

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษร: กรณีศึกษา ประเทศไทย

An Analysis of Problems on the Origin of Written Laws: A Case Study of Thailand

สิทธิกร ศักดิ์แสง¹, กิตติพิชญ์ โสภา² และ กษิตศ บัวเพชร³
Sittikorn Saksang¹, Kittipich Sopa², and Kasidid Buapetch³

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี^{1, 2}

Faculty of Law, Suratthani Rajabhat University, Thailand^{1, 2}

คณะศิลปศาสตร์ สถาบันราชภัฏกาญจน์³

Faculty of Liberal Arts, Rajapark Institute, Thailand³

E-mail: Kb.petch@gmail.com

Received December 20, 2023; **Revised** February 23, 2024; **Accepted** February 29, 2024

Abstract

This academic article aims to study the legal status of the Revolutionary Council Announcement and the hierarchy of laws in Thailand. It found that there are many academic debates on the issue of legal status and hierarchy, including: 1. The issue of the legal status of the Revolutionary Council Declaration is considered complete law. It is accepted as a tool for controlling society because the revolutionary announcement used legal authority at many levels. It consists of repealing, changing, amending, and adding laws or enforcement parallel to existing laws so that the enforcement is in line with the intentions of the coup d'état. 2. Legal issues at the legal level are that the Organic Act is a law that expands the details of the Constitution. It has a legal hierarchy higher than or equal to the Act. The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560, stipulates more complex procedures for making constitutional acts than organic acts, and there should be a higher hierarchy than the General Act. 3. The legal status of a Royal Decree issued under the authority of the Constitution can have legal or hierarchical status as “law” (statutory law level). It must be a royal decree with a Constitutional Court decision because state court decisions are binding on all organizations.

Keyword: Legal status; declarations of the Revolutionary Council; decrees issued by direct constitutional power

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาของสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติ และลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศไทย พบว่ามีข้อถกเถียงกันในทางวิชาการในประเด็นของสถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายหลายประเด็น ได้แก่ 1. ประเด็นสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติถือว่าเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์และเป็นที่ยอมรับว่าเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการควบคุมสังคม เพราะประกาศคณะปฏิวัติใช้อำนาจตามกฎหมายหลายระดับ ประกอบด้วยกรยกเล็ก เปลี่ยนแปลง แก้ไข การเพิ่มเติมกฎหมาย หรือการใช้บังคับคู่ขนานกับกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้ว เพื่อให้การบังคับเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคณะรัฐประหาร 2. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในระดับชั้นทางกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ออกมาขยายเนื้อหารายละเอียดของรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงกว่าหรือเท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดวิธีการจัดทำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยกกว่า พระราชบัญญัติ ควรจะมีลำดับชั้นสูงกว่าพระราชบัญญัติ และ 3. ประเด็นปัญหาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายหรือลำดับชั้น เป็น “กฎหมาย” (ระดับกฎหมายบัญญัติ) ได้ ต้องเป็นพระราชกฤษฎีกาที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญผูกพันทุกองค์กร

คำสำคัญ: สถานะทางกฎหมาย; ประกาศของคณะปฏิวัติ; พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญโดยตรง

บทนำ

ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น เป็นระบบกฎหมายที่มีที่มาของกฎหมายชัดเจน มีต้นสายปลายเหตุและมีการจัดบันทึกที่แน่ชัด ซึ่งประเทศไทยเองเป็นหนึ่งในหลาย ๆ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากกล่าวถึงความหมายของที่มาของกฎหมายพบว่า มี 2 นัย (Wisurutpit, 1997) คือ นัยที่ 1 แง่ของการจัดทำกฎหมาย กับนัยที่ 2 คือ แง่ของการใช้กฎหมาย กล่าวคือ นัยที่ 1 แง่ของการจัดทำกฎหมาย หมายถึงการบัญญัติกฎหมาย โดยอาจเป็นรัฐสภาหรือฝ่ายบริหารที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชน ด้วยการนำกฎเกณฑ์หรือขนบธรรมเนียมประเพณี แต่เดิมไม่เคยใช้อำนาจรัฐบังคับมาเขียนไว้ในกฎหมาย เพื่อที่จะได้อำนาจรัฐบังคับได้ เช่น กฎเกณฑ์ที่เป็นสมัชชานิยมอันสามารถที่จะควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมประเภทหนึ่ง การนำข้อบังคับทางศาสนา หลักศีลธรรมจรรยา ขนบธรรมเนียมประเพณีที่เหมาะสมที่ควรมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมถึงหาสิ่งต่างๆ ที่มีอยู่ในสังคมที่ควรจะเป็นกฎหมายนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย เรียกว่า “Material Sources of Law” และนัยที่ 2 แง่ของการใช้กฎหมาย กล่าวคือ เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย และคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะนำกฎหมายจากที่ใดมาใช้พิพากษาคดีซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญ เพราะการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมถูกควบคุมโดยหลักเกณฑ์หลากหลายมาก ถูกควบคุมโดยหลักศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี กฎหมาย สำนวนและกฎหมาย แต่เมื่อมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลต้องนำกฎหมาย

