

# หลักนิติธรรมกับการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

นายวราเทพ รัตนากร\*

## 1. ความเบื้องต้น

หลักนิติธรรมเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เนื่องจากหลักนิติธรรมมีสาระสำคัญเป็นการจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ จึงต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม กรณีการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่มีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อสนองความต้องการของประชาชนนั้น การจะทำภารกิจดังกล่าวให้สำเร็จได้จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนซึ่งย่อมผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงต้องมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจรับรองให้ดำเนินการได้ เหตุนี้การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมจึงเป็นเรื่องที่ขาดเสียไม่ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายบริหารมีฐานของกฎหมายรองรับและอยู่ภายในกรอบของกฎหมายไม่ไปกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

สำหรับเนื้อหาในบทความนี้ จะได้พิจารณาถึงพัฒนาการของหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ พร้อมเปรียบเทียบความเหมือนและแตกต่างของทั้งสองหลัก และอธิบายถึงการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร รวมทั้งข้อเสนอแนะที่จำเป็น เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปอย่างมีคุณภาพและสร้างความเป็นธรรมในสังคม

## 2. หลักนิติธรรม

### 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม<sup>1</sup>

หลักนิติธรรม หรือ The Rule of Law เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมาย Common Law โดยหลักดังกล่าวมีพัฒนาการมาตั้งแต่ ค.ศ. 1215 ซึ่งพระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในเวลานั้น ได้ลงนามในเอกสารที่ชื่อว่า Magna Carta อันเป็นพันธสัญญาที่พระองค์ให้ไว้แก่ขุนนางในการที่จะจำกัด

---

\* อธิการบดีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง และรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์.

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 170-176.

อำนาจของกษัตริย์ จึงอาจกล่าวได้ว่าเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่บันทึกหลักการปกครองโดยกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ต่อมาใน ค.ศ. 1628 รัฐสภาอังกฤษได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคล โดยประกาศว่าผู้ปกครอง รัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว และในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act ค.ศ. 1679 ซึ่งให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุมย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเอง ต่อศาลได้ จากนั้น รัฐสภาอังกฤษได้ขยายอำนาจออกไปเรื่อย ๆ จนกระทั่งเกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ค.ศ. 1688 ซึ่งก่อนที่พระเจ้าวิลเลียมที่ 3 (William III) และสมเด็จพระราชินีนาถแมรีที่ 2 (Mary II) จะขึ้นเป็นกษัตริย์คู่กันนั้น (joint sovereign) ทั้งสองพระองค์ได้ทรงลงพระนามเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติที่เรียกกันว่า Bill of Rights ค.ศ. 1689 ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มีขึ้นเป็นครั้งแรก<sup>2</sup> Bill of Rights ค.ศ. 1689 นี้มีสาระเป็นการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ โดยยอมรับอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและต้องเปิดประชุมรัฐสภาอย่างสม่ำเสมอ สมาชิกรัฐสภามีสิทธิและเสรีภาพในการอภิปราย จัดให้มีการเลือกตั้งอย่างเสรี ห้ามผู้นับถือคริสต์ศาสนานิกายคาทอลิกหรือมีคู่อภิเษกสมรสที่นับถือนิกายคาทอลิกได้รับสิทธิในการสืบราชสันตติวงศ์ ห้ามจัดตั้งกองกำลังอิสระ และกษัตริย์จะเก็บภาษีอากรหรือบังคับเงินกู้โดยปราศจากความเห็นชอบของรัฐสภาไม่ได้<sup>3</sup> ทั้งนี้ หลักการดังกล่าวได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาภายหลังการประกาศอิสรภาพ รวมทั้งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ตลอดจนรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ทั่วโลก

อย่างไรก็ดี โดยที่ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องหลักการแยกอำนาจในอังกฤษ ทำให้เกิดปัญหาสำคัญ คือ ระหว่างกษัตริย์ รัฐสภา หรือศาล ผู้ใดจะเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยในทางกฎหมายเป็นที่สุด ซึ่งในเรื่องนี้ปรากฏว่าศาลได้เข้ามามีบทบาทด้วย โดย Sir Edward Coke ได้พิพากษาคดียืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล ว่าเป็นกฎหมายพื้นฐานที่จำกัดอำนาจของกษัตริย์และรัฐสภา<sup>4</sup> การตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่อาจกระทำได้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคำพิพากษาของ Coke จะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครองของอังกฤษ เพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่รัฐสภาร่างขึ้น จะอ้าง Common Law

<sup>2</sup> วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2530), น. 640.

<sup>3</sup> อนันต์ชัย เลาหะพันธุ์, *ยุโรปสมัยใหม่ ค.ศ. 1492-1815*, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและหนังสือ คณะอักษรศาสตร์ มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2554), น. 273-274.

