บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

ปัญหาที่เป็นประเด็นในวิทยานิพนธ์เรื่องนี้คือ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 ลงวันที่ 5 มกราคม พ.ศ. 2513 ซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญ 7 ท่านในจำนวน 9 ท่าน มีความเห็นแย้งกับความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานีว่า ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารควบคุมตัวบุคคลที่ประพฤติตนเป็นอันธพาลไว้เพื่อการสอบสวนและอาจให้ส่งตัวบุคคลนั้นไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพได้โดยไม่มีกำหนดและไม่ต้องอาศัยอำนาจศาลนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยเหตุผลว่า

1. การควบคุมตัวดังกล่าวมิใช่โทษ

2. เมื่อไม่ใช่โทษจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มาตรา 27 ที่ว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

3. มาตรการดังกล่าวเป็นเพียงวิธีการเพื่อความปลอดภัยอย่างหนึ่ง ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถดำเนินการได้เอง

4. ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีผลเป็นการตั้งศาลขึ้นใหม่แต่อย่างใด

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ลงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2502 ลงนามโดยจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ หัวหน้าคณะปฏิวัติ ซึ่งออกมาในสมัยที่มีการปฏิวัติยึดอำนาจรัฐระหว่าง พ.ศ. 2501-2502 โดยสืบเนื่องจากประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ. 2501 เหตุผลของประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับคล้ายคลึงกัน คือ มีบุคคลประพฤติตนเป็นอันธพาล รบกวนหรือก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชน บุคคลอันธพาลบางคนก็ดำรงชีพโดยการกระทำที่ผิดกฎหมาย เช่น เป็นเจ้ามือการพนันสลากกินรวบ

คณะปฏิวัติมีเจตนาจะกวดขันปราบปรามและทำการอบรมบ่มนิสัยอันธพาลเหล่านี้ให้กลับตัวเป็นพลเมืองดี เพื่อประโยชน์สุขแก่ประชาชน จึงให้มีอำนาจควบคุมตัวแก่บุคคลดังกล่าวไว้ได้ ข้อเสียอันสำคัญของประกาศคณะปฏิวัติทั้งสองฉบับนี้ โดยเฉพาะฉบับที่ 43 ก็คือ

1. องค์ประกอบแห่งความผิด ก็คือ การเป็นอันธพาลซึ่งไม่ปรากฏความหมายที่แน่ชัดว่าได้แก่ การกระทำอย่างใดบ้าง บทวิเคราะห์ศัพท์ก็ไม่มี ความหมายที่ให้ไว้ก็เป็นเพียงตัวอย่างซึ่งเคลือบคลุมกล่าวคือ "รังแก ข่มเหงหรือรบกวนให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนและบางกรณีก็ทำการแสดงตนให้บุคคลอื่นเกรงกลัวจำต้องยอมรับกรรมบางประการ"[1] นอกจากนั้นยังรวมเอาบุคคลที่ทำผิดกฎหมายอื่นอยู่แล้วมารวมไว้เป็นบุคคลอันธพาลอยู่ด้วย เช่น เป็นเจ้ามือการพนันสลากกินรวบ กรณีทั้งสองดังกล่าวนี้ คือ การเป็นเจ้ามือการพนันสลากกินรวบก็เป็นเพียงตัวอย่างในคำปรารภของกฎหมาย แสดงว่าอาจมีพฤติการณ์อื่นอีกได้ เช่น คนที่ตั้งกลุ่มอั้งยี่ ซ่องโจรหรือยังชีพด้วยเงินรายได้จากหญิงโสเภณี ดังเรียกว่า ชายแมงดา การตั้งข้อหาอันธพาลโดยมีองค์ประกอบว่า "ประพฤติตนเป็นอันธพาล" จึงกว้างมากเกินไปจนในที่สุดรวมถึงผู้กระทำผิดอาญาฐานอื่นเกือบทุกประเภท ความกว้างขวางแต่เคลือบคลุมเช่นนี้ในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกาถือว่า กฎหมายที่กำหนดความผิดเช่นนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะเหตุแห่งความเคลือบคลุม (Void of Vagueness) ดังที่มีคำวินิจฉัยในเรื่องนี้แล้วหลายกรณี[2] นอกจากนี้ในทางกฎหมายอาญาถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของกฎหมายอาญาในประเทศ Common law ก็ว่าได้ ว่ากฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษทางอาญาจะตั้งข้อหาหรือระบุความผิดที่เลื่อนลอยไม่ได้ จะต้องชัดเจน (Precise) ให้บุคคลทั่วไปได้รู้ว่ากฎหมายว่าไว้อย่างไร เป็นการเตือนให้ทราบล่วงหน้า (Fair warning) และจะทำให้สอดคล้องกับหลักที่ว่าไม่มีกฎหมายไม่มีความผิด ไม่มีความผิดไม่มีโทษ[3] (Nullum Crimen, Nulla Poena, Sine Lege) ในประเทศไทยแม้จะยังไม่ปรากฏเงื่อนไขเช่นนี้ แต่ก็ทำให้เห็นได้ว่า ความผิด