พิพากษาคดี ไม่ใช่หลักศีลธรรม หรือกฎหมายมหาชนพิพากษาคดี ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าศาลจะนำกฎหมายพิพากษาคดี จะใช้กฎเกณฑ์ลักษณะใดบ้างเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาพิพากษาคดีได้ และกฎเกณฑ์ลักษณะใดบ้างที่ไม่ถือเป็นกฎหมายและไม่สามารถนำมาพิพากษาคดีได้ซึ่งศาลอาจจะนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย คือ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดมาพิพากษาคดีก็ได้ การใช้กฎหมายในแง่นี้ เรียกว่า “Formal Sources of Law”

การวิเคราะห์ที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศไทย

ในกรณีของประเทศไทยการพิจารณาคดีที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษร สามารถอธิบายที่มาได้เป็น 3 ลักษณะใหญ่ ดังนี้

1. ที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศ พบว่ามีอยู่ 2 กรณี (Saksaeng, 2016) คือ

1.1. ในกรณีปกติที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศ

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั่วโลกถือว่า “รัฐธรรมนูญ” (Constitution) เป็นกฎหมายสูงสุดที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่มี “อำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ” การจัดทำรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีการจัดการควบคุมกับ “อำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” เพราะถ้าไม่มีผู้จัดทำ (Krea-ngam (1987) รัฐธรรมนูญก็ย่อมไม่มีผู้จัดทำรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญอาจจะมาจากการจัดทำโดยบุคคลคนเดียว (Saksaeng, 2016) หรืออาจจะมาจากการจัดทำโดยคณะบุคคล (Saksaeng, 2017) หรืออาจจะมาจากการจัดทำโดยสภานิติบัญญัติ หรืออาจจะมาจากการจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยหลักการจัดทำรัฐธรรมนูญที่แพร่หลายและได้รับการนิยมมากที่สุดของประเทศไทยที่ใช้หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปัจจุบัน คือ การจัดทำโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) ซึ่งประเทศไทยมี สสร. จัดทำร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านมา 4 ครั้ง ได้แก่

1. การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 (ฉบับที่ 4) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 1 จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 (แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 2) เมื่อวันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2491 รัฐบาลในขณะนั้นได้เสนอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ต่อสภาเพื่อให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดนี้ร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จสิ้น เมื่อวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2491 และเสนอต่อที่ประชุมรัฐสภาตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ประชุมรัฐสภาให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2492 เสนอโปรดเกล้าและประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ฉบับที่ 4 เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2492

2. การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 (ฉบับที่ 8) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 2 จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 โดยรัฐธรรมนูญดังกล่าวกำหนดให้จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญชุดนี้ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 แล้วเสร็จประกาศและบังคับใช้เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2511

ข้อสังเกต สภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 1 กับครั้งที่ 2 ผู้เขียนเห็นว่ายังห่างไกลจากความหมายที่แท้จริงของสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพราะสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญมาจากการแต่งตั้งไม่ได้มาจากการเลือกตั้งแต่อย่างใด แต่มาจากกลุ่มบุคคลที่ปฏิวัติรัฐประหาร

3. การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (ฉบับที่ 16) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดที่ 3 จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นทั้งฉบับ ผ่านการลงมติให้ความเห็นชอบและลงมอบให้ประธานรัฐสภา เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม พ.ศ. 2540 จากนั้นมีการประกาศและบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540

4. การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (ฉบับที่ 16) โดย สภาร่างรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4 จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ จัดทำร่างรัฐธรรมนูญและผ่านประชามติต่อร่างรัฐธรรมนูญของประชาชนทั้งประเทศ เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 จากนั้นจึงประกาศและบังคับใช้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา

1.2 ที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีสถานะสูงสุดในการปกครองประเทศกรณีไม่ปกติ