<sup>4</sup> Jean-Marie CROUZATIER, คำบรรยายหัวข้อ “ETAT DE DROIT et RULE OF LAW: existe-il des différences entre les deux notions? นิติรัฐ-นิติธรรม: มีความแตกต่างกันระหว่างสองแนวความคิดนี้หรือไม่?”, ณ ห้องประชุมปริดี พนมยงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 21 สิงหาคม 2556, แปลโดย โปรดปราน วัฒนศิริธรรม เปริการ์ต, *กฤษฎีกาสาร*, ปีที่ 9 ฉบับที่ 2 ธันวาคม 2556-มกราคม 2557, น. 24.

ปฏิเสธกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ได้ แต่ถึงกระนั้นแนวความคิดของ Coke ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้<sup>5</sup>

ต่อมา เมื่อ ค.ศ. 1885 Albert Venn Dicey นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการพัฒนาหลักนิติธรรม ได้เขียนและเผยแพร่ตำรา Introduction to the Study of the Law of the Constitution ซึ่งเป็นตำรามาตรฐานที่ต้องอ้างอิงเมื่อจะอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม โดย Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และมีเนื้อหาที่สำคัญ คือ<sup>6</sup>

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของฝ่ายบริหารอันได้แก่คณะรัฐมนตรีและฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย จะใช้อำนาจตามอำเภอใจไม่ได้ และบุคคลทั้งหลายย่อมไม่ถูกลงโทษ หากไม่ได้กระทำผิดกฎหมาย

(2) หลักบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะชนชั้นใดต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หากฝ่ายบริหารกระทำการอันขัดต่อกฎหมายย่อมถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะคณะรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิพิเศษใด ๆ เหนือกว่าราษฎร ซึ่งจากหลักข้อนี้ส่งผลให้ไม่มีศาลปกครองในอังกฤษ และจะเห็นได้ว่าแนวความคิดของ Dicey มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยไม่ได้เรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

(3) หลักสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล ซึ่งแตกต่างจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญและผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ระบบกฎหมายอังกฤษได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่ศาลพัฒนาขึ้นในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นในภาคพื้นยุโรปแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาหลักนิติธรรมในทางทฤษฎีแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดกรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภาจะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของบุคคลอย่างไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาอังกฤษจะไม่ตรากฎหมายที่ขัด

---

<sup>5</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 1*, น. 173.

<sup>6</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8 ed. (London: Macmillan, 1915), pp. 107-273.

หรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้น โดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของ รัฐบาลซึ่งเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาล สนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการ เลือกลงครั้งต่อไปย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของ ประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่าในทางการเมือง ประชาชนอังกฤษนั่นเองเป็นผู้กำหนดทิศทางของการตรา กฎหมาย ดังนั้น ในประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับใน ภูมิภาคอื่นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีตประเพณีที่รับสืบทอดกันมา และในประเทศที่สิทธิ และเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติเช่นประเทศอังกฤษนี้ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติ รัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเป็นรายมาตรา<sup>7</sup>

นอกจากนั้น จากแนวความคิดของ Dicey จะเห็นได้ว่า พัฒนาการของหลักนิติธรรมนั้นไม่ได้ อธิบายเฉพาะหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการตรากฎหมายเท่านั้น แต่ยังได้อธิบายถึง แนวความคิดในเชิงรูปแบบและเนื้อหาที่การใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย โดยกฎหมายนั้น ต้องประกอบด้วยบทบัญญัติที่ไม่ขัดหรือแย้งกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักประชาธิปไตย ทั้งนี้ แนวความคิด เรื่องหลักนิติธรรมได้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายอังกฤษภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้บังคับ Constitutional Reform Act 2005 ซึ่งได้รับรองหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยนิติธรรม (constitutional principle of the rule of law) ไว้ด้วย

สำหรับประเทศไทย แม้เป็นประเทศซึ่งใช้ระบบกฎหมาย Civil Law แต่ระบบกฎหมายไทย ก็ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมาย Common Law ค่อนข้างมาก ดังจะเห็นได้จากการบัญญัติรับรองหลัก นิติธรรมไว้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติว่า

“การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ หน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

นอกจากนั้น ระบบกฎหมายไทยยังได้บัญญัติรับรองสาระสำคัญของหลักนิติธรรมไว้ใน รัฐธรรมนูญฯ 2550 อีกหลายมาตรา เช่น การรับรองหลักบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”

โดยคณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ให้คำอธิบายหลักนิติธรรมไว้ว่า หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลัก

---

<sup>7</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 1*, น. 175.

กฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย<sup>8</sup>

อย่างไรก็ตาม นอกจากหลักนิติธรรมซึ่งระบบกฎหมายไทยได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ในสังคมไทยปัจจุบันยังได้กล่าวอ้างถึง หลักนิติรัฐควบคู่กับหลักนิติธรรมอย่างกว้างขวาง จนเกิดความสับสนว่าหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐเป็นหลักเดียวกันหรือไม่ และทั้งสองหลักนี้เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ดังนั้น เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนดังกล่าว จึงเห็นควรที่จะต้องกล่าวถึง หลักนิติรัฐไว้พอสังเขปด้วย

## 2.2 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

คำว่า นิติรัฐ เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า Rechtsstaat ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวใช้เพื่ออธิบายการจำกัดอำนาจของรัฐให้อยู่ภายในกรอบของกฎหมาย และต้องละเว้นการใช้อำนาจโดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งนี้ในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ได้แปลคำว่า Rechtsstaat ตรงตามตัวอักษร เช่น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้แปลเป็น état constitutionnel แต่ตำรากฎหมายฝรั่งเศสยุคหลัง ๆ มักแปลว่า état de droit ระบบกฎหมายอิตาลี แปลว่า Stato di diritto หรือระบบกฎหมายสเปน แปลว่า Estado de derecho เป็นต้น<sup>9</sup>

ในแง่ของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองแล้ว แนวความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง สำหรับในเยอรมัน เชื่อกันว่า Robert von Mohl ซึ่งได้ศึกษารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในเวลานั้นเป็นอย่างดี เป็นคนแรกที่น่าเอาความคิดที่ว่า การดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผลมาอธิบายอย่างเป็นระบบในตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐแห่งราชอาณาจักรเวือร์ทเทิมแบร์ก (Staatsrecht des Koenigreichs Wuerttemberg)

ต่อมา แนวความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มชัดเจนมากขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่ในยุโรปได้พัฒนาไปสู่ความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้นในแง่ของเหตุผล กล่าวคือถึงแม้ว่ากษัตริย์ยังมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็ตาม แต่การใช้อำนาจนั้นกษัตริย์ก็ต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย ซึ่งสอดคล้องกับแนวความคิดของนักคิดอย่าง Immanuel Kant ซึ่งนำเอาความคิดว่าด้วยเสรีภาพและเหตุผลมาเป็นศูนย์กลางในปรัชญาของตน ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับนิติรัฐในเวลานี้ คือ การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยนักนิติศาสตร์ผู้เรืองนามของเยอรมันอย่าง Samuel von Pufendorf และ Christian Wolff ได้อธิบายความหมายของสิทธิตามธรรมชาติ คือ สิทธิที่มนุษย์มีติดตัวมาตามธรรมชาติ

---

<sup>8</sup> คณะกรรมาธิการวิสามัญบับที่กเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (กรุงเทพมหานคร: สำนักกรรมาธิการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร), น. 2.

<sup>9</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น. 144. และ Jean-Marie CROUZATIER, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 4*, น. 21.

ก่อนมีรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต และสิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กับรัฐและไม่ขึ้นอยู่กับกฎหมายบ้านเมือง สิทธิตามธรรมชาตินี้เองที่ต่อมาจะกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

การตระหนักถึงสิทธิที่กล่าวมานี้ ทำให้ปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ได้เกิดเหตุการณ์ที่ราษฎรเรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของตนมากขึ้น จากนั้น ราวปลายศตวรรษที่ 19 แนวความคิดเรื่องนิติรัฐได้ถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positivism) ได้เจริญเฟื่องฟูขึ้น โดยสำนักกฎหมายบ้านเมือง เห็นว่า กฎหมายที่ตราขึ้น โดยผู้ทรงอำนาจตามกฎหมายถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้น หลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายบริหารต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยฝ่ายตุลาการเท่านั้น ซึ่งแม้ว่ารัฐประเภทนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่เมื่อไม่มีองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม ตำรากฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกว่า รัฐตำรวจ ผลพวงจากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดแนวความคิดเรื่องนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย กล่าวคือ เป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยมและคำนึงถึงความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบันเมื่อกล่าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา

สำหรับองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมาย หน้าที่ของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูยกกำหนดหรือที่รัฐธรรมนุยมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้ เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ เมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล โดยประกอบไปด้วยหลักการย่อยที่สำคัญได้แก่ หลักการแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

ส่วนองค์ประกอบของหลักนิติรัฐในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนุญเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการด้วยความยุติธรรมและถูกต้อง และบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนได้ เช่น สิทธิได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น เพราะถ้าพึงแต่การให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ประชาชนจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ และหลักการสำคัญ

อีกประการหนึ่ง คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปอย่างพอเหมาะพอประมาณ โดยเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม รัฐต้องเลือกเครื่องมือหรือมาตรการที่เหมาะสมที่จะทำให้วัตถุประสงค์นั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ และเป็นเครื่องมือหรือมาตรการที่จำเป็นและพอสมควรแก่เหตุ<sup>10</sup> นอกจากนี้ หลักนิติรัฐยังเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ รัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย

หากพิจารณาระบบกฎหมายไทยแล้ว แม้คำว่า หลักนิติรัฐ จะไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยชัดแจ้งเช่นเดียวกับคำว่า หลักนิติธรรม ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า ในแง่ของรูปแบบ ระบบกฎหมายไทยได้เดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐ เช่น การยอมรับหลักการแยกอำนาจตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” หรือการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” หรือการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 เป็นต้น ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ได้ให้คำอธิบายหลักนิติรัฐไว้ว่า หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat/Legal State) มาจากหลักกฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่งหมายความรวมถึงหลัก ดังต่อไปนี้<sup>11</sup>

- (1) หลักการแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ
- (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยบทบัญญัติของกฎหมาย
- (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด
- (4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน
- (5) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

---

<sup>10</sup> วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง,” *คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), น. 145-152. และ วรเจตน์ ภาคิรินทร์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, น. 162-164.

<sup>11</sup> คณะกรรมาธิการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 8*, น. 2-3.

(6) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege)

(7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

### 2.3 ความแตกต่างระหว่างหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐ

เมื่อพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐแล้ว ทั้งสองหลักต่างก็มุ่งสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายและยอมรับในหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนี้<sup>12</sup>

(1) ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย ในระบบกฎหมายอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรมนั้น กฎหมายที่ศาลใช้ตัดสินคดีมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า Common Law ซึ่งเมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีก็ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง กฎหมายในระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินคดีของผู้พิพากษาในอดีตที่ยอมรับสืบต่อกันมาด้วย

สำหรับระบบกฎหมาย Civil Law ของภาคพื้นยุโรปที่ใช้หลักนิติรัฐนั้น กฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ผู้พิพากษามีหน้าที่ปรับใช้กฎหมายเท่านั้น การตัดสินคดีของผู้พิพากษาในแต่ละคดีจึงไม่มีผลเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ ดังนั้น แนวทางการตัดสินคดีของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

(2) ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยที่ระบบกฎหมาย Common Law ในอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรมไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการประกันสิทธิดังกล่าวโดยฝ่ายตุลาการ ส่วนในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้หลักนิติรัฐนั้น การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญโดยการบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ ทำให้มีผลผูกพันทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ

(3) ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย ในอังกฤษซึ่งใช้หลักนิติธรรมถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐาธิปัตย์ รัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบในการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงไม่ต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษเป็นการควบคุมทางการเมืองไม่ใช่ทางกฎหมาย อย่างไรก็ดี กรณีของหลักนิติรัฐองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ หลายประเทศที่ยอมรับ

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*, น.176-181.



หลักนิติรัฐจึงกำหนดให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการตรา กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

(4) ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี เนื่องจากหลักนิติธรรม ถือว่าทั้งราษฎรและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลปกครองเป็นอีก ระบบศาลหนึ่ง ในขณะที่ประเทศซึ่งใช้หลักนิติรัฐมีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน จึงได้ แยกระบบศาลในการพิจารณา คือ มีศาลยุติธรรมที่ใช้ระบบกล่าวหาพิจารณาคดีตามกฎหมายเอกชน ควบคู่ ไปกับศาลปกครองที่ใช้ระบบไต่สวนพิจารณาคดีตามกฎหมายมหาชน

(5) ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแยกอำนาจ หลักนิติรัฐถือว่าหลักการแยกอำนาจ เป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญในขณะที่หลักนิติธรรมไม่ปรากฏเรื่องการแยกอำนาจ

### 3. การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

โดยที่การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ หน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ซึ่งถึงแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ทั้งรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมโดยไม่อาจปฏิเสธได้ อย่างไรก็ตาม หากกล่าวเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นองค์กรในฝ่ายบริหารที่มี หน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น การจะทำหน้าที่ดังกล่าวให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้จำเป็นต้องให้ฝ่ายบริหาร ใช้อำนาจมหาชน ซึ่งการที่ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจมหาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการในเรื่อง ต่าง ๆ และเมื่อใดก็ตามที่ใช้อำนาจมหาชนย่อมต้องมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การจัดทำ บริการสาธารณะยังมีมากเพียงใด การใช้อำนาจมหาชนก็กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากเพียงนั้น ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องตรวจสอบการตรากฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การกระทำของฝ่ายบริหารมีฐานของกฎหมายรองรับและอยู่ใน กรอบของกฎหมาย และเพื่อไม่ให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จนเกินสมควร ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวอาจเป็นการดำเนินการภายในของฝ่ายบริหารเองหรือโดยองค์กร ภายนอกก็ได้

กรณีการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น หากพิจารณาตามระบบกฎหมายไทย องค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐ คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยมาตรา 7 แห่ง พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ ดังต่อไปนี้

(1) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

(2) รับประทานให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

(3) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

สำหรับกรณีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น มาตรา 62 ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของสำนักงานไว้ดังต่อไปนี้

(1) รับผิดชอบในงานธุรการของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย และศึกษาและรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

(2) พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มีหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

(3) ช่วยเหลือและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการร่างกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ

(4) ให้ความเห็นหรือปฏิบัติงานอื่นอันเกี่ยวกับกฎหมายให้แก่หน่วยงานของรัฐ หรือตามที่รัฐบาลต่างประเทศหรือสถาบันระหว่างประเทศร้องขอ

(5) ฝึกอบรมและพัฒนาข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและเจ้าหน้าที่ของรัฐในด้านกฎหมายและการร่างกฎหมาย รวมทั้งการเผยแพร่ทำความเข้าใจในด้านกฎหมายแก่บุคคลทั่วไป

(6) ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน

(7) จัดพิมพ์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อเผยแพร่ เว้นแต่เรื่องที่เป็นความลับ

(8) จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับผลงานและอุปสรรคในการดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

(9) ศึกษาและรวบรวมข้อมูล รวมทั้งจัดให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ และงานวิจัยกฎหมายหรือวิชาอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศ เพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

โดยการจัดทำร่างกฎหมายไม่ว่าจะเป็นร่างกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ใดก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต้องดำเนินการตรวจพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ โดยต้องคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ความจำเป็น ความเป็นไปได้ และขอบเขตที่จะต้องมีกฎหมาย

(2) ความสอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น

(3) ความมีประสิทธิภาพของการจัดองค์กรและกลไกเพื่อการใช้บังคับกฎหมาย

(4) ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการ และ

(5) ภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้น

ประกอบกับการที่มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ 2540 และรัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้บัญญัติหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดเป็นหลักการว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และกำหนดให้นำหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับกับการออกกฎด้วย ดังนั้น การตรวจสอบร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามมาตรา 29 ด้วย ดังต่อไปนี้

(1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

(2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป

(3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลกระทำได้เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้

(5) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

นอกจากนี้ การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังต้องตรวจสอบความถูกต้องตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ตามระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ได้แก่

1. วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจ

1.1 วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจนั้นคืออะไร

1.2 มีความจำเป็นต้องทำภารกิจนั้นเพียงใด

1.3 เพื่อแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องใด

1.4 มาตรการที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจคืออะไร

1.5 มีทางเลือกอื่นที่จะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์เดียวกันหรือไม่

1.6 ภารกิจนั้นจะแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องนั้นได้เพียงใด

2. ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจ

2.1 รัฐควรทำเองหรือควรให้ภาคเอกชนเป็นผู้ทำ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงการคุ้มครองประชาชน ประสิทธิภาพ ต้นทุน และความคล่องตัว

2.2 ถ้ารัฐควรทำ รัฐบาลควรเป็นผู้ทำหรือควรให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ทำ

### 3. ความจำเป็นในการตรากฎหมาย

3.1 ในการทำภารกิจนั้นจำเป็นต้องมีกฎหมายออกมาบังคับหรือไม่ ถ้าไม่ตรากฎหมายจะก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการปฏิบัติภารกิจอย่างไร

3.2 ถ้าจำเป็นต้องมีกฎหมาย กฎหมายนั้นควรเป็นกฎหมายระดับชาติหรือกฎหมายระดับท้องถิ่น

3.3 ถ้าควรเป็นกฎหมายระดับชาติ จำเป็นต้องใช้บังคับพร้อมกันทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักรหรือควรทยอยใช้เป็นท้องที่ท้องที่ไปหรือเพียงบางท้องที่เท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และจะกำหนดอายุของกฎหมายไว้ด้วยได้หรือไม่

3.4 กฎหมายที่จะตราขึ้นควรใช้ระบบควบคุม ระบบกำกับ หรือระบบส่งเสริม

3.5 สภาพบังคับของกฎหมายควรกำหนดเป็น โทษทางอาญาหรือมาตรการบังคับทางปกครอง

### 4. ความซ้ำซ้อนของกฎหมาย

4.1 ในเรื่องเดียวกันหรือทำนองเดียวกันนี้มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้แล้วหรือไม่ หากมีจะสมควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงภารกิจที่จะทำหรือสมควรมีกฎหมายขึ้นใหม่

4.2 ถ้าสมควรมีกฎหมายขึ้นใหม่จะดำเนินการอย่างไรกับกฎหมายที่มีอยู่แล้ว สมควรยกเลิกปรับปรุง หรือแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกันเพียงใดหรือไม่

### 5. ภาระต่อบุคคลและความคุ้มค่า

5.1 กฎหมายที่จะตราขึ้นได้สร้างภาระหน้าที่ใดให้เกิดขึ้นแก่บุคคลบ้าง

5.2 สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดบ้างที่ต้องถูกจำกัด

5.3 การจำกัดนั้นได้จำกัดเท่าที่จำเป็นหรือไม่

5.4 ประชาชนและสังคมส่วนรวมจะได้ประโยชน์อะไรบ้าง

5.5 บทบัญญัติในกฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะปฏิบัติได้โดยไม่เกิดความยุ่งยากหรือภาระหน้าที่เกินสมควรหรือไม่

5.6 เมื่อคำนึงถึงงบประมาณที่ต้องใช้ ภาระหน้าที่ที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน และการที่ประชาชนจะต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพ เทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับแล้วจะคุ้มค่าหรือไม่

### 6. ความพร้อมของรัฐ

6.1 รัฐมีความพร้อมในด้านกำลังคน กำลังเงิน ความรู้ ที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่

6.2 มีวิธีการอย่างไรที่จะทำให้ผู้ที่จะต้องถูกกฎหมายบังคับมีความเข้าใจ มีความพร้อมและปฏิบัติตามกฎหมายอย่างยินยอมพร้อมใจ

### 7. หน่วยงานที่รับผิดชอบ

มีหน่วยงานอื่นใดที่ปฏิบัติการกิจซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ ถ้ามี สมควรยุบหน่วยงานนั้นหรือควรปรับเปลี่ยนอย่างไรหรือไม่

#### 8. วิธีการทำงานและการตรวจสอบ

8.1 ในการกำหนดวิธีการทำงานได้กำหนดให้สอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือไม่

8.2 มีระบบการตรวจสอบและคานอำนาจ และกระบวนการที่ทำให้เกิดความรวดเร็วไม่ซ้ำซ้อน และมีประสิทธิภาพอย่างไรบ้าง

#### 9. อำนาจในการตราอนุบัญญัติ

9.1 ได้กำหนดกรอบหรือมาตรการป้องกันมิให้มีการตราอนุบัญญัติที่เป็นการขยายอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรไว้เพียงใดหรือไม่

#### 10. การรับฟังความคิดเห็น

10.1 ในการร่างกฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายแสดงความคิดเห็นแล้วหรือไม่

#### 10.2 ข้อคัดค้านของผู้เกี่ยวข้องมีประการใด

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่และหลักเกณฑ์การตรวจสอบการตรากฎหมายดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการตรากฎหมายเพื่อทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารเป็นไปตามหลักนิติธรรมและสอดคล้องกับการปกครองโดยหลักนิติรัฐ กล่าวคือ อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายและมีการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยกฎหมาย ทั้งนี้ การตรวจสอบการตรากฎหมายนั้นมีลักษณะของการตรวจสอบแบบป้องกัน เนื่องจากการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งมีส่วนสำคัญที่ทำให้กฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งหลายไม่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย<sup>13</sup> และจากการตรวจสอบการตรากฎหมายดังกล่าวย่อมมีส่วนทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนอันเกิดจากข้อบกพร่องของกฎหมายมีน้อยลง เพราะหากได้ตรวจสอบร่างกฎหมายอย่างดีแล้ว ปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายเองก็ไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นน้อยมาก

สำหรับการพิจารณาร่างกฎหมายในกระบวนการชั้นนิติบัญญัติ การตรวจสอบการตรากฎหมายโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีส่วนสำคัญทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถพิจารณาและกลั่นกรองร่างกฎหมายที่เสนอ โดยฝ่ายบริหารได้รวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากเป็นที่เชื่อได้ว่า ร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารได้ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทั้งในด้านรูปแบบและด้านเนื้อหา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว และเมื่อร่างกฎหมายได้รับความ

---

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), น. 67.

เห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ฝ่ายบริหาร โดยมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2549 ยังได้กำหนดให้ ส่วนราชการและหน่วยงานเจ้าของร่างกฎหมายจัดส่งเจ้าหน้าที่ที่รับผิดชอบในเรื่องนั้น โดยตรง ตรวจสอบ ความสมบูรณ์ถูกต้องและลงลายมือชื่อรับรองร่างกฎหมายอีกครั้ง ก่อนที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี นำขึ้นทูลเกล้าฯ อันเป็นการตรวจสอบความถูกต้องของร่างกฎหมายอีกชั้นหนึ่ง

นอกจากนั้น เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กร ที่ตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นกฎหมายส่วนใหญ่ที่ใช้ในการบริหารราชการแผ่นดิน และจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ย่อมทำให้ร่างกฎหมายมีความเป็นเอกภาพทั้งในด้านโครงสร้าง เนื้อหา และ การใช้ถ้อยคำในร่างกฎหมาย อันจะทำให้กฎหมายของหน่วยงานในฝ่ายบริหารมีมาตรฐานเดียวกัน และ ทำให้กระบวนการจัดทำและตรวจพิจารณาร่างกฎหมายเป็นไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี กรณีที่การตรวจสอบร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารจะเป็นไปตามหลักนิติธรรม ได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ ต้องทำให้การปฏิบัติงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกามีความเป็นอิสระในทางวิชาการ เพื่อที่จะได้พิจารณาหลักกฎหมายและวิเคราะห์ผลกระทบ ที่เกิดขึ้นจากการเสนอร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีให้ถูกต้องเหมาะสม รวมทั้งการวางหลักกฎหมาย เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม และ โดยที่สภาพสังคมในปัจจุบัน ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ซึ่งจะต้องมีการตรากฎหมายใหม่หรือปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและสภาพของสังคม จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงองค์กรในการตรวจสอบ การตรากฎหมายให้ปฏิบัติงานได้รวดเร็วและผลิตงานกฎหมายที่มีคุณภาพเหมาะสมกับการบริหารราชการ แผ่นดิน ประกอบกับมาตรา 78 (6) ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้บัญญัติให้รัฐต้องดำเนินการให้หน่วยงาน ทางกฎหมายที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรา กฎหมายของรัฐดำเนินการอย่างเป็นอิสระ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามหลักนิติธรรม

ดังนั้น จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ เมื่อ พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดกระบวนการสรรหาให้คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ให้ความเห็น ทางกฎหมายและตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐ โดยบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการกฤษฎีกา ต้องได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการ กฤษฎีกาจะมีเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งได้รับการฝึกฝนเป็นพิเศษในทางวิชาการ ด้านนิติศาสตร์ การบริหารราชการแผ่นดิน การร่างกฎหมาย การตีความกฎหมาย และการเปรียบเทียบ กฎหมายเป็นผู้สนับสนุนในทางวิชาการให้กับคณะกรรมการกฤษฎีกา และในขณะเดียวกันได้ปรับปรุง วิธีการปฏิบัติงาน โดยนอกจากจะมีกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ยังต้องมีบุคคลที่ได้รับการฝึกฝนในด้านการ ร่างกฎหมายและการตีความกฎหมายโดยเฉพาะร่วมเป็นกรรมการประจำอีกด้วย เพื่อที่จะสามารถดำเนินงาน

ทั้งในด้านการให้ความเห็นทางกฎหมายและการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายได้อย่างสมบูรณ์ถูกต้อง มีความต่อเนื่อง และจะทำให้การปฏิบัติงานเป็นไปอย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้จัดทำนั้น กลับไม่ปรากฏว่ามีการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ดังเช่นที่คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาต้องตรวจสอบความถูกต้องของร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารตามหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นไปตามหลักนิติธรรมอย่างแท้จริงก็สมควรที่จะมีการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย และควรมีองค์กรที่เป็นอิสระในทางวิชาการและมีความเชี่ยวชาญในระดับเดียวกับคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายที่เป็น “กฎ” ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่มากนัก<sup>14</sup>

#### 4. ข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

##### 4.1 ข้อสรุป

สังคมไทยในปัจจุบันได้มีการอภิปรายเกี่ยวกับหลักนิติธรรมควบคู่ไปกับหลักนิติรัฐค่อนข้างหลากหลาย ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว หลักนิติธรรมเป็นหลักที่พัฒนามาจากประเทศอังกฤษที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law โดยสาระสำคัญของหลักนิติธรรมมุ่งเน้นในเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย หลักบุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล

สำหรับหลักนิติรัฐนั้น เป็นหลักที่พัฒนามาจากประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law โดยหลักนิติรัฐประกอบไปด้วยองค์ประกอบในทางรูปแบบ คือ มุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคลโดยอาศัยหลักการแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี และหลักการประกันสิทธิของบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ส่วนองค์ประกอบในทางเนื้อหา คือ การที่รัฐประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลโดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ และกฎหมายต้องมีความชัดเจนและแน่นอน รวมทั้งคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย

---

<sup>14</sup> ราชเลขาธิการโปรดคุณ รัชกรณ ษะอุม, “การตราขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ประกอบกับมุ่งเน้นหลักความพอสมควรแก่เหตุ ตลอดจนเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการ โดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค

อย่างไรก็ดี หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐต่างก็มีวัตถุประสงค์หรือจุดมุ่งหมายที่สอดคล้องกัน กล่าวคือ ทั้งสองหลักต่างก็มุ่งสร้างความยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายและยอมรับในหลักความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการเช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาการปกครองของประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่า ระบบกฎหมายไทยได้ยอมรับและรับรองทั้งหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐไว้ในระบบกฎหมาย ดังเช่นกรณีรัฐธรรมนูญฯ 2540 และรัฐธรรมนูญฯ 2550 ได้บัญญัติหลักการสำคัญ ๆ ของหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐไว้ในมาตราต่าง ๆ โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 และแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรดังกล่าวก็มีความผูกพันต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรมดังเช่นประเทศอื่นที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย

กล่าวเฉพาะกรณีการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ การจะทำหน้าที่ดังกล่าวให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้จำเป็นต้องที่ฝ่ายบริหารต้องใช้อำนาจมหาชน ซึ่งต้องมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจให้กระทำการ และเมื่อใดมีการใช้อำนาจมหาชนก็ย่อมต้องมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม เพื่อให้การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายบริหารมีฐานของกฎหมายรองรับและอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย และเพื่อไม่ให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจนเกินสมควร ซึ่งเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยแล้ว องค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร ก็คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีลักษณะของการตรวจสอบการตรากฎหมายเป็นแบบป้องกัน ทั้งนี้ เพื่อให้ร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นเอกภาพ ชัดเจน และไม่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม

#### 4.2 ข้อเสนอแนะ

1) โดยที่ภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายบริหารมีจำนวนมากและหลากหลาย ส่งผลให้กฎหมายของฝ่ายบริหารมีจำนวนมากตามไปด้วย แต่เนื่องจากต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพ ความชัดเจน และความแน่นอนของกฎหมายเป็นสำคัญ การตรวจสอบร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารส่วนใหญ่จึงต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้น เพื่อให้การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นไปโดยรวดเร็วและมีมาตรฐานเดียวกัน ส่วนราชการหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบร่างกฎหมายนั้น ๆ จึงควรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมายด้วยในเบื้องต้น และเพื่อให้การตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการ



ออกกฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงควรที่จะแก้ไขให้นำหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติมาใช้ในการออกกฎด้วยให้ชัดเจน

นอกจากนี้ เพื่อพัฒนาคุณภาพของกฎหมายที่เป็นกลไกการบริหารราชการแผ่นดิน จึงควรสนับสนุนให้นักกฎหมายกฤษฎีกาและนักกฎหมายของส่วนราชการหรือหน่วยงานในฝ่ายบริหารมีความรู้ความเชี่ยวชาญในการร่างกฎหมายยิ่งขึ้น ทั้งนี้ อาจต้องสร้างแรงจูงใจสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นอัตราค่าตอบแทนหรือความก้าวหน้าในสายงานโดยพิจารณาจากปริมาณงานและคุณภาพงาน

2) แม้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องมีความเป็นอิสระอย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่ก็ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม การตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎขององค์กรดังกล่าวยังคงต้องผูกพันกับหลักนิติธรรมคู่เกี่ยวกับการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม การตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติอาจถูกตรวจสอบจากฝ่ายบริหารได้ตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ หากปรากฏว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีลักษณะเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน สำหรับกรณีการออกกฎซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลก็ควรที่จะต้องมีการตรวจสอบก่อนประกาศใช้บังคับ แต่เพื่อไม่ให้มีการแทรกแซงการใช้อำนาจของรัฐสภา ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กระบวนการตรวจสอบการออกกฎขององค์กรเหล่านี้จึงต้องสอดคล้องกับสถานะที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน โดยในขั้นตอนก่อนประกาศใช้บังคับกฎนั้น ควรมิขั้นตอนการปรึกษาหารือกับองค์กรกลางที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎดังกล่าว โดยการตัดสินใจว่าสมควรจะมีกฎหรือไม่ อย่างไร และเพียงใด คงเป็นสิทธิขาดของรัฐสภา ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

สำหรับองค์กรที่จะทำหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎนั้น ควรให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐตามกฎหมายและตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐตามมาตรา 78 (6) ของรัฐธรรมนูญฯ 2550 และพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีองค์สภาพเป็นอิสระในทางวิชาการโดยประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการให้ความเห็นทางกฎหมายและการร่างกฎหมาย รวมทั้งปัจจุบันคณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐอยู่แล้ว ซึ่งไม่ได้จำกัดเฉพาะส่วนราชการหรือหน่วยงานในฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้การวินิจฉัยประเด็นข้อกฎหมายเกี่ยวกับการออกกฎทั้งของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีบรรทัดฐานเดียวกัน และไม่เป็นการแบ่งขั้วประมาณแผ่นดินที่มาจากภาษีของประชาชน จึงไม่ควรสร้างองค์กรใหม่เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับการออกกฎเป็นการเฉพาะเพิ่มขึ้นมาอีก