

### การร่างกฎหมายและปัญหาในประเทศไทย

การร่างกฎหมายเป็นกระบวนการที่สำคัญกระบวนการหนึ่งที่จะทำได้มาซึ่งกฎหมายที่ดี สามารถตอบสนองต่อความต้องการของสังคมและปัจเจกชนซึ่งหากว่ากระบวนการร่างกฎหมายไม่เหมาะสมแล้วก็ยากที่จะสามารถบัญญัติกฎหมายออกมาได้อย่างเป็นธรรมถูกต้องตามนิติวิธี สำหรับบทนี้ผู้วิจัยจะนำเสนอกระบวนการร่างกฎหมายในต่างประเทศ โดยจะเสนอรายละเอียดของการร่างกฎหมายในประเทศที่มีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ และการร่างกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ไม่มีคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย เปรียบเทียบกับการร่างกฎหมายในประเทศไทย และแสดงให้เห็นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการร่างกฎหมายในประเทศไทย

#### ความหมายของการร่างกฎหมาย

การร่างกฎหมาย หมายถึง การเรียบเรียงกฎหมายหรือข้อบังคับไว้สำหรับบุคคลซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล องค์กรหรือสถาบัน ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง

- 1) การปกครองประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญ
- 2) การบริหารราชการแผ่นดิน เช่น พระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งกระทรวง ทบวง กรม อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ข้าราชการประเภทต่าง ๆ
- 3) การรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น ประมวลกฎหมายอาญา
- 4) การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฯลฯ<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>สมภพ ภัทรระกิตต์, การร่างกฎหมาย, ในหนังสืออนุสรณ์ครบรอบ 60 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หน้า 142

การร่างกฎหมายประกอบด้วยขั้นตอนที่สำคัญ 2 ขั้นตอน คือ

- 1) การยกร่างกฎหมาย
- 2) การพิจารณาร่างกฎหมาย

1) การยกร่างกฎหมาย เป็นการกระทำขั้นแรกของการร่างกฎหมาย ซึ่งผู้ยกร่างจะมีหลักการของร่างกฎหมาย ซึ่งผู้ยกร่างจะต้องดำเนินการยกร่างกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการนั้น จะยกร่างให้ขัดหรือแย้งกับหลักการไม่ได้ แต่ผู้ยกร่างรายละเอียดเพื่อให้เป็นไปตามหลักการนั้น ซึ่งอาจร่างรายละเอียดอื่น ๆ อันจำเป็นและสมควรซึ่งไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการอีกก็ได้ การยกร่างอาจเป็นการมอบหมายให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญไปดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญ หรือคณะรัฐมนตรีมอบหมายให้กระทรวง ทบวง กรม ไปดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติ เป็นต้น

2) การพิจารณาร่างกฎหมาย เป็นขั้นตอนที่ 2 หลังจากที่ได้มีการยกร่างกฎหมายตามขั้นตอนที่ 1 แล้ว ครอบคลุมการแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้องกับรูปร่างและหลักกฎหมายให้มีข้อความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น การพิจารณาร่างกฎหมายมีหลายระดับ กล่าวคือระดับกระทรวง ทบวง กรม ระดับคณะกรรมการกฤษฎีกา ระดับรัฐสภา ซึ่งได้แก่การพิจารณาของคณะกรรมการสภาผู้แทน คณะกรรมการการของวุฒิสภา<sup>2</sup>

นอกจากนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรยังประกอบด้วยกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายของฝ่ายบริหารอีกด้วย

สำหรับบทนี้ผู้วิจัยจะได้เสนอรายละเอียดของการร่างกฎหมายโดยอาศัยหัวข้อดังต่อไปนี้เป็นแนวทางการพิจารณา

---

<sup>2</sup>หยุด แสงอุทัย, "การร่างกฎหมาย," รัฐสภาสาร ปีที่ 26 ฉบับที่ 5 (พฤษภาคม 2521): 2

ก) การยกร่างกฎหมาย

ข) การพิจารณาร่างกฎหมาย แบ่งเป็น 2 ระดับ (1) โดยฝ่ายบริหาร และ (2) โดยรัฐสภา

### ตอนที่ 1 การร่างกฎหมายในประเทศที่พัฒนาแล้ว

ผู้วิจัยจะได้นำเสนอรายละเอียดของการร่างกฎหมายในประเทศที่พัฒนาแล้ว โดยศึกษาในหัวข้อดังที่กล่าวมาแล้ว ในประเทศ อังกฤษ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ได้แก่ประเทศ ฝรั่งเศส เยอรมัน และสวีเดน

#### 1.1 การยกร่างกฎหมาย

##### 1.1.1 ประเทศอังกฤษและกลุ่มเครือจักรภพ

ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ได้มีการจัดตั้ง สำนักงานร่างกฎหมาย (parliamentary counsel) เป็นหน่วยงานกลางขึ้นมาทำหน้าที่ ยกร่างกฎหมายให้แก่ส่วนราชการ โดยส่วนราชการจะต้องเสนอหลักการของร่างกฎหมาย (instruction) ไปยังสำนักงานร่างกฎหมายทำการร่างกฎหมายตามความต้องการของ ส่วนราชการ ทั้งสามประเทศดังกล่าวมีระบบการปกครองในระบอบรัฐสภา (parliamentary system) โดยทั้งอังกฤษและออสเตรเลีย เป็นระบบสภาคู่ คือมีสภาล่างมาจากการเลือกตั้ง และสภาสูง มาจากการแต่งตั้ง ส่วนประเทศนิวซีแลนด์เป็นระบบสภาเดี่ยว<sup>3</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>3</sup>Bruce D. Gray, "The Legal System of New Zealand," Modern Legal Systems Cyclopedia Volume 1, William S. Hein & Co., Buffalo, 1988:2.150.18-2.150.21

โดยผู้มีสิทธิในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี และสมาชิกสภา แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายส่วนใหญ่จะเสนอโดยคณะรัฐมนตรีและกฎหมายที่เสนอนามสมาชิกสภาหากไม่ได้รับการสนับสนุนโดยคณะรัฐมนตรีก็มักจะไม่ผ่านการพิจารณาของสภา

ซึ่งผู้วิจัยขอเสนอข้อมูลเกี่ยวกับสำนักงานร่างกฎหมายของประเทศอังกฤษ เป็นหลักดังรายละเอียดต่อไปนี้

ในยุคเริ่มแรกของระบอบรัฐสภาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 กฎหมายส่วนใหญ่ที่เสนอเข้าสู่สภาเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของท้องถิ่นหรือผลประโยชน์ของเอกชน (private bill) จะเสนอโดยสมาชิกสภา (private member bill) ส่วนกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีจะเป็นเรื่องสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคลัง หรือสาธารณะเท่านั้น

จนกระทั่งต่อมาภารกิจของรัฐบาลเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับแนวโน้มของการดึงอำนาจเข้าหารัฐบาลมากขึ้น กฎหมายในระยะหลังปี ค.ศ. 1832 ที่ตราขึ้นมาส่วนใหญ่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ในส่วนของกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีเป็นหน้าที่ของแต่ละกระทรวงที่จะต้องจัดทำร่างกฎหมายเอง ซึ่งบรรดากระทรวงต่าง ๆ ก็จะใช้งานนิติบัญญัติทำหน้าที่ร่างกฎหมายเป็นเรื่อง ๆ ไป นอกจากกระทรวงมหาดไทย (Home office) ที่มีนักร่างกฎหมายประจำกระทรวง ซึ่งปรากฏว่าบรรดานิติบัณฑิตที่รับหน้าที่ร่างกฎหมายมักจะไม่ค่อยมีความรู้หรือประสบการณ์เพียงพอในการร่างกฎหมาย ทำให้การร่างกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่มีระเบียบแบบแผนต่างฝ่ายต่างร่าง เหมือนกับมีพ่อครัวประจำบ้านหลายคนต่างฝ่ายต่างปรุงอาหารรสอาหารที่ได้จึงออกมาในลักษณะของยาเสียเป็นส่วนใหญ่

ต่อมาในปี ค.ศ. 1790 จึงได้มีการจัดตั้งหน่วยงานกลางขึ้นมาทำหน้าที่ร่างกฎหมายให้กับส่วนราชการโดยเฉพาะ ซึ่งต่อมาได้พัฒนาขึ้นเป็น สำนักร่างกฎหมาย (Parliamentary Counsel) เมื่อปี ค.ศ. 1869 นับตั้งแต่จัดตั้งขึ้นมาสำนักงานร่างกฎหมายได้รับการยอมรับว่ามีเกียรติและศักดิ์ศรีระดับสูงในบรรดาหน่วยงานของรัฐบาล

ในปี ค.ศ. 1980 ประกอบด้วยสมาชิก 23 คน ที่ทำงาน แบบเต็มเวลาและมีนักร่างกฎหมายที่ทำงานแบบนอกเวลาอีก 3 คน ซึ่งในจำนวน 23 คนที่ทำงานเต็มเวลา ประกอบด้วย นักร่างกฎหมายอันดับ 1 จำนวน 1 คน นักร่างกฎหมายอันดับ 2 จำนวน 1 คน นักร่างกฎหมาย จำนวน 6 คน ผู้ช่วยนักร่างกฎหมาย จำนวน 3 คน ผู้ช่วยอาวุโส จำนวน 6 คน และผู้ช่วย จำนวน 6 คน และนักร่างกฎหมายของสำนักงานร่างกฎหมายนี้จะมีผู้ที่ทำงานแบบเต็มเวลาจำนวน 4 คน และผู้ที่ทำงานแบบไม่เต็มเวลาจำนวน 3 คน จะต้องไปทำงานแบบชั่วคราวให้กับคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (the Law Reform Commission) โดยสำนักงานร่างกฎหมายมีฐานะเป็นราชการพลเรือนที่ไม่ได้ขึ้นกับรัฐมนตรีกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง แต่ขึ้นตรงกับนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการพลเรือน การทำงานของสำนักงานร่างกฎหมายในการร่างกฎหมายจะทำงานร่วมกับเจ้าหน้าที่ของกระทรวงที่เกี่ยวข้อง โดยนักร่างกฎหมายของสำนักงานร่างกฎหมาย จะรับฟังข้อเสนอแนะ (หลักการ) ในการร่างกฎหมายจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องแล้ว เขียนออกมาเป็นร่างกฎหมายตามความต้องการของกระทรวงต่าง ๆ แล้วนำเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป นอกจากการร่างกฎหมายใหม่แล้ว สำนักงานร่างกฎหมาย ยังต้องทำหน้าที่ร่างกฎหมายแก้ไขกฎหมายของกระทรวงต่าง ๆ รวมทั้งแก้ไขร่างกฎหมายของสมาชิกสภาที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับปัจเจกชน (private bill) ที่รัฐบาลอังกฤษให้การสนับสนุน รวมทั้งร่างกฎหมายของฝ่ายบริหาร (อนุบัญญัติ) อีกด้วย<sup>4</sup>

ข้อดีของการจัดตั้งสำนักงานกลางทำหน้าที่ร่างกฎหมายคือ<sup>5</sup>

1) เพื่อจะให้กฎหมายต่าง ๆ เข้ารูปรอยเดียวกัน เช่น ในเรื่องด้อยค่า เป็นต้น ซึ่งเป็นข้อสำคัญสำหรับสถานการณ์การอภิปรายร่างกฎหมายนั้นและสำหรับศาลซึ่ง

<sup>4</sup>David R. Miers. and Alan C. Page, Legislation.

(London: Sweet & Maxwell, 1982): 30-33

<sup>5</sup>หยุด แสงอุทัย, "การร่างกฎหมาย" อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย (คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523): 44-45

จะเป็นผู้ร่างกฎหมายนั้นในเวลาภายหลัง

2) เพื่อไม่ให้กระทรวงทบวงกรมต่าง ๆ ร่างกฎหมายซ้ำกัน (ซึ่งในการร่างนี้ผู้ร่างกฎหมายในสำนักงานนี้จำเป็นต้องติดต่อซึ่งกันและกันอยู่เสมอ และ

3) ระยะเวลาที่จำกัด และร่างกฎหมายต่าง ๆ มีความสำคัญไม่เท่ากัน การจัดตั้งสำนักงานกลางย่อมเป็นวิธีทางให้มีการควบคุมได้ว่าร่างกฎหมายใดควรร่างก่อน และหลัง

ขั้นตอนการร่างกฎหมาย<sup>6</sup> เริ่มจากรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีส่งข้อเสนอแนะในการร่างกฎหมาย (instruction) ไปยังนักร่างกฎหมายอันดับ 1 โดยข้อเสนอแนะในการร่างกฎหมายดังกล่าวจะประกอบด้วย

ก) ข้อมูลภูมิหลังที่จำเป็นเพื่อให้ให้นักร่างกฎหมายสามารถมองภาพได้อย่างชัดเจน และนำเสนอข้อเท็จจริงและปัญหาที่ต้องตรากฎหมายนี้ขึ้น

ข) แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ที่สำคัญในการเสนอข้อเสนอแนะในการร่างกฎหมายออกมอย่างชัดเจนและให้มากที่สุด

ค) แสดงให้เห็นถึงหนทางที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ และ

ง) อ้างอิงถึงผลกระทบที่จะตามมาเท่าที่ทราบ และอ้างอิงถึงความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นทั้งทางด้านกฎหมาย สังคม และการบริหาร

เมื่อได้รับข้อเสนอแนะในการร่างกฎหมายแล้ว นักร่างกฎหมายอันดับ 1 ก็จะกำหนดแผนงานร่างกฎหมาย โดยอาจจะดำเนินการร่างกฎหมายนั้นเองหรือมอบหมายให้นักร่างกฎหมายท่านอื่นเป็นผู้ดำเนินการ และจะต้องมีการกำหนดนักร่างกฎหมายระดับรองลงมาเป็นผู้ช่วย การจะจัดรูปแบบในการร่างกฎหมายอย่างใดขึ้นอยู่กับความยากง่ายของงาน ความเร่งด่วน ความสำคัญ ตลอดจนขนาดของร่างกฎหมาย หากเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเงินก็จะให้นักร่างกฎหมาย จำนวน 2 คนรับผิดชอบ เมื่อทำการร่างกฎหมายเสร็จแล้วสำนักงานร่างกฎหมายจะส่งร่างกฎหมายให้กับคณะรัฐมนตรีโดยไม่มี การตรวจสอบร่างกฎหมายอีกอย่าง เป็นแบบแผนเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ

<sup>6</sup>David R. Miers. and Alan C. Page, Legislation, pp.84-85



### 1.1.2 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสการยกร่างรัฐบัญญัติ (Projects de loi) จะให้กระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวทำหน้าที่ยกร่างกฎหมาย

การยกร่างรัฐบัญญัติ (Projects de loi) ของประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นโดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ<sup>8</sup> ซึ่งผู้ที่ทำการร่างกฎหมายอาจจะสำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมายหรือไม่ก็ได้ และผู้ที่ทำการร่างก็ไม่จำเป็นต้องเป็น "นักร่างกฎหมาย" เหมือนประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศเครือจักรภพ อย่างเช่น การร่างกฎหมายฉบับ 74-631 ลงวันที่ 5 กรกฎาคม 1974 ซึ่งลดอายุของผู้บรรลุนิติภาวะเหลือ 18 ปี ร่างขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของแผนกกิจการพลเรือน (sous-direction des affaires civiles) กระทรวงยุติธรรม และผู้ที่ทำการร่างเป็นผู้พิพากษาที่มีอายุการทำงานเพียงไม่กี่ปี หรือการแก้ไขประมวลกฎหมายขนส่ง (code du Travel) ก็กระทำโดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวงขนส่ง (the Ministère du Travail) แต่กฎหมายบางฉบับก็ได้มีการมอบหมายให้บุคคลภายนอกทำการร่าง เช่น การร่างกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณ (the Budget) ของกระทรวงเศรษฐกิจและการคลัง (the ministère de l'Économie et des Finances) ได้มอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญนอกกระทรวงคือ ศาสตราจารย์คาร์บอนแนร์ (Professor Carbonnier) ทำการร่าง บางกฎหมายก็มีการจัดตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นมาทำการร่าง เช่น การร่างกฎหมายปรับปรุงกฎหมายอาญา (the Penal Code) เป็นต้น เมื่อยกร่างรัฐบัญญัติเสร็จเรียบร้อยแล้ว รัฐมนตรีเจ้ากระทรวงก็จะส่งร่างไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secretary General of the Government) เพื่อให้สภาแห่งรัฐตรวจพิจารณาต่อไป

หลักการสำคัญของการร่างกฎหมายของฝรั่งเศสคือการให้ผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ ทำการร่างตั้งแต่ในขั้นกระทรวงแล้วส่งไปตรวจพิจารณาที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีนักร่างกฎหมายเป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ

<sup>8</sup>Sir William Dale. Legislative Drafting: A New Approach. (London, Butterworths, 1977): 83-105



ทั้งนี้ผู้ที่ทำการร่างกฎหมายก็คือ เจ้าหน้าที่ของกระทรวง ซึ่งเป็นผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีสาขากฎหมายหรือสาขาอื่นใดก็ได้ผ่านการศึกษานในวิทยาลัยการปกครองแห่งชาติ (the Ecole Nationale d'Administration) ซึ่งเป็นสถาบันผลิตข้าราชการพลเรือนชั้นสูงของฝรั่งเศส หลักสูตร 3 ปี และในการศึกษานในวิทยาลัยดังกล่าวเป็นเวลา 3 ปี ก็ไม่ปรากฏว่าจะมีการสอนเรื่องการร่างกฎหมายเลยแม้แต่ชั่วโมงเดียว ผู้สำเร็จการศึกษานจากสถาบันดังกล่าวจะได้รับการบรรจุในหน่วยงานต่าง ๆ ของฝรั่งเศส

### 1.1.3 ประเทศเยอรมัน

การยกร่างรัฐบัญญัติของประเทศเยอรมันจะทำโดยเจ้าหน้าที่ของกระทรวงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ซึ่งผู้ที่ทำหน้าที่ร่างกฎหมายจะต้องผ่านการอบรมเกี่ยวกับเทคนิคการร่างกฎหมายเพื่อให้เกิดทักษะและประสบการณ์ในการร่างกฎหมายและมีคู่มือในการร่างกฎหมายที่เรียกว่า "Blue Checklist" ประกอบในการดำเนินการยกร่างกฎหมาย<sup>9</sup>

การเริ่มต้นของการร่างกฎหมายอาจจะเกิดจากความต้องการของรัฐบาลหรือตามความต้องการของสาธารณะ ในส่วนของผู้พิพากษานในศาลหากมีความต้องการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเนื่องมาจากคำพิพากษาก็อาจจะเสนอความคิดในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายไปยังกระทรวงยุติธรรมได้ เพื่อจะได้ส่งต่อไปยังกระทรวงที่เกี่ยวข้องต่อไป เมื่อเจ้าหน้าที่ของกระทรวงได้ทำการยกร่างกฎหมายแล้วก็จะได้มีการนำเอาร่างกฎหมายมาให้นุคคณายนอกตรวจสอบวิพากษ์วิจารณ์ หรือในกรณีที่เป็นกฎหมายสำคัญก็อาจจะมีการมอบหมายให้ผู้เชี่ยวชาญ หรือคณะกรรมการเฉพาะกิจ ทำการยกร่างซึ่งก็ต้องมีการนำร่างกฎหมายขอรับความคิดเห็นต่อบุคคณายนอกเช่นเดียวกัน เมื่อได้ทำการรับฟังความคิดเห็น

<sup>9</sup>Karl-Peter Sommermann, Legislative Process and Rationality, submitted to the Second International Dialogue Seminar on Law Reform and Law Drafting, Rayong, Thailand, 5-8 August 1993 p.6 (Mimeographed)

แล้วก็จะมีการตรวจสอบกฎหมายตามความคิดเห็นที่ได้รับแล้วจึงเสนอให้รัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับการเมืองรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงจะต้องนำร่างกฎหมายให้กระทรวงที่เกี่ยวข้องและรัฐบาลของหน่วยปกครองระดับมลรัฐ (Lander) ร่างกฎหมายทุกร่างจะต้องส่งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อตรวจสอบว่าขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ นอกจากนี้ยังทำการตรวจสอบเกี่ยวกับความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น, สวัสดิการ ร่างกฎหมาย เป็นต้น หลังจากนั้นก็จะส่งร่างกฎหมายกลับไปยังกระทรวงที่ยกร่างกฎหมายเพื่อให้รัฐมนตรีเจ้ากระทรวงพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เมื่อเป็นที่พอใจแล้วรัฐมนตรีก็จะนำร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีต่อไป ในส่วนของภาษากฎหมายนั้นเยอรมันให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งร่างกฎหมายจะต้องส่งไปตรวจสอบความถูกต้องของภาษากับสมาคมภาษาเยอรมัน (German Language Association) เสียก่อน<sup>10</sup>

#### 1.1.4 ประเทศสวีเดน<sup>11</sup>

ประเทศสวีเดนมีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่างกฎหมาย (the Drafting Commission) ซึ่งเป็นคณะกรรมการเฉพาะกิจ ทำหน้าที่ในการสืบค้นหาข้อมูลและยกร่างกฎหมาย โดยคณะกรรมการเป็นคณะทำงานที่มีขนาดเล็ก บางคณะอาจมีคณะกรรมการเพียงคนเดียวและมีเลขานุการเป็นผู้ช่วยเท่านั้น เช่น การยกร่างกฎหมายซื้อขาย (the Consumer Sale Law) ปี ค.ศ. 1973 ได้แต่งตั้งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องการซื้อขายสินค้าเพียงผู้เดียวเท่านั้นเป็นคณะกรรมการ แต่ส่วนใหญ่คณะกรรมการจะมีจำนวนระหว่างสามหรือสี่คน หากร่างกฎหมายเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมืองจะต้องตั้งคณะกรรมการจากสภาไรสดัก (Riksdag) เข้าร่วมเป็นคณะกรรมการด้วย ส่วนใหญ่คณะกรรมการมักจะแต่งตั้งจากนักกฎหมายระดับสูงโดยเฉพาะผู้พิพากษา หากแต่งตั้งจากข้าราชการก็ต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญที่สามารถให้คำแนะนำเกี่ยวกับเทคนิคหรือการบริหารได้

<sup>10</sup>Sir William Dale, Legislative Drafting: A New Approach, p. 111

<sup>11</sup>Ibid., pp. 97-105

การร่างกฎหมายรัฐบาลจะให้คำแนะนำในการร่างกฎหมาย เป็นหลักการที่มีลักษณะกว้าง ๆ ต่อคณะกรรมการร่างกฎหมาย เช่น การร่างพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ปี ค.ศ. 1960 รัฐบาลไม่ได้ให้หลักการอะไรเลยนอกจากเพียงว่าให้น้ำความสำเร็จของกฎหมายประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียมาเป็นแนวทางในการร่าง

คณะกรรมการจะทำการสืบสวนหาข้อมูลโดยการจัดทำแบบสอบถาม ส่งไปยังบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังต้องมีการจัดการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอีกด้วย เมื่อได้ทำการสืบสวนหาข้อมูลเป็นที่เรียบร้อยแล้วคณะกรรมการก็จะจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐบาล โดยรายงานต้องประกอบด้วยสถานะของการร่างกฎหมายรายชื่อของผู้ที่ให้ความคิดเห็น มุมมองของประชาชนหรือองค์กรที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งเหตุผลของแต่ละคน รายงานจะต้องมีร่างกฎหมายแนบมาด้วยโดยต้องแสดงเหตุผลประกอบร่างกฎหมายด้วย และตัวอย่างการทำงานของกฎหมาย ซึ่งรายงานของคณะกรรมการมีความหนาแน่นมาก โดยทั่วไปรายงานจะมีเอกสารประมาณ 500-600 หน้า

เมื่อได้รับรายงานแล้วรัฐมนตรีก็จะตรวจดูรายงานแล้วก็จะมีความเห็นเสนอไปยังรัฐมนตรีทุกคนและสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายของนายกรัฐมนตรี (ซึ่งก่อตั้งเมื่อไม่นานนี้เอง) ซึ่งร่างกฎหมายสามารถเปลี่ยนแปลงใหม่ได้ตามความต้องการของสำนักงานที่ปรึกษากฎหมายของนายกรัฐมนตรี หลังจากนั้นก็จะเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เมื่อคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาร่างกฎหมายแล้ว หากเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ ก่อนที่จะเสนอเข้าสู่การพิจารณาของสภา คณะรัฐมนตรีอาจขอคำปรึกษาหารือเกี่ยวกับร่างกฎหมายไปยังสภาทนายความ (Law Council) ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยผู้พิพากษา แต่ความเห็นของสภาทนายความไม่ผูกมัดคณะรัฐมนตรีที่จะต้องเห็นชอบแต่อย่างใด

### 1.1.5 ประเทศสหรัฐอเมริกา

การเสนอร่างรัฐบัญญัติในประเทศสหรัฐอเมริกาเสนอได้เฉพาะสมาชิกสภาองเกรส (ทั้งระดับสหรัฐและมลรัฐ) ซึ่งร่างรัฐบัญญัติแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ (มีผลเป็นการทั่วไป) และ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเอกชน (มีผลต่อคนบางคนหรือบางกลุ่ม) เมื่อผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภาแล้วก็จะเสนอให้ประธานาธิบดีลงนามประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป อำนาจในการเสนอกฎหมายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีเท่าเทียมกันยกเว้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากรจะต้องเริ่มจากการเสนอผู้สภาผู้แทนราษฎรก่อนเมื่อผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้วจึงจะนำเข้าสู่การพิจารณาของวุฒิสมาชิก

นอกจากนี้ยังมีร่างกฎหมายอีกแบบหนึ่งคือร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ (joint resolution) ซึ่งต้องได้รับเสียงสนับสนุนไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของแต่ละสภาแล้วจะมีการส่งไปยังมลรัฐต่าง ๆ เพื่อให้สัตยาบัน และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากมลรัฐต่าง ๆ ไม่น้อยกว่า 3 ใน 4

การเริ่มต้นของการเสนอร่างกฎหมายมีหลายรูปแบบ อย่างเช่น ประธานาธิบดีต้องการให้มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องใดขึ้นมาซึ่งบังคับก็ส่งสารพิเศษไปยังสภาองเกรสผ่านผู้นำเสียงข้างมากในสภาหรือประธานคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อเสนอของประธานาธิบดีจะได้รับการตอบสนองจากผู้นำเสียงข้างมากหรือประธานคณะกรรมการสามัญคณะที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นหากการเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวเข้าสู่สภาที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ในส่วนของประชาชนหรือกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ตลอดจนนักล็อบบี้ (lobbies) หรือหน่วยงานของรัฐหากต้องการให้สภาบัญญัติกฎหมายเรื่องใดก็สามารถทำได้โดยเสนอความต้องการไปยังสมาชิกสภาองเกรสเพียงแต่ผู้มีสิทธิในการเสนอร่างรัฐบัญญัติคือสมาชิกสภาเท่านั้น<sup>12</sup>

แรกเริ่มเดิมทีการกร่างกฎหมายของสมาชิกสภาไม่ได้มีระเบียบแบบแผนที่แน่นอนแต่มีห้องสมุดของรัฐสภาและของมลรัฐจะเป็นแหล่งข้อมูลที่สำคัญของการกร่าง

<sup>12</sup>Timothy Grendell. "The Legal System of the United State of America," Modern Legal Systems Cyclopedia Volume 1, Buffalo 1988 pp. 1.40.7-1.40.18

กฎหมายของสมาชิกสภา การยกร่างกฎหมายขึ้นอยู่กับสมาชิกแต่ละท่านจะจัดทำร่างพระราชบัญญัติอย่างไร บางรายก็ให้ผู้พิพากษายกร่างไว้ บางรายก็ทำด้วยการยกร่างไว้ หรือบางรายก็จ้างทนายความยกร่างไว้<sup>13</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ.1919 ได้มีการจัดตั้งสำนักงานบริการยกร่างกฎหมาย (The Legislative Drafting service) ขึ้นในปี ค.ศ.1919 ตามรัฐบัญญัติ The Revenue Act of 1918 และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น Office of Legislative Counsel ตามรัฐบัญญัติ The Revenue Act of 1924<sup>14</sup>

หน้าที่ของนักร่างกฎหมาย (Legislative Counsel) คือ

- 1) ให้ความปรึกษาและช่วยเหลือสมาชิกสภาในการจัดเตรียมร่างกฎหมาย เพื่อให้ได้ร่างกฎหมายที่ชัดเจน ถูกต้องตามแบบและภาษา และตอบสนองนโยบายที่ต้องการ
- 2) ให้ความปรึกษาและช่วยเหลือกรรมการ ในการพิจารณาร่างกฎหมายที่เสนอมารวมทั้งปรับปรุงร่างกฎหมายดังกล่าวให้ชัดเจนถูกต้องตามแบบและภาษา และตอบสนองนโยบายที่ต้องการ

ตำแหน่งนักร่างกฎหมาย เป็นตำแหน่งเฉพาะตัวบุคคลทำงานแบบเต็มเวลา แยกกันเป็นอิสระระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยได้รับการแต่งตั้งจากประธานสภาของแต่ละสภา แม้ว่าจะได้รับการแต่งตั้งจากนักการเมือง แต่ก็ได้รับหลักประกันในการทำงาน และในทางปฏิบัติจะไม่มีการปลดออกจากตำแหน่ง จนกว่าจะลาออกเองหรือขอเกษียณอายุ

นอกจากจะมีนักร่างกฎหมาย แล้วในส่วนของสำนักงานยังมีนักร่างกฎหมายประจำสำนักงาน (Attorney) ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีความรู้ความชำนาญ

<sup>13</sup>หยุด แสงอุทัย, เอกสารในเชิงอรรถที่ 5, หน้า 41-42

<sup>14</sup>เรียบเรียงจาก กนกกันต์ ศิริชนะ, "การร่างกฎหมายในสหรัฐอเมริกา" เอกสารประกอบการฝึกอบรมหลักสูตรการร่างกฎหมาย ครั้งที่ 1 ณ ศูนย์ฝึกอบรม บตท. เขาน้อยอำเภอศรีราชา จังหวัดชลบุรี วันที่ 20-21 กุมภาพันธ์ 2531

ในการร่างกฎหมายเป็นอย่างดี ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการพลเรือนแต่เป็นลูกจ้างของฝ่ายนิติบัญญัติ มีการเกษียณอายุและสิทธิพิเศษเช่นเดียวกับข้าราชการพลเรือน และคุณสมบัติส่วนตัว ทางวิชาการต้องสำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนกฎหมายที่มีชื่อเสียง และเป็นสมาชิกของเนติบัณฑิตยสภา มีความสามารถในการวิเคราะห์ปัญหากฎหมาย สามารถแสดงออกทั้งการพูดและการเขียน หากเคยมีประสบการณ์การวิจัยกฎหมายหรือเขียนบทความในวารสารจะเป็นประโยชน์ในการพิจารณา วิชาที่เรียนหากเคยเรียนวิชาการร่างกฎหมายหรือกฎหมายภาษีอภกรหรือกฎระเบียบทางการค้าจะได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษ ในด้านส่วนตัวจะพิจารณาจากภูมิภาวะ ความรับผิดชอบต่องาน ทัศนคติในการทำงาน ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยการสัมภาษณ์โดยตัวนักร่างกฎหมายเอง

สำนักงานบริการยกร่างกฎหมาย มีการแบ่งส่วนออกไปตามกลุ่มของกฎหมาย เช่น สำนักงานบริการยกร่างกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีการแบ่งออกเป็น 5 ฝ่าย มีผู้ช่วยหัวหน้าฝ่าย (Principal deputies) เป็นผู้รับผิดชอบหลัก มีหัวหน้าฝ่าย 1 คน และมีผู้ช่วย อีก 2 คน

การยกร่างกฎหมายเริ่มจากสำนักงานงานบริการยกร่างกฎหมายได้รับคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรจากสมาชิกสภา โดยระบุบรรยายหรือหลักการของร่างกฎหมายที่แน่นอนและเพียงพอ ซึ่งการร้องขอให้ยกร่างกฎหมายถือเป็นเรื่องส่วนตัวของสมาชิกแต่ละคน ไม่มีการปรึกษาหารือหรือขอข้อมูลจากฝ่ายบริหารหรือแพร่พรายให้สมาชิกท่านอื่นรู้ แม้ว่าจะเป็นการร้องขอให้ร่างกฎหมายในเรื่องเดียวกันก็ตาม

การยกร่างกฎหมายจะอยู่ในมาตรฐานเดียวกันโดยอาศัย "คู่มือการยกร่างกฎหมาย" และ "คู่มือแบบและวิธีการร่างกฎหมาย" เป็นแนวทางในการยกร่างกฎหมาย และมีการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์มาช่วยในการทำงานอย่างกว้างขวาง

สำหรับร่างกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Administrative Rule หรือ

Administrative Regulation) ซึ่งเป็นการออกกฎหมายขององค์กรของรัฐ ที่ได้รับอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ตามกรอบของรัฐบัญญัตินั้น ๆ (มีทั้งระดับสหรัฐและระดับมลรัฐ)

องค์กรที่สำคัญขององค์กรแรกของสหรัฐที่ทำการออกกฎเกณฑ์คือคณะกรรมการพาณิชย์ระหว่างรัฐ (the Interstate Commerce Commission) เมื่อปี ค.ศ.1887 ส่วนองค์กรของสหรัฐที่ออกกฎเกณฑ์อย่างมีประสิทธิภาพที่สุดของสหรัฐคือคณะกรรมการการค้าสหรัฐ (the Federal Trade Commission), คณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (the Securities and Exchange Commission), องค์กรพิทักษ์สิ่งแวดล้อม (the Environment Protection Agency), องค์กรบริหารการบินสหรัฐ (the Federal Aviation Administration) และคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์แห่งชาติ (the National Labor-Relation Board) ซึ่งองค์กรเหล่านี้ออกกฎเกณฑ์โดยนักเทคนิคและผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายขององค์กร

ก่อนที่หน่วยงานต่าง ๆ จะออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาใช้บังคับจะมีกระบวนการป้องกันมิให้เกิดปัญหาในการใช้อำนาจตามกฎหมายโดยหน่วยงานต่าง ๆ จะมีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะและให้โอกาสแสดงความคิดเห็นของกลุ่มผลประโยชน์ แม้จะไม่มีกระบวนการบังคับว่าจะต้องทำทุกเรื่องก็ตาม

กระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ (quasi-judicial) และกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative) โดยมีลักษณะการรับฟังความคิดเห็นคล้ายการรับฟังพยานในศาล และการออกกฎเกณฑ์ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานของกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งศาลสามารถทำการตรวจสอบ (review) กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ โดยการพิจารณาถึงอำนาจที่ได้รับจากกฎหมายแม่ (statute) และการรับฟังความคิดเห็นของสาธารณะก่อนออกกฎเกณฑ์<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Timothy Grendell, "The Legal System of the United State of America, p.1.40.7-1.40.18

## 1.2 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ

### 1.2.1 การพิจารณาโดยหน่วยงานของฝ่ายบริหาร

ในเกือบทุกประเทศที่ทำการวิจัยพบว่าไม่มีการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยองค์การของฝ่ายบริหาร เป็นกิจจะลักษณะยกเว้นประเทศฝรั่งเศสที่มีการตรวจพิจารณาร่างรัฐบัญญัติโดยสภาแห่งรัฐ

ในประเทศอังกฤษและเครือจักรภพการพิจารณาร่างกฎหมายขึ้นอยู่กับคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการพิจารณาในแง่ของการเมืองมากกว่าด้านกฎหมาย

ในประเทศเยอรมันเป็นการพิจารณาโดยกระทรวงยุติธรรมเป็นการพิจารณาอย่างกว้าง ๆ เกี่ยวกับความเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น ความถูกต้องตามกระบวนการนิติบัญญัติ และรูปแบบของการร่างกฎหมาย

ในประเทศสวีเดนหากเป็นเรื่องสำคัญก็ส่งไปให้สภากฎหมาย (Law Council) ซึ่งเป็นสถาบันตุลาการตรวจพิจารณา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อร่างกฎหมายที่ร่างโดยสำนักงานบริการกร่างกฎหมายแล้วก็ไม่มีการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย เพราะการพิจารณาร่างกฎหมายที่สำคัญที่สุดอยู่ที่การพิจารณาในสภาโดยเฉพาะในคณะกรรมการ

ในประเทศฝรั่งเศสร่างรัฐบัญญัติส่งไปตรวจยังสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และเมื่อจะทำการอธิบายถึงกระบวนการร่างกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ต้องทำความรู้จักกับสภาแห่งรัฐ และเลขานุการเจ้าของเรื่อง (Rapporteur) ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการร่างพิจารณาร่างกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเสียก่อน

สภาแห่งรัฐจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1799 ภายหลังจากที่ นโปเลียน โบนาปาร์ต



มีอำนาจในการปกครองของฝรั่งเศส จัดตั้งขึ้นมาโดยเลียนแบบสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ "เพื่อแก้ไขปัญหาและความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นในการบริหารราชการ" มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ เป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลโดยทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมายและ ำให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาลและเป็นศาลปกครองชั้นสูงสุดในระบบศาลปกครองของฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานโดยตำแหน่ง (ในทางปฏิบัติ นายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่เป็นประธานเฉพาะในงานพิธีการที่สำคัญ ๆ เท่านั้น แต่ ้านายกรัฐมนตรีติดราชการก็จะมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ปฏิบัติหน้าที่แทน) มีรองประธานเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของสภาแห่งรัฐ บริหารงานของหน่วยงานธุรการของสภาแห่งรัฐ

การจัดองค์กรของฝ่ายร่างกฎหมายและให้คำปรึกษา แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ

ก) ที่ประชุมใหญ่ (Assemble Generale) แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ที่ประชุมใหญ่แบบเต็มคณะ (Assemblee Pleniere) ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของแต่ละสภาแห่งรัฐซึ่งดำรงตำแหน่งในระดับ Conseiller d'Etat ขึ้นไปซึ่งมีจำนวนทั้งหมดประมาณ 100 คน และที่ประชุมใหญ่แบบธรรมดา (Assemblee Generale Ordinaire)

ข) คณะต่าง ๆ 4 คณะ คือ คณะมหาดไทย คณะการคลัง คณะโยธาธิการ และคณะสังคม ซึ่งจะแบ่งงานกันตามความเชี่ยวชาญของแต่ละคณะ ซึ่งแต่ละคณะจะมีสมาชิก 15-20 คน<sup>16</sup>

การจัดองค์กรของฝ่ายพิจารณาคดีมีการแบ่งออก 10 คณะ ซึ่งจะไม่ขอกกล่าวถึง ในรายละเอียด

เลขานุการเจ้าของเรื่องมีบทบาทมากที่สุดในการตรวจร่างกฎหมายของสภาแห่งรัฐทั้งร่างรัฐบัญญัติและกฤษฎีกา ได้รับการแต่งตั้งให้รับผิดชอบในการตรวจร่างกฎหมายแต่ละ

<sup>16</sup>การบรรยายสรุปเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสโดยนาย Massot, วารสารกฎหมายปกครอง ฉบับพิเศษ เล่ม 13 ตอน 1, 2537:357-358

ฉบับจากหัวหน้าคณะ (president of the section)

หน้าที่ของเลขานุการเจ้าของเรื่องงานการตรวจร่างกฎหมายมีดังนี้

- 1) ศึกษาร่างกฎหมาย
- 2) จัดเตรียมการเสนอความเห็นต่อคณะหรือที่ประชุมใหญ่
- 3) เสนอความเห็นในรูปรายงาน
- 4) มีส่วนร่วมในการโต้เถียง
- 5) จัดทำสรุปความเห็นขั้นสุดท้ายและรายงานการประชุม<sup>17</sup>

เมื่อกระทรวงร่างเสร็จเรียบร้อยแล้วก็จะส่งร่างกฎหมายไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (Secrétaire general du Gouvernement) และส่งต่อไปยังสภาแห่งรัฐและมีการแต่งตั้งเลขานุการเจ้าของเรื่องขึ้นมารับผิดชอบ

เลขานุการเจ้าของเรื่องจะทำการตรวจสอบร่างกฎหมายที่ส่งมาจากกระทรวง โดยต้องตั้งคำถามต่อร่างกฎหมายดังกล่าวว่าให้สามารถเป็นทั้งกฎหมาย และการบริหารที่ดี ซึ่งต้องพิจารณาถึงอรรถประโยชน์จากมุมมองที่สามารถตอบสนองต่อนโยบายของรัฐบาล กฎหมายที่ร่างขึ้นใหม่ต้องสอดคล้องกับกฎหมายที่มีอยู่เดิม เลขานุการเจ้าของเรื่องสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงต้นร่างกฎหมายได้ เพื่อให้การนำใช้ประมวลกฎหมายสะดวกยิ่งขึ้น และยังสามารถเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายใหม่เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ของรัฐบาล

ลักษณะการร่างกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นแบบที่เรียกว่า "sobre" กล่าวคือ วิชาอย่างประหยัคคุ้มค่าไม่เขียนกฎหมายยืดเยื้อยาวเกินความจำเป็น ความหมายของแต่ละคำชัดเจน หลีกเลียงสิ่งที่จะก่อให้เกิดความยุ่งยากจนต้องมาตีความภายหลัง มีบทวิเคราะห์ศัพท์เพื่อให้ได้ความหมายที่ชัดเจน

<sup>17</sup> Sir William Dale, Legislative Drafting: A new Approach,

เมื่อร่างกฎหมายผ่านการตรวจพิจารณาของเลขานุการเจ้าของเรื่องแล้วก็จะนำเสนอต่อคณะ ในการพิจารณาร่างกฎหมายของคณะ 18 จะมีสมาชิกของคณะ เลขานุการ คณะ และผู้แทนของรัฐบาล (Commissaire du Gouvernement) เข้าร่วมประชุม การประชุมเป็นไปตามระเบียบวาระ เลขานุการเจ้าของเรื่องก็จะเริ่มอธิบายวัตถุประสงค์ หรือหลักการของร่างกฎหมาย ซึ่งติดตามด้วยการร่างที่พิจารณาบททวนแล้วที่ละมาตรา ผู้แทนรัฐบาล ซึ่งมีสิทธิชี้แจงแต่ไม่มีสิทธิลงมติก็อาจจะขอให้สมาชิกผู้ใดก็ตาม การลงมติจะกระทำเรียงตามมาตราไป หรือเรียงวรรคก็ได้ถ้าจำเป็น ประธานจะเป็นผู้ ควบคุมการอภิปรายให้ถูกวิธีที่สุดเท่าที่จะทำได้ การตั้งข้อสังเกตของที่ประชุมแม้ว่าจะกระทำ ได้โดยเสรีก็จะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของการปรับปรุงร่างให้ดีขึ้น ไม่ให้ตั้งข้อสังเกต นอกเรื่อง หลังจากนั้นเลขานุการเจ้าของเรื่องก็ต้องทำหน้าที่แก้ไขร่างให้เป็นไปตามมติ ไม่ว่าจะได้เห็นด้วยกับมติหรือไม่ก็ตาม ร่างที่ผ่านการพิจารณาแล้วก็ต้องให้ประธาน เลขานุการเจ้าของเรื่องและเลขานุการลงชื่อกำกับ โดยประธานอาจแก้ไขร่างได้อีกเล็กน้อย แต่ทั้งนี้จะต้องไม่ขัดแย้งกับมติของที่ประชุมแล้วจึงส่งร่างนั้นไปยังรัฐมนตรีของกระทรวงที่ เกี่ยวข้องหรือส่งไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะเป็นกรณีที่ต้องส่งร่าง เข้าที่ประชุมใหญ่

ร่างรัฐบัญญัติทุกร่างต้องผ่านที่ประชุมใหญ่ สำหรับร่างกฎหมาย การตรวจ พิจารณากฎหมายในที่ประชุมใหญ่ ซึ่งอาจจะเป็นที่ประชุมใหญ่แบบเต็มคณะหรือแบบธรรมดา เลขานุการเจ้าของเรื่องจะต้องทำหน้าที่ชี้แจงร่างต่อที่ประชุม ที่ประชุมจะพิจารณาเฉพาะ ปัญหาสำคัญ โดยไม่ยุ่งเกี่ยวกับรายละเอียดซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่หน้าที่ของคณะต่าง ๆ นั้นหาก รองประธานสภาแห่งรัฐหรือประธานคณะพิจารณา เห็นสมควรให้เข้าที่ประชุมใหญ่ก็อาจจะ กระทำได้ ที่ประชุมใหญ่ประชุมสัปดาห์ละครั้งในตอนบ่าย การพิจารณาอาจมีการรื้อฟื้น ประเด็นที่พิจารณาแล้วในแต่ละฝ่ายขึ้นมาใหม่อีก การพิจารณาเช่นนี้ทำให้ร่างกฎหมายที่ผ่าน ออกมา มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

18. เรียบเรียงจากเบอร์นาร์ด ดูกาแมง, "บทบาทของ Conseil d'Etat ในการร่างกฎหมาย," วารสารกฎหมายปกครอง (เล่ม 1 เมษายน 2525 ตอน 1):

งานกรณีพิเศษที่นายกรัฐมนตรีประกาศว่าร่างรัฐธรรมนูญนี้จะต้องตราขึ้นมาใช้บังคับโดยรีบด่วนร่างกฎหมายนั้นก็จะไม่ต้องผ่านการพิจารณาของแต่ละคณะและที่ประชุมทั้งหมดตามที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งทำให้เสียเวลา แต่จะนำเข้าสู่การพิจารณาพิเศษใน the Commission permanente โดยตรงคณะกรรมการชุดนี้ก็มียोगค์ประกอบเช่นเดียวกับที่ประชุมใหญ่ แต่มีจำนวนผู้เข้าร่วมประชุมน้อยกว่าและ Maitres des Requetes ก็อาจเข้าร่วมประชุมได้ด้วยรองประธานสภาแห่งรัฐเป็นประธานในที่ประชุม การประชุมแม้ว่าจะรีบด่วนก็ต้องกระทำด้วยความรอบคอบ เพราะมีประเด็นเป็นจำนวนมากที่กระทรวงเข้าของเรื่องไม่ได้พิจารณา

สำหรับการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของสภาแห่งรัฐมีดังนี้

(1) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแบบร่างกฎหมาย

แบบร่างกฎหมายมีความเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับเนื้อหาสาระของกฎหมายมากกว่าที่คิดกันไว้ บทบัญญัติที่คลุมเครือและสับสนยังไม่ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่สภาแห่งรัฐมีวิธีการตรวจสอบในเรื่องนี้ตามขั้นตอนดังนี้

ก) การเสนอเรื่อง

ข) สীลาและภาษา

ค) ความรัดกุม

ง) ความชัดเจนและความแน่นอน

(2) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระ

หน้าที่เบื้องต้นของสภาแห่งรัฐก็คือจะต้องช่วยรัฐบาลในการปฏิบัติภารกิจให้เป็นไปตามหลักเรื่องลำดับชั้นแห่งกฎหมายโดยบอกปิดร่างกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับหลักดังกล่าว หรือแก้ไขเพิ่มเติมร่างดังกล่าวให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์นั้น

นอกจากปัญหาแล้วสภาแห่งรัฐยังจะต้องพิจารณาต่อไปอีกด้วยว่าบทบัญญัติแห่งร่างกฎหมายจะมีปัญหาทางปฏิบัติเกิดขึ้นหรือไม่ เช่น มาตรการทางกฎหมายอาจต้องใช้งบประมาณมากเกินไป หรือมีปัญหาซับซ้อนในการบริหารงาน

ในการปฏิบัติหน้าที่ในส่วนนี้สภาแห่งรัฐกระทำได้ดีผลดีเพราะสมาชิกของ

สภาแห่งรัฐมีประสบการณ์ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในด้านการวินิจฉัยคดีปกครอง และมีประสบการณ์ทางด้านการบริหารรัฐกิจ สภาแห่งรัฐได้ใช้แนวคิดดังต่อไปนี้ในการตรวจร่างกฎหมายคือ

- (ก) หลักกฎหมายทั่วไป
- (ข) รัฐธรรมนูญ
- (ค) อนุสัญญาระหว่างประเทศ
- (ง) กฎที่ออกโดยประชาคมเศรษฐกิจยุโรป
- (จ) รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (organic law)
- (ฉ) รัฐบัญญัติต่าง ๆ

สำหรับร่างกฎหมายที่ผ่านการตรวจพิจารณาของสภาแห่งรัฐที่มีการแก้ไขมีผลดังนี้

- 1) การแก้ไขแบบบางส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขแบบซึ่งได้แก่การแก้ไขสภาการร่างกฎหมาย ถ้อยคำ เลขมาตรา และลำดับก่อนหลังของบทบัญญัตินั้น อาจกล่าวได้ว่าข้อเสนอแนะของสภาแห่งรัฐ รัฐบาลปฏิบัติตามส่วนใหญ่ด้วย
- 2) การแก้ไขเนื้อหาสาระ (หลักการ) ต้องแยกพิจารณาระหว่างร่างรัฐบัญญัติและร่างกฤษฎีกา และต้องแยกพิจารณาระหว่าง การคัดค้านในแง่ของกฎหมายกับการคัดค้านในแง่ของความเหมาะสม
  - ก) การคัดค้านร่างกฤษฎีกา หากสภาแห่งรัฐมีข้อคัดค้านในแง่กฎหมายแล้ว รัฐบาลจะปฏิบัติตามคำแนะนำของสภาแห่งรัฐทันที เพราะถ้ารัฐบาลไม่ปฏิบัติตาม ก็อาจจะเสี่ยงกับการที่กฤษฎีกาดังกล่าวจะถูกทบทวนความชอบด้วยกฎหมายและถูกประกาศเป็นโรมฆะโดยคณะพิจารณาคดีปกครอง (section du contentieux) ของสภาแห่งรัฐภายหลัง

การคัดค้านร่างรัฐบัญญัตินั้น สภาแห่งรัฐมีข้อคัดค้านไม่บ่อยนักและก็ไม่ค่อยจะรับนับว่าให้รัฐบาลรับฟังได้ง่าย ๆ การที่ไม่มีข้อคัดค้านในแง่ของกฎหมาย เพราะรัฐบัญญัตินั้นมีลำดับชั้นสูงอยู่แล้ว และอำนาจของรัฐสภาก็เป็นที่มาของรัฐบัญญัติ ซึ่งเพียงแต่อยู่ภายใต้บังคับรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น ส่วนการที่รัฐบาลไม่ค่อยจะรับฟังหากมีข้อคัดค้าน ก็เพราะรัฐบัญญัติเป็นคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล แต่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภาและรัฐสภามักไม่ทราบเรื่องและ

รัฐบาล เชื่อได้ว่าจะไม่มีการยกประเด็นดังกล่าวขึ้นในรัฐสภาอีก

ข) สำหรับการคัดค้านร่างกฎหมายของรัฐบาลด้วยเหตุผลอื่นมิใช่เหตุผลทางกฎหมาย เรื่องนี้ปัญหาที่ว่ารัฐบาลจะทำตามหรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐบาลได้ผูกพันกับปัญหาดังกล่าวเพียงใด และได้โฆษณาเรื่องนี้ไว้แล้วมากน้อยแค่ไหน

### 1.2.2 การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในรัฐสภา

เมื่อร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา ก็เป็นหน้าที่ของรัฐสภาในการตรวจสอบพิจารณาว่าจะรับร่างกฎหมายฉบับนั้นหรือไม่ หรือจะมีการแปลงแก้ไขอย่างไร ซึ่งแต่ละประเทศก็จะกำหนดให้อำนาจในการเสนอกฎหมายของสมาชิกแตกต่างกัน แต่มีสิ่งๆ เหมือนกันคือการพิจารณาเอาระบบคณะกรรมการทำหน้าที่ในการตรวจสอบพิจารณาร่างกฎหมายในวาระที่ 2 เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบพิจารณาร่างกฎหมายก่อนที่จะมีความเห็นเสนอต่อที่ประชุมสภาพิจารณาต่อไป เพียงแต่ในบางประเทศอาจเป็นระบบคณะกรรมการสามัญประจำสภา บางประเทศก็มีแต่คณะกรรมการวิสามัญ ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ประเทศที่ใช้ระบบสภาคู่คือ อังกฤษ ออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และเยอรมัน

ประเทศที่ใช้ระบบสภาเดี่ยวคือ นิวซีแลนด์ และสวีเดน

โดยปกติในการพิจารณาร่างกฎหมายในวาระที่ 2 ซึ่งเป็นการแปรญัตติร่างกฎหมาย ซึ่งมีการพิจารณาในคณะกรรมการก่อนที่จะเสนอไปที่ประชุมของสภาอีกครั้งนั้น มักมีการเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมาย และเชิญเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการร่างกฎหมายมาทำการชี้แจงข้อสงสัย

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อสมาชิกสภาได้เสนอร่างรัฐบัญญัติเข้าสู่การพิจารณาของสภาที่ตนสังกัดอยู่แล้ว เมื่อสภาได้รับหลักการแล้วว่าจะทำการพิจารณาร่าง

พระราชบัญญัติฉบับใดร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นก็จะส่งให้คณะกรรมการสามัญประจำสภาที่เกี่ยวข้องเป็นผู้พิจารณาต่อไป (สภาผู้แทนราษฎรมีคณะกรรมการสามัญจำนวน 22 คณะ และวุฒิสภามีทั้งหมด 19 คณะ และในส่วนของคณะกรรมการเองก็จะมีคณะอนุกรรมการ (คณะละหลาย ๆ ชุด) ตลอดจนคณะผู้ช่วยคอยช่วยเหลือในการทำงาน) ในกรณีที่ร่างกฎหมายเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเกินกว่าหนึ่งคณะกรรมการขึ้นไป อำนาจในการพิจารณาจะเป็นของคณะกรรมการที่มีอำนาจเกี่ยวข้องมากกว่า และหากร่างกฎหมายฉบับใดอยู่ภายใต้การพิจารณาของคณะกรรมการสองคณะขึ้นไปก็มีความจำเป็นที่ต้องตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นพิจารณา

เมื่อร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการ ก็จะมีการจัดการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ (เป็นกระบวนการกึ่งตุลาการ (quasi-judicia) มีการนำสืบพยานบุคคลและพยานเอกสารหักล้างกับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยได้) uly จะจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นตลอดจนการโต้แย้ง เกี่ยวกับร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว โดยการดำเนินการมักจะมอบหมายให้คณะอนุกรรมการเป็นผู้ดำเนินการ

การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะจะต้องกระทำอย่างเปิดเผย หากว่าหน่วยงานของรัฐเห็นว่า เป็นเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง ก็สามารถขอทราบชื่อผู้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นได้ และมีสิทธิในการปฏิเสธไม่ให้บุคคลใดเข้าร่วมในการแสดงความคิดเห็นได้ การประกาศกำหนดการรับฟังความคิดเห็นจะลงตีพิมพ์ในคองเกรสชั่นแนล เรคอร์ด (Congressional Record) และ วอชิงตันเดลีเปเปอร์ส (Washington daily papers) ซึ่งระยะเวลาของการรับฟังความคิดเห็นขึ้นอยู่กับจำนวนผู้แสดงความคิดเห็นและความต้องการของคณะกรรมการ ในส่วนของหน่วยงานของรัฐบาลหากต้องการแสดงความคิดเห็นให้ส่งผ่านสำนักงานบริหารและงบประมาณ (the office of Management and Budget) ไปยังคณะกรรมการ<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Timothy Grendell, The Legal System of the United State of America, pp.1.40.7-1.40.18

เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับใดแล้ว คณะกรรมการอาจจะเสนอรายงานว่าควรจะผ่านร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นตามร่างเดิมที่ได้เสนอไว้ หรืออาจขอให้ผ่านร่างกฎหมายตามที่คณะกรรมการได้แก้ไขเพิ่มเติมแล้วหรือตามที่คณะกรรมการได้ร่างขึ้นใหม่ทั้งหมดก็ได้ ถ้าร่างกฎหมายฉบับใดคณะกรรมการเห็นว่าไม่ควรพิจารณา คณะกรรมการก็ปล่อยให้กฎหมายฉบับนั้นตายในชั้นคณะกรรมการได้โดยไม่มีเสนอรายงานใด ๆ ที่เกี่ยวกับร่างกฎหมายฉบับนั้นต่อสภา ซึ่งสภาจะได้พิจารณาว่าจะเห็นชอบตามที่คณะกรรมการได้พิจารณาแล้วหรือไม่ หรือจะทำการเปลี่ยนแปลงแก้ไขร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้นใหม่ก็ได้

จากการที่คณะกรรมการมีบทบาทสำคัญอย่างมากในการพิจารณาร่างกฎหมายที่สภามอบหมายให้พิจารณา ซึ่งส่วนใหญ่สภาก็จะเห็นตามหรือเห็นด้วยกับคณะกรรมการนั้น ๆ อยู่แล้ว เพราะกรรมการชุดนั้นเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องในสาขานั้นมากที่สุด การที่คณะกรรมการมีบทบาทสูงมากในกระบวนการนิติบัญญัติมากจนมีผู้กล่าวว่าคณะกรรมการคือสภาเล็ก เพราะในสภามีสมาชิก 100 คน (กรณีวุฒิสภา) หรือ 435 คน (กรณีสภาผู้แทนราษฎร) แต่เห็นด้วยกับคนเพียง 10 กว่าคนของคณะกรรมการเท่านั้น นั่นหมายความว่าคน 10 กว่าคนนี้สามารถเสนอกฎหมายหรือ "ข่า" กฎหมายได้เท่ากับสมาชิกทั้งสภา หรือเป็นการปกครองด้วยเสียงข้างน้อยก็มี<sup>21</sup>

กรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีความเห็นไม่ตรงกันในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับใดก็จะมี การตั้งคณะกรรมการผสมวิสามัญ (Conference Committees) ขึ้นมาโดยประกอบด้วยสมาชิกจากทั้งสองสภาหากว่าคณะกรรมการที่จัดขึ้นสามารถรวมขอมกันได้ ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวก็จะเสนอต่อไปยังประธานาธิบดีเพื่อลงนามประกาศใช้ต่อไป

<sup>21</sup> สุวดี บัดไซสง, "บทบาทของคณะกรรมการในวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา, รัฐสภาสาร ปีที่ 35 ฉบับที่ 5 กันยายน 2530 หน้า 14-33



### 1.3 ข้อเสนอเกี่ยวกับการร่างกฎหมายในประเทศที่พัฒนาแล้ว

หลังจากที่ได้ศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับการร่างกฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว ผู้วิจัยมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

#### 1.3.1 การยกร่างกฎหมาย

ประเทศอังกฤษและประเทศเครือจักรภพ การยกร่างกฎหมายมีองค์กรกลางในการยกร่างกฎหมายโดยเฉพาะคือสำนักงานร่างกฎหมาย (parliamentary counsel) และการยกร่างกฎหมายก็กระทำโดยผู้เชี่ยวชาญในการยกร่างกฎหมายโดยเฉพาะ การยกร่างกฎหมายที่ไม่มีความยุ่งยากหรือสลับซับซ้อน การยกร่างกฎหมายเริ่มต้นจากส่วนราชการเจ้าของเรื่องเสนอหลักการของกฎหมายไปยังสำนักงานร่างกฎหมาย เพื่อให้สำนักงานร่างกฎหมายยกร่างขึ้น ส่วนกฎหมายที่มีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและต้องดำเนินการอย่างเป็นระบบ จะต้องมีการทำรายงานการวิจัยโดยคณะกรรมการบัญญัติกฎหมายเสียก่อนจึงจะให้สำนักงานร่างกฎหมายทำการยกร่างกฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันการยกร่างกฎหมายเป็นหน้าที่ของส่วนราชการเจ้าของเรื่องโดยไม่ผ่านระบบผู้เชี่ยวชาญทำหน้าที่ยกร่างกฎหมายเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ แต่ข้อแตกต่างในการยกร่างกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันคือ ในประเทศเยอรมันมีการจัดอบรมนิติกรของส่วนราชการต่าง ๆ ให้มีความรู้ความสามารถในการยกร่างกฎหมาย และมีการจัดทำคู่มือมาตรฐานในการยกร่างกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายออกมาในแนวทางเดียวกัน มีการนำร่างกฎหมายออกให้สาธารณชนวิพากษ์วิจารณ์ และยังให้ความสำคัญต่อการตรวจภาษากฎหมายมาก

ในประเทศสวีเดนไม่มีองค์กรกลางยกร่างกฎหมาย และไม่ได้มอบหมายให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องเป็นผู้ยกร่างกฎหมาย แต่ได้แต่งตั้งให้คณะกรรมการร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นมาทำหน้าที่ในการยกร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะและข้อมูลที่ได้จากการสำรวจความคิดเห็นของประชาชนมีนัยสำคัญต่อการ

## ยกร่างกฎหมาย

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการยกร่างกฎหมายไม่มีระเบียบแบบแผนในการยกร่างกฎหมายที่เด่นชัด เนื่องจากการเสนอร่างกฎหมายเป็นหน้าที่ของสมาชิกสภาองเกรส ฝ่ายบริหารไม่มีหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมาย การยกร่างกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่สมาชิกสภาแต่ละท่านจะเป็นผู้ดำเนินการ โดยอาจจะมอบหมายให้สำนักงานบริการร่างกฎหมายของแต่ละสภาดำเนินการยกร่างให้ หรือจะมอบหมายให้ผู้ใดดำเนินการให้ก็ได้ ซึ่งจะว่าไปแล้วขั้นตอนการยกร่างกฎหมายไม่สู้จะมีความสำคัญนักในการกำหนดเนื้อหาของร่างกฎหมาย แต่ความสำคัญอยู่ที่ขั้นตอนการพิจารณาของคณะกรรมการธิการของสภาที่มีการดำเนินการโดยการรับฟังความคิดเห็นของสาธารณะประกอบการพิจารณาร่างกฎหมาย

### 1.3.2 การพิจารณาร่างกฎหมาย

ในประเทศที่ศึกษามาทั้งหมดมีเพียงประเทศฝรั่งเศสเท่านั้นที่ให้ความสำคัญต่อการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายโดยองค์กรผู้เชี่ยวชาญเฉพาะของรัฐคือสภาแห่งรัฐ และความเห็นของสภาแห่งรัฐมีอิทธิพลอย่างมากต่อร่างกฎหมายซึ่งรัฐบาลจะรับฟังเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาว่าสมควรจะเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาหรือไม่ หรือควรจะแก้ไขปรับปรุงให้หมดตามความเห็นของสภาแห่งรัฐ และสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองยังสามารถควบคุมกฎหมายของฝ่ายบริหารได้อีกด้วย

ส่วนในประเทศอื่น ๆ การพิจารณาร่างกฎหมายที่ยกร่างขึ้นมาแล้ว ไม่มีองค์กรผู้เชี่ยวชาญเฉพาะตรวจพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะเสนอต่อรัฐบาล การตรวจร่างกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องดำเนินการและพิจารณาว่าจะเห็นด้วยกับร่างกฎหมายที่ยกร่างขึ้นหรือไม่

## ตอนที่ 2 การร่างกฎหมายในประเทศไทย

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรมานานแล้ว โดยในระยะแรกได้รับอิทธิพลจากพระธรรมศาสตร์ที่เป็นกฎหมายของอินเดียโบราณ จวบจนกระทั่งสมัยรัชกาลที่ 5 ของกรุงรัตนโกสินทร์ ประเทศไทยจำเป็นต้องทำการปรับปรุงระบบกฎหมายเพื่อให้ทันสมัยและสามารถใช้เป็นข้ออ้างในการเจรจาขอยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับชาวต่างชาติ และประเทศไทยได้เลือกใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย การร่างกฎหมายจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการสร้างกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในประเทศไทย

### 2.1 การยกร่างกฎหมาย

ดังต่อไปนี้

ผู้วิจัยขอแยกกล่าวถึงการยกร่างกฎหมายออกตามลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

- 1) การยกร่างรัฐธรรมนูญ
- 2) การยกร่างพระราชบัญญัติ
- 3) การยกร่างกฎหมายของฝ่ายบริหาร

- 1) การยกร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญในประเทศไทยมีการประกาศใช้กันมาแล้วรวมทั้งสิ้น 15 ฉบับ บางฉบับก็มีอายุยืนยาว บางฉบับก็มีอายุสั้น สุดแล้วแต่สภาพทางการเมืองขณะนั้น ซึ่งการยกร่างรัฐธรรมนูญของประเทศไทย มีองค์กรหรือผู้ทำหน้าที่ร่างดังต่อไปนี้

ก) การยกร่างโดยคณะรัฐประหาร กรณีที่เป็นการยึดอำนาจการปกครองโดยคณะรัฐประหาร ไม่มีรูปแบบขององค์กรที่ทำการยกร่างรัฐธรรมนูญที่แน่นอน เนื่องจากต้องกระทำเป็นการลับโดยที่ไม่ต้องการให้ผู้ใดล่วงรู้ ซึ่งรัฐธรรมนูญตามแนวนี้ผู้ยกร่างก็คือผู้ที่ถือว่า เป็นมันสมองของคณะรัฐประหาร บางครั้งก็ทำการยกร่างไว้ก่อนการยึดอำนาจการปกครอง (เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490

ไว้ได้รับสมญานามว่า "รัฐธรรมนูญตุ้มแดง"<sup>22</sup> หรือ "รัฐธรรมนูญไว้ตุ้มแดง" เพราะเป็นรัฐธรรมนูญที่นาวาเอกหลวงกาจ กาจสงคราม เป็นผู้ร่างขึ้นและเก็บชุกซ่อนไว้ไว้ตุ้มแดง บางฉบับก็ยกร่างหลังจากยึดอำนาจการปกครองไว้ได้แล้ว หรือนำรัฐธรรมนูญฉบับที่เคยประกาศใช้มาแล้วมาแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสถานการณ์ ส่วนใหญ่รัฐธรรมนูญลักษณะนี้จะมีเนื้อหาที่สั้นบัญญัติเฉพาะสิ่งที่จำเป็นในการปกครอง ได้แก่ สถาบันพระมหากษัตริย์ รูปแบบของรัฐบาล และรูปแบบของสภา (ถ้ามี) รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเช่นนี้ ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2520 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534

ข) การยกกร่างในรูปของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งทำการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475

ค) การยกกร่างในรูปคณะกรรมการวิสามัญ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตามมติของสมาชิกประเภทสอง ซึ่งเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการซึ่งคณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งและนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

ง) การยกกร่างในรูปของคณะกรรมการซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แต่งตั้งขึ้น ซึ่งได้แก่การร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พ.ศ. 2517, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

จ) การยกกร่างในรูปของสภาร่างรัฐธรรมนูญ มี 2 ครั้ง คือตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ได้กำหนดให้มิสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 40 คน ผลงานคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 และตามบทบัญญัติของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ได้กำหนด

<sup>22</sup>รอง ศยามานนท์, ประวัติศาสตร์ไทยในระบอบรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ, บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2520) หน้า 284

ให้มีสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จำนวน 240 คน ผลงานคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

ฉ) การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกรัฐสภา เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่โดยอาศัยกลไกตามรัฐธรรมนูญฉบับนั้นเอง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มีการแก้ไขเพิ่มเติม 3 ครั้ง โดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศ พ.ศ. 2482 เปลี่ยนชื่อประเทศจาก "สยาม" เป็น "ประเทศไทย" รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยบทเฉพาะกาล พ.ศ. 2482 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2485 ทั้งสองฉบับเป็นการขยายระยะเวลาให้มีสมาชิก 2 ประเภท รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม 3 ครั้ง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2490, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2491, และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว) แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2491 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม 5 ครั้ง โดย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535 ซึ่งมีทั้งสิ้น 4 ฉบับ เป็นต้น และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขมากเป็นการแก้ไขทั้งฉบับและมีการบัญญัติหลักการใหม่ ๆ ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เช่น การกำหนดให้มีคณะกรรมการการเลือกตั้ง การกำหนดให้มีผู้ตรวจการรัฐสภา การกำหนดให้มีศาลปกครอง เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการร่างรัฐธรรมนูญในประเทศไทยเป็นการร่างที่ประชาชนไม่ได้มีส่วนร่วมเลย ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนใด ตั้งแต่ขั้นตอนการยกร่าง การพิจารณา ตลอดจนเมื่อรัฐธรรมนูญผ่านการพิจารณาของสภาแล้วประชาชนก็ไม่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าควรจะใช้รัฐธรรมนูญฉบับนั้นหรือไม่ การร่างรัฐธรรมนูญเป็นความร่วมมือกันของข้าราชการประจำระดับสูง (โดยเฉพาะข้าราชการทหาร) กับนักวิชาการ (บางกลุ่ม) ในยามที่อยู่สภาวะการกระทำรัฐประหารหรือหลังการรัฐประหารใหม่ ๆ ซึ่งบทบาทผู้คิดของรัฐธรรมนูญในช่วงนี้ มักเื้ออประโยชน์ให้ข้าราชการประจำระดับสูงและมีอำนาจทางการเมือง ทั้งการดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และสมาชิกสภานิติบัญญัติ ส่วนนักวิชาการก็อาจจะได้

รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี สมาชิกสภานิติบัญญัติ หรือเป็นที่ปรึกษาระดับต่าง ๆ แต่หลังจาก  
 ที่ได้ใช้รัฐธรรมนูญไปในกำหนดเวลาหนึ่ง เมื่อพบเฉพาะกาลที่เอื้อประโยชน์แก่ข้าราชการ  
 ระดับสูงหมดไป นักการเมืองเริ่มมีอำนาจมากขึ้นก็就会有ความพยายามการแก้ไขรัฐธรรมนูญ  
 ให้เอื้อประโยชน์ต่อนักการเมืองเอง ดังเช่นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่ง  
 ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้ว 5 ฉบับ ซึ่งมีเนื้อหาที่  
 นักการเมืองมีอำนาจมากขึ้น เช่น การกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภา  
 ผู้แทนราษฎร ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นประธานรัฐสภา การกำหนดให้จำนวนสมาชิกสภา  
 ผู้แทนราษฎรขึ้นกับจำนวนประชากรแทนที่จะเป็นจำนวนที่คงที่ เป็นต้น ส่วนการกำหนดให้มี  
 ศาลปกครอง ผู้ตรวจการรัฐสภา ก็ยังไม่ทราบว่าจะสามารถใช้บังคับได้เมื่อใด เพราะต้อง  
 รอให้มีการบัญญัติกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญออกมาใช้บังคับเสียก่อน บทบัญญัติตามที่กำหนด  
 ไว้ในรัฐธรรมนูญจึงจะมีผลในทางปฏิบัติ ซึ่งหากว่ายามใดที่นักการเมืองมีอำนาจก็มักจะเข้าไป  
 แทรกแซงอำนาจของข้าราชการประจำทั้งการแต่งตั้งโยกย้ายบุคคลที่เป็นพรรคพวก  
 ของตนเองให้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ และมีการแสวงหาผลประโยชน์ทางที่มิบริสุทธ์  
 โดยความร่วมมือของข้าราชการกลุ่มหนึ่งทำให้ข้าราชการอีกกลุ่มหนึ่งที่เคยได้รับผลประโยชน์  
 ไม่พึงพอใจ จนทำให้กลุ่มข้าราชการประจำ (ชั้นสูง) โดยเฉพาะผู้ที่มิอำนาจานกองทัพ  
 มีกำลังทหารอยู่บ้านเมืองกำลังทหารและอาวุธยุทโธปกรณ์ (ที่เป็นภาษีอากรของประชาชน  
 โดยส่วนรวม) ยึดอำนาจการปกครองมาเป็นของตนเอง ซึ่งมีการกระทำการอยู่เป็นประจำ  
 วนช่วงระยะเวลาต่าง ๆ จนไม่อาจพยากรณ์ได้ว่าจะสิ้นสุดลงเมื่อใด หรือเป็นสิ่งที่  
 เป็นอนิจจังไปเสียแล้ว นับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 และสิ่งแรกที่จะต้อง  
 ถูกกำจัดให้หมดไปก่อนคือรัฐธรรมนูญที่บังคับอยู่ในขณะนั้นแล้วจึงนำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่  
 ที่เอื้ออำนาจต่อการมีอำนาจของตนเองและพวกพ้องมาใช้ในการปกครองประเทศแทน  
 ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้เรียกรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจประเทศาไทยว่า  
 "กติกาทางการเมืองของอำนาจาใหม่"<sup>23</sup> และเรียกสภาวะของการเปลี่ยนแปลงของ  
 รัฐธรรมนูญไทยว่า "ทวิภาวะของระบอบรัฐธรรมนูญไทย"<sup>24</sup>

23 และ 24 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "รัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์โครงสร้างและกลไก ,  
 รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาท .  
 (กรุงเทพฯ , หจก . สำนักพิมพ์ประกายพรึก , 2535 ) : 95-133

การยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นการกำหนดหลักการหรือสาระสำคัญในการปกครองประเทศ ซึ่งจะต้องใช้ทั้งความรู้ทางรัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ ประวัติการปกครองประเทศ และต้องคำนึงถึงระดับการศึกษาของประชาชน ความเข้าใจในรูปแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งการยกร่างรัฐธรรมนูญทุกครั้ง มีแนวทางในการร่าง 2 แนว คือ<sup>25</sup>

(1) พิจารณาแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญฉบับที่ถูกยกเลิกหรือกำลังจะถูกลบเลิก และ

(2) พิจารณาหลักการใหม่ ๆ ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญของบางประเทศแล้วนำมาดัดแปลงบัญญัติไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ

## 2) การยกร่างพระราชบัญญัติ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 143 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 มาตรา 3 ได้กำหนดให้ผู้มีสิทธิในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่

ก) คณะรัฐมนตรี ซึ่งเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ทุกกรณี

ข) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างพระราชบัญญัติได้โดยเงื่อนไข

ดังต่อไปนี้

(1) เสนอได้เฉพาะร่างพระราชบัญญัติที่มิเกี่ยวข้องการเงิน หากเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวข้องการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของนายกรัฐมนตรี

(2) เสนอได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นสังกัดมีมติให้เสนอได้ และต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนของพรรคการเมืองนั้นไม่น้อยกว่ายี่สิบคนรับรอง

อย่างไรก็ดีแม้ว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมักจะไม่มีจิตความ

สามารถดำเนินการร่างกฎหมายได้เอง มักจะหยิบยกเอาร่างพระราชบัญญัติที่ร่างโดย ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจมาเสนอต่อสภาในลักษณะที่มีร่างพระราชบัญญัติของคณะรัฐมนตรี เสนออยู่แล้ว และร่างพระราชบัญญัติที่เสนอสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยที่คณะรัฐมนตรี ไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติในเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภา ร่างพระราชบัญญัติ ฉบับนั้นมักจะไม่ว่านการพิจารณาของสภา (ตามระบบการปกครองแบบรัฐสภา (parliament system) ดังนั้นผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึง เฉพาะการยกร่างพระราชบัญญัติที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการยกร่างมี 2 หน่วยงานคือ

- (ก) กระทรวง ทบวง กรม
- (ข) คณะกรรมการร่างกฎหมายและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
- (ค) กระทรวง ทบวง กรม

กระทรวง ทบวง กรม จะเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ยกร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่กระทรวง ทบวง กรมที่เกี่ยวข้องกับร่างพระราชบัญญัติที่จะร่างขึ้น ซึ่งโดยปกติก็คือ กระทรวง ทบวง กรม ที่มีหน้าที่ที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายฉบับนั้นและต้องปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาล ทั้งนี้เพราะ กระทรวง ทบวง กรม นั้นเป็นผู้ใช้กฎหมายฉบับนั้น โดยตรงย่อมจะทราบดีว่ากฎหมายฉบับนั้นจำเป็นต้องมีหรือไม่ อย่างไร และกฎหมายดังกล่าว มีข้อบกพร่องอย่างไรสมควรแก้ไขเพิ่มเติมอย่างไร ทั้งนี้การยกร่างกฎหมายตามความต้องการของหน่วยงานของตนได้อย่างเดียว ต้องขึ้นอยู่กับว่าคณะรัฐมนตรีมีนโยบายอย่างไรกับเรื่องนั้น ๆ ด้วย

ขั้นตอนของการยกร่างกฎหมายโดยย่อมีดังนี้คือ เมื่อคณะรัฐมนตรีมีนโยบาย เป็นอย่างไรและมอบให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจโดยกร่างกฎหมายก็ดี หรือเมื่อส่วน ราชการและรัฐวิสาหกิจได้เสนอความคิดเห็น โดยเสนอหลักการพร้อมทั้งร่างกฎหมายใน เรื่องนั้นไปยังคณะรัฐมนตรี เพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีมติ ถ้าคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการก็ดี ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจนั้นก็จะเป็นผู้รับผิดชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายให้ สมบูรณ์ต่อไป

ทั้งนี้ในการร่างกฎหมายนี้ได้มีระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่อง



ต่อคณะรัฐมนตรี (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอร่างกฎหมายของส่วนราชการต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งการเสนอขอให้มีกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องจัดทำและส่งบันทึกวิเคราะห์สรุปและเอกสารประกอบการพิจารณาต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ซึ่งบันทึกวิเคราะห์สรุป ต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- (1) เหตุผลและความจำเป็นในการเสนอขอให้มีกฎหมายใหม่หรือเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย
- (2) ความเกี่ยวข้องกับภารกิจหมายโดยส่วนราชการต่าง ๆ ที่เป็นผู้รักษาการตามกฎหมายอื่นโดยให้ระบุด้วยว่าได้มีการหารือกับส่วนราชการต่าง ๆ นั้นแล้วหรือไม่ และการร่างกฎหมายที่เสนอนี้จะส่งเสริม ขัดแย้ง หรือซ้ำซ้อนกับการร่างกฎหมายของส่วนราชการอื่นหรือไม่ พร้อมด้วยเหตุผล และหากไม่มีความเกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายโดยส่วนราชการอื่นก็ให้ระบุยืนยันไว้ด้วย
- (3) การขอข้อมูลหรือความเห็นจากส่วนราชการหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง หากไม่มีการขอข้อมูลหรือความเห็น ก็ให้ระบุเหตุผลไว้ด้วย
- (4) กฎหมายที่เสนอนั้นกำหนดให้มีการขออนุญาตเพื่อทำกิจการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือไม่และมีความจำเป็นเพียงใด จะใช้วิธีการกำกับดูแลภายหลังแทนวิธีการขออนุญาตก่อนกระทำได้หรือไม่ กฎหมายดังกล่าวสร้างขึ้นตอนหรือมีช่องทางสร้างขั้นตอนขึ้นใหม่หรือไม่และขั้นตอนนี้มีความจำเป็นเพียงใด จะลดลงอีกได้หรือไม่
- (5) ประเด็นปัญหาและแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่ต้องการเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่ยังมีความเห็นแตกต่างกันระหว่างส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ถ้ามีหลายประเด็นให้แยกเป็นข้อ ๆ
- (6) หลักการในประเด็นสำคัญ ๆ ที่ส่วนราชการเจ้าของเรื่องเห็นว่าควรจะมีอยู่ในกฎหมายดังกล่าวโดยแยกเป็นข้อ ๆ

(ข) คณะกรรมการร่างกฎหมายและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตามมาตรา 7 (1) ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของกรรมการร่างกฎหมายดังต่อไปนี้

ก) จัดทำร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศ ตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

ข) รับผิดชอบให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจหรือตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี

ค) เสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย

สำหรับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการกฤษฎีกา และตามมาตรา 62 ของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- (1) รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการกฤษฎีกา และศึกษาและรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา
- (2) ช่วยเหลือและให้คำแนะนำเกี่ยวกับร่างกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจ
- (3) พิจารณาและจัดทำร่างกฎหมายตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกกฎหมาย
- ...
- (9) จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับผลงานและอุปสรรคในการดำเนินงานของคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เสนอต่อคณะรัฐมนตรี
- (10) จัดทำไว้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศ และงานวิจัยกฎหมายหรือวิชาอื่นที่เกี่ยวกับกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศเพื่อประโยชน์แก่การปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ดีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอาจต้องทำหน้าที่ร่างกฎหมายเมื่อหน่วยงานเจ้าของเรื่องเพียงแต่แจ้งหลักการให้ทราบและขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นผู้ดำเนินการร่างจนเสร็จ และงานยกร่างกฎหมายที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดส่งผู้แทนไปช่วยยกร่างให้หรือไปพิจารณาร่างร่วมกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไปนั้น

เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการจะมอบให้ เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กองยกร่างกฎหมาย) หรือข้าราชการระดับสูง (รองเลขาธิการฯ หรือ กรรมการร่างกฎหมายประจำ) เป็นผู้ดำเนินการแล้วแต่ความยากง่ายของงาน<sup>26</sup>

จะเห็นได้ว่าหน้าที่หลักในการร่างกฎหมายได้แก่กระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ คณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะเป็นผู้ริเริ่มยกร่างกฎหมายได้ก็ต่อเมื่อได้รับการมอบหมายจากนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี หน้าที่หลักจริง ๆ ของคณะกรรมการร่างกฎหมายและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการร่างกฎหมายอยู่ที่ การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

### 3) การยกร่างกฎหมายของฝ่ายบริหาร

กฎหมายของฝ่ายบริหารในส่วนที่เป็นอำนาจของรัฐบาล (ส่วนกลาง) มีด้วยกัน 2 ประเภทคือ กฎหมายที่มีค่าเท่ากับพระราชบัญญัติ ได้แก่ พระราชกำหนด และกฎหมายที่มีค่าเท่ากับกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation หรือ delegated legislation) ได้แก่ พระบรมราชโองการ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และประกาศกระทรวง

สำหรับกฎหมายลำดับรองเป็นการกำหนดในส่วนที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อย ที่กฎหมายแม่บท ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนด ไม่ได้บัญญัติเอาไว้ เนื่องจากการบัญญัติเอาไว้ในกฎหมายแม่บทจะทำให้เกิดความสับสนยากแก่การจดจำหรือทำความเข้าใจ กฎหมายแม่บทจึงได้กำหนดแต่เรื่องสำคัญ ๆ ส่วนที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อย กฎหมายแม่บทก็จะได้มอบอำนาจให้ว่า เรื่องใดบ้างฝ่ายบริหารจะสามารถบัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายลำดับรองกำหนดรายละเอียดได้ และฝ่ายบริหารก็ต้องออกกฎหมายได้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจที่ได้รับตามกฎหมายแม่บทเท่านั้น ไม่อาจออกกฎหมายนอกเหนือจาก

<sup>26</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานประจำปีงบประมาณ 2536.

อำนาจที่ได้รับมาได้ ถือว่าเป็นการกระทำเกินอำนาจ (ultra vires) ซึ่งเหตุที่กำหนด แต่หลักการใหญ่ ๆ ไว้ในกฎหมายแม่บทและกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมาย ลำดับรองกำหนดรายละเอียด เนื่องจาก

- ก) การที่กฎหมายแม่บทกำหนดแต่เฉพาะหลักการใหญ่ ๆ ทำให้กฎหมายนั้น อ่านเข้าใจง่าย
- ข) เป็นการประหยัดเวลาของผู้บัญญัติกฎหมายที่จะไม่ต้องเสียเวลาพิจารณา รายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งควรมอบความไว้วางใจฝ่ายบริหารไปกำหนดเอง
- ค) กฎหมายของฝ่ายบริหารที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายปลีกย่อยนั้นสามารถแก้ไข เพิ่มเติมได้ง่าย
- ง) ทำให้กฎหมายเหมาะสมกับกาลเทศะอยู่เสมอ เพราะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ทุกเมื่อ<sup>27</sup>

การร่างพระราชกฤษฎีกาก็ต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขในการออก พระราชกฤษฎีกา เช่น การออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ร่างพระราช กฤษฎีกาอภัยโทษ จะต้องคำนึงถึงบทกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา หลักการลดโทษ ของผู้ต้องโทษตามพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ หรือร่างพระราชกฤษฎีกาเปิดสมัยประชุมรัฐสภา ก็จะต้องคำนึงถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเปิดประชุมรัฐสภา ถ้าเป็นร่าง พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยกฎหมายแม่บท เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่หรือกำหนด กิจกรรมที่กฎหมายแม่บทบังคับไว้ ก็จะต้องคำนึงถึงขอบเขตของบทบัญญัติที่ให้อำนาจการตรา เป็นพระราชกฤษฎีกา การตราเป็นพระราชกฤษฎีกาเป็นพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์ โดยมีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นซึ่งจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบแทนพระมหากษัตริย์เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ<sup>28</sup>

การร่างกฎกระทรวงซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของ พระราชบัญญัติ ผู้มีอำนาจในการร่างกฎกระทรวงคือรัฐมนตรีซึ่งรักษาการตามพระราช

<sup>27</sup> เสริม วินิจฉัยกุล, "งานร่างกฎหมาย"นิติสาส์น 22 (มกราคม 2494): 101

<sup>28</sup> สมภพ ภัทรระกิตต์, หนังสืออานเชิงอรรถที่ 1, หน้า 147

บัญญัตินั้น โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เป็นการกำหนดรายละเอียดของการปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ หรือการกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการให้บริการแก่ประชาชน ผู้มาขอใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติ เช่น ค่าธรรมเนียมการออกโฉนด ออกใบอนุญาต การ ร่างกฎกระทรวง เป็นการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลักการใดหลักการหนึ่ง ผู้ร่างต้องรอบรู้ในการปฏิบัติตามหลักการนั้น ๆ เป็นอย่างดีจึงจะสามารถร่างได้อย่างถูกต้อง และไม่เป็นปัญหาในการปฏิบัติ<sup>29</sup>

การเสนอร่างกฎหมายลำดับรองจะเสนอจากหน่วยงานเจ้าของเรื่อง ซึ่งแล้ว แต่ร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติจะระบุให้รัฐมนตรีกระทรวงใดเป็นผู้รักษาการและ มีอำนาจออกกฎหมายลำดับรอง โดยปกติแล้ว หากหน่วยงานเจ้าของเรื่องเห็นว่าควรมีการ ออกกฎหมายลำดับรองเพื่อกำหนดรายละเอียดในการปฏิบัติตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หน่วยงานเจ้าของเรื่องก็จะตั้งเรื่องเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติหลักการร่างกฎหมาย นั้น และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา ซึ่งเมื่อสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วก็จะส่งเรื่องให้คณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการต่อไป ซึ่งหากเป็น กฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาก็จะนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย หากเป็น กฎกระทรวงก็จะประกาศใช้ต่อไป

## 2.2 การพิจารณาร่างกฎหมาย

หลักเกณฑ์ในการพิจารณาร่างกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการพิจารณา ในชั้น กระทรวง ทบวง กรม คณะกรรมการกฤษฎีกา รัฐสภา ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอย่างเดียวกันคือ<sup>30</sup>

1) ร่างกฎหมายนั้นแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะหากแย้งหรือ ขัดกับรัฐธรรมนูญก็อาจใช้บังคับมิได้ โดยผู้ที่มีหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับ รัฐธรรมนูญหรือไม่คือตุลาการรัฐธรรมนูญ

<sup>29</sup>สมภพ โรตระกิตต์, หนังสือานเชิงอรรถที่ 1, หน้า 147-149

<sup>30</sup>หยุด แสงอุทัย, หนังสือานเชิงอรรถที่ 2, หน้า 2-4

2) ถ้าเป็นร่างกฎหมายที่จะออกได้ต่อเมื่อเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น พระราชกำหนดก็ต้องพิจารณาเป็นร่างพระราชกำหนดที่เข้าตามหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าเป็นพระบรมราชโองการให้ใช้บังคับตั้ง เช่นพระราชบัญญัติ ก็จะต้องพิจารณาว่าเข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าเห็นว่าออกไม่ได้ก็ต้องรายงานให้รัฐมนตรีหรือผู้บังคับบัญชาทราบ

3) ในกรณีที่ เป็นร่างกฎหมายที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือพระบรมราชโองการที่มีคำบังคับทำพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบังคับสุขาภิบาล ก็ต้องพิจารณาว่า

ก) ร่างกฎหมายนั้นได้ออกเกินอำนาจที่กฎหมายนั้น ๆ กำหนดไว้หรือไม่ เพราะจะออกเกินอำนาจของกฎหมายแม่บทไม่ได้

ข) ได้มีบทบัญญัติที่แย้งหรือขัดกับกฎหมายแม่บทหรือไม่

4) ในกรณีที่เลือกออกเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงก็ได้ เนื่องจากได้ยกร่างพระราชกฤษฎีกาและร่างกฎกระทรวงพร้อมกันกับกฎหมายแม่บทมาให้พิจารณา ก็ต้องพิจารณาว่าควรจะเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง โดยถือหลักว่าเรื่องใดมีความสำคัญมากก็ควรจะเป็นพระราชกฤษฎีกา เรื่องใดสำคัญน้อยก็ควรออกเป็นกฎกระทรวง ซึ่งถ้าผู้พิจารณาร่างกฎหมายเห็นสมควรเปลี่ยนแปลงรูปของกฎหมาย เช่น เปลี่ยนร่างพระราชกฤษฎีกามาเป็นกฎกระทรวงก็ทำได้คือ รายงานเสนอคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีขอความเห็นชอบในการเปลี่ยนแปลง เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้วจึงเปลี่ยนแปลง หรือร่างไปในรูปแบบที่ผู้พิจารณาเห็นว่าสมควร เช่น เปลี่ยนรูปจากกฎกระทรวงมาเป็นพระราชกฤษฎีกาแล้ว เสนอร่างพระราชกฤษฎีกาไปให้คณะรัฐมนตรีหรือผู้บังคับบัญชาพิจารณา

5) ต้องพิจารณาว่าร่างกฎหมายที่ส่งมาให้พิจารณาร่างถูกต้องตามแบบฟอร์มของร่างกฎหมายหรือไม่ เช่น ได้จัดวางบทมาตราถูกต้องตามแบบอย่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภาหรือไม่ และสมควรจะออกมาในรูปการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยให้กฎหมายเดิมคงอยู่ต่อไป หรือจะยกเลิกทั้งฉบับและออกกฎหมายใหม่

6) ต้องพิจารณาว่าจำเป็นต้องมีร่างกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ เพราะอาจเป็นได้ว่ากฎหมายที่มีอยู่แล้วมีบทบัญญัติที่จะนำมาใช้ให้เป็นไปตามหลักการของร่างกฎหมายได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้ร่างต้องรายงานคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีหรือผู้บังคับบัญชา

## 2.2.1 การพิจารณาโดยคณะกรรมการร่างกฎหมายและสำนักงาน

### คณะกรรมการกฤษฎีกา

ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายโดยคณะกรรมการร่างกฎหมายสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นแนวคิดที่ได้มาจากประเทศฝรั่งเศสที่ได้มีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ แต่ปรากฏว่าไม่ได้มีกฎหมายบังคับว่ากฎหมายทุกฉบับจะต้องผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนั้นกฎหมายฉบับใดจะได้รับการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือไม่ขึ้นอยู่กับการให้ความสำคัญของรัฐบาลในขณะนั้นต่อคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการตรวจร่างกฎหมาย ในสมัยรัฐบาลที่มาจากพรรคการเมือง เช่น นายธานินทร์ กรัยวิเชียร หรือ นายอานันท์ ปันยารชุน มักไม่ให้ความสำคัญต่อคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กฎหมายหลายสิบฉบับเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติโดยไม่ผ่านการตรวจพิจารณาของคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ส่วนในรัฐบาลประชาธิปไตย เช่น รัฐบาลของ พลเอก เปรม ติณสูลานนท์, พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ และนายชวน หลีกภัย กลับให้ความสำคัญในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของส่วนราชการของคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>31</sup>

ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายนั้น ตามระเบียบของคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการจัดทำและการพิจารณาร่างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือ ประกาศ โดยกรรมการร่างกฎหมาย พ.ศ. 2522 เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รับร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีได้มีมติหรือคำสั่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ดำเนินการตรวจพิจารณาแล้ว โดยปกติก็จะให้กรรมการร่างกฎหมายตรวจพิจารณา

<sup>31</sup>รองพล เจริญพันธ์, การให้ความเห็นและการตอบข้อหารือในปัญหา  
กฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, โครงการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตร  
กฎหมายมหาชนรุ่นที่ 2 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 13-14

ร่างกฎหมายดังกล่าว แต่ถ้าเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับแบบในการร่างกฎหมายหรือเป็นกฎหมายที่ไม่ซับซ้อน หรือเป็นเรื่องเร่งด่วนที่ต้องจัดทำให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาจะสั่งให้เจ้าหน้าที่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการให้เสร็จสิ้นตามอำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แยกประเภทและผู้รับผิดชอบงานตรวจพิจารณาร่างกฎหมายดังนี้คือ<sup>32</sup>

1) งานตรวจพิจารณาร่างกฎหมายที่มีหลักการกระทบกระเทือนถึงปัญหาสังคมหรือมวลชนหรือมีปัญหาทางการเมืองซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมของหลักการทั่วไปด้วย หรือร่างกฎหมายที่มีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวเนื่องซึ่งจะต้องรับการตรวจสอบและวินิจฉัยให้ได้ว่าข้อยุติเสียก่อนซึ่งส่วนใหญ่มักจะได้แก่ร่างกฎหมายในระดับร่างพระราชบัญญัตินั้น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาจะสั่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย) เป็นผู้ตรวจพิจารณา โดยมี "เลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย" และ "ผู้ช่วยเลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย" ซึ่งเป็นข้าราชการสังกัดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นผู้รับผิดชอบ

2) งานตรวจพิจารณาร่างกฎหมายที่มีแบบอย่างในการร่างกฎหมายอยู่แล้วซึ่งสามารถตรวจสอบกับแบบการร่างกฎหมายที่เคยดำเนินการมาแล้ว ร่างกฎหมายที่ไม่มีปัญหาด้านหลักการหรือปัญหาข้อกฎหมายซึ่งจะต้องได้รับการตรวจสอบหรือวินิจฉัยให้ได้ว่าข้อยุติเสียก่อน และร่างกฎหมายที่มีหลักการค่อนข้างชัดเจน ซึ่งส่วนใหญ่มักจะได้แก่ร่างกฎหมายในระดับอนุบัญญัติ (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ) นั้น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมอบให้เจ้าหน้าที่ของสำนักงาน (กองกฎหมายไทย) เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ

หลักเกณฑ์ที่สำคัญในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายตามพระราชบัญญัติ

คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 15 ทวิ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้กรรมการร่างกฎหมายคำนึงถึงความจำเป็น ความเป็นไปได้ และขอบเขตที่จะต้องมีกฎหมายดังกล่าว ความสอดคล้องกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ความมีประสิทธิภาพของการจัด

<sup>32</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หนังสือในเชิงอรรถที่ 25 , หน้า 75-76



องค์กรและกลไกเพื่อการใช้บังคับกฎหมาย ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับการบริหารราชการ และภาระหรือความยุ่งยากของประชาชนหรือผู้ที่อยู่ในบังคับแห่งกฎหมายนั้นด้วย และแก้ไขปรับปรุงให้ถูกต้อง เหมาะสมในกรณีที่กรรมการร่างกฎหมายเห็นว่าร่างกฎหมายใด มีปัญหาเกี่ยวกับสาระสำคัญของหลักการ หรือมีความเห็นขัดแย้งกับหน่วยงานของรัฐหรือ เอกชนซึ่งมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย กรรมการร่างกฎหมายจะเสนอความเห็นเพื่อขอ ให้มีการทบทวนหลักการเสียก่อน หรือจะปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมตามหลักเกณฑ์ข้างต้น และรายงานคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไปก็ได้

เมื่อคณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจ พิจารณาร่างกฎหมายเสร็จแล้ว แนวทางปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 จะแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ

ก) ร่างกฎหมายที่ต้องเสนอรัฐสภา จะต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอีก ครั้งหนึ่ง แล้วจะส่งไปให้คณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎร พิจารณาก่อนที่ จะนำเสนอให้สภาผู้แทนราษฎร

ข) ร่างกฎหมายที่ไม่ต้องเสนอรัฐสภา จะพิจารณาว่าสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกาแก้ไขสาระสำคัญหรือไม่ ถ้าแก้ไขสาระสำคัญ จะนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอีก ครั้งหนึ่ง เมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว หากเป็นร่างพระราชกฤษฎีกาก็จะส่งให้ สำนักราชเลขาธิการนำความกราบบังคมทูล เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็น กฎหมายต่อไป หากไม่ใช่ร่างพระราชกฤษฎีกาก็จะส่งให้ส่วนราชการเจ้าของเรื่องดำเนินการ ถ้าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแก้ไขน้อย ก็ไม่ต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอีก ครั้งหนึ่ง และสามารถดำเนินการตามขั้นตอนไปได้

ศูนย์วิทยุทัพบก  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### ตอนที่ 3 ปัญหาของการร่างกฎหมายในประเทศไทย

แม้ว่าประเทศไทยได้มีการปฏิรูประบบศาลและระบบกฎหมายให้ทันสมัยเข้าสู่ระบบสากลตามแบบโลกตะวันตก เพื่อให้ได้มาซึ่งเอกราชทางศาลมาตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แต่ปรากฏว่าระบบกฎหมายของไทยกลับไม่พัฒนาหรือก้าวหน้าเท่าที่ควรจะเป็นและปรากฏว่าบรรดากฎหมายต่าง ๆ ที่มีชื่ออยู่กันในปัจจุบันแทนที่จะเป็นกติกาสีของสังคมและเื้ออานวยต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมที่มีความสลับซับซ้อนมากด้วยกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ หรือสามารถตอบสนองต่อการบริหารที่ดีขององค์กรของรัฐและพิทักษ์ผลประโยชน์สาธารณะ กลับกลายเป็นกติกาสีของสังคมที่เื้ออประโยชน์ต่อกลุ่มคนบางกลุ่ม (โดยเฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้ที่รับผิดชอบในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กลายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ในทางที่ไม่ควรได้) ในขณะที่คนบางกลุ่มเสียผลประโยชน์ และในปัจจุบันกฎหมายกลายเป็นสิ่งที่เหนียวรั้งความเปลี่ยนแปลงของสังคมไปเสียแล้ว ซึ่งนี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการร่างกฎหมายดังต่อไปนี้

#### 3.1 จุดอ่อนของวิธีการร่างกฎหมายและเสนอร่างกฎหมายโดยส่วนราชการ

การริเริ่มเสนอร่างและยกร่างกฎหมายในขณะนี้เกือบทั้งหมด

จะกระทำและรับผิดชอบโดย ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพราะในทางราชการถือว่าส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจใดมีหน้าที่ในเรื่องใดส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจนั้นก็หน้าที่ริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย (ทั้งการเสนอกฎหมายใหม่และแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่แล้ว) ต่อรัฐมนตรีเข้ากระทรวง แล้วรัฐมนตรีเจ้าของเรื่องจะส่งเรื่องร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบและรับหลักการแล้ว จึงจะส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อให้คณะกรรมการร่างกฎหมายหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำการตรวจพิจารณาแก้ไขต่อไป โดยที่ภาคเอกชนไม่สามารถริเริ่มเสนอกฎหมายได้เอง และตัวของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ถือว่าเป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นช่องทางหนึ่งของการริเริ่มเสนอหรือยกร่างกฎหมายก็ยังไม่มีความสามารถเพียงพอในการยกร่างกฎหมาย หรือแม้ว่ามีขีดความสามารถในการ

ยกร่างกฎหมาย แต่โดยที่ระบบการปกครองของประเทศไทยเป็นแบบรัฐสภา กฎหมายที่จะผ่านการพิจารณาของสภา ก็จะต้องเป็นร่างกฎหมายที่ได้รับการสนับสนุนโดยเสียงข้างมาก หากเป็นกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายค้านหรือเป็นร่างกฎหมายที่รัฐบาลนำมาให้การสนับสนุนก็มักจะไม่ผ่านการพิจารณา ซึ่งเงื่อนไขนี้เกิดขึ้นกับระบบการปกครองทั่วโลกว่าใช้ระบบรัฐสภา กฎหมายที่ร่างโดยส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจจึงเป็นกฎหมายหลักในการปกครองประเทศ

ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการยกร่างกฎหมายของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบูรณ์ ได้สรุปเอาไว้ดังต่อไปนี้

"ส่วนราชการแต่ละแห่งย่อมมีแนวโน้มที่จะตรากฎหมายเพิ่มอำนาจหน้าที่เพื่อขยายขนาดของหน่วยงานตนเอง และนอกจากนั้นส่วนราชการยังมีแนวโน้มที่จะเขียนบทบัญญัติขยาย "อำนาจ" ให้แก่เจ้าหน้าที่ของตนเองอีกด้วย ส่วนราชการจะไม่ให้ความสำคัญแก่ระบบควบคุม หรือระบบการถ่วงดุลการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ (ของตนเอง) อย่างเพียงพอและเหมาะสม

ส่วนราชการแต่ละแห่งต่างเสนอกฎหมาย (รวมทั้งการแก้ไขกฎหมาย) โดยอิสระ ขาดการกลั่นกรองตรวจสอบโดยองค์การวิชาการที่เป็นกลาง ไม่ว่าจะเป็นการกลั่นกรองโดยองค์การภายในระบบราชการและการกลั่นกรองโดยวงวิชาการภายนอก และสำหรับคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรบริหารสูงสุดทางการเมือง และเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ "หลักการ" ของ (ร่าง) กฎหมายเองก็ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะตรวจสอบความสมบูรณ์ของกลไก (mechanism) ของร่างกฎหมายที่ส่วนราชการต่าง ๆ เสนอขึ้นมา วิธีการเสนอร่างกฎหมายของประเทศไทย จึงขาดการวิเคราะห์เชิงวิชาการ ประเทศไทย (เกือบจะ) ไม่มีระบบทํารายงานศึกษา (report) เกี่ยวกับผลดีผลเสียของหลักการของบทบัญญัติกฎหมายที่จะตราขึ้น และเกี่ยวกับทางเลือกของรูปแบบกลไก (mechanism) ของกฎหมายที่สำคัญ ๆ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาได้มีโอกาสดูพิจารณาโดยด่างแต่ก่อนที่จะตรากฎหมายในทางปฏิบัติ จึงมักปรากฏว่าแต่ละส่วนราชการต่างรีบเสนอ

กฎหมายและตรากฎหมายโดยคำนึงถึง "ฐานะ" และอิทธิพลเฉพาะตัวของบุคคลซึ่งเป็นรัฐมนตรีของตนในแต่ละยุคแต่ละสมัย และต่างอาศัยจุดอ่อนคือความไม่รอบรู้ขององค์การทางการเมือง เสนอกฎหมายตามที่ตนเองประสงค์"<sup>33</sup>

และแม้ว่าจะได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสนอร่างกฎหมายต่อคณะรัฐมนตรี ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ก็ตามแต่ปรากฏว่าไม่ได้มีการปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวอย่างเคร่งครัด การเสนอร่างกฎหมายยังมีการบิดบังข้อเท็จจริงบางส่วนในร่างกฎหมายที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรี และการพิจารณาร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีว่าฉบับใดควรจะได้รับหลักการและเสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภามักจะขึ้นอยู่กับอำนาจและอิทธิพลทางการเมืองของส่วนราชการเจ้าของเรื่องหรือรัฐมนตรีเจ้าของกระทรวง

ดังนั้นหนทางแก้ไขของกระบวนการริเริ่มเสนอกฎหมายไม่ที่จะเป็นการเสนอร่างกฎหมายใหม่หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ควรจะมีการแยกร่างกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) การร่างกฎหมายที่ง่ายไม่มีความสลับซับซ้อน ไม่มีการขัดแย้งในระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ด้วยกันหรือผลประโยชน์ของสาธารณะ (public interest) หรือไม่มีการขัดแย้งระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจด้วยกันเอง ก็ควรคงรูปแบบการเสนอร่างกฎหมายแบบเดิมเอาไว้

(2) การร่างกฎหมายที่มีความสลับซับซ้อน มีการขัดแย้งระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ หรือขัดแย้งกับผลประโยชน์สาธารณะตลอดจนขัดแย้งกันเองในระหว่างส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจก่อนที่จะทำการยกร่างกฎหมายควรมีการทำรายงานวิจัยกฎหมาย (report) โดยคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย หรือคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย

<sup>33</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง แนวทางการพัฒนาคณะกรรมการกฤษฎีกาและการพัฒนากระบวนการทางยุติธรรมทางปกครองของไทย", ในหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผลงานระหว่างปีงบประมาณ 2528-2530, หน้า 118-119

เสียก่อน

เมื่อส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจได้เสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีและร่างกฎหมายนั้นเข้าสู่การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือกรมร่างกฎหมายหากเห็นว่า เป็นกฎหมายที่อยู่ในกลุ่มที่ 2 ที่ต้องมีการทำรายงานวิจัยกฎหมายก่อนก็ควรส่งเรื่องให้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายพิจารณาเสียก่อน ซึ่งวิธีการนี้เป็นวิธีการที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศเครือจักรภพที่มีการจัดตั้งคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 2

### 3.2 ไม่มีการจัดทำคู่มือมาตรฐานสำหรับการร่างกฎหมาย (checklist)

แม้ว่าการยกร่างกฎหมายของส่วนราชการจะต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2531 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการยกร่างกฎหมายของส่วนราชการ และตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 15 ทวิ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของคณะกรรมการร่างกฎหมายเอาไว้ก็ตาม แต่ก็ยังไม่ได้กำหนดรายละเอียดอย่างเพียงพอที่จะเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานในการร่างกฎหมาย จึงควรจะได้มีการจัดทำคู่มือมาตรฐานในการยกร่างกฎหมาย โดยการศึกษาจากประสบการณ์ของประเทศในกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The Organization For Economic Co-Operation and Development (OECD)) เป็นแนวทางในการพิจารณา

### 3.3 ไม่มีการวิเคราะห์ว่าเนื้อหาของกฎหมายเป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนใหญ่หรือไม่

ในการยกร่างกฎหมายของส่วนราชการยังขาดการวิเคราะห์ว่ากฎหมายดังกล่าวจะมีประสิทธิภาพ หรือมีผลในการบังคับใช้หรือไม่ หรือไม่ เป็นผลประโยชน์ต่อสังคมส่วนใหญ่หรือไม่ จึงน่าเทคนิคการวิเคราะห์ที่จะเกิดขึ้นต่อผลกำไรที่สังคมจะได้รับ (cost-benefit) มาใช้ในการร่างกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 กฎหมายได้ให้อำนาจในการประกาศเขตป่าสงวนแห่งชาติได้โดยไม่ต้องเดินสำรวจด้วยเท้า แต่ได้มีกำหนดเขตป่าสงวนการประกาศโดยการขีดเส้น

บนแผนที่แล้วประกาศเป็นกฎกระทรวงใช้บังคับว่า เขตใดจะเป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ โดยไม่ได้มีการสำรวจตรวจสอบว่ามีประชาชนอาศัยอยู่ในเขตที่กำหนดเป็นป่าสงวนก่อนที่จะมีการประกาศเป็นเขตป่าสงวนหรือไม่ หลังจากที่ได้ประกาศเขตป่าสงวนแล้วจะมีผู้ใดได้รับผลกระทบจากการประกาศเขตป่าสงวนบ้าง ซึ่งผลจากกฎหมายฉบับนี้ทำให้ประชาชนหลายล้านคนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการประกาศเป็นเขตป่าสงวนกลายเป็นผู้บุกรุกป่าสงวน และต้องถูกดำเนินคดีเป็นจำนวนมาก รวมทั้งเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการกระทบกระทั่งกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของทางราชการกับประชาชนที่ถูกป่าสงวนบุกรุก เป็นต้น ดังนั้นก่อนที่จะทำการร่างกฎหมายควรจะมีการวิเคราะห์ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นของกฎหมายว่าจะ เป็นประโยชน์ต่อสังคมส่วนใหญ่มากหรือไม่ โดยใช้วิธีการวิเคราะห์ต้นทุน-กำไรที่จะเกิดขึ้น แต่ต้องวิเคราะห์ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นทั้งทางเศรษฐกิจ และสังคม

#### 3.4 ขาดการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมาย (implementation)

หลังจากที่กฎหมายใช้บังคับไปแล้ว ไม่ปรากฏว่าทั้งระดับรัฐสภาและรัฐบาล จะได้มีการติดตามประเมินผลว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาได้มีการบังคับใช้กันเพียงใด สามารถแปรนโยบายออกมาเป็นการปฏิบัติได้หรือไม่ เพื่อจะได้วิเคราะห์ว่าควรจะให้กฎหมายฉบับนั้นคงอยู่ต่อไป ยกเลิกไป หรือแก้ไขปรับปรุงใหม่ ดังนั้นหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายฉบับใดไปแล้ว ก็ควรจะมีการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้นด้วย

#### 3.5 ไม่มีการทบทวนกฎหมายทั้งที่สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว

กฎหมายลายลักษณ์อักษรหากไม่มีการยกเลิก (โดยการตรากฎหมายยกเลิกไปเลยทั้งฉบับ หรือตรากฎหมายใหม่มาทดแทนกฎหมายเก่า) สภาพบังคับของกฎหมายฉบับนั้นก็ยังคงอยู่ตลอดไป ไม่ว่าในทางปฏิบัติกฎหมายฉบับนั้นจะมีผลบังคับใช้หรือไม่ หรือเป็นอุปสรรคต่อสังคมโดยรวมเพียงใด เช่น พระราชบัญญัติตามข้าง ร.ศ. 127 พระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พุทธศักราช 2495 เป็นต้น ซึ่งบัญญัติมาเป็นเวลานานแต่ยังไม่มีการยกเลิกแม้ว่าจะไม่เหมาะสมกับสภาพสังคม ในยุคปัจจุบัน

ในยุคปัจจุบัน โดยเฉพาะในเชิงเศรษฐกิจที่มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรงและมีการเปลี่ยนแปลงสินค้าและบริการอย่างรวดเร็วให้ทันกับความต้องการของผู้บริโภค

ช่วงเวลาหนึ่ง (time) ตามกระแสของโรลาภิวัตน์ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาในเชิงเศรษฐกิจจึงต้องมีการปรับปรุงอยู่ตลอดเวลาให้เข้ากับเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ จึงควรมีการกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดการบังคับใช้กฎหมายเอาไว้ล่วงหน้า (sunset legislation) อดยในระหว่างที่กฎหมายมีผลใช้บังคับก็ควรมีการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายด้วย

### 3.6 ขาดการมีส่วนร่วมของประชาชน

ตามแนวคิดของรูสโซ กฎหมายถือว่าเป็นสัญญาประชาคม (social contract) ระหว่างรัฐกับประชาชน ซึ่งประชาชนควรมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมาย แต่ปรากฏว่า ในประเทศไทยการมีส่วนร่วมของประชาชนในการร่างกฎหมายมีน้อยมาก หรือแทบจะไม่มีเลย ซึ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนในการร่างกฎหมายขอแยกพิจารณาเป็น 2 ระดับ คือ (1) ขั้นตอนการร่างกฎหมาย และ (2) ขั้นตอนการรับรองกฎหมาย (referendum)

(1) ขั้นตอนของการร่างกฎหมายนั้น ในทางทฤษฎีประชาชนน่าจะมีส่วนร่วมกับการร่างกฎหมายได้ตั้งแต่ขั้นตอนของการยกร่างกฎหมายและการพิจารณากฎหมาย แต่ปรากฏว่าในทุกขั้นตอนประชาชนไทยแทบไม่มีส่วนร่วมได้เลย เมื่อระบบการร่างกฎหมายเริ่มขึ้นจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ การร่างกฎหมายถือว่าเป็นเรื่องลับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองความลับในทางราชการ พ.ศ. 2483 และระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ ที่ไม่อาจเปิดเผยออกสู่สาธารณชน หากร่างกฎหมายเผยแพร่ต่อสาธารณะ เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องมีโทษทั้งทางอาญาและวินัย การร่างกฎหมายของส่วนราชการจึงรู้กันอยู่ในหมู่ของผู้ที่เกี่ยวข้องไม่กี่คน ในขั้นตอนของการยกร่างกฎหมายก็เป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการนั้น ๆ ผู้อื่นไม่มีสิทธิรับรู้ขนาดเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย) ที่ต้องมีหน้าที่ในการตรวจพิจารณาร่างกฎหมาย อยากร่างพระราชบัญญัติมาทำการศึกษาล่วงหน้า เป็นการเตรียมไว้ก็ไม่รู้ว่าจะได้ร่างพระราชบัญญัติมาได้อย่างไร<sup>34</sup> การมีส่วนร่วมของประชาชนในขั้นตอนของการ

<sup>34</sup>หยุด แสงอุทัย, เอกสารานเชิงอรรถที่ 2 หน้า 13

ร่างกฎหมายมีด้วยกันหลายวิธีดังที่ได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 5 ตอนที่ 1 เช่น การริเริ่มเสนอความคิดในการร่างกฎหมายไปยังสมาชิกสภาของเกรสที่อาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในขั้นตอนของการยกร่างกฎหมายมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนได้หลายวิธี เช่น การทำการศึกษาวิจัยที่กระทำโดยคณะกรรมการบัญญัติกฎหมายในกลุ่มประเทศอังกฤษและเครือจักรภพ การทำแบบสอบถามของคณะกรรมการร่างกฎหมาย (Law Drafting Commission) ในประเทศสวีเดน หรือวิธีการที่ใช้นิวยอร์ก เป็นต้น ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในชั้นกรรมาธิการ ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นต่อคณะกรรมการได้ที่เห็นเด่นชัดที่สุดคือการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (public hearing) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกระบวนการที่รับฟังความคิดเห็นทั้งในกระบวนการตรารัฐธรรมนูญ และการออกกฎหมายขององค์กรรัฐบาล จะมีการปรึกษาหารือ (consultation) ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเสียก่อน

(2) ขั้นตอนการรับรองกฎหมาย เป็นขั้นตอนที่ดำเนินการให้ความรับรองหรือยินยอมต่อร่างกฎหมายที่รัฐสภาได้พิจารณาแล้ว ในประเทศไทยเคยมีแนวความคิดในการออกเสียงประชามติในการรับรองร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 ฉบับ คือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 แต่ปรากฏว่ายังไม่เคยมีการปฏิบัติ เนื่องจากในระหว่างที่รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับใช้บังคับยังไม่มีแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับสิ้นผลบังคับใช้ เนื่องจากมีการกระทำรัฐประหาร ในต่างประเทศมีการใช้การออกเสียงประชามติกันอย่างกว้างขวาง เช่น ในประเทศสวิสเซอร์แลนด์มีการลงประชามติต่อ การริเริ่มและปรับปรุงร่างกฎหมาย (initiative), ร่างรัฐธรรมนูญ (ทั้งจัดทำขึ้นใหม่และแก้ไขเพิ่มเติม), รัฐกำหนด และสนธิสัญญา บางประเภท ในประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้การออกเสียงประชามติในการริเริ่มปรับปรุงร่างกฎหมาย (บางมลรัฐ), รัฐธรรมนูญ, ร่างมลรัฐบัญญัติ (บางมลรัฐ) ในประเทศฝรั่งเศส มีการใช้การออกเสียงลงประชามติต่อ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ,



ร่างกฎหมายที่สำคัญ เป็นต้น<sup>35</sup>

การมีส่วนร่วมของประชาชนนอกจากเป็นการรับทราบข้อมูลความต้องการของประชาชนโดยทั่วไป เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจแล้ว ยังเป็นการทำให้ประชาชนมีความยอมรับนับถือต่อกฎหมาย (consensus) อีกทางหนึ่งด้วยเนื่องจากได้มีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายแทนที่จะให้ประชาชนยอมรับนับถือ เนื่องจากกลัวการลงโทษ

ดังนั้น ในประเทศไทยควรรื้อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายโดย ในขั้นตอนการร่างกฎหมาย ควรให้ประชาชนมีส่วนร่วมโดยการอาศัยกระบวนการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะหรือการปรึกษาหารือ และในขั้นตอนการรับรองกฎหมาย ควรให้มีการลงประชามติในร่างกฎหมายที่มีความสำคัญ มีผลกระทบต่อสาธารณะ และการร่างรัฐธรรมนูญ ทั้งการยกร่างใหม่ หรือการแก้ไขเพิ่มเติม

3.7 มีการมอบอำนาจมากเกินไปมีจุดสิ้นสุดและไม่ได้กำหนดเวลาในการออกอนุบัญญัติ

การร่างกฎหมายในประเทศไทยได้มีการพิจารณาร่างกฎหมายโดยการตราพระราชบัญญัติแต่ละฉบับให้มีข้อความที่สั้นมีอยู่เพียงไม่กี่มาตราเป็นหลักการอย่างกว้าง ๆ มีและให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไปดำเนินการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารระดับอนุบัญญัติอย่างกว้างขวางจนเกือบจะเรียกได้ว่าปราศจากขอบเขต เช่น พ.ร.บ. การส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาราชอาณาจักรซึ่งสิ้นค้า พ.ศ. 2522 มีทั้งสิ้น 24 มาตรา แต่มีกฎหมายของฝ่ายบริหารในการกำหนดการส่งออกต่าง ๆ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>35</sup>ทวีสิน กীরบุตรสุวรรณ, "การนำระบบออกเสียงแสดงประชามติมาใช้ในประเทศไทย," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 58-91

เป็นร้อยฉบับ<sup>36</sup> ทั้งที่เป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง จนกระทั่งถึงประกาศกรม (กฎหมายลำดับรองที่ต่ำกว่ากฎกระทรวงไม่ต้องเสนอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือกรรมการร่างกฎหมายตรวจพิจารณา) และยังมี การมอบอำนาจช่วงจากกฎหมายฉบับหนึ่งไปยังอนุบัญญัติที่มีลำดับชั้นต่ำกว่า

อย่างเช่น ในการเขียนพระราชบัญญัติมักมีรูปแบบของวรรคสองของทุกบท มาตราว่า "หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง" ซึ่งเป็นแบบอย่างที่มีการยึดถือปฏิบัติของนักร่างกฎหมายยุคหลัง โดยมีการอ้างว่าจะได้ เกิดความคล่องตัวของผู้ปฏิบัติงานและเป็นแบบอย่างที่มีในประเทศฝรั่งเศสตามลักษณะของ ประเทศที่นำระบบประมวลกฎหมาย อันเป็นหนทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถใช้ดุลพินิจ (discretion) ในการปฏิบัติงานได้อย่างกว้างขวาง แต่เกิดภาระให้แก่เอกชนที่ต้อง ทาตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งต่างจากการเขียนกฎหมายในประเทศเยอรมันที่เป็นประเทศ ที่เป็นแม่แบบของที่นำประมวลกฎหมายเช่นเดียวกันแต่มีการบัญญัติกฎหมายที่ละเอียดมาก ๆ โดยเฉพาะกฎหมายทางเศรษฐกิจ ไม่ค่อยเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้<sup>37</sup> เนื่องจากมีประสบการณ์อันเจ็บปวดจากการนำอำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในสมัย ที่ฮิตเลอร์มีอำนาจปกครองประเทศ

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการมอบอำนาจ ให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายอนุบัญญัติในประเทศไทยอย่างชัดเจน และขอนามาลงพิมพ์ซ้ำ ในที่นี้ดังต่อไปนี้

ศูนย์วิทยุทรัพยากร  
ปัญหาของกฎหมายมหาชนไทยจึงมี 2 ระดับ ระดับแรก การมอบ  
อำนาจในบัญญัติให้ฝ่ายบริหารใช้ปราศจากขอบเขตและกระบวนการควบคุมที่

<sup>36</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน  
- เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, )

หน้า 221

<sup>37</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 221.

แน่นอน และระดับที่สอง คือปริมาณกฎหมายเฉพาะที่ฝ่ายบริหารออกมาจำนวนมากและยากต่อการค้นคว้า

ในระดับของการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหารออกอนุบัญญัติที่ปราศจากขอบเขตและการควบคุมนั้นก่อให้เกิดผลหลายประการ อาทิ การมอบอำนาจนิติบัญญัติให้กับระบบราชการไปเลย ไม่ว่าให้อำนาจกำหนดรายละเอียด เช่น กรณีตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 ที่ให้ทบวงมหาวิทยาลัยออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย อย่างไม่ดี ๆ ก็ทำได้ตามที่เห็นสมควร นอกจากนั้น การมอบอำนาจออกอนุบัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัตินั้นเองก็ไม่มีกำหนดเวลาเอาไว้ เป็นเหตุให้ฝ่ายบริหารไม่ออกอนุบัญญัติ ทำให้พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับเลย ตลอดไปหรือหลาย ๆ ปี ดังเช่นกรณีตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2497 หรือพระราชบัญญัติการประกอบอาชีพงานก่อสร้าง พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับที่เป็นตัวอย่างนี้ยังไม่เคยมีการใช้บังคับเลยตั้งแต่ประกาศนิตยราชกิจจานุเบกษา ในหลายกรณีการมอบอำนาจนิติบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มอบให้รัฐมนตรีที่รับผิดชอบต่อรัฐสภา แต่มอบลงไปให้อธิบดีเลยโดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับป่าไม้แทบทุกฉบับ การมอบอำนาจลงไประดับข้าราชการประจำนี้ ทำให้ "คล่องตัว" แก่ข้าราชการประจำ แต่ระบบการตรวจสอบควบคุมโดยคณะรัฐมนตรีก็ดี โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นระบบการควบคุมในราชการเองไม่สามารถเป็นไปได้เพราะไม่ผ่านการพิจารณาขององค์กรทั้งสอง ซึ่งกว่านั้นจารีตประเพณีการร่างกฎหมายไทยที่ฝ่ายบริหารนิยมใช้อีกประการหนึ่งก็คือการยกเลิกพระราชบัญญัติแม่บทของอนุบัญญัติแล้ว แต่ยังคงให้อนุบัญญัติเก่าที่ออกตามพระราชบัญญัติที่ยกเลิกไปแล้วมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีอนุบัญญัติตามกฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับ ที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายใหม่ ๆ หลายต่อหลายฉบับนั้นเอง ก็ทำให้เกิดความสับสนแก่ผู้อยู่ใต้กฎหมายและให้อำนาจ "เลือก" ออกอนุบัญญัติได้ตามเวลาและเนื้อหาที่ส่วนราชการผู้รักษาการตามกฎหมายต้องการ สิ่งเหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่างบางประการที่ยกขึ้นเพื่อแสดงภาพความบกพร่องของกฎหมายในเรื่องนี้เท่านั้น และความบกพร่องอื่น ๆ

ยังมีอีกมากมาย<sup>38</sup>

นอกจากนี้ยังมีการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารในลักษณะของการ "มอบอำนาจช่วง" ที่เกินอำนาจที่ได้รับมาจากพระราชบัญญัติ เช่นตามพระราชบัญญัติ จราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 122 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติ จราจรทางบก (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 มาตรา 3 บัญญัติว่า "ผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์ และคนโดยสารรถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะ เพื่อป้องกันอันตราย ในขณะขับขี่ และโดยสารรถจักรยานยนต์ ทั้งนี้ เฉพาะท้องที่ได้กำหนดไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา" และได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่ผู้ขับขี่และคนโดยสาร รถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวกที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะ พ.ศ.2535 มาตรา 4 ว่า "พระราชกฤษฎีกานี้ให้ใช้บังคับในท้องที่กรุงเทพมหานคร เฉพาะในถนนตามรายชื่อที่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศในราชกิจจานุเบกษา" แล้วจึงได้มีประกาศ กระทรวงมหาดไทย เรื่อง รายชื่อถนนที่ผู้ขับขี่และคนโดยสารรถจักรยานยนต์ต้องสวมหมวก ที่จัดทำขึ้นโดยเฉพาะ

จึงควรมีการเปลี่ยนแปลงการตราตราพระราชบัญญัติใหม่ ให้มีการกำหนดรายละเอียดที่จำเป็นลงในพระราชบัญญัติให้มากที่สุด และให้มีการบัญญัติในอนุบัญญัติให้น้อยที่สุด และควรเขียนกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องกระทำการมากกว่าการเปิดกว้างให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง และไม่ให้มีการออกกฎหมายใน ลักษณะของการมอบอำนาจช่วง และควรกำหนดเวลาในการออกอนุบัญญัติเพื่อบังคับการตรา พระราชบัญญัติเอาไว้ด้วย

### 3.8 กฎหมายมีมากเกินไป หันหาทางเลือก ไม่มีการรวบรวมเข้าเป็นหมวดหมู่

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษรและมีการบัญญัติกฎหมาย ออกมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และบรรดากฎหมายที่ออกมาไม่ว่าออกมาในรูปแบบใด

<sup>38</sup>เรื่องเดียวกัน, หน้า 225-226

หากไม่มีการยกเลิกหรือมีกฎหมายใหม่มาทดแทนก็ยังคงถือว่ากฎหมายนั้นยังมีผลบังคับใช้ เช่น พ.ร.บ.รักษาคลอง ร.ศ. 121, พ.ร.บ.ตามช้าง ร.ศ. 127 มีมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 พ.ร.บ.ลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457, พ.ร.บ.ขนาดเกวียน พ.ศ. 2459 มีมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 6 เป็นต้น จากการสำรวจข้อมูลของกฎหมายในประเทศไทยพบว่ามีระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่ามืออยู่จำนวน 510 ฉบับ และกฎหมายของฝ่ายบริหารในรูปแบบอนุบัญญัติแบบต่าง ๆ อีกกว่า 20,000 ฉบับ<sup>39</sup> ซึ่งมีอยู่อย่างมากมายและยังกระจัดกระจายกันจนไม่สามารถนำมาอ้างอิงได้ แม้แต่ นายเชวง ทยอینگ เจ้าหน้าที่ยของกองกฎหมายไทย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้ทำการรวบรวมกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่และเก็บรักษาไว้ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อจัดให้เป็นหมวดหมู่และสะดวกในการค้นหา ยังยอมรับกับผู้วิจัยว่า เพียงแค่บรรดาพระราชบัญญัติที่มีอยู่กว่า 510 ฉบับนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ยังไม่สามารถหาต้นฉบับของกฎหมายที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาได้ครบถ้วน ต้องใช้ต้นฉบับที่สำนักพิมพ์เอกชนจัดพิมพ์ซึ่งก็ไม่ทราบว่าได้พิมพ์อย่างถูกต้องตรงตามต้นฉบับที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือไม่<sup>40</sup> สำหรับกฎหมายที่เป็นอนุบัญญัติยิ่งยากจะค้นหาเนื่องจากมีอยู่เป็นจำนวนมาก เพราะอนุบัญญัติมีทั้งที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง นอกจากนี้ยังมีระเบียบภายในของหน่วยงานย่อย ๆ ที่ไม่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาอีกเป็นจำนวนมาก เช่น หนังสือเวียน คำตอบข้อหารือ ฯลฯ ซึ่งบางหน่วยงาน เช่น กรมที่ดินหรือกรมศุลกากร ซึ่งอาจมีหลายเล่มหรือเป็นตู้ จนไม่มีผู้ใดในประเทศไทยทราบแน่ชัดว่ากฎหมายทุกประเภทมีจำนวนเท่าใด<sup>41</sup> จำนวนมากก็ยิ่งค้นหาได้ยากลำบาก เนื่องจากต้นฉบับหรือต้นเรื่องอาจจะเก็บไว้กับเจ้าหน้าที่ท่านหนึ่งซึ่งรับผิดชอบเรื่องนั้นอยู่ เมื่อเจ้าหน้าที่ท่านนั้นย้ายไปอยู่ที่อื่นหรือเกษียณอายุราชการ เอกสารเหล่านั้นก็อาจจะหาไม่พบ หากต้องการค้นหาให้พบ ต้องสอบถามผู้ที่ย้ายออกไปหรือเกษียณอายุราชการแล้วว่า เก็บเรื่องไว้ที่ใด ถ้าเจ้าหน้าที่ท่านนั้นล้มหายตายจากไปก็ยากที่จะหาเรื่องนั้นเจอ

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 225

<sup>40</sup> สัมภาษณ์นายเชวง ทยอینگ เมื่อวันที่ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2538

<sup>41</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารในเชิงอรรถที่ 42, หน้า 227

นอกจากนี้หากพิจารณาให้ดีจะพบว่าในบรรดากฎหมายที่มีอยู่อย่างมากมายนี้มีกฎหมายหลายฉบับที่เป็นเรื่องเดียวกัน แต่ได้มีการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ กระจายกันอยู่จนยากที่จะค้นหาหรือเทียบเคียง เช่น พ.ร.บ. เครื่องแบบต่าง ๆ มีอยู่ทั้งสิ้น 13 ฉบับ ได้แก่ พ.ร.บ. เครื่องแบบข้าราชการฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2478, พ.ร.บ. เครื่องแบบข้าราชการรัฐสภา พ.ศ. 2518, พ.ร.บ. เครื่องแบบตำรวจ พ.ศ. 2477, พ.ร.บ. เครื่องแบบตำรวจรัฐสภา พ.ศ. 2512, พ.ร.บ. เครื่องแบบทหาร พ.ศ. 2477 เป็นต้น เรียกว่าผู้ใดต้องการที่จะออกแบบเครื่องแบบมาใช้สำหรับกลุ่มของตนก็มีการตราพระราชบัญญัติเครื่องแบบออกมาใช้เป็นคราว ๆ ไป ซึ่งน่าจะได้มีการรวบรวมเข้าเป็น พ.ร.บ. เครื่องแบบ ฉบับเดียวแล้วหากมีหน่วยงานใดหรือบุคคลใดต้องการให้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับเครื่องแบบอีกก็ให้ใช้วิธีการตราเป็นพระราชบัญญัติฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดยศึกษาวิธีการตราพระราชบัญญัติรวบรวมเรียบเรียงกฎหมายที่มีใช้ในประเทศอังกฤษดังที่กล่าวโดยละเอียดตามบทที่ 3 แล้ว ซึ่งนอกจากจะสะดวกในการค้นหาแล้วยังประหยัดเวลาในการยกร่างอีกด้วย

### 3.9) กฎหมายล้ำสมัย

นอกจากจะมีการบัญญัติกฎหมายออกมาเป็นเวลานานแล้วยังไม่มีการปรับปรุงให้ทันสมัยทันตามสภาพของสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปเรื่อย ๆ แต่กฎหมายไทยยังคงใช้บังคับต่อไปแม้ว่าสภาพดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้วิเคราะห์ถึงความล้ำสมัยของกฎหมายไทยที่ขอนามมาแสดงในที่นี้

"พระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 ซึ่งตราขึ้นในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีการนำเข้ามากกว่าส่งออก แม้จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมแบบ "ปะผุ" มาแล้ว 14 ครั้ง ก็ยังสร้างปัญหามากมาย จนอดีตอธิบดีกรมศุลกากรท่านหนึ่งเสนอให้มีการชำระล้างใหม่ทั้งฉบับ เพราะกฎหมายฉบับนี้ "ก. สับสนวนระตรงสร้าง ข. ความยุ่งยากในการอ้างอิง ค. มีปัญหาในการตีความ ง. มีจุดอ่อนในเนื้อหา และการปฏิบัติ" ตัวอย่างกฎหมายที่ล้ำสมัยยังมีอยู่อีกมาก เช่น พระราชบัญญัติ

การเดินทางเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 ซึ่งตราขึ้นในขณะที่เรือส่วนใหญ่เป็นเรือพาย พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2478 ซึ่งตราขึ้นในขณะที่โรงแรมส่วนใหญ่เป็น "โรงเตี๊ยม" พระราชบัญญัติการค้าข้าว พ.ศ. 2498 และพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 ซึ่งตราขึ้นในสมัยที่ข้าวขาดแคลนภายหลังสงครามโลกแต่ยังคงใช้อยู่ในปัจจุบันที่ข้าวสันประเทศและขายได้ราคาต่ำ เป็นต้น<sup>42</sup>

ซึ่งน่าจะมีการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ล้าสมัยให้ทันสมัย เพื่อจะไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติและเป็นช่องทางในการหาอำนาจที่ไม่ถูกต้องของเจ้าหน้าที่

3.10 กฎหมายเข้าไปแทรกแซงกิจกรรมของเอกชนมากเกินไปและไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

ในสภาพของสังคมโลกที่มีลักษณะ โลกาภิวัตน์และต่อด้านการกีดกันทางการค้า สิ่งที่รัฐต้องดำเนินการคือคุ้มครองการประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ของเอกชนให้มีการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมโดยไม่มีการจำกัดสิทธิ<sup>43</sup> โดยที่รัฐไม่ควรเข้าไปแทรกแซงมากเกินไป แต่ปรากฏว่าจากการศึกษาของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายพบว่าพระราชบัญญัติที่มีอยู่ถึงปลายปี พ.ศ. 2536 จำนวน 510 ฉบับ มีอยู่จำนวน 170 ฉบับ ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการควบคุมและจำกัดการประกอบกิจการของเอกชน โดยการชำระใบอนุญาต (ซึ่งถือว่าเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการเพราะถือว่าไม่มีสิทธิประกอบการเว้นแต่จะได้รับอนุญาต) จำนวน 82 ฉบับ ระบบจดทะเบียน 15 ฉบับ ระบบการแจ้งทรัพย์สิน 3 ฉบับ ระบบผสม จำนวน 20 ฉบับ และระบบการตรวจสอบติดตามภายหลังการประกอบกิจการไปแล้ว 50 ฉบับ (ถือว่าเป็นระบบที่ใช้การ "กำกับ" ให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายโดยไม่จำกัดสิทธิที่จะเริ่มประกอบกิจการไปก่อน)<sup>44</sup>

42 เรื่องเดียวกัน, หน้า 224

43 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 48

44 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารานเชิงอรรถที่ 42, หน้า 222

ซึ่งนอกจากจะมีบทบัญญัติในรูปพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วยังมีอนุบัญญัติในรูปแบบต่าง ๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัติอยู่อีกเป็นจำนวนมาก จึงควรจะได้มีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับสภาพปัจจุบันและ เน้นที่การ "กำกับ" มากกว่า "การควบคุม" เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจกรรมของเอกชน

### 3.11. ขาดข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอในการร่างกฎหมาย

ข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการร่างกฎหมาย ปรากฏว่าในประเทศไทยยังขาดข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอที่สามารถจะนำมาใช้ในการอ้างอิงในการร่างกฎหมายได้ทันที ข้อมูลเกี่ยวกับเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมค้นหาได้ยากลำบาก การวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาของศาลยุติธรรมถือว่าเป็นเรื่องไม่สมควร และในส่วนของการจัดพิมพ์ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการร่างกฎหมายและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในวารสารกฎหมายปกครองหรือรายงานประจำปีของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายังมีน้อยและไม่ทันต่อเหตุการณ์

จึงควรมีการจัดทำสารานุกรมกฎหมายเปรียบเทียบทั้งกฎหมายของต่างประเทศและกฎหมายไทย โดยมอบหมายผู้ที่มีความรู้ความสามารถเฉพาะทางเป็นผู้ทำการประพันธ์สารานุกรมกฎหมายเปรียบเทียบขึ้น ดังเช่นในประเทศฝรั่งเศสมีการจัดทำสารานุกรมฝรั่งเศสตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 18 ประเทศอังกฤษมีการจัดทำ Halsbury's Law of England ประเทศเยอรมันมีสถาบันแมกพลังค์ (Max Planck Institute) เป็นผู้จัดทำ เป็นต้น ซึ่งนอกจากจะเป็นข้อมูลในการร่างกฎหมายแล้ว ยังเป็นการยกระดับมาตรฐานทางวิชาการของไทยให้สูงขึ้น เมื่อนักศึกษาไทยสามารถอ่านสารานุกรมกฎหมายเปรียบเทียบ (ภาษาไทย) ได้โดยไม่ต้องมีความรู้ภาษาต่างประเทศทำให้เสียเวลา<sup>45</sup>

<sup>45</sup>อมร จันทรสมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism : ทางออกของประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร, สถาบันนโยบายศึกษาโดยความสนับสนุนของมูลนิธิคอนราด อเดนาวร์, 2537) หน้า 62-63



## ข้อสังเกตเกี่ยวกับเทคนิคที่ควรนำมาใช้ในการปรับปรุงกฎหมายในประเทศไทย

ปัญหาและอุปสรรคของการร่างกฎหมายในประเทศไทยที่ผู้วิจัยได้นำเสนอไปแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเราควรจะนำเทคนิคการปรับปรุงกฎหมายของต่างประเทศดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3 มาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

### 1. การรวบรวมเรียบเรียง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่ามีการตราพระราชบัญญัติในประเทศไทยออกมาเป็นจำนวนมากกว่า 510 ฉบับ บางฉบับก็ประกาศใช้บังคับมาเป็นเวลานาน บางที่ประกาศใช้มาตั้งแต่สมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ บางฉบับก็ไม่มีมีการบัญญัติมาเป็นเวลานานจนไม่มีใครทราบว่ามีการใช้บังคับอยู่ เช่น พระราชบัญญัติตามช้าง ร.ศ. 127, พระราชบัญญัติกำจัดคักตบขวา พ.ศ. .... เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติเรื่องที่มีลักษณะอย่างเดียวกันออกมาใช้บังคับหลาย ๆ ฉบับแล้วแต่ว่าผู้ใดจะเป็นผู้เสนอกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติเกี่ยวกับเครื่องแบบ มีด้วยกันจำนวน 12 ฉบับ น่าจะได้นำมารวมกัน ซึ่งเกี่ยวกับวิธีดำเนินการรวบรวมเรียบเรียงจะเป็นวิธีการรวบรวมกฎหมายหลายฉบับเข้าเป็นฉบับเดียว , แก้ไขกฎหมายให้ถูกต้อง, ยกเลิกกฎหมายที่พ้นสมัย, ไม่จำเป็น, หมดเวลา, มีกฎหมายอื่นเข้ามาแทนที่แล้ว หรือยกเลิกกฎหมายที่ไม่ได้มีการบัญญัติมาเป็นเวลานานแล้ว ยังเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ลัดขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัติที่หากว่าร่างพระราชบัญญัติผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในวาระที่ 2 แล้ว ก็ให้มีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เมื่อคณะกรรมการเห็นชอบแล้วถือว่าทั้งสองสภาให้ความเห็นชอบแล้ว การจะใช้วิธีการลัดขั้นตอนของกระบวนการนิติบัญญัตินี้ในประเทศไทยจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับวิธีการตราพระราชบัญญัติเสียก่อน

## 2. การลดทอนเกณฑ์และการปรับรูปทอนเกณฑ์

การลดทอนเกณฑ์และการปรับรูปทอนเกณฑ์ให้มีประสิทธิภาพ, มีผลบังคับใช้ และเป็นประโยชน์ต่อสังคมหรือไม่ เป็นสิ่งที่จะต้องกระทำอย่างเร่งด่วน

การดำเนินการควรมีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาศึกษาทอนหมายทุกฉบับที่มีอยู่ทั่วประเทศ ทายว่าฉบับใดควรจะมีการยกเลิก หรือแก้ไขปรับปรุงให้ทันสมัย ทั้งนี้ในการร่างทอนหมายใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมทอนหมายที่มีอยู่แล้ว ควรใช้เทคนิคการวิเคราะห์ผลกำไรที่สังคมจะได้รับเปรียบเทียบกับภาระที่เพิ่มขึ้น (cost-benefit analysis) เป็นแนวทางการวิเคราะห์ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและประเพณีและวัฒนธรรมอันดีของประเทศไทยประกอบด้วย และรัฐบาลควรกำหนดนโยบายให้ชัดเจนว่าประเทศไทยมีนโยบายที่จะให้ทอนหมายเป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการควบคุมหรือกำกับสังคม

## 3. การจัดทำคู่มือร่างทอนหมายมาตรฐาน

การจัดทำคู่มือร่างทอนหมายมาตรฐานเป็นสิ่งที่จะทำให้รัฐบาลสามารถวางแผนทางการร่างทอนหมายให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน อันจะเป็นประโยชน์ต่อการร่างทอนหมาย

สำหรับประเทศไทยยังขาดคู่มือมาตรฐานในการร่างและการพิจารณาร่างทอนหมาย จึงทำให้ การร่างทอนหมายยังขาดมาตรฐานที่ดีพอ สมควรที่จะจัดทำคู่มือมาตรฐานสำหรับการร่างและตรวจพิจารณาร่างทอนหมาย

## 4. การทดสอบร่างทอนหมาย

การทดสอบร่างทอนหมายคล้ายกับการจัดทำคู่มือร่างทอนหมายมาตรฐาน ำใช้ในการทดสอบร่างทอนหมายว่า เหมาะสมแล้วและสมควรที่จะนำมาบังคับใช้หรือไม่ ซึ่งหากว่าในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการจัดทำคู่มือร่างทอนหมายมาตรฐานก็ควรพิจารณาจัดทำแบบทดสอบร่างทอนหมาย

เพื่อทำการทดสอบร่างกฎหมายก็ได้

### 5. การศึกษาการบังคับใช้กฎหมาย

ประเทศไทยยังไม่มีระบบการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายเกณฑ์จากรัฐสภาหรือรัฐบาล (ในฐานะผู้บังคับบัญชาของส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ) เมื่อกฎหมายบัญญัติขึ้นแล้วจะมีผลบังคับใช้อย่างไร เป็นปัญหาทางปฏิบัติหรือไม่ ควรจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงอย่างไร ทั้งนี้ การจะทำการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมายเป็นเรื่องที่ส่วนราชการเจ้าของเรื่อง (ข้าราชการประจำ) ที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติกรรทำให้เป็นไปตามกฎหมาย จัดทำรายงานขึ้นมาขอรับหลักการจากคณะรัฐมนตรี หากคณะรัฐมนตรีเห็นชอบ (และได้ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) คณะรัฐมนตรีจึงจะนำร่างกฎหมายเสนอต่อรัฐสภาต่อไป จึงควรจะได้มีการประเมินผลการปฏิบัติของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราออกมาใช้บังคับ เพื่อจะได้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาว่าสมควรจะให้กฎหมายฉบับนั้นบังคับใช้ต่อไป ยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง ุคยเป็นวิธีการที่ใช้ร่วมกันกับการกำหนดเวลาการสิ้นผลบังคับใช้ของกฎหมายเอาไว้ล่วงหน้า (sunset legislation)

### 6. "จันเชิท สิจิสเลชั่น"

ประเทศไทยยังไม่มีแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดการสิ้นผลของกฎหมายเอาไว้ล่วงหน้า เพื่อประเมินผลการใช้บังคับว่าสมควรจะให้ใช้บังคับต่อไป ยกเลิกไปเสียหรือแก้ไขกฎหมายใหม่ มีแต่ความคิดในการเพิ่มกฎหมายและขยายหน่วยงาน (sunrise) จึงควรจักได้ลองพิจารณานำมาใช้ในการประเมินผลกฎหมายบ้าง โดยเฉพาะกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นใหม่ที่มีความเกี่ยวข้องกับทางด้านเศรษฐกิจ แต่อาจจะมีปัญหาอยู่บ้างในแง่ของค่าใช้จ่ายซึ่งต้องใช้สูงพอสมควร