เนื่องจากการปฏิวัติหรือรัฐประหารแต่ละครั้ง ทางคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารก็จะออกประกาศคณะปฏิวัติขึ้นมากำหนดปกครองประเทศในฐานะรัฐอธิปไตย (Sovereignty) อย่างเช่น ในกรณีการรัฐประหารของประเทศไทยเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับต่างๆ (ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (คสช.) ใช้บังคับเป็นกฎหมายปกครองประเทศในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศกรณีที่ไม่ปกติ ซึ่งต่อจากนั้นได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศในช่วงระยะเวลา 22 พฤษภาคม 2557 – 22 กรกฎาคม 2557 ถือได้ว่าประกาศคณะปฏิวัติ (ประกาศ คสช.) เป็นที่มาของกฎหมายที่มีสถานะกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศกรณีไม่ปกติ และต่อมาสภาร่างรัฐธรรมนูญ (สสร.) โดยนายมีชัย ฤชุพันธุ์ ในฐานะประธานสสร.ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเฉพาะในมาตรา 279 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) กำหนดให้ประกาศคณะปฏิวัติว่าชอบด้วยกฎหมาย และชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

2. ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ

ที่มาของระดับกฎหมายบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยการพิจารณาขององค์กรหรือสถาบันที่มีหน้าที่เป็นผู้ตรากฎหมายออกมามีบังคับในการปกครองประเทศ ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายจะมาจาก 2 องค์กร คือ “องค์กรนิติบัญญัติ” (Legislative) และ “องค์กรบริหารบัญญัติ” (Governing Law) ดังนี้

2.1 กฎหมายที่ตราขึ้นและกฎหมายที่ผ่านการรับทราบโดยองค์กรนิติบัญญัติ

องค์กรนิติบัญญัติหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ของไทยประกอบด้วย พระมหากษัตริย์และรัฐสภารวมกัน ซึ่งหมายความว่า “พระมหากษัตริย์และฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเห็นพ้องต้องกันให้ร่างกฎหมายออกมามีบังคับ” กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติที่ตามกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติ หรือกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ออกตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ โดยประเภทของกฎหมายที่ตราขึ้นจะเรียกว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมายและกฎหมายที่ผ่านการเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ กฎมณเฑียรบาล มีรายละเอียด ดังนี้

2.1.1 กฎหมายจัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

กฎหมายที่จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดและตามข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและข้อบังคับการประชุมรัฐสภา มีดังนี้

2.1.1.1 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Act) คือ บรรดาบทบัญญัติที่ออกมาขยายรายละเอียดของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางการเมืองการปกครองเป็นกฎหมายที่สำคัญรองจากรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญอย่างใกล้ชิด (Setthabutr, 2004) เป็น “กฎหมายที่ออกมาขยายเนื้อหาของรายละเอียดของรัฐธรรมนูญ” ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำโดยผ่านการยินยอมของรัฐสภาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่สำคัญรองจากรัฐธรรมนูญ

2.1.1.2 พระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติ (Act) คือ บรรดาบทบัญญัติทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกตามเนื้อความตามรัฐธรรมนูญ

2.1.1.3 ประมวลกฎหมาย

ประมวลกฎหมาย (Code of Law) เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกันมาบัญญัติไว้รวมกัน เป็นเรื่อง เป็นหมวด เป็นหมู่ อย่างเป็นระบบ เพื่อสะดวกในการศึกษา สำหรับประเทศไทยมีประมวลกฎหมายที่สำคัญที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติและเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นต้น ทั้งนี้จะใช้ประมวลกฎหมายใช้บังคับได้นั้นจะต้องมีกฎหมายออกมากำหนดให้ใช้ประมวลกฎหมายนั้นด้วย

2.1.2 กฎหมายที่ผ่านการรับทราบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

กฎหมายที่ผ่านการรับทราบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ กฎมณเฑียรบาล (Royal Law) หมายถึง ข้อบังคับที่ว่าด้วยการปกครองภายในพระราชฐาน กฎมณเฑียรบาลนั้นมีมาแต่โบราณแล้ว (Sawananon, 2002) เป็นกฎหมายส่วนพระองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมีต้นกำเนิดมาจากตำราราชประเพณีของพราหมณ์ที่เรียกว่า “คัมภีร์มनुธรรมศาสตร์” ของอินเดีย ซึ่งได้แก่

1. กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการเสกสมรส แห่งเจ้านายในพระราชวงศ์ พุทธศักราช 2467 และแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2475

2. กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 ซึ่งในส่วนการแก้ไขเพิ่มเติม กฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริเป็นประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎมณเฑียรบาลแก้ไขเพิ่มกฎมณเฑียรบาลเดิมขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบและให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

