

บทที่ 1

แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง

1.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง

แต่เดิมนั้น อำนาจในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับกับคนในสังคมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในระยะเริ่มแรกของการนิติบัญญัติ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจัดองค์กรของรัฐ และการบัญญัติกฎหมายจะกระทำเฉพาะกรณีพิเศษที่มีความจำเป็นพิเศษเท่านั้น จนกระทั่งเมื่อบทบาทและภาระหน้าที่ของรัฐได้เปลี่ยนแปลงไป ประกอบกับสภาพสังคมและเทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้าและซับซ้อนมากยิ่งขึ้น จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมสังคมให้มีความสงบเรียบร้อยมากขึ้น และมีแนวโน้มที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองมากยิ่งขึ้น

1.1.1 แนวความคิดทางทฤษฎีเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับกับคนในสังคมโดยองค์กรนิติบัญญัติ การบริหารงานและดำเนินภารกิจของรัฐโดยองค์กรฝ่ายบริหาร และการพิจารณาพิพากษาคดีโดยองค์กรตุลาการนั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการใช้อำนาจรัฐที่สำคัญ 2 ประการ คือ หลักประชาธิปไตย และหลักนิติรัฐ ซึ่งสาระสำคัญของหลักทั้งสองในแต่ละประเทศจะมีลักษณะที่คล้ายกัน แต่อาจแตกต่างกันที่รายละเอียดซึ่งเป็นไปตามรูปแบบของรัฐบาลหรือระบบการปกครองของประเทศนั้น ๆ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันและมีส่วนสนับสนุนซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่าหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนหลักประชาธิปไตย ดังนั้น รัฐเสรีประชาธิปไตยตามความหมายของประเทศทางตะวันตก ไม่อาจสถาปนาความเป็น

รัฐเสรีประชาธิปไตยขึ้นมาได้หากขาดหลักการใดหลักการหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ซึ่งหลักการทั้งสองประการมีสาระสำคัญ ดังนี้¹

1.1.1.1 หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานในทางประวัติศาสตร์ และการปกครองแบบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชน ผู้อยู่ภายใต้การปกครอง และเป็นการปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครอง หรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน หรืออาจจะกล่าวได้ว่า ประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครอง และผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (liberty) และความเสมอภาค (equality) ซึ่งสามารถพิจารณาสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยได้ดังนี้

(1) อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน และอำนาจรัฐทั้งหลายมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงในการเลือกตั้ง และเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งอำนาจรัฐในที่นี้ หมายถึง อำนาจในการปกครองของรัฐ เป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจรัฐจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐ นอกเหนือจากสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ คือ อาณาเขตและพลเมืองของรัฐ

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้นโดยแท้จริงแล้วคือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏขึ้นจริง ในทางทฤษฎีประชาธิปไตยได้มีการถกเถียงกันเรื่องความหมายของ “เจตจำนงของประชาชน” ว่าหมายถึงอะไรและจะสามารถเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งสามารถพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 อ้างถึงความคิดของ Rousseau เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่า เจตจำนงของประชาชน คือ เจตจำนงทั่วไป โดยเจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2547), น.19.

ซึ่งเจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้น มักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว และเจตจำนงของทุกคนคือจำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชนนั่นเอง

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า เจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอมกันระหว่าง ผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งกระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอม จะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้ ด้วยเหตุนี้ ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้น ความคิดเห็นของ ฝ่ายข้างมากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด

ฝ่ายที่ 3 เห็นว่า เจตจำนงของประชาชน คือ ผลของการประนีประนอมซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะที่เดียวกันจะต้องมีการเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิต ในประชาคมเดียวกันด้วย เพราะปัญหาในสังคมมีอาจตัดสินโดยฝ่ายข้างมากในสังคมเสมอไป ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย เพราะฝ่ายข้างน้อยก็มีส่วนในสังคมเท่าเทียม กับฝ่ายข้างมาก

(2) ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

โดยที่ระบบประชาธิปไตยโดยตรงไม่สามารถจะนำมาใช้กับการปกครอง ในสังคมปัจจุบันได้ เนื่องจากมีข้อจำกัดหลายประการ ดังนั้น การปกครองในระบบประชาธิปไตย ในยุคปัจจุบันจึงเป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ซึ่งอาจจะเป็นประชาธิปไตย โดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา หรือระบบประธานาธิบดี หรือระบบกึ่งประธานาธิบดี ซึ่งหากจะกล่าวโดยเฉพาะถึงการปกครองในระบบรัฐสภานั้น ตามหลักพื้นฐานแล้วรัฐสภา เป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ดังนั้น จากหลักพื้นฐานดังกล่าว จึงเป็นเงื่อนไขให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอื่นๆ จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา ซึ่งรัฐบาลมีความชอบธรรม ในทางประชาธิปไตยตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา และในขณะที่เดียวกัน การบริหารงานของรัฐบาลย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาด้วย และการที่รัฐสภาเป็นองค์กร ที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยยิ่งกว่าองค์กรอื่นๆ เพราะเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้ง โดยตรงจากประชาชนนั้น ได้ก่อให้เกิดหลักสำคัญ 2 ประการคือ หลักเงื่อนไขของรัฐสภา และหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย

(2.1) หลักเงื่อนไขของรัฐสภา หมายความว่า การกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาต่าง ๆ ที่มีความสำคัญจะต้องได้รับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเอง และปัญหา

หรือกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าวนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดในเรื่องดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ เช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญด้วยตนเอง แต่สำหรับหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดต่าง ๆ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดได้

(2.2) หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย หมายความว่า การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้น จะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชน และการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะต้องถูกใช้เพื่อประชาชนและมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จะก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินภารกิจของรัฐ จึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเชื่อมโยงองค์กรของรัฐกับประชาชน โดยเรียกร่องให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนโดยตรงเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ได้ เพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ นั้น มีพื้นฐานมาจากประชาชนและดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงประชาชน ดังนั้น เพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยหรือองค์กรที่ผ่านการเลือกมาจากประชาชน

กล่าวโดยสรุป หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่า ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐ และการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐจะต้องมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน นอกจากนี้ ยังยอมรับการปกครองโดยทางรัฐสภาหรือโดยทางผู้แทนด้วย

1.1.1.2 หลักนิติรัฐ

หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีที่มาจากประวัติศาสตร์จากการต่อสู้ระหว่างชนชั้นปกครองและชนชั้นกลางในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึงศตวรรษที่ 17 โดยชนชั้นกลางเป็นผู้ได้รับชัยชนะและสถาปนารูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยขึ้นเพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ ซึ่งหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งสองหลักการนี้ต่างก็มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

จากการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐจนเกินขอบเขตเช่นเดียวกัน โดยจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วยผู้แทนจากปวงชน เป็นทั้งแหล่งที่มาและขอบเขตของอำนาจกระทำการทางปกครองทั้งหลาย ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง² และกำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาอยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดหรืออาจเรียกได้ว่า หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ³

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (ประเทศเยอรมัน ประเทศออสเตรีย และบางส่วนของประเทศสวิตเซอร์แลนด์) และเป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 โดยช่วงก่อน ปี ค.ศ. 1848 นักคิดที่สำคัญของเยอรมัน คือ Robert von Mohl, Carl Welcker และ Johann Christoph Frisherr von Aretin ได้ให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึงรัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปแบบที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผล และมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป⁴

ต่อมาความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ถูกลดขอบเขตของความหมายในทางเนื้อหา มาเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ โดย Friedrich Julius Stahl ได้อธิบายว่า รัฐควรจะเป็น “นิติรัฐ” ซึ่งเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนารัฐไปสู่ยุคใหม่ ดังนั้น รัฐจะต้องกำหนดแนวทางและขอบเขตในทางทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าว โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลและจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคง นอกจากนี้รัฐไม่ควรจะใช้อำนาจเหนือของรัฐบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมาอีกต่อไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล ส่วนนิติรัฐแนวใหม่เป็นการอธิบายสาระสำคัญของหลักดังกล่าวว่าประกอบด้วยหลักการใดบ้าง ซึ่งสามารถพิจารณาหลักการที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐได้ ดังนี้⁵

²ดูรายละเอียดใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญู, 2546), น.17-19.

³บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), น. 34.

⁴เพ็งอ้าง, น. 23-24.

⁵เพ็งอ้าง, น. 25.

(1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจและไม่มี การควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ซึ่งรัฐแต่ละรัฐใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำ การต่าง ๆ 3 ประเภท คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ซึ่งได้แก่ การตรากฎหมาย ขึ้นใช้บังคับแก่ราชการบริหาร (Executive Function) ซึ่งได้แก่ การบังคับให้การทำต่าง ๆ เป็นไป ตามที่กฎหมายได้บัญญัติกำหนดไว้ และการตุลาการ (Judicial Function) ซึ่งได้แก่ การวินิจฉัย ขัดข้อพิพาทระหว่างราษฎรด้วยกันเองหรือระหว่างราษฎรกับหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เนื่องจากรัฐไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยของการทำ การต่าง ๆ ทั้ง 3 ประเภทข้างต้นได้ด้วยตนเอง รัฐจึงต้องใช้อำนาจอธิปไตยของตนกระทำ การต่าง ๆ โดยผ่านทางองค์กรของรัฐ และจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครองได้แสดงให้เห็น อยู่เสมอว่า เมื่อใดก็ตามที่การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรของรัฐ องค์กรเดียวแล้ว ราษฎรจะไม่มีสิทธิและเสรีภาพในอันที่จะกระทำการต่าง ๆ ได้เลย

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสาม มิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิ และเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่ง มีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการ แบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบ อำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ ซึ่งจะเห็นได้ว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” หรือ “Separation of Powers” นั้น ไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันแบ่งแยกมิได้ แต่หมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ให้การใช้อำนาจอธิปไตยไปรวมศูนย์ อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ดังนั้น คำว่า “อำนาจ” ใน “การแบ่งแยกอำนาจ” และ “Powers” ใน “Separation of Powers” จึงหมายความว่าถึงเรื่อง “องค์กร (Organs)” ผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

ในทางปฏิบัติ “ผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” (Pouvoir Constituant) จะนำเอา หลักการหรือทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจไปใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยคำนึงถึง วัฒนธรรมและสถานการณ์ทางการเมืองในประเทศของตน ด้วยเหตุนี้ การแบ่งแยกอำนาจ

ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแต่ละรัฐ จึงมีสาระสำคัญทั้งที่เหมือนกันและแตกต่างกันออกไป สรุปได้ดังนี้⁶

ก. รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจะบัญญัติให้แยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า “การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางการเมือง” อย่างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมอบหมายให้องค์กรตุลาการหรือศาลเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่นร่วมใช้อำนาจนี้กับศาล และในด้านกลับกัน ศาลก็ต้องจำกัดตนเองอยู่แต่เฉพาะกับการใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีแต่เพียงผู้เดียว ไม่เปิดโอกาสให้องค์กรอื่นร่วมใช้อำนาจนี้กับศาล และรัฐธรรมนูญไม่เปิดโอกาสให้ศาลร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและทางบริหารกับองค์กรอื่น นอกจากนี้ บุคคลที่เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการจะดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกขององค์กรอื่น เช่น เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ทางปกครองในเวลาเดียวกันกับที่เป็นผู้พิพากษาไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การเป็นผู้พิพากษานั้นเป็น “ลักษณะต้องห้าม” (incompatibility) มิให้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น

การแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารอย่างเคร่งครัดเช่นว่านี้ ย่อมเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของศาล ทำให้ศาลอยู่ในวิสัยที่จะพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างปราศจากอคติ และไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม แต่อย่างไรก็ตาม การแยกศาลออกจากองค์กรทางการเมืองอย่างเคร่งครัดก็ไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลมีความเป็นอิสระและความเป็นกลางอย่างแท้จริงได้ เนื่องจากเรื่องดังกล่าวต้องขึ้นอยู่กับจิตสำนึกและการปฏิบัติของผู้พิพากษาแต่ละคนด้วย

นอกจากนี้ ศาลซึ่งผูกขาดและจำกัดตนเองอยู่แต่เฉพาะกับการใช้อำนาจอธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและซึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลางนี้ ไม่จำเป็นต้องมีเพียงระบบเดียว คือ ระบบซึ่งให้ศาลสูงสุดเพียงศาลเดียวคอยควบคุมคำพิพากษาของศาลล่างทุกศาล ดังเช่นที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เสมอไป แต่จะมีระบบศาลมากกว่าหนึ่งระบบก็ได้ เช่น ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส เบลเยียม กรีซ

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด พี. เจ. เพลท โปรดเซอร์, 2540), น.64-68.

มีระบบศาลอยู่สองระบบด้วยกัน เรียกว่า “ระบบศาลคู่” ได้แก่ ระบบศาลยุติธรรมซึ่งมีศาลยุติธรรมสูงสุดคอยควบคุมพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา คดีแรงงาน ของศาลล่าง และระบบศาลปกครองซึ่งมีศาลปกครองสูงสุดคอยควบคุมคำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองชั้นต้น หรือในประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมันมีระบบศาลถึงห้าระบบด้วยกัน คือ ระบบศาลยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ระบบศาลปกครองซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ระบบศาลแรงงานซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแรงงาน ระบบศาลสังคมซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับกฎหมายประกันสังคม และระบบศาลภาษีอากรซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีภาษีอากร ซึ่งแต่ละระบบต่างก็มีศาลสูงสุดคอยทำหน้าที่ควบคุมคำพิพากษาของศาลล่างแยกต่างหากและเป็นอิสระจากกัน การให้มีศาลมากกว่าหนึ่งระบบนี้มีความมุ่งหมายเพื่อแบ่งเบาภาระการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม เพื่อให้คดีแต่ละประเภทได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลที่มีความเชี่ยวชาญในกฎหมายซึ่งจะใช้บังคับแต่คดีประเภทนั้นๆ และเพื่อให้ศาลแต่ละระบบได้มีเวลาเพียงพอที่จะพัฒนาหลักกฎหมายได้อย่างเป็นระบบระเบียบและสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศ นอกจากนี้ การไม่ให้อำนาจพิจารณาพิพากษารวดคดีรวมศูนย์อยู่ที่ศาลเพียงระบบเดียวยังเป็นการป้องกันมิให้ตุลาการซึ่งไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อประชาชนเหมือนอย่างสมาชิกรัฐสภาและรัฐมนตรีมีอำนาจมากเกินไปอันจะยังผลให้เกิด “การปกครองโดยผู้พิพากษา” (Gouvernement des juges) ขึ้นอีกด้วย

ข. ในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยมีบทบัญญัติแตกต่างกัน ตำราวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญได้จำแนกระบบรัฐบาลโดยพิจารณาจากการจัดระเบียบการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารออกเป็นสามระบบ คือ ระบบสมัชชา (Assembly Government) ระบบประธานาธิบดี (Presidential Government) และระบบรัฐสภา (Parliamentary Government) ซึ่งจะกล่าวถึงโดยสังเขปตามลำดับดังต่อไปนี้

ในระบบสมัชชา ไม่มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และบริหารออกจากกัน การใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทั้งสองประเภทนี้จะรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น คือ อยู่ที่รัฐสภาซึ่งตามปกติแล้วจะเป็นระบบสภาเดียว (Unicameral System) รัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสมาชิกเป็นจำนวนมากย่อมไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารได้ด้วยตนเองตามลำพังจำเป็นต้องแต่งตั้ง “คณะรัฐมนตรี” ขึ้นเพื่อช่วยแบ่งเบาภาระของตน แต่คณะรัฐมนตรีคงมีฐานะเป็นเพียง “เจ้าหน้าที่” (Agent) ของ

รัฐสภาเท่านั้น ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจะต้องดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินไปตามนโยบายที่รัฐสภากำหนดไว้ และต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจถอดถอนรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งหรือทั้งคณะออกจากตำแหน่งได้ทุกเวลา แต่คณะรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเป็นเพียงเจ้าหน้าที่ของรัฐสภาไม่สามารถยุบสภาได้เหมือนอย่างคณะรัฐมนตรีในระบอบรัฐสภา

ในระบอบประธานาธิบดี เป็นระบอบรัฐบาลซึ่งมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย กระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารออกจากกันอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ มอบหมายให้ประธานาธิบดีซึ่งได้รับเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยทางอ้อมจากประชาชนเช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร และเปิดโอกาสให้ทั้งสององค์กรนี้เข้าไปร่วมใช้อำนาจกับอีกองค์กรหนึ่งได้น้อยกรณีมาก ทั้งยังมีข้อห้ามมิให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งสมาชิกรัฐสภาเป็นรัฐมนตรี (Secretary) เพื่อช่วยเหลือตนในการดำเนินการบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย

ในระบอบรัฐสภา มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติและบริหารเช่นเดียวกันกับในระบอบประธานาธิบดีแต่แตกต่างจากรบอบประธานาธิบดีในประเด็นที่ว่า การแบ่งแยกอำนาจในระบอบรัฐสภาไม่มีลักษณะเคร่งครัดเท่าระบอบประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และมอบหมายให้คณะรัฐมนตรีซึ่งประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีหนึ่งคน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงและรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงอีกจำนวนหนึ่งเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร แต่รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรีและเปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรีเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ และไม่มีข้อห้ามมิให้แต่งตั้งสมาชิกรัฐสภาเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance) ทั้งนี้ โดยรัฐมนตรีทั้งคณะและแต่ละคนต้องรับผิดชอบต่อสภา และอยู่ในตำแหน่งได้นานเพียงเท่าที่รัฐสภายังคงให้ความไว้วางใจอยู่เท่านั้น เมื่อรัฐสภามีมติไม่ไว้วางใจ รัฐมนตรีทั้งคณะหรือแต่ละคน แล้วแต่กรณีต้องออกจากตำแหน่ง แต่ในขณะเดียวกันคณะรัฐมนตรีก็มีสิทธิที่จะแนะนำและยินยอมให้ประมุขของรัฐซึ่งอาจเป็นพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดีก็ได้ซึ่งไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อสภา ยุบสภา เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ก่อนที่จะครบอายุของสภาได้

(2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคลและสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งสิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคล รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้อีก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ และหลักประกันที่สำคัญ คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของ การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

กล่าวโดยสรุป หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพถือเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการของรัฐ โดยมีใช้เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ

การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ⁷

1.1.1.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามกฎหมายลำดับรอง

โดยที่การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐแต่ละองค์กรมีวัตถุประสงค์ร่วมกันเพื่อปฏิบัติภารกิจของรัฐให้สำเร็จ มีประสิทธิภาพ และบรรลุถึงประโยชน์สาธารณะที่คนส่วนใหญ่ในสังคมต้องการ ในขณะที่ด้วยกันสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลก็จะต้องได้รับการคุ้มครองจากผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่มีการปกครองโดยกฎหมายได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐแต่ละอำนาจ ไม่ว่าจะเป็อำนาจในการตรากฎหมาย การบริหารงานให้เป็นไปตามกฎหมาย และการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย เพื่อไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อันจะทำให้สิทธิเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง

แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ถูกใช้ ถูกตีความ และมีพัฒนาการมาเป็นลำดับ โดยในปัจจุบันหลักการดังกล่าวมีความหมายว่า การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุมตรวจสอบ ยับยั้งซึ่งกันและกันและถ่วงดุลกันได้ (check and balance) ไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง

รัฐต่าง ๆ ได้ยอมรับและใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจในการจัดองค์กรของรัฐ โดยมีการจัดแบ่งองค์กรที่จะเข้ามาใช้อำนาจรัฐโดยกำหนดให้ รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และกำหนดให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดอรรถคดีตามกฎหมาย แต่การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าอำนาจของแต่ละองค์กรจะแยกเด็ดขาดออกจากกัน เนื่องจากด้วยเหตุผลและความจำเป็นบางประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งการที่รัฐจะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับคนในรัฐนั้น ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยหลักแล้วองค์กรที่มีความเหมาะสมที่สุดในการที่จะใช้อำนาจดังกล่าวคือ รัฐสภา เนื่องจากสมาชิกของรัฐสภาประกอบด้วยผู้แทนที่ได้รับเลือกมาจากประชาชน และกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับนั้น มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ดังนั้น จึงต้องให้ราษฎรหรือผู้แทนของราษฎรพิจารณาวินิจฉัยเองว่า จะยอมให้มีการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตน

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 26.

หรือไม่ นอกจากนี้ การดำเนินการตามนโยบายของรัฐจะต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ดังนั้น ถ้าให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมายย่อมเป็นการบังคับอยู่ในตัวว่า การดำเนินนโยบายนั้นตรงกับความต้องการของประชาชน

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากภารกิจของรัฐที่เพิ่มมากขึ้นและจากการที่เทคโนโลยีมีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้ภาระหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น การมอบอำนาจจึงเป็นสิ่งจำเป็น^๘ โดยการกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาต่าง ๆ ที่มีความสำคัญจะต้องถูกกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการที่สำคัญด้วยตนเอง ส่วนในเรื่องที่เป็นรายละเอียดต่าง ๆ อาจมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักเจือปนของรัฐธรรมนูญ และหลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสายที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่าง ๆ จะต้องมีความเกี่ยวพันและเชื่อมโยงไปถึงประชาชนหรือมีพื้นฐานมาจากประชาชนจึงจะมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย

ปัจจุบันจึงเป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายบริหารสามารถที่จะตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคมได้ แต่มุมมองในทางกฎหมายที่มีต่อกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารมีความแตกต่างกันออกไปในบางประเทศ สำหรับประเทศไทย ถือว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารเป็นกฎหมายยกเว้น เนื่องจากโดยปกติฝ่ายบริหารของไทยไม่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรากฎหมาย เพราะอำนาจหน้าที่ดังกล่าวเป็นของรัฐธรรมนูญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ^๙ ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายได้เมื่อมีกรณีจำเป็นเร่งด่วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งได้แก่ กรณีการตราพระราชกำหนด ส่วนการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในกรณีอื่นจะต้องมีกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาให้อำนาจฝ่ายบริหารตรากฎหมายได้และฝ่ายบริหารจะต้องตรากฎหมายขึ้นภายในกรอบที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น

^๘ Eleanor Bontecou, "Delegation of Powers," *Encyclopaedia of the Social Science*, (1935), p.65. อ้างถึงใน รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, "การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 15.

^๙ สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2546), น.73.

1.1.2 แนวความคิดทั่วไป

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นจะต้องมีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริการตรากฎหมายลำดับรองนั้น สามารถอธิบายโดยพิจารณาจากการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในสังคมได้ดังนี้

1.1.2.1 การเปลี่ยนแปลงภารกิจของรัฐ¹⁰

ในสมัยดั้งเดิม รัฐมีภารกิจสำคัญจำกัดอยู่แต่เฉพาะการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ ซึ่งเป็นภารกิจพื้นฐาน (Primary Function) เท่านั้น โดยผู้ปกครองหรือฝ่ายบริหารที่เป็นผู้ทรงอำนาจรัฐในด้านต่าง ๆ สามารถตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับในสังคมได้โดยไม่มีข้อจำกัด โดยเฉพาะการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยระบอบดังกล่าวได้เข้ามาแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและแทรกแซงการประกอบกิจการต่าง ๆ ของประชาชนเป็นอย่างมาก ส่งผลให้ประชาชนที่เป็นชนชั้นกลางที่เริ่มมีบทบาทในสังคมและมีอำนาจทางเศรษฐกิจเรียกร้องหลักประกันสิทธิ เสรีภาพ และทรัพย์สินของตนให้มั่นคงยิ่งขึ้น โดยเรียกร้องให้รัฐจำกัดบทบาทและภาระหน้าที่ แต่เฉพาะการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของรัฐ ซึ่งเป็นภารกิจพื้นฐานเท่านั้น อีกทั้งเรียกร้องให้รัฐล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และรัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงวิถีชีวิตทางสังคมและเศรษฐกิจของเอกชน ข้อเรียกร้องดังกล่าวทำให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างกว้างขวางในการประกอบกิจการต่าง ๆ ส่งผลให้เกิดการเอาวัดเอาเปรียบกันในสังคม ดังนั้น จึงจำเป็นที่รัฐจะต้องเพิ่มบทบาทของตนโดยเข้ามาแทรกแซงวิถีชีวิตในทางสังคมและเศรษฐกิจของประชาชนเพื่อปรับปรุงวิถีชีวิตของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม ส่งผลให้รัฐมีภารกิจเพิ่มขึ้นจากภารกิจพื้นฐานที่มีมาแต่เดิมซึ่งถือเป็นภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Function) โดยมีความมุ่งหมายที่จะปรับปรุงวิถีชีวิตของประชาชนให้มีความเป็นอยู่ที่ดีกว่าเดิม ซึ่งการที่รัฐจะใช้อำนาจเข้าแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ตามหลักนิติรัฐจะต้องอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ ส่งผลให้มีความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายเป็นจำนวนมากกว่าในอดีตที่ภารกิจของรัฐจำกัดอยู่แต่เฉพาะภารกิจพื้นฐานเท่านั้น ดังนั้น จากสภาวะดังกล่าวรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย จึงมีภาระเพิ่มมาก

¹⁰ ดูรายละเอียดใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาทภิกขมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น. 9-35.

ขึ้นและไม่สามารถจะจัดทำกฎหมายได้ทั้งหมดรวมไปถึงส่วนที่เป็นรายละเอียดของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มีหน้าที่แต่เพียงการออกกฎหมายเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ต้องควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล อนุมัติงบประมาณ ดูแลความทุกข์สุขของประชาชน ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่มีรายละเอียดและขอบเขตกว้างขวางมาก¹¹ ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับเรื่องต่าง ๆ ไปออกกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับ

1.1.1.2 ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

การปฏิวัติอุตสาหกรรมได้ก่อให้เกิดความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว และทำให้สภาพของสังคมเปลี่ยนแปลงไป อันนำมาซึ่งปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งปัญหาหลายเรื่องที่เกิดขึ้นนั้นเป็นปัญหาทางเทคนิคที่เฉพาะผู้เชี่ยวชาญทางวิชาชีพเท่านั้นจึงจะมีความรู้ความเข้าใจ การตรากฎหมายจึงต้องการบุคคลที่มีความรู้เป็นพิเศษเฉพาะด้าน ซึ่งสมาชิกของสภาอาจมีความรู้ไม่เพียงพอและลึกซึ้งถึงขนาด และจากความจำเป็นที่บทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีความยืดหยุ่น เพื่อให้สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงในสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วได้ ส่งผลให้สภาไม่สามารถกำหนดรายละเอียดของกฎหมายไว้ในเนื้อหาของกฎหมายได้ก่อนที่ข้อเท็จจริงจะเกิดขึ้น จากข้อจำกัดดังกล่าว ทำให้สภามีความจำเป็นที่จะต้องมอบอำนาจให้องค์กรอื่นตรากฎหมายในรูปของกฎหมายลำดับรอง โดยรัฐสภาจะมีหน้าที่หลักในการกำหนดหลักการและนโยบายที่สำคัญไว้ในกฎหมาย และกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดในส่วนที่เป็นรายละเอียดของกฎหมายโดยตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อให้รัฐมีเครื่องมืออย่างเพียงพอในการปฏิบัติการ

1.2 วิวัฒนาการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง

การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักที่ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาใช้ในการจัดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจของฝ่ายบริหารในรัฐธรรมนูญของรัฐสมัยใหม่นั้นมี 2 ลักษณะ คือ การแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด และการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด ซึ่งแม้ว่ารัฐธรรมนูญของบางประเทศจะกำหนดให้มีการแบ่งแยก

¹¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: จีระวิชาการพิมพ์, 2540), น. 122-124.

อำนาจอย่างเด็ดขาด แต่ในทางปฏิบัติการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารยังคงเกี่ยวพันกันอยู่ และอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารที่ถูกกำหนดให้มีขึ้นเพื่อแบ่งเบาภาระการทำหน้าที่บัญญัติกฎหมายของรัฐสภานั้น ย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ดังนั้น การศึกษาวิวัฒนาการของอำนาจตรากฎหมายของฝ่ายบริหารในต่างประเทศจะทำให้สามารถมองเห็นภาพความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายของรัฐต่าง ๆ ได้

1.2.1 วิวัฒนาการในต่างประเทศ

1.2.1.1 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีวิวัฒนาการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง เป็นการพัฒนาทฤษฎีห้ามมอบอำนาจ ในระยะแรก ศาลสูงสหรัฐได้อธิบายการมอบอำนาจ โดยในคดี Wayman v. Southard (1825)¹² ผู้พิพากษามาแชลล์ (Marshall) กล่าวว่ารัฐบาลสามารถมอบอำนาจให้ศาลหรือคณะกรรมการวินิจฉัย (tribunal) กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องเฉพาะและอย่างเคร่งครัด และรัฐสภาก็อาจจะมอบอำนาจนิติบัญญัติซึ่งรัฐสภาควรจะใช้ด้วยตนเองให้แก่องค์กรอื่น ๆ ได้ เพียงแต่ขอบเขตระหว่างอำนาจที่รัฐสภาต้องใช้ด้วยตนเองและอำนาจที่มอบให้เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องกำหนดไว้ในขณะที่มอบอำนาจ ซึ่งผู้พิพากษามาแชลล์ (Marshall) ได้แสดงให้เห็นถึงขอบเขตของการมอบอำนาจว่า รัฐสภาต้องกำหนดเนื้อหาสาระของกฎหมายไว้เป็นบทบัญญัติทั่วไป และให้องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจกำหนดรายละเอียด (fill up in details) เพื่อให้บทบัญญัติทั่วไปของรัฐสภาสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังไม่สามารถกำหนดขอบเขตของการมอบอำนาจได้อย่างชัดเจน¹³

ต่อมาในคดี Cincinnati W. & Z.R. Co. v. Commissioner (1852) ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างที่แท้จริงระหว่างการมอบอำนาจนิติบัญญัติและการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจว่า การมอบอำนาจนิติบัญญัติเป็นการตัดสินใจของรัฐสภาว่าอะไรควรจะเป็นกฎหมาย

¹² รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, “การตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 20.

¹³ K.C. Davis, *Administrative Law: Case-Text-Problems*, 6th ed., (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1977), p. 33-34.

และให้อำนาจหรือดุลพินิจแก่องค์กรผู้รับมอบอำนาจเพียงเพื่อปฏิบัติภาระหน้าที่ภายใต้กฎหมาย และให้บรรล่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

หลังจากนั้นศาลสูงสหรัฐก็ได้พิพากษาเรื่องนี้อีกจนกระทั่งอีกประมาณ 80 ปีต่อมา ก็ได้มีคำพิพากษาในคดี *Field v. Clerk* (1892) ซึ่งมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติศุลกากร ค.ศ. 1890 (The Tariff Act of 1890) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดบัญชีอัตราภาษีศุลกากรไว้ และกำหนดด้วยว่ารายการที่เกี่ยวกับเกษตรกรรม อาจได้รับการงดเว้นไม่ต้องเสียภาษีตามบัญชีที่ฝ่ายรัฐบัญญัตินี้ได้ แต่ต้องปรากฏว่าประเทศที่นำเข้าสินค้าทางการเกษตรนั้นต้องปฏิบัติต่างตอบแทนด้วยโดยการยอมให้นำเข้าสินค้าทางการเกษตรของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่ต้องเสียภาษีเช่นเดียวกัน หากประธานาธิบดีพบว่าไม่มีการปฏิบัติต่างตอบแทนดังกล่าว ประธานาธิบดีมีอำนาจสั่งให้งดการอนุญาตให้นำเข้าสินค้าของประเทศนั้น โดยไม่ต้องเสียภาษีไว้เป็นระยะเวลาหนึ่งตามที่เห็นว่าเป็นธรรมได้

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาได้อาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติดังกล่าวสั่งงดการอนุญาตให้นำเข้าสินค้าประเภทเสื้อผ้าแก่ประเทศที่ไม่ได้ปฏิบัติต่างตอบแทนด้วย ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัยว่า บทบัญญัติตามรัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นเพียงการมอบอำนาจให้ประธานาธิบดีตรวจสอบข้อเท็จจริง (fact-finding) และกำหนดระยะเวลาในการงดการอนุญาตให้ได้รับยกเว้นภาษีนำเข้าเท่านั้น ดังนั้น การมอบอำนาจดังกล่าวจึงเป็นเพียงการให้ประธานาธิบดีกำหนดการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามนโยบายที่รัฐสภากำหนดไว้

(1) ยุครัฐสวัสดิการ

ในช่วงที่ประเทศเข้าสู่ยุครัฐสวัสดิการ ศาลสูงสหรัฐได้วางหลักการมอบอำนาจว่าการมอบอำนาจต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐาน (standard) ของกฎหมายไว้ด้วย นอกจากนี้ ศาลสูงสหรัฐยังได้วินิจฉัยในคดีต่อมาว่าการมอบอำนาจที่มีได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานของกฎหมายไว้ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่กำหนดให้มีการมอบอำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นโมฆะ

ในคดี *Buttfield v. Stranahan* (1904) ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัยว่า การมอบอำนาจจะกระทำได้อีกเมื่อผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ (standard) และขอบเขตในการใช้ดุลพินิจของผู้รับมอบอำนาจ ซึ่งศาลตีความว่า การที่กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Secretary of the Treasury) กำหนดมาตรฐานความบริสุทธิ์ ความเหมาะสมและคุณภาพของชาที่เป็นสินค้านำเข้านั้น กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์อย่างแท้จริงที่จะยกเว้นชาคุณภาพต่ำ

ที่สุด ดังนั้น การที่รัฐมนตรีใช้อำนาจที่ได้รับมอบมา นี้ จึงเป็นเพียงการปฏิบัติกรให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์เบื้องต้น (Primary Standard) ตามเจตนารมณ์ของรัฐสภา¹⁴

ต่อมาในคดี *Panana Refining co. v. Ryan* (1935) รัฐสภาสหรัฐได้ให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีออกกฎหมายห้ามจำหน่ายน้ำมันระหว่างมลรัฐและต่างรัฐ ศาลสูงสหรัฐวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐสภาไม่ได้กำหนดนโยบายหรือมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ใดไว้เลย ประธานาธิบดีได้รับอำนาจอย่างไม่จำกัด¹⁵

นอกจากนี้ในคดี *Schechter Poultry Corp. v. United States* (1935) รัฐสภาให้อำนาจสมาคมการค้าออกกฎหมายเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการแข่งขันทางการค้า โดยได้รับความเห็นชอบจากประธานาธิบดี และประธานาธิบดีจะให้ความเห็นชอบต่อเมื่อปรากฏว่าสมาคมการค้าดังกล่าวเป็นตัวแทนของกลุ่มอุตสาหกรรมนั้น ศาลสูงวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะการมอบอำนาจดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจมากเกินไป (excessive delegation) และเป็นเรื่องเกินขอบเขตอำนาจของการพาณิชย์ของรัฐบาลกลาง¹⁶

(2) ยุคระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง

ในยุคนี้ศาลสูงได้ยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ เนื่องจากสภาไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ ดังนั้น การมอบอำนาจจึงเป็นไปอย่างกว้างขวาง ยกตัวอย่างเช่น คดี *Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins* (1940) ศาลสูงยอมรับว่ารัฐสภาสหรัฐอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้องค์กรเจ้าหน้าที่อื่นใดอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยวินิจฉัยว่า “การมอบอำนาจโดยรัฐสภาถูกตระหนักว่าเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อที่ว่ากรใช้อำนาจนิติบัญญัติจะไม่กลายเป็นสิ่งที่หาประโยชน์มิได้หรือกลายเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผล

นอกจากนี้ในคดี *Yakus v. United States* (1944) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐสภาได้ออกกฎหมาย Price Control Act of 1942 จัดตั้งสำนักงานบริหารราคา (The Office of the Price Administration – OPA) และให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่

¹⁴ *Ibid.* p. 36.

¹⁵ Uwe Kischel. “Delegation Of Legislative Power To Agencies: A Comparative Analysis Of United States and German Law,” *Administrative Law Review the American Bar Association*, (Spring1994), p. 219.

¹⁶ K.C. Davis, *supra note 13*, p. 35.

ของ OPA มีอำนาจควบคุมราคาสินค้าโดยกำหนดราคาขั้นต่ำ เพื่อให้สินค้ามีราคาแน่นอน ป้องกันและแก้ไขภาวะเงินเฟ้อในยามสงครามอันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และราคาที่กำหนดขึ้นนี้ต้องเป็นธรรมและใช้อย่างเท่าเทียมกัน โดยพิจารณาถึงราคาที่กำหนดขึ้นใน ยามบ้านเมืองปกติด้วย ผลคือ เป็นการมอบอำนาจอย่างกว้างขวาง แต่ศาลสูงวินิจฉัยว่ารัฐ บัญญัติฉบับนี้ชอบด้วยกฎหมาย (valid) ด้วยเหตุผลว่า รัฐสภาได้กำหนดเป้าหมายหรือ วัตถุประสงค์ของรัฐบัญญัติและกำหนดวิธีการที่จะทำให้วัตถุประสงค์นั้นบรรลุผล โดยรัฐบัญญัติ ได้กำหนดราคาสินค้าสูงสุด และวางมาตรฐานที่เป็นแนวทางในการตัดสินใจขององค์กรเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้ศาลได้ตรวจสอบแล้วว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมีข้อความชัดเจน เพียงพอที่จะทำให้บุคคลทั่วไปสามารถเข้าใจได้ว่า ในการกำหนดราคาสินค้านั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานของรัฐบัญญัติหรือไม่¹⁷

กล่าวโดยสรุป การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายในสหรัฐอเมริกา นั้น เมื่อคำนึงถึงทฤษฎีแล้ว อำนาจนิติบัญญัติแยกออกจากอำนาจบริหารอย่างเด็ดขาด แต่ด้วย เหตุผลความจำเป็นของการปกครองสมัยใหม่ ทำให้ทฤษฎีเป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ดังนั้น ศาลจึงได้ยอมรับให้รัฐสภาสามารถมอบอำนาจได้ ภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐสภาจะต้องวางมาตรฐาน (standard) หรือนโยบาย (policy) เพื่อเป็นแนวทางในการตรากฎหมายขององค์กรผู้รับมอบ อำนาจ และการมอบอำนาจจะต้องไม่คลุมเครือ (vagrant) และตรวจสอบได้ นอกจากนี้ การมอบ อำนาจจะต้องไม่เป็นการสละหรือโอนอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐสภา ดังนั้น ในการ พิจารณาปัญหาการมอบอำนาจ ศาลจึงค้นหาความหมายของรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจว่าได้กำหนด มาตรฐานไว้อย่างชัดเจนแน่นอนหรือไม่ เพราะฝ่ายปกครองผู้ได้รับมอบอำนาจจะต้องใช้ ดุลพินิจภายใต้มาตรฐานที่รัฐบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น

1.2.1.2 ฝรั่งเศส

ในสมัยการปฏิวัติของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 หลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ ได้รับความนิยมนอย่างมาก โดยสมัชชาแห่งชาติได้ลงมติรับรองหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองของฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งมีสาระสำคัญว่า สังคมที่ไม่มีหลักประกันทางสิทธิและไม่มีการบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

¹⁷ M.P.Jain, Parliamentary Control of Delegate Legislation in India, Public Law, 1964, p. 33.

สังคมนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญ¹⁸ ส่งผลให้หลักการแบ่งแยกอำนาจกลายเป็นส่วนประกอบสำคัญของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส

ตามแนวคิดดั้งเดิมของระบอบประชาธิปไตยในฝรั่งเศสซึ่งเกิดในสมัยปฏิวัติ ค.ศ. 1789 รัฐสภาเป็นองค์กรซึ่งมาจากการแสดงเจตนาารมณของประชาชาติโดยตรง ดังนั้น รัฐสภา (le parlement) จึงเป็นองค์กรสูงสุด (organe souverain)¹⁹ เป็นผู้แทนของประชาชาติ และเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนประชาชาติ²⁰ และรูปแบบการปกครองเกือบเรียกได้ว่าเป็น การปกครองโดยสภาอย่างสมบูรณ์ (Assembly Government) กล่าวคือ ฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้ การควบคุมของสภาโดยเด็ดขาด ฝ่ายบริหารจึงเป็นเพียงองค์กรที่ดำเนินนโยบายตามสภา ฝ่ายบริหารจะต้องทำการใด ๆ ตามที่สภามอบหมายให้ และไม่มีสิทธิใด ๆ นอกจากได้รับ มอบหมายจากสภา²¹

แนวคิดดั้งเดิมเช่นนี้ รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมายออกใช้ บังคับกับประชาชน ส่วนฝ่ายบริหารเป็นแต่เพียงผู้บังคับใช้หรือปฏิบัติกรให้เป็นไปตามกฎหมาย ที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้น ผลที่ตามมาคือ รัฐสภาในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดจะตรากฎหมาย ในเรื่องใด ๆ ก็ได้ รัฐสภาจะออกกฎหมายโดยกำหนดกฎเกณฑ์แม้แต่ในรายละเอียดปลีกย่อย หรือจะออกกฎหมายโดยเพียงแต่วางหลักใหญ่ ๆ ส่วนรายละเอียดนั้นยอมให้เป็นอำนาจของ ฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายมากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมก็ได้ สุดแต่รัฐสภาจะเห็นสมควร แต่อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้นมีข้อจำกัด²² กฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นจะต้อง อยู่ภายใต้อำนาจกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น ฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจ ตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเท่านั้นและเพียงเพื่อกำหนดเงื่อนไขที่จำเป็นในการปฏิบัติการ

¹⁸ วรวิทย์ กนิษฐะเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมาย รัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521), น. 9.

¹⁹ อิศสระ นิตินันท์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: หจก. ดุณพินอักษรกิจ, 2527), น. 58.

²⁰ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, “อำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส,” เอกสารประกอบการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526, น.1.

²¹ วรวิทย์ กนิษฐะเสน, อ้างแล้ว เจริญวิทย์ 18, น. 24-25.

²² ชาญชัย แสงวงศ์ดี, อ้างแล้ว เจริญวิทย์ 20, น. 1.

ให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐสภา²³ ดังนั้น ฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายให้ขัดแย้งหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ได้

ดังนั้น ตามแนวคิดดั้งเดิมของฝรั่งเศสจึงแบ่งกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทตามองค์กรผู้มีอำนาจตรากฎหมาย คือ กฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้น เรียกว่า “Loi” หรือ “รัฐบัญญัติ” และกฎหมายที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเป็นผู้ตราขึ้นเรียกว่า “Règlement” หรือ “ข้อบังคับ”

(1) สมัยสาธารณรัฐที่สาม (ค.ศ. 1870 – 1940)

ในสมัยนี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ตราขึ้นกับกฎหมายที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองเป็นผู้ตราขึ้นเป็นสองระยะ คือ

ระยะที่หนึ่ง ฝ่ายบริหารตรากฎหมายได้เอง (Les règlements autonomes) นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1919 ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและข้อบังคับตามแนวคิดดั้งเดิมได้เปลี่ยนแปลงไปซึ่งเกิดจากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดี Labonne (8 สิงหาคม ค.ศ. 1919) ซึ่งโจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่สั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตขับชี่ยานพาหนะ โดยอ้างว่า กฎฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 1899 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจประธานาธิบดีในการที่จะวางกฎข้อบังคับเกี่ยวกับการจราจรได้ทั้งประเทศ สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยยกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผลว่า “แม้จะไม่มีรัฐบัญญัติใดให้อำนาจไว้ ประชาชนของรัฐก็มีอำนาจของตนเองที่จะวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (mesures de police) โดยให้มีผลใช้บังคับทั่วประเทศได้”²⁴

คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการรับรองว่า ภารกิจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติมิได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติแต่ละฉบับ (exécution d' une loi)²⁵ แต่ยังรวมถึงการปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติทั้งหลายของฝรั่งเศส (exécution des lois)²⁶ ซึ่งหมายถึงกฎเกณฑ์ตำรวจหรือกฎเกณฑ์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (règlement de police) นับแต่นั้นมาจึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจตรา

²³ อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19*, น. 59.

²⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20*, น. 3.

²⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น. 78.

²⁶ *เพ็งอ้าง*, น. 79.

ข้อบังคับตัวเอง (règlement autonome) โดยไม่ต้องอาศัยรัฐบัญญัติเป็นพื้นฐาน เพื่อกำหนดมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อย

ระยะที่สอง ฝ่ายบริหารตรากฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับเสมือนหนึ่งพระราชบัญญัติ (Les decrets – lois) ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง นับแต่ปี ค.ศ. 1926 เป็นต้นมา รัฐสภาไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นิติบัญญัติของตนได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากการที่รัฐต้องเข้าไปแทรกแซงในด้านเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้นนั้น จำเป็นที่รัฐจะต้องตรากฎหมายเพิ่มขึ้นจากในยุคเสรีนิยมเป็นอย่างมาก แต่การตรากฎหมายของรัฐสภามีข้อจำกัดบางประการทำให้ไม่สามารถตอบสนองความต้องการดังกล่าวได้ เช่น การดำเนินงานของรัฐสภาเป็นไปด้วยความล่าช้า และการตรารัฐบัญญัติเพื่อให้รัฐเข้าแทรกแซงเศรษฐกิจและการเมืองอาจทำให้สมาชิกรัฐสภาเสียคะแนนนิยมจากประชาชน

ดังนั้น รัฐสภาจึงหันมาใช้วิธีการใหม่โดยการตรารัฐบัญญัติมอบอำนาจเต็ม (la loi de plein pouvoirs) ให้แก่รัฐบาลโดยมีกำหนดเวลาการมอบอำนาจที่แน่นอน ในอันที่จะออกกฎหมายของฝ่ายบริหารมาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติได้ตามความจำเป็น²⁷ ซึ่งการมอบอำนาจเช่นนี้ นอกจากจะถูกจำกัดโดยระยะเวลาแล้ว ยังมีเงื่อนไขประการอื่นอีก กล่าวคือ²⁸ ประการแรก ข้อบังคับนั้นจะต้องตราเป็นกฤษฎีกา (décret) และต้องเป็นไปตามความมุ่งหมายที่กำหนดไว้ ประการต่อมา กฤษฎีกานั้นต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และประการสุดท้าย รัฐบาลจะต้องเสนอกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อขอให้รัฐสภาให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจ

(2) สมัยสาธารณรัฐที่สี่ (ค.ศ. 1946 – 1958)

ในสมัยนี้เกิดความเปลี่ยนแปลงเนื่องจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946 มาตรา 13 กำหนดให้ สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้มีอำนาจตรารัฐบัญญัติแต่เพียงผู้เดียว สภาไม่อาจมอบอำนาจดังกล่าวให้แก่ผู้อื่นได้ ซึ่งเหตุผลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติการห้ามมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจน ก็เพื่อป้องกันไม่ให้มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารดังเช่นที่ได้มีการปฏิบัติกันมาในสมัยสาธารณรัฐที่สาม ซึ่งสภาว่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าหลักปฏิบัติดังกล่าวเป็นช่องทางให้เกิดระบบเผด็จการได้ง่าย อย่างไรก็ตาม หลังจากใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่นาน จากความจำเป็นทาง

²⁷ เฟ็งอ้าง, น. 4.

²⁸ อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 19, น. 63.

เศรษฐกิจและสังคมทำให้รัฐสภาต้องมอบอำนาจให้รัฐบาลในการที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ โดยใช้วิธีการหลักเลียงที่จะไม่ให้ขัดต่อตัวบทรัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนี้²⁹

1. แนวความคิดในการกำหนดเขตสงวนให้อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (domaine réservé au pouvoir réglementaire) รัฐบัญญัติลงวันที่ 17 สิงหาคม 1948 ระบุเรื่องต่าง ๆ ซึ่งให้ถือว่าเป็นเรื่องที่มีลักษณะที่ต้องตราเป็นข้อบังคับ (les matières ayant caractères réglementaires) รัฐบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้ ในกรณีที่มีรัฐบัญญัติใด ๆ ใช้บังคับในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งกำหนดว่าเป็นเรื่องที่ “โดยสภาพแล้วเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร” ก็ให้ถือว่าเป็นความผิดพลาดของรัฐสภา และรัฐบาลมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อใช้แทนรัฐบัญญัตินั้น ๆ หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัตินั้น ๆ ได้ โดยตราเป็นกฤษฎีกาซึ่งผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีแล้ว ซึ่งเป็นผลให้รัฐบาลได้รับอำนาจอย่างถาวรที่จะตราข้อบังคับเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในเรื่องต่าง ๆ ได้อย่างกว้างขวาง

2. การตรารัฐธรรมนูญกำหนดกรอบในการตราข้อบังคับ (les lois-cadres) คือ รัฐสภาตรารัฐธรรมนูญขึ้นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และให้อำนาจรัฐบาลตราข้อบังคับเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญภายในกรอบ (cadre) ที่รัฐสภากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐบัญญัติลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1956 ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลตราข้อบังคับเพื่อปฏิรูปรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระเบียบดินแดนโพ้นทะเลของฝรั่งเศส

(3) สมัยสาธารณรัฐที่ห้า (ค.ศ. 1918 – ปัจจุบัน)

รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติรับรองอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารไว้อย่างกว้างขวาง โดยยกเว้นเรื่องซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเขตสงวนให้อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของรัฐสภาเท่านั้น (le domaine de la loi) จากที่แต่เดิมนั้นรัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายได้อย่างกว้างขวาง

²⁹ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 33.

ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 34³⁰ รัฐสภาตรากฎหมายได้สองประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง เป็นเรื่องที่รัฐสภาใช้อำนาจตราบัญญัติโดยไม่มีข้อจำกัด ซึ่งหมายความว่า รัฐสภาจะตราบัญญัติเพื่อกำหนดหลักการหรือรายละเอียดในเรื่องนั้น ๆ ก็ได้ เรื่องเหล่านี้ ได้แก่ เรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง เช่น สิทธิของพลเมือง สัญชาติ การกำหนดความผิดอาญา การจัดเก็บภาษี เป็นต้น

³⁰ มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติ

บัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพรวมตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของประชาชนในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะ และความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรสและมรดก

- การกำหนดฐานความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษ (felony) และมัชฌิมโทษ (misdemeanor) รวมทั้งกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วยคือ

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่าง ๆ ชั้นใหม่

- หลักประกันขั้นพื้นฐานของข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจของเอกชนเป็นของรัฐและการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจภาครัฐ

ไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญในเรื่องดังต่อไปนี้

- การจัดระเบียบการป้องกันประเทศ

- การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่ และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- ระบบกฎหมายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิ และข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ ฯลฯ

ประเภทที่สอง เป็นเรื่องต่าง ๆ ที่รัฐสภาใช้อำนาจตราบัญญัติได้ เฉพาะเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญหรือหลักการทั่วไปของกฎหมายเท่านั้น ได้แก่ เรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 วรรคสาม เช่น การจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ การจัดการศึกษา การปกครองตนเอง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น

กล่าวโดยสรุป คือ ในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภา รัฐสภาใช้อำนาจตราบัญญัติในเรื่องนั้นได้แต่เพียงผู้เดียว แต่รัฐสภาจะตราบัญญัติในเรื่องที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐสภาไม่ได้เช่นกัน³¹

ส่วนการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น มาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 กำหนดให้ เรื่องที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของรัฐบัญญัติ ให้ถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งข้อบังคับที่รัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นตามมาตรา 37 วรรคแรก นี้เรียกว่า “กฤษฎีกา” (dcrets) โดยอาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ประเภทที่หนึ่ง ข้อบังคับเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งรัฐบาลมีอำนาจตราขึ้นโดยเป็นอิสระจากรัฐบัญญัติ เพื่อใช้บังคับในเรื่องต่าง ๆ ยกเว้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ ส่วนประเภทที่สอง คือ ข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศ ได้แก่ ข้อบังคับซึ่งตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเรื่องที่รัฐสภาได้ตราบัญญัติ กำหนดหลักการขั้นพื้นฐานไว้ตามมาตรา 34 วรรคสาม ข้อบังคับประเภทนี้จะขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานที่รัฐสภากำหนดไว้ไม่ได้

นอกจากนี้ รัฐบาลยังอาศัยอำนาจตามมาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญ ตราข้อบังคับซึ่งไม่เป็นเอกเทศได้อีกกรณีหนึ่ง กล่าวคือ มาตรา 21 กำหนดให้ นายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ดังนั้น ถ้ามีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขในการใช้บังคับรัฐบัญญัติ ซึ่งรัฐสภาตราขึ้นตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐบาลย่อมมีอำนาจตราข้อบังคับเพื่อกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวได้ แต่ข้อบังคับเช่นนี้จะขัดหรือแย้งกับรัฐบัญญัติใด ๆ ไม่ได้

นอกจากการตรากฎหมายของรัฐบาล ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีแล้ว เจ้าหน้าที่ทางปกครองอื่น ๆ ก็มีอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหารได้เช่นกัน แม้รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะไม่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายเป็นการทั่วไปแก่รัฐมนตรี เช่น รัฐมนตรีในฐานะผู้บังคับบัญชามีอำนาจออกกฎข้อบังคับเพื่อใช้บังคับกับหน่วยงานและผู้ที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐมนตรีมีอยู่เองโดยไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติใดให้อำนาจ

³¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20, น. 10.

แต่รัฐมนตรีไม่มีอำนาจออกข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อประชาชนเป็นการทั่วไปอย่างเช่น
ประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี

กล่าวโดยสรุป ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติของรัฐสภาและข้อบังคับของ
ฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส เป็นวิวัฒนาการของการปฏิบัติที่เป็นจริงของรัฐสภาและฝ่ายบริหาร
ในการรับผิดชอบภาระหน้าที่ในทางนิติบัญญัติของประเทศฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม การกำหนด
ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบัญญัติและข้อบังคับตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า
รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้ลดอำนาจของสภาในการตรากฎหมายและเพิ่มบทบาทให้ฝ่าย
บริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นหลัก³² ซึ่งถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่รับรอง
อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.2.1.3 อังกฤษ

วิวัฒนาการในการตรากฎหมายลำดับรองของอังกฤษได้รับมรดกทางความคิด
และสถาบันมาจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ในยุคกลางที่ยอมรับว่า
การบัญญัติกฎหมายเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์และเป็นอำนาจที่ไม่มีขอบเขต และพัฒนา
มาจากการมอบอำนาจ (delegation) ของพระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐบาลกลาง (a central
government authority) ให้แก่ส่วนท้องถิ่นหรือข้าราชการบริวารของพระองค์ (local or subordinate
deputies) ตั้งแต่ก่อนศตวรรษที่ 14 ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการมอบอำนาจให้จัดการงาน
ในทางเศรษฐกิจ

(1) รัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8

การบัญญัติกฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ (delegated legislation) มีขึ้นเป็น
ครั้งแรกในรัชสมัยของพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (ค.ศ. 1509 – 1547) กล่าวคือ รัฐสภาได้ออก
พระราชบัญญัติ Statute of Sewers มอบอำนาจให้คณะกรรมการ (Commissioners of Sewers)
บัญญัติกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Ordinances, Decrees ซึ่งคณะกรรมการมีอำนาจ
ตรากฎหมายอย่างกว้างขวางในเรื่องใดๆ ก็ได้ และพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับต่อมา

³² นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อความคิด
เพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญของไทย, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท สุขุมและบุตร
จำกัด, 2541), น.35-38.

เป็นเวลาถึง 400 ปี จนกระทั่งปี ค.ศ. 1930³³ ส่วนหลักการที่ว่า ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา นั้น ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1539 โดยพระราชบัญญัติ Statute of Proclamation ได้มอบอำนาจให้พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำขององคมนตรี (King in Council) ออกประกาศพระบรมราชโองการ (proclamation) เนื่องจากเริ่มมีแนวคิดที่ว่า พระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ควรได้รับการปรึกษาหารือจากรัฐสภา ก่อนที่จะนำไปประกาศใช้ อย่างไรก็ตามการมอบอำนาจในครั้งนั้น รัฐสภายังไม่มีฐานะเป็นองค์กรสูงสุด และกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยคำแนะนำขององคมนตรีมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกโดยคำแนะนำของรัฐสภา (the same force as Acts of Parliament) โดยมีเงื่อนไขว่า ร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นนี้ต้องไม่มีผลกระทบต่อคอมมอนลอว์หรือพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่เดิม หรือกระทบต่อที่ดิน สินค้า หรือที่อยู่อาศัย รวมทั้งไม่มีผลกระทบต่อประเพณีอันดีงามและชอบด้วยกฎหมายของบ้านเมือง

(2) รัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2

ในสมัยราชวงศ์สจวร์ต (ค.ศ. 1603 – 1714) ยังคงมีปัญหาในเรื่องอำนาจของรัฐบาล รวมทั้งอำนาจบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายหรืองดเว้นไม่บังคับใช้กฎหมายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด (the claim to suspend or dispense from the law) และกลายมาเป็นความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างอำนาจของรัฐสภากับอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ เกิดเหตุการณ์เรียกคืนอำนาจและเกิดโคกนาฏกรรมขึ้นโดยการจับกุมพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ไปขังคุก ผลสืบเนื่องจากความขัดแย้งและการแย่งชิงอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ดังกล่าวนี้ ในรัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 พระองค์ทรงพยายามรวมอำนาจมากขึ้น ในปี ค.ศ. 1688 รัฐสภาจึงทำการปฏิวัติต่อต้านอำนาจสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 และตราพระราชบัญญัติ Bill of Rights และในปลายราชวงศ์สจวร์ต รัชสมัยของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 พระองค์ทรงรวมอำนาจอีกครั้งหนึ่งจนทำให้เกิดการปฏิวัติเป็นครั้งที่ 2 การปฏิวัติในครั้งนี้แม้ว่าจะไม่มีการเสียเลือดเนื้อ แต่ก็ได้สร้างหลักเกณฑ์และสถาบันในการบัญญัติกฎหมายขึ้นและเป็นรากฐานของการใช้อำนาจนิติบัญญัติของอังกฤษในปัจจุบัน โดยรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ Act of Settlement จำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ และตั้งแต่นั้น

³³ C.K. Allen, Law and Orders, (London: Stevens and Sons, 1965),

เป็นต้นมา รัฐสภาก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์แต่ดั้งเดิมในการตรากฎหมายนั้น มีฐานะรองลงมา

หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) มีความหมายว่า รัฐสภาใช้อำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมายอย่างไม่จำกัด รัฐสภาบัญญัติกฎหมายเรื่องใด ๆ ตามความประสงค์ของตนได้ทุกเมื่อ และเมื่อตรากฎหมายขึ้นแล้ว รัฐสภาอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้ตลอดเวลา และไม่ว่าศาลใดก็ไม่มีอำนาจตรวจสอบความสมบูรณ์ของกฎหมายของรัฐสภาได้ จากหลักการดังกล่าวส่งผลให้ ฝ่ายบริหารหรือองค์กรใด ๆ ในรัฐจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายต่อเมื่อได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา รัฐสภาอาจมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรใด ๆ และจะมอบอำนาจให้มากหรือน้อยเพียงใดก็ได้ ตามแต่เจตนารมณ์ของรัฐสภา³⁴ ดังนั้น กฎหมายของฝ่ายบริหารหรือองค์กรผู้ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภาจึงไม่อาจขัดกับกฎหมายที่มอบอำนาจ และเรียกว่า Delegated Legislation หรือ Secondary Legislation ส่วนกฎหมายของรัฐสภาอาจเรียกได้ว่าเป็น Supreme Legislation หรือ Primary Legislation

(3) สมัยปลายศตวรรษที่ 19

ปลายศตวรรษที่ 18 ได้มีการปฏิวัติอุตสาหกรรม รัฐสภาจึงเริ่มตระหนักว่างานนิติบัญญัติไม่อาจดำเนินไปได้โดยปราศจากความช่วยเหลือของฝ่ายบริหารที่มีความรู้ความสามารถได้ เนื่องจากงานบริการประชาชนได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ดังนั้น รัฐสภาได้มอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองมากยิ่งขึ้น จนกระทั่งปลายศตวรรษที่ 19 เกิดความสับสนและเกิดปัญหาที่ต้องทบทวนถึงการมอบอำนาจของรัฐสภาและการตรากฎหมายตามที่ได้รับมอบอำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเข้าสู่รัฐสวัสดิการในศตวรรษที่ 20 เกิดปัญหาเกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม รัฐจึงต้องเข้าไปจัดการแก้ไขปัญหา ทำให้ความต้องการกฎหมายเพิ่มมากขึ้น การมอบอำนาจจึงเพิ่มขึ้นด้วย

ในปี ค.ศ. 1946 รัฐสภาได้ออกกฎหมายกำหนดวิธีการเฉพาะที่จะตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐสภา ที่เรียกกันว่า การวางไว้ต่อรัฐสภา (Laying before Parliament) และระบุไว้ด้วยว่ากฎหมายประเภทใดที่ต้องนำมาวางไว้ต่อรัฐสภา

³⁴ M.P.Jain, *Administrative Law of Malaysia and Singapore*, (Singapore Malayan Law Journal (TPE) Ltd., 1980), p. 35.

ซึ่งมี 3 วิธี ได้แก่ การวางปกติ (Simple Laying) การวางเพื่อพิจารณาว่าจะยกเลิกหรือไม่ (Negative Resolution) และการวางไว้เพื่อได้รับความเห็นชอบ (Affirmative Resolution)

ปัจจุบัน ฝ่ายบริหารของอังกฤษไม่มีอำนาจดั้งเดิมในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจบัญญัติกฎหมายได้ต่อเมื่อได้รับอำนาจจากกฎหมายของรัฐสภา เรียกกฎหมายของฝ่ายบริหารว่า delegated Legislation และมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง (Secondary Legislation) ดังนั้น กฎหมายของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของรัฐสภา ซึ่งถือเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Legislation) หรือกฎหมายลำดับต้น (Primary Legislation) และวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายลำดับรองก็มีขึ้นเพื่อบังคับใช้กฎหมาย (ของรัฐสภา) เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐสภาที่จัดให้มีการมอบอำนาจ

1.2.1.4 เยอรมัน

รัฐธรรมนูญเยอรมัน (หรือที่เรียกในภาษาเยอรมันว่า Grundgesetz ซึ่งแปลว่า กฎหมายพื้นฐาน) ประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 โดยได้ถูกวางโครงสร้างให้ต่อต้านระบอบการปกครองที่มีการให้อำนาจฝ่ายปกครองเป็นอย่างมากซึ่งนักกฎหมายของเยอรมันก็ได้มีการศึกษาเรื่องการมอบอำนาจมาเป็นเวลานาน ในช่วงยุคจักรวรรดิที่สอง (the second Reich) ก่อนปี ค.ศ. 1919 เป็นช่วงเวลาหลักการเรื่องการมอบอำนาจได้รับการพิจารณาในแง่มุมทางกฎหมายมากที่สุด ในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ (the Weimar Republic) นักกฎหมายบางคนได้ต่อต้านแนวคิดในการสนับสนุนร่างกฎหมายการมอบอำนาจ อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดของเยอรมัน (The German Supreme Court : Reichsgericht, RG) และนักวิชาการจำนวนมากกลับไม่เห็นด้วย โดยเห็นว่าการมอบอำนาจต้องมีการจำกัด เรื่องช่วงเวลา สาระสำคัญ และผลกระทบต่อบุคคล

ในความเป็นจริงฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายจำนวนหนึ่งที่มีอิทธิพลและส่งผลกระทบอย่างกว้างขวางขึ้นในช่วงเวลาอันจำกัด เรียกว่า “Ermächtigungsgesetze” ยกตัวอย่างเช่น การให้อำนาจรัฐบาลใช้มาตรการในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของรัฐ (Reich) และประชาชนในกรณีเห็นว่าจำเป็นและเร่งด่วน และในบางกรณีรัฐบาลก็ได้ใช้อำนาจประกาศกฎเกณฑ์ (Verordnungen) ที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งจากมุมมองด้านกฎหมาย Ermächtigungsgesetze นำมาซึ่งจุดสิ้นสุดของยุคสาธารณรัฐไวมาร์ (the Weimar Republic) เมื่อเข้าสู่ยุคจักรวรรดิที่สาม (the Third Reich) รัฐบาลของฮิตเลอร์ (Hitler) มีอำนาจในการประกาศใช้กฎหมาย (ไม่ใช่เพียงแค่ Verordnungen) ซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญไวมาร์ (the Weimar Constitution) ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวก็ขยายวงกว้างขึ้นเรื่อย ๆ จนถึงขนาดที่ยอมให้รัฐบาลบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้ ดังนั้น จากประวัติศาสตร์ความเป็นมา

ดังกล่าวข้างต้นผู้วางโครงสร้างรัฐธรรมนูญ (The Grundgesetz) จึงต้องกำหนดกรอบของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเฉพาะในเนื้อหาส่วนที่ว่าด้วยการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการจำกัดขอบเขตในการควบคุมเรื่องนี้อย่างเคร่งครัดอีกด้วย โดยผู้วางโครงสร้างรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์ และพยายามที่จะกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ชัดเจนของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเกี่ยวกับภาระงานในทางนิติบัญญัติ

ผลลัพธ์จากแนวความคิดดังกล่าวปรากฏในอยู่ในมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญ³⁵ ซึ่งบัญญัติว่า รัฐบาลสหพันธ์ รัฐมนตรีสหพันธ์ หรือรัฐบาลมลรัฐ (the governments of the Länder) อาจได้รับอำนาจโดยกฎหมายให้ออกกฎหมายลำดับรอง โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวต้องถูกกำหนดไว้ในกฎหมายและกฎหมายลำดับรองนั้นต้องอ้างบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองนั้นไว้ด้วย หากกฎหมายที่ให้อำนาจ บัญญัติให้มีการมอบอำนาจต่อไปได้อีก ให้ออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลบังคับเช่นกฎหมายเพื่อมอบอำนาจดังกล่าว

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเป็นของตนเอง ฝ่ายบริหารจะสามารถออกกฎหมายมาใช้บังคับได้ก็แต่เพียงเท่าที่มีกฎหมายของรัฐสภากำหนดให้สามารถทำได้ หรือเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ (Grundgesetz) กำหนดเอาไว้เท่านั้น แตกต่างจากประเทศฝรั่งเศสที่ได้รับรองอำนาจของฝ่ายบริหารเอาไว้อย่างชัดแจ้งโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจในตนเองที่จะตรากฎหมายหรือข้อบังคับ (règlements) ในเนื้อหาที่ไม่ใช่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

³⁵ The Basic Law

“Article 80. Issue of ordinances.

(1) The Federal Government, a Federal Minister or the *Land* governments may be authorized by law to issue ordinances. The content, purpose, and scope of the authorization so conferred must be set forth in such law. This legal basis must be stated in the ordinance. If a law provides that such authorization may be delegate, such delegation shall require another ordinance.”

หลักเกณฑ์และขอบเขตในการตรากฎหมายลำดับรองตามมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญ มีดังนี้³⁶

(1) กฎหมายลำดับรองนั้นจะตราขึ้นได้ก็แต่เพียงการตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐ ซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ออกกฎหมายลำดับรอง โดยเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะต้องกำหนดเอาไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมาย และกฎหมายลำดับรองนั้นจะต้องมีการอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ด้วย ดังนั้น กฎหมายลำดับรองจึงไม่สามารถที่จะตราขึ้นโดยอ้างอิงฐานที่มาของอำนาจจากกฎหมายประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นมานั้นจะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิ

(2) รัฐสภาไม่สามารถที่จะตรากฎหมายมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรอื่นได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญจำกัดไว้ว่า อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนี้เป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คือ รัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์ และรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายอาจจะกำหนดให้อำนาจให้องค์กรเหล่านี้มอบอำนาจช่วงในการตรากฎหมายลำดับรองให้แก่องค์กรที่เกี่ยวข้องได้

(3) รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายแม่บทจะต้องกำหนดเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขต ของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองไว้ให้ชัดแจ้ง ดังนั้น จึงเกิดเงื่อนไขในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่สำคัญคือ ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองโดยฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ไม่ได้ ซึ่งคำว่าเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขต นั้น ในการใช้และการตีความของศาล ศาลไม่ได้แยกใช้หรืออธิบายความหมายโดยแยกเด็ดขาดออกจากกันอย่างชัดแจ้ง และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็ไม่ได้พยายามที่จะให้คำจำกัดความหรืออธิบายความถ้อยคำเหล่านี้ โดยแยกจากกันแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามอธิบายว่า การที่จะถือว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจมีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขต ที่เพียงพอ

³⁶ Mahendra P. Singh, German Administrative Law in Common Law Perspective, 2nd edition (Berlin – Heidelberg – Newyork : Springer Verlag, 2001), pp. 41-43.

นั้น มีข้อพิจารณาดังนี้³⁷ ประการแรก บุคคลที่จะได้รับผลกระทบต้องสามารถทราบล่วงหน้าได้ว่า ในกรณีใดหรือสถานการณ์เช่นไรฝ่ายบริหารจึงจะใช้อำนาจ อีกทั้งต้องสามารถทราบได้ว่าเนื้อหาของ Verordnungen มีผลในทางกฎหมายอย่างไร ประการที่สอง ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตัดสินใจในขอบเขตที่แน่นอน ประการที่สาม ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดให้ทราบว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะทำให้สำเร็จ ซึ่งข้อพิจารณาทั้งสามประการนี้ไม่สามารถแยกพิจารณาออกจากกันได้ และบ่อยครั้งที่ต้องนำมาพิจารณาร่วมกัน ซึ่งศาลได้มีแนวโน้มที่จะนำหลักเกณฑ์ที่เป็นข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนี้รวมเข้าเป็นหลักเกณฑ์เดียว กล่าวคือ ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดแนวทางและรายละเอียดที่เพียงพอเพื่อให้สามารถทราบล่วงหน้าว่าเนื้อหาของ Verordnungen จะเป็นอย่างไร

ในกรณีหนึ่ง³⁸ ผู้ขับรถบรรทุกได้โต้แย้งคำสั่งที่ให้ตนชำระภาษีการขนส่ง ซึ่งภาษีนี้ถูกประเมินโดยใช้ฐาน “ตันต่อกิโลเมตร”(ton-kilometers) โดยเฉพาะ น้ำหนักของสินค้าทั้งหมดที่ถูกขนส่งจะถูกเพิ่มตามระยะทางมาตรฐาน ในส่วนที่ระยะทางขนส่งจริงสั้นกว่าระยะทางมาตรฐาน เจ้าหน้าที่อาศัยอำนาจตาม Verordnung ซึ่งถูกออกมาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการตัดสินใจกำหนดขอบเขตเกี่ยวกับหลักในการประเมินอัตราภาษีการขนส่ง ซึ่งในกฎหมายแม่บทใช้ถ้อยคำว่า “ตันต่อกิโลเมตร”(ton-kilometers)

ศาลได้อธิบายว่า คำว่า “ตัน” หรือ “กิโลเมตร” นั้น เป็นคำมีความหมายเฉพาะเจาะจงได้หลายความหมาย ซึ่งเห็นได้จากการที่เจ้าหน้าที่ปรับใช้ถ้อยคำดังกล่าวในหลายรูปแบบ โดยคำว่า “ตัน” ในกรณีนี้หมายถึงน้ำหนักโดยเฉลี่ย ส่วนในกรณีอื่นหมายถึงครึ่งหนึ่งของน้ำหนักจริง และในบางครั้ง Verordnung อาจมีการปรับขึ้นหรือปรับลดลง เช่นเดียวกันกับคำว่า “กิโลเมตร” ในบางกรณีถูกกำหนดตามระยะทางที่มีการขนส่งจริง แต่ในกรณีอื่นอาจกำหนดโดยใช้มาตรฐานวิธีการอื่นๆ ดังนั้น กฎหมายแม่บทจึงไม่มีความเฉพาะเจาะจงเพียงพอที่จะกำหนดเนื้อหาของ Verordnung ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายภาษีการขนส่งยังไม่ช่วยฝ่ายปกครองในการกำหนดรายละเอียดหรือวัตถุประสงค์เฉพาะ แต่ได้พยายามเติมเต็มในส่วนของวัตถุประสงค์ที่ต่างกันแทน ดังนั้น จึงถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ

³⁷ Uwe Kischel. *supra note 15*, p. 232.

³⁸ BVerfG , decision of June. 2, 1964, BVerfGE 18, 52.

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง³⁹ ศาลได้สนับสนุนบทบัญญัติมาตรา 11 ของ the Federal Physician Act (Bundesärzteordnung) ซึ่งบัญญัติให้ รัฐบาลสหพันธ์มีอำนาจประกาศกำหนด ค่าธรรมเนียมในการให้บริการทางการแพทย์ โดยความยินยอมของสภา ซึ่งประกาศกำหนด ค่าธรรมเนียมนี้ต้องกำหนดค่าธรรมเนียมต่ำสุดและสูงสุดในการให้บริการทางการแพทย์ และการ ดำเนินการดังกล่าวต้องพิจารณาถึงผลได้ผลเสียของทั้งผู้ให้บริการทางการแพทย์และผู้ที่ต้องเสีย ค่าธรรมเนียม

ศาลให้เหตุผลว่า เนื้อหาในอนุภาคของ Verordnung คือ การกำหนดค่าธรรมเนียม เกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์ ซึ่งแนวทางและรายละเอียดของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ คือ กฎหมายแม่บทได้กำหนดวัตถุประสงค์ว่า การกำหนดค่าธรรมเนียมต้องให้ผลประโยชน์ของทั้ง แพทย์และผู้ป่วยสอดคล้องและสมดุลกัน ดังนั้น จึงต้องไม่มีการเรียกให้จ่ายค่าธรรมเนียมที่สูงหรือ ต่ำเกินไป ซึ่งในที่สุดกฎหมายแม่บทก็ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจที่เพียงพอโดยกำหนดให้ ค่าธรรมเนียมต่ำสุดและสูงสุดจะถูกกำหนดเมื่อได้มีการพิจารณาถึงความสมดุลของผลประโยชน์ ของบุคคลดังกล่าวข้างต้นแล้ว ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่า เนื้อหาที่เป็นไปได้ของ Verordnung เป็นสิ่งที่ สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าและการกำหนดกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองจะต้องตกอยู่ภายใต้ ข้อจำกัดดังกล่าวด้วย

ในอีกกรณีหนึ่งศาลได้สนับสนุนมาตรา 21 ของกฎหมายเกี่ยวกับการจราจร the Road Traffic Act (StVG) ซึ่งกำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่บุคคลที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของ Verordnungen ที่บัญญัติให้ การจราจรบนถนนและสถานที่สาธารณะ ต้องเป็นไปด้วยความสงบ เรียบร้อยและปลอดภัย (order and security) ซึ่งในเบื้องต้นศาลย้ำว่า การกำหนดบทลงโทษทาง อาญาต้องมีมาตรฐานที่เคร่งครัดและเฉพาะเจาะจง ส่วนคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและความ ปลอดภัย” (Public order and security) เป็นศัพท์เทคนิคที่มีความสำคัญในกฎหมายปกครองของ เยอรมัน และเป็นเวลามากกว่าสิบปีแล้วที่ศาลได้ให้คำจำกัดความของคำเหล่านี้ไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงให้เหตุผลว่า สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าได้ว่าฝ่ายบริหารจะใช้ถ้อยคำ นี้อย่างไร และสามารถคาดเห็นได้ว่าเนื้อหาอนุภาคของ Verordnungen จะเป็นอย่างไร⁴⁰

ความแตกต่างระหว่างความเคร่งครัดในกรณีของกฎหมายภาษีการขนส่งและการยอม โอนผ่อนผันตามในกรณีของการกำหนดค่าธรรมเนียมในการให้บริการทางการแพทย์ หลักเกณฑ์

³⁹ BVerfG , decision of Dec. 12, 1984, BVerfGE 68, 319, 320-321.

⁴⁰ BVerfG , decision of May. 23, 1980, BVerfGE 54, 143, 144-145.

ในการอธิบายการกำหนดระดับความเฉพาะเจาะจงในการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามกฎหมาย ลำดับรองยังไม่มีขีดความเด็ดขาด หลักเกณฑ์นั้นขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของกฎหมายฉบับนั้นๆ ซึ่งยังห่างไกลจากความเป็นไปได้ที่จะนำไปบังคับใช้ได้จริง ยิ่งไปกว่านั้นยังมีความซับซ้อนของขอบเขตบังคับใช้กฎหมายอยู่มากหรือเป็นที่คาดการณ์ได้ว่าข้อเท็จจริงจะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วซึ่งจะทำให้การบังคับใช้เฉพาะเจาะจงเป็นไปได้ยาก ส่วนในกรณีของกฎหมายอาญา การบังคับใช้ต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดและเฉพาะเจาะจง กฎเกณฑ์เบื้องต้นของการควบคุมรวมทั้งการกำหนดการลงโทษต้องสามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าจากการตรากฎหมาย ส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับภาษีนั้น อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อลดภาระภาษีไม่เฉพาะเจาะจงเท่ากับการตรากฎหมายเพื่อเพิ่มภาระภาษี

นอกจากหลักเรื่องเนื้อหา วัตถุประสงค์และขอบเขตดังกล่าวแล้วนั้น หากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นเกี่ยวข้องกับการแทรกแซงสิทธิเสรีภาพของประชาชนศาลจะตีความอย่างเคร่งครัดและนำทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ (the Theory of Essentialness) ซึ่งเป็นหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้พัฒนาขึ้นและได้นำมาปรับใช้ประกอบกับหลักที่ได้มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 80 (1) ของรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความสมบูรณ์ของกฎหมายของรัฐสภาที่มีการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วการตรากฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น สภาไม่สามารถมอบอำนาจได้ตามอำเภอใจ เนื่องจากในบางเรื่องรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจการตัดสินใจของสภาโดยเฉพาะ เช่น การโอนสิทธิอธิปไตยให้แก่องค์การระหว่างประเทศ เรื่องงบประมาณหรือกฎหมายที่แก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ส่วนบทบัญญัติในเรื่องอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของสภาโดยเฉพาะ จึงเกิดปัญหาสำคัญในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ได้พัฒนาหลักเกณฑ์ทั่วไปเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจ กล่าวคือ รัฐสภาถูกกำหนดให้มีหน้าที่ตัดสินใจในเรื่องที่มีความสำคัญด้วยตนเอง เรียกว่า ทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ (the Theory of Essentialness) ซึ่งแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ (the notion of essentialness) นี้ สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญไม่ได้หมายถึงจำนวนเรื่องที่มีการโต้แย้งอย่างกว้างขวางในทางการเมือง แต่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญนั้น (essentialness) เป็นหน้าที่โดยทั่วไปที่ผู้ตรากฎหมายต้องคำนึงถึงผู้ที่สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญจะได้รับความกระทบกระเทือนเมื่อมีการตรากฎหมายขึ้น ซึ่งแนวคิดเรื่องสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญนี้ โดยแท้จริงแล้วถูกสร้างขึ้นจากแนวความคิดเรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ

เสมอ ทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญได้ขยายขอบเขตของอำนาจนิติบัญญัติในการตัดสินใจทุกปัญหาทางรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ อีกทั้งเป็นเรื่องที่ปฏิเสธไม่ได้ว่า แนวคิดเรื่องสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญนี้เป็นแนวคิดที่เปิดกว้าง ซึ่งเป็นหนึ่งในลักษณะเฉพาะของกฎหมายที่ได้ผลกับเรื่องต้องการแนวคิดที่เปิดกว้าง เช่น ประชาธิปไตยหรือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ซึ่งปัญหาสำคัญที่มีความเชื่อมโยงกับแนวความคิดดังกล่าวคือ คือ อย่างเป็นทางการตัดสินใจที่มีความสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในกรณีหนึ่ง⁴¹ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเรื่องการสอนวิชาเพศศึกษาในโรงเรียนรัฐบาล ซึ่งศาลเห็นว่า การสอนวิชาเพศศึกษาในโรงเรียนนั้นกระทบต่อสิทธิต่าง ๆ ของแต่ละบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ ในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ กระทบต่อสิทธิของบิดามารดา ในการที่จะให้การศึกษแก่บุตร (มาตรา 6 (2)) กระทบต่อสิทธิของเด็กในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง และกระทบต่อสิทธิในการที่จะได้รับความคุ้มครองในขอบเขตของกิจกรรมส่วนบุคคล (มาตรา 2 (1)) และกระทบต่อหน้าที่ของรัฐในการให้การศึกษา (มาตรา 7 (1)) ดังนั้น ปัญหาที่ว่า ควรจะอนุญาตให้มีการสอนวิชาเพศศึกษาในโรงเรียนได้หรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและขัดกับสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมา ดังนั้น ปัญหาดังกล่าวจึงถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาและตัดสินใจด้วยตนเอง

ส่วนอีกกรณีหนึ่ง⁴² ศาลได้พิจารณาปัญหาที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงผู้เดียวหรือไม่ที่จะเป็นผู้ตัดสินใจว่าภายใต้สถานการณ์เช่นไรจึงจะให้นักเรียนมัธยมต้องเรียนซ้ำชั้น และเมื่อใดนักเรียนจึงจะถูกไล่ออกหากมีผลการเรียนต่ำกว่าเกณฑ์ ศาลแบ่งประเด็นในการพิจารณาออกเป็น 2 ประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง การไล่ออกเป็นการกระทบต่อสิทธิในการที่จะเลือกอาชีพและเลือกการเรียนที่เกี่ยวกับอาชีพได้อย่างเสรีอิสระ (มาตรา 12 (1)) เพราะเป็นการกีดกันนักเรียนจากโรงเรียนที่เหมาะสม มีผลกระทบกับอนาคตทางการศึกษาและการดำเนินชีวิตของเด็ก และยังเป็นการปฏิเสธเด็กจากอาชีพที่เหมาะสมด้วย ซึ่งความรุนแรงของผลกระทบนี้ก่อให้เกิดประเด็นคำถามในเรื่องของความจำเป็นในการไล่ออก ประเด็นที่สอง การให้นักเรียนซ้ำชั้นไม่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ แม้การซ้ำชั้นจะกระทบต่อสิทธิของเด็กในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเอง ตามที่มาตรา 2 (1) ของรัฐธรรมนูญบัญญัติได้รับรองไว้ โดยศาลให้เหตุผลว่า การซ้ำชั้นเรียนเป็นเวลาเพียงหนึ่งปีไม่มีผลกระทบในด้านลบต่อการดำเนินชีวิตของนักเรียนและยังมีผลทำให้การเรียน

⁴¹ BVerfG , decision of Dec. 21,1977, BVerfGE 47,79

⁴² BVerfG , decision of Oct. 20,1981, BVerfGE 58,257,268-276

การสอนเป็นไปในทางที่ดีขึ้น ดังนั้น ศาลตัดสินให้กฎเกณฑ์เรื่องการให้นักเรียนเข้าชั้นสามารถออกเป็น Verordnung ได้ เนื่องจากศาลได้พิจารณาแล้วว่าไม่เป็นการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของนักเรียนมากจนเกินไป

การปรับใช้ทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ (the Theory of Essentialness) กับหลักที่ได้มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 80 ของรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยกล่าวว่า มาตรา 80 ของรัฐธรรมนูญ ปรับใช้ได้แค่กรณีที่อยู่นอกขอบเขตของแนวคิดเรื่องสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ ในทางตรงกันข้าม ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องจำเป็นที่จะต้องมองว่า ทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญนั้นสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของมาตรา 80 ของรัฐธรรมนูญได้ ยิ่งไปกว่านั้น ในขอบเขตของปัญหาที่มีความสำคัญ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่จำเป็นต้องบัญญัติกำหนดรายละเอียดทุกอย่างด้วยตนเอง โดยศาลรัฐธรรมนูญกล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า ขึ้นอยู่กับการวิเคราะห์ในแต่ละกรณีในเรื่องที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานว่า เรื่องใดเป็นอำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องสงวนไว้เป็นอำนาจของตนเองโดยเฉพาะ ดังนั้น เมื่อศาลตัดสินในกรณีการไล่นักเรียนออกจากโรงเรียนว่า การไล่ออกจะต้องตกอยู่ในอำนาจการพิจารณาของสภา ก็ไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายบริหารจะออกกฎเกณฑ์ในเรื่องใดไม่ได้เลย แต่หมายความว่า การตัดสินใจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญทุกเรื่องจะต้องกระทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งการตัดสินใจในเรื่องที่สำคัญนี้รวมถึง การกำหนดสิ่งที่จะต้องพิจารณาก่อนที่จะมีการไล่ออกจากโรงเรียนเฉพาะแห่งและทุกโรงเรียนที่เป็นโรงเรียนประเภทเดียวกัน การแต่งตั้งผู้มีอำนาจหน้าที่ที่แน่นอน และกำหนดหลักการเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติที่เหมาะสมด้วย

ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ และมาตรา 80 ของรัฐธรรมนูญ เปรียบได้กับการซ้อนทับกันของวงกลมสองวง กล่าวคือ เรื่องใดที่มีความสำคัญมากก็ถูกกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือจากที่มาตรา 80 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ดังเช่นสถานการณ์ในการถูกไล่ออกจากโรงเรียน หากเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยมาตรา 80 จะถูกนำมาปรับใช้โดยถูกรองด้วยทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ ดังเช่น กรณีที่โรงเรียนให้นักเรียนเข้าชั้น แต่ไม่ว่าจะมีเรื่องสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญเข้ามาเกี่ยวข้องเพียงเล็กน้อยหรือไม่เกี่ยวข้องเลยก็ตาม มาตรา 80 จะยังคงนำมาปรับใช้อยู่ แต่จะไม่ได้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัด ส่วนกรณีเรื่องที่มีความสำคัญในระดับปานกลาง มาตรา 80 มุ่งเน้นความสนใจของทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญไปที่การกำหนดเนื้อหา จุดประสงค์ และขอบเขต นอกจากนี้ เมื่อเป็นเรื่องที่ไม่ใช่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ การใช้ทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญเพียงอย่างเดียวอาจจะนำไปสู่การไม่มีข้อกำหนดสำหรับการตรวจกฎหมายของรัฐสภานั้นเอง ซึ่งมาตรา 80 เป็นการป้องกันผลลัพธ์เช่นนี้

อย่างไรก็ตาม มีนักวิชาการบางส่วนที่ไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ (Theory of Essentialness) โดยให้เหตุผลว่า ยังไม่มีผู้ใดที่จะสามารถอธิบายแก่นแท้ของคำว่า “สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ” ได้อย่างชัดเจนว่า อะไรคือสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรืออะไรที่ไม่ใช่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ

ในส่วนของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองของเยอรมันนั้นไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดเรื่องของกระบวนการตรากฎหมายลำดับรองเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้กระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองโดยทั่วไปมักจะมีที่มาจากวิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจจะมีการกำหนดเอาไว้ในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น ๆ และมักจะไม่ปรากฏว่าจะต้องมีขั้นตอนในการที่จะต้องปรึกษาหารือกับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะได้รับผลกระทบจากการตรากฎหมายลำดับรองนั้นก่อน หรือมีขั้นตอนก่อนที่จะมีการตรากฎหมายลำดับรองจะต้องให้องค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติ เหมือนกับที่กำหนดเอาไว้ในประเทศอังกฤษหรือในประเทศกลุ่มกฎหมายคอมมอนลอว์ทั่วไป

แม้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่มีกฎหมายกำหนดกระบวนการในการตรากฎหมายลำดับรองเอาไว้ แต่กฎหมายพื้นฐานของเยอรมันก็ได้กำหนดหลักการที่เข้มแข็งและมีความสำคัญในการคุ้มครองและป้องกันการใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองที่ไม่ชอบไว้ดังต่อไปนี้⁴³

ประการแรก ในมาตรา 80 (1) กำหนดให้กฎหมายลำดับรองต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทที่เป็นฐานในการออกกฎหมายลำดับรองนั้นเอาไว้เสมอ

ประการที่สอง กฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐบาลของสหพันธ์ หรือรัฐมนตรีของสหพันธ์และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราในการให้บริการไปรษณีย์และการโทรคมนาคม หรือการรถไฟของสหพันธ์ และการก่อสร้างหรือการดำเนินการของกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายของสหพันธ์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูงแห่งสหพันธ์หรือสภาผู้แทนมลรัฐแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ก่อน เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น

⁴³ นรินทร์ อธิสาร, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกระงับโดยศาลปกครองเพิกถอน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น. 33-37.

ประการที่สาม กฎหมายลำดับรองจะต้องตราขึ้นหรือลงนามโดยผู้ที่มีอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองนั้น

ประการที่สี่ กฎหมายลำดับรองทุกฉบับจะต้องตีพิมพ์หรือประกาศไว้ในราชกิจจานุเบกษา Bundesgesetzblatt / The Federal Law Gazette หรือใน Bundesanzeiger / The Federal Gazette ตามที่กฎหมายกำหนด

ประการที่ห้า กฎหมายลำดับรองที่ประกาศนั้นจะต้องมีการกำหนดหรือระบุถึงวันที่เริ่มต้นหรือวันที่มีผลใช้บังคับของกฎหมายลำดับรองนั้น ๆ เอาไว้ด้วย

1.2.2 วิวัฒนาการในประเทศไทย

ระบบกฎหมายไทยเป็นระบบที่มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อันยาวนาน รูปแบบของกฎหมายในปัจจุบันเป็นรูปแบบของกฎหมายในยุคโบราณ ซึ่งยุคกฎหมายโบราณ เป็นช่วงระยะเวลาก่อนรัชกาลที่ 4 หรือสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น (รัชกาลที่ 1-3) ถอยหลังไปจนถึงระยะเวลาที่กฎหมายของชนเผ่าไทยได้ก่อกำเนิดขึ้น และเป็นยุคที่แนวคิดในทางกฎหมายเป็นทำนองเดียวกับแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ซึ่งเชื่อว่า กฎหมายเป็นเรื่องของความยุติธรรม เป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ ไม่มีใครเปลี่ยนแปลงได้ และมีโทษที่มนุษย์บัญญัติขึ้น แต่เป็นสิ่งที่อยู่เหนือมนุษย์เหนืออำนาจษัตริย์ ที่มาของกฎหมายไทยแต่ดั้งเดิมจึงได้แก่ พระธรรมศาสตร์และราชศาสตร์ ซึ่งพระธรรมศาสตร์นั้น เป็นชุมนุมของข้อบังคับที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งถือกันว่าเป็นการนำเอาหลักความยุติธรรมมาจัดวางเป็นข้อกำหนดเพื่อประโยชน์แก่มนุษย์ และเป็นรากฐานของการบัญญัติกฎหมายของพระมหากษัตริย์และการพิพากษาคดีของศาลส่วนราชศาสตร์นั้น เป็นข้อบังคับซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงกำหนดหรือทรงบัญญัติขึ้นเพื่อความสงบเรียบร้อยและอำนวยประโยชน์สุขให้แก่ราษฎร โดยอาศัยพระธรรมศาสตร์เป็นบทหลักอ้างอิง โดยเรียกข้อบังคับและข้อบัญญัตินี้ว่า พระราชบัญญัติและพระราชกำหนด ในการนี้ ราชศาสตร์จัดเป็นสาขาวิชาที่ทำหน้าที่เพิ่มเติมหรือขยายความบทบัญญัติในพระธรรมศาสตร์ โดยการตีความบทบัญญัติในพระธรรมศาสตร์เพื่อให้มีผลใช้บังคับแก่ราษฎร⁴⁴

⁴⁴ ดูรายละเอียดใน ร. แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย, เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2526), น. 42-48.

แต่อย่างไรก็ตาม แนวคิดในทางกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย ซึ่งจะได้ทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการของการตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย โดยแยกพิจารณาเป็น 2 ยุค คือ ยุคก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

1.2.2.1 ยุคก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 4 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์จนถึงสมัยก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นยุคที่ประเทศได้เปิดรับแนวความคิดและอารยธรรมของประเทศตะวันตกเข้ามาเป็น Modern State⁴⁵ ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและเศรษฐกิจอย่างมากมาย ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อมีการบัญญัติกฎหมายมารองรับ จึงอาจกล่าวได้ว่า ยุคนี้จึงเป็นยุคที่เริ่มเข้าสู่ยุคนิติบัญญัติของไทย⁴⁶ มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นใช้บังคับ และปฏิรูปไปเป็นกฎหมายสมัยใหม่ (Modern Law) อันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายในปัจจุบัน โดยพระมหากษัตริย์ได้เริ่มใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริงเริ่มตั้งแต่การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้ในเรื่องต่าง ๆ ในรูปของประกาศ

สมัยต่อมาคือ รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ในสมัยนี้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากมายทั้งในด้านการปกครองและกฎหมาย ในปี พ.ศ. 2434 ได้ทรงปฏิรูปการปกครอง ปรับปรุงประเทศให้ทันสมัยตามความคิดในการสร้างชาติแบบตะวันตก โดยการรวมอำนาจมาอยู่ที่ศูนย์กลาง⁴⁷ และที่สำคัญคือ การปรับปรุงระบบบริหารราชการ โดยแบ่งแยกออกเป็นกระทรวง มีเสนาบดีเป็นหัวหน้ากระทรวง มีที่ประชุมเสนาบดีปรึกษาราชการ เรียกว่า เสนาบดีสภา

การปฏิรูปการปกครองที่มีผลต่อการปฏิรูปกฎหมาย คือ การประกาศตั้งกระทรวงยุติธรรมเมื่อวันที่ 25 มีนาคม ร.ศ. 110 (พ.ศ. 2434) และประกาศตั้งตำแหน่งเสนาบดีเมื่อวันที่ 1 เมษายน ร.ศ. 111 และตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการบัญญัติกฎหมายได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่พระองค์ทรงบัญญัติกฎหมายขึ้นเอง โดยอาจได้รับคำปรึกษา

⁴⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: มิตรนราการพิมพ์, 2531), น. 33.

⁴⁶ เฟิ่งอ๋าง, น. 33.

⁴⁷ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, เอกสารการเมือง การปกครองไทย พ.ศ. 2417-2477, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2518), น. 5.

จากที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน มาเป็นการออกกฎหมายข้อบังคับโดยเสนาบดีกระทรวงต่าง ๆ โดยได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตจากพระมหากษัตริย์ และนอกจากนี้ เสนาบดียังได้ออกกฎหมายเพื่อจัดระเบียบบริหารราชการภายในกระทรวงของตนขึ้นเองด้วย

ในปี ร.ศ. 113 ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติรัฐมนตรีสภา ซึ่งตามพระราชบัญญัติรัฐมนตรีสภา ร.ศ. 113⁴⁸ สภาแห่งรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีสภา คือที่ประชุมปรึกษากฎหมายสำหรับแผ่นดิน มีหน้าที่ถวายคำปรึกษาหารือข้อความซึ่งทรงพระดำริเห็นเป็นการสมควรที่จะให้ปรึกษา โดยมีพระกระแสรับสั่งตรงเฉพาะมายังที่ประชุมที่ประชุมหรือโดยพระราชทานกระแสรับสั่งให้เสนาบดีผู้หนึ่งเชิญมายังที่ประชุม หรืออีกกรณีหนึ่งคือ รัฐมนตรีสภามีหน้าที่ถวายคำปรึกษาหารือข้อความที่รัฐมนตรีขอปรึกษา

ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว การใช้พระราชอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 6 นี้ ยังเป็นเช่นเดียวกับรัชสมัยของพระองค์ก่อน แต่มนตรีที่ปรึกษามีอยู่แต่เพียง 2 คณะ คือ คณะที่หนึ่ง องคมนตรี ซึ่งแต่เดิมเรียกว่า “ปรีวีไคานซิล” หรือที่ปรึกษาในพระองค์ และคณะที่สอง คือ ที่ประชุมเสนาบดี⁴⁹

ในสมัยนี้ได้มีเหตุการณ์สำคัญที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการออกกฎหมายของเสนาบดี และได้มีการวางหลักปฏิบัติเกี่ยวกับการตรากฎหมายไว้และเป็นบรรทัดฐานที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา กล่าวคือ มีคดีพิพาทขึ้นมาสู่กรมการศาลฎีกาเป็นประเด็นข้อกฎหมายว่า กฎหมายเสนาบดีกระทรวงนครบาลว่าด้วยที่กุศลสถานชนิดศาลเจ้าลงวันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2463 ข้อ 13 ซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มาตรา 123 นั้น มีข้อความนอกเหนือพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจหรือไม่

โดยปรากฏในคำปรารภแห่งกฎหมายนั้นว่า ด้วยตามความในพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 มาตรา 123 ให้กรรมการอำเภอมีหน้าที่คอยตรวจตราอุดหนุนผู้ปกครองอย่าให้ผู้ใดเบียดเบียนที่วัดหรือที่กุศลสถานอย่างอื่นอันเป็นของกลางสำหรับมหาชนนั้น บัดนี้ ทรงพระราชมดำริเห็นว่า ที่ศาลเจ้าซึ่งเป็นสถานที่เคารพและกระทำพิธีกรรม

⁴⁸ ประกาศ ณ วันที่ 10 มกราคม ร.ศ. 113 เป็นวันที่ 9557 ในรัชกาลที่ 5 ดูในร้อยตำรวจโทเสถียร ลายลักษณ์, ประชุมกฎหมายประจำศก เล่ม 14, น. 213.

⁴⁹ ปรีดี พนมยงค์, “ประชุมกฎหมายมหาชนและเอกชนของปรีดี พนมยงค์,” ในอนุสรณ์เนื่องในโอกาสครบรอบ 100 วันแห่งการอสัญกรรมของผู้ประศาสน์การปรีดี พนมยงค์, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 191-192.

ตามลัทธิของประชาชนบางจำพวกในกรุงสยาม นับว่าเป็นกุศลสถานสำหรับประชาชนจำพวกหนึ่ง ซึ่งสมควรจะวางระเบียบการปกครองรักษาขึ้นไว้ให้เป็นหลักฐาน จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เสนาบดีกระทรวงนครบาลและเสนาบดีกระทรวงมหาดไทยตั้งกฎข้อบังคับขึ้นตามความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช 2457 มาตรา 5 ดังกล่าวนั้นว่า "ให้เสนาบดีผู้บัญชาการปกครองท้องที่มีอำนาจที่จะตั้งกฎข้อบังคับสำหรับจัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าแลกฎนั้นได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตและประกาศในหนังสือราชกิจจานุเบกษาแล้วก็ให้ถือว่าเป็นเหมือนส่วนหนึ่งในพระราชบัญญัตินี้"

กฎเสนาบดีฉบับนี้ได้รับพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว แต่เหตุที่มาตรา 5 นั้นบังคับว่า ให้เสนาบดีมีอำนาจตรากฎเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น และมาตรา 123 ที่อ้างถึง กำหนดให้ กรมการอำเภอมีหน้าที่กำกับดูแลและสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปกครองชาวดหรือกุศลสถานอย่างอื่นที่เป็นสาธารณสถาน แต่กฎเสนาบดีนี้กลับให้อำนาจอธิบดีพระนครบาลถอดถอนผู้ปกครองชาวนั้นและแต่งตั้งคนใหม่แทนได้ ซึ่งเป็นการนอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 123 จึงเกิดปัญหาขึ้นว่า กฎเสนาบดีฉบับนี้จะใช้บังคับได้ทั้งฉบับหรือเฉพาะข้อความที่ต้องตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น

กรมการศาลฎีกาได้ตรวจข้อความในพระราชบัญญัติปกครองท้องที่กับข้อความในกฎเสนาบดีตามที่อ้างนี้แล้วมีข้อสงสัยว่า ความในกฎนี้เป็นข้อบังคับสำหรับเพียงแต่จัดการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติเท่านั้น หรือว่ามีข้อความนอกเหนือออกไป และเมื่อประชุมปรึกษากันแล้วมีความเห็นเป็น 2 ทาง คือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า กฎเสนาบดีนั้นได้รับพระบรมราชานุญาตและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ย่อมใช้บังคับได้เสมอเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่เช่นนั้น

แนวทางที่สอง เห็นว่า เจตนารมณ์แห่งมาตรา 5 ดังกล่าวนั้น ไม่ได้หมายความว่า กฎเสนาบดีที่มีข้อความเกินเลยไปจะใช้เป็นกฎหมายได้ และการตรากฎหมายนั้นเป็นพระราชอำนาจ แต่การออกกฎเสนาบดีเป็นอำนาจของเสนาบดี ถ้ากฎเสนาบดีมีข้อความนอกเหนือกฎหมายได้แล้ว ก็จักกลายเป็นว่ากฎเสนาบดีสามารถแก้กฎหมายของแผ่นดินได้ นอกจากนี้ การที่กฎเสนาบดีได้กำหนดอำนาจถอดถอนและแต่งตั้งผู้ปกครองชาวนั้น ไม่ได้เป็น "การกำกับดูแลและสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ปกครอง" ตามมาตรา 123 เลย กับทั้งกฎเสนาบดีนี้ยังมีการ

กำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ฝ่าฝืนอีกด้วย ซึ่งการกำหนดโทษเช่นนี้เป็นพระราชอำนาจ ดังนั้น จึงถือว่ากฎหมายระดับนี้ใช้บังคับไม่ได้

กรรมการศาลฎีกาได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยและให้พิพากษาว่า ตามแบบธรรมเนียมและประเพณีในกรุงสยามตามที่ได้เคยใช้มา กฎเสนาบดีที่ได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ก็ต้องนับว่าเป็นกฎหมาย ดังในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288-291/2466⁵⁰ นอกจากนี้ ทรงเห็นว่า การออกกฎหมายควรต้องอาศัยทั้งอำนาจนิติบัญญัติและบริหารบัญญัติซึ่งว่าโดยนิติประเพณีแห่งกรุงสยามก็ย่อมรวมอยู่ในพระบรมเดชาานุภาพ ส่วนกฎหมายนั้นควรให้ ออกแต่โดยนิยามว่าอาศัยอำนาจเสนาบดีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารส่วนเดียวเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามพระราชกำหนดกฎหมาย จะบัญญัติข้อความใดให้ขัดกับกฎหมายหรือนอกเหนือพระราชบัญญัติอันกฎนั้นอาศัยเป็นสบัญญัติแม่บทนั้นหาควรไม่ และจะวางบทระวางโทษเป็นอาญาและเบี่ยงปรับลงไว้ด้วยก็ไม่ควรดูจกัน แต่การจะย้อนไปรื้อถอนแก้ไขกฎหมายอันได้ออกไปก่อนแล้วเข้าหาหลักอันนี้ก็จะเป็นการยุ่งยากมาก ความชอบให้ระงับไว้ ต่อเมื่อจะตรากฎหมายขึ้นใหม่ในเบื้องหน้า จึงดำเนินให้เป็นไปตามหลักใหม่นี้จึงทุกราย⁵¹

1.2.2.2 ยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 และได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475⁵² ซึ่งนับแต่นั้นเป็นต้นมาอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไป จากแต่เดิมการบัญญัติกฎหมายเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยได้เปลี่ยนมาเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งพระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 กำหนดให้กฎหมายของบ้านเมืองที่ออกโดยสภา

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 288-291/2466, น. 255-277.

⁵¹ รดาวรรณ เกื้อกุลเกียรติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 12*, น. 68-69.

⁵² ไพโรจน์ ชัยนาม, *รัฐธรรมนูญ บทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย*, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), น. 110.

ผู้แทนราษฎรนั้นให้ตราในรูปของ “พระราชบัญญัติ” และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้ว ให้มีผลใช้บังคับได้⁵³

การเปลี่ยนแปลงการปกครองในครั้งนี้ไม่มีผลกระทบต่อระบบกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ กฎหมายที่มีผลใช้บังคับก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ยังมีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดกับ ธรรมนูญการปกครอง เนื่องจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่มีผลทำให้กฎหมายซึ่งออก ใช้ในสมัยก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไป ตามหลักการเลิกใช้รัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับ หนึ่งไม่ทำให้พระราชบัญญัติซึ่งออกใช้ในสมัยใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นถูกยกเลิกไปด้วย

อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงอำนาจในการบัญญัติกฎหมายซึ่งแต่เดิมเป็นของ พระมหากษัตริย์มาเป็นการบัญญัติกฎหมายโดยสภาผู้แทนราษฎรนี้ ก่อให้เกิดปัญหาบางประการ เกี่ยวกับรูปแบบของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ เพราะพระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยาม ชั่วคราว พุทธศักราช 2475 รับรองเพียงรูปแบบของ “พระราชบัญญัติ” เท่านั้น ส่วนพระราช กฤษฎีกา พระราชกำหนด หรือประกาศพระบรมราชโองการต่าง ๆ จะยังคงมีสถานะเป็นกฎหมาย หรือไม่ เพียงใด ซึ่งภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาขึ้น โดยสภาผู้แทนราษฎรได้ถวายคำปรึกษาแต่ พระมหากษัตริย์ พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นในระหว่างใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวนี้ จึงตราขึ้นโดย คำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการจัดซื้อที่ดินและ อสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นเพื่อตัดถนนและขยายตรอก เนื่องจากเพลิงไหม้ตำบลถนนเจริญกรุง ถนนเยาวราช และถนนปทุมคงคา⁵⁴ เป็นต้น

เมื่อมีการจัดตั้งสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชบัญญัติการปกครองแผ่นดินสยาม ชั่วคราว พุทธศักราช 2475 แล้ว ก็ได้มีพระราชบัญญัติยกเลิกพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญ

⁵³ มาตรา 8 สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจออกพระราชบัญญัติทั้งหลาย พระราชบัญญัติ นั้น เมื่อกษัตริย์ได้ประกาศให้ใช้แล้ว ให้เป็นอันใช้บังคับได้

ถ้ากษัตริย์มิได้ประกาศให้ใช้พระราชบัญญัตินั้นภายในกำหนด 7 วันนับแต่วันที่ได้รับ พระราชบัญญัตินั้นจากสภา โดยแสดงเหตุผลที่ไม่ยอมทรงลงพระนาม ก็มีอำนาจส่งพระราชบัญญัตินั้นคืนมายังสภา เพื่อพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ถ้าสภาลงมติยืนยันตามมติเดิม กษัตริย์ไม่เห็นพ้องด้วย สภามีอำนาจออกประกาศพระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

⁵⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 370 วันที่ 3 กันยายน พ.ศ. 2475.

ร.ศ. 113⁵⁵ ซึ่งต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม⁵⁶ ขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวร และเป็นรัฐธรรมนูญที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁵⁷ กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎร ทรงใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรีและทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาลที่ได้ตั้งขึ้นตามกฎหมาย ส่วนบทกฎหมายนั้นให้ตราเป็นพระราชบัญญัติโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎร

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาก็ได้มีบทบัญญัติดังกล่าวเช่นกัน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้จัดตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นผลให้หลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎรได้ตราพระราชบัญญัติเทียบตำแหน่งรัฐมนตรีกับตำแหน่งเสนาบดี⁵⁸

การเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายที่เป็นบทบริหารบัญญัติหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวร คือ มีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัติต่าง ๆ ซึ่งแต่เดิมการประกาศใช้พระราชบัญญัตินั้นเป็นเพียงพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ที่ทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้ใช้พระราชบัญญัติในท้องที่ใด ซึ่งพระราชกฤษฎีกาให้ใช้พระราชบัญญัตินี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติชั้นสูงสุดรพ.ศ. 2475 ในท้องที่อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร⁵⁹ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการบังคับให้ใช้วิธีมาตราซ่ง ตวง วัด และจำนวนหน่วยกับเครื่องชั่งเครื่องตวงเครื่องวัดที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติมาตราซ่งตวงวัด พุทธศักราช 2463 ในกรุงเทพมหานคร⁶⁰

ในปี พ.ศ. 2480 สภาผู้แทนราษฎรได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎกระทรวงซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย พุทธศักราช 2480⁶¹ โดยกำหนดให้

⁵⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 527 วันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2475.

⁵⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 529 วันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475.

⁵⁷ มาตรา 2 “อำนาจอธิปไตยย่อมมาจากปวงชนชาวสยาม พระมหากษัตริย์ผู้เป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นแต่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

⁵⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 577 วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2475.

⁵⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 532 วันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475.

⁶⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 535 วันที่ 7 มีนาคม พ.ศ. 2475.

⁶¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 85 ตอนที่ 1 วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2475.

บรรดาข้อความในกฎหมายซึ่งได้บัญญัติขึ้นไว้ก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินี้ ว่าด้วยการออกกฎกระทรวง หรือข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ถ้ามีข้อกำหนดว่าจะต้องได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้ว ให้ยกเลิกข้อกำหนดนั้นเสีย

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ได้จัดตั้งรัฐสภาขึ้นทำหน้าที่นิติบัญญัติ โดยรัฐสภาประกอบด้วยพฤฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร และร่างพระราชบัญญัติทั้งหลายจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้บัญญัติถึงอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาแตกต่างไปจากเดิม โดยกำหนดให้ พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น บทบัญญัติดังกล่าวนี้ส่งผลให้รัฐสภาต้องตราพระราชบัญญัติการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภท ตามงบประมาณรายจ่าย พ.ศ. 2518 ได้แก่ ค่าเช่าซื้อบ้านข้าราชการ ค่าเช่าบ้านข้าราชการหรือค่าที่อยู่อาศัยของข้าราชการ ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ เบี้ยประชุมกรรมการ เงินเดือนระหว่างลาของข้าราชการ เงินสวัสดิการจากทางราชการ นอกจากนี้ รัฐสภายังได้แก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เรื่องการพระราชทานอภัยโทษ ทั้งนี้ เพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในทางปฏิบัติ เนื่องจากแต่เดิมนั้นการตราพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการจ่ายเงินบางประเภทตามงบประมาณรายจ่าย และการตราพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นกำหนดให้ตราในรูปพระราชกฤษฎีกา แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 ก็ได้กลับไปบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ คือ กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย