



ขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมีให้จัดต่อรัฐธรรมนูญ
ศึกษากรณีก่อนและหลังการประกาศใช้
บังคับเป็นกฎหมาย



วรวิทย์ แซ่หู่่น

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2548

ISBN 974-9746-31-7

**Extent of Control of Laws Which Are Contrary to and Inconsistent
with the Constitution : The Study of Pre and Post
Examination of Promulgation**

Worrawit sae-hun

**A Thesis Submitted in Partial Fullfilment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Graduate School, Dhurakij Pundit University**

2005

เลขทะเบียน.....	0182035
วันลงทะเบียน.....	16 S.A. 2548
เลขเรียกหนังสือ.....	กท 344-0531
	22817
	[2547]

ISBN : 974-9746-31-7

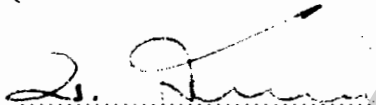


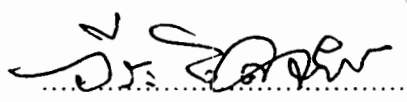
ใบรับรองวิทยานิพนธ์
บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ ขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณี
ก่อนและหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

เสนอโดย นาย วรวิทย์ แซ่หุ่น
สาขาวิชา นิติศาสตร์ หมวดวิชา กฎหมายมหาชน
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ผศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

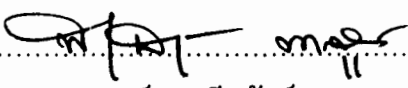

.....ประธานกรรมการ
(ศ.ดร.อิสสระ นิตินันท์ประกาศ)


.....กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(ผศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)


.....กรรมการ
(รศ.ดร.วีระ โลจายะ)


.....กรรมการ
(รศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว


.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข)

วันที่ 31 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2548

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาจากท่าน ผศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้ให้คำแนะนำและข้อคิดต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ด้วยดีตลอดมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ขอกราบขอบพระคุณท่าน ศ.ดร.อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่าน รศ.ดร.วีระ โลจายะ และท่านผศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าขึ้นมาเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำต่างๆ ที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่ง ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณ บิดามารดา ของผู้เขียนที่ได้อบรมสั่งสอนและให้โอกาสทางการศึกษาแก่ผู้เขียน โดยเฉพาะคุณวันชัย แซ่หุ่ญ บิดาของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจในการจัดทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเสมอมา

ขอขอบคุณ ผู้บังคับบัญชา และเพื่อนร่วมงานของผู้เขียนในสำนักความรับผิดชอบทางแพ่ง กรมบัญชีกลาง ที่คอยถามไถ่เป็นกำลังใจให้ตลอดมา โดยเฉพาะคุณสุวรรณา อิศรางกูร ณ อยุธยา ผู้บังคับบัญชาของข้าพเจ้า และขอขอบคุณ คุณศุภมาลย์ หรสิทธิ์ ที่เป็นกำลังใจและให้ความช่วยเหลือเคียงข้างผู้เขียนเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์นี้มีคุณค่าและมีประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจ ผู้เขียนขอมอบคุณงามความดีดังกล่าวนี้ ให้กับผู้มีพระคุณทุกท่าน แต่หากมีข้อบกพร่องหรือข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับเอาไว้แต่ผู้เดียว

วรวิทย์ แซ่หุ่ญ

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
3. วิธีดำเนินการวิจัย.....	6
4. ขอบเขตของการศึกษา.....	6
5. สมมติฐานของการศึกษา.....	7
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	8
2. แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	9
1. ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ.....	9
1.1 ที่มาของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ.....	9
1.2 ความหมายของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ.....	15
1.3 ลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ.....	16
2. แนวคิดในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.....	18
3. ข้อความคิดว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	20
3. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศ.....
1. ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้.....	30
1.1 อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.....	30
1.2 อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	31

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2. ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลังการประกาศใช้.....	39
2.1 อํานาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน.....	40
2.2 อํานาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันในการ ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.....	43
4. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย	
1. วิวัฒนาการของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายใน ประเทศไทย.....	53
2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.....	58
2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ก่อนการ ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ตามมาตรา 262.....	59
2.1.1 วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ	61
2.1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ	62
2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลังการประกาศใช้ บังคับเป็นกฎหมาย ตามมาตรา 198 และมาตรา 264.....	67
2.2.1 มาตรา 198 แบบนามธรรม.....	68
(1) วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ.....	68
(2) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ.....	70
2.2.2 มาตรา 264 แบบรูปธรรม.....	72
(1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ.....	73
(2) เป็นกรณีที่ศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดี.....	73
(3) ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”	75
(4) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้แย้งมีข้อความขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 6.....	85
(5) ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ บทบัญญัตินั้น.....	85

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3. ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540.....	86
5. ขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.....	99
1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศ ใช้เป็นกฎหมาย.....	99
1.1 วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ.....	101
1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ.....	101
2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ เป็นกฎหมาย.....	105
2.1 มาตรา 198 แบบนามธรรม.....	106
(1) วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ.....	106
(2) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ.....	114
2.2 มาตรา 264 แบบรูปธรรม.....	117
(1) วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ.....	117
(2) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ.....	120
6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	128
บทสรุป.....	131
ข้อเสนอแนะ.....	135
บรรณานุกรม.....	139
ประวัติผู้เขียน.....	148

ชื่อวิทยานิพนธ์	ขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญศึกษากรณี ก่อนและหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย
ชื่อนักศึกษา	วรวิทย์ แซ่หุ่่น
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ (กฎหมายมหาชน)
ปีการศึกษา	2547

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นหน้าที่หลักที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตเพียงใดที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งในช่วงก่อนและหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

ผลจากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ตามมาตรา 262 ในกรณีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย และในมาตรา 198 และ 264 ในกรณีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว แต่จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงถึงขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ปรากฏปัญหาการบัญญัติที่ไม่ชัดเจน จนส่งผลไปถึงปัญหาในการตีความรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ประเด็นสำคัญ ก็คือ “วัตถุประสงค์การตรวจสอบ” และ “ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ” ในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีความหมายอย่างไรและครอบคลุมถึงสิ่งใดบ้าง อันเป็นประเด็นสำคัญที่ส่งผลถึงปัญหาในการแบ่งแยกขอบเขตของอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ตามมาตรา 198 หรือปัญหาในการตรวจกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรวจกฎหมายนั้นตามมาตรา 29 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปตรวจสอบกฎหมายฉบับนั้นได้หรือไม่ โดยผ่านช่องทางใด หากได้ทราบถึงขอบเขตแห่งการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็จะทำให้ทราบขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญชัดเจนขึ้น

จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่าควรกำหนดวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ให้ชัดเจน โดยมาตรา 198 และ 264 วัตถุประสงค์การตรวจสอบควรหมายถึง “บัญญัติแห่งกฎหมาย” เหมือนกัน โดยหมายความถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 230 วรรคท้าย และประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ส่วนลักษณะแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ในช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามมาตรา 262 ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้ทั้งเรื่อง “เนื้อหา” “กระบวนการตรา” และ “รูปแบบ”และในช่วงหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามมาตรา 198 สามารถตรวจสอบได้ในเรื่อง “เนื้อหา” และ “รูปแบบ” ส่วนมาตรา 264 คงสามารถตรวจสอบได้เฉพาะเรื่อง “เนื้อหา” เท่านั้น

Thesis Title: Extent of Control of Laws Which Are Contrary to and Inconsistent with the Constitution: The Study of Pre and Post Examination of Promulgation
Name: Worawit Sae-Hun
Thesis Advisor: Asst. Prof. Dr. Bancherd Singkaneti
Department: Law
Academic Year: 2004

ABSTRACT

This thesis aims to study problems relating to the extent of the control of laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution, which is regarded as the prime and important function of the Constitutional Court under the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2540, to comprehend to what extent and how wide the Constitutional Court has duty to control the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution, both before and after the promulgation.

It is found that the Constitution specifies the extent for the Constitutional Court to exercise its power to control the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution in Section 262 in the case of the control of the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution before the promulgation and in Sections 198 and 264 in the case of the control of the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution after the promulgation. However, from the constitutional provisions of the said Sections showing the extent by which the Constitutional Court performs its function to control the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution, there are problems regarding the uncertainty of provisions which give an effect to the interpretation problems of the Constitution concerning the extent of the Constitutional Court to perform its duty to examine the laws' legitimacy with the Constitution. The main point is what is the meaning of "the objects to be examined and the extents for the examination" in the laws' legitimacy with the Constitution and what such objects cover. This is an important issue creating problems in distinguishing the extent of the jurisdiction between the Constitutional Court and the Administrative Court under Section 198 or the problems in promulgating the laws to restrict the people's rights and freedom without the specification of

the constitutional provisions giving powers to draft the laws. Under Section 29, paragraph two, there is question whether or not and how the Constitutional Court can examine such laws. If the extent to control the laws which are contrary to and inconsistent with the Constitution is acknowledged, the extent of the examination of the laws' legitimacy with the Constitution can be realized more precisely.

Due to the said problems, it is suggested that the objects of the examination of the laws' legitimacy with the Constitution be defined explicitly. The objects of examination under Sections 198 and 264 should also mean the legal provisions. In other words, they should mean the Organic Law, the Act, the Emergency Decree, the Royal Decree under the last paragraph of Section 230 and the Announcement of Revolutionary Committee Order equivalent to the Act. On the other hand, with regard to the nature of examination of the legitimacy with the Constitution, the Constitutional Court should be able to examine the "contents," "drafting" and "forms" before the promulgation under Section 262. Moreover, it should be able to examine the "content" and "forms" after the promulgation under Section 198. However, under Section 264, the Constitutional Court can examine only the "contents".

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้จัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในรูปแบบศาลขึ้น ได้แก่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” โดยที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการด้วยกันแต่อำนาจหน้าที่ที่สำคัญที่สุดของศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็คือการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความหรือวินิจฉัยแล้วว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะมีผลทำให้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 ซึ่งจะเห็นว่าผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเรื่อง que quibus ที่เข้ามาสู่การพิจารณาได้นั้นจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นด้วย โดยเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้อยู่ในขอบเขตของตน แต่อย่างไรก็ดีในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังคงมีขอบเขตที่ไม่ชัดเจนและมีปัญหา บางประการซึ่งจะได้ทำการศึกษาในประเด็นที่จะกล่าวต่อไป

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอาจแบ่งประเภทได้หลายรูปแบบด้วยกันขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใด แต่โดยทั่วไปจะแบ่งเป็น 2 รูปแบบได้แก่ การควบคุมแบบนามธรรม และการควบคุมแบบรูปธรรม อย่างไรก็ตามการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายยังอาจแบ่งได้โดยอาศัยช่วงเวลาเป็นการแบ่งแยก โดยสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายดังที่ปรากฏในมาตรา 262 กับการควบคุมตรวจสอบภายหลังบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ดังที่ปรากฏในมาตรา 198 และ 264 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นต้น

นอกจากนั้นการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในลักษณะที่เป็นนามธรรมหรือรูปธรรมก็ตาม ลักษณะของกฎหมายที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นอาจเกิดขึ้นได้ 2 ลักษณะ ได้แก่

(1) กรณีที่กฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากเนื้อหาของกฎหมายนั่นเอง (content) ซึ่งระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นระบบนี้ ซึ่งปัญหาที่ต้องพิจารณาในกรณีนี้มักจะเป็นปัญหาข้อกฎหมายมากกว่าปัญหาข้อเท็จจริง

(2) กรณีที่กฎหมายขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเนื่องจากรูปแบบหรือกระบวนการนิติบัญญัติของกฎหมายนั้น (form) กล่าวคือ เป็นกรณีที่เนื้อความของกฎหมายนั้นไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่เป็นเรื่องกรรมวิธีที่เกิดความบกพร่องจากการกระบวนการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น สมาชิกรัฐสภาลงมติผิดพลาด องค์ประชุมไม่ครบ การพิจารณาของกรรมาธิการไม่ถูกขั้นตอน ฯลฯ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลายมาตรา ซึ่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่ละมาตรานั้นก็จะส่งผลกระทบต่อลักษณะของกฎหมายที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับว่าขอบเขตในการควบคุมในมาตรานั้นๆ ว่าสามารถควบคุมได้มากน้อยเพียงใด กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบถึงเนื้อหาของกฎหมายและตรวจสอบรูปแบบหรือกระบวนการได้หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาถึงมาตราต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้แล้วก็ยังคงมีข้อสงสัยในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลายมาตราที่ยังไม่ชัดเจน อันจะส่งผลกระทบต่อทำให้เกิดปัญหาในเรื่องขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่สำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวว่าศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบเพียงใดซึ่งจะได้ทำการศึกษาในเรื่องดังกล่าวต่อไป โดยปัญหาที่จะทำการศึกษาเกี่ยวกับขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นต่างๆ ดังต่อไปนี้

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ (ตามมาตรา

262)

มาตรา 262 เป็นกรณีที่พิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งมาตราดังกล่าวนี้ได้กำหนดขอบเขตของการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจนว่า กรณีตามมาตรา 262 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ทั้ง “เนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและสามารถควบคุมตรวจสอบ “กระบวนการ” ตราร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นได้ด้วย

ในกรณีการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น นับได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญอย่างมาก เพราะเปรียบเสมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในเชิงปฏิเสธซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวนี้ ย่อมต้องส่งผลกระทบต่อรัฐสภาที่ได้พิจารณาและผ่านร่างกฎหมายดังกล่าว

ตามขั้นตอนมาแล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายในเรื่องใดมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่จะต้องทำการศึกษาในกรณีดังกล่าวนี้ก็คือวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการตรวจสอบได้นั้นหมายถึง สิ่งใดบ้างและในส่วนของ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตราให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะมีความหมายเป็นประการใด ซึ่งปัญหาดังกล่าวนี้จะเชื่อมโยงทำให้เห็นขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในมาตราอื่นๆ อีกด้วย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้

1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตาม

มาตรา 198

มาตรา 198 กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในลักษณะนามธรรม กล่าวคือเป็นกรณีที่ไม่มีคดีเกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทกันในศาล แต่มีบุคคลใดบุคคลหนึ่งยกปัญหาดังกล่าวเสนอผ่านมายังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา โดยอ้างว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่เกิดขึ้น ได้แก่ การแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองว่าจะอาศัยหลักเกณฑ์หรือเหตุผลใดว่าเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง เนื่องจากมาตรา 198 มิได้บัญญัติถึงเขตอำนาจของศาลทั้งสองไว้อย่างชัดเจนว่าวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบใด ตามมาตราดังกล่าวนี้ ได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ และข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว สิ่งใดจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง นอกจากนั้น ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 198 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบได้ทั้งในด้านเนื้อหาของกฎหมาย กระบวนการตรากฎหมายหรือครอบคลุมไปถึงเรื่องใดได้บ้าง

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามมาตรา 264

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้ นอกจากมาตรา 198 แล้ว ยังมีมาตรา 264 ที่เป็นการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้แล้วเช่นกัน ซึ่งประเด็นปัญหาที่จะทำการศึกษาลายประการด้วยกัน ได้แก่ ปัญหาว่าวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 นี้ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มีปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความหมายอย่างไร นอกจากนั้นยังมีปัญหาเกี่ยวกับลักษณะหรือขอบเขตในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญว่าศาล

รัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาควบคุมตรวจสอบในด้านเนื้อหาของกฎหมายเท่านั้นหรือไม่ หากมี ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องกระบวนการตรากฎหมายที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือตรา ขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ เช่น กฎหมายที่มีลักษณะเป็นการ จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการ ตรากฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบประเด็นดังกล่าวได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญ จะจำกัดอำนาจหน้าที่ของตนเองในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะในด้าน เนื้อหา โดยไม่ทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในลักษณะของการมีปัญหา เกี่ยวกับการตราให้ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นนั้นหรือไม่ ซึ่งหากภายหลังคู่ความใน คดีหรือศาลเห็นเองว่ามีกฎหมายที่ตราไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ผลของกฎหมายฉบับ นั้นจะเป็นเช่นไร องค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาล ในคดีดังกล่าวจะปฏิเสธไม่นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้บังคับกับคดีนั้นๆ เลยได้หรือไม่ หรือเมื่อได้มีการมีการโต้แย้งประเด็นดังกล่าวในศาลตามมาตรา 264 แล้ว มีปัญหาว่าศาลที่กำลัง พิจารณาคดีดังกล่าวอยู่นั้นจำเป็นต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่ หรือจะมีแนวทาง ปฏิบัติเช่นไร ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติทางออกนี้ไว้แต่อย่างใด

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักการให้ระบุบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามมาตรา 29 วรรคสอง

ประเด็นปัญหาที่สมควรจะศึกษาอีกประการคือ ตามมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้ กฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องระบุบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักประกันสิทธิเสรี ภาพที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งมีลักษณะเป็นการเตือนฝ่ายนิติบัญญัติให้ตรากฎหมายให้อยู่ในขอบเขต เท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ โดยมีให้ล่วงล้ำเข้ามาในแดนแห่งสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักการให้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรค สองนี้เป็นหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่สำคัญและยึดโยงอยู่กับการควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่ในการตรวจสอบเรื่องดังกล่าว

ปัญหาในกรณีนี้ก็คือนิติบัญญัติได้กำหนดพันธะหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติไว้แล้วที่จะ ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจไว้หากฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมาย ที่เป็นการ จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพแต่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงผลของการฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวนี้ไว้ว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายฉบับนั้นไว้ และกฎหมายนั้นได้มีการผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและประกาศใช้แล้วผลของกฎหมายฉบับดัง

กล่าวจะเป็นประการใด ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ออกมาโดยฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวได้หรือไม่ และจะส่งผลถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายฉบับดังกล่าวเพียงใด

ในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่กำลังพิจารณาคืออยู่ตามมาตรา 264 โดยกล่าวอ้างว่ากฎหมายฉบับที่จะใช้บังคับกับคนนั้นมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และกฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้นแต่ไม่ได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย ปัญหาเช่นนี้ในส่วนที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่ากฎหมายฉบับที่จะใช้บังคับกับคนนั้นมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวโดยชัดเจนอยู่แล้ว แต่สำหรับประเด็นปัญหาที่ผู้ร้องอ้างว่าการออกกฎหมายฉบับที่ใช้บังคับแก่คดีของคนนั้นละเมิดหรือขัดแย้งหลักการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสองนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ที่จะต้องวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญมีเหตุผลในการรับหรือปฏิเสธอย่างไรในประเด็นดังกล่าวนี้ และปัญหาเดียวกันนี้ประชาชนจะส่งคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาตามมาตรา 198 และอ้างว่ามีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อหลักการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสองได้หรือไม่

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจถึงขอบเขตในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
2. วิเคราะห์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในปัจจุบันและอนาคตอันเนื่องมาจากความไม่ชัดเจนในเรื่องของขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญอันอาจส่งผลให้เกิดปัญหาในเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญคาบเกี่ยวหรือทับซ้อนกับเขตอำนาจของศาลอื่นได้
3. เพื่อให้ทราบถึงขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ชัดเจนต่อไปและเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

3. วิธีดำเนินการวิจัย

ในการศึกษาวิจัยเรื่องนี้มุ่งวิเคราะห์วิจัยแบบเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากตำรา วิทยานิพนธ์ วารสาร บทความ และบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่างๆ รวมทั้งศึกษาและวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อในการศึกษาวิจัยดังกล่าว

4. ขอบเขตของการศึกษา

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลายประการด้วยกันทั้งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติตามกฎหมายอื่น ซึ่งขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยใน แต่ละเรื่องว่ามีอำนาจหน้าที่มากเพียงใหนั้นอยู่กับขอบเขตตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้แตกต่างกันไป สำหรับขอบเขตการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้มุ่งที่จะศึกษาวิจัยครอบคลุมเฉพาะขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้นว่าศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรหลักที่สำคัญที่มีหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และศึกษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 262 กรณีการควบคุมก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย
2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 264 กรณีการควบคุมหลังการประกาศใช้เป็นกฎหมาย
3. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกับหลักการให้ระบอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้อำนาจตรากฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามมาตรา 29 วรรคสอง โดยวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรากฎหมายในมาตรา 29 วรรคสอง ได้แก่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13-14/2541 และที่ 35-36/2544

5. สมมุติฐานของการศึกษา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้หลายประการ ซึ่งอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งที่สำคัญยิ่ง คือ การควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ยังมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับขอบเขตของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเด็นดังต่อไปนี้

- (1) ในส่วนของการควบคุมในช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย รัฐธรรมนูญมาตรา 262 ได้บัญญัติขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ว่าสามารถตรวจสอบในด้าน “เนื้อหา” และ “การตรา” ได้ ซึ่งในส่วนของความหมายของ “การตรา” นั้น มีความหมายเป็น 2 นัย นัยแรกหมายถึง “กระบวนการตรา” นัยที่สองหมายถึง “รูปแบบ” ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งการเข้าใจความหมายของ “การตรา” จะทำให้เกิดความเข้าใจในขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญชัดเจนมากขึ้น

(2) ส่วนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงหลังการประกาศบังคับใช้เป็นกฎหมายนั้น วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 โดยผ่านทางศาล และตามมาตรา 198 โดยผ่านทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เท่านั้น ส่วนขอบเขตแห่งการตรวจสอบนั้นในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอกฎหมายมาให้ตรวจสอบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งเรื่อง เนื้อหา กระบวนการตรา และรูปแบบ ส่วนการเสนอกฎหมายมาให้ตรวจสอบโดยผ่านทางศาลตามมาตรา 264 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะเรื่องเนื้อหาเท่านั้น นอกจากนั้นกฎหมายที่ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง กำหนดให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตราไว้ด้วยนั้น การจะตรวจสอบกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวนี้ สามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้โดยผ่านทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มาตรา 198

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อทราบถึงแนวทางที่ชัดเจนต่อไปภายหน้าต่อการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
2. เพื่อทราบถึงข้อดีและข้อเสียที่เกิดขึ้นตามรูปแบบของต่างประเทศในขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจมีปัญหาตีความต่อไปในประเทศไทยเพื่อนำมาเปรียบเทียบวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ในประเทศไทย
3. เพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองการตรากฎหมายมาใช้บังคับที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน
4. เป็นแนวทางในการศึกษาวิจัยต่อไป

บทที่ 2

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

1. ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution)

การที่รัฐธรรมนูญมีความสูงสุคนับสำคัญจากการที่รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ก่อตั้งระบอบการเมืองและองค์กรทางการเมืองขึ้นมาและรัฐธรรมนูญเป็นผลมาจากการใช้อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดต้นพื้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาสูงสุดของความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวงในระบอบการเมืองและในระบบกฎหมายนั้น ดังนั้น การใช้อำนาจขององค์กรทุกองค์กรโดยเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจออกกฎหมายจึงกระทำการขัดรัฐธรรมนูญมิได้ และเพื่อปกป้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงต้องมีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกละเมิด ซึ่งในบทนี้จะศึกษาถึง 2.1.1 ที่มาของทฤษฎีความสูงสุแห่งรัฐธรรมนูญ 2.1.2 ความหมายของทฤษฎีความสูงสุแห่งรัฐธรรมนูญ 2.1.3 ลักษณะของความสูงสุแห่งรัฐธรรมนูญ 2.2 ทฤษฎีการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรต่างๆ และ 2.3 ลักษณะของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

1.1 ที่มาของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

(1) แนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ

ที่มาของทฤษฎีความสูงสุแห่งรัฐธรรมนูญนั้นมีรากฐานมาจากแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งหากศึกษารากฐานของแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายถือว่าเป็นรากฐานที่สำคัญอันเป็นที่มาของทฤษฎีความสูงสุแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ในทางประวัติศาสตร์ซึ่งถือได้ว่าเกิดมาจากแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายของ Saint Thomas Aquinas ซึ่งเป็นนักปราชญ์ที่สำคัญของศาสนาคริสต์ในสมัยกลางตอนปลาย ซึ่งได้แบ่งกฎหมายออกเป็น 4 ประเภทใหญ่ๆ ด้วยกันคือ¹

1) Lex Aeterna (Eternal Law) กฎหมายนิรันดร

2) Lex Naturalis (Natural Law) กฎหมายธรรมชาติ

¹ปรีดี เกษมทรัพย์ นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539, หน้า

3) Lex Divina (Divine Law) กฎหมายศักดิ์สิทธิ์

4) Lex Humana (Human Law) กฎหมายมนุษย์

กฎหมายนิรันดร คือ “แผนการปกครองขององค์ผู้ปกครองใหญ่” แผนของพระเจ้าเป็นเจ้าเป็นเหตุผลและปัญญาอันศักดิ์สิทธิ์ที่กำกับความเป็นไปทั้งปวงในจักรวาล สรรพสิ่งที่ดำเนินไปภายใต้ลิขิตอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้าที่เรียกว่ากฎหมายนิรันดรนั่นเอง แต่กฎหมายนิรันดรนี้มีแต่พระปัญญาของพระเจ้าเท่านั้นที่ทรงทราบได้โดยบริบูรณ์ไม่มีมนุษย์คนใดที่จะสามารถล่วงรู้ถึงกฎหมายนิรันดร โดยบริบูรณ์ได้

กฎหมายธรรมชาติ คือ กฎหมายนิรันดรบางส่วนเท่านั้นแต่เป็นกฎหมายนิรันดรบางส่วนที่มนุษย์สามารถเข้าถึงได้ด้วยเหตุผลของมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวทุกคน

กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ คือ กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ได้รับรู้จากการคลบ้นกาลเปิดเผยให้รู้โดยพระเจ้า เช่นที่ปรากฏในรูปของพระบัญญัติ 10 ประการ (Ten Commandment) ในพระคัมภีร์ไบเบิล และปรากฏในรูปของบทศรัทธาซีดมัน (Dogma) ที่ศาสนจักรประกาศว่าเป็นผลจากการคลบ้นกาลของพระเจ้า กฎเกณฑ์ส่วนนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่มนุษย์ปกติจะไม้อาจเข้าใจได้ด้วยตนเองพระเจ้าจึงทรงเปิดเผยให้รู้ได้โดยทางพระคัมภีร์และทางคำสอนของศาสนจักร

กฎหมายมนุษย์ Saint Thomas Aquinas ได้ให้คำนิยามไว้ว่า “กฎหมายคือบัญชาของเหตุผลเพื่อความดีร่วมกันที่บัญญัติขึ้นโดยผู้มีหน้าที่ในการดูแลรักษาประชาคมและได้ประกาศใช้แล้ว”

Saint Thomas Aquinas ได้กล่าวเอาไว้อีกว่ากฎหมายของมนุษย์จะขัดต่อกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ กฎหมายนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักของเหตุผลกฎหมายที่ขัดต่อหลักเหตุผลตามธรรมชาติย่อมไม่ใช่กฎหมาย ซึ่งเป็นการเน้นถึงหลักกฎหมายที่สูงกว่าอันเป็นการจัดลำดับของชั้นกฎหมายนั่นเอง

(2) แนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในภาคพื้นยุโรป

ที่มาของทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นผลมาจากแนวความคิดในประเทศอังกฤษซึ่งปรากฏประปรายในแนวความคิดของนักกฎหมายอเมริกันในระหว่างประกาศเอกราชจากประเทศอังกฤษ โดยแต่ก่อนนั้นเคยมีคดีบอนแฮม (Dr. Bonham's Case 1601) ซึ่งคณะผู้ควบคุมวิชาชีพแพทย์ (Royal College of Physicians) ได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ลงโทษปรับแก่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยไม่ได้รับใบอนุญาต โดยที่ในการปรับคณะผู้ควบคุมวิชาชีพแพทย์จะได้รับแบ่งค่าปรับครึ่งหนึ่ง เซอร์เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) ตัดสินว่ากฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น อยู่เหนือและควบคุมกฎหมายของรัฐสภาอีกชั้นหนึ่งโดยอาจทำให้กฎหมายของสภาเป็นโมฆะได้ “ถ้าขัดต่อสิทธิตามกฎหมาย คอมมอนลอว์ หรือเหตุผล หรือ

ชัด หรือเป็นไปไม่ได้ที่จะปฏิบัติ” และในกรณีนี้ผู้วินิจฉัยปรับได้ส่วนแบ่งค่าปรับเองจึงเป็น “ตุลาการในเหตุที่เกี่ยวกับตนเอง” (Judge of his own cause) อันเป็นข้อห้ามตามหลักในกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างหนึ่งกฎหมายของรัฐสภาจึงใช้บังคับไม่ได้

การเมืองในขณะนั้นเป็นการต่อสู้กันเพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ศาลสมัยนั้น มักอ้างเสมอว่ากฎหมายที่ออกมาเป็นแต่ประกาศหรือยืนยันให้มั่นใจเท่านั้นว่ากฎหมายมีอยู่อย่างไร มิใช่การสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ และกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นรากฐานของกฎหมาย แต่หลังจากปีค.ศ. 1688 ซึ่งมีการปฏิวัติในอังกฤษทำให้อำนาจมาตกอยู่ที่รัฐสภาซึ่งมีผู้แทนประชาชนอยู่ด้วย แนวความคิดเรื่องอำนาจสูงสุดทางรัฐสภา (Parliamentary Supremacy) จึงรุ่งเรืองขึ้นเต็มที่ แนวความคิดที่ว่ามิใช่กฎหมายอื่นอยู่เหนือกฎหมายของสภาจึงเสื่อมลงไป คดีนี้เพิ่งนำมาอ้างกันอีกครั้งภายหลังเวลาผ่านไปหลายร้อยปี เมื่อมีการถกเถียงกันว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของสภาหรือไม่

จากผลของการต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระภาพในอเมริกาศาลในเมืองนอร์ธ แคมตัน มลรัฐเวอร์จิเนียวินิจฉัยว่า กฎหมายของอังกฤษที่ให้เก็บภาษีแสดมปีในอาณานิคมเป็นโมฆะ เพราะเป็นการเก็บภาษีโดยไม่มีผู้แทนเข้าไปพิจารณา (Taxation Without Representation) คดีนี้เป็นคดีแรกในอเมริกาที่ศาลพิพากษาแสดงความไม่สมบูรณ์ของกฎหมาย ความเกลียดชังรัฐบาลอังกฤษ ทำให้ชาวอเมริกันไม่ยอมรับ แนวความคิดรัฐสภามีอำนาจสูงสุด ยอมรับกันว่าแนวความคิดที่ให้ศาลมีอำนาจควบคุมกฎหมายของสภาเพิ่งมีกันจริงจึงในสหรัฐอเมริกาในคดีมาร์เบอร์ โดยจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า “รัฐบาลของสหรัฐได้ชื่อว่าเป็นรัฐบาลตามกฎหมายและมีใช้รัฐบาลของใคร” ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดกฎหมายของสภาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะ เมื่อทุกองค์กรต้องเคารพความสูงสุดของรัฐธรรมนูญศาลก็มีพันธะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกัน กรณีเป็นหน้าที่ขององค์กรศาลที่จะพิจารณาว่ากฎหมายเป็นอย่างไร ดังนั้น ในการใช้กฎหมายศาลจึงพิพากษาแสดงว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้

สาเหตุของการพิจารณาคดีมาร์เบอร์เป็นที่น่าสนใจและเป็นที่ยกย่องแก่นักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์อเมริกันตั้งแต่ครั้งนั้นมาจนถึงปัจจุบันว่าศาลมีอำนาจพิพากษาว่ากฎหมายเป็นโมฆะหรือไม่ หรือสมควรให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้หรือไม่ หลายคนเห็นว่าเป็น การพยายามขยายอำนาจขององค์กรศาลโดยฉวยโอกาสทางการเมือง โดยข้อเท็จจริงขณะนั้นปรากฏว่า ในช่วงสุดท้ายของปี ค.ศ. 1800 ประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ (John Adams) พ่ายแพ้การเลือกตั้ง ครั้งถัดไปให้แก่ พรรคฝ่ายของโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ในต้นปี ค.ศ. 1801 ประธานาธิบดีคืออดัมส์พยายามแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาศาลต่าง ๆ หลายคนเพื่อหา

ขัด หรือเป็นไปได้ที่จะปฏิบัติ” และในกรณีนี้ผู้วินิจฉัยปรับได้ส่วนแบ่งค่าปรับเองจึงเป็น “ตุลาการในเหตุที่เกี่ยวกับตนเอง” (Judge of his own cause) อันเป็นข้อห้ามตามหลักในกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างหนึ่งกฎหมายของรัฐสภาจึงใช้บังคับไม่ได้

การเมืองในขณะนั้นเป็นการต่อสู้กันเพื่อจำกัดอำนาจของกษัตริย์ศาลสมัยนั้นมักอ้างเสมอว่ากฎหมายที่ออกมาเป็นแต่ประกาศหรือยืนยันให้มั่นใจเท่านั้นว่ากฎหมายมีอยู่อย่างไรมิใช่การสร้างกฎหมายขึ้นใหม่ และกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นรากฐานของกฎหมาย แต่หลังจากปีค.ศ. 1688 ซึ่งมีการปฏิวัติในอังกฤษทำให้อำนาจมาตกอยู่ที่รัฐสภาซึ่งมีผู้แทนประชาชนอยู่ด้วย แนวความคิดเรื่องอำนาจสูงสุดทางรัฐสภา (Parliamentary Supremacy) จึงรุ่งเรืองขึ้นเต็มที่ แนวความคิดที่ว่ามิใช่กฎหมายอื่นอยู่เหนือกฎหมายของสภาจึงเสื่อมลงไป คดีนี้เพิ่งนำมาอ้างอิงกันอีกครั้งภายหลังเวลาผ่านไปหลายร้อยปี เมื่อมีการถกเถียงกันว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของสภาหรือไม่

จากผลของการต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระภาพในอเมริกาศาลในเมืองนอร์ธ แคมตัน มลรัฐเวอร์จิเนียวินิจฉัยว่า กฎหมายของอังกฤษที่ให้เก็บภาษีแสดมป์ในอาณานิคมเป็นโมฆะ เพราะเป็นการเก็บภาษีโดยไม่มีการตั้งผู้แทนเข้าไปพิจารณา (Taxation Without Representation) คดีนี้เป็นคดีแรกในอเมริกาที่ศาลพิพากษาแสดงความไม่สมบูรณ์ของกฎหมาย ความเกลียดชังรัฐบาลอังกฤษทำให้ชาวอเมริกันไม่ยอมรับ แนวความคิดรัฐสภามีอำนาจสูงสุด ยอมรับกันว่าแนวความคิดที่ให้ศาลมีอำนาจควบคุมกฎหมายของสภาเพิ่งมีกันจริงจังในสหรัฐอเมริกาในคดีมาร์เบอร์ โดยจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานสูงสุดสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า “รัฐบาลของสหรัฐได้ชื่อว่าเป็นรัฐบาลตามกฎหมายและมีไว้รัฐบาลของใคร” ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดกฎหมายของสภาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะ เมื่อทุกองค์กรต้องเคารพความสูงสุดของรัฐธรรมนูญศาลก็มีพันธะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกัน กรณีเป็นหน้าที่ขององค์กรศาลที่จะพิจารณาว่ากฎหมายเป็นอย่างไร คังนั้น ในการใช้กฎหมายศาลจึงพิพากษาแสดงว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้

สาเหตุของการพิจารณาคดีมาร์เบอร์เป็นที่น่าสนใจและเป็นที่ยกย่องแก่นักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์อเมริกันตั้งแต่ครั้งนั้นมาจนถึงปัจจุบันว่าศาลมีอำนาจพิพากษาว่ากฎหมายเป็นโมฆะหรือไม่ หรือสมควรให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจนี้หรือไม่ หลายคนเห็นว่าเป็น การพยายามขยายอำนาจขององค์กรศาลโดยฉวยโอกาสทางการเมือง โดยข้อเท็จจริงขณะนั้นปรากฏว่า ในช่วงสุดท้ายของปี ค.ศ. 1800 ประธานาธิบดีจอห์น อัดัมส์ (John Adams) พ่ายแพ้การเลือกตั้งครั้งถัดไปให้แก่ พรรคฝ่ายของโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ในต้นปี ค.ศ. 1801 ประธานาธิบดีอดัมส์พยายามแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงและผู้พิพากษาศาลต่างๆ หลายคนเพื่อหา

คุณอำนาจให้แก่ฝ่ายตน การแต่งตั้งผู้พิพากษาคนหนึ่งได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาในวันสุดท้ายในตำแหน่งของประธานาธิบดีคือคัมสันมีคำกล่าวมาจนบัดนี้ว่า ผู้พิพากษาคนนั้นเป็นผู้พิพากษาตอนเที่ยงคืน (Midnight Judges) จอห์น มาร์แชล เองในขณะนั้น ก็ได้รับแต่งตั้งเป็นประธานศาลสูงสหรัฐแต่ยังรักษาการตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ และโดยตำแหน่งนี้มาร์แชลเป็นผู้ซึ่งจะต้องนำคำสั่งแต่งตั้งผู้พิพากษาเหล่านั้นส่งออกไป แต่ปรากฏว่าไม่สามารถส่งออกไปได้ทันทั้งหมดในคืนสุดท้ายนั้น และต้องนำคำสั่งบางส่วนส่งคืนให้กับมาร์แชล วันรุ่งขึ้นเมื่อประธานาธิบดีเจฟเฟอร์สันเข้ารับตำแหน่งก็แต่งตั้งให้เจมส์ เมดิสัน (James Madison) เป็นรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ เมดิสัน (นักรัฐศาสตร์ผู้สามารถและต่อมาก็ได้เป็นประธานาธิบดี) ไม่เห็นชอบในการกระทำเช่นนั้นจึงไม่ยอมส่งคำสั่งแต่งตั้งออกไป วิลเลียม มาร์เบอร์ (William Marbury) ผู้ซึ่งตามคำสั่งจะได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาคนหนึ่ง (Justice of the peace) จึงฟ้องต่อศาลสูงสหรัฐอเมริกาขอให้บังคับให้เมดิสัน ส่งคำสั่งแต่งตั้งไปให้โดยอำนาจการออกหมายบังคับ (Mandamus) ตามที่กฎหมายว่าด้วยการดำเนินการในศาล (Judiciary Act of 1789) บัญญัติไว้จากหลักกฎหมายที่มาร์แชลวางไว้ข้างต้นนั้น มาร์แชลเห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลสูงสหรัฐเป็นศาลอุทธรณ์คดีจากศาลต่างๆ เท่านั้น แต่กรณีที่จะให้ศาลสูงสหรัฐทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นในบางกรณีกระบวนไว้แจ้งชัดแล้ว ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจศาลสูงสหรัฐเป็นศาลชั้นต้นในการออกหมายบังคับอย่างกรณีฟ้องมาจึงเป็นการเกินไปจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดกฎหมายนั้นจึงเป็นโมฆะ ศาลสูงสหรัฐจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้นบังคับให้เมดิสันส่งต่อคำสั่งให้มาร์เบอร์ไม่ได้ จากแนวการวินิจฉัยนี้นักวิชาการบางคนให้ข้อสังเกตว่าเป็นการหลีกเลี่ยงการปะทะทางการเมืองกับเจฟเฟอร์สันซึ่งมีความมั่นคงทางการเมืองมาขณะนั้น และถือเป็นโอกาสประกาศถึงอำนาจศาล

(3) แนวความคิดเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏตามทฤษฎีต่าง ๆ ดังนี้²

(3.1) ทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมายของ Hans Kelsen

Kelsen ได้อธิบายทฤษฎีนี้โดยใช้หลักตรรกศาสตร์ว่าการคู่ศักดิ์ของกฎหมายว่ากฎหมายใดมีศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น มีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่สองประการ คือ กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎหมายอื่นและกฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎหมายอื่น

²เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เอกสารประกอบการสอน วิชา “กฎหมายมหาชนเบื้องต้น เรื่องที่มาของกฎหมายมหาชน” 2541

การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ อำนาจการปกครองอยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงผู้เดียว โดยสะท้อนให้เห็นความคิดที่ว่าบัลลังก์กษัตริย์ไม่เคยว่างเปล่าจะต้องมีการสืบทอดบัลลังก์กษัตริย์ต่อไปในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ส่วนทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau นั้น จะเน้นการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยมองว่าสัญญาประชาคมเป็นเรื่องเจตจำนงทั่วไปของประชาชน (Vlunte Generale) เพื่อปกครองตนเอง มิใช่การมอบเจตจำนงของประชาชนไปให้ผู้หนึ่งผู้ใด กษัตริย์เพียงแต่ทำหน้าที่เป็นประมุขของประเทศ แต่ไม่มีอำนาจไป ก้าวก่ายในเรื่องของการบริหารประเทศ

จากทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็น สัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมาย ที่สูงสุดในการปกครองประเทศ

(3.4) ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมืองโดยซิเยส (Sieyes)

ซิเยส ได้เป็นผู้คิดทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมือง โดยอธิบายว่า ในทุกสังคม จะมีอำนาจหนึ่งที่ว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Pouvoir Constituant) อำนาจนี้จะเป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการปกครองกันอย่างไร ก็จะมีอำนาจที่ใหญ่มากคืออำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร จัดตั้งองค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้งอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแสดงออกโดยผ่านรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้วและรัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด และองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ องค์กรเหล่านี้เป็นเพียงได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและได้แสดงออกผ่านทางรัฐธรรมนูญจากการที่รัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ นั้น ได้ก่อให้เกิดผลที่ตามมาคือ การมีลำดับชั้นของกฎหมาย ทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น องค์กรทั้งสามดังกล่าวจึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องมีองค์กรที่มีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่ดังกล่าว อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ถือเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด

1.2 ความหมายของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยโดยย่อมนับเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และย่อมนับเป็นรัฐธรรมนูญที่วางข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักแบ่งแยกอำนาจรวมไปถึงหลักนิติรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐธรรมนูญมีการบัญญัติหลักการของความเป็นประชาธิปไตยไว้ละเอียดมากมายเพียงใด แต่หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักการความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญแล้วไว้ด้วยแล้ว หลักการต่างๆ ที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมไร้ค่าและเปรียบเสมือนหลักการในแผ่นกระดาษเท่านั้น เพราะผู้ใช้อำนาจรัฐย่อมสามารถตรากฎหมายธรรมดาต่างๆ ไป เพื่อเปลี่ยนแปลงเบี่ยงเบนจุดมุ่งหมายของหลักการต่างๆ เหล่านั้นเสียสิ้น

หลักทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอาจอธิบายว่า “หลักการดังกล่าวนี้มีความหมายว่ารัฐธรรมนูญเป็นต้นกำเนิดแห่งกฎหมายทั้งปวงของรัฐและเป็นผู้จัดระเบียบภายในของรัฐรัฐธรรมนูญจึงมีลำดับศักดิ์และมีค่าบังคับเหนือกว่ากฎหมายประเภทอื่นๆ ของรัฐ กฎหมายอื่นใดของรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ หากกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวจะเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้” “ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร คงเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดคือสูงกว่ากฎหมายในรูปอื่นใดทั้งปวงและกฎหมายอื่นนั้นจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้”⁴

“สำหรับประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ซึ่งมีแต่กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏอยู่ใน Common Law ทั้งที่เป็นจารีตประเพณีและในรูปของพระราชบัญญัติต่างๆ นั้น ย่อมไม่มีการแบ่งแยกถึงลำดับชั้นแห่งความสูงกว่าของกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญต่อกฎหมายธรรมดา ดังนั้น จึงไม่มีการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา”⁵

ในประเด็นนี้ ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญประเภทที่ไม่ได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมด (Unwritten Constitution) กล่าวคือ กฎเกณฑ์การปกครองประเทศบางส่วนยังปรากฏอยู่ในรูปพระราชบัญญัติ (Statute) จารีตประเพณี (Custom) ธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention) คำพิพากษา

⁴ วีระ โลจายะ. ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ. เอกสารประกอบคำบรรยาย วิชา “กฎหมาย รัฐธรรมนูญชั้นสูง 2” มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, กรกฎาคม 2542, หน้า 1.

⁵ โภคิน พลกุล. ปัญหาแนวความคิดและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ : ศูนย์การพิมพ์พลชัย, 2529, หน้า 42.

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

ของศาล (Case Law) ดังเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ รัฐธรรมนูญประเภทนี้ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะรัฐสภาอาจตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีค่าเป็นรัฐธรรมนูญได้ ด้วยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายอื่นๆ และอาจนำจารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติไว้ในรูปกฎหมายธรรมดาได้⁶

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่า แนวความคิดในเรื่องความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้มีที่มาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ในคดี Marbury v. Madison ที่เป็นคดีประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของสหรัฐอเมริกาอันถือต้น John Marshall ประธานศาลสูงของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้ตัดสินคดีดังกล่าว ได้อธิบายความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนว่า “...เป็นที่เห็นได้ชัดว่าในระหว่างทางเลือกสองทางด้วยกัน คือการกำหนดให้รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กับการยินยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นมา เพื่อให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการนิติบัญญัติธรรมดาได้ทุกเวลา เท่าที่คนประสงค์ก็จะกระทำเช่นนั้น เราจะต้องเลือกเอาทางใดทางหนึ่งเสมอ ไม่มีทางสายกลางให้เลือกเดิน กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหลายมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่นและไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการในการตรากฎหมายธรรมดา หรือเราจะถือว่ารัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเสมอกันกับกฎหมายธรรมดาที่ตรงขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งผลก็คือ หากฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตจำนงที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแล้ว ก็สามารถทำได้ตามอำเภอใจของตนทุกเวลาถ้ายอมรับทางแรก ข้อสรุปก็คือกฎหมายธรรมดา ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย แต่ถ้าเลือกทางที่สองก็เท่ากับว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นมาแล้วนั้นไม่มีความหมายอะไร มากไปกว่าความพยายามที่ไร้ค่าของมนุษยชาติในการที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่อาจจำกัดได้”⁷

1.3 ลักษณะของความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

ลักษณะของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญเป็นลักษณะที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของรัฐธรรมนูญต่อกฎหมายอื่นๆ ซึ่งได้แสดงให้เห็นเป็นลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ⁸

⁶สมภพ โหตระกิตย์. “การควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 17 ตอน 1. เมษายน 2541, หน้า 2.

⁷สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 48.

⁸สมภพ โหตระกิตย์. คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 1). กรุงเทพฯ : นำเขียนการพิมพ์, 2512, หน้า 59-60.

1. แบบของรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญจะมีวิธีการที่แตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ และอำนาจในการตรวจสอบควบคุมกฎหมายอื่นๆ ย่อมมีที่มาจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง เพราะรัฐธรรมนูญจะบัญญัติถึงผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมาย รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตรากฎหมายต้องจัดทำกฎหมายมิให้มีข้อขัดข้องรัฐธรรมนูญ

2. เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศการวางระเบียบการปกครองและสถาบันสูงสุดของประเทศส่วนกฎหมายอื่นๆ มีเนื้อหาที่แสดงการขยายความให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่และรายละเอียดเกี่ยวกับสถาบันที่กล่าวข้างต้นเป็นเนื้อหาในปลีกย่อยขยายเนื้อหาสาระสำคัญใหญ่ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง

3. การบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐธรรมนูญซึ่งการบัญญัติดังกล่าวนี้ เพื่อให้ปัจเจกชนมีหลักประกันที่แน่นอนจึงต้องกำหนดให้มีการบัญญัติกฎหมายโดยเคารพต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญและผู้จัดทำกฎหมายอื่นๆ จะไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีเช่นกฎหมายธรรมดา

จากลักษณะของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าแม้รัฐธรรมนูญจะมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายโดยทั่วไป แต่รัฐธรรมนูญก็อาจถูกละเมิดโดยการแก้ไขเปลี่ยนแปลงจากผู้ใช้อำนาจรัฐได้โดยการตรากฎหมายที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญจึงต้องมีสภาพบังคับที่เป็นเกราะป้องกันตนเองจากการฝ่าฝืนหรือละเมิดดังกล่าว โดยการบัญญัติรับรองหลักการสำคัญไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเอง ซึ่งในการบัญญัติรับรองหลักการสำคัญดังกล่าวนี้ อาจมีการเรียกชื่อแตกต่างกันออกไปบ้าง ดังที่ปรากฏในวิทยานิพนธ์ เช่น “ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุด”⁹ “หลักเกณฑ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”¹⁰ “ลักษณะพิเศษของความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ”¹¹ เป็นต้น ส่วนที่ปรากฏในบทความวิชาการและหนังสือต่างๆ อาทิเช่น “ผลของการยอมรับให้รัฐธรรมนูญ

⁹ วิจิตรา พุ่งลัดดา. “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523, หน้า 25-28.

¹⁰ กนิษฐา เชี่ยววิทย์ วิทยานิพนธ์. “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดย องค์การนิติบัญญัติองค์กรตุลาการ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 94-101.

¹¹ พัฒนะ เรือนใจดี. “ศาลรัฐธรรมนูญศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการ จัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537, หน้า 33-36.

เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด”¹² “ผลของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มาสูงสุดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย”¹³ “ลักษณะของบทบัญญัติที่แสดงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”¹⁴ เป็นต้น

2. แนวคิดในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในตอนต้นว่า ทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญมีความสำคัญและจำเป็นอย่างมากต่อการปกครองในระบบประชาธิปไตย ทั้งนี้เนื่องจากเป็นหลักทฤษฎีที่เปรียบเสมือนเกราะป้องกันทฤษฎีความเป็นประชาธิปไตยอื่นๆ ที่ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกละเมิด ความสำคัญดังกล่าวนี้ยิ่งปรากฏให้เห็น โดยเด่นชัดในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ส่วนประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี เช่นรัฐธรรมนูญอังกฤษนั้น ซึ่งมีกฎเกณฑ์การปกครองประเทศส่วนใหญ่ในรูปแบบจารีตประเพณี คำพิพากษาและธรรมเนียมปฏิบัติต่างๆ ถือได้ว่าไม่ได้ยึดถือทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งการที่จะคุ้มครองทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องจัดให้มีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

เหตุผลสำคัญที่ต้องมีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญคือ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลายนี้เอง กฎหมายอื่นดังกล่าวย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ ถ้าปล่อยให้ความขัดแย้งมีอยู่และยอมรับบังคับใช้กฎหมายอื่นที่ขัดรัฐธรรมนูญ ความเป็นกฎหมายสูงสุดก็ไร้ความหมาย บทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย โครงสร้างของรัฐบาล กลไกการออกกฎหมาย กลไกการปกครองและสิทธิเสรีภาพของพลเมืองอาจถูกบัญญัติใหม่ในกฎหมายอื่นเป็นอย่างอื่น¹⁵

ปัญหาที่ว่าใครควรจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นปัญหาสำคัญ เพราะเท่ากับเป็นการให้อำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภาใช้บังคับ

¹² สมยศ เชื้อไทย. เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2542, หน้า 5-6.

¹⁴ โภคิน พลกุล. เรื่องเดียวกัน, หน้า 42-43.

¹⁵ วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, หน้า 684.

1. ระบบกระจายอำนาจแก่หลายองค์กร (decentralization)

หลักการตามระบบนี้ ศาลเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอยู่แล้ว และทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาต่างๆ ในทางกฎหมายอยู่แล้ว ศาลทั้งหลายจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหาในชั้นพิจารณาของศาลนั้นๆ ในขณะนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่เรียกว่า “กระจายอำนาจ” เพราะอำนาจ Judicizi review กระจายไปยังศาลทุกศาลสุดแต่จะเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาขึ้นในศาลใด เช่น ศาลคดีเด็กฯ ศาลแขวง ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษีอากร ศาลทหาร ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ฯลฯ ระบบนี้อาจเรียกได้หลายอย่าง เช่น ระบบอำนาจศาลทั่วไปหรือระบบอเมริกันที่เรียกว่าระบบอเมริกัน เพราะระบบนี้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ.2346 (ค.ศ.1803) ในคดีระหว่าง มาร์บิวรี และ แมดิสัน (Marbury v.Madison) และนับแต่นั้นเป็นต้นมาศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลสหรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ อำนาจเช่นนี้กระจายไปสู่ศาลทั่วไปและเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการตามปกติ เช่นเดียวกับการชี้ขาดข้อกฎหมายในคดีแพ่งและคดีอาญาอื่นๆ แต่เมื่อคู่ความไม่พอใจคำชี้ขาดก็ย่อมอุทธรณ์ฎีกาค่อไปได้จนถึงศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งจะเป็นประการสำคัญด่านสุดท้ายที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไว้ มิให้ถูกละเมิดได้ ระบบนี้ให้เหตุผลว่า ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการหรืออำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาคืออยู่แล้ว ในกรณีศาลต้องนำ “กฎหมาย” มาปรับแก้คดี ศาลจึงต้องตรวจสอบว่าอะไรเป็นกฎหมาย อะไรไม่เป็นกฎหมาย ถ้าศาลเห็นว่าสิ่งที่เป็นประเด็นอยู่ในขณะนั้นไม่ใช่กฎหมายเพราะขัดรัฐธรรมนูญ จะให้ศาลใช้สิ่งนั้นต่อไปได้อย่างไร แม้จะให้ส่งต่อไปให้องค์กรอื่นวินิจฉัยก็ไม่ปรากฏองค์กรใดที่เหมาะสมอีกแล้ว จะให้ส่งไปยังคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาอย่างนั้นหรือ ? ระบบกระจายอำนาจนี้จึงเกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญ (ไม่มีบทบัญญัติให้องค์กรอื่นมีอำนาจ) อาศัยเหตุผลทางตรรกวิทยา (การชี้ขาดว่าฎีกาใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นอำนาจตุลาการจึงต้องแยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร)¹⁶

2. ระบบรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียว (centralization)

หลักการตามระบบนี้ อำนาจควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะอยู่ที่องค์กรเดียวซึ่งอาจเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีอยู่แล้วตามปกติ เช่น ศาลฎีกา (แทนที่จะเป็นศาลอื่นๆ ทุกศาล) หรืออาจตั้งขึ้นใหม่โดยเฉพาะเพื่อการนี้ก็ได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ระบบนี้ให้เหตุผลว่า การกระจายอำนาจนี้ไปยังศาลต่างๆ เป็นการเปิดทางให้ผู้พิพากษาอาชีพเล่นการเมืองและอาจเป็นเป้าหมายการเมืองให้ถูกโจมตีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาล

¹⁶วิชญ์ เกรื่องาม. เรื่องเดียวกัน, หน้า 687-688.

หรือพรรคการเมืองผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น (ในกรณีที่รัฐบาลเสนอได้) และรัฐสภาผู้พิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวฝ่ายสนับสนุนระบบรวมอำนาจ ยืนยันว่าการให้ศาลทำหน้าที่นี้เป็นการขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจและเป็นการทำกิจกรรมทางการเมือง (political act) ทั้งทำให้คำวินิจฉัยขาดระเบียบและเอกภาพ นอกจากนี้การฝากปัญหาสำคัญของประเทศไว้ที่ผู้พิพากษามืออาชีพเป็นเรื่องอันตราย เพราะความคิดอ่านอาจถูกจำกัดอยู่ในวงแคบ ไม่ทันต่อความต้องการของสังคม¹⁷

3. ข้อความคิดว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งอาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ

1. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากแบบพิธีในการบัญญัติกฎหมาย (extrinsic constitutionality)
2. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย (intrinsic constitutionality)

1. ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากแบบพิธีในการตรากฎหมาย

กฎหมายหรือการนิติบัญญัตินั้น ถ้าจะกล่าวไปแล้วก็คือการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐ โดยผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติซึ่งประกอบด้วยบุคคลธรรมดาที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ แบบพิธีในการตรากฎหมายก็คือขั้นตอนและวิธีการของการแสดงเจตนารมณ์แทนรัฐในรูปของกฎหมายซึ่งจะมีผลผูกพันเสมือนกันว่ารัฐนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ด้วยตัวเอง ดังนี้ หากว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนหรือผิดไปจากแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และแบบพิธีดังกล่าว เป็นแบบพิธีที่มีความสำคัญ ซึ่งมีอาจละเลยได้แล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นขึ้นเป็นการแสดงเจตนารมณ์ที่ผูกพันรัฐ ในกรณีเช่นนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมจะเสียไปทั้งฉบับ และย่อมไม่อาจจะทำให้กลับมาเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้อีกโดยวิธีการให้สัตยาบัน หรือโดยวิธีการอื่นใด เว้นแต่จะได้กลับมาเริ่มต้นใหม่ให้ถูกต้องตามขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้โดยครบถ้วนเท่านั้น¹⁸

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติกำหนดแบบพิธีหรือกระบวนการในการตรากฎหมายนี้ แบ่งออกได้เป็น 3 ส่วน คือ

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 692.

¹⁸ กนิษฐา เขียววิทย์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

1. บทบัญญัติที่กำหนดองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ
 2. บทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนและกระบวนการต่างๆ ในการนิติบัญญัติ
 3. บทบัญญัติที่กำหนดรูปแบบของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติจะตราขึ้น
- (1) **องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ**

ปัญหาว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะใช้อำนาจของคนชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั่น มีข้อพิจารณา 3 ประการ คือ¹⁹

1. ขณะที่ใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นจะต้องมีองค์ประกอบถูกต้องครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ตลอดเวลาที่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นใช้บังคับ หากมีกรณีที่พิจารณากฎหมายไปโดยยังมีจำนวนสมาชิกไม่ครบตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นกรณีที่สมาชิกขาดคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ใน ย่อมไม่อาจถือได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้น โดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ให้เป็นผู้ใช้อำนาจ และด้วยเหตุนี้จึงย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่อาจถือได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2. การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติจะต้องมีการประชุมปรึกษาหารือและแสดงเจตนารมณ์ออกมาในรูปของมติที่ประชุมตามวิธีการและเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ และการปรึกษารือนั้นจะต้องครบองค์ประชุมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย หากมิได้มีการประชุมปรึกษาหารือกันหรือมิได้ดำเนินการประชุมให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ถูกตราขึ้นดังกล่าวนี้ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3. องค์กรนิติบัญญัติจะต้องใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วยตนเอง การมอบหมายอำนาจนิติบัญญัติต่อไปให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อให้ใช้อำนาจแทนคนนั้น โดยหลักการแล้วย่อมจะกระทำมิได้ แต่อย่างไรก็ดี การจะทำให้องค์กรนิติบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมใช้บังคับได้ทุกกรณีเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก ดังนั้น ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติให้องค์กรนิติบัญญัติมอบหมายอำนาจในการตรากฎหมายไปให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองให้แทนคนได้ในรูปของการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้การปฏิบัติภาระหน้าที่ของรัฐในด้านต่างๆ ดำเนินไปได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากที่สุด

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

(2) ขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ มักมีขั้นตอนและกระบวนการในการตรากฎหมาย 4 ขั้นตอน คือ การริเริ่มนำเสนอกฎหมาย การพิจารณาร่างกฎหมาย การประกาศใช้บังคับกฎหมาย และการประกาศโฆษณากฎหมายที่ได้ประกาศใช้บังคับนั้น

1. การริเริ่มนำเสนอกฎหมายโดยผู้มีสิทธิเสนอ

การริเริ่มเสนอกฎหมายจะต้องกระทำโดยบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น และจะต้องได้กระทำการโดยถูกต้องตามเงื่อนไขและข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ด้วย และหากร่างกฎหมายที่ได้เสนอเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติโดยบุคคลที่ไม่มีสิทธิจะนำเสนอกฎหมายได้ตามกฎหมาย ถ้าองค์กรนิติบัญญัติได้พิจารณาร่างกฎหมายนั้นและตราออกมาใช้บังคับเป็นกฎหมาย กฎหมายที่ผ่านการพิจารณานั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและย่อมอยู่ในสถานะที่จะถูกแย้งได้เสมอ

2. การพิจารณาร่างกฎหมาย

การพิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ ส่วนใหญ่แบ่งการพิจารณาเป็น 3 วาระ²⁰ คือ วาระแรกเป็นการพิจารณาในหลักการของกฎหมายโดยส่วนรวมว่าในขณะนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติกฎหมายที่มีสาระสำคัญตามที่เสนอมาขึ้นใช้บังคับหรือไม่ การลงมติในขั้นนี้จะเป็นการลงมติว่าองค์กรนิติบัญญัติจะรับร่างกฎหมายที่ได้ถูกเสนอเข้ามาไว้พิจารณาในรายละเอียดต่อไปหรือไม่ ถ้าองค์กรนิติบัญญัติมีมติว่าไม่รับร่างกฎหมายดังกล่าวในขั้นนี้ ร่างกฎหมายก็จะตกไป แต่ถ้าองค์กรนิติบัญญัติมีมติให้รับร่างกฎหมายไว้พิจารณาร่างกฎหมายก็จะเข้าสู่การพิจารณาในวาระที่สอง ซึ่งจะเป็นการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายนั้นๆ ว่าควรจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนใดบ้างหรือไม่ ตามปกติการพิจารณาในขั้นนี้้องค์กรนิติบัญญัติมักจะแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่พิจารณารายละเอียดของกฎหมายโดยเฉพาะก่อนที่จะนำเสนอร่างกฎหมายที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในชั้นกรรมการเข้าสู่การพิจารณาโดยองค์กรนิติบัญญัติในวาระที่สองอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจะทำการพิจารณาเป็นไปอย่างรวดเร็วกว่าที่จะมีสมาชิกขององค์กรนิติบัญญัติทั้งหมดร่วมกันพิจารณารายละเอียดของกฎหมายแต่ละมาตราพร้อมกัน แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เป็นร่างกฎหมายมีความสำคัญมากหรือเป็นเรื่องเร่งด่วน ในบางประเภทก็จะไม่มีการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นพิจารณาแต่จะพิจารณารายละเอียดของกฎหมายในวาระที่สองนี้โดยสมาชิกทั้งหมดขององค์กรนิติบัญญัติเอง แต่ด้วยวิธีการที่รวดเร็วและคล่องตัวว่าในกรณีปกติตามความเหมาะสมของสถานการณ์ และในบางประเทศก็ยังคงเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียใน

²⁰วิญญู เครืองาม. เรื่องเดียวกัน, หน้า 260-261.

ผลของกฎหมายที่จะตราขึ้นใช้บังคับได้มีโอกาสนี้แจงความคิดเห็นของคนต่อองค์กรนิติบัญญัติในการพิจารณาในวาระที่สองนี้อีกด้วย การพิจารณารายละเอียดของกฎหมายในวาระที่สองนี้โดยทั่วไปจะเป็นการพิจารณาซึ่งไม่มีการลงมติที่จะมีผลให้ร่างกฎหมายผ่านการพิจารณาหรือตกไป จะมีก็แต่เพียงการลงมติว่าจะให้มีการแก้ไขร่างตามที่ผู้เสนอขอแก้ไขหรือไม่เท่านั้น ส่วนการลงมติที่จะมีผลให้กฎหมายผ่านหรือตกไปได้อีกขั้นตอนหนึ่งในชั้นการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัตินี้จะอยู่ในช่วงของการพิจารณาในวาระที่สาม ซึ่งเป็นวาระที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องลงมติในครั้งสุดท้ายว่าจะให้ผ่านร่างกฎหมายฉบับนั้นมาเป็นกฎหมายที่จะมีผลใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่

กฎหมายที่ได้ผ่านการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติทั้งสามวาระแล้ว ถ้าเป็นร่างกฎหมายที่ไม่ได้เสนอต่อที่ประชุมร่วมกันของสภาทั้งสอง ในกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติประกอบด้วยสองสภา ร่างกฎหมายก็จะผ่านไปสู่อีกสภาหนึ่งซึ่งมักจะเป็นสภาสูงต่อไป แต่ถ้าเป็นร่างกฎหมายที่ได้เสนอต่อองค์กรนิติบัญญัติที่ประกอบด้วยสภาเดียวหรือได้เสนอในที่ประชุมร่วมของสภาทั้งสองแล้วก็จะผ่านไปสู่อีกขั้นตอนที่สาม คือ การประกาศใช้บังคับกฎหมายที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

3. การประกาศใช้บังคับกฎหมาย

ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติแล้วจะยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์มีผลบังคับใช้ได้ จนกว่าจะได้ผ่านกระบวนการ การประกาศใช้บังคับกฎหมาย หรือการตรากฎหมาย (promulgation) ซึ่งหมายถึงการนำเสนอร่างกฎหมายให้ประมุขแห่งรัฐลงนามเพื่อให้ประกาศในร่างกฎหมายนั้นๆ ได้

ในการใช้อำนาจตราหรือประกาศใช้บังคับกฎหมายนี้ ประมุขแห่งรัฐย่อมมีอำนาจยับยั้ง (veto) ซึ่งเป็นอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ลงนามในร่างกฎหมายที่ได้ถูกเสนอขึ้นมานั้น เพราะเห็นว่ายังไม่สมควรที่จะประกาศให้ร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาเช่นนั้นมีผลบังคับเป็นกฎหมายในขณะนั้น หรือเห็นว่าร่างกฎหมายฉบับนั้นถ้าได้รับการประกาศใช้แล้วก็จะไปขัดต่อรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี ในกรณีเช่นนี้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติยื่นข้อเสนออีกครั้งด้วยมติธรรมคาหรือมติพิเศษตามความสำคัญของร่างกฎหมายเพื่อลบล้างอำนาจในการยับยั้งของประมุขแห่งรัฐ และหากร่างกฎหมายที่ได้ผ่านการลงนามของประมุขแห่งรัฐหรือได้ถูกประมุขแห่งรัฐใช้อำนาจยับยั้ง แต่องค์กรนิติบัญญัติได้มีมติยืนยันตามเจตนาเดิมที่จะให้มีการประกาศใช้กฎหมายนั้นตามรัฐธรรมนูญ ย่อมเปลี่ยนสถานะจากร่างกฎหมายเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับได้อย่างสมบูรณ์

4. การประกาศโฆษณากฎหมาย

เมื่อมีการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว เพื่อที่จะให้ประชาชนมีโอกาสได้รับทราบกฎหมายที่จะมาใช้บังคับกับตนและ มีโอกาสวางแผนในการดำเนินกิจกรรม

ต่างๆ ให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงที่จะเกิดขึ้นต่อไป จึงต้องกำหนดให้มีการประกาศโฆษณา บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ อย่างเป็นทางการให้ประชาชนทั่วไปได้รับทราบ หากกฎหมายนั้นยังไม่ได้มีการประกาศโฆษณาก็ไม่อาจที่จะนำกฎหมายนำมาใช้บังคับให้เป็นผลร้ายกับประชาชนได้ แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ประกาศใช้บังคับแล้วได้กำหนดหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติ ประชาชนย่อมมีสิทธิ กล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขึ้นใช้ยื่นต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เสมอ แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะยังไม่ได้รับการประกาศโฆษณาอย่างเป็นทางการก็ตาม

(3) แบบของกฎหมาย

คำว่า “แบบ” หรือ “Form” ของกฎหมายที่กล่าวถึงในที่นี้หมายถึงลักษณะของการปรากฏตัวของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎขึ้นนั่นเอง²¹ แต่สำหรับกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ในระหว่างปัจเจกชนพลเมืองของรัฐด้วยกันเองหรือระหว่างปัจเจกชนพลเมืองของรัฐกับองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้นั้น จะต้องปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล่าวอ้างอำนาจตามกฎหมายที่ไม่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร มาล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพิจารณาจากสาระสำคัญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐไว้ และขณะเดียวกันก็กำหนดรับรองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและกำหนดวิธีการที่จะปกป้องสิทธิเสรีภาพเหล่านั้น ไว้จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองรัฐอีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งแท้จริงแล้วรัฐธรรมนูญไม่ได้สถาปนาหลักการใดๆ ขึ้นใหม่ เพียงแต่ได้บัญญัติรับรองคุณค่าที่ได้รับการยอมรับอยู่แล้วในสังคมลงไว้เป็นบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งในความเป็นจริงรัฐธรรมนูญไม่อาจที่จะบัญญัติหลักการที่เป็นที่ยอมรับในสังคมให้ครอบคลุมในทุกกรณีได้ ดังนั้น มาตรฐานที่ใช้เป็นเกณฑ์ในกาตรวจสอบนอกจากจะประกอบด้วยบทบัญญัติต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นหาของรัฐธรรมนูญแล้วยังจะต้องหมายรวมไปถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือคุณค่าทางสังคมที่รัฐธรรมนูญได้มุ่งหมายที่จะปกป้องรักษาไว้ อีกส่วนหนึ่งด้วย²²

²¹ กนิษฐา เชี่ยววิทย์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดเนื้อหาสาระัตถะของกฎหมาย อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ส่วน คือ

1. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

2. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

3. บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(1) เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญจะให้ดุลยพินิจขององค์กรนิติบัญญัติที่จะวินิจฉัยว่าในสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นนั้นควรจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นใช้บังคับหรือไม่ โดยพิจารณาจากความจำเป็นและความสมเหตุสมผลเป็นกรณีๆ ไปว่าในสถานการณ์ดังกล่าวประโยชน์มหาชนเรียกร้องให้ต้องมีการตรากฎหมายขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐหรือไม่ และในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนชนนั้นมีความสมเหตุสมผลเพียงใด

อย่างไรก็ดี ในบางกรณี รัฐธรรมนูญจะบัญญัติกำหนดไว้ว่าองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่มีลักษณะจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือเพิ่มภาระหน้าที่ให้กับปัจเจกชนพลเมืองของรัฐมากเกินไปกรณีปกติได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่ถูกระบุให้เป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ เช่น ภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน²³ ภาวะการรบหรือการสงคราม²⁴ การขาดแคลนปัจจัยที่จำเป็นเพื่อการมีชีวิตอยู่²⁵ โรคระบาดหรืออาชญากรรม²⁶ เกิดขึ้นแล้วเท่านั้น กรณีเช่นนี้หากองค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยไม่มีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือมีข้อเท็จจริงซึ่งไม่ใช่ข้อเท็จจริงชนิดเดียวกันกับที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปเงื่อนไขของการใช้อำนาจ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขแห่งการใช้อำนาจนี้เป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งที่ผู้มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะนำมาพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

²³มาตรา 13(3) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ฉบับลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949.

²⁴มาตรา 36 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521.

²⁵มาตรา 11(2) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ฉบับลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949.

²⁶มาตรา 11(2) และมาตรา 13(3) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ฉบับลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949.

(2) เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

เนื้อหาที่ประกอบกันขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนี้อาจแยกแยะออกได้เป็น 2 ส่วน คือ

(2.1) ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่จะต้องพิจารณาก็คือ บทบัญญัติที่กำหนดอาณาเขตของรัฐรูปแบบของรัฐ รูปแบบของรัฐบาล รูปแบบของประมุขของรัฐ องค์ประกอบและที่มาขององค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ ของรัฐ รวมทั้งขอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่เหล่านี้ว่าอยู่ในลักษณะเช่นใด บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดก็ตามที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น โดยมีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของรัฐ เปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ รูปแบบของรัฐบาล รูปแบบของประมุขของรัฐ หรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบ หรือขยายหรือตัดทอนอำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งให้แตกต่างไปจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจเช่นนั้นไว้โดยชัดแจ้ง ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁷

(2.2) ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักการจัดองค์การของรัฐเสรีประชาธิปไตยก็ถือเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติขึ้นรับรองหลักการ 2 หลักการ คือ หลักนิติรัฐ ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ที่การรับรองสิทธิเสรีภาพอันเท่าเทียมกันของปัจเจกชนและการสร้างหลักประกันให้กับสิทธิเสรีภาพที่ได้บัญญัติรับรองไว้ภายใต้หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความเป็นอิสระของตุลาการ และหลักประชาธิปไตย ซึ่งมีสาระสำคัญอยู่ที่การยอมรับสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการกำหนดเจตนารมณ์ของรัฐของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้กระบวนการในการคัดเลือกตัวบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ตรากฎหมายขึ้นกำหนดสิทธิหน้าที่ให้ประชาชนพลเมืองของรัฐต้องปฏิบัติ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น โดยละเอียดหรือชัดแจ้งต่อหลักการต่างๆ ที่ได้กล่าวมานี้ย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและย่อมอยู่ในสถานะที่จะถูกโต้แย้งได้เสมอ

(3) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ ความมุ่งหมายหรือผลสุดท้ายที่จะบรรลุได้เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งตามหลักนิติรัฐ กฎหมายที่ตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีวัตถุประสงค์คือเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์เท่านั้น ส่วนจะเป็นประโยชน์มหาชนด้านใด โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นดุลยพินิจขององค์กรนิติบัญญัติ

²⁷ กนิษฐา เชื้อววิทย์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

นั่นที่จะวินิจฉัยว่าในขณะที่ใดขณะหนึ่งมีความจำเป็นจะต้องตรากฎหมายขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนในด้านใดหรือไม่

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เฉพาะเจาะจงว่าองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพบางอย่างของประชาชนได้ก็แต่เฉพาะเพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแขนงใดแขนงหนึ่งเท่านั้น เช่น เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือภาวะสงคราม เพื่อรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อคุ้มครองเยาวชนให้พ้นจากการทอดทิ้ง เพื่อปราบปรามโรคระบาด หรือเพื่อป้องกันอาชญากรรม หรือเพื่อบรรเทาการขาดแคลนที่อยู่อาศัย เป็นต้น ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ นอกจากองค์กรนิติบัญญัติจะต้องตามกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนแล้ว ประโยชน์มหาชนที่กฎหมายมุ่งหมายจะปกป้องรักษาจะต้องเป็นประโยชน์มหาชนประเภทเดียวกับที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้อีกประการหนึ่งด้วย

กฎหมายใดที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการตอบสนองต่อความต้องการหรือสิทธิประโยชน์ของเอกชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หรือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเกินกว่ากรณีที่เป็นเพื่อปกป้องไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนหรือตอบสนองต่อประโยชน์มหาชนแขนงอื่นๆ นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราขึ้นเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์มหาชนแขนงหนึ่งแขนงใดโดยเฉพาะเจาะจง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ²⁸

²⁸เรื่องเดียวกัน หน้า, 42-43.

บทที่ 3

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศ

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศต่างๆ นั้น ต่างก็มีระบบที่แตกต่างกันไปแต่ระบบที่สำคัญสามารถแบ่งได้เป็นสองระบบด้วยกัน ดังนี้

1. ระบบการกระจายอำนาจการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Decentralized system)

ระบบการกระจายอำนาจการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นระบบ ที่ศาลทุกศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ศาลนั้นกำลัง พิจารณาอยู่ โดยถือกันว่าศาลเป็นองค์กรตุลาการที่มีอยู่แล้วและทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่อยู่ในระหว่างการพิจารณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ว่าปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นในศาลใด ซึ่งระบบนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาจากประวัติศาสตร์ของการจัดทำรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา พบว่าในตอนแรกมีการเสนอให้ศาลสหรัฐมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ แต่บทบัญญัตินี้ก็ถูกตัดออกไป เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่าศาลจะเข้าไปแทรกแซงนโยบายในการบริหาร²⁹ อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติศาลสูงสุดได้อ้างคดี *Mabury v. Madison* ว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ซึ่งนับจากนั้นศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายของมลรัฐ หรือกฎหมายของรัฐบาล ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบการกระจายอำนาจการควบคุมตรวจสอบในลักษณะนี้ ได้แก่ สวิตเซอร์แลนด์ กรีซ เป็นต้น

2. ระบบการรวมอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Centralized system)

ระบบการรวมอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรืออาจจะเรียกว่าระบบการควบคุมแบบรวมศูนย์นั้นเป็นระบบที่มีพื้นฐานมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen เป็นระบบที่มีการจำกัดให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพียงองค์กรเดียว โดยมีความเป็นอิสระเป็นหลักประกันในการทำงานซึ่งจะไม่ถูกแทรกแซงโดยทางการเมือง ซึ่งระบบนี้ประเทศออสเตรียเป็นประเทศแรกที่ได้นำมาใช้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1920 อย่างไรก็ดี แม้จะกล่าวว่าประเทศออสเตรียเป็นต้นแบบของระบบนี้แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าประเทศฝรั่งเศสก็เป็นที่มาของระบบนี้เช่นกัน กล่าวคือ ภายหลังจากการปฏิวัติครั้งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789

²⁹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, หน้า 28-29.

ซีเอเสตีได้เสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นใหม่ให้เป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาล และ ศาลเพื่อทำหน้าที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยเรียกว่า “คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในสมัย พระเจ้านโปเลียนที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็น “สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในเวลาต่อมาาระบบสภาสูงได้ล้มเลิกไปและประเทศฝรั่งเศสได้วางเว้น ไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่เป็นหลายปี จนกระทั่งมีการตั้ง “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 เพื่อควบคุมมิให้ร่างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและต่อมาสถานะก็เปลี่ยนเป็นสภารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ในที่สุด³⁰

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ในยุโรปใช้อยู่ นั้น ได้แก่ วิธีการหรือระบบที่การวินิจฉัยชี้ขาดที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอยู่ในเขตอำนาจของศาลเดียวเพียงศาลเดียว ซึ่งได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง อันเป็นลักษณะของระบบการรวมอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในขณะที่ในสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลยุติธรรมทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นศาลใดหรือชั้นใดต่างก็มีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น อันเป็นลักษณะของระบบการกระจายอำนาจการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

สำหรับในบทนี้จะได้กล่าวถึง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศโดยใช้ช่วงระยะเวลาของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นหัวข้อในการแบ่งแยกพิจารณาซึ่งโดยทั่วไปอาจแบ่งได้เป็นสองช่วง ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้ ซึ่งมีประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแบบอย่างที่สำคัญที่ใช้ระบบนี้ และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้ซึ่งมีประเทศเยอรมันเป็นประเทศแบบอย่างที่สำคัญที่ใช้ระบบนี้ โดยสาเหตุที่แบ่งพิจารณาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในสองประเทศนี้เป็นหลักนั้น เนื่องจากสาเหตุที่ว่าทั้งเยอรมันและฝรั่งเศส เป็นประเทศที่ใช้ระบบการรวมอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นระบบการควบคุมตรวจสอบที่มีลักษณะเดียวกับระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศไทย

³⁰ อัจฉนา พึ่งเย็น. “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543

1. ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้

ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้มีหลายประเทศ เช่น ออสเตรีย สเปน (จนถึงปี 1985) กรีซ สวิตเซอร์แลนด์ และฝรั่งเศส แต่ประเทศที่ถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบและเน้นหนักในรูปแบบของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้มากที่สุดนั้น ได้แก่ ฝรั่งเศส ดังนั้นในส่วนของระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้นั้นจึงจะกล่าวเฉพาะฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ของฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้น มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะควบคุมเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว ส่วนการเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่ นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น

1.1 อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส นอกจากจะมีอำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่อื่นอีกหลายประการ เช่น อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดในการตรากฎหมายของรัฐสภาและรัฐบาล อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการเลือกตั้งและสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อำนาจในการดำเนินการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการออกเสียงประชามติ และอำนาจในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจในยามฉุกเฉินของประธานาธิบดี เป็นต้น³¹

³¹วรงค์ ภาศิริรัตน์. วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1. วิญญูชน, 2546, หน้า 94-95.

1.2 อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

นับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ได้กำหนดให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) กฎหมายธรรมดา (loi ordinaire) พันธกรณีระหว่างประเทศ (engagement international) และข้อบังคับการประชุมสภา (règlements des assemblées parlementaires) ถูกตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ โดยการตรวจสอบดังกล่าวมีขึ้นเพื่อ "ป้องกัน" มิให้กฎหมายหรือข้อบังคับเหล่านั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) ซึ่งก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ไม่มีองค์กรใดๆ มาควบคุมเนื่องจากยังยึดถือทฤษฎีความเป็นอธิปไตยของรัฐสภา

การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) นี้ มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อ

1. รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 และคำปรารภ (Preamble)
2. คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946
3. ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1789 (Declaration des droits de l'homme)

ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้น ได้กล่าวรับรองถึงสิทธิต่างๆ ของประชาชนตามที่บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 เอาไว้ ดังนั้น จึงทำให้คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 มีผลบังคับใช้ในปัจจุบันและอยู่ในสถานะเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย นอกจากนี้กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายลำดับชั้นสูงกว่ามิได้และกฎหมายจะต้องไม่ทำผิดแบบวิธี เช่น แบบวิธีในการร่าง การตรวจสอบ หรือผู้มีอำนาจในการร่าง³²

ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทด้วยกัน คือ

1. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ว่าต้องทำ (obligatoire)
2. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจทำได้ (facultatif) และ

³² นันทวัฒน์ บรมานันท์. "ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส" รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545, หน้า 126.

3. การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

1. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ให้ต้องทำ (obligatoire)

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญประเภทนี้เป็นการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และร่างข้อบังคับรัฐสภา (reglements des assemblies parlementaires) โดยเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบบังคับ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่นายกรัฐมนตรี หรือประธานแห่งสภาที่ตราข้อบังคับแล้ว แต่กรณีนำร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างข้อบังคับรัฐสภาต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61³³

จากบทบัญญัติมาตรา 61 บรรดากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยอัตโนมัติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้รวมถึงกฎ ข้อบังคับต่างๆ ของรัฐสภา (reglement des assemblies parlementaires) ด้วย

การตรวจสอบนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน เว้นแต่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉินซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

³³มาตรา 61 ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการใช้บังคับข้อบังคับรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าว เสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกันก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน หกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญนั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยอม ทำให้การนับระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมายหยุดลง”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ แต่ถ้าหลักการสำคัญของร่างดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าร่างนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ได้

เหตุผลที่ต้องบังคับให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ก็เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับจึงต้องทำการตรวจสอบให้แน่นอนว่าได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนร่างข้อบังคับของรัฐสภาที่เช่นกัน คือ ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนประกาศใช้ว่าร่างข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นกัน เพราะเนื้อหาของข้อบังคับสภาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมาย ซึ่งหากขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมายผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติก็จะเกิดปัญหาตามมาในภายหน้าได้⁴⁴

สำหรับบุคคลที่จะเป็นผู้ส่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น ในรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ว่าผู้ใดจะเป็นผู้มีอำนาจส่ง โดยไปกำหนดไว้ในรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 มาตรา 17 กล่าวคือ ในกรณีของข้อบังคับการประชุมสภาผู้มีความประสงค์ได้แก่ประธานสภาที่เป็นเจ้าของร่างข้อบังคับนั้น ส่วนในกรณีของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้นผู้มีความประสงค์ได้แก่ นายกรัฐมนตรี

2. การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้

การควบคุมที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ว่าสามารถทำได้นั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61วรรค 2 สำหรับกฎหมายธรรมดา และมาตรา 54 สำหรับกรณีพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งการควบคุมทั้ง 2 ประเภท รัฐธรรมนูญมิได้บังคับว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะต้องตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

ก. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดา (lois ordinaires) การควบคุมกรณีนี้เป็นการควบคุมแบบไม่อัตโนมัติหรือไม่บังคับ ซึ่งแตกต่างจาก

⁴⁴ นันทวัฒน์ บรมนันท์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 131-133.

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมสภา

โดยหลังจากที่ร่างกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วและกำลังรอการประกาศใช้ ถ้าประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 60 คน หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 60 คน มีเหตุอันควรสงสัยว่าร่างกฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บรรดาผู้ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจเหล่านี้สามารถร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จ ภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน เว้นแต่กรณีที่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉิน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างกฎหมายดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ³⁵

สำหรับการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้น ได้ก็อาจวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แต่หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ ก็อาจวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน ซึ่งประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นเฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะส่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก็ได้

ข. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux)

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ดังนี้

“ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องขอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาใดสภาหนึ่ง หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน และได้มีมติว่าความผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ การอนุญาตให้มีการให้สัตยาบัน หรือให้ความเห็นชอบต่อความผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว”

³⁵ นันทวัฒน์ บรมนันท์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 133-135.

จากมาตรา 54 ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรืออนุญาตให้มีการตกลงทำสัญญาระหว่างประเทศ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา อาจยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสัญญาที่จะไปตกลงกับต่างประเทศได้³⁶ ซึ่งหากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่แก้ไขร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว

ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญนี้ หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญา (traites) และข้อตกลง (accord) ระหว่างประเทศด้วย ผู้มีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณา คือ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร และถ้าคณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่าร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีบางส่วนที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือให้ประเทศคู่สัญญาทบทวนร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นเสียก่อน รัฐสภาจึงสามารถให้การภาคยานุวัติแก่ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้³⁷

รัฐธรรมนูญได้กำหนดผู้ที่มีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างกฎหมายหรือพันธกรณีระหว่างประเทศก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับได้ ไว้ 6 ประเภท ดังนี้

(ก) ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เนื่องจากตามมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดหน้าที่ของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐไว้ว่าเป็นผู้ดูแลให้มีการเคารพในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(ข) นายกรัฐมนตรี โดยทั่วไปนายกรัฐมนตรีจะมาจากเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งหากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็อาจที่จะใช้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรแก้ไขกฎหมายนั้นได้ตั้งแต่ต้น ดังนั้น การที่นายกรัฐมนตรีจะขอให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายในทางปฏิบัติจึงเกิดขึ้นได้ยาก

(ค) ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภา

ประธานสภาผู้แทนราษฎรมาจากเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎร ดังนั้นจึงสามารถใช้เสียงข้างมากในสภาแก้ไขปรับปรุงร่างกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้

³⁶ วรเจนี ภาศิริรัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า.96.

³⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

โดยง่าย ส่วนประธานวุฒิสภานั้นในทางปฏิบัติไม่ค่อยปรากฏว่าจะประธานวุฒิสภาจะเป็นผู้เสนอให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

(ง) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มาตรา 61 วรรคสองแห่ง รัฐธรรมนูญ กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน สามารถร้องขอโดยตรงต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่าง กฎหมายได้

มาตรา 61 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้การตรวจสอบความ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นการตรวจสอบ "ก่อน" ที่กฎหมายจะประกาศใช้บังคับ ดังนั้น จึงกำหนดไว้เฉพาะผู้ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดทำร่างกฎหมายเท่านั้นที่จะมีสิทธิที่จะร้องขอให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายได้ ประชาชนและ ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

การตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีต่อกฎหมายธรรมดา กับ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างกันตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ เพราะในการพิจารณาว่า กฎหมายธรรมดาจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้ขอให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจะต้องให้เหตุผล ว่าบทบัญญัติใดในร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องอธิบาย เหตุผลดังกล่าวไว้ในคำขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา ส่วนในกรณีกฎหมายประกอบ รัฐธรรมนูญนั้นรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 58 – 1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แต่เพียงว่าการส่งร่างกฎหมายประกอบ รัฐธรรมนูญไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาจะต้องมีหนังสือนำส่ง (letter de transmission) จากนายกรัฐมนตรีเท่านั้น ไม่ใคร่ระบุว่าจะต้องแจ้งว่ามีประเด็นใดที่ขัดหรือแย้ง หรือไม่สอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร³⁸

ขอบเขตในการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ในทางปฏิบัติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบทั้งรูปแบบและเนื้อหาของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ นั้นว่ามีส่วนใดที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบ ประเด็นหลัก 3 ประเด็น ด้วยกัน คือ

³⁸Louis FAVOREU, Loic PHILIP, Les grandes de'cisions du Conseil constitutionnel, Dalloz 8, Paris, 1995, p. 201. อ้างใน นันทวัฒน์ บรรณานันท์.กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ข้อคิดเพื่อการปรับปรุง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา, 2541, หน้า 108.

ก. ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นอย่างถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 46 หรือไม่

ข. ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระอันอยู่ในขอบอำนาจของการตราเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ และ

ค. ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสาระทั้งหมดหรือบางส่วนใดส่วนหนึ่งที่ขัดหรือแย้ง หรือไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่

3. การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มีบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหาร โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ กล่าวคือ แม้รัฐสภาจะเป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ถูกจำกัดอำนาจดังกล่าว โดยมาตรา 34 ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสภาในการตราบัญญัติ (loi) ได้เฉพาะบางเรื่องส่วนเรื่องอื่นที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา 34 ก็จะให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ที่จะออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (reglement) ได้ เบื้องหลังของการบัญญัติมาตรา 34 ดังกล่าวนั้นมีที่มาจากกรณีที่ในอดีตของ ประเทศฝรั่งเศสได้ประสบปัญหาของการที่รัฐบาลขาดเสถียรภาพแต่ขณะเดียวกันรัฐสภาหรือฝ่าย นิติบัญญัตินั้นมีอำนาจมาก เพราะฉะนั้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนหลายท่าน ได้มองเห็นถึงปัญหาดังกล่าวจึงนำกลไกที่เรียกกันว่าการสร้างอำนาจให้กับฝ่ายบริหารให้อยู่เหนือฝ่ายนิติบัญญัติ มาใช้³⁹

“มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติ

บัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ
- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมาย ว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา
- การกำหนดความผิดอาญาขั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษ สำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่และ สถานภาพของผู้พิพากษา

³⁹ นันทวัฒน์ บรมนันท์. บันทึกผลการสัมมนา เรื่อง “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” จัดโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญร่วมกับสถาบันนโยบายศึกษา (ipps), หน้า 34.

- ฐานภาษี อัตรา และวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา เช่นกัน รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น
- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่างๆ ขึ้นใหม่
- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร
- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจ ภาครัฐ

ไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบทั่วไปในการป้องกันประเทศ
- การปกครองตนเอง อำนาจอหน้าที่ และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- การศึกษา
- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สิน และข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสภาพแรงงาน และการประกันสังคม

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณกำหนดรายได้และค่าใช้จ่ายของรัฐตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม กำหนดเงื่อนไขทั่วไปเกี่ยวกับความสมดุลทางการเงิน บัญชีประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการวางแผนกำหนดเป้าหมายของกิจกรรมทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ บทบัญญัติมาตรานี้อาจจะบัญญัติเพิ่มเติมและขยายความได้โดยการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ”

“มาตรา 37 เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตรา รัฐบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 37 แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่าในมาตรา 34 จะกำหนดเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะตรา รัฐบัญญัติไว้ แต่ก็ยังมีการจำกัดอำนาจในการตรา

กฎหมายของรัฐสภาเอาไว้อีก โดยในตอนต้นของมาตรา 34 ได้บัญญัติให้รัฐสภาสามารถตรา
รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องต่างๆ ในขณะที่ตอนกลางของมาตรา 34 กำหนดให้รัฐสภาสามารถ
ตราบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในหลายๆ เรื่อง ซึ่งในกรณีหลังนี้เป็นการจำกัดอำนาจของ
รัฐสภาที่จะกำหนดเพียงหลักการสำคัญๆ ส่วนรายละเอียดเนื้อหาของกฎหมายคงมอบให้เป็น
หน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยต่อไป

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่าย
นิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยจะตรวจสอบว่า กฎหมายที่
จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่เกินขอบเขตที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ซึ่งหากรัฐสภากฎหมาย
เกินกว่าขอบอำนาจที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ก็จะเป็นการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตการ
ตรากฎหมายของฝ่ายบริหารที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้⁴⁰

2. ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการ ประกาศใช้

ประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการ
ประกาศใช้มีหลายประเทศด้วยกัน เช่น ออสเตรีย เยอรมัน แต่ประเทศที่จะนำมาทำการศึกษาในที่นี้
ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน เท่านั้น

ที่มอันสำคัญในอดีตซึ่งนับว่าเป็นพื้นฐานของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันก็คือ
ร่างรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยฉบับแฟรงเฟิร์ต ค.ศ. 1849 ที่ได้กำหนดแนวความคิดของการตรวจ
สอบไว้อย่างชัดเจนให้ร่างกฎหมายที่ผ่านสภา (Diet) จะต้องถูกตรวจสอบว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ
หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญฉบับแฟรงเฟิร์ต ค.ศ. 1849 นั้น ก็ได้มีการประกาศ
ใช้บังคับแต่อย่างใด ค.ศ. 1918 ต่อมาในสมัยไวมาร์ รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1918 ได้กำหนดแต่เพียง
ว่า “การควบคุมตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญจะกระทำในกรณีพิพาทระหว่างสหพันธรัฐและ
มลรัฐเท่านั้น” แต่ไม่ได้กำหนดรับรองให้มีการรับเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของ
ประชาชน อีกทั้งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ยังไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนจะให้ศาลมีอำนาจ
ตรวจสอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง องค์การศาล
รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (Das Bundesverfassungsgericht หรือใช้ชื่อย่อว่า BverfG) ได้จัดตั้งขึ้นโดย
รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน⁴¹

⁴⁰ นันทวัฒน์ บรมนันท์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

⁴¹ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักงาน
กองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538, หน้า 16-17.

2.1 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) และได้นำมาบัญญัติไว้อีกในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Gesetz über Bundesverfassungsgericht-BVerf-GG) โดยเป็นการบัญญัติรวบรวมอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่กระจัดกระจายตามมาตราต่างๆ นำมาบัญญัติรวมไว้ในมาตราเดียวเพื่อความสะดวกในการใช้ โดยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์เยอรมันมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ดังนี้⁴²

- 1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล⁴³
- 2) คดีเกี่ยวกับพรรคการเมือง⁴⁴
- 3) การตรวจสอบการเลือกตั้ง⁴⁵
- 4) คดีฟ้องประธานาธิบดีสหพันธ์⁴⁶
- 5) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ⁴⁷
- 6) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม⁴⁸
- 7) คดีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ โดยเฉพาะเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามกฎหมาย⁴⁹

⁴²บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ กรุงเทพฯ ฯ : วิทยุชน, 2544, หน้า 87-88.

⁴³มาตรา 18 กฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน (GG) และมาตรา 13 ข้อ 1 กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfGG)

⁴⁴มาตรา 21 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 2 BVerfGG

⁴⁵มาตรา 41 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 3 BVerfGG

⁴⁶มาตรา 61 GG และมาตรา 13 ข้อ 4 BVerfGG

⁴⁷มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 1 GG และมาตรา 13 ข้อ 5 BVerfGG

⁴⁸มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 6 BVerfGG

⁴⁹มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 7 BVerfGG

8) คดีข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนอื่นๆ ระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกันเท่าที่ศาลอื่นๆ ไม่ได้กำหนดเขตอำนาจศาลในเรื่องนั้น⁵⁰

9) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน⁵¹

10) คดีฟ้องผู้พิพากษาของสหพันธ์หรือของมลรัฐ⁵²

11) คดีข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐในกรณีที่ถูกกฎหมายของมลรัฐได้กำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์⁵³

12) การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม⁵⁴

13) การตรวจสอบกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าเป็นกฎหมายภายในหรือไม่⁵⁵

14) การควบคุมเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพในการตีความคดีรัฐธรรมนูญ⁵⁶

15) วินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกใช้บังคับก่อนรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ยังมีผลบังคับต่อไปหรือไม่⁵⁷

16) ในกรณีอื่น ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ในกฎหมายสหพันธ์⁵⁸

2.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเยอรมันในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐธรรมนูญของเยอรมันสามารถแบ่งได้เป็น 3 วิธีด้วยกัน ได้แก่

1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

มาตรา 100 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ (Grund-gesetz - GG) ได้บัญญัติว่า

“หากการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องใดซึ่งการวินิจฉัยคดีในเรื่องนั้นศาลเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้บังคับคดีในเรื่องนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้ศาลหยุด

⁵⁰มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4 GG และมาตรา 13 ข้อ 8 BVerfGG

⁵¹มาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 4a และ 4b GG และมาตรา 13 ข้อ 8 a BVerfGG

⁵²มาตรา 98 วรรค 2 และวรรค 5 และมาตรา 13 ข้อ 9 BVerfGG

⁵³มาตรา 99GG และมาตรา 13 ข้อ 10 BVerfGG

⁵⁴มาตรา 100 วรรค 1 GG และมาตรา 13 ข้อ 11 BVerfGG

⁵⁵มาตรา 100 วรรค 2 GG และมาตรา 13 ข้อ 12 BVerfGG

⁵⁶มาตรา 100 วรรค 3 GG และมาตรา 13 ข้อ 13 BVerfGG

⁵⁷มาตรา 136 GG และมาตรา 13 ข้อ 15 BVerfGG

⁵⁸มาตรา 136 GG และมาตรา 13 ข้อ 15 BVerfGG

การพิจารณาไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว ถ้าหากกรณีนั้นเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ให้ศาลนั้นยื่นเรื่องดังกล่าวให้ศาลของมลรัฐที่มีเขตอำนาจในเรื่องสำหรับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัย หากกรณีนั้นเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ ให้ศาลนั้นยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัย ให้นำบทบัญญัตินี้มาใช้กับกรณีที่กฎหมายของมลรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ หรือกรณีที่กฎหมายของมลรัฐขัดกับกฎหมายของสหพันธ์...”

ลักษณะของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมในกรณีนี้ ได้แก่ เรื่องที่มีการนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นข้อพิพาทกันแล้วระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างพลเมืองกับหน่วยงานของรัฐ และปรากฏว่ามีการกล่าวอ้างในคดีนั้นว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ใช้แก้คดีนั้นก้าวล่วงต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของตน (ในกรณีดังกล่าวนี้การที่กล่าวอ้างเช่นนั้นเนื่องจากในรัฐธรรมนูญบัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลใช้บังคับได้โดยตรงและทำให้กฎหมายที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญด้วย) ถ้าโจทก์สามารถทำให้ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นคล้อยตามได้ ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวก็จะหยุดการพิจารณาไว้ก่อนแล้วยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ซึ่งในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมในกรณีนี้สามารถแบ่งแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1.1 ผู้มีสิทธิในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในกรณีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรม (die konkrete Normenkontrolle) ผู้มีสิทธิยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยตามมาตรา 100 GG นั้น โดยหลักการแล้วคือ “ศาล” เท่านั้น โดยหมายถึง ศาลทั้งหมดของสหพันธ์ (Bundesgerichte) และศาลของมลรัฐ (Landesgerichte) และหมายความรวมถึงศาลทุกสาขา (ศาลสังคม ศาลภาษี ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลแรงงาน)นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐด้วย แต่ไม่หมายรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เอง⁹⁹

1.2 วัตถุประสงค์การตรวจสอบในกรณีของการควบคุมแบบรูปธรรม

การยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยอาจทำได้เมื่อการยื่นเรื่องนั้นเป็นการยื่นเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “กฎหมาย” ในความหมายของมาตรา 100 บรรคหนึ่งเท่านั้น โดยหลักแล้วการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรม (die konkrete Normenkontrolle) ศาลที่วินิจฉัยเรื่องนั้นๆ อาจยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้เฉพาะกฎหมายในทางรูปแบบที่มีผลบังคับใช้ภายหลังที่รัฐธรรมนูญนี้มีผลบังคับใช้ (formelle

⁹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 188.

nachkonstitutionelle Gesetze) เท่านั้น (ทั้งกฎหมายของสหพันธ์และกฎหมายของรัฐ) โดยไม่ต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายธรรมดาหรือเป็นกฎหมายที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่อาจยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้นั้นจึงต้องเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว และเป็นกฎหมายที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ จุดเริ่มต้นของความสามารถควบคุมตรวจสอบได้นั้นเริ่มเมื่อมีการประกาศใช้และมีผลบังคับใช้ ดังนั้น การตรวจสอบกฎหมายจึงไม่อาจจะกระทำได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าวหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะป้องกัน จึงไม่อาจจะกระทำได้⁶⁰

1.2.1 กฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze)

ก. ลักษณะของกฎหมายในทางรูปแบบ กฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze) หมายถึง กฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติของ อย่างไรก็ตาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยหรือไม่ ยังต้องพิจารณาถึงความสำคัญและความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัย (Entscheidungserheblichkeit) ของกฎหมายที่ยื่นมายังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ด้วย คังกรณีของกฎหมายงบประมาณอาจที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

นอกจากนั้นยังมีกรณีที่ทำให้ถือว่าเป็นกฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze) ด้วยเช่นกัน หากกฎหมายนั้นได้รับการพิจารณาด้วยเหตุผลพิเศษอันเป็นเหตุผลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถึงแม้กฎหมายนั้นจะไม่ได้ได้รับการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ก็ตาม หากแต่ได้รับการพิจารณาตามกระบวนการอื่นๆ ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในการออกกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อาจควบคุมตรวจสอบได้ซึ่งในกรณีนี้ยังรวมไปถึงกฎหมายที่ออกโดยคณะกรรมการร่วมตามมาตรา 53 a มาตรา 115 e วรรคสองของรัฐธรรมนูญในกรณีสถานการณ์การป้องกันประเทศ

ในกรณีของกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น รัฐกฤษฎีกา (Rechtsverordnung) ก็คือ กฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Satzung) ต่างๆ ก็คือ หรือ ข้อบังคับของหน่วยงานต่างๆ เช่น ข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎรก็คื กฎหมายเหล่านี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ข. กฎหมายในทางรูปแบบต้องเป็นกฎหมายที่ออกภายหลังที่รัฐธรรมนูญ

⁶⁰Rower, NVwZ 1983, S.145; W.Schmidt, NVwZ 1982, S. 181 ff อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 190.

ปัจจุบันมีผลบังคับใช้ (nachkonstitutionelle Gesetze)

ข.1 ความหมายของกฎหมายที่ออกภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญปัจจุบันมีผลบังคับใช้

โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 (มาตรา 145 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ) ดังนั้น กฎหมายที่ออกภายหลังจากระยะเวลาดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ เช่น กฎหมายเลือกตั้ง (Wahlgesetze) ที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ (Parlamentarischer Rat) จึงเป็นกฎหมายที่ออกภายหลังจากรัฐธรรมนูญ ถึงแม้จะไม่ได้ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูง (ภายหลังจากรัฐธรรมนูญใช้บังคับระยะหนึ่งจึงมีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์)

ตามคำวินิจฉัยเดิมศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเองก็เป็น “บทบัญญัติ” ของกฎหมายที่อาจยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้ ภายใต้ ข้อพิจารณาของกฎหมายในทางรูปแบบนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในความหมายของกฎหมายในทางรูปแบบ ในทางตรงกันข้าม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเดิม (ซึ่งตรงกันข้ามกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขใหม่) นั้น ไม่ใช่กฎหมายที่ออกภายหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้อ้างถึงการคุ้มครองเป็นพิเศษต่ออำนาจในการให้รัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) เพื่อให้เหตุผลในการที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจในการพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเดิม ซึ่งพิจารณาแล้วก็มีเหตุผล แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอย่างเป็นระบบแล้วอาจให้เหตุผลได้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นมีความเป็นไปได้ว่าจะขัดแย้งกับหลักความยุติธรรมในทางเนื้อหาอันเป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเอง ดังนั้น ในกรณีนี้ในแง่ของระยะเวลาได้เกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการใช้หลักการนั้นๆ และโดยเหตุผลนี้จึงอาจอนุมานได้ว่า “บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเดิม” นั้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญมีผลบังคับแล้ว

ข.2 การแสดงเจตนารับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (vorkonstitutionelle Rechte) ให้เป็นกฎหมายตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยองค์กรนิติบัญญัติ

เนื่องจากมีกฎหมายในทางรูปแบบที่สำคัญจำนวนมาก ซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนปี ค.ศ. 1949 และมีกฎหมายบางฉบับมีผลมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 เช่น ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) และประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) เป็นต้น ซึ่งจำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สามารถควบคุมตรวจสอบได้ และหากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆ ได้รับการแก้ไขภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญบังคับใช้ย่อมไม่เป็นปัญหาสำหรับการควบคุมตรวจสอบ โดยศาลรัฐธรรมนูญ

สหพันธ์ได้ขยายขอบเขตของกฎหมายที่อาจยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ โดยได้ขยายความหมายของกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ ให้หมายความรวมถึงกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้แสดงเจตนารับกฎหมายนั้นๆ ให้อยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องแสดงเจตจำนงให้ปรากฏในกฎหมายฉบับนั้นๆ ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองกฎหมายฉบับนั้นให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ดังนั้นกรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองกฎหมายฉบับนั้น เงื่อนไขสำคัญในการวินิจฉัยกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือ การมีมติของฝ่ายนิติบัญญัติในทางข้อเท็จจริงที่ทำให้การรับรองว่ากฎหมายฉบับนั้นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ตัวอย่างของการรับรองกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ ประกาศให้ใช้กฎหมายฉบับนั้นใหม่หรือการที่กฎหมายฉบับใหม่ (กฎหมายที่มีผลบังคับใช้หลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ) ได้อ้างถึงกฎหมายฉบับเก่า (ก่อนใช้รัฐธรรมนูญ)

1.2.2. กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ (Allgemeine Regeln des Völkerrechts) ตามมาตรา 25 GG

ตามมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์ กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายภายใน และก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อยู่อาศัยในเขตของสหพันธ์รัฐ”

หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ (die allgemeinen Regeln des Völkerrechts) ถือว่าเป็นกฎหมายภายในของเยอรมันประเภทหนึ่ง (Dualismus) และด้วยเหตุนี้เองหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ด้วย เมื่อหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลเป็นกฎหมายภายในจึงต้องอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น กรณีจึงมีความเป็นไปได้ว่า หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศอาจขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงอาจถูกพิจารณาตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ตาม มีความเห็นแย้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในเรื่องดังกล่าว ว่า หลักทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่ใช่กฎหมายในทางรูปแบบ เพราะมาตรา 100 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญนั้น มีความมุ่งหมายต่อการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งกระทำการภายใต้ขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การให้ศาลสามารถเสนอหลักทั่วไปในทางกฎหมายระหว่างประเทศไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เพื่อควบคุมตรวจสอบได้นั้นจึงไม่สอดคล้องกับความมุ่งหมายของมาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG การรับรองหลักทั่วไปของกฎหมาย

ระหว่างประเทศโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 นั้น ไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติโดยทั่วไปได้ หากแต่ต้องถือได้ว่าเป็นการตัดสินใจของอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ดังนั้น เฉพาะมาตรา 25 GG เอง จึงไม่สามารถที่จะยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์วินิจฉัยได้ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะกรณีใดๆ หลักทั่วไปทางกฎหมายระหว่างประเทศไม่อาจจะถูกยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแบบนามธรรมได้⁶¹

1.2.3 กฎหมายในรูปของข้อตกลงระหว่างประเทศ (Vertragsgesetze) ตามมาตรา 59 วรรคสอง GG

กฎหมายในรูปของข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ถือว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ศาลจะยื่นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยได้ หากแต่เป็นกฎหมายที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามกระบวนการให้สัตยาบัน ดังนั้น กฎหมายในลักษณะดังกล่าวจึงอาจได้รับการตรวจสอบโดยรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม

1.2.4 กฎหมายของสหภาพยุโรป (Europäisches Gemeinschaftsrecht)

ประเด็นนี้ยังมีความขัดแย้งกันมากและในรายละเอียดนั้นยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายของสหภาพยุโรปนั้นเป็น “กฎหมาย” ในความหมายของมาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามในเบื้องต้นมีความเห็นพ้องกันว่ากฎหมายที่ให้ความเห็นชอบต่อสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (die Zustimmungsgesetze zu den Gründungsverträgen) นั้น เป็นกฎหมายที่อาจเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เพื่อให้มีการพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ในทางตรงกันข้ามกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยสหพันธ์เห็นว่ามีใช่ “กฎหมาย” ในความหมายของมาตรา 100 วรรคหนึ่ง ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะทำการควบคุมตรวจสอบได้

1.3 ความแน่ใจของศาลว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ

(Überzeugung des vorliegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm)

ตามมาตรา 100 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ตามความเห็นของศาลที่ขึ้นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีของกฎหมายมลรัฐกฎหมายนั้นขัดกับกฎหมายระดับสหพันธ์ เงื่อนไขดังกล่าวถือว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาวินิจฉัยในทางเนื้อหา (Sachentscheidungsvoraussetzung) สำหรับศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ตามมาตรา 80 วรรคสอง BVerfGG ได้บัญญัติเพิ่มเติมว่าในการให้เหตุผลของศาลนั้นจะต้องกล่าวอ้างด้วยว่า การวินิจฉัยของศาลในคดีนั้นขึ้นอยู่กับการใช้บังคับของบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ และกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งกับ

⁶¹Benda/klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, Heidelberg 1991,p.313. อ้างใน บรรณเจติสิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 196.

กฎหมายใดพร้อมทั้งให้แนบเอกสารต่างๆ มาพร้อมกันด้วย⁶²

1.3.1 ความหมายของคำว่า “ความแน่ใจ” (Überzeugung)

จากถ้อยคำของมาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG หากเป็นเพียงความสงสัย (Zweifel) ว่า กฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าหรือไม่นั้น ไม่สามารถจะขึ้นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นเกณฑ์ในการจำแนก ระหว่างการควบคุมตรวจสอบแบบรูปธรรม (Konkret) ออกจากแบบนามธรรม (abstrakt)

การขึ้นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัย ศาลจะต้องเห็นว่าเป็นความ จำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขัดกับ รัฐธรรมนูญหรือไม่ และต้องเป็นความเห็นของศาลนั้นจริงๆ มิใช่เป็นเพียงศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่า มีความเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ

1.3.2 สาระสำคัญของ “ความแน่ใจ”

เพื่อให้ศาลที่ขึ้นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แน่ใจว่ากฎหมายที่ใช้ใน คดีของตนนั้นขัดแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า จำเป็นที่ศาลนั้นจะต้องตีความบทบัญญัติ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้ง 2 บทบัญญัติ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ใน ลำดับชั้นที่สูงกว่า (เช่น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ) และบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ ต่ำกว่าจากพื้นฐานดังกล่าวนี้นำไปสู่ผลสรุปในการตรวจสอบของศาลนั้น⁶³

ความแน่ใจของศาลย่อมขึ้นอยู่กับการตีความของศาลกับกฎเกณฑ์ที่ใช้ใน การตรวจสอบ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ยอมรับการตีความดังกล่าว หากการตีความนั้นไม่เป็นการขัดกับคำวินิจฉัยของศาลนั้นเอง หรือ มิใช่กรณีที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นการตีความที่ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 100 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญและมาตรา 80 BverfGG ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขว่าความแน่ใจของศาลที่ ขึ้นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยนั้นจะต้องเป็นความแน่ใจที่ถูกต้องด้วย ดังนั้น การตีความกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบ (รัฐธรรมนูญ) อย่างผิดพลาด ย่อมก่อให้เกิดความแน่ใจ ว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้ในการวินิจฉัยขัดกับรัฐธรรมนูญ การพิจารณาความแน่ใจของศาล นั้นเป็นการเพียงพอ หากศาลได้ให้เหตุผลตามความเห็นของศาลและความเห็นนั้นเป็นความเห็นที่มี เหตุผล กรณีเป็นที่ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับไม่ผูกพันกับการตีความของศาลที่ขึ้นเรื่อง มายังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์⁶⁴

⁶²บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 197.

⁶³Benda/klein .Ibid.,p.322. อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 198.

⁶⁴บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 198.

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะไม่ยอมรับการตีความของศาลที่ขึ้นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ หากศาลนั้นตีความว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยที่ศาลนั้นละเลยที่จะใช้หลักการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (die verfassungskonforme Auslegung) มาพิจารณาในการตีความดังกล่าว ถ้ามีความเป็นไปได้ในการตีความได้หลายทางแต่มีความเป็นไปได้เพียงทางเดียวที่จะตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้เลือกการตีความที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอันถือว่าการยอมรับต่ออำนาจนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย เพราะหากตีความเป็นประการอื่นจะมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นว่าในกรณีนี้ศาลไม่อาจที่จะขึ้นเรื่องมาให้ศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลจะต้องแน่ใจด้วยว่าไม่มีความเป็นไปได้ที่จะตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ถ้าฟังเพียงข้อเท็จจริงว่าศาลสูงเห็นว่าการตีความตามที่เสนอของศาลที่ศาลนั้นจะขึ้นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัย เพราะศาลนั้นเองไม่ได้เห็นว่าการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นไปได้⁶⁵

1.4 ความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัย (Entscheidungserheblichkeit)

การขึ้นเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลเห็นว่าขัดกับรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 100 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้เฉพาะกรณีที่การวินิจฉัยคดีของศาลในเรื่องนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว (มาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG หรือมาตรา 80 วรรคสอง BverfGE) หรือที่เรียกว่า “ความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัย” (Entscheidungserheblichkeit) ปัญหาในทางข้อกฎหมายอันเกิดจากตรวจสอบปัญหาในทางกฎหมายเรื่องใด ซึ่งไม่เกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในศาล กรณีนี้จึงเป็นเพียงปัญหาในทางทฤษฎีที่ไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้⁶⁶

1.4.1 ความหมายของ “ความจำเป็น”

ตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาเรื่องนี้มาโดยตลอดนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “ความจำเป็น” นั้น จะต้องถึงขนาดว่าหากศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อน การวินิจฉัยคดีของศาลนั้นไม่อาจจะดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะมีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางอื่น กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่ามีปัญหาในเรื่องนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และการวินิจฉัยนั้นจะ

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 199.

มีผลสำคัญกับการทำให้คดีนั้นสิ้นสุดหรือมิใช่เป็นแต่เพียงมีผลกับคำวินิจฉัยนั้นเป็นความจำเป็นอันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้

1.4.2 การวินิจฉัยคดีนั้น “ขึ้นอยู่กับ” (das “darauf ankommen”) บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

การวินิจฉัยคดีนั้น “ขึ้นอยู่กับ” บทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลเห็นว่าขัดกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กรณีนี้หากบทบัญญัติของกฎหมายนี้ใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลขัดกับรัฐธรรมนูญจะมีผลแตกต่างไปจากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญเนื้อหาของคดีที่จะวินิจฉัยอาจแสดงให้เห็นความสำคัญของการวินิจฉัยได้ เช่น ถ้าในคดีอาญาเรื่องหนึ่งจำเลยไม่กระทำการอันเป็นการเข้าองค์ประกอบความผิดในลักษณะใดลักษณะหนึ่งทุกประการแล้ว ในกรณีนี้การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดตามกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีนี้การที่จะวินิจฉัยความผิดของจำเลยจึงขึ้นอยู่กับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติของกฎหมายอาญาในเรื่องนั้นเท่านั้น⁶⁷

1.4.3 ข้อยกเว้นในการรับเรื่องไว้พิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

โดยหลักทั่วไปแล้ว หากศาลที่วินิจฉัยคดีเห็นว่ามีปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้พิจารณาคดีของศาลนั้นอาจขัดกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าศาลรัฐธรรมนูญมักจะรับเรื่องนั้นๆ ไว้พิจารณา อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้น เช่น กรณีที่ปรากฏว่าความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น มีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนอย่างชัดเจน ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 ประการ คือ เป็นกรณีที่ตีความกฎหมายผิดพลาดคลาดเคลื่อนกับกรณีที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมเกิดขึ้นจากปัญหาของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมที่มีลักษณะของขั้นตอนวิธีการที่ยาวนานในกระบวนการที่จะทำการตรวจสอบว่าที่คดีจะดำเนินไปถึงที่สุดถึงขั้นตัดสินโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องใช้เวลานาน ซึ่งในระหว่างนี้อาจมีปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนว่ากฎหมายในเรื่องที่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญนั้นผลควรจะเป็นเช่นไรอันจะเป็นปัญหาอย่างมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องใช้กฎหมายเรื่องนั้น เมื่อคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในระหว่างนั้นเกี่ยวกับเรื่องอื่นๆ ที่คล้ายคลึงกันกับคดีที่ขึ้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อันเป็นปัญหาที่หลีกเลี่ยงไม่ได้สำหรับเจ้าหน้าที่

⁶⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 201.

ที่จะดำเนินการตามกฎหมายที่เป็นปัญหาอยู่นั้น กล่าวคือ ถ้าใช้การพิจารณาและตัดสินใจไปตามกฎหมายแล้ว แต่ภายหลังปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญเกิดตัดสินออกมาว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะเป็นความเสียหายได้ จากเหตุผลดังกล่าวนี้จึงมีการหาทางออกโดยกำหนดให้มีการฟ้องร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ทันทีที่กฎหมายฉบับนั้นได้รับการประกาศใช้ โดยไม่จำเป็นต้องเกิดเป็นคดีความขึ้นก่อนอันเป็นลักษณะของการควบคุมแบบนามธรรมนั่นเอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรมกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐบาล สหพันธรัฐ รัฐบาลมลรัฐต่างๆ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐจำนวน 1 ใน 3 มีคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเมื่อมีความขัดแย้งหรือข้อสงสัยอันเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎหมายว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หรือเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายสหพันธรัฐ หรือมลรัฐ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหากเป็นกฎหมายของมลรัฐต้องตรวจสอบว่า สอดคล้องกับกฎหมายของสหพันธรัฐหรือไม่⁶⁸

ตามบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานฯ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 13 ข้อ 6 ผู้มีสิทธิเริ่มคดีหรือผู้ยื่นคำร้องในกรณีนี้กฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยชัดแจ้งและเด็ดขาด คือ รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด องค์กรอื่นที่ไม่ได้บัญญัติไว้ เช่น กลุ่มการเมืองในสภาผู้แทนราษฎร หรือสภาผู้แทนราษฎรเอง ไม่อาจเป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องได้⁶⁹

อย่างไรก็ดี ในกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมนั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาาคคีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยมีจำนวนมากเกินไป กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาแล้วก็จะจะมีผู้ที่นำกฎหมายนั้น ไปฟ้องว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทุกฉบับไป และด้วยเหตุนี้ในการร่างกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐจึงได้หาวิธีที่เรียกว่าเป็นทางสายกลางคือเปิด โอกาสให้มีการยื่นร้องทุกข์ว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ภายในระยะเวลา 1 ปีเท่านั้น หลังจากที่ได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายฉบับนั้นแล้ว และผู้ยื่นจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวได้ก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิของตนโดยตรง และการก้าวล่วงนี้เป็นเหตุการณ์ปัจจุบันมิใช่เป็นเรื่องที่ผ่านมาแล้วหรือเพียงแค่เป็นเรื่องที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต

⁶⁸วันเฉลิม ว่องสนั่นศิลป์. “ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีของศาลรัฐธรรมนูญ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2546

⁶⁹วเรตน์ ภาศิริรัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

3. กระบวนการร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเภทนี้ เป็นกรณี ที่ประชาชนธรรมดาที่มีสิทธิที่จะนำเรื่องขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้โดยตรง กล่าวคือ การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อขอให้รัฐธรรมนูญเป็นที่พึงแห่ง สุดท้ายในการขอความเป็นธรรม โดยการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นมาตรการที่ใช้ต่อกับ มาตรการทุกอย่างของอำนาจสหพันธ์เยอรมัน ซึ่งไม่ได้หมายถึงเฉพาะอำนาจของฝ่ายบริหาร เพียงอย่างเดียว แต่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการด้วย แต่สำหรับการร้องทุกข์การ กระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการจนถึงที่สุดแล้วก่อน⁷⁰

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายพื้นฐาน (Basic law) มาตรา 93(1)(4a) ประกอบด้วยกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องการยื่นคำร้อง ทุกข์ตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่มาตรา 90-95 ดังนี้⁷¹

1. การยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 93(1)(4a) บัญญัติว่า คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ อาจยื่นได้โดยบุคคลทุกคนที่อ้างว่าสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่มีลักษณะเดียวกันกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามกฎหมาย ตามมาตรา 20(4) มาตรา 33 38 101 103 104 ถูกละเมิดโดยอำนาจอำนาจมหาชนอาจ ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 90(1) ซึ่งสิทธิดังกล่าวยังรวมถึงสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1- 19 ด้วย

หลักการยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นกลไกการเยียวยาทาง กฎหมายพิเศษ (Extraordinary Legal Remedy) เพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนที่เผชิญ หน้าที่กับอำนาจมหาชน อย่างไรก็ตามสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมทั้ง มาตรา 1 -19 สามารถใช้บังคับกฎหมายผูกพันโดยตรงต่อองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 1(3) โดยมีใช้ผลทางทฤษฎีแต่อย่างใด

2. ประเภทสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลใดอ้างว่าถูกละเมิดโดยอำนาจมหาชนที่มีสิทธิยื่น คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ได้แก่

- การละเมิดสิทธิตามกฎหมายขั้นพื้นฐาน มาตรา 20(4) 33 38 101 103 และ 104

⁷⁰บุญศรี มิ่งศุโขทัย. คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญเยอรมัน. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 68.

⁷¹วุฒิชัย จิตदानุ. “การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมัน” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 5, เล่มที่ 13. มกราคม-เมษายน 2546

- การละเมิดสิทธิตามกฎหมายขั้นพื้นฐาน ตั้งแต่ มาตรา 1-19
- การละเมิดสิทธิตามกฎหมายขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่มีลักษณะเหมือนหรือคล้ายกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายขั้นพื้นฐาน

3. ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

ตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 90(1) คำว่าบุคคลใดมีความหมายถึงบุคคลทุกๆ คน ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคล คนต่างด้าว ก็มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสังคมประชาชน (Association of Communes) ตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 93(1) (4b) มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ที่เชื่อว่าถูกละเมิดโดยกฎหมาย เช่นตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 28(2)

4. คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นเรื่องส่วนบุคคลปัจจุบันและเป็นผลโดยตรง

คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับผู้ร้องทุกข์เอง (Personal) ว่าถูกละเมิดอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยจะยื่นคำร้องทุกข์เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบุคคลอื่นไม่ได้ นอกจากนี้คำร้องทุกข์ต้องเป็นผลโดยตรง (Direct) จากการที่ถูกละเมิดอันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย อีกทั้งต้องเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นในปัจจุบันจะเป็นเรื่องในอนาคตไม่ได้

บทที่ 4

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย

1. วิวัฒนาการของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทย

ตั้งแต่ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยและมีรัฐธรรมนูญตราขึ้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (written constitution) ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน รวมเป็นเวลา 70 ปีเศษ ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับรวมทั้งสิ้น 16 ฉบับ และเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญแล้วอาจแยกรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ได้เป็น 4 ระยะ คือ

ระยะแรก เป็นระยะที่ประเทศไทยยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภาผู้แทนราษฎรและรัฐธรรมนูญจะไม่มีบทบัญญัติยอมรับให้สถาบันอื่นมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญช่วงระยะเวลานี้อาจเรียกทางทฤษฎีได้ว่า รัฐอยู่ในรูปของ Legal State หรือ Etat Legal ระยะนี้ของไทยจะเริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2489 โดยมีรัฐธรรมนูญรวม 2 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ในปี พ.ศ. เดียวกัน ระยะที่สอง เป็นระยะที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (หรือศาลรัฐธรรมนูญ) มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับสภาผู้แทนราษฎร ระยะนี้เริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2489 จนถึง พ.ศ. 2534 โดยมีรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับที่ 3 จนถึงฉบับที่ 13 (โดยไม่นับรวมรัฐธรรมนูญการปกครองฯ ฉบับต่างๆ รวม 5 ฉบับ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับย่อและใช้บังคับชั่วคราว) ระยะที่สาม เป็นระยะที่ประเทศไทยมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (หรือศาลรัฐธรรมนูญ) มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเพียงสถาบันเดียว และไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 และระยะที่สี่ ซึ่งมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ระยะที่หนึ่ง ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการตีความรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าเรามักจะได้ยินว่า หลักความมีอำนาจสูงสุดของสภา (Supremacy of Parliament) เป็นหลักที่ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten constitution) แต่สิ่งที่เรามักจะไม่ค่อยได้ยินก็คือประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภาเช่นเดียวกัน ประเทศเหล่านี้ ได้แก่ ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ได้ยอมรับให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย คือ ใช้วิธีการแก้ไขเช่นเดียวกับการออกกฎหมายธรรมดา(หรืออาจใช้วิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ใกล้เคียงกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดาแต่ผิดกันเพียงเล็กน้อย) และนอกจากนั้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็จะมีบทบัญญัติสงวนอำนาจการตีความกฎหมาย(ธรรมดา) ไว้จะขัดต่อ

รัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรไว้โดยชัดแจ้ง หรือถือหลักว่าสถาบันอื่นย่อมไม่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ⁷²

ประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่ได้ยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภาผู้แทนราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกๆ ของไทย คือ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 และรัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 ของไทยซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2489

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย(พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475) ซึ่งประกาศใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน 2475 และใช้บังคับอยู่เป็นเวลา 6 เดือน รัฐธรรมนูญฉบับนี้แม้ว่าจะมิได้มีบทบัญญัติที่สงวนสิทธิการตีความกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญให้เป็นของสภาผู้แทนราษฎรไว้โดยชัดแจ้ง แต่ก็เข้าใจได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะถือหลักว่าสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้นที่มีอำนาจสูงสุดในการตีความกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีเจตนาที่จะให้มืองค์การอื่นใดมาตีความในเรื่องนี้ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภาผู้แทนราษฎรในทุกๆ เรื่อง เช่น บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจ แต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี (ขณะนั้นเรียกว่า “กรรมการราษฎร”) และพนักงานรัฐบาล (ข้าราชการประจำ) ในเวลาหนึ่งเวลาใดก็ได้ (มาตรา 9 และมาตรา 33)

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษนอกเหนือไปจากบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรในการออกพระราชบัญญัติตามปกติ (มาตรา 8) ทั้ง ๆ ที่บทบัญญัติมาตรา 31 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร (คณะรัฐมนตรี) หรือกระทำไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ” อันเป็นบทบัญญัติที่แสดงถึงการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

อาจกล่าวได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นคงประสงค์จะให้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย (ซึ่งแม้จะเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร) เป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่ายดังเช่นกฎหมายธรรมดา แม้ว่ารัฐธรรมนูญนั่นเองได้ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะการที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ มิได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้จะแก้ไขมิได้ แต่จะต้องเข้าใจว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้แก้ไขได้เช่นเดียวกับการออกพระราชบัญญัตินั่นเอง และการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ก็มีได้หมายความว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีวิธีการแก้ไขที่ยากไปกว่าการตรากฎหมายธรรมดาด้วย เพราะทั้ง

⁷²อมร จันทรมบูรณ์. “ศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 12. ธันวาคม 2536, หน้า 519.

สองกรณีนี้เป็นเรื่องที่แตกต่างกัน แนวทางการบัญญัติ รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยนี้เป็นแนวทางที่ใช้ทั่วไปในประเทศยุโรปก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง⁷³

รัฐธรรมนูญฉบับที่สอง (พ.ศ. 2475) รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับตั้งแต่เดือนธันวาคม พ.ศ. 2475 จนถึงเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2489 และเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับยาวนานที่สุดของไทยคือใช้บังคับเป็นเวลาถึง 13 ปี 5 เดือน แต่ทั้งนี้ควรระลึกไว้ด้วยว่าการที่รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีระยะเวลาการใช้บังคับอยู่เป็นเวลานานนั้นมีเหตุผลส่วนหนึ่ง เนื่องจากประเทศอยู่ในสภาวะสงครามโลกครั้งที่ 2 ระหว่างปี พ.ศ. 2484 จนถึง พ.ศ. 2488 อยู่ด้วย

รัฐธรรมนูญฉบับที่สองนี้ ยังคงยอมรับหลักการมีอำนาจสูงสุดของสภาในการตีความรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญ (มาตรา 62) บัญญัติว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ” และรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มิได้บัญญัติให้องค์กรอื่นมีอำนาจนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก่อนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ก็ได้ใช้หลักการนี้

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ของไทยได้ยอมรับหลัก “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” ใน 2 ประการด้วยกัน คือ บัญญัติว่ากฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นโมฆะ (มาตรา 61) เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับแรก แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้เพิ่มเติมวิธีการที่แสดงขึ้นชั้นการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับแรกอีกประการหนึ่ง คือ ได้บัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าการตรากฎหมายธรรมดา (มาตรา 63) โดยได้บัญญัติให้การแก้ไขดังกล่าวจะต้องผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

อนึ่ง สมควรกล่าวไว้ในที่นี้ด้วยว่า หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ ได้ถูกนำกลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง โดยรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2490) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐประหารในขณะนั้นได้นำมาใช้⁷⁴

ระยะที่สอง ระยะที่ประเทศไทยมีสถาบันที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ 2 สถาบัน (รัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ)

ระยะที่สองเป็นระยะที่ประเทศไทยมีสถาบันที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ 2 สถาบัน ได้แก่ รัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยมีช่วงเวลาดังแต่ปี พ.ศ. 2489 จนถึง พ.ศ. 2534 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้จัดตั้งสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นและหลังจากนั้นรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ยกเว้นรัฐธรรมนูญการปกครองฯ และ

⁷³อมร จันทรมบูรณ์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 522.

⁷⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 522.

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งยกร่างขึ้นโดยคณะรัฐประหาร ได้บัญญัติถึงการจัดตั้งสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับแรกๆ ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจโดยจำกัด คือ จำกัดเฉพาะกรณีการตีความกฎหมาย (ธรรมดา) ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามที่ศาลยุติธรรมส่งเรื่องมาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ระยะหลังรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาได้ขยายอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้มากขึ้นตามลำดับ

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2489) นี้ ยังได้บัญญัติยอมรับอำนาจการตีความของสภาไว้อย่างกว้างขวาง คือ มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยใช้ถ้อยคำว่า (มาตรา 86 วรรคหนึ่ง) “ภายใต้มาตรา 88 รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งมีความหมายว่ารัฐสภามีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญได้ในทุกกรณี รวมทั้งกรณีตีความกฎหมาย (ธรรมดา) มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลได้ส่งเรื่องมาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วตามมาตรา 88 เท่านั้น รัฐสภาจึงจะไม่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญต่อๆ มาอีก 3 ฉบับ คือ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2492) รัฐธรรมนูญฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2495) รัฐธรรมนูญฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2511) ได้ลดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของสภาลง โดยได้จำกัดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของสภาไว้ให้ตีความได้เฉพาะในปัญหาอันอยู่ใน “วงงาน” ของสภาเท่านั้น⁷⁵

รัฐธรรมนูญฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2517) และรัฐธรรมนูญฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2521) คงจำกัดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของสภาไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อน แต่ได้เปลี่ยนถ้อยคำจากที่เคยใช้อยู่(คือเฉพาะในปัญหาอันอยู่ใน “วงงาน” ของสภา) คือ ให้อำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของสภามีอยู่เฉพาะในปัญหาที่เกี่ยวกับ “อำนาจหน้าที่” ของรัฐสภาเท่านั้น

เรื่องอันจะถือว่าอยู่ในวงงานของสภาผู้แทนราษฎรนั้น ย่อมได้แก่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้แก่ (1) การบัญญัติกฎหมาย (2) การอนุมัติงบประมาณ (3) การควบคุมราชการแผ่นดิน และ (4) เรื่องอื่นๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะ รวมตลอดถึงปัญหาที่จำเป็นจะต้องวินิจฉัยเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่เช่นว่านั้น⁷⁶

ในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ 2 ฉบับนี้ได้เพิ่มอำนาจในการควบคุม “ก่อน” ที่กฎหมายจะประกาศใช้ ซึ่งแตกต่างจากการควบคุม “หลัง”

⁷⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 523.

⁷⁶ หุค แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475-95. พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักพิมพ์จุลิน, 2495, หน้า 904-905.

จากที่กฎหมายประกาศใช้แล้ว ซึ่งเป็นอำนาจแต่เดิมที่เกิดขึ้นพร้อมกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ.2489⁷⁷

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2490) เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ยกร่างขึ้นโดย “คณะบุคคลที่ทำการรัฐประหาร” ในปี พ.ศ. 2490 โดยคณะรัฐประหารได้ร่างรัฐธรรมนูญกลับไปสู่หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอีกครั้งหนึ่งโดยมาตรา 94 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้บัญญัติว่า “รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับ 2 เดือน ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (โดยวิธีการตรากฎหมายธรรมดา) เพื่อแต่งตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ให้มีหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญเสนอต่อสภาตามวิธีการที่ได้กำหนดแก้ไขเพิ่มเติมไว้ (ในรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) และรัฐธรรมนูญฉบับที่ “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ยกร่างเสนอต่อสภาและนำออกใช้บังคับก็คือ รัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2492)

ระยะที่สาม ระยะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเพียงสถาบันเดียว

ระยะที่สามนี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2534) โดยอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ ในช่วงเวลานี้เป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้อำนาจสภาในการตีความรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สร้างหลักการใหม่ขึ้นมาโดยได้ตัดอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญของรัฐสภาลงทั้งหมดและมอบอำนาจการตีความรัฐธรรมนูญให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแทน ดังได้บัญญัติไว้ในมาตรา 207 ว่า “ในกรณีที่ คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎรมิมีความเห็นว่าจะต้องตีความรัฐธรรมนูญ ให้นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรแล้วแต่กรณี ส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย”

มีข้อสังเกตว่า การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย “ก่อน” ที่กฎหมายจะประกาศใช้เช่นกัน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 205 โดยนอกจากจะมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว แต่ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธยมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว ยังเพิ่มอำนาจในการตรวจสอบให้รวมถึงการตรวจสอบว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นตราขึ้นโดยถูกต้อง

⁷⁷สมคิด เลิศไพฑูรย์. ตุลาการรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536 หน้า 57.

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย ซึ่งแต่เดิมรัฐธรรมนูญ ปี 2517 และปี 2521 ได้ให้อำนาจตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมร่างพระราชบัญญัติแต่ละเฉพาะในกรณี “เนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัตินั้นแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ระยะที่สี่ แนวความคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นแทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีการสถาปนาองค์กรขึ้นใหม่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้หลายองค์กรด้วยกัน อาทิ คณะกรรมการการเลือกตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลปกครอง เป็นต้น และยังก่อตั้งองค์กรตุลาการขึ้นใหม่อีกนอกจากศาลปกครอง ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีภารกิจสำคัญในอันที่จะพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญและมีอำนาจหน้าที่หลายประการที่สำคัญคือการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ

จากการปฏิรูปการเมืองของไทยซึ่งมีลักษณะเด่นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาในเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการจัดโครงสร้างองค์กรทางการเมืองใหม่ขึ้นอีกหลายองค์กรนั้นทำให้เกิดข้อเรียกร้องว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ทำหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นไปตามครรลองของการปฏิรูปการเมือง ดังนั้น องค์กรที่มาทำหน้าที่ดังกล่าวจึงมีความจำเป็นที่จะต้องเป็นองค์กรที่ดำรงคงอยู่อย่างต่อเนื่อง มีใช้องค์กรที่มีวาระการดำรงอยู่นอกของสภาผู้แทนราษฎร ดังเช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีต ทั้งนี้ เพื่อต้องการพัฒนาความเชี่ยวชาญในด้านนั้นอย่างแท้จริง และโดยเหตุที่ตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีตซึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความเป็นกลางของตุลาการรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้เอง เพื่อให้องค์กรที่จะตั้งขึ้นใหม่เป็นองค์กรที่ดำรงอยู่อย่าง ต่อเนื่องและอิสระจากองค์กรต่างๆ จึงได้มีการเสนอให้จัดตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court) ขึ้นมา เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญ⁷⁸

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้แบ่งได้สองช่วงเวลา ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ตามมาตรา 262 และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ตามมาตรา 198 และ มาตรา 264

⁷⁸บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2544, หน้า 125.

2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ก่อนการประกาศใช้บังคับ เป็นกฎหมาย ตามมาตรา 262

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 262 บัญญัติว่า

“ร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยัน ตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(3) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็น เช่นว่านั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวไว้ จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้จำเพาะการบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 แล้วแต่กรณีต่อไป”

การควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นบทบัญญัติลักษณะนี้เป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในอดีตแล้ว เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2517 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้มีการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคหนึ่ง เป็นเรื่องของร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 คือ กรณีที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรี นำขึ้นทูลเกล้าเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และมาตรา 94 คือ ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หากรัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย พระราชทานคืนมาภายใน 3 วัน ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้เป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธย

อย่างไรก็ดี ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ 3 กรณี ดังต่อไปนี้

ประการแรก ตามมาตรา 262 (1) กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้ง 2 สภา รวมกันจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือบัญญัติขึ้นโดย

ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญก็ให้เสนอความเห็นไปยังสภาที่สมาชิกรับนั้นสังกัด เพื่อให้ประธานสภานั้น ส่งความเห็น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ โดยเร็ว

ประการที่สอง ตามมาตรา 262 (2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้ง 2 สภา รวมกันจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคนเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือบัญญัติขึ้นโดย ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นไปยังสภาที่สมาชิกรับนั้นสังกัดเพื่อให้ประธานสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ โดยเร็ว

ประการที่สาม ตามมาตรา 262 (3) เป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็ให้ส่งความเห็น เช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยเร็ว

สำหรับมาตรา 262 วรรคสอง เป็นกรณีที่ในระหว่างศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัย

สำหรับผลของการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 262 วรรคสาม และวรรคสี่ สามารถแยกการวินิจฉัยออกได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก ตามมาตรา 262 วรรคสาม ถ้ากรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือบัญญัติขึ้นไม่ถูกต้องแท้จริง ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ก็ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ไม่มีผลใช้บังคับ

ประการที่สอง ตามมาตรา 262 วรรคสี่ เป็นกรณีถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่มิใช่เป็นข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ก็ให้ข้อความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไปและให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 ดังกล่าวข้างต้นแล้วแต่กรณีต่อไป

2.1.1 วัตถุประสงค์การตรวจสอบ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 วรรคหนึ่ง ได้แก่

1. ร่างพระราชบัญญัติ
2. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอยู่ 8 ฉบับ ได้แก่
 1. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541

2. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541
3. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541
4. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2541
5. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการของแผ่นดินรัฐสภา พ.ศ. 2542
6. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542
7. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542
8. พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

2.1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรานี้ที่บัญญัติว่า “...มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้...” ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตรวจสอบได้สองลักษณะ ดังนี้

1. ตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายดังกล่าวว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ กล่าวคือ มีบทบัญญัติของร่างกฎหมายนั้นๆ มาตราใดมาตราหนึ่งขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เช่น ร่างกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้กระทำโดยเท่าที่จำเป็นหรือไม่หรือกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพหรือไม่อันเป็นการตรวจสอบในลักษณะเดียวกับรัฐธรรมนูญมาตรา 264

2. ตรวจสอบกระบวนการของการตรากฎหมายหรือการตรวจสอบในทางรูปแบบ กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบกระบวนการของการตรากฎหมายดังกล่าวว่าได้เป็นไปโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ตั้งแต่ผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย กระบวนการต่างๆ ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมาย ไปจนถึงการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา

ตัวอย่าง กรณีศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

กระบวนการตราพระราชบัญญัติไม่ถูกต้อง เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยื่นขึ้นร่างพระราชบัญญัติที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบแล้วและได้มีการเพิ่มบทมาตราใหม่ด้วย โดยมาตราใหม่ที่เพิ่มขึ้นนี้ไม่ได้รับการพิจารณาโดยวุฒิสภา เช่นนี้จึงถือว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

นั้นไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เพราะตามรัฐธรรมนูญมาตรา 90 รัฐสภาต้องประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ร่างกฎหมายนี้จึงตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ(คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่.13-14/2541)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13-14/2541 ประธานวุฒิสภาส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 127 คน ตามบัญชีรายชื่อท้ายคำวินิจฉัยนี้ ซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... และร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. ... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 66 คน ตามบัญชีรายชื่อท้ายคำวินิจฉัยนี้ ซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่ 1 การที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มมาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... ภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญมาตรา 176 จะทำให้ร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และต้องตกไปตามมาตรา 262 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กระบวนการตราพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 บัญญัติว่า ร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา มาตรา 90 บัญญัติว่า รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มาตรา 169 บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติ ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอได้ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี มาตรา 172 บัญญัติให้การเสนอร่างพระราชบัญญัติต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบแล้วให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อวุฒิสภา และวุฒิสภาจะต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นให้เสร็จภายในกำหนดเวลาตามมาตรา 174 ถ้าพิจารณาไม่เสร็จให้ถือว่าวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัตินั้น และให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93 คือ ให้นำกรัฐมนตรีนำขึ้น ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในสี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภาเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่ถ้าวุฒิสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอมาเสร็จภายในกำหนดเวลา จะต้องพิจารณาตามมาตรา 175 คือ

- (1) ถ้าเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93
- (2) ถ้าไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน และส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร

(3) ถ้าแก้ไขเพิ่มเติม ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติตามที่แก้ไขเพิ่มเติมไปยังสภาผู้แทนราษฎร ถ้าสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติม ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93 ถ้าเป็นกรณีอื่นให้แต่ละสภาตั้งบุคคลซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกแห่งสภานั้นๆ มีจำนวนเท่ากัน ตามที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนด ประกอบเป็นคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น และให้คณะกรรมการร่วมกันรายงานและเสนอร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วต่อสภาทั้งสอง ถ้าสภาทั้งสองต่างเห็นชอบด้วยร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้ว ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93 ถ้าสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน ร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งไว้ตามมาตรา 175 สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ตามมาตรา 176 วรรคหนึ่ง ต่อเมื่อล่วงพ้นหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่วุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 175 (2) และนับแต่วันที่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย สำหรับกรณียับยั้งตามมาตรา 175 (3) แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งนั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการเงินสภาผู้แทนราษฎรอาจยกร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันทีตามมาตรา 176 วรรคสอง ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรยกร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งขึ้นพิจารณาใหม่ตามมาตรา 176 นี้ ไม่ว่าจะเป็กร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการเงินหรือไม่ ถ้าสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิมหรือร่างที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ให้ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93

ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 173 ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรยกร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้งขึ้นพิจารณาใหม่นั้น สภาผู้แทนราษฎรลงมติได้เพียงอย่างเดียวอย่างหนึ่ง คือ ยืนยันร่างเดิมหรือยืนยันร่างที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณา การยืนยันร่างเดิมของรัฐสภาผู้แทนราษฎร หมายถึงการยืนยันร่างพระราชบัญญัติเดิมที่สภาผู้แทนราษฎรได้เสนอไปยังวุฒิสภาทุกประการ ซึ่งมีผลตามมาตรา 176 ที่ให้ถือว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาซึ่งจะต้องดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93

การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... ซึ่งเป็นร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรและลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมากในวันเดียวกันให้เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 3 ทวิ ซึ่งภายหลังได้ปรับปรุงเลขมาตราเป็นมาตรา 4 เพื่อระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 29 วรรคสอง ด้วยนั้น เป็นบทบัญญัติที่เพิ่มขึ้น โดยยังไม่ได้ผ่านการพิจารณาของวุฒิสภา จึงถือไม่ได้ว่าร่างพระราชบัญญัติ

นั้นได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะตามรัฐธรรมนูญมาตรา 90 รัฐสภาต้องประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

การที่สภาผู้แทนราษฎรดำเนินการเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 4 ภายหลังที่ลงมติยืนยันร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เป็นการตรากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 175 ประกอบมาตรา 93 มาตรา 92 และมาตรา 90 เมื่อร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... คราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ... จึงตกไปทั้งฉบับ ตามมาตรา 262 วรรคสาม

ประเด็นที่ 2 การที่สภาผู้แทนราษฎรเพิ่มมาตรา 4 ของร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. ... ภายหลังที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญมาตรา 176 จะทำให้ร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. ... คราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และต้องตกไปตามมาตรา 262 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลเห็นว่าการที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติด้วยคะแนนเสียงข้างมาก เพิ่มบทบัญญัติมาตรา 4 ภายหลังที่สภาผู้แทนราษฎรยืนยันว่าเป็นร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 172 แล้วนั้น เป็นการตรากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ร่างพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. ... จึงตกไปทั้งฉบับตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสาม ด้วยเหตุผลเดียวกันกับกรณีการตราร่างพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ...⁷⁹

ตัวอย่าง กรณีศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากระบวนการตรากฎหมายถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

กระบวนการตราพระราชบัญญัติที่ถูกต้อง เช่น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 ที่กำหนดให้หนังสือสัญญาที่รัฐบาลไทยทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หากจะต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา รัฐบาลต้องนำสัญญานั้นขอความเห็นจากรัฐสภา เป็นเงื่อนไขในการที่รัฐบาลจะไปทำสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ไม่ใช่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ใช้สำหรับการตราพระราชบัญญัติ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2542)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2542 ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 112 คน ต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบ

⁷⁹ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ วินิจฉัยโดยมีมติ 13 คน โดยวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติฯ ทั้งสองฉบับคราขึ้นโดยไม่ถูกต้องและต้องตกไปทั้งสองฉบับ 12 ท่าน และคราขึ้นถูกต้อง 1 ท่าน (12:1)

ด้วยกับร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... และส่งให้วุฒิสภาพิจารณาต่อไปตามรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว และลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 (3) และส่งคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรได้ประชุมเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542 และลงมติเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 (3) โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... มิได้เกิดจากการริเริ่มเสนอโดยอิสระของรัฐบาลนายชวน หลีกภัย แต่เป็นการเสนอตามเงื่อนไขที่รัฐบาลเจรจากับต่างประเทศ ดังปรากฏตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ค่วนที่สุด ที่ นร 0204/11431 ลงวันที่ 9 กันยายน 2541 ที่นายชวน หลีกภัย นายกรัฐมนตรี มีถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งสอดคล้องและเป็นไปตามหนังสือแจ้งความจำนง ฉบับที่ 4 ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2541 และ ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2541 ที่รัฐบาลไทย โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย นำไปขอความเห็นชอบจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ซึ่งได้ระบุว่าให้รัฐบาลไทยไปตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายล้มละลาย ทั้งระบุด้วยว่า ให้แก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นใดบ้าง และต้องผ่านรัฐสภาภายในวันที่เท่าไร หากไม่ปฏิบัติตามจะมีผลต่อการอนุมัติความช่วยเหลือและเงื่อนไขต่างๆ ตามหนังสือแจ้งความจำนงฉบับต่อๆ ไป การดำเนินการตราร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 มิใช่เป็นไปโดยสมัครใจปกติของการบริหารราชการแผ่นดิน และเมื่อคณะรัฐมนตรีมิได้นำเอาข้อตกลงที่ทำกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศ โดยเฉพาะข้อตกลงตามหนังสือแสดงเจตจำนง ฉบับที่ 4 และฉบับที่ 5 มาขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนการตราร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... จึงเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ได้ตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ข้อเท็จจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับเพียงพอที่จะพิจารณาวินิจฉัยความเห็นตามประเด็นดังกล่าวได้แล้ว ไม่จำเป็นต้องหาพยานหลักฐานอื่นใดอีก และได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ การตราพระราชบัญญัติได้บัญญัติไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภาตามที่ปรากฏในมาตราต่างๆ เช่น มาตรา 92 ถึงมาตรา 94 มาตรา 169 ถึงมาตรา 180 มาตรา 190 กรณีนี้ได้ตามความสารบบของวุฒิสภา เรื่องการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ซึ่งวุฒิสภาลงมติแก้ไขเพิ่มเติมว่า ที่ประชุมวุฒิสภาได้พิจารณาและลงมติเห็นชอบด้วยกับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ในการประชุมเมื่อวันที่ 22 มกราคม 2542 และตั้งกรรมา

ธิการวิสามัญขึ้นเพื่อพิจารณา เมื่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาเสร็จแล้วจึงได้เสนอต่อวุฒิสภาพิจารณา วุฒิสภาได้พิจารณาในการประชุมวุฒิสภาเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2542 ที่ประชุมลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวบางมาตราและส่งคืนสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ 12 มีนาคม 2542 และตามหนังสือของประธานสภาผู้แทนราษฎรถึงประธานวุฒิสภาแจ้งว่า ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวของวุฒิสภาในการประชุมเมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2542 จึงถือว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 175(3) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 93 เป็นไปตามกระบวนการในการตราพระราชบัญญัติของรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว

ส่วนรัฐธรรมนูญมาตรา 224 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา” นั้น เห็นว่า หนังสือสัญญาที่รัฐบาลไทยทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หากจะต้องมีการออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา รัฐบาลจะต้องนำสัญญานั้นมาขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งบทบัญญัตินี้อยู่ในหมวด 7 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี เป็นเงื่อนไขในการที่รัฐบาลจะไปทำสัญญากับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ มิใช่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ใช้สำหรับการตราพระราชบัญญัติโดยเหตุผลดังได้พิจารณาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้ยกคำร้อง

2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้หลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย แบ่งได้เป็น 2.2.1 ตามมาตรา 198 กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และ 2.2.2 ตามมาตรา 264 กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

2.2.1 ตามมาตรา 198 กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม

(1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

มาตรา 198 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณีให้ศาลรัฐธรรมนูญ

หรือศาลปกครองแล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่งโดยไม่ชักช้า"

จากบทบัญญัติในมาตรา 198 จะเห็นได้ว่า ได้บัญญัติแต่เพียงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น และกล่าวถึงองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบสององค์กร คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง แต่มิได้มีบทบัญญัติที่เป็นจุดแบ่งแยกว่าศาลใดจะมีขอบเขตอำนาจเพียงใดหากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้วอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่างก็มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสององค์กร ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ เรื่องใดที่จะอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และเรื่องใดที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การที่จะพิจารณาขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ หรือไม่เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นลักษณะของการกำหนดขอบเขตเฉพาะเจาะจงที่มีผลทำให้การตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่สามารถตีความเพื่อขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ฉะนั้น การที่จะทำการศึกษาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 มีความหมายว่าอย่างไร จะทำให้สามารถแบ่งขอบเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้อย่างชัดเจน ซึ่งตามมาตรา 198 ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบไว้สามประเภทคือ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) กฎและข้อบังคับ และ (3) การกระทำของบุคคลตามมาตรา 197(1) ซึ่งในที่นี้จะศึกษาถึงวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

“บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นถ้อยคำที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 264 ดังนั้น ความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 นี้ จึงต้องความหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 ไว้แล้วตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 โดยหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า โดยที่กฎหมายเหล่านี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ

(2) กฎและข้อบังคับ

ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยาม “กฎ” ตามมาตรา 3 ว่าหมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” และมาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด...”

นอกจากนั้น มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่มีไต่ของกรณีบัญญัติฉะนั้นในกรณีตามมาตรา 198 นี้ เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณา จะทำให้เห็นได้ว่ากรณีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับ จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา⁸⁰ ส่วนปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้พิจารณา

(2) ขอบเขตของการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 198

กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้ส่งประเด็นปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยความชอบของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญ ประเด็นเกี่ยวกับขอบเขตในการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยเนื้อหาของกฎหมายนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่สำหรับการตรวจสอบในส่วนของรูปแบบหรือกระบวนการนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจจะตรวจสอบได้หรือไม่นั้น ปัจจุบันยังไม่พบคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวไว้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 จะเห็นได้ว่า

⁸⁰ อัจฉนา พึ่งเย็น. “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543, หน้า 83.

ใช้ถ้อยคำที่แตกต่างไปจากขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบทั้งตามมาตรา 262 และมาตรา 264 โดยใช้ถ้อยคำกว้างๆ ว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีทั้งปัญหาในด้านเนื้อหาและในด้านรูปแบบกระบวนการตราของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงสามารถเสนอปัญหาทั้งในด้านเนื้อหาและรูปแบบกระบวนการตราให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ ทั้งนี้ อยู่นภายใต้เงื่อนไขของ พ.ร.บ.ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการของแผ่นดินรัฐสภา พ.ศ. 2542

ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 198 นี้ มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีปัญหาข้อถกเถียงทางวิชาการเกี่ยวกับอำนาจในการรับพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543

มีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นว่า การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี” เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 (1) โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยความในตอนที่บัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาเรื่องที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญทุกเรื่อง ส่วนกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง คือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 43 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า กฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของ

รัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าว ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42”

สำหรับระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 ตามคำร้องเป็นระเบียบที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 (7) และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 นิยามคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือนุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เมื่อระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือนุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงย่อมถือได้ว่าเป็น “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีอำนาจเสนอเรื่องให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง มิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครององค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ หรือข้อบังคับที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอให้พิจารณาวินิจฉัย แต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือ การละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ เป็นบทบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัย “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง จึงต้องหมายความถึงเรื่องของหน่วย

ราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น

สำหรับคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลดังเช่นที่กล่าว ดังนั้น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ซึ่งออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ ที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 นั้น เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอมาได้

2.2.2 ตามมาตรา 264 กรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 264 บัญญัติว่า

“ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้น ตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว”

จากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว สามารถแบ่งการพิจารณาออกได้เป็น 5 ประการ ได้แก่ (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (2) ต้องเป็นกรณีที่ศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดี (3) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (4) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่โต้แย้งนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 6 และ (5) ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น

(1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ตามมาตรา 264 นี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลหรือคู่ความเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในคดีดังกล่าวนี้ อาจเป็นกรณีที่ศาลเห็นเองว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะบังคับใช้กับคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญศาลที่เป็นผู้พิจารณาคดีนั้นก็อาจเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญได้⁸¹ โดยคำว่า “ศาล” ตามความหมายในมาตรานี้ หมายถึงศาลทุกระบบไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร และไม่ว่าจะเป็นศาลในชั้นใดก็ตามก็สามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นศาลชั้นต้นเท่านั้น และนอกจากศาลแล้วตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ยังเปิดโอกาสให้ “คู่ความ” ในคดีนั้นสามารถโต้แย้งว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้ด้วยซึ่งแตกต่างจาก รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ที่จะเปิดโอกาสให้แต่ศาลเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอคดีต่อตุลาการรัฐธรรมนูญได้ และศาลไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจที่จะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยหรือไม่

แต่อย่างไรก็ดี การที่กล่าวว่าศาลไม่มีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าจะส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญนั้น หมายความว่าศาลไม่สามารถพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาของเรื่องนั้นได้ว่าสมควรส่งหรือไม่เท่านั้น แต่หากเป็นเรื่องทางวิธีสบัญญัติแล้วศาลสามารถใช้ดุลพินิจที่จะไม่ส่งได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น กรณีที่คำร้องที่ยื่นมานั้นอ่านไม่ออก ฟุ่มเฟือย และศาลสั่งให้แก้ไขแล้วแต่ไม่ดำเนินการแก้ไข⁸²

(2) ต้องเป็นกรณีที่ศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดีนั้นและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น กล่าวคือ การที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นกรณีที่จำเป็นถึงขนาดว่า หากศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อนการวินิจฉัยคดีของศาลนั้นไม่อาจจะดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากว่าบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะมีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลใน

⁸¹เป็นอำนาจหน้าที่ที่มีมาแต่เดิม ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติใช้ถ้อยคำเดียวกันว่า ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่า มีเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นที่ว่านั้นตามทางการเพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัย (รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๒๐๖)

⁸²จรินดิ หะวานนท์. บันทึกผลการสัมมนา เรื่อง “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” วันพุธที่ 26 มกราคม 2543 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ร่วมกับ สถาบันนโยบายศึกษา (IPPS)

เรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไป และเรื่องที่จะส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น⁸³

สำหรับข้อความว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี” หมายถึง หากจะเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 จำกัดเฉพาะ กรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเห็นว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นั้นบังคับแก่คดีเท่านั้น ซึ่งอาจเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติก็ได้ เช่น คำวินิจฉัยที่ 11/2541⁸⁴ การโต้แย้งการดำเนินการของศาลฎีกา ว่าปฏิบัติไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นต้องลงลายมือชื่อผู้พิพากษาที่พิพากษาหรือทำคำสั่ง หรือถ้าผู้พิพากษาคงใจลงลายมือชื่อไม่ได้ ก็ให้ผู้พิพากษาอื่นที่พิพากษาหรือทำคำสั่งคดีนั้น หรืออธิบดี ผู้พิพากษาแล้วแต่กรณี จดแจ้งเหตุที่ผู้พิพากษาคงใจไม่ได้ลงลายมือชื่อและมีความเห็นพ้องด้วย คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น แล้วกลัดไว้ในสำนวนความ” กรณีนี้มีได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีคือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141 วรรคสอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงไม่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับ แก่คดีต้องด้วย มาตรา 6 ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง และประเด็นที่โต้แย้งว่า “ศาลนำกฎหมายที่ยกเลิกไปแล้วในขณะที่โจทก์ฟ้องมาใช้บังคับแก่คดีที่ผู้ร้องเป็นจำเลย เป็นการโต้แย้งว่าศาลใช้กฎหมายฉบับที่ไม่ถูกต้อง มิได้โต้แย้งว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่เป็นการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีต้องด้วยมาตรา 6 ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอีกเรื่องหนึ่งที่วินิจฉัยให้ยกคำร้อง กรณีไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง คือ คำวินิจฉัยที่ 36/2546 ลงวันที่ 9 ตุลาคม 2546 สรุปได้ว่า โจทก์ฟ้องผู้ค้าประกันต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง ให้ชำระหนี้ตามสัญญาค้าประกันหนี้ทรัพย์สินทางปัญญา โดยมิได้ฟ้องลูกหนี้ชั้นต้น เนื่องจากศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ชั้นต้นก่อนที่โจทก์จะฟ้องผู้ค้าประกัน (จำเลย) จำเลยจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ โต้แย้งว่าการที่โจทก์ มิได้ฟ้องลูกหนี้ชั้นต้นเป็นจำเลย เพราะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/12 (4) และได้แย้งว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ศาลรัฐธรรมนูญ

⁸³บรรเจิด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า185.

⁸⁴คำวินิจฉัยที่ 11/2541 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2541 เรื่อง ศาลจังหวัดคนนทบุรี ขอให้ส่งความเห็นกรณีคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

บุญพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้โจทก์มิได้ฟ้องลูกหนี้ชั้นต้นเป็นจำเลยในคดี คงฟ้องเฉพาะจำเลยทั้งสองคือ ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ค้ำประกัน เนื่องจากศาลล้มละลายกลางมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ชั้นต้นก่อนที่โจทก์จะฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีนี้ และศาลทรัพย์สินทางปัญญาฯ มิได้นำบทบัญญัติมาตรา 90/14 (4) แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาใช้บังคับแก่คดี กรณีตามคำร้องไม่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 364 วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้ยกคำร้อง”

(3) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

การที่จะทำให้ทราบและเข้าใจถึงความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 ได้นั้นจะต้องทำความเข้าใจว่าวัตถุประสงค์ของการควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นแบบรูปธรรมหรือนามธรรมก็ดี ในด้านหนึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติจากการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร แต่ในอีกด้านหนึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อควบคุมตรวจสอบอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่าย นิติบัญญัติว่าอยู่ภายในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดกำหนดหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การออกกฎหมายนั้นเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ดังนั้น ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยหลักจึงควรที่จะหมายถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านกระบวนการจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียกกันว่า “กฎหมายในทางรูปแบบ” (formelle Gesetze) หรือกฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างเช่น ประเทศเยอรมัน แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” นั้นมีความหมายกว้างกว่ากฎหมายในทางรูปแบบ เพราะหากถือความหมายว่าเป็นกฎหมายในทางรูปแบบแล้ว ก็จะมีผลทำให้ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ก็จะมีความหมายถึงเฉพาะ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ เท่านั้น หรือหากจะหมายถึงพระราชกำหนดด้วยก็จะต้องหมายถึงพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้การรับรองแล้วเท่านั้น⁸⁵

อย่างไรก็ดี สำหรับ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 นี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 27/2544 ลงวันที่ 4 กันยายน 2544 กล่าวอธิบายความหมายของ “บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ไว้เป็นบรรทัดฐานแล้ว ดังนี้

คำวินิจฉัยที่ 4/2542 ลงวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2542 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ประกาศนาคารแห่งประเทศไทย เป็นการออกข้อกำหนด โดยผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย ด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

⁸⁵บรรเจ็ด สิงคะเนติ. เรื่องเดียวกัน, หน้า 180-181.

การคลัง อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ที่ให้อำนาจไว้ และมีผลใช้บังคับได้เท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ มิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 นอกจากนี้ ยังได้ วินิจฉัยว่า ประกาศของธนาคารพาณิชย์มิใช่ประกาศของทางราชการและไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้ได้ ซึ่งต่อมาได้มีคำวินิจฉัยที่ 5/2542 ที่ 9/2542 ที่ 10/2542 ที่ 12-35/2542 ที่ 38-40/2542 ที่ 41/2542 และที่ 42-43/2542 วินิจฉัยว่า ประกาศของธนาคารพาณิชย์ และประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย มิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

คำวินิจฉัยที่ 14-15/2543 และที่ 16-19/2543 ลงวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2543 วินิจฉัยว่า คำสั่งนายกรัฐมนตรีและคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัด เป็นคำสั่งของฝ่ายบริหารที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ใช้บังคับได้ภายในขอบเขตที่พระราชบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจไว้ และคำสั่งดังกล่าวมิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

คำวินิจฉัยที่ 25/2543 ลงวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2543 วินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งมิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือ “กฎหมาย” เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญหลายมาตรา นอกเหนือจากมาตรา 264 เช่น

- มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

- มาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น...” และวรรคสาม บัญญัติว่า “บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้นำมาใช้บังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม”

- มาตรา 57 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติกฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องบัญญัติให้มีองค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎหมาย กฎ และข้อบังคับ...”

- มาตรา 64 บัญญัติว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของ รัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่นและพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตาม รัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือ ข้อบังคับที่ออกโดยอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมืองสมรรถภาพวินัยหรือจรรยาบรรณ”

- มาตรา 198 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ.....มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ ผู้ตรวจการ แผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อ พิจารณาวินิจฉัย.แล้วแต่กรณี”

- มาตรา 200 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้..... (2) เสนอแนะนโยบายและข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน” ทั้งนี้รัฐธรรมนูญ ไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญมาตราต่างๆ ข้างต้น จะเห็นว่า มีการแบ่งแยกความหมายของ “กฎหมาย” ออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย อื่น ที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระ ราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า โดยที่กฎหมาย เหล่านี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับ รองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประเภทที่สอง กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานอกจากที่จัดอยู่ใน ประเภทที่หนึ่ง ที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็น การทั่วไป เป็นต้น และเนื่องจาก กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงต้องอยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท กล่าว อีกนัยหนึ่ง คือ กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานั้น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท และจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 6 มาตรา 29 วรรคสาม มาตรา 57 มาตรา 64 มาตรา 198 วรรคหนึ่ง และมาตรา 200 (2) บัญญัติถึง “กฎหมาย” “กฎ” และ “ข้อบังคับ” คือ กฎหมายทั้งสองประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้น ในขณะที่มาตรา 264 บัญญัติเฉพาะ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว จึงอนุมานได้ว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จำกัดขอบเขตของมาตรา 264 ไว้เฉพาะ กรณีที่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ฉะนั้น สิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้ตามมาตรา 264 จะต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ เป็นกฎหมายประเภทที่หนึ่งตามที่กล่าวข้างต้น มาตรา 264 มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า “กฎ” “ข้อบังคับ” หรือ “พระราชกฤษฎีกา” ซึ่งเป็นกฎหมายประเภทที่สอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

สิ่งที่ส่งไม่ได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัย เช่น ประกาศนาคกรแห่งประเทศไทย มีคำวินิจฉัยที่ 4/2542, 5/2542, 9/2542, 10/2542, 12 ถึง 35/2542, 38 ถึง 40/2542, 41/2542, 42 ถึง 42/2542 วินิจฉัยว่าประกาศนาคกรแห่งประเทศไทยเป็นกฎข้อบังคับไม่ได้เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องออกโดยองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติคือ รัฐสภา หรือต้องอนุมัติโดยองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดอนุมัติโดยรัฐสภา

ประกาศกระทรวงการคลัง มีคำวินิจฉัยที่ 9-10/2544 วินิจฉัยว่า ไม่ใช่บทกฎหมายที่จะส่งได้ตามมาตรา 264 ประกาศนาคกรพาณิชย์หรือประกาศบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ยังส่งไม่ได้ เพราะไม่ใช่แม้กระทั่งกฎข้อบังคับในความหมายของกฎหมาย เพราะไม่ได้ออกโดยฝ่ายปกครองแต่ออกโดยเอกชน

ข้อบังคับกระทรวงมหาดไทย เป็นกฎข้อบังคับในความหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 และเป็นกฎข้อบังคับในความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ส่งศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ ถ้ามีปัญหาว่ขัดหรือไม่ขัดก็ต้องส่งศาลปกครองตามคำวินิจฉัยที่ 1/2542

คำสั่งนายกรัฐมนตรี และคำสั่งจังหวัด ที่ออกตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมตามคำวินิจฉัยที่ 14-15/2543 ก็ไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทรงปกครอง ถ้ามีปัญหาว่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญก็ส่งศาลปกครอง

ระเบียบ ก.ก.ต. หากศาลยุติธรรมส่งตามมาตรา 264 ศาลรัฐธรรมนูญท่านไม่รับวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 25/2543 ที่ศาลจังหวัดลำปางส่งไป เพราะผู้สมัครได้แย้งในศาล ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 264 ให้ส่งเฉพาะบทกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ระเบียบ ก.ก.ต. ไม่ใช่บทกฎหมาย เพราะไม่ได้ออกโดยองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติ ศาลจึงไม่มีสิทธิส่ง ท่านก็ไม่รับพิจารณา แต่เมื่อระเบียบฉบับเดียวกันนี้ ส่งโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาใน คำวินิจฉัยที่

24/2543 ศาลรัฐธรรมนูญท่านบอกว่าระเบียบที่ว่าเป็นระเบียบที่ออกโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ออกโดยฝ่ายปกครองที่อยู่ในกำกับของรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 276 เมื่อไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองแล้ว ท่านก็รับวินิจฉัยเอง ซึ่งเคยบอกแล้วว่าด้วยความเคารพอย่างสูง คำวินิจฉัยที่ 24/2543 ผู้บรรยายไม่อาจจะเห็นพ้องด้วยเพราะถ้าอ่าน มาตรา 198 ให้ดี คำว่า กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคล ตามมาตรา 197(1) ก็คือฝ่ายปกครอง ในกำกับรัฐบาลทั้งสิ้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีสิทธิจะไปตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น จะส่งระเบียบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้อย่างไร เมื่อผู้ส่ง ไม่มีอำนาจส่งแล้ว ผู้พิจารณาคือศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องไม่มีอำนาจพิจารณาด้วย

ระเบียบ ประกาศ และข้อกำหนด เกี่ยวกับการควบคุมการผลิตน้ำตาลที่ออก โดยคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย อาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ. อ้อยและน้ำตาลทรายฯ เคยมี คู่ความในคดีขอให้ศาลจังหวัดสุพรรณบุรีส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัยโดยให้เหตุผลว่า ระเบียบ ประกาศ และข้อกำหนดดังกล่าว ออกโดยคณะกรรมการอ้อยและน้ำตาลทราย ซึ่งมีใช้องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 (คำวินิจฉัยที่ 27/2544)

ข้อกำหนดคดีภาษีอากร มีคำวินิจฉัยที่ 50/2544 ว่า ข้อกำหนดคดีภาษีอากร พ.ศ. 2539 ข้อ 10 (ว่าด้วยการอ้างขึ้นบัญชีระบุงพยาน) ออกตามความในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ภาษีอากรฯ พ.ศ. 2528 มาตรา 20 มิใช่กฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาล รัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542

การกระทำของคณะกรรมการข้าราชการศาลยุติธรรม เรื่องไม่รับสมัคร ผู้สมัครสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยพิพากษาเพราะเหตุเป็น โปลิโอกี่ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ตามนัยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 เพราะเป็นเรื่อง เกี่ยวกับการกระทำ

คำพิพากษาของศาล ในคำวินิจฉัยที่ 21/2541 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ปลัดกระทรวงยุติธรรมส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีศาลจังหวัดนนทบุรีส่ง สำนวนคดีแพ่งหมายเลขแดงที่ 1044/2526 ระหว่าง นายยัง บรมทองชุ่ม กับพวกรวม 2 คน โจทก์ นายมู๋เอ็ง แซ่ตัน กับพวก 8 คน จำเลย เรื่องพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ซึ่ง นางศิริพร พรสุทธิชัยพงษ์ จำเลยที่ 6 ยื่นคำร้องโต้แย้งว่าบทบัญญัติที่ศาลใช้บังคับในคดี ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4432/2536 ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่าการที่ศาลจังหวัด

นันทบุรีนำพระราชบัญญัติควบคุมการเช่านา พ.ศ. 2517 ซึ่งถูกยกเลิกแล้วโดยพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ก่อนวันที่โจทก์ฟ้องมาใช้บังคับกับคดีที่ผู้ร้องเป็นจำเลยนั้นเป็นกรณีที่ศาลไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 233 คือ ศาลต้องตัดสินตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และมาตรา 264 และได้แย้งด้วยว่า คำพิพากษาฎีกาที่ 245/2531 และ 4432/2536 ผู้พิพากษาลงลายมือชื่อไว้ไม่ครบองค์คณะ แม้ประธานศาลฎีกาจะบันทึกรับรองว่า ผู้พิพากษาที่ไม่ได้ลงนามใน คำพิพากษาฎีกาจะเข้าร่วมประชุมปรึกษาเป็นองค์คณะโดยแจ้งเหตุที่ไม่ได้ลงนามว่าไปดำรงตำแหน่งอื่นบ้าง เกษียณอายุราชการบ้าง ก่อนที่จะลงนามในคำพิพากษา แต่ประธานศาลฎีกาไม่ได้จัดแจ้งระบุข้อความให้ชัดเจนว่า “มีความเห็นพร้อมด้วยคำพิพากษานั้น” คำพิพากษา ศาลฎีกาทั้งสองจึงไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 141 วรรคสอง ข้อต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 233 และต้องด้วยมาตรา 6 และมาตรา 264

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ข้อโต้แย้งดังกล่าวของผู้ร้องมิได้เป็นการโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่กรณีต้องด้วยมาตรา 6 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคหนึ่ง จึงวินิจฉัยยกคำร้องของผู้ร้องซึ่งถูกต้องแล้ว

นอกจากนี้ ยังมีคำสั่งศาลฎีกาที่ 511-512/2541 วินิจฉัยว่า คำร้องของจำเลยเป็นเพียงการกล่าวอ้างว่า คำวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายของศาลอุทธรณ์ภาค 1 ไม่ถูกต้อง ไม่ใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและที่จำเลย ขอให้ศาลฎีกาส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การที่คดี ทั้งสองสำนวนนี้ซึ่งเป็นความผิดต่อส่วนตัว เมื่อผู้เสียหายหรือโจทก์ร่วมไม่ได้ร้องทุกข์ พนักงานสอบสวนจะสอบสวนได้หรือไม่ โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ ศาลฎีกามีอำนาจไม่รับวินิจฉัยฎีกาข้อนี้หรือไม่ และถ้าเป็นกรณีที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลฎีกาจะใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 มาตรา 121 บังคับแก่จำเลยทั้งสามได้หรือไม่ ก็มีใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่กรณีที่ศาลต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นเพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ให้ยกคำร้อง

คำสั่งศาลฎีกาที่ 909/2541 วินิจฉัยว่า คำร้องของจำเลยที่อ้างว่าการฟ้องคดีของโจทก์ทั้งสี่เป็นการทำร้ายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของจำเลย และใช้สิทธิละเมิด สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน กับกรณีที่ศาลชั้นต้นไม่ไปเผชิญสืบและไม่อนุญาตให้จำเลยระบุพยานเพิ่มเติมเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 4, 6, 26, 28 และ 30 จึงขอให้ศาลฎีการอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 264 นั้น เห็นว่ากรณีตามคำร้องไม่ใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่

ใช้กรณีศาลจะต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นเพื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 จึงให้ยกคำร้อง

คำสั่งศาลฎีกาที่ 1111/2542 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามที่จำเลยยื่นคำร้องขอให้ศาลฎีกาส่งข้อโต้แย้งของจำเลยไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำสั่งศาลอุทธรณ์ภาค 3 ที่ยกคำร้องขอหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ของจำเลยขัดต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พระราชบัญญัติการหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ พ.ศ. 2526 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กับขอให้ศาลรัฐธรรมนูญยกเลิกเพิกถอนคำสั่งศาลอุทธรณ์ภาค 3 และมีคำสั่งให้ศาลอุทธรณ์ภาค 3 รับคำร้องขอหรือฟื้นคดีอาญาขึ้นพิจารณาใหม่ของจำเลย นอกจากนี้ ยังขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความประกาศกระทรวงมหาดไทยและประกาศกระทรวงอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ รวมทั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยพยานหลักฐานของจำเลยด้วยนั้น กรณีตามคำร้องของจำเลยดังกล่าวเป็นเพียงการกล่าวอ้างว่าคำสั่งศาลอุทธรณ์ภาค 3 ไม่ถูกต้อง กับขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาและมีคำสั่งในเนื้อหาคดีของจำเลย มิใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่กรณีที่ศาลฎีกาต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ให้ยกคำร้อง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3699-3739/2541 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การที่จำเลยอุทธรณ์แต่เพียงว่า คำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นที่ว่าเสรีภาพในการนับถือศาสนาต้องอยู่ ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 5 และมาตรา 27 นั้น ไม่เป็นกรณีที่ศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ศาลอุทธรณ์จึงมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ไม่ต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นไปเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9500/2542 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คำโต้แย้งของโจทก์ที่กล่าวอ้างว่าคำสั่งศาลชั้นต้นที่สั่งโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้นเป็นคำสั่งที่ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพในการดำเนินคดีของโจทก์ ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26, 27, 28, 233, 249 มิใช่เป็นคำโต้แย้งว่า ดัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ศาลยุติธรรมจะใช้บังคับแก่คดีขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 คำฟ้องของโจทก์จึงไม่ต้องดัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง แม้อำนาจในการสั่งรับหรือไม่รับคำโต้แย้งของคู่ความตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ไว้พิจารณาจะเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 วรรคสอง แต่อำนาจในการวินิจฉัยว่าคำโต้แย้งของคู่ความเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาวินิจฉัยตาม 264 วรรคหนึ่ง มิใช่ว่าโจทก์มีคำโต้แย้งอย่างไร แล้วศาลยุติธรรมจะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเสมอไป

คำสั่งคำร้องศาลฎีกาที่ 1442/2543 วินิจฉัยว่ากรณีตามคำร้องของผู้คัดค้านที่อ้างคำพิพากษาศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ชัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนและขัดรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่การโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีไม่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

คำพิพากษาฎีกาที่ 3502/2542 วินิจฉัยว่า เนื้อหาตามคำร้องของผู้ต้องหาที่ขอให้ศาลชั้นต้นส่งข้อโต้แย้งของผู้ต้องหาไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเป็นเรื่องที่ผู้ต้องหากล่าวอ้างว่าการกระทำของพนักงานสอบสวนขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 233, 237 วรรคหนึ่ง และ 241 วรรคหนึ่งและวรรคสอง, 243 วรรคหนึ่ง และ 245 วรรคหนึ่ง มิใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ แม้ผู้ต้องหากล่าวอ้างในคำร้องว่าการกระทำของพนักงานสอบสวนดังกล่าวเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลอนุญาตให้ผู้ร้องฝากขังผู้ต้องหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ตามคำร้องมิได้กล่าวโดยชัดแจ้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตราใดและเพราะเหตุใด กรณีตามคำร้อง ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ประกอบมาตรา 264 ศาลจึงไม่ต้องส่งคำร้องของผู้ต้องหาไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามว่าใครวินิจฉัย ก็ศาลยุติธรรมนั่นเองเป็นผู้วินิจฉัย

ประกาศ ชัดต่อกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องที่จะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2542 จำเลยโต้แย้งว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 เป็นประกาศที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 มาตรา 14 และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ. 2523 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 มาตรา 4

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน เป็นกฎหมายที่ออกโดยผ่านกระบวนการตราพระราชบัญญัติโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติ จึงถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญมาตรา 264 แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าประกาศที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจะขัดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น การที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 เป็นประกาศที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการธนาคาร

พาณิชย์ และพระราชบัญญัติคอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงินหรือไม่จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

นอกจากนั้น การกระทำของบุคคลขัดรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ใช่เรื่องที่จะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2543 มีประเด็นตามคำร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่ธนาคารกรุงไทย จำกัด(มหาชน) คิดคอกเบี้ยในกรณีผิดนัดในอัตราร้อยละ 18 ร้อยละ 19 ร้อยละ 20.25 และร้อยละ 21.50 ต่อปี โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ร้องและตัวแทนผู้บริโภคต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และมาตรา 57 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ที่ผู้ร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการที่ธนาคารกรุงไทย จำกัด (มหาชน) คิดคอกเบี้ยในกรณีผิดนัดในอัตราดังกล่าวข้างต้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ร้องและตัวแทนผู้บริโภค ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และมาตรา 57 หรือไม่ นั้น เป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลหรือนิติบุคคล มิใช่พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง ดังนั้น ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ปัญหาว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” รวมถึงประกาศคณะปฏิวัติ ประกาศคณะปฏิรูป ประกาศ ร.ส.ท. หรือไม่ เมื่อพิจารณามาตรา 335(1) แล้วเห็นว่า มิให้นำบทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หมายความว่า มาตรา 335(1) ถึงแม้จะไม่กล่าวถึงประกาศคณะปฏิวัติ ประกาศคณะปฏิรูป และประกาศ ร.ส.ช. โดยตรง แต่ก็ยอมรับว่าอะไรก็ตามที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับมาจนถึงวันที่ 11 ตุลาคม 2540 อันเป็นวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายต่อไป เป็นการยอมรับโดยปริยายไม่เหมือนรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ที่เป็นการยอมรับโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี 2534 มาตรา 222 บัญญัติว่า ประกาศ ร.ส.ช. มีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นประกาศ ร.ส.ช. ก็ยังเป็นกฎหมายอยู่ เมื่อยังเป็นกฎหมายโดยอาศัยมาตรา 335(1) ก็อาจขัดรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น หากมีปัญหาว่า ประกาศคณะปฏิวัติ ประกาศคณะปฏิรูป หรือประกาศ ร.ส.ช. จั

รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ศาลก็ต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁸⁶

⁸⁶บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” รวมบทความวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1. ศาลรัฐธรรมนูญไทย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544, หน้า 79.

ประเด็นหนึ่งที่สำคัญเกี่ยวกับมาตรา 264 ที่สมควรกล่าวไว้ในที่นี้ด้วยก็คือ ศาลในคดีนั้นมิควรมีดุลพินิจอย่างไรหรือไม่ที่ส่งหรือไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา หรือว่าเมื่อ คู่ความในคดีนั้นได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วศาลในคดี นั้นจะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเสมอไป ในการใช้และตีความมาตรา 264 นี้ ศาลฎีกาได้ตี ความมาโดยตลอดนับแต่ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) ว่า ศาลในฐานะที่ จะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีอำนาจใน การตรวจสอบว่าการโต้แย้งของคู่ความในคดีนั้นครบถ้วนตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ใน มาตรา 264 หรือไม่ ซึ่งหากเทียบดูแล้ว จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 262 และ มาตรา 264 เขียนขึ้น มาโดยตรรกะเช่นเดียวกัน คือ ให้มีคนกลางเป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดย คนกลางกรณีมาตรา 262 คือประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่วนคนกลางมาตรา 264 คือศาล และ คนกลางเหล่านั้นต้องทำหน้าที่ในการตรวจสอบว่า เรื่องต่างๆ ที่จะนำส่งศาลรัฐธรรมนูญนั้น ครบถ้วนและเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่⁸⁷

ตัวอย่างเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6231/2543 วินิจฉัยว่า “แม้ตามบทบัญญัติมาตรา 264 วรรคสอง จะระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาว่าคำโต้แย้งใดของคู่ความว่าบทบัญญัติของ กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย และศาลรัฐธรรมนูญจะ ไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ แต่การที่จะพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าว เข้าเหตุตามมาตรา 264 วรรคหนึ่งหรือไม่ ย่อมต้องเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจปรับและตีความบทกฎหมายอัน เป็นการทั่วไปในเบื้องต้นที่ไม่เกี่ยวกับการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ กับกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของ ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น เมื่อคำร้องของจำเลยล่วงเลยเวลาที่จะดำเนินการได้ตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ศาลล่างจึงมีอำนาจโดยชอบที่จะมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าวเพื่อส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไปได้”

⁸⁷มานิตย์ จุมปา. “ประธานสภาผู้แทนราษฎรมีดุลพินิจในการส่งร่างพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ...ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หรือไม่” รวมบทความเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546, หน้า 50.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 950/2542 วินิจฉัยว่า “แม้อำนาจในการส่งรับหรือไม่รับคำโต้แย้งของคู่ความตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ไว้พิจารณาจะเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264วรรคสอง แต่อำนาจในการวินิจฉัยว่า คำโต้แย้งของคู่ความเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่นั้น เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง มิใช่ว่าโจทก์มีคำโต้แย้งอย่างไรแล้ว ศาลยุติธรรมจะต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเสมอไป

(4) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้แย้งนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 6

ศาลที่พิจารณาในคดีนั้นสามารถส่งปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะกรณีศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่า “เนื้อหา” ของกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเท่านั้น กรณีมีประเด็นว่ากฎหมายตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการตรากฎหมายจะโต้แย้งเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไม่ได้ ซึ่งแตกต่างกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามมาตรา 262 ดังนั้น ขอบเขตในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 จึงถูกจำกัดให้สามารถตรวจสอบได้เฉพาะเนื้อหาของกฎหมายเท่านั้น

(5) ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ตามมาตรา 268 บัญญัติให้เป็นคดีขาดมิผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไว้แล้วว่าขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลที่กำลังพิจารณาในคดีก็ไม่จำเป็นต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาซ้ำอีก ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1004/2542 วินิจฉัยว่า การที่โจทก์ฎีกาโต้แย้งว่ามาตรา 264 แห่งรัฐธรรมนูญควรใช้บังคับกับกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งเป็นแก่นแท้ของคดีที่ฟ้อง ส่วนกฎหมายวิธี สบัญญัติเป็นคำสั่งเรื่องวิธีพิจารณาและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันทำให้กฎหมายสารบัญญัติที่พิพาทกันต้องยุติลงโดยไม่ชอบ เพราะคดีไม่ได้ขึ้นไปสู่ศาลฎีกา และการไม่ชอบเช่นนี้มีรัฐธรรมนูญ มาตรา 26, 27, 28 รองรับให้คำสั่งที่นำมาให้คดีต้องยุติโดยไม่ชอบนั้นดำเนินต่อไปได้โดยไม่ต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยนั้น ถือเป็นเพียงความเห็นของโจทก์ ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 หาได้มีความหมายดังที่โจทก์ฎีกาไม่ ประกอบกับคดีนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีอื่นแล้วว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 220 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 26, 27, 28 และ 272 ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้ได้ ในคดีที่ปวงตามมาตรา 264 วรรคสาม กรณีของโจทก์จึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

3. ขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้น หากพิจารณาถึงลักษณะแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วสามารถแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากเนื้อหาประการหนึ่ง และพิจารณาจากรูปแบบหรือกระบวนการอีกประการหนึ่ง ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันทั้งในช่วงเวลาก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้และช่วงเวลาที่กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วนั้นมิใช่ว่าจะสามารถมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ทั้งในด้านเนื้อหาและรูปแบบกระบวนการได้เสมอไปทุกกรณี หากแต่จะต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรานั้นๆ ว่าเปิดช่องให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ในลักษณะใดได้บ้าง ซึ่งข้อพิจารณาดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงขอบเขตแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ว่าองค์กรที่มีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปตรวจสอบได้เพียงใด

3.1 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่พิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย

การพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นฉบับใดฉบับหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาสาระต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่ มาตราฐานที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบ นอกจากจะประกอบด้วยบทบัญญัติต่างๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแล้วยังจะต้องหมายรวมไปถึงหลักการที่อยู่เบื้องหลังตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งก็คือคุณค่าทางสังคมที่รัฐธรรมนูญได้มุ่งหมายที่จะปกป้องรักษาไว้อีกส่วนหนึ่งด้วย

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายนั้นอาจจำแนกได้เป็น 3 ประการคือ

- (1) บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้
- (2) บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย
- (3) บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(1) บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ถือได้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดเนื้อหาสาระของกฎหมาย อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ส่วน คือ

(1.1) เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

(1.2) เนื้อความของรัฐธรรมนูญ

(1.3) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

(1.1) เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้องค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่าองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารก็คิดจะใช้อำนาจในการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจออกกฎหมายนั้นไว้ กรณีที่จะสามารถออกกฎหมายนั้นได้ก็จะต้องปรากฏว่ามีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงนั้นอยู่จึงจะถือว่ากฎหมายนั้นมีเนื้อหาชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่หากมีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งไม่มีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตราออกมาใช้บังคับต้องถือว่า “เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยมิชอบ” (Abuse of legislative power) เพราะเหตุที่กฎหมายนั้นมีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญและส่งผลให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ก็มีการกำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจตรากฎหมายไว้เช่นกัน โดยเฉพาะกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชน

มาตรา 29 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพนั้นไม่ได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย”

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคแรก จะเห็นได้ว่าโดยทั่วไปแล้วรัฐธรรมนูญยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ แต่กฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องตราขึ้นใช้บังคับเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดไว้เท่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารจะตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนเพื่อการอย่างอื่นนอกเหนือจากการอันที่รัฐธรรมนูญ

บัญญัติกำหนดไว้มิได้แม้ว่าการนั้นจะเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะก็ตามและเมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีมาตราต่างๆ ที่ยอมให้มีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้นั้นเฉพาะเมื่อมีสถานการณ์บางอย่าง อันเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจในตรากฎหมายไว้ เช่น

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 44⁸⁸ การที่รัฐจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธนั้นนอกจากจะต้องมีวัตถุประสงค์ตามกฎหมายคือเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจในตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพ คือ “ระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 51⁸⁹ การที่รัฐจะออกกฎหมายมาเกณฑ์แรงงานนั้นแม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้แล้วก็ตามก็ต้องมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจในตรากฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพด้วย คือ “ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

(1.2) เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันหากจะแบ่งเรื่องที่เป็นเนื้อหาแล้วอาจแบ่งได้เป็น 2 ส่วนใหญ่ เช่นเดียวกับประเทศส่วนใหญ่ที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรได้คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐประการหนึ่ง และในส่วนที่เกี่ยวกับอุดมการณ์ทางการเมืองและการจัดองค์การของรัฐที่สอดคล้องกับอุดมการณ์ทางการเมืองระบอบการปกครองอีกประการหนึ่ง

⁸⁸ มาตรา 44 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และปราศจากอาวุธ การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะและเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

⁸⁹ มาตรา 51 บัญญัติว่า “การเกณฑ์แรงงานจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นกรณีฉุกเฉิน หรือโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งให้กระทำได้ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือการรบ หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

(1.2.1) ส่วนที่เกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่จะต้องพิจารณา เช่น

- บทบัญญัติที่กำหนดอาณาเขตของรัฐ
- รูปแบบของรัฐ มาตรา 1 บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้”
- รูปแบบของรัฐบาล ซึ่งกำหนดเป็นรูปแบบรัฐสภา
- รูปแบบของประมุขของรัฐ ประมุขของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 บัญญัติว่า “ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข
- องค์ประกอบและที่มาขององค์กรเจ้าหน้าที่ต่างๆ ของรัฐ เช่นองค์กรและเจ้าหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะรัฐมนตรี ศาล เป็นต้น รวมทั้งขอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรเจ้าหน้าที่เหล่านี้ว่าอยู่ในลักษณะเช่นใด

(1.2.2) ในส่วนที่สองนี้ก็คือ การบัญญัติรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ และหลักประกันต่างๆ ที่จะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้นั้นเป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติ

ในส่วนเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักการสำคัญๆ โดยองค์กรนิติบัญญัติต้องดำเนินการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ดังต่อไปนี้

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลนั้น รัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ “กระทำได้เท่าที่จำเป็น” การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหลักในเรื่องความจำเป็นไว้นี้แสดงให้เห็นถึงร่องรอยของหลักนิติรัฐและการยอมรับหลักพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เกินไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรนิติบัญญัติแม้ว่าโดยสภาพไม่ใช่เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจปกครองล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง แต่องค์กรนิติบัญญัติก็อาจใช้อำนาจรัฐตรากฎหมายซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมาย

จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นจึงต้องสอดคล้องกับหลักความสมควรแก่เหตุ ดังนี้

ก) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ กล่าวคือ มาตรการต่างๆ ที่ได้รับการกำหนดขึ้นและตราไว้ใน กฎหมายนั้นอยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่ ถ้าเป็นที่ชัดเจนว่าไม่อาจบรรลุผล ที่ต้องการ ได้ ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้น ไม่เหมาะสม และอาจขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติจึงไม่มีความชอบธรรมในการแสดงออกซึ่งดุลพินิจในการตรากฎหมายได้เอง แต่จะต้องใช้มาตรฐานทางรัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายนั้นเท่านั้น แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายที่ศาลอาจจะไม่เห็นชอบด้วย แต่ถ้ากฎหมายนั้นพิจารณาในทางภาวะวิสัยแล้วอาจบรรลุผลที่ต้องการได้ในทางนโยบาย ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้⁹⁰

ข) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้นจะต้องเป็น มาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือ ในกรณีที่มี มาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากเลือกเอามาตรการที่กระทบ ต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมาย ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลัก ความจำเป็น ดังนั้นจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ค) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติขึ้นในกฎหมายเพื่อใช้บังคับนั้น นอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว จะต้องเป็นมาตรการที่พอเหมาะสมควรแก่เหตุ อีกด้วย หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบนี้ เรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่ง นำหนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการ ปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น

2) หลักการคุ้มครองสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น องค์กรนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายให้กระทบกระเทือนแก่นหรือสารัตถะของสิทธิและเสรีภาพ ได้ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็คือ การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพเป็นการคุ้มครอง โดยเด็ดขาดหรือไม่ และอย่างไรเรียกว่ากระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

⁹⁰วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 30, ฉบับที่ 2. มิถุนายน 2543, หน้า 188.

ในประเด็นที่ว่า การคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 นี้เป็นการคุ้มครองโดยเด็ดขาดหรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติกล่าวไว้ ก็มีได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์ (absolute) แต่มุ่งคุ้มครองอย่างสัมพัทธ์ (relative) มากกว่า ดังนั้นการพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นจะมีผลทำให้สาระสำคัญของสิทธิได้รับความกระทบกระเทือนหรือไม่ จึงต้องดูข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป เมื่อได้ข้ช้หน้าหนังสือของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนแล้ว จึงจะตอบได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถึงแม้ว่าองค์กรของรัฐจะตรากฎหมายอันมีผลกระทบกระเทือนแก่นของสิทธิก็ตามแต่ถ้าการกระทบกระเทือนแก่นของสิทธินั้นยังสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุอยู่และกฎหมายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่งยวดต่อผลประโยชน์สาธารณะ ย่อมไม่อาจถือได้ว่ากฎหมายนั้นกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพตามความหมายของมาตรา 29 อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถ้อยคำของบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 29 ที่ว่า “และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้” แล้ว นำที่จะลงความเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์คุ้มครองแก่น (core) ของสิทธิและเสรีภาพแต่ละชนิด ซึ่งการคุ้มครองนี้เป็นการคุ้มครองโดยสัมบูรณ์ ไม่มุ่งประสงค์ให้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป ดังนั้นการพิจารณาว่ากฎหมายใดกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิจะนำเอาหลักความพอสมควรแก่เหตุมาร่วมพิจารณาและใช้เป็นเครื่องช่วยในการวินิจฉัยไม่ได้ ส่วนการตรากฎหมายในลักษณะใด จะถึงขนาดที่เรียกได้ว่ากระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไปโดยจะต้องพิจารณาระดับความเข้มข้นรุนแรงของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพกับลักษณะของสิทธิและเสรีภาพนั้นเองประกอบกัน⁹¹

3) หลักการมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปของกฎหมายและหลักการห้ามตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณีและเฉพาะบุคคล

การที่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 วรรค 2 กำหนดให้ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องตรากฎหมายให้มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงนั้น มีเหตุผลอย่างน้อย 2 ประการ ประการแรก เหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ และประการที่สอง เหตุผลในการป้องกันมิให้เกิดเอกสิทธิ์และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

⁹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 190.

กฎหมายที่จะถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่ไม่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่เป็นกฎหมายเฉพาะบุคคลและเฉพาะกรณีซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 29 วรรค 2 อาจเกิดขึ้นได้ดังนี้ คือ กรณีแรก เป็นกรณีที่ต้องคัดกรณินิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้มีผลใช้บังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลจำนวนแน่นอนจำนวนหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลที่อาจคำนวณจำนวนได้กลุ่มหนึ่ง กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ต้องคัดกรณินิติบัญญัติตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่แม้มีลักษณะเป็นนามธรรม ใช้บังคับบุคคลทั่วไป แต่ในทางข้อเท็จจริงแล้วมุ่งประสงค์ให้ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายหรือเฉพาะกลุ่ม สำหรับในกรณีที่เกิดเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นและองค์กรณินิติบัญญัติเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องมีการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล องค์กรณินิติบัญญัติอาจตรากฎหมายลักษณะนี้ขึ้นใช้บังคับได้โดยไม่ต้องว่าขัดต่อหลักการห้ามมิให้ตรากฎหมายใช้บังคับเฉพาะกรณี ถ้าหากว่ากฎหมายที่ตราขึ้นนั้นไม่ได้มีผลเฉพาะเหตุการณ์นั้น แต่ได้รับการบัญญัติให้ครอบคลุมเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและมีผลใช้บังคับกับบุคคลไม่จำกัดจำนวนด้วย

(1.3) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่กล่าวถึงนี้ คือ ความมุ่งหมายหรือผลสุดท้ายที่จะบรรลุได้เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหลักนิติรัฐที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักการจัดองค์การของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้รัฐจำกัดการใช้อำนาจล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนพลเมืองของรัฐได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นต้องปกป้องไว้ซึ่งประโยชน์มหาชนโดยส่วนรวมที่รัฐมีหน้าที่ต้องดูแลรักษา ส่วนจะเป็นประโยชน์มหาชนแขนงใดก็แล้วแต่ความต้องการในแต่ละกรณีไป

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายในการตรากฎหมายไว้หลายประการ ซึ่งโดยรวมก็จะมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญแล้วแต่ว่าเป็นประโยชน์ในด้านใดเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญมักจะบัญญัติถ้อยคำที่แสดงถึงวัตถุประสงค์ว่า “เพื่อ” นั่นเอง โดยเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น

- ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 36 วรรคสอง การออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมืองหรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์เท่านั้น
- ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 37 วรรคสอง การออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพในการสื่อสารถึงกันผ่านทางที่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยการตรวจ การกัก หรือการเปิดเผยสิ่งสื่อสารที่

บุคคลมีติดต่อกันรวมทั้งการกระทำด้วยประการอื่นใดเพื่อให้ล่วงรู้ถึงข้อความในสิ่งสื่อสารทั้งหลายที่บุคคลมีติดต่อกัน จะต้องมิมีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

- ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 44 วรรคสอง การออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธเฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในกรณีเกิดเหตุการณ์พิเศษเท่านั้น

นอกจากนั้นในการตราพระราชกำหนด ซึ่งเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งที่ฝ่ายบริหารคือพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ซึ่งพระราชกำหนดมี 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไปและพระราชกำหนดเกี่ยวกับด้วยภาษีและเงินตรารัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ไว้เช่นกัน

1) พระราชกำหนดทั่วไป เป็นพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 2 ประการ ดังนี้

1.1) เป็นการตราเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (มาตรา 218 วรรคหนึ่ง)

1.2) เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ (มาตรา 218 วรรคสอง)

2) เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวกับด้วยภาษีและเงินตรา โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือตราขึ้นในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยรีบด่วนและเป็นการลับ เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติและจำเป็นต้องออกพระราชกำหนดนั้นในสมัยประชุม (มาตรา 220 วรรคหนึ่ง)

ดังนั้น หากฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีเห็นว่ามีความจำเป็นต้องรีบออกกฎหมายในเรื่องใด และเรื่องที่จะออกเป็นกฎหมายนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขซึ่งถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ในการตราพระราชกำหนดข้างต้น คณะรัฐมนตรีก็มีอำนาจที่จะออกพระราชกำหนดในเรื่องนั้นมาใช้บังคับได้ทันที โดยการนำพระราชกำหนดขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา พระราชกำหนดนั้นจะมีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติ (มาตรา 218 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย)

โดยสรุปแล้วกฎหมายใดก็ตามไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สามารถออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้หรือพระราชกำหนดก็ดีล้วนแต่จะต้องตราให้เป็นไปตาม

วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ในกรณีที่ออกกฎหมายมาเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชนและไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ถือว่ากฎหมายฉบับนั้นมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งใช้บังคับไม่ได้

3.2 แบบพิธีหรือกระบวนการ

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติกำหนดแบบพิธีหรือกระบวนการในการตรากฎหมาย แบ่งพิจารณาได้เป็น 3 ส่วน ดังนี้

3.2.1 องค์กรผู้มีอำนาจใช้อำนาจนิติบัญญัติ

3.2.2 ขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมาย

3.2.3 รูปแบบของกฎหมาย (Form)

3.2.1 องค์กรผู้มีอำนาจใช้อำนาจนิติบัญญัติ

อำนาจในทางนิติบัญญัติได้แก่อำนาจในการออกกฎหมายนับตั้งแต่การเสนอร่างกฎหมาย การพิจารณาร่างกฎหมายไปจนถึงการตรากฎหมายบังคับใช้แก่ประชาชน โดยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และในข้อบังคับการประชุมของสภา โดยอาจแบ่งพิจารณา ดังนี้

(1) ผู้เสนอร่างกฎหมาย ได้แก่

1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอร่างกฎหมายได้ต่อเมื่อพรรคการเมืองที่สังกัดมีมติให้เสนอได้และมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 20 คน รับรอง (มาตรา 169 วรรคสอง) และหากเป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงิน ต้องมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรีด้วย

2) คณะรัฐมนตรี (มาตรา 169 วรรคหนึ่ง)

3) ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่น้อยกว่า 50,000 คน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานรัฐสภาเพื่อให้พิจารณาร่างกฎหมายที่ตนเสนอได้ แต่เสนอได้เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ 2 หมวด คือหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย และหมวด 5 ว่าด้วยแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐเท่านั้น (มาตรา 170)

(2) ผู้มีอำนาจพิจารณากฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐสภาโดยร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา โดยรัฐสภาประกอบด้วยผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

3.2.2 ขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมาย

กระบวนการในการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญ ดังนี้

(1) กระบวนการพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎร

(1.1) กระบวนการพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎร

รัฐธรรมนูญกำหนดให้เสนอกฎหมายต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน (มาตรา 172) โดยไม่มีข้อจำกัดว่าสภาผู้แทนราษฎรต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเวลาเท่าใด เว้นแต่ร่างกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณ มีมาตรา 180 กำหนดให้แล้วเสร็จภายใน 105 วัน

ขั้นตอนการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร มี 3 วาระ

วาระที่หนึ่ง เป็นการพิจารณาขั้นรับหลักการ หากรับหลักการ ก็จะมีการพิจารณาต่อไปในวาระที่สอง แต่หากไม่รับหลักการ ร่างกฎหมายนั้นก็ป็นอันตกไป

วาระที่สอง เป็นการพิจารณาในรายละเอียดเป็นรายมาตรา มี 2 ขั้นตอน คือ

1. ขั้นตอนของกรรมาธิการ อาจเป็นกรรมาธิการเต็มสภาหรือกรรมาธิการที่สภาผู้แทนราษฎร แต่งตั้ง เป็นขั้นตอนของการแก้ไขเพิ่มเติม และพิจารณาคำของแปรญัตติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ไม่ได้เป็นกรรมาธิการ

2. ขั้นตอนของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทุกคน พิจารณาร่างกฎหมายที่กรรมาธิการพิจารณาแล้วเสร็จ

วาระที่สาม เป็นการพิจารณาลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ โดยไม่มีการอภิปรายหากเห็นชอบ ร่างกฎหมายนั้นจะถูกส่งไปวุฒิสภาเพื่อพิจารณาต่อไป แต่หากไม่เห็นชอบ ร่างกฎหมายนั้นก็ป็นอันตกไป

(1.2) การพิจารณาในวุฒิสภา รัฐธรรมนูญ มาตรา 174 กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร เสนอร่างกฎหมายที่สภาพระราชบัญญัติ ลงมติเห็นชอบแล้วต่อวุฒิสภา โดยมีกำหนดเวลาว่า ถ้าเป็นร่างกฎหมายที่ไม่เกี่ยวกับการเงิน วุฒิสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน ถ้าเป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงิน วุฒิสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน แต่อาจขอขยายได้ไม่เกิน 30 วัน กำหนดเวลาดังกล่าวมีความสำคัญมากหากวุฒิสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดจะมีผลถือว่าวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายนั้นแล้ว

การพิจารณาร่างกฎหมายในวุฒิสภา จะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 วาระ เช่นเดียวกับสภาผู้แทนราษฎร

วาระที่หนึ่ง เป็นการพิจารณาขั้นรับหลักการ หากรับหลักการ ก็จะมีการพิจารณาต่อไปในวาระที่สอง แต่หากไม่รับหลักการ จะมีผลเท่ากับร่างกฎหมายนั้นถูกยับยั้งไว้โดยวุฒิสภา ร่างกฎหมายนั้นจะถูกส่งกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 175) และเข้าสู่กระบวนการยื่นขึ้นร่าง ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรอาจดำเนินการดังนี้

1) ไม่นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นพิจารณาใหม่ อาจเป็นเพราะเห็นชอบด้วยกับวุฒิสภาผลก็คือร่างกฎหมายนั้นเป็นอันตกไป

2) นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นพิจารณาใหม่ ซึ่งจะทำได้ต่อเมื่อเวลาผ่านพ้นไป 180 วัน นับแต่วันที่วุฒิสภาส่งร่างกฎหมายนั้นคืนมา เว้นแต่เป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน สภาผู้แทนราษฎรนำร่างกฎหมายนั้นขึ้นพิจารณาได้ทันที (มาตรา 176)

ร่างกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรนำขึ้นพิจารณาใหม่นี้ สภาผู้แทนราษฎรมิมติได้เพียงว่าจะยืนยันตามร่างเดิมที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรหรือไม่ ซึ่งหากสภาผู้แทนราษฎรมิมติยืนยันตามร่างเดิมด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรจะถือว่าร่างนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา นายกรัฐมนตรีสามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้ต่อไป แต่ถ้าคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งร่างกฎหมายนั้นจะเป็นอันตกไป

วาระที่สอง เป็นการพิจารณาในรายละเอียด มีกระบวนการเช่นเดียวกับวาระที่สองของสภาผู้แทนราษฎร

วาระที่สาม เป็นการพิจารณาเพื่อลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบกับร่างกฎหมายนั้นหรือไม่ โดยไม่มีการอภิปรายเช่นเดียวกับในสภาผู้แทนราษฎร ผลการพิจารณาในวาระที่สามของวุฒิสภา อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) วุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่มีการแก้ไข ถือว่าร่างกฎหมายนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้ต่อไปตามมาตรา 93 (มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (1))

(2) วุฒิสภาไม่เห็นชอบกับร่างกฎหมายนั้น ถือว่าร่างกฎหมายนั้นถูกยับยั้งไว้โดยวุฒิสภา ร่างกฎหมายนั้นจะถูกส่งกลับไปยังสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (2)) และเข้าสู่กระบวนการยืนยันร่าง ซึ่งมีขั้นตอนเช่นเดียวกับกรณีที่ไม่เห็นชอบในวาระแรกทุกประการ

(3) วุฒิสภาแก้ไขร่างเพิ่มเติมร่างกฎหมายที่รับมาจากสภาผู้แทนราษฎร กรณีเช่นนี้ต้องส่งร่างกฎหมายนั้นคือไปยังสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณา สภาผู้แทนราษฎรอาจมีมติได้ 2 ทาง ตามมาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) กล่าวคือ

(ก) เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา ถือว่าร่างนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา สามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้ต่อไป

(ข) ไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา จะมีการดำเนินการดังนี้

- ตั้งกรรมาธิการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายนั้น
- กรรมาธิการร่วมเสนอร่างกฎหมายที่พิจารณาเสร็จแล้วต่อสภา

ผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

หากทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเห็นชอบด้วย ถือว่าร่างนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา สามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้ต่อไป หากมีสภาใดสภาหนึ่งไม่ให้ความเห็นชอบ ต้องยับยั้งร่างกฎหมายนั้นไว้ และส่งร่างไปยังสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเข้าสู่กระบวนการขึ้นชั้นร่าง ซึ่งมีขั้นตอนเช่นเดียวกับกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในวาระแรกเพียงแต่ร่างกฎหมายที่สภาผู้แทนราษฎรนำขึ้นพิจารณาใหม่นี้ สภาผู้แทนราษฎร จะมีมติขึ้นชั้นตามร่างเดิมที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรก็ได้ หรือขึ้นชั้นร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมาธิการร่วมกันก็ได้ หากสภาผู้แทนราษฎรมีมติขึ้นชั้นด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร จะถือว่าร่างนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา สามารถนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้ต่อไป แต่ถ้าการลงมตินั้นมีคะแนนเสียง ไม่มีกว่ากึ่งหนึ่ง จะถือว่ากฎหมายนั้นเป็นอันตกไป

3.2.3 รูปแบบของกฎหมาย (Form)

รูปแบบของกฎหมาย (Form) หมายถึง ลักษณะการปรากฏตัวของกฎหมายที่องค์กรณีบัญญัติได้ตราขึ้นนั่นเอง เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันพบว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดรูปแบบของกฎหมายไว้ที่เป็นหลักการสำคัญไว้ ได้แก่ การออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีที่ตราพระราชบัญญัติหรือคณะรัฐมนตรีที่ได้ตราพระราชกำหนดจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย เช่น

- มาตรา 48 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครอง ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ...”
- มาตรา 50 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม”

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในมาตรานั้นๆ มักจะ บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย...” เพราะฉะนั้น หากจะมีการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ก็ต้องระบุด้วยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 48 ใช้อำนาจออกกฎหมายเช่นนั้นได้ หรือหากจะมีการออกกฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ ก็ต้องระบุด้วยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ให้อำนาจออกกฎหมายเช่นนั้นได้

นอกจากรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 29 วรรคสอง แล้วที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในลักษณะเป็นรูปแบบในการออกกฎหมายแล้ว ยังมีกรณีอื่น ๆ อีกที่บัญญัติไว้มีลักษณะให้เป็นรูปแบบในการตรากฎหมาย เช่น

- กรณีการตรากฎหมายเพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49 วรรคสามได้กำหนดไว้ว่า “กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ไว้ให้ชัดเจน...”

- กรณีการตราพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคสี่ได้กำหนดไว้ว่า “พระราชกฤษฎีกาตามวรรคสอง ให้ระบุอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรม ที่จัดตั้งขึ้นใหม่ การโอนอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งหน่วยราชการหรือเจ้าพนักงานที่มีอยู่เดิม การโอนข้าราชการและลูกจ้างงบประมาณรายจ่าย รวมทั้งทรัพย์สินและหนี้สินเอาไว้ด้วย”

บทที่ 5

ขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

สำหรับในบทนี้กล่าวถึงขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ทั้งสองช่วงเวลา ได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมายตามมาตรา 262 และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ตามมาตรา 198 และมาตรา 264 ตามลำดับ โดยจะพิจารณาในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นตามมาตราดังกล่าวว่าศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตเพียงใดในการที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เสนอมารวมช่องทางนั้น ๆ

1. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย (Prepublication Control)

การควบคุมกฎหมายกรณีนี้ เป็นหลักการอันมีลักษณะสำคัญในเชิง “ป้องกัน” โดยไม่เปิดโอกาสให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถบังคับใช้กับประชาชนได้เลย ทั้งนี้ เพราะเป็นการควบคุมนับตั้งแต่กฎหมายฉบับนั้น ๆ ยังไม่มีสภาพของความเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ กล่าวคือ เป็นการควบคุมนับตั้งแต่กฎหมายฉบับนั้นยังไม่มี “การประกาศใช้”

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้จะเห็นได้ว่า คำว่า “การควบคุมกฎหมายก่อนประกาศใช้” ยังเป็นถ้อยคำที่สื่อความหมายได้กว้าง เพราะสื่อให้ทราบเพียงแต่ว่าต้องเป็นขั้นตอนก่อนประกาศใช้กฎหมายเท่านั้น แต่ถ้อยคำนี้ไม่อาจสื่อให้ทราบได้ว่ากระบวนการควบคุม ดังกล่าวนี้อาจเริ่มต้นในขั้นตอนใดของกระบวนการตรากฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากในกระบวนการตรากฎหมายแต่ละฉบับของรัฐ จะต้องผ่านกระบวนการสำคัญ 4 ขั้นตอน คือ²²

- ขั้นที่ (1) การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติ
- ขั้นที่ (2) การพิจารณาร่างกฎหมายโดยสภานิติบัญญัติ
- ขั้นที่ (3) การตรากฎหมายโดยประมุขแห่งรัฐ (Promulgation)
- ขั้นที่ (4) การประกาศโฆษณากฎหมายที่ตราแล้วต่อสาธารณะ (Publication)

²² สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 57.

จากกระบวนการสำคัญในการตรากฎหมาย จะเห็นว่าในกระบวนการเสนอร่างกฎหมาย เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติ จนเสร็จสิ้นการพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น เป็นกระบวนการซึ่งยังไม่มีฐานะเป็นกฎหมายจะมีฐานะเป็นกฎหมายได้เมื่อประมุขแห่งรัฐได้ ลงนามในกฎหมายแล้ว และกฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับต่อเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศ โฆษณากฎหมายฉบับนั้นแล้วเท่านั้น³³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากกระบวนการตรากฎหมาย เห็นว่า ในกระบวนการแรก คือ การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติจนกระทั่งถึงขั้นตอนก่อนการประกาศ โฆษณากฎหมายฉบับนั้น เป็นกระบวนการอันถือกันว่าเป็นการใช้อำนาจโดยเด็ดขาด ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฉะนั้น ในกระบวนการดังกล่าวนี้หากมีปัญหาความชอบของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น ก็ย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะดำเนินการโดยองค์กรนิติบัญญัติเอง องค์กรอื่นย่อมไม่อาจ เข้ามาแทรกแซงเข้ามาเพื่อพิจารณากฎหมายฉบับนั้นๆ ได้ เพราะจะเป็นการขัดต่อหลักทฤษฎีการ แบ่งแยกอำนาจ แต่หลังจากกระบวนการทางนิติบัญญัติได้ผ่านพ้นไปและกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ มีสภาพของความเป็นกฎหมายแล้ว อำนาจโดยเด็ดขาดของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายฉบับ นั้นย่อมจะสิ้นสุด ในขั้นตอนดังกล่าวนี้เองที่องค์กรอื่นจะสามารถเข้าใช้อำนาจตรวจสอบความชอบ ของกฎหมายฉบับนั้นๆ ได้ แต่การเข้าตรวจสอบดังกล่าวนี้ก็จะต้องเริ่มต้นจากบุคคล หรือองค์กร ฝ่ายการเมืองเป็นผู้เสนอประเด็นปัญหาเอง องค์กรดังกล่าวนี้หาได้มีสิทธิเข้าไปหยิบยกปัญหา ขึ้นมาพิจารณาเอง

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนกฎหมายประกาศใช้เป็น ขั้นตอนหลังจากที่กฎหมายฉบับนั้นผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติแล้ว แต่เป็นขั้นตอนก่อนที่ กฎหมายฉบับนั้นจะประกาศใช้บังคับกับประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2540 บัญญัติ ช่วงเวลาดังกล่าวไว้ว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่สภา ให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้า เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลง พระปรมาภิไธย หากสมาชิกเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นี้หรือตราขึ้นไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ให้เสนอ ส่งความเห็นนั้นไปยังศาล รัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย...”³⁴ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าช่วงเวลาศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบเป็นช่วงที่ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ทำหน้าที่ในการพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนั้นลุล่วงไปแล้ว การส่งเรื่องให้ศาล รัฐธรรมนูญวินิจฉัยก่อนที่รัฐสภาจะให้ความเห็นชอบ แม้จะมีสมาชิกสภาเข้าชื่อรวมกันจำนวนมาก

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 57.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262

เท่าใดก็ตาม ก็ไม่สามารถส่งร่างกฎหมายฉบับนั้นเสนอต่อประธานรัฐสภาเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ เพราะก่อนที่รัฐสภาจะให้ความเห็นชอบก็อาจมีการเสนอให้มีการแก้ไขความบกพร่องของร่างกฎหมายนั้นๆ ได้

ระยะเวลาสิ้นสุดที่จะเสนอต่อประธานสภาเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบนั้น สิ้นสุดลงเมื่อนายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย เพราะเมื่อนายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมแล้ว ก็เป็นพระราชอำนาจในการวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ สมาชิกสภาไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต่อไปได้ ในประเด็นดังกล่าวนี้มีข้อสังเกตว่าช่วงเวลาที่มีสิทธิเสนอ ได้แก่ ส.ส.หรือ ส.ว.ก็ดี จะเข้าชื่อกันเสนอต่อประธานสภาให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย มีช่วงเวลาที่สิ้นหากสภาผู้แทนราษฎรได้เร่งรัดส่งร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาแล้วนั้นต่อไปยังคณะรัฐมนตรีและเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ก็ไม่อาจที่จะใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 262 ได้แล้ว หากในระหว่างนั้นมี ส.ส.หรือ ส.ว.เข้าชื่อกันเสนอต่อประธานสภา ประธานสภาก็มีดุลพินิจที่จะระงับการส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ ดังเช่นกรณีของพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 นั้นเอง

1.1 วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบตามมาตรา 262 นี้ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนว่า หมายถึง เฉพาะ

1. ร่างพระราชบัญญัติ และ
2. ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ มาตรา 262 บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วว่า ร่างกฎหมายที่จะเป็นวัตถุประสงค์การตรวจสอบที่จะสามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้นั้นมีเฉพาะร่างพระราชบัญญัติ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์การตรวจสอบตามมาตรา 198 และมาตรา 264 ซึ่งวัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ขอบเขตแห่งการตรวจสอบตามมาตรา 262 มีความแตกต่างจากมาตรา 264 เนื่องจากมาตรา 264 เป็นกรณีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ซึ่งมาตรา 264 ใช้คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6” ดังนั้น ตามมาตรา 264 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบในเรื่อง “เนื้อหา”

อย่างเคียวเท่านั้น คือ ตัวบทบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่กรณีการควบคุมร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามมาตรา 262 นี้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบสองกรณี ตามที่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนในตัวบทบัญญัติมาตรา 262 ดังนี้

(1) ตัวร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นการควบคุมในเรื่องเนื้อหา เช่นเดียวกับมาตรา 264 ซึ่งในประเด็นการตรวจสอบในด้านเนื้อหาของศาลรัฐธรรมนูญในมาตรานี้ไม่มีข้อปัญหาในทำการศึกษาแต่อย่างใด

(2) การตรากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามที่มาตรา 262 ได้บัญญัติว่า “...เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

สำหรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบร่างกฎหมายในประเด็นที่สองซึ่งมาตรา 262 ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบในเรื่อง “การตรา” นั้น ประเด็นนี้นับเป็นถ้อยคำที่สำคัญอย่างยิ่งที่จะแสดงถึงขอบเขตในการตรวจสอบกฎหมายว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเพียงใด ซึ่งในเบื้องต้นสมควรทำความเข้าใจก่อนว่า “การตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” มีความหมายได้เป็น 2 นัย ดังนี้

(2.1) ตราไม่ถูกต้องตาม “กระบวนการ” ขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หมายถึง การตรวจสอบกระบวนการของการตรากฎหมายดังกล่าวว่าได้เป็นไปโดยถูกต้องตามตัวบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนการตรากฎหมายไว้หรือไม่ ตั้งแต่ผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย กระบวนการต่างๆ ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมายไปจนถึงการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา ซึ่งในกรณีที่มิใช่กฎหมายตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว ผลก็คือทำให้กฎหมายฉบับนั้นตกไปทั้งฉบับ

(2.2) ตราไม่ถูกต้องตาม “รูปแบบ” ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หมายถึง เรื่องที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่ากฎหมายฉบับนั้นๆ ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ตัวอย่างรูปแบบของกฎหมายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งได้กำหนดให้การตรากฎหมายออกมามีศักดิ์สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งในส่วนของกฎหมายที่ตราขึ้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ตามมาตรา 29 วรรคสอง นี้ แม้จะเป็นการตราที่ไม่สอดคล้องตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็ตาม แต่เนื่องจากเป็นเรื่องของ “รูปแบบ” มิใช่กรณีของการไม่ชอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเรื่อง “กระบวนการ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายที่ไม่เป็นไปตามมาตรา 29 วรรคสอง นี้ ไม่ถึงขั้นที่จะทำให้กฎหมายนั้นตกไปทั้งฉบับ ดังเช่น กรณีของกฎหมายที่ไม่เป็นไปตาม

กระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่อย่างไรก็ดีปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึง ผลของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรูปแบบตาม มาตรา 29 วรรคสอง แต่อย่างใด ซึ่งเหตุผลที่ไม่พบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว อาจเป็นเพราะปัญหา ในเรื่องการเข้าใจความหมายของ “การตรา” ที่มีได้แบ่งแยกระหว่าง “กระบวนการตรา” กับ “รูปแบบ” ออกจากกัน ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544

เรื่องพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติมหมวด 3/1 และพระราช บัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 48 มาตรา 252 และมาตรา 335(1) หรือไม่ ประเด็นที่ศาล รัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัย / ประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ที่เพิ่มเติม หมวด 3/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ประกอบมาตรา 335 (1) หรือไม่

ประเด็นที่สอง พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มาตรา 90/46 และมาตรา 90/58 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2542 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 48 และมาตรา 252 หรือไม่

พิจารณาประเด็นที่หนึ่งแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 335(1) ที่บัญญัติว่า “มิให้นำ บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ในวัน ประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้ แต่เมื่อมีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวขึ้นใหม่ หรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว การดำเนินการนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 29 ทั้งนี้ ให้นำไปใช้บังคับกับกฎหมายหรือข้อบังคับที่ออกโดย อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายด้วยโดยอนุโลม” หมายความว่า มาตรา 335 1) เป็น บทเฉพาะกาลที่เป็นข้อยกเว้นของการนำมาตรา 29 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับกับ กฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ใน วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (11 ตุลาคม 2540) หรือที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนวัน ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว จะต้องดำเนินการให้เป็นไป ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง กล่าวคือ ต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใน การตรากฎหมายนั้นด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ซึ่งเป็น บทบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 9 เมษายน 2541 ซึ่งเป็นวันหลังจากวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ การดำเนินการตรากฎหมายในเรื่อง ดังกล่าว ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง คือ ต้องระบุมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าวด้วย แต่ด้วยเหตุที่การตรากฎหมายเป็นกระบวนการทางนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 262(1) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ที่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย จึงเห็นได้ว่ากรณีที่ผู้ร้องโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าว เป็นการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4)ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541 ซึ่งเพิ่มความหมวด 3/1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง ประกอบมาตรา 335(1) หรือไม่

ปัญหาที่เกิดขึ้นของคำวินิจฉัยนี้เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับขอบเขตแห่งการตรวจสอบอย่างชัดเจน โดยกรณีนี้ผู้ร้องได้โต้แย้งว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับแก่นั้นเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวนี้มีได้ระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายเช่นนั้นไว้ ซึ่งเป็นการไม่ชอบตามมาตรา 29 วรรคสอง ตามข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยคดีดังกล่าวนี้เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวฝ่าฝืนหลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวโดยนำเหตุผลเกี่ยวกับเรื่องขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 264 ขึ้นมาวินิจฉัยว่า “ตามมาตรา 264 ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะเรื่องเนื้อหาในกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบในเรื่องกระบวนการทางนิติบัญญัติซึ่งเป็นกรณีที่จะต้องอยู่ในขอบเขตแห่งการตรวจสอบในช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามมาตรา 262 ได้”

หากพิจารณาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้ประกอบคำวินิจฉัยแล้วว่าตามมาตรา 264 ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะเรื่องเนื้อหาในกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น และในเรื่องการตรวจสอบเรื่องกระบวนการทางนิติบัญญัตินั้นก็เป็นขอบเขตของมาตรา 262 ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับเหตุผลดังกล่าวซึ่งเป็นขอบเขตในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 262 มาตรา 264 แต่จากคำวินิจฉัยดังกล่าว มีข้อที่น่าพิจารณาคือ “การอ้างถึงเหตุที่กฎหมายไม่ได้ปฏิบัติตามหลักการในมาตรา 29 วรรคสองนั้น เป็นการโต้แย้งเรื่องรูปแบบหรือกระบวนการตรากฎหมาย อันอยู่ในขอบเขตในการตรวจสอบเฉพาะตามมาตรา 262 เท่านั้น” แสดงถึงการพิจารณาในประเด็นเรื่องของการตรากฎหมาย โดยมีได้มีการแบ่งแยกระหว่าง “กระบวนการ

ตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” กับเรื่อง “รูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” และการวินิจฉัยดังกล่าวนี้จะทำให้หลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวไปแล้วไม่มีผลใช้บังคับในทางปฏิบัติ ซึ่งในหลักการตีความรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติที่เป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องตีความในทางที่เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน กล่าวคือ เมื่อกฎหมายฉบับนั้นได้มีการประกาศใช้แล้ว หลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง นี้ ก็เป็นอันพ้นจากอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่น่าจะเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งการวินิจฉัยด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้แสดงนัยว่าหลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง นั้นเป็นเรื่องกระบวนการตรากฎหมายอันจะต้องใช้ช่องทางการควบคุมตรวจสอบตามมาตรา 262 นั้นก็เป็นการจำกัดหลักการให้แคบลงไปอีกจนอาจทำให้หลักการดังกล่าวถูกละเมิดได้โดยง่ายและไม่มีทางได้รับการแก้ไข เนื่องจากตามมาตรา 262 นั้น รัฐธรรมนูญไม่ได้บังคับให้ร่างกฎหมายทุกเรื่องต้องได้รับการตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงร่างกฎหมายที่ออกมาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ด้วย กรณีจึงอาจเป็นไปได้ว่า ต่อไปเมื่อร่างกฎหมายที่ไม่ได้ระบอบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราไว้ออกมาใช้บังคับแล้วไม่ว่าจะเกิดจากความตั้งใจหรือผลลึกลับในการตราของฝ่ายนิติบัญญัติก็ตามกฎหมายฉบับนั้นก็ไม้อาจถูกตรวจสอบได้อีกต่อไปและมีผลใช้บังคับอย่างสมบูรณ์

2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้เป็นกฎหมาย

(Post publication Control)

การควบคุมกฎหมายในกรณีนี้ สามารถกระทำได้นับตั้งแต่มีการประกาศใช้บังคับอย่างเป็นทางการ ซึ่งจะมีผลให้กฎหมายฉบับนั้นใช้บังคับได้ทั้งองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐและปัจเจกบุคคลโดยการควบคุมในลักษณะดังกล่าวนี้ สามารถกระทำได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคือ สามารถควบคุมได้ทั้งแบบนามธรรม และการควบคุมแบบรูปธรรม ทั้งคำวินิจฉัยขององค์กรผู้ใช้อำนาจก็ส่งผลกระทบมากกว่าในกรณีการควบคุมก่อนการประกาศใช้ ทั้งนี้ เนื่องจากการควบคุมในลักษณะนี้เมื่อมีผลของคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมส่งผล ไม่ต่างไปจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมายกเลิกกฎหมายฉบับเก่า⁹⁵

โดยการควบคุมในลักษณะนี้เป็นการควบคุมที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับทฤษฎีการควบคุมความชอบของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากการควบคุมในลักษณะนี้เกิดขึ้นในคดี *Marbury V. Madison* ซึ่งถือกันว่าเป็นปฐมคดีแห่งทฤษฎีการควบคุมความชอบของกฎหมายต่อ

⁹⁵ สมยศ เชื้อไทย. เรื่องเดียวกัน, หน้า 58-59.

รัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงเป็นธรรมดาอยู่นั่นเองที่ประเทศต่างๆ ที่มีระบบการควบคุมความชอบของกฎหมายจะต้องมีการบัญญัติรับรองไว้ ดังเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา, สเปน, เยอรมัน เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่า การควบคุมในลักษณะนี้จะเป็นการควบคุม ซึ่งใช้บังคับในทุกประเทศที่มีระบบการควบคุมความชอบของกฎหมาย ทั้งนี้ เนื่องจากปรากฏว่าในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีการควบคุมกฎหมายหลังการประกาศใช้แต่อย่างใด⁶ ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสไม่ต้องการให้เกิดกรณีการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส อันท้ายที่สุดจะนำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่าง องค์การนิติบัญญัติและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม (ตามมาตรา 198)

(1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

มาตรา 198 “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา ๑๕๗ (๑) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครองแล้วแต่กรณี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่งโดยไม่ชักช้า”

เนื่องจากการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลตามมาตรา 198(1) ของรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 198 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง จึงมีปัญหว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) สิ่งใดเป็น วัตถุประสงค์การตรวจสอบ ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะส่งไปให้ศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย พิจารณาจากเหตุผลต่างๆ ได้ 3 ประการ ดังนี้

ก. พิจารณา ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยาม “กฎ” ตามมาตรา 3 ว่าหมายถึง “พระราชกฤษฎีกา

⁶ โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์ .หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1.พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541, หน้า 160.

กฎกระทรวงประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” และมาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด...”

นอกจากนั้น มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองไว้แล้ว กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่มีไต่ขององค์กรนิติบัญญัติฉะนั้นในกรณี ตามมาตรา 198 นี้ เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณา จะทำให้เห็นได้ว่ากรณีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา ส่วนปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นผู้พิจารณา

ข. พิจารณามาตรา 198 โดยใช้หลักการตีความรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า Eiusdem Generis โดยพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตราที่เกี่ยวข้องในเรื่องอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แล้วก็จะพบรัฐธรรมนูญมาตรา 262 ที่กำหนดวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบไว้ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และร่างพระราชบัญญัติ เป็นต้น ซึ่งเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจตรา หรือมาตรา 264 ซึ่งเป็นช่องทางในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายช่วงที่กฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว ก็จะพบว่าวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุม ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ดังนั้น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 198 นี้ จึงเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งเป็นการตีความที่สอดคล้องกันทั้งสองมาตรา

ค. พิจารณาจากรายงานการประชุมของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2540, ของคณะกรรมการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2540 และรายงานการอภิปรายของสภาร่างรัฐธรรมนูญ วาระที่ 2 เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2540 แล้วพบว่า

1) ไม่มีการอภิปรายว่าควรมีผู้ตรวจการแผ่นดินหรือไม่ นอกจาก นายแคล้ว นรปติ เกรงว่าจะซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจราชการกระทรวง หรือปลัดกระทรวง

2) มีการอภิปรายถึงมาตรา 198 เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2540 โดย ศาสตราจารย์ ดร.อมร รัชชานนท์ เห็นว่า “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำไมถึงจะให้ศาลปกครองวินิจฉัย...(ถ้า) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ...น่าจะให้ศาลรัฐธรรมนูญ(พิจารณา)”

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (กรรมาธิการ) ชี้แจงว่า “ศาลรัฐธรรมนูญจะคลุมเฉพาะกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ ถ้ากฎหมายขัดหรือการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจศาลปกครอง”⁹⁷

(1.1) ความหมาย “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

“บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นถ้อยคำที่บัญญัติไว้เช่นเดียวกับมาตรา 264 ดังนั้น ความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 นี้ จึงต้องมีความหมายอย่างเดียวกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 ไว้แล้ว ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 โดยหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า โดยที่กฎหมายเหล่านี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ

สำหรับพระราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 นั้นมีทั้งกรณีที่ยังมิได้เสนอให้รัฐสภาพิจารณาและเสนอให้รัฐสภาพิจารณารับรองแล้ว มีปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้จะหมายความรวมถึงพระราชกำหนดทั้งที่ได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและไม่ผ่านการพิจารณาหรือไม่ เมื่อพิจารณาถึง ตรรกะของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 แล้วจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาว่ากฎหมายที่อยู่ในความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยมุ่งพิจารณาว่าเป็นกฎหมายที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงหมายถึงทั้งพระราชกำหนดทั้งที่ได้ผ่านและไม่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่ง

⁹⁷อมร รัชชานนท์. ปรัชญารัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ ของ ศ.ดร.อมร รัชชานนท์. พิมพ์ครั้งที่ 1. 2546, หน้า 394-395.

กรณี เป็นการแตกต่างจากลักษณะของเยอรมัน เนื่องจากหากพิจารณาพระราชกำหนดว่าเป็น “กฎหมายในทางรูปแบบ” (formelle Gesetze) หรือไม่แล้ว จะหมายถึงเฉพาะพระราชกำหนดที่ผ่านกระบวนการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วเท่านั้น

นอกจากนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังรวมถึง ประกาศของคณะปฏิวัติ ด้วย แต่จำกัดเฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหา ในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ที่จะอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ เหตุผลที่หมายรวมถึงประกาศคณะปฏิวัติด้วย มี 2 ประการ ได้แก่

(1) เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญมาตรา 335 (1) แล้วเห็นว่า มิให้นำบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคสองและวรรคสาม มาใช้บังคับกับกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้ หมายความว่า มาตรา 335(1) ถึงแม้จะไม่กล่าวถึงประกาศคณะปฏิวัติแต่ก็ยอมรับว่า อะไรก็ตามที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับมาจนถึงวันที่ 11 ตุลาคม 2540 อันเป็นวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายต่อไป เป็นการยอมรับโดยปริยายไม่เหมือนรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ที่เป็นการยอมรับโดยตรง เช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี 2534 มาตรา 222 บัญญัติว่า ประกาศ ร.ส.ช. มีผลใช้บังคับ โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น ประกาศ ร.ส.ช. ก็ยังเป็นกฎหมายอยู่ เมื่อยังเป็นกฎหมาย โดยอาศัยมาตรา 335(1) ก็อาจขัดรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น หากมีปัญหาว่าประกาศคณะปฏิวัติประกาศ คณะปฏิรูป หรือประกาศ ร.ส.ช. ขัดรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 ศาลก็ต้องส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย⁹⁸

(2) ประกาศคณะปฏิวัติแม้มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านกระบวนการ ตามระบบปกติ แต่ก็ต้องถือว่า “คณะปฏิวัติ” เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งเท่ากับ ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติไปด้วยในขณะเดียวกัน ดังนั้น การอาศัยหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้ กรณีย่อมจะปราศจากเหตุผลในระบบกฎหมายหากปล่อยให้ประกาศคณะปฏิวัติซึ่งมีผลบังคับต่อ ประชาชนในทางความเป็นจริง แต่ไม่อาจจะถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ⁹⁹

⁹⁸บรรศักดิ์ อวรรณโณ. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ. รวมบทความวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ, ชุดที่ 1. ศาลรัฐธรรมนูญไทย, 2544, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 79.

⁹⁹บรรเจ็ด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544, หน้า 182.

(1.2) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ

ในประเด็นว่าวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบนี้หมายถึงสิ่งใดบ้างนั้นมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ซึ่งมีปัญหาในทางวิชาการเกี่ยวกับปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ที่สมควรทำการศึกษาดังนี้

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่แล้วว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งคดีพิพาทผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งอาศัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 (7) ออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงน่าจะมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ฝ่ายปกครอง ที่จะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองนั้น ต้องเป็นฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น สำหรับ กกต.เป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในการกำกับดูแลของรัฐบาล ดังเช่นที่กล่าว ดังนั้น ระเบียบ กกต.ซึ่งออกโดย คณะกรรมการ กกต.จึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง”

คำวินิจฉัยข้างต้นมีนักกฎหมายได้มีความเห็นเกี่ยวกับอำนาจในการรับไว้พิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแตกต่างกันออกไปเป็น 2 ความเห็น คือ

ความเห็นแรก เห็นว่า ระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ไม่ใช่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยแต่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม โดยมีเหตุผลดังนี้¹⁰⁰

1) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่มีตรรกะและเหตุผล โดยศาลไม่ได้พิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ที่ระบุว่ากฎข้อบังคับหรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) เท่านั้นที่จะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง

¹⁰⁰ บวรศักดิ์ อรรถมน. คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง. ในการบรรยายครั้งที่ 6. วันที่ 14 กรกฎาคม 2543 : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 357-360.

2) ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร จึงไม่มีเหตุผลที่จะไปตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่นๆ (กกต.) ที่ไม่อยู่ในกำกับของฝ่ายบริหาร ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กกต. ไม่ใช่หน่วยงานในกำกับของรัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่ไม่มีอำนาจตรวจสอบ และก็ไม่ใช่อำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยด้วย จึงไม่มีเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัย

3) หากใช้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญ ในอนาคตผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจส่งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองที่ถึงที่สุดแล้วไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ และอาจจะมีการส่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเองอีกครั้งด้วย เหตุผลว่าคำวินิจฉัยนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

4) องค์กรที่จะวินิจฉัยว่าระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คือ ศาลยุติธรรม เพราะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปในการพิจารณา หากคดีไม่อยู่ในอำนาจศาลใดก็ย่อมมาฟ้องที่ศาลยุติธรรมได้ เพราะศาลอื่นเป็นศาลเฉพาะ ดังที่รัฐธรรมนูญมาตรา 271 กำหนดว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

นอกจากนั้นยังมีนักกฎหมายกล่าวเสริมความเห็นแรกนี้อีกว่า ในประเด็นที่ว่า ระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ นั้น เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า กรณีนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองโดยมีเหตุผลสนับสนุนว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาองค์กรฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจปกครองเป็นหลักจะขยายไปถึงองค์กรที่ใช้อำนาจอื่นบ้างก็เป็นกรณีจำกัด เช่น ขยายไปถึงกรณีที่มีการพิจารณาโทษทางวินัยของข้าราชการรัฐสภา เป็นต้น สำหรับคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพราะหากพิจารณาเฉพาะการใช้อำนาจของแต่ละองค์กร โดยไม่พิจารณาตัวองค์กรเป็นหลักแล้ว การตีความว่าระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เพราะเป็น “กฎ” นั้น จะเป็นการขยายอำนาจของศาลปกครองจนเกินขอบเขต โดยหากถือเช่นนี้แล้วแม้แต่ข้อกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องถือว่าเป็น “กฎ” ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองด้วย ส่วนในประเด็นที่ว่า เมื่อเรื่องนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองแล้วจะอยู่ในอำนาจศาลใด เห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในกฎหมายกำหนดให้เป็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นศาลเฉพาะ ระเบียบฯ ไม่ใช่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงต้องอยู่ใน

อำนาจของศาลยุติธรรม ในฐานะที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 271¹⁰¹

ความเห็นที่สอง เห็นว่า ระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ แต่คณะกรรมการการเลือกตั้งที่ใช้อำนาจในการออก ระเบียบนั้นเป็นการใช้อำนาจปกครอง จึงอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบระเบียบ ดังกล่าวในฐานะที่เป็น “กฎ” อย่างหนึ่ง ความเข้าใจที่เข้าใจว่า “ฝ่ายปกครอง” ที่จะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองนั้นต้องเป็นฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับดูแลของรัฐบาล เท่านั้น หากเป็นฝ่ายปกครองอื่นไม่ถือว่าเป็นฝ่ายปกครองของรัฐเช่นเดียวกับฝ่ายปกครองที่อยู่ใน บังคับบัญชาของรัฐบาลนั้น เป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้อง และการที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้าง รัฐธรรมนูญมาตรา 276 ที่กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองนั้นก็คลาดเคลื่อน เพราะ¹⁰²

1) มาตรา 276 เป็นการกำหนดชั้นคำของคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองเวลาจะ พิจารณาเขตอำนาจของศาลปกครองต้องพิจารณาคำควบคู่กับเขตอำนาจของศาลปกครองที่กำหนดไว้ ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วย

2) เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐบาล หรือไม่ อยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง จึงเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรมจึงไม่มีอำนาจ

3) รัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอให้ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองวินิจฉัยในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีตามมาตรา 197(1) นั่นก็คือ ฝ่ายปกครองทั้งหมดไม่จำกัดว่าต้องเป็นฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐบาล เท่านั้น และจะแบ่งฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภทคือ ฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาและกำกับดูแลของ รัฐบาลกับฝ่ายปกครองที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาและกำกับดูแลของรัฐบาลก็ได้ โดยต้องพิจารณา ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 43 ด้วย

4) มาตรา 9 วรรคสอง (2) ของ พรบ.ว่าด้วยวิธีพิจารณาและจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า เรื่องเกี่ยวกับ การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วย ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง นั่นก็คือ กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ

¹⁰¹มานิตย์ จุมปา. คู่มือศึกษาคดีรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545, หน้า 31.

¹⁰²โกศล พลกุล. “สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” วารสาร วิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 1, เล่มที่ 1. มกราคม-เมษายน 2544, หน้า 91.

ยกเว้นไม่ให้เกิดปกรงที่เกิดจากการดำเนินการทั้งด้านบริหารงานบุคคลและด้านอื่นๆ ของศาลยุติธรรมโดยคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ต้องขึ้นศาลปกครอง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวเท่านั้นและ ก.ต. เองก็มีใช้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการขององค์กรบริหารงานบุคคลของหน่วยงานอิสระทั้งหลาย ซึ่งมีได้อยู่ในบังคับบัญชา ของรัฐบาล จึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง

นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายท่านอื่นให้ความเห็นไว้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน โดยเห็นว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังนี้¹⁰³

การที่จะพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ การพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจจะใช้วิธีพิจารณาในทางปฏิเสธเขตอำนาจขององค์กรอื่น กล่าวคือ ไม่อาจจะใช้วิธีพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ เพราะมิได้หมายความว่าเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจะตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะการกำหนดเขตอำนาจศาลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้กำหนดลักษณะของเขตอำนาจศาลไว้ ดังนี้

(ก) ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 271¹⁰⁴ ของรัฐธรรมนูญ

(ข) ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองทั้งหลาย เว้นแต่เป็นกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลอื่น และ

(ค) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้นในการตรวจสอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบอำนาจของคนในลักษณะ positive มิใช่ตรวจสอบอำนาจของคน โดยตรวจสอบอำนาจของศาลอื่นในลักษณะ negative ทั้งนี้เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลัก enumerationsprinzip หรือหลักการกำหนดเขตอำนาจที่ลักษณะเฉพาะเจาะจง หรือการระบุให้มีอำนาจเฉพาะเท่าที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวแตกต่างจากหลัก Generalklausel ซึ่งเป็นหลักการกำหนดเขตอำนาจในลักษณะทั่วไปดังเช่น

¹⁰³บรรเจิด สิงคะเนติ. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีปัญหาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง : เอกสารทางวิชาการของสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 14.

¹⁰⁴มาตรา 271 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

รัฐธรรมนูญมาตรา 271 กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ทั้งปวงเว้นแต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น หรือกรณีของศาลปกครองให้มีเขตอำนาจในคดีข้อพิพาทในทางปกครองทั้งปวง เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างน้อย 2 ประการ คือ ส่งผลให้องค์กระอติสรรคตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง และทำให้ระบบการควบคุมเกี่ยวกับข้อพิพาทในทางปกครองอยู่ภายใต้ระบบของศาล 2 ระบบ

สำหรับผู้เขียนนั้นเห็นด้วยกับความเห็นที่สอง ที่ว่าอำนาจในการตรวจสอบ “กฎ” ที่ออกโดยองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการแบ่งแยกวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบในมาตรา 198 ตามที่กล่าวมาแล้วว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้นั้นจะต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เท่านั้น ซึ่ง กฎที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น มิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เนื่องจากมิใช่กฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ แต่เป็น “กฎ” ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลปกครอง อันจะเป็นการตีความที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 264 ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้มีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ชอบด้วยหลักการแล้ว ในคำวินิจฉัยที่ 25/2544 ซึ่งเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2542 กรณีที่มีการโต้แย้งในศาลยุติธรรมและศาลยุติธรรมส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง จัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับวินิจฉัย เพราะระเบียบดังกล่าวมิใช่กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งจัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องปฏิเสธที่จะรับไว้วินิจฉัยไว้เช่นกัน

(2) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้ส่งประเด็นปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยความชอบของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตในการเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบกฎหมายในเรื่อง เนื้อหา การตราทั้งในส่วนของกระบวนการตรา และหรือรูปแบบ ได้หรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 198 แล้วจะพบว่า มาตรา 98 กำหนดขอบเขตแห่งการตรวจสอบไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญ อยู่ที่ถ้อยคำว่า “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

(2.1) เนื้อหาของกฎหมาย

สำหรับการตรวจสอบในเรื่องเนื้อหาของกฎหมายซึ่งถือเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดนั้น โดยทั่วไปไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบในช่วงใด กฎหมายจะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรผู้มิอำนาจในการตรวจสอบในการตรวจสอบเสมอ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเสนอบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเนื้อหา ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน ซึ่งโดยทั่วไปการเสนอเรื่องผ่านตามาตรานี้จะเห็นประเด็นในเนื้อหาที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(2.2) การตราได้แก่ กระบวนการและรูปแบบ

มาตรา 198 กำหนดขอบเขตแห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่ามีอำนาจตรวจสอบกฎหมายที่ “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหากพิเคราะห์ถึงถ้อยคำดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตในการตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางมาก เพราะปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมีได้หลายลักษณะด้วยกันไม่ว่าจะเป็นเนื้อหาหรือเรื่องของรูปแบบกระบวนการตรา ล้วนเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ประกอบกับเมื่อได้พิจารณาถึงการบัญญัติถ้อยคำที่แตกต่างออกไปไม่ว่าจะเป็น มาตรา 262 หรือ 264 ดังนั้น ขอบเขตแห่งการตรวจสอบตามมาตรา 198 โดยหลักการจึงสามารถตรวจสอบในเรื่องของการตราได้ทั้งเรื่องกระบวนการและรูปแบบ

(2.2.1) “กระบวนการ”

การที่บุคคลใดจะเสนอเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเพื่อเสนอกฎหมายที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ถ้าเป็นประเด็นในเรื่องเนื้อหาแล้วโดยทั่วไปผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเป็นปกติ แต่หากเป็นเรื่อง “กระบวนการ” ตรานั้น แม้จะพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 198 ซึ่งใช้คำว่า “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” จะสามารถเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่หากพิจารณาโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นว่าการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีขึ้นเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิให้ถูกละเมิด ซึ่งในปัญหาเรื่อง “กระบวนการตรา” นี้เมื่อกฎหมายนั้นได้ประกาศออกใช้บังคับแล้วโดยไม่ได้มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่ประการใด เพียงแต่มีความบกพร่องของกระบวนการบางขั้นตอนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบกฎหมายในเรื่องของกระบวนการตราว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น แม้จะทำให้กฎหมายเกิดความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญในทุกด้านแต่ก็ไม่ได้สัดส่วนกับผลที่ตามมาหรือประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ กล่าวคือ กฎหมายนั้นอาจต้องตกไปทั้งฉบับซึ่งจะทำให้สิ้นเปลืองงบประมาณเป็นอย่างมากในการตรากฎหมาย ซึ่งไม่ควรที่จะเป็นเช่นนั้น ประกอบกับหากให้มีการตรวจสอบกฎหมายในเรื่องกระบวนการตราได้แล้ว ก็จะไม่สอดคล้องกับ “หลักความมั่นคงของกฎหมาย” กล่าวคือ กฎหมายที่ได้ตราออกมาใช้บังคับประชาชนก็จะไม่มีความแน่นอนว่ากฎหมายนั้นจะคงใช้บังคับได้อย่างมั่นคงเพียงใด ทำให้ประชาชนเกิดความสับสนและไม่แน่ใจในกระบวนการบังคับของกฎหมาย

ดังนั้น แม้รัฐธรรมนูญมาตรา 198 จะกำหนดขอบเขตให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีที่มี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ในเรื่อง “กระบวนการ” นั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจที่จะตรวจสอบได้ ตามเหตุผลดังกล่าวข้างต้น โดยปล่อยให้องค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายออกมา เป็นผู้รับผิดชอบที่ได้ดำเนินการไม่ชอบตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด

จากการศึกษาปรากฏว่ายังไม่มีกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอ ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 198 ต่อศาลรัฐธรรมนูญว่ามีกฎหมายที่มี กระบวนการตราไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

(2.2.2) “รูปแบบ”

ในประเด็นของการตรวจสอบในเรื่องของรูปแบบนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 35-36/2544 ว่า ในกรณีที่มีผู้ร้องผ่านทางศาล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย(ฉบับที่ 4) พ.ศ.2541 มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง นั้น ไม่อาจที่จะเสนอ ตามมาตรา 264 ได้ เนื่องจากการอ้างว่า กฎหมายไม่เป็นไปตามหลักตามมาตรา 29 วรรคสอง เป็นเรื่องที่ได้แย้งว่าพระราชบัญญัตินั้น ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ในประเด็นดังกล่าวนี้ผู้เขียนได้พิจารณาไป แล้วว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 198 บัญญัติถ้อยคำแตกต่างจากมาตรา 264 ซึ่งมีลักษณะที่กว้างกว่ากรณี ตามมาตรา 264 ที่ศาลจะสามารถส่งปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะเรื่อง “เนื้อหา” เท่านั้น แต่ตามมาตรา 198 บัญญัติไว้กว้างๆ ว่า “มีปัญหเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งปัญหาว่ากฎหมายใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่มีทั้งปัญหาในด้าน “เนื้อหา” และ “การตรา” ดังนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงสามารถเสนอปัญหาในเรื่องรูปแบบ ตามมาตรา 29 วรรคสอง ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ โดยไม่ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 แต่อย่างใด

โดยเฉพาะปัญหากฎหมายที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดหลักการให้ระบอบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งปัญหาในเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องของกระบวนการตรา แต่เป็นปัญหาในเรื่องของรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งเป็นปัญหาที่มีความสัมพันธ์กับความไม่ถูกต้องตามเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย แต่ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราออกมาเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่มิได้ระบอบบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรานั้น ก็สามารถเสนอผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้อย่างแน่นอน เพราะปัญหานี้ก็ถือว่าเป็น “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (ตามมาตรา 264)

(1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

มาตรา 264 “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นเช่นนั้น ตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 264 วัตถุประสงค์การตรวจสอบตามมาตรา นี้ย่อมได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เท่านั้น ปัญหาคงมีต่อไปว่า กฎหมายใดที่ถือว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้มี คำวินิจฉัยที่ 27/2544 ลงวันที่ 4 กันยายน 2544 กล่าวอธิบายความหมายของ “บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ไว้แล้วดังนี้

รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติความหมายของคำว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไว้ แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตราต่างๆ ข้างต้น จะเห็นว่ามีการแบ่งแยกความหมายของ “กฎหมาย” ออกเป็น 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนดตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า โดยที่กฎหมาย เหล่านี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ประเภทที่สอง กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกา นอกจากที่จัดอยู่ในประเภทที่หนึ่ง ที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง

ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เป็นต้น และเนื่องจากกฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงต้องอยู่ภายในขอบเขตอำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายแม่บท กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานั้น จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท และจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ด้วย

รัฐธรรมนูญ มาตรา 6 มาตรา 29 วรรคสาม มาตรา 57 มาตรา 64 มาตรา 198 วรรคหนึ่ง และมาตรา 200(2) บัญญัติถึง “กฎหมาย” “กฎ” และ “ข้อบังคับ” คือ กฎหมายทั้งสองประเภทตามที่กล่าวมาข้างต้น ในขณะที่มาตรา 264 บัญญัติเฉพาะ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว จึงอนุมานได้ว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จำกัดขอบเขตของมาตรา 264 ไว้เฉพาะกรณีที่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ฉะนั้น สิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้ตามมาตรา 264 จะต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว กล่าวคือ เป็นกฎหมายประเภทที่หนึ่งตามที่กล่าวข้างต้น มาตรา 264 มิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า “กฎ” “ข้อบังคับ” หรือ “พระราชกฤษฎีกา” ซึ่งเป็นกฎหมายประเภทที่สองขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

ดังนั้น ความหมายของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามความหมายของมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ หมายถึง กฎหมายในประเภท ดังนี้

- ก. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นบทกฎหมายที่ผ่านกระบวนการร่างโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- ข. พระราชบัญญัติที่เช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นบทกฎหมายที่ผ่านกระบวนการร่างโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
- ค. พระราชกำหนด ซึ่งหมายถึงทั้งพระราชกำหนดที่ได้ผ่านและไม่ผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภาตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วใน มาตรา 198
- ง. พระราชกฤษฎีกา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 230 วรรคห้า

นอกจากกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้แล้ว “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ยังรวมถึงประกาศคณะปฏิวัติด้วยแต่หมายถึง เฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ โดยกรณีของประกาศคณะปฏิวัตินี้มีลักษณะในการพิจารณาแตกต่างไปจากพระราชบัญญัติ เพราะการออกประกาศคณะปฏิวัติหรือประกาศคณะปฏิวัติมิได้ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติตามปกติ ดังนั้น จึงมีอรรถาธิบายหลักในการพิจารณาในทางองค์กรมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาได้

แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องถือว่าประกาศคณะปฏิวัติก็ดี หรือคณะปฏิรูปที่ประกาศอันมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายนั้น ได้ทำหน้าที่ในลักษณะของอำนาจนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายบังคับใช้ในสังคม

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามความหมายของมาตรา 264 นี้ แต่อย่างไร

ก. บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะตามมาตรา 264 มีความมุ่งหมายที่จะตรวจสอบว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญขัดกับรัฐธรรมนูญ มิได้มุ่งหมายที่จะให้ตรวจสอบว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันหรือไม่

ข. พระราชกฤษฎีกาทั่วไป ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกโดยองค์กรฝ่ายบริหาร มิใช่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการออกกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

ค. ประกาศคณะปฏิวัติที่มีสถานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติ

ง. กฎ ข้อบังคับ ประกาศ เป็นกฎเกณฑ์ที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครอง จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ได้อธิบายความหมายไว้อย่างชัดเจนว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มิใช่ว่าจะหมายถึงกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เท่านั้น แต่กฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาด้วย ซึ่ง ได้แก่ พระราชกำหนด และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า แสดงว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้พิจารณาถึงองค์กรที่ตรากฎหมายขึ้นมาเท่านั้น ซึ่งต่างกับวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบในกรณีการควบคุมแบบรูปธรรมของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันที่ตรวจสอบได้เฉพาะ “กฎหมายในทางรูปแบบ” (formelle Gesetze) เท่านั้น ซึ่งกฎหมายในทางรูปแบบหมายความว่า กฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการตราจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัตินั้นเอง ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ข้อบังคับ หรือระเบียบต่างๆ อันเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะตราออกมาบังคับ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการมองในแง่ที่มาของอำนาจตามกฎหมายว่าตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญระบุไว้และมีศักดิ์เท่าเทียมกันหรือไม่เท่านั้น

นอกจากจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วจะต้องเป็นกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดีด้วย โดยบทกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีหมายถึงบทกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี หรือเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีที่ศาลจะต้องนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น ดังเช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2544 จำเลยที่ 3 ในคดีอาญา ขอร้องให้มีใ้เพื่อ นำออกใช้ซึ่งธนบัตรต่างประเทศปลอม อันคนได้มาโดยรู้ว่าเป็นของปลอมและอาหารร่วมกัน ฉ้อโกง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พ.ร.บ. ราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 มาตรา 4(2) และ มาตรา 14(1) - (5) ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่กรมราชทัณฑ์ปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่ศาลยังมีคำพิพากษา ถึงที่สุดได้เช่นเดียวกับผู้ต้องขังที่ศาลมีคำพิพากษาลงโทษแล้ว ชัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 4 มาตรา 30 และมาตรา 33 ก่อนศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย จำเลยที่ 3 ถูกส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนกลับไป ประเทศญี่ปุ่น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เมื่อจำเลยที่ 3 ไม่ได้อยู่ในประเทศไทย เนื่องจาก ถูกส่งตัวไปยังประเทศญี่ปุ่นแล้ว การพิจารณาคำร้องจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อจำเลยที่ 3 ประกอบกับ การที่จำเลยที่ 3 อ้างว่า พ.ร.บ.ราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 มาตรา 4 (2) และมาตรา 14(1) – (5) ชัดต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 30 และมาตรา 33 นั้น ปรากฏว่าจำเลยที่ 3 ได้ถูกฟ้องในข้อหาร่วมกันมี ใ้เพื่อ นำออกใช้ซึ่งธนบัตรต่างประเทศปลอม อันคนได้มาโดยรู้ว่าเป็นของปลอม และร่วมฉ้อโกง ทรัพย์ผู้อื่น ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ดังนั้น เมื่อศาลยุติธรรมมิได้ใช้ พ.ร.บ. ราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 บังคับแก่คดีตามคำร้องนี้แล้ว พ.ร.บ. ราชทัณฑ์ พ.ศ. 2479 มาตรา 4(2) และ มาตรา 14(1) – (5) จึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีตามคำร้องนี้ กรณีจึง ไม่ต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง

คำสั่งศาลฎีกาที่ 1201/2542 โจทก์ฟ้องจำเลยขอหาปลอมเอกสาร และความผิดต่อ พ.ร.บ. กำหนดความผิดต่อห้างหุ้นส่วนจำกัด ระหว่างนัดไต่สวนมูลฟ้องโจทก์ ยื่น คำร้องขอให้เรียกกรรมการผู้จัดการบริษัทจำเลยมาสอบถามเรื่องที่ไม่ยอมส่งเอกสารบางฉบับ ศาลชั้นต้นยกคำร้อง โจทก์อุทธรณ์คำสั่ง ศาลชั้นต้นสั่งไม่รับอุทธรณ์ เพราะเหตุว่าเป็นคำสั่ง ระหว่างพิจารณา โจทก์อุทธรณ์คำสั่งไม่รับอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์มีคำสั่งไม่รับอุทธรณ์ยื่นตาม คำปฏิเสขของศาลชั้นต้น โจทก์ฎีกาคำสั่งศาลอุทธรณ์ ศาลชั้นต้นมีคำสั่งว่าคำสั่งศาลอุทธรณ์ถึงที่สุด แล้วตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 198 ทวิ ไม่รับฎีกา ต่อมาโจทก์ฎีกา ประเด็นอื่นและได้ยื่นคำร้องขอให้ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา มาตรา 198 ทวิ ชัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 มาตรา 28 และมาตรา 245 ศาลฎีกามีคำสั่งว่า เมื่อศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฎีกา โจทก์มิได้อุทธรณ์คำสั่งรับฎีกาดังกล่าว จึงไม่มี เหตุที่ศาลฎีกา จะต้องใช้บทบัญญัติ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 198 ทวิ บังคับ แก่คดีนี้ ให้ยกคำร้อง

(2) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ในประเด็นของขอบเขตแห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 นี้ มีปัญหาว่า ศาลรัฐธรรมนูญสามารถใช้อำนาจตรวจสอบได้ทั้งในด้าน “เนื้อหา” และ “รูปแบบ” หรือ “กระบวนการ” ได้หรือไม่ ด้วยเหตุผลใด

(2.1) ด้านเนื้อหา

กรณีดังกล่าวนี้ เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้แต่เฉพาะเรื่อง “เนื้อหา” ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะพิจารณาในเรื่อง “รูปแบบ” หรือ “กระบวนการ” ได้โดยมีเหตุผล 3 ประการ คือ

ก. หากพิจารณาจากการบัญญัติในมาตรา 264 ซึ่งบัญญัติถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยถ้อยคำแล้วก็มีความหมายเฉพาะ “เนื้อหา” เท่านั้น ไม่รวมถึง “รูปแบบ” หรือ “กระบวนการ” แต่ประการใด

ข. จากการพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 262 (1) (2) และ (3) ซึ่งเป็นกรณีที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยร่างกฎหมายฉบับใดว่า “มีข้อความขัดหรือแย้งตามรัฐธรรมนูญ” หรือ “ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” ก็จะทำให้สามารถพิจารณาได้ชัดเจนว่า กรณีตามมาตรา 262 รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ทั้ง “เนื้อหา” และ “กระบวนการ” ในขณะที่มาตรา 264 ไม่ได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกับมาตรา 262 แต่อย่างใด

ค. เหตุผลสุดท้ายที่ขอบเขตของการตรวจสอบตามมาตรา 264 นี้ จำกัดอยู่เฉพาะในเรื่องการตรวจสอบ “เนื้อหา” นั้นก็คือว่า เพื่อให้เกิดสิ่งที่เรียกว่า “ความมั่นคงของกฎหมาย”¹⁰⁵

นอกจากเหตุผลสามประการดังกล่าวแล้ว หากพิจารณาเปรียบเทียบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เป็นรูปธรรมเช่นเดียวกับมาตรา 264 นี้กับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ของประเทศไทย อาทิเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 มาตรา 114 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่านั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 113 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

¹⁰⁵บรรศักดิ์ อุวรรณโณ. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 1, เล่มที่ 1. มกราคม-เมษายน 2542, หน้า 46.

ในประเด็นนี้ คร.หยุด แสงอุทัย ได้เคยอธิบายไว้แล้วว่า “ข้อควรสังเกตมีว่า รัฐธรรมนูญนี้ ให้ศาลและตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาว่า “ข้อความ” หรือ “ตัวบท” ของกฎหมายจะแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจมีความเห็นและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในแง่ที่ว่ากฎหมายนั้นได้ออกมาถูกต้องตามแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ เช่นในส่วนที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาว่า ในขณะที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติผ่านร่างพระราชบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นครบองค์ประชุมหรือไม่ หรือถ้าเป็นพระราชบัญญัติการเงินก็ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาว่านายกรัฐมนตรีได้รับรองตามมาตรา 83 วรรคแรก หรือไม่ และในส่วนที่เกี่ยวกับพระราชกำหนดก็ไม่มีอำนาจพิจารณาว่าเงื่อนไขในการออกพระราชกำหนดนั้นครบถ้วน หรือไม่ เช่นมีเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ ฯลฯ ในกรณีเช่นว่านี้เป็นอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาตัวเองว่ามีอำนาจทำได้หรือไม่ และในกรณีไม่มีอำนาจก็ต้องรับผิดชอบทางการเมืองตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ เช่นถ้าเป็นรัฐมนตรีก็เป็นเรื่องที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อไม่ไว้วางใจ¹⁰⁶

(2.2) ด้านกระบวนการตรา

ตามที่ได้อธิบายไปแล้วว่าถ้อยคำของรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ซึ่งบัญญัติว่า “...บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 ...” ซึ่งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญมาตรา 6 บัญญัติว่า “...รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใด ...ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” ดังนั้น ปัญหา ในเรื่อง “กระบวนการ” ตรากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบผ่านทางศาล ตามมาตรา 264 ได้ โดยปัญหาในเรื่องกระบวนการตรานี้เป็นเรื่องที่จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 262 ในช่วงที่เป็นร่างกฎหมาย

(2.3) ด้านรูปแบบ

ประเด็นปัญหาว่าตราไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดจะยกขึ้นกล่าวอ้างตามมาตรา 264 ได้หรือไม่นั้น โดยหลักแล้วหากเป็นเรื่องรูปแบบของรัฐธรรมนูญโดยแท้ทั่วไป แล้วกฎหมายที่ตราออกมาใช้บังคับแล้วไม่สมควรที่จะมีการตรวจสอบในเรื่องของกระบวนการตรา หรือ รูปแบบ แต่อย่างใด ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นคงในกฎหมาย และเป็นหน้าที่

¹⁰⁶หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475-95. พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักพิมพ์จุลิน, 2495, หน้า 912-913.

ความรับผิดชอบโดยตรงขององค์กรนิติบัญญัติ ดังนั้น เมื่อกฎหมายประกาศใช้แล้วจึงไม่ควรถูกตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวอีก

อย่างไรก็ดี หากกล่าวถึง เฉพาะตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสอง ซึ่งกำหนดหลักการให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ นั้น ปัญหาดังกล่าวนี้ ไม่ใช่ปัญหาเรื่องของ “กระบวนการ” แต่เป็นเรื่องของ “รูปแบบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด” ซึ่งหลักการตามมาตรา 29 วรรคสองนี้ เป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากบัญญัติขึ้นเพื่อเพื่อทำหน้าที่เตือนฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ออกกฎหมายเข้าไปแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองโดยไม่ตั้งใจ ซึ่งจะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องใคร่ครองอย่างรอบคอบ และจะต้องตรวจสอบอย่างละเอียดถึงผลดังกล่าวก่อนที่จะตรากฎหมายออกมา ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัญหาตามมาตรา 29 วรรคสองนี้มีความใกล้เคียงกับความไม่ถูกต้องตามเนื้อหาที่รัฐธรรมนูญกำหนด

ดังนั้น ข้อพิจารณาในเบื้องต้นจึงอาจกล่าวได้ว่า การอ้างว่าตราโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนดมิได้ถูกห้ามตามมาตรา 264 โดยสิ้นเชิง เพียงแต่ต้องไปตรวจสอบในรายละเอียดของการใช้สิทธิของคู่ความโดยมีข้อพิจารณาดังนี้¹⁰⁷

ก. หากคู่ความในคดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญอ้างแต่เพียงว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีของตนเป็นกฎหมายที่ไม่ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ว่าการใช้สิทธิของคู่ความไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่จำเป็นต้องเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของเรื่องแต่อย่างใด

ข. หากคู่ความในคดีตามมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญได้อ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาวินิจฉัยในคดีของตนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ในทางเนื้อหา) นอกจากนี้ คู่ความยังอ้างด้วยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ในทางรูปแบบ) กล่าวคือ มิได้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย กรณีนี้ย่อมถือได้ว่าเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 264 หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น (เนื้อหา) ขัดกับรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญก็ชอบที่จะวินิจฉัยว่าเป็นบทบัญญัตินั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ แต่กรณีที่เนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่มีปัญหาเฉพาะการไม่ระบอบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่ไม่

¹⁰⁷บรรเจิด สิงคะเนติ. “ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรพุทธศักราช 2540” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 32, เล่ม 3. หน้า 540.

เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรื่องนี้ไม่ใช่เรื่องกระบวนการตราตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วจึงไม่มีผลทำให้กฎหมายตกไปทั้งฉบับ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยให้องค์กรนิติบัญญัติไปดำเนินการให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมมีผลผูกพันต่อองค์กรนิติบัญญัติด้วย ศาลรัฐธรรมนูญก็อาจวินิจฉัยให้องค์กรนิติบัญญัติดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญได้

ในประเด็นที่ว่าหากคู่ความในคดีตามมาตรา 264 ได้อ้างว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาวินิจฉัยในคดีของตนไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ในทางเนื้อหา) นอกจากนี้ คู่ความยังอ้างด้วยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวยังไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ในทางรูปแบบ) กล่าวคือมิได้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิด้วย แต่เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วว่าเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะยังสามารถพิจารณาในประเด็นการไม่ระบอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่านั้นที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ปัญหา ดังกล่าวนี้นั้นขึ้นอยู่กับหลักในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่า การอ้างในประเด็นดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นเรื่องของกระบวนการในการตรากฎหมายที่เป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะตามมาตรา 262 เท่านั้น โดยไม่มีการพิจารณาแบ่งแยกระหว่างเรื่อง “กระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” กับเรื่อง “รูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” เลยหรือไม่ หากปรากฏว่าในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวนี้ไม่ได้แบ่งแยกการพิจารณาตามที่ได้กล่าวไว้ศาลรัฐธรรมนูญก็จะไม่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวต่อไปดังที่ปรากฏมาแล้วตามคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 แต่หากมีการแบ่งแยกระหว่างเรื่อง “กระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” กับเรื่อง “รูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” ออกจากกันแล้วศาลรัฐธรรมนูญ ก็อาจวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวต่อไปได้

สำหรับปัญหาว่าหากมีกฎหมายที่ฝ่าฝืนหรือละเมิดหลักการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายตามมาตรา 29 วรรคสองนี้จะเป็นเช่นไรยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ว่าจะมีผลเป็นประการใด

ประเด็นดังกล่าวมีนักกฎหมายกล่าวถึงการละเมิดหลักการให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ดังนี้

“การฝ่าฝืนไม่ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลส่งผลให้กฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญ โดยเหตุนี้ย่อมต้องถือว่า

กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยไม่ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจใช้บังคับไม่ได้ ทั้งฉบับ”¹⁰⁸

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันวางข้อจำกัด อำนาจนิติบัญญัติข้อนี้ไว้เพื่อให้ราษฎรสามารถตรวจสอบได้ โดยสะดวกว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรา กฎหมายจำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคน โดยเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไข แห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประการต่างๆ หรือไม่ การตรากฎหมายจำกัดหรือให้อำนาจ ฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยไม่ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการ ตรากฎหมายนั้นย่อมมีผลทำให้กฎหมายนั้นขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และคั้งนั้นจึงใช้บังคับไม่ได้ (มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540¹⁰⁹)¹¹⁰

เวลานี้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2540 มีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพในการประกอบอาชีพและบทจำกัดเสรีภาพในเรื่องอื่นๆ แต่ไม่ได้อ้างบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 29 วรรคสองนี้ และพระราชบัญญัติอื่นๆ อีกที่ออกมาภายหลังรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันและอาจจะละเมิดหลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง โดยอาจจะไม่ได้ตั้งใจมีปัญหาว่า กฎหมายดังกล่าวจะมีผลเป็นประการใดและจะมีทางแก้ไขอย่างไรหรือไม่

ในเรื่องนี้ควรเสนอพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัตินั้นๆ เพิ่ม บทมาตราต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ แต่หากยังไม่มีการดำเนินการก็ใช้บังคับไปเรื่อยๆ โดยถ้า ชินให้ยกเรื่องกระบวนการตราได้โดยไม่รู้จักจบ กฎหมายนั้นจะมีปัญหาไปตลอดความมั่นคงใน การใช้กฎหมายจะไม่มี และตัวกระบวนการนิติบัญญัติไม่ใช่ตัวสิทธิของประชาชน แต่สิทธิของ ประชาชนอยู่ในเนื้อหาของกฎหมาย เพราะฉะนั้นโดยหลักกระบวนการตรากฎหมายจะถูกหรือ ไม่ถูก ควรจะให้องค์กรในรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตาม มาตรา 262 ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ¹¹¹

การฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวนี้สมควรทำความเข้าใจถึงปัญหาเบื้องต้นก่อนว่า บุคคลอื่นนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งเป็นอันใช้บังคับ ไม่ได้หรือไม่ เช่น ศาลปกครอง หรือ ศาลยุติธรรม จะไม่ยอมใช้บทกฎหมายบทใดบทหนึ่ง โดยอ้าง

¹⁰⁸วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เรื่องเดียวกัน, หน้า 193.

¹⁰⁹มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อ บังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

¹¹⁰วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. 2543, หน้า 133-134.

¹¹¹บรรศักดิ์ อูรรณ. รวมคำบรรยาย (สำนักอบรมเนติบัณฑิตยสภา) ภาคหนึ่ง สมัยที่ 53 ปีการศึกษา 2546, เล่ม 6, หน้า 168.

ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่ได้ เพราะการชี้ขาดว่าบทกฎหมายใดใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีที่อำนาจต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญมีความเห็นขัดแย้งกัน กล่าวคือ การที่ฝ่ายนิติบัญญัติลงมติตราพระราชบัญญัตินั้นก็เพราะพิจารณาแล้วว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการที่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดก็เพราะพิจารณาแล้วว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และผู้ที่ชี้ขาดว่ากฎหมายใช้บังคับได้หรือไม่นั้นรัฐธรรมนูญก็ตั้งองค์กรที่เป็นกลางไว้เพื่อชี้ขาดแล้วคือศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องถือว่าบุคคลอื่นไม่มีอำนาจที่จะชี้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาตามความในรัฐธรรมนูญในมาตรา 29 วรรคสองนั้นย่อมชัดเจนอยู่ในตัวเองแล้วว่าหากองค์กรนิติบัญญัติก็ดี องค์กรฝ่ายบริหารก็ดี จะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้ องค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหาร “ต้อง” ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย อันเป็นหน้าที่ขององค์กรที่จะออกกฎหมายนั้นจะต้องปฏิบัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งหากมิได้ถือปฏิบัติแล้วก็เท่ากับกฎหมายที่ออกมานั้นขัดหรือแย้งต่อมาตรา 29 วรรคสอง อีกทั้งหลักการให้ระบุบทบัญญัตินั้นเป็นการบัญญัติเพื่อเป็นการป้องกันการออกกฎหมายมาละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย ดังนั้นการที่องค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายฝ่าฝืนหลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสองนี้ยังเป็นการใช้อำนาจที่เป็นการไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย ตามมาตรา 26¹¹²

เมื่อเป็นที่ชัดเจนแล้วว่ามีผลกระทบต่อหลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและตามมาตรา 6 ได้บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัตินั้นเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้” ปัญหาในกรณีดังกล่าวในปัจจุบันได้กล่าวไปแล้วว่าการที่กฎหมายใดจะใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะเป็นองค์กรชี้ขาด ดังนั้น กฎหมายใดที่ละเมิดต่อหลักการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสองอยู่ในปัจจุบันนั้นก็ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปคราบเท่าที่ยังไม่มีคำวินิจฉัยจากศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาเรื่องดังกล่าวจึงอยู่ที่ว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ที่ส่งปัญหาดังกล่าวนี้ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งผู้ที่มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็สามารถส่งปัญหาดังกล่าวไป

¹¹²มาตรา 26 การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ “ศาล” ได้เคยส่งประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเป็นที่ชัดเจนแล้วว่า การที่ศาลส่งเรื่องการละเมิดหลักการหลักการให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายมาให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยส่งมาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 นั้น เป็นเรื่องการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติฉบับนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติฉบับนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง หรือไม่¹¹³

สำหรับประเด็นที่ว่าหากมีการละเมิดต่อหลักการระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายแล้วจะมีผลเช่นไรนั้น หากได้พิจารณาถึงลักษณะของปัญหาที่เกิดจากการละเมิดหลักการดังกล่าวโดยแยกเรื่องการตรากฎหมายให้ถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญออกเป็นสองกรณีคือเรื่องกระบวนการตรากฎหมายกับเรื่องรูปแบบของกฎหมายแล้วก็จะทำให้ปัญหาที่ว่าเมื่อมีการละเมิดหลักการดังกล่าวนี้แล้วจะมีผลเช่นไรมีขั้นตอนในการพิจารณาที่สามารถอธิบายได้เป็นระบบขึ้นก่อนที่จะนำไปสู่คำตอบที่ว่าเมื่อมีการละเมิดหลักการดังกล่าวนี้แล้วบทบัญญัติฉบับนั้นอันเป็นใช้บังคับมิได้ กล่าวคือ หากมีการแก้ไขกฎหมายฉบับใดที่ผ่านการพิจารณามาแล้วและละเมิดหลักการดังกล่าวนี้ เนื่องจากประเด็นดังกล่าวนี้ไม่ใช่เรื่องที่เป็นเนื้อหาโดยแท้ที่เมื่อขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วจะเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ทันทีและก็มีใช่เรื่องกระบวนการตราดังกล่าวมาแล้ว อันจะไม่ส่งผลให้กฎหมายนั้นตกไปทั้งฉบับได้ กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นมีปัญหาว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวตามมาตรา 29 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดเงื่อนไขครั้งที่มิหน้าที่แก้ไขกฎหมายดังกล่าวไปแก้ไขให้ถูกต้องตามบทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคสอง โดยอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมภายหลังหรือวิธีการอื่นแล้วแต่ที่จะสามารถทำได้ หากปรากฏว่าไม่มีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวจึงจะวินิจฉัยถึงผลของความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งการพิจารณาด้วยตรรกะดังกล่าวนี้จะช่วยทำให้หลักการดังกล่าวไม่ถูกละเมิดได้โดยง่าย และเป็นการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญด้วย

สำหรับกรณีที่กฎหมายได้ตราออกมาโดยไม่ได้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามหลักการ มาตรา 29 วรรคสอง นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ด้วยเหตุผลที่หลักการดังกล่าวได้กำหนด

¹¹³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 35-36/2544 และ ที่ 26-34/2544

ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ไม่ให้ถูกละเมิดโดยองค์กรผู้มีอำนาจตามกฎหมาย อันเป็นไปตามหลักนิติรัฐ ประกอบกับ กรณีนี้เป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงต้องตีความกฎหมายไปในทางที่เป็น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญควรที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว โดยผ่านตามช่องทางตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 มาตรา 198 หรือ มาตรา 264 แล้วแต่กรณี ตามที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไปแล้วแต่ละมาตรา

DPU

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นกลไกที่สำคัญในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยแต่ละประเทศจะกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไป รวมไปถึงขอบเขตแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันโดยบางประเทศอาจกำหนดให้มีความสำคัญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายเท่านั้นดังเช่นประเทศฝรั่งเศส บางประเทศอาจกำหนดให้มีความสำคัญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายเท่านั้นดังเช่นประเทศเยอรมัน หรือบางประเทศก็อาจกำหนดให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งช่วงก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายและช่วงหลังการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วด้วยซึ่งประเทศต่างๆ ที่มีการควบคุมทั้งสองช่วงนี้ก็มักนำโครงสร้างของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันมาเป็นแบบอย่างในประเทศของตน ดังเช่นประเทศไทยที่มีทั้งการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ทั้งสองช่วงเวลาตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2540

แต่อย่างไรก็ดี ขอบเขตของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาพบว่ายังมีปัญหาทางกฎหมายทั้งในส่วนของขอบเขตแห่งการตรวจสอบในด้านวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบและลักษณะแห่งการตรวจสอบอันถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง ดังที่ปรากฏตัวอย่างกรณีของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 35-36/2544 ซึ่งได้วินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวกับขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ว่า “...ด้วยเหตุที่การตรากฎหมายเป็นกระบวนการทางนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 262(1) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ที่เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เพื่อส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย จึงเห็นได้ว่าการที่ผู้ร้องได้แย้งว่า พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) มิได้ระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่

ให้อำนาจในการตรากฎหมายล้มละลายดังกล่าว เป็นการโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 มิได้ให้สิทธิผู้ร้องที่จะโต้แย้งได้.." ซึ่งจากคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงปัญหาในส่วนของขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้เป็นอย่างดี ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ผ่านมา และจากการศึกษาสามารถสรุปถึงขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกรณีต่างๆ รวมทั้งข้อเสนอแนะในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262

1.1 วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนว่าวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบได้แก่ “ร่างพระราชบัญญัติ” และ “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น ร่างกฎหมายอื่นไม่สามารถส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ขอบเขตแห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบได้สองลักษณะ ดังนี้

(1) ตรวจสอบเรื่อง “การตรา” ซึ่งหมายถึง กระบวนการของการตรากฎหมายกับรูปแบบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด กล่าวคือ การตรวจสอบกระบวนการของการตรากฎหมายดังกล่าวว่าได้เป็นไปโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ ตั้งแต่ผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย กระบวนการต่างๆ ในขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมายไปจนถึงการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา และการตรวจสอบในเรื่องรูปแบบของการตรากฎหมายด้วย ดังที่ปรากฏในกรณีตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตาม มาตรา 29 ที่กำหนดให้การตรากฎหมายที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องระบุบทบัญญัติมาตราของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นไว้ด้วย เป็นต้น

(2) ตรวจสอบเนื้อหา ของร่างกฎหมายดังกล่าวว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ กล่าวคือ มีบทบัญญัติของร่างกฎหมายนั้นๆ มาตราใดมาตราหนึ่งขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เช่น ร่างกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้กระทำโดยเท่าที่จำเป็นหรือไม่หรือกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพหรือไม่ อันเป็นการตรวจสอบในลักษณะเดียวกับรัฐธรรมนูญมาตรา 264

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198

2.1.1 วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ

ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เมื่อเทียบเคียงคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ซึ่งได้วินิจฉัยถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 แล้ว ดังนั้น เมื่อวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 198 ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เช่นกัน ดังนั้น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จึงหมายความว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่ พระราชกำหนด ตามมาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรคหำ โดยที่กฎหมายเหล่านี้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นกฎหมายลำดับรองลงมาจากรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึงประกาศคณะปฏิวัติด้วย เฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ

2.1.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้ส่งประเด็นปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยความชอบของกฎหมายต่อรัฐธรรมนูญ ในประเด็นนี้รัฐธรรมนูญมาตรา 198 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลตามมาตรา 197(1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี” ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมสามารถควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายได้ดังเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ และสามารถตรวจสอบไปถึงการตรากฎหมายด้วยว่าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งประเด็นปัญหาต่างๆ ที่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้โดยใช้ถ้อยคำอย่างกว้างว่า “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตาม รัฐธรรมนูญมาตรา 264

2.2.1 วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” โดยศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 ไว้ในคำวินิจฉัยที่ 27/2544 แล้ว หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่

- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นบทกฎหมายที่ผ่านกระบวนการร่างโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

- พระราชบัญญัติที่เช่นเดียวกัน เนื่องจากเป็นบทกฎหมายที่ผ่านกระบวนการร่างโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้นยังหมายถึงกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา ได้แก่

- พระราชกำหนด
- พระราชกฤษฎีกา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 วรรคห้า
- ประกาศคณะปฏิวัติ เฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีสถานะเทียบเท่าพระราชบัญญัติ

2.2.2 ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ขอบเขตในการตรวจสอบของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264 เมื่อพิจารณาถึงถ้อยคำเปรียบเทียบกับมาตรา 262 ซึ่งบัญญัติไว้แตกต่างกันแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะในประเด็นเรื่องเนื้อหาเท่านั้น ไม่สามารถเสนอเรื่องที่เป็นประเด็นปัญหาการตรากฎหมายได้ดังมาตรา 262

ข้อเสนอแนะ

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262

ประเด็นปัญหาตามมาตรา 262 นี้ได้แก่ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญ การพิจารณาเรื่องการตราโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิได้มีความหมายถึงเฉพาะเรื่องกระบวนการตรากฎหมายเท่านั้น การตีความเรื่องการตราโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องพิจารณาจำแนกเป็นสองกรณี ได้แก่ “กระบวนการขึ้นตอนที่รัฐธรรมนูญ

กำหนดไว้”และ “ตราไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด”เนื่องจากผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้ง 2 สาเหตุนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ หากกฎหมายฉบับใดตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ผลก็คือกฎหมายฉบับนั้นตกไปทั้งฉบับ แต่ถ้ากฎหมายนั้นตราขึ้นไม่ถูกต้องตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผลของกฎหมายฉบับนั้นยังไม่ถึงกับตกไปทั้งฉบับในทันที ซึ่งการแบ่งแยกในลักษณะดังกล่าวจะส่งผลถึงการทำความเข้าใจถึงขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 198 และมาตรา 264 ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย

2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198

ผลกระทบจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ที่วินิจฉัยว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” ซึ่งได้แก่ ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้ด้วย มิใช่มีอำนาจแต่เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น โดยให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยไว้ว่า “...สำหรับคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ระเบียบดังกล่าวซึ่งออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครองการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ”

ดังนั้น จึงควรแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ให้ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตามมาตรา 198 เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เท่านั้น ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ บังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 197(1)” ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายได้บัญญัติไว้

สำหรับขอบเขตแห่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 198 แม้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะสามารถเสนอบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มี “ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ก็ตาม ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่าศาลรัฐธรรมนูญ ควรตรวจสอบเฉพาะในเรื่อง “เนื้อหา” และหรือเรื่อง “รูปแบบ” เท่านั้น ส่วนในเรื่องกฎหมายที่มีปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่อง “กระบวนการ” ศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดขอบเขตในการควบคุม ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความมั่นคงของกฎหมาย

2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

การตีความขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรานี้เป็นที่ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้เฉพาะในทางเนื้อหาเท่านั้น ไม่อาจตรวจสอบกระบวนการตราขององค์กรนิติบัญญัติโดยแท้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 262 ได้ แต่เพื่อเป็นการคุ้มครองหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกละเมิดจากการตรากฎหมายที่ไม่เป็นไปตามรูปแบบของรัฐธรรมนูญ จึงสมควรตีความขอบเขตแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดย แบ่งแยกระหว่างเรื่อง “กระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” กับเรื่อง “รูปแบบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” ออกจากกัน โดยให้สามารถเสนอปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดหลักการให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายไว้ด้วย

สุดท้ายผู้เขียนขอเสนอแนะแนวคิดที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามหลักการกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสอง 2 แนวทาง ดังนี้

1. การตีความในเรื่องของขอบเขตในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องการตรากฎหมายนั้นจะต้องพิจารณาและทำความเข้าใจว่าปัญหาเรื่องการตราภาษานั้นจำแนกได้เป็นเรื่องกระบวนการตราซึ่งหมายถึงขั้นตอนต่างๆ ในการตราภาษาว่าจะต้องมีขั้นตอนอย่างไรซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการตราโดยแท้ กับเรื่องของรูปแบบซึ่งหมายถึงหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ในการตราภาษานั้นจะต้องมีรูปแบบอย่างไร อันมีความหมายรวมไปถึงการตราภาษโดยให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราภาษจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั่นเอง ตามมาตรา 29 วรรคสอง

การตีความในลักษณะดังกล่าวนี้จะทำให้ใช้ช่องทางตามมาตรา 264 เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ เนื่องจากการเสนอประเด็นดังกล่าวไม่ใช่ประเด็นเรื่องกระบวนการตราภาษ แต่เป็นหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเรื่องรูปแบบในทางเนื้อหา ซึ่งการตรวจสอบเรื่องรูปแบบในทางเนื้อหานี้ถือได้ว่าเป็นการตรวจสอบในเรื่องเนื้อหาอย่างหนึ่งเช่นเดียวกัน นอกจากนั้นยังสามารถส่งประเด็นปัญหาดังกล่าวไปให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามมาตรา 198 ได้เช่นกัน

2. ในกรณีที่ไม้อาจตีความให้เป็นไปตามข้อที่ผ่านมา หนทางที่จะสามารถส่งประเด็นปัญหาดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็คือตามช่องทางรัฐธรรมนูญมาตรา 198 โดยผ่านทางผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เนื่องจากรัฐธรรมนูญบัญญัติถ้อยคำไว้กว้างๆ สามารถเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งประเด็น

ปัญหาการไม่ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมาย ตามมาตรา 29 วรรคสอง ก็เป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

ในทางกลับกันถ้าตีความว่า 198 นั้นไม่สามารถตรวจสอบในเรื่องนี้ได้ก็ เท่ากับว่าหลักการตามมาตรา 29 นี้จะไม่มีผลใช้บังคับทันทีที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับแล้ว ทั้งที่เป็นเรื่องที่ขัดแย้งกับตัวรัฐธรรมนูญเองอย่างชัดเจนซึ่งไม่น่าจะมีเจตนารมณ์เช่นนั้น เนื่องจากหาก ปล่อยให้อยู่ในขอบเขตตามมาตรา 262 แล้ว ก็ไม่เกิดหลักประกันได้ว่าหลักการตามมาตรา 29 อันเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง เนื่องจาก การควบคุมตามมาตรา 262 นั้น เป็นเรื่องดุลยพินิจของผู้มีสิทธิเสนอว่าจะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบหรือไม่ ไม่ได้เป็นการบังคับ ดังนั้นจึงเป็นไปได้ว่าอาจมีกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ ออกมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพประชาชนและไม่ได้ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจ ในการตราไว้แต่อย่างใดออกมาบังคับใช้แก่ประชาชน ซึ่งเป็นกรณีที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่าง ชัดเจนซึ่งในเรื่องนี้มีปัญหาว่ากฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับได้เพียงใด

ปัญหามีต่อไปว่าเมื่อกำหนดให้มีการส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ แล้วผลของกฎหมายนั้นจะเป็นเช่นไร ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นได้ละเมิด หลักการตามมาตรา 29 วรรคสอง ในเรื่องดังกล่าวนี้จะถือว่าเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ ใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 6 หรือไม่ หรือจะมีทางออกอย่างไร ซึ่งกฎหมายใดที่ตราออกมาจำกัด สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้และไม่ได้ระบุนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ที่ให้ อำนาจในการตรากฎหมายนั้น เป็นที่ชัดเจนว่าขัดหรือแย้งกับมาตรา 29 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ แต่ปัญหาในประเด็นดังกล่าวนี้รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติถึงผลของการฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวไว้ อย่างชัดเจนว่าเป็นเช่นไร กล่าวคือ จะให้กฎหมายฉบับนั้น ๆ ซึ่งได้ผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ และมีผลใช้บังคับมาแล้วมีผลเป็นอันใช้บังคับมิได้ทันทีเลย ตามมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญเลย หรือไม่ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นอาจจะสิ้นเปลืองงบประมาณของแผ่นดินเกินสมควร ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนั้นผู้เขียนมีข้อเสนอว่าในกรณีดังกล่าวควรกำหนดในรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยให้ผู้มีอำนาจตรากฎหมายดำเนินการแก้ไขภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีการให้แก้ไขเพิ่มเติมภายหลังก็ได้ และหากไม่มีการแก้ไขภายในระยะเวลา ที่กำหนดจึงให้กฎหมายนั้นเป็นไปตามมาตรา 6 กล่าวคือ ไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป และ อาจถือได้ว่าองค์กรที่มีหน้าที่แก้ไขตามข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญนั้นละเมิดรัฐธรรมนูญ ด้วย

Draft

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่.**

พิมพ์ครั้งแรก. สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. **พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.** พิมพ์ครั้งแรก. สำนัก

พิมพ์นิติธรรม, 2537

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ.** สำนักกองทุนสนับสนุน

การวิจัย, 2538

นันทวัฒน์ บรรมานันท์. **กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส : ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมาย**

ประกอบรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายการศึกษา, 2541

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2544

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3.** พิมพ์ครั้งแรก. สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน.**

พิมพ์ครั้งแรก. จัดพิมพ์โดยโครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539

โภคิน พลกุล. **ปัญหาแนวความคิดและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญไทย.** ศูนย์การพิมพ์

พลชัย, 2529

มานิตย์ จุมปา. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540.** พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ :

สำนักพิมพ์นิติธรรม, ม.ป.ป.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ**

ต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546

วรพงษ์ วิสฤตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.**

กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **ตุลาการรัฐธรรมนูญ.** พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536

สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475-95. พิมพ์ครั้งที่ 1. สำนักพิมพ์ชูสิน, 2495
อมร รักษาสัตย์. ปรัชญารัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ ของ ศ.ดร.อมร รักษาสัตย์. พิมพ์ครั้งที่ 1. ม.ป.ส.,
ม.ป.ป.

วารสาร

- บรรเจิด สิงคะเนติ. “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 17 ตอนที่ 1.
เมษายน 2541
- บรรเจิด สิงคะเนติ. “หลักประกันสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” วารสารกฎหมาย
ปกครอง. เล่มที่ 17 ตอนที่ 2. สิงหาคม 2541
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 1, เล่มที่ 1.
มกราคม-เมษายน 2542
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรฐาน”
ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” วารสารนิติศาสตร์.
เล่มที่ 30 ตอนที่ 2. มิถุนายน, 2543
- วุฒิชัย จิตदानุ. “การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ
สนทพพันธุรัฐสาธาณรัฐเยอรมัน” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 5, เล่มที่ 13. มกราคม-
เมษายน 2546
- สมกพ โทระกิตต์. “การควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่
17 ตอนที่ 1. เมษายน 2541
- อมร จันทรมบูรณ์. “ศาลรัฐธรรมนูญ” วารสารกฎหมายปกครอง. เล่มที่ 12 ตอนที่ 3. ธันวาคม
2536

เอกสารอื่นๆ

- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ บทวิเคราะห์” รวมบทความทางวิชาการ
 เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม คณะนิติศาสตร์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535
- บันทึกประกอบการสัมมนา เรื่อง “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” จัดโดยสำนักงาน
 ศาลรัฐธรรมนูญร่วมกับสถาบันนโยบายศึกษา (pps)
- วีระ โลจายะ. “เอกสารประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญชั้นสูง 2” หลักสูตรปริญญา
 นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2544

วิทยานิพนธ์

- วันเฉลิม ว่องสนั่นศิลป์. “ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดของศาลรัฐธรรมนูญ” วิทยานิพนธ์นิติ
 ศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2546
- วิจิตรฯ ฟุ่งถัดดา. “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร
 มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2523
- อัจฉนา พึ่งเย็น. “การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญตาม
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหา
 บัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543

ภาษาต่างประเทศ

Books

Benda/Klein. *Lehrbuch des Verfassungsprozebrechts*. Heidelberg. 1991.

Louis FAVOREU and Loic PHILIP. *Les grandes de'cisions du Conseil constitutionnel*. Dalloz
 8, Paris, 1995.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายวรวิทย์ แซ่หู่่น
วัน เดือน ปี เกิด	2 พฤษภาคม พ.ศ. 2521
วุฒิการศึกษา	พ.ศ.2542 นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม 1 เหรียญทอง) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ.2547 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2544-2548 รัฐบาลการ นิติกร สำนักความรับผิดชอบแห่ง กรมบัญชีกลาง พ.ศ. 2548-ปัจจุบัน เจ้าหน้าที่ กองงานรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง