

ปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

นางสาวศรินรัตน์ เจริญกิตติเดชา



การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2557

**Problems on Issuance of other Expenditure Regulations Of
Local Government Organizations**

Miss Salinratra Jareankitdacha



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for

the Degree of Master of Laws in Public Law

School of Law


Sukhothai Thammathirat Open University


2014


หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
ชื่อและนามสกุล นางสาวศรินรัตน์ เจริญกิตต์เดชา
วิชาเอก กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริพันธ์ พลรบ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2558

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ศิริพันธ์ พลรบ)


..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ภานินี กิจพ่อคำ)


.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเจนงาม)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา ค้นคว้าอิสระ ปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
ผู้ศึกษา นางสาวศรินรัตน์ เจริญกิตต์เดชา รหัสนักศึกษา 2564001929
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ
ปีการศึกษา 2557

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครองและกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 2) เพื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด และหลักการ เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง และการออกกฎ โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่น 3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์การออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 4) เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่น

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพด้วยการวิจัยเอกสาร โดยศึกษาวิเคราะห์จากวิทยานิพนธ์ หนังสือ วารสาร บทความ งานวิจัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งข้อมูลอื่น ๆ ทางอิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง

ผลการศึกษาพบว่า การออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งกฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นก็คือกฎหมายลำดับรองอย่างหนึ่ง ในปัจจุบันจะเห็นว่ามี การออกกฎเพื่อใช้เกี่ยวกับการปฏิบัติงานจำนวนมาก และการออกกฎจำนวนมากไม่น้อยที่แสดงถึงการใช้อำนาจที่อาจเกินกว่าขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้จากการศึกษาจึงสามารถสรุปปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ดังนี้ คือ ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ เช่น การใช้อำนาจเกินกฎหมายแม่บท เป็นต้น ปัญหาการย้อนหลังของกฎ และปัญหาการตรวจสอบการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

คำสำคัญ กฎหมายลำดับรอง การออกกฎ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

Independent Study title: Problems on Issuance of other Expenditure Regulations
Of Local Government Organizations

Author: Miss Salinratra Jareankitdacha; **ID:** 25649001929;

Degree: Master of Laws ; **Independent Study advisor:** Siripan Pholrop, Associate Professor; **Academic year:** 2014

Abstract

This independent study entitled problems on issuance of other expenditure regulations of local government organizations aims: 1) to study the theory of decentralization; 2) to study the concept and principles of secondary legislation about other expenditures; 3) study and analyze issuance regulations of local government organizations; and 4) to suggest appropriate devices on issuance regulations of other expenditures.

This independent study is a qualitative research by studying documentary research and analyzing theses, books, journals, articles, researches, provisions of involved laws, decisions and judgements including other data from websites on the Internet relevant to the problems.

The results of the study showed that issuance of other expenditure regulations of local government organizations, the law established by a local administration, which is secondary legislation. Nowadays, there are many laws issued by local government organizations using more power than that stated in laws. According to the study, problems on issuance of other expenditure regulations of the local government, problems retroactive regulations and problems monitored regulations of local government organizations were concluded.

Keywords: Secondary legislation, issued regulations, local government organizations

กิตติกรรมประกาศ

การประกอบงานชิ้นนี้จนสำเร็จลุล่วงย่อมนำมาซึ่งความปิติยินดีในงานนี้ การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จึงเป็นงานที่นำความรู้สึกเช่นนั้นให้แก่ผู้เขียน แต่ความสำเร็จในงานนี้จะเกิดขึ้นมิได้หากมิได้รับความอนุเคราะห์อย่างดียิ่งจากบุคคลผู้มีพระคุณหลายท่าน ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์สิริพันธ์ พลรบ อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ภาณินี กิจพ่อคำ กรรมการร่วม มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้แก่ผู้เขียน รวมทั้งกรุณาให้คำปรึกษาชี้แนะและติดตามการทำการศึกษาค้นคว้าอิสระอย่างใกล้ชิดเสมอมา นับตั้งแต่เริ่มต้นจนสำเร็จเสร็จสมบูรณ์ ซึ่งผู้เขียนขอระลึกถึงความกรุณาเช่นนี้ไว้ตลอดไป

ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ ผู้เขียนขอมอบให้ผู้สนใจในการศึกษาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกท่าน

ศรินรัตน์ เจริญกิตต์เดชา

กันยายน 2558



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์การศึกษา	4
3. ขอบเขตของการศึกษา	5
4. วิธีดำเนินการศึกษา	5
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 การออกกฎหมายลำดับรองและการออกกฎ	6
1. การออกกฎหมายลำดับรอง	7
1.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรอง	7
1.2 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง	22
2. การออกกฎ	50
2.1 นิติกรรมทางปกครองและกฎ	50
2.2 หลักประโยชน์สาธารณะ	72
2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วน	78
บทที่ 3 การออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	88
1. หลักการกระจายอำนาจทางปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	90
1.1 การกระจายอำนาจทางปกครองในประเทศไทย	90
1.2 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย	96
2. การออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	106
2.1 การอำนาจออกกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	106
2.2 กรณีศึกษาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	113
2.3 การเปรียบเทียบการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นของหน่วยงานอื่น	117
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	120
1. ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	121

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.1 อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎ	122
1.2 ความเหมาะสมของเนื้อหาของกฎ	125
2. ปัญหาการย้อนหลังของกฎ	128
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	131
1. บทสรุป	131
2. ข้อเสนอแนะ	131
บรรณานุกรม	136
ประวัติผู้ศึกษา	139



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การตรากฎหมายถือเป็นอำนาจหน้าที่หลักของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติไว้ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่สมาชิกประกอบด้วยผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่เนื่องจากรัฐมีภารกิจเพิ่มมากขึ้นส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรากฎหมายให้ครอบคลุมในทุกเรื่องอย่างละเอียดได้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีความจำเป็นต้องมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองขึ้นใช้บังคับได้ เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในส่วนที่เป็นรายละเอียดในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีผลใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์

ในการออกกฎหมายลำดับรองย่อมมีผลกระทบต่อบุคคลผู้อยู่ในขอบเขตการบังคับของกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองได้มีการตรวจสอบในฐานะที่กฎหมายลำดับรองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งที่เรียกว่า “กฎ”

กฎ เป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งของนิติกรรมทางปกครอง¹ โดยการใช้อำนาจตามกฎหมายฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครองในรูปของ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นไปตามนิยามความหมายในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539

¹ นิติกรรมทางปกครอง คือ การอันองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือองค์กรเอกชนที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมือนกับพระราชบัญญัติทำลงแทนหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหน่วยงานอื่นของรัฐและในนามของหน่วยงานดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียว เพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือบุคคลคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารหรือหน่วยงานอื่นของรัฐกับบุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้น โดยที่บุคคลนั้นหรือบุคคลคณะนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม. อ้างใน วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. การกระทำทางปกครอง. อาจารย์ชูธรรมบพทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์อรรถ จันทสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2545. หน้า 147.

โดยที่ปัจจุบันรัฐได้มีการกระจายอำนาจทางปกครองสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อดำเนินงานภายในเขตพื้นที่ ซึ่งปัจจุบันพบว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นต่าง ๆ ทั้งที่เป็นหลักเกณฑ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเองหรือโดยหลักเกณฑ์ของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งบางเรื่องอาจขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่น

1. ประเด็นเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่น (โบนัสน) โดยเป็นการเบิกจ่ายตามประกาศของคณะกรรมการกลางข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ก.จ.) คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) และคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล (ก. อบต.) เรื่อง กำหนดเงื่อนไขและวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ ลงวันที่ 21 มีนาคม 2549 และคณะกรรมการข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น (ระดับจังหวัด) ได้ออกประกาศ ก.จ.จ. ก.ท.จ. และ ก. อบต. จังหวัด เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษสำหรับข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่น โดยคณะกรรมการฯ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กระทรวงมหาดไทยได้หารือเรื่องดังกล่าวเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงิน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย สรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทกำหนดรายได้และรายจ่ายไว้อย่างชัดเจนเพื่อให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้และรายจ่ายภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด คือ มาตรา 73 และ มาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2496 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505 และมาตรา 82 และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและ องค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ดังนั้นการจ่ายเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องอยู่ภายในกรอบของรายจ่ายที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ จะกำหนดให้มีรายจ่ายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หากรายจ่ายใดอยู่นอกเหนือที่ระบุไว้ และกระทรวงมหาดไทยเห็นสมควรให้จ่าย กฎหมายจัดตั้งก็ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายได้²

² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 165/2556 เรื่อง การจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ

จากประเด็นดังกล่าวกระทรวงมหาดไทยได้พิจารณาออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการกำหนดเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่นให้เป็นรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง และมาตรา 74 (9) แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540³ มาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505 และมาตรา 77 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496⁴ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง และมาตรา 85 (10) แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537⁵ โดยกำหนดให้ระเบียบนี้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และในข้อ 7 กำหนดว่ากรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดได้เบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีไปแล้วตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ประกาศคณะกรรมการกลางประกาศคณะกรรมการจังหวัดหรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย และหนังสือสั่งการที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณีก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับให้ถือว่าเป็นรายจ่ายที่จ่ายได้ตามระเบียบนี้

จะเห็นว่ากระทรวงมหาดไทยได้ใช้อำนาจตามกฎหมายออกกฎหมายลำดับรองคือระเบียบ ซึ่งมีสภาพเป็นกฎตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเป็นการขยายความที่เกินกว่ากฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท

³ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

มาตรา 6 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงประกาศและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 74 องค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจมีรายจ่าย

...(9) รายจ่ายอื่นใดตามที่มิใช่ข้อผูกพัน หรือตามที่มิใช่กฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้...

⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505

มาตรา 67 เทศบาลอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้ (9) รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพันหรือตามที่มิใช่กฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

⁵ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 85 องค์การบริหารส่วนตำบลอาจมีรายจ่าย (10) รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพัน หรือตามที่มิใช่กฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

นอกจากนี้ยังมีเรื่องของการเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย⁶ และการเบิกจ่ายทุนการศึกษา⁷ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน โดยกระทรวงมหาดไทยได้มีการออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าบำรุงสมาคม พ.ศ. 2555 เพื่อใช้บังคับเกี่ยวกับการเบิกจ่ายรายจ่ายอื่นเป็นค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย แต่ในเรื่องการเบิกจ่ายเงินทุนศึกษานั้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มี การออกระเบียบแต่อย่างใด

เนื่องจากปัจจุบันการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและ กระทรวงมหาดไทยมีบทบาทอย่างมากในการดำเนินงาน จึงควรทำการศึกษาเกี่ยวกับออกกฎของ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การมอบอำนาจออกกฎให้ฝ่ายปกครองในการออกกฎ ซึ่งมีลักษณะ เป็นกฎหมายลำดับรองให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ทั้งป้องกันมิให้มีการใช้ดุลพินิจในการตรา กฎหมายย้อนหลังโดยมิได้ชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะได้รับกับประโยชน์มหาชน

2. วัตถุประสงค์การศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครองและกฎหมายใน การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.2 เพื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด และหลักการ เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง และการออก กฎ โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่น

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์การออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.4 เพื่อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่น

⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 458/2553 เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็น เงินบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

⁷ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 1401/2556 เรื่อง การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษา ให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

3. ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งศึกษาแนวคิด หลักการของการออกกฎหมายลำดับรอง และการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ คือ ประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส เพื่อนำเสนอแนวทางแก้ไข ปัญหาเกี่ยวกับการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย

4. ระเบียบวิธีวิจัยที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ โดยวิธีการวิจัยเอกสาร ซึ่งจะค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากวิทยานิพนธ์ หนังสือ วารสาร บทความ และบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยขององค์กรต่าง ๆ เช่น ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม หรือ คณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ได้ทราบถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครองและกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5.2 ได้ทราบถึงแนวคิด และหลักการ เกี่ยวกับกฎหมายลำดับรอง และการออกกฎ โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่น

5.3 ได้ทราบถึงการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

5.4 ได้แนวทางที่เหมาะสมในการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะกรณีการกำหนดรายจ่ายอื่นป้องกันมิให้มีการใช้ดุลพินิจออกกฎอันทำให้รัฐเสียหาย และจัดทำเป็นข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อไป

บทที่ 2

การออกกฎหมายลำดับรองและการออกกฎ

เมื่อกล่าวถึง “กฎ” ในทางกฎหมายปกครองนั้น ได้มีการบัญญัตินิยามความหมายไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 5 ได้ให้ความหมาย “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ในการตรากฎหมายนั้นมีทั้งกฎหมายแม่บทก็คือพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง หรือกฎหมายลูก ซึ่งแบ่งได้ดังนี้คือ ประกาศพระบรมราชโองการ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด และประกาศกระทรวง เมื่อพิจารณาแล้วนิยามความหมายของคำว่า “กฎ” ในทางกฎหมายปกครองแล้ว “กฎ” นั้นก็คือกฎหมายลำดับรองนั่นเอง ซึ่งกฎหมายลำดับรองเกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้บุคคลอื่นทำการออกกฎข้อบังคับที่เป็นอำนาจของตนแทนตน และกฎข้อบังคับนั้นมีผลบังคับเสมือนหนึ่งว่าได้ออกโดยผู้มอบอำนาจ

ในทางกฎหมายปกครอง “กฎ” ก็คือส่วนหนึ่งของ “นิติกรรมทางปกครอง” ในการออก “กฎ” ขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึงก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองของประเทศซึ่งยึดมั่นในหลักนิติรัฐ หลักการนี้มีความหมายอยู่ว่า “องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการเช่นว่านี้ไปภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด” แต่ในบางครั้งการออก “กฎ” ขององค์กรฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการกระทำที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน แต่โดยหลักแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจำต้องใช้อำนาจออกกฎนั้น เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชน (public interest) เท่านั้น โดยนัยนี้ “ประโยชน์มหาชน” อันเป็นความมุ่งหมายของกฎหมายจึงเป็นเงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่จะเป็นตัวชี้ให้เห็นได้ว่า กฎที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมานั้น เป็นกฎที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์

ดังนั้นจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับการออก “กฎ” ทั้งในความหมายทางด้านกฎหมายปกครอง และในลักษณะของกฎหมายลำดับรอง ศึกษาการออก “กฎ” ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

รวมทั้งการออก “กฎ” เพื่อใช้บังคับย้อนหลังว่าสามารถกระทำได้หรือไม่เพียงใด เพื่อนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปัญหาจากการออกกฎอันกระทบต่อประโยชน์มหาชน

1. การออกกฎหมายลำดับรอง

1.1 หลักทั่วไปเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่นเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยการออกกฎหมายลำดับรองต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น และบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้ หากเรื่องใดกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้บัญญัติไว้แจ้งชัดให้ออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดในเรื่องใด ฝ่ายบริหารจะออกกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดในเรื่องนั้นมีได้

1.1.1 ความหมายของกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองคือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้บุคคลอื่นทำการออกกฎข้อบังคับที่เป็นอำนาจของตนแทนตน และกฎข้อบังคับนั้นมีผลบังคับเสมือนหนึ่งว่าได้ออกโดยผู้มอบอำนาจ กฎข้อบังคับที่ผู้รับมอบอำนาจตราขึ้นนี้ ในทางวิชาการมีคำที่ใช้เรียกอยู่หลายชื่อ เช่น “delegated legislation” เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาเพื่อให้ไปออกกฎหมายต่อไป หรือ “subsidiary legislation” เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีลำดับอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติซึ่งออกโดยรัฐสภา หรือ “subordinate legislation” เนื่องจากเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจอยู่ภายใต้รัฐสภา หรือในบางครั้งเรียกว่า “Legislative without Legislatures” คือกฎหมายที่ไม่ได้จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

แต่เดิมแนวคิดเรื่องการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในต่างประเทศว่ากระทำได้หรือไม่ และในขอบเขตเพียงใด เพราะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในประเทศอังกฤษถือว่ารัฐสภาเป็นที่มาของอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็เห็นว่ารัฐสภาอาจมอบอำนาจในการออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีได้ ผลของการมอบอำนาจทำให้เกิดกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจ (Delegated legislation) หรือกฎหมายลำดับ

รอง (subordinate legislation) แต่อำนาจที่ได้มานี้ไม่ได้มีโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่เป็นเพียงอำนาจรอง เพราะถูกจำกัดตามพระราชบัญญัติที่มอบให้⁸

สำหรับประเทศอื่น เช่น สหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส แต่เดิมก็ได้มีการนำหลักผู้รับมอบอำนาจไม่อาจมอบอำนาจต่อได้ (delegate potestas non potest delegari) อันเป็นหลักทางกฎหมายเอกชนมาเป็นข้ออ้างอิงไม่ให้มอบอำนาจ โดยมีความเห็นกันว่าองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจโอนอำนาจนิติบัญญัติให้แก่ผู้อื่นได้ เพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบจากประชาชน แต่ต่อมาความจำเป็นและประสบการณ์ในการบังคับใช้กฎหมายทำให้มีการยอมรับว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจมอบอำนาจของตนให้ผู้อื่นเพิ่มเติมรายละเอียดเพื่อประโยชน์ในการบังคับใช้กฎหมายได้ (fill up in details) หรืออีกนัยหนึ่งคือ การมอบอำนาจจะมีขึ้นก็เพียงเพื่อการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งหลาย จะเห็นได้ว่า การออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองจึงมีแนวความคิดมาจากการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย และปัจจุบันก็ปรากฏว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารนี้เมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนมากมายิ่งกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียอีก

ตำราบางเล่มอธิบายว่า อาจเปรียบเทียบว่ากฎหมายแม่บทได้สร้างเค้าโครงหรือโครงกระดูก (Skeleton of an Act) ขึ้นมา แล้วกฎหมายลำดับรองก็สร้างเนื้อหนัง (flesh and blood) ของกฎหมายให้เป็นตัวตนขึ้น⁹

โดยสรุปแล้ว ได้ยอมรับกันมาโดยตลอดว่าการมอบอำนาจในการออกกฎหมายไปให้ฝ่ายบริหารนี้กระทำได้ และไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบไปโดยเด็ดขาด ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถที่จะกำหนดนโยบายของกฎหมายและหลักการการใช้อำนาจและทิศทางการใช้อำนาจได้ รวมทั้งสามารถควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้ ซึ่งถ้าได้ศึกษาต่อไปแล้วจะเห็นว่ารัฐสภาของบางประเทศได้คิดค้นวิธีการที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจไม่ว่าจะต้องมาขออนุญาตจากสภาก่อนหรือถูกตรวจสอบภายหลังก็ตาม

ในประเทศไทย ถ้าพิจารณาจากวิวัฒนาการที่มีการมอบอำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ให้แก่เสนาบดีตั้งแต่สมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ก็เป็นที่ยอมรับมาตลอดว่าการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายสามารถกระทำได้

⁸ David Foulkes, Administrative Law, 5th ed., London: Butterworth's, pp. 58-58. อ้างใน ธรรมนิติฯ สุมนันดรกุล. การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง. หน้า 2.

⁹ VCRAC, Legislative Drafting, London: Cavendish Publishing Ltd., 1998 ed., p. 214 อ้างใน ธรรมนิติฯ สุมนันดรกุล. การจัดทำกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครอง. หน้า 2.

1.1.2 เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายลำดับรอง

ในประเทศอังกฤษมีประเด็นถกเถียงกันมากถึงขอบเขตของการมอบอำนาจการออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหาร ในรายงานของคณะกรรมการ Committee on Ministers' Powers (1932) Cmnd 4060 ได้สรุปว่าเป็นความจำเป็นและให้เหตุผลความจำเป็นในการให้อำนาจนี้ไว้ดังนี้

1) เหตุผลในด้านเวลา (Pressure on parliament time) ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่มีแต่เฉพาะการตรากฎหมาย คงเป็นไปได้ที่ในการตรากฎหมายนั้นฝ่ายรัฐสภาจะกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ของกฎหมายไว้ได้ทั้งหมด การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงเป็นเพียงการกำหนดกรอบของสิทธิหน้าที่ของประชาชน หรือขอบเขตของการจำกัดสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน และมอบให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดรายละเอียดเป็นกฎหมายลำดับรองต่อไป

2) เป็นไปไม่ได้ที่จะพิจารณาเรื่องที่เป็นรายละเอียด (Inability of Parliament to deal with technical matters) พระราชบัญญัติหลายฉบับมีเนื้อหาเป็นเรื่องทางเทคนิค การกำหนดรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัติทุกเรื่องเป็นสิ่งที่ไม่ได้ เพราะนอกจากจะใช้เวลาในการตรวจพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติมาก ยังทำให้เนื้อหาของพระราชบัญญัติยาว ควรมอบรายละเอียดให้ผู้มีความชำนาญเป็นผู้กำหนด

3) ความต้องการที่จะปรับกฎหมายให้เข้ากับสถานการณ์ (Need for flexibility) กฎเกณฑ์ในกฎหมายเมื่อกำหนดเป็นพระราชบัญญัติแล้วผลที่ตามมาคือเครื่องครัดตายตัว ความยืดหยุ่นและไม่เหมาะสมกับกาลสมัย กฎหมายลำดับรองอาจช่วยให้มีการใช้กฎหมายที่เหมาะสมกับกาลสมัยได้

4) เหตุผลของความรีบด่วน (Emergency situations) หากจะต้องตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติทุกเรื่องแล้วอาจไม่ทันต่อสถานการณ์ ถ้าพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารออกกฎหมายลำดับรอง ก็ทำให้ทันต่อเหตุการณ์ได้

1.1.3 ประเภทของกฎหมายลำดับรอง

สำหรับประเภทของกฎหมายลำดับรองนั้นอาจแยกออกได้เป็น 3 ประเภท¹⁰ ดังนี้

1) กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐออกมาเพื่อให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม เช่น กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขอรับใบอนุญาต ต่าง ๆ เป็นต้น

¹⁰ ปกรณ์ นิลประพันธ์. ปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง : การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง. (มกราคม, 2558)

2) กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐออกเพื่อกำหนดวิธีปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐนั่นเอง เช่น ระเบียบของหน่วยงานของรัฐว่าด้วยการอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น

3) กฎหมายลำดับรองที่หน่วยงานของรัฐแห่งหนึ่งออกมาเพื่อให้หน่วยงานของรัฐอื่นถือปฏิบัติเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเป็นไปในแนวทางเดียวกัน เช่น ระเบียบกระทรวงการคลังเรื่องต่าง ๆ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเรื่องต่าง ๆ กฎ ก.พ. เป็นต้น

โดยที่กฎหมายลำดับรองเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ตลอดจนวิธีดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมาย กรณีจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายลำดับรองเป็นกลไกสำคัญที่ช่วยให้หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ สามารถปฏิบัติงานและให้บริการแก่ประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ปัจจุบันมีการออกกฎหมายลำดับรองตามความในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายหมื่นฉบับ ซึ่งกฎหมายลำดับรองเหล่านี้มีทั้งกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่ประชาชนต้องปฏิบัติตามหากประสงค์จะขอให้หน่วยงานของรัฐอนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หากหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือมาตรการต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองไม่เหมาะสม ก็จะมีผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงาน และสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทั้งยังอาจเป็นช่องทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้แสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตได้

ดังนั้นประเภทของกฎหมายลำดับรอง จึงอาจแบ่งได้ดังนี้

1) ประกาศพระบรมราชโองการ

ประกาศพระบรมราชโองการแต่เดิมใช้กันอยู่ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นมีศักดิ์อย่างพระราชบัญญัติทั้งสิ้น แต่สำหรับประกาศพระบรมราชโองการที่เป็นกฎหมายลำดับรองในปัจจุบันนี้ที่ยังคงเหลืออยู่ ได้แก่ พระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึก ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457

2) พระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารซึ่งประมุขของรัฐ ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับได้บัญญัติรับรองรับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการตราพระราชกฤษฎีกาอย่างชัดเจน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 221 ซึ่งมีความว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย” หรือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 16 ซึ่งมีข้อความเช่นเดียวกัน พระราชกฤษฎีกามีสองประเภท คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญโดยตรง โดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทใด

(2) พระราชกฤษฎีกาในฐานะที่เป็นลูกบทของพระราชบัญญัติ จะเห็น ได้ว่า พระราชกฤษฎีกาประเภทนี้เป็นแบบปรกติที่เห็นอยู่ทั่วไป การอ้างบทอาศัยอำนาจจะอ้างที่มา ของการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ ประกอบกับบท อาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บท

3) กฎกระทรวง

กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินั้น

4) ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด

ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด เป็นกฎหมายลำดับรองที่ใช้ในกรณีที่ฝ่าย บริหารต้องการกำหนดสิ่งที่เป็นรายละเอียดค่อนข้างมาก ไม่ใช่กรอบ ไม่ใช่นโยบาย แต่เป็นวิธีการ ในรายละเอียด หรือเป็นการประสานงานกันทางฝ่ายบริหารที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายแห่งให้ มาทำงานด้วยกัน โดยปรกติแล้วพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทจะกำหนดว่าจะต้องออก ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดในเรื่องใด

ระเบียบ ข้อบังคับ และข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่อาจขอความ เห็นชอบโดยมติของคณะรัฐมนตรีหรือไม่ขอก่อนก็ได้ ไม่มีหลักเกณฑ์ในการเสนอแน่นอน ขึ้นอยู่ กับว่ารัฐมนตรีผู้เสนอเห็นว่าเป็นหลักการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีควรรับทราบเสียก่อนหรือไม่ หรือ ขึ้นอยู่กับพระราชบัญญัติอันเป็นแม่บทจะกำหนดว่าเมื่อออกจะต้องขอความเห็นชอบจากผู้ใดก่อน หรือไม่ ในปัจจุบันนี้ได้มีการใช้ระเบียบเป็นเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินค่อนข้างมาก โดยเฉพาะระเบียบซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 8 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 และโดยที่เมื่อระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด เป็นเครื่องมือในการ บริหารราชการแผ่นดินนี้เอง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนด จึงสามารถออกได้แม้โดยไม่ต้อง อ้างบทอาศัยอำนาจใด ๆ ถ้าเป็นการออกกฎเกณฑ์ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการบริหารภายในส่วนราชการ นั้น โดยถือว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการ แผ่นดินที่จะดูแลบังคับบัญชาหรือจัดการงานให้เป็นไปโดยเรียบร้อย

5) ประกาศกระทรวง

ประกาศกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจแก่ส่วนราชการหรือคณะกรรมการซึ่งมีหน้าที่เกี่ยวข้องดูแลการบังคับใช้กฎหมายนั้นเป็นผู้ออกหากรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่งเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศกระทรวง คณะกรรมการเป็นผู้ออก ก็จะเรียกว่า ประกาศคณะกรรมการ

1.1.4 ข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตการออกกฎหมายลำดับรอง

การออกกฎหมายลำดับรองไม่อาจกระทำ ได้ทุกกรณีไป ในรายงานของ Committee on Ministers' Power (p.31) แนะนำว่ากรณีดังต่อไปนี้ไม่ควรออกกฎหมายเป็นกฎหมายลำดับรอง¹¹

- 1) กฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการขยายหลักการของตัวแม่บท รวมถึงการกำหนดภาษีอากรหรือค่าธรรมเนียมซึ่งกฎหมายแม่บท (พระราชบัญญัติ) ไม่อนุญาตให้กระทำได้
- 2) การแก้ไขกฎหมายแม่บท
- 3) กฎหมายลำดับรองที่ให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองอย่างกว้างโดยไม่จำกัดขอบเขต

4) กฎหมายลำดับรองที่ยกเว้นเขตอำนาจศาล (jurisdiction of the courts)

รัฐธรรมนูญของบางประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจะกำหนดไว้เลยว่าเรื่องใดต้องตราเป็นกฎหมาย (la lois) (มาตรา 34) เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตการตราเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว ให้อยู่ในขอบเขตของการออกกฎ (มาตรา 37) (un caractère réglementaire) โดยต้นฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า (rule-making) ซึ่งเรื่องที่จะออกเป็นกฎไม่ได้ ได้แก่ การกำหนดสิทธิความเป็นพลเมือง หลักประกันมูลฐาน ความสามารถทางกฎหมายของบุคคล การกำหนดโทษอาญา ภาษีและการจัดเก็บภาษี

เหตุผลที่อธิบายก็เนื่องจากถือว่า รัฐธรรมนูญและหลักการทางจารีตประเพณีถือว่าเรื่องเหล่านี้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายของประชาชนมากเกินไปกว่าที่จะยินยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจกำหนดขึ้นได้ เราอาจนำแนวทางของอังกฤษและฝรั่งเศสมาใช้ได้ เพราะเป็นหลักสากลที่เรื่องสำคัญๆ ที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกำหนดโดยเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

¹¹ แนวทางดังกล่าวนี้มีความเห็นตรงกันในทุกประเทศ เช่น แคนาดา และฝรั่งเศส โปรดดู Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires (Version du 6 juin 2005) p. 26-33. เป็นต้น อ้างในคู่มือการร่างกฎหมาย “การร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย” สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 100.

1.1.5 ลักษณะของการมอบอำนาจ

กฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองนั้น อาจกำหนดลักษณะของการมอบอำนาจในลักษณะต่าง ๆ กัน ดังนี้

1) มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียด (administrative details)

บทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดของรัฐบัญญัติเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการบริหาร (administrative details) ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์และนโยบายที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัตินั้น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเรียกบทบัญญัติเช่นนี้ว่าเป็นบทบัญญัติในลักษณะของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารกำหนดบทบัญญัติ “เพิ่มเติมรายละเอียด” เท่านั้น (fill up in details)¹² ซึ่งลักษณะของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับข้างต้นนี้เป็นที่ยอมรับในอังกฤษ โดยเห็นว่ารัฐสภาควรที่จะกำหนดบทบัญญัติของรัฐบัญญัติเพียงเรื่อง “หลักการอย่างกว้าง” (broad principles) เท่านั้น ส่วนรายละเอียดรัฐสภาควรมอบให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญ นอกจากนี้ นักนิติศาสตร์ของอังกฤษได้ให้ความสำคัญกับความแตกต่างกันระหว่าง “หลัก” และ “รายละเอียด” มาก และเห็นว่าโครงสร้างใหญ่ ๆ ของการบริการสาธารณะและเรื่องส่วนรวมที่ฝ่ายบริหารจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนนี้อาจกำหนดไว้ในรัฐบัญญัติเป็นนโยบายและขอบเขตที่พอเข้าใจได้ และมอบอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับรายละเอียดให้แก่ฝ่ายบริหาร¹³

ความแตกต่างระหว่างหลักและรายละเอียดนี้เป็นแนวทางพื้นฐานของการมอบอำนาจที่ปรากฏอยู่ในทางทฤษฎีของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ในคดีสำคัญ ๆ ว่า รัฐสภาอาจระบุเจตนารมณ์ของตนและกำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานแล้วมอบอำนาจในการออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับรายละเอียดของรัฐบัญญัติให้แก่ฝ่ายบริหาร โดยผู้พิพากษาศาลสูงสุดไม่ได้ปฏิเสธว่าการเพิ่มเติมรายละเอียดดังกล่าวเป็นเรื่องของการใช้อำนาจนิติบัญญัติแต่ประการใด¹⁴

¹² United States v. Grimaud, 220 u.s 506 (1911). อ้างในหัทธรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552. หน้า 51.

¹³ J.A.G. Griffith and H. Street, Principle of Administrative Law. 3rd ed. (London : Sir Isaac Pitman and Sons Ltd.1963), pp. 38-39. อ้างในหัทธรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552. หน้า 52.

¹⁴ Davis Denneth Culp, Administrative Law Text, 3rd ed. (Minisota : West Publishing Co., 1972). P 27. อ้างในหัทธรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2552. หน้า 52.

การมอบอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่ฝ่ายบริหารของรัฐสภาไทยเป็นการมอบอำนาจในลักษณะของการกำหนดหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ไว้ในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติบางฉบับได้มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารออกกฎ ข้อบังคับเพิ่มเติมในรายละเอียดแห่งพระราชบัญญัติซึ่งเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการบริหารอย่างแจ่มชัด แต่บางฉบับก็มีบทบัญญัติที่ไม่แจ่มชัดว่าเป็นรายละเอียดทางบริหารหรือรายละเอียดกึ่งนิติบัญญัติ

2) มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในลักษณะกว้าง (Skeleton provision)

บทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารโดยมีขอบเขตกำหนดไว้กว้าง ๆ เรียกว่า “บทบัญญัติโครงกระดูก (Skeleton provision)” ซึ่งไม่เพียงแต่มอบอำนาจออกกฎ ข้อบังคับในรายละเอียดเท่านั้น แต่ยังมอบอำนาจให้ออกกฎ ข้อบังคับเกี่ยวกับหลักการทางนิติบัญญัติที่สำคัญ ส่งผลให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎข้อบังคับได้อย่างอิสระโดยอาศัยอำนาจในรัฐบัญญัติแม่บท ซึ่งถือเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดโดยออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหาร

ในสหรัฐอเมริกา รัฐสภาจะกำหนดหลักเกณฑ์ของรัฐบัญญัติอย่างกว้าง ๆ แล้วมอบให้ฝ่ายบริหารออกกฎของฝ่ายบริหารขยายหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งนักนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาไม่ค่อยยอมรับบทบัญญัติในลักษณะนี้ แต่ปัจจุบันบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติของสหรัฐอเมริกามักจะมอบอำนาจให้องค์กรทางปกครองออกกฎข้อบังคับ โดยกำหนดขอบเขตเป็นการทั่วไปมากกว่าที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียด เช่น คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ต้องนำแนวคิดเกี่ยวกับข้อความที่จำเป็นที่ว่า “การป้องกันผู้ลงทุน” “การสงวนรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมของตลาด” “อัตราอันสมควร” มาใช้บังคับให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ ในการบริหารตามรัฐบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการว่าด้วยการค้าของสหรัฐ บทบัญญัติแห่งรัฐนี้ได้บัญญัติว่า “วิธีการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม” “ความไม่เสมอภาคแห่งราคา” และ “มีเจตนาผูกขาด” เป็นต้น

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น มีบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติในลักษณะ “skeleton provision” เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยค่าจ้างแรงงาน ค.ศ. 1943 (the Catering Wages Act, 1943) มาตรา 3 (2) บัญญัติว่า “รัฐมนตรีจะดำเนินการขั้นต่อไปได้เมื่อความปรากฏว่าเป็นการสมควรและเป็นการปฏิบัติเพื่อจะป้องกันปัญหาในการปรับปรุงแก้ไข” เป็นต้น

ส่วนบทบัญญัติของพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎข้อบังคับในลักษณะ “skeleton provision” ของไทยนั้น ก็มีปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องอุปโภคบริโภคและของอื่น ๆ ในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2488 มาตรา 4 (8) บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขและวิธีการต่าง ๆ เพื่อให้การควบคุมได้ดำเนินโดยสะดวกตามความจำเป็นของเหตุการณ์

พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 มาตรา 15 บัญญัติว่า การรถไฟแผ่นดิน มีอำนาจที่จะออกกฎข้อบังคับ และตั้งอัตราค่าระวางซึ่งผู้โดยสารต้องเสีย ฯลฯ เป็นต้น

3) มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างเสรี (blank cheque)

บทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับอย่างเสรีนั้นเรียกกันว่า “blank cheque” ซึ่งการมอบอำนาจดังกล่าวอาจกำหนดเพียงว่า ผู้นั้นมีอำนาจออกกฎข้อบังคับในเรื่องนั้น เหมือนกับการออกเอกสารที่ลงชื่อให้ไป สุดแต่ผู้รับจะไปกรอกข้อความอะไรลงไป บางครั้งอาจมีการกำหนดลักษณะของเรื่องอยู่บ้าง แต่ก็ให้ผู้รับมอบอำนาจไปกรอกกฎข้อบังคับเพิ่มเติมทำนองออกเช็คลงชื่อไว้ให้ผู้รับไปกรอกจำนวนเงินเอาเอง ส่งผลให้ผู้ออกกฎข้อบังคับอาจออกกฎ ข้อบังคับโดยไม่ตรงกับความต้องการแท้จริงของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มอบอำนาจได้ มีข้อพึงสังเกตว่าพระราชบัญญัติบางฉบับมีบทบัญญัติกำหนดเรื่องที่จะให้ฝ่ายบริหารออกเป็นกฎข้อบังคับได้อย่างเสรี ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเห็นได้ชัดว่า เป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎข้อบังคับในเรื่องนั้น ๆ อย่างเสรี แต่พระราชบัญญัติบางฉบับก็มีบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ ข้อบังคับในลักษณะที่มีความใกล้เคียงกันระหว่างบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ออกกฎอย่างเสรี กับบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ ข้อบังคับอย่างกว้าง ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎ ข้อบังคับโดยมีขอบเขตกว้าง ๆ หรือไม่มีขอบเขตเลยนั้น เป็นสิ่งที่ทำได้ยากซึ่งแนวทางที่พอจะพิจารณาว่าบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎ ข้อบังคับอย่างเสรีก็โดยพิจารณาว่าถ้าพระราชบัญญัติฉบับใดมีบทบัญญัติมอบอำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ฝ่ายบริหารโดยกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตกว้าง ๆ ในการออกกฎ ข้อบังคับของฝ่ายบริหารแล้ว แต่ปรากฏว่าหลักเกณฑ์หรือขอบเขตนั้น ๆ ไม่ใช่หลักเกณฑ์ที่แท้จริงที่จะจำกัดการออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหารเฉพาะในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือหลักเกณฑ์หรือขอบเขตดังกล่าวเคลือบคลุมเกินไป จนกลายเป็นการมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารมีดุลพินิจออกกฎข้อบังคับประการใดก็ได้ บทบัญญัติที่มีหลักเกณฑ์หรือขอบเขตเช่นนี้เท่ากับเป็นการมอบอำนาจเต็มในการออกกฎ ข้อบังคับให้แก่ฝ่ายบริหารจะออกกฎ ข้อบังคับอย่างไรก็ได้ตามความพอใจ

ในพระราชบัญญัติของไทยนั้นมีบทบัญญัติของพระราชบัญญัติที่มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการออกกฎที่มีลักษณะเป็น “blank cheque” เช่น พระราชบัญญัติระเบียบการปฏิบัติราชการของทบวงมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2520 มาตรา 4 กำหนดให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาวิทยาลัยมีอำนาจหน้าที่... (4) วางระเบียบปฏิบัติในกิจการต่าง ๆ ของมหาวิทยาลัยและสถาบันในสังกัด พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 3 กำหนดให้ เมื่อ

รัฐบาลเห็นเป็นการสมควรจะจัดตั้งองค์การ เพื่อดำเนินการอันเป็นสาธารณประโยชน์...ให้กระทำ ได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น

1.1.6 หลักการตรากฎหมายลำดับรอง

โดยทั่วไปแล้วกฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจย่อมจัดเป็นกฎหมายที่มี ฐานะต่ำกว่ากฎหมายแม่บทซึ่งมอบอำนาจให้ ดังนั้นในหลายประเทศจึงมักเรียกว่า กฎหมายลำดับ รอง กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจนี้ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแม่บทและอาจถูก กฎหมายแม่บทเว้น ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนั้นจึงอาจสรุปลักษณะสำคัญของกฎหมาย ลำดับรองได้ดังนี้

1) กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกมาใช้บังคับ โดยอาศัยการมอบอำนาจจากพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง

2) กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็น แก่การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท ลักษณะนี้ทำให้ตรา กฎหมายปกครองของต่างประเทศบางเล่มเรียกว่า “กฎหมายเสริมกฎหมายแม่บท” โดยกฎหมาย แม่บทจะวางหลักกว้าง ๆ แล้วมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไป ตามพระราชบัญญัติออกกฎเกณฑ์ ข้อบังคับที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยที่จำเป็นให้เป็นไปตาม หลักการ เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินกิจการ สถานบริการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หลักเกณฑ์การอนุญาตให้เป็นไปตามที่ กำหนดไว้ในกฎกระทรวง” ดังนั้น ถ้าไม่มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ในการออก ใบอนุญาต หลักการทั่วไปในกฎหมายแม่บทจะไม่มีผลบังคับก็จะออกใบอนุญาตไม่ได้

3) กฎหมายลำดับรองมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ดังนั้น กฎหมาย ลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายลำดับรองจะไม่มีผลใช้บังคับ

4) การตรากฎหมายลำดับรองจะต้องเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อยกว่า กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง และกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรา กฎหมายลำดับรองจะต้องไม่มอบอำนาจอันเป็นสาระสำคัญของรัฐสภาให้กับองค์กรฝ่ายบริหารไปทำ การตรากฎหมายลำดับรองแทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การจัดเก็บภาษีอากร การกำหนดโทษ ในทางอาญา เป็นต้น

1.1.7 หลักการตรากฎหมายลำดับรองในระบบกฎหมายไทย

1) หลักการที่ปฏิบัติในการตรากฎหมายลำดับรองของประเทศไทย นั้น มี หลักการที่สำคัญอยู่ 3 ประการ คือ

(1) ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจตรากฎหมายลำดับรองได้ ต่อเมื่อมีกฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ซึ่งกฎหมายแม่บทนั้นอาจเป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื้อหาสาระในข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ วิธีการออกและวิธีใช้บังคับกฎหมายลำดับรองต้องเป็นไปตามวิธีที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท

(2) กฎหมายลำดับรองจะมีบทกำหนดโทษโดยตนเองไม่ได้ ผู้ฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมายลำดับรองจะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายแม่บท เว้นแต่ในกรณีของกฎหมายลำดับรอง ที่ออกในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะไม่ปกติ เช่น ภาวะสงคราม โดยอาจมีการตรากฎหมายลำดับรองที่มีบทกำหนดโทษได้ แต่จะต้องมีกฎหมายแม่บทมอบอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองเช่นนั้นแก่ฝ่ายบริหาร โดยชัดแจ้งและโทษที่กำหนดโดยกฎหมายลำดับรองจะต้องไม่เกินกว่าโทษขั้นสูงที่กฎหมายแม่บทกำหนด

(3) กฎหมายลำดับรองจะบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปออกกฎหมายต่อไปอีกทอดหนึ่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นการมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่วางระเบียบข้อบังคับเพื่อกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับมอบอำนาจไม่มีสิทธิมอบอำนาจต่อซึ่งเป็นหลักกฎหมายเอกชนที่นำมาใช้กับกฎหมายมหาชนด้วย แต่อย่างไรก็ตามหลักนี้ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่เกิดภาวะไม่ปกติ เช่น หลักเดียวกับหลักในข้อ 2 ดังกล่าวข้างต้น เช่น กรณีของกฎหมายคมนาคมที่ออกตามความในพระราชกฤษฎีกาควบคุมยานพาหนะในภาวะคับขัน พ.ศ. 2485 ซึ่งเป็นกรณีที่กฎกระทรวงออกตามความในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ

2) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรอง

แม้ว่าการตรากฎหมายแม่บทและการออกกฎหมายลำดับรองจะแยกกันยกร่างและประกาศใช้ก็ตาม แต่กฎหมายทั้งสองประเภทก็มีความสัมพันธ์กันในหลายๆ ด้าน เช่น

(1) รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการตรากฎหมายแม่บทเพื่อบังคับใช้และจากกฎหมายแม่บทนี้รัฐสภาจะยินยอมให้มีการออกกฎหมายลำดับรองได้

(2) กฎหมายแม่บทจะวางกรอบในการดำเนินการ และให้รายละเอียดเป็นเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองที่จะกำหนด

ดังนั้น ด้วยความสัมพันธ์สองประการนี้ กฎหมายแม่บทและกฎหมายลำดับรองควรพัฒนาขึ้นโดยมีความเชื่อมโยงกัน กฎหมายลำดับรองอาจจัดทำหรือยกร่างพร้อมกับกฎหมายแม่บทหรือจัดทำในภายหลังก็ได้ ซึ่งแล้วแต่สถานการณ์ แต่อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายลำดับรองมีความสำคัญมากที่จะทำให้กฎหมายแม่บทมีความสมบูรณ์และเป็นส่วนหนึ่งของ

กฎหมายแม่บทมีคำแนะนำว่าควรจัดทำไปพร้อมกันกับการเสนอกฎหมายแม่บทหรืออย่างน้อยที่สุด ก็ควรกำหนดกรอบเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองไว้เป็นการล่วงหน้า เพื่อการร่างกฎหมายลำดับรองนั้นจะมีความชัดเจนในเนื้อหาและมีความสอดคล้อง (consistency) กับกฎหมายแม่บท

ในกรณีของการเตรียมการออกกฎหมายลำดับรองนี้ กระทรวงและหน่วยงานที่รับผิดชอบจะต้องวางแผนในการออกกฎหมายลำดับรอง และควรจะต้องมีรายงานการจัดทำแผนและกำหนดลำดับความสำคัญของการออกกฎหมายลำดับรอง มิฉะนั้นแล้วกฎหมายแม่บทก็จะยังไม่อาจใช้ได้โดยสมบูรณ์ และเป็นปัญหาในการปฏิบัติ ดังเช่น จากการที่กฎหมายแม่บทได้บัญญัติในบทเฉพาะกาลว่า บรรดากฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ประกาศหรือคำสั่ง) ที่ออกตามกฎหมายเดิม ให้ยังคงบังคับใช้ต่อไป จนกว่าจะมีกฎหมายลำดับรองในเรื่องนั้น ก็ปรากฏว่ากฎหมายแม่บทได้เปลี่ยนโครงสร้างไปแล้ว แต่ปรากฏว่ายังคงใช้กฎหมายลำดับรองตามโครงสร้างเดิมอยู่

3) การมอบอำนาจ

การมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎหมายลำดับรอง (Delegation of legislative power) เป็นคนละกรณีกับเรื่องการมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง ซึ่งการมอบอำนาจในฝ่ายปกครอง คือ การที่ฝ่ายปกครององค์กรหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้มอบอำนาจ มอบอำนาจของตนซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายให้กับฝ่ายปกครองอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ผู้รับมอบอำนาจ ใช้อำนาจนั้นในนามของตนเอง แต่การมอบอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎหมายลำดับรอง (Delegation of legislative power) เป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) มอบอำนาจในการออกกฎหมายของตนให้กับฝ่ายปกครองบางเรื่องบางประเด็น¹⁵ ซึ่งบรรดาอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอำนาจออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับประชาชนในเขตพื้นที่ความรับผิดชอบจะต้องพิจารณาส่วนที่เกี่ยวกับมอบอำนาจด้วยว่ามีแค่ไหนเพียงใด อาทิ ในการปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่นั้นสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมาจากการเลือกตั้งจะมีอำนาจออกข้อบัญญัติใด ๆ ในลักษณะที่เป็นอันตรายแก่ประชาชนในเขตพื้นที่รับผิดชอบไม่ได้ เพราะอำนาจการออกข้อบัญญัติที่ใช้กับประชาชนในเขตท้องถิ่นนั้น ๆ ย่อมถือเป็นหัวใจของหลักการปกครองตนเองซึ่งไม่อาจแสดงให้ปรากฏด้วยลักษณะอื่นใดได้ นอกเสียจากโดยความเป็นเอกเทศในการออกข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในกิจการที่มีใช้ในนามของรัฐหากแต่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเองอย่างแท้จริง

¹⁵ พนม เอี่ยมประจักษ์. วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ปีที่ 24, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2537).

