



วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ

ชื่อผู้แต่ง: อีระ สุธีวรารากร

การอ้างอิงที่แนะนำ: อีระ สุธีวรารากร, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49, ฉบับที่ 4, 666 (2563)

ผู้สนับสนุนหลัก

**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

Tax and Legal Counsellors
Seri Manop & Doyle

 **SAIJO DENKI**
ศูนย์เทคโนโลยีความเป็นเลิศทางเทคโนโลยีสารสนเทศ

ผู้สนับสนุนร่วม



CSBC
LAW OFFICES
www.csbc.law.co.th

โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง
เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2169 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ*

The Constitutional Court and the Repressive (*a posteriori*) Review of the Constitutionality of Laws

ธีระ สุธีวรารังกูร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Teera Suteevarangkul

Assistant Professor, Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 15 กันยายน 2563; วันที่แก้ไขบทความ 28 ตุลาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ 2 พฤศจิกายน 2563

บทคัดย่อ

ในรัฐที่ยึดมั่นหลักนิติรัฐ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนับเป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งต่อการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศไทย แม้จะจัดให้มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ มาตั้งแต่หลังการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศ แต่ในส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีดังกล่าว โดยเฉพาะการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ายังมีปัญหาในหลายกรณีด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเกี่ยวกับ “วัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” “กลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ” “หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” และ “ผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” เมื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับเป็นเรื่องสำคัญอย่างหนึ่งในระบบกฎหมายไทย

* บทความนี้ สรุปรายงานการวิจัย เรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ” เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กันยายน พ.ศ. 2563.

เพราะเป็นกรณีที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ และหลักการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ จึงสมควรแก้ไขปรับปรุงแนวคิดในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ ทั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญเองและองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ศาลรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ หลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ

Abstract

In a state adopting the “legal state” principle, the constitutional review of laws is considered as a significant mechanism for ensuring that the Constitution is the supreme law of the land. Thailand has had a system of the repressive (*a posteriori*) review of the constitutionality of laws since the 1932 Siamese revolution, but the review exercised by the Constitutional Court in many cases remains the subject of controversy such as “the object of the proceedings to be under the Court’s jurisdiction”, “the mechanism for presenting the case to be reviewed by the Court”, “the rules and procedures for the Court’s review”, and “the outcome of the Court’s review”. The repressive review of the constitutionality of laws is very important in the legal system of Thailand since it relates to the principle of the legal superiority of the Constitution, the principle of the effective and efficient review of the exercise of the state’s power, and the principle of the prevention of arbitrariness of the state’s institutions. It is, therefore, expedient to revisit the concepts used in drafting the Constitution, the provisions of the Constitution, and the application and interpretation, conducted by the Constitutional Court and other relevant institutions, of the Constitution in order for the review in question to be more appropriate.

Keywords: Constitutional Court, principle of the legal superiority of the Constitution, the repressive (*a posteriori*) review of the constitutionality of laws, principle of the effective and efficient review of the exercise of the state’s power

1. บทนำ

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ เป็นกลไกสำคัญประการหนึ่งต่อการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกจัดให้มีขึ้นในระบบกฎหมายไทยนับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475¹ และนับจากนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรทุกฉบับก็ได้จัดให้มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวมาจนถึงปัจจุบัน²

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ³ ควบคู่ไปกับอำนาจหน้าที่อื่น ๆ⁴ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากอดีตมาจนถึงปัจจุบัน แม้ระบบกฎหมายไทยได้จัดให้มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบดังกล่าวนี้อย่างยิ่งพบปัญหาอยู่หลายประการด้วยกัน จึงเป็นการสมควรที่จะศึกษาเรื่องดังกล่าวนี้

สำหรับการศึกษาเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ” เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงเรื่องนี้อย่างเป็นระบบ จะขอแยกศึกษาออกเป็น (1) “วัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” (2) “กลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ” (3) “หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” และ (4) “ผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” ทั้งนี้ จะขอลำดับถึงความทั่วไปในแต่ละเรื่องเป็นเบื้องต้นเสียก่อน ต่อจากนั้น จะวิเคราะห์ให้เห็นถึงปัญหาและสาเหตุของปัญหาในเรื่องนั้น ๆ และสุดท้ายก็จะกล่าวถึงวิธีการแก้ไขปัญหานั้นในเรื่องข้างต้น

2. วัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ

ในส่วนนี้ ขอลำดับถึง “ความทั่วไปเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” เป็นเบื้องต้นก่อน ต่อจากนั้น ก็จะวิเคราะห์ให้เห็นถึง “ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” พร้อมกับวิธีการแก้ไขปัญหานั้นในเรื่องดังกล่าว

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 61 “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกันกับรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ”

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489, พ.ศ. 2492, พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, พ.ศ. 2511, พ.ศ. 2517, พ.ศ. 2521, พ.ศ. 2534, พ.ศ. 2540, พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งมีผลใช้บังคับในปัจจุบัน

³ ดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 212 กรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” และมาตรา 231 (1) กรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม”

⁴ ตัวอย่างเช่น อำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อำนาจในการตรวจสอบกระบวนการจัดทำหนังสือสัญญา อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรสำคัญตามรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการตรวจสอบการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนี้ เป็นต้น

2.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ

ในคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ “วัตถุแห่งคดี” (Sujet de Litige) ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ หรืออีกนัยหนึ่ง “สิ่งที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ” ของศาลรัฐธรรมนูญ ก็คือ “กฎหมาย” หรือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามแต่กรณี⁵ ดังนั้น การกล่าวถึงเนื้อหาในส่วนนี้ จึงขอแยกออกเป็น (1) ความหมายของกฎหมาย และ (2) ชนิดของกฎหมายตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

2.1.1 ความหมายของกฎหมาย

สำหรับความหมายของ “กฎหมาย” ในฐานะที่เป็น “วัตถุแห่งคดี” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ อาจแยกกล่าวออกได้เป็น (1) ความหมายในทางตำราวิชาการ และ (2) ความหมายตามคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการหรือศาล

(1) ความหมายในทางตำราวิชาการ

หากพิจารณาตามแนวคิดของ “สำนักกฎหมายบ้านเมือง” ที่มีหลักคิดพื้นฐานว่ากฎหมายคือผลผลิตจากการใช้อำนาจอธิปไตย ความหมายของกฎหมายในทางตำราอาจแยกออกได้เป็น ความหมายของ “กฎหมายตามเนื้อความ” และความหมายของ “กฎหมายตามแบบพิธี”

สำหรับความหมายของ “กฎหมายตามเนื้อความ” ก็คือ “กฎหมายซึ่งเป็นข้อบังคับของรัฐที่กำหนดความประพฤติของมนุษย์ซึ่งหากฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ”⁶ ซึ่งตามความหมายข้างต้น “กฎหมายตามเนื้อความ” มีองค์ประกอบดังนี้ กล่าวคือ⁷ ประการแรก ต้องมีลักษณะเป็นข้อบังคับ คือต้องมีข้อความที่บ่งการให้มนุษย์ต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใด ประการที่สอง ข้อความที่บ่งการนั้นต้องเป็นข้อบังคับของ “รัฐ” ไม่ใช่ของบุคคล ประการที่สาม ข้อบังคับดังกล่าวของรัฐต้องเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับความประพฤติที่เกี่ยวกับการเคลื่อนไหวทางร่างกายของมนุษย์ว่าสิ่งใดกระทำได้หรือกระทำไม่ได้ ไม่ใช่ข้อกำหนดทางจิตใจ และประการที่สี่ ข้อบังคับของรัฐนั้น หากมนุษย์ฝ่าฝืน ย่อมได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ซึ่งเรียกว่า “สภาพบังคับ” (sanction)

⁵ วัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบซึ่งเป็น “กฎหมาย” ก็คือ “พระราชกำหนด” ในกรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” ที่เป็นการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลใช้บังคับแล้ว” ส่วนวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบซึ่งเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยทั่วไปก็คือ “บทบัญญัติ” ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ในพระราชบัญญัติ ในพระราชกำหนด สำหรับการดำเนินการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” และการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” เฉพาะกรณีที่เป็นการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา” และ “มีผลบังคับใช้แล้ว” และใน “ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร” ที่มีสถานะเป็นกฎหมาย

⁶ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.36.

⁷ เพิ่งอ้าง, น.36-37.



ส่วนความหมายของ “กฎหมายตามแบบพิธี” ก็คือ “กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่”⁸ ซึ่งจากความหมายข้างต้น “กฎหมายตามแบบพิธี” จะมีองค์ประกอบดังนี้ กล่าวคือ ประการแรก ต้องเป็นกฎเกณฑ์ของ “รัฐ” ไม่ใช่ของบุคคล ประการที่สอง กฎเกณฑ์ดังกล่าวของรัฐต้องออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยวิธีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายธรรมดาก็ตาม และประการที่สาม กฎเกณฑ์ของรัฐนั้นอาจเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของบุคคลซึ่งหากฝ่าฝืนแล้วจะต้องได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษหรือไม่ก็ได้

(2) ความหมายตามคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการหรือศาล

หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ความหมายของกฎหมายอาจแยกกล่าวออกได้เป็น ความหมายใน “สถานการณ์ปกติ” และความหมายใน “สถานการณ์ไม่ปกติ”

สำหรับ “สถานการณ์ปกติ” กล่าวคือ “สถานการณ์ที่รัฐธรรมนูญยังมีผลใช้บังคับอยู่” องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะ “ศาลรัฐธรรมนูญ” เคยมีคำวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ทั่วไปในขณะที่ยังมีผลใช้บังคับ สรุปลงได้ว่า “กฎหมาย” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ อันได้แก่ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า อนึ่ง จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงกล่าวได้ว่า “กฎหมาย” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ย่อมได้แก่ “พระราชบัญญัติ” “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” และ “พระราชกำหนด” โดยไม่รวมถึงพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 วรรคห้า เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันไม่มีบทบัญญัติให้มีพระราชกฤษฎีกาชนิดดังกล่าวแล้ว

ส่วน “สถานการณ์ไม่ปกติ” กล่าวคือ “สถานการณ์ที่คณะรัฐประหารได้ทำการรัฐประหารเป็นผลสำเร็จและมีการเลิกใช้รัฐธรรมนูญ” เมื่อคณะรัฐประหารได้ออกประกาศหรือคำสั่งใด ๆ หากมีคดีขึ้นมาให้องค์กรตุลาการพิจารณาวินิจฉัยว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่ องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะ “ศาลยุติธรรม” เคยมีคำพิพากษาว่า เมื่อคณะรัฐประหารได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศเป็นผลสำเร็จแล้ว หัวหน้าคณะรัฐประหารย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ดังนั้น ข้อความใดที่หัวหน้าคณะรัฐประหารสั่งบังคับใช้กับประชาชน แม้ข้อความนั้นพระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราขึ้นตามคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติ

⁸ เห่งอ้าง, น.43.

⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544.

ของประเทศก็ตาม ก็ต้องถือว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับได้¹⁰ อนึ่ง สำหรับ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ก็เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารไว้ว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมีสถานะเป็นกฎหมายได้ด้วยเช่นกัน¹¹

2.1.2 ชนิดของกฎหมายตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ชนิดของกฎหมายตามคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวนี้ อาจแยกออกได้เป็น (1) กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และ (2) กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจากอำนาจตามความเป็นจริง

(1) กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจาก “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” ก็ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกา

“พระราชบัญญัติ” คือ “กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา”¹² อนึ่ง สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติ” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ก็ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2541, 34-53/2543 หรือ 21/2546 ดังนี้ เป็นต้น

“พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” คือ “กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐสภา”¹³ เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ กระนั้นก็ตาม ขณะที่พระราชบัญญัติทั่วไปปกติแล้วจะไม่ได้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญโดยตรง¹⁴ อนึ่ง สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ก็ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2544, 49/2546 หรือ 51/2554 ดังนี้ เป็นต้น

“พระราชกำหนด” คือ “กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี”¹⁵ อนึ่ง สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า “พระราชกำหนด” มีสถานะ

¹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505; และดู คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496; คำพิพากษาฎีกาที่ 6411/2534 ประกอบ อนึ่ง พึงสังเกตว่าเหตุผลที่ศาลฎีกายอมรับให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเป็นกฎหมายนั้น ดูจะสอดคล้องกับแนวคิดเรื่อง “หลักประสิทธิภาพ” (effectiveness) ของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) นักปรัชญากฎหมายชาวออสเตรีย กล่าวคือ เคลเซน เห็นว่าเมื่อระบบกฎหมายเก่าถูกทำลายลงไปแล้ว หากระบบกฎหมายใหม่ที่คณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหารได้ก่อตั้งขึ้นได้รับการยอมรับจากองค์กรของรัฐและประชาชน ก็ย่อมถือว่าระบบกฎหมายใหม่นั้นได้ก่อตั้งขึ้นสำเร็จแทนที่ระบบกฎหมายเก่า. ดู ปิยนุตร์ แสงนกกุล, *ศาลรัฐประหาร*, (กรุงเทพฯ: ฟาติกัน, 2560), น.87.

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 81 วรรคหนึ่ง

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 81 วรรคหนึ่ง

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *รัฐธรรมนูญว่ารู้*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), น.163.

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 172 วรรคหนึ่งประกอบวรรคสอง และมาตรา 174 วรรคหนึ่ง



เป็น “กฎหมาย” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ก็ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9-10/2544, 5-7/2555 หรือ 13/2562 ดังนี้ เป็นต้น

ส่วน “พระราชกฤษฎีกา” โดยเฉพาะพระราชกฤษฎีกาที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้มีค่าบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ คือ “กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี” ในทำนองเดียวกับพระราชกำหนด

พึงสังเกตว่า ในบางกรณี “คำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหาร” ก็อาจเป็นกฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน หากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรหรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) ได้กำหนดให้คณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารมีอำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งต่าง ๆ ที่มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ได้¹⁶

(2) กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจากอำนาจตามความเป็นจริง

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่มีบ่อเกิดมาจาก “อำนาจตามความเป็นจริง” ก็ได้แก่ ประกาศของคณะรัฐประหารและคำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหาร

“ประกาศของคณะรัฐประหาร” คือ “กฎหมายที่คณะรัฐประหารได้ออกมาโดยการใช้อำนาจในฐานะองค์กรกลุ่ม” อนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าประกาศของคณะรัฐประหารซึ่งมี “บ่อเกิดมาจากอำนาจตามความเป็นจริง” และมีสถานะเป็น “กฎหมาย” ก็ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551, 12/2552 หรือ 2/2562 ดังนี้ เป็นต้น

ส่วน “คำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหาร” คือ “กฎหมายที่หัวหน้าคณะรัฐประหารได้ออกมาโดยการใช้อำนาจในฐานะองค์กรเดียว” อนึ่ง จากการตรวจสอบยังไม่พบตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ยืนยันว่า “คำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหาร” ซึ่งมี “บ่อเกิดมาจากอำนาจตามความเป็นจริง” มีสถานะเป็น “กฎหมาย” จะพบอยู่บ้างก็เพียงกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งของหัวหน้าคณะรัฐประหารซึ่งมี “บ่อเกิดมาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ” และมีสถานะเป็น “กฎหมาย”¹⁷ เท่านั้น

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ

เมื่อทราบความทั่วไปเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบแล้ว ในส่วนนี้มีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์สองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ (1) ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา และ (2) ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร

¹⁶ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 44 ที่กำหนดให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ โดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีอำนาจออกคำสั่งที่มี “ผลบังคับในทางนิติบัญญัติ” ควบคุมไปกับคำสั่งที่มีผลบังคับในทางบริหารหรือในทางตุลาการ

¹⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 กรณีการตรวจสอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

2.2.1 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา

ปัญหาดังกล่าวนี้ มีมูลเหตุจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 245 (1) ว่า การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นการเลือกตั้งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มาตรา 4 ที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 นั้น เป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ด้วยเหตุผลว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 นอกจากนั้น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 อีกทั้งพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายเฉพาะที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งออกตามบทบัญญัติในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภา และเป็นส่วนสำคัญของบทบัญญัติเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร และต่อจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มาตรา 4 ในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง เนื่องจากไม่สามารถจัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น สำหรับปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าตนมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรได้นั้น เห็นว่า ประการแรก สำหรับเหตุผลของศาลที่ว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” นั้น เนื่องจากทั้งสองถ้อยคำดังกล่าวมีเนื้อหาประกอบกันสองส่วน คือส่วน “วัตถุแห่งคดีที่ศาลตรวจสอบได้” อันได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” และส่วน “มาตรที่ใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” อันได้แก่ “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือ “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามแต่กรณี จึงไม่ชัดเจนว่าตามเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ อะไรคือสิ่งที่ศาลเห็นว่ามีความหมายกว้างกว่า ระหว่าง “วัตถุแห่งคดีที่ศาลตรวจสอบได้” กับ “มาตรที่ใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” ซึ่งเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีคำอธิบายพร้อมการให้เหตุผล¹⁸ ประการที่สอง หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ที่เคยให้คำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายประกอบกับคำวินิจฉัยอื่นที่เกี่ยวข้องแล้ว

¹⁸ อีระ สุธีรางกูร, คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น.86.



จะพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยนำเหตุผลเกี่ยวกับ “การตรารัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ” มาเป็นหลักเกณฑ์สำคัญเพียงประการเดียวในการวินิจฉัยว่าสิ่งใด “เป็น” หรือ “ไม่เป็น” กฎหมาย ตรงกันข้าม ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปอย่างเป็นระบบไว้แล้วว่า สิ่งใดจะถือว่าเป็น “กฎหมาย” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญได้ นอกจากสิ่งนั้นจะต้องตรารัฐธรรมนูญตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ คือ อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว สิ่งนั้นจะต้องตรารัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติด้วย อนึ่ง แม้สิ่งนั้นจะไม่ได้ตรารัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ตรารัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายบริหาร แต่หากองค์กรฝ่ายบริหารตรารัฐธรรมนูญโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญก็กำหนดให้สิ่งนั้นมีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติแล้ว ในกรณีเช่นนี้ สิ่งดังกล่าวก็จะถือว่าเป็นกฎหมายด้วยเช่นกัน จากคำอธิบายเกี่ยวกับความหมายของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้ ผลจากคำอธิบายนี้ จึงทำให้ “พระราชบัญญัติ” และ “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” มีสถานะเป็นกฎหมายเพราะตรารัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และทำให้ “พระราชกำหนด” มีสถานะเป็นกฎหมายด้วย เพราะแม้จะตรารัฐธรรมนูญโดยองค์กรฝ่ายบริหาร ไม่ใช่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้พระราชกำหนดมีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรมีสถานะเป็นกฎหมาย เนื่องจากองค์กรฝ่ายบริหารได้ตรารัฐธรรมนูญโดยอาศัย “อำนาจตามรัฐธรรมนูญ” ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรมีค่าบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ จึงเป็นการให้เหตุผลที่ไม่สอดคล้องกับบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวางไว้เอง¹⁹ อีกทั้งยังไม่สอดคล้องกับ “หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน” (Representative Democracy) และ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) ด้วย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มาตรา 4 มีสถานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้จึงก่อให้เกิดผลประหลาดในทางกฎหมายตามมาหลายประการ กล่าวคือ

ประการแรก “ผลประหลาดเกี่ยวกับความแตกต่างด้านสถานะทางกฎหมายระหว่างบทบัญญัติในมาตรา 4 กับมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร” กล่าวคือ ขณะที่เนื้อหาในมาตรา 3 ที่บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร เห็นกันในทางวิชาการว่าเป็น “คำสั่งของประมุขของรัฐในกิจการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ” ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” แต่เนื้อหาในมาตรา 4 ที่บัญญัติถึงวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นการเลือกตั้งทั่วไป กลับมีสถานะเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ทำให้บทบัญญัติในแต่มาตราของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรมีสถานะทางกฎหมายไม่เหมือนกัน ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปได้ในทางกฎหมาย ประการที่สอง “ผลประหลาดเกี่ยวกับความไม่เป็นเอกภาพในเรื่องความหมายของกฎหมายตามวิธีการตรวจสอบแบบรูปธรรมกับนามธรรม” กล่าวคือ หากอนุมานว่าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) กว้างกว่าความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 แล้ว ย่อมเกิดสภาพ

¹⁹ เฟื่องอ้าง, น.86-90.

ที่ว่าแม้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรจะไม่ใช่ “กฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 แต่เนื่องจากความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) กว้างกว่าความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรจึงถือเป็น “กฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ได้ หากเป็นเช่นนี้ความหมายของ “กฎหมาย” ระหว่างการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) กับการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ย่อมไม่เป็นเอกภาพและไม่สอดคล้องกับหลักการตีความรัฐธรรมนูญ²⁰ ประการที่สาม “ผลประโยชน์เกี่ยวกับความลึกลับในการเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบตามวิธีการตรวจสอบแบบรูปธรรมกับนามธรรม” กล่าวคือ เมื่อการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 คู่ความไม่สามารถโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรผ่านศาลที่พิจารณาคดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เพราะพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นกฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรานี้ อย่างไรก็ตาม หากคู่ความจะใช้วิธีเปลี่ยนช่องทางตรวจสอบ โดยใช้การตรวจสอบแบบ “นามธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ด้วยการเสนอคำร้องเรียนให้ผู้ตรวจการแผ่นดินส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถรับคดีไว้พิจารณาได้ ซึ่งทำให้เกิดความลึกลับในการเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรตามวิธีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” กับ “นามธรรม” และประการที่สี่ “ผลประโยชน์เกี่ยวกับมูลเหตุของการวินิจฉัยให้กฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” กล่าวคือ ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เหตุที่จะทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นเหตุที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นโดยตัวของมันเอง อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 4 หาได้มีปัญหาในตัวของมันเองไม่ เพราะบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้แล้วว่าให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปกระทำในวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร คือ วันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยโดยอาศัยมูลเหตุที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถดำเนินการจัดการเลือกตั้งให้มีผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งครบทุกเขตเลือกตั้งได้ มาเป็นเหตุในการวินิจฉัยให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 4 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 วรรคสอง ที่กำหนดว่าวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงทำให้เกิดผลประโยชน์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่นไม่จำเป็นต้องเกิดจากมูลเหตุเกี่ยวกับตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเองเสมอไป แต่อาจเกิดจากมูลเหตุอย่างอื่นที่ไม่ใช่ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั่นเองก็ได้ ซึ่งกรณีไม่ควรเป็นเช่นนั้น

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา เนื่องจากปัญหาดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและหลักคิดเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหว่าศาลรัฐธรรมนูญพึงรับ

²⁰ กรณีหลักการตีความรัฐธรรมนูญให้เป็นเอกภาพ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การตีความกฎหมายมหาชน,” ใน หนังสือรวมบทความงานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ดิงศักดิ์ย์ ครั้งที่ 13, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2552), น.325-330.



เฉพาะคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตนไว้พิจารณาวินิจฉัย และพึงตีความความหมายของกฎหมายให้เป็นเอกภาพเพื่อไม่ให้เกิดผลประหลาดในด้านต่าง ๆ ตามมา อนึ่ง หากมีคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรขึ้นมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยอีก ศาลรัฐธรรมนูญพึงวินิจฉัยเสียใหม่ว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แม้จะออกโดยองค์กรฝ่ายบริหารตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้มีค่าบังคับเป็นดังเช่นกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจรับเรื่องดังกล่าวนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

2.2.2 ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร

ปัญหาดังกล่าวนี้ มีมูลเหตุเนื่องจากในประเทศไทยเกิดการรัฐประหารบ่อยครั้ง²¹ และเมื่อคณะรัฐประหารได้กระทำการเป็นผลสำเร็จแล้ว ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรก็ดี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) กิติ หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรก็ดี ก็มักจะมีบทบัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายให้กับบรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารที่มีสถานะในทางต่าง ๆ รวมถึงที่มีสถานะเป็น “กฎหมาย” ด้วย ทำให้เกิดสภาพการณ์อันไม่พึงประสงค์ในทางกฎหมายตามมา

กล่าวกันว่า เหตุที่ต้องรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้กับประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร ก็เนื่องจากว่า²² เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาช่องว่างทางกฎหมายอันจะนำมาซึ่งความวุ่นวายของบ้านเมือง นอกจากนั้น ก็เพื่อให้ระบบกฎหมายในช่วงของการรัฐประหาร ไม่ว่าจะเป็นการกระทำ ประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร ได้รับการยึดถือต่อไปจนกว่าจะมีการยกเลิกโดยกระบวนการนิติบัญญัติของประเทศเมื่อมีรัฐธรรมนูญฉบับถาวรแล้ว อีกทั้งก็เพื่อคุ้มครองระบบกฎหมายในช่วงของการรัฐประหาร ประกอบกับก็เพื่อคุ้มครองกฎหมายที่ดีที่ออกโดยคณะรัฐประหาร จึงมีความจำเป็นที่ต้องรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้กับประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว

แม้เหตุผลข้างต้นพอจะเข้าใจได้ในการเมือง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี สำหรับการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 นั้น เมื่อคณะรัฐประหารได้ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นใหม่โดยประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แล้ว นอกจากจะมีการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้กับประกาศหรือคำสั่งของตนที่ออกมาโดยอาศัย “อำนาจตามความเป็นจริง” ก่อนหน้านั้นแล้ว ในมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ก็ยังกำหนดให้หัวหน้าคณะรัฐประหารมีอำนาจออกคำสั่งที่มีผลในทางนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ อีกทั้งยังบัญญัติให้การกระทำหรือคำสั่งของหัวหน้า

²¹ ในประเทศไทย เกิดการรัฐประหารที่คณะรัฐประหารกระทำการเป็นผลสำเร็จรวม 13 ครั้ง ดู สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “รัฐประหารในประวัติศาสตร์การเมืองไทย,” สรรสารกับคนวิชาการ, (2557) สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก <https://library2.parliament.go.th/wichakarn/content-digest/digest009.html>.

²² รายละเอียดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, “มาตรา 309 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 39, ฉบับที่ 2, 186, น.192, 196-199 (2553).

คณะรัฐประหารที่ได้กระทำมาแล้ว กำลังกระทำอยู่ หรือที่จะกระทำต่อไปในอนาคต นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายอีกด้วย²³ มีหน้าซ้ำ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 265 วรรคสอง ก็ยังคงกำหนดให้หัวหน้าคณะรัฐประหารมีอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ได้ต่อไป โดยมีการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายไว้ในมาตรา 279 ด้วยเช่นกัน²⁴ จากความข้อนี้ จึงกล่าวได้ว่ากรณียอมไม่ใช่เป็นการคุ้มครองประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารที่ได้ออกมาก่อนหน้านี้ตามความจำเป็น แต่เป็นการให้อำนาจอย่างกว้างขวางที่ไม่อาจตรวจสอบได้ให้กับการกระทำทุกอย่างของหัวหน้าคณะรัฐประหารทั้งในอดีต ปัจจุบัน และในอนาคต²⁵

ผลจากกรณีดังกล่าวนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และบทบัญญัติตามมาตรา 265 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 279 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้กับประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร นอกจากจะเปิดช่องให้คณะรัฐประหารใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ง่ายแล้ว ก็ยังมีผลเป็นการไม่เคารพ “หลักนิติรัฐ” โดยเฉพาะหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือศาล มีผลเป็นการทำลาย “หลักความเสมอภาค” ในการตรวจสอบผลผลิตจากการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ทั้งยังมีผลเป็นการ “ไม่คุ้มครอง” สิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารตามไปเช่นกัน

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 44 “ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระวัง หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 279 วรรคหนึ่ง “บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี” และวรรคสอง “บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่ากรณีนั้น และการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย

²⁵ ตัวอย่างเรื่องนี้ ดู คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 1938/2558; คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พส.8/2559.

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เมื่อขณะนี้สถานการณ์ของประเทศเข้าสู่ภาวะปกติแล้ว เพื่อไม่ให้เกิดสภาพการณ์ที่ไม่เคารพหลักนิติรัฐ ไม่เคารพหลักความเสมอภาคในการตรวจสอบ และไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกต่อไป จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหว่าสมควรสร้างระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารที่มีสถานะเป็นกฎหมายให้ใช้ตามความเหมาะสม ดังนี้ กล่าวคือ ประการแรก ให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดย “ยกเลิก” บทบัญญัติมาตรา 279 และมาตรา 265 วรรคสอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้กับประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถก้าวเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารได้ ประการที่สอง ในกรณีที่มีคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพึง “ตีความ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 279 ให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารได้ ประการที่สาม ฝ่ายนิติบัญญัติพึงใช้อำนาจนิติบัญญัติ “แก้ไข” หรือ “ยกเลิก” ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือมีปัญหาความเหมาะสม

3. กลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

ในส่วนนี้ ขอกล่าวถึง “ความทั่วไปเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ” เป็นเบื้องต้นเสียก่อน ต่อจากนั้น ก็จะวิเคราะห์ให้เห็นถึง “ปัญหาเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ” พร้อมกับวิธีการแก้ไขปัญหในเรื่องดังกล่าว

3.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

สำหรับความทั่วไปเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ เรื่องนี้ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ผู้มีสิทธิเสนอคดี (2) เงื่อนไขในการเสนอคดี โดยเฉพาะการเสนอคดีของคู่ความกรณีการตรวจสอบแบบรูปธรรม และ (3) ระยะเวลาในการเสนอคดี

3.1.1 ผู้มีสิทธิเสนอคดี

กรณีผู้มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” และ (2) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม”

(1) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “รูปธรรม” ก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี”

ซึ่งการตรวจสอบในรูปแบบดังกล่าวนี้ ผู้ที่มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ก็คือ “คู่ความในคดี” และ “ศาลที่พิจารณาคดี”²⁶

สำหรับ “คู่ความในคดี” กรณีจะขึ้นอยู่กับประเภทของคดีเป็นสำคัญ กล่าวคือ ใน “คดีแพ่ง” หรือ “คดีอาญา” คู่ความในคดี โดยหลักแล้วก็คือ โจทก์หรือจำเลย²⁷ สำหรับ “คดีปกครอง” คู่ความในคดี โดยหลักแล้วก็คือ ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี²⁸ ส่วน “คดีในศาลทหาร” คู่ความในคดี โดยหลักแล้วก็คือ โจทก์หรือจำเลย²⁹ เช่นเดียวกับคดีแพ่งหรือคดีอาญา พึงสังเกตว่า สำหรับการเป็นคู่ความในคดีอาญานั้น เมื่อมีผู้ฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แม้ศาลกำลังอยู่ระหว่างไต่สวนมูลฟ้องโดยยังไม่มีคำสั่งให้รับฟ้องของผู้ฟ้องคดีก็ตาม ก็ถือว่าผู้ฟ้องคดีนั้นมีสถานะเป็น “คู่ความ” ที่มีสิทธิเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้³⁰

ส่วน “ศาลที่พิจารณาคดี” กรณีก็จะได้แก่ “ผู้พิพากษา” หรือ “ตุลาการ” ในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ที่ใช้หรือจะต้องใช้กฎหมายพิจารณาคดีต่าง ๆ นั้นเอง กล่าวถึงตรงนี้ พึงทราบว่าแม้บุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการก็ตาม แต่หากบุคคลนั้นไม่ได้อยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่พิจารณาคดีใด ก็ย่อมไม่มีสิทธิที่จะเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดี” ได้โดยสภาพ เพราะบุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นผู้พิจารณาคดีที่จะต้องใช้กฎหมายเพื่อบังคับแก้คดีในขณะนั้น

(2) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “นามธรรม” ก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วไป” โดยที่ไม่ได้เป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดี” ซึ่งการตรวจสอบในรูปแบบดังกล่าวนี้ ผู้ที่มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา” และ “มีผลบังคับใช้แล้ว” และ (2) ผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลบังคับใช้แล้ว”

สำหรับผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา” และ “มีผลบังคับใช้แล้ว” ก็คือ “ผู้ตรวจการแผ่นดิน”³¹ อนึ่ง ก่อนหน้านี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ผู้มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “นามธรรม” ในกรณีนี้ได้ ก็คือ “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา”³² ต่อมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ผู้มีสิทธิเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบ

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง.

²⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (11) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (15) ตามแต่กรณี.

²⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

²⁹ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498.

³⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2543.

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 231 (1).

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 198 วรรคหนึ่ง.



ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีดังกล่าว จะมีทั้ง “ผู้ตรวจการแผ่นดิน”³³ “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”³⁴ และ “บุคคลผู้ที่มีสิทธิเสรีภาพของตนได้รับผลกระทบจากกฎหมาย”³⁵ อย่างไรก็ดี สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้เฉพาะ “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” เท่านั้น ที่เป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีในกรณีข้างต้น

ส่วนผู้เสนอคดีกรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลบังคับใช้แล้ว” ก็คือ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา” เฉพาะกรณีที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชกำหนด” ที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ³⁶ อนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก่อนหน้านี ซึ่งจัดให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา ก็กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถเสนอคดีให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดได้³⁷ และเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้จัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ขึ้นแทนที่ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้³⁸ ฉบับปี พ.ศ. 2550³⁹ และฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดสามารถเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชกำหนด” ที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติได้เช่นกัน โดยเฉพาะการตรวจสอบเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

3.1.2 เงื่อนไขในการเสนอคดี: การเสนอคดีของคู่ความกรณีการตรวจสอบแบบรูปธรรม

กรณีเงื่อนไขในการเสนอคดีของ “คู่ความ” กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “รูปธรรม” หากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการเสนอคดีของ “คู่ความ” ต่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁴⁰ (1) วัตถุประสงค์ที่เสนอให้ตรวจสอบต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เสนอให้ตรวจสอบต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี (3) บทบัญญัติ

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 245 (1).

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2).

³⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 213.

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 173 วรรคหนึ่ง.

³⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 173 ประกอบมาตรา 172.

³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 219 วรรคหนึ่ง.

³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 185 วรรคหนึ่ง.

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่งประกอบวรรคสอง.

แห่งกฎหมายที่เสนอให้ตรวจสอบต้องยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น และ (4) คำร้องที่เสนอให้ตรวจสอบต้องมีสาระสำคัญอันควรได้รับการวินิจฉัย

3.1.3 ระยะเวลาในการเสนอคดี

กรณีระยะเวลาในการเสนอคดี ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ระยะเวลาเสนอคดีกรณี การตรวจสอบแบบรูปธรรม และ (2) ระยะเวลาเสนอคดีกรณีการตรวจสอบแบบนามธรรม

(1) “ระยะเวลาเสนอคดี” กรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม”

สำหรับ “ระยะเวลาเสนอคดี” กรณีการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” หรือการตรวจสอบ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” นั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้อย่างแน่ชัดว่าผู้มีสิทธิเสนอคดีจะต้องเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาเท่าใด อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยนัยให้ผู้มีสิทธิเสนอคดี ไม่ว่าจะเป็น “คู่ความในคดี” หรือ “ศาลที่พิจารณาคดี” จะต้องเสนอข้อโต้แย้งในระหว่างที่คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล⁴¹ ซึ่งคำว่า “ระหว่างการพิจารณาของศาล” นั้น กล่าวโดยทั่วไปก็คือ นับตั้งแต่วันที่ศาลเริ่มพิจารณาคำฟ้องไปจนถึงวันก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาอันถึงที่สุด⁴² จากความข้อนี้ จึงกล่าวได้ว่าระยะเวลาเสนอคดีของผู้มีสิทธิเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” จึงต้องอยู่ภายใต้กรอบ “ระยะเวลาที่คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล”

(2) “ระยะเวลาเสนอคดี” กรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม”

สำหรับ “ระยะเวลาเสนอคดี” กรณีการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” หรือการตรวจสอบ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วไป” นั้น ขอแยกกล่าวออกเป็น กรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับแล้ว” กับกรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาแต่มีผลใช้บังคับแล้ว”

กรณีการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับแล้ว” สำหรับผู้มีสิทธิเสนอคดีซึ่งได้แก่ “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” นั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้อย่างแน่ชัดว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะต้องเสนอคดีภายในเวลาเท่าใด เหตุที่เป็นเช่นนี้ อาจเนื่องจากว่า เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” ได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องเรียนจาก

⁴¹ เป็นการตีความจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด” อันแสดงให้เห็นว่าการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใดได้ คดีนั้นยังต้องอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น เพราะหากคดีดังกล่าวไม่อยู่ในการพิจารณาของศาลนั้นเสียแล้ว ศาลนั้นก็ย่อมไม่สามารถใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบังคับแก่คดีดังกล่าวได้อีกต่อไป.

⁴² อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ในชั้นการบังคับคดีตามคำพิพากษา หากยังมีคดีพิพาทขึ้นมาสู่ศาลในชั้นนี้ทั้งคู่ความในคดีและศาลที่พิจารณาคดีก็สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีได้เช่นกัน ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 34-53/2543.



ประชาชนเสียก่อน นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญก็บัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมี “ดุลพินิจ” ที่จะเสนอคดีที่มีการร้องเรียนให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบหรือไม่ ก็ได้⁴³ ซึ่งระยะเวลาพิจารณาคำร้องเรียนในกรณีนี้ ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างแน่ชัด⁴⁴ ดังนั้น สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับแล้ว” ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีนั้น จึงไม่มีระยะเวลาเสนอคดีที่แน่นอน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับแล้วมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามที่มีการร้องเรียน ผู้ตรวจการแผ่นดินก็มักจะเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่ตนเห็นว่าสมควร

ส่วนการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาแต่มีผลใช้บังคับแล้ว” หรืออีกนัยหนึ่งคือ “พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้พิจารณาอนุมัติ” สำหรับผู้มีสิทธิเสนอคดีซึ่งได้แก่ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา” นั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดกรอบระยะเวลาไว้โดยปริยายว่า ผู้มีสิทธิเสนอคดีจะต้องเสนอคดีนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดดังกล่าวเริ่มมีผลใช้บังคับ และต้องเสนอก่อนที่รัฐสภาจะอนุมัติพระราชกำหนดนั้น⁴⁵ ดังนั้น สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภาแต่มีผลใช้บังคับแล้ว” สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดี จึงต้องเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใต้กรอบระยะเวลาดังกล่าว

3.2 ปัญหาเกี่ยวกับเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

เมื่อทราบความทั่วไปเกี่ยวกับกลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแล้ว ในส่วนนี้ มีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์สองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ (1) ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับกระบวนการเสนอคดี และ (2) ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการส่งคำโต้แย้งของคู่ความ

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 231 วรรคหนึ่ง ประกอบ (1).

⁴⁴ พึงเข้าใจว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” แบบนามธรรมที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) นั้น เป็นคนละกรณีกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “การกระทำของหน่วยงานของรัฐที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง” ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอคดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 46- 48 ดังนั้น ระยะเวลาพิจารณาคำร้องเรียนของประชาชนกรณีการกระทำของหน่วยงานของรัฐที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ภายใน 60 วัน จึงไม่ใช่เป็นกรณีเดียวกับระยะเวลาพิจารณาคำร้องเรียนของประชาชนกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ของผู้ตรวจการแผ่นดิน.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 173 วรรคหนึ่ง.

3.2.1 ปัญหาความเหมาะสมเกี่ยวกับกระบวนการเสนอคดี

ปัญหาดังกล่าวนี้นี้ มีมูลเหตุจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 45 และมาตรา 5 วรรคสอง ไม่กำหนดตัวองค์กรที่จะเป็นผู้ส่งคำโต้แย้งของคู่ความในคดีที่เกิดขึ้นที่ “ศาลทหาร” โดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารต่างก็มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 84/2557 และคำสั่งของศาลทหารกรุงเทพที่ 3/2558 ตามแต่กรณี ยืนยันว่าเป็นเช่นนั้น ทำให้ศาลทหารไม่มีอำนาจส่งคำโต้แย้งของคู่ความที่ได้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้

ต่อการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารข้างต้น เห็นว่าแท้จริงแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ก็มีบทบัญญัติอยู่ว่าเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งความข้อนี้ ได้เปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารสามารถตีความรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองให้ศาลทหารสามารถส่งคำโต้แย้งของคู่ความเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารกลับไม่ใช้มาตรา 5 วรรคหนึ่งเป็นฐานในการตีความ หากทว่ากลับไปนำมาตรา 5 วรรคสองมาใช้ตีความแทน จนทำให้เกิดปัญหา “ความไม่เสมอภาค” เกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลสำหรับการโต้แย้งปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ระหว่างคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลทหารกับคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

อาจเห็นกันว่า กรณีนี้เป็น “สถานการณ์ยกเว้น” ที่มีความจำเป็นต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือตีความรัฐธรรมนูญให้ระบบการเสนอคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีในแต่ละศาลมีความแตกต่างกัน เนื่องจากในขณะนั้นประเทศไทยตกอยู่ภายใต้การปกครองของคณะรัฐประหาร อย่างไรก็ดี ต่อความเห็นนี้ พึงไม่ลืมว่าเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ยังกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีได้อยู่ นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญโดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ยังกำหนดให้คู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง สามารถโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ให้ศาลฎีกาโดยมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุดโดยมติของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี สามารถเสนอคำโต้แย้งของคู่ความไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ ดังนั้น ความเห็นที่ว่าเรื่องนี้เป็น “สถานการณ์ยกเว้น” จึงย่อมถูกตั้งคำถามได้ว่าเป็นความเห็นที่มีน้ำหนักอันควรแก่การรับฟังหรือไม่ จนถึงขนาดที่ต้องยอมรับให้เกิดปัญหา “ความไม่เสมอภาค” เกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลในเรื่องดังกล่าว ระหว่างคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลทหารกับคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง



จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาความเหมาะสมในเรื่องกระบวนการเสนอคดี จึงเห็นได้ว่าการที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติให้ศาลทหารสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารเองต่างก็ตีความรัฐธรรมนูญที่เป็นผลให้ศาลทหารไม่มีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้เกิดปัญหา “การเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม” ในการเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ระหว่างคู่ความในคดีที่เกิดขึ้นในศาลทหารกับคู่ความในคดีที่เกิดขึ้นในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อนึ่ง แม้ปัจจุบันนี้จะไม่มีปัญหาดังกล่าวให้ต้องเสนอวิธีการแก้ไขแล้ว เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้คู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ตามแต่กรณี สามารถโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีต่อศาลที่พิจารณาคดีเพื่อส่งเรื่องตามทางการไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ก็สมควรกล่าวไว้เป็นกรณีศึกษาเพื่อให้ทราบว่า ในระหว่างที่ประเทศไทยตกอยู่ภายใต้การปกครองของคณะรัฐประหารนั้น กระบวนการเสนอคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ได้ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และโดยการตีความของศาลรัฐธรรมนูญและศาลทหารอย่างไม่เหมาะสม จนทำให้กระบวนการเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี เกิดปัญหา “ความไม่เสมอภาค” ระหว่างคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลทหารกับคู่ความในคดีที่อยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

3.2.2 ปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการส่งคำโต้แย้งของคู่ความ

ปัญหาดังกล่าวนี้นี้ มีมูลเหตุจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมในบางคดีที่ศาลได้ใช้ดุลพินิจไม่ส่งคำโต้แย้งของคู่ความที่โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

พึงทราบว่า เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้จัดให้มี “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาทำหน้าที่แทน “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงยืนยันให้คู่ความสามารถโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้มีบทเปลี่ยนแปลงเรื่องสำคัญประการหนึ่ง คือเมื่อคู่ความโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่บัญญัติให้ศาลที่พิจารณาคดีมี “ดุลพินิจ” ที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อีกต่อไป⁴⁶ กล่าวคือ ไม่ว่าศาลที่พิจารณาคดีจะเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลที่พิจารณาคดีก็ยังต้องมี “หน้าที่” ต้องส่งคำโต้แย้งของคู่ความไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁴⁷ และ

⁴⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคหนึ่ง.

⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560⁴⁸ ก็ได้ยืนยันถึงเรื่องนี้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

เมื่อเป็นเช่นนี้ ในคดีหนึ่ง เมื่อจำเลยได้โต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 ที่กำหนดให้ศาลสามารถพิจารณาคดีเป็นการลับ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) และขอให้ศาลส่งคำโต้แย้งของตนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ศาลที่พิจารณาคดีกลับมีคำสั่งไม่ส่งคำโต้แย้งของจำเลยไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยอ้างเหตุว่าเพราะประมวลกฎหมายอาญามาตราดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญ⁴⁹ คำสั่งของศาลในเรื่องนี้ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ หรืออีกคดีหนึ่ง เมื่อจำเลยได้โต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 มาตรา 5 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 3, 25, 29 และ 235 วรรคหก และขอให้ศาลส่งคำโต้แย้งของตนไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่ศาลที่พิจารณาคดีกลับมีคำสั่งไม่ส่งคำโต้แย้งของจำเลยไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่าในการพิจารณาคดีนี้ ศาลได้ให้อีกาสคู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานมาให้ศาลไต่สวนอย่างเต็มที่แล้ว⁵⁰ ดังนี้ เมื่อศาลที่พิจารณาคดีมีเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาคำโต้แย้งของคู่ความแต่เพียงว่า สิ่งที่คู่ความโต้แย้งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติดังกล่าวไว้แล้วหรือไม่ เท่านั้น⁵¹ คำสั่งของศาลในเรื่องนี้ จึงเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเช่นกัน

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาการใช้ดุลพินิจของศาลในการส่งคำโต้แย้งของคู่ความเนื่องจากปัญหาดังกล่าวนี้นี้เกี่ยวข้องกับการใช้ “ดุลพินิจ” ของศาลในการพิจารณาคำโต้แย้งของคู่ความ จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหาว่าเมื่อคู่ความได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารตามแต่กรณี พึงตระหนักว่าอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาคำโต้แย้งของคู่ความนั้น ศาลย่อมมีเฉพาะการพิจารณาว่าคำโต้แย้งของคู่ความเป็นการโต้แย้ง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือไม่ เป็นการโต้แย้ง “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” หรือไม่ และคำโต้แย้งของคู่ความมี “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น” ไว้แล้วหรือไม่ เท่านั้น โดยไม่อาจนำเหตุอื่นมาใช้เป็นเหตุผลเพื่อที่จะไม่ส่งคำโต้แย้งของคู่ความไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

⁴⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง.

⁴⁹ ข้อเท็จจริงเรื่องนี้ ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2554 ในส่วนความเป็นมาของเรื่องในตอนต้นของคำวินิจฉัย.

⁵⁰ รายงานกระบวนการพิจารณา ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขดำที่ อม. 22/2558 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2560 ระหว่าง อัยการสูงสุด โจทก์ นางสาวอัยลักษณ์ ชินวัตร จำเลย.

⁵¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง.

4. หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ ขอกล่าวถึง “ความทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นเบื้องต้นเสียก่อน ต่อจากนั้น ก็จะพิจารณาให้เห็นถึง “ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” พร้อมกับวิธีการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าว

4.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับความทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องนี้ ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) รัฐธรรมนูญที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ (2) หลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ และ (3) วิธีการที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ

4.1.1 รัฐธรรมนูญที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ

สำหรับรัฐธรรมนูญที่ใช้เป็น “มาตรฐาน” ในการตรวจสอบ ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) รัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับ และ (2) รัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้ว

(1) รัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับ

กรณีรัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้เป็น “มาตรฐาน” ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากจะได้แก่ “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” ก็ยังรวมถึง “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย⁵²

สำหรับ “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” หรือ “บรรดาเนื้อความตามมาตราต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ” ต้องนับว่าเป็นส่วนสำคัญที่สุดต่อการนำไปใช้เป็น “มาตรฐาน” ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญ “ลายลักษณ์อักษร”

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บทบัญญัติหรือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ได้ถูกจัดแยกออกเป็น “หมวด” และ “ส่วน” ต่าง ๆ⁵³ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากคำร้องที่มีการเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่า “หมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” เป็นหมวดสำคัญที่ถูกนำไปใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบ

⁵² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” (รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), 2538), น.52.

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้แบ่งเนื้อหาของรัฐธรรมนูญออกเป็น 16 “หมวด” กล่าวคือ หมวด 1 บททั่วไป, หมวด 2 พระมหากษัตริย์, หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย, หมวด 4 หน้าที่ของปวงชนชาวไทย, หมวด 5 หน้าที่ของรัฐ, หมวด 6 แผนนโยบายแห่งรัฐ, หมวด 7 รัฐสภา, หมวด 8 คณะรัฐมนตรี, หมวด 9 การขัดกันแห่งผลประโยชน์, หมวด 10 ศาล, หมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ, หมวด 12 องค์การอิสระ, หมวด 13 องค์การอัยการ, หมวด 14 การปกครองส่วนท้องถิ่น, หมวด 15 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ, หมวด 16 การปฏิรูปประเทศ และบทเฉพาะกาล ทั้งนี้ ในบางหมวดของรัฐธรรมนูญ อย่างเช่น หมวด 7 รัฐสภา, หมวด 10 ศาล และหมวด 12 องค์การอิสระ ก็จะมีการจัดเนื้อหาออกเป็น “ส่วน” ต่าง ๆ ด้วย.

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย⁵⁴ อย่างไรก็ตาม ปัญหาว่าบทบัญญัติหรือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญในหมวด 1 “บททั่วไป” สามารถนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้หรือไม่นั้น ในชั้นแรก ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าจะนำบทบัญญัติหรือเนื้อหาในหมวดนี้มาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบไม่ได้⁵⁵ แต่ครั้งต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยใหม่ที่แสดงให้เห็นว่าสามารถนำบทบัญญัติหรือเนื้อหาในหมวด 1 “บททั่วไป” มาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้⁵⁶ เช่นกัน

พึงสังเกตว่า สำหรับเนื้อหาใน “คำปรารภ” (Preamble) ของรัฐธรรมนูญนั้น ยังมีความเห็นไม่ลงรอยกันว่าคำปรารภของรัฐธรรมนูญมีสถานะและผลทางกฎหมายหรือไม่ และสามารถนำไปใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ โดยทางหนึ่ง เห็นว่าคำปรารภของรัฐธรรมนูญไม่มีผลทางกฎหมาย เป็นแต่เพียงการกล่าวนำในทางปรัชญาหรืออุดมการณ์ในเรื่องต่าง ๆ โดยไม่ได้มีความประสงค์ให้เป็นเนื้อความของรัฐธรรมนูญโดยตรง⁵⁷ ส่วนอีกทางหนึ่ง เห็นว่าคำปรารภของรัฐธรรมนูญนั้นมีผลทางกฎหมาย เนื่องจากไม่มีการแยกให้เห็น ณ ที่ใดว่าให้เฉพาะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีผลทางกฎหมาย แต่คำปรารภของรัฐธรรมนูญนั้นไม่ให้มีผลทางกฎหมาย ดังนั้น คำปรารภของรัฐธรรมนูญจึงย่อมมีผลทางกฎหมายได้ เว้นแต่จะมีการบัญญัติห้ามมิให้นำคำปรารภมาใช้เป็นฐานในการให้ความเห็นทางกฎหมาย⁵⁸

ส่วน “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรตุลาการได้ค้นหาจากแหล่งที่มาต่าง ๆ เพื่อนำมาบังคับใช้ในระบบกฎหมาย⁵⁹

⁵⁴ ดู ภาสพงษ์ เรณูมาศ, “สถิติคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ (ตั้งแต่อดีตถึง พ.ศ. 2556),” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 15 เล่มที่ 43, น.43-87 (2556).

⁵⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 31/2555 เรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำอธิบายว่า “พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 4 เป็นบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไป โดยเป็นบทบัญญัติที่รับรองและให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมิได้มีข้อความที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยเฉพาะ เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพที่เป็นเรื่องเฉพาะมีบัญญัติอยู่ในมาตราอื่นของรัฐธรรมนูญแล้ว จึงมิใช่บทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บุคคลที่จะโต้แย้งหรือกล่าวอ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรานี้ได้”

⁵⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2556 เรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา พ.ศ. 2535 มาตรา 41 จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) (3) (4) (7) ที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง” ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวว่าพระราชบัญญัติความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา ไม่สอดคล้องกับ “หลักนิติธรรม” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองนั้น แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้นำเอารัฐธรรมนูญ หมวด 1 “บททั่วไป” มาใช้เป็นมาตรฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.

⁵⁷ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968), p.71. อ้างใน เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), น.198.

⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), น.30.

⁵⁹ เพ็ญอ้าง, น.252.



ปกติแล้ว องค์การตุลาการจะค้นหา “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับว่าได้มีการวางหลักการบางอย่างที่สอดคล้องกันหรือไม่ หากว่ามีกรณียอมแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่สอดคล้องกันนั้น เป็นสิ่งสะท้อนว่าหลักการนั้นเป็น “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นฐานในการสะท้อนหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป แต่ก็มีความเห็นอยู่ว่าหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปก็มีผลใช้บังคับได้อยู่ แม้จะไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรองรับไว้ก็ตาม⁶⁰

ในประเทศไทย มีบ้างเหมือนกันที่องค์กรตุลาการได้ค้นหาหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและนำหลักดังกล่าวนี้มาใช้เป็นเหตุผลต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันได้แก่หลักที่ว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” ที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจนี้ตกอยู่กับองค์กรอื่นโดยเฉพาะ⁶¹

พึงสังเกตว่า ในระบบกฎหมายไทย พบว่าองค์กรตุลาการเคยนำสิ่งที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย โดยเฉพาะประเพณีการปกครองฯ ในเรื่องที่ว่า “องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการต้องเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล” เท่านั้น⁶² อย่างไรก็ดี แม้โดยชื่อประเพณีการปกครองฯ จะชวนให้เข้าใจว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับจารีตประเพณีก็ตาม แต่เห็นกันว่าเนื่องจากประเพณีการปกครองฯ ดังกล่าวไม่ได้เกิดมาจากการประเพณีปฏิบัติขององค์กรทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด หากว่าเกิดจากการที่ศาลได้สกัด “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ” จากรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับที่เคยบัญญัติรับรองไว้ ดังนั้น ประเพณีการปกครองฯ ข้างต้น จึงมีลักษณะเป็น “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป”⁶³ ไม่ใช่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

(2) รัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้ว

แม้รัฐธรรมนูญที่จะใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายปกติแล้วจะต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม ในทางข้อเท็จจริง มีบางกรณีที่องค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะศาลยุติธรรม เคยนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ในหลายคดี ไม่ว่าจะเป็นคดีหนึ่ง ที่ศาลฎีกาได้นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน

⁶⁰ เพ็งอ้าง, น.255-256.

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536.

⁶² ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536. อนึ่ง นอกจาก “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” จะได้แก่กรณี “องค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการต้องเป็นองค์กรตุลาการหรือศาล” แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังมีคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ด้วยว่า “ประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” จะได้แก่กรณี “พระมหากษัตริย์ต้องทรงอยู่เหนือการเมืองและต้องทรงเป็นกลางทางการเมือง” ด้วย.

⁶³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 58, น.266.

พ.ศ. 2496⁶⁴ หรืออีกคดีหนึ่ง ที่ศาลฎีกาได้นำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกป็นอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 พ.ศ. 2490⁶⁵ หรืออีกคดีหนึ่งที่ศาลฎีกาได้นำ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกป็นอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 3 พ.ศ. 2490⁶⁶ และอีกคดีหนึ่ง ซึ่งศาลฎีกาได้นำธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26⁶⁷

4.1.2 หลักเกณฑ์ที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจแยกออกได้เป็น (1) การตรวจสอบว่ากฎหมาย “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือไม่ และ (2) การตรวจสอบว่ากฎหมายมี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือไม่

(1) การตรวจสอบว่ากฎหมาย “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”

กรณีนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “รูปธรรม” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ประกอบ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง⁶⁸

(2) การตรวจสอบว่ากฎหมายมี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

กรณีนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “นามธรรม” หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” ซึ่งไม่ใช่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้

⁶⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2506.

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 225/2506.

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2508.

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536.

⁶⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้การพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” และมาตรา 5 วรรคหนึ่ง “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย...ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้.”



บังคับแก่คดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 231 (1)⁶⁹

4.1.3 วิธีการที่ใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 วิธีการที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อาจแยกออกได้เป็น (1) การตรวจสอบ “เนื้อหา” ของกฎหมาย และ (2) การตรวจสอบ “กระบวนการตรา” กฎหมาย

(1) การตรวจสอบ “เนื้อหา” ของกฎหมาย

กรณีนี้ เป็นวิธีการที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ตรวจสอบ “เนื้อหา” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่า “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือมี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือไม่ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 การตรวจสอบ “เนื้อหา” ของกฎหมาย ปรากฏให้เห็นทั้งการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” หรืออีกนัยหนึ่งคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี”⁷⁰ และการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” หรืออีกนัยหนึ่งคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป” โดยเฉพาะการตรวจสอบ “กฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา” และ “มีผลบังคับใช้แล้ว”⁷¹

(2) การตรวจสอบ “กระบวนการตรา” กฎหมาย

กรณีนี้ ไม่ได้เป็นการตรวจสอบ “เนื้อหา” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เป็นวิธีการตรวจสอบ “กระบวนการตรา” กฎหมายบางวิธี โดยเฉพาะการตรวจสอบ “เงื่อนไข” หรือ “เงื่อนไขเวลา” ในการตรากฎหมาย

สำหรับการตรวจสอบ “เงื่อนไข” ในการตรากฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ปรากฏให้เห็นจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลบังคับใช้แล้ว” อันได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชกำหนดทั่วไป” ก่อนที่รัฐสภาจะอนุมัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบว่าพระราชกำหนดดังกล่าวได้ออกมาเนื่องจากมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ⁷² หรือไม่

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 231 “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีความผิด ดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า...”

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคหนึ่ง.

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 231 (1).

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 172 วรรคหนึ่ง “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

ส่วนการตรวจสอบ “เงื่อนไขเวลา” ในการตรากฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ไม่อาจพบเห็นโดยทั่วไป แต่พอจะพบได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางฉบับ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลบังคับใช้แล้ว” อันได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชกำหนดทั่วไป” ก่อนที่รัฐสภาจะอนุมัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบว่าพระราชกำหนดดังกล่าวได้ออกมาเนื่องจากเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้หรือไม่⁷³ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ “เงื่อนไขเวลา” ในการตราพระราชกำหนดเหมือนอย่างเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อีกแล้ว

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อทราบความทั่วไปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ในส่วนนี้มีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์สองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ (1) ปัญหาการนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้วมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ และ (2) ปัญหาความสับสนของการนำเกณฑ์การตรวจสอบเรื่อง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลในการให้ความหมายของ “กฎหมาย”

4.2.1 ปัญหาการนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้วมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ

ปัญหาดังกล่าวนี้ มีมูลเหตุจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 ซึ่งศาลฎีกาได้นำธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ซึ่งสิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26 พร้อมทั้งพิพากษาว่าประกาศฉบับดังกล่าว โดยเฉพาะข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้แม้จะไม่ได้เกิดมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อเป็นกรณีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการนำรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ จึงสมควรพิเคราะห์เรื่องดังกล่าวเพื่อประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

พึงทราบว่า ในทางกฎหมายแล้ว รัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ จะต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่

พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้” ประกอบมาตรา 173 วรรคหนึ่ง “ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 173 วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย และให้การพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 184 วรรคสอง ประกอบมาตรา 185 วรรคหนึ่ง



ศาลวินิจฉัย เพราะรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับไปแล้วนั้น เมื่อไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป ก็ย่อมจะนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ได้ อย่างไรก็ตาม มีผู้เห็นว่า ศาลฎีกาสามารถนำธรรมนูญการปกครองฯ ที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้เนื่องจากว่า ประการแรก แม้ในทางทฤษฎีหรือในทางตำรา จะมีแนวคิดที่ยอมรับกันว่าต้องนำรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้อยู่มาเป็นฐานในการตัดสินว่ากฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม แต่เรื่องนี้ก็ยังไม่ได้มีข้อยุติว่าต้องเช่นนั้นเสมอไปโดยจะเป็นอย่างอื่นไม่ได้⁷⁴ ประการที่สอง ในต่างประเทศ ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็เคยนำรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีตะวันออกที่สิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นฐานในการวินิจฉัยว่ากฎหมายว่าด้วยการรักษาเขตแดนของเยอรมนีตะวันออกขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁷⁵ ประการที่สาม ในประเทศไทย ศาลฎีกาก็เคยนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่สิ้นผลใช้บังคับแล้ว มาเป็นมาตรฐานในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506, 225/2506 และ 562/2508⁷⁶ และประการที่สี่ ในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ศาลก็นำกฎหมายที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลเช่นกัน กล่าวคือ หากในเวลาฟ้องคดีได้ใช้กฎหมายฉบับหนึ่ง ต่อมาเมื่อกฎหมายฉบับนั้นถูกยกเลิกไปโดยมีกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมา ศาลก็ยังพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ โดยไม่ต้องยกฟ้องคดีนั้น⁷⁷

ต่อความข้างต้น เห็นว่าที่ศาลยุติธรรมนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นเรื่องที่ศาลยุติธรรมไม่น่าจะกระทำได้ กล่าวคือ ประการแรก ตามทฤษฎีกฎหมาย กฎหมาย และแนวทางปฏิบัติ พบว่าองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการ ต่างก็ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายที่ยังมีผลบังคับใช้ด้วยกันทั้งสิ้น ซึ่งการปฏิบัติเช่นนี้เป็นเรื่องที่ถูกต้องตาม “เหตุผลของเรื่อง” (nature of things) ประการที่สอง การนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลบังคับแล้วไปใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะทำให้เกิดสภาพของการมี “มาตร” อย่างน้อยสองมาตรสำหรับใช้เป็นฐานในการตรวจสอบไม่ให้นำกฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาและความสับสนในระบบกฎหมายว่าจะนำรัฐธรรมนูญฉบับใดไปใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบกฎหมาย เพราะรัฐธรรมนูญที่กำลังมีผลใช้บังคับกับรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับไปแล้วต่างสามารถนำมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบกฎหมายได้ด้วยกันทั้งสิ้น ประการที่สาม ที่อาจห่วงกันว่าหากไม่ให้นำศาลยุติธรรมนำรัฐธรรมนูญฉบับที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้เป็นมาตรฐานในการวินิจฉัย อาจทำให้เกิดปัญหาความไม่ยุติธรรมระหว่างคู่ความในแต่ละคดีได้นั้น กรณีเช่นนี้ เป็นเรื่องที่ต้องว่ากล่าวกันไปตามกฎหมายและตามระบบ แต่ย่อมไม่อาจนำมาใช้เป็นเหตุผลที่จะทำให้ศาลยุติธรรมสามารถนำ

⁷⁴ คำอภิปรายของเจริญ ภักดีอนุกูล ใน วิชาญ วรวิญญู, “ถอดความการประชุมสัมมนาทางวิชาการเรื่อง คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536: กรณียึดทรัพย์นักการเมืองโดยประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23, ฉบับที่ 2, น.339 (2536).

⁷⁵ คำอภิปรายของกิตติศักดิ์ ปรกติ ใน เพ็งอ้าง, น.345.

⁷⁶ คำอภิปรายของกิตติศักดิ์ ปรกติ ใน เพ็งอ้าง, น.344-345.

⁷⁷ คำอภิปรายของวิชา มหาคุณ ใน เพ็งอ้าง, น.342-343.

รัฐธรรมนูญฉบับที่สิ้นผลบังคับไปแล้วมาบังคับใช้ต่อไปซึ่งทำให้เกิดปัญหาข้างเคียงตามมาอีกมากได้ และประการที่สี่ ที่ว่าในการพิจารณาตีของศาลยุติธรรม ศาลก็นำกฎหมายที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีของศาลเช่นกันนั้น เรื่องนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องการนำกฎหมายที่สิ้นผลบังคับไปแล้วมาใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาตีของศาลแต่อย่างใด เพราะในขณะที่ศาลใช้กฎหมายเพื่อรับคดีไว้พิจารณานั้น กฎหมายดังกล่าวยังมีผลบังคับใช้อยู่

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาการนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้วมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบ เนื่องจากปัญหาดังกล่าวนี้นี้เกี่ยวข้องกับการใช้การตีความรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมในอดีต จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหาว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญพึงใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังมีผลบังคับใช้ขณะที่ตนพิจารณาวินิจฉัยคดีมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น อนึ่ง ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลบังคับแล้วมาใช้เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่อย่างใด⁷⁸

4.2.2 ปัญหาความสับสนของการนำเกณฑ์การตรวจสอบเรื่อง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลในการให้ความหมายของ “กฎหมาย”

ปัญหาดังกล่าวนี้นี้ มีมูลเหตุจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นข้อกฎหมายเบื้องต้นว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มาตรา 4 เป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 245 (1) ดังที่ได้กล่าวถึงรายละเอียดในข้อ 2.2.1 แล้ว อย่างไรก็ตาม ในการวินิจฉัยประเด็นนี้ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลบางประการที่อ้างกล่าวได้ว่าเกิดจากความสับสนของการนำเกณฑ์การตรวจสอบเรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลต่อการให้ความหมายของ “กฎหมาย” จึงควรพิจารณาถึงความสับสนของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นผ่านการให้เหตุผลในเรื่องใด และอย่างไร

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 มาตรา 4 เป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญแห่ง

⁷⁸ ดู คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 75/2557 อนึ่ง ในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญบางคดี แม้คำร้องที่เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 หรือไม่ แต่ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะถูกยกเลิกไปโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ ก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำหลักการและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ด้วย ศาลจึงย่อมสามารถวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือไม่ ได้ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยคดี มาตรฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำไปใช้เป็นฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะต้องเป็นมาตรฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังมีผลบังคับใช้อยู่เท่านั้น ไม่ใช่เป็นมาตรฐานตามรัฐธรรมนูญฉบับที่สิ้นผลใช้บังคับแล้ว; รายละเอียดในเรื่องนี้ ดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2553.

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 245 (1) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยประการหนึ่งว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มีความหมายกว้างกว่าคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211

จากเหตุผลตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น เนื่องจากประเด็นนี้ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นปัญหาข้อกฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเหนือวัตถุแห่งคดี ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรฯ ในมาตรา 4 เป็นวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้เหตุผลพ่งเล็งไปที่ “วัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” เท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลเกี่ยวพันไปถึง “มาตรที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” เพราะกรณีเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับ “สภาพ” ของประเด็นแห่งคดี อย่างไรก็ตาม แทนที่จะให้เหตุผลในทำนองดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญกลับนำเอา “มาตรที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” อันได้แก่ “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือ “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลในการอธิบายความหมายของกฎหมายด้วย ทั้ง ๆ ที่เรื่องนี้ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสภาพของประเด็นแห่งคดีที่เกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบแต่อย่างใด คำถามจึงมีว่า “มาตรที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” ดังกล่าว มีความเกี่ยวข้องอย่างไรกับการให้ความหมายของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ซึ่งเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีคำอธิบายเอาไว้ในเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญนำเรื่อง “มาตรที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นฐานในการตรวจสอบ” อันได้แก่ “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” หรือ “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลในการให้ความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ทั้ง ๆ ที่เรื่องนี้ไม่ได้เกี่ยวข้อง กับสภาพของประเด็นแห่งคดีที่เป็นเรื่องวัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบแต่อย่างใด จึงกล่าวได้ว่ากรณีนี้อาจเป็นความสับสนของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย

จากที่กล่าวมา เกี่ยวกับปัญหาความสับสนของการนำเกณฑ์การตรวจสอบเรื่อง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” มาใช้เป็นเหตุผลในการให้ความหมายของ “กฎหมาย” เนื่องจากปัญหานี้ เกี่ยวข้องกับการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหว่า เมื่อจะต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยในคดีใด ศาลรัฐธรรมนูญพึงไม่นำเหตุผลอื่นใดที่ นอกเหนือไปจาก “เหตุผลของเรื่อง” (nature of things) มาใช้เป็นเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของตน เพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีน้ำหนักอันควรแก่การรับฟังของคู่ความและสาธารณชน

5. ผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้ ขอกล่าวถึง “ความทั่วไปเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นเบื้องต้น เสียก่อน ต่อจากนั้น ก็จะวิเคราะห์ให้เห็นถึง “ปัญหาเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” พร้อมกับวิธีการแก้ไขปัญหานั้นในเรื่องดังกล่าว

5.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับความทั่วไปเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องนี้ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ผลเกี่ยวกับการ “ใช้บังคับมิได้” เมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และ (2) ผลเกี่ยวกับการ “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” เมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

5.1.1 ผลเกี่ยวกับการ “ใช้บังคับมิได้” เมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือมี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดผลทางกฎหมายให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้”⁷⁹

สำหรับผลเกี่ยวกับการ “ใช้บังคับมิได้” เมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ความหมายของคำว่า “ใช้บังคับมิได้” และ (2) องค์ประกอบของรัฐที่ต้องห้ามมิให้นำกฎหมายไปใช้บังคับ

(1) ความหมายของคำว่า “ใช้บังคับมิได้”

คำว่า “ใช้บังคับมิได้” ของกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปก็มีความหมายว่า “องค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ย่อมไม่อาจนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้ตามอำนาจหน้าที่ของตน” ได้

ในระบบกฎหมายไทย หากพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการกำหนดผลทางกฎหมายเมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะเมื่อ “ขัด” หรือ “แย้ง” ต่อรัฐธรรมนูญ พิจารณาว่าเมื่อองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว เดิมที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ได้กำหนดผลเอาไว้ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็น “โมฆะ”⁸⁰ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ก็ได้กำหนดผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้”⁸¹ ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ได้กำหนดผลไว้ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวกลับไปเป็น “โมฆะ”⁸² เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 แต่ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ก็ได้กำหนดผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้”⁸³ ในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 อีกครั้ง และนับจากนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรทุกฉบับ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปี พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, ฉบับปี พ.ศ. 2511, ฉบับปี พ.ศ. 2517, ฉบับปี พ.ศ. 2521, ฉบับปี พ.ศ. 2534, ฉบับปี พ.ศ. 2540, ฉบับปี พ.ศ. 2550

⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง.

⁸⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 61.

⁸¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 87.

⁸² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 มาตรา 95.

⁸³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 178.



และฉบับปี พ.ศ. 2560 ก็กำหนดผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้” ในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2489 และฉบับปี พ.ศ. 2492

(2) องค์การของรัฐที่ต้องห้ามมิให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปใช้บังคับ

เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว องค์การของรัฐที่ต้องห้ามมิให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไปใช้บังคับ ก็คือ “องค์กรต่าง ๆ ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

องค์กรของรัฐข้างต้นที่ต้องห้ามมิให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปใช้บังคับ ก็อย่างเช่น องค์กรฝ่ายปกครอง องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานอิสระของรัฐ หรือองค์กรตุลาการ ฯลฯ ทั้งนี้ องค์กรของรัฐดังกล่าวนี้จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไปบังคับใช้ตามอำนาจหน้าที่ของตน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือคำพิพากษา ตามแต่กรณี ไม่ได้อีกต่อไป อนึ่ง สำหรับศาลรัฐธรรมนูญนั้น แม้จะเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตนแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ย่อมถูกห้ามมิให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไปใช้บังคับกับการใช้อำนาจหน้าที่ของตนเองด้วยโดยสภาพ

พึงสังเกตว่า สำหรับองค์กรนิติบัญญัตินั้น ปกติแล้วจะไม่ได้มีสถานะเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่มีสถานะเป็นองค์กรผู้ออกกฎหมายในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่ทำให้องค์กรนิติบัญญัติตกอยู่ในฐานะที่จะเป็นองค์กรของรัฐที่ต้องห้ามมิให้นำกฎหมายไปใช้บังคับโดยสภาพ ยกเว้นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติโดยตรง

5.1.2 ผลเกี่ยวกับการ “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” เมื่อกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “นามธรรม” โดยเฉพาะการตรวจสอบ “กฎหมายที่ยังไม่ผ่านการอนุมัติจากรัฐสภา” แต่ “มีผลบังคับใช้แล้ว” ซึ่งเป็นการตรวจสอบ “พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ” หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องเงื่อนไขแห่งการตรา กล่าวคือ ไม่ได้ถูกตรารขึ้นเพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดผลทางกฎหมายให้กฎหมายดังกล่าวนี้ “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น”⁸⁴

⁸⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 173 วรรคสาม.

สำหรับผลเกี่ยวกับการ “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” เมื่อพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ อนุมัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องเงื่อนไขแห่งการตรานั้น ขอแยกกล่าวออกเป็น (1) ความหมายของ คำว่า “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” และ (2) องค์การของรัฐกับหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเมื่อกฎหมายไม่มีผล ใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น

(1) ความหมายของคำว่า “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น”

คำว่า “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” ดังกล่าวนี้อีกมีความหมายว่า “พระราชกำหนดและ การต่าง ๆ ที่องค์การของรัฐได้กระทำไปนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับย่อมเป็นอันไม่มีผล บังคับมาตั้งแต่เริ่มแรก” กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ พระราชกำหนดนั้นมีผลทางกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็น “โมฆะ”

ในระบบกฎหมายไทย การกำหนดผลทางกฎหมายให้ “พระราชกำหนดที่ยังไม่ผ่าน การอนุมัติจากรัฐสภา” ที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยให้ “ไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น” ปรากฏเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534⁸⁵ ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “พระราชกำหนดที่รัฐสภา ยังไม่ได้อนุมัติ” แทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. 2540⁸⁶, ฉบับปี พ.ศ. 2550⁸⁷ และฉบับปี พ.ศ. 2560⁸⁸ ต่างก็กำหนดผลทางกฎหมายรองรับคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

(2) องค์การของรัฐกับหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเมื่อกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น

เรื่องนี้ เมื่อพิจารณาที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนด กล่าวคือ “กิจการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นผลอันเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของพระราชกำหนด หรือการกระทำ ผลของการกระทำ ประโยชน์หรือสิ่งอื่นใดที่เกิดขึ้น ได้มีขึ้น หรือได้รับไปแล้ว อันเนื่องจากการปฏิบัติตามบทบัญญัติ แห่งพระราชกำหนดนั้นนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับ”⁸⁹ ไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้นแล้ว จากความข้อนี้⁹⁰ เมื่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกิจการต่าง ๆ ที่ได้กระทำไปในระหว่างที่ใช้ พระราชกำหนดไม่ได้สูญหายไปจากระบบกฎหมายโดยอัตโนมัติ ดังนั้น ผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่มีส่วน เกี่ยวข้องกับกิจการเหล่านี้ จึงต้องใช้กลไกตามกฎหมายที่มีอยู่ ดำเนินการเพื่อให้กิจการเหล่านั้นเสีย เปล่าไปในทางกฎหมาย อย่างเช่น หากกิจการที่ได้กระทำไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดคือการออก “กฎ” องค์การผู้มีอำนาจออกกฎดังกล่าวก็มีหน้าที่ต้อง “ประกาศความไม่มีอยู่” ของกฎ หรือองค์การ ผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎ ก็ต้องไม่นำกฎนั้นไปบังคับใช้ ในกรณีที่ยังมีองค์กรของรัฐนำกฎไปใช้บังคับ อยู่อีก ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายจากกฎนั้น ก็สามารถใช้สิทธิทางศาล ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวได้ อนึ่ง ไม่ว่ากรณีจะเป็น

⁸⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 173 วรรคสาม.

⁸⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 219 วรรคสาม.

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 185 วรรคสาม.

⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 173 วรรคสาม.

⁸⁹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3/2535.

⁹⁰ ชีระ สุธีวรารุณ, *อ้างแล้ว* เชิงบรรณคดีที่ 18, น.156-157.



ประการใด เมื่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎนั้น เกิดขึ้นเพราะพระราชกำหนดที่ใช้เป็นฐานในการออกกฎเป็น “โมฆะ” อันทำให้ “ไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น” นอกจากนั้น ผลทางกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้ ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มีสถานะอยู่ในระดับรัฐธรรมนูญ อีกทั้งรัฐธรรมนูญก็ไม่เปิดช่องให้องค์กรใดสามารถกำหนดผลทางกฎหมายให้เป็นอย่างอื่นได้ ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร รวมทั้งองค์กรตุลาการหรือศาลด้วย จากเหตุผลดังกล่าวนี้ ศาลปกครองก็ย่อมกระทำได้เพียงประการเดียว คือ ต้องประกาศถึง “ความไม่มีอยู่” ของกฎดังกล่าว โดยไม่อาจออกคำสั่งให้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ คำอธิบายเกี่ยวกับเรื่องนี้ ก็ต้องนำไปปรับใช้กับกรณี “คำสั่งทางปกครอง” ที่ออกมาโดยอาศัยอำนาจตาม “พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ” ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องเงื่อนไขแห่งการตราด้วยเช่นกัน

5.2 ปัญหาเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อทราบความทั่วไปเกี่ยวกับผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ในส่วนนี้มีปัญหาที่ต้องพิเคราะห์สองกรณีด้วยกัน กล่าวคือ (1) ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและผลของคำว่า “ใช้บังคับมิได้” และ (2) ปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อการ “ใช้บังคับมิได้” ของกฎหมายมีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด

5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายและผลของคำว่า “ใช้บังคับมิได้”

ปัญหาดังกล่าวนี้ มีมูลเหตุจากความแตกต่างทางความเห็นทางวิชาการ ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอันใช้บังคับมิได้นั้น คำว่า “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะเริ่มมีผลตั้งแต่วันที่ใด ระหว่างการมีผลย้อนหลังกลับไปในอดีตกับการมีผลนับตั้งแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

สำหรับความเห็นในทางหนึ่ง เห็นว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้ใช้บังคับมิได้แล้ว การใช้บังคับมิได้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะเริ่มมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ซึ่งเหตุผลของความเห็นในทางนี้ก็คือเดิมที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นให้ถือว่าเป็น “โมฆะ”⁹¹ ซึ่งหมายความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอันเสียเปล่าไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดเนื้อหาใหม่เป็นว่า หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นให้ถือว่าเป็นอัน “ใช้บังคับมิได้”⁹² จากความข้อนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ใช่คำว่า “โมฆะ” อีกต่อไป แต่ใช้คำว่า “ใช้บังคับมิได้” แทน หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้ง

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 มาตรา 61.

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรทุกฉบับนับแต่นั้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้ใช้บังคับมิได้แล้ว การใช้บังคับมิได้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จะเริ่มมีผลนับตั้งแต่ “วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย” ไม่มีผลย้อนหลัง⁹³

ส่วนความเห็นอีกทางหนึ่ง เห็นว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้ใช้บังคับมิได้แล้ว การใช้บังคับมิได้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมมีผลย้อนหลังกลับไปนับตั้งแต่วันประกาศใช้กฎหมายนั้น หรือวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นมาตรฐานในการตรวจสอบกฎหมายดังกล่าว ตามแต่กรณี⁹⁴ ซึ่งเหตุผลของความเห็นในทางนี้ก็คือ ประการแรก การที่รัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนถ้อยคำจาก “โมฆะ” มาเป็น “ใช้บังคับมิได้” น่าจะมีเหตุผลเพียงว่าไม่ต้องการนำคำว่า “โมฆะ” ในกฎหมายแพ่ง มาใช้กับกฎหมายรัฐธรรมนูญในส่วนการกำหนดผลทางกฎหมายเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁹⁵ ประการที่สอง เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ ตามแต่กรณี ให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด ย่อมหมายความว่าแท้จริงแล้ว คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ ตามแต่กรณี ย่อมมีผลย้อนหลังกลับไป⁹⁶ อย่างไรก็ดี เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดและเพื่อเป็นการประกันหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ จึงต้องมีบทกำหนดป้องกันเอาไว้ไม่ให้กระทบต่อคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด จากความข้อนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันมีผลให้ใช้บังคับมิได้แล้ว การใช้บังคับมิได้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะมีผลย้อนหลังกลับไป แต่ทั้งนี้จะไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่คำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดในคดีอาญา

จากความแตกต่างทางความเห็นทางวิชาการข้างต้น เห็นว่าสำหรับการมีผล “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นผลนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย หรือจะมีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต ต่างก็มีทั้ง “ข้อเด่น” และ “ข้อด้อย” ที่เกี่ยวข้องกับ “หลักความยุติธรรม” และ “หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ” ด้วยกันทั้งสิ้น กล่าวคือ กรณีการ “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีผลนับตั้งแต่วันที่

⁹³ วิจิตรา พุ่งลัดดา, “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.197-198. อนึ่ง นักวิชาการที่มีความเห็นในทำนองนี้ด้วย ก็อย่างเช่น บรรเจิด สิงคะเนติ, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: สภาพบังคับทางกฎหมายและขอบเขตของความผูกพัน,” *วารสารจุลนิติ*, (พฤษภาคม-มิถุนายน, 2557), น.7; กมลชัย รัตนสากวรงค์, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: สภาพบังคับทางกฎหมายและขอบเขตของความผูกพัน,” *วารสารจุลนิติ*, (พฤษภาคม-มิถุนายน, 2557), น.15; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: สภาพบังคับทางกฎหมายและขอบเขตของความผูกพัน,” *วารสารจุลนิติ*, (พฤษภาคม-มิถุนายน, 2557), น.25.

⁹⁴ หุต แสงอุทัย, *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ*, (พระนคร: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2511), น.1162-1163.

⁹⁵ โกสิน พลกุล, *ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), น.44.

⁹⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, การบรรยายวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน ระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2549 อ้างใน ภูมิฎีกา ทองเพชร, “การเริ่มมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 39, ฉบับที่ 4, 2553, น.839.

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย” แม้จะมีข้อเด่นตรงที่ว่าเป็นการช่วยรักษา “ความมั่นคงแห่งนิติฐานะ” ของบุคคลที่ถูกกฎหมายบังคับใช้มาก่อนหน้านั้น แต่ก็มีข้อด้อยอยู่ว่าอาจจะเกิด “ความไม่ยุติธรรม” ระหว่างบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวก่อนที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยและหลังจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ส่วนการ “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีผล “ย้อนหลังกลับไปในอดีต” แม้จะมีข้อเด่นตรงที่ว่าเป็นการช่วยให้เกิด “ความยุติธรรม” ระหว่างบุคคลผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าวก่อนที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยและหลังจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย แต่ก็มีข้อด้อยอยู่ว่าอาจจะทำให้เกิด “ความไม่มั่นคงแห่งนิติฐานะ” ของบุคคลต่าง ๆ โดยเฉพาะบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการบังคับใช้กฎหมายนั้น

ดังนั้น จากที่กล่าวมากรณีปัญหาเกี่ยวกับความหมายและผลของคำว่า “ใช้บังคับมิได้” เนื่องจากปัญหาดังกล่าวนี้นี้เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เห็นว่าเพื่อมิให้เกิดปัญหา “ความสับสน” ในเรื่องระยะเวลาการเริ่มมีผลบังคับระหว่างการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” ที่ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าผลย้อนหลังกลับไปกับการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” ที่มีผลนับตั้งแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย นอกจากนั้น เพื่อไม่ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกิดปัญหา “ความไม่ยืดหยุ่น” กับสภาพของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ อีกทั้งเพื่อมิให้เกิดปัญหา “ความสับสน” เกี่ยวกับผลกระทบต่อ “คำพิพากษาอันถึงที่สุดในการคดีอาญา” ที่ได้ออกมาโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในภายหลังว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ระหว่างการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผลกระทบ และการตรวจสอบแบบ “นามธรรม” ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้มีผลกระทบ ประกอบกับเพื่อมิให้เกิดปัญหา “ความไม่แน่นอน” จากการตีความผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเริ่มมีผล “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐ ที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว จึงมีข้อเสนอในการแก้ไขปัญหาว่าควรแก้ไขปรับปรุงผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับระยะเวลาการเริ่มมีผล “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบรัฐธรรมนูญทั้งการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” และ “นามธรรม” เสียใหม่ โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมี “ดุลพินิจ” ที่จะกำหนดระยะเวลาการเริ่มมีผล “ใช้บังคับมิได้” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าจะให้มีผลย้อนหลังกลับไป มีผลตั้งแต่ศาลมีคำวินิจฉัย หรือมีผลในอนาคตตามวันเวลาที่ศาลกำหนดได้ ภายใต้การคำนึงถึง “ดุลยภาพ” ระหว่าง “หลักความยุติธรรม” กับ “หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ” อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การใช้บังคับมิได้ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลตั้งแต่เมื่อใด หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดความผิดทางอาญาแล้ว ให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อคำพิพากษาอันถึงที่สุดในการคดีอาญาที่ได้ออกมาโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นฐานในทุกกรณี ทั้งการตรวจสอบแบบ “รูปธรรม” และการตรวจสอบแบบ “นามธรรม”⁹⁷

⁹⁷ อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคสาม ได้บัญญัติรับรองเรื่องนี้สำหรับกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ “รูปธรรม” ไว้แล้ว

5.2.2 ปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อการ “ใช้บังคับมิได้” ของกฎหมายมีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด

ปัญหาดังกล่าวนี้นี้ มีมูลเหตุเนื่องจากก่อนหน้านี้เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ ตามแต่กรณี มีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. 2492 เป็นต้นมาได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวใช้ได้ ในคดีทั้งปวงแต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติหลักการใหม่โดยกำหนดให้ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป...” เมื่อเรื่องนี้เป็นหลักการใหม่ซึ่งไม่เคยกำหนดมาก่อน จึงสมควรพิจารณาว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดในคดีอาญาแล้ว หน่วยงานของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ จะต้องปฏิบัติหรือควรปฏิบัติอย่างไรเพื่อให้การเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ต่อปัญหาข้างต้น ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาคดีอาญารับโทษตามคำพิพากษาเสร็จสิ้นแล้ว หรือกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาคดีอาญายังคงรับโทษตามคำพิพากษานั้นอยู่ เห็นว่าเมื่อยังไม่มีการแก้ไขบทบัญญัติรองรับกรณีดังกล่าวเอาไว้โดยตรง จึงควรบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้ครอบคลุมถึงกรณีข้างต้นด้วย

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้เป็นกลไกรองรับเรื่องนี้ หากขณะนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลกระทบต่อคำพิพากษานันถึงที่สุดในคดีอาญาแล้ว ในกรณีที่ผู้ต้องคำพิพากษาคดีอาญาที่รับโทษตามคำพิพากษาเสร็จสิ้นแล้วก็ดี ผู้ต้องคำพิพากษาคดีอาญาที่ยังคงรับโทษตามคำพิพากษานั้นอยู่ก็ดี หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวนี้ก็ดี ได้ยื่นคำร้องต่อศาลที่มีอำนาจโดยอาศัยกลไกตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 มาตรา 5 (3) เพื่อขอให้ศาลรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ เนื่องจากเรื่องนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคสาม ได้บัญญัติ “รับรองสิทธิ” ให้กับบุคคล นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 25 วรรคสอง ก็บัญญัติว่า “สิทธิหรือเสรีภาพใดที่รัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ แม้ยังไม่มี การตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ บุคคล...ย่อมสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพนั้นได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ” ประกอบกับพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ฯ มาตรา 5 (3) ก็ยังบัญญัติด้วยว่า “คดีใดที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลใดต้องรับโทษอาญาในคดีนั้นแล้ว อาจมีการ ร้องขอให้รื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาพิพากษาใหม่ได้เมื่อปรากฏว่า...(3) มีพยานหลักฐานใหม่อันชัดแจ้งและ สำคัญแก่คดีซึ่งถ้าได้นำมาสืบในคดีอันถึงที่สุดนั้น จะแสดงว่าบุคคลผู้ต้องรับโทษอาญาโดยคำพิพากษา



ถึงที่สุดนั้นไม่ได้กระทำความผิด” จึงขอเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในกรณีนี้ว่า สำหรับศาลที่มีอำนาจในเรื่องนี้ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลทหาร ตามแต่กรณี พึงใช้กลไกตามพระราชบัญญัติการรื้อฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ฯ มาตรา 5 (3) เป็นฐานในการรับคำร้องของผู้ร้องมาพิจารณาหรือพิพากษาใหม่โดยอนุโลมไปพลางก่อน เพื่อให้การเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 212 วรรคสาม และมาตรา 25 วรรคสอง จนกว่าจะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าวโดยตรง

6. บทสรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมด ในเรื่อง “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ” ย่อมทราบแล้วว่ากรณี “วัตถุแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ” นั้นยังมีปัญหาทั้งในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร สำหรับ “กลไกการเสนอคดีเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ” ก็ยังมีปัญหาทั้งในส่วนของความเหมาะสมเกี่ยวกับกระบวนการเสนอคดีและการใช้ดุลพินิจของศาลในการส่งคำโต้แย้งของคู่ความ ในส่วน “หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” ก็ยังมีปัญหาทั้งในส่วนการนำรัฐธรรมนูญที่สิ้นผลใช้บังคับแล้วมาเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบและความสับสนของการนำเกณฑ์การตรวจสอบเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นเหตุผลในการให้ความหมายของกฎหมาย อนึ่ง กรณี “ผลการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ” ก็ยังพบปัญหาทั้งในส่วนความหมายและผลของคำว่า “ใช้บังคับมิได้” และปัญหาในทางปฏิบัติเมื่อการ “ใช้บังคับมิได้” ของกฎหมาย มีผลกระทบต่อกำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด

เมื่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับเป็นเรื่องสำคัญประการหนึ่งในระบบกฎหมายไทย เพราะมีความเกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และหลักการป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบอย่างศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม จึงสมควรแก้ไขปรับปรุงแนวคิดในการบัญญัติรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการใช้การตีความรัฐธรรมนูญ ทั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญเองและองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้อง ตามแต่กรณี ดังที่ได้กล่าวไว้อย่างละเอียดแล้วในส่วนเนื้อหาของบทความ เพื่อให้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น