---

[1] คำปรารภประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ลงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ. 2532.

[2] Aigler, "Legislation in Vague or General Terms", Michigan law Review 21(1923), p. 813: United Ststes V. Evans, 333 U.S. 483, (1948)

[3] Wayne R. La FAVE and AUSTIN W. SCOTT. JR., CRIMINAL LAW (St. Paul: West Publishing Co., 1972), pp. 83-89.

ฐานประพฤติตน เป็นอันธพาลตามประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวไม่ เป็นธรรม เป็นช่องทางให้ เกิดการกลั่นแกล้งได้ง่ายแทนที่จะมีการฟ้องร้องผู้กระทำผิดอาญาตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ เพื่อให้ผู้อื่นต้องรับโทษตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว แต่อาจใช้ประกาศคณะปฏิวัตินี้ถือว่าการกระทำนั้น เป็นอันธพาลด้วย จึงเลือกปฏิบัติได้ง่าย เช่น ตั้งข้อหาแก่บุคคลบางคนว่าเป็นอันธพาลแล้วแยกมาดำเนินการตามประกาศคณะปฏิวัติโดยการควบคุมตัวและส่งไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพโดยไม่มีกำหนด ซึ่งอาจยาวนานกว่าระยะ เวลาจำคุกหรือกักขังตามประกาศคณะปฏิวัติก็ได้

2. นอกจากจะมีความ เคลือบคลุมและกว้างขวางในส่วนของข้อหาและฐานความผิดแล้ว มาตรการที่ใช้ต่อบุคคลดังกล่าวแม้จะเลี่ยงไป ไม่เรียกว่าโทษ ปล่อยให้เข้าใจประหนึ่งว่าเป็นวิธีการ เพื่อความปลอดภัย ซึ่งแท้จริงก็คือการควบคุมตัวในสถานอบรมและฝึกอาชีพนั่น เอง โดยถือว่าในระหว่างอยู่ในสถานอบรมและฝึกอาชีพ เป็นผู้อยู่ในระหว่างคุมขังตามอำนาจของพนักงานสอบสวนตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรการหรือวิธีการที่ใช้ต่อบุคคล เหล่านี้ก็มิได้ผ่านทางศาล การวินิจฉัยว่าใครคือบุคคลประพฤติตน เป็นอันธพาล เป็น เรื่องของฝ่ายบริหารโดยลำพัง เมื่อจับ เองสอบสวน เอง ว่าบุคคลใดประพฤติตน เป็นอันธพาลแล้ว ก็ให้ใช้ดุลยพินิจ เองว่าจะควบคุมในสถานอบรมและฝึกอาชีพหรือไม่และ เมื่อส่งไปแล้ว ก็ใช้ดุลยพินิจ เองว่าสมควรปล่อยตัวหรือไม่ การปล่อยตัวจะให้มีประกันทัณฑ์บนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งเห็นได้ว่า ไม่มีขั้นตอนใด ที่มีการตรวจสอบอย่างรัดกุม เลย อัน เป็น เหตุให้กระทบกระ เทือนต่อสิทธิ เสรีภาพในร่างกายของบุคคล เท่ากับให้บุคคลต้องได้รับผลร้ายหรือโทษตามรัฐธรรมนูญโดยไม่ผ่านกระบวนการทางศาล