2.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร (Executive) หรือ “องค์การบริหารบัญญัติ” เรียกว่า พระราชกำหนด (Royal Act) คือ กฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายแก่พระองค์ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีและมีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการศึกษาถึงพระราชกำหนดที่รัฐธรรมนูญมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกได้นั้น จะต้องเข้าอยู่ใน 2 กรณีเท่านั้น คือ 1. กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เช่น เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เกี่ยวกับภัยพิบัติ ความมั่นคงของประเทศในด้านต่าง ๆ เป็นต้น กับ 2. กรณีที่เกี่ยวกับภาษีและเงินตรา แต่อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดประกาศใช้แล้วเมื่อถึงสมัยประชุมนิติบัญญัติจะต้องนำพระราชกำหนดที่ประเทศให้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยองค์กฤษฎีกา ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติผ่านพิจารณาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นจะกลายเป็นพระราชบัญญัติทันที แต่ถ้าพระราชกำหนดนั้นไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดฉบับนั้นจะตกไป

3. ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง

กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และระดับกฎหมายบัญญัติ ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ซึ่งมีฐานะ เป็น “กฎ” โดยเนื้อหาของกฎหมายระดับลำดับรองเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อปรับใช้กฎหมายที่ลำดับสูงกว่า เนื่องจากการบัญญัติรายละเอียดข้อกฎหมายเหล่านี้ กฎหมายแม่บทไม่สามารถทำได้ล่วงหน้าสมบูรณ์เหมาะสมกับสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา กฎหมายแม่บททำได้แค่กำหนดกรอบไว้เท่านั้น (Pivawattanaphanit, 2004) และที่สำคัญกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองไม่สามารถมีเนื้อหาสาระเกินไปกว่าที่ตัวบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้ได้

เมื่อพิจารณาถึง กฎหมายระดับลำดับรอง หรือ “กฎ” ของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้นิยามความหมายของกฎไว้ว่า “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับให้นิยามความหมายของ “กฎ” เป็นกฎหมายลำดับรอง หรือบรรทัดฐานทางกฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว กำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของ “กฎ” ในส่วนท้ายที่กล่าวว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แสดงให้เห็นถึงลักษณะที่เป็นการใช้บังคับทั่วไปของกฎ ฉะนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในลักษณะเป็นนามธรรมเพื่อให้ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก (Phakeerut, 2011)

ดังนั้น ที่มาของกฎหมายลำดับรอง หรือ “กฎ” โดยพิจารณาถึงองค์กรผู้ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง จะพบว่ามี 3 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร กับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรที่มีได้อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร ดังนี้

3.1 กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้สังกัดฝ่ายบริหาร สามารถแยกอธิบายการออกกฎหมายลำดับรองของแต่ละองค์กร (Saksaeng, 2009) ดังนี้

3.1.1 ที่มาของระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร เมื่อพิจารณาถึงที่มาของระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง มติคณะรัฐมนตรี ดังนี้

1. **“พระราชกฤษฎีกา”** (Royal Decree) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ อาศัยอำนาจตามตามกฎหมายระดับบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของ คณะรัฐมนตรี

2. **“กฎกระทรวง”** (Ministerial Regulations) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราออกมาใช้บังคับ โดยความเห็นชอบ ของคณะรัฐมนตรี

3. **“ประกาศกระทรวง”** (Ministerial Announce) คือบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ตราออกมาใช้บังคับ

มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎกระทรวงและประกาศกระทรวงนั้นต่างก็เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นเช่นเดียวกัน แต่ก็มีผลแตกต่างกัน ตรงที่กฎกระทรวงจะประกาศใช้ได้นั้นจำเป็นต้องผ่านการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี แต่ประกาศกระทรวงไม่ต้องผ่าน การอนุมัติของคณะรัฐมนตรี สามารถประกาศใช้ได้เลย

4. **“มติคณะรัฐมนตรี”** (Cabinet) ที่มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนด หลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้ไม่มีผลโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถ นำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2543 ที่เห็นชอบตามมติ คณะกรรมการพิจารณาสิทธิพิเศษแก่องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยด้วยการให้หน่วยงานรัฐวิสาหกิจและ หน่วยงานอื่นของรัฐพิจารณาการขอเลขหมายโทรศัพท์ใหม่ขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (Administrative Justice Research and Development Foundation, 2008) เป็นต้น ทั้งนี้ยังมีระเบียบที่เป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดย รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณ พ.ศ. 2502 ให้อำนาจ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี สามารถออกระเบียบว่าด้วยเงินทดรอง ราชการได้ เป็นต้น

