

บทที่ 3

ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกฎ

แนวทางการจัดโครงสร้างของสถาบันต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญของรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยจะกำหนดให้รัฐสภาซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติในอันที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับบุคคลภายในรัฐดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ผ่านมา แต่ด้วยเหตุที่ภารกิจในทางบริหารขยายขอบเขตออกไปอย่างกว้างขวางตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงอยู่ทุกขณะ จึงจำเป็นที่จะต้องมอบอำนาจทางนิติบัญญัติบางเรื่องไปให้แก่องค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายในรูปของกฎลักษณะต่าง ๆ ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดของบทนี้

3.1 ความหมาย ลักษณะ และประเภทของกฎ

3.1.1 ความหมายและลักษณะของกฎ

ข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับที่มาของกฎที่สำคัญประการหนึ่งนั้น สืบเนื่องมาจากข้อจำกัดทางด้านกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐสภาที่ไม่สามารถวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปให้ทันต่อการขยายตัวของภารกิจทางด้านบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องมอบอำนาจทางนิติบัญญัติบางประการซึ่งมีลักษณะเป็นรายละเอียดที่จะต้องกำหนดให้ตรงกับสภาพทางสังคมในขณะนั้น ๆ หรือในเรื่องที่เป็นรายละเอียดทางเทคนิคพิเศษเกินกว่าที่กฎหมายของรัฐสภาจะกำหนดลักษณะได้ไปให้แก่ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐสภา¹ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในเชิงแหล่งที่มาของกฎดังกล่าว กฎจึงหมายความถึงกฎหมายลำดับรอง (Delegated legislation) ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทของ

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : หจก. จีรรัชการพิมพ์, 2540) น.123.

รัฐสภาที่มีค่าบังคับสูงกว่า และมีลักษณะเป็นกฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท (Subsidiary Legislation)² เนื้อหาของกฎจึงมีความสำคัญน้อยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ

นอกจากนี้ หากพิจารณาในเชิงเนื้อหาหรือลักษณะของกฎซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายแม่บทของรัฐสภา จึงอาจกล่าวได้ว่า “กฎ” ก็คือเครื่องมือที่สำคัญประการหนึ่งของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองในการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย การตรากฎจึงเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง กล่าวคือ เป็นผลิตภัณฑ์ (product) ของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง และตกอยู่ภายใต้ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งมีสาระสำคัญคือ³

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนเองต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ กล่าวคือ กรณีที่มีกฎหมายกำหนดหน้าที่ไว้ ฝ่ายปกครองย่อมต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด หากเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะ ฝ่ายปกครองก็พึงละเว้นไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐ และความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย

(2) หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองกระทำการนั้น หรือมีฐานของกฎหมายรองรับอำนาจกระทำการในเรื่องนั้นไว้ กฎหมายในที่นี้ ได้แก่ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาในรูปของพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชกำหนดที่ตราโดยฝ่ายบริหารภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ส่วนกฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่อาจเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองได้

ตามหลักกฎหมายปกครองได้แบ่งประเภทของการกระทำทางปกครองออกเป็นสองลักษณะใหญ่ด้วยกัน ได้แก่ ปฏิบัติการทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ได้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายใด ๆ อีกประเภทหนึ่งได้แก่นิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายไปยังบุคคลภายนอก สำหรับการตรากฎ

² สุเจตน์ สถาพรนานนท์, “การควบคุมการออกกฎขององค์กรฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) , น.26 - 28.

³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง , (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น.19 - 30 .

จัดเป็นการกระทำทางปกครองประเภทนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะต่างจากนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ กฎเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่เจาะจงกรณีหรือตัวบุคคลที่จะได้รับผลกระทบ ส่วนคำสั่งทางปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเจาะจงต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกรณีใดกรณีหนึ่ง ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป⁴ กฎจึงมีลักษณะที่สำคัญดังต่อไปนี้⁵

(1) บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท และไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับเหล่านั้น

(2) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม (abstract) เช่น ทุก ๆ วันที่ 1 ของเดือน เป็นต้น เมื่อเกิดกรณีเหล่านี้แล้ว บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับมีหน้าที่ต้องกระทำการ งดเว้นกระทำการทันที

ลักษณะทั้งสองประการของกฎ แสดงให้เห็นว่า การตรากฎเป็นการวางหลักทั่วไปที่ใช้บังคับกับ เหตุการณ์ในอนาคต หากไม่มีเหตุการณ์ใดเกิดขึ้นก็ไม่อาจบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎวางไว้ได้ ขณะที่มีการตรากฎจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ใด ๆ ก่อนที่เหตุการณ์จะสมบูรณ์ตามกฎหมาย⁶

3.1.2 ลำดับชั้นทางกฎหมายของกฎ

ด้วยเหตุที่กฎมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ในทางทฤษฎีจึงถือกันว่ากฎมีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความอย่างหนึ่ง ซึ่งหมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการวางข้อกำหนดเพื่อบังคับแก่บุคคลทั่วไปทำนองเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตาม แม้กฎจะมีลักษณะ

⁴ ฤทัย หงส์สิริ, "ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง," ใน คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น. 296 – 297.

⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, ใน คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น. 155 - 157.

⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, น.120.

เป็นกฎหมายดังกล่าว แต่กฎก็มีลำดับชั้นทางกฎหมายที่แตกต่างจากกฎหมายของรัฐสภาและกฎหมายประเภทอื่น ๆ ซึ่งหากพิจารณา ตามทฤษฎีโครงสร้างลำดับชั้นทางกฎหมายของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ได้แบ่งลำดับชั้นของกฎหมายออกเป็น 3 ระดับด้วยกัน คือ

- รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ
- พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา
- กฎหมายลำดับรองหรือกฎที่ตราโดยฝ่ายบริหาร

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐนั้น เป็นบรรทัดฐานพื้นฐานที่ก่อให้เกิดบรรทัดฐานทั่วไป ซึ่งได้แก่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ส่วนกฎหมายลำดับรองหรือกฎเป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือศาล การจัดลำดับชั้นทางกฎหมายของเคลเซนดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่ากฎซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้น มีลำดับชั้นทางกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติเพราะกฎเป็นผลิตผลจากการบังคับใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยอาศัยอำนาจหรือมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติของรัฐสภา ดังนั้นโดยลำดับชั้นทางกฎหมายดังกล่าวกฎจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสูงสุดภายในรัฐ นอกจากนี้ กฎยังไม่อาจขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทที่เป็นแหล่งที่มา ตลอดจนพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ลำดับชั้นทางกฎหมายของกฎดังกล่าวยังสะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเพื่อวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป กล่าวคือ อำนาจทางนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารย่อมมีข้อจำกัดมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะนอกจากรัฐธรรมนูญแล้วอำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหารยังต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติของรัฐสภา ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายได้อย่างกว้างขวางตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

3.1.3 ประเภทของกฎ

หลักเกณฑ์ในการจำแนกประเภทของกฎนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายวิธี กล่าวคือ อาจจำแนกโดยการพิจารณาจากรูปแบบของกฎแต่ละประเภท จำแนกโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรผู้ออกกฎ หรือจำแนกโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านแหล่งที่มาของกฎ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของการจำแนกเป็นสำคัญ⁷

⁷ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, น. 76.

(1) การจำแนกประเภทของกฎตามรูปแบบ เป็นหลักเกณฑ์ที่พบโดยทั่วไปในตำรากฎหมายปกครอง ซึ่งได้แก่

1 ประกาศพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ เป็นกฎหมายในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา ปัจจุบันประกาศพระบรมราชโองการที่มีลักษณะเป็นกฎปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ.2475 กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกในบางท้องที่ ทั้งนี้ โดยต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแทน⁸

2 กฎที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา โดยแบ่งเป็น พระราชกฤษฎีกาที่เป็นอิสระ (decret autonome) ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 221 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย” ซึ่งเป็นอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญที่ให้ออกกฎเกณฑ์ในเรื่องใดก็ได้ เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยเบี้ยประชุมกรรมการ อีกลักษณะหนึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกาที่เป็นออกตามความในพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญกว่าปกติ เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่เป็นเขตควบคุมศุลกากรตามพระราชบัญญัติศุลกากร เป็นต้น⁹

3 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎ ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะบุคคลใดหรือกรณีใด เช่นเดียวกับลักษณะของกฎ ซึ่งอาจเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ออกตามกฎหมายแม่บทฉบับใดฉบับหนึ่ง เช่น ตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2535 มาตรา 31 กำหนดให้การปรับเปลี่ยนบัญชีเงินเดือนเป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์สูงสุดในฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจบริหารราชการทั่วไปออกมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรีกำหนดวันหยุดชยเชย เป็นต้น

⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 , น.126 - 127. และดู รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 231 บัญญัติว่า “บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้”

⁹ เพิ่งอ่าง, น.127 - 128.