อำนาจของฝ่ายปกครอง (Administration) ในการออกกฎเกณฑ์เพื่อใช้บังคับกับประชาชนทั่วไปนั้น ในประเทศไทยเรียกอำนาจดังกล่าวนี้ว่าอำนาจการตรากฎหมายลำดับรองหรืออำนาจออกกฎหมายท้องถิ่นหรืออำนาจนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากองค์ประกอบทางรูปแบบ จะเห็นว่าผู้ทรงอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ผู้ทรงอำนาจได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชน ในขณะที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่แม้จะมีผู้บริหารมาจากการเลือกตั้ง ในทางทฤษฎีก็หาได้เป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจอธิปไตยไม่ นอกจากนี้กระบวนการในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้นั้นยังแตกต่างจากกระบวนการในการออกกฎเกณฑ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเห็นได้ชัดด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว จึงเรียกอำนาจออกกฎเกณฑ์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ว่าอำนาจออกข้อบัญญัติแทนที่จะเรียกว่าอำนาจออกกฎหมาย เพราะหากเรียกว่าอำนาจออกกฎหมายอย่างเดียวกับอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) อันเป็นอำนาจออกกฎหมายแท้ ๆ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยยังคงถือได้ว่าเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชน

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีภาระหน้าที่ในการทำกิจกรรมต่าง ๆ ภายในเขตพื้นที่ความรับผิดชอบของตนนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะหรือบางส่วนแล้ว ย่อมถือว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าของอำนาจในการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับกิจการนั้น ๆ สามารถตราข้อบัญญัติเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่อย่างกว้างขวาง

4) แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรากฎหมายลำดับรองเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกา ยกตัวอย่างเช่น

(1) เรื่องเสรีที่ 73/2502 คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรมการร่างกฎหมาย กองที่ 4) ได้มีความเห็นไว้ดังนี้ “กฎกระทรวง ถ้าไปปลงล้างข้อความในพระราชบัญญัติแล้ว ข้อความนั้นก็เกินแม่บท (ultra vires) จะใช้บังคับหาได้ไม่ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle)” (บันทึก เรื่อง ขอให้พิจารณาตีความในกฎหมาย พระราชบัญญัติการเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2475 มาตรา 18)

(2) มาตรา 142 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ไม่ได้กล่าวถึงการเจาะเลือดไว้ ดังนั้น เมื่อกฎกระทรวง ฉบับที่ 16 (พ.ศ. 2537) ๆ กำหนดให้ตรวจวัดปริมาณแอลกอฮอล์ในเลือดของผู้ขับขี่โดยวิธีการตรวจวัดจากเลือด และให้ทำการเจาะเลือดภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม หากผู้ถูกเจาะเลือดไม่ยินยอมแม้จะภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม ก็เกินอำนาจที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142

รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 29 และมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 11 ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ถ้าต้องการให้มีอำนาจตรวจเลือดด้วยแล้ว ก็ต้องแก้ไขมาตรา 142 เสีย ในส่วนที่เกี่ยวกับการทดสอบผู้ขับขี่โดยกำหนดให้มีการเจาะเลือดไว้อย่างชัดเจน

1.1.8 การตรวจสอบการออกกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองมีสถานะเป็นกฎหมายและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่นเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยการออกกฎหมายลำดับรองต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น และบทบัญญัติของกฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมิได้ ปัจจุบันมีการออกกฎหมายลำดับรองตามความในพระราชบัญญัติต่าง ๆ หลายหมื่นฉบับ ซึ่งกฎหมายลำดับรองเหล่านี้มีทั้งกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการหรือเงื่อนไขที่ประชาชนต้องปฏิบัติตามหากประสงค์จะขอให้หน่วยงานของรัฐอนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และกฎหมายลำดับรองที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือมาตรการ ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองไม่เหมาะสม ก็จะมีผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงาน และสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทั้งยังอาจเป็นช่องทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้แสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตได้ ยังผลให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง ทั้งอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ประชาชน และปัญหาที่เกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐ

การออกกฎระเบียบ (Regulation) คือ เครื่องมือทางการปกครองซึ่งกำหนดขึ้นให้หน่วยงานและประชาชนถือปฏิบัติ การออกกฎระเบียบนี้รวมถึงการออกกฎหมาย การออกคำสั่งทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ และกฎย่อย ๆ ซึ่งออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าจะระดับใด รวมถึงกฎระเบียบที่ออกโดยหน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐ หรือการออกกฎระเบียบไว้บังคับกันเอง ซึ่งเกิดจากการมอบอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎระเบียบยังรวมถึงกฎต่าง ๆ เครื่องมือ มาตรฐานที่ใช้โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ใช่ในการดูแลธุรกิจ โดยไม่ได้เป็นกฎระเบียบอย่างเป็นทางการซึ่งเรียกว่า เครื่องมือที่มีลักษณะคล้ายกฎ ในการออกกฎระเบียบนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะทำตามอำเภอใจมิได้ จะต้องคำนึงถึงหลักทางกฎหมาย

การปฏิบัติที่ผ่านมาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มีมีการประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการออกกฎระเบียบก่อนที่จะใช้กฎหมายหรือระเบียบเป็นเครื่องมือในการบังคับ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักสากล และในปี พ.ศ. 2558 ที่จะมาถึงนี้ ประเทศไทยจะก้าวไปสู่

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกอาเซียนและได้รับหลักการซึ่งเป็นแนวทางนโยบายอาเซียน ด้านมาตรฐานและความสอดคล้อง และรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนรับรองในปี พ.ศ. 2548 ทั้งนี้ในเนื้อหาสาระระบุถึงหลักการปฏิบัติที่ดีด้านกฎระเบียบของกลุ่มอาเซียน (Good Regulatory Practice Guide; GRP Guide) ซึ่งเป็นแนวทางให้ทุกหน่วยงานในอาเซียนที่ปฏิบัติหน้าที่ในขอบเขตที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐาน กฎระเบียบทางเทคนิคและการประเมินความสอดคล้อง ดำเนินการปรับเปลี่ยนการจัดการกฎระเบียบด้านเทคนิคให้สอดคล้องกัน มีความโปร่งใส และนำไปสู่การลดข้อจำกัดในทางการค้าที่ไม่จำเป็น ดังนั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีขอบเขตหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎระเบียบตามกฎหมายจัดตั้ง จึงจำเป็นที่จะต้องนำวิธีการประเมินผลกระทบของกฎระเบียบมาปรับใช้ในการออกกฎระเบียบดังกล่าวด้วย เพื่อให้บรรลุถึงหลักปฏิบัติที่ดี และการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายของประเทศไทย

การประเมินผลกระทบของกฎระเบียบ (RIA) เป็นกระบวนการในการวิเคราะห์ผลกระทบที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงของนโยบายและวิเคราะห์ทางเลือกสำหรับการดำเนินการ โดยประเมินผลกระทบที่เป็นไปได้ ไม่ว่าจะ เป็นผลกระทบทางด้านสังคม สิ่งแวดล้อม การเงิน และเศรษฐศาสตร์ ทั้งนี้ RIA ยังถือว่าเป็นเครื่องมือเกี่ยวกับหลักปฏิบัติที่ดีด้านกฎระเบียบ (GRP) โดยการนำมาใช้เพื่อสร้างความมั่นใจว่ากฎระเบียบที่นำมาเสนอได้ถูกประเมินถึงความจำเป็นและผลกระทบทั้งหมดที่มีต่อสังคมก่อนที่จะเสนอไปยังผู้ออกกฎระเบียบ RIA เป็นกระบวนการที่ได้ถูกกำหนดให้ใช้ในระบบรับรองคุณภาพในการทำข้อเสนอกฎระเบียบประเภทต่างๆโดยหวังผลให้มีการจัดการกฎระเบียบที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลกว่าเดิม RIA ยังทำให้เกิดกระบวนการปรึกษาหารือรับฟังความคิดเห็นในวงกว้างกับกลุ่มต่างๆที่อาจได้รับผลกระทบจากการออกกฎระเบียบ และสุดท้ายจะต้องนำไปสู่การจัดทำเอกสารที่มีการอธิบายเหตุผลของผู้ออกกฎระเบียบและการเลือกทางเลือกต่างๆ รวมทั้งระบุผลกระทบต่อกลุ่มต่างๆที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งผลของการประเมินผลกระทบและรายละเอียดต่าง ๆ เหล่านี้จะถูกนำไประบุในหลักการ หรือ แถลงการณ์ ผลกระทบของกฎระเบียบ (Regulatory Impact Statement ; RIS) เพื่อนำสู่สาธารณะ การแถลงการณ์ผลกระทบของกฎระเบียบ (Regulatory Impact Statement ; RIS) จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการตัดสินใจเพื่อแก้ปัญหาเชิงนโยบายต่าง ๆ โดยมีการวิเคราะห์ผลกระทบของทางเลือกต่าง ๆ จากการดำเนินการของรัฐบาล (วิเคราะห์ทั้งประสิทธิภาพและประสิทธิผลของแต่ละทางเลือก) และเป็นข้อมูลที่จะช่วยสื่อสารไปยังผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจในการเลือกทางเลือกของการแก้ปัญหาต่างๆ ความสมบูรณ์ของเอกสารแถลงการณ์ผลกระทบทางกฎหมายจะช่วยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถตัดสินใจได้อย่างถูกต้องและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อสังคม

1.2 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

1.2.1 แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

1) ที่มาของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง มีที่มาจากกฎหมายโรมันและนักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรปในสมัยกลาง และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังก็เป็นหลักกฎหมายหลักหนึ่ง ดังนั้น ที่มาของหลักกฎหมายย้อนหลัง จึงมีการแสดงความเห็นโดยแยกออกเป็น 2 ทางด้วยเช่นกัน คือ

(1) กฎหมายโรมันในสมัยโรมัน

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมีที่มาจากกฎหมายโรมันในสมัยโรมัน¹⁶ ที่มีหลักว่ากฎหมายใหม่บังคับถึงการที่ได้กระทำลงก่อนใช้กฎหมายใหม่ ซึ่งก็มาจาก Institutes ที่บัญญัติไว้ดังนี้

- leges posteriores priores abrogant กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่า
- nova constitution futuris formam imponere debet non praeteritis

กฎหมายใหม่ต้องบังคับแต่การที่ได้ทำลงในอนาคต

หลักกฎหมายนี้เริ่มเป็นที่รับรู้ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียนของกรุงโรม เพราะแต่เดิมในกฎหมายมีความเข้าใจในคำว่า “ความผิด” อย่างกว้างขวางจนเกือบจะไม่มีขอบเขต และหลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอาญาโรมันเดิม ซึ่งถือว่าในเรื่องความผิดต่อมหาชน (Public Delict) นั้น ไม่รับรู้ความแตกต่างระหว่างการเตรียม พยายาม และความผิดสำเร็จ คือ ไม่ยอมรับรู้ในเรื่อง “องค์ประกอบของความผิด” นั้นเอง และในภายหลังสมัยของจักรพรรดิออกัสตัส ได้มีการพัฒนามาเป็นหลักกฎหมายอาญาของประเทศต่าง ๆ คือกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

(2) นักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรปในสมัยกลาง

ผู้ที่เห็นว่าหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมีที่มาจากนักนิติศาสตร์ในภาคพื้นยุโรปในสมัยกลางนี้ เห็นว่าหลักกฎหมายนี้เพิ่งจะมีมาในศตวรรษที่ 17-18 โดยพวกนักคิดแนวเสรีนิยมสมัยแรก ๆ เป็นผู้สร้างขึ้นมา เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจอย่างไร้ขอบเขตและตามอำเภอใจที่เกิดขึ้นมากในสมัยนั้น ผู้ที่เห็นพ้องกับฝ่ายนี้ได้อธิบายว่า

¹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ 1 และ 2 กับอุทาหรณ์. ผลแห่งการประกาศใช้กฎหมายใหม่ในกรุงสยาม. ฉบับกรมร่างกฎหมาย (พระนคร : โรงพิมพ์ไทยพิทยา, 2502). หน้า 14-15. ประภาพรรณ อุดมจรธา. “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521) หน้า 3-6.

หลักกฎหมายนี้เกิดขึ้นเนื่องจากต้องการจำกัดอำนาจขององค์กรผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งอาจได้แก่ พระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช หรือสภานิติบัญญัติในระบอบประชาธิปไตยแล้วแต่กรณี ซึ่งมีอำนาจมากมายและใช้อำนาจนั้นอย่างตามอำเภอใจ เช่น Magna Carta ที่มีขึ้นเพื่อต้องการจะระงับการใช้สิทธิของกษัตริย์โดยมิชอบ และก็มีผู้ให้ความเห็นว่า หลักกฎหมายนี้มาจาก Magna Carta ค่าย¹⁷

2) ความหมายของหลักกฎหมายไม่มีย้อนหลัง

ความหมายของคำว่า “กฎหมายย้อนหลัง” อาจแยกพิจารณาได้ 2 ประการ คือ

(1) กฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายย้อนหลังมีความหมายตามความเข้าใจ คือ กฎหมายที่ตราออกมาแล้วใช้บังคับย้อนหลังกับเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นแล้ว

(2) กฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายย้อนหลังในความหมายของกฎหมายวิธีสบัญญัติมีความแตกต่างกับความหมายของกฎหมายย้อนหลังของกฎหมายสารบัญญัติ คือ กฎหมายย้อนหลังหมายถึง กฎหมายที่ใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนมีกฎหมายนั้น และข้อพิพาทนั้นต้องได้ถูกนำมาสู่การพิจารณาของศาลแล้ว ส่วนกรณีข้อพิพาทนั้นยังมิได้มีการนำมาสู่การพิจารณาของศาล และเกิดการกฎหมายใหม่ จึงมีการนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาล กฎหมายใหม่นี้มิได้เรียกว่ากฎหมายย้อนหลัง ทั้งนี้ เพราะกฎหมายวิธีสบัญญัติมิได้เป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายจะใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่ยังมิได้เป็นข้อพิพาทในคดีนั้น แต่เป็นกฎหมายที่มุ่งหมายจะใช้บังคับกับคดีของศาล¹⁸

นอกจากนั้น Charles Sampford ยังได้ให้ความหมายของคำว่า กฎหมายย้อนหลังว่า กฎหมายย้อนหลัง หมายถึง กฎหมายที่เปลี่ยนแปลงผลในทางกฎหมายในอนาคตของการกระทำหรือเหตุการณ์ในอดีต¹⁹ โดยอธิบายว่า กฎหมายย้อนหลัง คือ กฎหมายที่เราสามารถรับรู้ได้ในภายหลังและจะให้ผลในอนาคตนั้นไม่ตรงกับกฎหมายที่ได้รับรู้ในเวลาที่เราได้กระทำการใด ๆ ลงไป โดยสามารถกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า ในช่วงเวลาระหว่างที่บุคคลกระทำการใด ๆ กับช่วงเวลาบุคคลที่กระทำการนั้น ได้รับรู้ผลในทางกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ได้เกิดมีกฎหมายใหม่ขึ้น โดยใช้บังคับแทนหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมซึ่งจะมีผลกระทบต่อ

¹⁷ หุค แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา. พระนคร : โรงพิมพ์วิบูลย์กิจ, 2494. หน้า 150.

¹⁸ อมร จันทรสุมบุรณ์. 2516. “หลักทั่วไปของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”. กฎหมายไทยเล่มข้าราชการ. หน้า 8-9.

¹⁹ Charles Sampford. Retrospectivity and the Rule of Law. (New York : Oxford University Press Inc, 2006). P 37. อ้างใน วิริยา เจียมศิริ. ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 32.

ผู้กระทำในเวลาที่จะได้รับรู้ในกฎหมายนั้น ๆ และ Blackstone นักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้มีผลย้อนหลังของกฎหมาย ได้มีความเห็นว่า ทบบริบทของกฎหมายควรเขียนขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับใช้เพื่อการในอนาคต ทั้งจะต้องบอกกล่าวให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าก่อนให้เริ่มมีผลบังคับใช้ แต่ความเห็นดังกล่าวของ Blackstone ก็ยังมีการจำกัดแต่เฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญาเท่านั้น กล่าวคือ Blackstone ได้ให้ความเห็นว่า กฎหมายที่มีโทษทางอาญานั้นห้ามมีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษอย่างเด็ดขาด แต่สำหรับการย้อนหลังไปกระทบสิทธิของบุคคลในทางแพ่งนั้นสามารถทำได้²⁰

3) แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

(1) ทฤษฎีที่ใช้ค้ำหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง²¹

ก. กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง ไม่ใช่กฎหมาย

เหตุผลที่รุนแรงที่สุดที่ได้แย้งกฎหมายย้อนหลัง ก็คือ กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง ไม่ใช่กฎหมาย กล่าวคือ การบัญญัติกฎหมายให้มีผลเป็นการย้อนหลัง ไม่ได้มีขึ้นภายใต้อำนาจรัฐสำหรับการออกกฎหมายในสังคมตะวันตกการบัญญัติกฎหมายใด ๆ ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดย Walker ได้กล่าวว่า รัฐธรรมนูญเป็นที่มาของอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย การออกกฎหมายย้อนหลัง ไม่ใช่คำจำกัดความของคำว่ากฎหมาย ไม่ว่าจะในอดีตหรือปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ หรือไม่ว่าจะเป็นที่มาของร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงโทษ หรือที่มีผลเป็นการบังคับตามกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ก็ไม่ถือว่าเป็นกฎหมายหรือเรียกได้ว่าเป็นกฎหมาย

สิ่งที่น่าสงสัยประการหนึ่ง คือ การบัญญัติสิ่งใดสิ่งหนึ่งที่มีผลเป็นการบังคับตามกฎหมาย ซึ่งแท้จริงแล้วเพียงแต่สิ่งเหล่านั้นเหมือนจะเป็นกฎหมาย แต่จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับการมีอยู่ของกฎหมายย้อนหลังและมีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่มีผลเป็นการย้อนหลัง จึงไม่มีข้อโต้แย้งที่จะแสดงให้เห็นได้ดีไปกว่าข้อโต้แย้งที่ว่ากฎหมายย้อนหลังไม่ใช่กฎหมาย

Walker เห็นว่า กฎเกณฑ์จำเป็นต้องมีการประกาศใช้ก่อนที่เจ้าหน้าที่จะทำการตัดสินเรื่องใดเรื่องหนึ่ง นอกจากนั้น Walker ยังได้ศึกษาไปถึงแหล่งที่มาของ

²⁰ Natelson, Robert G. "Statutory Retroactivity : the Founders' View". University of Idaho College of Law Idaho Law Review, 39 (Idaho L. Rev.489, 2003), p.490. อ้างใน วิริยา เจียมศิริ. ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 32.

²¹ Charles Sampford. Retrospectivity and the Rule of Law. (New York : Oxford University Press Inc, 2006). P 65-77. อ้างใน วิริยา เจียมศิริ. ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 32-35.

ประวัติศาสตร์ว่ามีผู้ใดสนับสนุนข้อคิดของเขาที่ว่า กฎหมายย้อนหลังไม่ใช่กฎหมาย พบว่า เพลโตกล่าวอ้างถึงเรื่องนี้ไว้ในส่วนหนึ่งของ The Law อีกหนึ่งความคิดทางกฎหมายที่สนับสนุนแนวคิดของ Walker คือ Fuller โดย Fuller เห็นว่า การสร้างกฎหมายย้อนหลังเป็นหนึ่งในแปดวิธีของความล้มเหลวในการสร้างกฎหมาย ผลที่ตามมาคือ ก่อให้เกิดระบบกฎหมายที่เลวร้าย และสิ่งเหล่านั้นไม่สามารถเรียกได้ว่าเป็นระบบกฎหมายได้เลย

จูเลียส สโตน ได้กล่าวไว้ในหนังสือ เรื่อง ระบบกฎหมายและการใช้เหตุผลของนักกฎหมายว่า ในขณะที่มีการตรวจสอบและประเมินค่าในการเสนอคำจำกัดความของคำว่ากฎหมาย พบว่า ไม่มีนิยามหรือคำจำกัดความใดของกฎหมายที่กล่าวถึงกฎหมายย้อนหลัง

ข. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่เป็นประชาธิปไตย

ทฤษฎีนี้สนับสนุนแนวความคิดการโต้แย้งกฎหมายย้อนหลัง โดยเห็นว่า กฎหมายย้อนหลังสวนทางหรือตรงกันข้ามกับหลักการเบื้องต้นของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ รัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยจะสามารถตรากฎหมายได้ภายในวาระที่รัฐบาลนั้น ๆ ดำรงอยู่ แต่ต่อมาหากกำหนดให้มีการเลือกตั้ง เนื่องจากรัฐบาลชุดดังกล่าวได้หมดวาระลง ในช่วงขณะที่มีการออกเสียงเลือกตั้ง และมีรัฐบาลรักษาการเพื่อทำการบริหารประเทศในขณะที่การเลือกตั้งยังไม่เสร็จสิ้น หากมีการออกกฎหมายย้อนหลังในขณะนั้นจะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกินกว่าที่ได้รับมอบอำนาจในฐานะรัฐบาลรักษาการ ผู้ออกกฎหมายจึงไม่อาจถือว่าเป็นผู้มีอำนาจที่จะออกกฎหมายย้อนหลัง เพราะฉะนั้น สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ในระบอบประชาธิปไตย

ค. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังละเมิดสิทธิมนุษยชน

รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ประกาศสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส กฎบัตรสิทธิและเสรีภาพของแคนาดา พระราชบัญญัติสิทธิของประชาชนนิวซีแลนด์และอังกฤษ จะมีข้อห้ามเกี่ยวกับกฎหมายย้อนหลัง รวมไปถึงยังปรากฏอยู่ในประกาศพื้นฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศและของยุโรป และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เมื่อปี ค.ศ.1966 ข้อ 15 (1) กำหนดว่า “บุคคลย่อมไม่ต้องรับผิดทางอาญา เพราะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ซึ่งในขณะที่กระทำไม่เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ และจะลงโทษให้หนักกว่าโทษที่มีอยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดอาญาไม่ได้ หากภายหลังการกระทำความผิดนั้น ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดโทษเบาลง ผู้กระทำผิดย่อมได้รับประโยชน์จากบทบัญญัตินั้น”

พื้นฐานของสิทธิที่กล่าวมาแล้วข้างต้นทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดี ข้อห้ามดังกล่าวถูกนำมาใช้เฉพาะ

กฎหมายอาญาเท่านั้น และความในข้อ 15 (2) กำหนดว่า “ความในข้อนี้ย่อมไม่กระทบต่อการพิจารณาคดี และการลงโทษบุคคลซึ่งได้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดอันเป็นความผิดอาญาตามหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นที่รับรองโดยประชาคมนานาชาติในขณะที่มีการกระทำนั้น”

อันจะเห็นได้ถึงแนวคิดว่ากฎเกณฑ์ที่ได้แย้งกฎหมายที่มีผลย้อนหลังถูกรับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือกฎบัตรเกี่ยวกับสิทธิที่มีผลทำให้กระบวนการของกฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่มีความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ดี ในทิศทางหนึ่งกฎหมายที่มีผลย้อนหลังอาจจะไม่มีความยุติธรรม แต่กฎหมายที่มีผลย้อนหลังอาจจะมีความยุติธรรมในทิศทางอื่นก็ได้ เช่น กรณีที่มีผู้หลบเลี่ยงการเสียภาษี กฎหมายย้อนหลังก็จะย้อนหลังมาลงโทษบุคคลดังกล่าว

การชี้แจงอย่างมีเหตุผลของข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายย้อนหลังทำให้เห็นได้ว่ากฎหมายที่มีผลย้อนหลังไม่มีความยุติธรรม เพราะกฎหมายย้อนหลังส่งผลให้เกิดความล้มเหลวในการเคารพต่ออิสรภาพของปัจเจกชน ข้อโต้แย้งดังกล่าว คือ การเรียกร้องอิสระที่จะสามารถวางแผนชีวิตของตนเองได้ และกฎหมายย้อนหลังทำให้ความสามารถดังกล่าวลดลงเนื่องจากกฎหมายย้อนหลังทำให้ไม่สามารถคาดหมายผลลัพธ์ที่จะตามมาจากการกระทำในอดีต และด้วยเหตุนี้กฎหมายที่มีผลย้อนหลังจึงเป็นกฎหมายที่ทำลายความคาดหลังของประชาชนที่มีต่อรูปแบบพื้นฐานการดำรงอยู่ของกฎหมายและกฎหมายที่มีผลย้อนหลังก็จะเป็นอุปสรรคต่อความคาดหวังของประชาชนที่จะกระทำการใด ๆ เพราะผลลัพธ์ของกฎหมายของการกระทำที่ได้ไตร่ตรองไว้อย่างดีจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนของกฎหมายอยู่ในขณะที่ได้มีการกระทำนั้นด้วยเหตุนี้อิสระในการปกครองตนเองจึงต้องพิจารณาจากพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน ดังนั้นการแทรกแซงอิสระในการปกครองตนเองจึงเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

(2) ทฤษฎีที่สนับสนุนหลักกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง²²

ก. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังคือความเลวร้ายที่จำเป็น

วูเชลย์ กล่าวอ้างว่า กฎหมายย้อนหลังอาจเป็นเหตุผลที่เป็นธรรมได้ โดยกล่าวว่ามันอาจจะเป็นเรื่องจริงที่การกระทำที่ไม่เป็นธรรมจะไม่ดี แต่อย่างไรก็ดี ไม่จำเป็นเสมอที่การกระทำที่ไม่เป็นธรรมจะเป็นสิ่งที่ไม่ดี เพราะมันขึ้นอยู่กับว่ากรณีดังกล่าวเกิดขึ้นที่ใด พูลเลอร์เปรียบว่าสิ่งเหล่านี้ก็เหมือนเวลาที่อธิบายถึงบทบาทของการมีผลย้อนหลังในกฎหมายว่าเกิดขึ้นเพื่อช่วยเหลือเวลาทำสิ่งที่ผิดพลาดและต้องการแก้ไขให้ถูกต้อง

²² Charies Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law*. (New York : Oxford University Press Inc, 2006). P 229-242. อ้างใน วิริยา

เจียมศิริ, ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 35-38

การยกเหตุผลที่ว่า กฎหมายที่มีผลย้อนหลัง คือ ความเลวร้ายที่จำเป็น จะเห็นได้จากกรณีการบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเกี่ยวกับภาษี เหตุผลหนึ่งที่รัฐบาลบัญญัติกฎหมายย้อนหลังเกี่ยวกับภาษี เนื่องจาก การสูญเสียรายได้จากการจัดเก็บภาษีอย่างมากมา ความหมายของการสูญเสียรายได้ของรัฐทำให้เห็นได้ว่า การบัญญัติกฎหมายย้อนหลังจะเข้ามาช่วยเหลือและก่อให้เกิดความเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายย้อนหลังไม่ได้รับการยอมรับให้ถือว่าเป็นมาตรฐานของการตรากฎหมาย โดยจะยอมให้ดำเนินการได้เฉพาะเมื่อมีสภาพการณ์ที่รุนแรง โดยการตรากฎหมายย้อนหลังจะทำได้เฉพาะเมื่อมีการตัดสินใจโดยสภานิติบัญญัติเป็นกรณี ๆ ไป อย่างไรก็ตาม หลักการมีผลย้อนหลังไม่ได้เป็นสิ่งเลวร้าย เพราะว่า เวลาที่เราทำสิ่งใดผิดพลาดและจำเป็นต้องแก้ไข การมีผลย้อนหลังแสดงให้เห็นถึงความสำคัญ และมีศักยภาพในเชิงบวกที่จำเป็นต้องเป็นที่ยอมรับในบทบาทของการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย

ข. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นกฎหมายที่ดีกว่า

ถ้าพิจารณาถึงความเป็นไปได้ว่า การมีผลย้อนหลังสามารถทำให้เกิดการสนับสนุนหลักนิติรัฐ เหตุผลนี้เกิดขึ้นมาจากเหตุที่กฎหมายควรที่จะสามารถนำการมีผลย้อนหลังมาปรับใช้ได้อย่างกว้างขวางและไกลกว่าเดิม เพราะการตรากฎหมายใหม่มักจะก่อให้เกิดการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเก่าให้ดีขึ้นกว่าที่เป็นอยู่

โดย Savigny กล่าวว่า กฎหมายใหม่มักจะแสดงบทบาทและโน้มน้าวให้เห็นว่ากฎหมายใหม่ดีกว่ากฎหมายเดิม เพราะเป็นการคาดหวังว่าการปรับปรุงแก้ไขจะมีขอบเขตของกฎหมายที่กว้างขึ้น เหตุผลนี้ถือว่า ตรงกันข้ามกับเหตุผลที่ว่ากฎหมายย้อนหลังคือความเลวร้ายที่จำเป็น เพราะไม่ได้แสดงให้เห็นว่า การมีผลย้อนหลังเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา เหตุผลที่ว่าหลักเกณฑ์ใหม่ดีกว่าทำให้เห็นว่า การมีผลย้อนหลังมีผลในเชิงบวกอย่างแท้จริง เหตุผลดังกล่าวเป็นเหตุผลที่ว่าทำไมการมีผลย้อนหลังไม่ก่อให้เกิดความขัดแย้ง เพราะกฎหมายเก่าประกอบไปด้วยข้อบกพร่องที่ชัดเจนหรือข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นโดยไม่เจตนา ก็ย่อมต้องมีการปรับเปลี่ยนและแทนที่ด้วยกฎหมายใหม่เพื่อให้ข้อบกพร่องนั้นถูกต้องและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจะแสดงให้เห็นและสนับสนุนเหตุผลที่ว่ากฎหมายใหม่เป็นสิ่งที่ดีกว่า แต่อย่างไรก็ดี เหตุผลดังกล่าวก็ยังมีผู้ที่กังวลว่ากฎหมายใหม่จะมีความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพดีกว่ากฎหมายเก่าหรือไม่

อย่างไรก็ดี กฎหมายที่มีผลย้อนหลังจะกระทบต่อความเชื่อมั่นหรือการดำรงอยู่ของกฎหมายเพราะการใช้หลักการมีผลย้อนหลังนี้จะทำให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถของกฎหมายฉบับอื่นที่มีการวางกฎเกณฑ์เพื่อกำหนดพฤติกรรม กล่าวคือ บุคคลไม่สามารถมีความเชื่อมั่นต่อกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นได้อันมีผลต่อการที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ต่อไป ประการต่อมา อาจจะเป็นความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะกับการใช้กฎหมายย้อนหลัง

ยกตัวอย่าง Fisch ได้ให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายย้อนหลังจะเปลี่ยนแปลงมาตรฐานความรับผิดชอบที่อาจเรียกร้องให้มีการไต่สวนใหม่ในคดีเป็นร้อย ๆ คดี ซึ่งความเสียหายของการใช้หลักการมีผลย้อนหลังในกฎหมายใหม่จะก่อให้เกิดปัญหาต่อมา

ค. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมาจากอำนาจที่ดีกว่า

โดยปกติแล้ว เราคัดค้านกฎหมายที่ตราบนพื้นฐานที่ไม่เป็นประชาธิปไตยเพราะกฎหมายที่มีความเป็นประชาธิปไตยทำให้ทุกสิ่งทุกอย่างมีความเสมอภาคกัน ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ดีนั่นเอง จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายใหม่ที่เกิดขึ้นบนพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยหรือมาจาก รัฐอธิปไตยหรือผู้มีอำนาจตามระบอบประชาธิปไตยย่อมเป็นกฎหมายที่ดีกว่ากฎหมายเก่าที่เกิดขึ้นมาจากรัฐบาลในระบอบเผด็จการหรือรัฐบาลที่มาจากการปฏิวัติ

เหตุผลที่ว่ากฎหมายย้อนหลังมาจากอำนาจที่ดีกว่านั้น สืบเนื่องจากในประเทศที่มีระบอบเผด็จการ (เช่น รัฐบาลทหาร) ที่ถูกล้มล้างและได้มีการก่อตั้งระบอบประชาธิปไตยขึ้นในประเทศนั้น คำถามที่ตามมาว่า รัฐบาลจะเยียวยาประชาชนอย่างไร และใครเป็นผู้ดำเนินการเพราะสิ่งที่เกิดขึ้นในรัฐบาลเผด็จการจะมีตั้งแต่การทรมานและการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอนภายใต้ระบบกฎหมายเก่า ดังนั้น เมื่อมีการจัดตั้งรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตยย่อมมีผู้นำที่มีอำนาจในการออกกฎหมายที่ชอบธรรม และสามารถออกกฎหมายย้อนหลังอันเป็นกฎหมายใหม่ที่มีพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายได้

ง. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมีประสิทธิภาพมากกว่า

นักนิติศาสตร์บางท่านกล่าวอ้างว่าความคิดเห็นของคนส่วนใหญ่เห็นว่า กฎหมายย้อนหลังมีประสิทธิภาพมากกว่า โดยให้เหตุผลประการแรกว่า คือ การนำหลักมีผลย้อนหลังมาใช้กับกฎหมายใหม่มักจะนำไปสู่ประสิทธิภาพในการปกครอง การดำเนินการเหล่านี้ทำให้การปฏิบัติราชการมีความสะดวกมากขึ้น การใช้กฎหมายย้อนหลังทำให้ลดปัญหาเกี่ยวกับความซับซ้อนของกฎหมายที่มากเกินไป และประการที่สองว่า คือ การนำหลักการมีผลย้อนหลังมาใช้กับกฎหมายใหม่มักจะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ บรรลุผล

อย่างไรก็ดี Graetz และ Kaplow มีความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบของการมีผลย้อนหลังในกฎหมาย กล่าวคือ Graetz และ Kaplow มีความกังวลในความไม่แน่นอนของสมรรถภาพสำหรับการปฏิรูปกฎหมาย โดยเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งรัฐบาลอาจจะไม่ได้ตระหนักถึงการบรรเทาความเล็งทางกฎหมายอย่างที่ควรจะเป็นหรือไม่ อย่างไร

จ. กฎหมายที่มีผลย้อนหลังมีความยุติธรรม

หลักการของความยุติธรรมหรือหลักนิติรัฐ มิเพื่อสนับสนุนหลักการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลัง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว จะมีผลตรงกันข้ามกับทฤษฎีที่สนับสนุนกฎหมายย้อนหลัง แต่อย่างไรก็ดี ในเรื่องของความยุติธรรมอาจเป็นเหตุที่ทำให้กฎหมายมีผลย้อนหลังชอบธรรมได้ ซึ่งจะมีได้ในหลายสถานการณ์ที่กฎหมายย้อนหลังทำให้เกิดความยุติธรรมและความเท่าเทียมกัน

ในข้ออ้างเรื่องความยุติธรรมในการที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลัง โดยส่วนใหญ่ผู้ได้รับผลกระทบมักจะเป็นบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีอิทธิพลหรือมีอำนาจในระดับที่สามารถกดดันให้มีการตรากฎหมายขึ้นได้ การใช้กฎหมายย้อนหลังและการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้กฎหมายย้อนหลังอาจขัดกันในบางกรณีได้ การที่รัฐจะเลือกที่จะใช้ข้ออ้างใดเพื่อกลุ่มผลประโยชน์ใดจึงต้องเป็นไปโดยโปร่งใสและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมได้อย่างแท้จริง

(3) กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังกระทบต่อสิทธิของบุคคล การตรากฎหมายย้อนหลังที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลนั้นมีการกระทำในหลายกรณีซึ่งกรณีที่สำคัญและได้รับการนำมาใช้บ่อยครั้ง มีดังนี้²³

ก. กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม

การตรากฎหมายในลักษณะนี้ของฝ่ายนิติบัญญัติ ถือเป็นการตรากฎหมายที่มีผลย้อนหลังที่สร้างข้อขัดแย้งน้อยที่สุด และมีการนำเหตุผลนี้มาใช้ในการตรากฎหมายอยู่เป็นการทั่วไป วัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายย้อนหลังโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ก็เพื่อแก้ไขข้อผิดพลาดหรือเพื่อที่จะกลับหลักของคำพิพากษาหรือเพื่อที่จะบัญญัติเพิ่มบทลงโทษที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง การตรากฎหมายย้อนหลังที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมนั้น เป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองในสังคมสมัยใหม่ ถ้าเป็นการกระทำของรัฐบาลการตรากฎหมายในลักษณะนี้ก็จะไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในทางนโยบาย เหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำการดังกล่าว เนื่องจากในบางครั้งกฎหมายที่ตราขึ้นก่อนหน้านั้นอาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายดังกล่าว ซึ่งเมื่อเกิดกรณีดังกล่าว รัฐบาลจะแก้ไขด้วยการ

²³ Charies Sampford. Supra note 55. P.103-121 อ้างใน วิริยา เจียมศิริ. ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2553. หน้า 38-40.

ตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมให้มีผลย้อนหลังเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่มีข้อบกพร่อง เพื่อให้เกิดหลักประกันว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายจะสัมฤทธิ์ผลในการนำมาบังคับใช้

ลักษณะของการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีผลย้อนหลังสามารถแบ่งออกเป็นกรณีต่าง ๆ ได้ดังนี้

- การแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมตามวาระ (routine revision) เช่น การแก้ไขคำผิด การแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยาม การเปลี่ยนแปลงถ้อยคำของกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายเดิมหรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติตามวาระ ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีของประเทศออสเตรเลียที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ ค.ศ. 1989 กำหนดเพิ่มเติมนิยามของคำว่าเขตอุทยานไว้เป็นจำนวนมาก ซึ่งการตรากฎหมายเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ทำให้มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนหรือบุคคลเป็นอย่างมาก และการแก้ไขข้อบกพร่องในกฎหมายผู้อพยพและลี้ภัยในปี 2004 ให้มีผลย้อนหลังในการแก้ไขข้อบกพร่องที่เกิดจากการตรากฎหมายในกฎหมายเดิม ซึ่งผลของการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะเป็นการสร้างหลักประกันว่ากระบวนการเนรเทศควรจะต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขกฎหมายอันเกิดจากความผิดพลาดในการพิสูจน์อักษร ซึ่งต้องมีการแก้ไขเพื่อให้ตัวบทกฎหมายตรงกับเจตนารมณ์และบรรลู่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

- การปรับปรุงกฎหมาย (restorative legislation) การกระทำลักษณะเช่นนี้ เป็นการกระทำเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดผลกระทบจากช่องว่างของกฎหมาย การปรับปรุงกฎหมายจึงมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการที่จะอุดช่องว่างของกฎหมาย เช่น กรณีที่ต้องเรียกเก็บภาษีหรือค่าธรรมเนียมโดยที่ไม่จำเป็นต้องเก็บหรือในทางตรงกันข้ามมีภาษีที่รัฐต้องเก็บแต่ไม่สามารถเก็บได้ ก็จะมีการนำข้อยกเว้นมาใช้ในการเก็บภาษีเพื่อให้มีการจ่ายภาษีให้แก่รัฐ

- การตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้กระทำไปแล้ว (validating legislation) เป็นการตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรองผลของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำที่ได้ทำไปแล้วดังกล่าวนี้กลายเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลัง

- ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อกลับหลักของคำพิพากษา (overturning judicial decisions) การที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำดังกล่าวนี้ก็เนื่องจากการตีความกฎหมายของตุลาการในทางที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยเมื่อศาลได้มีคำพิพากษาขัดแย้งกับเจตนารมณ์เดิมของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายใหม่โดยให้มีผลย้อนหลังเพื่อกลับผลแห่งคำพิพากษานั้น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องกระทำดังกล่าวก็เพื่อรักษาไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายเดิมไว้

ข. กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นคุณ การตรากฎหมายในลักษณะนี้ โดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องสิทธิประโยชน์ในทางการเงินประชาชนจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว โดยที่ไม่ได้คาดหวังมาก่อนหรือรู้ตัวล่วงหน้าว่าตนจะได้รับประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น การคุ้มครองผู้บริโภคโดยพระราชบัญญัติความเชื่อถือของผู้บริโภค ค.ศ.2005 ในอังกฤษ กฎหมายดังกล่าวมีผลย้อนหลังให้ผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบจากการซื้อขายที่ไม่เป็นธรรมสามารถนำกฎหมายที่มีผลย้อนหลังมาเป็นการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายดังกล่าวได้

ตัวอย่างการให้ประโยชน์โดยการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลังนั้นมีหลายกรณี เช่น

- กรณีที่สภานิติบัญญัติอาจตัดสินใจที่จะละทิ้งรายได้จากภาษีอากรที่ขอด้วยกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายภาษี ฉบับที่ 5 ค.ศ. 1990 ของประเทศออสเตรเลีย
- กรณีที่สภานิติบัญญัติอาจยกประโยชน์โดยการย้อนหลังเกี่ยวกับสิทธิในการชำระเงินหรือเบี้ยเลี้ยง ยกตัวอย่าง ในประเทศออสเตรเลีย เช่น พระราชบัญญัติกิจการทหารผ่านศึกแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1989 โดยการเพิ่มเงินบำนาญหรืออาจจะไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการเงิน เช่นพระราชบัญญัติรถยนต์ ค.ศ. 1958 ขยายระยะเวลาของใบอนุญาตขับขี่จาก 1 ปี เป็น 3 ปี โดยไม่จำกัดว่าประโยชน์ที่ได้นั้นจะต้องเกิดขึ้นกับพลเมืองในประเทศอย่างเดียว

1.2.2 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในระบบ Common Law

1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

(1) ความเป็นมา

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (ex post facto law) ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับมานานตั้งแต่ก่อนการปฏิวัติ หรือก่อนการประกาศอิสรภาพ เนื่องจากเดิมประเทศสหรัฐอเมริกาเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ คนที่อพยพมาอยู่ในสหรัฐอเมริกาแรก ๆ ก็เป็นคนอังกฤษ ดังนั้น จึงมีการนำขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรม ตลอดจนระบบกฎหมายและแนวความคิดทางกฎหมายเข้ามาใช้ โดยในระยะแรกได้มีการบัญญัติหรือรับรองหลักนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐในหลายมลรัฐ ในประกาศเคลลาแวร์ (Delaware) เรื่อง สิทธิต้องห้ามมิให้มี “การลงโทษการกระทำความผิดย้อนหลัง” ประกาศเรื่องสิทธิของแมรี่แลนด์ (Maryland) และนอร์ท แคโรไลน่า (North Carolina) ระบุว่า “กฎหมายที่มีผลย้อนหลังที่ลงโทษการกระทำที่เกิดก่อนการตรากฎหมายและต่อมาถูกประกาศให้เป็นความผิดอาญานั้นถือว่าไม่ยุติธรรมและไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิเสรีภาพ ดังนั้น ไม่ควรบัญญัติให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง” รัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts) ซึ่งเป็นต้นแบบในการร่าง

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (Constitution of the United States) ได้มีการบัญญัติหลักการว่าด้วยการห้ามมิให้ตรากฎหมายใด ๆ อันเป็นการย้อนหลังโดยอธิบายความไว้อย่างประจักษ์ชัดว่ากฎหมายทำนองนี้ไม่มีความเป็นธรรมและขัดต่อหลักการขั้นพื้นฐานของรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตย

ต่อมาได้เกิดเหตุการณ์การต่อสู้การใช้อำนาจตามอำเภอใจของสององค์กร คือ องค์กรฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร ซึ่งได้มีการนำหลักนี้มาปรับใช้กับปัญหาของทั้งสององค์กรอย่างได้ผล สหรัฐอเมริกาจึงให้ความสำคัญกับหลักนี้มากขึ้น โดยนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1789 มาตรา 1 ข้อ 9 (3) มีใจความว่า รัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายลงโทษบุคคลโดยไม่มี การผ่านกระบวนการพิจารณาจากศาลหรือ ออกกฎหมายย้อนหลังไม่ได้²⁴ ข้อห้ามนี้เป็นข้อห้ามที่บังคับใช้กับกฎหมายของสหพันธ์ (federal government) โดยการห้ามตรากฎหมายประเภทดังกล่าวทั้ง 2 ประเภท และข้อ 10 (1) มีใจความว่า มลรัฐจะเข้าทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตรหรือร่วมเป็นสมาพันธรัฐออกบัตรอนุญาตให้จับกุมเรือสินค้าของชาติศัตรูออกเงินตรา ออกบัตรสินเชื่อ ใช้สิ่งอื่นที่ไม่ใช่เหรียญทองหรือเงินเป็นเครื่องชำระหนี้ ตรากฎหมายลงโทษบุคคลโดยไม่มี การผ่านกระบวนการพิจารณาจากศาล ตรากฎหมายย้อนหลัง หรือกฎหมายที่กระทบกระเทือนพันธกรณีตามสัญญาหรือให้ศาลบรรดาศักดิ์ใด ๆ ไม่ได้ ข้อห้ามนี้เป็นข้อห้ามที่บังคับใช้กับกฎหมายของมลรัฐ โดยการห้ามมิให้ตรากฎหมายย้อนหลัง²⁵ ซึ่งการบัญญัติหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังไว้ในรัฐธรรมนูญนี้สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศแรกในโลก

(2) ความหมาย

คำว่ากฎหมายย้อนหลังในภาษาอังกฤษ คือ retrospective หรือ retroactive law แต่ในสหรัฐอเมริกา คำว่า กฎหมายย้อนหลังใช้คำว่า ex post facto law ซึ่งคำนี้มีความหมายพิเศษถือเป็นเอกลักษณ์ของสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

คำว่า ex post facto law ตามศัพท์ภาษาลาติน แปลว่า “หลักจากการเกิดขึ้น ของข้อเท็จจริง” (after the fact)²⁶

²⁴ Article 1 section 9 (3) No bill of attainder or ex post facto law shall be passed. อังในวิริยา เจียมศิริ, ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553, หน้า 42.

²⁵ วิชัย เดิมรัตนศิริกุล, “กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเกี่ยวกับหลักกฎหมายย้อนหลัง”, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536, หน้า 33.

²⁶ โกลด์ โสภากย์วิจิตร, “พจนานุกรมกฎหมายอังกฤษ-ไทย”, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2525, หน้า 75.

