

สถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติ¹

สิทธิกร ศักดิ์แสง²

■ บทนำ

ท่ามกลางการวิพากษ์ถึงสถานะความสมบูรณ์ของกฎหมายนั้นมีความแน่นอนหรือไม่ หรือกฎหมายนั้นเปลี่ยนแปลงไปได้ตามสถานการณ์บ้านเมือง ดังเช่นในสถานการณ์การยึดอำนาจการปกครองรัฐโดยการใช้อำนาจทางออกกฎหมายที่บังคับแก่ประชาชนภายในรัฐที่เรียกว่า “ประกาศของคณะปฏิวัติ” นั้น เป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายที่สมบูรณ์หรือไม่ (เป็นกฎหมายที่แท้จริง) และมีสถานะทางกฎหมายที่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมายในระดับใด ยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ในสังคมไทยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน ซึ่งในที่นี่ผู้เขียนขอวิเคราะห์ถึงแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติตามสภาพข้อเท็จจริงที่มันเกิดขึ้นในสังคมไทย มิได้เขียนขึ้นมาเพื่อสนับสนุนรับรองอำนาจการกระทำของคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารแต่อย่างใด

¹ บทความนี้ได้รับพิจารณาให้เสนอผลงานวิชาการในการสัมมนาทางวิชาการเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมครั้งที่ ๑ ของสำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2551 วันที่ 1 พฤษภาคม 2551 ณ โรงแรมรามาริเด้นส์ ถนนวิภาวดีรังสิต กรุงเทพมหานคร และผู้เขียนได้ปรับปรุงเนื้อหาตามอาจารย์ผู้วิพากษ์ผลงาน

² อาจารย์ประจำ กรรมการและเลขานุการบริหารหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยดาบิ สุราษฎร์ธานี

- นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุราษฎร์ธานี

- นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยสุราษฎร์ธานี

■ **ความหมายแหล่งที่มาอันเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law)**

แหล่งที่มาอันเป็นบ่อเกิดของกฎหมายมีความหมาย 2 นัย คือ^๑

1. **ในแง่การจัดทำ (Material Sources of Law)**

ในแง่การจัดทำที่เป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย หมายถึงสิ่งที่บัญญัติกฎหมายโดยรัฐอธิปไตย^๒ (Sovereign) มีอำนาจหน้าที่บัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่ประชาชน โดยนำกฎเกณฑ์หรือขนบธรรมเนียมประเพณีแต่เดิมที่ไม่เคยใช้อำนาจรัฐบังคับมาเขียนไว้ในกฎหมายเพื่อที่จะได้อำนาจรัฐบังคับได้ เช่น กฎเกณฑ์ที่เป็นสมัยนิยมอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติของมนุษย์ในสังคมประเภทหนึ่ง ผู้ที่บัญญัติกฎหมายได้ไปหาสิ่งต่าง ๆ ที่มีอยู่ในสังคมนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายหรือการสร้าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม^๓

แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในแง่มุมนี้คือ บ่อเกิดหรือที่มาในแง่ของการจัดทำกฎหมายโดยผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายของรัฐหรือของสังคมได้นำข้อบังคับ เช่น ข้อบังคับทางศาสนา หลักศีลธรรมจรรยา ขนบธรรมเนียมประเพณีหรือหลักประโยชน์สาธารณะกับหลักสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เหมาะสมที่ควรมาบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

2. **ในแง่การใช้กฎหมาย (Formal Sources of Law)**

ในแง่การใช้กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในแง่ของการใช้กฎหมายกล่าวคือ เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างบุคคล 2 ฝ่าย และคดีขึ้นสู่ศาล ศาลจะนำกฎหมายจากที่ใดมาใช้พิพากษาคดีซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญ เพราะการดำรงชีวิตของมนุษย์ในสังคมถูกควบคุมโดยหลักเกณฑ์หลากหลายมากถูกควบคุมโดยหลักศีลธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี กฎมรยาต สมัยนิยมและกฎหมาย แต่เมื่อมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาล ศาลต้องนำกฎหมายพิพากษาคดี ไม่ใช่ นำหลักศีลธรรม หรือกฎมรยาตมาพิพากษาคดี ดังนั้นจึงเกิดปัญหาว่าศาลจะนำกฎหมายพิพากษาคดี หรือศาลรู้ได้อย่างไรว่ากฎเกณฑ์ที่ควบคุมแบบแผนความประพฤติของคนในสังคมซึ่งมีอยู่มากมายนั้นกฎเกณฑ์ลักษณะใดบ้างเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาใช้พิพากษาคดีได้ และกฎเกณฑ์ลักษณะใดบ้างที่ไม่ถือเป็นกฎหมายและไม่สามารถนำมาใช้พิพากษาคดีได้ ศาลอาจจะนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด มาพิพากษาคดีก็ได้ แต่จะนำกฎเกณฑ์จากพระไตรปิฎกมาพิพากษาคดีไม่ได้

^๑ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ “คำบรรยายวิชาทฤษฎีหลักกฎหมายมหาชน” ในชั้นปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยสุโขทัยธำมาศ ปีการศึกษา 1/2540 (ถอดเทปคำบรรยาย) อ้างใน โกเมศ ชวัลสมิต์และสิทธิกร สักดิ์แสง “การศึกษานวนใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549 หน้า 48

^๒ รัฐอธิปไตยในแง่นี้ หมายถึง ผู้มีอำนาจปกครองในนามรัฐซึ่งได้อำนาจปกครองตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ คือ มาจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งจากประชาชนเข้าไปใช้อำนาจปกครองรัฐซึ่งอาจเป็นรัฐสภาหรือฝ่ายบริหารที่มีอำนาจหน้าที่บัญญัติกฎหมาย กับที่ได้อำนาจปกครองจนกวีทางรัฐธรรมนูญ คือ การใช้กำลังยึดอำนาจหรือเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองโดยการปฏิวัติหรือรัฐประหาร