3.1.2 กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรที่สังกัดฝ่ายบริหาร

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรที่สังกัดฝ่ายบริหาร คือ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน องค์กร ปกครองท้องถิ่น หน่วยงานอื่นของรัฐและองค์กรวิชาชีพ ซึ่งมีที่มาดังนี้ (Sakseng, 2017)

1. ที่มาของกฎหมายระดับรองที่ออกโดย **“รัฐวิสาหกิจ”** (Public Enterprise) กฎหมายที่จัดตั้ง รัฐวิสาหกิจโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา ได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจสามารถออกกฎระเบียบข้อบังคับ ภายในองค์กรรัฐวิสาหกิจแต่ละรัฐวิสาหกิจกับประชาชนที่ไปใช้บริการสาธารณะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ เช่น ระเบียบข้อบังคับของการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นต้น

2. ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดย **“องค์การมหาชน”** (Public Organization) ซึ่งองค์การ มหาชน คือ องค์กรที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นมาให้อำนาจขององค์การมหาชน ออกระเบียบข้อบังคับกับประชาชนที่ไปใช้บริการ สาธารณะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ซึ่งกฎระเบียบข้อบังคับขององค์การมหาชนถือเป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้น ในการพิจารณาคดีสามารถอ้างอิงได้

3. ที่มากฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Government) องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในปัจจุบันมีอยู่ 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีกฎหมายที่จัดตั้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ทั้ง 5 รูปแบบ จะบัญญัติมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎหมายขึ้นบังคับกับราษฎรในเขตท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งมีชื่อแตกต่างกันออกไปตามชื่อองค์กรที่ตราขึ้น ดังนี้

- 1) ข้อบัญญัติจังหวัด เป็นกฎที่ตราขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด
- 2) ข้อบัญญัติตำบล เป็น กฎ ที่ตราขึ้นโดยองค์การบริหารส่วนตำบล
- 3) เทศบัญญัติ เป็น กฎ ที่ตราขึ้นโดยเทศบาล
- 4) ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เป็น กฎ ที่ตราขึ้นโดยกรุงเทพมหานคร
- 5) ข้อบัญญัติเมืองพัทยา เป็น กฎ ตราขึ้นโดยเมืองพัทยา

ข้อสังเกต กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การบริหาร คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นของตน ไม่ได้บังคับทั่วราชอาณาจักรเหมือนกันพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือประกาศกระทรวง เป็นต้น

3.1.3 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่เป็นหน่วยงานไม่ใช่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐ ได้แก่ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยมหาวิทยาลัยที่ออกนอกกระบวน เช่น ระเบียบข้อบังคับของมหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ใช้บังคับแก่นักศึกษามหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ เป็นต้น

3.1.4 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานที่รับมอบหมายให้ใช้อำนาจหรือดำเนินการทางปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยหน่วยงานที่รับมอบหมายให้ใช้อำนาจหรือดำเนินการทางปกครองเป็นการตรากฎหมายเพื่อกำกับดูแล “องค์กรวิชาชีพ” (Professional Organization) ต่าง ๆ เช่น สภานายความ ที่มีอำนาจออกและเพิกถอนใบอนุญาตว่าความกับทนายความ สภาสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการศึกษาในสถาบันเหล่านั้น เป็นต้น

3.2 กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหาร

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรที่มีได้สังกัดฝ่ายบริหารซึ่งเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐถือเป็นหน่วยงานทางปกครองประเภทหนึ่ง และมีอยู่หลายองค์กรด้วยกันที่สามารถออกกฎหมายลำดับรองได้ คือ คณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร ศาล องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์การสังกัดรัฐสภา ดังนี้

3.2.1 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดย “คณะปฏิวัติ”

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดย “คณะปฏิวัติ” ประกาศคณะปฏิวัติบางฉบับ ที่มีฐานะบังคับเป็น “กฎ” (Rule) อย่างเช่น ประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 33 ลงวันที่ 30 กันยายน 2549 ใช้เป็นระเบียบกระทรวง

ให้ใช้บังคับบทบัญญัติที่แก้ไขระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือกและเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย พ.ศ. 2536 เป็นต้น

3.2.2 ที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรศาล

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรศาล แบ่งเป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยศาลยุติธรรม (Court of Justice) คือ กฎหมาย ระดับกฎหมาย บัญญัติให้มอบอำนาจให้ศาลยุติธรรม เป็นผู้ออกกฎหมายลำดับรอง เช่น ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วย วิธีพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและ ผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2550 เป็นต้น

2. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยศาลปกครอง (Administrative Court) คือ กฎหมายระดับกฎหมาย บัญญัติมอบอำนาจให้ศาลปกครองเป็นผู้ออกกฎหมายลำดับรอง เช่น ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดอาศัย อำนาจตามมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เป็นต้น

3.2.3 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (Organization Under Constitution) โดยการตรากฎหมายลำดับรองนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีหลายหน่วยงานองค์กร อิสระเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11และมาตรา 13 และ มาตราแห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และมาตรา16 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ออก ประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตและคณะกรรมการเลือกตั้งประจำเขต เลือกตั้ง เป็นต้น

3.2.4 ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรสังกัดรัฐสภา

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรสังกัดรัฐสภาเป็นกฎหมายลำดับรอง ที่ออกโดยองค์กรสังกัดรัฐสภา เช่น กฎระเบียบที่ออกโดยสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร กฎระเบียบที่ออกโดย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา กฎระเบียบข้อบังคับที่ออกสถาบันพระปกเกล้า เป็นต้น

วิเคราะห์ปัญหาสถานะทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศไทยพบว่ายังมีความสับสนและโต้แย้ง ในทางวิชาการปัญหาสถานะทางกฎหมายประกาศของคณะปฏิวัติและปัญหาสถานะทางกฎหมายของ พระราชกฤษฎีกา ดังนี้

1. ปัญหาสถานะทางกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่นักกฎหมายไทยยังมีการโต้แย้งหรือถกเถียง ในทางวิชาการ

เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร มีคำบังคับเท่าพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่ออกโดยนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญที่มาจากการรัฐประหารถือว่า อยู่ในกลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรบัญญัติด้วย ซึ่งในทางวิชาการยังมีความเห็นว่า **“ประกาศคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่”** โดยจะแบ่งเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กลุ่มนักวิชาการที่เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่ชอบหรือถูกต้องตามกระบวนการในการปกครอง และเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ โดยการนำแนวความคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Positive Law) มาตัดสินความในเรื่องของประกาศของปฏิวัติถือเป็นกฎหมาย เพราะได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกา คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พิพากษารับรองและมิบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติจึงถือเป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรระดับกฎหมายบัญญัติ

กลุ่มที่ 2 กลุ่มนักวิชาการที่เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ควรเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ เนื่องจากไม่มีที่มาจากองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมาย และคณะปฏิวัติก็ไม่ได้ได้รับความยินยอมจากประชาชนตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ เป็นการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญและเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริม สิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่าใดนัก

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับกลุ่มที่ 1 คือ ประกาศของคณะปฏิวัติถือเป็นที่มาบ่อเกิดกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นกฎหมายที่สามารถควบคุมตรวจสอบได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279 ระบุว่าบรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้อยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือมาตรา 265 วรรค 2 ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป

1. การยกเลิก หรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งที่มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ

2. การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่ง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร ให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี

2. ปัญหาสถานะของพระราชกฤษฎีกา

เมื่อพิจารณาถึงพระราชกฤษฎีกาบางฉบับพบว่า ยังมีการโต้แย้งว่าอยู่ในระดับชั้นของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติหรือระดับกฎหมายลำดับรอง เมื่อพิจารณาถึง ความหมายของกฎหมายระดับลำดับรองหรือ **“กฎ”** ของประเทศไทย ซึ่งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ได้นิยามความหมายของกฎไว้เช่นเดียวกันว่า **“กฎ”** หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ทั้งนี้เห็นได้ว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับให้นิยามความหมายของ **“กฎ”** โดยยกตัวอย่างชนิดของ **“กฎ”**

ขึ้นกล่าวกันว่า “...พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป” นั้นแสดงให้เห็นว่า “กฎ” เป็นกฎหมายลำดับรอง หรือบรรทัดฐานทาง กฎหมายที่เป็นการแสดงเจตนาในทางมหาชนฝ่ายเดียว โดยกำหนดสิทธิหน้าที่ให้แก่ผู้อยู่ภายใต้บังคับของ “กฎ” ตามที่ระบุไว้ว่า “โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

คำนิยามตามความหมายของกฎหมายทั้ง 2 ฉบับข้างต้น ถือว่า พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายลำดับรองหรือ “กฎ” จะพบว่ามีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาล ปกครองเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีฐานะเป็นกฎหมาย ระดับ กฎหมายบัญญัติ อยู่ 3 กรณี คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ มาตรา 230 วรรค 5 รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรและพระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

2.1 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ มาตรา 230 วรรค 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2540

พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ มาตรา 230 วรรค 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นกฎหมายในระดับกฎหมาย บัญญัติ ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 27/2540 (Kwanmuang & Sakseng, 2006) และในทางวิชาการจะไม่ค่อย ได้กล่าวถึงปัญหาเท่าใดนัก แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีมีสถานะในระดับกฎหมาย บัญญัติ

2.2 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรพบว่ามีปัญหาในเรื่องของสถานะทางกฎหมายของพระราช กฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ วินิจฉัยไว้ 2 ลักษณะ

ลักษณะที่ 1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญยุบสภาผู้แทนราษฎร มีอยู่ 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางการเมืองเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลและ คานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เป็นดุลพินิจฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง โดยไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของอำนาจตุลาการ ส่วนการกระทำทางปกครองจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบ ของอำนาจตุลาการ คือ ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี

ลักษณะที่ 2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ให้มีการ เลือกลงใหม่ที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 มีฐานะเป็น “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” ซึ่งสอดคล้องกับความคิดของ รศ.ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ที่กล่าวถึงพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจ รัฐธรรมนูญ มีเนื้อหาเป็นคำสั่งตามแบบพิธีในการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา จึงไม่ใช่กฎหมายลำดับรอง (Rattanasakawong, 1996)

2.3 พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ

พระราชกฤษฎีกากอภัยโทษ คือ กฎหมายที่มาจากการพระราชทานพระกรุณาธิคุณของพระมหากษัตริย์ แก่ผู้ต้องโทษที่คดีถึงที่สุดแล้วให้ได้รับการปล่อยตัวหรือลดโทษแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพระบรมราชวินิจฉัย

ของพระมหากษัตริย์ ตามพระราชอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชกฤษฎีกากฎไทย

สอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง พบว่าเกิดปัญหาการถกเถียงกันในทางวิชาการ ว่า สถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร และพระราชกฤษฎีกากฎไทยที่ออกโดยอาศัยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายอยู่ในลำดับชั้นทางกฎหมายระดับใดอยู่ระหว่าง “กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ” กับ “กฎหมายระดับลำดับรอง” หรือ “กฎ” สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 สรุปได้ว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 108 รัฐธรรมนูญมีฐานะเป็น “กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ” แสดงถึงกฎหมายมีความสับสนการตีความในความหมายของ “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นการแก้ไขคำนิยามของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการฝ่ายปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้มีความชัดเจน กล่าวคือ จากเดิม “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” แก้ไขเป็น “กฎ” หมายถึง พระราชกฤษฎีกาออกโดยอาศัยกฎหมาย กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ”

บทสรุป

ประเด็นปัญหาสถานะและที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มาจากการสร้างหรือการบัญญัติขึ้นมาใช้บังคับใช้เป็นเครื่องมือเพื่อควบคุมคนในสังคม จะพบว่ากฎหมายยังคงมีข้อถกเถียงกันในทางวิชาการในเรื่องของสถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นทางกฎหมายอยู่หลายประเด็นด้วยกัน ได้แก่

1. ประเด็นสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์เป็นที่ยอมรับว่าเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งในการควบคุมสังคม นานาอารยประเทศยอมรับหรือไม่ อย่างไร และที่สำคัญประกาศคณะปฏิวัตินั้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับชั้นทางกฎหมายใดบ้าง ระหว่างระดับกฎหมายสูงสุดเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ระดับชั้นกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติและระดับชั้นระดับกฎหมายลำดับรอง (กฎ) เพราะว่าประกาศคณะปฏิวัติใช้อำนาจตามกฎหมายหลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิก เปลี่ยนแปลง แก้ไข การเพิ่มเติมกฎหมาย หรือออกมาใช้บังคับคู่ขนานกับกฎหมายเดิมที่มีอยู่แล้ว เพื่อให้การบังคับเป็นไปตามเจตนารมณ์ของคณะรัฐประหาร

2. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในระดับชั้นทางกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ออกมาขยายเนื้อหารายละเอียดของรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นทางกฎหมายสูงกว่าหรือเท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดวิธีการจัดทำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญยกกว่า พระราชบัญญัติ ควรจะมีลำดับชั้นสูงกว่าพระราชบัญญัติหรือไม่ ยังคงต้องรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3. ประเด็นปัญหาสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นทางกฎหมายเป็นเพียง “กฎ” หรือ กฎหมายลำดับรอง หรือไม่ เมื่อพิจารณาตามคำนิยามตามพระราชบัญญัติ

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต่างให้ความหมายของกฎหมายลำดับรอง หรือ “กฎ” คือ พระราชกฤษฎีกา แต่เมื่อพิจารณาตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดพระราชกฤษฎีกาบางประเภทที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็น “กฎหมาย” (กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ) ทำให้เกิดความสับสนว่าแท้จริงพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญมีลำดับชั้นทางกฎหมาย เป็น “กฎ” หรือ เป็น “กฎหมาย” ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญจะมีสถานะทางกฎหมายหรือลำดับชั้นเป็น “กฎหมาย” (กฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ) ได้ ต้องเป็นพระราชกฤษฎีกาที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อให้ประเด็นปัญหาดังกล่าวคลี่คลายนั้นต้องรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ตีความรัฐธรรมนูญที่ผูกพันทุกองค์กรต่อไป

References

- Administrative Justice Research and Development Foundation. (2008). *Considerations regarding rules*. Administrative Justice Research and Development Foundation. Administrative Court Office.
- Bangkok Metropolitan Administration Act B.E. 2528. (1985, August 31). *Royal Gazette*. NO. 102 Section 115A. Page 1.
- Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2519). (1976, October 22). *Royal Gazette*. NO. 93 Section 135A. Page 1.
- Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2550). (1977, August 24). *Royal Gazette*. NO. 124 Section 47A. Page 1.
- Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560). (2017, April 6). *Royal Gazette*. NO. 134 Section 40A. Page 1.
- Constitution of the Kingdom of Thailand (Temporary edition) B.E. 2549. (2006, October 1). *Royal Gazette*. NO. 123 Section 102A. Page 1.
- Constitution of the Kingdom of Thailand (Temporary edition) B.E. 2557. (2014, July 22). *Royal Gazette*. NO. 131 Section 55A. Page 1.
- Kwanmuang, K., & Saksaeng, S. (2006). *New Education: Introduction to General Law*. Winyuchon.
- Municipality Act B.E. 2496. (1953, February 17). *Royal Gazette*. NO. 70 Section 14A. Page 222.
- Pivawattanaphanit, P. (2004). *General Knowledge about Law*. Thammasat University Press.
- Provincial Administrative Organization Act B.E. 2540. (1997, October 31). *Royal Gazette*. NO. 114 Section 62A. Page 1.

- Pattaya City Administrative Regulations Act B.E. 2542 (1999, November 29). *Royal Gazette*. No. 116 Section 120A. Page 21.
- Phakeerut, W. (2011). *General Administrative Law*. Nitirat Publishing House.
- Wisarutpit, W. (1997). *Theory of Principles of Public Law*. In Lecture on master's degree field of law Graduate School, Dhurakij Pundit University, Academic year 1/1997.
- Krea-ngam, W. (1987). *Constitutional Law*. Nititham.
- Rattanasakawong, K. (1996). Secondary law of Thailand. *Administrative Law Journal*, 14. Section 3.
- Saksaeng, S. (2006). Problems with Constitutional Interpreters in the Case of The Royal Decree on the Election of Members of The House of Representatives. *New Law Journal*, 4(73), 52–55.
- Saksaeng, S. (2009). *The Science of Legal Interpretation*. Nititham.
- Saksaeng, S. (2016). The Relationship Between the Laws Relating to the Control Administrative Acts and the Internal of Judicial Review Administrative by “Using Control by Solving to Administrative Acts” as Administrative Procedure Act, Liability for the Wrongful Acts of Officials Act and Official Information Act. *Sripatum Chonburi Journal*, 14(4), 1–8.
<https://www.chonburi.spu.ac.th/journal/booksearch/upload/1745-Sittikorn.pdf>
- Saksaeng, S. (2016). *Legal status of the Organic Act*. In a book dedicated to Professor Sombat Wothong, the Founding Dean of the Faculty of Law, Ubon Ratchathani University.
- Saksaeng, S. (2016). The Constitution of the Kingdom of Thailand is not Based Up on the Legal State by the Rule of Law. *Chulalongkorn Law Journal*, 34(2), 223–242.
- Saksaeng, S. (2017). *Constitutional Law and Political Institutions*. Duan Tula Printing House.
- Saksaeng, S. (2017). *Administrative Law and Administrative Court Procedure*. Duan Tula Printing House.
- Sawananon, D. (2002). *Political Dictionary: A Manual for Citizen Participation in a Democracy*. Window Company to the Wide World.
- Setthabutr, N. (2004). *Encyclopedia of Thai Politics*. Office of the Secretariat of the House of Representatives.
- Subdistrict Council and Subdistrict Administrative Organization Act B.E. 2537. (1994, December 2). *Royal Gazette*. NO. 111 Section 53A. Page 11.
-