



## ผลบังคับทางกฎหมาย สำหรับกฎหมายลำดับรอง ที่ไม่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา

### ความนำ

ในสังคมรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย นั้น ย่อมเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ากฎหมายคือ เครื่องมือสำคัญของรัฐในการปกครองบ้านเมืองเพื่อใช้ควบคุมพฤติกรรมของคนให้อยู่ร่วมกันในสังคมได้ด้วยความสะดวกสบาย ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดที่ว่าประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และเกิดข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าทุกคนนั้นย่อมรู้กฎหมาย บุคคลใดจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบทางอาญาหาได้ไม่ ดังที่ปรากฏในมาตรา ๖๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่หากกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับนั้นไม่ได้มีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย หรือมีการประกาศใช้เป็นกฎหมายแต่ไม่เคยมีการเผยแพร่ให้ประชาชนได้มีโอกาสรับรู้ การจะบังคับใช้กฎหมายที่กีดกีดกีดกล่าว โดยถือว่าประชาชนทุกคนรู้กฎหมายย่อมเป็นการขัดต่อหลักเหตุผลโดยสิ้นเชิง ฉะนั้นการประกาศใช้บังคับกฎหมายในราชกิจจานุเบกษา<sup>๑</sup> จึงเป็นส่วนสำคัญสำหรับการที่รัฐจะบังคับใช้กฎหมายต่อประชาชนและถือเป็นวิธีการเผยแพร่กฎหมายที่ยอมรับโดยสากลทั่วไป ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับจึงได้กำหนดให้ร่างพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว นั้น จะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ต่อไป

นอกจากนี้สำหรับในกรณีของกฎหมายลำดับรองในระดับต่าง ๆ นั้น กฎหมายแม่บทที่ได้ให้อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองดังกล่าวจะกำหนดไว้ว่ากฎหมายนั้นจะใช้บังคับได้ต่อเมื่อมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ยกตัวอย่างเช่น มาตรา ๕<sup>๒</sup> แห่งพระราชบัญญัติกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือมาตรา ๕<sup>๓</sup> แห่งพระราชบัญญัติควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ พ.ศ. ๒๕๖๐ เป็นต้น

<sup>๑</sup>ราชกิจจานุเบกษา เป็นคำภาษาสันสกฤต แปลว่า “เพ่งดูราชกิจ” มีความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ ว่า “สิ่งพิมพ์ของทางราชการที่จัดให้มีขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อเป็นที่ประกาศข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่ประสงค์จะให้ประชาชนได้ทราบ เช่น กฎหมาย ประกาศคนล้มละลาย การจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัท”

<sup>๒</sup>มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงและระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

<sup>๓</sup>มาตรา ๕ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่กับออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ และลดหรือยกเว้นค่าธรรมเนียม รวมทั้งออกกฎกระทรวงและประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้กฎกระทรวงและประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้



ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าหากยังไม่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาก็จะไม่มีผลบังคับทางกฎหมายแต่ประการใด แต่ในส่วนกฎหมายลำดับรองในบางเรื่องที่ถูกกฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือกฎหมายลำดับรองในบางเรื่องที่ได้กำหนดวิธีการประกาศหรือเผยแพร่กฎโดยวิธีการอื่นเอาไว้ นั้น ได้มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่น่าสนใจว่า หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ออกกฎหมายลำดับรองจะต้องนำกฎหมายลำดับรองดังกล่าวประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วยหรือไม่ และกฎหมายลำดับรองที่ไม่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาจะมีผลบังคับทางกฎหมายได้มากน้อยแค่ไหนประการใด

ประเด็นข้อกฎหมายในเรื่องนี้นั้นที่ผ่านมามีเคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคำพิพากษาของศาลปกครองได้วางบรรทัดฐานไว้โดยอาจแบ่งได้เป็น ๒ กรณีด้วยกัน ดังนี้

กรณีแรก กฎหมายลำดับรองที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องนำลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาจะต้องส่งกฎหมายลำดับรองดังกล่าวลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือไม่