ในทางปฏิบัติ นับตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายนี้มา ก็มีผู้ถูกตั้งข้อหาอันธพาลและถูกควบคุมตัวตลอดจนส่งไปสถานอบรมและฝึกอาชีพอยู่ เป็นจำนวนมาก ซึ่ง เมื่อบุคคล เหล่านี้พ้นจากการถูกควบคุมตัวแล้วหรือแม้แต่อยู่ระหว่างถูกควบคุมตัวก็อาจถูกฟ้อง เป็นคดีอาญาในข้อหาซึ่งตนกระทำผิด เช่น เป็น เจ้ามือการพนันสลากกินรวบ รังแก ข่ม เหงประชาชน กรรโชกทรัพย์หรือรบกวนก่อความ เดือดร้อนรำคาญแก่ประชาชนได้อีกด้วย การกระทำบางอย่างที่ เป็นความผิดทางแพ่ง เช่น สั่งอาหารรับประทานแล้วไม่ชำระ เงิน ก็อาจถือ เป็นความผิดและถูกส่งไปควบคุมตัวได้[4]

---

[4]ทักษ์ เฉลิม เตียรณ, การ เมืองระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบ เผด็จการ, หน้า 250-251.

ด้วยเหตุนี้ จึงมีผู้คัดค้านประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวเป็นอันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลังจากที่มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ใน พ.ศ. 2513 อาทิ เช่น บทความของศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช[5] ศาสตราจารย์ สัญชัย สัจจวานิช[6] และข้อสังเกตุของศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์[7] ในระยะหลังก็มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า คำวินิจฉัยนี้เปิดทางให้ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดสภาพบังคับที่คล้ายโทษแต่ไม่เรียกว่าโทษ อันจะเป็นเหตุให้รอดพ้นจากหลักประกันในรัฐธรรมนูญได้[8]

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในบรรดามาตรการทั้งหลายที่ถือว่าเป็นสภาพบังคับ (Sanction) ของกฎหมายนั้น อาจมีทั้งสภาพบังคับที่เป็นโทษตามกฎหมายอาญา (Criminal punishment) หรือสภาพบังคับอื่นที่มิใช่โทษตามกฎหมายอาญาแต่คล้ายโทษ (Quasi - punishment) ได้ ซึ่งในประการหลังนี้อาจมีความหนักเบาแตกต่างกันออกไป เช่น การให้ทำงานหนัก การตัดอวัยวะ การทำหมัน การโบย การที่จะถือว่าสิ่งใดไม่เป็นโทษ สิ่งใดไม่ใช่โทษแต่คล้ายโทษ ขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้คือรัฐสภา โดยอาศัยความรู้ทางหลักอาชญวิทยา ทัณฑวิทยา สิทธิมนุษยชนและประวัติวิวัฒนาการแนวความคิดทางกฎหมายในประเทศนั้น ๆ อย่างเช่น

---

[5]ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, "การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่", หน้า 614-630.

[6]สัญชัย สัจจวานิช, "กฎหมายว่าด้วยอันธพาล", หน้า 1-12.

[7]จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 881-882.

[8]มารุต บุนนาค, "คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 เรื่องการขังบุคคลที่มีพฤติการณ์ที่เป็นภัยต่อสังคม", หน้า 9-16: จรัญ โฆษณานันท์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย เส้นขนานจาก ... 2575 ถึงปัจจุบัน, หน้า 65-66: โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 126-127.

