

# บทที่ 3 บ่อเกิดของกฎหมาย

---

## Source of Law



## ในระบบกฎหมายไทยพิจารณาจาก ป.พ.พ. มาตรา 4

“ กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆแห่ง กฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตาม จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบ บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตาม หลักกฎหมายทั่วไป”

# ยกตัวอย่างเช่น เกิดข้อพิพาทเรื่องการใช้น้ำลำห้วยเข้าที่ดิน

---



## พิจารณาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

---

- ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1339  
วรรคสองบัญญัติว่า “น้ำไหลธรรมดาไปยังที่ดินต่ำ และ  
จำเป็นแก่ที่ดินนั้นไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินสูงกว่าจะกั้น  
เอาไว้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่ที่ดินของตน”

- เจ้าของสวนส้มซึ่งอยู่สูงกว่ามีที่ดินจำนวนมากและได้กักน้ำไว้ใช้เท่าที่จำเป็นในที่ดินของเขา แต่ลำน้ำนั้นมีน้ำไม่มากพอที่จะเหลือไปถึงที่ดินที่อยู่ตอนล่าง เจ้าของสวนส้มอ้างสิทธิตามกฎหมายว่าใช้ได้เท่าที่จำเป็น เจ้าของที่ดินที่อยู่ต่ำกว่าไม่ได้รับน้ำเลยเพราะน้ำไม่พอทำให้เขาเดือดร้อนเสียหาย ทั้งๆที่ทรัพยากรธรรมชาตินั้นเป็นส่วนกลางทุกคนมีสิทธิใช้ประโยชน์

บทบัญญัติของกฎหมายไม่ได้ระบุถึงกรณีน้ำน้อยจะทำอย่างไร

เกิดช่องว่างของกฎหมาย

## พิจารณาจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย

- มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น กำหนดว่า “ทุกคนต้องได้ใช้น้ำจะน้อยจะมากอย่างไรก็ตาม ที่ดินทุกผืนต้องได้รับน้ำโดยทั่วกัน ถ้าน้ำน้อยก็กระทบทุกคน ถ้าน้ำมากทุกคนได้ประโยชน์”

ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น  
จะตัดสินอย่างไร

## พิจารณาเอาบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง

---

- กฎหมายชลประทาน เป็นการที่รัฐจัดสรรน้ำให้แก่ประชาชน

ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น  
และไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง จะทำอย่างไร

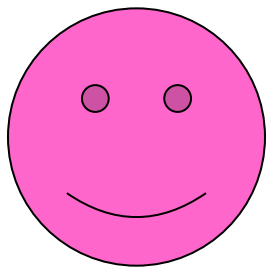
## ให้อาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้

---

- นำหลักทั่วไปของการใช้สิทธิ ที่ว่าการใช้สิทธิของบุคคลต้อง  
ใช้โดยสุจริต และใช้ไปในทางที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายไม่ได้
- ถ้าเจ้าของสวนส้มในที่สูงใช้สิทธิของตนอย่างเต็มที่ แต่ทำให้น้ำ  
ท่วม มีไปไม่ถึงที่ดินที่อยู่ต่ำกว่า จึงเป็นการใช้สิทธิโดยไม่  
สุจริตและทำให้ผู้อื่นเสียหาย



ดังนั้น ถ้าน้ำนั้นมีมากแต่คนก็ใช้มาก  
แต่ถ้ามีน้อยแต่คนก็ใช้น้อยตามสัดส่วน  
มิใช่คนหนึ่งใช้จนหมดไม่เหลือให้คนอื่นเลย



# บ่อเกิดของกฎหมายไทย แยกได้ 2 ประเภท

1. กฎหมายที่บัญญัติขึ้น
2. กฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้น

## ส่วนที่ 1

### บ่อเกิดประเภทกฎหมายบัญญัติขึ้น

1. ข้อพิจารณาความเป็นกฎหมายของกฎหมายลายลักษณ์อักษร
  - 1.1 ผู้บัญญัติกฎหมายมีอำนาจโดยชอบธรรมหรือไม่

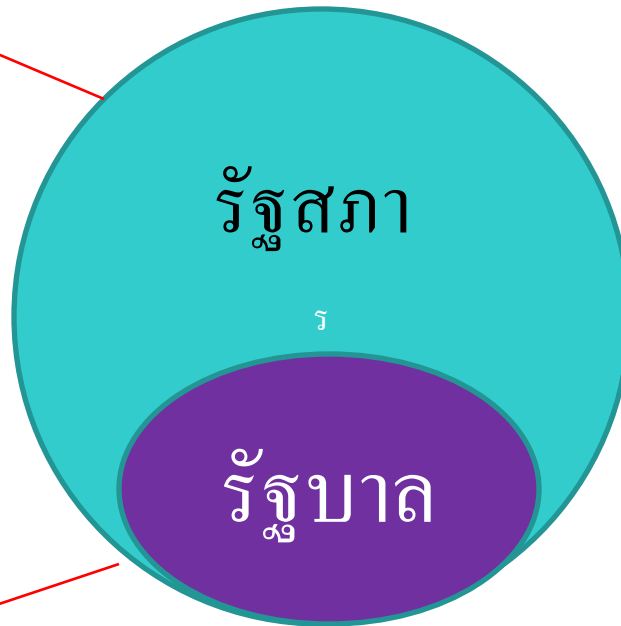
- 
- 1.2 การบัญญัติกฎหมายได้กระทำถูกต้องตามวิธีการหรือกระบวนการหรือไม่
  - 1.3 การประกาศใช้กฎหมายได้กระทำโดยชอบหรือไม่
  - 1.4 มีกฎหมายอื่นมาเปลี่ยนแปลงยกเลิกหรือไม่

# ทฤษฎีพื้นฐานในการออกกฎหมาย

- ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน  
ประชาชนย่อมแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ในการออก  
กฎหมายผ่านกระบวนการรัฐสภา

มีอำนาจออกกฎหมายโดยทั่วไปทุกเรื่อง ยกเว้น ถูกจำกัด  
โดยร.ช.น.

---



ออกกฎหมายได้เฉพาะที่ได้รับมอบอำนาจ **delegated power** จาก ร.ช.น หรือ กฎหมายแม่บท เช่น พ.ร.บ.

## 2. กฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทต่างๆ

### 2.1 กฎหมายนิติบัญญัติ

ได้แก่ พระราชบัญญัติถือเป็น “กฎหมายโดยแท้”

- “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติ จะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่ โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อ พระมหากษัตริย์ ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่า ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป”

## การจัดทำพระราชบัญญัติตามร.ธ.น.

- เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาก่อน มี 3 วาระ
  1. ชั้นรับหลักการ
  2. ชั้นแปรญัตติ
  3. ชั้นลงมติให้ความเห็นชอบ
- เสนอวุฒิสภาพิจารณา

## การลงนามประกาศใช้

- นายกรัฐมนตรีถวายลงพระปรมาภิไธยภายใน 20 วัน หาก **k.** ไม่ทรงเห็นชอบหรือพ้น 90 วันมิได้พระราชทานคืน ให้ส่งคืนรัฐสภา ถ้ารัฐสภายืนยันไม่น้อยกว่า  $\frac{2}{3}$  ของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภา ให้เสนอต่อนายกรัฐมนตรี **k.** และ ต่อมา **k.** มิได้พระราชทานคืนมาภายใน 30 วัน ให้นายกฯ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เสมือน **K** ลงพระปรมาภิไธยแล้ว



# กระบวนการออกกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ฉบับชั่วคราว 2557

## การเดินทางของกฎหมายใน “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ”



## 2.2 กฎหมายบริหารบัญญัติ

- เป็นกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร “กฎหมายยกเว้น” ได้แก่
  - ก) พระราชกำหนด กฎหมายซึ่งฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีได้รับอำนาจจาก ร.ช.น. ให้ตรากฎหมายเนื่องจากมีเหตุจำเป็นบางประการเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนร่วมของรัฐ
- พ.ร.ก.มี 2 ประเภท คือ
  1. พระราชกำหนดทั่วไป
  2. พระราชกำหนดเฉพาะ
- พ.ร.ก.ไม่มีอำนาจใช้บังคับถาวร ดังนั้นต้องเสนอให้รัฐสภาอนุมัติ

## ข) กฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation)

- เป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ตรา บทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในรายละเอียดที่ต้อง ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ
- การตรากฎหมายลำดับรองต้องอ้างถึงอำนาจของกฎหมายแม่บทที่มอบ อำนาจฉบับนั้นๆเสมอ
- การตรากฎหมายลำดับรองถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายแม่บท
- ต้องไม่มีบทบัญญัติกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ เช่น บทลงโทษ ทางอาญา

## พ.ร.บ.เงินทดแทน พ.ศ. 2537

- มาตรา 6 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม รักษาการณ์ตามพ.ร.บ.นี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงระเบียบ และประกาศเพื่อปฏิบัติตามพ.ร.บ.นี้  
กฎกระทรวง ระเบียบ และประกาศนั้นเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้
- มาตรา 15 ในกรณีลูกจ้างจำเป็นต้องได้รับการฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานภายหลังจากประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย ให้นายจ้างจ่ายค่าฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานของลูกจ้างตามหลักเกณฑ์ วิธีการและอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง



## กฎกระทรวงฉบับที่ ๓ (พ.ศ. ๒๕๕๘)

ออกตามความในพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. ๒๕๓๗

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๖ และมาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. ๒๕๓๗ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๔ ให้นายจ้างจ่ายค่าฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานของลูกจ้างเท่าที่จ่ายจริงตามความจำเป็น ตามหลักเกณฑ์และอัตรา ดังต่อไปนี้

(๑) ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานด้านอาชีพ ให้จ่ายได้เฉพาะที่เป็นการฝึกตามหลักสูตรที่หน่วยงานของสำนักงานประกันสังคมเป็นผู้ดำเนินการ “ไม่เกินสองหมื่นสี่พันบาท”

(๒) ค่าใช้จ่ายในกระบวนการเวชศาสตร์ฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงานด้านการแพทย์ โดยเป็นค่าใช้จ่ายทางกายภาพบำบัด ไม่เกินวันละสองร้อยบาท และค่าใช้จ่ายทางกิจกรรมบำบัด ไม่เกินวันละหนึ่งร้อยบาท แต่รวมแล้ว “ไม่เกินสองหมื่นสี่พันบาท”

---

(๓) ค่าใช้จ่ายในกระบวนการบำบัดรักษาและการผ่าตัดเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงาน “ไม่เกินสี่หมื่นบาท”

(๔) ค่าวัสดุและอุปกรณ์ด้านเวชศาสตร์ฟื้นฟู หน่วยละไม่เกินอัตราตามที่กระทรวงการคลังกำหนดแต่รวมแล้ว “ไม่เกินหนึ่งแสนหกหมื่นบาท”

## ก) พระราชกฤษฎีกา (พ.ร.ฎ.)

- Kเป็นผู้มีอำนาจตราพ.ร.ฎ. โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี
- พ.ร.ฎ.แบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่
  - 1) พ.ร.ฎ. ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจพ.ร.บ.
  - 2) พ.ร.ฎ. ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจ ร.ช.น.



## ข) กฎกระทรวง/กฎทบทวง

เป็นกฎหมายที่ตราขึ้น โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือ  
ทบวง โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตราขึ้น  
โดยอาศัยอำนาจของพ.ร.บ. หรือพ.ร.ก.

## ค) ประกาศกระทรวง

- เป็นประกาศที่ออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเพื่อบังคับให้ปฏิบัติตามพ.ร.บ.
- ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

## ง. ข้อบังคับต่างๆ

เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งพ.ร.บ.หรือพ.ร.ก. ให้อำนาจแก่องค์กร  
เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หรือ  
คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย

## 2.3 กฎหมายองค์กรบัญญัติ

- เป็นกฎหมายซึ่งออกโดยองค์การมหาชนที่มีอำนาจอิสระ(autonomy) เช่น
  - เทศบาล = เทศบัญญัติ
  - เทศบาลตำบล = เทศบัญญัติ
  - องค์การบริหารส่วนจังหวัด = ข้อบัญญัติจังหวัด
  - กรุงเทพมหานคร = ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร
  - เมืองพัทยา = ข้อบัญญัติเมืองพัทยา
  - องค์การบริหารส่วนตำบล = ข้อบัญญัติตำบล

## ลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

กฎหมายหรือบทบัญญัติใดของกฎหมายที่อยู่ในลำดับต่ำกว่า จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับสูงกว่าไม่ได้ และหากกฎหมายลำดับต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับ ร.ช.น. จะมีผลให้กฎหมายนั้นใช้บังคับมิได้

ก.ม.ใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจพิจารณา **โดยศาลรัฐธรรมนูญ**

ก.ม.ใดขัดต่อพ.ร.บ. หรือ พ.ร.ก. หรือก.ม.อื่นๆที่สูงกว่า อำนาจพิจารณา **โดยศาลปกครอง**

## กรณีศึกษากฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

- รัฐธรรมนูญ 2540 ม. 30 ทุกคนมีความเสมอภาคกัน  
ในทางกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย  
อย่างเท่าเทียมกันทั้งหญิงและชาย
- พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ม. 12 ให้หญิงที่มี  
สามีแล้วต้องใช้ชื้อสกุลของสามี
- มาตรา 12 พ.ร.บ.ชื้อสกุลชั่วคราวรัฐธรรมนูญ การจะเลือก  
ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะเหตุความแตกต่างทางเรื่อง  
เพศและสถานะบุคคลนั้นจะกระทำไม่ได้

○ หากหญิงชายที่จะจดทะเบียนสมรส เจ้าหน้าที่ฝ่ายทะเบียนจะบังคับให้หญิงใช้ชื่อสกุลของสามีไม่ได้ แต่เป็นสิทธิของหญิงว่าจะเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเองหรือของสามีก็ได้



# แผนผังแสดงลำดับชั้นของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

พระราชบัญญัติ/พระราชกำหนด/ประมวลกฎหมาย

พระราชกฤษฎีกา

กฎกระทรวง/ประกาศกระทรวง/ข้อบังคับต่างๆ

กฎหมายองค์กรบัญญัติ

ก.มลำดับรอง

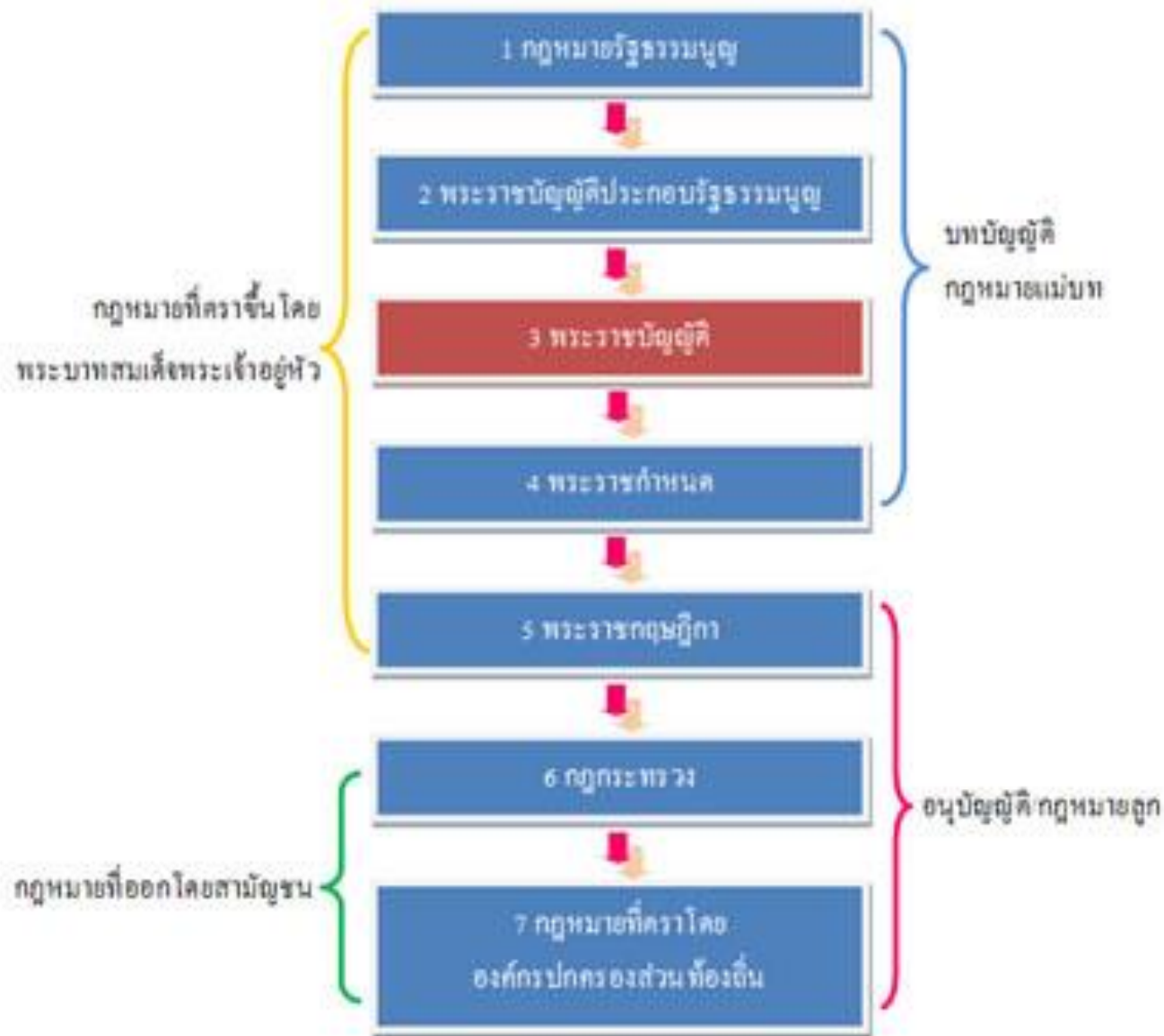




# พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law)

- หมายถึง กฎหมายที่เกี่ยวกับกฎเกณฑ์การปกครองประเทศ ซึ่งแยกออกมาบัญญัติรายละเอียดต่างหากออกไปจากรัฐธรรมนูญเพื่อช่วยขยายบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้มีความสมบูรณ์ครบถ้วนยิ่งขึ้น เช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง / พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

# ลำดับศักดิ์ของกฎหมายไทย



## ส่วนที่ 2

# บ่อเกิดประเภทกฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้น

### 1. กฎหมายประเพณี

จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎหมายประเพณีจะต้องมีลักษณะสำคัญดังนี้

(1) เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติกันมานมนานและสม่ำเสมอ

(2) ประชาชนรู้สึกว่าการจารีตประเพณีเหล่านั้นถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม

การช่วยค้ำนาหรือการลงแขกเกี่ยวข้าว คนที่ทำงานเรียก  
ค่าจ้างได้หรือไม่ ?



ทำสัญญาซื้อขายลำไยในขณะที่เป็นดอกลำไย สัญญาซื้อขาย  
สมบูรณ์หรือไม่?



ชกมวยแล้วบาดเจ็บเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ?





## ความสัมพันธ์ระหว่างจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

1. จารีตประเพณีเป็นบทสำรอง หมายความว่าเมื่อใดที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติกรณีนั้นไว้โดยตรง จารีตประเพณีก็จะทำหน้าที่แทนทันทีในฐานะบทสำรอง
2. จารีตเป็นบทคู่เคียง พิจารณาได้ 2 กรณี
  - ก) จารีตประเพณีที่ตัดทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีเช่นนี้มีลักษณะขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร
  - ข) จารีตประเพณีที่ส่งเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น การหมั้นคืออะไร การสมรสเพศเดียวกันตามกฎหมายไทยทำหรือไม่



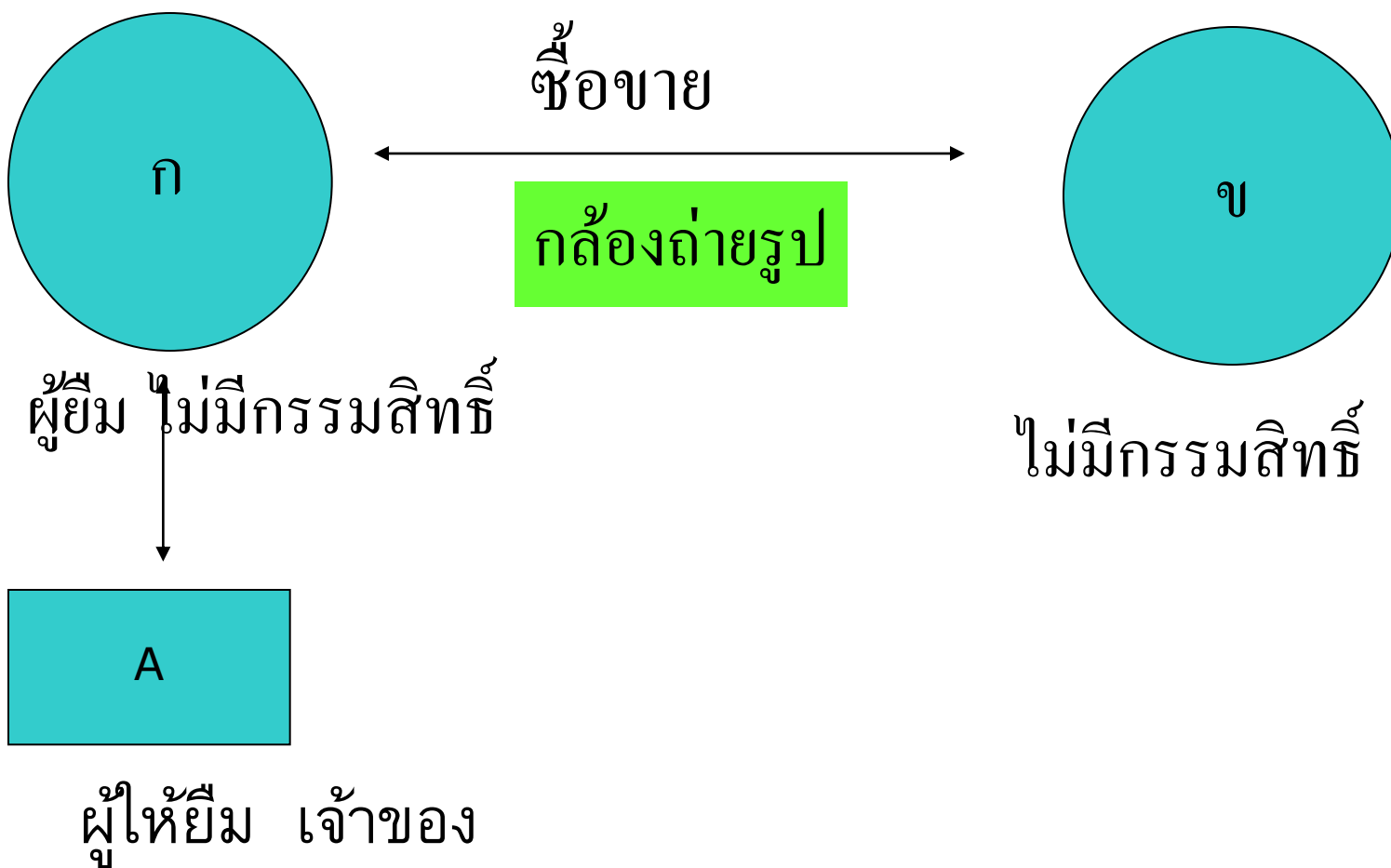
## 2. หลักกฎหมายทั่วไป

○ หลักกฎหมายทั่วไปมีความเห็นแตกต่างกัน 2 ประการ

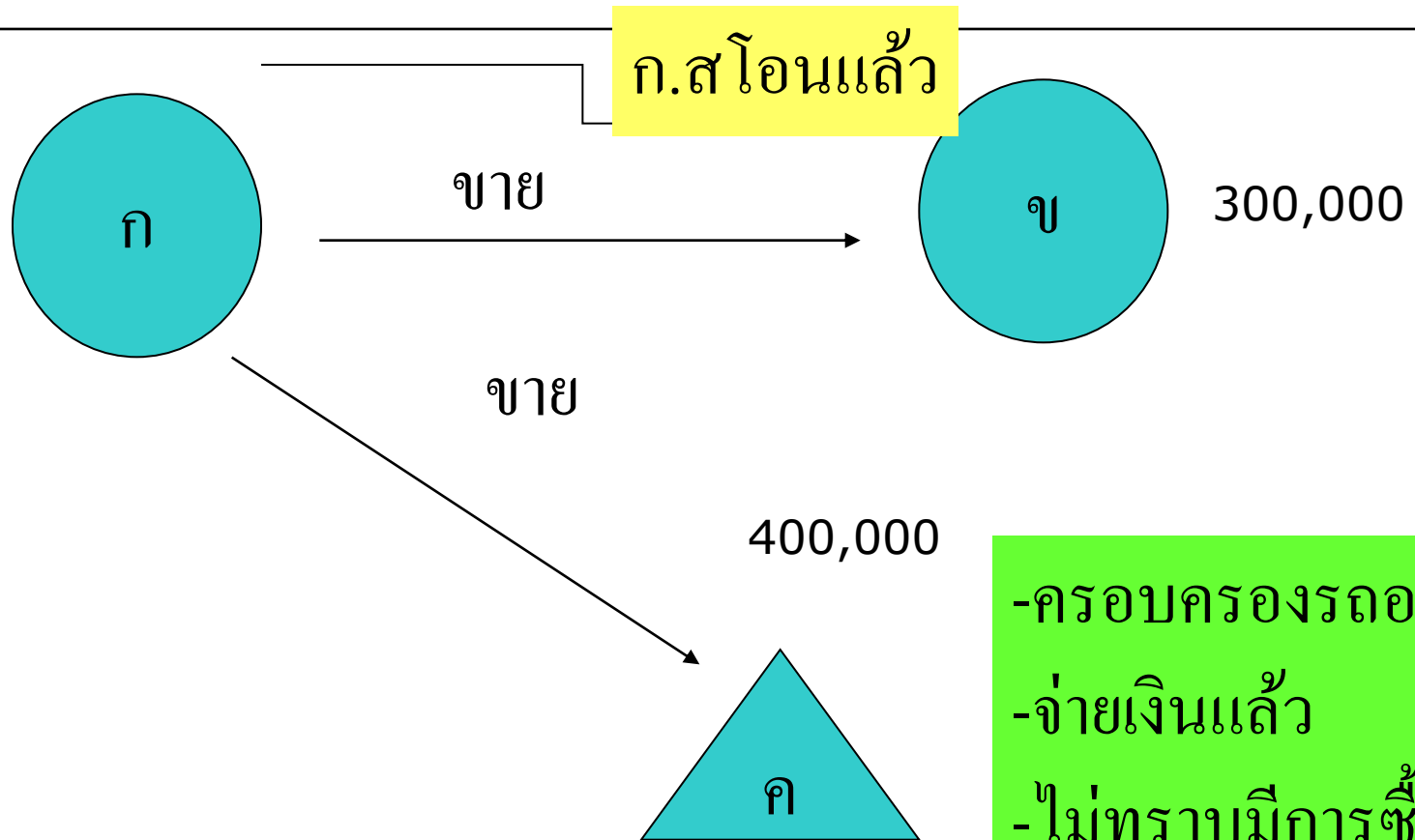
ความเห็นที่หนึ่ง หลักกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไป ไม่จำกัดอยู่ที่ใด เพียงแต่เป็นหลักที่นำมาตัดสินคดีได้ เช่น หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน หลักผู้ซื้อต้องระวัง แต่อาจมีปัญหากล้านำมาใช้ กับระบบกฎหมายที่ต่างกัน

- รอนสิทธิ

# หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน



# บางกรณีหลักนี้ใช้กับก.ม.ไทยไม่ได้ เช่น ในม.1303



- ครอบครองรถอยู่
  - จ่ายเงินแล้ว
  - ไม่ทราบมีการซื้อ
- ขายมาก่อน

- 
- ความเห็นที่สอง หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา (**pacta sunt servanda**) หลักปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญา เพราะสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป (**clausula rebus sic stantibus**)

### 3. คำพิพากษาบรรทัดฐาน

○ ในเรื่องนี้ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ระบบ คือ

(ก) **Common Law** ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

(ข) **Civil Law** คำพิพากษาเป็นเพียงการใช้กฎหมายที่มีอยู่ปรับกับคดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดี

ตัวอย่างคำพิพากษาบรรทัดฐานของไทยที่มีลักษณะบังคับเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ฎ 1601/2492 เรื่องการรับรองบุตรชอบด้วยกฎหมาย

## การรับรองบุตร โดยปริยาย (de facto)



- ให้ใช้นามสกุลของบิดา
- อุปการะเลี้ยงดูบุตร ส่งเสียเลี้ยงดู
- เปิดเผยว่าเป็นบุตรในญาติมิตรสหาย