คำว่า facto ก็คือ fact คือ ข้อเท็จจริง

คำว่า post ก็คือ การกระทำที่ล่วงมาแล้ว

Black' Law Dictionary ได้ให้ความหมาย ex post facto หมายความว่า ภายหลังจากเหตุการณื ภายหลังจากข้อเท็จจริง (after the fact)²⁷

เมื่อนำความหมายข้างต้นมารวมกัน ex post facto law ก็คือ กฎหมายที่บัญญัติถึงการกระทำที่ล่วงมาแล้ว²⁸

ดังนั้น กฎหมายที่เรียกว่า ex post facto law จึงเป็นกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายของการกระทำหรือข้อเท็จจริงที่ได้ทำไปแล้วก่อนการตรากฎหมายนั้น ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาเท่านั้น และใช้กับกฎหมายสหรัฐอเมริกาเท่านั้น โดยเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาห้ามรัฐสภา (Congress) ทั้งรัฐบาลกลางและของมลรัฐออกกฎหมาย เช่นว่านั้นใช้บังคับย้อนหลัง และศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The Supreme Court) เป็นศาลของรัฐบาลกลาง ถือว่า ข้อห้ามนี้ไม่อาจถูกละเมิดได้เพียงเพราะมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเช่นกัน คือ มาตรา 1 ข้อ 8 (3) ที่กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายทุกชนิดที่ “จำเป็นและเหมาะสม” ได้

คำว่า retrospective law หรือ retroactive law มีความหมายอย่างเดียว คือ กฎหมายย้อนหลัง ผู้พิพากษา Story ได้ให้ความหมาย retrospective law ไว้ว่า “บรรดา กฎหมายที่มีผลกระทบกระเทือนถึงสิทธิต่าง ๆ ซึ่งมีอยู่ตามกฎหมายเดิม หรือซึ่งมีผลเป็นการ ก่อให้เกิดขึ้นใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของ บุคคลในนิติกรรม ซึ่งได้กระทำไว้ก่อนกฎหมายฉบับนี้แล้ว จะถือว่าเป็นกฎหมายย้อนหลัง”

Black's Law Dictionary ได้ให้ความหมาย retrospective law ไว้ว่า “กฎหมายที่สร้างข้อบังคับใหม่ของการทำนิติกรรมที่ได้กระทำผ่านไปแล้ว หรือทำลายหรือทำให้ เสียหายสิทธิที่ได้มาโดยชอบแล้ว”²⁹

Retrospective law นั้นจะหมายความรวมถึง กฎหมายย้อนหลังอื่น ๆ นอกจากกฎหมายอาญา เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอภัยโทษ กฎหมายนิรโทษกรรม กฎหมาย ปลกครอง และกฎหมายภาษีอากรด้วย เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังที่รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา

²⁷ Black's Law Dictionary 8th ed.(St. Paul : West Group, 2004). p. 620.

²⁸ จิตติ ดิงศภัทย์, อมร จันทรสมบูรณ์ และวิญญู เกรืองาม. “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”. วารสารกฎหมาย 3 (พฤษภาคม – สิงหาคม, 2520) หน้า 222.

²⁹ Black's Law Dictionary. Op.cit., footnote 1. P.1184. อังโนวิไลลักษณ์ ศรีสุกใส. การมีผลใช้บังคับย้อนหลังของ กฎหมายภาษีอากรไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายภาษี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 39.

มิได้ห้ามรัฐสภาของรัฐบาลกลาง (Congress) ตรากฎหมายเช่นนั้น กล่าวคือ รัฐสภาสามารถตรา
กฎหมายย้อนหลังที่เป็น retrospective law ได้ (กฎหมายอื่น ๆ ที่ไม่ใช่กฎหมายอาญา) ตราบเท่าที่
กฎหมายนั้นไม่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

(3) สถานะและผลทางกฎหมายของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ประมาณปี ค.ศ. 1787 นักนิติศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาได้เสนอ
แนวความคิดว่า หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังควรใช้ครอบคลุมทั้งในส่วนของกฎหมายแพ่งและ
กฎหมายอาญา เพราะการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในทางนิติบัญญัตินั้นล้วนแต่มีผลกระทบต่อสิทธิ
ของบุคคล ซึ่งหากการเปลี่ยนแปลงเป็นผลจากผู้มีอิทธิพลของกลุ่มผลประโยชน์ หรือผู้ทรง
อิทธิพลที่เป็นคนส่วนน้อยของสังคม ผลกระทบดังกล่าวย่อมส่งผลต่อการดำเนินการด้านต่าง ๆ ใน
สังคม ไม่ว่าจะเป็นภาคอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจ ดังนั้น ข้อห้ามที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายย้อนหลัง
จึงต้องครอบคลุมถึงกฎหมายทางแพ่งด้วย ซึ่งการเสนอแนวความคิดใหม่ดังกล่าว ศาลสูงสุดของ
สหรัฐอเมริกาก็ได้พยายามที่จะรับรองสถานะของหลักกฎหมายย้อนหลัง ทั้งที่บัญญัติอยู่ใน
รัฐธรรมนูญและคำพิพากษาต่าง ๆ นั้น เพื่อช่วยให้บุคคลเกิดความมั่นใจว่ากฎหมายที่ตราออกมา
ใหม่ได้ให้คำเตือนล่วงหน้าโดยยอมให้แต่ละคนยึดมั่นกับความหมายตามกฎหมายเดิมจนกว่าจะมี
การเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนถึงผลจากการกระทำความคิดว่าต้องรับโทษโดยมีเจตนารมณ์สำคัญใน
การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยหน้าที่สำคัญของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง คือ
การจำกัดการใช้อำนาจของรัฐมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจและไร้ขอบเขต

ต่อมาหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังได้รับการยอมรับอย่างชัดเจน จน
ได้มีการนำหลักกฎหมายนี้ไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาได้นำหลักนี้
มาเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดี โดยสามารถแบ่งกฎหมายย้อนหลังออกเป็น 4 ประเภท คือ³⁰

- กฎหมายที่ตราออกมาใหม่จะย้อนหลังไปลงโทษบุคคลในทางอาญา
โดยในสมัยก่อนไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เลยหาได้ไม่ เช่น ในวันที่ 13 เมษายน นายโดมเล่น
สงกรานต์ โดยใช้แป้งดินสอพองปะหน้า น.ส.พลอย ได้ และไม่มีความคิด แต่พอวันที่ 30
เมษายน มีกฎหมายตราออกมาใหม่ย้อนไปมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 13 เมษายนว่า ใครก็ตามที่ใช้
แป้งดินสอพองปะหน้าผู้หญิงในวันสงกรานต์ถือว่ามีความผิดทางอาญาต้องถูกลงโทษปรับ จาก
ตัวอย่างจะเห็นว่า กรณีนี้กฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้เพราะเป็นการตรากฎหมายออกมาลงโทษ
บุคคลในทางอาญาย้อนหลัง

³⁰ เรื่องเดียวกัน. อ้างแล้วใน 5. หน้า 224.

- กฎหมายที่ตราออกมาใหม่จะย้อนหลังไปเพิ่มโทษให้หนักขึ้นไม่ได้ เช่น วันที่ 1 ตุลาคม มีกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำความผิดนี้มีความผิด ต้องรับโทษจำคุกเท่านั้น เท่านั้นปี ปรับเท่านั้นเท่านั้นบาท แต่พอวันที่ 31 ตุลาคม ก็มีการกฎหมายย้อนหลังออกมาว่าการกระทำความผิดครั้งนี้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ต้องรับโทษประหารชีวิต กรณีนี้ทำไม่ได้เพราะถือว่าเป็นการย้อนหลังให้โทษหนักกว่าเดิม

- กฎหมายที่ตราออกมาใหม่จะย้อนหลังไปเปลี่ยนประเภทโทษไม่ได้ เช่น แต่เดิมกฎหมายบัญญัติว่า ใครทำความผิดกรณีนี้ต้องรับโทษปรับ ต่อมาเมื่อมีกฎหมายใหม่ออกมาว่าความผิดกรณีนี้ต้องโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตเท่านั้น ถ้ามีกฎหมายลักษณะนี้ออกมาถือว่าใช้บังคับไม่ได้

- กฎหมายที่ตราออกมาใหม่จะย้อนหลังไปเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายลักษณะพยานไม่ได้ เว้นแต่จะออกมาเป็นคุณแก่บุคคลนั้นเท่านั้น เช่น กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นความผิดและพยานบอกเล่าห้ามรับฟัง 6 เดือน แต่ต่อมามีกฎหมายออกมาใหม่ว่า ในการกระทำเช่นเดียวกันนั้นให้รับฟังพยานบอกเล่ามาลงโทษได้ กล่าวคือ ถ้ามีคำเล่าลือมาในลักษณะใดลักษณะหนึ่งก็สามารถนำมาอ้างในศาลได้ ซึ่งเท่ากับเป็นปรักปรำผู้กระทำผิดและทำให้ผู้กระทำผิดตกอยู่ในภาวะหนักขึ้นกว่าเดิม ดังนั้น การตรากฎหมายออกมาใหม่ย้อนหลังเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของกฎหมายลักษณะพยานจึงไม่สามารถกระทำได้

จะเห็นได้ว่า การที่ผู้พิพากษาศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา นำหลักการในคำพิพากษาไปใช้เป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีนั้น สหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมาก แม้เป็นการบังคับใช้กับกฎหมายที่มีลักษณะความผิดที่เป็นโทษทางอาญาเท่านั้นก็ตาม

(4) การนำหลักกฎหมายย้อนหลังมาปรับใช้โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา

โดยหลักแล้วศาลสูงสุดจะไม่เห็นด้วยกับการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งในรัฐธรรมนูญของทั้งสหพันธรัฐและมลรัฐได้มีการบัญญัติห้ามมิให้มีการตรากฎหมายย้อนหลัง ศาลสูงสุดมักอ้างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 ที่ได้ให้สิทธิบุคคลที่จะได้รับการคุ้มครองจากหลักกระบวนการที่ถูกต้องของกฎหมายโดยหลักการพื้นฐานนี้มาจากแนวความคิดที่ว่า รัฐจะกระทำการใดตามอำเภอใจของตนไม่ได้ แต่ต้องกระทำการใด ๆ อย่างยุติธรรมตามกฎหมายที่กำหนดไว้ และฉบับที่ 14 ที่ได้กำหนดข้อจำกัดอำนาจของมลรัฐที่สำคัญ 3 ประการ คือ มลรัฐต้องไม่ละเมิดเอกสิทธิและความคุ้มกันของพลเมือง มลรัฐจะต้องไม่ตัดทอนสิทธิในชีวิต เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของบุคคลโดยปราศจากหลักกระบวนการที่ถูกต้องของ

กฎหมาย และมลรัฐจะต้องให้หลักประกันแก่ประชาชนทุกคนว่าจะได้รับการปกป้องอย่างเสมอกัน ภายใต้กฎหมายสำหรับใช้ในการคัดค้านการตรากฎหมายให้มีผลย้อนหลัง

ตัวอย่างคดีที่ผู้พิพากษาของศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยโดยพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับหลักกฎหมายย้อนหลังไว้ ดังนี้

- การตรากฎหมายย้อนหลังในสถานการณ์ฉุกเฉิน
- การตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรอง ปรับเปลี่ยน หรือเยียวยาการดำเนินการใดของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ
- การตรากฎหมายภาษีย้อนหลัง
- การตรากฎหมายย้อนหลังในกรณีอื่น ๆ

โดยสรุปแล้ว ส่วนใหญ่ศาลจะไม่เห็นด้วยกับการตรากฎหมายย้อนหลัง แต่อย่างไรก็ตามหากเป็นการคัดค้านเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ 2 กรณีแรก คือ การตรากฎหมายย้อนหลังในสถานการณ์ฉุกเฉิน และการตรากฎหมายย้อนหลังเพื่อรับรอง ปรับเปลี่ยน หรือเยียวยาการดำเนินการใดของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ศาลสูงสุดจะเห็นชอบด้วย เนื่องจากการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ

กรณีการตรากฎหมายย้อนหลังซึ่งเป็นกฎหมายภาษีย้อนหลัง ในช่วงปี ค.ศ. 1927 – 1937 ศาลไม่เห็นด้วยกับการตราภาษีเพื่อบังคับใช้ย้อนหลัง แต่ในช่วงหลังปี ค.ศ. 1937 ศาลได้มีความเห็นที่เปลี่ยนไป กล่าวคือ ศาลจะเห็นชอบด้วยกับมาตรการทางภาษีย้อนหลังไม่ว่าจะเป็นภาษีเงินได้หรือภาษีการโอน หากปรากฏว่าผู้เสียภาษีอาจคาดหมายได้อย่างสมเหตุสมผลว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายเพื่อกำหนดภาษีย้อนหลังในการโอนทรัพย์สินต่าง ๆ

สำหรับการตรากฎหมายย้อนหลังในกรณีอื่น ๆ โดยมาก ศาลจะเห็นชอบด้วยกับการตรากฎหมายย้อนหลังในกรณีที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาล หรือเป็นกรณีการบัญญัติกฎหมายย้อนหลังที่มีผลกระทบต่อกระบวนการเยียวยาแก้ไข ภาษีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลไม่ แต่ ศาลจะพิจารณาอย่างเข้มงวดกับการบัญญัติกฎหมายในระดับสหพันธรัฐย้อนหลังที่มีลักษณะเป็นการเพิกถอนหรือบั่นทอนการปฏิบัติหน้าที่ตามข้อบังคับในสัญญาของรัฐบาล

2) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร การตรากฎหมายต่าง ๆ ขึ้นอยู่กับรัฐสภาผู้ซึ่งมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย ดังนั้นรัฐสภาจะตรากฎหมายอย่างไรก็ย่อมทำได้ หรือจะให้ผลย้อนหลังหรือไม่ จะเป็นคุณหรือเป็นโทษก็ย่อมทำได้ ซึ่งหลักการห้ามย้อนหลังในประเทศอังกฤษนั้น ไม่ปรากฏแน่ชัดว่ามีการยอมรับมากนักอยู่แล้ว

(1) ความเป็นมา

ในประเทศอังกฤษหลักกฎหมายนี้มีที่มาจากหลักนิติธรรม (The rule of law) ซึ่งชาวอังกฤษถือเสมือนเป็นสมบัติประจำชาติของตน และด้วยกฎหมายของประเทศอังกฤษเป็นระบบ Common law หลักกฎหมายนี้จึงไม่มีการบัญญัติหรือยอมรับเป็นลายลักษณ์ แต่ที่ยึดถือหลักห้ามกฎหมายย้อนหลัง เพียงแต่อาจจะไม่เคร่งครัดเท่าไรนัก ทั้งนี้เพื่อผดุงความยุติธรรมให้สังคม อย่างไรก็ตามศาล Common law ก็ได้สร้างหลักกฎหมายนี้ขึ้นมาใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราออกมาว่าไม่ให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งถือเป็นหลักในการพิจารณากรณีทั่ว ๆ ไป แต่ก็มีข้อยกเว้นกรณีที่ปรากฏชัดเจนว่ารัฐสภาต้องการให้ใช้บังคับย้อนหลัง ศาลจึงจะสามารถตีความกฎหมายให้มีผลย้อนหลังได้³¹

ต่อมาหลักนี้ได้ปรากฏให้เห็นได้ชัดขึ้นจากการประกาศใช้กฎบัตรแห่งพระเจ้าเฮนรีที่ 1 (The Charter of Henry the first) และได้มีการกล่าวซ้ำในรัฐธรรมนูญคลาเรนดอน (Clarendon) อย่างไรก็ตาม ก็ต้องยอมรับว่า Magna carta³² นั้นเป็นสัญลักษณ์อันยิ่งใหญ่แห่งอำนาจทางการเมืองในด้านสังคม (Socio-political forces) ซึ่งได้กำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของหลักนิติธรรมในอังกฤษ แต่การตราหลักกฎหมายนี้ได้บัญญัติไว้โดยตรง เป็นแต่เพียงได้วางวิธีป้องกัน และหลักวิธีพิจารณา (Procedural safeguards) และต่อมาภายหลังหลักกฎหมายนี้ได้วางหลักต่าง ๆ ในกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อันที่จริงแล้ว รัฐสภาของอังกฤษมีบทบาทสำคัญในการเปลี่ยนแปลงลักษณะอันคลุมเครือของหลักกฎหมายนี้มาเป็นกฎที่มีขอบเขตจำกัดพอประมาณ

(2) ความหมาย

ในประเทศอังกฤษ กฎหมายย้อนหลังใช้คำว่า retrospective law ซึ่งได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายไว้ ดังนี้

Sedgwick ได้ให้ความหมายของคำว่า กฎหมายย้อนหลังว่า “กฎหมายใดจะถือว่าเป็นการย้อนหลัง ต่อเมื่อบรรดากฎหมายนั้นมีผลกระทบกระเทือนด้วยการทำให้หมดไป หรือทำให้เสียไปซึ่งถึงสิทธิต่าง ๆ ที่ได้มาแล้วภายใต้กฎหมายเดิมหรือซึ่งมีผลเป็นการ

³¹ วิชัย เดิมรัตนศิริกุล, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักการห้ามย้อนหลัง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536, หน้า 50.

³² Magna Carta ของอังกฤษ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งมีสาระสำคัญว่า “บุคคลใดจะถูกจับกุม คမ်း ขัง ริบทรัพย์ เนรเทศ ประกาศว่าเป็นคนนอกกฎหมาย หรือถูกลงโทษ ไม่ว่าโดยวิธีการอย่างไรหาได้ไม่ เว้นแต่จะได้รับการพิจารณาอันเที่ยงธรรมจากบุคคลชั้นเดียวกับเขาและตามกฎหมายบ้านเมือง”

ก่อให้เกิดหนี้ขึ้นใหม่ หรือวางหน้าที่ขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในนิติกรรมซึ่งได้กระทำกันไปก่อนกฎหมายฉบับนี้แล้ว”³³

กฎหมายย้อนหลัง ได้แก่ กฎหมายซึ่งระงับหรือทำให้เสียซึ่งสิทธิที่ได้มีอยู่แล้วตามกฎหมายเดิม หรือกฎหมายซึ่งก่อตั้งขึ้นใหม่ หรือกำหนดหน้าที่ขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับความสามารถในการทำนิติกรรมสัญญาซึ่งได้ทำกันขึ้นไว้ก่อนแล้ว³⁴

กฎหมายย้อนหลัง คือ กฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีหรือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายใหม่มีผลบังคับใช้ ถ้ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนถึงลักษณะหรือผลของนิติกรรมที่ได้ทำขึ้นไว้ก่อน หรือกระทบกระเทือนถึงลักษณะหรือผลของการกระทำซึ่งได้เกิดขึ้นแล้ว³⁵

จากความหมายข้างต้นสรุปได้ว่า กฎหมายย้อนหลังของอังกฤษหมายถึง กฎหมายทุกชนิดหรือทุกประเภทที่ได้ตราหรือบัญญัติขึ้นมาใช้บังคับแล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อกรกระทำต่าง ๆ ที่กฎหมายเดิมกำหนดไว้

(3) สถานะและผลทางกฎหมายของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law ที่มีรัฐธรรมนูญแบบไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย กล่าวคือ จะตรากฎหมายออกมามีประการใดก็สามารถทำได้ไม่ว่ากฎหมายที่ตรานั้นจะมีผลย้อนหลังกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างไร ด้วยเหตุนี้จึงมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่าประเทศอังกฤษมิได้ยอมรับหลักกฎหมายนี้มาใช้บังคับแต่อย่างใด แต่ก็มีกรณีโต้แย้งว่าประเทศอังกฤษยอมรับและยึดถือหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนี้เช่นกัน เพียงแต่ไม่เคร่งครัดเท่านั้น ซึ่งมีการพบว่าการออกกฎหมายกำหนดความผิดอาญาใหม่เกิดขึ้นและมีผลย้อนหลังด้วย เช่น คดี R V. Manley (1993) คดี Shaw V. Director of public prosecution (1962)³⁶ อย่างไรก็ตาม ศาล Common Law ได้สร้างหลักกฎหมายนี้ขึ้นมาใช้ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราออกมา

³³ Sedgwick. “Statutory and Constitution law”, n.p., p. 160. Charles E. Qdges. The Constitution of Deeds and Statutes, 4th ed. (London : Sweet&Maxwell, 1958). pp. 197-198 อ้างในประภาพรรณ อุดมจรรยา. “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521. หน้า 58.

³⁴ S.G.G. Edgar, Craies on Statutes Law. 7th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1971). p. 387. และอมร จันทสมบุรณ์. อ้างแล้วใน 5. หน้า 1.

³⁵ Halsbury’s Law of England. 3rd ed. Vol. 36 (London : Butterworth & Co.Publishers.Ltd., 1961). P. 423 และ อมร จันทสมบุรณ์. อ้างแล้วใน 5. หน้า 1.

³⁶ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. “ความยินยอมในกฎหมายอาญา”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523. หน้า 19.

ว่าไม่ให้มีผลย้อนหลังขึ้นเป็นหลักในการพิจารณากรณีทั่ว ๆ ไป แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่กฎหมายนั้นปรากฏโดยชัดแจ้งว่า รัฐสภาต้องการให้กฎหมายนั้นมีผลย้อนหลัง ศาลจึงจะสามารถตีความกฎหมายนั้นให้มีผลบังคับย้อนหลังได้

1.2.3 หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในระบบ Civil Law

1) ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส ถือว่าหลักกฎหมายย้อนหลังเป็นหลักการดั้งเดิมและมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป โดยมีผลเป็นการทั่วไปว่า กฎหมายใหม่จะไม่นำไปใช้ให้มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีต ซึ่งฝรั่งเศสเป็นประเทศแรกในทวีปยุโรปที่ได้นำหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (le principe de non retroactivite des lois) มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยก่อนการปฏิวัติของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ได้มีการเคลื่อนไหวในการทำกฎหมายเป็นรูปประมวลกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้เกิดความก้าวหน้าทางเทคนิคทางความคิดด้านกฎหมายนั่นก็คือ เกิดหลัก “ไม่มีโทษ ไม่มีกฎหมาย” ขึ้น (Nulla Poena) ซึ่งก็แสดงให้เห็นว่าการบัญญัติกฎหมายทางสบัญญัติของข้อห้ามดังกล่าวนี้ได้ก้าวล่วงเข้าสู่วงการกฎหมายอาญาในภาคพื้นทวีปยุโรปแล้ว นอกจากนี้หลักกฎหมายดังกล่าวยังมีการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลและของพลเมือง ค.ศ. 1789 มาตรา 8 ว่า “กฎหมายจะต้องบัญญัติสภาพบังคับเฉพาะในกรณีที่ทำเป็นอย่างแท้จริง และไม่มีบุคคลใดที่จะถูกลงโทษเพื่อการกระทำอื่นใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นความผิด ก่อนที่การกระทำเช่นนั้นจะเกิดขึ้น และได้มีการใช้กฎหมายนั้นบังคับโดยชอบธรรมแล้ว” ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับรองบทบัญญัติในประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” หรือ “หลักกฎหมายต่าง ๆ ที่มีค่าเสมอรัฐธรรมนูญ” นอกจากนี้รัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส ค.ศ.1795 ก็เคยบัญญัติจำกัดอำนาจของสภานิติบัญญัติไว้มิให้ออกกฎหมายย้อนหลัง ทั้งทางแพ่งและทางอาญา แต่อย่างไรก็ตามหลักกฎหมายนี้เพิ่งปรากฏในร่างของประมวลกฎหมายอาญาของฝรั่งเศสครั้งแรกในปี ค.ศ. 1790 และได้กลายมาเป็นประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสในเวลาต่อมา โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “ความผิดลหุโทษ ความผิดมัธยโทษ และความผิดอุกฤษโทษ จะถูกลงโทษซึ่งมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนที่จะกระทำความผิดนั้น ๆ ไม่ได้” ซึ่งประมวลกฎหมายอาญาของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวนี้ต่อมาได้ถูกเผยแพร่ไปทั่วยุโรปตะวันออก ยุโรปตะวันตกและกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย ซึ่งก็กลายเป็นแม่แบบของประมวลกฎหมายอาญาของเกือบทุกประเทศในภาคพื้นยุโรป นอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการนี้ไว้ว่า ถ้าไม่มีบทเฉพาะกาลเขียนไว้เป็นการเฉพาะ การใช้บังคับกฎหมายของศาลจะไม่ใช้ย้อนหลังไปกระทบถึงสิทธิที่ได้มาแล้ว กล่าวคือ กฎหมายนั้นอนุญาตให้ใช้บังคับได้ก็แต่ในอนาคต กฎหมาย

จึงไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั้งที่มีอยู่ทั่วไปในกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง และยังเป็นหลักทั่วไปที่นำมาใช้ได้กับการออกกฎ ระเบียบต่าง ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองอีกด้วย นอกจากนี้ ยังเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าถ้าไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นแล้ว ผู้พิพากษาไม่อาจบังคับใช้กฎหมายใหม่ไปปรับเข้ากับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น³⁷ ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 82 - 155 ลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1982 เกี่ยวกับการบังคับใช้หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในกรณีของโทษอื่นที่มีใช้โทษทางอาญา โดยเป็นโทษเกี่ยวกับโทษทางภาษีว่า หลักความไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมายหาได้ใช้บังคับแต่เฉพาะกับกฎหมายที่บัญญัติกำหนดความผิดและโทษทางอาญา ซึ่งศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาเป็นผู้ลงโทษแก่ผู้กระทำผิดเท่านั้น ไม่ หากแต่ยังต้องขยายไปใช้บังคับกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทุกประเภท แม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะเห็นสมควรมอบหมายให้องค์กรอื่นที่มีองค์กรตุลาการเป็นผู้ลงโทษแก่ผู้กระทำผิดด้วย³⁸

ประเทศฝรั่งเศสมีการบัญญัติหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง (non-rétroactivité) ไว้ในมาตรา 111-3 แห่งประมวลกฎหมายอาญาประกอบกับมาตรา 112-1 แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยนำมาบังคับใช้อย่างเคร่งครัดในประมวลกฎหมายอาญา กล่าวคือห้ามบังคับใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังที่เป็นโทษแก่ผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ยังมีสุภาษิตกฎหมายบัญญัติว่า ไม่มีกฎหมายไม่มีโทษ Nulla crimen sine lege และ Nulla poena sine lege หรือ No Crime no punishment without law ซึ่งเป็นการยืนยันว่า ถ้าในขณะที่กระทำความผิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดผู้กระทำความผิดก็ไม่มีผิด และจะลงโทษไม่ได้ นอกจากนี้ในทางกฎหมายแพ่งนั้นมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส ก็ได้บัญญัติหลักนี้ไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในเรื่องนี้ก็มีข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว เช่น ผู้ออกกฎหมายอาจะระบุให้กฎหมายมีผลย้อนหลังได้ด้วยเหตุผลใดเหตุผลหนึ่งตามที่กฎหมายให้อำนาจให้ทำได้ ตัวอย่างเช่นกฎหมายว่าด้วยอุบัติเหตุการจราจร (loi du 11 juillet 1985 relative aux accidents de circulation) นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่กฎหมายมีผลย้อนหลังไปก่อนวันประกาศใช้บังคับอื่น ๆ อีกหลายกรณี เช่น กฎหมายที่ออกมาเพื่อการตีความกฎหมายที่ได้ออกมาก่อนแล้ว เช่น ปี 2545 รัฐออกกฎหมาย (ก) ต่อมามีปัญหาในการตีความ ปี 2546 รัฐจึงออกกฎหมาย (ข) (หรือ loi d'interprétation) มาเพื่ออธิบายและช่วยในการตีความกฎหมาย (ก) กฎหมาย (ข) จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่กฎหมาย (ก) เริ่ม

³⁷ อุษณีย์ ลีวิไลกุลรัตน์. ผลกระทบของการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยให้มีผลย้อนหลัง : ศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณี กฟผ. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551. หน้า 29.

³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543. หน้า 128.

บังคับใช้ ตามปกติแล้วกฎหมายจะมีผลบังคับใช้ทันที (effet immédiat) หลังจากที่ประกาศใช้ (promulgation) และตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษา (journal officiel) แล้ว 1 วัน (un jour franc) เช่น กฎหมายตีพิมพ์วันที่ 15 ตุลาคม จะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 17 ตุลาคม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้กฎหมายมีผลบังคับใช้อาจกำหนดให้มีผลบังคับใช้ในอนาคต ตั้งแต่วันที่นั้น ๆ เป็นต้นไปก็ได้

ในประเทศฝรั่งเศส โดยหลักทั่วไปเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดให้คำสั่งของตนมีผลย้อนหลังได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ใช่เป็นการประยุกต์ใช้มาตรา 2³⁹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง (ซึ่งเกี่ยวข้องกับเฉพาะที่เกี่ยวกับรัฐบัญญัติ) แต่เป็น “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” ซึ่งศาลยอมรับว่ามีคุณค่าอย่างกฎเกณฑ์ของกฎหมาย (valeur de règle de droit)⁴⁰ โดยศาลปกครองจะพิจารณาโดยยึดถือหลักนี้อย่างเคร่งครัด กล่าวคือศาลจะยอมรับให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้ก็ต่อเมื่อรัฐบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วเท่านั้น⁴¹ ถ้านอกเหนือจากกรณีมีรัฐบัญญัติกำหนดเปิดช่องไว้แล้ว ศาลจะเพิกถอนมาตรการที่มีผลย้อนหลังในทุกกรณี ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทั่วไป (réglements administratifs)⁴² หรือเป็นคำสั่งที่มีผลเฉพาะราย (décisions individuelles) เช่น การแต่งตั้งข้าราชการย้อนหลัง⁴³ เป็นต้น

2) ประเทศเยอรมัน

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต โดยเฉพาะการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว การมีผลย้อนหลังของกฎหมายแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ⁴⁴

³⁹ มาตรา 2 รัฐบัญญัติจะบัญญัติแต่เฉพาะเพื่อผลในอนาคตเท่านั้น โดยจะไม่มีผลย้อนหลัง.

⁴⁰ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 8 กรกฎาคม 1949. Delacommune, d.soc. 1949, 315 อ้างใน สักดิ์ชัย สักกะบุชา. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2543. หน้า 48.

⁴¹ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 15 กุมภาพันธ์ 1949. Soc. Civile de l'école Gerson, 315 อ้างใน สักดิ์ชัย สักกะบุชา. เรื่องเดียวกัน. หน้า 48.

⁴² คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 2 พฤษภาคม 1947. Devouge, S. 1948, 3, 8. อ้างใน สักดิ์ชัย สักกะบุชา. เรื่องเดียวกัน. หน้า 48.

⁴³ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 17 พฤษภาคม 1907. Le Gibot, 460, concl. Teissier. อ้างใน สักดิ์ชัย สักกะบุชา. เรื่องเดียวกัน. หน้า 48.

⁴⁴ Ekkehart Stein, Staatsrecht, 14. Aufl., s 164. อ้างในบรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544). หน้า 29.

(1) การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย (die echte ruckwirkung) หรือเรียกว่าการมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย (ruckwirkung von rechtsfolgen) กรณีนี้ได้แก่กรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้วและกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น การเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญโดยให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ย่อมหมายความว่า ผู้รับบำนาญย่อมมีสิทธิได้รับเงินบำนาญเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านพ้นไปแล้วตามที่กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังไปถึง

(2) การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ (die unechte ruckwirkung) หมายถึงกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมีได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญสำหรับผู้มีสิทธิได้รับบำนาญ โดยให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ในกรณีนี้จะให้มีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปในอนาคต

รูปแบบของการมีผลย้อนหลังทั้งสองกรณี หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีข้อห้ามแต่อย่างใด แต่กรณีที่ก่อให้เกิดภาระหรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมมีขอบเขตตามหลักความแน่นอนของกฎหมายกับหลักการคุ้มครองความสุจริต ซึ่งตามหลักทั้งสองก็มีได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง แต่การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษนั้นย่อมนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในทางกฎหมายอาญา ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ นั้น ในกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ จำเป็นจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว และสำหรับการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการมุ่งคุ้มครอง แต่อย่างไรก็ตามจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ทั้งสองกรณีประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่⁴⁵

3) ประเทศไทย

(1) วิวัฒนาการของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย
ประเทศไทยมีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาตั้งแต่สมัยสุโขทัย กรุงศรีอยุธยา กรุงธนบุรี จนถึงช่วงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การปกครองแบบ

⁴⁵ Konrad Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., S.206 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ.

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ จะมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศและทรงเป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุด สามารถใช้อำนาจได้อย่างเด็ดขาดในทุก ๆ เรื่อง ทุกสิ่งที่พระมหากษัตริย์ตรัสออกมาจะมีผลเป็นกฎหมายทั้งสิ้น โดยมีต้องคำนึงถึงว่าจะมีผลต่อสิ่งที่ได้เกิดขึ้นแล้วในอดีต สิ่งที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน หรือสิ่งที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตก็ตาม ดังที่มีพระหัตถเลขาของรัชกาลที่ 5 ซึ่งได้ทรงพระนิพนธ์เอาไว้ว่า “อันพระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินสยามนี้ยิ่งใหญ่ไพศาลหาที่สุดมิได้ จะออกกฎหมายใด ทำการใดก็เป็นอันว่าสำเร็จเด็ดขาดไปด้วยพระบรมเดชานุภาพนั้น”⁴⁶ ดังนั้น การปกครองในแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้จะไม่มีการยอมรับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หรืออีกนัยหนึ่งไม่มีการยอมรับหลักย้อนหลังของกฎหมาย ถึงแม้ว่าระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จะไม่ยอมรับหลักกฎหมายนี้ก็ตาม แต่เมื่อประเทศไทยเริ่มมีการจัดทำประมวลกฎหมาย หลักนี้ก็ถูกนำมาบัญญัติและบังคับใช้เป็นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในมาตรา 7 ที่กำหนดว่าบุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษได้ (วรรคสอง) และอาญาที่จะใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น ก็ไม่ควรใช้อาญาอย่างอื่น นอกจากอาญาที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยภายหลังจากที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองประเทศไทยยังคงมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศแต่ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบบกฎหมายและระบบของศาลของประเทศไทยยังมีความล่าช้าอยู่มาก ทำให้คนต่างชาติไม่เชื่อมั่นต่อกฎหมายและระบบของศาลไทยว่าจะให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพและความยุติธรรมแก่คนของตนได้ จึงไม่ยอมให้คนในบังคับของต่างชาติขึ้นศาลไทยหรืออยู่ในอำนาจบังคับของศาลไทย และเรียกร้องขอขึ้นศาลพิเศษที่เรียกว่า ศาลกงสุล ที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาของประเทศนั้นโดยมิได้ใช้กฎหมายของประเทศไทย ทำให้ประเทศไทยต้องพัฒนาและปรับปรุงระบบกฎหมายให้ทันสมัยเพื่อเป็นที่ยอมรับจากนานาชาติและเรียกร้องเอกราชทางศาลของไทยให้กลับคืนมาดังเดิม ในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัย และเป็นที่ยอมรับแก่นานาชาติประเทศนั้น ประเทศไทยก็ได้มีการรับแบบแผนและแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศนั้นมาด้วย ซึ่งหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังก็เป็นแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศที่ประเทศไทยได้รับเข้ามาด้วยอันหนึ่ง

⁴⁶ จิตติ ดิงศักดิ์, อมร จันทรสุมบูรณ์ และวิญญู เครืองาม. (2520. พฤษภาคม-สิงหาคม). “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง”. วารสารกฎหมาย 3. หน้า 210.

(2) สถานะของหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป⁴⁷ ที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีบทบาทในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ และมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ ซึ่งในระบบกฎหมายไทยแม้จะเห็นความสำคัญของหลักกฎหมายนี้อย่างเช่นรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ ก็ตาม แต่ก็มีเพียงในทางกฎหมายอาญาเท่านั้นที่หลักกฎหมายนี้ได้รับการยอมรับและรับรองอย่างชัดเจน

(3) พัฒนาการทางปรัชญาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในกฎหมายไทย

กฎหมายไทยนั้น มีพัฒนาการด้านกฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชนในช่วงแรกของพัฒนาการทางกฎหมายเหตุผลเพราะพระมหากษัตริย์หรือขุนนางได้ส่งลูกหลานไปศึกษาต่อในต่างประเทศที่มีการศึกษากฎหมายเอกชนแพร่หลาย ซึ่งอิทธิพลทางกฎหมายเอกชนดังกล่าว ได้ส่งผลถึงลักษณะการใช้บังคับกฎหมายในประเทศไทยมาจนถึงปัจจุบันนี้

ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน เช่นเดียวกับหลาย ๆ ประเทศในภาคพื้นยุโรปและเอเชีย ได้แสดงให้เห็นว่า ก่อนที่จะนำมาสู่ระบบประมวลกฎหมายที่สามารถแยกจากกันเป็นสาขากฎหมายเอกชนและสาขากฎหมายมหาชนได้นั้น ต้องผ่านกระบวนการเรียนรู้สั่งสมพัฒนาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไปสู่ระบบกฎหมาย ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และแนวทางที่มาจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล (Common Law) ต่อคำถามที่ว่า กฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจหรือเป็นเรื่องของเหตุผล นักปรัชญาเมธีในอดีตในแต่ละยุคสมัย จะได้คำตอบที่แตกต่างกัน บ้างก็ว่าเป็นเรื่องของเหตุผล นักปรัชญาเมธีในอดีตในแต่ละยุคสมัยจะให้คำตอบที่แตกต่างกัน บ้างก็ว่าเป็นเรื่องของอำนาจ บ้างก็ว่าเป็นเรื่องของเหตุผลของมนุษย์สุดแต่ผู้นั้นจะได้รับการศึกษาอบรม และวิถีแห่งปรัชญาไปในแนวทางใด แต่สิ่งที่เหมือนกันของระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นั้น คือจุดเริ่มต้นกฎเกณฑ์ที่ยึดถือกันมาจนกลายเป็นจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นพัฒนาคลี่คลายไปเมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ที่จะควบคุมคนในสังคมจึงมีความละเอียดอ่อนซับซ้อนตามไปด้วย ยุคสมัยหนึ่งอาจจะให้ความสำคัญกับปัจเจกชน ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพตามลัทธินิยมทางเศรษฐกิจกฎหมายในยุคนี้คือกฎหมายของนักกฎหมาย

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3.

แต่เมื่อลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจนี้ส่งผลกระทบต่อสังคม เนื่องจากมีการเอาเปรียบกันจากผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่สูงกว่า กฎหมายจึงต้องปรับเปลี่ยนโฉมหน้าเป็นกฎหมายที่ช่วยเหลือคนในสังคมให้ได้รับความเป็นธรรมตามที่เป็นจริง มิใช่เป็นเพียงอุดมการณ์ที่สวยหรู นั่นก็คือ พัฒนาการทางปรัชญาจากการคุ้มครองปัจเจกชนมาสู่การคุ้มครองสาธารณะ ยุคนี้คือ ยุค “กฎหมายเทคนิค” (Technical Law)⁴⁸ ตามหลักทฤษฎีกฎหมายสามชั้นของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์⁴⁹ ดังเช่นในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกประสบมาแล้วจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าพัฒนาการทางปรัชญาที่มีจุดมุ่งหมายสุดท้ายเพื่อประโยชน์สาธารณะในประเทศไทยนั้นเป็นเช่นใด

(4) การให้นิยามกฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยเรามักจะพบคำอธิบายหลักกฎหมายย้อนหลังอยู่ในหนังสือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป ว่าด้วยเรื่อง ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายในแง่เวลา กล่าวคือ โดยหลักทั่วไปแล้วกฎหมายประกาศเมื่อใดก็มีผลเมื่อนั้น เว้นแต่กฎหมายจะประกาศไว้เป็นอย่างอื่น⁵⁰ ดังนี้

ก. กฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับในวันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งถือว่าเป็นทางปฏิบัติตามปกติของประกาศกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสทราบข้อความของกฎหมายล่วงหน้า

ข. กฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับในวันใดวันหนึ่งที่กำหนดแน่นอนในอนาคต

ค. กฎหมายกำหนดให้มีผลใช้บังคับเมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาใดระยะเวลาหนึ่งในอนาคต

กรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดวันที่กฎหมายมีผลบังคับใช้ไว้แจ้งชัด นักกฎหมายไทยเห็นพ้องกันว่าต้องเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่า “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง” คือกฎหมายจะใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นในอนาคตนับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายเป็นต้นไปเท่านั้น

⁴⁸ กฎหมายเทคนิค (Technical Law) เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะเจาะจงในบางเรื่อง เนื่องจากสังคมที่มีความลึกลับซับซ้อน ข้อขัดแย้งในสังคมมีมาก.

⁴⁹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. “ทฤษฎีกฎหมายสามชั้นมองในแง่กฎหมายอาญา”. ในรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พี.เค., 2531. หน้า 140-144.

⁵⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดภาพพิมพ์, 2526. หน้า 39.

โดยจะไม่บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าวันบังคับแห่งกฎหมาย⁵¹ ยกตัวอย่าง เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีซึ่งมักจะบัญญัติให้มีผลย้อนหลัง ไปก่อนวันที่ ประกาศเพื่อให้ใช้บังคับภายในปีงบประมาณนั้น ๆ เป็นต้น

ดังนั้นความเข้าใจของนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จึงจำกัดนิยามของ กฎหมายย้อนหลังอยู่เพียงแต่กฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนวันที่กฎหมายนั้นจะประกาศใช้ จนทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับกฎหมายที่มีผลบังคับ ไปในอนาคตทุกฉบับมิใช่กฎหมาย ย้อนหลัง ทั้ง ๆ ที่กฎหมายที่มีผลบังคับไปในอนาคตบางฉบับมีผลไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ใน อนาคตของเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า⁵² กฎหมายย้อนหลังนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนวันที่กฎหมายนั้นจะ ประกาศใช้เท่านั้น แต่อาจจะมีกรณีที่เหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งเกิดขึ้นในช่วงที่กฎหมายเก่ายังมี ผลบังคับอยู่ และเหตุการณ์ดังกล่าวก็ยังไม่ได้จบสิ้นลงทันที แต่ยังคงดำเนินมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งมี กฎหมายใหม่ประกาศใช้ หรือเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งได้เกิดขึ้นในขณะที่ยังใช้กฎหมายเก่า แต่ เมื่อจะตัดสินคดีนั้นเป็นเวลาที่กฎหมายใหม่ประกาศใช้แล้ว กรณีเหล่านี้เป็นปัญหาว่าด้วยผล ย้อนหลังของกฎหมายทั้งสิ้น

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายย้อนหลังก็คือกฎหมายที่มุ่งใช้กับเหตุการณ์หรือ การกระทำที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตก่อนที่กฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ

(5) หลักกฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย

ในระบบกฎหมายไทยนั้น นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า หลักกฎหมาย ย้อนหลังเป็นหลักในการตีความ มิใช่หลักนิติบัญญัติ หมายความว่า ในกรณีกฎหมายไม่ได้กำหนด วันเริ่มต้นไว้ว่าให้มีผลเริ่มต้นเมื่อใดก็ให้ถือว่ามีผลตั้งแต่วันประกาศจะไปตีความให้มีผลย้อนหลัง ไม่ได้

หลักในการตีความนั้นหากด้วยบทกฎหมายมีความแข็งชัด การใช้ กฎหมายปรับกับข้อเท็จจริงย่อมไม่มีปัญหายุ่งยาก แต่ถ้าด้วยบทกฎหมายมีความเคลือบคลุมหรือมี กรณีสงสัยก็ต้องอาศัยการตีความเป็นเครื่องช่วย⁵³ ปัญหาจึงมีอยู่ว่า หากบทบัญญัติใดระบุอย่างชัดแจ้งให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังกับเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่กฎหมายนั้นจะ

⁵¹ ปกรณ์ มณีปกรณ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เอ็มทีเพรส, 2550. หน้า 125-126.

⁵² อนุวัติ ใจสมุทร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์อักษรสาส์น. หน้า 119-120.

⁵³ ชานินทร์ กรวิเชียร และวิษณุ มหาคุณ. การตีความกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2548. หน้าคำนำในการพิมพ์ครั้งที่ 1.

ประกาศใช้ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายบัญญัติแจ้งชัดให้มีผลย้อนหลัง กรณีนั้นจึงเป็นบทกฎหมายที่แจ้งชัดแล้ว จึงไม่ต้องตีความอีก

แต่หลักกฎหมายย้อนหลังนั้นมิได้เป็นเพียงหลักในการตีความหรือหลักในการนิธิบัญญัติเท่านั้น แต่ยังเป็นการชี้แจงน้ำหนักคุณค่าของหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมาย กล่าวคือ ในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังโดยแจ้งชัดแล้ว ศาลในฐานะผู้ใช้กฎหมายก็มีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายย้อนหลังนั้นบัญญัติขึ้นโดยชอบด้วยหลักกฎหมายย้อนหลังอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบกฎหมายหรือไม่ หากกฎหมายนั้นไม่ได้บัญญัติขึ้นโดยชอบด้วยหลักกฎหมายย้อนหลัง ศาลก็อาจจะไม่บังคับใช้กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังได้ หรือบังคับใช้เท่าที่พอสมควรแก่กรณีก็ได้ เป็นต้น และขณะเดียวกัน หากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการจะบัญญัติกฎหมายย้อนหลัง ก็มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพหลักกฎหมายย้อนหลังอันเป็นหลักการพื้นฐานนี้โดยต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานดังกล่าว

นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่⁵⁴ มีความเห็นตรงกันว่าโดยหลักแล้วกฎหมายต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลังไปใช้กับเหตุการณ์หรือการกระทำในอดีต แต่ก็มีข้อยกเว้น 2 ประการทำให้กฎหมายสามารถย้อนหลังได้ คือ ต้องระบุไว้ชัดเจนในกฎหมายนั้นเองว่าให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง และ การบัญญัติให้กฎหมายย้อนหลังนั้น ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญด้วย

เมื่อพิจารณาข้อยกเว้นทั้ง 2 ประการ ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นดังกล่าวเพียงพอสำหรับเป็นข้อยกเว้นการใช้กฎหมายย้อนหลังหรือไม่ เพราะหากเพียงการระบุให้กฎหมายมีผลย้อนหลังโดยปราศจากเหตุผลหรือทำให้เกิดความเสียหายต่อปัจเจกชนหรือประโยชน์มหาชน จะทำได้หรือไม่ ในส่วนของการบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้อยู่แล้วในตัวกฎหมายเองเนื่องจากรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุด

จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายย้อนหลังนั้น ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายย้อนหลังที่ชัดเจน หรือมีข้อยกเว้นอันเป็นลักษณะทั่วไปของกฎหมายย้อนหลังปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเลย คงมีหลักการเฉพาะเรื่องในกรณีความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้นที่ได้รับการคุ้มครองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรค 1 บัญญัติว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” ซึ่งก็ทำให้เกิดปัญหา

⁵⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546, หน้า 85.

เกี่ยวกับการใช้ตามมาในกรณีอื่น ๆ ที่มีข้อความผิดหรือโทษทางอาญา จะย้อนหลังได้อย่างไม่จำกัด
ได้หรือไม่

เมื่อศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย จะพบว่าไม่มีหลักทั่วไปว่าด้วยกฎหมายย้อนหลังบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดเลย แต่ก็มีหลัก
กฎหมายทั่วไปว่าด้วยกฎหมายย้อนหลังในสมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กรณีที่
พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชการที่ 4 ทรงมีพระราชดำริให้ออกประกาศ
พระราชบัญญัติเรื่องฝัวขายเมีย บิดามารดาขายบุตร⁵⁵ ซึ่งตอนท้ายของประกาศพระราชบัญญัตินี้มี
ความว่า “ให้ลูกขุนตระลาการซึ่งพิพากษาความต่อไปเบื้องหน้าว่าตามพระราชบัญญัติซึ่งประกาศไว้
นี้ อย่าให้ออกกฎหมายเดิมมาว่าเป็นอันขาด ถ้าลูกขุนตระลาการผู้ใดยังว่าความกฎหมายเดิมอยู่ ไม่
พิพากษาความตามพระราชบัญญัตินี้จะให้มีโทษตามโทษานุโทษแก่ผู้นั้น ๆ” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า
ประกาศพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ทันทีกับทุกคดีที่ขึ้นสู่ศาลนับแต่วันที่ประกาศ
พระราชบัญญัตินี้ประกาศ ไม่ว่าข้อเท็จจริงจะเกิดขึ้นก่อนหน้าก็ต้องตกอยู่ใต้บังคับของประกาศ
พระราชบัญญัตินี้

เมื่อวิเคราะห์จากพระราชดำริของรัชการที่ 4 ที่ว่า “กฎหมายบทนี้เมื่อ
พิเคราะห์ดูเหมือนผู้หญิงเป็นควาย ผู้ชายเป็นคนไป หาเป็นยุติธรรมไม่ ไห้ยกเสีย” นั้นจะเห็นว่า
ข้อยกเว้นของกฎหมายย้อนหลังก็คือความยุติธรรม นั่นเอง แต่จะยุติธรรมต่อทั้ง 2 ฝ่ายหรือไม่
คงไม่แน่นอน แต่หากพิจารณาถึงพระราโชบายที่ต้องการยกระดับคุณค่าของชีวิตในสังคมไทยให้
เท่าเทียมอารยประเทศ นั่นก็คือพระองค์ทรงคำนึงถึงประโยชน์มหาชนชาวสยามในการยกระดับ
คุณค่าชีวิตให้ดีขึ้น โดยให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่ดีกว่า นั่นก็คือความยุติธรรมตาม
พระราชดำริ คือ การชั่งน้ำหนักประโยชน์มหาชนมากกว่าความยุติธรรมตามความหมายทั่วไป

ตัวอย่างอีกกรณี เมื่อปี พ.ศ. 2519 ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติ
ให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2519 อันมี
ผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในกฎหมายครอบครัว เรื่องที่สำคัญเรื่องหนึ่ง คือ การ
สถาปนาระบบผัวเดียวเมียเดียวในประเทศไทย จากเดิมที่ยึดเอาวัฒนธรรมของไทยเดิมที่นิยมมี
ภริยาหลายคนโดยกฎหมายรับรองว่าภริยาทุกคนเป็นภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่พอมาปี พ.ศ.
2519 หลักการดังกล่าวเปลี่ยนไปโดยกำหนดให้ภริยาเพียง 1 คนเท่านั้นและภริยาที่ชอบด้วย
กฎหมายต้องจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ส่วนภริยาคนอื่น ๆ ที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตาม

⁵⁵ รายละเอียดเพิ่มเติมใน ประชุมประกาศรัชกาลที่ 4 พ.ศ. 2405-2411 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญทองการ
พิมพ์, 2511. หน้า 277-280. อ้างในฉันทังษย์ นุปผวส. ปัญหากฎหมายย้อนหลัง. วิทยานพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมาย
มหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2533. หน้า 56.

กฎหมายหรือจดทะเบียนที่หลังถือเป็นกริยาที่มิชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ ความเป็นกริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายเดิม ซึ่งผู้ร่างกฎหมายได้บัญญัติไว้แจ้งชัดในมาตรา 5 ให้กฎหมายใหม่ไม่มีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนความสมบูรณ์ของการสมรสตามกฎหมายเดิม ดังนั้น กริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเดิมก็ย่อมเป็นกริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายใหม่อยู่

จะเห็นได้ว่าสิ่งที่แฝงอยู่ในการพิจารณาถึงการใช้กฎหมายย้อนหลัง นั่นก็คือ การที่ผู้ร่างกฎหมายต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ของคุณค่าทางกฎหมาย คือ การให้กฎหมายย้อนหลังนั้นจะเกิดประโยชน์กับมหาชน คือ ทำให้เกิดความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมายโดยทำให้ทุกคนตกอยู่ภายใต้บังคับและผลในทางกฎหมายเดียวกัน อันนำไปสู่การสถาปนาระบบฟัวเดวิวมียเดียวในระบบกฎหมายไทยอย่างมั่นคงต่อไป

ในทางตรงข้าม เมื่อปี พ.ศ. 2471 ได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มาตรา 654 กำหนดให้อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ต้องไม่เกินร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งกรณีนี้ไม่มีบทเฉพาะกาลถึงการบังคับใช้เช่นตัวอย่างแรก แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์คุณค่าทางกฎหมายแล้วจะพบว่า กฎหมายใหม่เรื่องดอกเบี้ยเงินกู้นั้นสามารถใช้ย้อนหลังได้ คือ เพราะหากรัฐยินยอมให้คู่สัญญากำหนดดอกเบี้ยตามกฎหมายเดิมจะทำให้กฎหมายของไทยขาดความเป็นเอกภาพ เนื่องจากมีการบังคับใช้กฎหมาย 2 ฉบับพร้อมกัน และผลทางกฎหมายของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับก็แตกต่างกันและเปิดช่องว่างให้ผู้ที่ไม่สุจริตทำสัญญากู้ยืมเงินย้อนหลังเพื่อเรียกดอกเบี้ยมากกว่าที่กฎหมายใหม่กำหนด สร้างความเสียหายแก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ แต่หากยอมให้ย้อนหลังผู้ให้กู้ก็ไม่สามารถเรียกดอกเบี้ยในอัตราเดิมได้ ทำให้ผู้กู้เสียโอกาสการรับดอกเบี้ยที่สูงกว่าอัตราตามกฎหมายใหม่ เมื่อพิจารณาชั่งน้ำหนักประโยชน์คุณค่าทางกฎหมายทั้งสองประการแล้ว จะพบว่า ประโยชน์ในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและป้องกันการหลบเลี่ยงกฎหมายในการทำสัญญากู้ยืมเงินย้อนหลังมีคุณค่าสูงกว่าประโยชน์ที่ผู้ให้กู้จะได้รับดอกเบี้ยตามที่ตกลงกันได้

หากมีการพิจารณาโดยนำหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์คุณค่าทางกฎหมายนี้ เราจะสามารถรับประกันได้ว่า กฎหมายย้อนหลังจะไม่มีทางบัญญัติขึ้นโดยอำนาจอำเภอใจของฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง อย่างแน่นอน และที่สำคัญ กฎหมายย้อนหลังทุกฉบับแม้จะก่อผลร้ายให้กับประชาชนบางอย่าง แต่ก็มีคามมุ่งหมายเพื่อธำรงรักษาประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญเสมอ ซึ่งเมื่อศึกษาจากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นว่าหลักการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนของประโยชน์หรือคุณค่าทางกฎหมายนั้น จะปรากฏอยู่ในเหตุผลเบื้องหลังในการพิจารณาว่ากฎหมายใดจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ และยังได้มีอยู่ในระบบกฎหมายของไทยมาช้านานแล้วเพียงแต่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นหลักการทั่วไปให้ชัดเจนมายิ่งขึ้นเท่านั้นเอง

2. การออกกฎ

2.1 นิติกรรมทางปกครองและกฎ

นิติกรรมทางปกครอง เป็นข้อความคิดในทางทฤษฎี ๆ หนึ่งของกฎหมายปกครอง ซึ่งได้คิดค้นขึ้นมาสำหรับใช้เป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดิน และการประกันสิทธิในทางศาลแก่ประชาชน⁵⁶ เป็นข้อความคิดพื้นฐานที่มีความสำคัญที่สุดประการหนึ่งในการศึกษากฎหมายปกครองซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับการศึกษาถึงประโยชน์สาธารณะในบทที่ 2 และจากการศึกษาถึงกฎหมายลำดับรองในช่วงต้นนั้น ซึ่งถือเป็นนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายปกครองนั้น จึงต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง โดยมีเนื้อหา ดังนี้

2.1.1 ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองเป็น การกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง ในแต่ละประเทศนั้นมีการให้ความหมายที่แตกต่างกันไม่ว่าจะเป็นความหมายในทางตำรา ความหมายโดยคำพิพากษาของศาล หรือแม้แต่ความหมายโดยบทบัญญัติของกฎหมายเอง

ในประเทศเยอรมัน คำว่า นิติกรรมทางปกครอง เป็นศัพท์เทคนิคในทางกฎหมาย และเป็นสถาบันทางกฎหมาย ที่ได้มีการค้นคิดและกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์ที่จะประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการไปกระทบสิทธิของเขาในขอบเขตของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กรณีเป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครอง โดยกำหนดถึงลักษณะการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองว่าการกระทำใดบ้าง จึงจะถือเป็นนิติกรรมทางปกครองอันศาลปกครองนั้นมีอำนาจที่จะตรวจสอบควบคุม⁵⁷ ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 35 วรรคแรกว่า “คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการฝ่ายปกครองใด ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในการกำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่องเฉพาะรายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งมีผลโดยตรงไปสู่ภายนอก”⁵⁸

ในประเทศฝรั่งเศส นิติกรรมทางปกครองจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่า สภาแห่งรัฐ รับเรื่องนั้นไว้พิจารณาหรือไม่ อีกนัยหนึ่งคือ กรณีต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของ

⁵⁶ กมลชัย รัตนสกววงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2537. หน้า 121.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 121.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 122.

สภาแห่งรัฐที่จะสามารถตรวจสอบควบคุม⁵⁹ ซึ่งในการให้ความหมายของนิติกรรมทางปกครอง เมื่อใช้เนื้อหาสาระของนิติกรรมเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยก โดยแบ่งเป็น นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เช่น กฎกระทรวง หรือ ระเบียบต่าง ๆ กับนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ เช่น คำสั่ง หรือหนังสืออนุญาตต่าง ๆ ซึ่งมีระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นการโฆษณา หรือการยกเลิกเพิกถอนก็ตาม โดยมีความหมายในสาระสำคัญอยู่ 4 ประการ คือ

ประการแรก นิติกรรมทางปกครองต้องออกโดยฝ่ายปกครองผู้มีหน้าที่ในทางปกครองเท่านั้น

ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองต้องก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย

ประการที่สาม นิติกรรมทางปกครองต้องเกิดจากจากกระทำที่มีเจตนาขององค์กรฝ่ายปกครอง

ประการที่สี่ นิติกรรมทางปกครองอาจอยู่ในรูปของนิติกรรมประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือ นิติกรรมประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะก็ได้

ในส่วนของประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบุญณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นบุคคลแรกๆ ที่พยายามนำคำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไปสู่การรับรู้ในวงกว้าง โดยเขียนคำ ๆ นี้ในบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรีในหลาย ๆ กรณีด้วยกัน โดยท่านได้ให้ความหมายว่า นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ “การสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายครอง (บริหาร) ที่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง ซึ่งสิทธิ และหรือหน้าที่แก่เอกชนคนหนึ่งหรือหลายคน⁶⁰ ปัจจุบันคำว่านิติกรรมทางปกครองได้รับการนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5⁶¹ โดยใช้ชื่อของ “คำสั่งทางปกครอง”

⁵⁹ ชงขุทธ อนุกุล. สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือ แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง.

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2533. หน้า 57.

⁶⁰ อมรชัย จันทรสมบุญณ์. “บทบรรณาธิการ”. วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 3 ตอน 2 (สิงหาคม 2527). หน้า 9.

⁶¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 5 ว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) ใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากนิยามของนิติกรรมทางปกครองที่ใช้ชื่อ “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5 ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นี้เอง นิติกรรมทางปกครองในประเทศไทยจึงอาจแยกสาระสำคัญออกได้เป็น 5 ประการ คือ (1) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ (2) นิติกรรมทางปกครองต้องเกิดจากการใช้อำนาจรัฐ (3) นิติกรรมทางปกครองต้องเป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย (4) นิติกรรมทางปกครองต้องมีผลเฉพาะกรณี และ (5) นิติกรรมทางปกครองต้องมีผลโดยตรงสู่ภายนอก

จากการศึกษาความหมายของ นิติกรรมทางปกครอง ในหลาย ๆ ประเทศดังกล่าวจะเป็นได้ว่า คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ของประเทศต่าง ๆ เหล่านี้ ล้วนแล้วแต่มีความหมายที่กว้างและแคบแตกต่างกัน ไปไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ขณะที่ในประเทศเยอรมันและในประเทศไทย นิติกรรมทางปกครองจะมีความหมายก็เฉพาะเพียงแต่ “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ” (Acte Individuel) แต่ในประเทศฝรั่งเศส นอกจาก “คำสั่งทางปกครอง” หรือ “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ” แล้ว นิติกรรมทางปกครองก็ยังมีความหมายรวมถึง “กฎหมายลำดับรอง” หรือ “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” (Acte Reglementaire) อีกด้วย

2.1.2 ประเภทของนิติกรรมทางปกครอง

นิติกรรมทางปกครองอาจแบ่งประเภทออกได้อย่างหลากหลายขึ้นอยู่กับจะนำเรื่องใดมาเป็นหลักในการพิจารณา หรือเพื่อประโยชน์สำหรับการพิจารณาในเรื่องใด⁶² เพื่อประโยชน์ในการศึกษาเรื่องนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ผู้เขียนขอศึกษาเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่กำหนดประเภทโดยพิจารณาจากขอบเขตแห่งผลบังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภทย่อย ๆ คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง

1) กฎ (General Command)

กฎ หรือ นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ก็คือ นิติกรรมทางปกครองที่บังคับ หรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภท โดยให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้เกิดขึ้น โดยมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ ประกอบกัน คือ

(1) ผู้รับคำสั่งจะต้องถูกนิยามไว้เป็นประเภทเสมอโดยไม่เจาะจงตัวบุคคลหนึ่งบุคคลใด หรือ กลุ่มหนึ่งกลุ่มใด โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไปไม่ว่าจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยอาศัยเพศ อายุ ภูมิลำเนา สัญชาติ อาชีพ หรือตำแหน่งหน้าที่ของรัฐ ฯลฯ

⁶² กมลชัย รัตนสกาวงศ์. เรื่องเดียวกัน. อ้างแล้วใน 9. หน้า 134.

เช่น การกำหนดให้บุคคลที่มีเพศชายซึ่งมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์จะต้องเข้ารับการตรวจคัดเลือกลงเพื่อรับราชการทหาร แต่ก็มีข้อสังเกตว่า หากองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อบังคับหรืออนุญาตต่อบุคคลซึ่งได้นิยามไว้เป็นประเภทแล้ว กรณีก็ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าบุคคลผู้ต้องถูกบังคับหรือได้รับอนุญาตในประเภทนั้นจะมีกี่คน เพราะบางกรณีบุคคลประเภทนั้นในเวลาใดเวลาหนึ่งอาจมีได้เพียงคนเดียว เช่น นายกรัฐมนตรี ประธานสภาฎีกา หรือ ประธานรัฐสภา เป็นต้น

(2) การกระทำที่บังคับ หรือ อนุญาตให้ผู้รับคำสั่งกระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการ จะต้องมิลักษณะที่เป็น “นามธรรม” (Abstract)⁶³ คือไม่ได้บังคับ หรืออนุญาตให้กระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่ง แต่ต้องเป็นการบังคับ หรือ อนุญาตให้กระทำการ หรือ งดเว้นกระทำการนั้น ๆ ทุกครั้งที่มีข้อเท็จจริงที่กำหนดไว้เกิดขึ้น เช่น มหาวิทยาลัยมีคำสั่งให้นักศึกษาต้องแต่งกายด้วยชุดนักศึกษาเท่านั้นในวันที่มีการสอบ จะเห็นว่า การกระทำของมหาวิทยาลัยบังคับนักศึกษานั้นมีลักษณะที่เป็น “นามธรรม” เพราะบังคับให้กระทำการนั้น ๆ ทุกครั้งเมื่อเกิดข้อเท็จจริงตามที่กำหนด แต่หากมหาวิทยาลัยมีคำสั่งให้นักศึกษาต้องแต่งชุดนักศึกษาในวันที่ 20 พฤษภาคม 2540 การกระทำของมหาวิทยาลัยกรณีนี้มีลักษณะเป็น “รูปธรรม” เนื่องจาก นักศึกษาที่ถูกบังคับไม่มีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการนั้น อีกต่อไป เพราะกำหนดแต่วันที่ 20 พฤษภาคม 2540

ปัจจุบันพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามความหมายของคำว่า กฎ หรือ นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไว้ในมาตรา 5 ว่า “กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

ผู้เขียนเห็นว่า “กฎ” หรือ “นิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป” ซึ่งเป็นความหมายที่ใช้กันอยู่ในประเทศฝรั่งเศส นั้น ก็คือ กฎหมายลำดับรองนั่นเอง ดังที่ได้ศึกษาไปแล้วในตอนต้น

2) คำสั่งทางปกครอง (Individual Command)

คำสั่งทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะ ก็คือ คำสั่งทางปกครอง ที่ขาดลักษณะสำคัญข้อหนึ่งข้อใดของนิติกรรมทางปกครองประเภทที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือ กฎ กล่าวคือ กรณีจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผล

⁶³ กมลชัย รัตนสกวางค์. “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน”.

บังคับเป็นการเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล หรือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะเรื่อง แต่ไม่เฉพาะบุคคล หรือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะบุคคลแต่ไม่เฉพาะเรื่อง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้นิยามความหมายของคำว่า คำสั่งทางปกครอง ในมาตรา 5 ว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) ใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

จากความหมายข้างต้นนี้ มีการตั้งข้อสังเกตว่า ในทางคำราจะมีคำสั่งทางปกครองอีกประเภทหนึ่งซึ่งเรียกกันว่า “คำสั่งร่วม” หรือ “คำสั่งหมู่” (Acte collectif) เช่น คำสั่งของเจ้าพนักงานจราจรที่สั่งให้รถที่กำลังวิ่งบนท้องถนนชิดซ้ายเพื่อเปิดทางให้กับขบวนเสด็จ หรือ การประกาศผลสอบไล่ประจำภาคของนักศึกษา อย่างไรก็ตาม แม้คำสั่งเช่นนี้จะมีผลกับบุคคลจำนวนมาก แต่หากพิจารณาโดยสารัตถะแล้ว กรณีก็คือ “คำสั่งเฉพาะเรื่องและเฉพาะบุคคล” นั่นเอง เพราะแท้จริงแล้ว สามารถแยกบุคคลที่มีจำนวนมากออกเป็นบุคคล ๆ ได้ แต่เพื่อให้เกิดความสะดวก จึงได้สั่งรวมไปในคำสั่งเดียวกัน⁶⁴

2.1.3 เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย องค์กรฝ่ายปกครองมิใช่จะใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเมื่อไรหรืออย่างไรก็ได้ เมื่อนิติกรรมทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง องค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองไปโดยเคารพและปฏิบัติตามต่อ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” เช่นกัน

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองของประเทศซึ่งยึดมั่นในหลักนิติรัฐ หลักการนี้มีความหมายอยู่ว่า “องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น และองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการเช่นนี้ไปภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด”⁶⁵

⁶⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “กฎหมายปกครองชั้นสูง 2”. หน้า 39.

⁶⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 195.

เงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง อาจแบ่งได้ 2 ประเภทใหญ่ คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของการออกนิติกรรมทางปกครอง และเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการออกนิติกรรมทางปกครอง ดังนี้

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจของการออกนิติกรรมทางปกครอง อาจแบ่งออกได้เป็น 3 เงื่อนไขย่อย ๆ คือ

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับองค์กรผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง

โดยที่การออกนิติกรรมทางปกครอง จะต้องกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจ ดังนั้น กฎหมายที่ให้อำนาจจึงมักจะบัญญัติไว้อย่างแจ้งชัดเสมอว่า กรณีจะให้ องค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง เช่น พระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 19 กำหนดให้ “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้มีอำนาจถอน สัญชาติไทยแก่ผู้ซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ” องค์กรฝ่ายปกครองนี้อาจอยู่ในรูปของ “ผู้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่ง” เช่น นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นต้น หรือ “คณะกรรมการคณะใดคณะหนึ่ง” เช่น คณะกรรมการอาหารและยา เหตุผลที่กฎหมาย กำหนดให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้นั้น แสดงให้เห็นว่าผู้บัญญัติกฎหมายย่อมมีความไว้วางใจว่าองค์กรฝ่ายปกครองนั้นจะ ใช้สติปัญญา ความสามารถและประสิทธิภาพออกนิติกรรมทางปกครองได้อย่างถูกต้องตาม กฎหมาย และมีความเหมาะสม ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญหลักหนึ่ง คือ “องค์กรฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องใด จะต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้นด้วยตนเอง”⁶⁶ แต่การมอบอำนาจก็มีได้ เครื่องครัดจนไม่สามารถมอบอำนาจได้ แต่จะมอบอำนาจได้เมื่อมีกฎหมายอนุญาตให้มอบอำนาจไว้ อย่างชัดเจน นั่นก็คือ การอันพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 38 เรียกว่า “การมอบอำนาจให้ปฏิบัติราชการแทน” นั่นเอง

ดังนั้นเมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองใดเป็นผู้ใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง ก็ต้องใช้อำนาจโดยองค์กรฝ่ายปกครองนั้น หากเป็นการออกนิติกรรมทางปกครองโดยองค์กรฝ่ายปกครององค์กรอื่น อันนอกเหนือไปจากองค์กรฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายได้กำหนด ก็ย่อมถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ เช่น คดีศาลฎีกาไต่วินิจัยว่า “...อำนาจที่จะกำหนดเส้นทางและจำนวนผู้ประกอบการขนส่งที่พึงอนุญาตสำหรับการขนส่ง

⁶⁶ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. กฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 86.

ประจำทาง ตามพระราชบัญญัติการขนส่ง พ.ศ. 2497 เป็นอำนาจของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งโดยเฉพาะ กรรมการขนส่งทางบกไม่มีอำนาจ...”⁶⁷

(2) เจื่อนใจเกี่ยวกับแบบพิธีหรือขั้นตอนของการใช้อำนาจออกนิตินกรรมทางปกครอง

ในหลายกรณี กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองอาจกำหนดว่าเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองใดจะใช้อำนาจออกนิตินกรรมทางปกครองจะต้องปฏิบัติตามแบบพิธีหรือขั้นตอนดังที่กฎหมายได้กำหนดไว้เสียก่อน ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับความเป็นธรรมต่อราษฎรที่จะได้รับผลจากนิตินกรรมทางปกครอง และเพื่อให้เป็นนิตินกรรมทางปกครองที่มีคุณภาพ ดังเช่นการกำหนดแบบพิธีหรือขั้นตอนการใช้อำนาจออกนิตินกรรมทางปกครองประเภทที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ที่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 3⁶⁸ เช่น ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 62 กำหนดว่า สภามณฑล ตำบล สภามณฑลเมืองและสภามณฑลนคร จะประกาศใช้เทศบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้ว่าราชการจังหวัด หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อนตามแต่กรณี เป็นต้น หากองค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกนิตินกรรมทางปกครองโดยไม่ได้รับอนุมัติหรือเห็นชอบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นิตินกรรมทางปกครองนั้นก็ย่อมถือว่าเป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์

(3) เจื่อนใจเกี่ยวกับแบบนิตินกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปกฎหมายมักจะกำหนดแบบของนิตินกรรมทางปกครองไว้ อย่างหลากหลายตามสภาพของนิตินกรรมทางปกครองที่แตกต่างกันไป ทั้งแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษรและแบบที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น เมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจออกนิตินกรรมทางปกครองตามแบบอย่างไร ก็ต้องออกนิตินกรรมทางปกครองตามเงื่อนไขของกฎหมายอย่างนั้น มิฉะนั้นก็ย่อมถือว่าเป็นนิตินกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ ดังเช่น ในคดีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “...ตามพระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2499 มาตรา 16 ให้อำนาจสัตวแพทย์ออกประกาศเป็นหนังสือกำหนดเขตโรคระบาดชั่วคราว เมื่อประกาศแล้วย่อมมีผลตามมาตรา 17 และมาตรา 18 (1) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า สัตวแพทย์ประกาศเป็นหนังสือ แล้วประกาศด้วยวาจาให้

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1907/2519.

⁶⁸ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณี ที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐาน ในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้.

จำเลยผู้เป็นเจ้าของครอบครองสัตว์แฉ่งจำนวนโค กระบือ และนำโคกระบือมาให้ตรวจและฉีดยา
จำเลยฝ่าฝืน การฝ่าฝืนของจำเลยยังไม่ผิดเพราะสัตว์แพทย์ประกาศด้วยวาจาว่ามีใช้ประกาศเป็น
หนังสือ”⁶⁹

2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการออกนิติกรรมทางปกครอง แบ่ง
ออกได้ 3 เงื่อนไขย่อย คือ

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกนิติกรรมทาง
ปกครอง

ปกติกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองมักจะกำหนดให้ใช้
อำนาจเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เกิดขึ้นเสียก่อน กล่าวอีกนัยก็คือ
เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง ซึ่งอาจมีอยู่
หลายลักษณะ คือ อาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “พฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคล” เช่น การใช้
อำนาจลงโทษทางวินัยข้าราชการ หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “คุณสมบัติของสิ่งของ” เช่น การ
ใช้อำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือถนนอาคาร เจ้าพนักงานจะสั่งได้ก็ต่อเมื่อปรากฏ
ว่าอาคารนั้นชำรุดทรุดโทรมหรือน่ารังเกียจ หรืออาจเป็นข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ “สภาวะการณ์ของ
สังคม” เช่น การใช้อำนาจที่จะสั่งให้บุคคลใด ๆ เข้าช่วยเหลือเท่าที่จำเป็น พนักงานป้องกันจะสั่งได้
ก็ต่อเมื่อมีกรณีฉุกเฉินที่มีสาธารณภัยเกิดขึ้น

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องกำหนด
วัตถุประสงค์หรือเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองเสมอว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจ
ออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาอย่างไร ซึ่งก็คือ ข้อความที่บังคับให้
บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ข้อความที่อนุญาตให้บุคคลกระทำการ
หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือข้อความที่รับรองหรือไม่รับรองสถานภาพแห่งสิทธิ
หน้าที่ของบุคคล เช่น พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 เมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาต
จัดตั้งสถานบริการได้ดำเนินการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ปฏิบัติตาม
พระราชบัญญัติสถานบริการ หรือฝ่าฝืน ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล หรือผู้ว่าราชการจังหวัด
ตามแต่กรณีนอกจากจะมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจว่า ควรออกคำสั่งหรือไม่แล้ว ก็ยังมีดุลพินิจที่จะ
ตัดสินใจเลือกได้อีกว่า สมควรออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น หาก
องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยมีวัตถุประสงค์หรือเนื้อหาขัดแย้งต่อ

⁶⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1012/2503.

กฎหมาย ตามที่กฎหมายกำหนดให้ก็ดี ไม่แน่นอนชัดเจนก็ดี หรือเป็นการพ้นวิสัยก็ดี ก็ย่อมถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์ เช่น คดีที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “คดีมีปัญหาว่า คณะกรรมการควบคุมการเช่านาประจำอำเภอสรรพยากำหนดอัตราค่าเช่านาสูงกว่าที่พระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2493 ได้หรือไม่ และจะขัดต่อพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517 มาตรา 11 (4) หรือไม่ ซึ่งมาตรา 11 (4) บัญญัติว่า “ไม่ว่ากรณีใด ๆ จะคิดอัตราค่าเช่านาเกินกว่าที่เคยเก็บอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับมิได้” เห็นว่าจะถือหลักเกณฑ์ในการคำนวณอย่างไร ก็ต้องไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2493 มาตรา 5 (1) ซึ่งใช้บังคับก่อนถูกยกเลิกในอัตราไม่เกินไร่ละสิบถัง ดังนั้นหากกำหนดอัตราค่าเช่าขึ้นสูงเกินกว่าไร่ละสิบถังจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย”⁷⁰

(3) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายในการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง

ในทางกฎหมายปกครอง การที่กฎหมายได้ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครอง เพื่อให้้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างตนเองกับราษฎรกรณีย่อมมิได้มีความหมายว่า กฎหมายจะอนุญาตให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายอะไรก็ได้ กล่าวคือ แม้ในบางกรณี องค์กรฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้⁷¹ แต่โดยหลักแล้ว องค์กรฝ่ายปกครองจำต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองนั้นไป เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชน (public interest) เท่านั้น โดยนัยนี้ “ประโยชน์มหาชน” อันเป็นความมุ่งหมายของกฎหมาย จึงเป็นเงื่อนไขอีกประการหนึ่งที่จะเป็นตัวชี้ให้เห็นได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมานั้น เป็นนิติกรรมทางปกครองที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์

2.1.4 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรืออาจจะเรียกอีกอย่างหนึ่งให้ตรงกับ ความหมายในภาษาเยอรมันว่า “วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง” (Verwaltungsverfahren) นั้น ใน ความหมายอย่างกว้าง หมายถึง กระบวนการและขั้นตอนการดำเนินงานเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจ

⁷⁰ คำพิพากษาที่ 1347/2522.

⁷¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 210.

ขององค์กรฝ่ายปกครอง⁷² อย่างไรก็ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG) ได้ให้ความหมายของวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองไว้แคบกว่าความหมายที่เข้าใจกันตามรูปศัพท์ ทั้งนี้โดยมาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมายคำว่า “วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง” ว่าหมายถึง “การกระทำการใดๆของหน่วยงานที่มีผลออกไปภายนอก โดยมุ่งหมายที่จะตรวจสอบเงื่อนไขของคำสั่งทางปกครอง การเตรียมการ ตลอดจนการออกคำสั่งทางปกครอง หรือมุ่งหมายที่จะตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครอง” จากความหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองหรือการตกลงทำสัญญาทางปกครองนั้น เป็นผลมาจากกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครอง โดยเหตุที่วิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นกระบวนการและขั้นตอนการกระทำของหน่วยงานที่มีผลออกไปนอกฝ่ายปกครอง กล่าวคือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร การกระทำใดๆ ที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานกับรัฐ จึงเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ภายใน ไม่ตกอยู่ในความหมายของวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองตามรัฐบัญญัติฉบับนี้

1) ลักษณะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะและไม่สมบูรณ์

นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือโมฆะนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ค.ศ. 1976 มาตรา 44 สรุปได้ดังนี้⁷³

(1) นิติกรรมทางปกครองที่มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงจนเห็นได้อย่างชัดเจน เช่น หน่วยงานรักษาป่าจัดทำป้ายจราจรกำหนดวิธีการเดินรถมาปักนอกพื้นที่เขตอำนาจของตน

(2) นิติกรรมทางปกครองเป็นหนังสือซึ่งไม่แสดงว่าออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้ใด กรณีเช่นนี้จะทำให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองไม่ทราบถึงที่มาและไม่รู้จะได้แย้งนิติกรรมทางปกครองนั้นต่อผู้ใด อย่างไร

(3) นิติกรรมทางปกครองที่จะต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กำหนดแต่ มิได้ทำตามแบบนั้น เช่น การแปลงสัญชาติที่คำสั่งทางปกครองมิได้ส่งมอบหนังสือตามแบบที่กำหนด

(4) นิติกรรมทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิที่เกี่ยวกับสถานที่ซึ่งเจ้าหน้าที่

⁷² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เอกสารประกอบการบรรยายสรุปประเด็นสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยและกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเยอรมัน. หน้า 19.

⁷³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. จีระราชการพิมพ์ : กรุงเทพฯ, 2540. หน้า 280-281.

(5) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีผู้ใดสามารถปฏิบัติได้ โดยสภาพแห่งข้อเท็จจริง เช่น คำสั่งให้รื้ออาคารที่ความจริงได้มีการรื้อไปแล้ว

(6) นิติกรรมทางปกครองที่สั่งให้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา

(7) นิติกรรมทางปกครองที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เช่น การอนุญาตให้เปิดการแสดงโชว์ลามก

(8) นิติกรรมทางปกครองกรณีที่มีผู้มีคำขอและเจ้าหน้าที่ผู้อนุญาตเป็นบุคคลเดียวกัน

นอกจากนี้การตีความศาลปกครองเยอรมันก็เป็นหลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่กำหนดว่านิติกรรมทางปกครองใดเป็นโมฆะ เช่น นิติกรรมทางปกครองที่เนื้อหาสาระไม่มีความชัดเจนว่าประสงค์ให้ปฏิบัติอะไร นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถพิสูจน์โมฆะกรรมได้และขณะเดียวกันประชาชนก็สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อพิสูจน์โมฆะกรรมได้เช่นกัน การพิสูจน์โมฆะกรรมไม่มีอายุความ

ส่วนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้น หมายถึงนิติกรรมทางปกครองที่อาจถูกยกเลิกได้ด้วยเหตุนอกเหนือจากเหตุโมฆะกรรมที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ตัวอย่าง ตามมาตรา 25 ประโยคที่ 1 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองฯ หน่วยงานควรจะต้อง (soll) ให้คำแนะนำบอกกล่าวคู่กรณีเกี่ยวกับการแจ้งการแสดงเจตนา การยื่นคำขอหรือคำร้อง ตลอดจนแนะนำบอกกล่าวให้คู่กรณีแก้ไขความผิดพลาดที่ปรากฏในการแสดงเจตนาหรือการยื่นคำร้อง หากเห็นประจักษ์ชัดว่าความบกพร่องผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้น โดยไม่ได้ตั้งใจหรือโดยไม่ทราบหรือคู่กรณีแสดงเจตนาหรือยื่นคำขอโดยไม่ถูกต้องโดยไม่ได้ตั้งใจหรือไม่ทราบ หน้าที่ในการแนะนำบอกกล่าวของหน่วยงานตามมาตรา 25 ประโยคที่ 1 นี้เป็นหน้าที่ที่หน่วยงานต้องดำเนินการเองโดยไม่ต้องรอให้คู่กรณียื่นคำขอหรือสอบถาม การให้คำแนะนำบอกกล่าวนี้รวมถึงการแนะนำบอกกล่าวในปัญหาข้อกฎหมายด้วย หากปรากฏชัดว่าคู่กรณียื่นคำร้องหรือแสดงเจตนาผิดพลาดเพราะเข้าใจข้อกฎหมายผิด ในกรณีที่หน่วยงานไม่แน่ใจว่าเรื่องนั้นควรจะแนะนำคู่กรณีอย่างไรกันแน่ เนื่องจากข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไม่ชัดเจน ให้หน่วยงานแนะนำบอกกล่าวความเป็นไปได้ในเรื่องนั้นให้คู่กรณีทราบ และให้คู่กรณีตัดสินใจเอง การละเมิดหน้าที่ในการแนะนำบอกกล่าวโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออาจก่อให้เกิดหน่วยงานต้องรับผิดชอบค่าสินไหมทดแทนตามหลักเกณฑ์ในเรื่องของการละเมิดหน้าที่ตามตำแหน่ง (Amtspflichtsverletzung) นอกจากนั้นคำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยหน่วยงานละเมิดหน้าที่ในการแนะนำบอกกล่าว ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในกระบวนการพิจารณา อันถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบ

ด้วยกฎหมาย แม้กระนั้นคำสั่งทางปกครองดังกล่าวจะถูกเพิกถอนได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการละเมิดหน้าที่ที่แนะนำบอกกล่าวนั้นกระทบต่อการตัดสินใจของหน่วยงาน หากปรากฏว่าการละเมิดหน้าที่ในการแนะนำบอกกล่าวนั้นไม่กระทบต่อการตัดสินใจของหน่วยงานแต่อย่างใดคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจถูกเพิกถอนได้⁷⁴

2) ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในระบบกฎหมายเยอรมัน มีหลักการในกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 (VwVfG) ได้บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจน โดยแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ

(1) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (michtige Verwaltungsakte) ซึ่งหมายถึง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย โดยคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโมฆะของประเทศเยอรมันนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ

ก. กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน (VwVfG) มาตรา 44 วรรคแรก ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นโมฆะต่อเมื่อคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีข้อผิดพลาดอย่างร้ายแรงและความผิดพลาดนั้นเห็นได้อย่างเด่นชัด แม้แต่วิญญูชนที่ไม่ได้มีการศึกษาทางนิติศาสตร์พิจารณาแล้วก็ตอบได้ว่าคำสั่งทางปกครองผิดพลาดอย่างแจ่มชัด⁷⁵ โดยคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะต้องทำการพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป⁷⁶

ข. กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมัน (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้คำสั่งทางปกครองหากเข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งใน 6 ประการดังต่อไปนี้ คำสั่งทางปกครองจะมีผลในทางกฎหมายเป็นโมฆะ

- คำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือที่ไม่ปรากฏว่าทำคำสั่งโดยเจ้าหน้าที่ คนใด

- คำสั่งทางปกครองที่จะสมบูรณ์ได้ต่อเมื่อได้มอบเอกสารสำคัญให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง แต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้มอบเอกสารสำคัญให้

⁷⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. เอกสารประกอบการบรรยายสรุปประเด็นสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไทยและกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเยอรมัน. หน้า 41.

⁷⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. จีระวิชาการพิมพ์ : กรุงเทพฯ, 2540. หน้า 280.

⁷⁶ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. สารสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. หน้า 167.

- คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนอกเขตพื้นที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้น
- คำสั่งทางปกครองที่ผู้รับคำสั่งไม่สามารถกระทำการหรือปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองได้
- คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ผู้รับคำสั่งกระทำการอันผิดกฎหมายซึ่งหากผู้รับคำสั่งทำตามอาจต้องรับโทษทางอาญา
- คำสั่งทางปกครองที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ค. กรณีตามกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม (2) กำหนดบทบัญญัติโดยอ้อมซึ่งสามารถแปลความได้ว่าหากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นคู่กรณีเองแล้ว คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นนั้นก็จะมีผลเป็นโมฆะ นอกจากนี้ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีแนวการวินิจฉัยของศาลปกครอง เกี่ยวกับกรณีของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะอย่างอื่นอีก เช่น คำสั่งทางปกครองที่เนื้อหาสาระไม่มีความชัดเจนว่าฝ่ายปกครองประสงค์ให้เอกชนผู้รับคำสั่งปฏิบัติอะไรก็จะมีผลให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็น โมฆะเช่นกัน⁷⁷

2) คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆียะ (anfechtbare Verwaltungsakte) ซึ่งหมายถึงคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุความบกพร่องมิได้ร้ายแรงถึงระดับโมฆะ คำสั่งทางปกครองจึงยังคงมีผลในทางกฎหมายต่อไปจนกว่าจะถูกทำให้สิ้นผล ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเยอรมันฯ (VwVfG) มาตรา 44 วรรคสาม ได้บัญญัติถึงเหตุแห่งโมฆียกรรมในบางกรณีไว้ กล่าวคือ

- (1) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ใช่กิจการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น
- (2) คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้เป็นเครือญาติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่ง
- (3) คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยคณะกรรมการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย โดยในการออกคำสั่งนั้นมีการเรียกประชุมผิดพลาดหรือเป็นองค์ประชุมที่ผิดพลาดไปหรืออาจมีบุคคลที่มีได้เป็นกรรมการเข้าร่วมประชุม

⁷⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 281.

(4) คำสั่งทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้ส่วนราชการอื่นต้องมี ส่วนรวมในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย แต่ได้มีการออกคำสั่งนั้น โดยปราศจากการมีส่วนร่วมของ หน่วยงานดังกล่าว

2.1.5 นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

1) ข้อความคตินิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศส มีข้อความคิดของ “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” จะอยู่ภายในขอบเขตของเรื่องที่เราเรียกว่า “détournement de pouvoir”⁷⁸ โดยทั่วไปจะมีความหมาย คือ นิติกรรมทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมาโดยมี ความมุ่งหมายอย่างอื่น อันนอกเหนือไปจากความมุ่งหมายที่กฎหมายได้กำหนดให้⁷⁹

โดยทางประวัติศาสตร์ ข้อความคิดที่ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้นไม่ได้เกิดจากมูลฐานตามบทบัญญัติของกฎหมาย หากเกิดมาจากการพัฒนาขึ้นของ การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยสภาแห่งรัฐ หรือ ศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ในตอนกลางของคริสต์ศตวรรษที่ 19 สภาแห่งรัฐเริ่มมีคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นถึงการควบคุมใน เรื่องดังกล่าวนี้เป็นครั้งแรกในคดี Vernhes เมื่อสภาแห่งรัฐ ได้มีคำวินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่งของ นายเทศมนตรีที่ได้ประกาศห้ามมิให้ประชาชนไปอาบน้ำที่ชายหาด หากมิได้จ่ายค่าธรรมเนียม ให้กับเจ้าหน้าที่ผู้ดูแลรักษาชายหาดเสียก่อน อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีนี้ก็ไม่ได้มี ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นถึงการควบคุมนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย อย่างเห็นได้ชัด จนกระทั่งเมื่อเกิดคดี Lesbats ขึ้นมา โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยให้เพิกถอนคำสั่ง ของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ได้ปฏิเสธการให้ใบอนุญาตจอดรถในลานสถานีรถไฟแก่ผู้ขนส่งแล้ว ข้อ ความคิดของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงได้ปรากฏให้เห็นอย่าง ชัดเจนจากการสร้างสรรค์ของผู้ซึ่งเป็นสมาชิกที่มีชื่อเสียงยี่คนหนึ่งในขณะนั้นของสภาแห่งรัฐนาม “Léon Aucoc”⁸⁰

จากที่ทราบกันแล้วว่า นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ ของกฎหมาย จะเกิดขึ้นจากการไปด้วยกันไม่ได้ในระหว่างสองความมุ่งหมาย คือ ความมุ่งอัน กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง

⁷⁸ ในประเทศไทย คำว่า détournement de pouvoir มีนักกฎหมายบางท่านได้แปลว่าเป็น การใช้อำนาจโดยบิดผัน อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 284.

⁷⁹ Jean-Marie Auby. The Abuse of Power in French Administrative Law. P 549. อ้างใน ชีระ สุชีรวงกูร. นิติกรรมทางปกครองที่ ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541. หน้า 51.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 52.

กับ ความมุ่งหมายอันองค์กรฝ่ายปกครองประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองของตน ความมุ่งหมายอันกฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองจะปรากฏให้เห็นในลักษณะต่าง ๆ อยู่ 2 ประการ คือ

ประการแรก โดยเหตุที่รัฐนั้นมีความมุ่งหมายที่จะดำเนินการทุกอย่างเพื่อประโยชน์มหาชน ดังนั้น กฎหมายที่รัฐได้ตราขึ้นเพื่อมอบอำนาจไว้ให้องค์กรฝ่ายปกครอง จึงย่อมมุ่งประสงค์ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนตามไปด้วย และนี่ก็คือ หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับความมุ่งหมายในการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครอง และ ความมุ่งหมายเช่นว่านี้ก็คือลักษณะสำคัญของ “การกระทำทางปกครอง” ในทุกประเภท

ประการที่สอง แม้กฎหมายจะมีความมุ่งหมายให้มีการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์มหาชนแต่กฎหมายย่อมมิได้มุ่งประสงค์ให้องค์กรฝ่ายปกครองนั้นใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครอง เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนด้านใดก็ได้ เว้นแต่จะเป็นประโยชน์มหาชนเฉพาะด้านใดด้านหนึ่งตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากความมุ่งหมายอันกฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองจากคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ ของสภาแห่งรัฐ จะเห็นว่าข้อความคิดว่า “นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” มีความหมายที่เป็นสาระสำคัญอยู่สองประการ คือ

ประการแรก นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมาโดยมีความประสงค์ในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์อย่างอื่นอันนอกเหนือไปจากประโยชน์มหาชน และ

ประการที่สอง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็ยังได้แก่ นิติกรรมทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจออกมา โดยมีความประสงค์ในใจเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์มหาชนด้านอื่น อันนอกเหนือไปจากประโยชน์มหาชนเฉพาะด้านตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ โดยการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ โดยการใช้อำนาจออกนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายขององค์กรฝ่ายปกครองในทั้งสองประการเช่นว่านี้ จะต้องเป็นไปอย่าง “จงใจ” กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจโดยบิดเบือนความมุ่งหมายให้ต่างออกไป ทั้งที่รู้อยู่ว่ากฎหมายมิได้มีความมุ่งหมายเช่นนั้นเท่านั้น⁸¹

⁸¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 53.

2) เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ท่าน René Chapus⁸² ได้แบ่งออกเป็น 2 เหตุหลักด้วยกัน คือ เหตุแรกความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก และเหตุที่สองความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน

(1) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอก

เมื่อมีกรณีโต้แย้งเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกของคำสั่งใด การโต้แย้งนั้นเป็นการโต้แย้ง “วิธีการ” ในการตัดสินใจออกคำสั่งแต่ไม่ใช่เป็นการโต้แย้ง “เนื้อหาสาระ” ของคำสั่งที่ออก วิธีการโต้แย้งเรื่องความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกมีอยู่ 3 วิธี คือ การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (incompetence) การกระทำที่ผิดขั้นตอน (vice de procedure) และการกระทำผิดแบบ (vice de forme) ซึ่งหากนิติกรรมใดไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายนอกแล้ว นิติกรรมนั้นย่อมไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้อีกแม้จะมีการให้สัตยาบันนิติกรรมนั้นโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ หรือแม้จะมีการทำให้ขั้นตอนหรือรูปแบบของนิติกรรมนั้นสมบูรณ์ในภายหลังตาม กฎวิธีวิธีเดียวคือ การออกคำสั่งใหม่

ก. การกระทำโดยไม่มีอำนาจ (incompetence)

กรณีจะเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือลงนามในสัญญาโดยไม่ได้เป็นผู้มีคุณสมบัติที่จะทำนิติกรรมนั้น กล่าวคือ ไม่ใช่เป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายที่จะทำนิติกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแล้ว ตัวคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่เป็นคำสั่งที่ไม่ได้ออกโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้น การกระทำโดยไม่มีอำนาจซึ่งถือเป็นวิธีการที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยนี้สามารถแบ่งออกได้ 3 ประเภท คือ

- การกระทำโดยไม่มีอำนาจในเนื้อหาสาระ กรณีนี้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่กระทำนอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือของศาล ซึ่งเรียกว่า “การแย่งชิงอำนาจ” ซึ่งนักนิติศาสตร์ฝ่ายวิชาการ คือ ลาแฟร์รีแอร์ ถือว่าการแย่งชิงอำนาจดังกล่าวเป็นผลให้คำสั่งนั้น ๆ ไม่มีอยู่ทางกฎหมาย แต่จะมีผลเฉพาะในกรณีที่เป็นคำสั่งที่ก้าวก่ายอำนาจศาลเท่านั้น ส่วนการก้าวก่ายอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายธรรมดา และกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก้าวก่ายอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนอื่น เช่น สถาปนาศาลกำหนดมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งอำนาจในการกำหนดมาตรการดังกล่าวนี้เป็นอำนาจนายกเทศมนตรีแต่ผู้เดียว สถา

⁸² René Chapus. Droit administratif generale. 3d ed. (Paris : Montchrestien, 1987). P 710-739. อ้างถึงในบุญอนันต์ วรรณพานิชย์.

เทศบาลไม่มีอำนาจ หรือการที่รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงซึ่งในเรื่องนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐมนตรีคนอื่นหรือเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี

- การกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเขตแดน (incompétence territoriale หรือ incompétence ratione loci) มีอยู่ 2 กรณีคือ

กรณีที่ 1 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้อำนาจของตนในขณะที่อยู่นอกเขตการปกครองที่ตนรับผิดชอบ ซึ่งไม่ค่อยปรากฏเพราะโดยทั่วไปเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจในเขตการปกครองของตน แต่ก็ไม่มีกฎหมายใดบังคับให้ต้องใช้อำนาจแต่ในเขตการปกครองของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้มีการใช้อำนาจเมื่ออยู่นอกเขตการปกครอง เช่น กรณีประธานาธิบดีมีอำนาจลงนามทำรัฐกฤษฎีกาได้แม้ว่าขณะนั้นจะไม่ได้อยู่ในดึกทำเนียบประธานาธิบดีหรือไม่ได้อยู่ในกรุงปารีส หรือไม่ได้อยู่ในอาณาเขตประเทศฝรั่งเศส

กรณีที่ 2 เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งเกี่ยวกับกิจการที่ไม่ได้อยู่ในเขตการปกครองของตน เช่น นายกเทศมนตรีมีอำนาจออกกฎระเบียบเพื่อใช้ในเขตเทศบาลของตน ถ้าออกกฎระเบียบเพื่อใช้บังคับในเขตเทศบาลอื่นใกล้เคียง กรณีไม่ใช่เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจในเนื้อหาสาระ แต่เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเขตแดน หรือผู้ว่าราชการจังหวัดออกมาตรการเพื่อรักษาความสงบเกี่ยวกับบุคคลที่อาศัยอยู่ในจังหวัดอื่น⁸³

- การกระทำโดยไม่มีอำนาจที่เกี่ยวกับเงื่อนไข เป็นกรณีที่เงื่อนไขของวันที่ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งหรือลงนามในสัญญา เช่น เจ้าหน้าที่ได้รับการแต่งตั้งแล้ว แต่ยังไม่เข้ารับมอบหน้าที่การทำงาน ถ้ามีคำสั่งอย่างไรไปในระหว่างนี้ถือว่าเป็นการสั่งการโดยไม่มีอำนาจ⁸⁴

ข. การกระทำที่ผิดขั้นตอน (le vice de procedure)

เหตุเพิกถอนกรณีนี้เป็นกรณีการไม่เข้าใจหรือไม่รู้ขั้นตอนในการออกคำสั่งหรือในการทำสัญญา หรือไม่ทำตามกฎเกณฑ์ของ “กระบวนการ” ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้มีหน้าที่จะใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ เช่น ขั้นตอนที่กำหนดให้ต้องขอทราบความเห็นหรือให้สั่งการได้เท่าที่มีการเสนอเรื่องขึ้นมา หรือให้สั่งการได้ภายหลังจากที่ได้ตรวจสอบข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่องแล้ว เป็นต้น ดังนั้น โดยหลักแล้ว เมื่อกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้และไม่ได้รับการปฏิบัติตามก็ถือว่านิติกรรมนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่เป็นการกระทำผิดขั้นตอน และ

⁸³ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 27 มกราคม 1950. Perrin. P 64. อ้างในศักดิ์ชัย สักกะบุชา. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต. 2543. หน้า 67.

⁸⁴ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 27 เมษายน 1973. Dille Sere. P 302. อ้างเรื่องเดียวกัน. หน้า 67.

เป็นกรณีที่ไม่อาจกลับทำให้ชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะการทำให้ถูกต้องตอนในภายหลังนั้นไม่มีความหมายแต่อย่างใด หรือเป็นการไร้ประโยชน์⁸⁵

ค. การกระทำผิดแบบ (Levice de forme)

การกระทำที่ผิดรูปแบบเป็นเรื่องของการไม่ทำตามกฎเกณฑ์การเสนอ “รูปแบบภายนอก” ของนิติกรรม แต่เรื่อง “รูปแบบ” ของนิติกรรมทางปกครองนี้ไม่ถือว่าเป็นเรื่องเคร่งครัด คงมีแต่เฉพาะสิ่งที่สำคัญเท่านั้นที่จะต้องระบุไว้ เช่น การลงลายมือชื่อของผู้เอาไว้ตอนท้ายนิติกรรม หรือการให้เหตุผลในคำสั่ง

(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายใน

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุภายในอาจมีสาเหตุมาจากเนื้อหาสาระของนิติกรรม มูลเหตุจูงใจของนิติกรรม หรือวัตถุประสงค์ของนิติกรรม ดังนี้

ก. เหตุของเนื้อหาสาระของนิติกรรมทางปกครอง

นักกฎหมายหรือศาลมักเรียกเหตุนี้ว่า การฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรง ในบางครั้งถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีเหตุจากวัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ มีเนื้อหาไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายที่อยู่ลำดับเหนือกว่า เช่น รัฐกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญกลับมีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือคำสั่งที่ออกโดยให้มีผลย้อนหลังซึ่งขัดกับ “หลักการไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง” (Principe de la non – rétroactivité des actes administratifs) หรือคำสั่งลงโทษทางวินัยชนิดที่กฎหมายไม่ได้ระบุไว้

ข. เหตุของมูลเหตุจูงใจการทำนิติกรรมทางปกครอง (motifs)

กรณีนี้ต้องพิจารณาว่าเพราะเหตุใดจึงได้มีนิติกรรมดังกล่าว ถ้าปรากฏว่านิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นโดยสำคัญผิดในข้อกฎหมาย สำคัญผิดในข้อเท็จจริง หรือมีข้อผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับตัวบทกฎหมาย นิติกรรมดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุของมูลเหตุจูงใจ

- การสำคัญผิดในข้อกฎหมาย (erreur de droit) การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากการนำกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจใช้บังคับได้มาใช้บังคับในเรื่องนั้น หรือกรณีเป็นคำสั่งที่ขาดพื้นฐานทางกฎหมาย เช่น นายเทศมนตรีได้มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารโดยได้อ้างถึงผังเมืองที่ยังมิได้มีการประกาศให้ทราบ การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากผู้ออกคำสั่งเข้าใจผิดว่าตนสามารถออกคำสั่งนั้นโดยอาศัยกฎระเบียบฉบับหนึ่ง แต่ปรากฏว่าระเบียบฉบับนั้น

⁸⁵ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 20 กุมภาพันธ์ 1952. Hutin. P 754. อ้างเรื่องเดียวกัน. หน้า 69.

เป็นกฎระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิเสธคำขอรับบำนาญโดยอ้างกฎระเบียบที่บัญญัติห้ามอนุมัติตามคำขอ แต่ปรากฏว่ากฎระเบียบนั้นขัดต่อกฎหมาย⁸⁶ การสำคัญผิดในข้อกฎหมายอาจเกิดจากการใช้บังคับกฎหมายซึ่งใช้บังคับได้โดยชอบแต่ปรากฏว่าผู้ใช้ตีความกฎหมายนั้นผิดไป เช่น รัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการเข้าใจผิดว่า หลักที่ว่ามหาวิทยาลัยเป็นอิสระนั้นเป็นข้อห้ามตนเองมิให้สั่งให้อาจารย์คนหนึ่งกลับเข้ารับราชการใหม่โดยที่มหาวิทยาลัยมิได้เสนอขอมา⁸⁷

- ความผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมาย (erreur dans la qualification juridique des faits) การมีคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นต้องปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุของคำสั่งอยู่เสมอ และคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็คือคำสั่งที่ผู้ออกไม่ได้ทำผิดพลาดในการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับกฎหมาย คือสามารถพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง

- การสำคัญผิดในข้อเท็จจริง (erreur de fait) นอกจากการพิจารณาเรื่องสภาพข้อเท็จจริงที่สามารถพิสูจน์ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น ๆ แล้ว ยังต้องปรากฏว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอยู่จริง คดีที่ศาลได้วางหลักในเรื่องนี้คือ คดี Comino⁸⁸ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า รัฐบาลมีคำสั่งไล่นายกเทศมนตรีออกจากราชการเพราะเหตุที่ได้ละเลยต่อหน้าที่ในการดูแลเรื่องขบวนแห่ศพ ทั้ง ๆ ที่นายกเทศมนตรีมิได้ละเลยต่อหน้าที่ตามที่ถูกกล่าวหาแต่อย่างใด ซึ่งสภาพที่ปรึกษาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าหลักกว่า เป็นอำนาจของสภาแห่งรัฐที่จะตรวจสอบความมีอยู่ที่แท้จริงของข้อเท็จจริงที่อ้างในคำสั่ง (materialite des faits) ในเมื่อในคดีนี้ข้ออ้างของรัฐบาลนั้นไม่เป็นความจริง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงพิพากษายกเลิกคำสั่งลงโทษดังกล่าว

ก. เหตุวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครอง หรือการบิดเบือนอำนาจ (Le détournement de pouvoir) กรณีการบิดเบือนอำนาจอาจแบ่งแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

- การทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชน เช่น นายกเทศมนตรีมีคำสั่งไล่นายกเทศมนตรีที่ดำรงตำแหน่งผู้หนึ่งออกจากราชการเนื่องจากได้เขียนใบสั่งแก่เจ้าของร้านขายสุราแห่งหนึ่งที่ทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการขายสุรา โดยปรากฏว่าเจ้าของร้านขายสุรานี้เป็นญาติกับคนรับใช้ของนายกเทศมนตรีเอง หรือการใช้อำนาจปิดสถานที่เดินรำที่เป็นคู่แข่งร้านขายสุราของตน

⁸⁶ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 30 เมษายน 1976. Lacorne. P 224. อ้างเรื่องเดียวกัน. หน้า 74.

⁸⁷ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) 11 กรกฎาคม 1975. Legros. P 327. อ้างเรื่องเดียวกัน. หน้า 74.

⁸⁸ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 14 มกราคม 1961. Camino. P 15. อ้างในเรื่องเดียวกัน. หน้า 77.

- การทำนิติกรรมโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ อาจเป็นการบิดเบือนอำนาจก็ได้ ถ้าปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะนั้นเป็นประโยชน์ที่ต่างไปจากที่กฎหมายต้องการให้ทำนิติกรรม เช่น รัฐบาลได้สั่งให้ผู้บริหารโรงละครแห่งชาติ ออกจากตำแหน่งก่อนครบวาระ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้รัฐบาลต้องรับบุคคลดังกล่าวกลับเข้ามาดำรงตำแหน่งอีก รัฐบาลได้แก้ไขกฎหมายโดยเปิดโอกาสให้มีการปลดผู้บริหารโรงละครแห่งชาติออกได้ทุกเมื่อ ซึ่งรัฐบาลได้อาศัยกฎหมายใหม่นี้สั่งปลดผู้บริหารคนดังกล่าวออกอีกเป็นครั้งที่สอง สภาแห่งรัฐได้พิจารณายกเลิกบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ฐานเป็นการกระทำที่บิดเบือนอำนาจ⁸⁹

3) ลักษณะของนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะและไม่สมบูรณ์

นิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีผลมาตั้งแต่เริ่มแรก และผู้ใดจะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ไม่ว่าจะโดยเอกชน ฝ่ายปกครอง หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยไม่ต้องนำมาฟ้องขอให้เพิกถอน จะเป็นการฟ้องเพื่อแสดงความไม่มีอยู่เท่านั้น และยกขึ้นเมื่อใดก็ได้โดยไม่มีอายุความเพราะเป็นสิ่งที่ไม่มีอยู่ตามความเป็นจริง การวินิจฉัยว่านิติกรรมทางปกครองลักษณะเป็นโมฆะในทางคำรายนับว่าเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและไม่แน่นอนอย่างมาก ซึ่งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยให้นิติกรรมทางปกครองดังต่อไปนี้เป็นโมฆะ⁹⁰ คือ

- (1) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคำสั่งขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงโดยทางกฎหมาย
- (2) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นส่วนตัวโดยแท้ มิได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น
- (3) นิติกรรมทางปกครองที่เป็นกรณีที่ต้องสั่งซึ่งมีเฉพาะอำนาจออกคำสั่งทางปกครองได้เท่านั้น แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องที่เป็นคำสั่งทางตุลาการ
- (4) นิติกรรมทางปกครองเป็นการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งมิใช่เพื่อให้ทำงานตามหน้าที่แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งนั้นเท่านั้น
- (5) นิติกรรมทางปกครองเป็นการออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานนั้นที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว

⁸⁹ คำวินิจฉัยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ 13 กรกฎาคม 1962. Breart de Boisanger. P 484. อ้างถึงเรื่องเดียวกัน. หน้า 80.

⁹⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หน้า 281.

ส่วนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์นั้น หมายถึง นิติกรรมทางปกครองที่มีผลตามกฎหมายมาตั้งแต่เมื่อเจ้าหน้าที่กระทำนิติกรรมทางปกครอง แต่ต่อมามีเหตุอันอาจถูกเพิกถอนเสียได้ ซึ่งมีความหมายตรงกันข้ามกับนิติกรรมทางปกครองที่เป็น โฉงะที่ ให้เสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มแรก

4) ผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส เป็นประเทศต้นแบบประเทศหนึ่งของระบบ Civil Law แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับระบบกฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ กลับเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) อันเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่งในหลาย ๆ ประเภท ซึ่งเป็นที่ยอมรับและกล่าวถึงอย่างมากเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน ส่วนสาเหตุที่หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) เนื่องจากบางกรณีกฎหมายที่มีอยู่ไม่ชัดเจน วางหลักกว้างเกินไปหรือครอบคลุมไปไม่ถึงกรณีพิพาทที่ขึ้นสู่ศาล หรือบางกรณีกฎหมายเพียงแต่กำหนดถึงกรณีเฉพาะเรื่องแต่ไม่ได้กำหนดเป็นหลักทั่วไปว่าในกรณีอื่น ๆ จะมีหลักเกณฑ์อย่างไรบ้าง สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสจึงได้พยายามสร้างทฤษฎีและหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญ ๆ ขึ้นทีละน้อยจนสามารถพัฒนาขึ้นเป็นระบบกฎหมายได้ในที่สุด⁹¹ และเนื่องจากระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธไม่นำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับคดีปกครองโดยตรง โดยมีแนวคิดมาช้านานว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ที่ฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องด้วยจะต้องมีลักษณะที่แตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ประกอบกับรัฐสภาตรากฎหมายห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครอง และได้จัดตั้งศาลปกครองหรือสภาแห่งรัฐ ขึ้นพร้อม ๆ กับการมีศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ทำหน้าที่ตัดสินปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล

ด้วยเหตุและผลที่กล่าวมานี้ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่นำหลักเรื่อง โฉงะกรรมในกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีของคำสั่งทางปกครอง แต่ศาลปกครองได้สร้างทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ขึ้นมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองที่ฝ่าฝืนกฎหมายอย่างรุนแรงและแจ้งชัด ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามทฤษฎี L'inexistence หรือทฤษฎีว่าด้วยการไม่มีตัวตนหรือไม่มีอยู่ คือ คำสั่งทางปกครองนั้น ไม่มีผลใด ๆ เลย (nul et non avenue หรือ nul et de nul effet) ซึ่งหมายความว่า เป็นกรณีที่ไม่มีผลความผูกพันใด ๆ ที่จะต้องปฏิบัติ

⁹¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2533, เมษายน). “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส”. วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 9 ตอน 1. หน้า 161-162.

ตาม ไม่มีอยู่ในสายตากฎหมาย หากฝ่ายปกครองยังบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอย่างร้ายแรง หรือที่เรียกว่า voie de fait

การที่ไม่มีการจัดทำประมวลกฎหมายกลางที่กำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง จึงไม่มีตัวบทกฎหมายที่กำหนดว่าหากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่สอดคล้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้วจะมีผลในทางกฎหมายเป็นเช่นไร ดังนั้น จึงต้องศึกษาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหากพิจารณาพบเหตุบกพร่องต่าง ๆ ก็อาจมีคำพิพากษาให้เพิกถอน (annuler) คำสั่งนั้นได้ แต่สำหรับคำสั่งทางปกครองที่ละเมิดกฎหมายอย่างร้ายแรงและชัดเจนแล้ว สภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) จะนำทฤษฎีความไม่มีอยู่ในทางกฎหมายปกครอง (Théorie de l'inexistence en droit administratif) มาใช้กับกรณีดังกล่าว โดยถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นเสียเปล่าไม่เคยมีอยู่เลย (inexistent) และไม่มีผลในทางกฎหมาย กล่าวคือ

ประการแรก ผู้ใดก็สามารถยกความเสียเปล่าดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างได้เพียงขอให้ศาลแสดงว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่เกิดขึ้น โดยไม่ต้องฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ประการที่สอง การแสดงความเสียเปล่าของคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่มีอายุความ ดังนั้น คู่กรณีหรือผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจึงสามารถฟ้องขอให้ศาลแสดงความเสียเปล่าหรือความไม่มีอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ในทุกขณะ

ประการที่สาม เอกชนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นตั้งแต่ต้น จากการพิจารณาแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) อาจสรุปได้ว่า คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องดังต่อไปนี้ ถือว่าเสียเปล่าไม่เคยมีอยู่เลย คือ⁹²

- คำสั่งทางปกครองขององค์กรซึ่งไม่มีอยู่จริงในทางกฎหมาย
- คำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่บังคับแก่ทรัพย์สินหรือสิทธิเสรีภาพของบุคคล แต่เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการกระทำไปเพื่อเจตนาประสงค์ร้ายเป็นการส่วนตัวโดยแท้ (voie de fait) และมีได้เป็นไปตามอำนาจทางปกครองที่ให้ไว้แก่เจ้าหน้าที่นั้น

- กรณีที่องค์กรซึ่งมีเฉพาะอำนาจในทางปกครอง แต่ไปออกคำสั่งในเรื่องอื่นที่เป็นอำนาจในทางตุลาการ

- การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ใช่เพื่อทำงานตามหน้าที่แต่เพื่อให้ได้รับประโยชน์จากตำแหน่งเท่านั้น

⁹² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. เรื่องเดียวกัน. หน้า 282.

- การออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานทั้งที่เจ้าหน้าที่นั้นพ้นกำหนดที่ต้องทำหน้าที่นั้นแล้ว

นอกจากนี้หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยเข้าใจผิดในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้ใช้อำนาจได้ เช่น มติหรือข้อบัญญัติของสภาเทศบาลที่ออกมานอกสมัยประชุมตามกฎหมาย กรณีเช่นนี้มีมติดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลใด ๆ⁹³

2.2 หลักประโยชน์สาธารณะ

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักประโยชน์สาธารณะ

ปัจจุบันรัฐมีหน้าที่หลักที่ต้องดำเนินการเพื่อประชาชน 3 ประการด้วยกัน คือ การรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบริหารสาธารณะ และการอำนวยความสะดวก

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมหนึ่งซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชนโดยส่วนรวม เป็นการให้บริการแก่ประชาชนหรือการดำเนินการเพื่อสนองความต้องการของประชาชน การจัดทำบริการสาธารณะถือเป็นการจำกัดสิทธิของเอกชนเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ของชุมชนหรือสังคม ซึ่งต้องมีการรอนสิทธิหรือถูกล้ำในสิทธิของเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้มีผลเป็นการก่อให้เกิดหรือจัดทำบริหารสาธารณะและรัฐ

ศาสตราจารย์ชาบู (Rene chapu) ได้ให้คำจำกัดความของการบริการสาธารณะไว้ว่า การบริการสาธารณะ หมายถึง กิจกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดที่จะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ให้หรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณะประโยชน์⁹⁴

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ให้คำจำกัดความของการบริการสาธารณะไว้ว่าการบริการสาธารณะนั้น หมายถึง กิจกรรมที่อยู่ในความอำนาจหรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน⁹⁵

จากคำจำกัดความของคำว่า “บริการสาธารณะ” จะเห็นว่าการดำเนินงานของรัฐนั้นจะต้องเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแก่ประชาชน

⁹³ โภคิน พลกุล. (2530, มีนาคม). “คดีปกครองในฝรั่งเศส (47)”. อัยการ, 10, 111. หน้า 47

⁹⁴ Rene chapu อังใน ชาญชัย แสงศักดิ์. “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส”. ใน เอกสาร โครงการฝึกอบรมนิติกรหลักสูตรสัญญาทางปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2531. หน้า 58.

⁹⁵ ประยูร กาญจนกุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533. หน้า 124.

2.2.2 ความหมายของ “ประโยชน์สาธารณะ” หรือ “ประโยชน์มหาชน”

ในการจัดบริการสาธารณะมีจุดมุ่งหมายหลักก็จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอาจถือเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย สิ่งที่เราต้องศึกษาต่อไปก็คือความหมายของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ”

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน “ประโยชน์สาธารณะ” หมายความว่า สิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณกับประชาชนทั่วไป (Public Interest) ซึ่งเป็นคำผสม คือ

“ประโยชน์” เป็นคำนาม แปลว่า สิ่งที่มีผลใช้ได้ดีสมกับสิ่งที่คิดมุ่งหมายไว้ หรือสิ่งที่เป็นผลดีหรือเป็นคุณ⁹⁶

“สาธารณะ” เป็นคำวิเศษณ์ แปลว่าเพื่อประชาชนทั่วไป⁹⁷

ในทางกฎหมายนั้น คำว่า ประโยชน์สาธารณะ ยังไม่ได้มีการให้คำนิยามไว้อย่างชัดเจน ทำให้ไม่สามารถกำหนดความหมายว่ามีเพียงใด มีเพียงวัตถุประสงค์ของรัฐในการดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคม

ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย โดย คณิน บุญสุวรรณ ให้นิยามว่า “ประโยชน์สาธารณะ หมายถึง ประโยชน์อันเกิดแก่ประชาชนทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่น”

รศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้ให้นิยามว่า พจนานุกรมศัพท์กฎหมายมหาชน (ฝรั่งเศส-ฝรั่งเศส) ของ Philippe Foillard ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ (intérêt général) ไว้ว่า ได้แก่ “ข้อพิสูจน์ข้อแรกของกิจกรรมของฝ่ายปกครอง” โดยได้อธิบายไว้ว่าหน้าที่หลักของฝ่ายปกครองคือ การจัดทำกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” มิใช่เพื่อประโยชน์ของเอกชนรายหนึ่งรายใด กิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า บริการสาธารณะ ประโยชน์สาธารณะจึงถือเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของกฎหมายปกครองและเป็นสิ่งที่นำมาใช้ในการวางกรอบอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ กิจกรรมมิได้ดำเนินการโดยเอกชนไม่สามารถจัดไว้ว่าเป็น “บริการสาธารณะ” (Service Public) หากมิได้จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณชนทั่วไป งานก่อสร้างต่าง ๆ ไม่จัดว่าเป็นงานโยธาสาธารณะหากมิได้ทำขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อกิจกรรมใดเป็นเรื่องประโยชน์สาธารณะก็จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่เป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง นั่นคือ อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองในการใช้นิติกรรม

⁹⁶ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 799.

⁹⁷ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525, หน้า 502

ฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือบุคคลทั่วไป รวมทั้งอำนาจในการแก้ไขสัญญา ฝ่ายเดียว หรือการเวนคืน เป็นต้น⁹⁸

จากความหมายของคำว่าประโยชน์สาธารณะข้างต้น จะอยู่ในรูปของนามธรรม ซึ่งการให้ความหมายที่ชัดเจน ครอบคลุมเป็นเรื่องที่ทำได้ยาก แนวคิดในเรื่องของประโยชน์สาธารณะนั้นมีที่มาจากระบบกฎหมายและปรัชญาของยุโรปตะวันตก นอกจากความสัมพันธ์ในการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ยังมีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษาสิทธิของปัจเจกชนอีกด้วย ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจึงต้องสร้างความสมดุลระหว่างอำนาจของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรฐานในทางจริยธรรมขององค์กรฝ่ายปกครองในการกล่าวอ้างให้ปัจเจกชนเสียสละเพื่อประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาข้างต้นพอจะสรุปได้ว่า “ประโยชน์สาธารณะ” คือ การดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นคนหมู่มากหรือเป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมจนความต้องการนั้น ถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ

2.2.3 ลักษณะของประโยชน์สาธารณะ

ประโยชน์สาธารณะ คือ ความต้องการของคนส่วนใหญ่ในสังคมมิใช่เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ดำเนินการนั่นเอง หรืออาจกล่าวได้ว่า ประโยชน์สาธารณะเป็นความต้องการของบุคคลแต่ละคนที่ตรงกันและมีจำนวนมากจนเป็นคนหมู่มากหรือเป็นคนส่วนใหญ่ของสังคมจนความต้องการนั้นถูกยกระดับให้เป็นประโยชน์สาธารณะ และเป็นการดำเนินการโดยรัฐ นอกจากนี้ประโยชน์สาธารณะย่อมสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล⁹⁹ และมีลักษณะดังนี้

1) ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องของ “ความต้องการ” (Need)

โดยธรรมชาติของมนุษย์จัดว่าเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีสองสถานภาพ¹⁰⁰ คือ สถานะที่หนึ่งเป็นปัจเจกชน (Individuum) ส่วนอีกสถานะหนึ่งเป็นสมาชิกของสังคมที่ตนเองอยู่ร่วมด้วย (Gemeinschaftsglied) ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมที่อยู่ร่วมด้วยนี้ สมาชิกทุกคนในสังคมจะมีความต้องการร่วมกันหลายประการ เช่น ความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต การต้องการรักษาชีวิต

⁹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. "ความหมายของประโยชน์สาธารณะ." คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 27 ธันวาคม 2547.

⁹⁹ สมยศ เชื้อไทย. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2540). หน้า 33.

¹⁰⁰ หัสวุฒิ วิทิตวิริยกุล. “ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน”. วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 20 ฉบับที่ 2. (มิถุนายน 2533) : หน้า 170.

ของตนให้อยู่รอด ซึ่งก็คือความต้องการความปลอดภัยของสังคม สิ่งต่อมาก็คือความต้องการความสุขสบายจากคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ซึ่งลักษณะดังกล่าวจะมองได้เป็น 2 มิติ คือ

มิติที่ 1 คือประโยชน์สาธารณะแสดงออกถึงความต้องการของคน แต่ความต้องการของคน ๆ เดียว หรือคนหมู่น้อยไม่มีทางเป็นประโยชน์สาธารณะได้ แต่ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคมตรงกันมากขึ้น ก็จะทำให้ความต้องการเหล่านั้นกลายเป็นความต้องการส่วนรวมได้ และในทางตรงกันข้ามถ้าคนหมู่มากในสังคมเห็นว่าสิ่งไหนไม่จำเป็น สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ ในการที่จะพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นความต้องการของคนหมู่มากจึงต้องพิจารณาในเรื่องของ “อรรถวิสัย” ซึ่งสามารถทำให้เป็น “ภาวะวิสัย” ได้ โดยถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภา และศาลปกครองเท่านั้นที่จะชี้ขาดในขั้นตอนสุดท้ายว่า สิ่งเหล่านั้นเป็นความต้องการส่วนรวมหรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่

มิติที่ 2 เป็นการพิจารณาถึงตัวบุคคลผู้ที่ได้รับประโยชน์ หากว่ารัฐทำสิ่งใดขึ้นเพียงเพื่อตอบสนองความต้องการของรัฐเอง เช่น กิจกรรมการหารายได้ หรือเรียกว่ากิจกรรมเพื่อกำไรให้มากที่สุด ที่ปกติแล้วไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ จึงไม่เป็นบริการสาธารณะ

2) ประโยชน์สาธารณะต้องตอบสนองความจำเป็นส่วนรวมของประชาชน

การพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ เนื่องจากความต้องการของแต่ละบุคคลนั้นเป็นภาวะความรู้สึกทางด้านจิตใจ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นประโยชน์สาธารณะ โดยทั่วไปถือได้ว่าได้แก่รัฐสภา เนื่องจากเหตุผลว่ารัฐสภาเป็นศูนย์รวมของผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั่วประเทศ ด้วยเหตุนี้จึงถือว่า เรื่องใดที่รัฐสภาพิจารณาแล้ว ย่อมถือเป็นความต้องการของประชาชนด้วย กล่าวคือ ผู้แทนของประชาชนได้แสดงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในกรณีนั้น ๆ แล้ว ดังนั้นหากรัฐสภาได้ตรากฎหมายให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐมีอำนาจดำเนินการในเรื่องใด เรื่องนั้นก็ถือเป็นการตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่หรือเป็นประโยชน์สาธารณะนั่นเอง

ประโยชน์สาธารณะเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงไม่อาจจะเลือกใช้ดุลพินิจได้ว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการในเรื่องที่เป็นประโยชน์สาธารณะ และถ้าเป็นกฎหมายที่ รัฐสภาได้ตราออกมาให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการแล้วหากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการย่อมเป็นการอันมิชอบซึ่งฝ่ายปกครองอาจจะต้องรับผิดชอบเรื่องค่าเสียหาย อีกด้วยหากมีเอกชนได้รับความเสียหายจากการไม่ดำเนินการนั้น ลักษณะดังกล่าวเป็นความแตกต่างระหว่าง อำนาจ ในกฎหมายมหาชน

กับ สิทธิ ในกฎหมายเอกชน กล่าวคือ สิทธิในกฎหมายเอกชน นั้นเจ้าของสิทธิอาจจะงดเว้นไม่ใช้สิทธิของตนก็ได้ แต่ อำนาจในกฎหมายมหาชน ไม่ใช่ สิทธิ ด้วยเหตุนี้ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการฝ่ายปกครองจึงไม่อาจจะอ้างได้ว่าเป็นสิทธิของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจนั้น

3) ประโยชน์สาธารณะเป็นสิ่งสัมพัทธ์

ลักษณะสำคัญอีกประการหนึ่งของประโยชน์สาธารณะ คือ การผันแปรเปลี่ยนแปลง ไปด้วยปัจจัยแวดล้อมไม่ว่าจะเป็นด้านเนื้อหาหรือภารกิจของรัฐ เวลาหรือยุคสมัย สถานที่และผู้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อสาธารณะประโยชน์ได้ตลอดเวลา เนื่องจากประโยชน์เป็นเรื่องของความต้องการหรือความจำเป็นของส่วนรวม ประโยชน์สาธารณะจึงไม่ใช่เรื่องที่มีความคงที่แน่นอนตลอดไป แต่จะสัมพัทธ์ (Relative) ไปด้วยปัจจัยแวดล้อมต่าง ๆ¹⁰¹ เช่น

(1) เนื้อหา สาธารณะประโยชน์จะมีเนื้อหาเพียงใดขึ้นกับคตินิยมในยุค นั้น กล่าวคือ ในสังคมดั้งเดิม ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองจำกัดอยู่เพียงการรักษาความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อยภายใน การศึกษา การสาธารณสุข การคมนาคมขนส่ง ฯลฯ แต่เมื่อถึงยุคสมัยใหม่ คตินิยมทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมเปลี่ยนแปลงไป องค์กรฝ่ายปกครองมีภารกิจหลากหลายขึ้น เช่น การคุ้มครองรักษาสิ่งแวดล้อม การจำกัดอาชีพบางประเภทเพื่อคุ้มครองแรงงาน การจัดวางผังเมือง การด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ ฯลฯ

(2) เวลา หรือยุคสมัย เวลาหรือยุคสมัยที่ผ่านพ้นไปก็อาจทำให้สิ่งหนึ่งที่เคยเป็นความต้องการส่วนรวมอาจไม่มีความจำเป็นหรือไม่ต้องการ จากที่เคยเป็นประโยชน์สาธารณะก็ไม่เป็นอีกต่อไป

(3) สถานที่และผู้มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ผันแปรไปตามลักษณะของการบริหารจัดการไม่ว่าจะเป็นทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งแต่ละส่วนงานก็ต้องดำเนินการในขอบเขตและอำนาจของตน

2.2.4 ปรัชญาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะในกฎหมายต่างประเทศ

พัฒนาการทางปรัชญากฎหมายเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะนั้น มีอิทธิพลจากกฎหมายแพ่งแล้วพัฒนาไปสู่การเป็นกฎหมายมหาชนซึ่งมุ่งสู่ประโยชน์สาธารณะโดยกฎหมายต่าง ๆ ที่ส่วนมากใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งได้รับอิทธิพลจากโรมันในอดีตเป็นหลักนั่นเอง

¹⁰¹ บรรศักดิ์ อูวรรณ โฉน. กฎหมายมหาชน ที่มา และนิติวิธี. เล่ม 3. หน้า 340.

2.2.5 พัฒนาการไปสู่กฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ

สิทธิบุคคลตามระบอบศักดินาและระบอบกษัตริย์แต่เดิมนั้นขึ้นอยู่กับฐานันดรและชนชั้นที่ตนสังกัด ปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อมีการแยกตัวเป็นอิสระของสหรัฐอเมริกาหรือการปฏิวัติในฝรั่งเศสก็ดี ต่างให้ยกเลิกฐานันดรโดยให้ยกฐานะของปัจเจกชนขึ้นแทน ปรัชญาของปัจเจกชนนิยมถือคุณค่าของคนเป็นสำคัญ รัฐไม่อาจก้าวท้าวสิทธิของเขาได้ รัฐจะต้องไม่เข้าแทรกแซงกิจการของปัจเจกชน ปัจเจกชนมีฐานะเสมอกัน เว้นเสียแต่กิจการเพื่อสาธารณประโยชน์¹⁰² การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐต้องแยกจากกันเพื่อรักษาสมดุลแห่งอำนาจนั้น คือ แนวคิดใหม่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยมีพื้นฐานทางปรัชญาจากลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualisme) ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalisme) ลัทธิเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ (Liberalisme Economique)

ในปลายศตวรรษที่ 18 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ด้วยความเชื่อในลัทธิดังกล่าว ทำให้อำนาจรัฐและองค์กรของรัฐถูกควบคุมโดยรัฐธรรมนูญ บทบาทของรัฐทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองจึงมีน้อย ปัจเจกชนต่างอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ (Propriete Privee) และสัญญา (Autonomie de Volonte)¹⁰³ ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กันเอง

กฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนในยุคนี้ค่อนข้างเฟื่องฟูมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง สังคมและเศรษฐกิจเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว และผลกระทบที่มีต่อปัจเจกชนและสังคมคือ การเอาใจเอาเปรียบกันระหว่างผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่สูงกว่ากับผู้ที่มีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมที่ต่ำกว่า อาจกล่าวได้ว่าพัฒนาการของสังคม เศรษฐกิจและการเมืองจากอดีตมาสู่ปัจจุบันเป็นอย่างดีแต่ก็ยังมีจุดอ่อน การแก้ไขจุดอ่อนนี้จึงมีได้อยู่ที่การแก้ไขกฎหมายเพื่อลดรอนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่เป็นเรื่องที่รัฐต้องสามารถสร้างสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และความเป็นธรรมตามที่เป็นจริงให้เกิดขึ้นกับกลุ่มบุคคลต่าง ๆ ในสังคม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งต้องเป็นรัฐสวัสดิการ (Etat Providence หรือ Welfare State) กุศโลบายที่ให้สังคมคุ้มครองและให้ความช่วยเหลือแก่กลุ่มคนที่ด้อยกว่า เป็นกระบวนการที่ทำให้สิทธิของมนุษย์แต่ละคนกลายเป็นเรื่องสังคม (Socialisation des Droits de l'Homme) ดังนั้น กฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปนับแต่ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมาจึงมุ่งที่ความสงบเรียบร้อย และความเป็นธรรมของสังคมเป็นสำคัญ ดังกรณีตัวอย่างดังต่อไปนี้¹⁰⁴

¹⁰² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538. หน้า 77.

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 89-90.

¹⁰⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 100-101.

ประเทศอังกฤษ ในศตวรรษที่ 19 ประสบความสำเร็จในการออกกฎหมายคุ้มครองแรงงานเหมืองถ่านหินในปี 1842 กฎหมายคุ้มครองคนงานทอผ้าในปี 1847 กฎหมายช่วยเหลือคนจนปี 1930

ประเทศฝรั่งเศส ในต้นศตวรรษที่ 20 ได้ออกกฎหมายแรงงาน กฎหมายประกันสังคม กฎหมายคุ้มครองเด็ก สตรีและคนชรา

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในต้นศตวรรษที่ 20 ได้ตรารัฐบัญญัติชื่อ (The National Industrial Recovery Act 1933) เพื่อจัดระเบียบโรงงานและการผลิต

จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของกฎหมายแต่เดิมจากจารีตประเพณีของท้องถิ่นซึ่งบังคับใช้สำหรับชนเผ่า ได้รับการพัฒนาต่อมาเป็นประมวลกฎหมาย ร่องรอยของกฎหมายมหาชนได้ปรากฏตัวขึ้นตั้งแต่สมัยโรมัน ต่อมาจึงได้แบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน ทั้งนี้ปรัชญาของกฎหมายเอกชนมุ่งเน้นความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ในขณะที่ปรัชญาของกฎหมายมหาชนมุ่งเน้นที่รักษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะซึ่งทุกยุคทุกสมัย จะเน้นการพัฒนากฎหมายเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ในท้ายที่สุดของการพัฒนาเมื่อล่วงเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 สภาพความเหลื่อมล้ำของคนในชาติที่ได้รับผลกระทบจากการพัฒนาเศรษฐกิจเป็นเหตุให้รัฐต้องปรับบทบาทใหม่จากผู้เฝ้าดูเป็นผู้พิทักษ์กฎหมายมหาชนของภาคพื้นยุโรปในช่วงหลังจึงมีบทบัญญัติให้รัฐเข้ามาช่วยเหลือดูแลคนที่ด้อยโอกาสกว่า เพื่อรักษาสถานภาพของสังคมให้คงอยู่จึงเป็นกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังที่ปรากฏในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายประกันสังคม กฎหมายคุ้มครองเด็ก เป็นต้น

2.3 หลักแห่งความได้สัดส่วน

เมื่อการดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐเป็นไปเพื่อจุดประสงค์หลักก็คือประโยชน์สาธารณะ แต่ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะกระทบถึงสิทธิของปัจเจกชนซึ่งมีความเชื่อหรือความไว้วางใจโดยสุจริตต่อบทบัญญัติของกฎหมาย การออกกฎหมายเพื่อนำมาบังคับใช้ในสภาพที่เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังแล้ว จึงควรมีการชั่งน้ำหนักระหว่าง ผลประโยชน์สาธารณะและหลักคุ้มครองความสุจริตของบุคคล ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สิ่งที่ต้องกรของรัฐควรให้ความสำคัญมากที่สุดก็คือประโยชน์สาธารณะ ดังนั้นจึงต้องมีการนำหลักความได้สัดส่วนมาวัดหรือประเมินถึงความสำคัญของประโยชน์สาธารณะและหลักการคุ้มครองความสุจริตของปัจเจกบุคคล

2.3.1 ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ถือเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐหรือรัฐภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นการกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนุญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ การดำรงอยู่ของรัฐย่อมดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้สิทธิและเสรีภาพจึงเป็นรากฐานที่สำคัญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือระบบนิติรัฐ¹⁰⁵ และจากบทสรุปดังกล่าว นิติรัฐจึงมีความเกี่ยวพันอย่างยิ่งกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล และสิทธิในความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด ไม่อาจพรากไปได้ โดยรัฐหรือผู้มีอำนาจปกครองมีอาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ การใช้อำนาจ รัฐจะต้องเคารพสิทธิของประชาชน การตรากฎหมายให้มีผลกระทบต่อสิทธิดังกล่าวย่อมมีอาจกระทำได้ จากข้อความคิดดังกล่าวเชื่อว่า หากรัฐตรากฎหมายจำกัดสิทธิตามธรรมชาติของประชาชนแล้ว กฎหมายนั้นๆ จะไม่มีผลบังคับเลยทีเดียว¹⁰⁶ ซึ่งตามหลักกฎหมายธรรมชาติ ได้ให้ความสำคัญและยอมรับคุณค่าของปัจเจกชน มีอาจก้าวท้าวบุคคลและสิทธิของเขาได้ เว้นแต่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม¹⁰⁷

อย่างไรก็ตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง จำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น ก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและ/หรือประโยชน์มหาชนเท่านั้น การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากนี้ ย่อมเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนุญ หรืออีกนัยหนึ่งการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ เป็นผลให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนุญและใช้บังคับมิได้ ดังนั้น หากมีการตรากฎหมายที่ใช้บังคับแก่ราษฎรเพื่อการบางอย่าง นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนุญกำหนดไว้ แม้เกี่ยวกับประโยชน์มหาชนก็ตาม ก็เท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนุญ¹⁰⁸ อย่างเช่น รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2538 มาตรา 45 วรรคสอง ยอมให้ตรากฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรก็ได้ เฉพาะแต่เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือสวัสดิภาพของประชาชน หรือการผังเมือง เป็นต้น

¹⁰⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2552. หน้า 33-34.

¹⁰⁶ หยุต แสงอุทัย. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : ประกายพริ้ง, 2545. หน้า 170-174. อ้างในวรคุณ วิจาระนันท์. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2548.

¹⁰⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554. หน้า 73-74.

¹⁰⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540. หน้า 57-58.

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญที่เข้ามามีบทบาทในการจำกัดวิธีการ หรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมจำเป็นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกระทบ โดยมีความมุ่งหมายให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ปลายทางกับมาตรการที่รัฐนำมาใช้ หากมาตรการหรือวิธีการที่นำมาใช้มีลักษณะเกินความจำเป็นไม่ได้สัดส่วน ผลก็คือการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่าง คำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำของฝ่ายปกครองกับผลที่จะเกิดขึ้นอันเกิดจากการออกคำสั่งหรือจากการกระทำทางปกครองนั้นๆ

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ¹⁰⁹ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับจากประเทศต่างๆ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส และสหภาพยุโรป แม้ว่าจะมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนมีพื้นฐานมาจากหลักความยุติธรรม (Gerechtigkeit) อันเป็นพื้นฐานของกฎหมายทั่วไป หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่ต้องคำนึงถึงความยุติธรรมทั้งในส่วนของผู้ปัจเจกชนและความยุติธรรมต่อสังคมโดยรวมด้วย¹¹⁰ ดังนั้น การที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่การใช้บังคับก็ต้องสอดคล้องตามหลักความได้สัดส่วนด้วย หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการในทางเนื้อหา ที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ และยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย¹¹¹ ซึ่งได้มีการบัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคแรก ที่บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...และเท่าที่จำเป็น...” นั้น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญได้วางหลักความได้สัดส่วน มากำหนดถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ และก่อให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกชนน้อยที่สุด โดยต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 42.

¹¹⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 19 ตอน 1. เมษายน 2543. หน้า 166.

¹¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. หน้า 27-28.

สำหรับการพิจารณาตีพิพากษาของศาลปกครองได้นำเอาหลักความได้ สัดส่วนนี้ มาใช้เป็นเครื่องมือสำหรับการปรับใช้กฎหมาย เพื่อควบคุมการใช้อำนาจให้เป็นไปตาม เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย กระทั่งต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่าที่จำเป็น ตามที่กฎหมายกำหนด และก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ซึ่งเป็นสาระสำคัญที่องค์กรฝ่าย ปกครองต้องคำนึงถึงเสมอ ในการดำเนินกิจการทางปกครอง และเป็นหลักที่อธิบายได้จากการ ขอมรับในระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย

กฎหมายปกครองเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน ที่วางระเบียบบังคับ ทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบในทางปกครองของรัฐ และการดำเนินกิจกรรมของฝ่าย ปกครองในการจัดทําบริการสาธารณะ รวมทั้งวางหลักความเกี่ยวพันทางปกครองระหว่างฝ่าย ปกครองกับเอกชน¹¹² การจัดทําบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง ก็เพื่อตอบสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชน กล่าวคือ มีหน้าที่รักษาความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้ง หน้าที่ในทางเศรษฐกิจและสังคมเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในดำเนินชีวิต การ ดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับฝ่ายเดียว โดยมีอำนาจพิเศษภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย เพื่อให้สามารถดำเนินการตามหน้าที่ได้

เมื่อกฎหมายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ดังนั้นการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำภายใต้ ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองมีหลักสำคัญสองประการ คือ “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” และ “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองทั้งสองหลัก มี เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอยู่สามประการ คือ¹¹³

1) เพื่อป้องกันมิให้ผู้ถืออำนาจรัฐใช้อำนาจรัฐแสวงหาประโยชน์แก่ตนเอง หรือแก่พวกพ้องของตน แต่เพื่อให้มีการใช้อำนาจรัฐตอบสนองความต้องการส่วนรวมของ ประชาชน หรือ ประโยชน์มหาชนอย่างแท้จริง

2) เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน เป็นไป อย่างมีประสิทธิภาพ และมีประสิทธิผล

3) เพื่อปกป้องมิให้มีการใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเอกชน เกิน ขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน

¹¹² ประยูร กาญจนกุล. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : 2523. หน้า 34.

¹¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วใน 21. หน้า 11-12.

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญที่เข้ามามีบทบาทในการจำกัดวิธีการ หรือมาตรการที่ฝ่ายปกครองจะใช้บังคับเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ อยู่ในขอบเขตที่เหมาะสมจำเป็นกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกระทบ โดยมีความมุ่งหมายให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ปลายทางกับมาตรการที่รัฐนำมาใช้ หากมาตรการหรือวิธีการที่นำมาใช้มีลักษณะเกินความจำเป็นไม่ได้สัดส่วน ผลก็คือการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้นหลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่าง คำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำของฝ่ายปกครองกับผลที่จะเกิดขึ้นอันเกิดจากการออกคำสั่งหรือจากการกระทำทางปกครองนั้นๆ

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับความยอมรับจากประเทศต่างๆ หลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยว่า เป็นหลักกฎหมายทั่วไปแม้มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้หลายประการ หากผู้ใช้อำนาจกระทำการอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมกระทำได้เฉพาะที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กำหนดไว้เท่านั้น¹¹⁴ อย่างเช่น บทบัญญัติมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 บัญญัติไว้ว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว การใช้อำนาจรัฐจะกระทำการใดอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชน นอกจากต้องคำนึงถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังต้องคำนึงถึง “หลักความได้สัดส่วนด้วย” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย หลักความได้สัดส่วนมีรากฐานจากหลักความยุติธรรม ที่ต้องคำนึงถึงทั้งในส่วนของปัจเจกบุคคลและสังคมโดยรวม ทั้งนี้เพราะการอาศัยอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ผลประโยชน์ของปัจเจกชน ผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลที่แตกต่างกัน รวมทั้งผลประโยชน์ของมหาชน ย่อมมีการกระทบกันเสมอ การคลี่คลายปัญหาความขัดแย้งในเชิงผลประโยชน์ ประเทศทางตะวันตกได้อาศัยหลักความได้สัดส่วนในการแก้ไขปัญหา โดยมีคำนึงถึงความยุติธรรมของทุกฝ่าย อันเป็นต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วย

¹¹⁴ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. สรุปหลักกฎหมายมหาชน เรื่อง หลักแห่งความได้สัดส่วน.

กฎหมายของ การกระทำของรัฐทั้งหลาย¹¹⁵ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจต่อ สาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วน เพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจการกระทำของรัฐบาล หรือฝ่ายปกครอง

2.3.3 ความหมายและที่มาของหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักกฎหมายที่สามารถพบแนวความคิดปรากฏอยู่ตาม บทบัญญัติของกฎหมายสาขาต่างๆ ในระบบกฎหมายไทย แม้จะมีได้บัญญัติโดยการใช้อ้อยคำ และเรียกหลักกฎหมายดังกล่าวว่า “หลักความได้สัดส่วน” ดังเช่นในระบบกฎหมายมหาชนก็ตาม แต่ได้ปรากฏแนวคิดโดยการบัญญัติให้ “การกระทำใดๆ จะต้องเป็นการกระทำเท่าที่จำเป็นหรือพอสมควรแก่เหตุ จึงจะเป็นกรณีที่ชอบด้วยกฎหมาย”

หลักความได้สัดส่วน มีที่มาจากประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ ในทวีปยุโรป ซึ่งอาจมีคำอธิบายความหมายที่แตกต่างกันไป อย่างในระบบของประเทศเยอรมัน ได้้อธิบายหลักดังกล่าวมาความไว้ว่า รัฐต้องไม่กระทำการใดที่เกินขอบเขตขอบเขตแห่งความจำเป็น เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐบาล โดยต้องมีการถ่วงดุลหรือชั่งน้ำหนักระหว่างความเสียหายต่อปัจเจกชนและผลที่ได้รับต่อรัฐหรือชุมชนจากการกระทำของฝ่ายปกครอง 18 ส่วนในระบบประเทศฝรั่งเศส ได้้อธิบายว่า เป็นหลักขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่าง ผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ถูกภายใต้ อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ถูกอยู่ภายใต้ อำนาจของตน อย่างพอเหมาะพอประมาณ¹¹⁶ นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป และศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ก็ยอมรับหลักการนี้ว่ามีความสำคัญในฐานะเป็นหลักพื้นฐาน

แม้หลักความได้สัดส่วนจะมีที่มาจากประเทศในระบบซีวิลลอว์ แต่หลักนี้ก็ มีอยู่ในกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ด้วย เช่น อังกฤษ ในสมัยเดิมมักใช้การลงโทษทางอาญาว่าการลงโทษต้องได้สัดส่วนหรือเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ หรือการกระทำที่เป็นการป้องกันต้องได้สัดส่วนกับอันตรายที่เผชิญหน้าอยู่ และความได้สัดส่วนเมื่อใช้กับกฎหมายปกครองก็คือ หลักความมีเหตุผลหรือสมเหตุสมผล (rationality) ส่วนในสหรัฐอเมริกา นั้นมักใช้คำว่า การถ่วงดุล (balancing) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของระบบความยุติธรรมในการชั่งน้ำหนักระหว่างการจำกัดสิทธิของประชาชนกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะมี

¹¹⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2552. หน้า 269.

¹¹⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2540. หน้า 42.

การระบุปัญหา ประเมินข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายในคดีและเปรียบเทียบระหว่างสิทธิของประชาชนกับผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะ ดังนั้น หลักการนี้จึงมีอยู่ในนานาประเทศ เพียงแต่อาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันไป¹¹⁷ เท่านั้น

หลักความได้สัดส่วน นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญ ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วน มิได้มุ่งหมายเฉพาะเพื่อการจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่เป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้การใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนี้ยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย¹¹⁸

ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วน คือ การที่ฝ่ายปกครองนำกฎเกณฑ์ที่ดีที่สุดมาปรับใช้กับเอกชน ในการกำหนดความสัมพันธ์ที่เหมาะสม ระหว่างวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้กับเป้าหมายที่คาดว่าจะได้รับ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจนั้นเท่าที่จำเป็น การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่การละเมิดนั้น มีขนาดเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง การจะวิเคราะห์ที่ลึกซึ้งมากขึ้นนำไปสู่ความจริงที่ว่าหลักแห่งความได้สัดส่วนนี้มีได้พิจารณาแต่เพียงวิธีการและเป้าหมายเท่านั้น แต่จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ ด้วย นั่นก็คือ จะต้องมีความสัมพันธ์ที่ได้สัดส่วนเหมาะสมระหว่างสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เป้าหมายและการตัดสินใจ อย่างกรณี การลงโทษทางวินัยนั้นต้องสัมพันธ์กับความผิดและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เช่นเดียวกับมาตรการในทางปกครองซึ่งมีผลในการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ก็จะต้องมีความสัมพันธ์กับสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดมาตรการนั้น และความจำเป็นที่ต้องรักษาไว้ซึ่งความเรียบร้อย หลักความได้สัดส่วน จึงต้องพิจารณาถึงสถานการณ์ การตัดสินใจ และวัตถุประสงค์ไปพร้อมๆ กัน¹¹⁹

สำหรับการควบคุมความเหมาะสมของมาตรการทางปกครอง ที่กระทบต่อเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรอง และคุ้มครองตามกฎหมาย คดีที่ถือเป็นกรณีคลาสสิกที่สุดก็คือ ในคำพิพากษา Benjamin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1933 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่มีชื่อเสียงมากนั้น สภาแห่งรัฐได้พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการประชุม

¹¹⁷ เสาวนีย์ อัสวโรจน์. สิทธิมนุษยชนกับกฎหมายปกครองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน. หน้า 67-68.

¹¹⁸ บรรเจิด ลิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2552. หน้า 27-28.

¹¹⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักแห่งความได้สัดส่วน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 20 ฉบับที่ 4. หน้า 99- 109.

ด้วยเหตุผลว่า “พิจารณาจากคำสั่งของฝ่ายปกครองจะพบว่า ความเป็นไปได้ของความวุ่นวายนั้น มิได้มีระดับความร้ายแรงอย่างที่มีการคาดการณ์ แม้จะมีได้สั่งห้ามการประชุม ฝ่ายปกครองก็สามารถรักษาความสงบโดยใช้มาตรการอื่นได้” เราจะพบว่าม็อบประกอบที่สำคัญ 3 ประการ คือ สถานการณ์ (ความเป็นไปได้ของความวุ่นวาย) วัตถุประสงค์ (การรักษาความสงบเรียบร้อย) และ นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ได้สัดส่วน (การสั่งห้ามมิให้มีการประชุม) นับแต่นั้นเป็นต้นมาสภาพแห่งรัฐก็ได้ตัดสินใจตามคำพิพากษาฉบับนี้¹²⁰

2.3.4 องค์ประกอบของหลักความได้สัดส่วน

สำหรับสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนนี้มีการถกเถียงกันมานาน ส่วนหนึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ใช้ถ้อยคำต่างๆ แต่ไม่ได้อธิบายความหมายหรือความแตกต่างของคำเหล่านั้น เช่นคำว่า เกินกว่าส่วน, ไม่เหมาะสม, มีเหตุผล, ความจำเป็น, จะขาดเสียมิได้ จึงทำให้เกิดความสับสน อย่างไรก็ตามตั้งแต่ปี 1970 มีความเห็นสอดคล้องกันว่าหลักความได้สัดส่วนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ¹²¹

1) หลักแห่งความเหมาะสม (Geeignetheit หรือ Tauglichkeit) หรือ ในทางวิชาการของไทยอาจรู้จักหลักดังกล่าวนี้ว่า หลักความสัมฤทธิ์ผล บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้ตนออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้พิจารณาเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น¹²² มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการดังกล่าว ดังนั้นจึงไม่มีผลบังคับได้ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมนี้เรียกร่องความสัมพันธ์เชิงเหตุ (cause) หรือ ผล (effect) ระหว่างมาตราที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ กับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้น ดังนั้น หลักความเหมาะสม จึงเป็นสิ่งที่เดียวกันกับสามัญสำนึก หากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ เกิดผลนอกเหนือจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้น เข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)

¹²⁰ วรคุณ วิจาเรนันท์, หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 56.

¹²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธ์, หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่มที่ 19 ตอน 1, เมษายน 2543, หน้า 172.

¹²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2540, หน้า 43.

2) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit หรือ Notwendigkeit) หมายความว่าในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร ได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินของเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามความประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม¹²³

ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการ จึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบ

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) โดยมีหลักการว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่เหนือขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ผลกระทบจากการแทรกแซงในเสรีภาพของปัจเจกชน จะต้องไม่อยู่นอกเหนือจากขอบเขตความสัมพันธ์ อันเป็นเป้าหมายของสาธารณะที่กำหนดไว้ เมื่อชั่งน้ำหนักแล้วจะต้องมีน้ำหนักมากกว่าผลเสียที่เกิดจากมาตรการดังกล่าว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยไว้ว่า มาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ได้รับผลกระทบจนเกินขอบเขตและผลกระทบที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผล¹²⁴

ในการพิจารณาว่ากรณีใดจะเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการพิจารณา ซึ่งผู้เขียนขอยกตัวอย่างคำพิพากษาคดีหนึ่งเพื่อนำไปสู่ประเด็นการพิจารณากฎเกณฑ์ว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ในคดีโครงการระบบกำจัดขยะมูลฝอยในเขตเทศบาลตำบลน้ำพอง ผู้ฟ้องคดีเป็นชาวบ้านจำนวนสองร้อยสิบเอ็ดคนได้ฟ้ององค์การบริหารส่วนตำบลและเทศบาล ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่กำลังจะดำเนินการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอย โดยผู้ฟ้องคดีอ้างถึงความเดือดร้อนเสียหายที่จะเกิดขึ้นหากมีการสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยดังกล่าว จะทำให้เกิดปัญหาผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของประชาชนในหมู่บ้าน

¹²³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 46-47.

¹²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ. หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส, วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 19 ตอน 1, เมษายน 2543. หน้า 179.

ใกล้เคียงบริเวณก่อสร้างจำนวนหลายหมู่บ้าน เนื่องจากเพราะบริเวณก่อสร้างอยู่ติดกับแหล่งต้นน้ำลำธารธรรมชาติ (ห้วยค้ำมะไฟ) ซึ่งเป็นห้วยสาธารณะที่ไหลหล่อเลี้ยงประชาชนในละแวกนั้นในการอุปโภคบริโภค รวมทั้งใช้ในระบบการเกษตร ในคดีนี้ ศาลปกครองได้วินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจในเรื่องประโยชน์สาธารณะดังนี้

“เมื่อชั่งน้ำหนักของผลกระทบและความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีจะได้รับกับผลประโยชน์ของสาธารณะที่จะเกิดขึ้นจากโครงการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บและทำลายขยะให้ถูกวิธีและถูกสุขลักษณะ อันเป็นการรักษาไว้ซึ่งสภาพสิ่งแวดล้อมแล้วนั้น เห็นได้ว่า ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่อาจจะได้รับจากการดำเนินโครงการนี้มีสัดส่วนน้อยกว่าประโยชน์สาธารณะที่ได้รับจากการดำเนินการนี้ ซึ่งหากไม่ได้ดำเนินการ โครงการนี้จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมาก”¹²⁵

การพิจารณาสัดส่วนความเสียหาย หมายถึง จะต้องมิประชาชนส่วนหนึ่งที่ได้รับผลกระทบหรือความเดือดร้อนจากการดำเนินการของรัฐ โดยที่มีประชาชนอีกกลุ่มหนึ่งได้รับประโยชน์หรือความพึงพอใจจากการดำเนินการครั้งนี้ ซึ่งเมื่อนำมาชั่งน้ำหนักแล้ว ประชาชนที่ได้รับประโยชน์จะต้องมีจำนวนมากกว่าเพียงพอที่จะตัดสินได้ว่าประชาชนอีกกลุ่มหนึ่งถือว่าเป็นสัดส่วนความเสียหายที่สามารถรับภาระความเดือดร้อนครั้งนี้ได้ ดังนั้น สาธารณะประโยชน์ในบางกรณีมิได้หมายความว่าส่วนรวมจะได้รับประโยชน์เท่าเทียมและทั่วถึงถ้วนหน้ากัน

¹²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ. 244/2553.

บทที่ 3

การออกกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในกระบวนการร่างกฎหมายรัฐสภาจะทำหน้าที่ตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่กำหนดหลักการอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายว่าจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนในเรื่องใดหน่วยงานใดเป็นผู้บังคับการตามกฎหมายมีหลักเกณฑ์และกลไกในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างไร แต่รัฐสภามีใช้องค์กรเดียวที่มีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ ดังนั้นกระบวนการร่างกฎหมายจึงไม่ได้สิ้นสุดเมื่อพระราชบัญญัติได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เนื่องจากในเนื้อหาพระราชบัญญัติแต่ละฉบับหากสังเกตจะพบว่าพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง ๆ นั้นจะมีบทบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจโดยมอบหมายให้ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง หรือผู้มีหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายไปกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยของการบังคับใช้กฎหมายต่อไป ซึ่งเป็นกฎหมายอีกระดับหนึ่ง ผู้ยกร่างกฎหมายจึงมีหน้าที่ต่อเนื้อที่จะต้องพิจารณากร่างรายละเอียดสิ่งที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ เพื่อให้การใช้กฎหมายมีความความสมบูรณ์ขึ้น รูปแบบของกฎหมายดังกล่าวนี้ มีในหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการตราพระราชกฤษฎีกา หรือการออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ซึ่งเรียกกันโดยรวมว่า “กฎหมายลำดับรอง” (Subordinate or Delegated Legislation)

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายจะให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่จะกระทำการใด ๆ ไว้ ก็มิใช่ว่าหน่วยงานของรัฐจะสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นอย่างไรก็ได้ การใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐต้องมีเหตุผลและต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุด หากการกระทำของหน่วยงานของรัฐไม่ชอบด้วยเหตุผลหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนมากเกินไป ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวอาจฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำนั้นได้

การดำเนินการตรากฎหมายของหน่วยงานของรัฐอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ดังนี้

- (1) ต้องมีกฎหมายให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐที่จะดำเนินการนั้น โดยชัดแจ้ง
- (2) การใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นต้องเป็นไปโดยมีเหตุผลอันสมควร
- (3) การใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุด

กฎหมายลำดับรองนั้นมิมีกฎเกณฑ์ในการจัดทำและการประกาศใช้แตกต่างไปจากการตราพระราชบัญญัติ ทั้งหลักเกณฑ์ในการร่างที่อาจเหมือนและแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติบางประการ เมื่อการร่างกฎหมายลำดับรองเป็นการพิจารณาลงไปในรายละเอียดจากที่พระราชบัญญัติแม่บทให้อำนาจ การร่างจึงเป็นเรื่องที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องเข้าใจขอบเขตเนื้อหาและความเชื่อมโยงของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจประกอบกับจะต้องมีความรู้ในทางเทคนิคของการร่างกฎหมายลำดับรองแต่ละประเภท การร่างกฎหมายลำดับรองจึงอาจยากกว่าพระราชบัญญัติ ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษารูปแบบและวิธีการจัดทำกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ รวมทั้งตัวอย่างกฎหมายลำดับรอง ของเขตการบังคับใช้ ทั้งนี้เพื่อให้ทราบถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการจัดทำกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีผลย้อนหลังซึ่งอาจทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณ ดังเช่น การออกกฎหมายลำดับรอง ในรูปแบบของระเบียบของกระทรวงมหาดไทยที่ผู้ศึกษาได้นำมาศึกษาจำนวน 3 เรื่อง ดังนี้

1. การเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยโดยไม่มีกฎหมายรองรับ¹²⁶
2. กรณีการเบิกจ่ายเงินผลประโยชน์ตอบแทนอื่นในกรณีพิเศษ หรือ โบนัส โดยไม่มีกฎหมายรองรับ¹²⁷
3. การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยไม่มีกฎหมายรองรับ¹²⁸

โดยทั้ง 3 กรณีสำนักงานกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นสรุปว่า การเบิกจ่ายเงินไม่มีกฎหมายรองรับ ต่อมากระทรวงมหาดไทยจึงได้ออกระเบียบสำหรับการเบิกจ่ายเงินกรณีทั้งหนึ่งและกรณีที่สองโดยให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปถึงการเบิกจ่ายเงินที่ได้เคยเบิกจ่ายไปแล้วก่อนที่จะมีระเบียบเป็นการเบิกจ่ายที่ถูกต้องตามระเบียบซึ่งเนื้อหาโดยละเอียดจะได้นำเสนอในลำดับต่อไป

ในการศึกษาเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นต้องมีการศึกษาเกี่ยวกับที่มาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและกำหนดอำนาจหน้าที่ รวมทั้งรายจ่ายต่าง ๆ

¹²⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 458/2553 เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

¹²⁷ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 165/2556 เรื่อง การจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ

¹²⁸ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1401/2556 เรื่อง การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเบิกจ่ายได้ โดยผู้เขียนได้ขอศึกษาเฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งมีเนื้อหา ดังนี้

1. หลักการกระจายอำนาจทางปกครองและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1.1 การกระจายอำนาจทางปกครองในประเทศไทย

1.1.1 ความเป็นมาของการกระจายอำนาจในประเทศไทย

ประเทศไทยมีรูปแบบการปกครองในแบบรัฐเดี่ยวจึงทำให้รูปแบบการปกครองเป็นแบบรวมศูนย์อำนาจเข้าสู่ส่วนกลางมาอย่างยาวนานนับตั้งแต่รัชสมัยของรัชการที่ 5 และมีการปรุงโครงสร้างอำนาจมาเป็นระยะ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการกระชับอำนาจเข้าสู่ส่วนกลางมากกว่าการกระจายอำนาจออกไปยังชุมชนท้องถิ่นต่างๆ ต่อมากระแสการเปลี่ยนแปลงไปสู่ระบอบประชาธิปไตยได้เริ่มเข้ามาสู่สังคมไทยมากขึ้น ประกอบกับกระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำให้ประชาชนเริ่มมีความตื่นตัว รับรู้แนวคิดเรื่องประชาธิปไตยและการมีส่วนร่วมมากขึ้น จึงทำให้เกิดข้อเรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารงานภาครัฐ รวมทั้งการกระจายอำนาจการบริหารจัดการ การตัดสินใจในด้านต่าง ๆ ไปสู่ท้องถิ่นมากยิ่งขึ้น เช่น อำนาจทางการคลัง อำนาจทางการศึกษา อำนาจทางการบริหารทรัพยากร เป็นต้น

ทิศทางการกระจายอำนาจในประเทศไทยเริ่มปรากฏเด่นชัดภายหลังจากที่มีเหตุการณ์ทางการเมืองเกิดขึ้นในเดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2535 และถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2540 ซึ่งนับเป็นจุดเปลี่ยนครั้งใหญ่ในทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายหลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 รวมทั้งกฎหมายที่ต่อเนื่องฉบับอื่นๆ ซึ่งล้วนเป็นปัจจัยเร่งเร้าให้มีการปรับตัวในโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างระบบบริหารราชการในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีการกระจายอำนาจจากส่วนกลางสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากยิ่งขึ้นเป็นลำดับ¹²⁹

¹²⁹ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ และคณะ. ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยและต่างประเทศเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ :

เมื่อมีการการประกาศใช้รัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2550 ส่งผลให้การเปลี่ยนแปลง
 ทิศทางการปกครองท้องถิ่นของไทยให้ก้าวหน้าไปอีกขั้นหนึ่ง ซึ่งอาจพิจารณาได้ใน 3 มิติ
 กล่าวคือ¹³⁰

มิติในด้านกฎหมาย รัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติให้ต้องมีการจัดทำ
 “ประมวลกฎหมายท้องถิ่น” ขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความเป็นเอกภาพใน
 ระบบกฎหมายท้องถิ่นยิ่งขึ้น ปัจจุบันอยู่ในกระบวนการร่างประมวลกฎหมายท้องถิ่น โดย
 คณะกรรมการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำร่าง มีประเด็นสำคัญที่
 อาจทำให้เห็นการเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้างและรูปแบบของ เทศบาลครั้งสำคัญนั่นคือ การยก
 ฐานะองค์การบริหารส่วนตำบลทุกแห่งเป็นเทศบาลซึ่งจะมีผลให้เหลือรูปแบบเทศบาลเพียงรูปแบบ
 เดียวกันทั่วประเทศ

มิติในการบริหารจัดการบริการสาธารณะในท้องถิ่น รัฐธรรมนูญฉบับนี้
 ได้บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถจัดตั้ง หรือร่วมกันจัดตั้งองค์กรเพื่อจัดบริการ
 สาธารณะในท้องถิ่นร่วมกันอย่างเป็นทางการ ซึ่งแนวทางดังกล่าวถือเป็นทิศทางที่สำคัญในการ
 เสริมสร้างสมรรถนะในการบริหารจัดการบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มี
 ประสิทธิภาพสูงสุดภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดด้านทรัพยากรที่มีอยู่ และในระยะยาวแนวทางการ
 บริหารจัดการภารกิจร่วมกันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังเป็นแนวทางสำคัญสำหรับการ
 ปรับตัวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขนาดเล็กเพื่อหลีกเลี่ยงจากการตกอยู่ในเงื่อนไขของการถูก
 ควมรวมเข้ากับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งอื่น

มิติในการบริหารบุคลากร รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติให้มีการจัดระบบ
 การบริหารบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกรูปแบบภายใต้ระบบเดียวกัน นั่นคือระบบ
 บริหารข้าราชการส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นผลดีต่อความเป็นอิสระและความคล่องตัวในการบริหารงาน
 บุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการโยกย้ายบุคลากรระหว่างองค์กร
 ปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่างๆ และการโยกย้ายสังกัดระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นข้าม
 พื้นที่

จะเห็นได้ว่ากระแสการกระจายอำนาจมีแนวโน้มที่ดีขึ้นและนำไปสู่การ
 พัฒนามากกว่าการถดถอย ประชาชนเริ่มมีการรับรู้และเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองมากขึ้น
 ผลสัมฤทธิ์ของการกระจายอำนาจคือการมุ่งให้ท้องถิ่นเข้มแข็ง จัดการตนเองได้ แต่ในทางปฏิบัติ

¹³⁰ รายงานผลการศึกษาความก้าวหน้าของการกระจายอำนาจในประเทศไทยและข้อเสนอ. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา
 แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การขับเคลื่อนการกระจายอำนาจให้บรรลุผลสัมฤทธิ์นั้น ล้วนเต็มไปด้วยปัญหา อุปสรรค แต่หากจะกลับไปใช้รูปแบบการรวมศูนย์อำนาจ ก็ไม่อาจก่อให้เกิดการพัฒนาได้อย่างทั่วถึง ปัญหาความเหลื่อมล้ำจึงกระจายอยู่ทุกหย่อมหญ้า ล้วนเป็นสาเหตุของความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ดังนั้นไม่ว่าจะกระจายอำนาจหรือรวมศูนย์อำนาจ โดยรูปแบบย่อมมีทั้งข้อดีและข้อเสียในตัวเอง การนำไปใช้ให้บรรลุผลสัมฤทธิ์และลดผลกระทบในทางลบให้มากที่สุด ย่อมขึ้นอยู่กับการวางระเบียบแบบแผน ขั้นตอนการดำเนินงานที่เหมาะสม ซึ่งมีปัจจัยหลายด้านที่ต้องพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นบริบททางสังคม ลักษณะสภาพแวดล้อมของพื้นที่ ความต้องการของประชาชน และการใช้อำนาจของผู้ปกครอง เป็นต้น

1.1.2 ผลกระทบที่เกิดจากการกระจายอำนาจ

1) การกระจายอำนาจก่อให้เกิดกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในพื้นที่ ไม่ว่าจะเป็นส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจทางการเมือง ส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางนโยบายการพัฒนาท้องถิ่นของตนเอง ผ่านกลไกต่างๆ เช่น การทำประชาคม การเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น เป็นต้น กระบวนการดังกล่าวทำให้ท้องถิ่นเกิดการพัฒนามาตามความต้องการของชุมชน ลดความล่าช้าการแก้ไขปัญหาในพื้นที่ ลดปัญหาความเหลื่อมล้ำ และเกิดการกระจายรายได้มากยิ่งขึ้น จะเห็นได้ว่า การที่ชุมชนท้องถิ่นเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจและกระบวนการบริหารภารกิจในระดับพื้นที่ จะส่งผลให้เกิดความชอบธรรมในการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐมากยิ่งขึ้น เพราะต้องมีการลงประชามติการทำประชาพิจารณ์ เพื่อรับฟังความคิดเห็นของชุมชน ซึ่งหากปราศจากกระบวนการเหล่านี้ โดยให้หน่วยงานภาครัฐในส่วนกลางเป็นผู้กำหนดและตัดสินใจแต่ฝ่ายเดียว ย่อมทำให้ไม่ได้รับการยอมรับและเกิดการต่อต้านของประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากโครงการในพื้นที่ได้ เพราะต้องมีทั้งฝ่ายที่ได้ประโยชน์และฝ่ายที่เสียประโยชน์ เป็นผลให้ภาคประชาชนขาดความชอบธรรมได้ อีกทั้งยังไม่เป็นประชาธิปไตย เพราะไม่มีการรับฟังเสียงส่วนใหญ่จากประชาชนพื้นที่

2) การกระจายอำนาจช่วยให้หน่วยงานในระดับพื้นที่สามารถตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของชุมชนได้ดีกว่าหน่วยงานในส่วนกลาง เนื่องจากมีความใกล้ชิด เข้าใจ และรับทราบปัญหาได้ดีกว่าส่วนกลาง ส่งผลให้การทำหน้าที่ในการขับเคลื่อนนโยบายและการแก้ไขปัญหามีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น แต่ในขณะเดียวกัน หากมีการกระจายอำนาจมากเกินไปและขาดการตรวจสอบถ่วงดุลอย่างเป็นระบบ อาจก่อให้เกิดความไร้เอกภาพในการบริหารจัดการได้อีกทั้งหากมีความต้องการปกครองตนเองมากเกินไปเพื่อความอิสระเป็นเอกเทศ ก็อาจส่งผลต่อเสถียรภาพด้านความมั่นคงภายในรัฐได้ การที่ท้องถิ่นได้รับการกระจายอำนาจมากเกินไปในบางพื้นที่ได้ก่อให้เกิดหน่วยงานการปกครองส่วนท้องถิ่นขึ้นหลายแห่งในเขต

พื้นที่ที่ใกล้กัน จึงทำให้เกิดความซ้ำซ้อนและสิ้นเปลืองงบประมาณในการบริหารจัดการโดยไม่จำเป็น นอกจากนี้การกระจายอำนาจให้ท้องถิ่นสามารถรับผิดชอบหารายได้ด้วยตนเอง อาจต้องเจอกับปัญหาด้านศักยภาพในการหารายได้ที่ไม่เท่ากันของท้องถิ่นแต่ละแห่งด้วย

โดยในหลักการกระจายอำนาจถือว่าเป็นรูปแบบการบริหารที่ดีเพราะประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะได้อย่างเท่าเทียม และมีโอกาสในการจัดการปกครองตนเองเพื่อสนองตอบความต้องการและแก้ไขปัญหาของพื้นที่ได้ทันที ราชการส่วนภูมิภาคถือว่าเป็นสาขาของราชการบริหารส่วนกลางที่ตั้งในพื้นที่ ซึ่งมักถูกมองว่ามีอำนาจหน้าที่ภารกิจซ้ำซ้อนกับท้องถิ่นแต่มีความล่าช้าในการแก้ไขปัญหา และขาดความใกล้ชิดเข้าถึงถึงความต้องการของประชาชนในพื้นที่ หากมองในเรื่องของหลักการรูปแบบการกระจายอำนาจก่อให้เกิดการพัฒนาในภาพรวมของประเทศได้มากกว่าการรวมศูนย์อำนาจ และเป็นไปตามหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองตามระบอบประชาธิปไตย แต่ในทางปฏิบัติก็ยังเห็นว่าประเทศไทยยังไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากการพยายามกระจายอำนาจของรัฐบาลที่ผ่านมา มีความไม่สมดุลสอดคล้องกันระหว่างภารกิจ งบประมาณและบุคลากร อีกทั้งในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การกระจายอำนาจยังเป็นช่องทางที่ก่อให้เกิดการทุจริตในระบบการเมืองท้องถิ่นและเชื่อมโยงไปสู่การเมืองระดับชาติมากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังคงต้องมีการปรับปรุงระบบต่าง ๆ เพื่อให้การดำเนินการต่าง ๆ เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชน

1.1.3 ประเภทของการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ประเภทของการกระจายอำนาจโดยทั่วไป สามารถจำแนกได้ 6 ประเภท¹³¹ ดังนี้

1) การกระจายอำนาจโดยจำเป็นหรือโดยปริยาย (Decentralization by default)

การกระจายอำนาจในลักษณะนี้ เกิดจากสถานการณ์ที่หน่วยงานหรือองค์กรภาครัฐในสังกัดของส่วนกลางเกิดความล้มเหลวในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ในระดับพื้นที่ อันก่อให้เกิดความไม่เชื่อมั่นในบทบาทของหน่วยงานภาครัฐดังกล่าว สภาพความจำเป็นที่ภาครัฐไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการและจัดการปัญหาในระดับพื้นที่ได้ ส่งผลให้องค์กรในภาคประชาสังคม เช่น สมาคมต่างๆ องค์กรอาสาสมัคร องค์กรพัฒนาเอกชนและกลุ่มองค์กรชุมชน เป็นต้น จำเป็นต้องแสดงบทบาทอย่างเข้มแข็งในการจัดการปัญหาในพื้นที่ของตัวเอง ผ่านการร่วมกัน

¹³¹ กลุ่มงานประสานนโยบายการกระจายอำนาจและความมั่นคง (กจค.). รายงานการศึกษาฉบับสุดท้าย (Final Report) โครงการติดตามประเมินผลการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อการจัดทำแผนพัฒนาฯ ฉบับที่ 11 ภายใต้โครงการพัฒนาขีดความสามารถการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการมีส่วนร่วมในการกระจายอำนาจของส่วนราชการและภาคประชาชนศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8-11.

ดำเนินกิจกรรมการพัฒนาต่างๆ เช่น การจัดให้มีโรงเรียนของท้องถิ่น การจัดระบบสหกรณ์หรือธนาคารชุมชน การจัดทำโครงการพัฒนาในรูปแบบต่างๆ เป็นต้น สภาพดังกล่าวจึงส่งผลผลักดันให้ภาครัฐจำเป็นต้องมีการกระจายอำนาจจากส่วนกลางไปสู่หน่วยงานหรือองค์กรปกครองใน ระดับท้องถิ่นอย่างมีอจเลียงได้

2) การแปรรูปกิจการของภาครัฐ (Privatization)

การแปรรูปกิจการของรัฐ เป็นอีกประเภทหนึ่งของการกระจายอำนาจผ่านกระบวนการถ่ายโอน (Handover) กิจการบางอย่างที่เคยจัดทำโดยหน่วยงานของรัฐไปให้ภาคเอกชนเป็นผู้จัดทำแทน เช่น กิจการขนส่งมวลชน กิจการโทรคมนาคม การไฟฟ้าและการประปา เป็นต้น การโอนภารกิจและอำนาจหน้าที่ในการจัดบริการสาธารณะจากหน่วยงานภาครัฐไปสู่ภาคเอกชน เป็นผลให้อำนาจหน้าที่และทรัพยากรซึ่งเคยรวมศูนย์ที่ภาครัฐส่วนกลางถูกกระจายออกไปอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของหน่วยงานอื่นๆ นอกภาคราชการเป้าหมายของการกระจายอำนาจในรูปแบบนี้ เป็นไปเพื่อยกระดับคุณภาพและประสิทธิภาพในการจัดการกิจการสาธารณะบางอย่าง ซึ่งภาคเอกชนสามารถจัดทำได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถให้บริการต่อสังคมโดยรวมได้ดีกว่าการดำเนินการของภาครัฐ โดยให้กลไกทางการตลาด (Market Mechanism) เข้ามามีบทบาทมากกว่าที่จะถูกผูกขาดโดยรัฐ ซึ่งมักจะก่อให้เกิดความไร้ประสิทธิภาพและการบริการที่มีคุณภาพต่ำ

3) การกระจายอำนาจภายใต้แนวความคิดเรื่องการแบ่งอำนาจทางการ

บริหาร (Deconcentration / Administrative decentralization)

การกระจายอำนาจในลักษณะนี้ เป็นการแบ่งอำนาจของรัฐบาลกลางไปยังองค์กรในระดับรองในสังกัด ซึ่งตั้งทำการในพื้นที่นอกศูนย์กลางหรือในพื้นที่ท้องถิ่น โดยองค์กรปฏิบัติงานในระดับภูมิภาคหรือท้องถิ่น ซึ่งได้รับการแบ่งอำนาจหน้าที่จากส่วนกลาง จะมีความเป็น

เอกเทศในการตัดสินใจต่างๆ ในระดับหนึ่งภายในพื้นที่รับผิดชอบ อย่างไรก็ตาม อำนาจการตัดสินใจและการกำหนดนโยบายต่างๆ ยังคงอยู่ที่ส่วนกลาง เพราะตัวองค์กรและบุคลากรที่ได้รับการแบ่งอำนาจมีสถานะเป็นเพียงหน่วยงานสาขาของส่วนกลาง ซึ่งมีหน้าที่นำนโยบายของต้นสังกัดในส่วนกลางมาปฏิบัติในพื้นที่ การกระจายอำนาจในลักษณะนี้มักเกิดขึ้นภายในระบบราชการ เป็นลักษณะการแบ่งภารกิจและอำนาจหน้าที่ออกไปยังองค์กรที่ทำงานอยู่ในพื้นที่ภูมิภาคหรือท้องถิ่น โดยมีเป้าหมายเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในพื้นที่ดำเนินไปอย่างมีเอกภาพ บางครั้งจึงเรียกการกระจายอำนาจในลักษณะนี้ว่า “การกระจายอำนาจทางการบริหาร” (Administrative decentralization)

4) การกระจายอำนาจทางการคลัง (Fiscal decentralization)

การกระจายอำนาจทางการคลัง เป็นอีกหนึ่งลักษณะของการกระจายอำนาจโดยหน่วยงานในระดับบนหรือใน ส่วนกลางพยายามลดระดับการใช้อำนาจควบคุมจัดสรรงบประมาณและการตัดสินใจทางการคลังของหน่วยงานในระดับล่าง เช่น การจัดระบบการจัดสรรงบประมาณของหน่วยงานต้นสังกัดในส่วนกลางหรือหน่วยงานระดับบนให้แก่หน่วยงานในระดับพื้นที่หรือระดับต่ำลงมาในลักษณะงบประมาณก้อนเดียว เพื่อให้อิสระแก่หน่วยงานดังกล่าวในการตัดสินใจบริหารจัดการทางการคลังและจัดสรรงบประมาณดังกล่าวในรายละเอียด การกระจายอำนาจทางการคลังส่งผลให้หน่วยงานในส่วนกลางมีบทบาทเพียงกำกับทิศทางนโยบาย ในขณะที่หน่วยงานระดับปฏิบัติมีอำนาจหน้าที่มากขึ้นในการตัดสินใจในการบริหารภารกิจและงบประมาณของตนเอง

5) การกระจายอำนาจภายใต้หลักการมอบอำนาจ (Delegation)

การกระจายอำนาจภายใต้หลักการมอบอำนาจ จะมีระดับของการกระจายอำนาจที่ให้อิสระสูงกว่าการแบ่งอำนาจ อีกทั้งเป็นการกระจายอำนาจที่มุ่งเน้นมิติด้าน “ภารกิจหน้าที่” มากกว่าการมุ่งเน้นการกระจายอำนาจหน้าที่ในมิติของ “พื้นที่ปฏิบัติงาน” ดังเช่น หลักการกระจายอำนาจในรูปของการแบ่งอำนาจ กล่าวคือ การมอบอำนาจเป็นการกระจายอำนาจในลักษณะที่รัฐส่วนกลางอาจมอบอำนาจให้กับ อปท. องค์กรกึ่งอิสระ องค์กรมหาชน หรือองค์กรที่จัดทำโครงการเฉพาะกิจต่างๆ ที่รัฐบาลได้จัดตั้งขึ้น โดยกำหนดภารกิจเฉพาะอย่างชัดเจนให้ องค์กรเหล่านั้นสามารถตัดสินใจและใช้อำนาจหน้าที่ภายในขอบเขตของตนได้โดยอิสระ แต่รัฐส่วนกลางก็ยังคงมีอำนาจอยู่เหนือองค์กรเหล่านี้ โดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายเป็นกรอบในการควบคุมและกำกับบทบาทขององค์กรที่ได้รับการมอบอำนาจรวมถึงอำนาจในการจัดตั้งและยุบเลิก องค์กรภายใต้หลักการมอบอำนาจดังกล่าว

6) การกระจายอำนาจภายใต้หลักการโอนอำนาจ (Devolution)

การกระจายอำนาจภายใต้แนวคิดเรื่องการโอนอำนาจ ถือได้ว่าเป็นการกระจายอำนาจที่สะท้อนให้เห็นถึงระดับของการกระจายอำนาจที่กว้างขวางมากที่สุด ทั้งนี้เพราะเป็นการกระจายอำนาจในลักษณะที่รัฐส่วนกลางถ่ายโอนหรือยกอำนาจการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ไปยังองค์กรปกครองในระดับพื้นที่ ชุมชน หรือท้องถิ่นต่างๆ อย่างกว้างขวาง โดยทั่วไปองค์กรที่รับบริการโอนอำนาจ มักจะเป็นองค์กรปกครองในระดับท้องถิ่นตามหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชน นั่นคือ เป็นองค์กรปกครองที่มีตัวแทนจากการเลือกตั้งของประชาชนในพื้นที่เข้ามาทำหน้าที่ตัดสินใจและกำหนดนโยบายต่างๆ ของท้องถิ่น รวมถึงมีอำนาจในการตรากฎหมายและออกระเบียบต่างๆ เพื่อบังคับใช้ภายในพื้นที่หรือชุมชนของตนได้โดยอิสระ โดยที่

ส่วนกลางจะไม่เข้ามาบีบบทบาทหรือแทรกแซงการทำงานขององค์กรดังกล่าว หรือการแทรกแซงจะเกิดขึ้นก็ต้องเป็นไปอย่างจำกัดมาก โดยส่วนใหญ่่มักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อความมั่นคงของประเทศเท่านั้นหากพิจารณาในมิติของการบริหารปกครองในระดับท้องถิ่นแล้ว จะเห็นได้ว่า อปท. เป็นผลของการเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้างระบบการปกครอง ซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการกระจายอำนาจ แต่เนื่องจากการกระจายอำนาจฯ นั้นมีหลายระดับดังที่นำเสนอ จึงหมายความว่าระบบการปกครองท้องถิ่นในประเทศหนึ่งๆ ก็ย่อมมีอำนาจและความเป็นอิสระที่มากขึ้นแตกต่างกันออกไป อีกทั้ง อปท. ที่จัดตั้งขึ้นก็มักจะมีลักษณะของการผสมผสานแนวคิดการกระจายอำนาจที่ต่างรูปแบบกัน เช่น ในด้านของอำนาจหน้าที่อาจจะเป็นไปภายใต้หลักการโอนอำนาจ แต่ในด้านของทรัพยากรทางการคลังก็อาจจะเป็นไปภายใต้หลักการหนึ่งได้ เช่นเดียวกัน ระบบการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นซึ่งถือเป็นทรัพยากรที่สำคัญของ อปท. ก็อาจจะมีการจัดระบบได้ในหลายลักษณะตามระดับหรือรูปแบบของการกระจายอำนาจที่ต่างกันออกไป

1.2 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย

1.2.1 พัฒนาการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

พัฒนาการของการปกครองท้องถิ่นของไทย เริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่การปฏิรูประบบราชการ ในสมัยรัชกาลที่ 5 กล่าวคือ ได้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดกิจการท้องถิ่นฉบับแรก คือ พระราชกำหนดสุขาภิบาลกรุงเทพฯ ร.ศ.116 โดยกำหนดให้สุขาภิบาลกรุงเทพฯ มีหน้าที่ดำเนินการรักษาความสะอาด และป้องกันโรค ทำลายขยะมูลฝอย จัดสถานที่ถ่ายอุจจาระปัสสาวะ สำหรับราษฎรทั่วไป ห้ามการปลูกสร้าง หรือซ่อมแซมโรงเรือน ที่จะเกิดโรค รวมทั้งการขนย้ายสิ่งโสโครก ที่ทำความรำคาญให้กับราษฎรไปทิ้ง เป็นต้น ต่อมาได้จัดตั้ง สุขาภิบาลท่าฉลอม เมืองสมุทรสาครขึ้น ในต่างจังหวัด เป็นแห่งแรก

ในสมัยรัชกาลที่ 6 ก็ได้ตราธรรมนูญการปกครองคณะนคราภิบาลสุโขทัย พ.ศ.2461 เพื่อทดลองรูปแบบเมืองจำลอง"สุโขทัย" นับเป็นการปกครองในรูปแบบเทศบาลครั้งแรก อันเป็นรูปแบบการปกครองอย่างประเทศอังกฤษ โดยกำหนดให้เป็นนิติบุคคล แยกจากส่วนกลาง มีรายได้ของตนเอง ดูแลการคมนาคม การดับเพลิง สวนสาธารณะ โรงพยาบาล สุสาน โรงฆ่าสัตว์ คูคลองโรงเรียนราษฎร การรักษาความสะอาด และการป้องกันโรค ทำบริการสาธารณะที่มีกำไร เช่น ตั้งโรงรับจำนำ ตลาด รถราง เป็นต้น ออกใบอนุญาต และเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับยานพาหนะ ร้านจำหน่ายสุรา โรงละคร โรงหนัง สถานเริงรมย์ และอื่นๆ

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2475 จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยได้จัดระเบียบการบริหารราชการ เป็นราชการ

ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบราชการ บริหารแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2476 โดยในส่วนของราชการส่วนท้องถิ่น ได้มีการจัดตั้ง เทศบาล ขึ้น ตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2476 (ปัจจุบันใช้ พรบ.เทศบาล พ.ศ.2496) แต่ต่อมาปรากฏว่า การดำเนินงานของเทศบาล ไม่ได้ผลเต็มที่ ตามที่มุ่งหมายไว้ จึงไม่อาจขยายการตั้งเทศบาลออกไปทุกท้องถิ่นที่ทั่วราชอาณาจักรได้ คงตั้งขึ้นได้เพียง 120 แห่ง ก็ระงับการจัดตั้งเทศบาลขึ้นใหม่ เป็นเวลานานหลายสิบปี และได้มีการตั้ง สุขาภิบาลขึ้นแทนเทศบาลในท้องถิ่นที่ยังไม่มีฐานะ เป็นเทศบาล ตามพระราชบัญญัติสุขาภิบาล พ.ศ.2495 จนกระทั่งถึงปี 2500 จึงได้มีการยกฐานะ สุขาภิบาลบางแห่ง ขึ้นเป็นเทศบาลตำบล คือ เทศบาลตำบลกระบับนทร์ เทศบาลโรกสำโรง เทศบาลตำบลบัวใหญ่ เป็นต้น และกรณีที่มีการจัดตั้งจังหวัดใหม่ ก็ให้จัดตั้งเทศบาลเมืองขึ้น ในท้องถิ่นที่เป็นที่ตั้งศาลากลางจังหวัด ตามบทบัญญัติมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งเทศบาล และสุขาภิบาลก็ยังไม่เป็นไปโดยทั่วถึง ส่วนใหญ่จึงคงอยู่ ภายใต้การปกครองส่วนภูมิภาค ดังนั้น เพื่อแก้ความเหลื่อมล้ำในการปกครองท้องถิ่น ในเขตเทศบาล และสุขาภิบาล กับท้องถิ่นที่อยู่นอกเขตดังกล่าว จึงได้มีการจัดตั้ง องค์การบริหารส่วนตำบลขึ้น โดยตราพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ ส่วนจังหวัด พ.ศ. 2498 ให้เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการส่วนจังหวัด ภายในเขตพื้นที่จังหวัดนอกเขตเทศบาล และเขตสุขาภิบาล

นับแต่นั้นมา การปกครองส่วนท้องถิ่นจึงครอบคลุมทั่วทั้งราชอาณาจักรไทย กล่าวคือ ทุกพื้นที่ของประเทศไทย จะอยู่ในความรับผิดชอบของ องค์การปกครองท้องถิ่น ไม่มีรูปใดก็รูปหนึ่ง ซึ่งต่อมา ได้มีการประกาศใช้กฎหมายการปกครองท้องถิ่น รูปพิเศษ ได้แก่ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2518 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ.2521 ทั้งนี้เนื่องจาก กรุงเทพมหานครเป็นเมืองขนาดใหญ่ มีประชากรมากที่สุด ส่วนเมืองพัทยาเป็นเมืองท่องเที่ยวที่มีลักษณะพิเศษและใช้รูปแบบการบริหาร โดยการจ้างผู้บริหารซึ่งปรากฏว่า ไม่ประสบผลสำเร็จมากนักปัจจุบันจึงมีแนวโน้มที่เปลี่ยนแปลง ให้เป็นเทศบาลนคร

ในปี พ.ศ.2537 ก็ได้มีการปรับปรุงการบริหารส่วนท้องถิ่นในส่วนพื้นที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัด ให้มีการบริหารส่วนตำบลขึ้น เป็น องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ตามพระราชบัญญัติสภาตำบล และองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 ซึ่งนับว่าเป็นองค์การปกครองท้องถิ่นรูปแบบใหม่ที่เล็ก และใกล้ชิดประชาชนในท้องถิ่นมากที่สุด

ปัจจุบันกฎหมายได้กำหนดให้หน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่นมีอยู่ 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ

1) รูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล และ องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.)

2) รูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

โดยรูปแบบการปกครองท้องถิ่นทั้งสองรูปแบบ มีข้อมูลจำนวนองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น¹³² ดังนี้

1. กรุงเทพมหานคร	จำนวน	1	แห่ง
2. เมืองพัทยา	จำนวน	1	แห่ง
3. เทศบาล แยกเป็น			
- เทศบาลนคร	จำนวน	30	แห่ง
- เทศบาลเมือง	จำนวน	178	แห่ง
- เทศบาลตำบล	จำนวน	2,232	แห่ง
4. องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.)	จำนวน	76	แห่ง
5. องค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.)	จำนวน	<u>5,335</u>	แห่ง
รวม	จำนวน	<u>7,853</u>	แห่ง

1.2.2 ปรัชญา แนวคิด ขององค์กรปกครองท้องถิ่น

การที่กฎหมายการปกครองท้องถิ่น แสดงให้เห็นจุดมุ่งหมายสำคัญ 2 ประการ คือ ต้องการให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพ นั่นคือ จัดทำบริการสาธารณะให้ทั่วถึง และตรงกับความต้องการของราษฎรในท้องถิ่นตามความจำเป็นในแต่ละท้องถิ่น ซึ่งจุดมุ่งหมายนี้จะสำเร็จลงได้ ก็ด้วยวิธีการให้ราษฎรในท้องถิ่นนั่นเอง เข้าไปมีส่วนร่วม ในการจัดการด้วยและ ต้องการให้การปกครองท้องถิ่น เป็นสถาบันสอนการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย โดยผู้ที่ จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น จะต้องมาจากการเลือกตั้งของราษฎรในท้องถิ่นนั้น

ดังนั้น กฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อจัดตั้งองค์การปกครองท้องถิ่น จึงมีวัตถุประสงค์ กระจายอำนาจบริหาร ไปสู่ท้องถิ่น โดยกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างท้องถิ่นกับส่วนกลาง ในขอบเขตการกำกับดูแล นั่นคือ จะไม่กำหนดให้ราชการส่วนกลาง มีอำนาจบังคับบัญชา เหนือคณะผู้บริหารของท้องถิ่น เพื่อให้ผู้บริหารส่วนท้องถิ่น มีความเป็นอิสระในการบริหารจัดการ แต่จะให้มีอำนาจในการกำกับดูแลเพื่อป้องกันมิให้

¹³² ข้อมูล ณ วันที่ 9 มีนาคม 2558 รวบรวมโดย : ส่วนวิจัยและพัฒนาระบบ รูปแบบและโครงสร้าง สำนักพัฒนาระบบ รูปแบบและ โครงสร้าง กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น.

ราษฎร ได้รับความเดือดร้อน จากการกระทำของราชการส่วนท้องถิ่น และเพื่อเป็นหลักประกันแก่ราษฎร ในท้องถิ่นว่าจะได้รับการบริการสาธารณะอย่างทั่วถึง และมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ จะกำกับดูแลและตรวจสอบให้ราชการส่วนท้องถิ่น กระทำการ โดยชอบด้วยกฎหมาย หากมีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น ก็จะมีอำนาจในการเพิกถอน หรือยับยั้งการกระทำนั้นได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามที่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ แก่ราชการส่วนกลาง ให้กระทำได้ ไว้อย่างชัดเจนด้วย

1.2.3 รายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

สำหรับ โครงสร้างของรายจ่ายงบประมาณรายจ่ายประจำปีของท้องถิ่น ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ

1) งบประมาณทั่วไป คือ งบประมาณที่จัดทำขึ้นเพื่อกำหนดวงเงินที่ใช้ในการบริหารงานด้านต่าง ๆ ของท้องถิ่น โดยแต่ละหน่วยงานที่สังกัดอยู่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะเป็นผู้ดำเนินการ

2) งบประมาณเฉพาะการ คือ งบประมาณที่จัดทำขึ้นเพื่อกำหนดวงเงินที่ใช้ในการปฏิบัติงานเฉพาะอย่างเป็นพิเศษแตกต่างออกไปจากการบริหารงานทั่วไปของท้องถิ่น เช่น งบประมาณของเทศบาลนิชย์ เป็นต้น

โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบจะมีรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการบริหารงานตามที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยมีกฎหมายที่กำหนดครายจ่ายดังนี้ คือ

(1) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 มาตรา 118 บัญญัติว่า กรุงเทพมหานครอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้

- (1) เงินเดือน
- (2) ค่าจ้างประจำ
- (3) ค่าจ้างชั่วคราว
- (4) ค่าตอบแทน
- (5) ค่าใช้สอย
- (6) ค่าสาธารณูปโภค
- (7) ค่าวัสดุ
- (8) ค่าครุภัณฑ์
- (9) ค่าที่ดินและสิ่งก่อสร้าง
- (10) เงินอุดหนุน
- (11) รายจ่ายอื่นตามที่กฎหมายหรือระเบียบของกรุงเทพมหานคร

กำหนดไว้

(12) ราชจ่ายตามข้อผูกพัน

มาตรา 119 บัญญัติว่า การจ่ายเงินของกรุงเทพมหานครให้เป็นไปตามที่ได้อนุญาตไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม การจ่ายเงินซึ่งมิได้อนุญาตไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่าย ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติว่าด้วยการนั้น

(2) พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 มาตรา 91 บัญญัติว่า เมืองพัทยาอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้

- (1) เงินเดือน
- (2) ค่าจ้าง
- (3) ค่าตอบแทน
- (4) ค่าใช้สอย
- (5) ค่าวัสดุ
- (6) ค่าครุภัณฑ์
- (7) ค่าที่ดินและสิ่งก่อสร้าง
- (8) เงินอุดหนุน
- (9) ราชจ่ายตามข้อผูกพัน
- (10) ราชจ่ายอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือข้อบัญญัติกำหนด

มาตรา 92 บัญญัติว่า การจ่ายเงินของเมืองพัทยา ให้เป็นไปตามที่ได้อนุญาตไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม

การจ่ายเงินที่มีได้อนุญาตไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อเป็นกรณีฉุกเฉินและจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาประโยชน์ของเมืองพัทยา หรือการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือการรักษาความสงบเรียบร้อย ในกรณีเช่นนั้นนายกเมืองพัทยาจะสั่งจ่ายเงินจากเงินสะสมไปก่อนก็ได้ แต่ต้องรายงานให้สภาเมืองพัทยาทราบในการประชุมครั้งแรกหลังจากรายงานและให้ตั้งงบประมาณรายจ่ายชดใช้เงินสะสมต่อไป ทั้งนี้ การจ่ายเงินสะสมและการตั้งงบประมาณรายจ่ายชดใช้เงินสะสมให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนดงบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้เพื่อการใด จะโอนไปเพื่อใช้จ่ายสำหรับการอื่นไม่ได้เว้นแต่จะมีข้อบัญญัติให้ออนได้

(3) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 74 บัญญัติว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดอาจมีรายจ่าย ดังต่อไปนี้

- (1) เงินเดือน

- (2) ค่าจ้าง
- (3) เงินตอบแทนอื่นๆ
- (4) ค่าใช้สอย
- (5) ค่าวัสดุ
- (6) ค่าครุภัณฑ์
- (7) ค่าที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และทรัพย์สินอื่นๆ
- (8) เงินอุดหนุน
- (9) รายจ่ายอื่นใดตามที่มิใช่ข้อผูกพัน หรือตามที่มิใช่กฎหมายหรือระเบียบ

ของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

(4) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 67 บัญญัติว่าเทศบาลอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้

- (1) เงินเดือน
- (2) ค่าจ้าง
- (3) เงินตอบแทนอื่นๆ
- (4) ค่าใช้สอย
- (5) ค่าวัสดุ
- (6) ค่าครุภัณฑ์
- (7) ค่าที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และทรัพย์สินอื่นๆ
- (8) เงินอุดหนุน
- (9) รายจ่ายอื่นใดตามที่มิใช่ข้อผูกพันหรือตามที่มิใช่กฎหมายหรือระเบียบของ

กระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

มาตรา 67 ทวิ การจ่ายเงินตามมาตรา 67 (8) และการจ่ายเงินเพื่อการลงทุนเทศบาลจะกระทำได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากสภาเทศบาลและผู้ว่าราชการจังหวัดอนุมัติแล้ว

มาตรา 67 ตริ การจ่ายเงินตามมาตรา 67 (9) ถ้าเป็นการชำระเงินกู้เมื่อถึงกำหนดชำระ เทศบาลจะต้องชำระเงินกู้คืนจากทรัพย์สินของเทศบาลไม่ว่าจะตั้งงบประมาณรายจ่ายประเภทนี้ไว้หรือไม่

(5) พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 85 กำหนดว่าองค์การบริหารส่วนตำบลอาจมีรายจ่าย ดังต่อไปนี้

- (1) เงินเดือน
- (2) ค่าจ้าง

- (3) เงินค่าตอบแทนอื่นๆ
- (4) ค่าใช้สอย
- (5) ค่าวัสดุ
- (6) ค่าครุภัณฑ์
- (7) ค่าที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และทรัพย์สินอื่น ๆ
- (8) ค่าสาธารณูปโภค
- (9) เงินอุดหนุนหน่วยงานอื่น
- (10) รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพัน หรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

สำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น กระทรวงมหาดไทยได้ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบล คือ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 6 และมาตรา 76¹³³ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 69 และมาตรา 77¹³⁴ และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 5 และมาตรา 88¹³⁵

¹³³ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ประกาศและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 76 บัญญัติว่า การคลัง การงบประมาณ การรักษาทรัพย์สิน การจัดหาผลประโยชน์ การดำเนินการพิจารณาขององค์การบริหารส่วนจังหวัดและการจัดหาพัสดุและการจัดจ้าง และการให้ได้รับสวัสดิการของข้าราชการ องค์การบริหารส่วนจังหวัดให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด

¹³⁴ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 69 ให้กระทรวงมหาดไทยตราระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการคลังรวมตลอดถึงวิธีการงบประมาณ การรักษาทรัพย์สินการจัดหาประโยชน์จากทรัพย์สินการจัดหาพัสดุและการจ้างเหมาขึ้นไว้

มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง หรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

¹³⁵ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 88 ระเบียบว่าด้วยการคลัง การงบประมาณ การโอนการจัดการทรัพย์สิน การซื้อ การจ้าง ค่าตอบแทน และค่าจ้าง ให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทย

กระทรวงมหาดไทยจะออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินงานอื่นๆ ขององค์การบริหารส่วนตำบลให้องค์การบริหารส่วนตำบลต้องปฏิบัติตามด้วยก็ได้

กำหนดลักษณะของงบประมาณรายจ่ายทั่วไปในมาตรา 13 ว่า “งบประมาณรายจ่ายทั่วไปขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย รายจ่ายงบกลางและรายจ่ายตามแผนงาน” และมาตรา 14 กำหนดว่า รายจ่ายตามแผนงาน จำแนกได้สองลักษณะ คือ

(1) รายจ่ายประจำ ประกอบด้วย

- (ก) หมวดเงินเดือนและค่าจ้างประจำ
- (ข) หมวดค่าจ้างชั่วคราว
- (ค) หมวดค่าตอบแทน วัสดุและวัสดุ
- (ง) หมวดค่าสาธารณูปโภค
- (จ) หมวดเงินอุดหนุน
- (ฉ) หมวดรายจ่ายอื่น

(2) รายจ่ายเพื่อการลงทุน ประกอบด้วย หมวดค่าครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้าง รายละเอียดประเภทรายจ่ายงบกลาง หมวดรายจ่ายต่างๆ และเงินอกงบประมาณให้เป็นไปตามที่กรมการปกครองกำหนด

ในส่วนของนิยามความหมายของประเภทรายจ่ายต่าง ๆ ได้มีอธิบายไว้ในหนังสือของกรมการปกครอง ค่วนมาก ที่ มท 0313.4/ว 2787 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2542 ดังนี้

เงินเดือน หมายความว่า เงินที่จ่ายให้แก่ผู้บริหาร พนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกประเภท โดยมีอัตรากำหนดไว้แน่นอนในบัญชีกำหนดจำนวนตำแหน่งและ อัตราเงินเดือนประจำปีที่ได้ตรวจสอบยืนยันว่าถูกต้องแล้ว และรวมเงินตลอดถึงเงินที่กำหนดให้จ่ายในลักษณะเงินเดือนและ/หรือเงินเพิ่มอื่นๆ ที่จ่ายควบกับเงินเดือน

ค่าจ้างประจำ หมายความว่า เงินที่จ่ายเป็นค่าจ้างให้แก่ ลูกจ้างประจำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้ปฏิบัติงานที่มี ลักษณะประจำ โดยมีกรอบอัตราค่าจ้างและจำนวนตามที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด รวมตลอดถึงเงินที่จ่ายควบกับค่าจ้างประจำ

ค่าจ้างชั่วคราว หมายความว่า เงินที่จ่ายเป็นค่าแรง สำหรับการทำงานปกติแก่ ลูกจ้างชั่วคราวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งมีกำหนดระยะเวลาการจ้างไม่เกิน 1 ปี โดยมีกรอบอัตราค่าจ้างและจำนวนตามที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด

ค่าตอบแทน หมายความว่า เงินที่จ่ายตอบแทนให้แก่ ผู้ปฏิบัติงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ค่าใช้จ่าย หมายความว่า รายจ่ายเพื่อให้ได้ซึ่งมาบริการ ใดๆ (นอกจากบริการสาธารณูปโภค) รายจ่ายเกี่ยวกับการรับรอง และพิธีการ และรายจ่ายเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการที่ไม่เข้าลักษณะรายจ่ายหมวดอื่นๆ

คำวัสดุ หมายความว่า รายจ่ายเพื่อซื้อ แลกเปลี่ยน จ้างทำ ทำเอง หรือกรณีอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งของ

คำสาธารณูปโภค หมายความว่า รายได้เพื่อให้ได้มาซึ่งบริการสาธารณูปโภค เงินอุดหนุน ได้แก่ เงินที่จ่ายให้องค์กรอื่นเพื่อนำไปดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้ดำเนินการเอง

คำครุภัณฑ์ หมายความว่า รายจ่ายเพื่อซื้อ แลกเปลี่ยน จ้างทำ ทำเอง หรือกรณีอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งของ (มีลักษณะคงทนถาวร)

คำที่ดินและสิ่งก่อสร้าง หมายความว่า รายจ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินและหรือสิ่งก่อสร้างต่าง ๆ ซึ่งอยู่ติดกับที่ดินและสิ่งก่อสร้าง และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากการปรับปรุงที่ดินหรือสิ่งก่อสร้าง ซึ่งมีใช่เป็นการซ่อมแซมตามปกติ

รายจ่ายอื่น หมายความว่า รายจ่ายต่าง ๆ ซึ่งไม่เข้าลักษณะรายจ่ายหมวดหนึ่งหมวดใดดังกล่าวข้างต้น

นอกจากนี้ในมาตรา 16 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ได้กำหนดว่า “การตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กระทำตามที่กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่งหรือหนังสือสั่งการ กระทรวงมหาดไทยกำหนด” ซึ่งสอดคล้องกับระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงิน และการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 และมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด¹³⁶ พ.ศ. 2540 มาตรา 69 และมาตรา 77 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496¹³⁷ มาตรา 5 และมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537¹³⁸ ดังนี้

¹³⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ประกาศและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 76 บัญญัติว่า การคลัง การงบประมาณ การรักษาทรัพย์สิน การจัดหาผลประโยชน์ การดำเนินกิจการการพาณิชย์ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดและการจัดหาพัสดุและการจัดจ้าง และการให้ได้รับสวัสดิการของข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัดให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด

¹³⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 69 ให้กระทรวงมหาดไทยตราระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการคลังรวมตลอดถึงวิธีการงบประมาณ การรักษาทรัพย์สินการจัดหาประโยชน์จากทรัพย์สินการจัดหาพัสดุและการจ้างเหมาขึ้นไว้

ข้อ 46 การเบิกเงินเดือน ค่าจ้าง บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นใดในลักษณะเดียวกัน เงินค่าเช่าบ้านพนักงานส่วนท้องถิ่น หรือการเบิกเงินช่วยเหลืออื่นใดให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 52 การเบิกเงินในหมวดค่าตอบแทน ใช้สอยและวัสดุ ให้ทำการเบิกจ่ายได้ตามงบประมาณที่ได้รับอนุมัติ และให้มีหลักฐานแสดงว่าเงินจำนวนที่ขอเบิกนี้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ และเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 53 การเบิกเงินรายจ่ายงบกลางเป็นค่าใช้จ่ายอย่างไร ให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 54 การเบิกเงินในหมวดเงินอุดหนุนที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้ดำเนินการเองและได้ตั้งงบประมาณเพื่อการนั้นตามระเบียบไว้แล้ว ให้ดำเนินการได้ตามงบประมาณที่ได้รับอนุมัติ ทั้งนี้ การก่อให้เกิดขึ้นและการเบิกเงินต้องปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ตามกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่าการเบิกจ่ายเงินงบประมาณ เพื่อเป็นรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายกำหนดนั้นจะต้องมีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่งหรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย กำหนดรองรับเสมอ การเบิกจ่ายเงินรายจ่ายโดยที่ไม่มี กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่งหรือหนังสือกระทรวงมหาดไทยกำหนดจึงไม่อาจกระทำได้

มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง หรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

¹³⁸ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 88 ระเบียบว่าด้วยการคลัง การงบประมาณ การโอนการจัดการทรัพย์สิน การซื้อ การจ้าง ค่าตอบแทน และ ค่าจ้าง ให้เป็นไปตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทย

กระทรวงมหาดไทยจะออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินงานอื่นๆ ขององค์การบริหารส่วนตำบลให้องค์การบริหาร ส่วนตำบลต้องปฏิบัติตามก็ได้

ในการออกระเบียบตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้คำนึงถึงความเป็นอิสระความคล่องตัวและความมีประสิทธิภาพ ในการบริหารงานขององค์การบริหารส่วนตำบลด้วย

2. การออกกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2.1 การใช้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในประเทศที่มีการจัดระเบียบบริหารราชการที่มีการนำหลักการกระจายอำนาจปกครองมาใช้โดยการมอบอำนาจบริหารบางอย่างเกี่ยวกับการปกครองและการทำนุบำรุงท้องถิ่นให้้องค์การส่วนท้องถิ่น รัฐสภาก็จะตรากฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการนั้น โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้้องค์การเหล่านั้นมีส่วนร่วมหรือมีอำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับ ที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาตามพระราชบัญญัติดังกล่าว กฎ ข้อบังคับที่้องค์การส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่นกำหนดขึ้น ก็เพื่อให้ใช้บังคับภายในเขตท้องถิ่นนั้น เช่น รัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วย้องค์การส่วนท้องถิ่น ค.ศ. 1972 (The Local Government Act 1972) และกฎหมายว่าด้วยสาธารณสุข (Public Health Acts) บัญญัติให้อำนาจ้องค์การส่วนท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นมีอำนาจในการออกกฎหมายบังคับภายในพื้นที่เขตท้องถิ่นของตน เป็นต้น

ส่วนรัฐสภาไทยได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการปกครองท้องถิ่นหรือกิ่งท้องถิ่นหลายฉบับ โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้ง้องค์การส่วนท้องถิ่น (The Organization of local government) ซึ่งเรียกชื่อแตกต่างกัน โดย้องค์การส่วนท้องถิ่นที่จัดตั้งขึ้นนี้ กฎหมายว่าด้วยการนั้นได้บัญญัติเกี่ยวกับระเบียบบริหารราชการของ้องค์การส่วนท้องถิ่นนั้น ๆ รวมทั้งได้บัญญัติอำนาจในการออกกฎ ข้อบังคับที่ได้รับมอบอำนาจโดยการกำกับดูแลของราชการบริหารส่วนกลางด้วย ซึ่ง้องค์การส่วนท้องถิ่นที่ได้รับมอบอำนาจจากกฎหมายแม่บทให้ออกกฎข้อบังคับขึ้นใช้บังคับภายในเขตท้องถิ่นได้ มีดังนี้ ้องค์การบริหารส่วนจังหวัด อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ้องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 เทศบาลอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ้องค์การบริหารส่วนตำบลอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและ้องค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 เป็นต้น

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายจัดตั้ง้องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และ้องค์การบริหารส่วนตำบล ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองดังนี้

1) พระราชบัญญัติ้องค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ประกาศและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

2) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

3) พระราชบัญญัติสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

2.1.1 หลักในการออกกฎหมายลำดับรอง

หลักสำหรับการออกกฎหมายลำดับรองนั้น มีหลักดังนี้¹³⁹

1) กฎหมายลำดับรองออกเกินอำนาจแม่บทไม่ได้

เป็นหลักที่สำคัญมากเนื่องจากกฎหมายลำดับรองนั้นได้รับมอบอำนาจมาจากกฎหมายแม่บท

ในเรื่องเสรีที่ 73/2502 คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 4) ได้มีความเห็นไว้ดังนี้

“กฎกระทรวง ถ้าไปลบล้างข้อความในพระราชบัญญัติแล้ว ข้อความนั้นก็เกินแม่บท (ultra vires) จะใช้บังคับหาได้ไม่ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (general principle)” (บันทึก เรื่อง ขอให้พิจารณาตีความในกฎหมาย พระราชบัญญัติการเก็บรักษาน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. 2475 มาตรา 18)

ตัวอย่าง

พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 กำหนดว่าการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมให้กระทำเป็นกฎกระทรวง รัฐมนตรีย่อมออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมให้เสียในกิจกรรมต่างๆ แตกต่างกันได้ แต่จะถึงกับออกกฎกระทรวงยกเว้นค่าธรรมเนียมเสียเลยนั้นย่อมกระทำไม่ได้ เพราะเป็นการเกินจากที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้¹⁴⁰ นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เรื่องเสรีที่ 10/2508 คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) และเรื่องเสรีที่ 246/2527 คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) วินิจฉัยอย่างเดียวกัน

¹³⁹ คู่มือการร่างกฎหมาย “การร่างกฎหมายและแบบของกฎหมาย” สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 101-105.

¹⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เรื่องเสรีที่ 340/2535.

มาตรา 142 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 ไม่ได้กล่าวถึงการเจาะเลือดไว้ ดังนั้น เมื่อกฎกระทรวง ฉบับที่ 16 (พ.ศ. 2537) ฯ กำหนดให้ตรวจวัดปริมาณแอลกอฮอล์ในเลือดของผู้ขับขี่โดยวิธีการตรวจวัดจากเลือด และให้ทำการเจาะเลือดภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม หากผู้ถูกเจาะเลือดไม่ยินยอมแม้จะภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็ตาม ก็เกินอำนาจที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142 รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 29 และมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 11 ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ถ้าต้องการให้มีอำนาจตรวจเลือดด้วยแล้ว ก็ต้องแก้ไขมาตรา 142 เสีย ในส่วนที่เกี่ยวกับการทดสอบผู้ขับขี่โดยกำหนดให้มีการเจาะเลือดไว้อย่างชัดเจน¹⁴¹

2) การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้นตามหลักทั่วไปจะมีบทกำหนดโทษทางอาญาไม่ได้ เพราะถือเป็นหลักปฏิบัติมาตลอดว่าการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือการลงโทษจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน การกำหนดโทษทางอาญาเพื่อเป็นมาตรการบังคับการปฏิบัติตามกฎหมายลำดับรองควรเป็นอำนาจของรัฐสภา โดยเฉพาะแต่โดยทั่วไปแล้วพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายลำดับรองก็จะมีบทลงโทษการฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองไว้ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่ตราโดยได้รับมอบอำนาจอาจมีบทกำหนดโทษซึ่งเป็นข้อยกเว้นในบางกรณีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาวะฉุกเฉินหรือการสงครามกรณีนั้นพระราชบัญญัติแม่บทจะมีบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารอย่างชัดเจน เช่น พระราชกฤษฎีกาควบคุมเครื่องอุปโภค บริโภค และของอื่น ๆ ในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2487 ออกตามความในพระราชบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐบาลในภาวะคับขัน พุทธศักราช 2484 (ยกเลิกแล้ว)

3) วันใช้บังคับ

วันใช้บังคับเมื่อกำหนดแล้วจะแก้ไขในภายหลังได้หรือไม่ ได้เคยมีบันทึก เรื่องวันใช้บังคับกฎกระทรวง (กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2523) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522¹⁴² ให้ความเห็นไว้ดังนี้

¹⁴¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ 10) เรื่องเสร็จที่ 977/2547 เรื่อง การทดสอบการเมาสุราของผู้ขับขี่โดยวิธีการตรวจวัดจากเลือด.

¹⁴² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 128/2527 เรื่อง วันใช้บังคับกฎกระทรวง.

กรมการขนส่งทางบกได้ยื่นร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 กำหนดค่าธรรมเนียมในการดำเนินการเกี่ยวกับการขนส่งทางบก ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคมนาคมได้ลงนามเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2523 และส่งไปยังกองประกาศิต สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2523 กรมการขนส่งทางบกได้ตรวจสอบกับกองประกาศิตเพื่อขอทราบว่าได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วหรือไม่ เมื่อได้ทราบว่าได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว แต่ยังไม่ทราบวันที่ประกาศ กรมการขนส่งทางบกได้มีหนังสือลงวันที่ 26 มีนาคม 2523 สั่งการให้จัดเก็บค่าธรรมเนียมตามอัตราใหม่ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2523 เป็นต้นไป แต่ต่อมากรมการขนส่งทางบกได้ทราบว่ากฎกระทรวงดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 87 ตอนที่ 21 วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2523 ไปแล้ว สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจึงทักท้วงว่าต้องเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตั้งแต่วันที่ 14 จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวง กรมการขนส่งทางบกเห็นว่าหากเก็บค่าธรรมเนียมตั้งแต่วันที่ 14 กุมภาพันธ์ เป็นต้นไป จะไม่สามารถติดตามผู้ประกอบการบางรายได้ จึงหารือว่าถ้าจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงเสียใหม่ให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2523 จะสามารถกระทำได้หรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เห็นว่า การออกกฎกระทรวงขึ้นใช้บังคับเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะกระทำได้ตามที่กฎหมายมอบให้อำนาจไว้ สำหรับวันใช้บังคับของกฎหมายนั้น ถ้ามิได้ระบุไว้ในกฎหมายว่าให้ใช้บังคับเมื่อใด ต้องถือว่าเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วย่อมใช้บังคับได้ทันที แต่ถ้าระบุวันใช้บังคับไว้ในกฎหมาย กำหนดวันเริ่มใช้บังคับย่อมเป็นไปตามที่ระบุนั้น ถ้าจะให้ให้มีผลบังคับย้อนหลังโดยไม่ทำให้บุคคลใดต้องรับผิดชอบ อาญา มีผลเป็นการจัดเก็บภาษี หรือไม่เป็นการจำกัดคดีสิทธิบุคคลใดแล้ว ก็สามารถกระทำได้เช่นกัน กรณีของกรมการขนส่งทางบกนี้จะสมควรแก้ไขกฎหมายอย่างไรหรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะเป็นผู้วินิจฉัย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้ยกตัวอย่างพระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมท่อพีวีซีแข็งสำหรับใช้เป็นท่อน้ำดื่มต้องเป็นไปตามมาตรฐาน พ.ศ. 2524 กำหนดวันใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2529 ต่อมาเนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้ผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมท่อพีวีซีแข็งสำหรับใช้เป็นท่อน้ำดื่มต้องเป็นไปตามมาตรฐาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2526 เลื่อนวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไปเป็นวันที่ 1 มกราคม 2527 เป็นต้นไป

ในกรณีที่กฎหมายลำดับรองไม่กำหนดวันใช้บังคับไว้จะถือเอาวันใด คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นว่า ประกาศของคณะกรรมการซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 หากมิได้ระบุวันใช้

บังคับไว้โดยชัดแจ้ง ต้องถือว่ามิผลใช้บังคับในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้น ไปเพราะวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้น เป็นวันที่ถือว่าบุคคลทั่วไปได้ทราบประกาศนั้นแล้ว¹⁴³

4) การบังคับใช้ย้อนหลัง

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับผลย้อนหลังของกฎหมายลำดับรองว่าร่างพระราชกฤษฎีกากำหนดอัตราเงินเดือนข้าราชการตำรวจ และกำหนดคุณสมบัติพื้นฐานความรู้ วิธีการคัดเลือก และวิธีสอบคัดเลือก เพื่อบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการในกรมตำรวจ(ฉบับที่ ...) พ.ศ. ซึ่งให้ใช้ย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2493 เป็นต้นไป เห็นว่า การที่จะตราพระราชกฤษฎีกาให้มีผลย้อนหลังย่อมทำได้ เพราะไม่มีบทกฎหมายใดหรือแม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยห้ามไว้¹⁴⁴ แต่ในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยที่ประชุมร่วมกันของกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 2 และกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6 วินิจฉัยข้อหารือเกี่ยวกับพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509 ซึ่งได้ให้ความเห็นตอนหนึ่งว่า "...แม้ว่าจะได้วินิจฉัยปัญหาข้อแรกว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์มีอำนาจออกกฎกระทรวงได้ก็ตาม แต่การอนุญาตให้เกษตรกรจัดตั้งสมาคมการค้าไปก่อนออกกฎกระทรวงดังกล่าวย่อมไม่มีผลทางกฎหมาย เพราะในขณะที่อนุญาตนั้น ไม่มีอำนาจสั่งอนุญาตตามมาตรา 10 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสมาคมการค้า พ.ศ. 2509 และแม้จะได้มีการออกกฎกระทรวงตามปัญหาข้อแรกในภายหน้า ก็ไม่มีผลย้อนหลังเป็นการรับรองการจดทะเบียนดังกล่าวได้"¹⁴⁵

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทบทวนข้อหารือกรณีการใช้บังคับประกาศกระทรวงการคลัง ตามมาตรา 12 และมาตรา 14 แห่งพระราชกำหนดพิทักษ์อัตราศุลกากร พ.ศ. 2530¹⁴⁶

โดยทั่วไป การออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้มีผลบังคับเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่มีอยู่ตามกฎหมายเป็นการย้อนหลังย่อมกระทำได้เสมอหากจำเป็นและสมควรที่จะต้องออกกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งการออกกฎหมายที่มีผลใช้บังคับย้อนหลังในทางที่เป็นคุณ โดยปกติย่อมกระทำได้ แต่วิธีการที่จะกำหนดให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง

¹⁴³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสร็จที่ 173/2525 เรื่อง หารือปัญหาข้อกฎหมาย (วันใช้บังคับของประกาศของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522).

¹⁴⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย) เรื่อง เสร็จที่ 103 /2493 เรื่อง กำหนดวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกา.

¹⁴⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง เสร็จที่ 54/2526.

¹⁴⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่อง เสร็จที่ 193/2545.

อย่างไรและเพียงใดนั้นเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาปัจจัย ผลดีและผลเสียที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของกฎหมายในแต่ละเรื่อง และจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีด้วย สำหรับกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้และนโยบายการคลังของรัฐนั้น โดยหลักแล้ว หากกฎหมายมีผลใช้บังคับย้อนหลังนี้ย่อมเป็นธรรมดาที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ที่เกิดขึ้นแล้วในตัว จึงเห็นว่าการออกประกาศกระทรวงการคลัง ให้มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นคุณแก่ผู้มีหน้าที่ต้องเสียค่าภาษีสามารถกระทำได้

อย่างไรก็ตาม มีตัวอย่างของการออกกฎหมายลำดับรองที่มีผลเป็นการเก็บภาษีอากรที่กระทำไม่ได้

ตัวอย่างนี้เป็นการให้ความเห็นพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2478 ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว แต่แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายที่การย้อนหลังเกี่ยวกับการเก็บภาษีนั้น กระทำไม่ได้

บันทึก เรื่อง การเก็บค่าภาคหลวงดีบุก เรื่องเสรีที่ 90/2489 มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2478 บัญญัติให้เก็บค่าภาคหลวงดีบุกตามราคาอย่างสูงของดีบุกที่ซื้อขายกันในตลาดเสรี-เสตติเมนต์ ซึ่งเป็นราคาที่เจ้าพนักงานได้ทราบคราวหลังที่สุด และเมื่อได้คิดเทียบราคาส่งตามอัตราแลกเปลี่ยนของกระทรวงการคลังในเวลานั้นแล้ว ต้องให้ประชาชนทราบโดยเปิดเผยไว้ในที่เปิดเผย จึงเห็นได้ว่าจะต้องมีประกาศของกระทรวงอุตสาหกรรมเสียก่อน จึงจะใช้ได้แก่การเก็บค่าภาคหลวงตั้งแต่วันประกาศนั้นเป็นต้นไป ในประกาศจึงจะกำหนดว่าให้ใช้ตามราคาย้อนหลังไปในวันก่อนประกาศก็ได้ รวมทั้งแม้ผู้ครอบครองแร่ได้ตกลงและแจ้งเป็นหนังสือว่าจะใช้ราคาตามราคาย้อนหลังนั้น ก็เป็นเพียงคำรับรองว่าจะนำค่าภาคหลวงมาให้ในเมื่อทางการสั่ง และค่าภาคหลวงที่จะต้องนำมาชำระก็คิดค่าภาคหลวงซึ่งจะต้องเสียตามประกาศของทางราชการนั่นเอง

5) พระราชกฤษฎีกาที่มีผลเป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติ

แนวทางปฏิบัติของเรานั้นจะสังเกตว่าได้เคยมีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ยกเว้นยกเลิก หรือแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่การกระทำเช่นนี้จะต้องอาศัยอำนาจจากที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ หรือพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายแม่บทบัญญัติให้อำนาจกระทำได้

ตัวอย่างแรก คือ การปรับปรุงส่วนราชการโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 230 การจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ โดยมีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้างเพิ่มขึ้น ให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ

การรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีผลเป็นการจัดตั้งเป็น กระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ หรือการรวมหรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ที่มีได้มีการจัดตั้งเป็น กระทรวง ทบวง กรม ขึ้นใหม่ ทั้งนี้ โดยไม่มีการกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้าง เพิ่มขึ้น หรือการยุบกระทรวง ทบวง กรม ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ภายในสามปีนับแต่วันที่มีการรวม หรือการโอนกระทรวง ทบวง กรม ตามวรรคสอง จะกำหนดตำแหน่งหรืออัตราของข้าราชการหรือลูกจ้าง เพิ่มขึ้นในกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ หรือในกระทรวง ทบวง กรม ที่ถูกรวมหรือโอนไป มิได้

พระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ให้ระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งหน่วยราชการหรือ เจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้าง งบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและ หนี้สิน เอาไว้ด้วย

การดำเนินการตามวรรคสองกับกระทรวง ทบวง กรม ที่มี พระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้ว ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยให้ถือว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้น นั้น มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ดังเช่น พระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย”

6) การตรวจสอบการออกกฎหมายลำดับรอง

ในพระราชบัญญัติบางฉบับได้กำหนดว่ากฎหมายลำดับรองเมื่อได้ กำหนดขึ้นแล้วจะต้องให้สภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบ เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังต่อไปนี้

“มาตรา 6 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตาม มาตรา 44 และมาตรา 66 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันที่ออกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอข้อติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุม ใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นกำหนดวันตามวรรคหนึ่งให้ หมายถึงวันในสมัยประชุม”

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 คือระเบียบวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และ การพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ส่วนระเบียบตามมาตรา 66

ได้แก่การกำหนดมาตรการหรือวิธีการ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราว ก่อนการพิพาทภาคี

2.2 กรณีศึกษาการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากการศึกษาประเด็นเกี่ยวกับการออกกฎหมายลำดับรอง หรือ กฎ ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ที่คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินรายจ่าย ไม่เป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ นั้น มีทั้งหมด 3 กรณี คือ

2.2.1 กรณีการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่น (โบนัส)

โดยเป็นการเบิกจ่ายตามประกาศของคณะกรรมการกลางข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ก.จ.) คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) และคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล (ก. อบต.) เรื่อง กำหนดเงื่อนไขและวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ ลงวันที่ 21 มีนาคม 2549 และคณะกรรมการข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น (ระดับจังหวัด) ได้ออกประกาศ ก.จ.จ. ก.ท.จ. และ ก. อบต. จังหวัด เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษสำหรับข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่น โดยคณะกรรมการฯ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กระทรวงมหาดไทยได้หารือเรื่องดังกล่าวเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงิน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย สรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทกำหนดรายได้และรายจ่ายไว้อย่างชัดเจนเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้และรายจ่ายภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด คือ มาตรา 73 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2496 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505 และมาตรา 82 และมาตรา 82 และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ดังนั้น การจ่ายเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องอยู่ภายในกรอบของรายจ่ายที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ จะกำหนดให้มีรายจ่ายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หากรายจ่ายใดอยู่

นอกเหนือที่ระบุไว้ และกระทรวงมหาดไทยเห็นสมควรให้อำนาจ กระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายได้¹⁴⁷

2.2.2 กรณีการตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคม สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

เป็นการจ่ายค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตให้แก่สมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยจัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นองค์กรเอกชน ข้อบังคับของสมาคม มิได้เป็นกฎหมาย ระเบียบหรือคำสั่งที่เทศบาลต้องถือปฏิบัติ โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แจ้งให้เทศบาลระงับการเบิกจ่ายเงินงบประมาณเป็นค่าบำรุงฯ และเรียกคืนเงินที่จ่ายไปทั้งหมด เพื่อส่งคืนคลังเทศบาล กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นได้พิจารณาว่า เทศบาลจ่ายรายจ่ายดังกล่าว ตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496¹⁴⁸ ประกอบกับข้อ 16 ของระเบียบ กระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541¹⁴⁹ และ หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0313.4/ว 3889 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 สรุปว่าให้เทศบาล และเมืองพัทยาตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลางเป็นค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยเป็นรายปี คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหาหรือของกรมส่งเสริมการ ปกครองท้องถิ่น สรุปได้ว่า ปัจจุบันยังไม่มีระเบียบที่ออกตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาล พ.ศ. 2496 อนุญาตให้เทศบาลจ่ายค่าบำรุงฯ แต่อย่างไร หากกระทรวงมหาดไทยประสงค์ จะให้เทศบาลมีรายจ่ายในเรื่องนี้ได้ ก็สมควรอาศัยอำนาจตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติ เทศบาลฯ ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดเพิ่มเติมขึ้น ทั้งนี้ต้องระมัดระวังมิให้เป็น การเกินอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้¹⁵⁰

¹⁴⁷ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 165/2556 เรื่อง การจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับ ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ.

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
มาตรา 67 เทศบาลอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้ ... (9) รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพันหรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของ กระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้...

¹⁴⁹ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541
ข้อ 16 กำหนดว่า การตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กระทำตามที่ มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทยกำหนด

¹⁵⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 458/2553 เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อ เป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

2.2.3 กรณีการตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

โดยการเบิกจ่ายอาศัยอำนาจตามข้อ 4 แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541¹⁵¹ ประกอบประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2544 กำหนดหลักเกณฑ์การตั้งงบประมาณเพื่อให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงผู้บริหาร ฯ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาสรุปว่า ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 กำหนดให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามระเบียบ และมีอำนาจยกเว้นการปฏิบัติตามระเบียบ มิได้ให้อำนาจออกระเบียบหรือข้อบังคับเพิ่มประเภทรายจ่ายอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นไปตามแนวทางที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 458/2553 และ เรื่องเสร็จที่ 165/2556 โดยมีข้อสังเกตว่า เมื่อกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบในเรื่องใดแล้ว กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมักออกหนังสือชักชวนความเข้าใจหรือชักชวนวิธีการ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ปรากฏในระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยออกเสมอ กระทรวงมหาดไทยสมควรตรวจสอบหรือพิจารณาให้รอบคอบว่ากรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมีอำนาจในการออกหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมได้หรือไม่เพียงใด¹⁵²

เมื่อพิจารณาจากทั้ง 3 กรณี สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการกฤษฎีกาต่างมีความเห็นพ้องกันว่า การจ่ายเงินดังกล่าวไม่มีกฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเบิกจ่ายเงินงบประมาณได้ โดยต่อมากระทรวงมหาดไทยได้ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยสำหรับการเบิกจ่ายในกรณีที่หนึ่งและสอง โดยของกล่าวถึงเฉพาะเรื่องของเงื่อนไขในการบังคับใช้กฎหมายดังนี้

¹⁵¹ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541

ข้อ 4 กำหนดว่า ให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามระเบียบนี้ และมีอำนาจตีความวินิจฉัยปัญหา ยกเว้นการปฏิบัติการตามระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบนี้

ปลัดกระทรวงมหาดไทย อาจมอบอำนาจเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามวรรคแรกให้ผู้ว่าราชการจังหวัดได้

¹⁵² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1401/2556 เรื่อง การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

1. ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการกำหนดเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่นให้เป็นรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2557 โดยสรุปประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้และเงื่อนไขการใช้กฎหมายย้อนหลัง ดังนี้

ข้อ 2 กำหนดว่า “ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา 16 พฤษภาคม 2557)

ข้อ 7 กำหนดว่า “กรณีที่ต้ององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดได้เบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีไปแล้วตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ประกาศคณะกรรมการกลาง ประกาศคณะกรรมการจังหวัด หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย และหนังสือสั่งการที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณีก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับให้ถือว่าเป็นรายจ่ายได้ตามระเบียบนี้”

2. ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าบำรุงสมาคม พ.ศ. 2555 โดยสรุปประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้และเงื่อนไขการใช้กฎหมายย้อนหลัง ดังนี้

ข้อ 2 กำหนดว่า “ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา 26 มิถุนายน 2555)

ข้อ 6 กำหนดว่า “ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสมาชิกของสมาคมก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับถ้าสมาคมนั้นมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 4 (1) และได้มีการจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมให้รายจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมที่ได้จ่ายไปแล้วดังกล่าวเป็นรายจ่ายที่จ่ายได้ตามระเบียบนี้

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อสังเกตในการออกระเบียบทั้งสองฉบับพบว่าเป็นการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบ โดยรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงมหาดไทย เป็นผู้ลงนามในฐานะปฏิบัติราชการแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้ไว้ในกฎหมายจัดตั้งซึ่งประกอบด้วยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ปรากฏกฎหมายลำดับรอง คือ ระเบียบ ซึ่งมีฐานะเป็น กฎ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การออกกฎหมายลำดับรองโดยอำนาจเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทกำหนดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง เนื่องจากในการออกระเบียบโดยกำหนดให้การเบิกจ่ายเงินที่ไม่ถูกต้องและฝ่าฝืน

วิธีปฏิบัติตามกฎหมายแม่บทที่ไม่สามารถกระทำได้ตามขอบเขตของการตรากฎหมายแม่บทและไม่เป็นไปตามหลักทั่วไปของลำดับศักดิ์ตามกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการขัดแย้งกันเองในตัวกฎที่ออกมาคือ บัญญัติให้บังคับใช้ในวันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ก็มีกำหนดให้การมีผลใช้ย้อนหลัง โดยระบุให้การกระทำที่นำไปก่อนหน้าระเบียบหรือกฎนี้เป็นการกระทำที่ถูกต้องตามระเบียบหรือกฎที่ตราขึ้นมาใหม่ โดยหากนำหลักการซึ่งนำน้ำหนักความมีคุณค่าของกฎหมายโดยเปรียบเทียบประโยชน์ที่ผู้รับเงินได้รับกับประโยชน์ที่รัฐจะได้รับ พบว่า การออกกฎและระเบียบดังกล่าวมิได้เปรียบเทียบหรือชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ปัจเจกชนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับผลประโยชน์ องค์กรเอกชนผู้ได้รับผลประโยชน์ กับหน่วยงานของรัฐผู้ต้องสูญเสียงบประมาณในการพัฒนาท้องถิ่น การออกกฎหมายดังกล่าวจึงไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งและเป็นการออกกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของระเบียบ หรือ กฎ โดยใช้ดุลพินิจที่ผิดเพี้ยนจากหลักการของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรอง อีกทั้งยังเป็นการออกระเบียบแบบกำปั้นทุบดินหรือเป็นการนิรโทษกรรมทางปกครอง และหากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนอีกไม่ช้าก็จะมีระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการจ่ายทุนการศึกษาออกมาในทำนองเดียวกันอีก ทำให้การออกกฎหมายลำดับรองที่มีลักษณะเป็นให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนและทำให้รัฐต้องสูญเสียงบประมาณโดยให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถทำได้อย่างง่ายดายเพียงแต่เห็นว่าเรื่องใดผิดก็ออกกฎหมายลำดับรองให้มีผลใช้ย้อนหลัง อันจะทำให้การกระทำต่าง ๆ ที่ไม่มีกฎหมายรองรับ ไม่มีคำว่าผิดกฎหมายอีกต่อไป

2.3 การเปรียบเทียบการออกกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นของหน่วยงานอื่น

ในการเบิกจ่ายเงินเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นนั้นผู้เขียนได้ทำการศึกษาและพบว่ารายจ่ายอื่นที่หน่วยงานอื่นมีเช่นเดียวกับองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาลและองค์การบริหารส่วนตำบลคือ การเบิกจ่ายเงินรางวัลประจำปี หรือ โบนัส ซึ่งจากการศึกษาจึงได้เปรียบเทียบกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และหน่วยงานส่วนราชการ ซึ่งกรุงเทพมหานครและส่วนราชการ มีการเบิกจ่ายเงินรางวัลประจำปี หรือ โบนัส เช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 กรุงเทพมหานคร

กรณีเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินรางวัลประจำปีนั้น กรุงเทพมหานครซึ่งถือเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งนั้น มีการเบิกจ่ายเงินรางวัลประจำปี โดยครั้งแรกที่มีการเบิกจ่ายนั้นทางกรุงเทพมหานครได้อ้างอิง มติคณะรัฐมนตรีที่ได้มีมติเห็นชอบให้ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทุกประเภทในสังกัดฝ่ายบริหาร ข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่นและลูกจ้างประจำที่ได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างจากงบประมาณแผ่นดิน และจากรายได้ขององค์กร

ปกครองส่วนท้องถิ่น ได้รับเงินรางวัลประจำปี โดยจ่ายครั้งเดียวเป็นจำนวนไม่เกินหนึ่งเท่าของเงินเดือนหรือค่าจ้าง โดยได้ตราระเบียบกรุงเทพมหานครว่าด้วยการเบิกจ่ายรางวัลประจำปีของข้าราชการและลูกจ้างประจำของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2545 โดยได้กล่าวถึงที่มาในการออกระเบียบไว้ ดังนี้

“ด้วยคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทุกประเภท ในสังกัดฝ่ายบริหาร ข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่นและลูกจ้างประจำที่ได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างจากงบประมาณแผ่นดิน และจากรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้รับเงินรางวัลประจำปี โดยจ่ายครั้งเดียวเป็นจำนวนไม่เกินหนึ่งเท่าของเงินเดือนหรือค่าจ้าง จึงสมควรกำหนดระเบียบกรุงเทพมหานคร ว่าด้วยการเบิกจ่ายเงินรางวัลประจำปีของข้าราชการและลูกจ้างประจำของกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2545

อาศัยอำนาจตามมาตรา 49¹⁵³ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528 ประกอบกับข้อ 18 (2)¹⁵⁴ แห่งข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง วิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2529 ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครจึงได้กำหนดระเบียบขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้”

¹⁵³ มาตรา 49 ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) กำหนดนโยบายและบริหารราชการของกรุงเทพมหานครให้เป็นไปตามกฎหมาย
- (2) สั่ง อนุญาต อนุมัติเกี่ยวกับราชการของกรุงเทพมหานคร
- (3) แต่งตั้งและถอดถอนรองผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร เลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ผู้ช่วยเลขานุการผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และแต่งตั้งและถอดถอนผู้ทรงคุณวุฒิเป็นประธานที่ปรึกษา ที่ปรึกษาหรือคณะที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครหรือเป็นคณะกรรมการเพื่อปฏิบัติราชการใด ๆ

- (4) บริหารราชการตามที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมอบหมาย
- (5) วางระเบียบเพื่อให้งานของกรุงเทพมหานครเป็นไปโดยเรียบร้อย
- (6) รักษาการให้เป็นไปตามข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร
- (7) อำนาจหน้าที่อื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้และกฎหมายอื่น

¹⁵⁴ ข้อ 18 ให้ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานครเป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมงบประมาณ เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับ และให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ด้วย

- (1) จัดให้มีการควบคุมการรับและเบิกจ่ายเงินให้เป็นไปตามงบประมาณและเงินประจำงวด
- (2) กำหนดระเบียบ หรือ ข้อบังคับเกี่ยวกับการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การเก็บรักษาเงินการนำส่งเงิน และการตรวจเงิน
- (3) จัดให้มีการตรวจสอบเอกสารการขอเบิกเงิน การจ่ายเงิน และการท่อนี้ผูกพัน ตลอดจนเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับการรับเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำส่งเงิน
- (4) จัดให้มีการกำหนดและควบคุมระบบบัญชี แบบรายงาน และเอกสารอื่นเกี่ยวกับการรับจ่ายเงินและหนี้
- (5) กำหนดระเบียบ หรือ ข้อบังคับว่าด้วยเงินทดรองราชการ

2.3.2 ส่วนราชการ

การเบิกจ่ายเงินรางวัลซึ่งมีลักษณะเดียวกับผลประโยชน์ตอบแทนอื่นกรณีพิเศษ (โบนัส) ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ของหน่วยงานซึ่งเป็นส่วนราชการนั้น ก็คือการจัดสรรเงินรางวัลประจำปี ของส่วนราชการต่าง ๆ ซึ่งเป็นการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี โดยกำหนดให้ทุกส่วนราชการและจังหวัดจัดทำคำรับรองการปฏิบัติราชการและการประเมินผลและตั้งจุดใจตามผลของงาน เริ่มครั้งแรกในปี 2547 การจัดสรรเงินรางวัลนั้นได้คำนึงถึง

- 1) ผลการประเมินการปฏิบัติราชการประจำปีของส่วนราชการและจังหวัดต่าง ๆ โดยประเมินจากความสำเร็จในการดำเนินการตามคำรับรองการปฏิบัติราชการ
- 2) ขนาดของส่วนราชการโดยใช้ข้อมูลเงินเดือนและค่าจ้างของข้าราชการและลูกจ้างประจำ ที่มีผู้ครอง ณ วันที่ 1 กันยายน จากกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง
- 3) การมีส่วนร่วมในการทำงานร่วมกันระหว่างส่วนราชการในพื้นที่ โดยจำแนกเป็น (1) ราชการบริหารส่วนกลาง (2) ราชการบริหารส่วนกลางที่ปฏิบัติราชการอยู่ในส่วนภูมิภาค และ (3) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

หลังจากนั้นสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) จะแจ้งผลการจัดสรรเงินรางวัลประจำปีงบประมาณ พ.ศ.....ซึ่งประกอบด้วย หลักเกณฑ์ แนวทาง และวิธีการจัดสรรเงินรางวัลของส่วนราชการ จังหวัด และสถาบันอุดมศึกษา งบประมาณ พ.ศ..... โดยหลักเกณฑ์นี้สำนักงาน ก.พ.ร. จะต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีมติเห็นชอบก่อนจึงจะแจ้งให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบ

จากการศึกษาในบทที่ 2 ประกอบบทที่ 3 ผู้เขียนได้จะทำการสรุปปัญหาที่ได้จากการศึกษาและขอกล่าวต่อไปในบทที่ 4

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการออกกฎหมายเกี่ยวกับรายจ่ายอื่น ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการศึกษากรณีที่มีการออก กฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จากกรณีที่ได้ยกมาศึกษาทั้ง 3 กรณี คือ

1. กรณีการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่น (โบนัส)
2. กรณีการตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย
3. กรณีการตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ซึ่งทั้ง 3 กรณี เป็นการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายจากเงินงบประมาณ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันคือ การเบิกจ่ายเงินค่าใช้จ่ายทั้ง 3 กรณี ยังไม่มีระเบียบที่ออกตามมาตรา 73 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2496 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505 และมาตรา 82 และมาตรา 82 และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้ง เมื่อไม่มีระเบียบข้อมไม่สามารถเบิกจ่ายได้ตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงินและการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547 ข้อ 46 ข้อ 52 และข้อ 53¹⁵⁵

¹⁵⁵ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการรับเงิน การเบิกจ่ายเงิน การฝากเงิน การเก็บรักษาเงินและการตรวจเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2547

ข้อ 46 การเบิกเงินเดือน ค่าจ้าง บำเหน็จ บำนาญ และเงินอื่นใดในลักษณะเดียวกัน เงินค่าเช่าบ้านพนักงานส่วนท้องถิ่น หรือการเบิกเงินช่วยเหลืออื่นใดให้เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 52 การเบิกเงินในหมวดค่าตอบแทน ใช้จ่ายและวัสดุ ให้ทำการเบิกจ่ายได้ตามงบประมาณที่ได้รับอนุมัติ และให้มีหลักฐานแสดงว่าเงินจำนวนที่ขอเบิกนี้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์และเป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

ข้อ 53 การเบิกเงินรายจ่ายงบกลางเป็นค่าใช้จ่ายอย่างใด ให้ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับคำสั่งหรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย

แต่การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยกระทรวงมหาดไทยใช้อำนาจตามกฎหมายจัดตั้ง คือ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 6¹⁵⁶ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 77¹⁵⁷ และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 5¹⁵⁸ ออกกฎเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำไปบังคับใช้โดยให้มีผลใช้ย้อนหลังดังที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 ซึ่งผู้เขียนวิเคราะห์ว่าการออกกฎ หรือกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นไปตามหลักการออกกฎหมายลำดับรองหรือการออกกฎนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงสรุปปัญหาที่ได้จากการศึกษาดังนี้

1. ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 3 เกี่ยวกับรายจ่ายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล จะมีได้นั้น กฎหมายจัดตั้งได้บัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 74 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 67 และพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 85 โดยหลักแล้วจะประกอบด้วย เงินเดือน ค่าจ้าง เงินตอบแทนอื่น ๆ ค่าใช้สอย ค่าวัสดุ ค่าครุภัณฑ์ ค่าที่ดิน สิ่งก่อสร้าง และทรัพย์สินอื่น ๆ ค่าสาธารณูปโภค และรายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพันหรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้ โดยค่าใช้จ่ายแต่ละประเภทนั้น กระทรวงมหาดไทยในฐานะของผู้กำกับดูแลและมีอำนาจตามกฎหมายจัดตั้งได้วางหลักเกณฑ์ด้านงบประมาณไว้ในระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณของ

¹⁵⁶ พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

มาตรา 6 บัญญัติว่า ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวง ประกาศและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

มาตรา 77 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงหรือระเบียบข้อบังคับ เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

¹⁵⁸ พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ และแต่งตั้งเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 ขยายความรายจ่ายแต่ละประเภทเพื่อให้สะดวกในการดำเนินงาน จากกรณีศึกษาทั้ง 3 กรณีคือ

- 1) กรณีการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่น (โบนัส)
- 2) กรณีการตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย
- 3) กรณีการตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

อาจวิเคราะห์ความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็น 2 ประเด็น คือ 1. อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎ 2. ความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของกฎ

1.1 อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎ

จากกรณีศึกษาทั้ง 3 กรณี มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎดังนี้

1.1.1 กรณีการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่น (โบนัส)

โดยเป็นการเบิกจ่ายตามประกาศของคณะกรรมการกลางข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ก.จ.) คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) และคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล (ก. อบต.) เรื่อง กำหนดเงื่อนไขและวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ ลงวันที่ 21 มีนาคม 2549 และคณะกรรมการข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น (ระดับจังหวัด) ได้ออกประกาศ ก.จ.จ. ก.ท.จ. และ ก. อบต. จังหวัด เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษสำหรับข้าราชการและพนักงานส่วนท้องถิ่น โดยคณะกรรมการฯ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 กระทรวงมหาดไทยได้หารือเรื่องดังกล่าวเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงิน

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงมหาดไทย สรุปได้ว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรที่มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละประเภทกำหนดรายได้และรายจ่ายไว้อย่างชัดเจนเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีรายได้และรายจ่ายภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด คือ มาตรา 73 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.

2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2496 และมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติเทศบาล (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2505 และมาตรา 82 และมาตรา 82 และมาตรา 85 แห่งพระราชบัญญัติสภาพตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 ดังนั้นการจ่ายเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงต้องอยู่ภายในกรอบของรายจ่ายที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ จะกำหนดให้มีรายจ่ายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ หากรายจ่ายใดอยู่นอกเหนือที่ระบุไว้ และกระทรวงมหาดไทยเห็นสมควรให้จ่ายกฎหมายจัดตั้งก็ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายได้¹⁵⁹

1.1.2 กรณีการตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคม สันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

เป็นการจ่ายค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตให้แก่สมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยจัดตั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นองค์กรเอกชน ข้อบังคับของสมาคมมิได้เป็นกฎหมาย ระเบียบหรือคำสั่งที่เทศบาลต้องถือปฏิบัติ โดยสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้แจ้งให้เทศบาลระงับการเบิกจ่ายเงินงบประมาณเป็นค่าบำรุงฯ และเรียกคืนเงินที่จ่ายไปทั้งหมดเพื่อส่งคืนคลังเทศบาล กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นได้พิจารณาว่า เทศบาลจ่ายรายจ่ายดังกล่าวตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496¹⁶⁰ ประกอบกับข้อ 16 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541¹⁶¹ และหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0313.4/ว 3889 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน 2539 สรุปว่าให้เทศบาลและเมืองพัทยาตั้งงบประมาณรายจ่ายงบกลางเป็นค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยเป็นรายปี

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น สรุปได้ว่า ปัจจุบันยังไม่มียุติบัญญัติที่ออกตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 อนุญาตให้เทศบาลจ่ายค่าบำรุงฯ แต่อย่างใด หากกระทรวงมหาดไทยประสงค์

¹⁵⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 165/2556 เรื่อง การจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นสำหรับข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นเป็นกรณีพิเศษ

¹⁶⁰ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496
มาตรา 67 เทศบาลอาจมีรายจ่ายดังต่อไปนี้ ... (9) รายจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพันหรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้...

¹⁶¹ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541
ข้อ 16 กำหนดว่า การตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้กระทำตามที่มิ
กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทยกำหนด

จะให้เทศบาลมีรายจ่ายในเรื่องนี้ได้ ก็สมควรอาศัยอำนาจตามมาตรา 67 (9) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาลฯ ออกระเบียบกระทรวงมหาดไทยกำหนดเพิ่มเติมขึ้น ทั้งนี้ต้องระมัดระวังมิให้เป็นภาระเกินอำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้¹⁶²

1.1.3 กรณีการตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

โดยการเบิกจ่ายอาศัยอำนาจตามข้อ 4 แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541¹⁶³ ประกอบประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2544 กำหนดหลักเกณฑ์การตั้งงบประมาณเพื่อให้ทุนการศึกษาแก่ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รวมถึงผู้บริหาร ฯ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้พิจารณาสรุปว่า ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541 กำหนดให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามระเบียบ และมีอำนาจยกเว้นการปฏิบัติตามระเบียบ มิได้ให้อำนาจออกระเบียบหรือข้อบังคับเพิ่มประเภทรายจ่ายอื่นนอกจากที่ระบุไว้ในมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เป็นไปตามแนวทางที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) ได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 458/2553 และ เรื่องเสร็จที่ 165/2556 โดยมีข้อสังเกตว่า เมื่อกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบในเรื่องใดแล้ว กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมักออกหนังสือชักซ้อมความเข้าใจหรือชักซ้อมวิธีการ อันมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมนอกเหนือไปจากที่ปรากฏในระเบียบที่กระทรวงมหาดไทยออกเสมอ กระทรวงมหาดไทยสมควรตรวจสอบหรือพิจารณาให้รอบคอบว่ากรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นมีอำนาจในการออกหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขเพิ่มเติมได้หรือไม่เพียงใด¹⁶⁴

¹⁶² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 458/2553 เรื่อง การตั้งงบประมาณรายจ่ายของเทศบาลเพื่อเป็นเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

¹⁶³ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2541
ข้อ 4 กำหนดว่า ให้ปลัดกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามระเบียบนี้ และมีอำนาจตีความวินิจฉัยปัญหา ยกเว้นการปฏิบัติการตามระเบียบที่กำหนดหลักเกณฑ์ และวิธีปฏิบัติเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบนี้
ปลัดกระทรวงมหาดไทย อาจมอบอำนาจเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามวรรคแรกให้ผู้ว่าราชการจังหวัดได้

¹⁶⁴ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1401/2556 เรื่อง การตั้งงบประมาณเพื่อเป็นทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากการศึกษาการเบิกจ่ายเงินทั้ง 3 กรณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีการเบิกจ่ายเงินตามหนังสือสั่งการของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ซึ่งไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ เนื่องจากกฎหมายจัดตั้งได้มอบอำนาจให้แก่กระทรวงมหาดไทยในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับใช้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศ

ในเรื่องของอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎนี้ จากกรณีศึกษาเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินรายจ่ายอื่นทั้ง 3 กรณี คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นพ้องกันว่า การจ่ายเงินขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องอยู่ภายในกรอบของรายจ่ายที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ จะกำหนดให้มีรายจ่ายนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ แต่หากรายจ่ายใดอยู่นอกเหนือจากที่ระบุไว้กฎหมายจัดตั้งก็ได้ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยในการออกระเบียบเพื่อเพิ่มประเภทรายจ่ายได้ กล่าวคือ กฎหมายแม่บทได้มอบอำนาจให้มีการออกระเบียบได้ในฐานะที่เป็นกฎหมายลำดับรอง แต่ในขณะที่มีการเบิกจ่ายเงินรายจ่ายนั้น ยังไม่มีการออกระเบียบ ซึ่งผู้เขียนก็เห็นด้วยในส่วนนี้ แต่ก็ยังคงเห็นว่าให้พิจารณาถึงอำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองหรือกฎต่าง ๆ เพื่อมิให้เป็นการใช้อำนาจตรากฎหมายลำดับรองเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทมอบอำนาจไว้ ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญที่ไม่อาจกระทำได้และต้องนำมาพิจารณาเพื่อมิให้การออกตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นกระทำโดยไร้ขอบเขต

1.2 ความเหมาะสมของเนื้อหาของกฎ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายด้านเนื้อหาของกฎนั้น จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องอันเป็นแม่บทของเรื่องนั้น ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะองค์กรของรัฐก็ควรมีการนำหลักการตรวจสอบก่อนการตรากฎหมายหรือออกกฎ ซึ่งกระทรวงมหาดไทยจะเป็นผู้กำกับดูแลในด้านการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยแยกเป็นแต่ละกรณีศึกษาดังนี้

1.2.1 กรณีการเบิกจ่ายเงินรางวัลหรือโบนัส

ควรมีการนำหลักการตรวจสอบก่อนการตรากฎหมายหรือออกกฎ เช่นเดียวกับ กรุงเทพมหานคร เมื่อเปรียบเทียบการเบิกจ่ายเงินรางวัลซึ่งมีลักษณะเดียวกับโบนัสของหน่วยงานซึ่งเป็นส่วนราชการจะพบว่า การจัดสรรเงินรางวัลประจำปี ของส่วนราชการต่าง ๆ เป็นการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี โดยกำหนดให้ทุกส่วนราชการและจังหวัดต้องมีการจัดทำคำรับรองการปฏิบัติราชการและการประเมินผลและสิ่งจูงใจตามผลของงาน การจัดสรรเงินรางวัลนั้นจะคำนึงถึง

1. ผลการประเมินการปฏิบัติราชการประจำปีของส่วนราชการและจังหวัดต่าง ๆ โดยประเมินจากความสำเร็จในการดำเนินการตามคำรับรองการปฏิบัติราชการ

2. ขนาดของส่วนราชการ โดยใช้ข้อมูลเงินเดือนและค่าจ้างของข้าราชการ และลูกจ้างประจำ ที่มีผู้ครอง ณ วันที่ 1 กันยายน จากกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง

3. การมีส่วนร่วมในการทำงานร่วมกันระหว่างส่วนราชการในพื้นที่ โดย จำแนกเป็น (1) ราชการบริหารส่วนกลาง (2) ราชการบริหารส่วนกลางที่ปฏิบัติราชการอยู่ในส่วน ภูมิภาค และ (3) ราชการบริหารส่วนภูมิภาค

หลังจากนั้นสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการ (ก.พ.ร.) จะแจ้ง ผลการจัดสรรเงินรางวัลประจำปี ซึ่งประกอบด้วย หลักเกณฑ์ แนวทาง และวิธีการจัดสรรเงิน รางวัลของส่วนราชการ จังหวัด และสถาบันอุดมศึกษา ประจำปี โดยหลักเกณฑ์นี้สำนักงาน ก.พ.ร. จะต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้มีมติเห็นชอบก่อนจึงจะแจ้งให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทราบและใช้เพื่อเบิกจ่ายเงินรางวัลได้

จากการศึกษาหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายเงินรางวัลตามระเบียบที่ออกใหม่ มี การนำหลักเกณฑ์การเบิกจ่าย และวิธีการจัดสรรเงินรางวัลของทั้งส่วนราชการและ กรุงเทพมหานครมาประกอบการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์การเบิกจ่าย และวิธีการจัดสรรเงิน รางวัลให้เป็นมาตรฐานและสอดคล้องกัน ซึ่งแต่เดิมก่อนที่จะมีการออกระเบียบนั้น หลักเกณฑ์การ เบิกจ่ายและวิธีการจัดสรรเงินรางวัลนั้นมิได้มีการอ้างอิงความเหมาะสมหรือเปรียบเทียบกับ หน่วยงานของรัฐในรูปแบบอื่นทำให้เงินรางวัลที่เบิกจ่ายมีอัตราที่สูงและทำให้เกิดความ ไม่เท่าเทียม กันในหน่วยงานของรัฐด้วยกันเอง

1.2.2 กรณีการเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

โดยสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย (ส.ท.ท.) หรือที่เรียกชื่อใน ภาษาอังกฤษว่า The National Municipal League of Thailand (NMITL) เป็นสมาคมของหน่วย ราชการบริหารส่วนท้องถิ่นแบบเทศบาลและเมืองพัทยา รวมทั้งกรุงเทพมหานคร อยู่ในความ อุปถัมภ์ของกระทรวงมหาดไทย โดยการก่อตั้งมีแนวความคิดที่จะให้เทศบาลต่างๆในประเทศไทย ได้รวมตัวกันในรูปแบบของสมาคมเพื่อร่วมมือกันดำเนิน กิจกรรมต่างๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ ส่งเสริมการบริหารงานของเทศบาล รวมทั้งเพื่อที่จะได้ให้มีการแลกเปลี่ยนความรู้ในด้านวิชาการ และให้มีการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน โดยมีข้อบังคับ ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ รูปแบบองค์กรอำนาจ หน้าที่ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการดำเนินกิจกรรมของสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย ซึ่ง สมาชิกประกอบด้วยเทศบาลทุกแห่งทั่วประเทศ มีฐานะเป็นนิติบุคคล มีอำนาจดำเนินการได้ตาม กฎหมายและได้จดทะเบียนมีฐานะเป็นสมาคมตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทะเบียน โดย มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1. ส่งเสริมความร่วมมือ และความสัมพันธ์อันดีระหว่างเทศบาลและองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบอื่นๆ ซึ่งเป็นสมาชิกของสมาคมสันนิบาตเทศบาล 2. ส่งเสริมความ

ร่วมมือ และส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างเทศบาลกับองค์กรชุมชน องค์กรภาคเอกชน รัฐวิสาหกิจและองค์กรของรัฐบาลทุกภาค 3. ส่งเสริมความร่วมมือ และความสัมพันธ์อันดีระหว่างเทศบาลในประเทศไทยและกับองค์กรปกครองท้องถิ่น และสมาคมองค์กรปกครองท้องถิ่นในต่างประเทศ 4. ส่งเสริมการพัฒนากระบวนการเมืองท้องถิ่นของเทศบาล 5. ส่งเสริมการพัฒนาคุณภาพ การบริหารจัดการและการจัดบริการสาธารณะของเทศบาล 6. เป็นองค์กรตัวแทนของเทศบาลทั่วประเทศ ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองร่วมกับรัฐบาล รัฐสภาและองค์กรทางการเมืองในระดับชาติ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบายการออกกฎหมายระเบียบ ฯลฯ ว่าด้วยการกระจาย อำนาจสู่ท้องถิ่นและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและองค์กรปกครองท้องถิ่น 7. ดำเนินกิจการใด ๆ อันอาจเป็นรายได้ของสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยและในปัจจุบันจะพบว่ามีความคิดในการจัดตั้งสมาคมสันนิบาตเทศบาลประจำจังหวัดด้วย

1.2.3 กรณีการเบิกจ่ายทุนการศึกษาให้แก่บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ซึ่งเป็นการเบิกจ่ายเงินทุนการศึกษาสำหรับการศึกษาต่อในระดับปริญญาตรี และปริญญาโทตลอดหลักสูตรให้แก่ข้าราชการท้องถิ่น ลูกจ้าง และผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นการดีในการการที่จะส่งเสริมให้บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีการศึกษาเพิ่มเติมเพื่อนำความรู้ที่ได้รับนั้นมาใช้ในการพัฒนาการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยในเรื่องนี้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มีระเบียบที่ออกตามกฎหมายจัดตั้งเพื่อนำมาบังคับใช้และเบิกจ่าย เมื่อพิจารณาถึงความเหมาะสมของบุคลากรจะเห็นว่าผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นมิวาระในการดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนด คือ พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 16 สมาชิกสภาเทศบาลให้อยู่ในตำแหน่งได้คราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 11 สมาชิกสภาตำบลซึ่งได้รับเลือกตั้งมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสี่ปี นับแต่วันเลือกตั้ง พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 10 อายุของสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดมีกำหนดคราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง เมื่อพิจารณาระยะเวลาในการศึกษาและการนำประโยชน์ที่ได้ศึกษาโดยใช้ทุนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ผู้บริหารอาจจะไม่มีโอกาสนำความรู้มาพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของตนเอง เนื่องจากอาจหมดวาระก่อน หรือจบไม่ทันภายในวาระของตนและไม่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในท้องถิ่นเข้ามาบริหารงานต่อ ทำให้การให้ทุนการศึกษาแต่ผู้บริหารท้องถิ่นอาจยังไม่ได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่และยังอาจทำให้การพัฒนาท้องถิ่นขาดความต่อเนื่องได้

2. ปัญหาการย้อนหลังของกฎ

2.1 กรณีศึกษาที่ 1 เรื่องการเบิกจ่ายรายจ่ายอื่นเงินประโชชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษ (โบนัส)

ปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกระทรวงมหาดไทย ได้มีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในรูปแบบองค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบลทั่วประเทศนำไปใช้ คือ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการกำหนดเงินประโชชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่นให้เป็นรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2557 โดยสรุปประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้และเงื่อนไขการใช้กฎหมายย้อนหลัง ดังนี้

“ข้อ 2 กำหนดว่า ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา 16 พฤษภาคม 2557)

ข้อ 7 กำหนดว่า กรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดได้เบิกจ่ายเงินประโชชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีไปแล้วตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ประกาศคณะกรรมการกลาง ประกาศคณะกรรมการจังหวัด หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย และหนังสือสั่งการที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณีก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับให้ถือว่าเป็นรายจ่ายได้ตามระเบียบนี้”

2.2 กรณีศึกษาที่ 2 การเบิกจ่ายรายจ่ายอื่นค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย

ปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยกระทรวงมหาดไทย ได้มีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎเพื่อให้ เทศบาล ทั่วประเทศนำไปใช้ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าบำรุงสมาคม พ.ศ. 2555 โดยสรุปประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้และเงื่อนไขการใช้กฎหมายย้อนหลัง ดังนี้

“ข้อ 2 กำหนดว่า ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป (ประกาศในราชกิจจานุเบกษา 26 มิถุนายน 2555)

ข้อ 6 กำหนดว่า ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสมาชิกของสมาคมก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับถ้าสมาคมนั้นมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 4 (1) และได้มีการจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมให้รายจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมที่ได้จ่ายไปแล้วดังกล่าวเป็นรายจ่ายที่จ่ายได้ตามระเบียบนี้”

จากกรณีศึกษาทั้งสองเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า กฎ ที่กระทรวงมหาดไทยได้ประกาศใช้นี้มีการบังคับใช้ย้อนหลังถึงการกระทำที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้กระทำการเบิกจ่ายเงินงบประมาณไปก่อนที่จะมีกฎบังคับใช้ คือ กรณีศึกษาที่ 1 มาตรา 7 และกรณีศึกษาที่ 2 มาตรา 6 ทำให้การเบิกจ่ายเงินดังกล่าวทั้งเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษ (เงิน โบนัส) และค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย เป็นรายจ่ายที่ถูกต้องตามระเบียบใหม่ มีข้อสงสัยว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ และการที่ฝ่ายบริหารออกกฎได้ซึ่งน้ำหนักราคาทางกฎหมายระหว่างหลักผลประโยชน์มหาชน ได้แก่ การพิจารณาประโยชน์ที่เป็นส่วนได้เสียโดยตรงของพลเมืองกลุ่มใหญ่ที่สุดของรัฐ เป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นประโยชน์ของคนทั่วประเทศมีความสำคัญต่อความเป็นเอกภาพของรัฐ หรือประโยชน์มหาชนท้องถิ่น ได้แก่ ประโยชน์ซึ่งเป็นส่วนได้เสียโดยตรงของพลเมืองที่อาศัยอยู่ในท้องถิ่น โดยเฉพาะ รัฐ และประโยชน์ของปัจเจกชนหรือไม่ เนื่องจากการเบิกจ่ายงบประมาณที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายรองรับนั้น เป็นเหตุอย่างหนึ่งที่สามารถให้งบประมาณที่จะนำมาพัฒนาท้องถิ่นลดน้อยลง

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ทั้งสองกรณีนี้เมื่อมีการออกกฎหมายบังคับและมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการจ่ายใหม่ตามกฎหมายนั้น การบังคับใช้ย้อนหลังควรคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนว่าการย้อนหลังนั้นสามารถจะถือเป็นการถูกต้องหรือชอบด้วยกฎหมายทุกบาทหรือไม่ เพื่อให้การเบิกจ่ายเงินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถูกต้องตั้งแต่อดีต จึงควรนำหลักเกณฑ์ที่มีขึ้นตามกฎหมายที่ออกใหม่ไปกับข้อเท็จจริงในอดีตด้วย เพื่อให้กฎที่ออกมาบังคับมีคุณค่าทางกฎหมายและได้ใช้หลักการซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ปัจเจกชนอย่างแท้จริง เพื่อมิให้เกิดการใช้ดุลพินิจที่ไร้ขอบเขตจนเป็นเหตุให้สูญเสียเงินงบประมาณ และเป็นการออกกฎหมายของท้องถิ่นโดยอำเภอใจ เช่น กรณีการเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษ (โบนัส) อาจต้องพิจารณาใน 2 ประเด็น คือ การย้อนหลังของกฎในกรณีที่เป็นเงิน โบนัสที่ข้าราชการท้องถิ่นและพนักงานงานท้องถิ่นพึงได้รับเพื่อเป็นการสร้างขวัญและกำลังใจในการทำงาน และอีกประเด็นหนึ่ง คือ ส่วนที่พึงได้รับนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายที่ได้มีขึ้นตามกฎหมายที่ได้ประกาศใช้ ให้นำไปใช้กับการเบิกจ่ายเงินจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษ (โบนัส) ที่ได้เบิกจ่ายไปแล้วโดยไม่มีกฎหมายรองรับ ก่อนที่จะมีกฎหมายใหม่ และกรณีศึกษาเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรมีการบังคับใช้ย้อนหลังเนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่งย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะเพื่อพัฒนาท้องถิ่นเฉพาะในเขตพื้นที่ความรับผิดชอบของแต่ละท้องถิ่น ดังนั้นการเบิกจ่ายเงินเงินค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลให้แก่สมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยจึงถือว่าอยู่นอกเขตอำนาจ

ความรับผิดชอบ และประชาชนในท้องถิ่นยังไม่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากเงินงบประมาณที่ต้องจ่ายไป

2.3 กรณีการเบิกจ่ายทุนการศึกษา

กรณีการเบิกจ่ายทุนการศึกษานั้น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มี การออกระเบียบให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำมาใช้บังคับเพื่อเบิกจ่ายเงิน ซึ่งหากมีการออกระเบียบ โดยเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับการออกระเบียบในเรื่องของเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณี พิเศษ (โบนัส) และเงินค่าบำรุงสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทยแล้ว ย่อมมีการออกระเบียบให้มี ผลบังคับใช้ย้อนหลังเช่นเดียวกันซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการดีในการพัฒนาองค์ความรู้ของบุคลากร ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่ควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือเนื้อหาของกฎให้สอดคล้องกับ ความเป็นไปได้ในการนำความรู้มาพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยคำนึงถึงประโยชน์ของ ท้องถิ่นและประโยชน์มหาชนเป็นหลัก

แต่อย่างไรก็ดีองค์กรสุดท้ายที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบก็คือศาลปกครอง ซึ่งมีอำนาจ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (1) เกี่ยวกับ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วย กฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือ นอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือ วิธีกรอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็น การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้ เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งหากบุคคลที่ได้รับผลกระทบ เห็นว่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ยัง สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อให้ศาลปกครองตรวจสอบและพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย ของกฎหมายลำดับรองหรือกฎนั้นได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ปัจจุบันองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีบทบาทอย่างมากในการดำเนินงานตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง และได้มีการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นต่าง ๆ ทั้งในส่วนที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกเอง และระเบียบกระทรวงมหาดไทย ซึ่งถือเป็นออกกฎหมายลำดับรองและการออกกฎอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้ว่าปัจจุบันหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ มีการออกกฎหมายลำดับรองหรือกฎ ตามความในพระราชบัญญัติต่าง ๆ จำนวนมากเนื่องกฎหมายลำดับรองเหล่านี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการหรือเงื่อนไขที่ประชาชนต้องปฏิบัติตาม หากประสงค์จะขอให้หน่วยงานของรัฐ อนุมัติ อนุญาต หรือให้ความเห็นชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และกฎหมายลำดับรองยังเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หากหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข หรือมาตรการ ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรองไม่เหมาะสม ก็จะมีผลกระทบโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินงานของหน่วยงาน และสร้างภาระที่ไม่จำเป็นแก่ประชาชน ทั้งยังอาจเป็นช่องทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้แสวงหาประโยชน์โดยไม่สุจริตได้

ในส่วนของการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีปัญหาที่ได้จากการศึกษาใน 2 ประเด็น ซึ่งจะได้นำเสนอข้อเสนอแนะต่อไป

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 กรณีปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

จากประเด็นปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกี่ยวกับรายจ่ายอื่น ซึ่งได้วิเคราะห์เป็น 2 ประเด็น คือ 1. อำนาจในการตรากฎหมายลำดับรองและการออกกฎ 2. ความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของกฎ นั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจัดตั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล ดังนี้

1) พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 74 (9) ราชจ่ายอื่นใดตามที่มีข้อผูกพัน หรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

2) พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 67 (9) ราชจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพัน หรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

3) พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 มาตรา 85 (10) ราชจ่ายอื่นใดตามข้อผูกพัน หรือตามที่มีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้

ผู้เขียนเห็นว่าราชจ่ายอื่นซึ่ง หมายความว่า ราชจ่ายต่าง ๆ ซึ่งไม่เข้าลักษณะราชจ่ายหมวดหนึ่งหมวดใดนั้น เป็นการกำหนดไว้กว้าง ๆ สำหรับราชจ่ายที่อาจมีขึ้นในอนาคต แต่การจะระบุประเภทราชจ่ายนั้นให้เป็นราชจ่ายตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจัดตั้งนั้น กฎหมายจัดตั้งได้กำหนดให้ต้องมีกฎหมายหรือระเบียบของกระทรวงมหาดไทยกำหนดไว้แล้ว ซึ่งก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจและเพิ่มความรวดเร็วในการปฏิบัติงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นั่นก็คือการบริการสาธารณะ ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นด้วยในหลักการดังกล่าว แต่ควรมีการปรับปรุงเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจออกระเบียบ ซึ่งเป็นกฎและมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้ดุลพินิจในการออกกฎเพื่อเบิกจ่ายราชจ่ายอื่นใด โดยไม่มีขอบเขต โดยในเบื้องต้นเห็นควรต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายแม่บทได้ให้ไว้อย่างเคร่งครัด และในด้านเนื้อหาของกฎนั้น ต้องคำนึงถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ฐานะการเงินการคลังที่เหมาะสม

นอกจากนี้เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบการออกกฎหมายลำดับรองของหน่วยงานของรัฐ จะพบว่าการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา โดยมีการทบทวนกฎหมายลำดับรองตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 โดยถือเป็นการตระหนักถึงความสำคัญและจำเป็นของการพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายลำดับรองเป็นอย่างมาก และบัญญัติหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาทบทวนความเหมาะสมของกฎหมายลำดับรองต่าง ๆ ไว้ในมาตรา 35¹⁶⁵

¹⁶⁵ มาตรา 35 ส่วนราชการมีหน้าที่สำรวจ ตรวจสอบและทบทวนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และประกาศ ที่อยู่ในความรับผิดชอบ เพื่อดำเนินการยกเลิก ปรับปรุง หรือจัดให้มีกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศขึ้นใหม่ ให้ทันสมัยและเหมาะสมกับสภาวการณ์ หรือสอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความสะดวก รวดเร็วและลดภาระของประชาชนเป็นสำคัญ

ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ให้ส่วนราชการนำความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะของประชาชนมาประกอบการพิจารณาด้วย

มาตรา 36¹⁶⁶ และมาตรา 42¹⁶⁷ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้มิได้ใช้บังคับกับองค์กรปกครองท้องถิ่น ดังนั้น เพื่อให้การออกกฎหมายลำดับรองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ควรมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับ หลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อบังคับใช้ให้มีมาตรฐานเช่นเดียวกับส่วนราชการ อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ไขกฎหมายตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งต้องการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการเสนอแก้ไขกฎหมายอีกด้วย

2.2 กรณีปัญหาการออกกฎหมายย้อนหลัง

กรณีศึกษาที่ 1 การเบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษ (เงินโบนัส) ซึ่งจากเดิมการเบิกจ่ายเงินเป็นไปโดยไม่มีกฎหมายให้เบิกจ่ายได้ เมื่อต่อมาภายหลังได้มีการออกกฎหมายเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถเบิกจ่ายเงินรายจ่ายอื่นเป็นเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษได้และมีการวางหลักเกณฑ์และกำหนดอัตราการจัดสรรเงินใหม่โดยได้อ้างอิงกับกรุงเทพมหานครและหน่วยงานราชการ ทำให้การเบิกจ่ายเป็นมาตรฐานเดียวกัน แต่ในส่วนของ การเบิกจ่ายเงินที่ได้เบิกจ่ายไปก่อนมีกฎหมายนั้น ในบทบัญญัติของกฎหมายกลับระบุให้เงินที่เบิกจ่ายไปก่อนที่จะมีกฎหมายบังคับนั้นเป็นรายจ่ายที่ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาให้กฎหมายย้อนหลังได้นั้นควรพิจารณาใน 2 ประเด็น คือ สิทธิที่พึงได้รับและอัตราการจัดสรรเงิน โดยควรนำหลักเกณฑ์การเบิกจ่ายและอัตราการจัดสรรเงินที่ออกตามกฎหมายที่ได้ตราขึ้นใหม่มาใช้บังคับกับการเบิกจ่ายเงินก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้ด้วยโดยแก้ไขกฎหมาย ก็คือ ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการกำหนดเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมีลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีแก่พนักงานส่วนท้องถิ่นให้เป็นรายจ่ายอื่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2557 มาตรา 7 จากที่กำหนดว่า กรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดได้เบิกจ่ายเงินประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นกรณีพิเศษอันมี

¹⁶⁶ มาตรา 36 ในกรณีที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่ากฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศ ที่อยู่ในความรับผิดชอบของส่วนราชการใด ไม่สอดคล้องหรือเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ไม่เอื้ออำนวยต่อการพัฒนาประเทศ เป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการหรือการดำรงชีวิตของประชาชน หรือก่อให้เกิดภาระหรือความยุ่งยากต่อประชาชนเกินสมควร ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอแนะต่อส่วนราชการนั้นเพื่อดำเนินการแก้ไข ปรับปรุง หรือยกเลิกโดยเร็วต่อไป

ในกรณีที่ส่วนราชการที่ได้รับการเสนอแนะไม่เห็นชอบด้วยกับคำเสนอแนะของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

¹⁶⁷ มาตรา 42 เพื่อให้การปฏิบัติราชการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความสะดวกรวดเร็วให้ส่วนราชการที่มีอำนาจออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ เพื่อใช้บังคับกับส่วนราชการอื่นมีหน้าที่ตรวจสอบว่ากฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศนั้น เป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความยุ่งยากซ้ำซ้อน หรือความล่าช้า ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการอื่นหรือไม่ เพื่อดำเนินการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมโดยเร็วต่อไป...

ลักษณะเป็นเงินรางวัลประจำปีไปแล้วตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ประกาศคณะกรรมการกลาง ประกาศคณะกรรมการจังหวัด หรือหนังสือสั่งการกระทรวงมหาดไทย และหนังสือสั่งการที่เกี่ยวข้องแล้วแต่กรณีก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับให้ถือว่าเป็นรายจ่ายได้ตามระเบียบนี้ โดยให้เพิ่มเติมข้อความในตอนท้ายว่า “โดยให้นำหลักเกณฑ์และอัตราการจัดสรรเงินที่ออกตามความในระเบียบนี้มาบังคับใช้ทั้งหมด”

กรณีศึกษาที่ 2 การเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมสันนิบาตเทศบาลแห่งประเทศไทย เนื่องจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่ภายในเขตพื้นที่ของตนตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดไว้ ดังนั้นการที่ออกกฎย้อนหลังโดยให้การเบิกจ่ายเงินค่าบำรุงสันนิบาตที่เบิกจ่ายก่อนระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าบำรุงสมาคม พ.ศ. 2555 เป็นรายจ่ายที่จ่ายได้ตามระเบียบนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสม ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 ผู้เขียนจึงเห็นว่าค่าใช้จ่ายในส่วนนี้กฎมิควรระบุให้มีผลย้อนหลังดังนั้นจึงควรแก้ไข ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยรายจ่ายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าบำรุงสมาคม พ.ศ. 2555 โดยตัด ข้อ 6 ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสมาชิกของสมาคมก่อนวันที่ระเบียบนี้ใช้บังคับถ้าสมาคมนั้นมีลักษณะตามที่กำหนดไว้ใน ข้อ 4 (1) และได้มีการจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรือข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมให้รายจ่ายเงินค่าบำรุงสมาคมที่ได้จ่ายไปแล้วดังกล่าวเป็นรายจ่ายที่จ่ายได้ตามระเบียบนี้

2.3 การตรวจสอบการออกกฎขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

แม้กฎหมายจะให้อำนาจแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะกระทำการใด ๆ ไว้ก็มีใช่ว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะสามารถใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นอย่างไรก็ได้ การใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องมีเหตุผลและต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุด หากการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ชอบด้วยเหตุผลหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนมากเกินไป ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวอาจฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำนั้นได้ การออกกฎระเบียบคือ เครื่องมือทางการปกครองซึ่งกำหนดขึ้นให้หน่วยงานและประชาชนถือปฏิบัติ การออกกฎระเบียบนี้รวมถึงการออกกฎหมาย การออกคำสั่งทั้งที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ และกฎย่อย ๆ ซึ่งออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ว่าจะระดับใด รวมถึงกฎระเบียบที่ออกโดยหน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐ หรือการออกกฎระเบียบไว้บังคับกันเอง ซึ่งเกิดจากการมอบอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎระเบียบยังรวมถึงกฎต่างๆ เครื่องมือ มาตรฐานที่ใช้โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือไม่ใช่ในการดูแลธุรกิจ โดยไม่ได้เป็นกฎระเบียบอย่างเป็นทางการซึ่งเรียกว่า

เครื่องมือที่มีลักษณะคล้ายกฎ ในการออกกฎระเบียบนั้นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะทำตามอำเภอใจมิได้ จะต้องคำนึงถึงหลักทางกฎหมายและหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) ซึ่งมีหลักที่สำคัญ 6 ประการ คือ หลักนิติธรรม หลักคุณธรรม หลักความโปร่งใส หลักความมีส่วนร่วม หลักความรับผิดชอบ และหลักความคุ้มค่า โดยที่ผ่านมาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังไม่มีมีการประเมินผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการออกกฎระเบียบก่อนที่จะใช้กฎหมายหรือระเบียบเป็นเครื่องมือในการบังคับ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันมีขอบเขตหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎระเบียบตามกฎหมายจัดตั้ง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นความจัดตั้งองค์กรที่เป็นทำหน้าที่เสนอการเปลี่ยนแปลงนโยบายและเป็นผู้รับผิดชอบในการเตรียมแผนลดการณัผลกระทบของกฎระเบียบ (RIS) การจัดทำผลกระทบของกฎระเบียบ (RIS) โดยต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการออกกฎระเบียบ เพื่อให้เกิดความเป็นกลางในการตรวจสอบคุณภาพของผลกระทบของกฎระเบียบ และสนับสนุนให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมหรือเข้าถึงผลกระทบของกฎระเบียบ (RIS) ซึ่งอาจเป็นอีกวิธีหนึ่งที่ทำให้กฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชนอย่างแท้จริง



บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงษ์. (2523). *ความยินยอมในกฎหมายอาญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- _____. (2539). *สาระสำคัญและหลักกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539*.
- _____. (2537). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- _____. องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. *วารสารนิติศาสตร์*, 17 (3), 43.
- โกศล โสภาคย์วิจิตร. (2525). *พจนานุกรมกฎหมายอังกฤษ-ไทย*. กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์.
- จิตติ ดิงศักดิ์, อมร จันทรสุมบรณ์ และวิษณุ เครื่องาม. (2520). กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. *วารสารกฎหมาย*, 3, 210.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2533). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส. *วารสารกฎหมายปกครอง*, (9), 161-162.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*.
- ณัฐพงษ์ บุปผเวส. (2533). *ปัญหากฎหมายย้อนหลัง* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. (2548). *การตีความกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพมหานคร : ชวนพิมพ์.
- ธีระ สุธีวรารังกูร. (2541). *นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม้ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. (พิมพ์ครั้งที่ 3) ปรับปรุงใหม่. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และ สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. *หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส*. *วารสารกฎหมายปกครอง*, 166.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการทางปรัชญาของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.
- _____. (2554). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปกรณ นิลประพันธ์. (2558). *ปฏิรูปกฎหมายลำดับรอง : การปฏิรูปที่จับต้องได้จริง*. *นักร่างกฎหมาย*.

- ปกรณ มณีปกรณ. (2550). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. กรุงเทพมหานคร : เอ็มทีเพรส.
- ประภาพรรณ อุดมจรรยา. (2521). *กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ไม่ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.
- ประยูร กาญจนกุล. (2533). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2546). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : ภาพพิมพ์.
- พนม เอี่ยมประยูร. *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 24(3).
- โกคิน พลกุล. (2530). *คดีปกครองในฝรั่งเศส* (47). *อัยการ*, 10 (111). 47.
- ขงยุทธ อนุกุล. (2533). *สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือ แนวปฏิบัติและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *เอกสารประกอบการบรรยายสรุปประเด็นสำคัญของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยและกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองเยอรมัน*.
- วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. *กฎหมายปกครองชั้นสูง 2*.
 _____ . *การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ*.
 _____ . (2540). *สิทธิและเสรีภาพของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
 _____ . (2540). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- วิชัย เดิมรัตนศิริกุล. (2536). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากับหลักกฎหมายย้อนหลัง* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- วิริยา เจียมศิริ. (2553). *ปัญหาการตราและการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- วิไลลักษณ์ ศรีสุกใส. (2553). *การมีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎหมายภาษีอากรไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.

- ศักดิ์ชัย สักกะบูชา. (2539). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง : ศึกษากรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต 'ไม่' ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักแห่งความได้สัดส่วน. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 20 (4), 99- 109.
- สมยศ เชื้อไทย. (2540). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- หทัยรัตน์ เนาวีพิริยวัฒน์. (2552). การมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต 'ไม่' ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- หัตถุณี วิทิตวิริยกุล. (2533). ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย : ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน. วารสารนิติศาสตร์, 20(2), 170.
- อนุเมติ ใจสมุทร. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : อักษรสาส์น.
- อมรชัย จันทสมบุญ. (2527). บทบรรณาธิการ. วารสารกฎหมายปกครอง. (3), 9.
- อุษณีย์ ลีวีโลกุลรัตน์. (2551). ผลกระทบของการพิพากษาเพิกถอนกฎโดยให้มีผลย้อนหลัง : ศึกษา คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณี กฟผ. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์มหาบัณฑิต 'ไม่' ได้ตีพิมพ์). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นางสาวศรินรัตน์ เจริญกิตติเดชา
วัน เดือน ปีเกิด	4 ตุลาคม 2522
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดลำปาง
ประวัติการศึกษา	- บธ.บ. (การบัญชี) สถาบันเทคโนโลยีราชมงคลวิทยาเขตภาคพายัพ พ.ศ. 2544 - น.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช พ.ศ. 2554
สถานที่ทำงาน	สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักตรวจสอบพิเศษภาค 12 จังหวัดเพชรบุรี
ตำแหน่ง	นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดิน

