

บทที่ 5

หลักเกณฑ์ในการร่างกฎหมายและขั้นตอนในการยกร่างกฎหมาย

ในการร่างกฎหมายแต่ละครั้ง ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาว่าจะร่างในรูปของกฎหมายประเภทใด เช่น จะร่างให้เป็นกฎหมายแม่บทอันได้แก่รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด หรือจะให้เป็นกฎหมายปลีกย่อยอันได้แก่พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง โดยการจะร่างให้เป็นกฎหมายประเภทใดนั้นมีข้อที่สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. ต้องดูว่ากฎหมายนั้นมีที่มาจากที่ใด เช่น เป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) หรือเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) หรือเป็นกฎหมายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (กฎกระทรวง) ฯลฯ

2. ต้องดูเนื้อหาของกฎหมาย เช่น เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นสาระสำคัญหรือเป็นเรื่องปลีกย่อยที่มีรายละเอียดมากมาย

เมื่อพิจารณาทั้ง 2 ทางแล้ว ผู้ร่างกฎหมายจะกลับมาสู่หลักเกณฑ์เบื้องต้นในการร่างกฎหมายว่าถ้าเนื้อหาของกฎหมายเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญ ก็จะต้องยกร่างให้เป็นกฎหมายแม่บท เช่น เป็นพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด หรือประมวลกฎหมาย แต่ถ้าเนื้อหาเป็นเรื่องรายละเอียดปลีกย่อย ผู้ร่างก็จะยกร่างให้อยู่ในรูปของกฎหมายปลีกย่อย เช่น พระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง ฯลฯ แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ว่า กฎหมายปลีกย่อยจะต้องมีรายละเอียดภายในขอบเขตเฉพาะที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เท่านั้น จะตราเรื่องที่นอกเหนือไปกว่านั้นไม่ได้ และจะมีข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทมิได้เช่นกัน

สาเหตุที่จำเป็นต้องกำหนดเฉพาะหลักการใหญ่ ๆ ไว้ในกฎหมายแม่บทและนำรายละเอียดต่าง ๆ ไปใส่ไว้ในกฎหมายปลีกย่อยหรือกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) เนื่องจาก

ก. การที่กฎหมายแม่บทกำหนดเฉพาะแต่หลักการใหญ่ ๆ ทำให้กฎหมายนั้นอ่านเข้าใจง่าย

ข. เป็นการประหยัดเวลาของผู้บัญญัติกฎหมายที่ไม่ต้องเสียเวลาพิจารณารายละเอียดปลีกย่อย ซึ่งควรมอบความไว้วางใจให้ฝ่ายบริหารไปกำหนดเอง

ค. กฎหมายของฝ่ายบริหารที่เป็นกฎหมายปลีกย่อยนั้นแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่าย

ง. กฎหมายปลีกย่อยของฝ่ายบริหารจะเหมาะสมกับกาลเทศะอยู่เสมอเพราะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้ทุกเมื่อ

เมื่อได้พิจารณาที่มาของกฎหมายและเนื้อหาของกฎหมายแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของผู้ร่างกฎหมายที่จะลงมือร่าง แต่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องรู้ว่ากฎหมายที่จะร่างนั้นสมควรให้อยู่ในรูปของกฎหมายใด ซึ่งมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาดังนี้

1. ถ้าจะร่างเป็นพระราชบัญญัติแล้ว ก็สามารถมีบทบัญญัติต่าง ๆ โดยมีข้อความตามที่เห็นสมควร เนื่องจากพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายซึ่งใช้บัญญัติในแผ่นดินตามปกติ ออกโดยรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในการตรากฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญดังเช่นที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 90 บัญญัติว่า

มาตรา 90 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธย หรือถือเสมือนว่าได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป

ดังนั้น ข้อความในพระราชบัญญัติจึงอาจเป็นบทบัญญัติในเรื่องใด ๆ ก็ตาม ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าสมควรออกเป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับการอยู่ร่วมกันในสังคมเพื่อนำไปสู่ความสงบสุขในสังคมนั้น ๆ โดยทั่ว ๆ ไปแล้วพระราชบัญญัติจะมีลักษณะเป็นข้อบังคับที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับหน่วยงานของรัฐ รัฐกับราษฎรหรือราษฎรกับราษฎร แต่ก็มีพระราชบัญญัติบางฉบับที่ไม่มีลักษณะดังกล่าว เป็นเพียงแต่กำหนดแนวทางในบางเรื่องไว้ เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน เป็นต้น

ในบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยกันแล้ว “รัฐธรรมนูญ” ถือว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีฐานะสูงสุด เนื่องจากเป็นกฎหมายแม่บทในการปกครองประเทศ แต่นอกจากรัฐธรรมนูญแล้วกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตราขึ้นใช้บังคับได้ ก็ได้แก่ “พระราชบัญญัติ” การจะตราพระราชบัญญัติได้จึงต้องอาศัยอำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ข้อความในพระราชบัญญัติจึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่มีฐานะเท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ แต่เรียกชื่ออย่างอื่นคือประมวลกฎหมาย (Code) ประมวลกฎหมายคือการรวบรวมกฎหมายที่เป็นหลักใหญ่ ๆ เรื่องเดียวกันเข้าไว้ด้วยกัน โดยจัดแบ่งเป็นหมวดหมู่และมีข้อความทั่วถึงซึ่งกันและกัน ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา เป็นกฎหมายที่รวบรวมเอาเรื่องที่เป็นความผิดทางอาญาไว้ด้วยกัน หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็บัญญัติรวบรวมเอาเรื่องในทางแพ่ง และเรื่องในทาง

พาณิชย์เข้าไว้ด้วยกัน เป็นต้น

เหตุที่มีการบัญญัติกฎหมายที่มีฐานะเท่าเทียมกับพระราชบัญญัติแต่แยกประเภทเป็นประมวลกฎหมายก็เนื่องจากต้องการบรรจุเนื้อหาของกฎหมายที่สำคัญ ๆ เรื่องเดียวกันเอาไว้ในที่เดียวกัน ส่วนในเรื่องปลีกย่อยต่าง ๆ เช่น ชื่อกฎหมาย วันใช้บังคับ บทเฉพาะกาล หรือเรื่องปลีกย่อยอื่น ๆ จะนำมาบัญญัติไว้ต่างหากในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ๆ เพื่อให้ประมวลกฎหมายนั้นใช้บังคับได้ เช่น การแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ใน พ.ศ.2535 ได้มีพระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติบรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ.2535 บัญญัติให้ใช้บังคับได้

นอกจากนี้ยังมีข้อสังเกตสำหรับพระราชบัญญัติและประมวลกฎหมายคือ ถ้าเรื่องใดมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแล้ว แต่มีความจำเป็นจะต้องตราพระราชบัญญัติในเรื่องนั้นซ้ำอีกบางส่วน ก็จะต้องหลีกเลี่ยงไม่ให้ข้อความในพระราชบัญญัติไปขัดหรือแย้งกับประมวลกฎหมายนั้น เพราะถือกันว่าประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายหลักของประเทศ

2. ถ้าจะร่างเป็นพระราชกำหนดแล้ว ก็สามารถมีบทบัญญัติต่าง ๆ โดยมีข้อความตามที่เห็นสมควรเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เพราะพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติและมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติทุกประการ จะมีแตกต่างกันบ้างก็ตรงที่พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่มาจากการเสนอของฝ่ายบริหาร หรือคณะรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และข้อแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติกับพระราชกำหนดที่เห็นได้ชัดอีกเรื่องหนึ่งคือ เหตุผลในการออกพระราชกำหนดจะต้องพิจารณาเพิ่มขึ้นจากพระราชบัญญัติ กล่าวคือจะต้องพิจารณาว่า การออกพระราชกำหนดนั้นครบถ้วนตามเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 และมาตรา 186 ว่า

มาตรา 184 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

มาตรา 186 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยความเห็นและถ้อยคำปรึกษาประโชชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

จากบทบัญญัติสองมาตราดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า หากมีกรณีตามมาตรา 218 หรือมาตรา 220 แล้วฝ่ายบริหารจึงจะมีอำนาจตราพระราชกำหนดขึ้นได้ ซึ่งมาตราทั้งสองสามารถแยกเงื่อนไขที่ฝ่ายบริหารจะเสนอพระราชกำหนดได้ ดังนี้

1. ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยของประเทศ
2. ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ
3. ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ
4. ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาและป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ
5. ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยความเห็นและถ้อยคำปรึกษาประโชชน์ของแผ่นดิน

ในการตราพระราชกำหนดนั้น หากเข้าตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารก็สามารถนำออกประกาศใช้ได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาก่อน แต่รัฐสภาจะเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาพระราชกำหนดในกรณีที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับแล้ว กล่าวคือภายหลังที่มีการประกาศใช้พระราชกำหนดในราชกิจจานุเบกษาแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องรับนำพระราชกำหนดดังกล่าวเสนอเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาโดยไม่ชักช้า ดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 184 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาคด้วย ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติอนุมัติพระราชกำหนดพิทักษ์ตราศุลกากร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2496 พ.ศ. 2496 คราออกมาเพื่ออนุมัติพระราชกำหนดพิทักษ์ตราศุลกากร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2496 เป็นต้น

สำหรับขั้นตอนการนำพระราชกำหนดเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้พิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติ นั้น มีขั้นตอนตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสาม ดังนี้

มาตรา 184 ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัย

ประชุมและการรอกการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติ และสภาผู้แทนราษฎรยื่นยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยื่นยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภาในกรณียื่นยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ

3. ถ้าจะร่างเป็นพระราชกฤษฎีกาแล้ว ก็ต้องระลึกว่ามีพระราชกฤษฎีกาอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ

ก. พระราชกฤษฎีกาที่ไม่ได้ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายใด ๆ เลย เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดเบี้ยประชุมคณะกรรมการ หรือคณะกรรมการวิชาการชุดต่าง ๆ ซึ่งเป็นกรณี

ทางราชการให้เบียดประชุม หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดวันลาฯ เช่น กรณีที่ทางราชการกำหนดว่าข้าราชการมีสิทธิที่จะลาได้อย่างไร และพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสมาชิกรัฐสภาตามสมัยประชุมสามัญฯ ซึ่งเป็นแต่การเรียกประชุมสมาชิกรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น จะเห็นได้ว่าพระราชกฤษฎีกาท่านองนี้เป็นเรื่องที่กำหนดกิจการในวงการบริหารหรือรัฐสภาเท่านั้นและการออกพระราชกฤษฎีกาท่านองนี้ได้เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติว่า "พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะตราพระราชกฤษฎีกา โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย" ฉะนั้น ถ้าวงการบริหารหรือรัฐสภาเห็นว่ากิจการใดเป็นเรื่องสำคัญ สมควรจะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ออกเป็นพระราชกฤษฎีกา ก็อาจขอให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกาได้ แต่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะต้อง (1) ไม่แย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยจะกำหนดให้กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของราษฎรที่รัฐธรรมนูญให้หลักประกันไว้ โดยกฎหมายไม่ให้อำนาจไม่ได้ และ (2) พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะขัดกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดไม่ได้ ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดมีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่าพระราชกฤษฎีกา ฉะนั้น พระราชกฤษฎีกาจึงไม่สามารถจะมีบทบัญญัติแย้งหรือขัดต่อพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดได้

ข. พระราชกฤษฎีกาที่จะออกได้แต่โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย กล่าวคือออกมากำหนดรายละเอียดของกฎหมาย โดยกฎหมายซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด เป็นแต่กำหนดหลักการใหญ่และมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารที่จะถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกากำหนดรายละเอียดได้ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ นอกจากจะแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายใด ๆ ไม่ได้เหมือนกับพระราชกฤษฎีกาตามข้อ ก. แล้ว ยังจะต้องออกภายในกรอบแห่งพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่ให้อำนาจนั้น ๆ กล่าวคือจะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดนั้น ๆ ว่าได้ให้อำนาจให้ออกพระราชกฤษฎีกาในเรื่องใดบ้าง เช่น ถ้าให้ออกพระราชกฤษฎีกาเฉพาะการนำพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดไปใช้ในท้องที่ใด เวลาใด¹ ก็ออกได้เฉพาะเรื่องสถานที่และเวลาที่จะใช้บังคับกฎหมายนั้นเท่านั้น จะออกพระราชกฤษฎีกาในเรื่องอื่น ๆ ไม่ได้ นอกจากนี้ข้อความของพระราชกฤษฎีกาเองก็

¹ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 มาตรา 2 บัญญัติว่า "พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และจะใช้บังคับในท้องที่ใด มีบริเวณเพียงใดให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา"

จะเป็นข้อความที่กำหนดหน้าที่ของราษฎรขึ้นใหม่ หรือจำกัดหรือตัดทอนสิทธิของราษฎรขึ้นใหม่ นอกเหนือไปจากที่พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่เป็นแม่บทกำหนดไว้ก็ไม่ได้ ได้แก่ อธิบายหน้าที่ของราษฎร หรืออธิบายการจำกัดหรือตัดทอนสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎร ซึ่งบัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นรายละเอียดเท่านั้น

4. ถ้าจะร่างเป็นกฎกระทรวงแล้ว ก็ต้องพิจารณาแบบเดียวกับที่พิจารณาร่างพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย เพราะเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด กำหนดหลักการใหญ่ ๆ และมีบทบัญญัติมอบอำนาจให้รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดออกกฎกระทรวงเป็นรายละเอียด¹ ฉะนั้นในการพิจารณากฎกระทรวง จะต้องพิจารณา 3 ประการคือ (ก) จะแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ (ข) จะขัดกับกฎหมายใด ๆ ไม่ได้ และ (ค) ต้องออกภายในกรอบแห่งพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวงนั้น ๆ กล่าวคือ จะต้องพิจารณาจากพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่เป็นแม่บทว่า ใต้ให้อำนาจให้ออกกฎกระทรวงในเรื่องใดบ้างและออกได้มากน้อยเพียงใด กล่าวคือจะออกกฎกระทรวงได้เฉพาะเท่าที่พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั้น ๆ ระบุไว้ แต่สำหรับพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดนั้นในบางกรณีก็ได้กำหนดให้ออกกฎกระทรวงทั่ว ๆ ไป เช่น ให้ออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้ที่ออกกฎกระทรวงในเรื่องต่าง ๆ เพื่อให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดเป็นการทั่วไปได้ แต่จะกำหนดให้มีบทบัญญัติตัดทอนสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือกำหนดหน้าที่ของบุคคลขึ้นใหม่ไม่ได้ ในปัจจุบันนี้กฎหมายที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวงโดยทั่ว ๆ ไป ไม่มีการบัญญัติอีกแล้ว ส่วนในกรณีใดที่พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดจะได้กำหนดให้ออกพระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวงเป็นรายละเอียดนั้น มีหลักว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องสำคัญก็ได้กำหนดให้ออกพระราชกฤษฎีกา ถ้าเรื่องใดเป็นเรื่องที่มีความสำคัญลดหลั่นลงมาก็ได้กำหนดให้ออกเป็นกฎกระทรวง อย่างไรก็ตามก็ตีความคิดที่เกี่ยวกับความสำคัญของเรื่องอาจเปลี่ยนแปลงไปตามพฤติการณ์และกาลเทศะ เช่น การกำหนดให้เป็นป่าสงวนและป่าคุ้มครองนั้น แต่เดิมโดยที่เห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญเพราะเป็นการตัดทอนสิทธิของราษฎรในการใช้ป่า จึงให้กระทำเป็นพระราชกฤษฎีกา แต่ต่อมาเห็นกันว่าการกำหนดให้เป็นป่าสงวนและป่าคุ้มครองนั้นไม่สู้จะมีความสำคัญจึงได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติฯ เปลี่ยนมาให้ออกกฎกระทรวงแทน การออกเป็นพระราชกฤษฎีกากับออกเป็นกฎกระทรวงนั้นมี

¹ โปรดดูมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2497

แบบพิธีคือต้องได้รับการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีด้วยกัน ต่างกันแต่เพียงว่าถ้าเป็นพระราชกฤษฎีกา คณะรัฐมนตรีต้องถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ให้ทรงลงพระปรมาภิไธย ในฐานะที่ได้ทรงตราพระราชกฤษฎีกาและต้องมีรัฐมนตรีคนหนึ่งลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่ถ้าเป็นกฎกระทรวงเมื่อคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้วรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเป็นผู้ลงชื่อในฐานะเป็นผู้ตรากฎกระทรวงนั้นและนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับได้

เท่าที่ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงขึ้นใช้บังคับแล้วนั้น พอที่จะแยกประเภทของเรื่องปลีกย่อยที่จะตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงได้ดังนี้คือ¹

เรื่องปลีกย่อยที่จะตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ได้แก่เรื่องที่

- ก. กำหนดท้องที่ กำหนดเขต บริเวณ พื้นที่ หรือสถานที่
- ข. กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่สำคัญ ๆ
- ค. กำหนดชนิด ประเภท ลักษณะ จำนวน
- ง. กำหนดเวลา
- จ. กำหนดเขตอำนาจ (เช่น ศาล)

เรื่องปลีกย่อยที่จะตราเป็นกฎกระทรวง ได้แก่เรื่องที่

- ก. กำหนดขึ้นเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด
- ข. กำหนด ลด หรือยกเว้นค่าธรรมเนียม
- ค. กำหนดเรื่องการขออนุญาต การต่อไปอนุญาต และการอนุญาต
- ง. กำหนดแบบคำขอ แบบคำร้อง แบบใบอนุญาต ฯลฯ
- จ. หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข
- ฉ. ลักษณะ

เรื่องต่าง ๆ ที่จะตราขึ้นเป็นพระราชกฤษฎีกานั้น จะเห็นได้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น เรื่องการกำหนดเขตอำนาจศาล หรือเป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับความพร้อมของฝ่ายบริหารที่จะต้องจัดเตรียมการเครื่องมือเครื่องมือหรือสิ่งอื่นที่จำเป็น เช่น เรื่องการกำหนดท้องที่ใดที่จะใช้พระราชบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใดบังคับ เป็นต้น ส่วนเรื่องที่มีการตราเป็นกฎกระทรวงนั้น ส่วนใหญ่จะ

¹ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า 28.

ได้แก่เรื่องที่เป็นรายละเอียดลงไป เช่น เรื่องการขออนุญาตต่าง ๆ หรือการกำหนดลักษณะต่าง ๆ หรือเป็นเรื่องที่ต้องการความสะดวกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพราะมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง บ่อย ๆ ตามความเหมาะสม เช่น เรื่องค่าธรรมเนียม เป็นต้น

ในตอนต้นได้กล่าวถึงพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีฐานะและรายละเอียดคลาดกันแตกต่างกันลงไป แต่นอกจากกฎหมายดังกล่าวแล้ว ยังมีกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งได้แก่ "ประกาศของคณะปฏิวัติ"

ประกาศของคณะปฏิวัติ¹ เป็นกฎหมายที่คณะปฏิวัติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจพิเศษซึ่งนิยมเรียกกันว่า "อำนาจปฏิวัติ" อันมีผลทำให้กฎหมายประเภทนี้มีฐานะแตกต่างกันออกไป ไม่ใช่โดยรูปแบบของกฎหมาย แต่แตกต่างกันด้วยเนื้อหาของกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น การที่เราจะทราบว่ากฎหมายนั้นอยู่ในฐานะใดจึงไม่อาจดูได้จากรูปแบบของกฎหมายนั่นเอง แต่ต้องดูจากเนื้อหาของกฎหมายนั้น โดยพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป

ประกาศของคณะปฏิวัตินี้สามารถจัดลำดับเป็นกฎหมายได้ตั้งแต่ลำดับสูงที่สุดคือ รัฐธรรมนูญ จนถึงกฎหมายที่ไม่มีอำนาจในตัวเองต้องอาศัยการมอบอำนาจ คือพระราชกฤษฎีกา และกฎกระทรวง ซึ่งการที่เราจะทราบว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับใดควรมีฐานะเทียบเท่ากฎหมายลำดับใด อาจจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

ก. ประกาศของคณะปฏิวัติที่ยกเลิกกฎหมายในฐานะใด ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกไปโดยไม่มีการบัญญัติขึ้นใหม่ หรือเป็นการยกเลิกและบัญญัติขึ้นมาใหม่ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นย่อมมีฐานะเดียวกันกับกฎหมายที่ถูกยกเลิกนั้น เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 ซึ่งบัญญัติให้ "รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง" ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ย่อมมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 20 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ซึ่งบัญญัติให้ "ยกเลิกพระราชบัญญัติว่าด้วยการดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองบางตำแหน่ง พ.ศ.2519" และได้กำหนดเรื่องการดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองขึ้นใหม่ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้จึงมีฐานะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 13 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ซึ่งบัญญัติให้ "ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดทบวง ทบวงมหาวิทยาลัยของรัฐ พ.ศ.2518" และ

¹ กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์, อ้างแล้ว, หน้า 38-42.

ได้มีการแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดทบวงเสียใหม่ ก็ย่อมมีฐานะเป็นพระราชกฤษฎีกาเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่ได้ยกเลิกไปนั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีข้อความที่กำหนดให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นมีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา

ข. ประกาศของคณะปฏิวัติที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในฐานะใด ย่อมมีฐานะเดียวกันกับกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 10 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายมีฐานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ.2501 ที่ตราขึ้นเพื่อขยายระยะเวลาการใช้บังคับพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในท้องที่ อำเภอยานนาวา อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร อำเภอบางขุนเทียน อำเภอธนบุรี อำเภอ บางกอกน้อย อำเภอดลิ่งชัน อำเภอภาษีเจริญ กิ่งอำเภอหนองแขม จังหวัดธนบุรี อำเภอบางกรวย อำเภอบางใหญ่ อำเภอบางบัวทอง อำเภอเมืองนนทบุรี อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี อำเภอ เมืองปทุมธานี จังหวัดปทุมธานี อำเภอกระทุ่มแบน จังหวัดสมุทรสาคร อำเภอสามพราน และ อำเภอนครชัยศรี จังหวัดนครปฐม พ.ศ.2497 ซึ่งมีอายุใช้บังคับเพียง 4 ปี ให้มีอายุใช้บังคับต่อไปอีก 3 ปี ดังนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้จึงมีฐานะเทียบเท่าพระราชกฤษฎีกา

ค. ประกาศของคณะปฏิวัติที่ได้ตราขึ้นเพื่อกำหนดเรื่องหนึ่งเรื่องใดขึ้นมาใหม่ ซึ่งกรณีนี้ยังไม่อาจบอกได้ทันทีว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้จัดลำดับอยู่ในกฎหมายฐานะใด แต่ต้องพิจารณาในเนื้อหาของประกาศของคณะปฏิวัตินั้นเอง จึงสามารถบอกได้

สิ่งที่จะเป็นเครื่องช่วยบอกได้ว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นเป็นกฎหมายในฐานะใด ได้แก่

1. ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นเองจะบ่งไว้ชัดว่าจัดอยู่ในฐานะใด เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 13 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ที่บัญญัติไว้ในข้อ 3 ว่า "ให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในข้อ 6 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ.2515"

2. ดูได้จากเนื้อหาของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนั้นเองว่าประสงค์จะให้ เป็นกฎหมายหรือไม่ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 69 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ.2520 ที่ประกาศรายชื่อและตำแหน่งของบุคคลในคณะปฏิวัติที่ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 เนื้อหาของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้แสดงอยู่ในตัวแล้วว่าเป็นการประกาศให้ทราบ

ทั่วกัน ไม่ได้ประสงค์จะให้เป็นกฎหมายแต่อย่างใด หรือประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 4 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 ซึ่งประกาศห้ามมิให้ประชาชนในเขตกรุงเทพมหานครออกนอกเขตสถานในระหว่างเวลาที่กำหนด ถ้าผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ซึ่งตามเนื้อหาที่แสดงให้เห็นว่า ประสงค์จะให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายและมีฐานะเป็นพระราชบัญญัติ โดยเหตุนี้ การที่จะยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวจึงต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 4 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 พ.ศ.2530

3. ดูได้จากแบบในการบัญญัติกฎหมายว่าเรื่องใดจะบัญญัติเป็นกฎหมายในฐานะใด เช่น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะต้องตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ ดังนั้นประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 14 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่จังหวัดปทุมธานี จึงมีฐานะเป็นพระราชบัญญัติ หรือประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 15 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ.2520 ที่บัญญัติให้ใช้พระราชบัญญัติกองอาสารักษาดินแดน พ.ศ.2497 บังคับในจังหวัดพะเยา ย่อมมีฐานะเป็นพระราชกฤษฎีกา แม้จะไม่มีข้อความให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกาก็ตาม เพราะการจะให้ใช้พระราชบัญญัติกองอาสารักษาดินแดน พ.ศ.2497 มาตรา 2 บัญญัติว่า "พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป และจะใช้บังคับในท้องที่ใด ให้ประกาศโดยพระราชกฤษฎีกา"

นอกจากประกาศของคณะปฏิวัติแล้ว ยังมีกฎหมายลักษณะพิเศษที่มีที่มาและลักษณะเช่นเดียวกันกับประกาศของคณะปฏิวัติ แต่เรียกชื่ออย่างอื่น ได้แก่ "ประกาศของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน" ซึ่งในการพิจารณาก็สามารถนำหลักการเดียวกับที่ใช้ในการพิจารณาประกาศของคณะปฏิวัติได้ เพราะต่างกันแต่เพียงชื่อเท่านั้น

ขั้นตอนการร่างกฎหมาย¹

การร่างกฎหมายจะต้องทราบสภาพการณ์ในปัจจุบันเสียก่อนว่ามีข้อเท็จจริงอยู่อย่างไร และมีปัญหาอะไรที่ต้องการจะแก้ไข จากนั้นต้องประเมินวิธีการที่เสนอมานำมาใช้แก้ไขปัญหาและทางเลือกอื่นที่สามารถใช้ให้บรรลุเป้าหมายเดียวกันได้ เมื่อได้วิธีการที่เหมาะสมแล้ว จึงเริ่มจัด

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "การร่างกฎหมาย", วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 1, เมษายน 2531, หน้า 1-39.

โครงสร้างและกำหนดส่วนต่าง ๆ ของร่างกฎหมายหรือวิธีการที่จะทำให้กฎหมายเกิดผล¹ ซึ่งรายละเอียดของการทำงานดังกล่าวอาจแยกเป็นขั้นตอนต่าง ๆ ได้ดังนี้

- (1) การทำความเข้าใจนโยบาย
- (2) การวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง
- (3) การออกแบบโครงสร้างกฎหมาย
- (4) การเขียนกฎหมาย
- (5) การตรวจพิจารณา

ขั้นตอนข้างต้นมิใช่จะแยกกันเด็ดขาดเสมอไป บางครั้งก็เป็นกระบวนการที่ต่อเนื่อง

- (1) การทำความเข้าใจนโยบาย

ในขั้นตอนนี้จะเป็นการศึกษาถึงปัญหาหรือข้อบกพร่องที่ประสงค์จะให้แก้ไข โดยทำความเข้าใจความต้องการของผู้กำหนดนโยบายเพื่อหาวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายที่จะจัดทำ และกำหนดวิธีการอันจำเป็นสำหรับการที่จะปฏิบัติให้บรรลุวัตถุประสงค์² เหมือนหนึ่งการทำงานของสถาปนิกที่ต้องใส่ใจในความมุ่งหมายของลูกค้า เพื่อรับไปออกแบบบ้านและกำหนดขนาดและวัสดุที่จะใช้ การทราบถึงเป้าหมายที่แท้จริงบางครั้งก็เป็นเรื่องยุ่งยาก เพราะบางทีในการที่มีมติคณะรัฐมนตรีมาแล้วหรือมีมติของคณะกรรมการเฉพาะมาแล้วนั้นเป็นเพียงการยุติที่ยอมผ่อนปรนกัน แต่มีเหตุผลหลักที่แตกต่างกัน จนจำเป็นต้องนัดประชุมเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายและนักกฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดปัญหาที่แท้จริงที่ต้องการจะปรับปรุง หากเป็นกรณีสำคัญ ก็อาจนำกลับไปสู่การวินิจฉัยของคณะรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่งก่อนดำเนินการยกร่างต่อไป และบางทีดำเนินการไปเต็มที่แล้ว ก็ยังกำหนดนโยบายต่าง ๆ ได้ไม่ครบถ้วน ในภาวะเช่นนี้

¹ D.R. Miers and A.C. Page, Legislation 86 (1982), หน้า 66-69, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ อ้างแล้ว, หน้า 15.

² Miers and Page, เพิ่งอ้าง, หน้า 87. G.C. Thornton, Legislative Drafting 94 (1970), หน้า 98-99, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 15.

³ R. Dickerson, Legislative Drafting 11 (1954), หน้า 11, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 15.

ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องเป็นผู้กำหนดนโยบายในส่วนนั้นเสียเองเพราะไม่มีผู้ชี้หน้าที่แท้จริง¹ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ผู้มีประสบการณ์ในการร่างกฎหมายย่อมทราบดีว่าเกิดขึ้นอยู่เสมอ

(2) การวิเคราะห์ปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

งานในขั้นนี้จะเป็นการศึกษากฎหมายปัจจุบันในรายละเอียดทั้งหมดรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และประเมินความสำคัญของปัญหา กับวิเคราะห์ความเป็นไปได้ของแนวทางร่างกฎหมายใหม่ ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงการปรับบทของร่างกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือร่างกฎหมายใหม่ ให้สอดคล้องกับกลไกในกฎหมายเดิมหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วย แม้กระทั่งถ้อยคำ ที่ใช้ในกฎหมายก็ต้องจดจำระมัดระวังให้สอดคล้องกันด้วยเพื่อความเป็นเอกภาพในการใช้กฎหมายหรือตีความกฎหมาย

สำหรับวิธีการที่ใช้ในขั้นตอนนี้ก็เป็นการศึกษาเอกสารและตำราต่าง ๆ พร้อมกับนัดประชุมหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อซักซ้อมความเป็นจริง² นักร่างกฎหมายบางคนได้เสนอให้มีการจัดทำบันทึกในขั้นนี้เพื่อสรุปความมุ่งหมายและปัญหาที่แท้จริง ความเข้าใจและจดจำในการดำเนินงานต่อไป ทั้งนี้ โดยมีหัวข้อที่ควรพิจารณาดังนี้³

1. สาระสำคัญของร่างกฎหมายที่จะเสนอ และความเกี่ยวข้องกับกิจกรรมของมนุษย์ เช่น เศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง
2. ข้อมูลที่เชื่อถือได้ ข้อเขียนทางวิชาการ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวทั้งในทางเศรษฐศาสตร์ สังคม และการปกครอง (เท่าที่มี) และผลโดยสรุปของข้อมูลเหล่านี้
3. สภาพของกฎหมายปัจจุบันเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าว
4. วัตถุประสงค์โดยทั่วไปของร่างกฎหมายใหม่
5. ข้อเท็จจริงใดในกฎหมายปัจจุบันที่ถือว่าไม่เหมาะสมหรือไม่พึงปรารถนา
6. ข้อบกพร่องที่ระบุ มีอยู่ตามความเป็นจริงหรือไม่

¹ Miers and Page, เพิ่งอ้าง, หน้า 85.

² Dickerson, อ้างแล้ว, หน้า 27-28, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 15.

³ D.L. Kemmedy, "Legislative Bill Drafting", W 31 Minn. L. Rev., 103-105 (1946), อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 16.

7. ถ้ามีข้อบกพร่องจริง กรณีนั้นเป็นปัญหาเฉพาะของประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือ เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นด้วย และประเทศอื่นมีวิธีการแก้ปัญหานั้นอย่างไร
8. ถ้าประเทศอื่นมีการแก้ปัญหาดังกล่าว กฎหมายของประเทศนั้นมีลักษณะอย่างไร
9. ผลการใช้กฎหมายนั้นในประเทศอื่นเป็นอย่างไร ทั้งโดยศาลและฝ่ายปกครองและ มีปัญหาทางทฤษฎีหรือทางปฏิบัติประการใดเกิดขึ้นบ้าง และถ้ามีปัญหา จะแก้ไขปัญหานั้นอย่างไร
10. กฎหมายของประเทศอื่นที่กล่าวถึงมีการตีความในส่วนต่าง ๆ อย่างไร
11. เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวในประเทศอื่นมีข้อเสนอหรือมีข้อสังเกต ใดบ้าง
12. ประเทศของเรามีการเสนอกฎหมายใหม่ทำนองเดียวกันแล้วหรือยัง และรัฐสภา หรือผู้บริหารมีทัศนคติเช่นใดในการเสนอกฎหมายครั้งนั้น กฎหมายที่เสนอนั้นมีเนื้อหาเช่นอย่างของ ต่างประเทศหรือไม่ หากเป็นเช่นเดียวกัน ข้อพิจารณาใน 9-11 ข้างต้นจะทำให้มีอะไรแปรเปลี่ยน ไปบ้าง
13. ผู้ร่างกฎหมายมีข้อสรุปที่จะเสนอเช่นใดบ้าง
14. กระบวนการตรากฎหมายใหม่ที่จะเสนอมิฉะนั้นอย่างไร ทั้งนี้ อาจแตกต่างกันไป เช่น เป็นพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ฯลฯ
15. อะไรเป็นวัตถุประสงค์หลักที่ใกล้ชิดของร่างกฎหมายใหม่ที่จะเสนอ
16. ผลทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของร่างกฎหมายใหม่มีปัญหา เช่นใด
17. กฎหมายใหม่จะมีวิธีการบังคับ (sanction) อย่างไร และมีวิธีการเช่นใดที่จะทำให้ บรรลุวัตถุประสงค์
18. ในกรณีกลไกตาม (17) จะใช้วิธีให้มีผลบังคับใช้โดยตัวกฎหมายเอง หรือจะต้อง ใช้องค์การใดในฝ่ายปกครองเป็นผู้ปฏิบัติการตามกฎหมาย
19. ร่างกฎหมายใหม่จะเปลี่ยนแปลงผลของกฎหมายปัจจุบันทั้ง โดยแจ้งชัดและโดย ปริยายเช่นใดบ้าง
20. กรณีจะมีปัญหาทางกฎหมายรัฐธรรมนูญในกฎหมายที่เสนอใหม่เช่นใดบ้าง
21. จากข้อความที่ควรพิจารณาข้างต้นทั้งหมด ผู้ร่างกฎหมายคิดว่าจะตอบเช่นใด และจะเสนอร่างกฎหมายใหม่หรือไม่ หากเห็นควรจะเสนอ ก็ลงมือร่างต่อไปได้

(3) การออกแบบ

ขั้นตอนนี้เป็น การเอาข้อยุติที่ศึกษาทั้งหมดมาเขียนโดยมีการจัดหมวดหมู่ บทนิยาม และบทเฉพาะกาล¹ ในการร่างกฎหมายใหม่ที่สั้นอาจใช้วิธีจดจำเอาก็ได้ แต่โดยทั่วไปแล้วการกำหนดเค้าโครงของร่างกฎหมายใหม่ หากจะบันทึกเป็น outline ไว้ จะมีคุณค่าในชั้นการลงมือเขียนได้มาก โดยแยกกฎหมายเป็นส่วน ๆ และจากส่วนเป็นแต่ละมาตรา การยอมเสียเวลาในส่วนนี้ จะทำให้งานยกร่างกฎหมายทั่วไปง่ายขึ้นมา²

สำหรับเค้าโครงของร่างกฎหมายเรื่องต่าง ๆ นั้น ผู้ยกร่างกฎหมายในต่างประเทศก็มีการกำหนดแนวทางไว้ให้เพื่อการตรวจสอบ ป้องกันการตกลงอยู่เช่นกัน

(4) การเขียนกฎหมาย

การเขียนจะต้องแจ้งชัดและใช้ภาษาที่เข้าใจง่ายเท่าที่จะเป็นไปได้ และระมัดระวังถ้อยคำมิให้เกิดการสับสน³ และต้องพยายามตรวจสอบให้รอบคอบทั้งในแง่รายละเอียดของแต่ละส่วน ให้สมบูรณ์ กับในแง่ของความสัมพันธ์ของแต่ละส่วนที่มีต่อกันและที่มีต่อกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง⁴ การเขียนกฎหมายในขั้นตอนนี้สมควรทำโดยบุคคลเพียงคนเดียว⁵ หรือหากยาวก็อาจจำเป็นต้องแบ่งแต่การทำงานเป็นกลุ่มนั้นขึ้นอยู่กับประสิทธิภาพของการจัดการและการทำงานเป็นทีม แต่ส่วนมากแล้วการใช้กลุ่มทำงานในขั้นตอนการเขียนครั้งแรกนี้จะทำให้ยุ่งและมากเรื่องยิ่งขึ้น เพราะมีหลายทัศนคติที่จะแย่งกันเสนอเพื่อค้นหาเป้าหมาย เว้นแต่กรณีมีปัญหาสำคัญที่ควรขอความเห็นผู้อื่นมาช่วยในการวินิจฉัย Dickerson นักยกร่างกฎหมายชาวอเมริกันสารภาพว่าคนมักจะต้องยกร่างและแก้ไขประมาณ 5-6 เที้ยวจนกว่าจะพอใจ แต่หากเป็นเรื่องไม่ยาก ก็อาจเป็น 3-4 เที้ยว⁶

¹ Miers and Page, อ้างแล้ว, หน้า 88-89, Thornton, อ้างแล้ว, หน้า 103-106, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 21.

² Dickerson, อ้างแล้ว, หน้า 32-33, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 21.

³ Miers and Page, อ้างแล้ว, หน้า 88-89, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 21.

⁴ Dickerson, อ้างแล้ว, หน้า 37-39, อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 21.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 41, E.A. Driedger, "The Preparation of Legislation", 31 Can. Bar. Rev. 33 (1953), อ้างไว้ในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ้างแล้ว, หน้า 21.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายควรเป็นคำเดียวกันตลอดเพื่อประโยชน์ในการตีความกฎหมาย แต่ในขั้นตอนการยกร่างจริง ๆ มักจะปรากฏว่าคนนั้นคนนี้จะขอแก้ไขบ้างตลอดกระบวนการตรา กฎหมาย ผลจึงมักเป็นว่าในทางปฏิบัติกฎหมายฉบับเดียวกัน กรณีอย่างเดียวกัน ใช้ถ้อยคำต่างกันก็มี หรือบางครั้งแม้กระทั่งในมาตราเดียวกันก็ใช้ถ้อยคำต่างกัน¹ หลักที่ว่าการใช้กฎหมายให้คำต่างกัน ก็จะต้องมีความหมายต่างกันไปนั้น ผู้ใช้กฎหมายจึงพึงใช้ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง

การร่างกฎหมายก็มีแบบเช่นกันและมักจะเป็นประโยชน์แก่การยกร่างกฎหมายทำนอง เดียวกับการนำแนวบรรทัดฐานคดีมาใช้ในการพิพากษาคดี เพราะเป็นเรื่องที่มีผู้คิดไว้แล้ว และมีการทดสอบไว้แล้ว ซึ่งจะช่วยให้ประหยัดเวลาทั้งในการหาข้อยุติและวิธีการเขียน และส่งผลให้ กฎหมายต่าง ๆ มีระบบที่สอดคล้องกันด้วย แต่อย่างไรก็ตาม แบบการร่างกฎหมายก็จำเป็นต้องใช้ ความระมัดระวัง โดยต้องตรวจสอบผลการตีความของศาลหรือผู้ใช้กฎหมาย และประสิทธิภาพของ การบังคับใช้กฎหมายด้วย และหากจำเป็น ก็ต้องคัดแปลงแก้ไขข้อบกพร่องหรือปรับให้รับกับ เป้าหมายและวิธีการของร่างกฎหมายใหม่ที่ต้องการ

การเขียนกฎหมายแบบอนุโลมใช้บังคับ ก็มีปัญหาเฉพาะที่ควรตรวจสอบให้รอบคอบ ว่าจะอนุโลมใช้ได้จริงจึงเพียงใดเสียก่อน บางคนอ้างว่าควรเขียนให้ชัดเจน จะต้องการอะไร ก็เขียน ลงไปโดยไม่ยอมให้มีบทอนุโลม ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น กฎหมายจะมีเนื้อหาที่ซ้ำกันมากมาย การอนุโลมใช้บังคับ ก็ช่วยแก้ปัญหาการซ้ำซ้อนมากมายของกฎหมาย ประหยัดเวลา การพิจารณา ไม่ต้องดูรายละเอียดใหม่ และกฎหมายจะมีรูปแบบเป็นมาตรฐาน และบางครั้งก็เป็นประโยชน์ใน แห่งจัดการอภิปรายโดยไม่จำเป็นที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากทางการเมือง

(5) การตรวจพิจารณา

โดยที่งานร่างกฎหมายเป็นงานละเอียดอ่อนเพราะมีปัญหาต่าง ๆ ที่จะเข้ามาประสาน กันอย่างมากมายเกินความสามารถของบุคคลคนเดียวที่จะทำได้ดี นักกฎหมายจะเก่งอย่างไรก็คง ยกร่างกฎหมายได้ดีเพียง 80% แต่การพิจารณาหลายคนจะช่วยให้รอบคอบและอาจมีผลถึง 98% การตรวจพิจารณาจึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการยกร่างกฎหมาย ที่ทางปฏิบัติจะมีการทำงานแบบ คณะกรรมการเพื่อทดสอบร่างกฎหมายที่มีการยกร่างขึ้น ซึ่งคณะกรรมการตรวจพิจารณาร่าง กฎหมายนี้ จะต้องมีองค์ประกอบที่เหมาะสมกับเรื่องที่พิจารณาครบถ้วนตามขอบเขตของปัญหา ใด ๆ ก็ตาม ทางปฏิบัติเห็นกันว่าไม่ควรมากเกินไปเพราะมักยังยุ่งและเสียเวลา และเห็นว่า

¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

ประมาณ 6 คน จะกำลังเหมาะ แต่คณะกรรมการตรวจร่างกฎหมายนี้ก็มีขอบเขตของการทำงาน เช่นกันโดยจะต้องตรวจสอบ มิใช่จะไปช่วยกันลงมือเขียนใหม่อย่างผู้ร่างกฎหมายคนแรก และหากมีปัญหายุ่งยากมากเพราะร่างที่เสนอเข้าสู่การพิจารณาไม่จริงจัง ๆ ก็ควรคืนไปให้ร่างใหม่โดยคนเดียวหรือคนใหม่ตามความเหมาะสม แต่ไม่ควรพยายามที่จะยกร่างเป็นหมู่ในคณะกรรมการพิจารณานั้นเอง เพราะจะมีปัญหามากและไม่จบสิ้นกันเสียที