

บทที่ 4

ที่มาของกฎหมาย

ที่มาของกฎหมาย (Source of Law) หมายถึงรูปแบบที่กฎหมายแสดงออกมา ในทางวิชานิติศาสตร์นอกจากกฎหมายที่บัญญัติขึ้นแล้ว ยังมีกฎเกณฑ์แบบแผนความประพฤติของคนในสังคมบางอย่างที่มีได้บัญญัติขึ้น แต่มีผลบังคับเป็นกฎหมายได้ เช่น กฎหมายประเพณี

ที่มาของกฎหมายของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไป ในระบบกฎหมายไทยเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” จะเห็นว่าที่มาของกฎหมายประเทศไทยสามารถแยกได้ 2 ประเภท คือ กฎหมายที่บัญญัติขึ้น และ กฎหมายที่มีได้บัญญัติขึ้น

1. กฎหมายที่บัญญัติขึ้น (enacted law) หรือที่เรียกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นที่มาที่สำคัญที่สุด และจะต้องใช้ก่อนที่มาของกฎหมายประเภทอื่น กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายต้องใช้อำนาจโดยชอบธรรมในการตรากฎหมาย การบัญญัติกฎหมายได้กระทำถูกต้องตามวิธีการหรือกระบวนการ จะต้องมีการประกาศให้ประชาชนได้รับรู้ นอกจากนี้ยังไม่มีกฎหมายอื่นมาเปลี่ยนแปลงยกเลิก เราสามารถแบ่งประเภทของกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยแบ่งแยกตามอำนาจผู้บัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาว่ากฎหมายนั้นบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

1.1 กฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) หรือกฎหมายนิติบัญญัติ
ได้แก่

ชื่อกฎหมาย	ผู้เสนอร่าง	ผู้พิจารณา	ผู้ตรา	การใช้บังคับ
พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ	1) คณะรัฐมนตรี 2) ส.ส. ไม่น้อยกว่า 20 คน	รัฐสภา	พระมหากษัตริย์	เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
พระราชบัญญัติ	1) คณะรัฐมนตรี 2) ส.ส. ไม่น้อยกว่า 20 คน 3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ไม่น้อยกว่า 50,000 คน	รัฐสภา	พระมหากษัตริย์	เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ก. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (Organic Law) หมายถึงกฎหมายที่อธิบายขยายความเพื่อประกอบเนื้อความในรัฐธรรมนูญให้สมบูรณ์ละเอียดชัดเจนขึ้น ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขและเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด¹ ขั้นตอนในการตราและพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญก็เหมือนกับพระราชบัญญัติทั่วไป จะมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนี้²

¹ การออกหรือตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ต้องทำให้เสร็จภายในเวลาที่กำหนด กล่าวคือบางฉบับต้องให้เสร็จภายใน 240 วัน บางฉบับต้องให้เสร็จภายในสองปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ โปรดดู วิษณุ เครืองาม. “กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิตย์. 1(มกราคม-มิถุนายน 2544). หน้า 35.

² วิษณุ เครืองาม. กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ. หน้า 36-37.

ประการแรก การเรียกชื่อกฎหมายต้องเรียกว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ...พ.ศ. จะเรียก”พระราชบัญญัติ...” เหมือนกฎหมายธรรมดาทั่วไปมิได้

ประการที่สอง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแม้จะมีเนื้อหาเข้าข่ายเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน ซึ่งปกติแล้วสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี แต่ในกรณีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการเลือกตั้ง และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการเงินสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอได้โดยไม่ต้องมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

ประการที่สาม ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่มีการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร หากปรากฏว่าสภาผู้แทนราษฎรไม่ให้ความเห็นชอบ และคะแนนเสียงที่ไม่ให้ความเห็นชอบมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ คณะรัฐมนตรีอาจขอให้รัฐสภาประชุมร่วมกันเพื่อมีมติอีกครั้งหนึ่งก็ได้ ซึ่งปกติแล้วถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่ให้ความเห็นชอบของร่างพระราชบัญญัติใด ร่างพระราชบัญญัตินั้นจะตกไปทันที

ประการที่สี่ การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญนั้น สมาชิกสภาจำนวนเพียงไม่น้อยกว่า 20 คนก็เสนอได้ แต่สำหรับร่างพระราชบัญญัติทั่วไป สมาชิกสภาไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 สามารถเสนอเรื่องให้ประธานสภาส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ทั้งนี้เหตุที่ทำให้การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกระทำได้ง่ายก็เพราะรัฐธรรมนูญต้องการให้ตรวจสอบและควบคุมดูแลความถูกต้อง สามารถกระทำได้ง่ายและคล่องตัวกว่าการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติทั่วไป

ข. พระราชบัญญัติ คือกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา เนื้อหาของพระราชบัญญัตินั้นจะกำหนดเนื้อหาในเรื่องใดก็ได้ แต่ต้อง

ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปเรียกว่า “ประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” นอกจากนี้เนื้อหาของพระราชบัญญัติยังมีลักษณะกำหนดกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไปในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง กำหนดขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ตลอดจนจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้

สำหรับกระบวนการในการตราพระราชบัญญัตินั้น มีสาระสำคัญและขั้นตอนดังต่อไปนี้

ร่างพระราชบัญญัติมี 2 ประเภท คือ ร่างพระราชบัญญัติทั่วไป และร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน

การเสนอร่างพระราชบัญญัติกระทำได้ 3 ทางคือ

(1) โดยคณะรัฐมนตรี

(2) โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งต้องให้พรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัดนั้นมีมติให้เสนอได้ และต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 20 คนรับรอง แต่ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน จะเสนอได้ต้องมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี

(3) โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 50,000 คน เข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมายตามที่กำหนดไว้ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย และหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ

ผู้มีอำนาจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคือรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรจะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ 3 วาระ ตามลำดับดังนี้

วาระที่ 1 สภาจะพิจารณาและลงมติว่าจะรับหลักการหรือไม่รับหลักการแห่งพระราชบัญญัตินั้น ถ้าสภาไม่รับหลักการ ร่างพระราชบัญญัตินั้นก็ตกไป แต่หากสภารับหลักการ สภาก็จะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในลำดับต่อไป

วาระที่ 2 เป็นการพิจารณาในรายละเอียด ปกติจะพิจารณาโดยกรรมาธิการที่สภาตั้งขึ้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดเห็นว่าข้อความหรือถ้อยคำใดในร่างพระราชบัญญัตินั้นควรแก้ไขเพิ่มเติมก็ให้เสนอคำแปรญัตติต่อประธานคณะกรรมาธิการ ภายในเวลาที่กำหนดไว้ เมื่อคณะกรรมาธิการพิจารณาเสร็จแล้วก็จะเสนอสภาพิจารณาต่อไป โดยเริ่มตั้งแต่ชื่อร่าง คำปรารภ แล้วพิจารณาเรียงลำดับมาตรา จะมีการอภิปรายได้เฉพาะที่มีการแก้ไขหรือที่มีการสงวนคำแปรญัตติหรือสงวนความเห็นไว้เท่านั้น

วาระที่ 3 เมื่อสภาพิจารณาวาระที่ 2 เสร็จแล้ว สภาจะลงมติในวาระที่ 3 ว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเท่านั้น โดยไม่มีการอภิปราย หากสภาไม่เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชบัญญัตินั้นก็ตกไป แต่หากสภาเห็นชอบ ประธานสภาผู้แทนราษฎรก็จะเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาต่อไป

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติโดยวุฒิสภา วุฒิสภาจะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรส่งมาให้ 3 วาระเช่นเดียวกัน

กรณีที่วุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่มีการแก้ไข ก็ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

กรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ถ้าวุฒิสภาลงมติในวาระที่ 1 หรือวาระที่ 2 ไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน และส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ต่อเมื่อเวลา 180 วัน ได้ล่วงพ้นไปนับแต่วันที่วุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรอาจกร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันที และถ้าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างพระราชบัญญัติเดิมด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ให้ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาให้นายกรัฐมนตรี

นำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

กรณีวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติม ถ้าวุฒิสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ก็ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปยังสภาผู้แทนราษฎร ถ้าสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าเป็นการแก้ไขมาก ในกรณีเช่นนี้ให้สภาทั้งสองแต่งตั้งบุคคลที่เป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกแห่งสภานั้น ๆ มีจำนวนเท่ากันตามที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนดประกอบเป็นคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น และให้คณะกรรมการร่วมกันรายงานและเสนอร่างพระราชบัญญัติที่ได้ร่วมกันพิจารณาแล้วต่อสภาทั้งสอง ถ้าสภาทั้งสองต่างเห็นชอบด้วยแสดงว่าพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

แต่ถ้าสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาเสร็จแล้ว ก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ ต่อเมื่อเวลา 180 วันได้ล่วงพ้นไป นับแต่วันที่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ถ้าร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้เป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรอาจยกร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันที ถ้าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิม หรือร่างที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาด้วยเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแล้วก็ให้ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

กรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย ร่างพระราชบัญญัติใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของ

จำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

ผู้มีอำนาจตราพระราชบัญญัติได้แก่พระมหากษัตริย์

การใช้บังคับเป็นกฎหมาย กฎหมายนั้นจะมีผลต่อเมื่อประกาศให้ประชาชนทราบแล้วในราชกิจจานุเบกษา (Royal Thai Government Gazette)

1.2 กฎหมายที่บัญญัติโดยฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี)

ชื่อกฎหมาย	ผู้เสนอร่าง	ผู้พิจารณา	ผู้ตรา	การใช้บังคับ
พระราชกำหนด	ร.ม.ต. ผู้รักษา การตามพระราช กำหนดนั้น	คณะรัฐมนตรี	พระมหากษัตริย์	เมื่อได้ประกาศ ในราชกิจจานุ เบกษา
พระราชกฤษฎีกา	ร.ม.ต. ผู้รักษา การตามกฎหมาย แม่บทที่ให้ออก พระราชกฤษฎีกา นั้น	คณะรัฐมนตรี	พระมหากษัตริย์	เมื่อได้ประกาศ ในราชกิจจานุ เบกษา
กฎกระทรวง	ร.ม.ต. ผู้รักษา การตาม ก.ม.แม่ บทที่ให้อำนาจ ออกกฎกระทรวง	คณะรัฐมนตรี	ร.ม.ต. ผู้รักษา การตาม ก.ม. แม่ บทที่ให้อำนาจ ออกกฎกระทรวง	เมื่อได้ประกาศ ในราชกิจจานุ เบกษา

ก. พระราชกำหนด พระราชกำหนดเป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายที่ฝ่ายบริหารคือพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีตราขึ้น โดยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้

พระราชกำหนดมีอยู่ 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไป เป็นกรณีที่ตราพระราชกำหนดเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตรา เป็นกรณีที่ตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดินในระหว่างสมัยประชุมสภา

ผู้มีอำนาจพิจารณาร่างพระราชกำหนด คือ คณะรัฐมนตรี

ผู้มีอำนาจตราพระราชกำหนด คือ พระมหากษัตริย์

การใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

การอนุมัติพระราชกำหนด โดยหลักแล้วอำนาจในการตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย แต่บางกรณีมีความจำเป็นรีบด่วนที่ไม่อาจตรากฎหมายโดยรัฐสภาได้ รัฐธรรมนูญจึงแบ่งอำนาจนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหารใช้ชั่วคราว ดังนั้นเมื่อเป็นเรื่อง “ชั่วคราว” เพื่อจะให้เป็น “ถาวร” รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ต้องมีการเสนอพระราชกำหนดที่ตราออกมาเป็นกฎหมายแล้วให้รัฐสภาอนุมัติอีกครั้งหนึ่ง

ข. พระราชกฤษฎีกา คือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

ตามรัฐธรรมนูญการตราพระราชกฤษฎีกาจะเกิดขึ้นใน 3 กรณี คือ

(1) รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราพระราชกฤษฎีกาในกิจการที่สำคัญอันเกี่ยวกับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเช่น พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรหรือพระราชกฤษฎีกาให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

(2) โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นการตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อใช้กับฝ่ายบริหาร ไม่ใช่บังคับแก่ประชาชนทั่วไป อนึ่ง กรณีนี้จะไม่มีบทมาตราใดในรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ เช่น พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบประชุมกรรมการ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเบิกค่าเช่าบ้านของข้าราชการ

(3) โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บท(พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด) ที่ให้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาได้

ผู้มีอำนาจเสนอร่างพระราชกฤษฎีกาคือบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือได้รักษาการตามกฎหมายแม่บทที่บัญญัติให้ออกพระราชกฤษฎีกานั้น ๆ

ผู้มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาคือ พระมหากษัตริย์

การใช้บังคับเป็นกฎหมาย ต่อเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว

ค. กฎกระทรวง เป็นกฎหมายที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายแม่บทออกเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท เช่นเรื่องค่าธรรมเนียม เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตเรื่องต่าง ๆ ที่กฎหมายแม่บทกำหนดให้ออกเป็นกฎกระทรวงมักมีความสำคัญน้อยกว่าพระราชกฤษฎีกา

ผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎกระทรวงได้แก่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายแม่บทซึ่งให้อำนาจออกกฎกระทรวงนั้นๆ

1.3 กฎหมายที่บัญญัติโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ชื่อกฎหมาย	ผู้เสนอร่าง	ผู้พิจารณา	ผู้อนุมัติ	ผู้ตรา	การใช้บังคับ
ข้อบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด	1)นายก อบจ. 2)สมาชิกสภา อบจ. 3)ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ไม่น้อยกว่า ½ ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	สภา อบจ.	ผวจ.	นายก อบจ.	เมื่อได้ประกาศไว้เปิดเผย ที่ทำการ อบจ. แล้ว 15 วัน เว้นแต่ในกรณีฉุกเฉินถ้ามีการระบุไว้ในข้อบังคับนั้นว่าให้ใช้บังคับได้ทันทีให้ใช้บังคับได้ในวันที่ประกาศ

ชื่อกฎหมาย	ผู้เสนอร่าง	ผู้พิจารณา	ผู้อนุมัติ	ผู้ตรา	การใช้บังคับ
เทศบัญญัติ	1)นายกเทศมนตรี 2)สมาชิกสภาเทศบาล 3)ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า ½ ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	สภาเทศบาล	ผวจ.	นายกเทศมนตรี	เมื่อได้ประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ สำนักงานเทศบาลแล้ว 7 วัน เว้นกรณีฉุกเฉินสามารถระบุให้ใช้ได้ทันทีในวันที่ประกาศ
ข้อบัญญัติตำบล	1)คณะกรรมการบริหาร อบต. 2)สมาชิกสภา อบต. 3)ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า ½ ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	สภา อบต.	นายอำเภอ	นายก อบต.	เมื่อประธานคณะกรรมการบริหารลงชื่อและประกาศเป็นข้อบัญญัติตำบล
ข้อบัญญัติ กทม.	1)ผู้ว่า กทม. 2)สมาชิกสภากรุงเทพมหานคร 3)ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า ½ ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	สภา กทม.	-	ผู้ว่า กทม.	เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา
ข้อบัญญัติเมืองพัทยา	1)นายกเมืองพัทยา 2)สมาชิกสภาเมืองพัทยา 3)ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า ½ ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง	สภาเมืองพัทยา	ผวจ.ชลบุรี	นายกเมืองพัทยา	เมื่อได้ประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ศาลาว่าการเมืองพัทยาแล้ว 3 วัน หรือกรณีฉุกเฉินหลังวันประกาศไม่น้อยกว่า 1 วัน

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทย ปัจจุบันมี 5 รูปแบบ คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา ต่างก็มีกฎหมายจัดตั้งองค์กรแต่ละประเภทให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติเพื่อเป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะ

ข้อบัญญัติท้องถิ่นมี 3 ประเภท คือ ข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภททั่วไป ข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทชั่วคราว และข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทการคลัง

1. ข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภททั่วไป และข้อบัญญัติท้องถิ่นประเภทชั่วคราว

1.1 ข้อบัญญัติจังหวัด เป็นกฎหมายที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในเขตจังหวัด นอกเขตเทศบาลและเขตองค์การบริหารส่วนตำบล

ข้อบัญญัติจังหวัดจะตราขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2542

(2) เมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดตราข้อบัญญัติหรือให้มีอำนาจตราข้อบัญญัติ

(3) การดำเนินกิจการขององค์การบริหารส่วนจังหวัดที่มีลักษณะเป็นการพาณิชย์

ในข้อบัญญัติจะกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่ห้ามมิให้กำหนดโทษจำคุกเกิน 6 เดือน และหรือปรับเกินหนึ่งหมื่นบาท เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ผู้เสนอร่างข้อบัญญัติ ได้แก่ แกนนำองค์การบริหารส่วนจังหวัด สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด หรือราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตองค์การบริหารส่วนจังหวัดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542

ร่างข้อบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ผู้พิจารณา ได้แก่ สภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ผู้อนุมัติ ได้แก่ผู้ว่าราชการจังหวัด

ผู้ตรา ได้แก่ นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด

การประกาศใช้ ให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดและกระทรวงมหาดไทย จัดให้มีข้อบัญญัติที่ประกาศใช้บังคับแล้วไว้ ณ ที่ทำการขององค์การบริหารส่วนจังหวัด และกรมการปกครอง เพื่อให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้

ในกรณีฉุกเฉินซึ่งจะเรียกประชุมสภาจังหวัดให้ทันท่วงทีไม่ได้ นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดจะออกข้อบัญญัติชั่วคราวได้ เมื่อได้รับความเห็นชอบจาก คณะกรรมการสามัญประจำสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด และเมื่อได้ประกาศไว้ โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการขององค์การบริหารส่วนจังหวัดแล้วให้ใช้บังคับได้ ในการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดคราวต่อไปให้นำข้อบัญญัติชั่วคราวนั้นเสนอต่อสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัดเพื่ออนุมัติ และเมื่อสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด อนุมัติแล้ว ให้ใช้ข้อบัญญัติชั่วคราวเป็นข้อบัญญัติต่อไป แต่ถ้าสภาองค์การบริหารส่วน จังหวัดไม่อนุมัติ ให้ข้อบัญญัติชั่วคราวนั้นเป็นอันตกไป

1.2 ข้อบัญญัติตำบล คือ กฎหมายที่องค์การบริหารส่วนตำบลออกเพื่อใช้ บังคับในตำบล ทั้งนี้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วน ตำบล พ.ศ. 2537

ผู้เสนอร่างข้อบัญญัติตำบล ได้แก่ นายกองค์การบริหารส่วนตำบล หรือ สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลหรือราษฎรในเขตองค์การบริหารส่วนตำบลตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542

ในข้อบัญญัติจะกำหนดค่าธรรมเนียมที่จะเรียกเก็บและกำหนดโทษด้วยก็ได้ แต่มิให้กำหนดโทษปรับเกินห้าร้อยบาท

ผู้พิจารณาได้แก่สภาองค์การบริหารส่วนตำบล

ผู้อนุมัติ ได้แก่นายอำเภอ

ผู้ตรา ได้แก่นายกองค์การบริหารส่วนตำบล

การประกาศใช้ ณ ที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบล

1.3 เทศบัญญัติ คือกฎหมายที่เทศบาลออกเพื่อใช้บังคับในเขตเทศบาล
ทั้งนี้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496

ผู้เสนอร่างเทศบัญญัติ ได้แก่ นายกเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล หรือ
ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อ
บัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542

ร่างเทศบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน จะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของ
นายกเทศมนตรี

ผู้พิจารณา ได้แก่ สภาเทศบาล

ผู้อนุมัติ ได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัด

ผู้ตรา ได้แก่ นายกเทศมนตรี

ในกรณีฉุกเฉินซึ่งจะเรียกประชุมสภาเทศบาลให้ทันทั่วทั้งที่มีได้ ให้คณะ
เทศมนตรีมีอำนาจออกเทศบัญญัติชั่วคราวได้เมื่อได้รับอนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัด แต่
ต้องนำเสนอต่อสภาเทศบาลเพื่อพิจารณาอนุมัติในการประชุมสภาเทศบาลคราวต่อไป
ถ้าสภาเทศบาลอนุมัติ เทศบัญญัติชั่วคราวนั้นก็จะเป็นเทศบัญญัติต่อไป ถ้าสภาเทศบาลไม่
อนุมัติ เทศบัญญัติชั่วคราวก็เป็นอันตกไปแต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงกิจการที่ได้เป็น
ไประหว่างใช้เทศบัญญัติชั่วคราวนั้น

การประกาศใช้ ณ ที่ทำการสำนักงานเทศบาล

1.4 ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร คือกฎหมายที่กรุงเทพมหานครออกเพื่อใช้
บังคับในเขตกรุงเทพมหานคร เหตุที่จะตราข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเป็นไปตาม
มาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2528

ผู้เสนอร่างข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ได้แก่ ผู้ว่าราชการ
กรุงเทพมหานคร หรือสมาชิกสภากรุงเทพมหานคร หรือราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขต
เทศบาลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดย

กรณีสมาชิกสภากรุงเทพมหานครจะเสนอได้ต้องมีสมาชิกสภากรุงเทพมหานครลงนามรับรองไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกสภากรุงเทพมหานครทั้งหมด

ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครนั้นจะกำหนดโทษผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่ได้ห้ามกำหนดโทษจำคุกเกิน 6 เดือน หรือปรับเกิน 10,000 บาท

ผู้พิจารณา ได้แก่ สภากรุงเทพมหานคร

ผู้ตรา ได้แก่ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร

ในระหว่างที่ไม่มีสภากรุงเทพมหานครหรือในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะให้ทันทั่วที่ไม่ได้ ผู้ว่าราชการจังหวัดกรุงเทพมหานครโดยอนุมัติรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะออกข้อกำหนดกรุงเทพมหานครใช้บังคับเช่นข้อบัญญัติ และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

การประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา

1.5 ข้อบัญญัติเมืองพัทยา คือ กฎหมายที่เมืองพัทยากำหนดบังคับใช้ในเมืองพัทยา ตามมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542

ข้อบัญญัติเมืองพัทยากำหนดโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับผู้ละเมิดข้อบัญญัติไว้ด้วยก็ได้ แต่จะกำหนดโทษจำคุกเกิน 6 เดือน และโทษปรับเกิน 10,000 บาทไม่ได้

ผู้เสนอร่างข้อบัญญัติได้แก่นายกเมืองพัทยา สมาชิกสภาเมืองพัทยา หรือราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเมืองพัทยา ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย พ.ศ. 2542 และหากเป็นร่างข้อบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สมาชิกสภาเมืองพัทยากจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกเมืองพัทยา

ผู้พิจารณา ได้แก่ สภาเมืองพัทยา

ผู้อนุมัติ ได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัดชลบุรี

ผู้ตรา ได้แก่ นายกเมืองพัทยา

การประกาศใช้ ณ ศาลาว่าการเมืองพัทยา

2. ข้อบัญญัติประเภทการคลัง กฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบต่างก็กำหนดถึงอำนาจในการออกข้อบัญญัติทางด้านการคลังขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของแต่ละแห่งไว้หลายกรณีด้วยกันเช่น การจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปี การดำเนินการพาณิชย์ ได้แก่การจัดตั้งสถานีบริการน้ำมัน กิจการโรงแรม ที่พักตากอากาศ เพื่อหารายได้เข้ามาสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของตนได้นอกเหนือจากรายได้หลักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ยังรวมถึงรายได้จากการเก็บภาษีอากร ค่าธรรมเนียม ภาษีมูลค่าเพิ่ม และค่าบริการบางประเภท การจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สิน การจำหน่ายพันธบัตร และเงินกู้ เป็นต้น³

3. กฎหมายส่วนที่มีได้บัญญัติขึ้น หรือที่แต่เดิมเคยเรียกว่ากฎหมายประเพณี หรือบางทีเรียกว่ากฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่จารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไป

3.1 กฎหมายจารีตประเพณี ตามประวัติศาสตร์นั้นจารีตประเพณีถูกใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่แรก ก่อนที่สังคมจะรวมเป็นรัฐและมีตัวอักษรขึ้นใช้ จารีตประเพณีเป็นกฎหมายที่สำคัญยิ่ง การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรพึงเกิดมาในภายหลัง บางประเทศมีการบันทึกกฎหมายจารีตประเพณีเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อประโยชน์ในการสืบทอดและจัดข้อสงสัย

อย่างไรก็ดีแม้ปัจจุบันกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีความสำคัญที่สุดแต่ก็จะขาดกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้ เพราะระบบกฎหมายใด ๆ ก็ตามจะมีแต่กฎหมายลายลักษณ์อักษรล้วน ๆ โดยไม่มีกฎหมายจารีตประเพณีเลยไม่ได้ เพราะแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพยายามบัญญัติให้กว้างขวางเพียงใดก็ตามก็ไม่สามารถครอบคลุมเนื้อหาได้ทุกเรื่อง จึงยังคงต้องอาศัยกฎหมายจารีตประเพณีเป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ด้วยอยู่เสมอ ตัวอย่างเช่นในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4

³ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม นันทวัฒน์ บรมานันท์. การปกครองส่วนท้องถิ่น. (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2543), หน้า 179-182.

วรรคสอง บัญญัติเป็นหลักการใช้ทั่วไปว่า ในการใช้กฎหมายเมื่อไม่มีกฎหมายลาย
ลักษณ์อักษรที่จะยกมาปรับแก้คดีจะต้องใช้จารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณีซึ่งเป็นกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่
เป็นกฎหมายที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมายและรัฐได้ใช้ข้อบังคับเช่นว่านี้
เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา ตัวอย่างเช่น การชกมวย ถ้านักมวยชก
มวยภายใต้กติกาชกมวย แม้จะทำให้คู่ต่อสู้ฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย ก็ไม่มีใครรู้สึก
ว่าผู้ชกมวยมีความผิดฐานฆ่าคนตาย นอกจากนี้แพทย์ที่ตัดแขนขาคนไข้ โดยความยินยอม
ของคนไข้ ย่อมไม่มีความรู้สึกว่าการแพทย์ทำผิดฐานทำร้ายร่างกายจนรับอันตรายสาหัส
และไม่เคยปรากฏว่าได้มีการฟ้องร้องนักมวยหรือแพทย์ตามตัวอย่างดังกล่าวเลย ซึ่ง
ความจริงนั้นไม่มีกฎหมายใดอนุญาตให้นักมวยหรือแพทย์ทำได้ แต่มีกฎหมายจารีต
ประเพณีอนุญาตให้ทำได้ เหตุที่ทำให้กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับได้ในประเทศนั้น
มีความเห็นอธิบายไว้แตกต่างกัน ความเห็นที่สำคัญ ๆ ได้แก่⁴

ก. กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับได้ เพราะราษฎรมีเจตจำนงที่จะให้ใช้
บังคับเป็นกฎหมาย ความเห็นนี้ย่อมจะใช้ได้และมีเหตุผลสนับสนุนในเฉพาะประเทศที่
มีการปกครองระบบประชาธิปไตย ซึ่งถือว่าเจตจำนงของราษฎรที่เป็นเจ้าของอำนาจ
อธิปไตยย่อมเป็นสิ่งสำคัญที่สุดเท่านั้น กล่าวคือเมื่อราษฎรมีเจตจำนงให้ใช้ข้อบังคับใด
เป็นกฎหมายข้อบังคับนั้นก็ใช้เป็นกฎหมายได้ในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณี

ข. กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะผู้มีอำนาจ
บัญญัติกฎหมายยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีโดยคุณนิภาพ ความเห็นนี้ย่อมใช้ได้
สำหรับรัฐที่มีระบอบการปกครองทุกระบอบ กล่าวคือในรัฐที่มีระบอบการปกครองสม
บูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ กฎหมายจารีตประเพณี
ย่อมใช้ได้เพราะพระมหากษัตริย์ ทรงยอมให้ใช้เป็นกฎหมาย ในประเทศที่มีการปก

⁴หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 14
(กรุงเทพมหานคร: ประกายพริ้ง. 2542) .หน้า 72-73.

ครอบงำประชาชนไปโดย กฎหมายจารีตประเพณีย่อมใช้เป็นกฎหมายได้ เพราะรัฐสภาและประมุขแห่งรัฐยอมให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายได้

ค. กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะราษฎรได้มีความเห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมาย ทั้งนี้คือการที่ได้ใช้ข้อบังคับนั้นเป็นกฎหมายเป็นเวลานานนั้นเป็นแต่เพียงข้อพิสูจน์ว่า ได้เกิดมีความจริงของราษฎรว่าข้อบังคับนั้นเป็นกฎหมายเท่านั้น ความสำคัญอยู่ที่ความเห็นจริงของราษฎร ความเห็นอันนี้ย่อมใช้ได้และมีเหตุผลสนับสนุนเฉพาะในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งอำนาจสูงสุดเป็นของราษฎรทั้งหลายเท่านั้น

ง. กฎหมายจารีตประเพณีใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ เพราะได้มีการใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายจริง ๆ ในประเทศในรูปลักษณะเดียวกัน และต่อเนื่องกันมาช้านาน ความเห็นนี้ใช้ได้และมีเหตุผล สนับสนุนสำหรับรัฐที่มีการปกครองทุกระบบเพราะจะเป็นรัฐที่มีการปกครองระบอบใดก็ตาม ถ้าใช้กฎหมายจารีตประเพณีเป็นกฎหมายจริง ๆ ในรูปลักษณะเดียวกันและต่อเนื่องกันมาช้านานแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีนั้นก็ใช้บังคับได้ ซึ่งในเรื่องนี้จะต้องเข้าลักษณะ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ได้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีนั้นในรูปลักษณะเดียวกัน เช่น การชกมวยที่เป็นไปตามกติกาชกมวย ไม่เป็นความผิด

(2) ได้ใช้กฎหมายนั้นติดต่อกันเรื่อยมาในรูปลักษณะเดียวกันมาช้านาน

(3) ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติภายหลังบัญญัติแย้งหรือขัดกับกฎหมายจารีตประเพณีเช่นนั้น

อย่างไรก็ดี เหตุที่กฎหมายจารีตประเพณีนั้นใช้บังคับได้ในประเทศ น่าจะได้แก่ความเห็นข้อ ค และ ข้อ ง ประกอบกัน กล่าวคือเพราะเหตุว่าราษฎรได้มีความเห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมายจารีตประเพณี และได้มีการใช้กฎหมายจารีต

ประเพณีนั้นเป็นกฎหมายจริง ๆ ในประเทศในรูปลักษณะเดียวกันและต่อเนื่องกันมา
ช้านาน ซึ่งสามารถสรุปลักษณะสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณี ได้ดังนี้

1. เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติกันมานานและ
สม่ำเสมอ
2. ประชาชนมีความรู้สึกว่าการจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้อง
และจะต้องปฏิบัติตาม

3.2 หลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึงหลักกฎหมายทั่วไป
ตาม ป.พ.พ. มาตรา 4 วรรคสอง มีปัญหาว่าเราจะหาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็น
กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ได้จากที่ไหน เรื่องนี้มีความเห็นที่แตกต่างกัน 2
ประการ ดังนี้

ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่าหลักกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไป ไม่จำกัดว่าอยู่ที่ใด
ขอให้เป็นหลักกฎหมายที่เอามาตัดสินได้ก็แล้วกัน เช่นสุภาษิตกฎหมาย ตัวอย่าง
สุภาษิตกฎหมายที่สาลนำมาเป็นที่มาของกฎหมายเช่น “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา”
“ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” “ในระหว่างผู้สุจริต
ด้วยกัน ผู้ประมาทเลินเล่อย่อมเป็นผู้เสียเปรียบ” เป็นต้น

ข้อวิจารณ์ ความเห็นที่หนึ่งนี้เป็นความเห็นที่ไม่มีขอบเขต ทำให้หลัก
เกณฑ์ที่นำมาปรับคดีเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน ซึ่งขัดต่อวิสัยของวิชานิติศาสตร์ ที่พยายาม
ทำให้กฎหมายมีความแน่นอนเพื่อเป็นเครื่องชี้ว่าอะไรผิดอะไรถูก อีกประการหนึ่ง
ความเห็นนี้เปิดโอกาสให้นำเอาหลักกฎหมายหรือบทบัญญัติของระบบกฎหมายอื่นมา
ใช้และหลักกฎหมายหรือบทบัญญัตินั้น ๆ อาจมีลักษณะขัดแย้งกับหลักหรือเจตนารมณ์
ของกฎหมายก็ได้ หากเป็นเช่นนั้นก็จะก่อให้เกิดความสับสนในระบบกฎหมายนั้นได้
ความเห็นนี้จึงไม่น่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้อง เช่น นำหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้
โอนมาใช้กับกฎหมาย ทั้งที่ตัวบทบัญญัติมาตรา 1303 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคน
เรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตก
อยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้น

มาโดยมีค่าตอบแทนและได้การครอบครองโดยสุจริต “ ซึ่งเป็นบทบัญญัติคุ้มครองผู้รับ
โอนที่เสียหายและสุจริต และบัญญัติไปในทางตรงกันข้ามกับหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดี
กว่าผู้โอน

ความเห็นที่สอง เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่มี
อยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้นโดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร
ของประเทศนั้นเอง เช่นประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมาย
ลายลักษณ์อักษรอื่นที่มีหลักใหญ่พอที่จะทำเป็นหลักอ้างอิงได้ บทบัญญัติที่มีอยู่มากมาย
โดยปกติเกิดจากหลักทั่วไปเพียงไม่กี่หลัก หากได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของหลัก
กฎหมายและการศึกษาวิเคราะห์หาคำตอบหลาย ๆ มาตรการให้จริงจัง ๆ ก็จะพบหลักใหญ่ที่อยู่
เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับแก้คดีได้

ตัวอย่างในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องนิติกรรมสัญญา มี
หลักว่า “บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา” ภาษาลาตินเรียกว่า “pacta sunt servanda” หลัก
อันนี้เกิดจากหลักทางศีลธรรมที่ว่า “เมื่อพูดให้สัญญาแล้วต้องรักษาคำพูด เป็นหลัก
กฎหมายทั่วไปที่อยู่เบื้องหลังมาตราต่าง ๆ ใน ป.พ.พ. เรื่องนิติกรรมสัญญา หรือหลัก
ปฏิเสธไม่ต้องผูกพันตามสัญญา เพราะเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป ภาษาลาตินเรียกว่า
“clausula rebus sic stantibus” และถ้าหากศึกษา ป.พ.พ. มาตรา
1303,1329,1330,1331,1332 ก็จะพบว่ามาตราเหล่านี้มีหลักร่วมกันอยู่คือ “หลักคุ้มครอง
บุคคลที่สามผู้กระทำการโดยสุจริต” ดังนี้

มาตรา 1303 “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกันโดย
อาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด
บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้การ
ครอบครองโดยสุจริต...”

มาตรา 1329 “สิทธิของบุคคลผู้ได้มาซึ่งทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทนและ
โดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ว่าผู้โอนทรัพย์สินให้จะได้รับทรัพย์สินนั้นมาโดย
นิติกรรมอันเป็นโมฆะ และนิติกรรมนั้นได้ถูกบอกล้างภายหลัง”

มาตรา 1330 “สิทธิของบุคคลผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตในการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล หรือคำสั่งเจ้าพนักงานรักษาทรัพย์ในคดีล้มละลายนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นมีเจ้าของจำเลยหรือลูกหนี้โดยคำพิพากษา หรือผู้ล้มละลาย”

มาตรา 1331 “สิทธิของบุคคลผู้ได้เงินตราโดยสุจริตนั้น ท่านว่ามีเสียไป ถึงแม้ภายหลังจะพิสูจน์ได้ว่าเงินนั้นมีเจ้าของบุคคลซึ่งได้ออนให้มา”

มาตรา 1332 “บุคคลซื้อทรัพย์สินมาโดยสุจริตในการขายทอดตลาด หรือในท้องตลาด หรือจากพ่อค้าซึ่งขายของชนิดนั้น ไม่จำต้องคืนให้แก่เจ้าของแท้จริง เว้นแต่เจ้าของจะขอใช้ราคาที่ซื้อมา”

หรือถ้าพิเคราะห์มาตรา 1337 ,1341 ,1342,1343,1349,1352,1355 ก็จะพบหลักความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีเป็นต้น

มีปัญหาว่าถ้าหาหลักกฎหมายทั่วไปในคัมภีร์กฎหมายลายลักษณ์อักษร มาปรับคดีไม่ได้ ศาลจะหากฎหมายจากที่ไหนมาตัดสิน เพราะมีหลักอยู่ว่าศาลจะปฏิเสธไม่พิจารณาคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายไม่สมบูรณ์ไม่ได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งได้แก่ความเป็นธรรมหรือความรู้สึกชอบชั่วดีที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ (reason of man) และจากหลักเหตุผลของเรื่อง(Nature of things)