4 กฎกระทรวง หรือกฎทบทวน ที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงหรือว่าการทบทวนโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับซึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้น ๆ เป็นผู้รักษาการอย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติของกระบวนการออกกฎกระทรวง รัฐมนตรีผู้รักษาการจะต้องส่งร่างกฎกระทรวงไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติก่อนเสมอ และถือปฏิบัติเรื่อยมาจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางกฎหมายปกครองว่าการออกกฎกระทรวงจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสมอ¹⁰

นอกจากนี้ ยังมีประกาศกระทรวงบางประเภทซึ่งกฎหมายแม่บทกำหนดให้รัฐมนตรีผู้รักษาการต้องนำไปให้คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับ เช่น ประกาศกระทรวงการคลังที่ออกตามมาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14 และมาตรา 14 ทวิ ของพระราชบัญญัติพิทักษ์อัตราภาษีศุลกากร พ.ศ.2530 ประกาศกระทรวงลักษณะดังกล่าวมีขั้นตอนทำนองเดียวกับการออกกฎกระทรวง และแตกต่างจากประกาศกระทรวงโดยทั่วไปซึ่งกฎหมายแม่บทจะให้เป็นการอำนาจแก่รัฐมนตรีผู้รักษาการออกประกาศกระทรวงได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

5 ประกาศกระทรวง หรือประกาศทบทวน ที่ออกโดยรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ในอันที่จะออกประกาศกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท โดยสืบเนื่องมาจากการลดทอนความสำคัญของการตรากฎในกิจการบางเรื่อง ซึ่งไม่จำเป็นต้องตราในรูปของกฎกระทรวงให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติเห็นชอบก่อน ซึ่งกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจก็จะบัญญัติข้อความเป็นทำนองว่า“...ให้เป็นการไปตามที่กระทรวง....จะประกาศกำหนด”

6 ระเบียบเป็นกฎที่ออกโดยองค์กรซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ โดยเรียกชื่อตามองค์กรที่ออกระเบียบนั้น ส่วนราชการที่มีอำนาจออกระเบียบ ได้แก่ กระทรวง ทบวง กรม มหาวิทยาลัย หรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว พระราชบัญญัติจะไม่กำหนดให้นำระเบียบต่าง ๆ ไปประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น หากกฎหมายไม่ได้กำหนดขั้นตอนการออกระเบียบไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ระเบียบจะมีผลใช้บังคับเมื่อผู้มีอำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบนั้นลงนามในร่างระเบียบต่าง ๆ ¹¹

¹⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1, น.129.

¹¹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “กฎหมายลำดับรองในประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 14, 2538, น. 112.

7 กฎและประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการ และองค์กรอื่น ๆ โดยกฎหมายแม่บทบางฉบับกำหนดให้อำนาจแก่คณะกรรมการที่กฎหมายฉบับนั้นจัดตั้งขึ้น มีอำนาจในการตรากฎซึ่งมีชื่อเรียกอย่างเดียวกับคณะกรรมการ เช่น กฎ กพ. ออกโดยคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ประกาศของคณะกรรมการกลางป้องกันการค้ากำไรเกินควร เป็นต้น¹²

8 ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด เป็นกฎที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎที่มีลักษณะเป็นรายละเอียดในทางปฏิบัติค่อนข้างมาก เช่น ข้อบังคับเกี่ยวกับการ ขี่ จูงไล่ต้อน ปล่อย หรือเลี้ยงสัตว์บนทางจราจร ทางเท้า หรือไหล่ทาง ซึ่งออกโดยผู้อำนวยการทางหลวง ตามมาตรา 46 ของพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ.2535 ข้อกำหนดของเจ้าพนักงานจราจรเรื่องใบสั่งและใบรับแทนใบอนุญาตขับขี่ ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจราจร พ.ศ.2522 เป็นต้น

9 ข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งออกโดยราชการปกครองส่วนท้องถิ่นอาจอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยเฉพาะตรากฎขึ้นในใช้บังคับในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และจะมีชื่อเรียกตามรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 หรืออาจอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ซึ่งให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตรากฎใช้บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทก็ได้ เช่นพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ตามมาตรา 9 และมาตรา 10 เป็นต้น

(2) การจำแนกประเภทของกฎตามองค์กรผู้ออกกฎ

เนื่องจากอำนาจตรากฎมีลักษณะเป็นอำนาจทางบริหารของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง การจำแนกประเภทของกฎจึงอาจพิจารณาไปตามโครงสร้างขององค์กรในฝ่ายบริหาร ซึ่งปัจจุบันการจัดโครงสร้างของสถาบันต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยมีรูปแบบที่ค่อนข้างหลากหลาย โดยเฉพาะการใช้อำนาจทางบริหารมิได้มีเพียงแต่คณะรัฐมนตรีเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยได้ก่อตั้งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาหลายองค์กร ดังนั้นจึงอาจจำแนกประเภทของกฎโดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านองค์กรได้ดังนี้

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย," ใน คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.67

(2.1) กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารและองค์กรในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร แบ่งเป็น

- กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นรูปแบบของกฎที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมาย นอกจากนี้ ยังรวมถึงมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎ เช่นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ เป็นต้น

- กฎที่ตราโดยองค์กรในบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายองค์กร โดยอาจเรียงลำดับไปตามสถานะของแต่ละองค์กร ดังนี้

ประการแรก กฎที่ตราโดยรัฐมนตรี ได้แก่ กฎกระทรวง และประกาศกระทรวง เป็นกรณีที่รัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ตนเป็นผู้รักษาการออกกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวงแล้วแต่กรณี

ประการที่สอง กฎที่ตราโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของส่วนราชการต่าง ๆ หรือคณะกรรมการตามกฎหมาย และมีชื่อเรียกของกฎตามชื่อของส่วนราชการ หรือคณะกรรมการส่วนใหญ่ได้แก่ กฎในรูปของ ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด ขึ้นอยู่กับรูปแบบที่กฎหมายแม่บทกำหนดไว้ เช่น ระเบียบกรมป่าไม้ที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้หรือป่าสงวนแห่งชาติ ข้อบังคับที่ออกโดยสภามหาวิทยาลัย ข้อกำหนดเจ้าพนักงานจราจรตามกฎหมายจราจรทางบก เป็นต้น¹³

- กฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ในกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี ได้แก่ กฎที่ตราโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ และมีชื่อเรียกตามองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ ได้แก่ ข้อบัญญัติจังหวัดขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบัญญัติของเทศบาล ข้อบังคับสุขาภิบาลของสุขาภิบาล ข้อบังคับตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครของกรุงเทพมหานคร และข้อบัญญัติเมืองพัทยาของเมืองพัทยา¹⁴

(2.2) กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร กฎบางรูปแบบซึ่งเป็นกฎ

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12 , น. 90.

¹⁴ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 , น. 84.

ของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ได้แก่ กฎในรูปของพระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง จึงไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่บทขององค์กฤษฎีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้ศึกษาต่อไปในบทที่ 4

การใช้อำนาจตราฎีกาไม่ว่าจะตราโดยองค์การบริหารหรือองค์ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือไม่ก็ตาม ต่างก็มีลักษณะทางกฎหมายร่วมกันที่สำคัญคือ เป็นการอาศัยอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภาหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับสูงกว่า เพื่อวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เพียงแต่มีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันไปบ้าง เช่น ขั้นตอนการตราฎีกาของฝ่ายบริหารบางประเภท เช่น กฎกระทรวง ซึ่งต้องนำมาขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เป็นต้น โดยกฎของฝ่ายบริหารแต่ละรูปแบบดังกล่าวข้างต้นจะมีความสำคัญของเนื้อหาลดหลั่นกันลงไปตามสถานะขององค์กรผู้ออกกฎ โดยจะเห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดในฝ่ายบริหาร อาจตราฎีกาในรูปของพระราชกฤษฎีกาโดยอาศัยอำนาจทั้งตามรัฐธรรมนูญ หรือตามพระราชบัญญัติ หรืออาจตราฎีกาในรูปของมติคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติบางฉบับ หรือโดยอาศัยอำนาจทางบริหารทั่วไปก็ได้ ขณะที่รัฐมนตรี ส่วนราชการ คณะกรรมการตามกฎหมาย หรือเจ้าหน้าที่ จะตราฎีกาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้อำนาจไว้ ซึ่งกฎในรูปของประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นใดก็ตามที่มีลักษณะเป็นกฎ และออกโดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี มักจะเป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่ไม่มีความสำคัญมากนัก โดยนัยดังกล่าวเนื้อหาของกฎนั้นเองก็จะเป็นสิ่งที่แสดงถึงสถานะของกฎแต่ละรูปแบบได้อีกทางหนึ่งควบคู่ไปกับสถานะขององค์กรผู้ออกกฎ

3.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของกฎ อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

3.2.1 แหล่งที่มาของอำนาจในการตราฎีกา

เนื่องจากการตราฎีกาเป็นการใช้อำนาจทางบริหารหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งจึงต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ กล่าวคือ การตราฎีกาจะต้องมีกฎหมายแม่บทเป็นลายลักษณ์อักษรที่ตราโดยรัฐสภาในรูปของ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชกำหนด หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า ได้แก่ รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย อำนาจโดยปริยายนี้อาจเปรียบเทียบกับอำนาจออกกฎข้อบังคับของผู้บังคับบัญชาเพื่อใช้บังคับกับกิจการภายในหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบ เช่น ตามมาตรา 32 ของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 กำหนดให้อธิบดี

เป็นผู้บังคับบัญชากรม อธิบดีจึงมีอำนาจออกกฎเพื่อใช้บังคับกับกิจการภายในกรมได้ ซึ่งไม่มีผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอก¹⁵

3.2.2 ขอบเขตทางเนื้อหาของกฎ

เนื้อหาของกฎจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งได้แก่

(1) กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ กล่าวคือ การตรากฎจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตหรือเงื่อนไขของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ เช่นเดียวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่¹⁶

- เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้

- เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ฝ่ายปกครองกำหนดวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ต้องออกนิติกรรมทางปกครองให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของเช่นนั้น กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บท ต้องมีความชัดเจน และไม่เป็นการพันวิสัย

- เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง กรณีที่กฎหมายแม่บทกำหนดถึงเจตนารมณ์อันเป็นเงื่อนไขสำหรับการออกนิติกรรมทางปกครองไว้อย่างไร ฝ่ายปกครองก็ต้องออกนิติกรรมทางปกครองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายแม่บท เช่น ตัวอย่างจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 1677/2498 โดยวินิจฉัยว่า ประกาศห้ามนำเนื้อสุกรเข้ามาในเขตเทศบาลเพราะจะทำให้รายได้ของเทศบาลตกต่ำ และไม่ปลอดภัยแก่สวัสดิภาพของผู้บริโภค ไม่เกี่ยวกับการป้องกันการค้ากำไรเกินควร นอกเหนือกฎหมาย โดยปราศจากอำนาจ การฝ่าฝืนประกาศดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิด

¹⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 , น. 121.

¹⁶ ธีระ สุธีรวงูร, "นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 37 - 41 .

(2) กฎหมายรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรรัฐทุกองค์กรที่จะต้องเคารพต่อหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การตรากฎจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ซึ่งได้แก่¹⁷

(2.1) หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้อยู่ใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจแต่พอประมาณ มิให้เป็นการสร้างภาระเกินสมควร หลักความได้สัดส่วนอาจถือได้ว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่ผูกพันองค์กรรัฐในการใช้อำนาจ ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองไว้หรือไม่¹⁸ หลักความได้สัดส่วนยังประกอบไปด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็นและหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักความได้สัดส่วนนี้ อาจพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 29 ของ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งกำหนดไว้ว่าการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และเท่าที่จำเป็น ทั้งจะกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้

(2.2) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ หลักความเสมอภาคมีสาระสำคัญคือ รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของบุคคล กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในสถานการณ์ที่เหมือนกัน จะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน หลักความเสมอภาคตามนัย

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 5, น. 203

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3, น. 32 - 33

มาตรา 30 นี้ เป็นความเสมอภาคในกฎหมาย กล่าวคือมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ไม่ใช่ความเสมอภาคกันในการมีวัตถุสิ่งของ¹⁹

(2.3) การตรากฎต้องไม่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา

อำนาจในการตรากฎเป็นอำนาจกึ่งนิติบัญญัติ (quasi legislative power) ซึ่งรัฐสภามอบให้แก่ฝ่ายบริหารไปกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะบุคคลใดหรือกรณีใด เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท อย่างไรก็ตาม อำนาจนิติบัญญัติที่ได้รับมอบมาดังกล่าวนี้ไม่ใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติดังเช่นอำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 3 ประกอบมาตรา 92 ดังนั้น จึงไม่อาจตรากฎที่มีเนื้อหาเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาได้ เช่น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยกฎหมาย หรือการกำหนดโทษทางอาญา โดยหลักเป็นอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา การตรากฎเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติให้ไว้เท่านั้น

(3) กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อาจเป็นข้อจำกัดถึงขอบเขตทางเนื้อหาของการตรากฎได้เช่นเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายประเพณี หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ก็ได้ โดยอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(3.1) กฎหมายประเพณี หมายถึง แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประพฤติและปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอติดต่อกันเป็นเวลานาน ตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม และสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม กฎหมายประเพณีเป็นบ่อเกิดของกฎหมายทุกสาขา รวมทั้งกฎหมายมหาชน หรือเรียกว่า กฎหมายจารีตประเพณีมหาชน ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องกระทำของรัฐทั้งหลายก่อกำขึ้นจากทางปฏิบัติขององค์กรเหล่านั้น จนมีความรู้สึกร่วมกันขององค์กรเหล่านั้นว่าจำต้องทำตามเพราะจำเป็น หรือเป็นกฎหมาย แล้วขยายตัวลงมายังประชาชนได้ปกครอง จนเกิดความรู้สึกร่วมกันของคนในสังคมโดยส่วนรวม²⁰ ตัวอย่างกฎหมายจารีตประเพณีได้แก่ การเสนอร่าง

¹⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547) น. 75.

²⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12, น. 97

กฎกระทรวงของรัฐมนตรียที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่รักษาการต่อคณะรัฐมนตรี
ก่อนลงนามประกาศใช้เป็นกฎกระทรวง

(3.2) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายในประเทศ
ทั้งระบบ โดยอาจสืบเนื่องมาจากหลักการของระบอบรัฐธรรมนูญนิยม หรือหลักตรรกทาง
นิติศาสตร์เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทยยังไม่ได้มี
การพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปเหมือนเช่นในระบบกฎหมายตะวันตก หลักกฎหมายทั่วไปที่
สำคัญได้แก่ หลักความเป็นกลาง หลักการฟังความอีกฝ่าย หลักการบังคับบัญชา หลักความเป็น
อิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หลักการบริการสาธารณะต่อเนื่อง และหลักความไม่มี
ผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

(4) กฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่า

การตราฎนั้น นอกจากจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ และ
รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว การตราฎจะต้องไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติ
และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติฉบับอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่มีการ
ตราฎนั้น เนื่องจากฎเป็นฎเกณฑ์ทางฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าพระราชบัญญัติตามที่ได้
กล่าวมาแล้ว

3.2.3 กระบวนการหรือแบบพิธี และรูปแบบในการตราฎ

การตราฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปตามกระบวนการหรือแบบ
พิธีที่ฎหมายแม่บทกำหนดไว้ โดยมีหลักเกณฑ์ในการออกกนิตกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครอง
ที่อาจนำมาพิจารณาเปรียบเทียบได้คือ²¹