^๓ การสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมนั้น บางตำราเรียกว่า “กฎหมายเทคนิค” (Technical Law) คือ เมื่อสังคมเจริญขึ้น การติดต่อระหว่างคนในสังคมมากขึ้นและใกล้ชิดยิ่งขึ้น ชับซ้อนยิ่งขึ้น เครื่องมือเครื่องใช้การดำรงชีวิตก็มีมากขึ้น ความขัดแย้งในสังคมก็มีมากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีไม่เพียงพอ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นซึ่งไม่จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับศีลธรรม อ้างใน ปรีดี เชนมกรวิทย์ “นิติปรัชญา” พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ ครั้งที่ 2, 2531 หน้า 312

วัตถุประสงค์ในการศึกษาแหล่งที่มาหรือ บ่อเกิดของกฎหมาย เพื่อศึกษาถึงกระบวนการ หรือวิธีการที่กำหนดกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็น กฎหมายและสามารถนำมาใช้พิพากษาคดีได้ หรือแม้กระทั่งกระบวนการหรือวิธีการที่กำหนด กฎเกณฑ์ที่ยังดกเถิกกันว่ามิใช่สถานะเป็นกฎหมาย อันสมบูรณ์หรือไม่และศาลนำมาใช้พิพากษาคดี ได้ทุกเรื่องได้หรือไม่ดังนั้นกฎหมายที่ถูกกำหนด ขึ้นด้วยกระบวนการหรือวิธีการต่าง ๆ อาจมีได้ 3 วิธีใหญ่ ๆ คือ⁶

1. กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้น หรือประกาศใช้โดยองค์กรของรัฐซึ่งได้รับการจัด ตั้งขึ้นตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ

กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือ ประกาศใช้โดยองค์กรของรัฐซึ่งได้รับการจัดตั้ง ขึ้นตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ เพื่อทำหน้าที่ตรา กฎหมายออกมาใช้บังคับโดยเฉพาะ อันเรียกว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Enacted Law) ซึ่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยองค์กรของรัฐ ดังกล่าวมักจะบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร⁷ ไม่มีการบัญญัติกฎหมายด้วยวาจา โดยประกาศ โฆษณาให้ประชาชนทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นจึงเรียกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Written Law)

2. กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือ ประกาศใช้โดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร นอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ

กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือ ประกาศใช้โดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นการกระทำนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจ ออกประกาศหรือคำสั่งมาใช้บังคับเป็นลายลักษณ์ อักษรในฐานะรัฐอธิปัตย์ (Sovereign) (องค์กร ที่มีอำนาจสูงสุดในขณะนั้น) แล้วต่อมาประกาศ หรือคำสั่งนั้นได้มีกฎหมายมารองรับว่าชอบด้วย กฎหมาย

3. กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้น หรือประกาศใช้โดยขบวนการอื่น ๆ

กระบวนการหรือวิธีการที่กำหนดขึ้นหรือ ประกาศใช้โดยขบวนการอื่น ๆ ที่ไม่ได้เกิดขึ้นหรือ ประกาศใช้โดยองค์กรของรัฐ อันเรียกว่ากฎหมาย ที่มีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) ซึ่งก็คือกฎหมายจารีตประเพณีหลักกฎหมาย ทั่วไปและคำพิพากษาของศาล (แต่ในที่นี้ขอยุติวิเคราะห ์ที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น)

⁶ โทเมศ ชวัญเมืองและสิทธิกร ศักดิ์แสง “การศึกษาแนวใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549 หน้า 44

⁷ สำหรับประเทศไทยนั้นกฎหมายใช้ได้ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แล้วก็ต้องดูว่า กฎหมายนั้นจะบังคับได้เมื่อใด ซึ่งปกติแล้วพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา ข้อความดังกล่าวจะปรากฏอยู่ในมาตรา 2 ของกฎหมายนั้น เช่น ในพระราชบัญญัติพนักงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2535 “มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป” เป็นต้น

แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรหรือบรรดากฎเกณฑ์ต่างๆ ที่รัฐอธิปไตย (Sovereign) ตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและประกาศใช้บังคับแก่ราษฎรมีอยู่หลายรูปแบบ ในกรณีของไทยสามารถจำแนกแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร^๑ ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ (Constitution) เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ควบคู่กับอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) เพราะถ้าไม่มีผู้จัดทำมีก็ย่อมไม่มีผู้จัดทำ ดังนั้นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญสามารถแยกประเภทผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญโดยยึดหลักจำนวน และสถานะของผู้จัดทำ

2. แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติ

แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัตินั้นจะแยกได้ 2 ลักษณะ คือ กฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติกับกฎหมายที่ตราโดยองค์กรบริหารบัญญัติ ดังนี้

1) กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ

กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรนิติบัญญัติของไทยประกอบด้วยพระมหากษัตริย์และรัฐสภาารวมกัน ซึ่งหมายความว่าพระมหากษัตริย์ และรัฐสภาจะต้องฟ้องต่อกันให้ร่างกฎหมายออกมาใช้บังคับซึ่งได้แก่กฎหมายดังต่อไปนี้^๒

(1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์ที่ออกมาขยายรายละเอียดของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ทางการเมืองการปกครอง ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัย อำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภาที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) พระราชบัญญัติ (Act) หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายให้แก่พระองค์ตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ)

^๑ ในบางตำราได้อธิบายรูปแบบแหล่งที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีแหล่งที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ๓ รูปแบบ คือ
 1. แหล่งที่มาของกฎหมายองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายสำคัญที่สุด
 2. แหล่งที่มาของกฎหมายองค์กรบริหารบัญญัติ และ
 3. แหล่งที่มาของกฎหมายองค์กรบัญญัติ คูจินจิรา เอี่ยมเมธูรา หลักกฎหมายมหาชน เอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
^๒ โกเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร คักดีแสง เพ็ญอ้าง หน้า 45-50
^๓ โกเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร คักดีแสง อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4 หน้า 46

(3) ประมวลกฎหมาย (Code of Law) เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ได้รวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวข้องกันมาบัญญัติไว้รวมกันเป็นเรื่องเป็นหมวด เป็นหมู่ อย่างเป็นระบบ เพื่อสะดวกในการศึกษา สำหรับประเทศไทยมีประมวลกฎหมายที่สำคัญที่ออกโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลกฎหมายรัชฎาการ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามจะใช้ประมวลกฎหมายใช้บังคับได้นั้นจะต้องมีการตรากฎหมายให้ใช้ประมวลกฎหมายนั้นด้วย

(4) กฎมณเฑียรบาล (Royal Law) หมายถึง ข้อบังคับที่ว่าด้วยการปกครองภายในพระราชฐาน กฎมณเฑียรบาลนั้นมีมาแต่โบราณแล้ว" ได้แก่ กฎหมายส่วนพระองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมีต้นกำเนิดมาจากตำราราชประเพณีของพราหมณ์ที่เรียกว่า คัมภีร์มธุธรรมศาสตร์ของอินเดีย ซึ่งได้แก่

(ก) กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการเสกสมรสแห่งเจ้านายในพระราชวงศ์ พุทธศักราช 2464 และแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2475

(ข) กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 ซึ่งในส่วนการแก้ไขเพิ่มเติม กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริเป็นประการใดให้คณะองคมนตรีจัดร่างกฎมณเฑียรบาลแก้ไขเพิ่มกฎมณเฑียรบาลเดิมขึ้นทุกเกล้าๆ ถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัยเมื่อทรงเห็นชอบและทรงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบและให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

2) กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร

กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ที่มาของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารหรือเรียกว่าองค์การบริหารบัญญัติ คือ พระราชกำหนด (Royal Act)

¹¹ เดโช สวานานนท์ "พจนานุกรมศัพท์การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วมของพลเมืองในระบบประชาธิปไตย" กรุงเทพฯ : บริษัทหน้าต่างอยู่โลกกว้าง, 2545 หน้า 3

พระราชกำหนด (Royal Act) หมายถึงกฎหมายซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายแก่พระองค์ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีและมีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ

ข้อสังเกต พระราชกำหนดที่ตราโดยองค์กรฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ตราได้ใน 2 กรณี เท่านั้น คือ

1) กรณีฉุกเฉินหรือมีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ (ความมั่นคงของรัฐ) หรือความปลอดภัยสาธารณะ (การรักษาความสงบเรียบร้อยภายใน) หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ¹²

2) กรณีที่มีความจำเป็นจะต้องมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนหรือลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน¹³

แต่อย่างไรก็ตามพระราชกำหนดประกาศใช้แล้วเมื่อถึงสมัยประชุมนิติบัญญัติจะต้องนำพระราชกำหนดที่ประเทศใช้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติ ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติผ่านพิจารณาอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นจะกลายเป็นพระราชบัญญัติทันที แต่ถ้าพระราชกำหนดนั้นไม่ผ่านการพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดนั้นจะตกไป¹⁴

3) แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรอง

ที่มาของกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ที่เรียกว่ากฎโดยที่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด ประมวลกฎหมาย ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง ซึ่งเนื้อหาของกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรอง แม้จะมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปไม่มุ่งบังคับเฉพาะเจาะจงถึงบุคคลใดโดยเฉพาะ แต่ก็จะมีลักษณะที่กำหนดรายละเอียดหรือขั้นตอนที่จำเป็นทั้งหมดเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทหรือเพื่อปฏิบัติการให้มีผลบังคับใช้ กล่าวคือ กฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองเป็นกฎที่ตราขึ้นเพื่อปรับใช้กฎหมายที่มีลำดับสูงกว่า เนื่องจากบัญญัติรายละเอียดเหล่านี้กฎหมายแม่บทไม่สามารถทำได้ล่วงหน้าสมบูรณ์เหมาะสมกับสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนแปลงตลอดเวลา กฎหมายแม่บทได้เพียงแต่กำหนดกรอบไว้เท่านั้น¹⁵ และที่สำคัญกฎหมายระดับกฎหมายลำดับรองไม่สามารถมีเนื้อหาสาระเกินไปกว่าที่ตัวบทบัญญัติในกฎหมายแม่บทที่ได้ให้อำนาจไว้ได้¹⁶

¹² มาตรา 184 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

¹³ มาตรา 186 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

¹⁴ มาตรา 184 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

¹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพาณิชย์ “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546 หน้า 17

¹⁶ จีรศักดิ์ รอดจันทร์ “กฎหมายภาษี : วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียตามระบบกฎหมายของไทยและระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ” จุลสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยฉบับที่ ๒ ภาค 2/2549

เมื่อพิจารณาถึงองค์ครผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรอง สามารถสรุปได้ดังนี้

1) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร

ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารได้แก่

(i) พระราชกฤษฎีกา (Royal Decree)

คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือทรงอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราขึ้นใช้บังคับตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี

ซึ่งแสดงว่าการตราพระราชกฤษฎีกาที่เป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารนั้นอาศัยอำนาจได้ 2 ทาง คือ อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ¹⁷ กับอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง

ข้อสังเกต พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็นระดับกฎหมายลำดับรอง ดังเช่นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ แต่จะมีความแตกต่างตรงที่ว่า พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญจะมีอยู่ 2 ลักษณะ คือ การกระทำทางการเมืองเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลและคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เป็นดุลพินิจฝ่ายบริหารอย่างแท้จริงไม่อยู่ภายใต้ตรวจสอบ

ของอำนาจตุลาการ กับการกระทำทางปกครอง จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของอำนาจตุลาการ คือ ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี¹⁸

(2) กฎกระทรวง (Ministerial Regulations) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งตราออกมาใช้บังคับ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (Cabinet)

(3) ประกาศกระทรวง (Ministerial Announce) คือ บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง ตราออกมาใช้บังคับ

ข้อสังเกต กฎกระทรวงและประกาศกระทรวงนั้นต่างก็เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นเหมือนกัน แต่ก็มีความแตกต่างกันตรงที่กฎกระทรวงจะประกาศใช้ได้นั้นจำเป็นต้องผ่านการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี แต่ประกาศกระทรวงไม่ต้องผ่านการอนุมัติของรัฐมนตรีสามารถประกาศใช้ได้เลย

2) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรศาล ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรศาล (Court) เช่น

¹⁷ มาตรา 187 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

¹⁸ สิทธิกร สักดิ์แสง “ปัญหาผู้ตีความตามรัฐธรรมนูญ กรณีพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่ วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73 กรกฎาคม 2549 หน้า 53-54

(1) กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยศาลปกครอง (Administrative Court) คือ กฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติมอบอำนาจให้ศาลปกครองเป็นผู้ออกกฎหมายลำดับรอง ได้แก่ ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เป็นต้น

(2) กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยศาลยุติธรรม (Justice Court) เช่น ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2550 เป็นต้น

ข้อสังเกต รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 296 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2541 เป็นต้น กฎหมายที่ว่าด้วยการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ (กฎหมายภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมัน) นั้นจะมีการตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีศักดิ์สูงกว่าหรือเท่าพระราชบัญญัติแล้วแต่ละประเทศ¹⁹ แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดกฎหมายวิธีพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญให้ตราเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ²⁰

3) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ²¹

ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organization Under Constitution) เช่น ระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อาทิ ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2550 เป็นต้น

4) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐวิสาหกิจ

ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยรัฐวิสาหกิจ (Public Enterprise) ซึ่งกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา ได้กำหนดให้รัฐวิสาหกิจสามารถออกกฎระเบียบข้อบังคับภายในองค์กรรัฐวิสาหกิจแต่ละรัฐวิสาหกิจกับประชาชนที่ไปใช้บริการสาธารณะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ เช่น ระเบียบข้อบังคับของการรถไฟแห่งประเทศไทย เป็นต้น

¹⁹ โปรดดูรายละเอียด ใน บรรเจิด สิงคะนติ “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544 หน้า 253-306

²⁰ มาตรา 138 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญ 2 ลักษณะ ดังนี้ 1. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (Organization Under Constitution) ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง (Election Commission) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ (The National Counter Corruption Commission) และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (State Audit Commission) 2. องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ (Other Organization Under Constitution) ได้แก่ องค์กรอัยการ (Prosecution Organization) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Nation Human Right Commission) และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (National Economic and Social Advisory Council)

5) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การมหาชน

องค์การมหาชน (Public Autonomous Organization) คือ องค์การที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นมาให้อำนาจองค์การมหาชนออกระเบียบข้อบังคับกับประชาชนที่ไปใช้บริการสาธารณะอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนได้ ซึ่งกฎระเบียบข้อบังคับขององค์การมหาชนถือเป็นกฎหมายลำดับรอง ดังนั้นในการพิจารณาตัดสินสามารถอ้างอิงได้ ลักษณะเป็นองค์การมหาชน เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง สวนพฤกษศาสตร์ เป็นต้น

6) ที่มาของกฎหมายลำดับรองรองที่ออกโดยองค์กรวิชาชีพ

องค์กรวิชาชีพ (Professional Organization) คือ องค์กรเอกชนที่รัฐมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง ในการบริการสาธารณะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเฉพาะ องค์กรวิชาชีพ ได้แก่ สถาปนากายความ สถาบัตยชี แพทยสภา สภาวิศวกร เป็นต้น การใช้อำนาจทางปกครอง เช่น ให้สถาปนากายความออกใบอนุญาตว่าความให้กับผู้ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามเกณฑ์ที่สถาปนากายความกำหนด เป็นต้น

7) ที่มาของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Government) ของประเทศไทยในปัจจุบันมีอยู่ 5 รูปแบบ²² ดังนี้ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีกฎหมายที่จัดตั้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้ง 5 รูปแบบ จะบัญญัติมอบหมายให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎหมายขึ้นบังคับกับราษฎรในเขตท้องถิ่นของตนได้ ซึ่งมีชื่อแตกต่างกันออกไปตามชื่อองค์กรที่ตราขึ้น คือ

(1) กรณีตราโดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด²³ เรียกว่า ข้อบัญญัติจังหวัด

(2) กรณีตราโดยองค์การบริหารส่วนตำบล เรียกว่า ข้อบัญญัติตำบล²⁴

(3) กรณีตราโดยเทศบาล²⁵ เรียกว่า เทศบัญญัติ

(4) กรณีตราโดยกรุงเทพมหานคร²⁶ เรียกว่า ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร

(5) กรณีตราขึ้นโดยเมืองพัทยา²⁷ เรียกว่า ข้อบัญญัติเมืองพัทยา

²² ในอดีตที่ผ่านมา ก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย มี 6 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา และสุขาภิบาล ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวขึ้นมา จึงได้มีการยกเลิกสุขาภิบาลตามพระราชบัญญัติเปลี่ยนสุขาภิบาลเป็นเทศบาล พ.ศ. 2542 ปัจจุบันจึงมีอยู่ 5 รูปแบบ

²³ มาตรา 51 – 57 พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540

²⁴ มาตรา 71 พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537

²⁵ มาตรา 60–65 พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

²⁶ มาตรา 97 – 108 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

²⁷ มาตรา 70 – 79 พระราชบัญญัติเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

ข้อสังเกต กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายบริหาร คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นของตน ไม่ได้บังคับทั่วราชอาณาจักรเหมือนกับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวง

■ ลักษณะทางกฎหมายของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

บรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลายย่อมมีศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายต่างกัน²⁶ เมื่อพิจารณาถึงการจัดความสำคัญ ตามศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายย่อมจะเรียงลดหลั่นกันดังต่อไปนี้²⁷

1. รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดรูปแบบของรัฐและการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรการสรรหาบุคคลเข้าไปใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์การ ความสัมพันธ์ระหว่างแต่ละองค์การเพื่อให้เกิดดุลยภาพกัน ในการคุ้มครองสิทธิ

เสรีภาพของประชาชน เป็นต้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายแม่บททุกฉบับ กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้²⁸ รัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญมากกว่ากฎหมายฉบับใด

2. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ²⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้กำหนดให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์หรือลำดับชั้นทางกฎหมายอยู่สูงกว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติและมีวิธีขึ้นตอนการตรา³² ยากกว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ แต่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ

3. พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ คือ ประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติหรือคำสั่ง คณะปฏิรูป กฎหมายเหล่านี้ในประเทศไทยถือว่าอยู่ในลำดับชั้นของกฎหมายในระดับเดียวกัน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจากรัฐธรรมนูญ กฎหมายเหล่านี้ออกมาโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญ กับกฎหมายที่ออกโดยใช้อำนาจของการปฏิวัติออกประกาศคณะปฏิวัติหรือคำสั่ง คณะปฏิรูป ซึ่งถือว่าอยู่ในระดับกฎหมายบัญญัติ

²⁶ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เพ็ญอ้าง หน้า ๒๘.

²⁷ โปรดพิจารณาเปรียบเทียบลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างไปจากตำราอื่นๆ เช่น ศ.ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายลำดับศักดิ์ของกฎหมาย ดังนี้ 1.รัฐธรรมนูญ 2.พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด 3.พระราชกฤษฎีกา 4.กฎกระทรวง 5.ข้อบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ใน ปรีดี เกษมทรัพย์ "กฎหมายแห่ง : หลีกทั่วไป" กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด ภาพพิมพ์, 2526 หน้า 34

³⁰ คุมাত্রา 6 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

³¹ ประเทศไทยได้มีแนวคิดเรื่องของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งในต่างประเทศ เช่นฝรั่งเศส ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่า พระราชบัญญัติ แต่ในประเทศอิตาลีให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีศักดิ์เท่าเทียมรัฐธรรมนูญ อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ "รายงานวิจัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ส่นอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป) กรุงเทพฯ:สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) , 2538, หน้า 6

³² คุมাত্রา 138 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

4. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญ

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญ คือ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนุญ ที่มีฐานะเป็นกฎ³³

ข้อสังเกต ยังมีปัญหาที่น่าขบคิดถึงสถานะของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจมาตรา 230 วรรคห้า รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย 2540 ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง ศาลรัฐธรรมนุญได้วินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นกฎหมายเป็นที่มาของกฎหมายในระดับกฎหมายบัญญัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนุญ ที่ 27/2540³⁴ ในความเห็นผู้เขียนด้วยความเคารพศาลรัฐธรรมนุญผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยดังกล่าว เพราะเป็นการสร้างความยุ่งยากในเรื่องของการจัดลำดับศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมาย

5. กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดที่บังคับเท่าพระราชบัญญัติ

กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดที่บังคับเท่าพระราชบัญญัติ คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎที่ออกโดยองค์กรศาล กฎที่ออกโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กฎที่ออกโดยรัฐวิสาหกิจ กฎที่ออกโดยองค์กรมหาชน กฎที่

ออกโดยองค์กรวิชาชีพ กฎที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ล้วนแล้วอยู่ในระดับเดียวกัน แต่อาจมีความสำคัญแตกต่างกัน

แหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น นักกฎหมายไทย ศาลไทยได้ยอมรับว่าเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ที่สำคัญไม่มีข้อถกเถียงวิพากษ์ใดๆ เพราะถือว่าแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายเหล่านี้ตราขึ้นตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ

■ ข้อสังเกต บางประการเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายประกาศของคณะปฏิวัติ

ประกาศของคณะปฏิวัติ (Announcement of the Revolutionary Council) คือ ประกาศหรือคำสั่งของผู้มีอำนาจในขณะนั้น โดยการเข้าสู่อำนาจด้วยกำลังล้มเลิกรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นกฎเกณฑ์อันสูงสุดของประเทศตั้งตนเป็นรัฐอธิปไตย (Sovereign) ซึ่งในความจริงควรเรียกว่า คณะรัฐประหารมากกว่า เพราะเป็นการใช้กำลังยึดอำนาจและเปลี่ยนแปลงรัฐบาลจับพลัน³⁵

³³ ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนุญ ที่ 27/2544 วินิจฉัยสรุปว่า “กฎหมาย” คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด แต่พระราชกฤษฎีกา มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเป็นเพียง “กฎ” ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร”

³⁴ โทเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร สักดิ์แสง อ้างแล้วเชอรรถที่ 4 หน้า 48

³⁵ สำหรับประเทศไทยมีการปฏิวัติ (Revolution) มีครั้งเดียว คือ การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็น การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ เมื่อ 24 มิถุนายน 2475 นอกนั้นจะเป็นการ รัฐประหาร (Coup d'Etat) ซึ่งประกาศหรือคำสั่งนั้นอาจมีชื่อเรียกต่างกัน เช่น ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง (รสช.) หรือประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) เป็นต้น

ดังนั้นประเด็นที่ต้องศึกษาก็คือ ประกาศของคณะปฏิวัติมีสถานะเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายหรือไม่ และมีสถานะทางกฎหมายในระดับใด

1. ประกาศของคณะปฏิวัติมีสถานะเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายหรือไม่

เมื่อวิเคราะห์จากแนวคิดปรัชญากฎหมายที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยที่สำคัญ คือ ปรัชญากฎหมายสำนักปฏิฐานนิยมหรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) นั้นมีแนวคิดพื้นฐานทางกฎหมายประกอบด้วยหลักคิด 3 ประการ ดังนี้³⁶

- 1) การยืนยันว่าการดำรงอยู่หรือความสมบูรณ์หรือความเป็นกฎหมายนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับสิ่งที่เป็นมาตรฐานทางศีลธรรมหรือความยุติธรรมที่ต้องมีในตัวกฎหมาย
- 2) การยืนยันว่าการดำรงอยู่ของกฎหมายขึ้นอยู่กับมันถูกสร้างขึ้น โดยผ่านการตกลงปลงใจของมนุษย์ในสังคม
- 3) เป็นจุดยืนเกี่ยวกับภาคบังคับกฎหมายโดยธรรมชาติต้องมีสภาพบังคับหรือบทลงโทษต่าง ๆ

หลัก 3 ประการที่กล่าวมานั้นถือว่าเป็นหัวใจของฝ่ายปฏิฐานนิยมโดยเฉพาะ ในข้อที่ 1 จุดยืนเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมหรือความยุติธรรมถือว่าเป็นหัวใจหลักสำคัญมากในการที่จะชี้ถึงความเป็นปฏิฐานนิยม ในจุดยืนข้อนี้ถ้ามองไปที่เหตุผล

เบื้องหลังก็คงจะมาจากการที่พวกปฏิฐานนิยมนั้นถือความสำคัญกับข้อเท็จจริง หรือความเป็นจริงดังที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระองค์เจ้ารพีฯ) ได้กล่าวว่า “เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดีหรือความชั่ว ความยุติธรรมกฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราต้องประพฤติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีก็ชั่วได้หรือไม่ยุติธรรมก็ได้ ความคิดว่าอะไรดี อะไรชั่วหรืออะไรเป็นยุติธรรม มีบ่อเกิดหลายแห่ง เช่น ตามศาสนาต่าง ๆ แต่กฎหมายนั้นได้เกิดแห่งเดียว คือ จากผู้ปกครองแผ่นดินหรือผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น”³⁷ จะเห็นได้ว่า คำกล่าวของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระองค์เจ้ารพีฯ) ได้ชี้ให้เห็นความคิดเบื้องหลังจุดยืนของปฏิฐานนิยม ซึ่งได้พยายามบอกว่ากฎหมายนั้นไม่จำเป็นเกี่ยวข้องกับศีลธรรม

แนวความคิดนี้ได้มีอิทธิพลต่อระบอบการปกครองของไทยที่ผ่านมามีเห็นได้จากการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลได้ยอมรับและบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติจะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญและการบัญญัติรับรองไว้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งที่เป็นฉบับชั่วคราวและถาวร ดังนี้³⁸

³⁶ จรัญ โฆษณานันท์ “นิติปรัชญา” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง ,พิมพ์ครั้งที่ 11,2545 หน้า 32-33

³⁷ จรัญ โฆษณานันท์ เพิ่งอ้าง หน้า 33

³⁸ จรัญ โฆษณานันท์ “ปรัชญากฎหมายไทย” กรุงเทพฯ : ม. ทาวิทยาอัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 6,2545 หน้า 424-425

คำพิพากษาฎีกาที่ 1153 / 1154 / 2495 :
 “.....การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลใหม่โดย
 ใช้กำลังนั้นในตอนต้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 จนกว่าประชาชนจะได้ยอมรับนับถือแล้วเมื่อเป็น
 รัฐที่ถูกต้องตามความเป็นจริง คือ ความหมาย
 ว่าประชาชนได้ยอมรับนับถือแล้ว ผู้ก่อการกบฏ
 ล้มล้างรัฐบาลดังกล่าวก็ต้องเป็นความผิดตามกฎหมาย
 ลักษณะอาญา มาตรา 102.....”

คำพิพากษาฎีกาที่ 45 / 2496: “ ...ข้อ
 เท็จจริงได้ความว่าใน พ.ศ. 2490 คณะ
 รัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้
 เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะ
 เช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะ
 เปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายตาม
 ระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป
 มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งด้วยความสงบไม่ได้
 ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมาย
 อันสมบูรณ์.....”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1662 / 2502 :
 “.....ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อ พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติ
 ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทย
 ได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้า
 คณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือเป็น
 กฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตรา
 ออกมาด้วย ความแนะนำหรือความยินยอมของ
 สภาผู้แทนราษฎรหรือสถาบันนิติบัญญัติของ
 ประเทศก็ตาม ดังนัยคำพิพากษาฎีกาที่ 45 /
 2496 ฉะนั้นคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (บุคคล
 อันธพาล) ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าปฏิวัติ
 บังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎหมาย
 ที่ใช้บังคับในการปกครองนั้นด้วย...”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519
 ได้รับรองประกาศของคณะปฏิวัติไว้ในมาตรา 29
 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำประกาศหรือคำสั่ง
 ของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือ
 การกระทำประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูป
 การปกครองแผ่นดินที่ได้กระทำประกาศหรือ
 สั่งก่อนวันใช้รัฐธรรมนูญนี้ทั้งนี้ที่เกี่ยวกับการ
 ปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ว่าจะกระทำ
 ด้วยประการใดหรือเป็นรูปใด และไม่ว่าจะ
 กระทำประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทาง
 นิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ
 ให้ถือว่าการกระทำประกาศหรือคำสั่งตลอดจน
 การกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้น
 เป็นการกระทำประกาศหรือชอบด้วยกฎหมาย”

คำพิพากษาฎีกาที่ 1234 / 2523 “.....แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็หาได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ประกาศหรือคำสั่งนั้นยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่.....”

คำพิพากษาฎีกาที่ 6411/2534 : เมื่อคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้สำเร็จหัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ประชาชนได้ ประกาศของคณะปฏิวัติ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 มิใช่คำสั่งที่มีผลให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญา แต่เป็นเรื่องของการให้ถอนสัญชาติไทยของบุคคลบางจำพวก แม้จะย้อนหลังกระทบถึงสิทธิของจำเลยหรือประชาชนก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายได้³⁹

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ขอบด้วยกฎหมายและขอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 36 บัญญัติไว้ดังนี้

“บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่ง ในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับทางนิติบัญญัติในทางบริหารหรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อและให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและขอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”⁴⁰

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 : ในประเด็นต้องวินิจฉัยข้อ 12 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ใช้บังคับกับการยุบพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ย้อนหลังได้เพราะถือว่าประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมาย⁴¹

³⁹ คตส. “ฝากไว้ในแผ่นดิน” กรุงเทพฯ : คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน , 2550 หน้า 9

⁴⁰ มาตรานี้เป็นปรากฏการณ์ที่สำคัญในระบบกฎหมายไทยที่ยอมรับคำสั่งของคณะปฏิวัติชอบด้วยกฎหมายและขอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญที่ผ่านมายอมรับในระดับชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น (ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511, 2517, 2519) แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ (พ.ศ. 2549) ยอมรับประกาศของคณะปฏิวัติบางฉบับมีศักดิ์เทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

⁴¹ คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ มีนักวิชาการบางท่านได้วิพากษ์ไว้ว่า “ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความเพียงแต่ตามตัวอักษร ตุลาการรัฐธรรมนูญควรรักษาความพยายามอ้างอิงกฎหมายหรือการค้นคว้ากฎหมายและคำพิพากษาของต่างประเทศว่าเวลาที่ตุลาการเผชิญกับคำสั่งหรือประกาศที่อยู่ติดธรรมซึ่งออกโดยคณะเผด็จการนั้น ตุลาการต่างประเทศ เขาหาทางออกกันอย่างไร ซึ่งจากการค้นคว้าแล้วพบว่า ปัจจุบันเนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองและหลักนิติธรรมนั้น กลายเป็นอุดมการณ์หลักของกระแสโลกในเวลานี้ ตุลาการจึงต้องดำรงตนเป็นผู้พิทักษ์ หลักนิติธรรมโดยเฉพาะท่ามกลางสถานการณ์ที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการแต่งตั้งของผู้ยึดอำนาจ” คุใน ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารวันพรที่ 2560 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 116

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (ฉบับลงประชามติ⁴²) ได้ยอมรับหลักการกระทำของคณะปฏิวัติชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

“มาตรา 309 บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”⁴³

เมื่อพิจารณาจากความหมายแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายในแง่ของการจัดทำกฎหมาย แนวคำพิพากษาศาลฎีกาและคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้งที่เป็นฉบับชั่วคราวและฉบับถาวรที่ยกมาประกอบถือว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายที่เน้นความสมบูรณ์ในตัวธรรมชาติกฎหมายเชื่อมโยงกับสภาพความเป็นรัฐาธิปไตยหรือผู้ถืออำนาจปกครองสูงสุดใน

แผ่นดิน ตามแนวคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมายของ จอห์น ออสติน (John Austin) และ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ (พระองค์เจ้ารพี) ได้นำแนวความคิดกฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐ (รัฐาธิปไตย) มาถ่ายทอดและได้ปลูกฝังอยู่ในจิตสำนึกของนักกฎหมายไทยจำนวนมากรวมถึงผู้พิพากษาบางคน

แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาที่ยังคงถกเถียงในประเด็นที่ว่าประกาศของคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมาย ทำให้มีการวิพากษ์ถึงการนำแนวความคิดแบบปฏิฐานนิยมทางกฎหมายมาตัดสินความในเรื่องของประกาศของปฏิวัติถือเป็นกฎหมายว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่าใดนักเป็นการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law⁴⁴) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ

⁴² รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีหนังสือพิมพ์ฉบับหนึ่งเรียกว่า รัฐธรรมนูญฉบับ คมข. ด้วยความเคารพผู้เขียนไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ประชาชนได้ลงความเห็นรับรอง ถ้าจะเรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับคมข. หรือ คบค. น่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 (ฉบับชั่วคราวมากกว่า)

⁴³ นักวิชาการบางท่านวิพากษ์มาตรา 309 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ว่า “มีความหมายเท่ากับการตรารัฐธรรมนูญขึ้นภายใต้หลักการที่ว่า หากเป็นประกาศ เป็นคำสั่งหรือเป็นการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติแล้ว แม้ในอนาคตข้างหน้าเมื่อรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลบังคับใช้แล้ว หากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ แทนที่ประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัตินั้นจะสิ้นผลไป การยกเลิกกลายเป็นว่าในกรณีเช่นนั้นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องหลีกเลี่ยงให้ประกาศของคณะปฏิวัติ” ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ “เมื่อนิรโทษกรรมกลายเป็นเรื่องล้าหลังและไร้ประโยชน์” วารสารวันพร 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 65

⁴⁴ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อนักนิติศาสตร์แนววิพากษ์ได้วิพากษ์แนวคิดหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมไว้หลายประเด็น คือ ประเด็นแรก มีการมองว่าหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม เป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้ในสังคมเสรีประชาธิปไตยที่เน้นเสรีภาพของปัจเจกชนในท่ามกลางความหลากหลายหรือพหุนิยมในทัศนคติทางศีลธรรมและการเมือง การขาดแบบวิถีการให้เหตุผลทางกฎหมายสามารถใช้ทัศนคติส่วนตัวทางศีลธรรมและการเมืองเบื้องหลักการใช้อำนาจทางกฎหมาย (ดังเช่น คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3 - 5/2550 เป็นต้น ข้อความในวงเล็บเป็นความเห็นผู้เขียนเอง)

ประเด็นที่สอง เป็นเรื่องความขัดแย้ง (Contradictions) ลึกลับในแนวคิดทางกฎหมายแบบเสรีนิยมที่ยากจะปรับสมานได้กับสังคมบริบทในแต่ละสังคม (เช่น สังคมตะวันตกกับสังคมตะวันออก ข้อความในวงเล็บเป็นความเห็นผู้เขียนเอง) จนนำไปสู่สภาพความไม่เด็ดขาดไม่แน่นอนทางกฎหมาย

ประเด็นที่สาม แนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมเป็นเครื่องมือของการกดขี่และการครอบงำทางความคิด เป็นมายาภาพและตำนานนิยายมากกว่าจะเป็นเรื่องจริง โดยถูกสร้างขึ้นเพื่อปิดบังซ่อนเร้นไม่เสมอภาคทางสังคม การเมืองและเศรษฐกิจชั้นพื้นฐานโดยชนชั้นนายทุนที่ครอบงำสังคมอยู่ใน Andrew Altman, *Critical Legal Studies : A Liberal Critique*, Princeton : Princeton University Press, 1993 p.10 อ้างอิง จริฎ โฆษณานันท์ “นิติปรัชญาแนววิพากษ์” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550 หน้า 13 - 14

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายในด้านรูปแบบ ตามหลักแนวคิดสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม แต่เมื่อพิจารณาในด้านเนื้อหาสาระของประกาศ ของคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาหรือบ่อเกิดของ กฎหมายหรือไม่นั้นต้องพิจารณาแต่ละฉบับว่า เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือหน่วยงานที่ตั้งขึ้นมาเฉพาะกิจนั้น ใช้อำนาจ ขอบธรรมหรือไม่หรือใช้อำนาจลิดรอนสิทธิ เสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ถ้าเป็นการใช้อำนาจ ไม่ขอบธรรมหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ก็จะไม่เป็นกฎหมาย

2. สถานะทางกฎหมายของประกาศ คณะปฏิวัติ

การที่ศาลรวมไปถึงตัวบทรัฐธรรมนูญ ของไทยทั้งที่เป็นฉบับชั่วคราวและถาวรดังกล่าว ข้างต้นได้ยอมรับว่าประกาศของคณะปฏิวัติ เป็นกฎหมาย เพราะถือว่าคณะบุคคลผู้ทำการ ล้มล้างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารในเวลานั้น แต่อย่างไรก็ตาม ประกาศของคณะปฏิวัตินั้นมีสถานะอยู่ในระดับ ใดบ้าง ซึ่งต้องพิจารณาตามเนื้อหาของตัว ประกาศว่าใช้อำนาจอยู่ในระดับใดก็ถือว่าประกาศ ของคณะปฏิวัติฉบับนั้นอยู่ในระดับนั้นดังนี้

1) ประกาศของคณะปฏิวัติที่สถานะ ระดับรัฐธรรมนูญ เช่น ประกาศคณะปฏิรูป การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์เป็นประมุขให้พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ ดังนี้ ประกาศฉบับที่ 12 ให้ พ.ร.บ. ประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มีผลบังคับใช้ต่อไป โดยให้ งดใช้บังคับในส่วนที่ 1 หมวด 1 และให้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.)

พ้นจากตำแหน่ง ประกาศฉบับที่ 13 ให้ พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2542 มีผล บังคับใช้ต่อไป ประกาศฉบับที่ 14 ให้ พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจ การแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มีผล บังคับใช้ต่อไป เป็นต้น

2) ประกาศของคณะปฏิวัติที่สถานะ ระดับกฎหมายบัญญัติ เช่น ประกาศคณะ ปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 31 เรื่องการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริต แห่งชาติ คณะประกาศคณะปฏิรูปการ ปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 35 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 เป็นต้น

3) ประกาศของคณะปฏิวัติที่สถานะ ระดับกฎหมายลำดับรอง เช่น ประกาศของ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 37 เรื่อง กำหนดเวลา เปิดและปิดสถานโบว์ลิ่ง สถานเล่นสเก็ต ร้านขายอาหารและเครื่องดื่ม ประกาศคณะ ปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ฉบับที่ 33 เรื่องแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการขอพระราชทานเครื่องราช อิศริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือกและ เครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่ง มงกุฎไทย พ.ศ. 2536

ดังนั้นสรุปได้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ถือว่าเป็นกฎหมายแต่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมาย นอกวิถีทางรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าคณะบุคคล ผู้ทำการล้มล้างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้อำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร จึงถือว่าการออกประกาศ คณะปฏิวัติใช้บังคับในขณะนั้น มีศาลและมี รัฐธรรมนูญมารองรับว่าประกาศคณะปฏิวัติชอบ ด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงทำให้ ประกาศของคณะปฏิวัติแต่ละฉบับมีสถานะทาง กฎหมายที่ไม่เท่ากัน คือ บางฉบับมีสถานะทาง กฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ บางฉบับมีสถานะ ทางกฎหมายเทียบเท่ากฎหมายระดับกฎหมาย บัญญัติ บางฉบับมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่า กฎหมายลำดับรอง และบางฉบับมีสถานะทาง กฎหมายเทียบเท่าคำสั่งทางปกครอง

■ บรรณานุกรม

กิตติศักดิ์ ปรกติ “เมื่อนิรโทษกรรมกลายเป็นเรื่องล้าหลังและไร้ประโยชน์” วารสารวันพี 2550 คณะนิติศาสตร์

โกเมศ ขวัญเมืองและสิทธิกร ศักดิ์แสง “การศึกษาแนวใหม่ : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ กฎหมายทั่วไป” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ วิทยุชน, 2549

คตส. “ฝากไว้ในแผ่นดิน” กรุงเทพฯ : คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิด ความเสียหายแก่รัฐ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, 2550

จรัญ โฆษณานันท์ “ปรัชญากฎหมายไทย” กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2545

----- “นิติปรัชญา”
กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง ,พิมพ์ครั้งที่ 11, 2545

----- “นิติปรัชญาแนว วิพากษ์” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , 2550

จรัสศักดิ์ รอดจันทร์ “กฎหมายภาษี : วิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียตามระบบ กฎหมายของไทยและระบบกฎหมายของประเทศ อังกฤษ” จุลสารคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย อุดรภูมิจังหวัดอุดร ภาควิชา 2/2549

เดโช สนวนานนท์ “พจนานุกรมศัพท์ การเมือง : คู่มือการมีส่วนร่วมของพลเมืองใน ระบอบประชาธิปไตย” กรุงเทพฯ : บริษัท หน้าต่างสู่โลกกว้าง, 2545

บรรเจิด สิงคะเนติ “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ ศาลรัฐธรรมนูญ” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิทยุ ชน, 2544

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนาพาณิชย์ “ความรู้ทั่วไป เกี่ยวกับกฎหมาย” กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545

----- “ข้อสังเกตบางประการ เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” วารสาร วันพี 2550 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์

ปรีดี เกษมทรัพย์ “นิติปรัชญา” พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ ครั้งที่ 2, 2531

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ “คำบรรยายวิชาทฤษฎี หลักกฎหมายมหาชน” ในชั้นปริญญาโท สาขา นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัย อุดรภูมิจังหวัดอุดร ปีการศึกษา 1/2540

วิชัญ เครื่องงาม “กฎหมายรัฐธรรมนูญ”
กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530

สมคิด เลิศไพฑูรย์ “เปิดบันทึก..เจตนารมณ์
มาตรา 309” หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน วันเสาร์
ที่ 29 มีนาคม พุทธศักราช 2551

สิทธิกร คักดีแสง “ปัญหาผู้ตีความตาม
รัฐธรรมนูญ กรณีพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้ง
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” วารสารกฎหมายใหม่
วารสารกฎหมายรายเดือน ปีที่ 4 ฉบับที่ 73
กรกฎาคม 2549

----- “ศาลเป็นผู้สร้างหลัก
กฎหมายได้หรือไม่ในระบบกฎหมายไทย”
วารสารกฎหมายใหม่ ปีที่ 5 ฉบับที่ 83
พฤษภาคม 2550

