



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล  
(Individual Study)

การออกกฎหมายของหน่วยงานของรัฐกับหลักประชาธิปไตย :  
กรณีศึกษากฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความเห็น  
และวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕

จัดทำโดย นายลวรรณ แสงสนิท  
รหัส ๖๕๑๐๒๘

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม  
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตยรุ่นที่ ๑๐  
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ  
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# การออกกฎหมายของหน่วยงานของรัฐกับหลักประชาธิปไตย : กรณีศึกษากฎกระทรวง กำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕

นายลวรรณ แสงสนิท<sup>๑</sup>

## ๑. บทนำ

กฎเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการทางปกครองอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดไว้และการออกกฎขึ้นใช้บังคับนั้นย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและปฏิบัติเพื่อให้กฎนั้นออกมาใช้บังคับโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากกล่าวเฉพาะในเรื่องขั้นตอนของการออกกฎในส่วนที่เกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการออกกฎ การรับฟังความคิดเห็นเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นข้อพิจารณาอย่างหนึ่งตามหลักการประชาธิปไตยที่จะส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการออกกฎของหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่ถ้าวิเคราะห์จากมุมมองของเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและถือปฏิบัติเพื่อให้กฎนั้นออกมาใช้บังคับโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในอดีตที่ผ่านมาการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวไม่ใช่ข้อพิจารณาที่มีผลบังคับให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและถือปฏิบัติเป็นการทั่วไปในขั้นตอนของการออกกฎ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันนายกรัฐมนตรีนได้อาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ออกกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕ (ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๕) อันทำให้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปให้หน่วยงานของรัฐจะต้องรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการออกกฎ

การที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎดังกล่าวนี้ จึงมีผลสำคัญต่อการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในการออกกฎตามหลักการประชาธิปไตย และที่สำคัญการที่จะต้องรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎดังกล่าวนี้อาจมีผลสำคัญที่ทำให้การรับฟังความคิดเห็นตามหลักการประชาธิปไตยกลายเป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ ซึ่งหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและถือปฏิบัติเพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเห็นสมควรศึกษาและทำความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว โดยแบ่งการศึกษาและทำความเข้าใจออกเป็น ๓ ส่วน ส่วนแรก คือ การศึกษาเกี่ยวกับขั้นตอนในการออกกฎของหน่วยงานของรัฐโดยพิจารณาและศึกษาจากเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ส่วนที่สอง คือ การศึกษาเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย

<sup>๑</sup> ศบ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, M.S. (Economic Policy and Planning) Northeastern University, U.S.A., อธิบดีกรมสรรพากร

ซึ่งจะได้พิจารณาและศึกษาในกรณีการรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎตามกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕ และส่วนที่สาม คือ การศึกษาเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎในแง่ความสัมพันธ์กับการกำหนดให้รับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎ

## ๒. การออกกฎของหน่วยงานของรัฐ : ข้อพิจารณาในด้านเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในการออกกฎขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

“กฎ” เป็นบทบัญญัติหรือข้อความเป็นข้อ ๆ ในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่น ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะที่เป็นนามธรรม (abstract) ที่ใช้บังคับครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก และมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลเป็นการทั่วไป (general) ไม่เจาะจงบุคคลที่อยู่ในบังคับเป็นการเฉพาะ กฎดังกล่าวนี้เป็นผลิตผลของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐที่มักจะเรียกกันในหลักวิชาการทางกฎหมายปกครองว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” (ในหัวข้อนี้จะใช้คำว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” แทนคำว่า “หน่วยงานของรัฐ” เพื่อให้การใช้ถ้อยคำในหัวข้อนี้สอดคล้องกับถ้อยคำที่มักจะใช้อยู่ในหลักวิชาการทางกฎหมายปกครอง) กฎจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของ “การกระทำทางปกครอง” ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินการทางปกครอง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ต่างก็ให้นิยามของ “กฎ” ไว้ในทำนองเดียวกัน คือ กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

กฎซึ่งเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายนั้น เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อาจมีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลไม่มากนักน้อย ดังนั้น การออกกฎจึงย่อมอยู่ในบังคับของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative Actions) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) หรือหลักนิติรัฐ (Legal state Principle) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีความหมายว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการที่เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายใด

ให้อำนาจไว้เลยก็ดี กระทำการดังกล่าวโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด (ultra vires) หรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ดี ต้องถือว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” (source) และ “ข้อจำกัด” (limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมถึงการเป็นทั้งแหล่งที่มาและข้อจำกัดของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมายในการกระทำการที่มีลักษณะเป็น “กฎ” ด้วย

เมื่อพิเคราะห์ถึงกฎหมาย (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด) ฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎ และเมื่อพิเคราะห์ถึงกฎหมาย (พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด) ฉบับอื่น ๆ รัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นข้อจำกัดอำนาจในการออกกฎโดยตลอดแล้ว จะพบว่า กฎหมายเหล่านี้ได้วางเงื่อนไขในการออกกฎไว้มากมาย เงื่อนไขต่าง ๆ ที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นในเวลาทีออกกฎหมายนี้ เรียกว่า “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ” กฎที่ออกโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งที่กฎหมายกำหนดไว้ย่อมเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ คือ อาจตกเป็นโมฆะซึ่งในทางกฎหมายถือว่าไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น หรืออาจเป็นเหตุให้องค์กรที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนเสียได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับระดับของความร้ายแรง และขีดแจ้งของการฝ่าฝืนเงื่อนไขนั้นว่าจะมีมากน้อยเพียงใด ด้วยเหตุนี้ การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการออกกฎที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคล องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ เพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

ทั้งนี้ เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามดังกล่าว อาจแบ่งออกได้เป็น ๒ ประเภท ได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎ และเงื่อนไขเกี่ยวกับชอบอำนาจออกกฎ โดยเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎเช่นว่านี้มีสาระสำคัญเช่นเดียวกับสาระสำคัญของเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพียงแต่เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บางประการ ไม่น่าจะนำมาใช้บังคับกับการออกกฎได้

สาระสำคัญเกี่ยวกับเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ อาจกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

(๑) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎ

เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎ ประกอบด้วยเงื่อนไข ๓ ประการ ดังนี้

(๑.๑) เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎ

เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎ มีสาระสำคัญ ๒ ประการ ได้แก่

ประการที่หนึ่ง เจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎหมายใช้บังคับในเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องเป็นเจ้าหน้าที่หรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายในเรื่องนั้น

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องต่าง ๆ จะต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย (legal existence) ในเวลาที่ยกกฎหมาย และได้ทำการออกกฎหมายโดยปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ กรณีที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ออกกฎหมาย บุคคลที่ทำการออกกฎหมายในเรื่องใด จะต้องได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายในเรื่องนั้น และบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมาย ต้องทำการออกกฎหมายในเรื่องนั้นในระหว่างเวลาที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ส่วนกรณีคณะกรรมการเป็นผู้ออกกฎหมาย คณะกรรมการที่ออกกฎหมายในเรื่องใดจะต้องมีองค์ประกอบครบจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียก่อนจึงจะทำการออกกฎหมายในเรื่องนั้นได้ การใช้อำนาจออกกฎหมายของคณะกรรมการจะต้องกระทำโดยที่ประชุมคณะกรรมการ การประชุมต้องมีกรรมการมาประชุมครบองค์ประชุม และการลงมติของคณะกรรมการต้องมีคะแนนเสียงครบจำนวนที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม สำหรับหลักความเป็นกลางหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ไม่น่าจะนำมาใช้บังคับกับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งหรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายได้ เนื่องจากบุคคลเหล่านี้อาจอยู่ในบังคับของกฎหมายด้วยก็ได้ แต่กระนั้นข้อเท็จจริงที่กฎหมายออกโดยผู้ดำรงตำแหน่งที่มีส่วนได้เสียในผลบังคับของกฎหมายหรือโดยที่ประชุมคณะกรรมการ ซึ่งกรรมการที่มีส่วนได้เสียในผลบังคับของกฎหมายเข้าร่วมประชุมด้วยอาจแสดงให้เห็นได้ว่า มีการใช้อำนาจออกกฎหมายเพื่อประโยชน์เอกชนซึ่งอาจเป็นประโยชน์ส่วนตัวของผู้ดำรงตำแหน่งนั้นหรือกรรมการในคณะกรรมการคณะนั้น ในกรณีเช่นนี้ถือว่าผู้ดำรงตำแหน่งหรือคณะกรรมการคณะนั้นออกกฎหมายใช้บังคับโดยไม่สุจริตและเป็นเหตุให้กฎหมายไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๑.๒) เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎหมาย

เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎหมายที่สำคัญ ๆ ได้แก่

๑.๒.๑ การริเริ่มออกคำสั่งทางปกครอง

โดยปกติทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ สามารถริเริ่มใช้อำนาจออกกฎหมายได้เอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกกฎหมายในบางเรื่องบัญญัติว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายจะริเริ่มใช้อำนาจออกกฎหมายด้วยตนเองไม่ได้ จะต้องรอให้เจ้าหน้าที่อื่นเสนอแนะหรือให้คำแนะนำเสียก่อนจึงจะออกกฎหมายได้

๑.๒.๒ การอนุมัติหรือการให้ความเห็นชอบให้ออกกฎหมาย

กฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจออกกฎหมายบางเรื่องบัญญัติบังคับให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมาย ต้องเสนอร่างกฎหมายที่แสดงออกถึงความตั้งใจหรือความประสงค์ที่จะออกกฎหมายใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่อื่นพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบเสียก่อน ต่อเมื่อได้รับการอนุมัติหรือความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่นั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ออกกฎหมายจึงจะออกคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับตามความตั้งใจหรือความประสงค์ของตนได้ เช่น กรณีที่ถือกันว่ามีกฎหมายจารีตประเพณี (ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร) ที่กำหนดว่า การที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงซึ่งเป็นผู้รักษาการตาม

พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงที่จะออกโดยอาศัยอำนาจตามความในบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับนั้นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบก่อน ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบแล้ว นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงจะลงนามใช้กฎกระทรวงและดำเนินการให้ประกาศกฎกระทรวงในราชกิจจานุเบกษาได้ เป็นต้น

๑.๒.๓ การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากกฎ

การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากกฎนี้ ไม่อาจนำหลักการรับฟังคู่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาใช้บังคับได้ การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากกฎที่จะออกมาใช้บังคับจะกระทำได้ก็แต่โดยวิธีการที่เรียกว่า “การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ (Public Hearing or Public Inquiry) เท่านั้น และจะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนเช่นว่านี้ก็เฉพาะแต่ในกรณีที่กฎหมายแม่บทหรือรัฐธรรมนูญบังคับไว้เท่านั้น

(๑.๓) เจื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของกฎ

กฎเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับบุคคลโดยไม่เฉพาะเจาะจง คือ ใช้เป็นการทั่วไปกับบุคคลโดยไม่จำกัดจำนวน และกฎเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่งเป็นการเฉพาะ คือ เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมอันครอบคลุมข้อเท็จจริงจำนวนมาก ดังนั้น แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดว่ากฎจะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นหนังสือ แต่โดยเหตุผลของเรื่องจึงบังคับอยู่ในตัวเองว่า การออกกฎจะต้องทำเป็นหนังสือหรือทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นหนังสือเท่านั้น แต่ไม่จำเป็นต้องแสดงหรือระบุเหตุผลไว้ในตัวกฎเหมือนดังที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติบังคับไว้สำหรับการทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือ

(๒) เจื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจออกกฎ

เจื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎ โดยปกติแล้วประกอบด้วยเจื่อนไข ๒ ประการ ดังนี้

(๒.๑) เจื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎ

วัตถุประสงค์ของกฎ คือ ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการหรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการหรืออนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เจื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