(1) องค์กรผู้ให้อำนาจ ซึ่งอาจอยู่ในรูปขององค์กรเดียว เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวง
หรืออยู่ในรูปขององค์กรกลุ่ม เมื่อฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรใดแล้ว องค์กรนั้นก็
อาจมอบอำนาจไปให้แก่องค์กรอื่นตราฎต่อไปได้

(2) แบบพิธีหรือขั้นตอน โดยหลักแล้ว ฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตราฎจะ
ระบุขั้นตอนการตราฎไว้ เช่น การขอความอนุมัติหรือเห็นชอบจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือการ

²¹ ธีระ สุธีวรานุฎ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 16, น.30 - 36

รับฟังผู้ได้รับผลกระทบจากการตรากฎ การตรากฎจึงต้องเคารพต่อกระบวนการหรือขั้นตอนแห่ง กฎเกณฑ์ที่กฎหมายวางไว้

(3) รูปแบบของนิติกรรมทางปกครอง อาจมีด้วยกันหลายลักษณะ เช่น การสั่งการ ด้วยวาจา หรือกระทำเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่บทซึ่งเป็นแหล่งที่มาของ อำนาจในการตรากฎ แต่สำหรับนิติกรรมทางปกครองประเภทกฎนั้น เนื่องจากกฎมีลักษณะเป็น กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกรณีใดกรณีหนึ่ง รูปแบบของกฎจึงต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอ ซึ่งเคยมีตัวอย่างจากคำพิพากษาฎีกาที่ 1012/2503 วินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ.2499 มาตรา 16 ให้อำนาจ สัตวแพทย์ออกประกาศเป็นหนังสือกำหนดเขตโรคระบาดชั่วคราว เมื่อประกาศแล้วย่อมมีผลตาม มาตรา 17 คือ ห้ามการเคลื่อนย้ายสัตว์ภายในเขต หรือเข้ามา หรือออกนอกเขต และมาตรา 18 (1) ให้มีอำนาจออกประกาศ หรือสั่งเป็นหนังสือให้บรรดาเจ้าของแจ้งความสัตว์ และถ้า เห็นสมควรจะให้นำสัตว์นั้นมารับการตรวจ หรือป้องกันโรคระบาดก็ได้ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า สัตวแพทย์ประกาศเป็นหนังสือกำหนดเขตโรคระบาดชั่วคราว แล้วมีประกาศด้วยวาจาให้จำเลยผู้ เป็นเจ้าของครอบครองสัตว์แจ้งจำนวนโค กระบือ และให้นำมาตรวจและฉีดยา การที่จำเลยฝ่าฝืน ไม่เป็นความผิด เพราะสัตวแพทย์ประกาศด้วยวาจา มิใช่หนังสือ

(4) รูปแบบของการตรากฎ

ลักษณะทางกฎหมายที่สำคัญของกฎก็คือ การมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัด เฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกรณีใดกรณีหนึ่ง โดยสภาพดังกล่าวนี้ นอกจากกฎจะต้องกระทำ เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว กฎยังต้องมีการประกาศให้บุคคลทั่วไปทราบล่วงหน้าเช่นเดียวกับ กฎหมายของรัฐสภา มิเช่นนั้นก็ไม่อาจนำกฎมาใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปได้ ทั้งนี้ ตามหลักความ เป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า (fair warning) และหลักสิทธิได้รู้ของประชาชน (right to know) โดยถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปของสังคมที่ปกครองโดยกฎหมายว่าบุคคลควรมีโอกาสรู้ถึงกฎได้ โดยอิสระ กฎจึงต่างจากคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจใช้วิธีการแจ้งเป็นหนังสือให้ทราบแทนการ ประกาศ²²

²² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1 , น.148

3.3 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกฎในต่างประเทศ

3.3.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกฎในประเทศฝรั่งเศส

(1) กฎเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่ากฎที่ออกโดยฝ่ายบริหารเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย กล่าวคือ ทั้งกฎและคำสั่งทางปกครองก็เป็นรูปแบบของการกระทำทางปกครองโดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่ว่าหากสภาแห่งรัฐรับเรื่องใดไว้พิจารณาซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจควบคุมตรวจสอบของสภาแห่งรัฐแล้ว ถือได้ว่าเรื่องดังกล่าวมีฐานะเป็นนิติกรรมทางปกครอง (les actes juridiques administratifs)²³

(2) ลักษณะอำนาจตรากฎของฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ.1958 มาตรา 37 ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารออกกฎได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดว่า “เรื่องทีนอกเหนือไปจากที่ให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ (Loi) ให้ออกเป็นกฎ” ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายได้เฉพาะในเรื่องที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้น อำนาจตรากฎของฝ่ายบริหาร (Règlement) ในฝรั่งเศสจึงมีลักษณะเป็นอำนาจทั่วไปในการออกกฎหมาย (la compétence normative de droit commun) ส่วนอำนาจออกรัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ (Loi) มีลักษณะเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ จะออกกฎหมายได้เฉพาะเรื่องที่ยุทธธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น (la compétence normative d'exception) ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสจึงมีอำนาจในการออกกฎโดยไม่ต้องอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง²⁴ หรืออาจเรียกกฎประเภทนี้ว่า รัฐกฤษฎีกาอิสระ (les régléments autonomies) นอกจากอำนาจตรากฎตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ไว้แล้ว ฝ่ายบริหารอาจอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติของรัฐสภาตรากฎเพื่อขยายความรัฐบัญญัติ หรือเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ

²³ นรินทร์ อธิสาร, "การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น. 29-30.

²⁴ ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์, "การควบคุมกฎของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครองฝรั่งเศส", วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับที่ 2 ,ปีที่ 5 ,2548 ,น. 18-19.

และจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หรืออาจเรียกกฎประเภทนี้ว่า กฎที่ออกตามรัฐธรรมนูญ (les règlements d'application)²⁵

(3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎ

หากพิจารณาจากสถานะหรือลำดับชั้นทางกฎหมายแล้ว กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารก็ยังมีสถานะรองลงมาจากรัฐธรรมนูญของรัฐสภา แม้ว่าจะป็นรัฐกฤษฎีกาอิสระซึ่งฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37 ก็ตาม และเพื่อมิให้การออกรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวหลุดพ้นจากการควบคุมของฝ่ายตุลาการ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่ารัฐกฤษฎีกาอิสระจะต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน เป็นต้น ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีลำดับศักดิ์เดียวกับรัฐธรรมนูญที่ตราโดยรัฐสภาของฝ่ายนิติบัญญัติ ฉะนั้น รัฐกฤษฎีกาอิสระซึ่งมีลักษณะเป็นกฎตามมาตรา 37 จึงอยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง²⁶ และอาจถูกเพิกถอนได้หากกฎขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า กฎจึงต่างจากรัฐบัญญัติเพราะอาจถูกโต้แย้งในศาลได้ภายหลัง ขณะที่รัฐธรรมนูญจะถูกควบคุมตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) และเป็น การควบคุมก่อนการมีผลใช้บังคับ

หลักกฎหมายที่นำมาใช้พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎในฝรั่งเศส ประกอบไปด้วย²⁷

- (1) กฎต้องออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ
- (2) กฎจะมีผลใช้ยันต่อผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎต่อเมื่อได้มีการประกาศแล้ว
- (3) กฎไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ที่อยู่ในบังคับของกฎที่จะให้ใช้กฎนั้นบังคับตลอดไปเพื่อประโยชน์ของตน

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น เงื่อนไขที่ศาลปกครองฝรั่งเศสนำมาเป็นข้อพิจารณาได้แก่ เรื่องการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ของผู้ออกกฎ (l'incompétence de l'auteur de l'acte) ความบกพร่องในเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนพิธีการ (le vice de forme ou de procédure) ในการออกกฎ และการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายประการอื่น ๆ (la violation de la loi) เช่น มีมูลเหตุจูงใจที่ผิดกฎหมายอันเนื่องมาจากการลำคัญผิดในข้อเท็จจริง (erreur de

²⁵ สุเจตน์ สถาพรนานนท์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2 , น. 57.

²⁶ นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23, น. 57-58.

²⁷ ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 24, น. 27-28.

fait) หรือสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) หรือการวินิจฉัยผิดพลาด (erreur d'appréciation) และการบิดเบือนวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (le détournement de pouvoir)

การควบคุมกรอบการใช้อำนาจ (le contrôle de la compétence) ในการตรากฎของผู้ออกกฎถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญระดับต้น เพราะการกระทำโดยปราศจากอำนาจหน้าที่ถือเป็นข้อบกพร่องร้ายแรงที่ผู้ฟ้องคดีอาจหยิบยกเป็นข้อต่อสู้ได้ตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลปกครองฝรั่งเศสจะใช้มาตรการเพิกถอนกฎฉบับนั้น ๆ แต่บางกรณี ศาลอาจวินิจฉัยว่าการกระทำหรือกฎนั้น ๆ ไม่เคยมีอยู่เลย (acte inexsistant) การกระทำที่ถือว่าปราศจากอำนาจได้แก่การกระทำที่ขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจหรือการแบ่งแยกกรอบอำนาจตามลำดับชั้นบังคับบัญชา เช่น การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดออกกฎระเบียบใด ๆ ที่ตามปกติแล้วอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรี รวมถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจตรากฎเป็นกรณีเฉพาะแล้ว ก็ไม่อาจตรากฎในเรื่องที่รัฐธรรมนูญสงวนไว้ให้ต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ เป็นต้น

ส่วนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น ศาลปกครองจะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้ตรากฎขึ้นโดยสอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) หรือไม่ หลักการดังกล่าวเป็นการเรียกร้องให้การออกกฎเกณฑ์ใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และยักรวมถึงกฎที่ฝ่ายปกครองตราขึ้นด้วย หลักความชอบด้วยกฎหมายยังเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt public) เช่นเดียวกัน กฎเกณฑ์เหล่านี้รวมเรียกว่า “กรอบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย” (le bloc de légalité) ประกอบไปด้วย²⁸

- รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎเกณฑ์สูงสุด โดยรวมไปถึงเนื้อความในคำปรารภ (préambule) ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1958 ที่มีใจความสอดคล้องกับปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 สภาแห่งรัฐถือว่ามีค่าบังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐจะเพิกถอนการกระทำทางปกครองใดที่มีเนื้อความขัดกับรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจด้วย หากการกระทำทางปกครองใดเป็นไปโดยถูกต้องตามขั้นตอนพิธีการและเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว แต่ทว่ามีเนื้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ต้องถือว่าเป็นความบกพร่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตรากฎหมายให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

- สนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะสนธิสัญญาแห่งประชาคมยุโรป (les traités communautaires) ซึ่งศาลปกครองสามารถปรับใช้บทบัญญัติในสนธิสัญญา

²⁸ เพิ่งอ้าง, น. 30-36.

ได้โดยตรง ภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางปกครอง

- รัฐบัญญัติ (Loi) ที่เป็นกฎหมายแม่บทนั่นเองและยังรวมถึงรัฐกำหนด (les ordonnances) และคำวินิจฉัยที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมาย การโต้แย้งหรือการตรวจสอบฎีกาที่ออกโดยละเมิดรัฐบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดก็ตามนี้ จัดอยู่ในประเภทคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir) ซึ่งศาลปกครองจะเข้ามาตรวจสอบเฉพาะในกรณีที่เห็นว่าฎีกาที่ออกมานั้นไม่สอดคล้องกับกฎหมายแม่บทอย่างชัดเจน โดยยังคงให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารเป็นส่วนใหญ่

- หลักกฎหมายทั่วไป (les principes généraux du droit) ซึ่งไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นต้นว่า หลักเสรีภาพส่วนบุคคล หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย หลักความต่อเนื่อง และหลักความเป็นกลางในการจัดทำบริการสาธารณะ เหล่านี้ เป็นหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับเหนือกว่ากฎเสมอ สภาพแห่งรัฐจึงได้วินิจฉัยเพิกถอนรัฐกฤษฎีกาฉบับหนึ่งซึ่งมีข้อกำหนดให้ระงับการเข้าประเทศฝรั่งเศสของญาติชาวต่างชาติที่ทำงานอยู่ในประเทศฝรั่งเศส เพราะพลเมืองทุกคนไม่ว่าจะเป็นชาวฝรั่งเศสหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิใช้ชีวิตครอบครัวร่วมกันตามปกติ

- คำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาด (l'autorité de la chose jugée) ของศาลปกครองในคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครอง เป็นคำวินิจฉัยที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด (autorité absolue) ใช้บังคับได้กับบุคคลทั่วไป (erga omnes) ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจออกกฎเกณฑ์ใด ๆ ให้ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ได้

- กฎ การวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นกฎ (Règlement) บางกรณีอาจรวมอยู่ในกรอบของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นกัน ซึ่ง ลำดับชั้นของกฎในประเทศฝรั่งเศสขึ้นอยู่กับลำดับชั้นบังคับบัญชาในระหว่างผู้มีอำนาจออกกฎด้วยตนเอง ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจออกกฎให้เป็นไปตามลำดับค่าบังคับหรือลำดับชั้นบังคับบัญชาได้โดยตรง ซึ่งรวมถึงการตรากฎด้วย เช่น นายกเทศมนตรีในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพต่อกฎระเบียบของจังหวัด หรือผู้ว่าราชการจังหวัดก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กฎระเบียบที่ออกโดยรัฐมนตรี เป็นต้น

3.3.2 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกฎในประเทศเยอรมัน

(1) กฎกับนิติกรรมทางปกครอง

ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันถือว่ากฎซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารมีฐานะเป็นกฎหมาย และไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง ซึ่ง Otto Mayer ได้อธิบายถึงลักษณะสำคัญของคำสั่งทางปกครองว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจเหนือประชาชนในกรณีเฉพาะรายอันชอบด้วยกฎหมาย และในมาตรา 35 วรรคแรกของกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ.1976 ให้คำนิยามถึงคำสั่งทางปกครองไว้ซึ่งหมายถึง คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชนซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก²⁹ ดังนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงไม่ถือว่ากฎเป็นนิติกรรมทางปกครองดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส

(2) ลักษณะของอำนาจตรากฎ

รัฐธรรมนูญของเยอรมันไม่ได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับได้เป็นการทั่วไปดังเช่นรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดไว้ ฝ่ายบริหารจะตรากฎได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายของรัฐสภาหรือรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้เท่านั้น³⁰ และพื้นฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจดังกล่าวจะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ ในมาตรา 80 ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) กำหนดว่ากรณีที่จะมีการมอบอำนาจต่อโดยกฎหมายลำดับรอง จะกระทำได้ต่อเมื่อกฎหมายที่มอบอำนาจนั้นเองกำหนดไว้ให้มอบอำนาจต่อไปได้³¹

กฎถือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายของเยอรมัน ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองประเภท ได้แก่ กฎที่ตราโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (Rechtsverordnungen) ซึ่งได้แก่ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีหรือองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ๆ หรืออาจเรียกว่ากฎหมายบริหารบัญญัติ และกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระ (Satzungen) ซึ่งได้แก่ นิติบุคคลมหาชนในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองตนเอง หรืออาจเรียกว่ากฎหมายองค์กรบัญญัติ เช่น

²⁹ นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23, น.36-37.

³⁰ เพิ่งอ้าง, น. 30.

³¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน, (บริษัทโรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, กรุงเทพฯ, 2548) น. 135-136.

กฎหมายขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือกฎข้อบังคับขององค์การวิชาชีพ³² นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายเยอรมันยังยอมรับว่าคำสั่งหรือระเบียบภายในของฝ่ายปกครอง

(Verwaltungsvorschrift) ที่ออกโดยฝ่ายบริหารหรือองค์การอิสระเพื่อวางระเบียบกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองอันเป็นอำนาจที่มีอยู่ในฝ่ายบริหารซึ่งไม่มีผลกระทบโดยตรงกับเอกชนจึงไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของการมอบอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายนิติบัญญัติ³³

กฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 80 (1) ของกฎหมายพื้นฐาน กล่าวคือ ตามมาตรานี้กำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะของรัฐบาลของสหพันธ์ รัฐมนตรีของสหพันธ์และรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น ซึ่งจะต้องได้รับการมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บท โดยกฎหมายแม่บทจะต้องกำหนดถึงเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตของการตรากฎไว้อย่างชัดเจน ทั้งการตรากฎจะต้องอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นพื้นฐานในการออกกฎไว้ด้วย ฝ่ายบริหารไม่อาจตรากฎให้เป็นการฝ่าฝืนเนื้อหา วัตถุประสงค์ และขอบเขตดังกล่าวได้ ส่วนกฎที่ตราโดยองค์การอิสระ (Satzungen) นั้นไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการตรากฎตามมาตรา 80 (1) เนื่องจากองค์การอิสระไม่ใช่ส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ก็ได้นำหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยทางรัฐสภามาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐสภาเพื่อมอบอำนาจในการตรากฎให้แก่องค์การอิสระ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการแทรกแซงหรือเรื่องที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคล นอกจากนี้การตรากฎของเทศบาลยังต้องคำนึงถึงหลักการตามมาตรา 28 (2) ของกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดว่า กฎหมายลำดับรองของเทศบาลจะต้องมีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาของเทศบาล (The commune gazette)³⁴

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน", วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 5, ฉบับที่ 2, 2548, น. 1.

³³ นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23, น. 31.

³⁴ เพิ่งอ้าง, น. 32-36.

(3) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎในเยอรมัน

ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันกำหนดหลักการสำคัญเพื่อเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการตรากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารไว้คือ³⁵

1. การตรากฎจะต้องอ้างอิงถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายแม่บทของรัฐสภาที่เป็นฐานในการตรากฎไว้เสมอ ตามมาตรา 80 (1)

2. กฎที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารและมีเนื้อหาเกี่ยวกับการกำหนดกฎเกณฑ์และอัตราการให้บริการไปรษณีย์ การโทรคมนาคม การรถไฟของสหพันธ์ และการก่อสร้างหรือการดำเนินกิจการดังกล่าวที่ออกตามกฎหมายสหพันธ์จะต้องได้รับความยินยอมจากสภาสูง (Bundesrat) ของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ก่อน รวมถึงกรณีที่มีรัฐตราฎลักษณะดังกล่าวเกี่ยวกับภารกิจในฐานะตัวแทน หรือในกิจการของมลรัฐเอง

3. กฎจะต้องลงนามโดยผู้มีอำนาจในการตรากฎเพื่อแสดงให้เห็นว่าได้ตราขึ้นโดยองค์กรผู้มีอำนาจในการตรากฎ

4. กฎทุกฉบับจะต้องตีพิมพ์หรือประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา (Bundesgesetzblatt / The Federal Law Gazette หรือใน Bundeszeiger / The Federal Law Gazette) ตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ หากเป็นกฎที่รัฐบาลมลรัฐออกโดยได้รับอำนาจช่วง หรือกฎที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับทั้งระดับสหพันธ์และมลรัฐก็ต้องมีการประกาศด้วยเช่นกัน

5. กฎที่ประกาศจะต้องระบุวันเริ่มต้นมีผลใช้บังคับ แต่หากไม่มีการกำหนดไว้ก็จะเป็นไปตามมาตรา 82 (2) ของกฎหมายพื้นฐาน คือ ภายหลังจากครบ 14 วัน นับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา กฎที่มีได้มีการประกาศยอมไม่มีผลใช้บังคับจนกว่าจะได้มีการประกาศแล้ว

การร้องขอให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือกฎหมายลำดับรองนั้น จะต้องเป็นไปตามกระบวนการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGo) มาตรา 47 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองสิทธิในทางมหาชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและรวดเร็ว และช่วยให้ไม่ต้องมีคดีในลักษณะเดียวกันขึ้นสู่ศาลอีก เนื่องจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าวมีผลเป็นการทั่วไป ไม่ได้มีผลเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น แต่ทั้งนี้ จะต้องกระทำภายใน 2 ปีนับแต่วันที่มีการประกาศใช้กฎ หากพ้นกำหนดนี้แล้ว หรือหากเป็นกฎที่ยังมิได้มีการประกาศใช้ ก็ไม่อาจฟ้องขอให้ศาลปกครองแสดงความเสียหายหรือความเป็นโมฆะของกฎอีกได้ เว้นแต่ปัญหาความชอบด้วย

³⁵ เฟ็งอ้าง, น. 34

กฎหมายของกฎเป็นประเด็นข้อพิพาทในคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากศาลปกครองเห็นว่ากฎที่เป็นฐานของการทำคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท ศาลก็เพียงแต่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น แต่จะไม่ก้าวล่วงไปพิพากษาแสดงความเสียเปล่าของกฎด้วย³⁶

หลักเกณฑ์ที่ศาลปกครองเยอรมันนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือกฎหมายลำดับรองที่สำคัญคือ³⁷

1. ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของผู้ออกกฎ (Zuständigkeit) โดยหลักแล้วหน่วยงานที่ออกกฎจะต้องเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจ สำหรับกรณีขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือนิติบุคคลมหาชนอิสระอื่น ๆ โดยทั่วไปแล้วอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จะถูกกำหนดไว้ตามภารกิจขององค์กรหรือจากกฎหมายที่มอบหมายภารกิจให้แก่องค์กร หรือหากเป็นองค์การเหนือพื้นที่ (Gebietskörperschaften) ก็จะมีอำนาจตรากฎเพื่อบังคับใช้เหนือพื้นที่เท่านั้น

2. กระบวนการ ขั้นตอน (Verfahren) โดยทั่วไปแล้วนั้น กรณีที่กฎตราโดยบกพร่องในเรื่องกระบวนการ ขั้นตอน ย่อมส่งผลให้กฎฉบับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตกเป็นโมฆะ แต่ที่ผ่านมายังไม่มียกเว้นของกฎหมายที่กำหนดถึงกระบวนการตรากฎไว้ และไม่อาจนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ เพราะเป็นเรื่องกระบวนการ ขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ถ้ากฎที่จะออกนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนโดยตรง ผู้ออกกฎจำเป็นที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นของบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยตรงด้วย แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรงก็ตาม

3. พื้นฐานในทางกฎหมายที่มอบอำนาจในการตรากฎ (Ermächtigunggrundlage) กฎหมายที่ให้อำนาจตรากฎที่ก่อให้เกิดผลกระทบหรือก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนจะต้องมีพื้นฐานในทางกฎหมายอย่างเพียงพอด้วย กล่าวคือ กฎหมายแม่บทดังกล่าวจะต้องกำหนดเนื้อหาวัตถุประสงค์ และขอบเขตของกฎไว้ หรือกรณีการออกกฎขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีบทบัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น (Gemeindeordnung) ก็จะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ การออกกฎจะต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 32, น. 2-3.

³⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 31, น. 134-137.

4. กฎหรือกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่ขัดกับกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า (kein Verstoß gegen höherrangiges Recht) มิฉะนั้นกฎหรือกฎหมายลำดับรองฉบับนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยพิจารณาจากลำดับชั้นหรือสถานะถือเป็นหลักการของหลักนิติรัฐที่สำคัญอย่างหนึ่ง และเป็นไปตามหลักความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมาย ซึ่งศาลตรวจสอบจากบทบัญญัติของกฎหมายของสหพันธ์ กฎหมายของมลรัฐทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ รวมไปถึงรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับกรณีที่ถูกฉบับหนึ่งขัดแย้งกับกฎฉบับหนึ่งซึ่งต่างก็เป็นกฎหมายลำดับรอง อาจอาศัยหลักการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทั่วไปมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวคือ

- กฎที่ขัดแย้งกันนั้น หากฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นกฎที่ออกโดยองค์กรในลำดับสูงกว่า กฎฉบับนั้นย่อมอยู่ในลำดับสูงกว่าตามไปด้วย อย่างไรก็ตามกฎที่เกี่ยวกับการวางผังก่อสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขัดกับกฎที่ออกตามกฎหมายคุ้มครองภูมิประเทศที่ออกโดยรัฐส่วนกลาง ถือว่ากฎที่ออกโดยรัฐส่วนกลางไปแทรกแซงหลักการปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น จึงไม่นำกฎของรัฐส่วนกลางมาใช้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- กรณีที่กฎในลำดับชั้นเดียวกันขัดแย้งกัน ให้ถือหลักกฎที่ออกภายหลัง (der lex posterior Grundsatz) ยกเลิกกฎที่ออกก่อน

- กรณีที่กฎขัดแย้งกับระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) โดยหลักแล้วไม่ถือว่ากฎฉบับนั้นเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจแสดงเป็นนัยว่าอาจขัดกับหลักความเสมอภาคได้

3.4 กฎในประเทศไทย

สำหรับการศึกษาถึงประเภท ขอบเขต ค่าบังคับ และกระบวนการตรากฎ ตลอดจนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏอยู่เดิมนั้น เป็นการศึกษาในทางตำราและอนุมานจากตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องแล้วสรุปอธิบายถึงความมีอยู่ของประเภทและลักษณะต่าง ๆ ของกฎ³⁸ แต่ปัจจุบัน นอกจากคำอธิบายเหล่านั้นแล้ว ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับการตรากฎในประเทศไทย ซึ่งสมควรนำมาศึกษาอันได้แก่

³⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 11, น.101

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มีบทบัญญัติที่สำคัญบางมาตรา กล่าวถึงกฎไว้ ได้แก่

- ในหมวด 1 ว่าด้วยบททั่วไป ตามมาตรา 6 บัญญัติรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายรวมถึงกฎ และข้อบังคับใดก็ตามหากมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้

- ในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย ตามมาตรา 29 โดยในวรรคแรก บัญญัติให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและเท่าที่จำเป็น ทั้งจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ ส่วนในวรรคสองกำหนดให้กฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง หรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง กับต้องระบุบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมาย ซึ่งในวรรคท้ายของมาตรานี้ ให้นำหลักการตามวรรคแรกและวรรคสองมาใช้กับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย

- ในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภา ส่วนที่ 7 ว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา มาตรา 198 บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามมาตรา 197 (1) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองแล้วแต่กรณี

(2) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติสำคัญที่กล่าวถึงการตรากฎไว้ ได้แก่

- ตามมาตรา 3 บัญญัติถึงคำนิยามของกฎไว้ว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นข้อความทำนองเดียวกับในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

- ตามมาตรา 9 (1) กล่าวถึงเขตอำนาจศาลปกครองเหนือคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

- ตามมาตรา 11 (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

- ตามมาตรา 72 กำหนดให้การพิพากษาคดีปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่า บังคับอย่างหนึ่งอย่างใด โดยใน (1) เป็นการสั่งให้เพิกถอนกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ ในวรรคสองกำหนดผลของกฎที่ศาลปกครองมีพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผล แห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอน กฎนั้น

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง ฯ ดังกล่าวข้างต้น สะท้อนให้เห็นถึงข้อความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการตรากฎใน ประเทศไทยได้ดังนี้

3.4.1 กฎไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด

ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ ดังกล่าวเป็นอันใช้บังคับมิได้ ดังนั้น การตรากฎนอกจากไม่อาจขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแม่บทซึ่งเป็น แหล่งที่มาแล้ว การตรากฎก็ไม่อาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐได้ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดผลของกฎที่ตราโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญให้เป็นอัน "ใช้บังคับมิได้" โดยมีได้ใช้คำว่า "โมฆะ" โดยตรงนี้ แตกต่างจากใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 มาตรา 61 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 ซึ่งบัญญัติให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตก เป็นโมฆะโดยตรง อย่างไรก็ตาม ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย เคยอธิบายข้อความในมาตรา 174 และ มาตรา 175 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 ซึ่งบัญญัติรับรองหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยใช้ข้อความทำนองเดียวกับบทบัญญัติมาตรา 6 ของ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันว่า กฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเสียเปล่านับแต่ วันที่กฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับทันที โดยถือเท่ากับว่ามีผลเป็นโมฆะหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น ขณะที่ในมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.

2542 ซึ่งให้อำนาจศาลปกครองมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎที่ตราโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้นได้ และมีอำนาจกำหนดให้ผลของการเพิกถอนกฎย้อนหลังไปถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือในวันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือในอนาคตก็ได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองมีคำสั่งให้เพิกถอนกฎแล้วก็ตาม แต่กฎจะยังไม่ถูกเพิกถอนจนกว่าคำพิพากษาในเรื่องนั้นถึงที่สุดและมีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา³⁹ บทบัญญัติตามมาตรา 72 ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายของไทยมีลักษณะทำนองเดียวกับข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในฝรั่งเศสที่ถือว่ากฎหมายเป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่ง การที่กฎตราโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงอาจถูกศาลเพิกถอนได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองและหลักการคุ้มครองความคาดหวังอันชอบธรรมต่อนิติกรรมทางปกครองนั้นด้วย การเพิกถอนเป็นการทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเสียไปโดยเด็ดขาด และมีผลเป็นการทั่วไปต่อบุคคลทุกคน ทั้งยังมีผลย้อนหลังในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ถือว่าไม่เคยมีการกระทำทางปกครองนั้น ๆ อยู่เลย ส่วนการยกเลิกนิติกรรมทางปกครองมีผลไปในอนาคตนับแต่วันที่ยกเลิก แตกต่างจากข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในประเทศเยอรมันซึ่งถือว่ากฎหมายการที่กฎตราโดยมิชอบด้วยกฎหมายจึงเท่ากับกฎดังกล่าวมีผลเสียเปล่าหรือเป็นโมฆะมาตั้งแต่ต้น

ในทางทฤษฎีแล้ว ผลของการที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งออกได้เป็น 2 หลักคือ⁴⁰

(1) หลักความเป็นโมฆะ (Nichitigkeit) ถือว่า กฎหมายที่เป็นโมฆะย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น กล่าวคือ ไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมายฉบับที่เป็นโมฆะนั้นเลย ประเทศที่ใช้บังคับหลักนี้ได้แก่ เยอรมัน สเปน เบลเยียม

(2) หลักความลบล้างได้ (Vernichtbarkeit) ถือว่า กฎหมายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจกำหนดให้มีผลย้อนหลัง (extunc) หรือมีผลนับแต่ปัจจุบัน (exnunc) หรือมีผลในอนาคต (profuturo) ประเทศที่ใช้หลักนี้ได้แก่ ออสเตรีย อิตาลี

เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมิได้บัญญัติให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะไว้โดยตรง

³⁹ นรินทร์ อิศรสาร, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 23*, น. 148-149

⁴⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "รายงานการวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ", (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544) น. 256 - 259.

นอกจากนี้ ในมาตรา 264 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติถึงผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีไว้แต่เพียงว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ซึ่งไม่ได้แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะ กรณีจึงยังเป็นปัญหาว่า หากกฎหมายหรือข้อบังคับมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามนัยมาตรา 6 แล้ว จะส่งผลทางกฎหมายเพียงใด เพราะระบบกฎหมายไทยยังไม่มี การสถาปนาระบบความเป็นโมฆะหรือการเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้นของกฎหมายหรือข้อบังคับที่มีความไม่สมบูรณ์ไว้อย่างชัดเจน⁴¹

หากพิจารณาจากมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ๔ จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดผลทางกฎหมายของกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ตั้งแต่ปัจจุบัน หรือในอนาคตก็ได้ ซึ่งเป็นการกำหนดหลักการไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ศาลปกครองกำหนดผลทางกฎหมายของกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้เหมาะสมกับระดับความรุนแรงของความไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ละกรณี ๆ ไป ข้อที่น่าพิจารณาคือหากความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นเพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้กฎเป็นอันใช้บังคับมิได้แล้ว ศาลปกครองจะใช้อำนาจกำหนดคำบังคับตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 72 ได้เพียงใด กล่าวคือ หากศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนกฎโดยมีผลในอนาคตนับแต่ขณะใดขณะหนึ่งย่อมทำให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายตามมาว่าในช่วงระยะเวลาที่กฎยังไม่ถูกเพิกถอนตามคำพิพากษาของศาลแล้ว กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้⁴² ปัญหานี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไปในบทที่ 5

3.4.2 ลักษณะและประเภทของกฎ

จากบทบัญญัติมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ๔ และตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ๔ เป็นบทบัญญัติที่กล่าวถึงลักษณะและประเภทของกฎไว้ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างกฎ

⁴¹ ธีระ สุธีวรานุกร, "ปัญหาเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในภายหลังว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ." วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่ม 3, 2542, น. 86.

⁴² นรินทร์ อธิสาร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 6, น. 154.

กับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ “กฎ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความข้อ ๗ ในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เป็นข้อความที่กำหนดบังคับให้บุคคลโดยทั่วไปไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ให้กระทำการ ห้ามมิให้กระทำทางหรืออนุญาตให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีทั่วไป ไม่ใช่กรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ⁴³ โดยคำนิยามในตอนแรกเป็นการกล่าวถึงชื่อเรียกของกฎแต่ละประเภท ซึ่งเป็นกรณีที่มีกฎหมายแม่บทกำหนดให้ตรากฎในรูปดังกล่าวโดยเฉพาะ ส่วนคำนิยามต่อมาเป็นลักษณะที่แท้จริงของกฎ กล่าวคือ กฎแต่ละประเภทดังคำนิยามตอนแรกนั้นจะต้องเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ กฎยังหมายความรวมถึงบทบัญญัติใด ๆ ก็ตาม แม้จะมีชื่อเรียกเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าวแล้ว หากเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะก็ถือว่าเป็นกฎเช่นเดียวกัน เช่น ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544 วินิจฉัยว่า หนังสือกระทรวงการคลังซึ่งแจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านข้าราชการ ตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ.2541 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชกฤษฎีกา ฯ (ฉบับที่) มีลักษณะเป็นกฎที่มีได้ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการ ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนจากหนังสือเวียนซึ่งมีลักษณะเห็นกฎดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก่อน

3.4.3 การตรวจกฎอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันถือเป็นหัวใจสำคัญของการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ กล่าวคือ โดยหลักแล้วรัฐไม่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ รัฐจะจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ภายใต้เงื่อนไขที่สำคัญคือ

⁴³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ่างแล้วในเชิงอรรถที่ 5, น. 170.

ประการแรก มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งจะต้องเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพไม่ได้ ซึ่ง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามความในมาตรา 29 วรรคแรกนี้ได้แก่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นในรูปของพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องบัญญัติขึ้นภายใต้หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการที่เรียกร้องให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปอย่างพอเหมาะพอประมาณ และจะกระทบกระเทือน “แก่น” (core) ของสิทธิเสรีภาพแต่ละชนิดไม่ได้

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐสภาที่จำกัดสิทธิเสรีภาพตามความในวรรคแรกจะต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 29 วรรคสอง

ในมาตรา 29 วรรคสามกำหนดให้นำหลักการในวรรคแรกและวรรคสองดังกล่าวข้างต้นมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย โดยอนุโลม แต่ตามที่ได้ศึกษาไปแล้วว่ากฎ ข้อบังคับมีสถานะเป็นเพียงการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งเท่านั้น การตรากฎเพื่อจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้จะกระทำได้หรือไม่ เพียงใด ในเรื่องนี้จึงต้องตีความบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสาม ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า

(1) เนื่องจากกฎมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะอันเป็นลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งนักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่ากฎหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความ⁴⁴ หมายถึง กฎหมายซึ่งบทบัญญัติมีลักษณะเป็นข้อบังคับของรัฐ ซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์ไว้ หากฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ⁴⁵ นอกจากนี้ หากพิจารณาในแง่ของขั้นตอนหรือวิธีการบัญญัติแล้ว อาจกล่าวได้ว่า กฎเป็นสิ่งที่ถูกตราขึ้นตามขั้นตอนหรือแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจกำหนดไว้ ในลักษณะเดียวกับ

⁴⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 12*, น. 58.

⁴⁵ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (สำนักพิมพ์ประกายพริ้ง, กรุงเทพฯ, 2548) น. 67.

การตรากฎหมายของรัฐสภา ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมายตามแบบพิธีอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับกฎหมายของรัฐสภา ดังที่ท่าน ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายไว้⁴⁶ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้นำหลักการในมาตรา 29 วรรคแรกและวรรคสองมาใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยเช่นกัน

(2) แม้กฎหมายมีลักษณะเป็นกฎหมายดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กฎหมายก็มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองซึ่งฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐสภาที่มีค่าบังคับสูงกว่า แตกต่างจากการตรากฎหมายของรัฐสภาซึ่งเป็นกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่บุคคลในรัฐ การตรากฎหมายของรัฐสภาดังกล่าวจึงอาจกระทำได้กว้างขวางเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรืออาจเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายโดยแท้ ขณะที่การตรากฎยังต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่าอำนาจในการตราฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นเพียงอำนาจทางบริหารเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายลักษณะหนึ่งนั่นเอง การนำหลักการของมาตรา 29 วรรคแรกและวรรคสองมาใช้ในการตรากฎหรือข้อบังคับจึงเป็นเพียงการใช้บังคับโดยอนุโลมเท่านั้น กล่าวคือ ลำพังแต่เพียงสภาพของกฎย่อมไม่อาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ได้ เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องกระทำโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งหมายถึงกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาเท่านั้น การนำมาใช้บังคับโดยอนุโลมจึงน่าจะหมายถึงกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจตราฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้จะต้องอยู่ภายใต้หลักความได้สัดส่วนและหลักการคุ้มครองสารัตถะสำคัญของสิทธิเสรีภาพเท่านั้น

3.4.4 ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ

ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญกำหนดเป็นหลักการไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของข้าราชการหรือพนักงานของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ กรณีที่กฎหรือข้อบังคับที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้อยู่ในเขตอำนาจศาลใดระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง เพราะ

⁴⁶ เฟิงฮ้าง, น. 75.

มาตรา 198 บัญญัติไว้แต่เพียงกรอบกว้าง ๆ เท่านั้น แต่เท่าที่ผ่านมาปรากฏว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้เคยส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เช่น ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาส่งปัญหาเรื่องระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เป็นต้น

หลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตามมาตรา 198 นั้น หากอาศัยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายเป็นข้อพิจารณา โดยถือว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาในกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของศาลได้ กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎ ข้อบังคับ มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ขัดกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจพิจารณาในประเด็นดังกล่าวได้ ในทางกลับกัน หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎ หรือข้อบังคับ มิได้มีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ แต่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองก็ไม่อาจพิจารณาต่อไปได้เช่นกัน ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว การที่ศาลใดศาลหนึ่งจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ข้อบังคับนั้น ศาลนั้น ๆ ย่อมมีอำนาจนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงกว่ามาตรวจสอบได้เสมอ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจก็ตาม⁴⁷

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 และมาตรา 264 แล้ว จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กฤษฎีกาเป็นหลัก นอกจากนี้แล้วไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติของมาตราใด หรือกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองโดยตรง และโดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปดังเช่นอำนาจพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมตามมาตรา 271 แต่มีเขตอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ขณะที่ในมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาททางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน โดยในตอนท้ายของมาตรา 276 บัญญัติว่า “....ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งได้แก่

⁴⁷ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 40, น.136-137.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจาก
 นิยามของกฎในมาตรา 3 ประกอบกับอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองตามมาตรา 9 ด้วยกัน
 แล้ว ก็อาจกล่าวได้ว่าระบบศาลตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มี
 อำนาจพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยฝ่ายปกครองเป็นหลัก
 ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยอาศัย
 รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎได้โดยตรง⁴⁸

การตีความบทบัญญัติมาตรา 198 จึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตาม
 รัฐธรรมนูญที่สร้างระบบศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาควบคู่กัน เมื่อตีความบทบัญญัติ
 รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญ
 เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่
 รัฐสภาตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ (มาตรา 3)
 เป็นหลัก ส่วนศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากการใช้
 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ หน่วยงานรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น
 หลัก การพิจารณาว่าศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบ
 ด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎ ข้อบังคับ จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์ทางด้านสถานะของ
 องค์การที่ตราบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นข้อพิจารณา เมื่อกฎหรือข้อบังคับเป็นกฎเกณฑ์ทาง
 กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารหรือองค์กรอื่น ๆ ที่มีใช้รัฐสภา จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง มิใช่
 ศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่า มาตรา 198 จะไม่ได้บัญญัติแยกแยะไว้โดยตรงว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของ
 รัฐสภาจะต้องส่งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ
 หรือศาลปกครองตรวจสอบก็ตาม

⁴⁸ เพิ่งอ้าง, น.138-139.