โดยประเด็นเรื่องนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๓) ได้เคยให้ความเห็นในบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การนำประกาศและระเบียบของการท่าเรือแห่งประเทศไทยไปประกาศในราชกิจจานุเบกษามาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ (เรื่องเสรีจที่ ๕๑๔/๒๕๖๐) เกี่ยวกับกรณีที่มีการท่าเรือแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า การท่าเรือแห่งประเทศไทยได้จัดส่งประกาศการท่าเรือแห่งประเทศไทย เรื่อง มาตรการดำเนินการกับรถที่ก่อให้เกิดมลพิษทางอากาศ และ/หรือ มีเสียงดังเกินกำหนดมาตรฐานในเขตท่าเรือกรุงเทพ และระเบียบการท่าเรือแห่งประเทศไทยว่าด้วยการรับมอบจัดเก็บ และส่งมอบสินค้า/ตู้สินค้าผ่านแดนของท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. ๒๕๕๙ ซึ่งการท่าเรือฯ ได้พิจารณาเห็นว่าเป็นประกาศฯ และระเบียบฯ ที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎเพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง จึงต้องนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษามาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๗ ที่ได้บัญญัติว่า “หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

- (๑) โครงสร้างและการจัดองค์กรในการดำเนินงาน
- (๒) สรุปอำนาจหน้าที่ที่สำคัญและการดำเนินงาน
- (๓) สถานที่ติดต่อเพื่อขอรับข้อมูลข่าวสารหรือคำแนะนำในการติดต่อกับหน่วยงานของรัฐ
- (๔) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้นโดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง

(๕) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด ...”

ในการนี้ผู้อำนวยการสำนักนิติธรรม ปฏิบัติราชการแทนเลขาธิการคณะรัฐมนตรี พิจารณาแล้วเห็นว่าประกาศการท่าเรือฯ ในเรื่องดังกล่าวนี้มีเนื้อหาสาระเป็นการกำหนดมาตรการควบคุมรถที่ก่อให้เกิดมลพิษซึ่งผ่านเข้า ออก เฉพาะภายในเขตท่าเรือกรุงเทพเท่านั้น โดยไม่ได้มีสภาพอย่างกฎอันมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปต่อเอกชนตามนัยมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร



ของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่อยู่ในบังคับต้องลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาและไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้ต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาแต่อย่างใด และระเบียบที่การทำเรื่องฯ นำไปส่งลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา นั้น มีสาระสำคัญเป็นการกำหนดขั้นตอนและประเภทของสินค้าหรือตู้สินค้าที่จะรับมอบจัดเก็บ และส่งมอบสินค้าหรือตู้สินค้าผ่านแดนของท่าเรือกรุงเทพเท่านั้น ซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะเจ้าของสินค้าหรือตัวแทนเท่านั้น ไม่ได้มีสภาพเป็นกฎอันมีผลบังคับกับเอกชนโดยทั่วไป ตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่อยู่ในบังคับต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา ประกอบกับพระราชบัญญัติการทำเรื่องแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ อันเป็นกฎหมายแม่บทก็ไม่ได้กำหนดให้ระเบียบดังกล่าวต้องลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วยแต่อย่างใด



คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๓) มีความเห็นว่า ข้อหาเรื่องนี้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพียงประเด็นเดียวว่า ประกาศและระเบียบของการทำเรื่องแห่งประเทศไทยมีสภาพอย่างกฎที่จะต้องนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ หรือไม่ และจะมีสภาพบังคับแก่บุคคลภายนอกอย่างไร โดยเห็นว่า ในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาความหมายของ “กฎ” เสียก่อนว่า มีความหมายเพียงใด ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๔ “กฎ” หมายถึง ข้อกำหนดหรือข้อบัญญัติที่บังคับให้ต้องมีการปฏิบัติตาม โดยการวินิจฉัยว่า สิ่งใดเป็น “กฎ” สามารถพิจารณาจากรูปแบบและเนื้อหา ดังนี้

ประการแรกในทางรูปแบบนั้น “กฎ” หมายถึง บรรดากฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น สำหรับกรณีของการทำเรื่องแห่งประเทศไทย นั้นกฎเกณฑ์ที่ถือว่า มีสภาพอย่างกฎเมื่อพิจารณาในทางรูปแบบ ได้แก่ กฎกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติการทำเรื่องแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔

ประการที่สองในทางเนื้อหา นั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ รวมทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้กำหนดลักษณะสำคัญของ “กฎ” ไว้ว่า เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือเจาะจง ซึ่งการมีผลบังคับทั่วไปของกฎนั้นไม่ได้หมายความว่าต้องมีผลบังคับแก่ประชาชนทุกคน อาจมีผลบังคับเฉพาะประเภทของบุคคลก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลที่อยู่ในบังคับนั้นจะมีจำนวนเท่าใด เพียงแต่ไม่ใช่มีผลบังคับเจาะจงตัวบุคคลใดบุคคลหนึ่งเท่านั้น

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาว่าประกาศและระเบียบของการทำเรื่องแห่งประเทศไทยมีสภาพอย่างกฎตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ หรือไม่ จึงไม่ได้พิจารณาจากการกำหนดบทลงโทษหรือค่าปรับหรือการมีผลบังคับใช้ภายในอาณาบริเวณของการทำเรื่องฯ แต่จะต้องพิจารณาจากเนื้อหาว่าประกาศและระเบียบดังกล่าวเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับ



เป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งจะต้องพิจารณาเนื้อหาเป็นรายกรณีไป และในกรณีที่การทำเรือแห่งประเทศไทยออกประกาศ และระเบียบที่โดยเนื้อหาแล้วมีสภาพอย่างกฎ และมีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง การทำเรือแห่งประเทศไทยในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐตามนิยามในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติ ข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ย่อมมีหน้าที่ต้องส่งประกาศและระเบียบดังกล่าวไปลงพิมพ์ใน ราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา ๗ (๔)<sup>๕</sup> แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ

ในการนี้จึงต้องพิจารณาเนื้อหาของประกาศและระเบียบเป็นกรณี ๆ ไป ดังนี้

(ก) กรณีของประกาศการทำเรือแห่งประเทศไทย เรื่อง มาตรการดำเนินการกับรถที่ก่อให้เกิด มลพิษทางอากาศและ/หรือ มีเสียงดังเกินกำหนดมาตรฐานในเขตท่าเรือกรุงเทพ ลงวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๘ นั้น เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของประกาศฯ แล้ว เห็นว่า ประกาศดังกล่าว เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้ขออนุญาตหรือผู้รับผิดชอบรถยนต์ที่จะนำรถยนต์เข้าออกเขตท่าเรือ กรุงเทพ ต้องดำเนินการให้รถยนต์ของตนมีค่าควันดำและระดับเสียงอยู่ในเกณฑ์ตามที่ประกาศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมฯ ได้กำหนดไว้ หากรถยนต์คันใดมีค่าการตรวจวัดควันดำ และเสียงไม่เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐาน การทำเรือแห่งประเทศไทยจะไม่อนุญาตให้รถคันดังกล่าว เข้ามาในเขตท่าเรือกรุงเทพ จนกว่าจะดำเนินการแก้ไขปรับปรุงให้เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานและ อาจไม่ต่อบัตรอนุญาตของผู้ขออนุญาตรายนั้นในปีถัดไปด้วย แม้กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะกำหนดขึ้น เพื่อใช้ เฉพาะในเขตท่าเรือกรุงเทพ แต่ก็เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปให้เป็นบุคคลที่จะ เข้ามาในเขตท่าเรือกรุงเทพต้องดำเนินการ โดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใด เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ประกาศดังกล่าวจึงเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ที่การทำเรือแห่งประเทศไทย ในฐานะหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

(ข) กรณีของระเบียบการทำเรือแห่งประเทศไทยว่าด้วยการรับมอบ จัดเก็บ และส่งมอบสินค้า/ ผู้สินค้าผ่านเขตแดนของท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. ๒๕๕๙ นั้น เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของระเบียบฯ แล้ว แม้เนื้อหาบางส่วนจะเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติภายในของการทำเรือแห่งประเทศไทยเกี่ยวกับการรับมอบ และการเก็บรักษาสินค้า/ผู้สินค้าผ่านแดน แต่ในหมวด ๒ ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนด

<sup>๕</sup>มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

๑๓๑

๑๓๑

“หน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ศาลเฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี องค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หน่วยงานอิสระของรัฐและหน่วยงานอื่นตามที่กำหนด ในกฎกระทรวง

๑๓๑

๑๓๑

<sup>๕</sup>มาตรา ๗ หน่วยงานของรัฐต้องส่งข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา

๑๓๑

๑๓๑

(๔) กฎ มติคณะรัฐมนตรี ข้อบังคับ คำสั่ง หนังสือเวียน ระเบียบ แบบแผน นโยบาย หรือการตีความ ทั้งนี้ เฉพาะที่จัดให้มีขึ้น โดยมีสภาพอย่างกฎ เพื่อให้มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง

๑๓๑

๑๓๑



กฎหมายที่ให้เจ้าของสินค้า บริษัทเจ้าของผู้สินค้า หรือตัวแทนต้องดำเนินการในหลายเรื่อง เช่น ข้อ ๗.๑ – ๗.๓ กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการนำสินค้า/ผู้สินค้าผ่านแดนออกจากท่าเรือกรุงเทพหรือในข้อ ๑๐.๒ กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการขออนุญาตเปิดตู้คอนเทนเนอร์เพื่อขนถ่ายสินค้าเข้าเก็บในคลังสินค้าตักค้าง ในกรณีที่มีผู้สินค้าผ่านแดนตักค้างในประเทศไทยเกิน ๙๐ วัน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวแม้ว่าจะใช้บังคับเฉพาะเจ้าของสินค้า บริษัทเจ้าของผู้สินค้า หรือตัวแทน แต่ก็มีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องดังกล่าว โดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ระเบียบดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ที่การทำเรือแห่งประเทศไทยในฐานะหน่วยงานของรัฐจะต้องส่งลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา



อนึ่ง หากพิจารณามาตรา ๗ (๑) (๒) และ (๓) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ประกอบการตีความคำว่า “กฎ” ใน (๔) แล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่า “กฎ” ที่จะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา นั้น หากจำต้องใช้กับบุคคลทั่วไปทุกคนไม่ แต่ต้องใช้เป็นการทั่วไปกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะในอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ นั้น

**กรณีที่สอง กฎหมายลำดับรองที่ไม่ได้ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษามีผลบังคับทางกฎหมายประการใด**

สำหรับประเด็นเรื่องนี้ศาลปกครองกลาง ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ ๔๑๖/๒๕๔๗ เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย สรุปความได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ทาวน์เฮ้าส์ ในตำบลโคกขาม อำเภอเมืองสมุทรสาคร จังหวัดสมุทรสาคร และได้ให้ผู้อื่นเช่าพักอาศัย แต่เมื่อวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๒ ผู้ถูกฟ้องคดีได้สั่งให้ผู้ฟ้องคดี ยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบกิจการค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตดังกล่าวจำนวน ๑,๐๐๐ บาท จากผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดีให้ผู้อื่นเช่าบ้านเป็นการประกอบกิจการค้าที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพที่ต้องได้รับอนุญาตและเสียค่าธรรมเนียม ตามข้อบังคับตำบล เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. ๒๕๔๑ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการสั่งให้ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอใบอนุญาตและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวไม่ถูกต้อง เนื่องจากข้อบังคับตำบลฯ ไม่ได้นำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดีได้ ตามมาตรา ๗ ประกอบมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ อีกทั้งข้อบังคับตำบลฯ ใช้บังคับกับกิจการห้องเช่าหรือห้องแบ่งเช่าที่มีจำนวนหลายห้อง ในลักษณะเดียวกับกิจการหอพักหรืออาคารชุดให้เช่าที่มีผู้อยู่อาศัยเป็นจำนวนมากและมีลักษณะเป็นการประกอบการค้า ผู้ฟ้องคดีมีบ้านเช่าเพียงหลังเดียวและได้ให้ข้าราชการครูเช่าพักอาศัย จึงไม่ใช่เป็นการประกอบกิจการที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับตำบลฯ ดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสืออุทธรณ์ต่อ นายอำเภอเมืองสมุทรสาคร แต่จนกระทั่งยื่นฟ้องคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีก็ยังไม่ได้รับการชี้แจงแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่มีคำสั่งออกใบอนุญาตฯ



และคำสั่งเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินจำนวน ๑,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

**ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าการออกข้อบังคับตำบลฯ ดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข ซึ่งมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการสาธารณสุขมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดให้กิจการใดเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ และมาตรา ๓๒(๑) บัญญัติให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีอำนาจออกข้อกำหนดท้องถิ่น กำหนดประเภทของกิจการตามมาตรา ๓๑ บางกิจการหรือทุกกิจการให้เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่นนั้นเพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการที่ประกาศตามมาตรา ๓๑ ซึ่งกรณีนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ได้ใช้อำนาจตามมาตรา ๓๑ ออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข ที่ ๕/๒๕๓๘ เรื่องกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ๒๕๓๘ โดยจัดแบ่งประเภทกิจการออกเป็นกลุ่มกิจการในลักษณะเดียวกัน และสำหรับกิจการที่เกี่ยวกับการบริการได้จัดแบ่งออกเป็น ๑๓ ประเภทย่อย โดยประเภทย่อยที่ ๔ ได้กำหนดให้ “การประกอบกิจการหอพัก อาคารชุดให้เช่า ห้องเช่า ห้องแบ่งเช่า หรือกิจการอื่นในทำนองเดียวกัน” เป็นกิจการประเภทหนึ่งที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ และผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้อำนาจตามมาตรา ๓๒(๑) ออกข้อบังคับตำบล เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. ๒๕๔๑ กำหนดให้การประกอบกิจการหอพัก อาคารชุดให้เช่า ห้องเช่า ห้องแบ่งเช่า หรือกิจการอื่นในทำนองเดียวกัน ซึ่งเป็นกิจการตามมาตรา ๓๑ เป็นกิจการที่ต้องมีการควบคุมภายในท้องถิ่นนั้น กล่าวคือ เป็นกิจการที่ต้องขออนุญาตก่อนจึงจะประกอบกิจการดังกล่าวได้**

โดยในเรื่องมีผลใช้บังคับของข้อบังคับตำบลฯ ในกรณีนี้ มาตรา ๗๑ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. ๒๕๓๗ กำหนดว่า ร่างข้อบังคับตำบลฯ ที่ผ่านความเห็นชอบของสภาองค์การบริหารส่วนตำบลและนายอำเภอแล้ว ให้ประธานคณะกรรมการบริหารลงชื่อและประกาศเป็นข้อบังคับตำบลต่อไป และในข้อ ๒ ของข้อบังคับตำบลฯ ได้กำหนดให้ใช้บังคับในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลโคกขามนับแต่วันถัดจากวันที่ได้ประกาศไว้โดยเปิดเผยที่สำนักงานของผู้ถูกฟ้องคดี ส่วนมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ กำหนดให้ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะเป็นกฎจะต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา หากยังไม่ได้นำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้กำหนดไว้ว่าจะนำมาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ใดมิได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะรู้ถึงข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเป็นจริงมาก่อนแล้วเป็นเวลาพอสมควร ทั้งนี้ โดยมีข้อยกเว้นตามมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับในกรณีข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้มีการเผยแพร่หรือเปิดเผยด้วยวิธีการอื่น

จากบทกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่า การออกข้อบังคับตำบลเป็นกรณีที่กฎหมายเฉพาะไม่ได้กำหนดการเผยแพร่หรือเปิดเผยด้วยวิธีการอื่นเอาไว้ และเมื่อข้อบังคับตำบลฯ ในกรณีนี้มีลักษณะเป็นกฎที่มีผลเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง จึงถือเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารฯ ดังนั้น จึงต้องนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา



และเมื่อตามข้อเท็จจริงยังฟังไม่ได้ว่าได้มีการนำลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาในขณะนั้นแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดี จึงไม่สามารถนำข้อบังคับตำบล เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. ๒๕๔๑ มาใช้บังคับกับผู้ฟ้องคดีในทางที่ไม่เป็นคุณเพื่อให้ยื่นคำขอใบอนุญาตให้ใช้สถานที่ประกอบการค้า ซึ่งเป็นที่รังเกียจหรืออาจเป็นอันตรายแก่สุขภาพและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตดังกล่าวได้ อันมีผลให้การออกใบอนุญาตและการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำที่ปราศจากฐานทางกฎหมายให้กระทำได้ จึงต้องเพิกถอนการออกใบอนุญาตดังกล่าวและคืนเงินที่เรียกเก็บเป็นค่าธรรมเนียม จำนวน ๑,๐๐๐ บาท แก่ผู้ฟ้องคดี

## ความสงสัย

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และแนวคำพิพากษาศาลปกครองกลาง ดังกล่าว นั้นย่อมเห็นได้ว่ากฎหมายลำดับรองที่แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องนำลงประกาศในราชกิจจานุเบกษานั้น หากเป็นกรณีที่กฎหมายแม่บทไม่ได้กำหนดวิธีการประกาศหรือเผยแพร่กฎโดยวิธีการอื่นเอาไว้ และเข้าลักษณะสำคัญของการเป็น “กฎ” ทั้งในทางรูปแบบคือ บรรดากฎเกณฑ์ลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น และในทางเนื้อหา คือ เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปต่อเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะหรือเจาะจงแล้วจึงถือเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการ ตามมาตรา ๗ (๔) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งหน่วยงานของรัฐตามนิยามในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ย่อมมีหน้าที่ต้องส่งกฎหมายลำดับรองดังกล่าวไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา หากไม่ได้ส่งกฎหมายลำดับรองดังกล่าวไปลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา กฎหมายลำดับรองนั้นจะนำมาใช้บังคับในทางที่ไม่เป็นคุณแก่ผู้ใดมิได้ เว้นแต่ผู้นั้นจะรู้ถึงข้อมูลข่าวสารนั้นตามความเป็นจริงมาก่อนแล้วเป็นเวลาพอสมควร ๖