(๒.๑.๑) วัตถุประสงค์ของกฎต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้

(๒.๑.๒) วัตถุประสงค์ของกฎต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย โดยกฎหมายในที่นี้หมายถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดฉบับอื่นที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ออกกฎนั้น รัฐธรรมนูญ กฎหมายประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงกฎที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎนั้นหรือเจ้าหน้าที่อื่นออกมามีใช้บังคับ

(๒.๒) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกกฎ

เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกกฎ มีสาระสำคัญ ๒ ประการ ดังนี้

(๒.๒.๑) เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกกฎเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

(๒.๒.๒) เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจออกกฎเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกกฎดังกล่าวเท่านั้น

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกกฎบางฉบับอาจบัญญัติไว้ด้วยว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎมาใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้เกิดขึ้น ในกรณีเช่นนี้เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจออกกฎก็จะประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการ โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกกฎเพิ่มขึ้นมาอีกประการหนึ่งด้วย

### **๓. การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย : กรณีการรับฟังความคิดเห็นก่อนการออก “กฎ” ตามกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕**

ประเทศไทยปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งในทางทฤษฎี ประชาชนถือเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” และในทางกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศก็บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย แต่ในความเป็นจริง ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองโดยผ่านการใช้สิทธิเลือกตั้งผู้แทนราษฎรเพียงไม่กี่นาทีเท่านั้น ในขณะที่การมีส่วนร่วมของประชาชนนั้นถือเป็นหัวใจสำคัญของคุณภาพประชาธิปไตย

ภายหลังเหตุการณ์เดือนพฤษภาคม ๒๕๓๕ จนกระทั่งปัจจุบัน การมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครอง เป็นเรื่องที่มีความตื่นตัวในสังคมไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีบทบัญญัติและเจตนารมณ์ที่ต้องการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้นนอกจากการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครองเช่นเดิม อีกทั้งยังได้กำหนดกลไกและมาตรการต่าง ๆ เพิ่มขึ้นเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชน และเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการเมืองการปกครองอย่างต่อเนื่องสืบกันมา ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าประเทศไทยยอมรับในหลักการของประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) เพื่อให้เป็นกลไกหรือมาตรการเพื่ออุดช่องว่างของประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) ที่ล้มลุกคลุกคลานมาตลอด

การให้ความหมายกับ “การมีส่วนร่วมของประชาชน” นั้น อาจแตกต่างกันได้ตามบริบททางสังคมและการเมือง ทั้งนี้ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลวดี บุรีกุล กล่าวถึงการมีส่วนร่วมในระบบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมว่า เป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงทัศนะและมีส่วนในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ที่จะส่งผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนเอง นอกจากจะช่วยให้การตัดสินใจของผู้เสนอโครงการหรือรัฐบาลมีความรอบคอบ และสอดคล้องกับปัญหาและความต้องการของประชาชนมากยิ่งขึ้นแล้ว ยังเป็นการควบคุมการบริหารงานของรัฐบาลให้มีความโปร่งใส (transparency) ตอบสนองต่อปัญหาและความต้องการของประชาชน (responsiveness) และมีความรับผิดชอบหรือสามารถตอบคำถามของประชาชนได้ (accountability) ซึ่งเท่ากับเป็นการส่งเสริมการปกครองระบอบประชาธิปไตยให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้นอีกด้วย ซึ่งจากความหมายหรือข้อความที่กล่าวถึง “การมีส่วนร่วมของประชาชน” เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า การให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ ที่จะส่งผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของตน หรือที่เรียกว่า “การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน” เป็นหัวใจสำคัญของหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy)

การตรากฎหมายหรือการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นบังคับใช้ในบ้านเมือง นับได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งที่มีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพหรือที่ให้อำนาจแก่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องเป็นการตรากฎหมายตามหลักการประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของปวงชนชาวไทย หรือเป็นพระราชกำหนดที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจและเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งความมีผลหรือไม่มีผลบังคับต่อไปของพระราชกำหนดขึ้นอยู่กับการอนุมัติของรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของปวงชนชาวไทย นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งใช้บังคับในปัจจุบัน ยังได้กำหนดหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในขั้นตอนก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับไว้ในมาตรา ๗๗ วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญฯ โดยกำหนดให้ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน บทบัญญัติดังกล่าวนี้ นับได้ว่าเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมในกระบวนการตรากฎหมายทางนิติบัญญัติ ซึ่งต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (ทำหน้าที่รัฐสภาในขณะนั้น) ได้ตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒” โดยในมาตรา ๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้บัญญัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐไว้ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา ๗๗ วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ โดยบัญญัติให้ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็น



ระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

อย่างไรก็ตาม สำหรับการออกกฎหมายที่มีผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนนั้น การออกกฎหมายต้องเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจออกกฎหมายขึ้นตามหลักการประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน การออกกฎหมายขึ้นบังคับใช้ในบ้านเมืองโดยใช้อำนาจตามกฎหมายเช่นว่านั้น ก็ย่อมมีความชอบธรรมตามหลักการประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนด้วย และหากวิเคราะห์ในหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมายแล้ว แต่เดิมก็ได้มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกลางที่กำหนดเป็นหลักการอันเป็นมาตรฐานกลางที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไปว่า ก่อนการออกกฎหมายของหน่วยงานของรัฐจะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนแต่อย่างใด การที่หน่วยงานของรัฐจะรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการออกกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายแม่บทอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจในการออกกฎหมายกำหนดบังคับให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนจะออกกฎหมายหรือไม่ ถ้ามีกฎหมายบังคับไว้ จึงต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนออกกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อสถานการณ์บัญญัติแห่งชาติ (ทำหน้าที่รัฐสภา) ได้ตรา “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒” ขึ้นใช้บังคับ บทบัญญัติมาตรา ๕ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้บัญญัติว่า “ความในมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่การจัดทำร่างกฎหมายที่กำหนดในกฎกระทรวงด้วยโดยอนุโลม” ดังนั้น ถ้ามีการออกกฎกระทรวงกำหนด “ร่างกฎหมาย” โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๕ วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็จะต้องนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา ๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ มาใช้บังคับกับการจัดทำ “ร่างกฎหมาย” ที่กำหนดนั้นโดยอนุโลม กล่าวคือ ในการจัดทำ “ร่างกฎหมาย” ก่อนออกกฎหมายนั้น ๆ หน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการออกกฎหมายทุกขั้นตอน อย่างไรก็ตาม ในวาระเริ่มแรกที่พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ เริ่มมีผลใช้บังคับนั้น ยังไม่มีการตรากฎกระทรวงกำหนดร่างกฎหมายเช่นนั้น หลักการมีส่วนร่วมของประชาชนจึงยังมิได้มีผลใช้บังคับในขั้นตอนก่อนการออกกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมา คณะกรรมการพัฒนากฎหมายตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑๓ กันยายน ๒๕๖๔ เห็นสมควรเสนอแนะให้มีการออกอนุบัญญัติตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อให้หน่วยงานของรัฐจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบก่อนการออกกฎหมาย และมีมติให้ฝ่ายเลขานุการนำร่างอนุบัญญัติดังกล่าวไปรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและประชาชน รวมทั้งทำการวิเคราะห์ผลกระทบของร่างอนุบัญญัติดังกล่าวด้วย จนกระทั่งคณะกรรมการพัฒนากฎหมายในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑๓ ธันวาคม ๒๕๖๔ มีมติเห็นชอบร่างอนุบัญญัติออกตามความในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งรวมถึงการให้ความเห็นชอบกับ

ร่างกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. .... ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบก่อนการออกกฎ ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการออกกฎที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อพัฒนาคุณภาพของกฎให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็น สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเสนอคณะรัฐมนตรีให้เห็นชอบร่างกฎกระทรวงดังกล่าว โดยร่างกฎกระทรวงฉบับนี้มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้ร่างกฎที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นร่างกฎที่ต้องดำเนินการตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายฯ คือ จะต้องมีการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการออกกฎทุกขั้นตอน

(๑) ร่างกฎที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการขออนุญาต ขออนุมัติ ขอความเห็นชอบ จดทะเบียน ขึ้นทะเบียน แจ้งขอประทานบัตร ขออาชญาบัตร

(๒) ร่างกฎที่กำหนดให้ประชาชนต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง ในการประกอบอาชีพหรือดำรงชีวิตของประชาชน หรือในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ หรือยื่นเอกสารใด ๆ ให้หน่วยงานของรัฐ บรรดาที่มีใช้ร่างกฎตาม (๑)

ทั้งนี้ ยกเว้นร่างกฎเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ร่างกฎที่มีได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับประชาชน ร่างกฎที่จำเป็นต้องตราขึ้นโดยรีบด่วนเพื่อประโยชน์สำคัญของประเทศ เกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และร่างกฎอื่นที่ไม่มีผลกระทบต่อประชาชน ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๑ มีนาคม ๒๕๖๕ เห็นชอบร่างกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. .... ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ และนายกรัฐมนตรีได้ลงนามในร่างกฎกระทรวงดังกล่าว และได้มีการนำ “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” นั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๖๕ โดยกฎกระทรวงนี้จะเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนด ๑๘๐ วันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป กล่าวคือ จะเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๖๕ ดังนั้น ตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป ก่อนการออกกฎที่มีลักษณะหรือประเภทตามที่กฎกระทรวงดังกล่าวกำหนดไว้ หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการออกกฎทุกขั้นตอน ด้วยเหตุนี้ การมีผลใช้บังคับของกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕ ตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป จึงนับได้ว่าเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมในการออกกฎ (ในกระบวนการทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อย่างเป็น

รูปธรรมในประเทศไทย ซึ่งจะเป็นการพัฒนาคุณภาพของกฎให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่าที่จำเป็นและไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชนเกินสมควร

**๔. ขั้นตอนของการออกกฎตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ กับ การกำหนดให้รับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎตามหลักประชาธิปไตย (ตามกฎหมายกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕)**

การที่หน่วยงานของรัฐ (โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่าง ๆ ) จะกระทำการออกกฎให้ชอบด้วยกฎหมายนั้น หน่วยงานของรัฐต้องกระทำการหรือถือปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ การออกกฎที่ไม่ได้กระทำการหรือปฏิบัติอย่างถูกต้องและครบถ้วนตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจเป็นเหตุให้องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองพิพากษาและสั่งให้เพิกถอนกฎนั้นเสียได้ ดังที่ปรากฏในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๕๒ ซึ่งบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งบัญญัติให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำสั่งสั่งให้เพิกถอนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) โดยศาลมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีการออกกฎโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ผู้ออกกฎ คือ การกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ ส่วนการออกกฎโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎ คือ การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น สำหรับการออกกฎโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของกฎ คือ การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ส่วนการออกกฎโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจออกกฎหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎ คือ การกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และสำหรับการออกกฎโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออกกฎ คือ การกระทำโดยไม่สุจริตหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ แล้วแต่กรณี

ดังนั้นหากกล่าวเฉพาะเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎ (ซึ่งก็คือการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้

สำหรับการกระทำนั้น ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒) ย่อมเห็นได้ว่า การออกกฎโดยฝ่ายอื่นเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎถือเป็นเหตุที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งที่ทำให้กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หากถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองก็ย่อมถูกพิพากษาสั่งให้เพิกถอนโดยศาลปกครองได้ ด้วยเหตุนี้ หน่วยงานของรัฐ (โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) จึงต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายในเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งรวมถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนการออกกฎเพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ด้วย เมื่อพิจารณาเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นเมื่อ “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม ๒๕๖๕ แล้ว จะพบว่า กฎกระทรวงฉบับนี้จะมีผลทางกฎหมายที่ทำให้ก่อนที่หน่วยงานของรัฐจะออก “กฎที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการขออนุญาต ขออนุมัติขอความเห็นชอบ จดทะเบียน ขึ้นทะเบียน แจ้งขอประทานบัตร ขออนุญาต” หรือ “กฎที่กำหนดให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามใดอย่างหนึ่ง หรือโดยวิธีการใดวิธีการหนึ่งในการประกอบอาชีพหรือดำรงชีวิตของประชาชน หรือในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ หรือยื่นเอกสารใด ๆ ให้หน่วยงานของรัฐ” (ยกเว้นกฎเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ กฎที่มีได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับประชาชน กฎที่จำเป็นต้องตราขึ้นโดยรีบด่วนเพื่อประโยชน์สำคัญของประเทศเกี่ยวกับความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และกฎอื่นที่ไม่มีผลกระทบต่อประชาชน) หน่วยงานของรัฐจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการออกกฎทุกขั้นตอน

ด้วยเหตุนี้ ผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นเมื่อกฎกระทรวงฉบับนี้เริ่มมีผลใช้บังคับ ก็คือการกำหนดขั้นตอนที่จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการออกกฎขึ้นในระบบกฎหมายไทย และมีผลใช้บังคับกับการออกกฎของหน่วยงานของรัฐเป็นการทั่วไป มิได้ใช้บังคับแก่กรณีการออกกฎในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยมีค่าบังคับจากผลของมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ การที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวนี้ขึ้นในขั้นตอนของการออกกฎ จึงย่อมถือได้ว่า การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการออกกฎเช่นว่านี้ได้กลายเป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎที่เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออกกฎแล้ว เพราะการกำหนดขั้นตอนให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้เกี่ยวข้องนี้ย่อมถือเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายได้กำหนดไว้สำหรับการกระทำที่เป็นการออกกฎ ดังนั้น การออกกฎตามประเภทหรือลักษณะที่อยู่ในบังคับของกฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕ ที่ไม่ได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎอย่างรอบด้านและเป็นระบบรวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการ

พิจารณาในกระบวนการออกกฎหมายทุกขั้นตอน จึงอาจถือเป็นเหตุให้องค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองพิพากษาและสั่งให้เพิกถอนกฎนั้นได้ หากศาลเห็นว่าการออกกฎนั้นโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

ผลของการออก “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” นั้น จึงไม่ได้ได้เพียงเป็นการส่งเสริมและสนับสนุน “หลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม” ในการออกกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น แต่ในอีกด้านหนึ่งที่ควบคู่กัน ผลของการออก “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” นั้น ก็เป็นการยกสถานะของขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎหมายให้มีสถานะเป็น “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมาย” หน่วยงานของรัฐ (โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง) จึงต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้เพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ด้วย

## ๕. บทสรุป

การออกกฎหมายของหน่วยงานของรัฐเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมาย เดิมการรับฟังความคิดเห็นก่อนการออกกฎหมายซึ่งเป็นกระบวนการตามหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมาย เว้นเสียแต่จะมีกฎหมายกำหนดไว้ แต่โดยผลของ “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๕ นอกจากจะเป็นการส่งเสริมกระบวนการตามหลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมในการออกกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ โดยหน่วยงานของรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นแก่ประชาชน และนำผลนั้นมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการออกกฎหมายทุกขั้นตอนแล้ว “กฎกระทรวงกำหนดร่างกฎที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ พ.ศ. ๒๕๖๕” นี้ยังมีผลทำให้กระบวนการรับฟังความคิดเห็นเช่นนั้นที่มีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎหมายด้วย โดยหน่วยงานของรัฐต้องเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวนี้เพื่อให้กฎที่ออกมาใช้บังคับนั้นชอบด้วยกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องที่เป็นกระบวนการตาม “หลักการประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม” จึงมีสถานะเป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพและถือปฏิบัติภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นส่วนหนึ่งของ “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ”

**บรรณานุกรม**

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ. “การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการนโยบายสาธารณะ.”

รายงานการศึกษา เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, ๒๕๕๒.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, ๒๕๕๔.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๖๒.