข) พระราชกฤษฎีกาที่ไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายใดๆ หรือในบางคำราเรียกว่า พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ (décret autonome)⁷¹ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในราชการฝ่ายบริหารสำหรับเรื่องสำคัญบางเรื่อง⁷² ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการตราเพื่อกำหนดกิจการสำคัญๆ ของฝ่ายบริหาร หรือรัฐสภาเท่านั้น หากเห็นว่าการใดเป็นเรื่องสำคัญควรจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาก็อาจขอให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกาได้⁷³ โดยที่สิทธิหน้าที่หลายประการมีการกำหนดไว้แล้วโดยรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ดังนั้น ขอบเขตที่จะตราพระราชกฤษฎีกาได้จึงแคบลง ฝ่ายบริหารจะกำหนดระเบียบเกี่ยวกับราชการของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นเรื่องทั่วๆ ไปที่ไม่กระทบต่อประชาชนและไม่ขัดต่อกฎหมาย ทางปฏิบัติที่เคยออกมาแล้ว ได้แก่ พระราชกฤษฎีกาว่า

⁶⁸ แหล่งเดิม.

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 187 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

⁷⁰ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 85.

⁷¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เล่มเดิม. หน้า 127.

⁷² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก. เล่มเดิม. หน้า 87.

⁷³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 248-249.

ด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ พ.ศ. 2504 (ยกเลิกแล้ว) และพระราชกฤษฎีกาคำใช้จ่ายในการเดินทางของสมาชิกสภาโยบายแห่งชาติ พ.ศ. 2520 (ยกเลิกแล้ว) เป็นต้น ซึ่งเป็นพระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระโดยไม่มีกฎหมายแม่บทกำหนด⁷⁴

แนวคิดในการตราพระราชกฤษฎีกานี้เป็นการยอมรับว่าฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้โดยไม่ต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาอีก เพราะเป็นอำนาจที่มีอยู่ของฝ่ายบริหารมาแต่เดิมตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหารทรงมีพระราชอำนาจนี้มาแต่เดิม ต่อมาเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจึงถูกลดลงให้จำกัดอยู่ในขอบเขตเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย⁷⁵ ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญฯ ตั้งแต่พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา ที่ให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งผู้เสนอก็คือคณะรัฐมนตรี กรณีจึงเป็นอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกฎหมายในเรื่องใดก็ได้เพราะมิได้สืบเนื่องมาจากกฎหมายแม่บทฉบับใด บทบัญญัติที่ให้อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาเป็นเอกเทศนี้ถูกตัดไประหว่างใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ในระหว่างใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นทำให้เกิดความขัดข้องที่ไม่อาจออกกฎหมายลำดับรองประเภทนี้ได้ ในที่สุดต้องมีการตราพระราชบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 เพื่อให้อำนาจกระทรวงการคลังออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการจ่ายเงินประเภทต่างๆ ได้ดังเดิม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับนั้นถูกยกเลิกไปในปี พ.ศ. 2519 โดยรัฐประหารทางปฏิบัติที่ผ่านมาถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง โดยถือว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจนี้ถ้าไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมาตัดรอน โดยสามารถออกพระราชกฤษฎีกากำหนดการใดๆ เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย⁷⁶ ในปัจจุบัน พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาใช้บังคับได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายบัญญัติรองรับไว้เป็นลายลักษณ์อักษรโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 187 ประกอบมาตรา 3 วรรคหนึ่ง⁷⁷

ข. ประกาศพระบรมราชโองการ

สมัยก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 เป็นการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์ การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ยัง

⁷⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. หน้าเดิม.

⁷⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 249.

⁷⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เล่มเดิม. หน้า 127-128.

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

มิได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจดังเช่นในปัจจุบัน พระมหากษัตริย์จึงทรงมีพระราชอำนาจในการออกกฎหมาย กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงบังคับใช้ทุกฉบับจึงมีฐานะเป็นพระราชบัญญัติ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในฐานะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ⁷⁸ ดังนั้น พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ที่ใช้กันอยู่แต่เดิมจึงมีผลเป็นกฎหมายเสมอ เพราะในสมัยนั้นยังไม่มี การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย⁷⁹ ในปัจจุบันเมื่อเรียกกฎหมายปกติที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาว่า “พระราชบัญญัติ” แล้วประกาศพระบรมราชโองการก็นำมาใช้ในกรณีอื่น⁸⁰

ประกาศพระบรมราชโองการมี 2 ประเภท คือ

(ก) ประกาศพระบรมราชโองการที่มีผลทางบริหาร⁸¹ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย พระบรมราชโองการจึงกลายเป็นกฎหมายลำดับรองอย่างหนึ่งขององค์กรบริหารซึ่งต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการนั้นๆ⁸² โดยที่พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะที่ผู้ใดจะละเมิดมิได้ (มาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) การออกพระบรมราชโองการจึงต้องมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งผู้รับสนองพระบรมราชโองการคือ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำ (การออกกฎ) ดังกล่าว พระบรมราชโองการที่ยังคงมีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน ได้แก่ พระบรมราชโองการให้กฤษฎีกาศึก (มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฤษฎีกาศึก พ.ศ. 2475)⁸³

ประกาศพระบรมราชโองการ ออกได้ 2 ลักษณะ คือ⁸⁴

1. ประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นข้อกำหนดหรือข้อบังคับ ที่เรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า Décrets réglementaires เช่น บรรดาประกาศพระบรมราชโองการทั้งหลาย ซึ่งมีผลเป็นกฎหรือข้อบังคับ

⁷⁸ ซึ่งแย้งกับที่มีผู้ให้ความเห็นว่า หากทรงใช้พระราชอำนาจในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติ พระบรมราชโองการก็มีผลเป็นกฎหมาย แต่หากทรงใช้พระราชอำนาจนั้นในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร พระบรมราชโองการนั้นก็จะเป็นคำสั่งของฝ่ายบริหาร

⁷⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 242.

⁸⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เล่มเดิม. หน้า 126.

⁸¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 85.

⁸² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 242-243.

⁸³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. เล่มเดิม. หน้า 126-127.

⁸⁴ ธนพิชญ์ มุลพฤกษ์. (2523). การใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหาร. หน้า 34.

2. ประกาศพระบรมราชโองการที่มีผลเฉพาะบุคคล ที่เรียกในภาษาฝรั่งเศสว่า Décrets individuels เช่น ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

(ข) ประกาศพระบรมราชโองการที่พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารทรงตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี⁸⁵ ปรากฏในมาตรา 176⁸⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ซึ่งยกเลิกไปแล้ว อันเป็นการประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ มีลักษณะเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติ (delegation of legislative power) ของรัฐสภาไปให้ฝ่ายบริหาร โดยไม่มีเงื่อนไขในขอบเขตที่เกี่ยวกับเรื่องหรือกระบวนการตลอดจนเงื่อนไขใดๆ⁸⁷ จึงเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้อย่างกว้างขวางทุกเรื่องทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นเรื่องใดก็ตาม และยังไม่มียกเว้นข้อบัญญัติควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด โดยรัฐสภาจะคงใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นการชั่วคราวในระหว่างที่มีการมอบอำนาจ ทั้งนี้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลามอบอำนาจที่แน่นอน⁸⁸

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่ใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 เป็นต้นมาจวบจนถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการออกประกาศพระบรมราชโองการโดยใช้มาตรานี้ และไม่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย⁸⁹

ค. กฎกระทรวง กฎทบวง หรือกฎสำนักนายกรัฐมนตรี

กฎกระทรวง กฎทบวง หรือกฎสำนักนายกรัฐมนตรี คือ กฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติอาศัยอำนาจตาม

⁸⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก หน้าเดิม.

⁸⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 176 บัญญัติว่า “ในยามที่มีสถานะสงครามหรือในภาวะคับขันถึงขนาดอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และการใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภาตามปรกติอาจขัดข้องหรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ เมื่อคณะรัฐมนตรีเสนอ รัฐสภาจะมีมติให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีโดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ มติดังกล่าวรัฐสภาจะมีมติยกเลิกเมื่อใดก็ได้”

หากสถานะสงครามหรือภาวะคับขันดังกล่าวในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีอยู่ในระหว่างสภาผู้แทนถูกยุบก็ดี หรือไม่สามารถจะเรียกประชุมรัฐสภาได้ทันทั่วทั้งที่ดี พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางคณะรัฐมนตรีได้ โดยประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ”

⁸⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 86.

⁸⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 246.

⁸⁹ แหล่งเดิม. หน้า 245.

พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นไว้บังคับ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัตินั้น โดยกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการเป็นรายละเอียดที่จะต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัตินั้นได้กำหนดไว้ ซึ่งตามปกติจะเป็นรายละเอียดที่มีความสำคัญน้อยกว่ากรณีกฎหมายมอบให้ฝ่ายบริหารกำหนดโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

กฎกระทรวงนี้ออกโดยอำนาจบริหารเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา แต่ต่างกันในเรื่องที่ว่า พระราชกฤษฎีกาออกโดยพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ส่วนกฎกระทรวงออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กฎกระทรวงนั้นแบ่งออกเป็นข้อๆ มิได้แบ่งออกเป็นมาตราเหมือนกับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ และจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติไม่ได้ ทั้งต้องไม่บัญญัติในเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย เช่น จะมีบทลงโทษไม่ได้⁹⁰

ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เริ่มมีการตรากฎหมายและมอบอำนาจให้เสนาคือออกกฎหมายลำดับรองเป็น “กฎเสนาบติ” ได้ แต่มีกฎเสนาบติบางฉบับที่พระราชบัญญัติกำหนดให้ต้องถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงตรวจสอบก่อน และเมื่อพระมหากษัตริย์มีพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัตินั้นทีเดียว ผลจึงเหนือกว่ากฎเสนาบติตามปกติดังเช่นความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288-291/2466 ซึ่งมีปัญหาว่ากฎเสนาบติเรื่องที่ถูกศาลสถานชนิดศาลเจ้าซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินั้นเป็นการเกินอำนาจมอบหรือไม่ ซึ่งพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงมีพระบรมราชวินิจฉัยโดยพระองค์เองว่าตามแบบธรรมเนียมและประเพณีที่ปฏิบัติมากฎเสนาบติที่ได้รับพระบรมราชานุญาตให้ใช้บังคับได้แล้วต้องนับว่าเป็นกฎหมาย จะยกเป็นปัญหาในศาลว่ากฎเสนาบตินั้นออกเกินอำนาจมอบไม่ได้ และถึงจะมีบางส่วนเกินมอบก็ให้ศาลบังคับไปตามกฎเสนาบตินั้น และเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพุทธศักราช 2475 การออกกฎหมายลูกบทเป็นกฎกระทรวงก็ได้บัญญัติไว้สืบต่อกัน แต่ปรากฏว่ารัฐบาลก็ไม่ได้ยินยอมให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงของตน แม้ว่าในบทรักษาการตามกฎหมายจะกำหนดไว้เสมอว่า “ให้รัฐมนตรี... มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้” ก็ตาม โดยมีการตกลงในคณะรัฐมนตรีให้ส่งร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติก่อน จนกลายเป็นธรรมเนียมประเพณีว่ากฎกระทรวงนั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่

⁹⁰ ประชุม กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 90.

รัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีด้วย และทุกครั้งที่เปลี่ยนรัฐบาลใหม่ก็จะมีการยืนยันมติคณะรัฐมนตรีเช่นนี้ต่อมา แต่ในระยะหลังๆ แม้จะไม่มีมีการยืนยันมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นทางการซ้ำอีก นักกฎหมายทั่วไปก็เข้าใจกันว่ากฎกระทรวงจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วยโดยมิได้อำนาจมติคณะรัฐมนตรีของรัฐบาลนั้นๆ แต่อย่างไรก็ดี กรณีจึงกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับกันในระบบการปกครองว่าต้องปฏิบัติเช่นนี้ และหลักปฏิบัติดังกล่าวนี้สมควรได้ว่าเป็นจารีตประเพณีอย่างหนึ่ง (สำหรับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531 ข้อ 7 ที่กล่าวถึงการให้เสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีด้วยนั้นเป็นเพียงการเขียนรองรับแนวที่ถือปฏิบัติกันอยู่ตั้งแต่เดิมเท่านั้น)⁹¹ กฎกระทรวงจึงเปรียบเสมือนกฎหมายของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเทียบได้กับ *décret du Président du Conseil* ของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งประเทศไทยไม่มีรูปแบบของกฎหมายในลักษณะนี้ คณะรัฐมนตรีของประเทศไทยมีอำนาจกำหนดนโยบายกิจการบริหารในรูปมติคณะรัฐมนตรี แต่ไม่มีรูปแบบกฎหมายที่เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีหรือของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล มีแต่รูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งต้องตราโดยประมุขของรัฐ คือ พระราชกฤษฎีกา ดังนั้นต่อมารัฐมนตรีเข้ากระทรวงจึงออกประกาศกระทรวงเพราะมีความคล่องตัวมากกว่า⁹²

กฎกระทรวงแต่เดิมจะยึดหน่วยงานเป็นตัวประกอบ โดยอ้างชื่อเป็นกฎกระทรวงมหาดไทยหรือกฎกระทรวงเศรษฐกิจ เป็นต้น และเมื่อมีการจัดตั้งทบวงและสำนักนายกรัฐมนตรีก็จะมี “กฎทบวง” และ “กฎสำนักนายกรัฐมนตรี” ออกมา ซึ่งก็ต่างกันเพียงชื่อ แต่หลักเกณฑ์ได้ถือปฏิบัติทุกอย่างเช่นเดียวกับกฎกระทรวง รวมทั้งการต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีเห็นชอบด้วย แต่ต่อมาเห็นกันว่าการมีชื่อกระทรวงกำกับทำให้ยุ่งยากเมื่อมีการโอนงานจากกระทรวงหนึ่งไปยังอีกกระทรวงหนึ่งทำให้อาจสงสัยว่าทำไมกฎกระทรวงหนึ่งจึงไปแก้ไขกฎของอีกกระทรวงได้ จึงเปลี่ยนแนวปฏิบัติใหม่ให้เน้นที่กฎกระทรวงในฐานะกฎหมายลูกบทประเภทหนึ่งมากกว่า จึงไม่มีการอ้างชื่อกระทรวงอีกตั้งแต่ พ.ศ. 2490 เป็นต้นมา (ความเห็นกรรมการร่างกฎหมาย เรื่องกฎกระทรวงคมนาคมออกตามความในพระราชบัญญัติเรือไทย การเดินเรือในน่านน้ำไทย รวม 4 ฉบับ (เรื่องเสร็จที่ 25-28/2490))⁹³ อนึ่ง กฎทบวงมีข้อแตกต่างจากกฎกระทรวงและกฎสำนักนายกรัฐมนตรีอยู่อีกประการหนึ่ง คือ กรณีกฎทบวง องค์การที่รับมอบอำนาจเป็นคณะกลุ่มบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หาใช่บุคคลคนเดียวอย่างกรณีกฎกระทรวงและกฎสำนักนายกรัฐมนตรีไม่⁹⁴

⁹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 128-129.

⁹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 250.

⁹³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 130.

⁹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 251.

สำหรับกรณีกฎหมายสำนักนายกรัฐมนตรีนั้นก็เช่นกันในระยะหลังๆ เห็นกันว่าเพื่อยืนยันฐานะพิเศษของกฎกระทรวงที่เป็นชื่อกฎหมายลำดับรองประเภทหนึ่งและเพื่อให้ง่ายแก่การปฏิบัติในกรณีสำนักนายกรัฐมนตรีจึงไม่เรียกว่ากฎหมายสำนักนายกรัฐมนตรีอีก แต่จะเรียกว่ากฎกระทรวงเหมือนกัน เช่น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 คงมีแต่กฎทบวงเท่านั้นที่ยังคงใช้ชื่อเดิมต่อมา⁹⁵

ง. ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง หรือประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี

ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง หรือประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี คือ กฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับตามดุลพินิจของตนภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น ทั้งนี้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

เหตุผลที่นำกฎหมายลำดับรองในรูปแบบประกาศกระทรวงมาใช้ก็เพราะเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการออกกฎหมาย ซึ่งเริ่มนำมาใช้ในรูปแบบของประกาศคณะปฏิวัติซึ่งต้องการหลีกเลี่ยงการตราพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ซึ่งประกาศกระทรวงนั้นรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงอาจใช้ดุลพินิจกำหนดได้โดยไม่จำเป็นต้องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการก่อน ซึ่งเทียบได้กับ *arrêtés ministériels* หรือ *interministériels* ของประเทศฝรั่งเศส⁹⁶ ในทางปฏิบัติจะเลือกใช้ประกาศกระทรวงในเรื่องที่เห็นว่าไม่เป็นผลกระทบสำคัญที่คณะรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาร่วมกัน โดยถ้าเรื่องใดอาจกระทบเสถียรภาพรัฐบาลหรือควรได้รับการกลั่นกรองจากหลายกระทรวงเพราะมีผลกระทบซึ่งกันและกันในทางเศรษฐกิจ และสังคมก็ยังคงจัดทำในรูปแบบของกฎกระทรวง แต่กรณีเทคนิคเฉพาะเรื่องและมิได้สำคัญเช่นนั้นก็จะให้ออกเป็นประกาศกระทรวงได้ โดยในกรณีเช่นนั้นกฎหมายแม่บทมักจะบัญญัติในลักษณะว่า “...ให้เป็นไปตามที่กระทรวง... จะประกาศกำหนด”⁹⁷

นอกจากประกาศกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้ออกแล้ว พระราชบัญญัติบางฉบับได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินั้นออกประกาศคณะกรรมการ ซึ่งมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้เช่นเดียวกับประกาศกระทรวง เช่น ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นต้น⁹⁸ อำนาจใน

⁹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. หน้าเดิม.

⁹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 252.

⁹⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. หน้าเดิม.

⁹⁸ ประชुर กาญจนดุล. เล่มเดิม. หน้า 94.

การออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าว มิใช่อำนาจของฝ่ายบริหาร แต่เป็นอำนาจของคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมาย หรือเป็นอำนาจของรัฐวิสาหกิจ เช่น อำนาจในการประกาศกำหนดเดินสายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 เป็นต้น กฎหมายทำนองนี้เป็น bylaw ประเภทหนึ่งของสหราชอาณาจักร เพราะเป็นกฎหมายที่มีใ้้ออกโดยราชการส่วนกลาง⁹⁹

ประกาศกระทรวงและประกาศคณะกรรมการที่ออกโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติ เช่นนี้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบทกฎหมายเช่นเดียวกัน และมีผลบังคับแก่ประชาชนทั่วไป ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศเช่นนี้ย่อมมีความผิดตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติที่เป็นแม่บทให้ออกประกาศนั้น¹⁰⁰

จ. กฎหมายลูกบทอื่นๆ

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจแม่บท ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง นั้นย่อมมีผลใช้บังคับโดยตรง และที่ใช้กันอยู่ยังมีอีกหลายชื่อและกระจายกันโดยอาจเป็นการกำหนดเป็นพิเศษ เช่น เป็นประกาศของรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี เพราะการเป็นกฎกระทรวงนั้นจะมีมติคณะรัฐมนตรีตลอดมาว่าจะต้องส่งมาให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ก่อน อันเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในชั้นจัดทำร่างกฎหมาย แต่ในบางเรื่องมิได้มีสาระสำคัญเชิงการร่างกฎหมาย เช่น การกำหนดอัตราตัวเลขต่างๆ บางกรณีแม้ว่าจะสำคัญและต้องได้รับการพิจารณาระดับคณะรัฐมนตรีเหมือนกันก็ตามการให้ออกเป็น “ประกาศโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี” จึงไม่ต้องส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบ ระยะเวลาจะมีกฎหมายลำดับรองประเภทประกาศโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมากขึ้นในเรื่องที่มิใช่หลักทางกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมายลำดับรองที่เป็นการกำหนดตามอำนาจขององค์กร เช่น กฎ ก.พ. หรือ กฎ ก.ต. ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่นจะเรียกชื่อแตกต่างกันมากมายโดยมิได้มีรูปแบบแน่นอนตายตัวว่าต้องเป็นเช่นใด เช่น ข้อบังคับ ข้อกำหนด ระเบียบ ประกาศ เป็นต้น¹⁰¹ โดยเนื้อหาของข้อบังคับ ข้อกำหนด และระเบียบ มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ ข้อบังคับเป็นบทบัญญัติที่เป็นขั้นตอนการบังคับหรือกำหนดขั้นตอนไว้เป็นระเบียบในการปฏิบัติตามกฎหมาย ในขณะที่ข้อกำหนดเป็นข้อความที่ระบุหลักเกณฑ์หรือวิธีการให้บุคคลที่เกี่ยวข้องต้อง

⁹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

¹⁰⁰ ประยูร กาญจนกุล. หน้าเดิม.

¹⁰¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 130-131.

ปฏิบัติหรือดำเนินการเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ส่วนระเบียบเป็นแบบแผนที่วางไว้เป็นแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการ¹⁰²

(2) กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” มี 4 องค์กร คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กฎหมายที่องค์กรของรัฐซึ่งไม่ได้ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้น เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและเพื่อให้ภารกิจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญบรรลุผล กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 เป็นต้น

5) กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน

กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน คือ กฎเกณฑ์ซึ่งนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชนอาศัยอำนาจจากกฎหมายจัดตั้งนิติบุคคลมหาชนหรือกฎหมายอื่นตราขึ้นใช้บังคับในเขตท้องที่ขององค์การปกครองตนเอง หรือใช้บังคับกับสมาชิกขององค์การมหาชน เช่น เทศบัญญัติ ที่เทศบาลตราขึ้นใช้บังคับในเขตเทศบาล หรือข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่อยู่ในกำกับของรัฐที่ใช้บังคับกับนักศึกษาในมหาวิทยาลัยของตน เป็นต้น¹⁰³

ปัจจุบันนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเอง มี 5 ประเภท ได้แก่ เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา โดยรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจออกกฎหมายท้องถิ่นให้แก่องค์กรส่วนท้องถิ่นได้โดยทั่วไปใช้บังคับในเขตท้องที่ของตนเอง เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่ของราชการส่วนท้องถิ่น โดยเทศบาลออก “เทศบัญญัติ” องค์การบริหารส่วนตำบลออก “ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนตำบล” องค์การบริหารส่วนจังหวัดออก “ข้อบัญญัติจังหวัด” กรุงเทพมหานครออก “ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร” และเมืองพัทยาออก “ข้อบัญญัติเมืองพัทยา”

¹⁰² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 253.

¹⁰³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก. เล่มเดิม. หน้า 8.

อำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นมี 2 ลักษณะ¹⁰⁴ คือ

(1) อำนาจเอกเทศของนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเอง นิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองจะมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปอยู่จำนวนหนึ่ง ซึ่งมากน้อยต่างกันตามประเภทของนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่โดยทั่วไปได้แก่ การจัดให้มีทางน้ำและทางบก การรักษาความสะอาด การสาธารณสุข ฯลฯ ในอำนาจทั่วไปในเรื่องเหล่านี้นิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองจะออกข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทที่เป็นอิสระของตนได้เองตามแต่จะเห็นว่าเหมาะสมไม่ว่าในส่วนใดและอย่างไร เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น

(2) อำนาจตามกฎหมายเฉพาะ มีกฎหมายเฉพาะหลายฉบับมอบอำนาจให้นิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองไปออกข้อบัญญัติท้องถิ่นในเรื่องที่กำหนดเพื่อใช้บังคับในเขตของนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองนั้น ซึ่งเห็นว่าท้องถิ่นจะสามารถกำหนดรายละเอียดให้สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของความต้องการและความจำเป็นของแต่ละท้องถิ่นได้ เช่น มาตรา 9 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535) หรือมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 เป็นต้น

2.1.1.2 บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย

บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ยอมรับกันในประเทศไทยมีอยู่ 3 ประเภทใหญ่ๆ คือ 1) จารีตประเพณี 2) หลักกฎหมายทั่วไป และ 3) แนวคำพิพากษาของศาล

1) จารีตประเพณี

จารีตประเพณี หรือในบางตำราเรียกว่า กฎหมายจารีตประเพณี หรือ กฎหมายประเพณี¹⁰⁵ เป็นบ่อเกิดทางกฎหมายประเภทเดียวที่ผู้ก่อให้เกิด คือ บุคคลที่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของจารีตประเพณีนั่นเอง จารีตประเพณีถือกันว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งหมายความว่าจารีตประเพณีไม่อาจเกิดขึ้น โดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ ตามหลักที่ว่า “เมื่อจารีตประเพณีขัดกับตัวบทกฎหมาย เราต้องใช้ตัวบทกฎหมายบังคับ”¹⁰⁶

ในประเทศที่ถือหลักว่า กฎหมายที่ตราเป็นลายลักษณ์อักษรมีอำนาจบังคับสูงสุดเหนือกฎหมายที่ไม่ได้ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นหลักจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป จะอ้างเอาจารีตประเพณีมาลบล้างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือใช้แทนบทกฎหมายที่ตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชน เพราะว่าตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่า

¹⁰⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 131-132.

¹⁰⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก หน้าเดิม.

¹⁰⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 378.

การล่งล่าสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นจะทำได้ก็ต่อเมื่อมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ฝ่ายปกครองจะอ้างเอาหลักตามจารีตประเพณีมาใช้บังคับแก่บุคคลในกรณีดังกล่าวแล้วไม่ได้ ถ้าทำเช่นนั้นต้องถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมาย และเป็นการฝ่าฝืนหลักการที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทางที่จะนำเอาจารีตประเพณีมาใช้ประกอบได้ก็มีแต่ในกรณีที่บทกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะใช้ดุลพินิจได้ เพื่อให้สามารถจับบทกฎหมายบังคับได้เหมาะสมกับพฤติการณ์ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองอาจนำหลักของจารีตประเพณีมาประกอบการใช้ดุลพินิจได้ แต่ถึงกระนั้นก็ไม่อาจที่จะกระทำโดยขัดต่อหลักที่บทกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนได้¹⁰⁷

ทฤษฎีกฎหมายสำนักต่างๆ ที่ยอมรับจารีตประเพณีในฐานะที่มาของกฎหมายในตัวเอง และในฐานะข้อเท็จจริงที่องค์กรในระบบกฎหมายอาจยอมรับให้เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ต่างถือว่าจารีตประเพณีที่จะมีผลในระบบกฎหมายต้องมีปัจจัยที่เป็นองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

(1) องค์ประกอบภายนอก หรือองค์ประกอบทางด้านกายภาพ (physical element) ที่เรียกว่าองค์ประกอบทางภาวะวิสัย ซึ่งได้แก่ การประพฤติปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอมา โดยต้องมีการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอ และมีระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร เรียกกันในภาษาละตินว่า “longa consuetudo” ซึ่งไม่แน่นอนว่าจะมีระยะเวลานานเท่าใด ดังนั้น การเกิดขึ้นของจารีตประเพณีจึงแตกต่างจากการเกิดขึ้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ เกิดขึ้นจากการปฏิบัติของบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั่นเอง¹⁰⁸ การประพฤติปฏิบัติติดต่อกันเป็นเวลานานจนกลายเป็นทางปฏิบัติ ความเคยชิน หรือธรรมเนียม องค์ประกอบข้อนี้ดูที่การกระทำหรือไม่กระทำทางกายภาพของสมาชิกในสังคม การกระทำนี้ต้องมีลักษณะไปในทิศทางเดียวกันและทั่วไปมีระยะเวลานานพอสมควร จึงเกิดหลักว่า “การกระทำครั้งเดียว ไม่ใช่จารีตประเพณี” สำหรับระยะเวลาก็ไม่จำเป็นว่าต้องนานจนจำไม่ได้อย่างที่เคยถือมาในระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่นานพอสมควรซึ่งอาจกำหนดเวลาตายตัวได้ยาก¹⁰⁹ เนื่องจากระยะเวลานั้นเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่า มีการถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันเท่านั้น¹¹⁰

(2) องค์ประกอบภายใน หรือองค์ประกอบด้านจิตใจ (psychological element) ที่เรียกว่าองค์ประกอบทางอัตวิสัย ซึ่งได้แก่ ความรู้สึกสำนึกอย่างมั่นคงของผู้ประพฤติปฏิบัติทั่วไปว่าตนผูกพันต้องประพฤติปฏิบัติเช่นนั้น โดยผู้ที่ประพฤติปฏิบัตินั้นจะต้องมีความรู้สึกนึกคิดหรือ

¹⁰⁷ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 100.

¹⁰⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข (2549, พฤษภาคม-มิถุนายน). “บทสัมภาษณ์ รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.” *จูนิตี*, 3, 3. หน้า 2.

¹⁰⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2547). *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 95.

¹¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 370.

ความล้าแก่สิ่งที่ตนประพฤติปฏิบัตินั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และตนมีความผูกพันที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตามนั้น เรียกกันในภาษาละตินว่า “*opinio necessitatis*” คือ เพราะจำเป็น หรือ “*opinio iuris*” คือ เพราะเป็นกฎหมาย¹¹¹ การถือปฏิบัติเพียงแค่มารยาท หรือเกรงใจ หรืออหิยาศัยไมตรี (*courtesy*) หรือเป็นการกระทำทางศีลธรรมหรือมนุษยธรรม (*morality and humanitarian*) ไม่ถือว่าการปฏิบัติต่อกันเช่นนั้นเป็นจารีตประเพณีที่มีผลในระบบกฎหมาย¹¹² อนึ่ง การที่ต้องปฏิบัติตามนั้น หมายความว่ารวมถึง การทำได้ เพราะจารีตประเพณีให้อำนาจไว้ด้วย กล่าวคือ ไม่ได้หมายความว่าเพียงแต่จารีตประเพณีที่บังคับหรือห้ามมิให้กระทำเท่านั้น แต่ยังรวมถึงจารีตประเพณีที่ให้อำนาจว่า จะทำหรือไม่ทำก็ได้ด้วย¹¹³ ความรู้สึกในจิตใจของมดิมหาชนที่เกี่ยวข้องนี้มีลักษณะคงที่ค่อยเป็นค่อยไปอย่างช้าๆ ซึ่งต่างจากสมัยนิยม (*fashion*) ที่เกิดขึ้นเร็วและดับเร็ว¹¹⁴

เมื่อเกิดองค์ประกอบสองประการนี้ครบถ้วนแล้ว ก็ถือว่าการประพฤติปฏิบัตินั้นจะยกระดับขึ้นเป็นจารีตประเพณีนั่นเอง ดังนั้นจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายจึงเป็นประเพณีที่มีลักษณะบังคับในตัวของมันเองโดยมีพัฒนาการที่มาจากจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคม โดยเป็นจารีตประเพณีที่มีความสำคัญจนกระทั่งคนในสังคมเชื่อถือและยอมรับว่าจารีตประเพณีนั้นๆ ต้องได้ปฏิบัติตามอย่างเป็นกฎหมายและหากมีการละเมิดจารีตประเพณีนั้นก็จะได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงตามมา¹¹⁵

จารีตประเพณีจะเกิดขึ้นไม่ได้ในกรณี 3 กรณี¹¹⁶ คือ

(1) จะสร้างความผิดอาญาขึ้นใหม่ไม่ได้ ทั้งนี้เพราะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 จะลงโทษบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่า การกระทำนั้นๆ เป็นความผิดและกำหนดโทษไว้

(2) จะเพิ่มโทษอาญาให้สูงกว่าที่กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ไม่ได้ (รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 39) อย่างไรก็ตาม จารีตประเพณีอาจทำให้การกระทำซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการชอบด้วยกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น การประทุษร้ายต่อร่างกายเป็นความผิดแต่อาจมีจารีตประเพณีกำหนดว่า การกระทำบางอย่าง เช่น ชกมวยภายใต้กติกาไม่เป็นความผิดได้

¹¹¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข หน้าเดิม.

¹¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

¹¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 216.

¹¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 95-96.

¹¹⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

¹¹⁶ หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 57-58.

(3) จารีตประเพณีจะกำหนดหน้าที่ของบุคคลเพิ่มขึ้นจากที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ เช่น หน้าที่ในการเสียภาษีอากรจะต้องกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร

บทบาทของจารีตประเพณีในระบบกฎหมาย มี 2 บทบาท คือ

(1) จารีตประเพณีในฐานะที่ใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้อย่างคลุมเครือ ไม่มีความชัดเจนก็สามารถที่จะนำจารีตประเพณีมาใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรมานั้นได้ ถือว่าจารีตประเพณีเป็นบทเกี่ยงคู่ช่วยส่งเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร หมายความว่า จารีตประเพณีถูกนำมาใช้ช่วยตีความบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ไม่ชัดเจนคลุมเครือ¹¹⁷ สำหรับการที่จะนำจารีตประเพณีมาใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรมานั้น จารีตประเพณีที่นำมาใช้ในการตีความ จะต้องมีความสอดคล้องกับสิ่งที่ตนไปช่วยตีความ ซึ่งความสอดคล้องนี้อาจเกิดจากการที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนำจารีตประเพณีนั้นมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่บัญญัติไว้โดยไม่ครบถ้วนก็ได้ เช่น ในกฎหมายครอบครัวที่บัญญัติว่าบิดามารดามีอำนาจให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะานุรูป ซึ่งการทำงานตามความสามารถหรือตามฐานะานุรูปนั้น มีขอบเขตหรือลักษณะเช่นใดก็ต้องอาศัยการตีความโดยประเพณี ซึ่งถ้าพิจารณาในแง่แล้ว ก็ถือได้ว่า จารีตประเพณีมีศักดิ์เท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹¹⁸

(2) จารีตประเพณีในฐานะที่ใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ในเรื่องนั้นๆ ก็สามารถนำจารีตประเพณีมาเสริมเพิ่มเติมในสิ่งที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่บัญญัติไว้¹¹⁹ ในกรณีนี้จารีตประเพณีจะเป็นบทสำรองของกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ นำจารีตประเพณีมาอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้กล่าวถึง เช่น มาตรา 4 วรรคสอง¹²⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความว่า จารีตประเพณีนั้นอยู่ในฐานะเป็นบทสำรอง (Subsidiary Provisions) ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อใดที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติถึงกรณีนั้นโดยตรงบทสำรองก็จะทำหน้าที่นั้นแทนทันที เช่น การเล่นเกมกีฬาที่มักเกิดการปะทะกันระหว่างนักกีฬาเป็นเหตุให้เกิดการบาดเจ็บหรือถึงแก่ชีวิต อาทิเช่น กีฬาฟุตบอล รักบี้ ชกมวย ก็จะไม่มีคามผิดฐานทำร้ายร่างกายหรือฆ่าคนตายโดย

¹¹⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 371.

¹¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 218.

¹¹⁹ แหล่งเดิม.

¹²⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

เจตนา หรือในกรณีแพทย์ทำการผ่าตัดรักษาคนไข้ด้วยความยินยอมของคนไข้เอง แพทย์ก็ไม่มี ความผิดฐานทำร้ายร่างกายทำให้ได้รับอันตรายสาหัส หรือในกรณีที่ครูตีนักเรียนเพื่อทำโทษหรือ ตั้งสอน กฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษฐานทำร้ายร่างกายเด็กเอาไว้ แต่ตามจารีต ประเพณีถือว่ามิจารีตประเพณีที่ให้อำนาจครูทำโทษนักเรียนได้ เป็นเหตุให้ครูได้รับยกโทษไว้ เป็น ต้น ตามข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้นไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดอนุญาตให้กระทำได้โดย ไม่มีความผิด แต่การที่ไม่มีผู้ใดรู้สึว่าการกระทำทั้งหมดที่กล่าวมาเป็นความผิดทางอาญาก็เพราะมี อำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น โดยจารีตประเพณีให้อำนาจกระทำได้¹²¹ และในกรณีที่นำจารีตประเพณี มาเสริมใช้เป็นกฎหมายเช่นนี้ ก็ถือได้ว่าจารีตประเพณีนั้นมีศักดิ์เท่ากับกฎหมายที่เสริมนั่นเอง¹²²

หากวิเคราะห์จารีตประเพณีโดยใช้เกณฑ์ผู้ร่วมกันก่อให้เกิดจารีตประเพณี สามารถแบ่ง ประเภทของจารีตประเพณีได้เป็น 3 ประเภท คือ จารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน จารีตประเพณี ในกฎหมายเอกชน และจารีตประเพณีในกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะ จารีตประเพณีในกฎหมายมหาชนเท่านั้น

จารีตประเพณีในกฎหมายมหาชน เป็นจารีตประเพณีที่องค์กรทั้งหลายของรัฐก่อตั้งขึ้น จากทางปฏิบัติ (practice) ขององค์กรเหล่านั้น จนเกิดมีความรู้สึกร่วมกันขององค์กรเหล่านั้นว่า จำต้องทำตามเพราะจำเป็น (opinio necessitatis) หรือเป็นกฎหมาย (opinio juris) และความรู้สึกนี้ ค่อยขยายตัวลงมายังประชาชนผู้อยู่ในปกครอง จนเกิดความรู้สึกร่วมกันของสังคมโดยรวม ซึ่ง อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) จารีตประเพณีในรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า ธรรมเนียม ปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ และ (2) จารีตประเพณีในกฎหมายปกครอง หรือที่เรียกว่า ระเบียบแบบแผน ของทางราชการ¹²³ มีรายละเอียด ดังนี้

(1) จารีตประเพณีในรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (coutume constitutionnelle หรือ conventions de la constitution)

ในระบอบการปกครองที่กำลังเจริญเติบโต ไม่มีกฎหมายบังคับในทางกฎหมายอันใดที่จะ ครอบคลุมกรณีได้ทุกกรณี และเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่นักการเมืองและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการในทางการเมืองจะสร้างหลักปฏิบัติและระเบียบการต่างๆ เพื่อให้ระบบดำเนินไปอย่าง ราบรื่น เมื่อหลักการปฏิบัติเช่นนี้ได้หยั่งลึกก็จะเป็นที่รู้จักกันในนามธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งมีความหมายว่า เป็นสิ่งที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในทางการเมืองและสิ่งที่ปฏิบัตินั้น องค์กรการเมืองและ บุคคลที่มีอำนาจทางกฎหมายจะต้องรู้สึกว่าจะตนถูกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัตินั้น

¹²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เล่มเดิม, หน้า 372-373.

¹²² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก หน้าเดิม.

¹²³ แหล่งเดิม, หน้า 220.

ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่กำหนดความประพฤติขององค์กรทั้งหลายในทางการเมือง เป็นกฎเกณฑ์ของการปฏิบัติในทางการเมืองสำหรับกษัตริย์ รัฐมนตรี หรือข้าราชการ โดยบุคคลดังกล่าวมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม¹²⁴

คำว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ” เป็นคำที่รู้จักกันดีในนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักรัฐศาสตร์ฝ่ายคอมมอนลอว์ เช่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เป็นต้น ส่วนนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักรัฐศาสตร์ภาคพื้นยุโรปเรียกกฎแห่งความประพฤติขององค์กรทางการเมืองเหล่านี้ว่า “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional customs หรือ coutume constitutionnelle)¹²⁵

ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นสิ่งกำหนดความประพฤติขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย ความประพฤติของรัฐมนตรี ของข้าราชการ แต่ก็มีใช้กฎหมาย เพราะธรรมเนียมทั้งหลายนี้ ศาลจะไม่ยอมบังคับให้¹²⁶

A.V. Dicey ได้กล่าวถึงสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่า หากมีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ สภาพบังคับทางการเมืองอาจมาจากสาธารณะหรือมติมหาชน ในขณะที่สภาพบังคับทางกฎหมายจะปรากฏผ่านระบบการตุลาการและศาลอำนาจตามระบอบประชาธิปไตย¹²⁷

โดยหลักการแล้วธรรมเนียมปฏิบัติไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ศาลจะบังคับให้ โดยสภาพของธรรมเนียมปฏิบัติจะไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย ถ้าหากมีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติขึ้น องค์กรต่างๆ ในระบบกฎหมายก็ไม่สามารถจะบังคับให้ได้ แม้กฎหมายจะไม่เข้ามาบังคับถึงการที่จะไม่ทำตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แต่ผลของการที่ไม่ทำตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญแม้สภาพบังคับทางกฎหมาย (legal sanction) จะไม่สามารถเข้ามาบังคับได้ แต่ก็จะมีสภาพบังคับทางการเมือง (political sanction) เข้ามามีบทบาทแทน โดยองค์กรที่ไม่ปฏิบัติตามนั้นอาจได้รับผลร้ายทางการเมืองโดยทันที แต่ระดับผลร้ายหรือสภาพบังคับทางการเมืองจะร้ายแรงเพียงใดขึ้นอยู่กับว่าการฝ่าฝืนนั้นกระทำต่อธรรมเนียมปฏิบัติที่มีความสำคัญมากน้อยเพียงใดในระบบการเมืองนั้น ถ้ามีการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องที่มีความสำคัญที่สุดของระบบการเมืองนั้น การเปลี่ยนแปลงและผลร้ายทางการเมืองก็จะรุนแรงถึงขั้นเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองได้ แต่ถ้า

¹²⁴ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 117.

¹²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 101.

¹²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 222.

¹²⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 378.

มีการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นสำคัญรองๆ ลงมา สภาพบังคับทางการเมืองก็จะเบาลงตามลำดับ¹²⁸ ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน คือ ธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร ต้องเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีที่เป็นหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุน หากนายกรัฐมนตรีไม่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนก็จะเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย และอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจจนไม่สามารถบริหารราชการแผ่นดินได้¹²⁹ ดังเช่นในกรณีรัฐบาลผสมภายใต้การนำของ ม.ร.ว. เสถียร ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี ในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2518 โดยมีพรรคร่วมรัฐบาล 3 พรรค และมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในสังกัดพรรคฝ่ายรัฐบาล 101 คน จากจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด 269 คน แต่รัฐบาลชุดนี้มีอายุเพียง 20 วันเท่านั้น เพราะไม่ได้รับความไว้วางใจในนโยบายที่แถลงจากสภาผู้แทนราษฎร โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 152 คน ลงมติไม่ไว้วางใจ¹³⁰ เป็นต้น

(2) จารีตประเพณีในกฎหมายปกครอง หรือที่เรียกว่า ระเบียบแบบแผนของทางราชการ (coutume administrative)

องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ในฝ่ายปกครองอาจกระทำการบางอย่างซ้ำๆ กันมาจนเกิดเป็นทางปฏิบัติ (practice) ขึ้น และเมื่อเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าสิ่งนั้นมีผลผูกพัน หรือจำเป็นต้องทำตาม (opinio necessitatis) ก็ทำให้สิ่งนั้นเป็นจารีตประเพณีในทางปกครองขึ้นได้ ศัพท์ในกฎหมายไทยเรียกจารีตประเพณีในทางปกครองว่าระเบียบแบบแผนของทางราชการ¹³¹

ระเบียบแบบแผนทางราชการที่เป็นจารีตประเพณีทางปกครองนี้จะเกิดจากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองซึ่งโดยหลักนิติรัฐแล้วองค์กรของรัฐทั้งหลายจะกระทำการใดก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ดังนั้นเมื่อฝ่ายปกครองซึ่งต้องปฏิบัติตามกฎหมายปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งซ้ำๆ จนรู้สึกว่ามันต้องทำตามจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางปกครองนั้น จึงมีผลทำให้ระเบียบแบบแผนที่เป็นจารีตประเพณีทางปกครองจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้โดยเฉพาะในส่วนที่กระทบต่อบุคคลภายนอก สำหรับจารีตประเพณีที่เพิ่มเติมกฎเกณฑ์อื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติโดยทำให้กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกก็ย่อมมีไม่ได้เช่นกันเนื่องจากต้องยึดหลักที่ว่าการกระทำขององค์กรทางปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ดังนั้นจารีตประเพณีทางปกครองที่จะมีผลใช้บังคับได้ก็จะมีเพียงจารีตประเพณีที่ใช้สำหรับตีความกฎหมายเท่านั้น โดยที่ผลบังคับสำหรับระเบียบแบบแผนของทางราชการที่เป็นจารีตประเพณีนี้มีผลผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่และองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่ผูกพันต่อ

¹²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 240-241.

¹²⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 379.

¹³⁰ กนก วงษ์ตระหง่าน. (2536). *พรรคการเมืองไทย*. หน้า 248-249.

¹³¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 107.

บุคคลภายนอกโดยตรง เนื่องจากเป็นสิ่งปฏิบัติหรือก่อกำเนิดในระบบบริหารของรัฐ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนเช่นนั้นก็อาจมีโทษทางวินัยตามกฎหมายได้ และศาลก็สามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของจารีตประเพณีเหล่านี้ได้เช่นกัน¹³²

การแบ่งประเภทของระเบียบแบบแผนของทางราชการที่เป็นประโยชน์สำหรับการศึกษากฎหมายมหาชน คือ การใช้เกณฑ์เรื่องรูปแบบ และเกณฑ์เรื่องที่มา โดยเมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ดังกล่าว เราอาจแยกระเบียบแบบแผนของทางราชการออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ก. ระเบียบแบบแผนที่เป็นลายลักษณ์อักษรและระเบียบแบบแผนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และ ข. ระเบียบแบบแผนที่คณะรัฐมนตรีและผู้บังคับบัญชาระดับสูงวางไว้ และระเบียบแบบแผนที่เกิดจากการปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ เอง

ก. ระเบียบแบบแผนที่เป็นลายลักษณ์อักษรและระเบียบแบบแผนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

การแบ่งแยกระเบียบแบบแผนของทางราชการกรณีนี้ เป็นการแบ่งแยกโดยใช้หลักเรื่องรูปแบบของระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นเกณฑ์ ระเบียบแบบแผนที่เป็นลายลักษณ์อักษรคือ “ระเบียบ” ซึ่งจะมีตัวกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หนังสือเวียน ซึ่งหากปฏิบัติกรณานานๆ ก็อาจกลายเป็นจารีตประเพณีทางปกครองขึ้นมาได้ สำหรับระเบียบแบบแผนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็น “แบบแผน” ที่ปฏิบัติกันจนมีความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกันในองค์กรนั้นๆ ว่าเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติ มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ยกตัวอย่างเช่น การไปประชุมร่วมกับส่วนราชการอื่นหรือหน่วยงานของรัฐอื่นในเวลาราชการย่อมทำได้และไม่ถือว่าเป็นการขาดราชการ หรือถือกันในวงราชการว่าองค์ประชุมคณะกรรมการมีจำนวนถึงหนึ่งของกรรมการนั้นๆ ทั้งๆ ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยตรง เป็นต้น ตัวอย่างเหล่านี้เป็น “แบบแผน” ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั้งสิ้น¹³³

ข. ระเบียบแบบแผนที่คณะรัฐมนตรีและผู้บังคับบัญชาระดับสูงวางไว้ และระเบียบแบบแผนที่เกิดจากการปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ เอง

การแบ่งแยกระเบียบแบบแผนของทางราชการกรณีนี้ เป็นการแบ่งแยกโดยใช้หลักเรื่องที่มาของระเบียบแบบแผนของทางราชการเป็นเกณฑ์ ระเบียบแบบแผนที่คณะรัฐมนตรีและผู้บังคับบัญชาระดับสูงวางไว้ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่อนุญาตให้อาจารย์ในมหาวิทยาลัยของรัฐไปสอนในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในเวลาราชการได้ไม่เกินสัปดาห์ละ 4 ชั่วโมง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่อนุญาตให้แพทย์ที่เป็นข้าราชการ สามารถเปิดคลินิกบริการประชาชนนอกเวลา

¹³² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 392.

¹³³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 108.

ราชการได้ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่ห้ามข้าราชการเล่นแชร์เปียว หวย เหล่านี้ย่อมเป็น “แบบแผน” ที่มีจุดกำเนิดจากการ “สั่ง” แต่เมื่อปฏิบัติกันนานๆ จนรู้สึกขึ้นเองว่าต้องทำตามและยอมรับร่วมกันก็กลายเป็นจารีตประเพณีทางปกครองได้เช่นกัน โดยระเบียบแบบแผนที่เกิดจากการสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นเป็นสิ่งที่ก่อตัวขึ้นได้อย่างรวดเร็วทำให้ทันต่อพัฒนาการของเรื่องที่เปลี่ยนแปลงเร็วมากโดยจะรอให้เกิดระเบียบแบบแผนที่มาจากการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ระดับต่างๆ ทั้งหมดก็จะไม่ทันการ จุดนี้เองที่ทำให้ลักษณะของจารีตประเพณีในฝ่ายปกครองมีลักษณะแตกต่างจากจารีตประเพณีในรัฐธรรมนูญ คือมีลักษณะสั่งการเบื้องสูงลงมาสู่เบื้องล่างและเบื้องล่างปฏิบัติตามมากกว่าจะพัฒนาจากการปฏิบัติของเบื้องล่างจนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าต้องปฏิบัติตาม สำหรับระเบียบแบบแผนที่เกิดจากการปฏิบัติของหน่วยงานนั้นๆ เอง ก็มีฐานะเป็น “แบบแผนทางราชการ” ได้เช่นกัน อาทิ หลักเกณฑ์การนับองค์ประชุมของคณะกรรมการดังกล่าวข้างต้น¹³⁴

ในระบบกฎหมายไทย แนวการประพฤติปฏิบัติที่น่าจะถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีในกฎหมายปกครองแล้ว ก็คือ การตรากฎกระทรวงที่รัฐมนตรีผู้มีอำนาจจะนำร่างกฎกระทรวงเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบก่อนที่ตนจะลงนาม ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ต้องกระทำเช่นนั้นก็ตาม ดังนั้นหากในอนาคตรัฐมนตรีคนใดไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีในกฎหมายปกครองดังกล่าว ก็ย่อมถือว่ากฎกระทรวงนั้นได้รับการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ และต้องถือว่ากฎกระทรวงดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹³⁵

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรา 7¹³⁶ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีลักษณะคล้ายการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ แต่ความจริง บทบัญญัตินี้มีลักษณะครอบคลุมที่มาของกฎหมายมหาชน 2 ประเภทอยู่ในบทบัญญัติเดียวกัน กล่าวคือ บทบัญญัตินี้รองรับสิ่งที่เรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นจารีตประเพณีในกฎหมายมหาชนประการหนึ่ง และหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนอีกประการหนึ่ง ที่เป็นเช่นนี้ก็ขึ้นอยู่กับลักษณะของที่มาของกฎเกณฑ์ที่จะนำไปใช้ว่ามาจากทางใด ถ้ามาจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติขององค์กรทางการเมืองหรือทางปกครอง ซึ่งเป็นพฤติกรรม (behavior) ที่ปฏิบัติกันมากก็เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นการพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือ

¹³⁴ แหล่งเดิม.

¹³⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 8-9.

¹³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

กฎหมายที่บัญญัติซ้ำๆ กัน หลายๆ ครั้ง หลายๆ ฉบับ ก็ไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติเพราะไม่ใช่ความประพจน์ แต่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป (general principle of public law)¹³⁷

2) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป หรือในบางตำราเรียกว่า หลักทั่วไปของกฎหมาย¹³⁸ คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายระบบใดระบบหนึ่ง เป็นหลักกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ปรากฏอย่างแจ้งชัดในตัวบทกฎหมาย แต่ศาลจะเป็นผู้สกัดหลักดังกล่าวออกมาและใช้บังคับกับฝ่ายปกครองในกิจกรรมหลากหลายของฝ่ายปกครอง¹³⁹ ดังที่ Jean Rivéro ได้เคยบรรยายลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “ในรากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์และโลกซึ่งก่อให้เกิดหลักการพื้นฐานจำนวนหนึ่ง อันเป็นหลักในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นสังคม โดยหลักกฎหมายทั่วไปจะอิงอยู่กับหลักการพื้นฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ การค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปของศาลมีลักษณะสร้างสรรค์เป็นอย่างมาก โดยในการยืนยันความมีอยู่ของหลักๆ หนึ่ง ศาลจะกำหนดบทลงโทษกรณีมีการฝ่าฝืนหลัก และในขณะเดียวกันก็สอดแทรกหลักลงไปกฎหมายที่มีอยู่ด้วย” หรือดังที่ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้เคยกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า หลักกฎหมายทั่วไป “ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากตรรกะทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ข้อปะจันในบ้านเมือง”¹⁴⁰ ดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปจึงเป็นหลักกฎหมายที่มีปรากฏอยู่ในทุกๆ ระบบกฎหมาย มีความหมายกว้างกว่ากฎหมายบัญญัติ ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรและศาลเป็นผู้ทำหน้าที่ค้นหา สกัดหลักกฎหมายทั่วไปออกมาและยืนยันการมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปแม้ไม่ปรากฏมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกล่าวในเรื่องนั้นไว้ก็ตาม ด้วยเหตุนี้จึงเห็นบทบาทของศาลในการสร้างกฎหมายจากหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้ศาลไม่เคยยอมรับว่าตนเป็นผู้สร้างกฎหมายจากหลักกฎหมายทั่วไปเพราะเหตุที่ว่างานสร้างหรือบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นงานในหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ถ้าศาลรับในเรื่องดังกล่าวก็แสดงโดยนัยว่าองค์กร

¹³⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 100.

¹³⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 398.

¹³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 256.

¹⁴⁰ บุษพา อัครพิมาน. (2549, 14 พฤษภาคม). *หลักกฎหมายทั่วไป*. สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2555, จาก

ศาลได้ก้าวล่วงไปใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง อันเป็นการกระทำขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁴¹

สำหรับการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากศาลปกครองและตุลาการรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้หลักกฎหมายทั่วไปนี้มีลักษณะสอดคล้องกลมกลืนไปกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มากที่สุด ศาลจึงพยายามอ้างอิงโยงไปหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติ “สะท้อน” หลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เทคนิคของศาลฝรั่งเศสในการอ้างอิงกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีหลายวิธี คือ ประการแรก ศาลอ้างรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาตราขึ้นหลายๆ ฉบับที่วางหลักการสอดคล้องต้องกันว่าเป็นการสะท้อนหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สอง บทบัญญัติของกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่สำคัญพอที่จะทำให้ศาลเห็นว่าเป็นแนวทางใหม่ของหลักกฎหมาย ศาลก็พร้อมที่จะยกขึ้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สาม ศาลมักจะอ้างคำปรารภรัฐธรรมนูญและคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปีคริสต์ศักราช 1789 ว่าแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สี่ ศาลมักจะให้ความสำคัญกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในฐานะแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย และท้ายที่สุดศาลเองก็คำนึงถึงแนวความคิดทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และกฎหมายในแต่ละยุคในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปด้วย¹⁴² กรณีประเทศไทย นักนิติศาสตร์ไทยยังคงมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ว่าจะค้นหาจากที่ใด วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความเห็นว่าเราสามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง โดยอาศัยหลักตรรกะพินิจพิเคราะห์หลักการอันเป็นเสมือนโครงสร้างใหญ่ที่ยึดโยงกฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ ในทางกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายทั่วไปมักจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาคได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30¹⁴³ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางประการอาจจะ

¹⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 399.

¹⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 111-112.

¹⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

ต้องสืบสาวออกมาจากการอ่านบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายมาตรา หรือหลายฉบับประกอบกัน เช่น หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้รับคำสั่งทางปกครอง สามารถสืบสาวออกมาได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลผู้รับคำสั่ง ดังเช่นที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง มาตรา 49 ถึงมาตรา 53 เป็นต้น¹⁴⁴

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลอ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไป นั่นคือจารีตประเพณีตามรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองประเทศไทยเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปฏิบัติตาม คือ คำสั่งศาลฎีกาที่ 913/2536 (ประชุมใหญ่)¹⁴⁵ ในคดีนี้มีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการใช้หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

¹⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 9.

¹⁴⁵ คำสั่งศาลฎีกาที่ 913/2536 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า คดีตามประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ศาลแพ่งไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดด้วยตัวเอง นอกจากทำความเข้าใจไปยังศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย และประกาศดังกล่าวได้บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ผู้ร้องจึงมีอำนาจยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายได้และศาลฎีกาก็มีอำนาจวินิจฉัย

ปัญหาที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 หรือไม่ ซึ่งเกิดขึ้นในการพิจารณาคดีของศาล มิใช่ปัญหาเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยตามมาตรา 30 วรรคสอง และมีใช่เป็นการกระทำหรือปฏิบัติตามที่บัญญัติในมาตรา 31 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ทั้งมิใช่ปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 5 และมาตรา 206 วรรคแรกเช่นเดียวกัน อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวจึงตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป

แม้ขณะที่ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ไม่มีรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญการปกครองใช้บังคับ แต่ระหว่างประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับอยู่ได้มีประกาศใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ปรากฏว่าประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีศาลให้มีความอำนาจพิจารณาพิพากษารรคดีเช่นเดียวกับศาล ทั้งออกและใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษบุคคล เป็นการขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30 วรรคแรก ใช้บังคับมิได้

รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 32 เป็นการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของ รสช. มีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่งนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 และเมื่อประกาศ รสช. ฉบับ

อยู่ 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรกศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยว่าประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คณะ รสช.) ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ กับประเด็นที่สองประกาศคณะ รสช. ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 30 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่

ประเด็นแรกศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยว่าประกาศคณะ รสช. ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ ศาลฎีกาให้เหตุผลว่า มาตรา 30 วรรคสอง แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติไว้มีความว่า “ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่ง เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด” แต่โดยที่ปัญหาเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อ “ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534” มิได้เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ดังนั้น จึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และมาตรา 31 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “ในกรณีมีปัญหาว่า การกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้งหรือไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด” ศาลฎีกาเห็นว่าถ้อยคำที่ว่า “บทบัญญัติของกฎหมาย” มิใช่อยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ว่า “การกระทำหรือการปฏิบัติ” ดังนั้น การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 จึงมิได้อยู่ในอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเช่นกัน และขณะที่ผู้ร้องยื่นคำร้องนี้สภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ได้สิ้นสภาพไปแล้ว และแม้ในขณะนี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 (ฉบับปัจจุบัน) แล้วก็ตาม ซึ่งมาตรา 206 วรรคแรก บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามีเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย” และมาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับ

ที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ใช้บังคับไม่ได้ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มาตรา 30 แล้ว จึงมิใช่กฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 จึงจะนำมาตรา 222 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาใช้ให้มีผลบังคับต่อไปมิได้

มิได้” จากบทบัญญัติทั้งสองมาตรารวมกัน ศาลฎีกาเห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะในปัญหาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดต่อแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ เท่านั้น ดังนั้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่า อำนาจในการพิจารณาชี้ขาดว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป และไม่ต้องส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย โดยศาลถือว่า “ตามหลักกฎหมายทั่วไป” ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาว่าบทกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งรวมถึงอำนาจวินิจฉัยบทกฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญด้วย เว้นแต่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์กรอื่น ซึ่งต้องถือว่าเป็นอำนาจยกเว้นเมื่อรัฐธรรมนูญปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยกฎหมายใดขัดต่อ “รัฐธรรมนูญนี้” (คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) ไม่ได้ให้อำนาจวินิจฉัยว่า กฎหมายใดขัดต่อ “ธรรมนูญการปกครอง” ฉบับก่อน (คือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534) จึงเป็นอำนาจศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป¹⁴⁶

ประเด็นที่สองประกาศคณะ รสช. ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 30 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ ศาลฎีกาเห็นว่า ตามข้อ 2 แห่งประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ได้กำหนดให้ คตส. มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายชื่อนักการเมืองที่มีพฤติการณ์อันสื่อแสดงให้เห็นว่ามีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติ ทรัพย์สินของผู้ประกอบอาชีพสุจริต และประกาศรายชื่อบุคคลดังกล่าวให้สาธารณชนทราบ รวมทั้งรวบรวมทรัพย์สินที่ถูกอายัดไว้ และทรัพย์สินอื่นๆ ที่น่าเชื่อว่าเป็นของบุคคลดังกล่าว และพิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ ตลอดจนห้ามมีการฟ้องร้องหรือดำเนินคดีแพ่ง หรืออาญาใดๆ กับ คตส. ในการปฏิบัติหน้าที่ และนอกจากนี้ ตามข้อ 6 แห่งประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 กำหนดให้บรรดาทรัพย์สินที่ คตส. วินิจฉัยว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน เว้นแต่ผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงให้ คตส. เชื่อว่าทรัพย์สินดังกล่าวตนได้มาโดยชอบภายในกำหนด 15 วัน ศาลฎีกามีความเห็นว่าเป็นอำนาจของ คตส. เป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย และเห็นว่าประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลเป็นการตั้ง “คณะบุคคลที่มีชี้อศาล” ให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาล อันขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะ

¹⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 117-118.

รัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษารรคดีเป็นอำนาจของศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำมิได้ สำหรับปัญหาที่ว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 มีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีโทษทางอาญาที่ใช้บังคับย้อนหลังได้หรือไม่ ศาลฎีกากล่าวว่า คำวินิจฉัยของ คตส. ที่วินิจฉัยว่าทรัพย์สินใดได้มาโดยมิชอบ ซึ่งมีผลให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของแผ่นดิน เท่ากับเป็นการลงโทษริบทรัพย์สินในทางอาญานั้นเอง และกล่าวว่าเมื่อทรัพย์สินที่ตกเป็นของแผ่นดินนั้น เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ใช้บังคับ กรณีนี้จึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลัง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอีกประการหนึ่งด้วย เมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยในข้อวินิจฉัยทั้ง 2 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลฎีกาได้ให้ข้อยุติในประเด็นนี้ว่า เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 30 ดังนั้นประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงใช้บังคับไม่ได้¹⁴⁷

ในคำพิพากษานี้ศาลแสดงให้เห็นว่าศาลได้ “ค้นหา” บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรและพยายาม “สกัด” ออกมาเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป นั่นคือศาลหมายถึงประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร นั่นคือรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ทุกฉบับ ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยที่ปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 นั้น ไม่ใช่ “จารีตประเพณี” ที่ได้กล่าวไปแล้วเพราะไม่ได้มาจากทางประเพณีปฏิบัติขององค์กรในรัฐธรรมนูญจนมีความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย หากแต่เป็นการสกัด “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ที่รัฐธรรมนูญหลายฉบับบัญญัติรองรับไว้เหมือนกัน กัน วิเคราะห์ในแง่นี้ก็เห็นได้ว่าเป็นการบัญญัติรองรับหลักกฎหมายดังกล่าวไว้ของผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายที่ศาลฎีกา “สกัด” ออกมาจากบทบัญญัติที่บัญญัติซ้ำๆ กันจึงมีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปของประเทศไทย” ไม่ใช่จารีตประเพณี ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้นจะต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ และต้องไม่ขัดต่อลักษณะและรูปแบบการปกครองที่รัฐธรรมนูญสถาปนาขึ้นใช้บังคับในประเทศไทย¹⁴⁸

¹⁴⁷ แหล่งเดิม. หน้า 118-120.

¹⁴⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 416.

3) แนวคำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลที่จะได้รับนับถือว่าเป็นแนวคำพิพากษา (Jurisprudence) จะต้องเป็นคำพิพากษาที่มีความสำคัญ (les grands arrêts) ซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่คดีอื่นๆ ในระยะเวลาต่อมาภายหลัง อันมีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีในลักษณะคล้ายหรือเหมือนกับคดีพิพาทตามคำพิพากษาดังกล่าวนั้นยอมรับและยึดถือกับทั้งพิจารณาให้เหตุผลในคำพิพากษาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยปกติการยอมรับที่จะผูกพันและเคารพในคำพิพากษาสำคัญของศาลสูงสุดดังกล่าวมีผลนับตั้งแต่ศาลชั้นต้นเรื่อยมาจนถึงศาลสูงสุด ปรัชญาการณีก่อให้เกิดหลักที่เรียกว่า “ความผูกพันตามคดีที่ตัดสินไปแล้ว” หรือ “หลักคดีบรรทัดฐาน” (l’autorité du précédent หรือ stare decisis) แต่ทั้งนี้ ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลสูงสุดจะพิพากษาคดีอื่นๆ ในกาลต่อมา ที่มีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีคล้ายหรือเหมือนกับคดีบรรทัดฐานให้ต่างไปจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้¹⁴⁹

ความจริงคำพิพากษาของศาลนั้น ถ้าจะพิจารณาโดยถ่องแท้แล้วย่อมไม่มีค่าทางกฎหมายนอกเหนือไปกว่าการชี้ขาดคดีให้เป็นอันเสร็จเด็ดขาดและเป็นไปตามกฎหมาย การที่ศาลสูงสุดหรือศาลชั้นใดก็ตามได้ตัดสินในข้อกฎหมายไปในทางใดทางหนึ่งแล้ว ย่อมไม่เป็นข้อผูกมัดศาลอื่นที่จะต้องตัดสินไปตามนั้น เพราะเป็นการวินิจฉัยเฉพาะคดีที่ตัดสินเท่านั้น แม้จะเป็นคำพิพากษาของศาลเดียวกันศาลนั้นก็ไม่ได้มีความผูกพันที่จะต้องตัดสินตามในคดีต่อไป และอาจตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลังไปในแนวอื่นแตกต่างจากที่เคยตัดสินไว้แล้วก็ได้ในข้อกฎหมายอันเดียวกัน ทั้งนี้เพราะความคิดเห็นอาจเปลี่ยนแปลงได้ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าคำพิพากษาของศาลจะไม่มีประโยชน์ในทางที่จะเป็นที่มาของกฎหมาย จริงอยู่ศาลไม่จำเป็นต้องถือตามคำพิพากษาของตนหรือคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ตัดสินในข้อกฎหมายอันใดอันหนึ่ง แต่ศาลก็ไม่อาจฝ่าฝืนกฎหมายหรือละเลยไม่ถือตามหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับนับถือกันอย่างแน่ชัดแล้วได้ เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติศาลจึงย่อมเคารพต่อคำพิพากษาที่ได้ตัดสินไว้แล้ว และมักจะถือตามคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ได้ตัดสินข้อกฎหมายไว้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีด้วย ด้วยเหตุนี้คำพิพากษาของศาลจึงเป็นที่มาของกฎหมายได้เช่นเดียวกัน โดยเป็นสิ่งที่ช่วยในการตีความบทกฎหมายอันเป็นแนวทางให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารนำไปปรับปรุงบทกฎหมายให้ดียิ่งขึ้น เมื่อเห็นว่ากฎหมายนั้นยังบกพร่องอยู่ หรืออาจทำให้เกิดความเข้าใจผิดได้¹⁵⁰

ในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง โดยเฉพาะแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด (Conseil d’État) เป็นบ่อเกิดที่สำคัญ

¹⁴⁹ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจนนี สดาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 14.

¹⁵⁰ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 102-103.

ของกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญๆ ของฝรั่งเศสเกิดจากคำพิพากษาโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากคำแถลงการณ์ (Les conclusions) ของตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du gouvernement)¹⁵¹

สำหรับประเทศไทย มีอยู่กรณีหนึ่งที่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองมีบทบาทอย่างสำคัญในการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมหาชน อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของการนำหลักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมาใช้ในการตีความกฎหมายมหาชนไทยได้อย่างค่อนข้างชัดเจน ได้แก่ เรื่อง “สัญญาทางปกครอง” ทั้งนี้เนื่องจากมาตรา 3¹⁵² แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติให้คำนิยามว่าสัญญาทางปกครองคืออะไรไว้ตรงๆ ศาลปกครองสูงสุดได้มีการประชุมตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ประชุมพิจารณาเกี่ยวกับความหมายของสัญญาทางปกครองในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 และมติว่า¹⁵³

“สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้นั้น

ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ

ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล

ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบนพื้นฐานของความเสมอภาคโดยสมัครใจ และสัญญาดังกล่าวมิได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง”

¹⁵¹ วิษณุ วรรุญญ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 14-15.

¹⁵² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัติ “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ”

¹⁵³ มานิตย์ จุมปา ก (2551). คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 45-46.

เมื่อพิจารณาคำนิยามของสัญญาทางปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 เห็นว่า กฎหมายเปิดทางให้มีการพัฒนาหลักสัญญาทางปกครองได้ เพราะใช้คำว่า “หมายความว่า” ศาลปกครองสูงสุดจึงขยายขอบเขตของสัญญาทางปกครองให้ไปถึงสัญญาที่มีข้อสัญญาที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งที่ให้สิทธิแก่รัฐมากกว่าเอกชน อันเป็นการได้รับอิทธิพลของแนวความคิดในหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจากหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส¹⁵⁴

2.1.2 ลำดับศักดิ์ของกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติในระบบกฎหมายไทย

แนวความคิดในเรื่องกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Lois organiques) ได้มีการนำมาใช้เป็นครั้งแรกในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยเรียกกฎหมายเหล่านี้ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มิได้กำหนดให้ชัดเจนว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเหล่านี้มีสถานะอยู่ในลำดับชั้นใดในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกำหนดไว้แต่เพียงชื่อของกฎหมายว่าให้เรียกกฎหมายบางฉบับว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และระบุหัวข้อของเนื้อหาที่จะพึงมีในกฎหมายเหล่านั้นเท่านั้น โดยมีได้บัญญัติถึงกระบวนการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ¹⁵⁵

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีคำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 เรื่องยุบพรรคพัฒนาชาติไทย พรรคแผ่นดินไทย และพรรคไทยรักไทย วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เนื่องจากมีกระบวนการตรา การแก้ไขเพิ่มเติม และกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้¹⁵⁶

“ประเด็นต้องวินิจฉัยมีว่า การที่ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นอันสิ้นสุดลง มีผลให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบ

¹⁵⁴ แหล่งเดิม. หน้า 48.

¹⁵⁵ วิษณุ วัลย์บุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 41-42.

¹⁵⁶ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ. (2550). คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550. หน้า 46-49.

รัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 สิ้นผลใช้บังคับไปด้วยหรือไม่

ในข้อนี้ผู้ถูกร้องที่ 1 กล่าวอ้างว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 สิ้นสุดลงตั้งแต่วันที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขออกประกาศ ฉบับที่ 3 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นอันสิ้นสุดลง คือ เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 จึงไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ที่ผู้ร้องจะอ้างเพื่อขอให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องที่ 1 ได้อีก เหตุแห่งการยุบพรรคย่อมสิ้นสุดลงไปด้วย และการกระทำที่ผู้ถูกร้องที่ 1 ถูกกล่าวหาในส่วนซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ย่อมไม่เป็นความผิดต่อไป

พิจารณาแล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ตราขึ้นเพื่อกำหนดระเบียบการจัดตั้งและการดำเนินงานของพรรคการเมืองให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ โดยมีสาระสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 328 (1) ถึง (7) ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 เป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ตราขึ้นเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเลือกตั้ง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการของรัฐในการสนับสนุนการเลือกตั้ง การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้ง การอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง และการเสียสิทธิเลือกตั้ง โดยมีสาระสำคัญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 326 (1) ถึง (9) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจึงเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระเป็นการขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะได้นำหลักการในเรื่องกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะความสำคัญอย่างมากและเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรงมากำหนดขึ้นไว้ อันทำให้เห็นประหนึ่งว่าหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปของประเทศคงจะยอมรับแนวความคิดที่ว่า เมื่อประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแล้วไม่เฉพาะแต่รัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะสิ้นผลไปหากแต่ยังรวมถึงกฎหมายบางฉบับที่มีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญอีกด้วย แต่มีข้อพิจารณาที่สำคัญอย่างยิ่งคือ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้นำมาบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หาได้มีลักษณะเช่นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในต่างประเทศไม่ เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในต่างประเทศโดยทั่วไปจะกำหนดให้มีสถานะทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายทั่วไป แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ รวมทั้งมี

กระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมยากกว่าการตราและแก้ไขกฎหมายทั่วไป ซึ่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญทั้งหลายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หากได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาแล้วก็คือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติทั่วไปในระบบกฎหมายไทยมีกระบวนการตราและการแก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกันตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติไว้ในมาตรา 92 ถึงมาตรา 94 มาตรา 169 ถึงมาตรา 178 และมาตรา 313 ทั้งยังมีการดำเนินการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันด้วย กล่าวคือ ตามมาตรา 262 ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติทั่วไป การยกเลิกหรือการทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นผลบังคับจึงต้องใช้กระบวนการเดียวกัน กล่าวคือ ต้องมีกฎหมายยกเลิกหรือมีกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับแทน ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อพิจารณาตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยเราในอดีต เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยสิ้นสุดลงภายหลังการเข้ายึดอำนาจการปกครอง หากคณะผู้เข้ายึดอำนาจการปกครองไม่ประสงค์ให้กฎหมายที่มีเนื้อหาสาระเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไป ก็จะมีประกาศหรือคำสั่งให้ยกเลิก ดังเช่น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 สิ้นสุดลงโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติก็ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 8 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติพรการเมือง พ.ศ. 2498 เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 สิ้นสุดลงโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 คณะปฏิวัติก็ได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 11 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติพรการเมือง พ.ศ. 2511 และเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 สิ้นสุดลงโดยคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินก็ได้ออกคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 6 ลงวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติพรการเมือง พ.ศ. 2517 หรือหากผู้เข้ายึดอำนาจการปกครองจะให้กฎหมายที่มีเนื้อหาสาระเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไป ก็จะมีประกาศระบุโดยชัดแจ้งว่าไม่ได้ยกเลิกกฎหมายฉบับนั้น ดังเช่น เมื่อคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติเข้ายึดอำนาจการปกครอง ได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 20 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ว่าเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยดำเนินไปอย่างต่อเนื่องภายหลังจากที่สถานการณ์เข้าสู่ภาวะปกติจึงยังไม่ยกเลิกพระราชบัญญัติพรการเมือง พ.ศ. 2524 สำหรับกรณีนี้ภายหลังจากคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมี

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 แล้ว คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้มีคำสั่งให้ยกเลิกหรือออกกฎหมายใหม่มาใช้บังคับแทนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 แต่มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 4 ให้ศาลทั้งหลาย นอกจากศาลรัฐธรรมนูญ คงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมาย ซึ่งมีความหมายว่า บทกฎหมายทั้งปวงที่มีผลใช้บังคับก่อนการเข้ายึดอำนาจการปกครองของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับจึงมิได้สิ้นผลบังคับไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เหตุแห่งการยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 67 ที่เกิดขึ้นก่อนการสิ้นสุดลงของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงยังมิได้ระงับสิ้นไป และการกระทำอันเป็นความผิดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ก็ยังคงเป็นความผิดต่อไปด้วย”

ในคำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแดงที่ อม. 1/2553 เรื่องขอให้ทรัพย์สินของพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน มีการวินิจฉัยไว้ความตอนหนึ่งอันสะท้อนให้เห็นถึงลำดับศักดิ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่ามีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 โดยมีรายละเอียดดังนี้¹⁵⁷

“ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยมีว่า ผู้ร้องมีอำนาจยื่นคำร้องคดีนี้หรือไม่ ที่ผู้ถูกกล่าวหาได้แย้งว่า เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ออกประกาศฉบับที่ 3 กำหนดให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 จึงถูกยกเลิกและไม่มีผลใช้บังคับกับความผิดที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดก่อนที่จะมีการยกเลิกพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว นั้น เห็นว่า เมื่อคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขยึดอำนาจในการปกครองประเทศได้เรียบร้อยแล้วก็ออกประกาศ

¹⁵⁷ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง. (2553). คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองแดงที่ อม. 1/2553. หน้า 68-69.

คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 มีใจความสำคัญว่า ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง วุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรีและศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ ส่วนศาลทั้งหลายนอกจากศาลรัฐธรรมนูญคงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมาย แสดงให้เห็นว่า บรรดาบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ซึ่งได้ตราขึ้นและมีผลใช้บังคับอยู่แล้วในขณะที่มีการยึดอำนาจนั้น หากได้ถูกยกเลิกไปด้วยแต่ประการใดไม่ ดังนั้นแม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 จะเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ตราขึ้นใช้บังคับก็ตาม แต่เมื่อมีการตราขึ้นใช้บังคับโดยชอบแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมมีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติทั่วไปกล่าวคือ หากไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว ย่อมมีความสมบูรณ์และยังคงดำรงความเป็นกฎหมายอยู่ในตัวเอง สามารถนำไปใช้บังคับแก่กรณีต่างๆ ได้ โดยหากต้องอาศัยความดำรงคงอยู่ของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงไม่มีผลทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงไปด้วยแต่อย่างใด”

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สถานะของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในลำดับชั้นของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย (Hiérarchie des normes) เปลี่ยนไปอย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือได้มีการแยกบทบัญญัติว่าด้วยการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (หมวด 6 ส่วนที่ 6 มาตรา 138 ถึงมาตรา 141) ไว้เป็นต่างหากจากบทบัญญัติว่าด้วยการตราพระราชบัญญัติ (หมวด 6 ส่วนที่ 7 มาตรา 142 ถึง มาตรา 153) และยังกำหนดระบบการควบคุมมิให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษด้วย¹⁵⁸

2.1.2.1 ความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติในระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว พบว่าองค์กรที่มีอำนาจตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ คือ รัฐสภา ดังนั้นเมื่อพิจารณาในแง่องค์กร พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติ

¹⁵⁸ วิษณุ วรรุณ, ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 42-43.

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแตกต่างจากพระราชบัญญัติในประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้¹⁵⁹

1) ความแตกต่างในทางเนื้อหา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต้องมีเนื้อหาที่สัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญ ในขณะที่พระราชบัญญัติอาจมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้

2) ความแตกต่างในแง่กระบวนการตรา

(1) ผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย กรณีของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 139¹⁶⁰ ส่วนกรณีของร่างพระราชบัญญัติ ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 142¹⁶¹ มีข้อสังเกตเกี่ยวกับความแตกต่างในด้าน

¹⁵⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม. หน้า 10-11.

¹⁶⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 139 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือ

(3) ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา หรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น”

¹⁶¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 142 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 139 ร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน

(3) ศาลหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและกฎหมายที่ประธานศาลและประธานองค์กรนั้นเป็นผู้รักษาการ หรือ

(4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามมาตรา 163

ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) (3) หรือ (4) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

ในกรณีที่ประชาชนได้เสนอร่างพระราชบัญญัติใดตาม (4) แล้ว หากบุคคลตาม (1) หรือ (2) ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกับร่างพระราชบัญญัตินั้นอีก ให้นำบทบัญญัติมาตรา 163 วรรคสี่ มาใช้บังคับกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นด้วย

ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน

ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งต้องมีบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติเสนอมาพร้อมกับร่างพระราชบัญญัติด้วย

ของผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายว่า สมาชิกวุฒิสภาไม่สามารถเสนอหรือเข้าชื่อร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ แต่อาจเสนอหรือเข้าชื่อร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ และจำนวนสมาชิกที่จะเข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีการกำหนดไว้ในจำนวนที่มากกว่าการเสนอร่างพระราชบัญญัติ กล่าวคือ กรณีร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ต้องเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา แต่สำหรับกรณีร่างพระราชบัญญัติเสนอโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคนเท่านั้น

นอกจากนี้ประชาชนไม่มีอำนาจที่จะเข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ แต่อาจเข้าชื่อกันเสนอร่างพระราชบัญญัติตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ของรัฐธรรมนูญได้

ในส่วนของศาลและองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ในกรณีที่เป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เฉพาะแต่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลฎีกา หรือองค์กรอิสระที่รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเท่านั้นที่จะเสนอได้ ส่วนกรณีที่เป็นร่างพระราชบัญญัติศาลทุกศาลสามารถเสนอเอง

(2) ความเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน การเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้น ถ้าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับเงิน การเสนอจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี (รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 142 วรรคสอง) แต่ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แม้เป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน ก็สามารถเสนอได้โดยไม่ต้องมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี (รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 140 วรรคสอง บัญญัติให้นำบทบัญญัติในหมวด 6 รัฐสภา ส่วนที่ 7 การตราพระราชบัญญัติ มาใช้บังคับกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม)

(3) การลงมติให้ความเห็นชอบ กรณีร่างพระราชบัญญัติ ใช้คะแนนเสียงข้างมากธรรมดาในทุกวาระ แต่ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การลงคะแนนเสียงในวาระ

ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภาต้องเปิดเผยให้ประชาชนทราบและให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัตินั้นได้โดยสะดวก”

ที่สาม ต้องใช้เสียงข้างมากเด็ดขาด คือ มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 140¹⁶²

(4) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยเพื่อประกาศใช้ต่อไป กรณีของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนเสมอ ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 141¹⁶³ แต่กรณีของร่างพระราชบัญญัติ จะเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เฉพาะกรณีตาม รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 154¹⁶⁴ เท่านั้น ทั้งนี้เพราะ

¹⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 140 บัญญัติว่า “การพิจารณาว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้กระทำเป็นสามวาระ ดังต่อไปนี้

(1) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ และในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเสียงข้างมากของแต่ละสภา

(2) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา

ให้นำบทบัญญัติในหมวด 6 ส่วนที่ 7 การตราพระราชบัญญัติ มาใช้บังคับกับการพิจารณาว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม”

¹⁶³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นว่านี้ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป”

¹⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญ จึงต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนการประกาศใช้

3) ความแตกต่างกรณีการตราพระราชกำหนด รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 กำหนดให้พระมหากษัตริย์ (โดยคำแนะนำและความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรี) ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้ ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ แต่ไม่ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจให้คำแนะนำพระมหากษัตริย์ตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้เพราะไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใดกำหนดให้คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจปกติของฝ่ายบริหารไปแก้ไขสิ่งที่ป็นรายละเอียดสำคัญที่เกี่ยวพันกับรัฐธรรมนูญอย่างใกล้ชิด¹⁶⁵

ลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติขึ้นยืนตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี ต่อไป”

¹⁶⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 187-188.

ด้วยเหตุนี้จึงอาจสรุปได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีเจตนารมณ์อย่างชัดเจนที่จะให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีสถานะสูงกว่าพระราชบัญญัติในลำดับชั้นของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

2.1.2.2 ผลทางกฎหมายของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย

เนื่องจากความแตกต่างของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติ จึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย ดังนี้

1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ¹⁶⁶

เดิม มีแนวความคิดว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเสมอกันกับกฎหมายธรรมดา เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดกระบวนการตรากฎหมายของกฎหมายทั้งสองเหมือนกัน ดังปรากฏในคำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 เรื่องยุบพรรคพัฒนาชาติไทย พรรคแผ่นดินไทย และพรรคไทยรักไทย ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายเฉพาะ และพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายทั่วไป ถ้าเนื้อความขัดกันต้องใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

¹⁶⁶ ซึ่งแย้งกับนักวิชาการทางนิติศาสตร์บางท่านที่มีความเห็นว่า ในปัจจุบันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยังคงมีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ ได้แก่ พรชัย เลื่อนฉวี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ให้ความเห็น ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ถึงแม้จะเป็นเรื่องสำคัญที่รัฐธรรมนูญบอกไว้ก็ดี ก็หาได้มีลักษณะเป็นรัฐธรรมนูญหรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญไม่ จะเป็นได้ก็เพียงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่านั้น ทั้งนี้ ถ้าจะให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นรัฐธรรมนูญหรือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องมีกฎหมายรับรองอย่างชัดแจ้งด้วยว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 นั้น ได้กล่าวรับรองถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนตามที่ได้บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 และบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เอาไว้ ดังนั้น จึงทำให้คำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 และบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ถูกรับรองให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันด้วย (พรชัย เลื่อนฉวี, 2553: 23-24) ส่วนสถานะทางกฎหมายระหว่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ หากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติจริง ก็ต้องมีกฎหมายรับรองอย่างชัดแจ้งด้วยว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ ทำนองเดียวกับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 ที่รับรองให้รัฐธรรมนูญมีฐานะสูงสุดเหนือกฎหมายอื่นใดทั้งปวง ยกตัวอย่างเช่นกรณีประเทศฝรั่งเศส การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติเกิดจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส (พรชัย เลื่อนฉวี, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, สัมภาษณ์, 7 ธันวาคม 2555)

ในฐานะที่เป็นกฎหมายเฉพาะ ไม่ใช่เหตุผลเพราะพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์ทางกฎหมายสูงกว่าพระราชบัญญัติ¹⁶⁷

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากพระราชบัญญัติอยู่เพียง 2 ประการ คือ¹⁶⁸

- (1) เนื้อหาของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนด
- (2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีกระบวนการที่แตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติทั่วไป ตามมาตรา 262¹⁶⁹ กล่าวคือ กรณีร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

¹⁶⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค (2551). “กฎหมายรัฐธรรมนูญ.” ใน ประเสริฐ เสียงสุทวิวงศ์. (บรรณาธิการ). *รวมคำบรรยายภาคหนึ่ง สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 เล่ม 8* (หน้า 9)

¹⁶⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 188.

¹⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติขึ้นชั้นตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(3) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

นี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน สามารถเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้ ตามมาตรา 262 (2) แต่กรณีร่างพระราชบัญญัติทั่วไปมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาสามารถเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้ ตามมาตรา 262 (1)

อย่างไรก็ดี แนวความคิดดังกล่าวได้เปลี่ยนไปภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ ภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ต้องถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติ เนื่องจากกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซับซ้อนกว่ากฎหมายธรรมดา และมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนมีผลใช้บังคับ จะถืออย่างในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติมีลำดับศักดิ์เสมอกันไม่ได้¹⁷⁰

มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่รับรองว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับ

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 แล้วแต่กรณี ต่อไป”

¹⁷⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หน้าเดิม.

พระราชบัญญัติมีศักดิ์ทางกฎหมายเท่ากัน คือ ในบทเฉพาะกาลมาตรา 302 วรรคสอง¹⁷¹ ซึ่งบรรพตศักดิ์ อูวรรณโณ ได้บอกให้คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไล่ไว้ เพราะเหตุว่าตอนที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณากฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ออกพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญอย่างน้อยที่สุด 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2550 มีเนื้อความให้ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลฎีกาเป็นองค์คณะในศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ ฉบับที่ 2 คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2550 ซึ่งแทนที่จะทำเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กลับทำเป็นพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ จึงต้องเขียนมาตรา 302 วรรคสอง รับรองไว้¹⁷²

2) ความเห็นทางนิติศาสตร์เรื่องพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยกเลิกไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญ

กรณีนี้นักวิชาการทางนิติศาสตร์ได้มีความเห็นแบ่งเป็น 2 ฝ่าย ได้แก่

นักวิชาการทางนิติศาสตร์ฝ่ายแรก มีความเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต้องยกเลิกไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญ โดยเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญอย่างมาก มีกระบวนการตราและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแยกจากพระราชบัญญัติ เพราะฉะนั้นหากมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยไม่มีบทกฎหมายใดที่มีฐานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยังคงใช้บังคับอยู่ต่อไป ต้องถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยกเลิกไปด้วย ด้วยเหตุนี้ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 เรื่องยุบพรรคพัฒนาชาติไทย พรรคแผ่นดินไทย และพรรคไทยรักไทย ที่ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ และไม่ถูกยกเลิกไปเพราะการยกเลิกรัฐธรรมนูญ ปัจจุบันจึงไม่อาจนำมาเป็น

¹⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 302 วรรคสอง บัญญัติว่า “ให้ถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศใช้บังคับในระหว่างวันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มีผลใช้บังคับ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญนี้”

¹⁷² บรรพตศักดิ์ อูวรรณโณ ก เล่มเดิม. หน้า 9-10.

บรรทัดฐานได้อีกต่อไป นักวิชาการทางนิติศาสตร์ที่มีความเห็นทางฝ่ายแรก ได้แก่ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์¹⁷³ และบรรศักดิ์ อูวรรณโน¹⁷⁴

นักวิชาการทางนิติศาสตร์ฝ่ายที่สอง มีความเห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ยกเลิกไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญ นักวิชาการทางนิติศาสตร์ที่มีความเห็นทางฝ่ายที่สอง ได้แก่ พรชัย เลื่อนฉวี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ได้แสดงความเห็นว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นเพียงกฎหมายขยายความเฉพาะสถาบันการเมืองเท่านั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิใช่กฎหมายลูกของรัฐธรรมนูญ จึงต่างจากกรณีพระราชบัญญัติกับกฎกระทรวง ซึ่งพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายแม่และกฎกระทรวงเป็นกฎหมายลูก เมื่อมีการยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับใดแล้ว กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวต้องยกเลิกตามไปด้วย ดังนั้น เมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงไม่ยกเลิกตามไปด้วย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะยกเลิกก็ต่อเมื่อมีกฎหมายที่มีสถานะทางกฎหมายเท่ากันบัญญัติให้ยกเลิก ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่างๆ ทุกฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน จึงต้องมีการบัญญัติอย่างชัดแจ้งไว้ในมาตรา 3 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใดๆ ในอดีต”¹⁷⁵

2.1.3 ลำดับการปรับใช้กฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย

จารีตประเพณี ในทางวิชาการถือเป็นบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง และในแง่ของลำดับหรือขั้นตอนของการใช้จารีตประเพณีนั้น เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการว่าเราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน ซึ่งถือเป็นหลักทั่วไปอยู่แล้วว่าในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีปรากฏ การใช้และการตีความกฎหมายจะต้องหันไปสู่จารีตประเพณี หากจารีตประเพณีไม่มีอีกก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป¹⁷⁶

การที่เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อวินิจฉัยแก่กรณีใดก่อน เหตุผลเนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นจากเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีฐานหรือที่มาแห่งความชอบธรรมในการออกกฎหมายจากประชาชน ดังนั้นโดยหลักแล้ว เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน แต่ว่าในรัฐสมัยใหม่เราก็ไม่ได้ไปยกเลิกจารีตประเพณีเสียทั้งหมด แต่จารีตประเพณีจะดำรงอยู่ได้ก็ตราบเท่าที่ไม่ฝ่าฝืนหรือไม่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์

¹⁷³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 189.

¹⁷⁴ บรรศักดิ์ อูวรรณโน ค เล่มเดิม. หน้า 10.

¹⁷⁵ พรชัย เลื่อนฉวี. อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มงคล มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. สัมภาษณ์ 7 ธันวาคม 2555.

¹⁷⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ข เล่มเดิม. หน้า 1.

อักษร เพราะฉะนั้นจาริตประเพณีที่ขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้ จาริตประเพณีจึงเป็นกฎหมายที่เป็นส่วนเสริมของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง เพราะเวลาที่เราใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก็มีทั้งการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงกับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเทียบเคียงอย่างย้ง หรือ Analogy (argumentum a simile)¹⁷⁷

อนึ่ง สำหรับกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น มีลำดับการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรดังนี้ คือ ให้ใช้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชนก่อน ถ้าไม่มีจึงให้ใช้กฎหมายลำดับรอง หากยังไม่มีก็ให้ใช้พระราชบัญญัติและกฎหมายที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ หากยังไม่มีอีกก็ให้ใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และหากยังไม่มีอีกจึงต้องใช้รัฐธรรมนูญ (เรียงลำดับตามศักดิ์ของกฎหมายจากต่ำไปสูง)

กรณีนี้มีประเด็นปัญหาเป็นที่ถกเถียงในทางวิชาการในแง่ของการใช้และการตีความกฎหมายอยู่บ้างว่าเวลาที่เราจะใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรก่อน หากไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนจึงใช้จาริตประเพณีนั้น หมายความว่า เราจะต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรให้หมดไปเสียก่อน ก็คือใช้ทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงอย่างย้งจนสิ้นกระแสความ และหากปรากฏว่า ไม่มีกรณีใดที่ใกล้เคียงจึงหันกลับไปใช้จาริตประเพณี หรือว่าจะเป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีบัญญัติไว้โดยตรงแล้วจึงใช้จาริตประเพณี และเมื่อจาริตประเพณีไม่มีปรากฏในกรณีนั้นจึงใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นบทกฎหมายเทียบเคียงอย่างย้ง ประเด็นนี้ยังคงเป็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่

กรณีกฎหมายเอกชนนั้น ในระบบกฎหมายไทย ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ตัดสินใจว่าให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงก่อน ถ้าไม่มีก็หันไปหาจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็หันกลับมาหากฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกครั้งหนึ่งในฐานะกฎหมายเทียบเคียงอย่างย้ง หากกฎหมายเทียบเคียงอย่างย้งไม่มีอีกก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป¹⁷⁸ ทั้งนี้ ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง

สำหรับกรณีกฎหมายมหาชนนั้น วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความเห็นว่าลำดับการปรับใช้กฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทยเป็นดังนี้ คือ ให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยตรงก่อน หากไม่มีจึงให้ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นในฐานะกฎหมายเทียบเคียงอย่างย้ง ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดปรับใช้แก่กรณีได้จึงหันไปหากฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยให้พิจารณาจาริตประเพณีก่อน หากยังไม่มีจาริตประเพณีใดปรับใช้แก่กรณีได้อีก ก็ต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป

¹⁷⁷ แหล่งเดิม.

¹⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 2.

โดยปกติ จารีตประเพณีจะเกิดขึ้นในกฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่ แต่ในทางกฎหมายมหาชนก็สามารถมีจารีตประเพณีได้เช่นเดียวกัน ตัวอย่างที่ในทางวิชาการยอมรับว่าเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็เคยมีคำพิพากษาเดินตามแนวทางนี้ คือ กรณีการออกกฎกระทรวงที่จะต้องมีการนำร่างกฎกระทรวงนั้นให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ซึ่งการนำร่างกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ ไม่ปรากฏเป็นบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดบังคับไว้ แต่ว่าเป็นการประพฤติปฏิบัติสืบต่อกันมาของฝ่ายบริหารเป็นระยะเวลาอันยาวนาน จนกระทั่งครบทุกวันนี้เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า เมื่อจะมีการออกกฎกระทรวงก็จะต้องเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่รับผิดชอบจึงจะสามารถลงนามในกฎกระทรวงฉบับนั้นๆ ได้ ทางปฏิบัติเหล่านี้จึงเป็นจารีตประเพณีในทางกฎหมายปกครอง¹⁷⁹

2.2 รัฐ: องค์การของรัฐ

ในฐานะที่รัฐเป็นนิติบุคคล ในทางกฎหมายเราถือว่ารัฐย่อมมีเจตนาด้วยตนเองและอาจกระทำการต่างๆ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนาที่ตนต้องการได้ และหากการกระทำของรัฐก่อให้เกิดความเสียหายหรือกระทบกับสิทธิหน้าที่ของบุคคลอื่น รัฐก็เป็นหน่วยที่สามารถรับผิดชอบได้ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ตามสภาพที่นิติบุคคลอาจรับผิดชอบได้ เช่น รัฐต้องรับผิดชอบโดยการกระทำการหรือละเว้นการกระทำบางประการ หรือต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนความเสียหาย เป็นต้น

วัตถุประสงค์ของรัฐแต่ละรัฐอาจแตกต่างกันออกไปได้ตามอุดมการณ์ทางการเมืองอันเป็นกติกากำหนดพื้นฐานของรัฐนั้น การกำหนดว่ารัฐควรมีวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายอย่างไรเป็นเรื่องความคิดเห็นในทางการเมือง ซึ่งในรัฐหลายรัฐอาจมีการระบุวัตถุประสงค์ของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผล สำหรับประเทศไทย เราอาจพิจารณาวัตถุประสงค์ของรัฐได้ผ่านบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยแนวนโยบายแห่งรัฐ¹⁸⁰ หรือที่เรียกว่า “หลักการแห่งนโยบาย”¹⁸¹ ซึ่ง

¹⁷⁹ แหล่งเดิม. หน้า 3.

¹⁸⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค. (2552). ชุดที่ 3 วิวัฒนาการของรัฐ รูปแบบการปกครอง และองค์กรของรัฐ (เอกสารประกอบการบรรยายวิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์). หน้า 22.

¹⁸¹ สมยศ เชื้อไทย. (2555). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (พิมพ์ครั้งที่ 8). หน้า 202.

จะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง¹⁸² การกำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ราษฎรที่จะอ้างแนวนโยบายแห่งรัฐฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง แต่ก็สามารถใช้เป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายได้

ในการดำเนินงานเพื่อให้ภารกิจของรัฐสำเร็จลุล่วงสมความประสงค์ตามแนวนโยบายแห่งรัฐนั้น รัฐไม่อาจกระทำตัวเองโดยตรง เพราะรัฐเป็นนิติบุคคล รัฐไม่มีชีวิตจิตใจเหมือนบุคคลธรรมดา และโดยเหตุที่ภารกิจของรัฐมีมากมายและในรัฐสมัยใหม่ย่อมมีความสลับซับซ้อนกว่าเดิม จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดโครงสร้างให้มีหน่วยย่อยต่างๆ มาปฏิบัติภารกิจเหล่านั้น เช่น กำหนดให้มีรัฐสภาทำหน้าที่ตรากฎหมาย ให้คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดิน หรือให้ศาลพิจารณาคดีพิพากษารรคดีต่างๆ¹⁸³

หน่วยย่อยของรัฐที่มาปฏิบัติภารกิจของรัฐนี้ เป็นหน่วยที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย ทั้งนี้กฎหมายจะกำหนดภารกิจและอำนาจหน้าที่ของหน่วยย่อยของรัฐไว้ เช่น กำหนดให้กรมโรงงานอุตสาหกรรม หรืออธิบดีกรมโรงงานอุตสาหกรรม มีอำนาจหน้าที่ดูแลและวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน เป็นต้น หน่วยย่อยของรัฐที่ได้รับการกำหนดขึ้นเพื่อให้ปฏิบัติภารกิจของรัฐที่กล่าวมานี้ ซึ่งอาจมีลักษณะเป็นสถาบัน หน่วยงาน หรือตำแหน่ง ในทางกฎหมาย เราเรียกว่า “องค์กรของรัฐ” กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรของรัฐ คือ หน่วยที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายให้ปฏิบัติภารกิจของรัฐ อย่างไรก็ตามองค์กรของรัฐยังคงเป็นหน่วยที่มีลักษณะเป็นนามธรรม และยังคงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ เช่น กรมควบคุมมลพิษ แม้ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ก็ยังไม่สามารถดำเนินการหรือปฏิบัติภารกิจอะไรได้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้บุคคลธรรมดาเข้าไปดำรงตำแหน่งต่างๆ หรือในองค์กรย่อยภายในหน่วยนั้น บุคคลธรรมดาที่เข้าไปปฏิบัติภารกิจขององค์กรต่างๆ ของรัฐ เราเรียกว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่”¹⁸⁴

องค์กรเจ้าหน้าที่ หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือเครื่องมือในการแสดงเจตนาและกระทำการต่างๆ ตามภารกิจของรัฐซึ่งมีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย¹⁸⁵

โดยเหตุที่องค์กรของรัฐเป็นหน่วยที่แยกออกจากตัวบุคคลธรรมดาซึ่งเข้าดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ ตัวหน่วยหรือตำแหน่งอันเป็นองค์กรของรัฐจะดำรงคงอยู่ตลอดเวลาจนกว่าจะมีกฎหมายยุบเลิก หรือ กำหนดให้สิ้นสุดลง ทั้งนี้ถึงแม้ว่าตัวบุคคลธรรมดาที่เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่

¹⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 75 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นเจตจำนงให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน”

¹⁸³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

¹⁸⁴ แหล่งเดิม. หน้า 22-23.

¹⁸⁵ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 203.

ซึ่งดำรงตำแหน่งในองค์กรและกระทำการในนามขององค์กรของรัฐจะพ้นจากตำแหน่งไปแล้วก็ตาม ไม่กระทบกับการดำรงอยู่ขององค์กร¹⁸⁶ องค์กรของรัฐจึงมีลักษณะในทางกฎหมายคือไม่มีวันตาย แต่ตัวบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งอาจตายได้และเปลี่ยนแปลงได้¹⁸⁷ ดังที่ Baldus ได้เคยพูดไว้ตั้งแต่สมัยโรมันแล้วว่า “องค์กรจักรพรรดิผู้ปกครองในฐานะที่เป็นบุคคลย่อมจะสิ้นพระชนม์ชีพได้แต่ไม่ใช่พระยศอันยิ่งยงในฐานะเป็นตำแหน่งผู้ปกครอง ซึ่งโดยเนื้อหาแล้วเป็นอมตะ” (Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, officium Imperatoris est immortale)¹⁸⁸

ตัวอย่างเช่น กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรเป็นองค์กรย่อยหรือเป็นตำแหน่งที่สามารถกระทำการหรือปฏิบัติภารกิจของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ การใดที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้กระทำไป ย่อมถือว่าเป็นการกระทำของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐ และต้องถือต่อไปด้วยว่าเป็นการกระทำของรัฐ ในกรณีที่นาย ก. ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ การกระทำของนาย ก. ตามอำนาจหน้าที่ของตนในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ย่อมถือว่าเป็นการกระทำหรือการแสดงเจตนาของรัฐ ด้วยเหตุนี้การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่จึงเป็นการกระทำของรัฐเองโดยตรง

เราอาจกล่าวได้ว่า องค์กรของรัฐซึ่งเป็นหน่วยซึ่งการกระทำการให้รัฐนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากตัวแทนในทางกฎหมายแพ่ง เพราะตามกฎหมายแพ่ง ตัวแทนกระทำการหรือแสดงเจตนาในนามของตนเอง เพียงแต่การกระทำการหรือการแสดงเจตนา นั้น ตัวแทนได้รับมอบอำนาจจากตัวการให้กระทำการผูกพันตัวการได้ในความสัมพันธ์กับบุคคลภายนอก หากพิจารณาความสัมพันธ์ตามกฎหมายในเรื่องตัวการตัวแทนแล้ว จะมีบุคคล 3 ฝ่าย คือ 1) ตัวการ 2) ตัวแทน และ 3) บุคคลภายนอก ส่วนความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชนในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรของรัฐนั้นเป็นความสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่ง กล่าวคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐไม่ได้กระทำการในนามของตนเอง แต่กระทำในนามของรัฐโดยตรง การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาตามอำนาจหน้าที่ตามตำแหน่งที่ตนดำรงอยู่จึงไม่ได้มีผลในทางกฎหมายมหาชนผูกพันตนเป็นการส่วนตัว แต่มีผลผูกพันรัฐ¹⁸⁹ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้มีสภาพบุคคลแยกจากรัฐ ดังนั้นเมื่อพิจารณาในแง่องค์กรจะเห็นได้ว่ามีบุคคล 2 ฝ่าย คือ 1) รัฐและ 2) บุคคลภายนอก เพราะองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเราไม่ถือว่ามิสภาพบุคคล

¹⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 23.

¹⁸⁷ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 204.

¹⁸⁸ บุญศรี มีวงศ์โสม. (2555). กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. หน้า 93-94.

¹⁸⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

ในทางกฎหมายแยกจากรัฐ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นกลไกในการทำงานของรัฐ หรือที่เรียกว่า “องคาพยพของรัฐ” นั่นเอง¹⁹⁰

เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสถานะพิเศษ คือ มี 2 สถานะ คือ สถานะส่วนตัว ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีสิทธิและหน้าที่ต่อรัฐเหมือนเช่นบุคคลธรรมดาทั่วไป แต่ในสถานะที่เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมไม่มีสิทธิและหน้าที่ของตนเป็นอิสระจากรัฐ เพราะเป็นกลไกในการแสดงเจตนาหรือกระทำการต่างๆ ของรัฐ¹⁹¹

หัวข้อองค์กรของรัฐ ได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 3 เรื่อง คือ 2.2.1 การจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ 2.2.2 การเข้าดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ และ 2.2.3 ประเภทขององค์กรของรัฐ

2.2.1 การจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ

การจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ของรัฐอาจแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือการแบ่งอำนาจหน้าที่ของรัฐในระดับเดียวกัน (แนวนอนหรือแนวนาบ) และในระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกัน (แนวตั้งหรือแนวคิง)

การจัดแบ่งอำนาจของรัฐให้องค์กรของรัฐแยกกันใช้อำนาจรัฐในระดับเดียวกัน ก็คือการจัดแบ่งอำนาจตามภารกิจของรัฐในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร และในทางตุลาการ ให้องค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) องค์กรบริหาร (คณะรัฐมนตรี) และองค์กรตุลาการ (ศาล)

การจัดแบ่งอำนาจของรัฐในระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกันจะเกิดขึ้นในรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ โดยจะมีการแบ่งอำนาจรัฐในทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ให้สหพันธ์และมลรัฐแยกกันใช้¹⁹² อย่างไรก็ตามในรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยวก็จะมีการแบ่งแยกอำนาจในระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกันเช่นกัน แต่มักจะปรากฏเฉพาะการจัดตั้งองค์กรของรัฐลดหลั่นลงไปตามลำดับชั้นหรือสายการบังคับบัญชาในทางปกครองและในทางตุลาการ

การจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกัน หมายความว่า ศาลในระดับที่สูงกว่าในระบบศาลเดียวกันย่อมสามารถที่จะกลับหรือแก้ ตลอดจนยกคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในระดับที่ต่ำกว่าได้

สำหรับการจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ในระดับสูงต่ำไม่เท่าเทียมกันขององค์กรในฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองนั้น ในกรณีที่เป็นการจัดแบ่งอำนาจหน้าที่ในระบบบังคับบัญชา องค์กรฝ่ายปกครองในระดับล่างย่อมต้องปฏิบัติตามคำสั่งขององค์กรฝ่ายปกครองในระดับที่สูงกว่า เช่น

¹⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 203.

¹⁹¹ แหล่งเดิม. หน้า 204.

¹⁹² วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 24.

รัฐมนตรีเข้ากระทรวงในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดสำหรับภารกิจที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวงย่อมมีอำนาจเหนืออธิบดี อธิบดีย่อมเป็นผู้บังคับบัญชาและมีอำนาจเหนือข้าราชการในสังกัดของตน โดยทั่วไปแล้วองค์กรฝ่ายปกครองระดับสูงจะเป็นผู้กำหนดนโยบาย และควบคุมตรวจสอบองค์กรระดับล่าง ในขณะที่องค์กรฝ่ายปกครองระดับล่างจะเป็นผู้นำนโยบายนั้นไปปฏิบัติให้เกิดผลจริง องค์กรระดับล่างจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้ปฏิบัติ การแบ่งอำนาจหน้าที่กรณีนี้เรียกว่าการแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในระบบบังคับบัญชา¹⁹³ (Deconcentration)

หน่วยงานที่มีระดับสูงกว่า จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยสั่งการต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ระดับล่าง ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายแล้ว แต่ยังไม่เด็ดขาด และหากเห็นว่าเจ้าหน้าที่ระดับล่างวินิจฉัยโดยปราศจากพื้นฐานของกฎหมายแล้ว ก็สามารถที่จะสั่งยกเลิกคำวินิจฉัยสั่งการนั้นๆ ได้ เพราะหากปล่อยไปแล้วเกิดการฟ้องร้องขึ้น ตามสภาพการณ์เช่นนั้นศาลก็จะสั่งเพิกถอนเช่นเดียวกัน นอกจากนี้หน่วยงานที่มีระดับสูงกว่ายังสามารถที่จะกำหนดแนวทางสำหรับการวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานระดับล่างได้ ซึ่งหน่วยงานระดับล่างมีหน้าที่ที่จะต้องยึดถือปฏิบัติตาม การแบ่งชั้นเช่นนี้ เป็นไปเพื่อเป็นการกำหนดขอบเขตของแต่ละอำนาจหน้าที่ และเพื่อให้มีการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ซึ่งจะเป็นผลให้หลักการตามหลักนิติรัฐเป็นผลจริงในทางปฏิบัติขึ้นมาได้¹⁹⁴

ในการพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในทางปกครองนั้น นอกจากจะพิจารณาในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในระบบบังคับบัญชาแล้ว ยังมีการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในระบบของการกำกับดูแลอีกด้วย การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในระบบบังคับบัญชาเป็นการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ทางปกครองตามหลักการ “รวมอำนาจปกครอง” (Centralization) ส่วนการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในระบบของการกำกับดูแลเป็นการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ตามหลักการ “กระจายอำนาจปกครอง” (Decentralization)¹⁹⁵

การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ตามหลักการรวมอำนาจปกครองเป็นกรณีที่รัฐรวมศูนย์อำนาจการตัดสินใจสั่งการไว้ที่ส่วนกลางเพียงแห่งเดียว แม้จะมีการแบ่งอำนาจไปให้ส่วนภูมิภาคดำเนินการด้วย โดยการที่ส่วนกลางส่งบุคลากรของตนไปปฏิบัติหน้าที่ในส่วนภูมิภาค แต่บุคลากรที่ไปประจำยังส่วนภูมินาคนนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาสั่งการจากส่วนกลางอยู่นั่นเอง หากได้มีอำนาจโดยตัวเองในการตัดสินใจสั่งการเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเด็ดขาดไม่¹⁹⁶ ลักษณะรวมศูนย์

¹⁹³ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 206.

¹⁹⁴ บุญศรี มีวงศ์โสม. เล่มเดิม. หน้า 94.

¹⁹⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ค. หน้าเดิม.

¹⁹⁶ แหล่งเดิม.

อำนาจเป็นการรวมศูนย์การบังคับบัญชาการวินิจัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลางแห่งเดียว ทั้งนี้เพื่อความ เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั้งประเทศ และเพื่อความสะดวกในการบริหารอานาจแบ่งอำนาจให้เจ้าหน้าที่ ส่วนกลางไปปฏิบัติงานตามพื้นที่ในภูมิภาคต่างๆ แต่การแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในลักษณะนี้ยังคง รวมอำนาจวินิจัยสั่งการเด็ดขาดไว้ที่ส่วนกลาง ทำให้องค์กรหรือหน่วยงานต่างๆ ของรัฐที่กระจัด กระจายอยู่ในภูมิภาคต่างๆ ของรัฐไม่สามารถตัดสินใจดำเนินการต่างๆ ได้ด้วยตนเอง ทำให้การ ตัดสินใจล่าช้าเพราะต้องรอคำสั่งจากศูนย์กลาง หรือทำให้การตัดสินใจไม่เหมาะสมกับสภาพของ ข้อเท็จจริง เพราะสภาพข้อเท็จจริงและปัญหามีความแตกต่างกันในท้องถิ่นต่างๆ ของประเทศ แต่ ต้องปฏิบัติเหมือนกันหมด นอกจากนั้นยังทำให้องค์กรที่รวมศูนย์อำนาจมีลักษณะใหญ่โตมีปัญหา ในการบริหารมากมาย ยากในการแก้ไข¹⁹⁷ ทั้งนี้โดยหน่วยงานต่างๆ ในส่วนภูมิภาคยังคงเป็น “องค์กรของรัฐ” การกระทำของหน่วยงานในส่วนภูมิภาคย่อมถือว่าการกระทำของรัฐ เช่น ผู้ว่า ราชการจังหวัดต่างๆ ย่อมถือว่าเป็นองค์กรของรัฐ แต่เป็นองค์กรซึ่งตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา จากส่วนกลาง ผู้ว่าราชการจังหวัดต้องรับนโยบายจากส่วนกลางไปปฏิบัติ และการกระทำของผู้ว่า ราชการจังหวัดตามอำนาจหน้าที่ย่อมถือว่าการกระทำของรัฐ¹⁹⁸

สำหรับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ตามหลักการกระจายอำนาจปกครองนั้น เป็นการแบ่ง การกิจของรัฐให้เล็กลง และมอบอำนาจให้ผู้รับมอบสามารถใช้ดุลพินิจอิสระในการบริหารใน ขอบเขตที่มอบหมายได้ โดยมีนโยบาย มีคน มีเงินและทรัพย์สินของตน ทำให้เกิดความชัดเจน ในทางปฏิบัติ และมองเห็นประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นได้ง่ายเพราะขนาดข้อมูลและพื้นที่ที่เล็กลงทำให้ การตัดสินใจแก้ไขปัญหายั่งยืน มีประสิทธิภาพมากขึ้น และถ้าเป็นการมอบอำนาจให้ประชาชนใน ท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองของประชาชนในแต่ละท้องถิ่นตามที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็จะทำให้ประชาชนในท้องถิ่นสามารถบริหารท้องถิ่นให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของตนได้ เป็น ลักษณะที่ส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยไปในตัวด้วย¹⁹⁹ เป็นกรณีที่รัฐมอบภารกิจที่ตน ต้องกระทำไปให้นิติบุคคลมหาชนซึ่งได้รับการจัดตั้งขึ้นแยกออกจากภาครัฐเป็นผู้กระทำ เช่น มอบภารกิจเกี่ยวกับการดูแลตลาดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของเทศบาล ในทางกฎหมายเราไม่ถือว่า เทศบาลเป็นองค์กรของรัฐเหมือนกับจังหวัด แต่เทศบาลเป็น “องค์กร” ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อ ปฏิบัติภารกิจสาธารณะบางประการที่รัฐเห็นว่าไม่สมควรที่ตนจะรวมศูนย์แห่งอำนาจในการปฏิบัติ ภารกิจเรื่องนั้นไว้เอง แต่สมควรกำหนดให้มีนิติบุคคลมหาชนที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นแยกออกจาก ภาคนั้นเป็นผู้ปฏิบัติภารกิจนั้น นิติบุคคลมหาชนที่กล่าวมานี้มีอำนาจในการกำหนดนโยบายต่างๆ

¹⁹⁷ สมยศ เชื้อไทย, หน้าเดิม.

¹⁹⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ค เล่มเดิม, หน้า 24-25.

¹⁹⁹ สมยศ เชื้อไทย, เล่มเดิม, หน้า 206-207.

ในกรอบอำนาจที่ตนได้รับมาตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรของตนได้เอง²⁰⁰ อย่างไรก็ตาม องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจการตัดสินใจตามหลักการกระจายอำนาจยังต้องถูกควบคุมโดยองค์กรของรัฐซึ่งมีฐานะเหนือกว่า เพื่อรักษาความเป็นรัฐโดยส่วนรวมเอาไว้ แต่การควบคุมอยู่ในลักษณะใช้อำนาจที่เรียกว่า “อำนาจกำกับดูแล” คือใช้อำนาจควบคุมให้อยู่ในวงเขตของอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ หรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการให้ดำเนินการตามแนวทางหรือนโยบายขององค์กรระดับสูงได้²⁰¹ ทั้งนี้โดยรัฐหรือองค์กรของรัฐส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาคมีเพียงอำนาจกำกับดูแลนิติบุคคลมหาชนที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นแยกออกจากตนเท่านั้น ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือนิติบุคคลมหาชนเหล่านั้น ที่ว่ารัฐมีเพียงอำนาจกำกับดูแล หมายความว่ารัฐอาจใช้อำนาจสั่งการให้นิติบุคคลมหาชนที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นแยกออกจากรัฐ เช่น เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด กระทำการให้อยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาการตัดสินใจในทางนโยบายตามอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชนเหล่านั้นได้ ในกรณีที่เกิดปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐส่วนกลางหรือส่วนภูมิภาค กับ องค์กรปกครองตนเองที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ว่าเป็นกรณีที่องค์กรของรัฐใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตของนโยบายหรือความเหมาะสมในการบริหารงานขององค์กรปกครองตนเองที่เป็นนิติบุคคลมหาชนหรือไม่ ก็อาจจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาด²⁰²

2.2.2 การเข้าดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่

แม้องค์กรของรัฐจะมีอำนาจหน้าที่ที่จะปฏิบัติการกิจต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดก็ตาม แต่โดยเหตุที่องค์กรของรัฐเป็นหน่วยที่รัฐจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หากได้มีชีวิตจิตใจไม่ จึงต้องมีบุคคลธรรมดาเข้ามามีการดำเนินการในนามขององค์กรของรัฐนั้น การที่บุคคลธรรมดาจะเข้ามามีการดำเนินการในนามขององค์กรของรัฐได้ จำเป็นที่จะต้องให้บุคคลธรรมดาเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ การที่บุคคลธรรมดาจะเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐได้นั้น อาจเกิดขึ้นได้ 2 วิธี²⁰³ คือ

- 1) บุคคลธรรมดาเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐโดยผลของกฎหมายหรือโดยการกำหนดของกฎหมาย และ
- 2) บุคคลธรรมดาเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐโดยการแต่งตั้ง

²⁰⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 25.

²⁰¹ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 207.

²⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

²⁰³ แหล่งเดิม.

การดำรงตำแหน่งโดยผลของกฎหมายนั้น ตัวอย่างเช่น การสืบราชสมบัติโดยรัชทายาท รัชทายาทจะเข้าดำรงตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีหรือกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม สำหรับกรณีที่ผู้เข้าดำรงตำแหน่งได้รับการแต่งตั้ง การแต่งตั้งเช่นนี้จะต้องกระทำโดยองค์กรของรัฐที่มีอยู่แล้ว เช่น การแต่งตั้งข้าราชการตุลาการ หรือข้าราชการพลเรือนระดับสูง จะต้องประกาศเป็นพระราชโองการของพระมหากษัตริย์หรืออาจโดยการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง²⁰⁴

ในการเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐนั้น บุคคลธรรมดาผู้นั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้โดยหลักแล้วในระบอบประชาธิปไตย การเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวหรือเชื่อมโยงกับประชาชนทางใดทางหนึ่ง เช่น การเข้าดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ต้องถือว่าการที่ประชาชนไปใช้สิทธิลงคะแนนเลือกตั้งนั้น เป็นกรณีที่ประชาชนกำลัง “แต่งตั้ง” ให้ผู้ที่ชนะการเลือกตั้งได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต่อมาสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนก็มีอำนาจและความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยที่จะเลือกบุคคลที่ตนเห็นสมควรเป็นนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีซึ่งมีที่มาจากสภาผู้แทนราษฎรก็มีอำนาจและความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยที่จะเลือกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีก็มีอำนาจและความชอบธรรมตามระบอบประชาธิปไตยในการบังคับบัญชาสั่งการข้าราชการประจำ ตลอดจนมีอำนาจกำกับดูแลบรรดานิติบุคคลมหาชนทั้งหลายที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ปฏิบัติการกิจบางประการ เช่น การกิจในการปกครองตนเองในส่วนท้องถิ่น เป็นต้น²⁰⁵

การดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐขององค์กรเจ้าหน้าที่ย่อมต้องมีวาระหรือระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง วาระหรือระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งจะเป็นเท่าใด ขึ้นอยู่กับลักษณะและอำนาจหน้าที่ของตำแหน่งนั้นๆ เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี แต่วาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาจสิ้นสุดลงก่อนได้ หากมีการยุบสภาผู้แทนราษฎร ข้าราชการประจำมีวาระการดำรงตำแหน่งจนถึงเกษียณอายุราชการ พระมหากษัตริย์ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต เป็นต้น

องค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐอาจพ้นจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ตามเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น บุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐถึงแก่ความตาย หรือแสดงเจตนาลาออกจากราชการ ถูกลงโทษทางวินัย ไล่ออก หรือถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง หรือดำรงตำแหน่งจนครบวาระ ในทางกฎหมายมหาชน

²⁰⁴ บุญศรี มีวงศ์โฆษ, เล่มเดิม, หน้า 96.

²⁰⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ก เล่มเดิม, หน้า 25-26.

ต้องถือว่าการจัดทำภารกิจของรัฐจะต้องมีความสืบเนื่อง ดังนั้นหากบุคคลธรรมดาที่เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่ง ก็ย่อมจะต้องมีองค์กรเจ้าหน้าที่อื่นมาดำรงตำแหน่งแทน และในช่วงที่ยังไม่มีการแต่งตั้งให้บุคคลใดเข้าดำรงตำแหน่งแทน กฎหมายจะกำหนดให้ต้องมีความสืบเนื่องในตำแหน่งเสมอ เช่น กำหนดให้ผู้พ้นจากตำแหน่งต้องปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดิมไปก่อน จนกว่าผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทนคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่ หากเป็นกรณีที่มีการพ้นจากตำแหน่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งอยู่เดิมพ้นไปโดยความตาย ระบบกฎหมายก็จะกำหนดให้บุคคลอื่นมาทำหน้าที่ในตำแหน่งนั้นไปพลางก่อนเป็นการชั่วคราว ที่เราเรียกว่า “การรักษาราชการแทน” หรือ “การรักษาการในตำแหน่ง”²⁰⁶ ในเรื่องการพ้นจากตำแหน่งนี้กฎหมายจะต้องกำหนดการรับช่วงหรือรอยต่อของผู้ดำรงตำแหน่งเดิมและผู้ดำรงตำแหน่งใหม่ให้ชัดเจน เพราะตำแหน่งต่างๆ ในองค์กรของรัฐนั้นจะขาดตอนผู้ดำรงตำแหน่งไม่ได้ เนื่องจากรัฐจะต้องดำเนินภารกิจต่างๆ อย่างสืบเนื่อง เรียกว่า “หลักสืบเนื่องในการดำรงตำแหน่ง” หากมีปัญหาในการดำรงตำแหน่งต้องตีความให้มีผู้ดำรงตำแหน่งเสมอ เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างของตำแหน่ง โดยกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งเดิมยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไป แม้จะครบวาระไปแล้วจนกว่าผู้ดำรงตำแหน่งใหม่พร้อมเข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้นๆ ได้²⁰⁷ เช่น กรณีการรักษาการในตำแหน่งขององค์กรคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 181²⁰⁸ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นต้น

²⁰⁶ แหล่งเดิม. หน้า 26.

²⁰⁷ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 205.

²⁰⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 181 บัญญัติว่า “คณะรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่ง ต้องอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ แต่ในกรณีพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 180 (2) คณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะปฏิบัติหน้าที่ได้เท่าที่จำเป็น ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ดังต่อไปนี้

(1) ไม่กระทำการอันเป็นการใช้อำนาจแต่งตั้งหรือโยกย้ายข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ หรือพนักงานของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ หรือให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากการปฏิบัติหน้าที่หรือพ้นจากตำแหน่ง หรือให้ผู้อื่นมาปฏิบัติหน้าที่แทน เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อน

(2) ไม่กระทำการอันมีผลเป็นการอนุมัติให้ใช้จ่ายงบประมาณสำรองจ่ายเพื่อกรณีฉุกเฉินหรือจำเป็น เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อน

(3) ไม่กระทำการอันมีผลเป็นการอนุมัติงานหรือโครงการ หรือมีผลเป็นการสร้างความผูกพันต่อคณะรัฐมนตรีชุดต่อไป

(4) ไม่ใช้ทรัพยากรของรัฐหรือบุคลากรของรัฐเพื่อกระทำการใดซึ่งจะมีผลต่อการเลือกตั้ง และไม่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามระเบียบที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด”

2.2.3 ประเภทขององค์กรของรัฐ

การจัดตั้งองค์กรของรัฐให้มีอำนาจหน้าที่ต่างๆ เพื่อดำเนินการกิจของรัฐโดยปกติจะต้องจัดตั้งโดยกฎหมาย ส่วนจะเป็นกฎหมายในระดับใดนั้นขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรนั้นๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่ที่กระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนโดยทั่วไปหรือไม่ ถ้ามีจะต้องจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ แต่ถ้าอยู่ในลักษณะเป็นการจัดระเบียบภายในองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเองก็ไม่จำเป็นต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ อาจจัดตั้งโดยกฎหมายลำดับรอง หรือระเบียบทางบริหารก็ได้²⁰⁹

การแบ่งแยกประเภทขององค์กรของรัฐนั้นอาจกระทำได้ในหลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา หากใช้เกณฑ์ลักษณะของอำนาจที่ใช้ เราอาจแยกองค์กรของรัฐออกเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกประเภทขององค์กรที่เป็นประโยชน์อย่างมากสำหรับการศึกษากฎหมายมหาชน คือ การใช้เกณฑ์เรื่องการแสดงเจตนาขององค์กรของรัฐ เกณฑ์จำนวนองค์กรที่เข้าร่วมในการแสดงเจตนา และเกณฑ์ลำดับชั้นของตำแหน่ง โดยเมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ดังกล่าว เราอาจแยกองค์กรของรัฐออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ๆ คือ 2.2.3.1 องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม 2.2.3.2 องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม และ 2.2.3.3 องค์กรระดับสูงและองค์กรลำดับรอง

2.2.3.1 องค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่ม

การแบ่งแยกองค์กรของรัฐออกเป็นองค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่มนี้ เป็นการแบ่งแยกโดยใช้หลักเรื่องการแสดงเจตนาขององค์กรเป็นเกณฑ์ องค์กรเดี่ยว คือ องค์กรที่ประกอบด้วยสมาชิกขององค์กรเพียงคนเดียว และบุคคลคนเดียวที่ดำรงตำแหน่งนั้น สามารถแสดงเจตนาในฐานะเป็นองค์กรของรัฐได้โดยลำพัง เช่น ผู้ว่าราชการจังหวัด อธิบดี ปลัดกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ฯลฯ ตำแหน่งต่างๆ ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐเหล่านี้ มีผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรเพียงคนเดียว เราจึงเรียกว่า องค์กรเดี่ยว อย่างไรก็ตามในการตัดสินใจแสดงเจตนา นั้น ผู้ดำรงตำแหน่งที่มีลักษณะเป็นองค์กรเดี่ยวอาจปรึกษารับฟังกับบุคคลอื่นได้ เช่น ก่อนการวินิจฉัยสั่งการ อธิบดีอาจหารือกับผู้ใต้บังคับบัญชาของตนเกี่ยวกับเนื้อหาของคำสั่งที่จะสั่งการออกไป เป็นต้น แต่การตัดสินใจและความรับผิดชอบทั้งปวงจะตกอยู่กับผู้ที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรเดี่ยวที่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการนั้น²¹⁰ รูปแบบการตั้งกรรมการที่ปรึกษาขึ้นมาเพื่อให้คำแนะนำแก่หัวหน้าหน่วย แต่การตัดสินใจทั้งหมดยังคงอยู่ในความรับผิดชอบของหัวหน้านั้น ตามหลักกฎหมายยังจัดให้อยู่ในประเภทของการจัดองค์กรเดี่ยวเช่นเดียวกัน แม้ว่าจะมีแนวโน้มที่จะเข้าไปใกล้องค์กรกลุ่มมากขึ้น²¹¹ การกำหนด

²⁰⁹ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 207.

²¹⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 27.

²¹¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. เล่มเดิม. หน้า 98.

องค์กรของรัฐในลักษณะที่เป็นองค์กรเดียวมีข้อดี คือ ทำให้การแสดงเจตนาหรือการวินิจฉัยสั่งการเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว แต่อาจมีข้อเสียตรงที่อำนาจในการวินิจฉัยสั่งการรวมศูนย์อยู่ที่บุคคลคนเดียว ดังนั้นหากผู้ที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรเป็นบุคคลที่ไม่รอบคอบ ก็อาจเกิดการวินิจฉัยสั่งการที่ผิดพลาดได้²¹²

สำหรับองค์กรกลุ่มนั้น คือ องค์กรของรัฐที่ประกอบขึ้นจากสมาชิกจำนวนหลายคน และสมาชิกที่ประกอบกันขึ้นนั้นต้องร่วมกันตัดสินใจหรือแสดงเจตนาออกไปภายนอกอย่างเป็นทางการ ตัวอย่างขององค์กรกลุ่ม เช่น สภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี คณะกรรมการต่างๆ เป็นต้น การจัดตั้งองค์กรของรัฐในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มมีข้อดีตรงที่ การตัดสินใจขององค์กรกลุ่มย่อมจะต้องผ่านการปรึกษาหารือ อภิปรายโต้แย้งกันก่อนที่องค์กรกลุ่มจะมีมติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งออกมา ส่วนข้อเสียของการจัดตั้งองค์กรของรัฐในรูปองค์กรกลุ่มก็คือ ความล่าช้า เพราะการจะตัดสินใจเรื่องๆ หนึ่งได้นั้น จะต้องมีการประชุม ปรึกษาหารือ จนกว่าจะมีมติออกมาได้²¹³ หลักการตัดสินใจรวมหมู่นี้เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งสำหรับการควบคุมการใช้อำนาจทั้งหลายในลักษณะที่เป็นการควบคุมภายในองค์กรนั่นเอง เท่ากับเป็นการสร้างหลักประกันว่า ก่อนที่จะมีการตัดสินใจลงไปนั้น จะต้องมีการปรึกษากันอย่างรอบคอบแล้วระดับหนึ่ง นอกจากนี้แล้วยังเป็นเครื่องมือเปิดโอกาสให้มีการดึงเอาผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ หรือแม้กระทั่งพลเมืองธรรมดาเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจด้วย โดยให้คนเหล่านั้นเข้ามาเป็นกรรมการ เช่น กรณีผู้พิพากษาสมทบ เป็นต้น²¹⁴

โดยเหตุที่องค์กรกลุ่มเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วยสมาชิกหลายคน การแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มจึงมีความซับซ้อนกว่าการแสดงเจตนาขององค์กรเดียว ระบบกฎหมายแต่ละระบบจึงต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการตัดสินใจและการแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ที่จะต้องพิจารณาเป็นลำดับไป²¹⁵ คือ 1) องค์กรประกอบ 2) องค์กรประชุม และ 3) องค์กรมติ

1) องค์กรประกอบขององค์กรกลุ่ม องค์กรกลุ่มแต่ละองค์กรจะมีจำนวนสมาชิกที่ประกอบกันขึ้นเป็นองค์กรจำนวนเท่าใดนั้น กฎหมายที่จัดตั้งองค์กรกลุ่มนั้นๆ จะได้กำหนดไว้ เช่น

²¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

²¹³ แหล่งเดิม.

²¹⁴ บุญศรี มีวงศ์โฆษ. เล่มเดิม. หน้า 98-99.

²¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคหนึ่ง²¹⁶ จัดตั้งองค์กรคณะรัฐมนตรีขึ้นมา หรือมาตรา 229 วรรคหนึ่ง²¹⁷ จัดตั้งองค์กรคณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้นมา เป็นต้น องค์กรกลุ่มจะมีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กรกลุ่มนั้นครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ในกรณีที่สมาชิกคนใดคนหนึ่งขององค์กรกลุ่มพ้นจากตำแหน่งไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ก็ย่อมจะต้องมีการแต่งตั้งสมาชิกคนใหม่ให้ครบถ้วนตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด องค์กรกลุ่มนั้นจึงจะมีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ได้ เว้นแต่กฎหมายจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เช่น บัญญัติว่าถ้าสมาชิกคนใดคนหนึ่งขององค์กรกลุ่มพ้นจากตำแหน่ง ให้องค์กรกลุ่มองค์กรนั้นประกอบด้วยสมาชิกเท่าที่มีอยู่ หรือบัญญัติให้องค์กรกลุ่มองค์กรนั้นยังคงสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ หากยังมีจำนวนสมาชิกถึงจำนวนที่กฎหมายกำหนด หรือมีจำนวนสมาชิกมากพอที่จะเป็นองค์ประชุม เป็นต้น²¹⁸

2) องค์ประชุมขององค์กรกลุ่ม การแสดงเจตนาขององค์กรกลุ่มต้องเกิดขึ้นจากการประชุมปรึกษาหารือในหมู่สมาชิกขององค์กร ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ที่มีอำนาจเรียกประชุมย่อมได้แก่ ประธานคณะกรรมการ หรือบุคคลอื่นที่ดำรงตำแหน่งประธานขององค์กรกลุ่มนั้น ทั้งนี้ประธานคณะกรรมการย่อมมีหน้าที่กำหนดวาระการประชุม เปิดประชุม ดำเนินการประชุม ตลอดจนปิดการประชุม โดยในการประชุมนั้นประธานมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาระเบียบแห่งที่ประชุมด้วย²¹⁹

การประชุมย่อมเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการเรียกประชุม ทั้งนี้จะต้องมีการระบุนวัน เวลา สถานที่ที่จะประชุม ตลอดจนวาระการประชุมไว้ในหนังสือเรียกประชุมนั้น การไม่เรียกประชุม แต่ใช้การลงมติในลักษณะที่เป็นหนังสือเวียนถามสมาชิกขององค์กรกลุ่ม แล้วนำความเห็นของสมาชิกเหล่านั้นมารวมเป็นมติขององค์กรกลุ่ม โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่เรื่องดังกล่าวเห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องที่ไม่มีความจำเป็นต้องอภิปรายหรือเป็นเรื่องที่สมาชิกทราบได้อยู่แล้ว และไม่จำเป็นที่จะต้องมาประชุมพร้อมกัน เช่นนี้ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

²¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน”

²¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 229 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คณะกรรมการการเลือกตั้ง ประกอบด้วย ประธานกรรมการคนหนึ่งและกรรมการอื่นอีกสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้ซึ่งมีความเป็นกลางทางการเมืองและมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นที่ประจักษ์”

²¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 28.

²¹⁹ แหล่งเดิม.

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความเห็นว่าการเวียนถามมติย่อมกระทำได้ แต่กรณีทีกล่าวนี้นี้อยู่หมัด
ว่าเป็นข้อยกเว้น²²⁰

การประชุมสมาชิกขององค์กรกลุ่มจะถือว่าการประชุมที่ชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อ
มีสมาชิมาประชุมครบองค์ประชุม องค์ประชุม คือ จำนวนสมาชิกขั้นต่ำที่จะต้องมาประชุม
เพื่อให้องค์กรกลุ่มองค์กรนั้นมีคุณสมบัติที่จะประชุมและมีมติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ โดยปกติ
แล้วกฎหมายจะไม่กำหนดองค์ประชุมขององค์กรกลุ่มให้เท่ากับจำนวนองค์ประกอบขององค์กร
กลุ่มเนื่องจากการเป็นกรยากมากที่จะเรียกร้องให้สมาชิกทุกคนต้องมาประชุมโดยมีอาจมีสมาชิกขาด
ประชุมได้แม้แต่คนเดียว โดยทั่วไปแล้ว หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประชุมของ
องค์กรกลุ่ม คือ สมาชิกจำนวนกึ่งหนึ่งขององค์ประกอบ เช่น คณะกรรมการคณะหนึ่งประกอบไป
ด้วยกรรมการจำนวน 12 คน หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประชุมของ
คณะกรรมการคณะดังกล่าว คือ 6 คน ซึ่งหมายความว่าหากมีกรรมการมาประชุมตั้งแต่ 6 คนขึ้นไป
ย่อมถือว่าคณะกรรมการคณะนั้นมีความสามารถในการประชุมและสามารถลงมติตัดสินใจเรื่อง
หนึ่งได้ การประชุมที่จะถือว่าถูกต้องนั้นจะต้องมีสมาชิกขององค์กรกลุ่มอยู่ร่วมในการประชุมครบ
องค์ประชุมตลอดเวลา²²¹

ในกรณีที่สมาชิกคนใดคนหนึ่งขององค์กรกลุ่มมีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา หรือมี
เหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรงที่ทำให้เห็นได้ว่าสมาชิกผู้นั้นน่าจะขาดความเป็นกลาง สมาชิกของ
องค์กรกลุ่มผู้นั้นจะเข้าร่วมประชุมพิจารณาตัดสินใจออกเสียงลงมติในเรื่องนั้นไม่ได้ ที่กฎหมายไม่
ยอมให้สมาชิกขององค์กรกลุ่มที่มีส่วนได้เสียกับเรื่องที่พิจารณาหรือที่มีเหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรง
อันอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางเข้าร่วมประชุมนั้น ก็เพราะเหตุว่าหากให้สมาชิกที่มีเหตุ
ดังกล่าวเข้าร่วมประชุมด้วย สมาชิกผู้นั้นอาจอภิปรายชักจูงโน้มน้าวใจสมาชิกคนอื่นไปในทางที่ตนซึ่ง
มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นอยู่ได้ประโยชน์หรืออาจทำให้สมาชิกคนอื่นไม่กล้าที่จะอภิปรายในเรื่อง
นั้นได้อย่างเต็มที่หรืออาจทำให้สมาชิกคนอื่นไม่กล้าที่จะตัดสินใจโดยอิสระ ดังนั้นมติขององค์กร
กลุ่มที่เกิดขึ้นจากการที่มีสมาชิกที่มีส่วนได้เสียร่วมประชุมอยู่ด้วย ย่อมทำให้มติดังกล่าวนั้น
กลายเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²²²

3) องค์มติขององค์กรกลุ่ม การแสดงเจตนาหรือการตัดสินใจขององค์กรกลุ่มที่มี
สมาชิมาประชุมครบองค์ประชุมย่อมถือว่าการแสดงเจตนาหรือการตัดสินใจที่ชอบด้วย
กฎหมาย หากปรากฏว่าการแสดงเจตนาหรือการตัดสินใจนั้นเกิดจากการออกเสียงลงมติโดยถูกต้อง

²²⁰ แหล่งเดิม.

²²¹ แหล่งเดิม. หน้า 28-29.

²²² แหล่งเดิม. หน้า 29.

ตามที่กฎหมายกำหนด ในกรณีที่ไม่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น มติขององค์กรกลุ่มที่จะถือว่าชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นมติที่เกิดจากเสียงข้างมากของสมาชิกที่มาประชุมเป็นองค์ประชุม อย่างไรก็ตาม กฎหมายอาจกำหนดให้มติขององค์กรกลุ่มเป็นอย่างอื่นได้²²³ เช่น

(1) มติเอกฉันท์ กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สมาชิกทุกคนขององค์กรกลุ่มต้องมาประชุมและออกเสียงไปในทางเดียวกันทั้งหมด กรณีนี้เรียกว่าเป็นมติเอกฉันท์ขององค์ประกอบหรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้สมาชิกทุกคนขององค์กรกลุ่มที่มาประชุมครบพอที่จะเป็นองค์ประชุมออกเสียงไปในทางเดียวกันทั้งหมด กรณีนี้เรียกว่ามติเอกฉันท์ขององค์ประชุม

(2) มติที่ไม่มีผู้คัดค้าน กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการออกเสียงลงมติในเรื่องหนึ่งเรื่องใดจะมีผู้คัดค้านไม่ได้ หากมีผู้คัดค้านแม้แต่คนเดียว องค์ประชุมองค์การนั้นย่อมไม่อาจมีมติในเรื่องนั้นได้

(3) มติเสียงข้างมาก แบ่งออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่

ก. มติเสียงข้างมากสัมพัทธ์ (Relative majority) คือ จำนวนคะแนนเสียงข้างมากที่สุดของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือขององค์ประชุม²²⁴ กรณีนี้เป็นกรณีที่ให้มีการลงคะแนนเลือกทางออกต่างๆ หรือเลือกคน ก็จะมีการนับคะแนนกันว่าใครหรือทางออกใดได้รับคะแนนเสียงมากที่สุด ผู้นั้นหรือทางออกนั้นก็จะเป็นผู้ได้รับเลือกหรือเป็นมติของที่ประชุมผู้เลือก เช่น มีคะแนนเลือกนาย ก. 40% ข. ได้คะแนน 39% ค. ได้คะแนน 21% นาย ก. จะเป็นผู้ได้รับเลือก เป็นผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากสัมพัทธ์ คือ มากที่สุดเมื่อเทียบกับคนอื่นๆ²²⁵

ข. มติเสียงข้างมากเด็ดขาด (Absolute majority) หรือเรียกว่า “มติธรรมดา” คือ จำนวนคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือขององค์ประชุม²²⁶ กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดคะแนนเสียงในการลงมติไว้ว่าต้องได้คะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกขององค์กรกลุ่มทั้งหมด (เกินกึ่งหนึ่งขององค์ประกอบ) หรือเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกที่มาประชุมพอที่จะเป็นองค์ประชุม (เกินกึ่งหนึ่งขององค์ประชุม)

ค. มติเสียงข้างมากพิเศษ หรือเรียกว่า “มติพิเศษ” กรณีนี้เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดคะแนนเสียงในการลงมติไว้เป็นพิเศษ เช่น กำหนดไว้ที่สองในสามของจำนวนสมาชิกขององค์กร

²²³ แหล่งเดิม.

²²⁴ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 210.

²²⁵ บุญศรี มีวงศ์โฆษ. เล่มเดิม. หน้า 99-100.

²²⁶ สมยศ เชื้อไทย. หน้าเดิม.

กลุ่มทั้งหมด (สองในสามขององค์ประกอบ) หรือกำหนดไว้ที่สองในสามของจำนวนสมาชิกที่มาประชุมพอที่จะเป็นองค์ประชุม (สองในสามขององค์ประชุม)

มีปัญหาว่าในกรณีที่สมาชิกขององค์กรกลุ่มคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนที่มาประชุมคัดออกเสียงไม่ลงมติในเรื่องนั้น จะนับคะแนนเสียงของผู้ที่คัดออกเสียงอย่างไร เรื่องนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน และแนวทางปฏิบัติของกฎหมายในต่างประเทศก็ยังไม่ตรงกัน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความเห็นว่าในกรณีเช่นนี้ต้องนับว่าสมาชิกที่คัดออกเสียงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสมาชิกที่มาประชุม คือ ถือว่าเป็นองค์ประชุม ส่วนการคัดออกเสียงย่อมต้องถือว่าสมาชิกผู้นั้นไม่ได้ตัดสินใจไปในทางหนึ่งทางใด จึงต้องไม่นับว่าเป็นเสียงข้างมากหรือเสียงข้างน้อยในการลงมติ ตัวอย่างเช่น คณะกรรมการคณะหนึ่งมีกรรมการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 12 คน ได้มีการแต่งตั้งกรรมการทั้ง 12 คน ครบถ้วนแล้ว ต่อมามีการนัดประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ปรากฏว่ามีกรรมการมาประชุม 7 คน ในการลงมติ กรรมการ 3 คน ลงมติไปทางหนึ่ง กรรมการ 2 คน ลงมติไปอีกทางหนึ่ง ส่วนกรรมการอีก 2 คน งดออกเสียง ดังนี้ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ มีความเห็นว่า การลงคะแนนเสียงของกรรมการ 3 คน ถือเป็นเสียงข้างมากแล้ว และย่อมต้องถือเป็นมติขององค์กร²²⁷

2.2.3.2 องค์กรเอกเทศและองค์กรร่วม

การแบ่งแยกองค์กรของรัฐในกรณีนี้พิจารณาจากจำนวนองค์กรของรัฐที่เข้าร่วมการแสดงเจตนาตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ถ้าการแสดงเจตนาตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่ง องค์กรของรัฐ องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียวมีอำนาจตัดสินใจได้อย่างเด็ดขาดโดยตนเอง เราเรียก องค์กรของรัฐองค์กรนั้นว่า “องค์กรเอกเทศ” แต่ถ้าการแสดงเจตนาตัดสินใจเรื่องใดเรื่องหนึ่งจะมีผลสมบูรณ์ในทางกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อองค์กรอย่างน้อย 2 องค์กรขึ้นไปต้องเข้าร่วมการแสดงเจตนาและการตัดสินใจนั้น เราเรียกองค์กรที่เข้าร่วมการแสดงเจตนาและการตัดสินใจนั้นว่า “องค์กรร่วม”²²⁸

องค์กรร่วมเกิดขึ้นเนื่องจากความประสงค์ที่จะให้มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่าง องค์กรของรัฐด้วยกันเอง และเพื่อให้มีการประสานงาน หรือร่วมมือระหว่างองค์กรของรัฐซึ่งทำหน้าที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน เพื่อรวมประสบการณ์ความรู้ความสามารถต่างๆ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมให้สมบูรณ์มากขึ้น²²⁹

²²⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ค เล่มเดิม. หน้า 30.

²²⁸ แหล่งเดิม.

²²⁹ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 210-211.

องค์กรเอกเทศ อาจเป็นองค์กรเดี่ยวหรือองค์กรกลุ่มก็ได้ กรณีที่องค์กรเอกเทศมีลักษณะเป็นองค์กรเดี่ยว เช่น การตัดสินใจออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตให้นำอาหารเข้ามาจำหน่ายในราชอาณาจักรของเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาเป็นองค์กรเดี่ยว และในกรณีนี้ก็เป็นองค์กรเอกเทศด้วยเพราะการตัดสินใจใช้อำนาจเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าว เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจร่วมกับผู้ใด เป็นต้น สำหรับกรณีที่องค์กรเอกเทศมีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม เช่น คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ภาษี คณะกรรมการคณะนี้เป็นองค์กรกลุ่ม เนื่องจากมีสมาชิกหลายคนประกอบกันขึ้นเป็นองค์กรและในขณะเดียวกันการวินิจฉัยเพิกถอนคำสั่งประเมินภาษีของเจ้าหน้าที่กรมสรรพากร คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถใช้อำนาจโดยตนเองได้ ไม่ต้องใช้อำนาจร่วมกับองค์กรอื่น ในกรณีนี้จึงถือว่าคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ภาษีเป็นองค์กรเอกเทศเช่นกัน เป็นต้น²³⁰

นอกจากการกำหนดให้องค์กรของรัฐเป็นองค์กรเอกเทศ คือ องค์กรของรัฐองค์กรนั้นมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการหรือแสดงเจตนาโดยตนเองตามลำพังแล้ว ในหลายกรณีกฎหมายจะกำหนดให้การวินิจฉัยสั่งการหรือการแสดงเจตนาเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องกระทำโดยองค์กรอย่างน้อย 2 องค์กร เช่น การตรากฎหมาย โดยทั่วไปแล้วจะต้องได้รับความยินยอมทั้งจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตลอดจนจะต้องให้พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นกฎหมายด้วย โดยในการลงพระปรมาภิไธยนั้น พระมหากษัตริย์ก็ไม่สามารถใช้อำนาจโดยพระองค์เองได้โดยลำพัง แต่จะต้องมีรัฐมนตรีคนหนึ่งลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เราจะพบว่าองค์กรต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง พระมหากษัตริย์ ล้วนแล้วแต่เป็นองค์กรร่วมในการตรากฎหมายทั้งสิ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในบรรดาองค์กรที่กล่าวมาไม่มีองค์กรหนึ่งองค์กรใดเป็นองค์กรเอกเทศในการตรากฎหมายได้ องค์กรร่วมนั้นอาจเป็นได้ทั้งองค์กรเดี่ยวและองค์กรกลุ่มเช่นกัน เช่น กระบวนการตรากฎหมาย สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาเป็นองค์กรร่วมที่เป็นองค์กรกลุ่ม ส่วนพระมหากษัตริย์และนายกรัฐมนตรี เป็นองค์กรร่วมที่เป็นองค์กรเดี่ยว²³¹

2.2.3.3 องค์กรระดับสูงและองค์กรลำดับรอง

องค์กรของรัฐประเภทนี้แบ่งโดยพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน เพราะองค์กรของรัฐต้องเกิดขึ้นหรือจัดตั้งและมีอำนาจหน้าที่โดยกฎหมาย “องค์กรระดับสูง” เป็นองค์กรของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด และไม่อยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรอื่น เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐสภา เป็นต้น

²³⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค หน้าเดิม.

²³¹ แหล่งเดิม. หน้า 30-31.

องค์กรระดับสูงถือเป็นองค์กรที่มีใ้ได้อยู่ใ้้องค์กรอื่นใด บางครั้งจึงเรียกว่าเป็น “องค์กรโดยตรง” หรือ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ส่วน “องค์กรลำดับรอง” เป็นองค์กรที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าองค์กรระดับสูง เพราะมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้เจตจำนงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญคือรัฐสภา องค์กรประเภทนี้จึงอาจเรียกว่า “องค์กรโดยอ้อม” องค์กรของรัฐทั้งหลายต้องเกิดขึ้นโดยอำนาจรัฐ ซึ่งแสดงออกโดยกฎหมายจัดตั้ง แต่ทั้งนี้มิใช่เพียงองค์กรที่กฎหมายกล่าวถึงเท่านั้นแต่จะต้องกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ด้วย โดยปกติองค์กรลำดับรองเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลาย เช่น อธิบดี ผู้ว่าราชการจังหวัด นายอำเภอ หรือคณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ เป็นต้น²³²

2.3 รัฐบาล

หัวข้อรัฐบาลได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 4 เรื่อง คือ 2.3.1 ระบบการปกครอง: ลักษณะทั่วไปของรัฐบาล 2.3.2 การกระทำทางบริหาร 2.3.3 คณะรัฐมนตรี: รูปแบบการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี และ 2.3.4 มติคณะรัฐมนตรี

2.3.1 ระบบการปกครอง: ลักษณะทั่วไปของรัฐบาลในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย

ระบบการปกครอง (regime of Government) เป็นคนละอย่างกับระบบรัฐบาล (system of Government) เพราะในขณะที่ระบบรัฐบาล หมายถึง สถานะหรืออำนาจหน้าที่ของรัฐบาล แต่ระบบการปกครอง หมายถึง แนวความคิดหรือลัทธิการเมืองที่นำมาใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศและในการกำหนดระบบรัฐบาล กำหนดสิทธิเสรีภาพของราษฎร ตลอดจนกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินในรัฐธรรมนูญ²³³ เราอาจแบ่งระบบการปกครองออกได้เป็นหลายแบบ แม้ตำราในทางรัฐศาสตร์ก็จำแนกแตกต่างกันออกไป แต่ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่าควรจำแนกตามกฎแห่งอำนาจอธิปไตย ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ ดังนี้²³⁴

- 1) ระบบประชาธิปไตย ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน
- 2) ระบบเผด็จการ ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของบุคคลหรือคณะบุคคล

อนึ่ง แม้ในรัฐที่ยึดระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยก็อาจมีมาตรการเผด็จการบางอย่างแอบแฝงอยู่ได้ ซึ่งอาจเป็นมาตรการในเหตุฉุกเฉิน หรือมาตรการแอบแฝงมาในภาวะปกติ แต่แตกต่างรูปแบบภายนอกให้ดูเป็นประชาธิปไตย เช่น ในสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 สหราชอาณาจักร

²³² สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 212.

²³³ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 245.

²³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 246.

อาณาจักรได้เลิกระบบบริหารราชการแผ่นดินโดยคณะรัฐมนตรี และใช้ระบบคณะรัฐมนตรียามสงคราม (War Cabinet) แทน คือ มีคณะรัฐมนตรีเพียง 2-3 คน ปกครองประเทศ ดังนี้เป็นการรวบอำนาจประการหนึ่ง ในบางประเทศตั้งรูปแบบเป็นประชาธิปไตย แต่วางมาตรการแบบเผด็จการแฝงไว้ เช่น รัฐธรรมนูญไวมา (Weimar Constitution) ของสาธารณรัฐไวมา (ปัจจุบัน คือ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) สมัยสงครามโลกครั้งที่ 1 มาตรา 48 กำหนดให้อำนาจประธานาธิบดีสั่งการได้ในเหตุฉุกเฉิน แม้รัฐธรรมนูญของประเทศไทยบางสมัยก็ให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการได้เป็นกรณีพิเศษ เช่น มาตรา 17 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มาตรา 17 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 และมาตรา 27 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 เป็นต้น ซึ่งได้บัญญัติเนื้อหาไว้ในทำนองเดียวกัน ยิ่งกว่านั้นวิถีทางประชาธิปไตยที่ให้ตัดสินใจปัญหาโดยเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ก็อาจมีการรวมเสียงกันข่มเหงฝ่ายข้างน้อย หรือใช้อำนาจฝ่ายข้างมากสนับสนุนฝ่ายบริหารทุกเรื่องเสมอไป ดังที่เรียกกันว่า “เผด็จการโดยรัฐสภา” ในขณะเดียวกัน บางประเทศที่ถูกระบอบเผด็จการก็อาจใช้ชื่อสื่อไปในทางประชาธิปไตยเพื่อให้สับสนกันก็เป็นได้ ดังเห็นได้ว่า ประเทศในค่ายคอมมิวนิสต์หลายประเทศเรียกชื่อประเทศตนว่า “สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชน” ซึ่งเป็นที่น่าสังเกตว่า ประเทศในค่ายประชาธิปไตยเสียอีกที่ไม่นิยมเรียกตนเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้เองเมื่อพูดถึงระบอบประชาธิปไตย หรือระบอบเผด็จการในประเทศใด จะพิจารณาแต่เฉพาะตัวบทรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่พิจารณาถึงโครงสร้างทางการเมืองที่แท้จริง และวัฒนธรรมทางการเมืองของชนในชาติหาได้ไม่ สำหรับกรณีประเทศไทย รัฐธรรมนูญในอดีตไม่ได้กำหนดระบอบการปกครองไว้โดยชัดแจ้ง เป็นแต่อนุมานเอาจากบทบัญญัติที่ว่า “อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งมีความหมายว่า เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เช่น มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 และมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นต้น แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นฉบับแรกที่เริ่มบัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตย มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” บทบัญญัตินี้กำหนดรูปแบบประมุข และรูปแบบของระบอบการปกครองไว้ว่าจะต้องคู่กันเช่นนี้ ไม่ใช่ประชาธิปไตยแบบใดก็ได้ ซึ่งก็ใช้เป็นแม่แบบในรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มาจนถึงทุกวันนี้²³⁵

รัฐแม้จะมีสถานะเป็นผู้มีอำนาจกระทำการต่างๆ แต่ก็เป็นบุคคลในแง่นามธรรม หรือ “นิติบุคคล” เท่านั้น ไม่มีตัวตนและไม่มีชีวิตจิตใจดังเช่น “บุคคลธรรมดา” ดังนั้น รัฐจึงยอมไม่

²³⁵ แหล่งเดิม, หน้า 251.

สามารถใช้อำนาจอธิปไตยได้ด้วยตนเอง ต้องมีคณะบุคคลหรือบุคคลธรรมดาคนหนึ่งเป็นอย่างน้อย เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการต่างๆ แทนรัฐ และในนามของรัฐ คณะบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ดังกล่าว เรียกว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ”²³⁶ แบ่งแยกตามหน้าที่ (function) เพื่อใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ ได้แก่ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ โดยในส่วนองค์กรฝ่ายบริหารแต่ละประเทศจะมีผู้ใช้อำนาจคือ “รัฐบาล” (Government) ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน วางนโยบายเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ เป็นตัวแทนของประเทศในการเจรจา และติดต่อเพื่อเสริมสร้างความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศต่างๆ อีกทั้งมีหน้าที่ควบคุมบังคับบัญชาและกำกับดูแลฝ่ายปกครองให้ปฏิบัติราชการทางปกครองอยู่ในกรอบของกฎหมายและนำเอา นโยบายของรัฐบาลไปปฏิบัติให้เกิดผลสัมฤทธิ์

สำหรับในหัวข้อนี้จะเน้นการศึกษาเฉพาะระบบรัฐบาลในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยเท่านั้น โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 เรื่อง คือ 2.3.1.1 ระบบรัฐบาลหลักๆ ในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย และ 2.3.1.2 ความหมายของรัฐบาล และคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.3.1.1 ระบบรัฐบาลหลักๆ ในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย

ระบบการปกครอง (regime) เป็นเรื่องของอุดมการณ์ ทฤษฎี ลัทธิ ความเชื่อหรือความคิดรวบยอด เมื่อถึงเวลาจะจัดรูปแบบให้เป็นรูปธรรมเห็นจริง เห็นจัง ปฏิบัติได้ และกลไกต่างๆ ทำงานได้อย่างมีจังหวะที่เหมาะสม จำต้องจัดระบบรัฐบาลให้สอดคล้องรองรับกัน จะเป็นระบบการปกครองครอบอยู่เฉยๆ ไม่ได้ จำต้องจัดรูปแบบให้เห็นว่าประมุขของประเทศต้องทำอะไร อย่างไร องค์กรทางการเมืองอื่นๆ ต้องทำอะไร อย่างไร จึงจะกลายเป็นระบบการปกครองนั้นๆ ขึ้นมา รูปธรรม รูปแบบ หรือระบบที่เกิดขึ้นเพื่อสอดคล้องรองรับระบบการปกครองนี้ เรียกว่า “ระบบรัฐบาล” (system of Government) ซึ่งในระบบการปกครองเดียวกันอาจจัดระบบรัฐบาลได้หลายระบบต่างกันออกไป แต่ก็มิ้นกวิชาการบางคนกล่าวว่าระบบรัฐบาลไม่มีอยู่จริง เป็นเพียงตัวอย่างสมมติหรือสิ่งที่เรียกลอยๆ เท่านั้น ถ้าจะมีอยู่จริงก็ควรเรียกว่าการปกครองโดยรัฐบาล ซึ่งมีสภาวะรูปแบบต่างๆ กันออกไป²³⁷

ในระบบการปกครองประชาธิปไตย จำเป็นต้องมีการจัดรูปแบบการปกครอง หรือที่เรียกว่า “ระบบรัฐบาล” ซึ่งหมายถึง การจัดรูปแบบ โครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง อำนาจหน้าที่ในที่นี้รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ทางการเมือง เช่น

²³⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540, เมษายน). “ศาลปกครอง กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. (บรรณาธิการ). *ศาลปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2) (หน้า 70).

²³⁷ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 252.

ความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับประมุข ประมุขกับรัฐสภา รัฐสภากับคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีกับประมุข เป็นต้น ในระบบรัฐบาลจะมีการกำหนดสูตร วิธีการ หรือกติกาละเอียดลงไปถึงขนาดว่ารัฐสภามาจากไหน ทำอะไรได้หรือไม่ได้ คณะรัฐมนตรีมาจากไหน ทำหน้าที่อะไร ใครคุมใคร ใครใหญ่กว่าใคร ใครมีความสัมพันธ์ขนาดไหนกับใครเพียงไร คำว่า “ระบบรัฐบาล” ในที่นี้จึงหมายถึงระบบรัฐบาลในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจทางการเมือง (political power) สถาบันทางการเมือง (political institution) และบทบาททางการเมือง (political function) ไม่ใช่ระบบรัฐบาลในทางกฎหมายปกครองซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจการปกครอง (administrative power) การจัดบริการสาธารณะ (public service) และความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือความสัมพันธ์ระหว่างกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ด้วยกัน อันอาจเรียกว่าระบบรัฐบาลในอีกความหมายหรือแง่มุมหนึ่ง²³⁸

การจัดตั้งรัฐบาลในแต่ละประเทศนั้นไม่เหมือนกัน ขึ้นอยู่กับระบบรัฐบาลในแต่ละประเทศ เราสามารถแบ่งระบบรัฐบาลหลักๆ ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยพิจารณาจากรูปแบบของฝ่ายบริหารเป็นสำคัญได้ 4 ระบบ คือ รูปแบบที่ 1 ระบบรัฐบาลของรัฐสภา (Assembly system) ในการบริหารประเทศนั้นสภาปกครองของประเทศจะจัดตั้ง คณะกรรมการบริหารประเทศขึ้นมาหนึ่งคณะ และให้คณะกรรมการบริหารประเทศตามแนวทางนโยบายสภาปกครองของประเทศ ประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ รูปแบบที่ 2 ระบบรัฐสภา (Parliamentary system) จะมีการจัดตั้งคณะบุคคลที่เรียกว่า คณะรัฐมนตรี (Cabinet) ทำหน้าที่องค์กรฝ่ายบริหารร่วมกันในฐานะรัฐบาล ตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันในการใช้อำนาจบริหาร ประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภาได้แก่ สหราชอาณาจักร ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศไทย เป็นต้น รูปแบบที่ 3 ระบบประธานาธิบดี (Presidential system) องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารคือ ประธานาธิบดี รัฐมนตรีเป็นเพียงผู้ช่วยหรือที่ปรึกษาของประมุขแห่งรัฐ ประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดีคือ สหรัฐอเมริกา รูปแบบที่ 4 ระบบกึ่งรัฐสภา กึ่งประธานาธิบดี (Semi-Parliamentary or Semi-Presidential system) หรือระบบผสม ประมุขของรัฐคือประธานาธิบดี และนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารร่วมกัน ประเทศที่ใช้ระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภาคือ ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งต่อไปจะได้กล่าวถึงระบบรัฐบาลต่างๆ ในรายละเอียด ดังนี้

1) ระบบรัฐบาลของรัฐสภา (Assembly Government)

รูปแบบการปกครองที่ใช้ระบบรัฐบาลของรัฐสภา หรือในบางตำราเรียกว่า “รัฐบาลภายใต้รัฐสภา”²³⁹ หรือ “ระบบการปกครองโดยรัฐสภา”²⁴⁰ ระบบนี้มีใช้อยู่ในประเทศ

²³⁸ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 252-253.

²³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 271.

สวิตเซอร์แลนด์ ในขั้นต้นประชาชนจะเป็นผู้เลือกสมาชิกรัฐสภา ต่อจากนั้นรัฐสภาก็จะเป็นผู้เลือกสรรบุคคลขึ้นประกอบเป็นฝ่ายบริหาร โดยรัฐสภาจะเป็นผู้ควบคุมตัวบุคคลและนโยบายของฝ่ายบริหารโดยใกล้ชิด ระบบนี้รัฐบาลจึงเป็นของรัฐสภาโดยแท้²⁴¹ คณะรัฐมนตรีแบบนี้ถือกำเนิดมาจากหลักที่ว่ารัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่ เป็นผู้แทนของประชาชนจึงมีอำนาจในการทำกิจการต่างๆ แทนประชาชน รวมทั้งกิจการที่สำคัญที่สุดไม่แพ้การออกกฎหมาย คือ การจัดตั้งรัฐบาล หรือประกอบคณะรัฐมนตรี²⁴² ตามระบบนี้ ทุกๆ 4 ปี รัฐสภาจะประชุมร่วมกันเพื่อเลือกคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งเป็นจำนวน 7 คน เพื่อให้มาใช้อำนาจบริหาร ประธานของคณะกรรมการทำหน้าที่ประธานของสหพันธ์สวิตเซอร์แลนด์ กรรมการแต่ละคนต่างมีฐานะเท่ากันและประชุมร่วมกัน คณะกรรมการมีหน้าที่นำมติของรัฐสภามาปฏิบัติให้ตรงตามความประสงค์ของรัฐสภา ถ้าหากมีความเห็นขัดแย้งกับรัฐสภา กรรมการจะต้องโอนอ่อนผ่อนปรนตามความประสงค์ของรัฐสภา หรือมิฉะนั้นก็ต้องลาออกจากตำแหน่งไป²⁴³ สมาชิกสภาที่ได้รับเลือกเป็นกรรมการบริหารประเทศหรืออีกนัยหนึ่งก็คือรัฐมนตรีนั่นเอง จะต้องขาดจากความเป็นสมาชิกสภา แต่สามารถเข้าประชุมและอภิปรายในรัฐสภาได้โดยไม่มีสิทธิลงคะแนนเสียง ทุกๆ ปีรัฐสภาจะประชุมร่วมกันและเลือกรัฐมนตรีคนหนึ่งเป็นประธานาธิบดี คณะกรรมการบริหารประเทศหรือคณะรัฐมนตรีมีอำนาจน้อยมาก กิจการส่วนใหญ่รวมทั้งนโยบายจะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภา²⁴⁴

ระบบเช่นนี้ดัดแปลงมาจากระบบรัฐสภา หรือจะเรียกว่าเป็นระบบดั้งเดิมของประเทศสวิตเซอร์แลนด์แต่นำหลักบางส่วนจากระบบรัฐสภามาใช้ก็ได้ แต่ก็นับว่ามีความเป็นตัวของตัวเองมาก มีผู้เรียกระบบเช่นนี้ว่า ระบบรัฐบาลของรัฐสภา (Assembly Government) กล่าวคือ ประชาชนเป็นเจ้าของรัฐสภาและรัฐสภาเป็นเจ้าของรัฐบาล คือ เป็นผู้ให้ความเห็นชอบทั้งประมุขของรัฐซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ตัวบุคคลผู้เป็นคณะรัฐมนตรี และนโยบายของรัฐบาล²⁴⁵

ประเทศไทยเคยทดลองใช้ระบบนี้เมื่อประกาศใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ในขั้นต้นให้มีสภาผู้แทนราษฎรขึ้น ต่อจากนั้นสภา

²⁴⁰ มนูญ บริสุทธี. (2521). *คณะรัฐมนตรี* (อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายมนูญ บริสุทธี ม.ป.ช., ม.ว.ม., ท.จ.ว.). หน้า 2.

²⁴¹ วิษณุ เครืองาม ข หน้าเดิม.

²⁴² แหล่งเดิม. หน้า 548.

²⁴³ มนูญ บริสุทธี. เล่มเดิม. หน้า 2-3.

²⁴⁴ วิษณุ เครืองาม ข หน้าเดิม.

²⁴⁵ แหล่งเดิม.

ผู้แทนราษฎรจะเป็นผู้ควบคุมคณะกรรมการราษฎร ตามมาตรา 9²⁴⁶ ของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475²⁴⁷ และกำหนดให้องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ได้แก่ พระมหากษัตริย์และคณะกรรมการราษฎรใช้อำนาจบริหารร่วมกัน คณะกรรมการราษฎรทำหน้าที่เช่นเดียวกับคณะรัฐมนตรี แต่แตกต่างจาก “ระบบรัฐสภา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน คือ คณะกรรมการราษฎรไม่มีอำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยกำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการราษฎรคณะหนึ่งประกอบด้วยประธานกรรมการราษฎร 1 นาย และกรรมการราษฎรอีก 14 นาย เป็นฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 32²⁴⁸ ของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือกประธานกรรมการราษฎร หลังจากนั้นให้ผู้ที่ได้รับเลือกเป็นประธานกรรมการราษฎรทำการเลือกกรรมการราษฎรอีก 14 นาย ตามมาตรา 33²⁴⁹ โดยคณะกรรมการราษฎรเป็นกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรมีหน้าที่ “ดำเนินการตามรัฐประศาสน์นโยบายของสภา” สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจดูแลควบคุมกิจการของประเทศ กำหนดรัฐประศาสน์นโยบายให้คณะกรรมการราษฎรไปปฏิบัติและถอดถอนกรรมการราษฎรได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการราษฎรคล้ายคลึงกับคณะกรรมการบริหารประเทศของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั่นเอง²⁵⁰

คณะกรรมการราษฎรมีอำนาจหน้าที่ในทางนิติบัญญัติและทางบริหาร กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัตินั้นเมื่อมีกรณีฉุกเฉินเกิดขึ้น คณะกรรมการราษฎรจะเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรให้ทันทั่วทั้งที่มีได้ และคณะกรรมการราษฎรเห็นสมควรจะต้องออกกฎหมายเพื่อให้เหมาะแก่การฉุกเฉินนั้น ก็มีอำนาจทำได้ แต่จะต้องรับนำกฎหมายนั้นให้สภาผู้แทนราษฎรรับรองต่อไป ตาม

²⁴⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 9 บัญญัติว่า “สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจดูแลควบคุมกิจการของประเทศ และมีอำนาจประชุมกันถอดถอนกรรมการราษฎรหรือพนักงานรัฐบาลผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้”

²⁴⁷ วิษณุ เครืองาม ข หน้าเดิม.

²⁴⁸ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 32 บัญญัติว่า “คณะกรรมการราษฎรประกอบด้วยประธานคณะกรรมการราษฎร 1 นาย และกรรมการราษฎร 14 นาย รวมเป็น 15 นาย”

²⁴⁹ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 33 บัญญัติว่า “ให้สภาเลือกตั้งสมาชิกในสภาผู้ 1 ขึ้นเป็นประธานกรรมการ และให้ผู้เป็นประธานนั้นเลือกสมาชิกในสภาอีก 14 นายเพื่อเป็นกรรมการ การเลือกนี้เมื่อได้รับความเห็นชอบของสภาแล้ว ให้ถือว่าผู้ที่ได้รับเลือกนั้นๆ เป็นกรรมการของสภา ในเมื่อสภาเห็นว่ากรรมการมิได้ดำเนินการตามรัฐประศาสน์นโยบายของสภา สภามีอำนาจเชิญกรรมการให้ออกจากหน้าที่ แล้วเลือกตั้งใหม่ตามที่กล่าวในตอนนั้น”

²⁵⁰ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 549.

พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 29²⁵¹ ซึ่งพิจารณาได้ว่าอำนาจดังกล่าวเหมือนอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่สามารถตราพระราชกำหนดได้ในปัจจุบัน

สำหรับอำนาจบริหารของคณะกรรมการราษฎรนั้น หลวงจักรปาณิสวัสดิ์สุทธีใช้คำว่า “อำนาจทางธุรการ”²⁵² ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เช่น คณะกรรมการราษฎรมีอำนาจในการกระทำการแทนในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในพระนคร ตามมาตรา 5²⁵³ เป็นผู้ลงนามรับรองสำหรับการกระทำใดๆ ของพระมหากษัตริย์ โดยได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการราษฎร ตามมาตรา 7²⁵⁴ ควบคุมการบริหารงานของเสนาบดีในกิจการทั้งปวง ตามมาตรา 31²⁵⁵ การเสนอคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งและถอดถอนเสนาบดี ตามมาตรา 35²⁵⁶ การเจรจาการเมืองกับต่างประเทศ ตามมาตรา 36²⁵⁷

²⁵¹ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ถ้ามีการฉุกเฉินเกิดขึ้นซึ่งคณะกรรมการจะเรียกประชุมสภาราษฎรให้ทันทั่วทั้งมิได้ และคณะกรรมการราษฎรเห็นสมควรจะต้องออกกฎหมาย เพื่อให้เหมาะแก่การฉุกเฉินนั้นๆ ก็ทำได้ แต่จะต้องรับนำกฎหมายนั้นขึ้นให้สภารับรอง”

²⁵² จักรปาณิสวัสดิ์สุทธี, หลวง. (2475). *อธิบายธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามเปรียบเทียบกับประเทศต่างๆ*. หน้า 62.

²⁵³ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ถ้ากษัตริย์มีเหตุจำเป็นชั่วคราวที่จะทำหน้าที่ไม่ได้ หรือไม่อยู่ในพระนคร ให้คณะกรรมการราษฎรเป็นผู้ใช้สิทธิแทน”

²⁵⁴ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 7 บัญญัติว่า “การกระทำใดๆ ของกษัตริย์ต้องมีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วย โดยได้รับความยินยอมของคณะกรรมการราษฎรจึงจะใช้ได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”

²⁵⁵ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 31 บัญญัติว่า “ให้เสนาบดีกระทรวงต่างๆ เป็นผู้รับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎรในกิจการทั้งปวง

สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร หรือกระทำให้ไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ”

²⁵⁶ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 35 บัญญัติว่า “การตั้งการถอดตำแหน่งเสนาบดี ย่อมเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ พระราชอำนาจนี้จะทรงใช้แต่โดยตามคำแนะนำของคณะกรรมการราษฎร”

²⁵⁷ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 36 บัญญัติว่า “การเจรจาการเมืองกับต่างประเทศเป็นหน้าที่ของกรรมการผู้แทนราษฎร และกรรมการอาจตั้งผู้แทนเพื่อการนี้ได้

สำหรับอำนาจกระทำการแทนของคณะกรรมการราษฎรในกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในพระนครตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 นั้น หลวงจักรปาณิสวัสดิ์วิสุทธิ เห็นว่า

“ตามแนวความคิดแห่งพระธรรมนูญนี้ เข้าใจว่ามุ่งหมายให้การทำงานของรัฐบาลสำเร็จไปโดยรวดเร็วเป็นข้อใหญ่ โดยให้มีตัวผู้ใช้อำนาจเต็มที่อยู่เป็นนิจ เพราะฉะนั้นจึงไม่ยอมให้การเสด็จไม่อยู่ในพระนคร หรือเหตุจำเป็นส่วนพระองค์ของพระเจ้าแผ่นดินถ่วงให้กิจการต่างๆ ต้องล่าช้าไป ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างจึงบัญญัติให้คณะกรรมการราษฎรเข้าสวมตำแหน่งกษัตริย์ได้ทันทีในเวลาจำเป็น โดยมีพิกัดต้องทรงตั้งผู้รักษาพระนคร หรือผู้สำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์ เหมือนดังที่เคยทำมาแต่ปางก่อน ที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้นับว่าเป็นการจำเป็นตามกาลสมัย แต่มีข้อควรทักท้วงว่าบทบัญญัติเช่นนี้ทำให้หน้าที่กษัตริย์กับของคณะกรรมการราษฎรก้าวถ่างกันไป”²⁵⁸ แต่อย่างน้อยย่อมแสดงให้เห็นถึงจารีตประเพณีในการปกครองประเทศที่ต้องมีองค์กรที่ดูแลบริหารประเทศอยู่ตลอดเวลา

นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 31 เสนาบดีกระทรวงต่างๆ ต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎรในกิจการทั้งปวง สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการ หรือกระทำไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ โดยที่กฎหมายบัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเช่นนี้อาจมีความเข้าใจได้ 2 ทาง คือ

(1) คณะกรรมการราษฎรทั้งคณะรวมกันทำหน้าที่เป็นอัครมหาเสนาบดีเพื่อควบคุมคณะเสนาบดีอีกต่อหนึ่ง ถ้าเป็นเช่นนั้นเมื่อสภาผู้แทนราษฎรหมดความเชื่อถือคณะเสนาบดีจนเป็นเหตุให้คณะเสนาบดีต้องออกจากตำแหน่งเมื่อใด ก็แปลว่า อัครมหาเสนาบดี (คือกรรมการราษฎร) ต้องออกด้วย และสภาผู้แทนราษฎรจะต้องเลือกตั้งคณะกรรมการและคณะเสนาบดีขึ้นใหม่ โดยอนุโลมตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะเสนาบดี (Collective Responsibility of the Cabinet) ซึ่งเป็นหลักปฏิบัติกันในประเทศที่มีธรรมนูญการปกครองเป็นส่วนใหญ่

(2) เสนาบดีเป็นแต่พนักงานผู้รับบัญชาจากคณะกรรมการราษฎรเท่านั้น

ตามข้อสันนิษฐานเข้าใจว่าผู้ร่างกฎหมายตั้งใจให้รูปแบบการปกครองเป็นไปตามวิธีที่สองมากกว่าวิธีแรก คือ ให้คณะกรรมการรวมกันทำหน้าที่เป็นเสนาบดีทุกกระทรวง และให้ผู้

การเจรจาได้ดำเนินไปประการใดให้กรรมการรายงานกราบบังคมทูลกษัตริย์ทรงทราบ

การให้สัตยาบันสัญญาทางพระราชไมตรีเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ แต่จะทรงใช้พระราชอำนาจนี้ตามคำแนะนำของกรรมการราษฎร”

²⁵⁸ จักรปาณิสวัสดิ์วิสุทธิ, หลวง. เล่มเดิม. หน้า 27.

ออกชื่อว่า “เสนาบดี” เป็นแต่เพียงพนักงานคอยรับคำสั่งจากคณะกรรมการและต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎรโดยตรง ทำนองตำแหน่งปลัดพลเรือน (ปัจจุบัน คือ ตำแหน่งปลัดกระทรวง) ต้องรับผิดชอบต่อคณะกรรมการซึ่งทำหน้าที่เสนาบดีเช่นนั้น ด้วยเหตุนี้ธรรมเนียมจึงไม่ได้กล่าวถึง “คณะเสนาบดี” แต่ได้ใช้คำว่า “เสนาบดีกระทรวงต่างๆ” ซึ่งหมายความว่าเสนาบดีต่างคนก็ต่างต้องรับผิดชอบในวงงานของตนต่อคณะกรรมการ (และรับผิดชอบเฉพาะแต่ภายในวงงานของตนเท่านั้น) ไม่เป็น “คณะ” (Cabinet) ต่อไป และไม่จำเป็นต้องเข้ารับหรือออกจากตำแหน่งพร้อมกับคณะกรรมการราษฎร²⁵⁹ ส่วนคณะกรรมการราษฎรนั้น เมื่อสภาผู้แทนราษฎรชุดหนึ่งหมดวาระเมื่อใด ให้ถือว่ากรรมการชุดนั้นหมดวาระด้วย ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 34²⁶⁰ เข้าใจว่าถ้าสภาผู้แทนราษฎรหมดความเชื่อถือเมื่อใด คณะกรรมการจะต้องออกจากตำแหน่งเมื่อนั้นด้วยตามมาตรา 9 ทั้งนี้เป็นการเดินตามแบบของประเทศที่มีธรรมเนียมใหม่ๆ เช่น ประเทศรัสเซีย ซึ่งมีกรรมการแห่งคณะบริหารกลาง เรียกว่า คณะกรรมการดูแลกิจการ (Presidium) เป็นผู้ดูแลการแทนและมีอำนาจสิทธิขาดเช่นเดียวกับคณะบริหารกลาง²⁶¹ และประเทศจีน ซึ่งมีสภาควบคุมการงาน (Control Yuan) มีอำนาจหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการงานของรัฐบาลทั่วไปตามกฎหมาย²⁶² เป็นต้น

ดังนั้น คณะกรรมการราษฎรตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 จึงไม่ใช่คณะรัฐมนตรีในความหมายของระบบรัฐสภา เพราะไม่มีอำนาจในการยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ อยู่ปฏิบัติงานด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรสามารถถอดถอนให้ออกจากตำแหน่งได้เป็นรายบุคคล ในกรณีที่อายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงมีผลให้คณะกรรมการราษฎรพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะด้วยนั้น ไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ให้อำนาจกรรมการราษฎรที่พ้นจากตำแหน่งรักษาการต่อไป

²⁵⁹ แหล่งเดิม. หน้า 69.

²⁶⁰ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 34 บัญญัติว่า “กรรมการคนใดมีเหตุอันกระทำให้กรรมการคนนั้นขาดคุณสมบัติอันกำหนดไว้สำหรับผู้แทนในมาตรา 11 ก็ตาม หรือตายก็ตาม ให้สภาเลือกกรรมการแทนสำหรับตำแหน่งนั้นๆ ในเมื่อสภาได้เลือกตั้งกรรมการแล้ว สภาชุดนั้นหมดกำหนดอายุตำแหน่งเมื่อใด ให้ถือว่ากรรมการชุดนั้นย่อมหมดกำหนดอายุตำแหน่งด้วย”

²⁶¹ จักรปาณิสรีสวัสดิ์, หลวง. เล่มเดิม. หน้า 92.

²⁶² แหล่งเดิม. หน้า 96.

นอกจากนี้ หากพิจารณาตามธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ได้กำหนดให้มีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 5²⁶³ แต่ทว่ารูปแบบการปกครองตามธรรมเนียมฉบับนี้มีได้เป็นรูประบบรัฐสภา เพราะขาดสาระสำคัญที่ว่าคณะรัฐมนตรีไม่ต้องขอความไว้วางใจจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ และสภาร่างรัฐธรรมนูญก็ไม่มีสิทธิเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีตามธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มีอำนาจบริหารเช่นเดียวกับคณะรัฐมนตรีชุดอื่น และมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ามีการประชุมร่วมกัน มติของที่ประชุมอาศัยเสียงข้างมาก แต่ทว่าคณะรัฐมนตรีไม่ต้องรับผิดชอบในการบริหารต่อผู้ใด และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภา²⁶⁴

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาถึงฝ่ายบริหารที่ใช้ระบบรัฐบาลของรัฐสภาแล้ว มีการจัดตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจฝ่ายบริหารในรูปของคณะกรรมการคล้ายกับคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภา แต่ขาดสาระสำคัญบางประการ กล่าวคือ ไม่สามารถทำงานตามนโยบายของฝ่ายบริหารเองอย่างอิสระ ไม่สามารถใช้อำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ นอกจากนี้ ไม่ปรากฏว่าบัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการบริหารประเทศทำหน้าที่รักษาการในกรณีที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว

2) ระบบรัฐสภา (Parliamentary system)

รูปแบบการปกครองที่เรียกว่า “ระบบรัฐสภา” เป็นรูปการปกครองที่เริ่มต้นและใช้อยู่ในสหราชอาณาจักร และประเทศอื่นๆ ได้จำลองดัดแปลงมาใช้ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นอร์เวย์ เบลเยียม ญี่ปุ่น ไทย เป็นต้น ได้มีการจัดตั้งคณะบุคคลให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร เรียกว่า “คณะรัฐมนตรี” คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้า และรัฐมนตรีอีกจำนวนหนึ่ง ที่เรียกคณะรัฐมนตรีก็เพราะนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีประชุมกันเป็นคณะ เพื่อวินิจฉัยกิจการต่างๆ ร่วมกัน โดยอาศัยเสียงข้างมากของที่ประชุม ประธานของที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ได้แก่ นายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต่างมีฐานะทัดเทียมกัน คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินด้วยความไว้วางใจของรัฐสภา²⁶⁵

ในทางรัฐศาสตร์มีทฤษฎีรูปแบบของการปกครองในระบบรัฐสภา 2 ทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีแห่งดุลยภาพ และทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง ซึ่งอธิบายถึงความสัมพันธ์ในการบริหารงานระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภา ดังนี้

²⁶³ ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 มาตรา 5 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติใช้บังคับโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารและศาลใช้อำนาจตุลาการ ทั้งนี้ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

²⁶⁴ มนูญ บริสุทธี. เล่มเดิม. หน้า 3-4.

²⁶⁵ แหล่งเดิม. หน้า 1-2.

(1) ทฤษฎีแห่งดุลยภาพ²⁶⁶ เป็นทฤษฎีที่มีความคิดหลักอยู่สองประการ คือ ดุลย์แห่งอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และความร่วมมือถ้อยทีถ้อยอาศัยกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร โดยทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างก็มีมาตรการที่จะใช้อำนาจของตนคานกับอำนาจอีกฝ่ายหนึ่งอย่างได้ผล รัฐสภาอาจตั้งกระทู้ถามเกี่ยวกับนโยบายหรือการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลได้ และอาจขอเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเป็นเหตุให้รัฐบาลต้องลาออกได้ ในทำนองเดียวกัน รัฐมนตรีก็มีสิทธิที่จะเข้าไปแถลงชี้แจงปัญหาต่างๆ ในการบริหารประเทศในรัฐสภาได้ และที่สำคัญที่สุดคือการที่ฝ่ายบริหารมีสิทธิในการยุบสภาผู้แทนราษฎรได้

นักรัฐศาสตร์ฝรั่งเศส คือ ศาสตราจารย์ ดูกี อดีคณบดีคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยบอร์โดซ์ ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ที่คิดค้นทฤษฎีนี้ขึ้นเมื่อประมาณคริสต์ศตวรรษที่ 19 เชื่อว่าการที่ฝ่ายบริหารมีสิทธิในการยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นเหตุให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไตร่ตรองให้รอบคอบเสียก่อน ก่อนที่จะดำเนินมาตรการรุนแรงใดๆ ต่อรัฐบาล แนวความคิดดังกล่าวเป็นแนวความคิดที่มองเห็นได้โดยไม่ยากนักว่ามีปรากฏการณ์เกี่ยวกับดุลยภาพ (แห่งอำนาจ) เกิดขึ้น แต่ในปัจจุบันนี้สถานการณ์ทางการเมืองได้เปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการไปมาก รัฐสภา (อย่างน้อยสภาผู้แทนราษฎร) เป็นสภาที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรง การยุบสภาผู้แทนราษฎรในบางกรณีจึงไม่เกี่ยวกับดุลย์แห่งอำนาจแต่อย่างใด หากแต่มีเหตุขัดแย้งหรือความลังเลใจในการปกครองบริหารประเทศเกิดขึ้น รัฐบาลอาจหาคำตอบได้ด้วยการยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศทำหน้าที่เป็นกรรมการตัดสินด้วยการเลือกสภาผู้แทนราษฎรที่มีแนวความคิดสนับสนุนการดำเนินงานหรือนโยบายใดนโยบายหนึ่งเข้ามาในรัฐสภา เป็นการบีบบังคับให้รัฐบาลต้องคำนึงถึงการปฏิบัติตามความต้องการของประชาชน เป็นต้น

นอกจากดุลย์แห่งอำนาจในลักษณะดังกล่าวแล้ว ในทางทฤษฎี ยังมีการแบ่งแยกองค์กรต่างๆ ออกเป็นสัดส่วนอย่างได้ดุลย์อีกด้วย สำหรับรัฐสภานั้น ส่วนมากมักจะประกอบด้วย 2 สภา คือ สภาผู้แทนราษฎรซึ่งประชาชนเป็นผู้เลือกสภานี้ และวุฒิสภาหรือสภาสูงซึ่งสมาชิกอาจได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยทางอ้อมหรือโดยการแต่งตั้ง หรือในบางกรณีก็ด้วยชาติกำเนิด (เช่น ในสหราชอาณาจักร) เป็นต้น ในทำนองเดียวกัน ทางด้านฝ่ายบริหารก็มีการแบ่งแยกออกเป็นสองส่วนเช่นกัน ได้แก่ ประมุขของประเทศซึ่งอาจเป็นองค์พระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดีส่วนหนึ่ง และรัฐบาลซึ่งประกอบด้วยคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ในการปกครองบริหารประเทศอีกส่วนหนึ่ง นับว่าองค์กรของแต่ละอำนาจทั้งสองมีการแบ่งแยกออกไปอย่างได้ดุลยภาพ

²⁶⁶ โกสินทร์ วงศ์สุววัฒน์. (2518). *ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย*. หน้า 24-28.

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับความร่วมมือที่ถ้อยอาศัยซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนั้น ทั้งรัฐสภาและรัฐบาลต่างก็ต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ฝ่ายบริหารอาจเป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา และที่ฝ่ายบริหารนั่นเองที่เป็นผู้ประกาศใช้กฎหมายที่ผ่านรัฐสภาแล้ว นอกจากนั้น จะเห็นได้ว่าฝ่ายบริหารยังมีอำนาจในการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือเป็นผู้ดำเนินงานประกาศพระราชกฤษฎีกาเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายอีกด้วย ในทำนองเดียวกัน รัฐสภาก็เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของฝ่ายรัฐบาล เป็นต้นว่า รัฐสภาเป็นผู้อนุมัติพระราชบัญญัติงบประมาณ เปิดโอกาสให้รัฐบาลสามารถดำเนินการปกครองบริหารประเทศได้ ในบางกรณีการเจรจาทำความตกลงเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับประเทศต่างๆ ซึ่งได้กระทำไปโดยรัฐบาลนั้น จะมีผลผูกพันหรือบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับการรับรองให้สัตยาบันจากรัฐสภาแล้วเท่านั้น

(2) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง²⁶⁷ นักรัฐศาสตร์กล่าวกันว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองด้วยการลาออกจากตำแหน่ง สืบเนื่องมาจากการที่รัฐสภาไม่ให้ความไว้วางใจ เมื่อนั้นถือว่าระบบการปกครองดังกล่าวเป็นแบบรัฐสภา ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมืองเป็นทฤษฎีที่ง่ายต่อการทำความเข้าใจเป็นอย่างยิ่ง ฉะนั้น จึงเป็นทฤษฎีที่ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก ที่มาของทฤษฎีนี้เกิดขึ้นจากปรากฏการณ์ทางการเมืองในสมัยเก่า ได้แก่ การลาออกจากตำแหน่งของรัฐบาลโดยการนำของ ลอร์ดนอร์ธ ใน สหราชอาณาจักร ในปีคริสต์ศักราช 1782 และการลาออกของ Depretis และ Crispi ในประเทศอิตาลี ในปีคริสต์ศักราช 1876 และ 1886 ตามลำดับ เป็นต้น

ตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 เป็นต้นมา ประเทศต่างๆ ในยุโรป (และนอกยุโรป) ต่างก็นำระบบรัฐสภาไปประยุกต์ใช้ โดยมีการระบุไว้ในรัฐธรรมนูญว่ารัฐบาลอยู่ได้ด้วยความไว้วางใจของรัฐสภา (ซึ่งถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชน) นับเป็นการนำระบบรัฐสภาไปใช้ในประเทศที่ไม่มีภูมิหลังทางการเมืองการปกครองในระบบรัฐสภานี้มาก่อน (ด้วยเหตุผลนี้เอง จึงต้องมีการระบุถึงเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกือบทุกฉบับก็มีการระบุหลักเกณฑ์ที่ว่านี้ไว้ทั้งสิ้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ระบุหลักการให้รัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่ง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีไม่ว่าจะเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะก็ตาม จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 187 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 159 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 168 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 150 เป็นต้น แต่นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็น

²⁶⁷ แหล่งเดิม. หน้า 28-30.

ต้นมาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ระบุหลักการใหม่โดยให้รัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่ง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีเท่านั้น หากสภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ไม่กระทบถึงรัฐมนตรีทั้งคณะด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 215 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 216 วรรคหนึ่ง (5) มาตรา 185 และมาตรา 186 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 180 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (4) มาตรา 158 และมาตรา 159 เป็นต้น การที่หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการเมืองกลับกลายมาเป็นแก่นกลางของทฤษฎีเช่นนี้มีสาเหตุประการหนึ่งอยู่ที่ว่า องค์ประชุมของประเทศถูกลดทอนอำนาจให้ลดน้อยลงเป็นอันมาก นอกจากนั้น ประมุขของประเทศไม่ว่าจะเป็นองค์พระมหากษัตริย์ หรือประธานาธิบดี ต่างก็มีบทบาททางการเมืองน้อยลง (เนื่องจากไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองอีกต่อไป) ด้วยเหตุนี้ในระยะหลังการพิจารณาว่าการปกครองของประเทศใดเป็นระบบรัฐสภาหรือไม่ จึงนิยมดูกันที่ความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลที่มีต่อรัฐสภานี้เอง อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีเกี่ยวกับเรื่องนี้ก็ยังมีจุดอ่อนอยู่บ้าง เช่น ในปัจจุบันนี้การที่รัฐบาลสหราชอาณาจักรจะถูกลงมติไม่ไว้วางใจจากรัฐสภาซึ่งสมาชิกส่วนใหญ่มาจากพรรคเดียวกันกับรัฐบาลนั้น จะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยาก

ลักษณะของคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภานั้น คณะรัฐมนตรีจะมีฐานะเท่าเทียมกับรัฐสภา โดยมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันและคอยตรวจสอบการทำงานซึ่งกันและกัน ก่อให้เกิดความสมดุลในการทำหน้าที่ แต่เนื่องจากคณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากพรรคเดียวกันเป็นส่วนใหญ่ การตรวจสอบการทำงานย่อมเป็นไปได้ยาก จึงทำให้ขาดความสมดุลในการตรวจสอบการทำงานที่ ย่อมทำให้เกิดเผด็จการทางรัฐสภาได้โดยง่าย จึงเกิดแนวความคิดจัดให้มีระบบรัฐสภาแบบใหม่ที่ทันสมัยขึ้นเรียกว่า ระบบรัฐสภาที่ทำให้มีเหตุผลมากขึ้น (Rationalized parliamentary system) กล่าวคือ ปรับปรุงระบบความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในทางการเมืองของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ สร้างระบบการตรวจสอบคณะรัฐมนตรีเพิ่มเติมโดยกำหนดให้มีองค์กรควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองอื่นๆ นอกจากกลไกดั้งเดิมที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน ปรับปรุงกระบวนการการเลือกตั้ง เป็นต้น แนวทางดังกล่าวเป็นการปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงในทางสังคมวิทยาการเมืองอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพื่อแก้ไขปัญหาวิกฤตในทางสังคมและในทางการเมืองได้²⁶⁸

²⁶⁸ สุรพล นิติไกรพจน์. (2538). *ระบบการควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม* (รายงานวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (กพป.)). หน้า 7.

3) ระบบประธานาธิบดี (Presidential system)

ระบบประธานาธิบดีเป็นระบบการปกครองที่มีการแยกอำนาจ และอำนาจที่แยกกันอยู่นั้นสมดุลกัน กล่าวคือ แต่ละอำนาจต่างเป็นอิสระต่อกันและมีหน้าที่ดำเนินงานของตนโดยเฉพาะ ไม่มีการก้าวท้าวซึ่งกันและกัน ในการนี้จะเห็นได้ว่าไม่มีอำนาจฝ่ายใดที่มีหน้าที่แต่งตั้งบุคคลหรือหน่วยงานในอำนาจฝ่ายอื่น เช่น ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ที่ได้รับเลือกจากประชาชนเอง เช่นเดียวกับสมาชิกสภาองเกรส เมื่อทั้งสองอำนาจต่างมีที่มาจากปวงชนเหมือนกันเช่นนี้แล้ว ประธานาธิบดีย่อมไม่สามารถที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ ในขณะที่ด้วยกันรัฐสภา也不能บีบบังคับให้ประธานาธิบดีต้องลาออกจากตำแหน่ง (ยกเว้นกรณีทรยศต่อประเทศชาติ) นอกจากนั้น ไม้ว่าประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาหรือรัฐสภาก็ตาม ก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้พิพากษาศาลสูงลาออกจากตำแหน่งได้ นับว่าแต่ละอำนาจเป็นอิสระต่อกัน และแต่ละอำนาจมีหน้าที่เฉพาะของตนซึ่งไม่ก้าวท้าวกันอีกด้วย รัฐสภาสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ในทางนิติบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว ประธานาธิบดีไม่มีสิทธิที่จะเสนอร่างกฎหมายหรือเข้าร่วมอภิปรายชี้แจงใดๆ ในรัฐสภาทั้งสิ้น ส่วนรัฐสภาก็ไม่มีอำนาจโดยตรงที่จะเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร²⁶⁹

ในระบบประธานาธิบดี แม้จะมีการเรียกประชุมรัฐมนตรีแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นการประชุมอย่าง “คณะรัฐมนตรี” ในความหมายที่เข้าใจกันทั่วไป เพราะประธานาธิบดีอาจเรียกประชุมหรือไม่ก็ได้ เลือกเชิญประชุมเพียงบางคนก็ได้ และในการประชุมแม้รัฐมนตรีทุกคนมีสิทธิออกความเห็น แต่จะไม่มีการลงมติตัดสินใจปัญหาและไม่ถือว่ารัฐมนตรีแต่ละคนมีหนึ่งคะแนนเสียงเท่ากัน ถ้าคะแนนเสียงก้ำกึ่งกันให้ประธานออกเสียงตัดสินดังในกรณีมีการประชุมทั่วไป ที่เป็นเช่นนี้เพราะประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจเต็มและรับผิดชอบโดยลำพัง บรรดารัฐมนตรีเป็นเพียงคณะทำงาน (staff) หรือคณะที่ปรึกษาของประธานาธิบดีแต่มีอำนาจตามกฎหมายระบุไว้เท่านั้น ไม่ใช่แต่เพียงอำนาจที่เกิดจากการมอบหมายอย่างเต็มที่ไป²⁷⁰ ในทางปฏิบัติ การประชุมบรรดารัฐมนตรีไม่ได้ทำในรูปคณะ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเรียกประชุมบรรดารัฐมนตรีทุกสัปดาห์เพื่อปรึกษากลุมความเห็นในกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด การวินิจฉัยว่าสมควรดำเนินการอย่างไรในกิจการใดไม่ได้เป็นไปตามเสียงข้างมากของที่ประชุม ประธานาธิบดีจะเป็นผู้วินิจฉัยเสียเอง ภายหลังที่ได้ฟังความคิดเห็นของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องว่าควรจะทำอย่างไร²⁷¹

²⁶⁹ โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 147-148.

²⁷⁰ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 599.

²⁷¹ มนูญ บริสุทธี. เล่มเดิม. หน้า 1.

4) ระบบกึ่งรัฐสภา กึ่งประธานาธิบดี (Semi-Parliamentary or Semi-Presidential system)

ในประเทศฝรั่งเศส สมัยสาธารณรัฐที่ 5 คือ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปี คริสต์ศักราช 1958 (Constitution of 4 October 1958) มีลักษณะการจัดระบบการปกครองในแบบนี้ ทั้งนี้โดยได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์บางประการของระบบรัฐสภาและระบบประธานาธิบดีมาใช้ร่วมกัน ทำให้ฝ่ายบริหารมีฐานะเหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมาก จนกล่าวได้ว่าเป็นการปกครองแบบ “กึ่งรัฐสภา” หรือ “กึ่งประธานาธิบดี” แต่ลักษณะของรูปแบบการปกครองเช่นนี้จะคงอยู่ได้ก็ต่อเมื่อมีประธานาธิบดีที่เข้มแข็ง มีความเชี่ยวชาญในการใช้อำนาจ และมีเสียงสนับสนุนเพียงพอในรัฐสภาเท่านั้น²⁷²

ระบบกึ่งรัฐสภา กึ่งประธานาธิบดีของประเทศไทยมีบทบาททางการเมืองมากขึ้นกว่าการเป็นเพียงประมุขของรัฐดังในระบบรัฐสภา การที่ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งจากประชาชนด้วยวิธีการเลือกตั้งที่ค่อนข้างซับซ้อน แต่แสดงให้เห็นถึงความนิยมของมหาชนอย่างแท้จริง จึงเหมาะที่จะมีอำนาจมากไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าประธานาธิบดีในระบบประธานาธิบดีโดยไม่ขัดต่ออุดมการณ์ประชาธิปไตย มิเชล เดอเบร ซึ่งเป็นบุคคลสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสและให้กำเนิดระบบรัฐบาลแบบนี้ต้องการนำเอากระบวนการในระบบรัฐสภามาใช้ จึงได้กำหนดให้มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร มีการควบคุมการทำงานของรัฐบาล ขอมให้รัฐบาลเสนอกฎหมายได้ แต่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่ยอมให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจทางการเมืองมากอย่างในระบบรัฐสภาของสหราชอาณาจักร หากโอนอำนาจนั้นไปให้ประธานาธิบดีเป็นส่วนใหญ่²⁷³ ผลที่เกิดขึ้นจึงเป็นว่า ระบบกึ่งรัฐสภา กึ่งประธานาธิบดีภายใต้สาธารณรัฐที่ 5 มีแนวโน้มที่จะเอนเอียงไปในทางระบบประธานาธิบดี เมื่อเป็นเช่นนี้ความรับผิดชอบที่รัฐบาลมีต่อรัฐสภาก็หมดความหมายลงอย่างมาก มีประโยชน์อะไรที่จะคว่านายกรัฐมนตรีในเมื่อนายกรัฐมนตรีไม่ได้กำหนดนโยบายทั่วไป แต่เป็นประธานาธิบดีภายใต้รัฐธรรมนูญฯ คริสต์ศักราช 1958 สถาบันที่เป็นหลักให้แก่ฝ่ายบริหารก็ได้แก่ประธานาธิบดี ไม่ใช่รัฐบาล อย่างไรก็ตามความยุ่งยากอาจเกิดขึ้นได้ถ้าพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสรวมกันได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ มีระเบียบวินัยและเป็นปึกแผ่น ในสถานะเช่นนี้ก็คาดได้ว่าจะเกิดการพิพาทระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภาและระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐบาล จุดอ่อนของสาธารณรัฐที่ 5 อยู่ตรงนี้

²⁷² โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 157.

²⁷³ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 270.

คือ เป็นระบบการปกครองที่คงรูปแบบรัฐสภาเอาไว้ แต่ในขณะเดียวกันก็ให้ประธานาธิบดีมีอำนาจมากซึ่งผิดหลัก ในทางที่ถูกควรจะเป็นนายกรัฐมนตรีที่ได้รับอำนาจมาก²⁷⁴

กล่าวโดยสรุป รูปแบบการปกครองในแต่ละประเทศมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกัน สำหรับประเทศไทย ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา รูปแบบปกครองได้วิวัฒนาการจากระบบรัฐบาลของรัฐสภามาเป็นระบบรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเป็นองค์กรที่มีฐานะเท่าเทียมกัน ร่วมมือซึ่งกันและกัน พร้อมทั้งตรวจสอบการทำงานซึ่งกันและกัน รัฐสภาสามารถที่จะอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีได้ และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรได้

2.3.1.2 ความหมายของรัฐบาล และคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภา

เพื่อให้เข้าใจสาระสำคัญของคณะรัฐมนตรีมากขึ้น จึงขออธิบายความหมายของรัฐบาล และคณะรัฐมนตรี

คำว่า “รัฐบาล” (Government) หมายความว่า องค์การของรัฐที่ประกอบด้วยบุคคลและคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจบริหารเพื่อดำเนินการปกครองประเทศ²⁷⁵ ในสมัยโบราณมีความคิดที่ถือว่ารัฐกับรัฐบาลเป็นอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ถืออำนาจปกครองเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับดินแดนและประชานั่น ดังที่พระเจ้าหลุยส์ที่ 14 กษัตริย์แห่งประเทศฝรั่งเศสสมัยหนึ่งถึงกับออกพระโอษฐ์ว่า “รัฐคือข้า” (L’État c’est moi) แต่ภายหลังเป็นที่เข้าใจกันดีขึ้นว่าอำนาจปกครองดินแดนและประชาชนเป็นสิ่งที่อยู่คงที่และถาวร รัฐบาลหรือผู้ปกครองเป็นเพียงผู้ที่เข้ามาสวมตำแหน่งและใช้อำนาจนั้นตามวาระหรือตามโอกาสเท่านั้น หากได้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับตัวอำนาจนั้นไม่ กล่าวคือ ตัวอำนาจนั้นตั้งอยู่คงที่แต่ตัวรัฐบาลเปลี่ยนแปลงได้²⁷⁶

หากพิจารณา “รัฐบาล” ในระบบรัฐสภาของประเทศไทยประกอบด้วย 3 ส่วน²⁷⁷

ส่วนที่หนึ่ง ได้แก่ พระมหากษัตริย์ในฐานะทรงเป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร ทรงใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยผ่านทางคณะรัฐมนตรี และถือเป็นส่วนที่ประจำเพราะจะทรงอยู่ในตำแหน่งพระมหากษัตริย์ไปจนตลอดพระชนม์ชีพ หรือจนกว่าจะสละราชสมบัติโดยจะมีผู้มาดำรงตำแหน่งด้วยการสืบราชสมบัติตามกฎหมายแต่ยกราชสมบัติด้วยวิธีการสืบราชสันตติวงศ์ สืบต่อกันไปไม่สิ้นสุด

²⁷⁴ จรูญ สุภาพ, สุจิต บุญบงการ, พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย และอรณี นวลสุวรรณ. (2523). *การเมืองการปกครองยุโรป: อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์*. หน้า 100-101.

²⁷⁵ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 27.

²⁷⁶ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 10.

²⁷⁷ สาโรช โชติพันธ์. (2541). *การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลโดยรัฐสภา*. หน้า 65.

ส่วนที่สอง ได้แก่ คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม (Collective Organ) กระทำการต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกำหนด โดยประชุมร่วมกันและลงมติให้มีผลในทางกฎหมาย และต้องรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) ต่อรัฐสภา อยู่ในตำแหน่งตราบท่าที่สภายังให้ความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน

ส่วนที่สาม ได้แก่ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล และเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีในฐานะสมาชิกของรัฐบาลมาจากการคัดเลือกของนายกรัฐมนตรี และโดยการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ ซึ่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นองค์กรเดี่ยว (Monocratic Organ) กระทำการต่างๆ รับผิดชอบโดยบุคคลๆ เดียว รับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รัฐมนตรีอยู่ในตำแหน่งตราบท่าที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรียังอยู่ปฏิบัติหน้าที่หรือตราบท่าที่ยังได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎรให้ทำหน้าที่บริหารประเทศ รวมถึงในกรณีที่รัฐมนตรียังได้รับความไว้วางใจจากนายกรัฐมนตรีให้ทำหน้าที่ด้วย

เมื่อทราบถึงลักษณะทั่วไปของคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภาแล้ว ย่อมเป็นการสมควรที่จะศึกษาเรื่องการกระทำทางบริหารต่อไป

2.3.2 การกระทำทางบริหาร

การใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐจะแสดงออกมาในรูปของการกระทำลักษณะต่างๆ ผ่านทางองค์กรของรัฐ การกระทำของรัฐหากพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางบริหาร และการกระทำทางตุลาการ

สำหรับการกระทำทางบริหาร หรือการบริหารนั้น เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจของรัฐในขอบเขตที่กว้างขวางมากยากในการจำกัดความ หากพิจารณาถึงลักษณะการปรากฏของการกระทำของรัฐที่จัดว่าเป็นการกระทำทางบริหารก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่ครอบคลุมการกระทำของรัฐ 2 ลักษณะ คือ 2.3.2.1 การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางการเมือง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง (Political Power) และ 2.3.2.2 การกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง (Administrative Power)

2.3.2.1 การกระทำทางรัฐบาล (Act of Government)

การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่เพื่อการดำรงอยู่ของรัฐหรือความปลอดภัย ความมั่นคงและความเจริญก้าวหน้าของรัฐ เช่น การประกาศสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การริเริ่มนโยบายการพัฒนาประเทศด้านต่างๆ รวมทั้งการดำเนินการระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเกี่ยวกับการบริหารประเทศ เช่น การขออนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี การเสนอร่างกฎหมาย การตรวจสอบของ

รัฐสภา เป็นต้น กิจกรรมเหล่านี้เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในการนำการบริหารเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ จึงเป็นการกระทำที่อยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ในแง่ฝ่ายบริหารจึงมิใช่ทำหน้าที่เฉพาะการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น แต่เป็นผู้วางนโยบายในการบริหารประเทศและคอยควบคุมกำกับและชี้แนะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐ อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาลจึงไม่อาจมอบให้องค์กรอื่นหรือเอกชนไปดำเนินการแทนได้²⁷⁸

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้มีอำนาจดำเนินการในทางรัฐบาลหรือในฐานะเป็นรัฐบาล คือ พระมหากษัตริย์และคณะรัฐมนตรีประกอบกัน เนื่องจากประเทศไทยปกครองในระบอบที่พระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขมิได้ทรงบริหารราชการแผ่นดินด้วยพระองค์เอง แต่ทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นคณะหนึ่งมาบริหารและรับผิดชอบแทนพระองค์ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 171 วรรคหนึ่ง²⁷⁹ และมาตรา 195 วรรคหนึ่ง²⁸⁰

ตำแหน่งพระมหากษัตริย์เป็นตำแหน่งประจำถาวรไม่มีวาระ คือดำรงตำแหน่งอยู่ตลอดพระชนมายุและมีการสืบราชสันตติวงศ์ต่อไปตามกฎหมายแต่โบราณว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์และตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ส่วนคณะรัฐมนตรี พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามวิถีทางในระบบรัฐสภา โดยจะทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีก่อน เมื่อได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยมีประธานรัฐสภารับสนองพระบรมราชโองการแล้ว นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้เลือกบุคคลอื่นอีกจำนวนหนึ่งพลเอกฯ ถวายเพื่อทรงแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการต่อไปในการดำเนินการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร

การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีนี้ก็คือการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง ซึ่งอาจสรุปได้ว่ามีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ ดังต่อไปนี้²⁸¹

- 1) การริเริ่มนโยบายบริหารประเทศ ซึ่งรวมทั้งการริเริ่มในการตรากฎหมาย

²⁷⁸ สมยศ เชื้อไทย, เล่มเดิม, หน้า 221-222.

²⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน”

²⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 195 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บทกฎหมายพระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้”

²⁸¹ สมยศ เชื้อไทย, เล่มเดิม, หน้า 223.

2) การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายออกมาแล้ว ก็จะต้องมีเจ้าหน้าที่คอยทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งทำให้ฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจแต่งตั้งเจ้าหน้าที่และใช้อำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่เหล่านั้นด้วย นอกจากนั้นฝ่ายบริหารอาจได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจกำหนดวิธีการรายละเอียดเพื่อบังคับการให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งจะปรากฏในลักษณะมอบให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายลำดับรอง เช่น การออกกฎกระทรวง พระราชกฤษฎีกา หรือข้อบังคับ เป็นต้น

3) การป้องกันประเทศ ถือเป็นอำนาจหน้าที่สำคัญของฝ่ายบริหารเพื่อการดำรงอยู่ของ รัฐ โดยอาศัยอำนาจหน้าที่นี้ทำให้ฝ่ายบริหารต้องจัดเตรียมกองกำลังทหารเพื่อต่อสู้กับศัตรูที่รุกรานจากภายนอก หรือมีอำนาจประกาศสงครามโดยความเห็นชอบของรัฐสภาหรืออำนาจประกาศภาวะฉุกเฉิน เพื่อจัดระเบียบบริหารในสถานการณ์พิเศษหรือสถานการณ์ที่ไม่เป็นปกติ

4) การติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ อำนาจหน้าที่นี้ทำให้ฝ่ายบริหารต้องจัดให้มีทูตประจำประเทศต่างๆ เพื่อการติดต่อค้าขาย เพื่อความเจริญก้าวหน้าของประเทศ รวมทั้งเป็นการป้องกันประเทศโดยทางอ้อม เพราะเมื่อมีสัมพันธ์ที่ดีกับประเทศต่างๆ แล้ว ก็จะไม่มีการรุกรานจากภายนอกมารุกราน

2.3.2.2 การกระทำทางปกครอง (Act of Administrative)

การกระทำทางปกครองเป็นอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเป็นการกิจของรัฐโดยทั่วไป โดยจะต้องปฏิบัติตามนโยบาย คำสั่ง และคำชี้แนะของรัฐบาล และจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย โดยปกติเป็นงานธุรการประจำวันที่ต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง มิเช่นนั้นจะมีปัญหาต่อการดำรงชีวิตของประชาชนโดยทั่วไป

การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของส่วนรวม ได้แก่

ประการแรก การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนภายในประเทศ เป็นการดำเนินการจัดระเบียบชีวิตของคนในสังคม ซึ่งได้แก่ งานด้านการปกครองและด้านตำรวจ คือ การรักษาความปลอดภัยในชีวิต ทรัพย์สินและเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง

ประการที่สอง งานด้านพัฒนาสังคมและเศรษฐกิจ เป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนเกิดความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตในสังคม ซึ่งได้แก่ การดำเนินกิจการสาธารณูปโภค สาธารณูปการ การสาธารณสุข การสังคมสงเคราะห์ รวมตลอดทั้งด้านการศึกษา และวัฒนธรรม

บริการสาธารณะเหล่านี้ เป็นกิจการซึ่งกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ หรือส่วนราชการเป็นผู้ดำเนินการนั่นเอง และในยุคปัจจุบันรัฐได้ขยายตัวเข้าไปในขอบเขตทางเศรษฐกิจมากขึ้น ทั้งในลักษณะเข้าควบคุมและส่งเสริมสนับสนุน เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน รวมทั้งการเข้า

ไปเป็นผู้ประกอบการเอง ที่เรียกว่ารัฐวิสาหกิจ (วิสาหกิจมหาชน) ทำให้กิจการของฝ่ายปกครองขยายตัวตามไปด้วย การกระทำทางปกครองจึงยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากขึ้น

เนื่องจากกิจการทางการปกครองของรัฐมีมากมายหลากหลาย การดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงได้จำเป็นต้องจัดตั้งองค์การและเจ้าหน้าที่เข้ามาช่วยดำเนินการ กฎหมายจัดตั้งองค์การและเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 4²⁸² แบ่งการบริหารราชการแผ่นดินออกเป็น 3 ส่วน คือ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น

ราชการส่วนกลาง ได้แก่ กระทรวง ทบวง และกรม ซึ่งตั้งอยู่ที่ส่วนกลาง

ราชการส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้านซึ่งตั้งอยู่ในส่วนภูมิภาคต่างๆ ของประเทศ จัดเป็นสาขาของราชการส่วนกลาง

ราชการส่วนท้องถิ่นเป็นราชการในระบบกระจายอำนาจ คือ องค์การที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจดำเนินการบริหารกิจการในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดได้โดยอิสระ ไม่ต้องรอฟังคำสั่งหรือนโยบายจากส่วนกลาง

องค์การและเจ้าหน้าที่ของรัฐในส่วนราชการทั้ง 3 ส่วน จัดเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการในกิจการทั้งหลายที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ รวมทั้งกฎหมายลำดับรองทั้งหลายด้วย

ในการดำเนินการทางปกครอง เนื่องจากการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐ ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีสถานะพิเศษเหนือกว่าเอกชน เช่น มีอำนาจทางมหาชนที่จะออกคำสั่งบังคับฝ่ายเดียวต่อเอกชน โดยไม่จำเป็นต้องให้เอกชนยินยอม เช่น การจับกุม คุมขัง การตรวจค้น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การเรียกเก็บภาษีอากร เป็นต้น นอกจากนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งได้เองโดยไม่ต้องขออำนาจจากศาลก่อนถ้าเป็นกรณีสั่งการตามกฎหมายมหาชน ต่างจากกรณีของเอกชนที่ไม่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิของตนได้โดยพลการ แต่จะต้องไปฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเมื่อชนะคดีแล้วก็ต้องอาศัยคำสั่งบังคับคดีของศาลมาบังคับคู่กรณีให้ดำเนินการตามคำพิพากษา

²⁸² พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ให้จัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ดังนี้

- (1) ระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง
- (2) ระเบียบบริหารราชการส่วนภูมิภาค
- (3) ระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่น”

ต่อไป สำหรับทรัพย์สินของรัฐซึ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นเครื่องมือดำเนินการให้บรรลุภารกิจของรัฐก็ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษแตกต่างจากทรัพย์สินของเอกชนเช่นกัน กล่าวคือ จะถูกยึดไปชำระหนี้ หรือจะครอบครองปรปักษ์เพื่อยึดเอาเป็นกรรมสิทธิ์เหมือนทรัพย์สินของเอกชนมิได้²⁸³

เพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจึงมี “หลักนิติรัฐ” เป็นพื้นฐานในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตามหลักนิติรัฐดังกล่าวทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการภายในขอบเขตของกฎหมาย หรือเป็นตามหลักกฎหมายปกครองที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ตามหลักนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันกับกฎหมายในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งมีผลที่สำคัญในทางกฎหมายปกครอง 2 ประการ²⁸⁴ คือ

1) ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้ราษฎรกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในลักษณะรुकล้ำสิทธิเสรีภาพหรือจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพของราษฎร องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตาม “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” หรือ “หลักกฎหมายเป็นเงื่อนไขของอำนาจ” ทั้งนี้เป็นวิธีการที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ เพราะในระบอบประชาธิปไตย การจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพของราษฎรจะกระทำได้อต่อเมื่อผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบโดยตราออกมาเป็นกฎหมายในลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป

2) องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะออกคำสั่งหรือกำหนดมาตรการให้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้ ฝ่ายบริหารไม่เพียงเป็นแขนขาของฝ่ายนิติบัญญัติ คือ ต้องปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจของตนเอง กล่าวคือ สามารถที่จะริเริ่มกระทำการต่างๆ เพื่อให้บรรลุภารกิจของรัฐได้ แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย คือ จะกระทำการให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายไม่ได้ ที่เรียกว่า “หลักกฎหมายสูงสุด” ในกรณีนี้กฎหมายเป็นกรอบของการกระทำทางปกครอง ไม่ได้กำหนดเนื้อหาของการกระทำเหมือนอย่างกรณีแรก

การกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำของรัฐโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น ในทางกฎหมายสามารถแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ 1) การกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) และ 2) การกระทำในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act)

²⁸³ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 226.

²⁸⁴ แหล่งเดิม. หน้า 226-227.

1) การกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน เฉพาะการกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรมเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์และไม่สมบูรณ์หรือในเรื่องโมฆะกรรมและโมฆียกรรมขึ้นได้ การกระทำในลักษณะที่เป็นนิติกรรมนั้นแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ (1) นิติกรรมฝ่ายเดียว และ (2) นิติกรรมสองฝ่าย

(1) นิติกรรมฝ่ายเดียว หมายถึง นิติกรรมที่แสดงเจตนาโดยบุคคลฝ่ายเดียว นิติกรรมฝ่ายเดียวในทางกฎหมายมหาชนนั้นปรากฏใน 2 ลักษณะ คือ ก. นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม (abstract) และ ข. นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะที่เป็นรูปธรรม (concrete)

ก. นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรม (abstract) จะอยู่ในรูปของข้อกำหนดความประพฤติของบุคคลทั่วไป ไม่ได้กำหนดเฉพาะเจาะจงตัวบุคคล และในขณะเดียวกันข้อกำหนดนั้นมีลักษณะเป็นนามธรรมด้วย กล่าวคือ มิได้กำหนดสิทธิหรือหน้าที่ให้กับบุคคลในลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ลักษณะดังกล่าวจึงเห็นได้ว่านิติกรรมฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปที่เป็นนามธรรมมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม คำสั่งทั่วไปนี้ความจริงก็คือกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎทบวง กฎสำนักนายกรัฐมนตรี ประกาศกระทรวง ประกาศทบวง หรือประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

ข. นิติกรรมฝ่ายเดียวลักษณะเฉพาะที่เป็นรูปธรรม (concrete) มีลักษณะเป็นรูปธรรม คือ เป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลอย่างเฉพาะเจาะจงสามารถทราบได้ว่าเป็นใคร และเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเป็นรูปธรรม ซึ่งก็คือคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

(2) นิติกรรมสองฝ่าย เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่าย กล่าวคือ ต้องมีการทำข้อเสนอและคำสนองแลกเปลี่ยนเจตนาซึ่งกันและกัน และเมื่อถูกต้องสอดคล้องต่อกันก็เกิดเป็นสัญญาขึ้น ในทางกฎหมายมหาชนก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง

2) การกระทำในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริง (Real Act) เป็นการกระทำที่ใช้กำลังทางกายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าพนักงานตำรวจใช้รถจักรยานยนต์ที่จอดในที่ห้ามจอด การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในकुครองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น กรณีการปฏิบัติการหรือการกระทำทางข้อเท็จจริงไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีปัญหาเฉพาะเรื่องการใช้กำลังเสียหายหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้น

การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยสาระสำคัญแล้วก็คือการใช้อำนาจเหนือราษฎร เพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชน ด้วยเหตุนี้จึงทำให้รัฐสามารถบังคับราษฎรหรือเอกชนให้เป็นไปตามเจตจำนงของตน เจตจำนงของรัฐจึงอยู่เหนือเจตจำนงของราษฎร การใช้อำนาจที่เหนือกว่าเช่นนี้ย่อมกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎร รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจึงกำหนดให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปตามกฎหมายซึ่งออกมาโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของราษฎร ซึ่งเรียกว่าหลักการปกครองโดยกฎหมาย หลักการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ (The Rule of Law) หรือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)²⁸⁵

สาระสำคัญของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็คือการบังคับใช้กฎหมายต่อราษฎร ซึ่งหมายถึงการนำกฎหมายมาใช้บังคับราษฎรหรือเอกชนเป็นกรณีเฉพาะราย (individual) และเฉพาะเรื่อง (concrete) การใช้อำนาจในกรณีนี้เป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้กับเอกชนเป็นกรณีเฉพาะราย ซึ่งโดยธรรมชาติมีแนวโน้มจะนำไปสู่การใช้อำนาจตามอำเภอใจ (arbitrary) หรือการใช้อำนาจในทางที่ผิด จึงมีความจำเป็นจะต้องควบคุมตรวจสอบให้การใช้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป (generally) และเป็นนามธรรม (abstract) สำหรับผู้ที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบนั้นตามหลักนิติรัฐเรียกร้องว่าจะต้องเป็นอิสระจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย และจากผู้ออกกฎหมาย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติด้วย จึงจะทำให้การควบคุมตรวจสอบเกิดประสิทธิภาพต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรนี้ได้²⁸⁶ องค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบจึงต้องเป็นศาลหรือองค์กรตุลาการ ตามหลักนิติรัฐจึงเรียกร้องให้องค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ หรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มิใช่มีเพียงการควบคุมตรวจสอบเฉพาะภายในองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วยกันเองเท่านั้น²⁸⁷

2.3.3 คณะรัฐมนตรี: รูปแบบการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐสภา

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 178²⁸⁸ กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่

²⁸⁵ แหล่งเดิม. หน้า 228.

²⁸⁶ เป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจที่มุ่งหมายให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน เพื่อให้การใช้อำนาจของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม สิทธิและเสรีภาพของราษฎรจึงมีหลักประกัน

²⁸⁷ สมยศ เชื้อไทย. เล่มเดิม. หน้า 229.

²⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 178 บัญญัติว่า “ในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ตามมาตรา

บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน และในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา

คณะรัฐมนตรีนั้นเป็นคณะบุคคลหนึ่งที่ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินมิใช่นิติบุคคล หากมีการออกมติคณะรัฐมนตรีทำให้เกิดความเสียหายขึ้นมา ประชาชนไม่สามารถไปฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้ เพราะคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะรัฐและการกระทำในฐานะของรัฐบาล และคณะรัฐมนตรีรับผิดชอบต่อรัฐสภาอยู่แล้วในการดำเนินนโยบายบริหารราชการแผ่นดิน การบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญมักจะออกมติคณะรัฐมนตรีให้หน่วยงานของรัฐปฏิบัติตาม²⁸⁹ ในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มจะกระทำการออกมาในรูปของมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผลมาจากการตัดสินใจร่วมกันขององค์กรคณะรัฐมนตรีนั่นเอง จึงมีความจำเป็นต้องศึกษารูปแบบการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี

รูปแบบการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในระบอบรัฐสภาที่สำคัญมี 3 รูปแบบ คือ 2.3.3.1 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยคณะรัฐมนตรีเต็มคณะ 2.3.3.2 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยผ่านคณะกรรมการรัฐมนตรี และ 2.3.3.3 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยมอบอำนาจให้มีผู้ตัดสินใจแทน

2.3.3.1 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยคณะรัฐมนตรีเต็มคณะ

การตัดสินใจระดับนี้เป็นการตัดสินใจโดยที่รัฐมนตรีทุกคนมีโอกาสเข้าร่วมประชุม ซึ่งปกติอย่างน้อยจะเป็นสัปดาห์ละหนึ่งครั้ง โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานในที่ประชุม ทั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นๆ ทุกคนต่างมีคะแนนเสียงคนละหนึ่งเสียงเท่ากันทุกคน แต่ปกติแล้วในหลายประเทศนิยมใช้วิธีประนีประนอม คือ ให้รัฐมนตรีอภิปรายแล้วนายกรัฐมนตรีกล่าวสรุปและชักจูงฝ่ายข้างน้อยให้เห็นด้วยกับฝ่ายข้างมาก โดยไม่มีการลงมติหักล้างเอาชนะกัน แม้ในสหราชอาณาจักรและประเทศไทยก็เป็นเช่นนี้²⁹⁰ และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติเรื่องใดเช่นไร มติของที่ประชุมหรือมติคณะรัฐมนตรีจะมีผลผูกพันรัฐมนตรีทุกคน ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการที่ว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีและต้อง

176 และต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี”

²⁸⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 262.

²⁹⁰ วิษณุ เครืองาม ข เล่มเดิม. หน้า 600.

รับผิดชอบร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ได้มี “หลักปฏิบัติร่วมกันของคณะรัฐมนตรี” ที่ได้รับการยอมรับให้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบต่อกันมา ดังนี้²⁹¹

1) ในการประชุมคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีอาจมีความคิดเห็นแตกต่างกันได้ แต่เมื่อปรากฏผลยุติออกมาเป็นมติคณะรัฐมนตรีแล้ว มตินั้นย่อมผูกพันรัฐมนตรีทุกคน ดังนั้น จึงเป็นที่มุ่งหวังว่ารัฐมนตรีทุกคนจะแสดงการสนับสนุนมติดังกล่าวต่อสาธารณชน

2) รัฐมนตรีพึงหลีกเลี่ยงการวิพากษ์วิจารณ์ รับเชิญไปบรรยาย หรือให้ความเห็นในที่สาธารณะเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่อยู่นอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตน เพราะอาจนำไปสู่การขัดแย้งสาธารณะกับรัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการในส่วนนั้นๆ โดยตรง

3) รัฐมนตรีพึงหลีกเลี่ยงการให้ข่าวหรือวิพากษ์วิจารณ์เรื่องที่อยู่ระหว่างการนำเสนอคณะรัฐมนตรีหรือเรื่องที่กำลังจะนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อไม่ให้กระทบต่อความเป็นอิสระของการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี ป้องกันผลที่จะเกิดขึ้นกับรัฐมนตรีนั้น และการเกิดปัญหาข้อโต้แย้งถึงความมีเอกภาพของคณะรัฐมนตรีกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นมิได้เป็นไปตามความเห็นที่รัฐมนตรีนั้นได้ให้ความเห็นไว้ในที่สาธารณะแล้ว

4) การรักษาความลับในการประชุมคณะรัฐมนตรี และเอกสารการประชุมคณะรัฐมนตรี หลักปฏิบัติอันเป็นสากล ถือว่าการอภิปรายในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีถือว่าเป็นความลับที่ไม่พึงเปิดเผย เนื่องจากการอภิปรายดังกล่าวเป็นหัวใจสำคัญที่จะสนับสนุนหลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี หากถูกเปิดเผยย่อมกระทบต่อความเป็นเอกภาพและประสิทธิภาพในการพิจารณาเรื่องต่างๆ ของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดทางบริหาร การนำข้อมูลต่างๆ เสนอต่อคณะรัฐมนตรีจึงต้องจัดทำอย่างละเอียดทุกแง่มุม ซึ่งจะมีทั้งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เอกสารการประชุมคณะรัฐมนตรีจึงมีความสำคัญและถือเป็นความลับ ซึ่งเมื่อเปิดเผยแล้วอาจมีผลกระทบเป็นวงกว้างสำหรับกรณีประเทศไทย แนวปฏิบัติจึงควรเป็นไปตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ระเบียบการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 อย่างเคร่งครัด ยกเว้นกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เปิดเผย เช่น มีการถ่ายทอดวิทยุหรือโทรทัศน์ เป็นต้น

²⁹¹ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. (2549). แนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548. หน้า 9-10.

2.3.3.2 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยผ่านคณะกรรมการรัฐมนตรี

การมีคณะกรรมการรัฐมนตรีถือเป็นกลไกหนึ่งที่สามารถแบ่งเบาภาระของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาเรื่องต่างๆ ได้มาก โดยเฉพาะเมื่อต้องพิจารณาเรื่องที่ยุ่งยากซับซ้อน เรื่องที่ต้องลงลึกในรายละเอียด เรื่องที่ต้องการการพิจารณาอย่างรอบคอบรอบด้านมากเป็นพิเศษ ทั้งนี้เนื่องจากคณะกรรมการจะมีเวลาในการพิจารณามากกว่า และบางกรณีอาจใช้กระบวนการที่ปกติไม่อาจทำในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้ เช่น การรับฟังความเห็นจากประชาชนผู้มีส่วนได้เสีย หรือการรับฟังความเห็นจากวงวิชาการที่เป็นกลาง และเพราะคณะกรรมการรัฐมนตรีมิใช่ผู้ตัดสินใจแทนคณะรัฐมนตรีจึงทำให้ไม่มีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

คณะกรรมการรัฐมนตรีที่มีในประเทศต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นสหราชอาณาจักร นิวซีแลนด์ ออสเตรเลีย มาเลเซีย หรือสิงคโปร์ก็ตาม จะแตกต่างกันในเรื่องขององค์ประกอบของคณะกรรมการและอำนาจหน้าที่ตลอดจนกระบวนการในการพิจารณา บางประเทศ เช่น นิวซีแลนด์ คณะกรรมการรัฐมนตรีจะมีลักษณะเป็นคณะกรรมการกลั่นกรอง ในประเทศใหญ่องค์ประกอบของคณะกรรมการรัฐมนตรีจะประกอบด้วยรัฐมนตรีจากกระทรวงที่เกี่ยวข้อง แต่สำหรับประเทศสิงคโปร์ซึ่งเป็นประเทศเล็กและจำนวนรัฐมนตรีมีไม่มาก การกลั่นกรองจึงมีในรูปของคณะกรรมการระดับกระทรวง สำหรับประเทศไทยคณะกรรมการรัฐมนตรีของไทยอยู่ในรูปของคณะกรรมการกลั่นกรอง (screening committee) มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีชุดใหญ่เท่านั้น²⁹²

2.3.3.3 การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีโดยมอบอำนาจให้ผู้ตัดสินใจแทน

ความคิดที่จะให้มีการมอบอำนาจให้ผู้ตัดสินใจแทนคณะรัฐมนตรีเกิดขึ้นมานาน เนื่องจากเรื่องที่ต้องเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีมีจำนวนมาก ในกรณีประเทศไทย จากสถิติจำนวนเรื่อง que เข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรีนับตั้งแต่ปี พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา พบว่ามีจำนวนมาก มีผลการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีที่เรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” จำนวนกว่าแสนมติ เรื่องที่เข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีมีทั้งเรื่องที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศกำหนดให้ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาอย่างเดียวก็นับเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว เมื่อรวมกับเรื่องประเภทในเชิงนโยบายที่ต้องนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาตัดสินใจอีกยิ่งทำให้จำนวนดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นไปอีก (ทั้งนี้ไม่รวมเรื่องประเภทที่รัฐมนตรีท่านใดท่านหนึ่งอาจนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีรับทราบด้วย) จำนวนเรื่องเหล่านี้เมื่อเทียบกับการที่คณะรัฐมนตรีจัดการประชุมเพียงสัปดาห์ละหนึ่งครั้ง จึงเป็นการยากที่จะสามารถพิจารณาทุกเรื่องได้อย่างละเอียดรอบคอบ โดยเฉพาะเรื่องบางเรื่องที่อยู่ยากซับซ้อนหรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในด้านต่างๆ หรือบางเรื่องที่มีระเบียบปฏิบัติ

²⁹² แหล่งเดิม. หน้า 8.

ที่ชัดเจนอยู่แล้ว แต่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศกำหนดให้ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เรื่องเหล่านี้กลายเป็นเรื่องที่เสนอเข้ามาแล้วทำให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะต้องเสียเวลาในการพิจารณา โดยการมอบอำนาจให้มีผู้ตัดสินใจแทนคณะรัฐมนตรีนั้น ผู้ที่ตัดสินใจแทนอาจเป็นบุคคลเพียงคนเดียว เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง หรืออาจเป็นคณะบุคคลในรูปของคณะกรรมการ หรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่มีความรู้ ความเข้าใจปัญหานั้นๆ ได้ดี แต่ทั้งนี้ มีข้อที่ควรพิจารณา 3 ประการ คือ²⁹³

1) ลักษณะของระบบรัฐสภา คณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดิน และต้องมีความรับผิดชอบร่วมกัน การมอบอำนาจให้ผู้อื่นหรือองค์กรอื่นตัดสินใจแทน เท่ากับเป็นการมอบให้ผู้อื่นบริหารราชการแผ่นดิน อันเป็นการขัดต่อระบบรัฐสภา

2) ข้อจำกัดทางกฎหมาย การที่ต้องนำเรื่องใดเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ก็เพราะเหตุมีกฎหมายกำหนดไว้เช่นนั้น ดังนั้น การมอบอำนาจให้ผู้อื่นหรือองค์กรอื่นพิจารณาเรื่องนี้แทนคณะรัฐมนตรีย่อมขัดต่อกฎหมาย กรณีอาจแตกต่างออกไปหากเป็นเรื่องที่ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพราะนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเคยสั่งการไว้หรือเคยมีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดไว้ เนื่องจากนายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีอาจมีมติมอบอำนาจให้ผู้อื่นหรือองค์กรอื่นพิจารณาแทนได้

3) ผลกระทบทางการเมือง การมอบอำนาจให้ผู้อื่นหรือองค์กรอื่นพิจารณาเรื่องแทนคณะรัฐมนตรี หากสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็อาจมีปัญหามาจากการยอมรับจากสาธารณชน และอาจมีปัญหามาได้อีกด้วย เช่น รัฐมนตรีบางคนอาจไม่พอใจที่ไม่นำเรื่องนั้นเข้าสู่การพิจารณาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เพราะเมื่อมีการมอบอำนาจไปแล้ว หากมีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้น คณะรัฐมนตรีทั้งคณะต้องรับผิดชอบ

ด้วยข้อจำกัดเหล่านี้ การมอบอำนาจให้บุคคลใดหรือองค์กรใดตัดสินใจแทนคณะรัฐมนตรีจึงมิใช่เรื่องที่จะสามารถกระทำได้ง่าย

2.3.4 มติคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในทางคำราสามารถแยกการกระทำออกได้เป็น 2 กรณี คือ ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” และกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายปกครอง” หรือ

²⁹³ แหล่งเดิม. หน้า 6-7.

“เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งเฉพาะแต่การกระทำที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับระดับเดียวกับพระราชบัญญัติเท่านั้นที่ถือว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำของคณะรัฐมนตรีทั้งสองส่วนนี้ยากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ จึงมีปัญหาสถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีว่ามีเพียงใด

เมื่อมีการประชุมของคณะรัฐมนตรี จะมีการตัดสินใจลงมติในเรื่องต่างๆ ร่วมกัน และมีผลของการประชุมออกมาเป็นมติของที่ประชุม มติของคณะรัฐมนตรีย่อมผูกพันกับรัฐมนตรีทุกคน ตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีเป็นการกำหนดแนวปฏิบัติให้แก่ส่วนราชการต่างๆ ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นฝ่ายบริหารและเป็นหัวหน้าของฝ่ายปกครอง มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน

มติคณะรัฐมนตรี (The resolutions of the cabinet) หมายถึง ผลของการตัดสินใจร่วมของคณะรัฐมนตรี ที่มีอำนาจหน้าที่ร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดิน²⁹⁴ หากพิจารณาสถานะของมติคณะรัฐมนตรีในแง่ของอำนาจในการตรากฎหมาย หรือรูปแบบของกฎหมายแล้ว มติคณะรัฐมนตรีย่อมไม่ใช่กฎหมายตามแบบพิธี ไม่มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่ถ้าพิจารณาในแง่ของความเป็นกฎเกณฑ์แล้ว มติคณะรัฐมนตรีย่อมมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจ และมีสภาพบังคับ คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจจะได้รับโทษทางวินัยหากไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี²⁹⁵

นักกฎหมายไทยในอดีตมีความเข้าใจว่า “มติคณะรัฐมนตรีมิใช่กฎหมาย” เนื่องจากเข้าใจกันว่า “กฎหมาย” หมายถึงกฎที่มีศักดิ์ระดับสูง เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือกฎหมายลูกอื่นๆ อันเป็นกฎหมายในความหมายอย่างแคบ แต่ในปัจจุบันนักกฎหมายได้ยอมรับแล้วว่าหากมติคณะรัฐมนตรีใดมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับบังคับใช้กฎเกณฑ์ตามนั้น มติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมเป็น “กฎ” อันถือว่าเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีจึงต้องพิจารณาเนื้อหาและผลบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ซึ่งสามารถจำแนกมติคณะรัฐมนตรีออกเป็น 3 ลักษณะ คือ 1) มีสถานะเป็นนโยบาย 2) มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง และ 3) มีสถานะเป็น “กฎ” มีรายละเอียดดังนี้

²⁹⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 254.

²⁹⁵ สุวิมล สังขพันธ์. (2535). สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. หน้า 174.

1) มีสถานะเป็นนโยบาย

มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดินอย่างใดอย่างหนึ่ง นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา เช่น ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือในการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม เช่น การใช้ศัพท์ภาษาต่างๆ เป็นต้น จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย นอกจากนี้มติคณะรัฐมนตรีในบางกรณีก็เป็นเพียงการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครองที่ยังไม่มีผลกระทบสิทธิของบุคคลใดๆ ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงสู่บุคคลภายนอก มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงไม่เป็นกฎ และคำสั่งทางปกครอง เป็นเพียงแต่มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ในหลายกรณีจะแบ่งแยกเป็น “นโยบาย” ต่างหากจาก “กฎ” ไม่ได้ เพราะนโยบายก็คือการกำหนดเป้าหมายที่ต้องการจะดำเนินงานไปสู่สิ่งนั้น กรณีจึงมีผลโน้มน้าวให้กระทำตามเช่นกัน นอกจากจะเขียนไว้กว้างขวางมากจนนำมาปรับในการทำคำสั่งทางปกครองเฉพาะเรื่องไม่ได้โดยตรง²⁹⁶

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อย่างชัดเจน แต่โดยที่คณะรัฐมนตรีสามารถกำหนดนโยบายต่างๆ ในการบริหารราชการแผ่นดินได้เสมอ นโยบายของคณะรัฐมนตรีอาจจะเกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศ การเสนอร่างกฎหมายไปยังรัฐสภา หรือแม้แต่กรณีที่คณะรัฐมนตรีจะเห็นสมควรให้มีการออกกฎหมายลำดับรอง (เช่น พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง เป็นต้น) เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ หรือไม่อย่างไร และในเวลาใด ก็ถือได้ว่าเป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกัน และเมื่อเป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์การทางการบริหารและองค์กรทางปกครองสูงสุดแล้ว องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐมนตรี ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ก็จะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ในทางปฏิบัติหรือคำสั่งภายในของฝ่ายบริหารและหากพิจารณาในแง่ของการบริหารก็อาจถือได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้เป็น “งานทางนโยบาย” ซึ่งจะไม่ถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง แต่คณะรัฐมนตรีจะต้องมี “ความรับผิดชอบทางการเมือง” ต่อรัฐสภาและประชาชนโดยทั่วไปในนโยบายที่กำหนดขึ้นในรูปมติคณะรัฐมนตรีเหล่านั้น²⁹⁷

²⁹⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 134.

²⁹⁷ สุวิมล สังขพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 375.

ตัวอย่างคำสั่งและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นมติคณะรัฐมนตรีมีสถานะเป็นนโยบาย เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.14/2546²⁹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2546²⁹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.9/2549³⁰⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.43/2549³⁰¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.51/2549³⁰² และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.9/2549³⁰³ เป็นต้น

²⁹⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.14/2546 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 เรื่องห้ามส่งภูมิชีวิตและหนังสือที่ยังไม่แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร ไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับกับหน่วยงานหรือบุคคลภายในองค์กรบริหาร ไม่มีสภาพเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นแต่เพียงนโยบายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการส่งออกภูมิชีวิตทุกชนิด ทั้งหนังสือทุกชนิดที่ยังไม่แปรรูปออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ ซึ่งยังไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอก โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้จะต้องรับไปดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น ออกกฎกระทรวงหรือประกาศ หรือมีคำสั่งไม่อนุญาตในเรื่องดังกล่าว มติคณะรัฐมนตรีจึงไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย

²⁹⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2546 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2538 และวันที่ 17 กันยายน 2549 เรื่องการนับอายุบุคคลเพื่อคำนวณวันเกษียณอายุราชการ ที่ให้ถือปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ เป็นเพียงการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตามเท่านั้น มิได้มีสภาพเป็นกฎหมาย

³⁰⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.9/2549 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2548 ที่อนุมัติให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยระดมทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าเพิ่มเติม รวมทั้งเห็นชอบให้มีการจัดสรรกำลังการผลิตให้กับบริษัทดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2549-พ.ศ.2558 เป็นเรื่องการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะในด้านการผลิตไฟฟ้าจำหน่ายประชาชนของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย

³⁰¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.43/2549 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม 2548 ที่ให้มีการชำระบัญชีองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ที่พระราชกฤษฎีกายกเลิกองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ.2549 ใช้บังคับ ไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย

³⁰² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.51/2549 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2547 ที่เห็นชอบให้แปลงสภาพองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นบริษัท อสมท จำกัด (มหาชน) โดยการแปลงทุนขององค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทยเป็นทุนเรือนหุ้นและให้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้ง บมจ. อสมท ไม่มีสภาพเป็นกฎหมาย

³⁰³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.9/2549 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2548 ที่อนุมัติหลักเกณฑ์การกำหนดโครงสร้างอัตราค่าไฟฟ้าตามที่คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติเสนอมา เป็นเพียงการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองก่อนที่จะคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติจะออกกฎหรือหลักเกณฑ์ในการกำหนดราคาพลังงานดังกล่าว มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงไม่ใช่กฎหมาย

2) มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย ได้แก่ การแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายต่างๆ เช่น กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ และกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม หรือคณะกรรมการของรัฐวิสาหกิจต่างๆ เช่น คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และคณะกรรมการการทำเรือแห่งประเทศไทย เป็นต้น นอกจากนี้ อาจมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่องเฉพาะเรื่อง³⁰⁴ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการในตำแหน่งระดับสูงต่างๆ ถือว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ตัวอย่างคำสั่งและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นมติคณะรัฐมนตรีมีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 465/2547³⁰⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 182/2549³⁰⁶ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.240/2553³⁰⁷ เป็นต้น

³⁰⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศักดิ์. หน้าเดิม.

³⁰⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 465/2547 วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งตามมติคณะรัฐมนตรี โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ โครงการพัฒนาลุ่มน้ำปาดัก อันเนื่องมาจากพระราชดำริ ซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำให้ผู้ใดมีสิทธิและไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยพิเศษฯ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

³⁰⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 182/2549 วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจ่ายเงินช่วยเหลือผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากโครงการก่อสร้างเขื่อนสิรินธร ตามมติเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2540 แต่ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้รับเงินช่วยเหลือ จึงฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าชดเชยให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในเวลาที่ศาลกำหนด และผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

³⁰⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.240/2553 วินิจฉัยว่า ที่ดินพิพาทดังกล่าวเป็นที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกันอันเกิดขึ้นและเป็นผู้ตามสภาพของที่ดินและจากการใช้ร่วมกันของราษฎรมานาน โดยไม่ต้องมีประกาศพระราชกฤษฎีกาสงวนไว้ หรือขึ้นทะเบียน หรือทางราชการประกาศกำหนดให้เป็นที่ดินพิพาท เมื่อมีราษฎรเข้าไปเก็บหาของป่า ตัดไม้ปลูกบ้าน ทำฟืน เพื่อการดำรงชีวิต หรือประกอบอาชีพ จนทำให้กลายสภาพเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่า และมีราษฎรบุกรุกเข้าไปยึดถือครอบครองทำประโยชน์ในที่ดิน โดยทางราชการจะได้กำหนดให้ที่ดินพิพาททั้งหมดเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติป่านานอินและป่านายาง ตามกฎกระทรวง

3) มีสถานะเป็น “กฎ”

ในการตราพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง เป็นกฎหมายตามรูปแบบของฝ่ายบริหาร โดยหลักแล้วต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วลงมติต่อไป มติที่เห็นชอบเหล่านี้เป็นมติของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ เป็นมติคณะรัฐมนตรีออกมาอนุวัติรับรองสิ่งที่จะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายตามรูปแบบต่อไปในอนาคต โดยที่มติคณะรัฐมนตรีเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง แต่เป็นมติที่ยืนยันสิ่งที่จะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายตามรูปแบบในอนาคต นั่นคือ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายและกฎหมายลำดับรองตามลำดับ³⁰⁸ แต่มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม มิใช่มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง จึงมีสถานะเป็นกฎ ซึ่งจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท³⁰⁹ คือ

(1) กฎที่เป็นลูกบท มีกฎหมายบางฉบับกำหนดไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ในกรณีนี้มติคณะรัฐมนตรีจะมีสภาพเป็นกฎที่เป็นลูกบทอย่างหนึ่ง เช่น มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ให้คณะรัฐมนตรีวางระเบียบการผ่อนชำระเงินของเจ้าหน้าที่ในกรณีความรับผิดชอบทางละเมิด เป็นต้น

(2) กฎที่เป็นอิสระ อำนาจองค์กรบริหารโดยปกติก็คือการจัดการโดยทั่วไปและการออกกฎเท่าที่จำเป็นโดยไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กร (การจัดการการเงิน การจัดการทรัพย์สิน การจัดการบุคลากร และการจัดการดำเนินงานของประเทศ) ให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาขององค์กรต่างๆ นั่นเอง (chef du service) ทั้งนี้ เพื่อใช้ในการจัดการองค์กรอันอยู่ในความรับผิดชอบของตนให้เป็นไปตามเป้าหมาย (มิใช่

ฉบับที่ 60 (พ.ศ. 2502) ออกตามความใน พ.ร.บ. คุ้มครองและสงวนป่า พุทธศักราช 2481 เป็นผลให้มีการเปลี่ยนแปลงเขตการปกครองจากเดิมซึ่งที่ดินพิพาทตั้งอยู่อำเภอพิชัย จังหวัดอุตรดิตถ์ มาเป็นตำบลคงประคำ อำเภอพรหมพิราม จังหวัดพิษณุโลก และกำหนดให้เป็นพื้นที่ป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2507 และพื้นที่จัดสรรห้วยน้ำเลาหรือห้วยคำเลาตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2509 ก็ทำให้ผลทำให้ที่ดินพิพาทเปลี่ยนแปลงไปจนกลายเป็นที่ดินที่มีใช้ที่สาธารณสมบัติของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เพราะมติคณะรัฐมนตรีมีฐานะเป็นเพียงคำสั่งของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจนำมาลบล้างผลทางกฎหมายกับกรณีนี้ได้ ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดี (นายอำเภอพรหมพิราม) ที่ว่าที่ดินพิพาทเป็นที่ดินรกร้างว่างเปล่า ซึ่งอาจออกเอกสารสิทธิให้ราษฎรผู้เข้ายึดถือครอบครองทำประโยชน์ตามมาตรา 1304 (1) แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน จึงฟังไม่ขึ้น

³⁰⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เล่มเดิม. หน้า 256.

³⁰⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 135.

เรื่องอำนาจการลงโทษผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นเพียงมาตรการบังคับให้เกิดผลตามกฎหมายเท่านั้น) โดยอำนาจนี้สามารถใช้เฉพาะกับบุคคลภายในองค์กรบริหารได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย

การออกกฎที่เป็นอิสระอันเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดการองค์กรนี้เป็นเรื่องการวาง “หลักเกณฑ์” มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้ไม่มีผลเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการต่างๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่างๆ ให้เกิดผลในทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น เช่น การกำหนดวันหยุดชดเชยตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 26 ธันวาคม 2538 เป็นต้น ซึ่งการกำหนดให้วันใดเป็นวันหยุดคณะรัฐมนตรีได้ปฏิบัติมาช้านานแล้ว (ต่อมามีกฎหมายบางฉบับอ้างอิงรองรับให้ข้าราชการมีวันหยุดตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด เช่น มาตรา 39³¹⁰ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 แต่จะถือว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายให้อำนาจคณะรัฐมนตรีกำหนดวันหยุดไม่ได้ เพราะการกำหนดวันหยุดคณะรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดมาโดยตลอดและก่อนกฎหมายฉบับนี้ด้วย และได้ใช้แก่เจ้าหน้าที่ทั่วไปมิใช่เฉพาะข้าราชการพลเรือน)³¹¹ ในทางตรงกันข้าม หากส่วนราชการหรือข้าราชการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องได้รับผลกระทบในทางร้าย โดยถือเป็นความผิดทางวินัยโดยตรงฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชา ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้จึงมีผลบังคับตามความเป็นจริงและย่อมมีฐานะเป็น “กฎ” เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2543 ที่เห็นชอบตามมติคณะกรรมการพิจารณาสิทธิพิเศษของหน่วยงานและรัฐวิสาหกิจ ที่ให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ด้วยการให้หน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ พิจารณามหาหมายเลขโทรศัพท์ใหม่ขององค์กร โทรศัพท์เป็นลำดับแรก เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มติคณะรัฐมนตรีที่วางกฎเกณฑ์ให้ส่วนราชการหรือข้าราชการปฏิบัตินี้ ไม่ได้อยู่ในรูปแบบของกฎหมายลำดับรองจึงต้องถือว่ามติดังกล่าวไม่มีผลบังคับให้ประชาชนหรือบุคคลนอกกระบบราชการต้องปฏิบัติตามโดยตรง แต่ขณะเดียวกันอาจเกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ด้วยทั้งที่ไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎ เช่น ในวันหยุด คนขับรถรับจ้างอาจมีรายได้น้อยเพราะคนเดินทางน้อย หรือแม่ค้าขายข้าวแกงขายอาหารไม่ได้เพราะเจ้าหน้าที่หยุดงานอยู่บ้าน เป็นต้น ซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลกระทบที่สำคัญที่ต้องให้ความเยียวยาทางกฎหมายก็ได้

มติคณะรัฐมนตรีตามอำนาจทั่วไปนี้อาจมีผลอย่างกฎในแง่การกำหนดพฤติกรรม (duty-imposing rule) ให้มีการปฏิบัติหรือละเว้นปฏิบัติก็ได้ เช่น มติคณะรัฐมนตรีให้จัดเวรยามนอก

³¹⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 39 บัญญัติว่า “วันเวลาทำงาน วันหยุดราชการตามประเพณี วันหยุดราชการประจำปี และการลาหยุดราชการของข้าราชการพลเรือน ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด”

³¹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 136.

เวลาราชการเพื่อป้องกันไฟไหม้ หรือมติให้ประหยัสดงบประมาณบางรายการ เป็นต้น แต่บางกรณีอาจเป็นกฎประเภทให้อำนาจสั่งการก็ได้ (power-conferring rule) เช่น ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้จัดวางไว้โดยตลอดมาโดยมิได้อ้างบทกฎหมายใด เพราะเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดการองค์การบริหาร ในข้อ 12 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุนั้น โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจที่จะอนุมัติเพื่อผ่อนผันให้ส่วนราชการใดไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุได้ โดยปกติหน่วยงานใดหากไม่ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการพัสดุจะมีโทษบังคับทางวินัย ทางแพ่ง และทางอาญาได้ แต่ถ้าได้รับอนุมัติเพื่อผ่อนผันจากคณะกรรมการนี้แล้ว การกระทำก็กลายเป็นชอบด้วยกฎหมาย³¹²

การบังคับให้เกิดผลตามมติคณะรัฐมนตรีอาจมีบทบังคับ (sanction) ในลักษณะอื่น โดยวางเงื่อนไขให้เกิดผลร้ายหากไม่ปฏิบัติตามกฎ (ทำนองเดียวกับกฎหมายอาญา) เช่น เป็นความผิดทางวินัย ซึ่งการมีผลบังคับเป็นเงื่อนไขทันทีหากไม่มีการปฏิบัติตามนี้ ก็ทำให้หลักเกณฑ์ที่วางโดยมติคณะรัฐมนตรีมีสภาพเป็น “กฎ” เพราะมีมาตรการโดยตรงที่จะบังคับให้เกิดผลตามความประสงค์ของกฎนั้น³¹³

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติซึ่งต้องปฏิบัติตาม มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจจะกำหนดให้ต้องมีบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรีไว้ในเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีนั้นอยู่ด้วย มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของการบริหาร มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้มีลักษณะเป็น “งานประจำ” ซึ่งจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักการที่ว่า “นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เมื่อมีการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการและได้รับการยอมรับว่าเป็นระเบียบแบบแผนที่ถูกต้องมาโดยตลอดต่อเนื่อง ระเบียบแบบแผนตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ก็จะพัฒนาเป็น “จารีตประเพณี” ใช้บังคับกับฝ่ายปกครอง และในคดีปกครอง

อย่างไรก็ตาม มีมติคณะรัฐมนตรีอีกบางประเภทที่จะบังคับโดยมาตรการทางอ้อม เช่น การสั่งย้าย หรือการให้เจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่ง และในกรณีของการจัดการดำเนินงานของรัฐที่มีผลต่อบุคคลภายนอกก็อาจวางแนวทางที่จะให้เจ้าหน้าที่เพิกถอนใบอนุญาต หรือไม่ต่ออายุใบอนุญาตให้หากไม่มีการดำเนินการตามที่กำหนด อันเป็นการกำหนดวิธีการทำงานให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งผู้เกี่ยวข้องก็ต้องปฏิบัติตามเพราะเกรงผลบังคับโดย

³¹² แหล่งเดิม. หน้า 137.

³¹³ แหล่งเดิม.

อ้อมดังกล่าว “หลักเกณฑ์” ประเภทนี้จึงมีผลบังคับตามความเป็นจริง ทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามหากจะพิจารณาถึงสภาพทางกฎหมายแล้วมติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ (บังคับโดยมาตรการทางอ้อม) จะมีลักษณะทางกฎหมายเป็นเอกเทศแตกต่างไป ทั้งนี้ เป็นเพราะคณะรัฐมนตรีมีขอบเขตความรับผิดชอบกว้างหลายกรณีก็อาจพิจารณาว่าท้ายที่สุดจะมีผลกระทบมาถึงรัฐบาล หลายกรณีที่บังคับโดยตรงไม่ได้แต่มีการออกหลักเกณฑ์มาให้ปฏิบัติและบังคับด้วยมาตรการทางอ้อม กรณีเช่นนี้เห็นว่ายังไม่เป็น “กฎ” โดยสภาพ เพราะการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์มิได้มีบทบังคับทันทีตามสภาพของกฎ แต่จะถูกบังคับหรือไม่ (โยกย้ายหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง) จะมีการตัดสินใจอีกครั้งโดยผู้ออกหลักเกณฑ์ดังกล่าว แม้สภาพบังคับทั่วไปของหลักเกณฑ์เหล่านี้จะเป็นเช่นเดียวกับกฎ อย่างไรก็ตาม แม้โดยทฤษฎีที่เป็นมาหลักเกณฑ์เหล่านี้จะถือเป็นกฎไม่ได้ก็ตาม แต่เพื่อประโยชน์ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ในเมื่อกรณีเหล่านี้ไม่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครองด้วย หากจะควบคุมก็ควรให้ถือปฏิบัติทำนองเช่นเดียวกับ “กฎ” โดยบังคับให้ประกาศ และให้อำนาจโต้แย้งได้ หากมีผลกระทบที่ใกล้ชิดเพียงพอ³¹⁴

การใช้อำนาจบังคับให้ปฏิบัติตามกฎอาจมีหลายวิธีแตกต่างกันตามประเภทของหน่วยงานของรัฐ เช่น กรณีข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการฝ่ายบริหารอื่น การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีจะเป็นความผิดทางวินัยโดยตรง และอาจถูกนายกรัฐมนตรีนั่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งซึ่งสังกัดกระทรวงทบวงกรมบังคับให้ปฏิบัติได้ หากฝ่าฝืนจะผิดฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชาอีกกระทงหนึ่ง เป็นต้น ในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคอาจกล่าวได้ว่าคณะรัฐมนตรีสามารถมีมติให้ปฏิบัติโดยตรงได้ แต่ในส่วนของการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจนั้น เนื่องจากประสงค์ให้มีอิสระในการดำเนินงานโดยมิได้ขึ้นอยู่กับคณะรัฐมนตรีโดยตรง หากแต่อยู่ในการกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอีกชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจจะไม่อยู่ในความควบคุมของคณะรัฐมนตรี เพราะประโยชน์ในส่วนรวมของประเทศย่อมสูงกว่าอิสระในการดำเนินงานขององค์กรเอกเทศเหล่านี้ กฎหมายบางฉบับระบุชัดให้ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น มาตรา 123³¹⁵ แห่ง

³¹⁴ แหล่งเดิม. หน้า 137-138.

³¹⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 123 บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจและหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติราชการของกรุงเทพมหานคร เพื่อการนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจสั่งสอบสวนข้อเท็จจริง หรือสั่งให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครชี้แจงแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของกรุงเทพมหานคร ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเห็นว่าการปฏิบัติใดๆ ของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครขัดต่อกฎหมาย มติของคณะรัฐมนตรีหรือเป็นไปในทางที่อาจทำให้เสียประโยชน์ของกรุงเทพมหานคร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะยับยั้งหรือสั่งการตามที่เห็นสมควรก็ได้”

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 เป็นต้น แต่ราชการส่วนท้องถิ่นอื่นมิได้มีบทบัญญัติแจ้งชัดเช่นนั้น ในส่วนรัฐวิสาหกิจแทบทุกแห่งกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจแห่งนั้นจะบัญญัติให้ต้องทำตามมติคณะรัฐมนตรีด้วย แต่ก็มีบางแห่งที่ไม่ได้กำหนดไว้ เช่น กรณีของสำนักงานกองทุนสงเคราะห์การทำสวนยาง องค์การสะพานปลา และบรรดารัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 เป็นต้น³¹⁶ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นรัฐวิสาหกิจต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525³¹⁷ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530³¹⁸ เป็นต้น สังเกตว่าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530 กรณีของธนาคารกรุงไทยเป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่ไม่มีกลไกการบริหารที่ขัดโยงโดยตรงมายังคณะรัฐมนตรี และโดยทั่วไปจะถือว่าบริษัทที่เป็นรัฐวิสาหกิจจะอยู่ในบังคับกฎหมายเอกชนมากกว่า ซึ่งต่างกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525 กรณีของการท่าเรือแห่งประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 จัดตั้งขึ้น แต่ศาลฎีกาก็เห็นว่ารัฐวิสาหกิจทุกประเภทต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง อาจมีกรณีเรื่องใดเรื่องหนึ่งบัญญัติไว้โดยตรงให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ซึ่งในกรณีนี้ต้องถือว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎหมายลำดับรองหรือเป็นกฎที่เป็นลูกบท เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้วางระเบียบ โดยที่มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ มีข้อแตกต่างจากมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎหมายลำดับรอง โดยมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ แต่มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎหมายลำดับรองเป็นเพียงการใช้อำนาจให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์รูปแบบนั้นๆ ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด จึงไม่ใช่กฎเกณฑ์ตามรูปแบบ ตัวอย่างมติคณะรัฐมนตรีที่วางระเบียบถือว่าเป็นกฎที่สำคัญคือ กำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

³¹⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 138-139.

³¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1338/2525 วินิจฉัยว่า การท่าเรือแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจต้องอยู่ในบังคับมติคณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติห้ามรัฐวิสาหกิจทุกแห่งปรับปรุงเงินเดือน การท่าเรือแห่งประเทศไทยจะไปทำข้อตกลงกับสหภาพแรงงานเพิ่มเงินเดือนให้พนักงานไม่ได้ ทั้งนี้เพราะมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2502 บัญญัติให้รัฐมนตรีมีอำนาจยับยั้งการกระทำใดๆ ที่ขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีได้

³¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89-90/2530 วินิจฉัยว่า ธนาคารกรุงไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจย่อมต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่ห้ามทำข้อตกลงปรับปรุงเงินเดือนกับทางสหภาพแรงงาน

พ.ศ. 2539 คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นต้น

ตามมาตรา 3³¹⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “กฎ” ไว้เห็นว่า กฎ ตามบทบัญญัตินี้เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรบริหารหรือองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งนอกจากพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ อันเป็นกฎหมายตามแบบพิธีหรือเป็นกฎหมายรูปแบบแล้ว ยังรวมถึงมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีผลให้ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม ซึ่งมีใช้มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเรียกชื่ออะไร อันเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือเป็นกฎโดยสภาพ คำว่า มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใดเพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินในการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี อำนาจนี้อาจมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ รวมทั้งระเบียบ หรือธรรมเนียมปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในงานด้านนโยบายเท่านั้น แต่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครองด้วย มติคณะรัฐมนตรีจึงอาจมีลักษณะเป็นงานนโยบายซึ่งเป็นการกำหนดทิศทางและนโยบายเกี่ยวกับการบริหารงานอย่างใดอย่างหนึ่งที่หน่วยงานที่ควบคุมดูแล หรือรับผิดชอบในเรื่องนั้นจะต้องรับไปดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี หรืออาจมีลักษณะเป็นคำสั่งซึ่งมีผลทางกฎหมายโดยตรงเป็นกรณีเฉพาะราย หรือเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ หรืออาจมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปให้ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตามมิได้มีผลทางกฎหมายโดยตรงในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ในกรณีที่เป็นอย่างนั้น อาจเป็นกฎที่เป็นลูกบท เช่น กฎหมายบางฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ หรือเป็นกฎที่เป็นอิสระออกโดยอาศัยหลักการทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาขององค์กรต่างๆ ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดองค์กรและเป็นเรื่องการวางหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้บังคับกับ

³¹⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ข้อเท็จจริงในกรณีต่างๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎนี้มุ่งต่อผลในกฎหมายแก่บุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารโดยหน่วยงานและบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตาม ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินมีบทบัญญัติหลายมาตราที่บัญญัติรองรับการดำเนินงานของกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการต่างๆ ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีถือเป็นความผิดทางวินัยอย่างหนึ่งและคณะรัฐมนตรีเคยมีมติให้หน่วยราชการกำชับเจ้าหน้าที่ให้ถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีโดยเคร่งครัด หากฝ่าฝืนให้พิจารณาลงโทษทางวินัยทุกราย นอกจากนี้ คณะรัฐมนตรียังมีอำนาจกำกับดูแลรัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีอำนาจควบคุมกำกับดูแลพนักงานของรัฐในองค์กรดังกล่าวด้วย มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้จึงมีสภาพบังคับในทางปกครอง หรือมีผลทางกฎหมายให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมตลอดถึงข้าราชการและพนักงานของรัฐในหน่วยงานดังกล่าวต้องปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนย่อมมีความรับผิดชอบตามมา ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้จะมีได้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอาจเกิดผลกระทบต่อประชาชนได้ด้วยทั้งที่ประชาชนไม่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งบางกรณีอาจเป็นผลกระทบที่สำคัญที่ต้องให้ความเยียวยาทางกฎหมาย

ตัวอย่างคำสั่งและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นมติคณะรัฐมนตรีมีสถานะเป็น “กฎ” เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546³²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2548³²¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546³²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

³²⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพงานอื่นกับทางราชการที่มีผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา มีลักษณะเป็นกฎและมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องถือปฏิบัติตาม

³²¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 501/2548 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบมาตรการและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพงานอื่น และให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการส่วนท้องถิ่นและหน่วยงานอื่นซึ่งมีกฎหมายบัญญัติให้มีฐานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัติ นั้น มีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหารที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองและให้ประโยชน์แก่เอกชนที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะเป็นกฎ

ที่ พ.14/2548³²³ คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2546³²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2545³²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.35/2547³²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

³²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติซึ่งบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามโดยมีสภาพบังคับ มีสถานะเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้สิทธิพิเศษแก่ ทศท. ในการให้บริการเลขหมายโทรศัพท์แก่หน่วยงานของรัฐ อันเป็นการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษตามข้อ 26 (2) ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุฯ อันมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ต้องปฏิบัติตาม จึงมีสถานะเป็นกฎหมาย การให้สิทธิพิเศษแก่ ทศท. ตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีข้างต้น อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สัญญาเข้าร่วมงานและร่วมลงทุนกับ ทศท. ไม่อาจให้บริการแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถือว่าเป็นการออกกฎหมายเป็นการละเมิดสิทธิหรือจำกัดสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่ผู้เข้าทำสัญญาจัดทำบริการสาธารณะหรือสัญญาสัมปทานกับรัฐตามนัยมาตรา 335 (2) ของรัฐธรรมนูญฯ และมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อสิทธิตามสัญญาฯ ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามที่มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ บัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีมาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่มีอยู่ตามสัญญา

³²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2548 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ซึ่งรับทราบมติของคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีที่ให้จ่ายเงินเพิ่มพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นพนักงานในตำแหน่งสายงานหลักซึ่งหาบุคลากรทดแทนได้ยาก และปฏิบัติงานด้าน Science and Technology ซึ่งเคยได้รับเงินเพิ่มเติมพิเศษอยู่เดิมก่อนที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ระงับการจ่าย และมีตำแหน่งต่ำกว่าระดับผู้อำนวยการฝ่ายหรือตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่นลงมา มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมาย

³²⁴ คำวินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2546 วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีทำสัญญาซื้อขายอะไหล่เครื่องบินกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หลังจากทำสัญญาแล้วรัฐบาลได้ประกาศปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจนไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้ภายในกำหนดเวลา คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติช่วยเหลือผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยให้สิทธิที่จะยกเลิกสัญญากับไม่ถือว่าเป็นผู้ละทิ้งงานและไม่รับหลักประกัน ผู้ฟ้องคดียื่นหนังสือขอรับความช่วยเหลือตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่พิจารณาช่วยเหลือตามมติคณะรัฐมนตรี ทั้งบอกเลิกสัญญากับเรียกค่าเสียหายและรับหลักประกัน ขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ดังนี้จึงเป็นคดีพิพาทว่า ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนด โดยมีมติคณะรัฐมนตรีซึ่งมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหารที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองและให้ประโยชน์แก่เอกชนที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตาม และก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงเป็นคดีปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ที่ อ.27/2548³²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.35/2550³²⁸ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.303/2554³²⁹ เป็นต้น

³²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2545 วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 มีเจตนารมณ์ที่จะให้มีการจ่ายเงินค่าขนย้ายแก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิ ทั้งที่อยู่ในเขตหรือนอกเขต สงวนหวงห้ามของทางราชการ แต่อยู่ในเขตทำการก่อสร้างการชลประทาน โดยมีเงื่อนไขสำคัญคือต้อง ครอบครองทำประโยชน์มาก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเข้าดำเนินการก่อสร้าง สำหรับการออกหนังสือสำคัญ สำหรับที่หลวงเป็นเพียงเอกสารหลักฐานที่จัดให้มีขึ้นเพื่อแสดงเขตที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินไว้ เป็นหลักฐานเท่านั้น ตามมาตรา 8 ตรี แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสถานะของการ เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิได้กำหนดยกเว้นมิให้จ่ายเงินค่าขนย้าย ให้แก่ราษฎรผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินที่มีหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2537 ที่ไม่อนุมัติค่าขนย้ายให้แก่ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท จึงไม่ชอบด้วย มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 กรณีผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้แย้งว่าหากมีการจ่ายเงินค่าขนย้ายให้แก่ ผู้บุกรุกยอม ไม่เป็นธรรมแก่ราษฎรที่รักษาและปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ชัดแย้งกับมติคณะรัฐมนตรีโดยตรง ที่ กำหนดเงื่อนไขของผู้มีสิทธิได้รับค่าขนย้ายเฉพาะผู้ที่เข้าครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินก่อน วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เริ่มโครงการก่อสร้างชลประทาน โดยไม่คำนึงว่าที่ดินที่ราษฎรครอบครองทำประโยชน์อยู่ก่อนนั้นจะเป็นที่ดิน ของรัฐประเภทใด เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวจึงรับฟังไม่ได้

³²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.35/2547 วินิจฉัยว่า ผู้มีสิทธิได้รับการจัดสรรที่ดินหรือผู้มีสิทธิ ได้รับเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพกรณีที่ดินทำกินในฐานะครอบครัวที่ 1 ต้องมีคุณสมบัติ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีกำหนด คือต้องเป็นเกษตรกร มีที่ดินทำกินเป็นของตนเอง ต้องมีรายได้หลักจาก ที่ดินที่ถูกผลกระทบ โดยพิจารณาจากหลักฐานที่มีอยู่ก่อนวันที่ 3 พฤษภาคม 2537 และต้องเป็นเจ้าของหรือผู้ ครอบครองที่ดินที่แท้จริง มิใช่ผู้ครอบครองแทนผู้อื่น เมื่อคณะอนุกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง การถือครองและ ทำประโยชน์ในที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิเพื่อพิจารณาในการจ่ายเงินค่าชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลง อพยพ คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินเพื่อการชลประทาน และคณะทำงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ร่วมกัน พิจารณาตรวจสอบข้อเท็จจริงและเอกสารต่างๆ และได้มีมติว่าที่พิพาทมีการขอแปลงที่ดิน โดยมีบิดาของผู้ฟ้อง คดีเป็นผู้ครอบครองมาก่อนวันที่ 3 พฤษภาคม 2537 แม้ว่าผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำประโยชน์ในที่พิพาทจริง แต่มิใช่เป็น ผู้ครอบครองตามความในมติคณะรัฐมนตรี การที่ผู้ฟ้องคดีครอบครองและทำประโยชน์ในที่พิพาทเป็นการ ครอบครองในฐานะบริวารของบิดาของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยพิเศษแทนการจัด สรรที่ดินแปลงอพยพในกรณีที่ทำกินในที่พิพาท

³²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.27/2548 วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งสองสำนวนเป็นผู้ครอบครองที่ดิน ไม่มีเอกสารสิทธิ ซึ่งได้ครอบครองที่ดินที่เป็นป่าสงวนแห่งชาติและที่ดินสาธารณประโยชน์ อันเป็นการ ครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย การจ่ายเงินค่าทดแทนทรัพย์สินจึงไม่อาจใช้วิธีการเจรจาปรองดองกับเจ้าของ ที่ดิน และนำหลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าทดแทนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับได้ แต่ผู้ ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เมื่อ วันที่ 29 เมษายน 2518 ที่กำหนดหลักการเกี่ยวกับการจัดหมู่บ้านป่าไม้โดยรัฐจะจัดที่ดินให้และกรมป่าไม้เป็น

หน่วยงานดำเนินการจัดหมู่บ้านป่าไม้ตามโครงการพัฒนาหมู่บ้านรอบอ่างเก็บน้ำลำแจะจัดสรรที่ดินทำกินให้แก่ราษฎรครอบครัวละ 15 ไร่ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2520 วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2527 วันที่ 15 ธันวาคม 2530 และวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 ที่กำหนดหลักการจัดสรรที่ดินที่ถูกเขตชลประทาน ที่กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดสรรที่ดินให้ราษฎรที่ถูกเขตชลประทานให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินโดยชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ถูกเขตบริเวณหัวงาน บริเวณเขื่อนน้ำท่ม หรือบริเวณเขตจัดสรรหมดทั้งแปลงหรือเหลืออยู่น้อยจนไม่สามารถอยู่อาศัยหรือประกอบอาชีพได้ ก่อนวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีเข้าดำเนินการสำรวจครอบครัวละประมาณ 11 ไร่ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้จัดสรรที่ดินให้ผู้ฟ้องคดีตามมติคณะรัฐมนตรีโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ต้องจัดสรรที่ดินหรือจ่ายเงินค่าชดเชยค่าที่ดินเพิ่มขึ้นจนครบ 15 ไร่ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีและการไม่ดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีไม่เป็นการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่จะกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีในอันที่จะมีสิทธิเรียกค่าชดเชยหรือค่าเสียโอกาสตามคำขอ

³²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.35/2550 วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 มีวัตถุประสงค์สำคัญในการดำเนินการเช่นเดียวกับวัตถุประสงค์ของ ปตท. ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงเป็นรัฐวิสาหกิจและเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการทางปกครองซึ่งเป็นบริการสาธารณะประเภทพาณิชยกรรมตามอำนาจหน้าที่เดิมของ ปตท. และหลังจากเปลี่ยนสภาพโดยการกระจายหุ้นให้ภาคเอกชนแล้ว กระทรวงการคลังยังคงถือหุ้นอยู่ร้อยละ 52.33 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จึงมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 และคงสภาพรัฐวิสาหกิจต่อไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ทั้งผูกพันตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2544 ที่ให้ภาครัฐคงสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ไว้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 จึงไม่อาจกลับมติให้เอกชนถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 ได้ เพราะเป็นการฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

³²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.303/2554 วินิจฉัยว่า เหตุที่ผู้ฟ้องคดีทำงานล่าช้าจนผู้ถูกฟ้องคดีปรับค่าจ้างเป็นเพราะความผิดของผู้ฟ้องคดีเองที่ไม่เข้าทำงานตามสัญญาและเร่งรัดการดำเนินงานตามแผนที่ได้เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต่อมา แม้ผู้ฟ้องคดีได้เข้าทำงานอีกครั้งเมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2546 ก็เป็นช่วงเข้าฤดูฝนซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีควรจะต้องรู้ตั้งแต่แรกแล้ว เพราะก่อนที่ผู้ฟ้องคดี จะเข้าเสนอราคาต้องมีการตรวจสอบและออกไปดูสถานที่ที่จะทำการก่อสร้างแล้วว่ามีสภาพอย่างไร ดังนั้น การที่ฝนตกหนักทำให้น้ำเริ่มท่วมในขณะที่สัญญาที่เหลืออีก 35 วัน นับตั้งแต่วันที่ 25 มิถุนายน 2546 ถึงวันที่ 29 กรกฎาคม 2546 และต่อเนื่องจนผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำงานต่อไปได้ เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีต้องทำงานล่าช้ากว่ากำหนดเป็นเวลา 168 วัน จึงเป็นเหตุการณ์ปกติตามฤดูกาลที่เกิดขึ้น มิใช่เหตุสุดวิสัยเพราะเกิดอุทกภัยตามที่ผู้ฟ้องคดีอ้างแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจอ้างเอาเหตุที่ฝนตกน้ำท่วมบริเวณที่ก่อสร้างมาเป็นอุปสรรคเพื่อขอต่ออายุสัญญาให้แก่ผู้ฟ้องคดีออกไปอีก 168 วันได้ เพราะขัดต่อมติคณะรัฐมนตรีตามหนังสือกองสารบรรณคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหาร ที่ นว.165/2500 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2500 ข้อ 2 (ก) การที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ต่ออายุสัญญาให้ผู้ฟ้องคดีออกไปอีก 168 วัน ตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการใช้ดุลพินิจชอบด้วยกฎหมายแล้ว

2.4 หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย: ข้อยกเว้นของหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย

สำหรับรัฐที่เป็นนิติรัฐ ฝ่ายปกครองหรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่างๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งในหลายๆ กรณีต้องใช้รูปแบบหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย

คำว่า *Légalité administrative* หรือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นั้น แต่เดิมมุ่งหมายแต่เพียงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ (*Légalité formelle*) คือแค่เพียงว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างอิงด้วยกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดในการใช้อำนาจได้หรือไม่เท่านั้น วิวัฒนาการในระยะต่อมาโดยเฉพาะช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองทำให้มุมมองในเรื่องนี้เริ่มเปลี่ยนไปบ้าง คือเห็นกันว่าเพียงการอ้างอิงด้วยกฎหมายได้ไม่เป็นการเพียงพอที่จะทำให้การใช้ อำนาจนั้นชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายที่อ้างอิงเพื่อการใช้ อำนาจนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่ดีด้วย กล่าวคือต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ที่สำคัญคือบรรดาสหสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่บรรจุอยู่ในปฏิญญาต่างๆ เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และของพลเมือง ค.ศ. 1789 (*Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen 1789*) ด้วย³³⁰ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง และขณะเดียวกันก็เป็นข้อจำกัดหรือเป็นขอบเขตการใช้ อำนาจของฝ่ายปกครองไปในตัวด้วย

หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย (*Principe de la légalité administrative*) มีจุดมุ่งหมายในการสร้างหลักประกันให้กับปัจเจกบุคคลเพื่อคุ้มครองปัจเจกบุคคลให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐ อันเป็นไปตามหลักการของแนวความคิดเสรีนิยมทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์ การบังคับให้ฝ่ายปกครองจำต้องอยู่ในกรอบอันเคร่งครัดของกฎหมายอย่างตายตัว ก็อาจเกิดผลเสียต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้ โดยเฉพาะในบางสถานการณ์ที่ไม่ได้อยู่ในเงื่อนไขปรกติที่กฎหมายมุ่งหมายบังคับใช้ นอกจากนั้น ต่อให้พยายามร่างกฎหมายให้ครอบคลุมถึงสถานการณ์ต่างๆ อย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ แต่ในสภาพความเป็นจริงก็อาจจะมีข้อเท็จจริงบางประการที่เกิดขึ้นในภายหลังจากการบัญญัติกฎหมายที่ทำให้ไม่อาจปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ร่างกฎหมายจึงมีความจำเป็นต้องเปิดช่องทางไว้ในกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถ “มีแผนที่ดินจะเคลื่อนไหวได้

³³⁰ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 37.

ตามสมควรเพื่อปรับบทกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด³³¹

เมื่อเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นจึงเป็นเรื่องที่หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย (Principe de la légalité administrative) อาจไม่ถูกนำมาใช้อย่างเต็มที่ ซึ่งถือว่าเป็นข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปถือว่ามีอยู่ 4 กรณี คือ 2.4.1 ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ 2.4.2 ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” 2.4.3 อำนาจดุลพินิจและ 2.4.4 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง

2.4.1 ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ (Théorie des circonstances exceptionnelles)

พื้นฐานความคิดของทฤษฎีสถานการณ์พิเศษ มาจากหลักการที่สำคัญประการหนึ่งที่กำหนดหน้าที่ของฝ่ายปกครองให้ต้องดูแลรักษาให้เกิดความสงบเรียบร้อยขึ้นภายในรัฐและให้บริการสาธารณะต่างๆ ดำเนินไปได้ตามปกติ (Assurer l'ordre public et le fonctionnement des services publics) ดังนั้น หากการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายอาจจะมีผลทำให้ฝ่ายปกครองไม่อาจรักษาความสงบเรียบร้อยของส่วนรวมไว้ได้ หรืออาจทำให้ไม่สามารถดำเนินการสาธารณะได้ ฝ่ายปกครองอาจจะรับการปฏิบัติตามกฎหมายไว้ได้ชั่วคราว ผลก็คือ การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำนั้นได้กระทำในช่วงที่มีสถานการณ์พิเศษ การกระทำนั้นอาจถูกถือว่าชอบด้วยกฎหมาย (คือเป็น Légalité d'exception) ก็ได้³³² อันเป็นการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองออกไป

การที่จะถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายเป็นกรณีพิเศษ ต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการ คือ

ประการแรก จะต้องข้อเท็จจริงอันจัดได้ว่าเป็นสถานการณ์พิเศษเกิดขึ้น เช่น เกิดมีสงคราม ภัยพิบัติธรรมชาติ หรือจลาจลวุ่นวาย เป็นต้น

ประการที่สอง ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษดังกล่าวจะต้องมีผลทำให้ฝ่ายปกครองตกอยู่ในสถานะที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองได้หากต้องกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้

ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการนอกเหนือกรอบความชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์พิเศษทำให้ต้องถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรรองรับ

³³¹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์ (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 43.

³³² วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์. เล่มเดิม. หน้า 57.

ซึ่งต่างจากกรณีของการประกาศกฎอัยการศึก (L'État de siège) และการบริหารประเทศในสถานการณ์ฉุกเฉิน (L'État d'urgence) ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดอำนาจหน้าที่และรายละเอียดการใช้อำนาจเอาไว้³³³

กล่าวโดยเฉพาะกฎอัยการศึกเป็นกฎหมายซึ่งได้ตราขึ้นไว้สำหรับประกาศใช้เมื่อมีเหตุจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบางเมือง เช่น ในกรณีเกิดสงคราม การจลาจล ในเขตที่ประกาศใช้กฎอัยการศึกเจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารมีอำนาจหน้าที่เหนือเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวกับการยุบ การระงับปราบปรามหรือการรักษาความสงบเรียบร้อย และศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาบางอย่างที่ประกาศระบุไว้แทนศาลพลเรือน กฎอัยการศึกเป็นกฎหมายที่มีอยู่ในเวลาปกติ แต่ไม่ได้ใช้บังคับ โดยเมื่อจะใช้บังคับจะต้องประกาศ และกำหนดเขตพื้นที่ที่จะใช้บังคับ ในหลายประเทศจะไม่มีตราเป็นกฎหมายชัดเจน เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ในบางประเทศจะตราเป็นกฎหมายชัดเจน เช่น ฝรั่งเศส ไทย กฎอัยการศึกในสหราชอาณาจักรเริ่มใช้เมื่อ ค.ศ. 1628 (พ.ศ. 2151) และฝรั่งเศสมีกฎอัยการศึกใช้ตั้งแต่ ค.ศ. 1849 (พ.ศ. 2392) กฎอัยการศึกของไทย มีลำดับชั้นเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ ตราขึ้นครั้งแรกในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อ พ.ศ. 2450 เรียกว่า กฎอัยการศึก ร.ศ. 126 มีทั้งสิ้น 9 มาตรา โดยถอดแบบมาจากกฎอัยการศึกของประเทศฝรั่งเศส ต่อมาใน พ.ศ. 2457 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่าอำนาจของทหารตามกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 นั้นยึดตามแบบฝรั่งเศสแต่ไทยใช้ตำรวจรักษาสงครามตามแบบอินเดีย ซึ่งไม่สอดคล้องกัน จึงทรงยกเลิกกฎอัยการศึก ร.ศ. 126 และตรากฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 (พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457) ขึ้นใช้แทน มีทั้งสิ้น 17 มาตรา และยังคงใช้อยู่จนถึงทุกวันนี้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมรวม 5 ครั้ง การยกเลิกการบังคับใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ใดจะต้องประกาศออกมาเป็นพระบรมราชโองการ³³⁴

อย่างไรก็ตาม สถานการณ์พิเศษ (Circonstances exceptionnelles) นั้นมีผลเพียงทำให้การกระทำที่ในสถานการณ์ปกติอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกถือว่าชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่ากระทำของฝ่ายปกครองในสถานการณ์พิเศษจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล โดยปกติศาลจะตรวจสอบว่ามีข้อเท็จจริงอันถือว่าเป็นสถานการณ์พิเศษตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ สถานการณ์พิเศษนั้นยังคงดำรงอยู่ในขณะที่มีการกระทำทางปกครองที่ถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณา ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และที่สำคัญคือศาลจะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปนั้นพอสมควรแก่เหตุในสถานการณ์พิเศษนั้นหรือไม่³³⁵

³³³ แหล่งเดิม. หน้า 58-59.

³³⁴ แหล่งเดิม. หน้า 59.

³³⁵ แหล่งเดิม. หน้า 59-60.

ทฤษฎีสถานการณ์พิเศษเป็นเพียงทฤษฎีที่ผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่เป็นข้อยกเว้นโดยเด็ดขาด จึงมิได้หมายความว่า ในสถานการณ์พิเศษจะใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง เป็นแต่เพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครอง โดยหลักนี้มีการผ่อนคลายและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในสถานการณ์ปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติการให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป จึงอาจเรียกได้ว่า ในสถานการณ์พิเศษฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์พิเศษ (ไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายในภาวะการณ์ปกติ) กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น ต้องมีความจำเป็นที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเช่นนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวะการณ์ปกติ อีกทั้งนิติกรรมทางปกครองหรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองใช้นั้นต้องพอสมควรได้สัดส่วนกับความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงพอ³³⁶

2.4.2 ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” (Théorie des actes de gouvernement)

คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” นี้เข้าใจว่านักวิชาการทางกฎหมายมหาชนของไทยแปลมาจากคำว่า “Les actes de gouvernement” ที่ปรากฏอยู่ในคำรากกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และน่าจะตรงกับคำว่า “งานทางนโยบายโดยตรง” ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง (3)³³⁷ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้แก่ กิจการประเภทสำคัญๆ เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำเพื่อความดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ และความมั่นคงของประเทศ เช่น การวางแผนเศรษฐกิจของชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐบาลเพื่อบริหารราชการของประเทศ ฯลฯ

ศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Les actes de gouvernement) ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มาตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1875 ไม่ว่าจะเป็น การฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่ง (Recours pour excès de pouvoir) หรือการฟ้องเพื่อได้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน (Contentieux de la responsabilité)

ศาลปกครองไทยก็เดินตามหลักดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน แต่โดยที่หลักในเรื่องนี้ไม่ได้เขียนไว้โดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ศาลปกครองไทยให้เหตุผลในการไม่รับคดีประเภทนี้ไว้พิพากษาหรือมีคำสั่งโดยอิงกับคำนิยามของคำว่า “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยถือว่า

³³⁶ มานิตย์ จุมปา ข (2546). คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 378-379.

³³⁷ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

(3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง”

คำสั่งหรือการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นเป็นการ “ใช้อำนาจทางปกครอง” หรือ “ดำเนินกิจการทางปกครอง” หรือไม่ เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 479/2545 (ประชุมใหญ่)³³⁸ เป็นต้น

สำหรับเหตุผลที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะตรวจสอบการกระทำประเภท “การกระทำทางรัฐบาล” (Les actes de gouvernement) ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่โดยแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

ในสมัยก่อนนักกฎหมายกลุ่มหนึ่ง อธิบายว่าเป็นเพราะการกระทำเหล่านี้มีลักษณะเฉพาะตัวอันเป็นการผสมผสาน (actes hétéroclites) ของระบบกฎหมายหลายสาขา บางส่วนมีลักษณะเป็นกฎหมายรัฐสภา (Droit parlementaire) ซึ่งต้องไปตรวจสอบกันในทางการเมือง เช่น การกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา (เช่น การเปิด-ปิดสภา การยุบสภา การเรียกประชุมสภา การริเริ่มเสนอร่างกฎหมายต่อสภา การแก้หรือไม่แก้รัฐธรรมนูญ) บางส่วนมีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Droit international public) ซึ่งเป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐอื่นหรือในทางระหว่างประเทศ³³⁹

แต่ในระยะหลังมีนักกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่ง อธิบายเหตุผลที่ศาลปกครองปฏิเสธไม่ตรวจสอบการกระทำที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Les actes de gouvernement) โดยให้เหตุผลต่างออกไป คืออธิบายว่าการกระทำที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Les actes de gouvernement) เป็นสิ่งที่ตกทอดมาจากแนวความคิดในเรื่องความจำเป็นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ (หรือทฤษฎีเรื่อง Raison d'État) กล่าวคือเป็นเรื่องในทางการเมืองทั้งภายในและภายนอกประเทศที่มีความสำคัญเกี่ยวกับการใช้อำนาจอธิปไตยโดยตรงของรัฐซึ่งไม่ควรที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ปรับใช้กฎหมายเข้าไปยุ่งเกี่ยว³⁴⁰

³³⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 479/2545 (ประชุมใหญ่) วินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ในการเลือกกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 138 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และการทำหน้าที่ของประธานวุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ในการประชุมเพื่อเลือกกรรมการการเลือกตั้งเป็นอำนาจอิสระตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ดังนั้น วุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จึงไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง และประธานวุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำหรือมติใดๆ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงไม่ใช่การกระทำตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จะนำมาฟ้องยังศาลปกครองได้

³³⁹ วิษณุ วัลญญ, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 63-64.

³⁴⁰ แหล่งเดิม. หน้า 64.

นักกฎหมายกลุ่มที่สามที่ให้อรรถาธิบายในเรื่องนี้แตกต่างออกไปจากสองกลุ่มแรก อธิบายโดยแบ่งแยกโครงสร้างองค์กรของฝ่ายบริหาร (Exécutif) ว่าประกอบด้วยสองส่วน คือ ส่วนที่เป็นรัฐบาล (Gouvernement) และส่วนที่เป็นฝ่ายปกครอง (Administration) ส่วนที่เป็นรัฐบาลนั้น เป็นส่วนที่ปฏิบัติหน้าที่อันเป็นงานในเชิงนโยบาย (Fonction gouvernementale) ส่วนที่เป็นฝ่ายปกครองเป็นส่วนที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นปรกติธุระเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายที่รัฐบาลวางไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในทางปฏิบัติมากมายหลายประการซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำอยู่เป็นประจำ³⁴¹

2.4.3 อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir discrétionnaire)

การปกครองระบอบนิติรัฐนั้น กฎหมายเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของการใช้อำนาจรัฐ กฎหมายจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองและการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นเพื่อให้หลักการที่กล่าวมาบรรลุผล กฎหมายจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนตามสมควร โดยกำหนดกรณีต่างๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจน โดยไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ องค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถระบุกรณีต่างๆ อันเป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจรวมทั้งผลตามกฎหมายอันเกิดจากการปรับใช้กฎหมายได้อย่างละเอียดสำหรับทุกๆ กรณีไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐสมัยใหม่ที่ภารกิจหน้าที่ของรัฐและภารกิจหน้าที่ในทางบริหารมีปริมาณมากและสลับซับซ้อน ความจำเป็นที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเปิดช่องทางให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์แต่ละสถานการณ์ก็มีมากยิ่งขึ้น ตราบใดที่ฝ่ายปกครองกระทำกรอยู่ภายในกรอบของอำนาจดุลพินิจศาลก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

อำนาจดุลพินิจ (Pouvoir discrétionnaire) เป็นเสรีภาพของฝ่ายปกครองที่กฎหมายจัดวางไว้เพื่อให้ตัดสินใจเลือกกระทำการหรือละเว้นกระทำการ (Entschließungsermessen) หรือเลือกผลในทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่าง (Auswahlermessen) เพื่อบรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย อันเป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับอำนาจผูกพัน (Pouvoir lié) ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้วว่าในสถานการณ์หรือในเงื่อนไขข้อเท็จจริงนั้นๆ ฝ่ายปกครองต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้โดยไม่อาจตัดสินใจเป็นอย่างอื่นได้³⁴²

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง โดยการบัญญัติถ้อยคำที่ไม่ผูกมัดการกระทำของฝ่ายปกครองอย่างเฉพาะเจาะจง โดยปรกติแล้วกฎหมายอาจมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองได้หลายลักษณะ กล่าวคือ

³⁴¹ แหล่งเดิม.

³⁴² แหล่งเดิม. หน้า 66.

1) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจวินิจฉัย”³⁴³ เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (Qualification juridique des faits) ในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เจาะจง เช่น คำว่า “การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี” ปรากฏในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 คำว่า “ลามกอนาจาร” ปรากฏในมาตรา 11 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 และคำว่า “อาหารที่มีสิ่งที่เป็นอันตรายแก่สุขภาพ” ปรากฏในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เป็นต้น

2) อำนาจดุลพินิจในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ”³⁴⁴ เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจสั่งการหรือไม่ และถ้าฝ่ายปกครองตัดสินใจไปในทางที่จะใช้อำนาจแล้ว ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของคำสั่งอีกด้วย

แม้ว่าโดยหลักแล้วศาลจะไม่เข้าไปแทรกแซงตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยตรง แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ในความดูแลของศาล ในประเทศฝรั่งเศสหากเป็นกรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจ ศาลจะทำการตรวจสอบแบบที่เรียกว่า Contrôle minimum (การควบคุมตรวจสอบขั้นต่ำ หรือบางครั้งเรียกว่าการควบคุมแบบจำกัด Contrôle restraint) กล่าวคือ ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของคำสั่งหรือการใช้อำนาจดุลพินิจโดยตรง แต่จะตรวจสอบว่า 1) เจ้าหน้าที่มีอำนาจหรือไม่ 2) คำสั่งหรือการกระทำนั้นเป็นไปตามรูปแบบหรือขั้นตอนหรือไม่ 3) การใช้อำนำนั้นเป็นไปโดยสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ 4) เหตุผลประกอบคำสั่งเป็นเหตุผลที่ชอบหรือไม่ และ 5) ความสมเหตุสมผล เช่น เป็นไปโดยสมควรแก่เหตุหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่ เป็นต้น³⁴⁵

2.4.4 มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง (Mesures d'ordre intérieur)

มาตรการภายในของฝ่ายปกครองเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ไม่อยู่ในกรอบของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล กล่าวคือ ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบรายละเอียดอันเป็นเรื่องชีวิตประจำวันของฝ่ายปกครอง มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่มีใช้อยู่ทั่วไป ได้แก่ 1) หนังสือเวียน (Circulaires) และ 2) ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ (Directives)

³⁴³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ ง เล่มเดิม. หน้า 53.

³⁴⁴ แหล่งเดิม. หน้า 49.

³⁴⁵ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. เล่มเดิม. หน้า 67.

1) หนังสือเวียน (Circulaires) โดยทั่วไปเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาของหัวหน้าหน่วยงานในการกำหนดแนวทางการตีความหรือปรับใช้กฎหมายหรือกำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานเดียวกันให้ไปในแนวทางเดียวกัน โดยไม่ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ใดๆ มากไปกว่าที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย โดยนัยดังกล่าวหนังสือเวียน (Circulaires) ไม่ว่าจะใช้ชื่อเรียกว่าอะไร เช่นบันทึก (Note de service) คำแนะนำ (Instruction) เป็นต้น ย่อมไม่มีผลกระทบใดๆ ต่อราษฎรผู้อยู่นอกหน่วยงาน จะใช้อำนาจอันเพื่อให้เกิดความเสื่อมสิทธิแก่บุคคลนอกกระบวนการการก็ได้ บุคคลภายนอกกระบวนการจะหยิบยกขึ้นฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนก็ได้³⁴⁶ แต่ถ้าได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ใหม่ที่ไม่ได้มีอยู่แล้วในกฎหมายเข้าไปในหนังสือเวียน หนังสือเวียนดังกล่าวอาจกลายเป็นกฎ (Circulaire réglementaire) และอาจตกอยู่ในอำนาจของศาลที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้

ในกฎหมายฝรั่งเศส ในชั้นแรกจะถือว่าเป็นกฎที่ออกโดยผู้บังคับบัญชา (Chef du service) เพราะบุคคลเหล่านี้ต้องรับผิดชอบให้การทำงานที่ตนรับผิดชอบเกิดความสำเร็จและอาจออกคำสั่งกับผู้บังคับบัญชาของตนเองได้ ในกรณีวางกฎเกณฑ์โดยไม่เป็นแนวทางตายตัวจะเรียกกันว่า หนังสือเวียน (Circulaire) และแบ่งแยกว่ากรณีหนังสือเวียนใดหากเป็นเพียงอธิบายความหมายของกฎหมาย (กฎหมายในความหมายอย่างกว้าง) ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติก็เป็นเพียงหนังสือเวียนเพื่อการตีความ (Circulaire interprétative) ซึ่งใช้ได้ไม่เป็นปัญหา ส่วนเนื้อหาที่ตีความจะถูกต้องหรือไม่ก็พิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยที่สภาพของหนังสือเวียนนี้มีได้ก่อให้เกิดผลในกฎหมายโดยตรงจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น หนังสือเวียนประเภทนี้เจ้าหน้าที่จะอ้างมาเป็นฐานในการออกคำสั่งทางปกครองไม่ได้ และเอกชนที่ถูกกระทบก็ไม่อาจอ้างอิงหรือฟ้องร้องให้เพิกถอนหนังสือเวียนนั้น อันเป็นอุปสรรคจากกลไกสมมติของกฎหมาย (Legal fiction) ที่ทำให้ฟ้องร้องหนังสือเวียนโดยตรงไม่ได้ อันเป็นความบกพร่องของกฎหมายอย่างหนึ่ง แต่ถ้าเนื้อหาของหนังสือเวียนใดมีลักษณะเป็นการเพิ่มเติมแตกต่างไปจากกฎหมาย (กฎหมายในความหมายอย่างกว้าง) ก็จะมีสภาพเป็นการออกกฎใหม่ จึงเรียกกันว่า หนังสือเวียนที่มีสภาพเป็นกฎ (Circulaire à caractère réglementaire) ซึ่งจะต้องดูว่าผู้ออกมีอำนาจที่จะออกกฎในเรื่องนั้นหรือไม่ ทั้งในฐานะผู้บังคับบัญชาขององค์กรหรือฐานะที่ได้รับมอบอำนาจให้ออกกฎหมายลูกบท เพื่อไม่ให้เสี่ยงไปออกหนังสือเวียนไม่เป็นทางการเหล่านี้แทนกฎ ถ้าผู้นั้นไม่มีอำนาจออกกฎในเรื่องนั้น หนังสือเวียนนั้นก็ไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้³⁴⁷

³⁴⁶ แหล่งเดิม. หน้า 67-68.

³⁴⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เล่มเดิม. หน้า 141.

2) ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ (Directives) เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง อีกกรณีหนึ่งอันเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกำหนดแนวทางการดำเนินการหรือแนวทางการใช้ดุลพินิจ เอาไว้ล่วงหน้าและแจ้งให้แต่ละหน่วยงานของฝ่ายปกครองทราบเพื่อจะได้ปฏิบัติอย่างมีเอกภาพ

ในกฎหมายฝรั่งเศสมีกฎอีกประเภทหนึ่งเรียกว่า “หนังสือกำหนดแนวทาง” (Directives) อันเป็นขั้นตอนบังคับการทำงานสำหรับเจ้าหน้าที่ กรณีนี้จะมีผลเป็นการควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่โดยตรง เมื่อเจ้าหน้าที่ต้องกระทำไปตามนั้นในการออกคำสั่งทางปกครอง นักกฎหมายจึงเห็นได้ชัดว่าหนังสือกำหนดแนวทางนี้มีผลต่อไปยังบุคคลภายนอกโดยตรงอีกทอดหนึ่ง ด้วย จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายแตกต่างไปจากหนังสือเวียน โดยวางหลักว่าหนังสือกำหนดแนวทางนี้เอกชนอาจอ้างเอามาฟ้องได้โดยตรงว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างไร และโดยที่เป็นกรณีแจ้งชัด จึงมีหลักกฎหมายว่าให้เอกชนอาจอ้างได้ถ้าตนได้รับความเสียหายในกรณีเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือกำหนดแนวทางดังกล่าว³⁴⁸

ความแตกต่างระหว่างหนังสือเวียน (Circulaires) กับระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัติ (Directives) คือ ในขณะที่หนังสือเวียนเป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองโดยแท้ ไม่มีอะไรเกี่ยวข้องกับบุคคลที่อยู่นอกหน่วยงานแม้แต่น้อย ระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัตินั้นอาจเกี่ยวข้องกับบุคคลภายนอกได้ และแม้ว่าบุคคลภายนอกจะหยิบยกระเบียบภายในหรือแนวปฏิบัตินั้นมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีไม่ได้โดยตรง แต่ถ้าฝ่ายปกครองมีคำสั่งทางปกครองอันเนื่องด้วยระเบียบหรือแนวปฏิบัตินั้นได้ไม่ชอบ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามระเบียบหรือแนวปฏิบัติ คำสั่งทางปกครองนั้นก็ไม่นับชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้³⁴⁹

³⁴⁸ แหล่งเดิม. หน้า 141-142.

³⁴⁹ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. เล่มเดิม. หน้า 69.