การกักขังซึ่งเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบัน[9] รัฐสภาก็เพิ่งจะถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา ในขณะที่ไม่เคยถือว่าเป็นโทษตามกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาก่อน การเฆี่ยนผู้กระทำผิดเป็นโทษอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาของหลายประเทศแต่ก็ไม่ถือว่าเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย หากแต่ถือว่าเป็นทัณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาเด็กและเยาวชน สิ่งเหล่านี้อาจแล้วแต่ความเห็นของรัฐสภา แต่ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งหนึ่งซึ่งเป็นใหญ่เหนือรัฐสภาและควบคุมความเห็นของรัฐสภาอีกชั้นหนึ่ง ทั้งยังผูกมัดรัฐสภาให้เชื่อถือและปฏิบัติตาม ในขณะที่รัฐสภาไม่ได้ถูกผูกมัดว่าจะต้องปฏิบัติตามหลักอาชญวิทยา ทัณฑวิทยา หรือปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน นั่นก็คือรัฐธรรมนูญ ตามหลักที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ด้วยเหตุนี้ เมื่อรัฐธรรมนูญกล่าวถึงถ้อยคำใดหรือหลักการใดก็ควรคำนึงถึงเหตุผลดังกล่าวข้างต้น มิใช่ว่าจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่สอดคล้องหรือเจือสมกับกฎหมายธรรมดา ดังเช่น กรณีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 ซึ่งผลจะกลายเป็นว่า รัฐสภามีอำนาจกำหนดความหมายและประเภทของโทษทั้งในประมวลกฎหมายอาญาและในรัฐธรรมนูญ เมื่อประมวลกฎหมายอาญาระบุประเภทของโทษอย่างใดไว้แล้ว รัฐธรรมนูญจะต้องถูกผูกมัดมีความหมายสอดคล้องตาม

จริงอยู่ ผู้เขียนเห็นว่า โทษและมาตรการอื่นที่มิใช่โทษซึ่งอาจเรียกว่า วิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือวิธีการเสริมอย่างหนึ่งอย่างใด ย่อมแตกต่างกัน จะถือเอาว่า เมื่อกฎหมายกล่าวถึงโทษ ย่อมแปลว่า วิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือมาตรการเสริมดังกล่าวในทุกกรณีหาได้ไม่ แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าเป็นเรื่องของผู้มีอำนาจรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่จะต้องพยายามรักษาเจตนารมย์ ความหมาย และขอบเขตที่ปรากฏในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ให้สมกับที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งกฎหมายทั้งหลายไม่ว่าประกาศคณะปฏิวัติอันออกมาในภาวะการณ์ปฏิวัติหรือกฎหมายอื่นที่รัฐสภาออกมาใช้บังคับจะขัดหรือแย้งหาได้ไม่ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ที่ว่า "การพิจารณาว่าอะไรเป็นโทษหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญ หาได้ถือเอาแต่ถ้อยคำตามที่บัญญัติขึ้นในกฎหมายเท่านั้นไม่ เพราะจะเป็นทางให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายกำหนดความหมาย

---

[9]ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

ในรัฐธรรมนูญเอาเอง ... ความเข้าใจในกฎหมายรัฐธรรมนูญ"[10] เพราะฉะนั้นผู้มีอำนาจวินิจฉัยจึงควรตีความคำว่าโทษในรัฐธรรมนูญในความหมายที่กว้าง ส่วนที่ว่าในกรณีใดควรมีความหมายถึงโทษตามประมวลกฎหมายอาญาโดยเฉพาะและในกรณีใดควรมีความหมายกว้างออกไปกว่านั้น ย่อมขึ้นอยู่กับมาตรการหรือสภาพบังคับที่ปรากฏในกฎหมายเป็นราย ๆ ไป

ซึ่งผู้เสนอได้เสนอความเห็นว่า ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของมาตรการหรือสภาพบังคับนั้น ๆ (Motive) ขั้นตอนหรือกระบวนการในการใช้มาตรการนั้น (Process) เช่น ให้ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องได้หรือไม่เพียงใด ยอมให้ผู้ถูกบังคับใช้มาตรการหรือสภาพบังคับนั้นร้องคัดค้านได้หรือไม่เพียงใดและที่สำคัญคือต้องดูเงื่อนไข เงื่อนเวลาในการใช้มาตรการนั้นด้วย การควบคุมตัวอันธพาลไว้โดยอ้างว่าเพื่อการสงเคราะห์ฝึกอาชีพทั้งที่ผู้นั้นอาจร่ำรวยเช่น เป็นเจ้ามือหวยเถื่อน และการควบคุมตัวโดยดุลยพินิจของฝ่ายบริหารแต่ลำพังและนานเท่าใดก็ได้โดยเป็นไปเพื่อประโยชน์ของสังคมที่จะปลอดภัยจากผู้ที่ถูกหาว่าเป็นอันธพาลมากกว่าเพื่อประโยชน์ของผู้ถูกควบคุมตัวเองในการบำบัดรักษาตัวและฝึกอาชีพ จึงเห็นว่าเป็นการลงโทษตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษนั่นเองอันจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นแล้วย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในระบบรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเมื่อบทแก้ไขที่ 8 กล่าวถึงการห้ามการลงโทษที่ทารุณโหดร้ายและผิดปกติ (Cruel and Unusual punishment) แม้ถ้อยคำจะชวนให้เข้าใจว่า ห้ามการออกกฎหมายอาญากำหนดโทษทางอาญาที่วิตถารผิดธรรมดามนุษย์ เช่น ตอกเล็บ บีบขมับ ถ่วงน้ำ เผาทั้งเป็น แต่ในทางปฏิบัติศาลก็ตีความกว้างกว่านั้น[11] ให้คลุมถึงผลร้ายใด ๆ ก็มีผลประหนึ่งการลงโทษด้วย ในนอร์เวย์ ก็มีความเห็นอย่างเดียวกัน[12] ผู้เขียนจึงเห็นว่า เหตุผลของศาลแขวงอุบลราชธานีในคดีนี้มีน้ำหนักและเป็นความเห็นที่ถือว่าในทางการเมืองย่อมสอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย ในทางนิติศาสตร์ย่อมสอดคล้องกับ

---

[10] จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 881-882.

[11] ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ตีความว่า คำว่าโทษในบทแก้ไขนี้ ไม่ได้หมายถึงเฉพาะโทษที่มีอยู่ตามกฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงโทษที่รัฐสภาจะกำหนดขึ้นใหม่ในอนาคตด้วย แม้สิ่งนั้นจะยังไม่เป็นโทษในระบบปัจจุบันก็ตาม

[12] จิตติ ติงศภัทิย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา, ภาค 1 ตอนที่ 1, หน้า 881-882.

ระบบประชาธิปไตย ในทางนิติศาสตร์ย่อมสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล และหลักการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งเข้าใจว่าตุลาการรัฐธรรมนูญ 2 คน ที่มิได้ลงนามในคำวินิจฉัยนี้ก็อาจจะมีความเห็นพ้องดังกล่าว[13]

กฎหมายที่เป็นปัญหาในเรื่องนี้อยู่ในรูปแบบของประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งเป็นรูปแบบใหม่ของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยนอกเหนือไปจาก พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกาที่มีอยู่แล้ว ปัญหาว่าประกาศคณะปฏิวัติเป็นเป็นกฎหมายหรือไม่ เป็นเรื่องที่ถกเถียงกันได้ทุกสมัย ในทางนิติปรัชญาก็มีช่องทางให้ถกเถียงกันได้อยู่เหมือนกันว่าประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายหรือไม่ นักนิติศาสตร์ผู้หนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช มีความเห็นว่า "เมื่อผู้ก่อการปฏิวัติได้นำรัฐธรรมนูญมาใช้ปกครองบ้านเมืองแล้วคำสั่งต่าง ๆ ที่ออกไว้ก่อนนั้นจะยังใช้เป็นกฎหมายได้หรือไม่ สำหรับคำสั่งที่จะออกมาภายหลังไม่มีปัญหา เพราะถ้าไม่ออกมาในรูปเป็นกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก็ย่อมจะใช้ไม่ได้ แต่สำหรับที่ออกมาก่อนค่อนข้างลำบากเพราะเมื่อไปรับเข้าว่าเป็นกฎหมายแล้ว แม้จะอยู่เป็นกฎหมายจำยอมปกติ ก็ไม่มีทางจะล้มเลิกได้"[14] นอกจากนั้นยังกล่าวว่า "ข้อเท็จจริงเป็นที่ยอมรับกันด้วยความจนใจว่า เมื่อใดมีผู้ฉับอาวุธก่อการปฏิวัติรัฐประหารอันยึดอำนาจไว้ได้อำนาจนั้นเป็นอำนาจปกครองบ้านเมืองใครฝ่าฝืนจะโดนลูกตะกั่ว นอกจากนั้น ภาษิตกฎหมายยังมีมาแต่สมัยกรุงโรมว่า Inter arma silent leges เมื่อใดเสียงปืนดังเมื่อนั้นกฎหมายหมดเสียง"[15] นักรัฐศาสตร์อีกผู้หนึ่ง คือ ศาสตราจารย์ เสน่ห์ จามริก มีความเห็นว่า "คำสั่งและประกาศคณะปฏิวัติก็มีศักดิ์หรือฐานะเพียงเทียบเท่ากฎหมายในสถานะการณ์นั้น ๆ และซึ่งย่อมจะหมดสภาพความเป็นกฎหมายไปทันทีโดยอัตตโนมัติเมื่อประกาศใช้ระบอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ ถ้าสามารถแยกแยะกันได้เช่นนี้แล้ว ในวงการตุลาการก็คงไม่จำเป็นจะต้อง

---

[13] ตุลาการรัฐธรรมนูญที่มิได้ลงชื่อในคำวินิจฉัยนี้ คือ นายประกอบ หุตะสิงห์ ประธานศาลฎีกา ซึ่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง และหลวงประกอบนิติสาร ตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งได้รับแต่งตั้งจากรัฐสภา

[14] ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ หน้า 623.

[15] เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

มัวคอยพะวงกันอยู่ว่าจะทำตนเป็น "น้ำเชี่ยวขวางเรือ" หรือ "ลู่ตามลม" กันดี ซึ่งไม่ช่วยให้เกียรติศักดิ์ศรีของฝ่ายตุลาการรวมทั้งวิชาชีพนิติศาสตร์ของไทยดีขึ้นมาแต่ประการใด ตรงกันข้าม รังแต่จะทำให้ให้เกิดเสื่อมศรัทธาในความไม่อยู่กับร่องกับรอยของสถาบันกฎหมายอันควรจะเป็นที่พึ่งสูงสุดท้ายของประชาชน ... คำสั่งหรือประกาศคณะปฏิวัติอันมีศักดิ์เพียงเทียบเท่ากฎหมายย่อมสิ้นสภาพทางกฎหมายไป ตามสภาพข้อเท็จจริงแห่งสถานการณ์สิ้นสุดการปฏิวัติ"[16] อย่างไรก็ตามด้วยความเคารพอย่างสูงต่อความเห็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า แม้ในทางรัฐศาสตร์ซึ่งเป็นเรื่องของการมองปัญหาในทางการเมืองอาจต้องการให้ผลเป็นเช่นนั้น แต่ในทางนิติศาสตร์ไม่น่าจะถือเป็นเช่นนั้นได้ ถ้าเราไม่ยอมรับเสียแต่แรกว่าประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายก็จะไม่มีปัญหาในทางนิติศาสตร์ให้ยุ่งยาก แต่อาจเกิดปัญหาในทางอื่น เช่น เกิดการกระทบกระเทือนอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการกับคณะปฏิวัติ แต่เมื่อยอมรับเสียแล้วแต่แรกว่าเป็นกฎหมายหรือแม้แต่ถือเสมือนว่าเป็นการที่จะให้สิ้นสุดความเป็นกฎหมายโดยเหตุแห่งการสิ้นสุดแห่งสถานการณ์ปฏิวัติ ย่อมไม่ใช่หลักที่ถูกต้อง เพราะเมื่อเป็นกฎหมายแล้ว ก็ต้องเป็นตลอดไปจนกว่าจะมีการยกเลิกชัดแจ้งหรือโดยกฎหมายอื่นใดโดยปริยาย กฎหมายที่เก่าแก่ล้าสมัย เช่น กฎหมายลักษณะผัวเมียที่ตราขึ้นในสมัยอยุธยาตอนต้น ก็ยังใช้ได้ในปัจจุบันตราบเท่าที่ไม่มีการยกเลิก ประกาศพระบรมราชโองการและพระราชหัตถเลขาหลายเรื่องในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช ก็ยังจำเป็นต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้ในสมัยประชาธิปไตย มิฉะนั้นอาจเกิดผลในทางไม่เป็นธรรมขึ้น[17] ประกาศคณะปฏิวัติก็เช่นกันเมื่อถือว่าเป็นกฎหมายเสียแล้วก็จำเป็นต้องเป็นกฎหมายต่อไปตามหลักเกณฑ์ในทางนิติศาสตร์ที่ถือกันในประเทศไทย แม้แต่กฎหมายที่มีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญก็มีผลเพียงใช้บังคับมิได้ หลักนิติศาสตร์ที่ใช้ในประเทศไทย คือ ไม่ถือว่าถูกยกเลิกไป[18] จึงไม่อาจใช้กฎหมายใหม่หรือใช้หลักนี้เป็นคุณแก่ผู้ต้องโทษได้ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 ถ้าถือว่า ประกาศคณะปฏิวัติสิ้นสุดคำบังคับหรือศักดิ์ในทางกฎหมายทันทีที่สิ้นสุด

---

[16] เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, หน้า 274-275.

[17] คำพิพากษาฎีกา ที่ 1187/2504, 490/2507, 754-755/2510, 1699/2515 คำพิพากษาเหล่านี้รับรองว่า ประกาศพระบรมราชโองการหรือพระราชหัตถเลขาเป็นกฎหมายได้แม้ในปัจจุบัน

[18] ถ้าจะให้มีการยกเลิกกฎหมายนั้น ก็ต้องมีการออกกฎหมายใหม่มายกเลิกอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนี้คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนคดีอันถึงที่สุดแล้ว ฉะนั้นแม้ถ้าบุคคลใดต้องรับโทษอยู่ก็ไม่อาจถูกปล่อยตัวโดยนำประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 มาใช้ได้แต่อย่างใด

สถานการณ์ปฏิวัติหรือเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ก็จะเกิดปัญหาต่อไปว่า การสิ้นสุดเช่นนี้มีผลย้อนหลังหรือไม่ ถ้าย้อนหลัง การใดที่ได้ทำไปแล้วจะมีผลในทางกฎหมายอย่างใด ถ้าไม่ย้อนหลัง พระราชกฤษฎีกา คำสั่ง ตลอดจนการที่ควรอยู่ในประกาศคณะปฏิวัติจะอยู่ในฐานะอย่างไร สำหรับในความเห็นของฝ่ายตุลาการนั้นได้มีคำพิพากษาฎีการับรองแล้วว่าประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย ดูคำพิพากษาฎีกา ที่ 1662/2505, 105/2506, 1352/2506 326-327/2505, 341-350/2520, และ 213/2508 ประกาศคณะปฏิวัติเป็นเพียงรูปแบบของกฎหมาย เหมือนภาชนะที่รับรองน้ำ ตัวมันเองอาจไม่ใช่สิ่งอันพึงปรารถนาหรือสำเร็จรูปขึ้นมาโดยวิธีการที่ผิดปกติ แต่เนื้อหาก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ประกาศคณะปฏิวัติเป็นอันมาก ในบางสมัยถ้าไม่คำนึงถึงวิธีการออกกฎหมายแล้ว เนื้อหาอาจเป็นที่ยอมรับได้ว่าไม่ใช่กฎหมายที่ไม่ดี ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า "เมื่อใดผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ ... ก็เป็นรัฐฐาธิปัตย์ มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้นจึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่ และยกเลิกกฎหมายเดิม บัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจ"[19] ซึ่งถ้าถือว่าทันทีที่สิ้นสุดสถานการณ์ปฏิวัติประกาศคณะปฏิวัติย่อมสิ้นสุดศักดิ์ในทางกฎหมายลง ผู้เขียนเห็นว่า ข้อที่จะทำให้เกิดปัญหากลืนไม่เข้าคายไม่ออกอีกประการหนึ่ง คือในการปฏิวัตินั้นคณะปฏิวัติจะออกธรรมนูญการปกครองแผ่นดินหรือรัฐธรรมนูญมาด้วย แม้จะถวายพระมหากษัตริย์ทรงตรา แต่ก็ออกมาโดยอำนาจคณะปฏิวัตินั่นเอง ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินและรัฐธรรมนูญหลายฉบับ เช่น ฉบับ พ.ศ. 2502 2515, 2519 และ 2520 ร่างขึ้นโดยคณะปฏิวัติ ในขณะที่ฉบับ พ.ศ. 2511 และฉบับปัจจุบันร่างขึ้นโดยสภาซึ่งคณะปฏิวัติเป็นผู้เสนอแต่งตั้ง ถ้าให้ประกาศคณะปฏิวัติสิ้นผลแล้ว ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินและรัฐธรรมนูญเหล่านี้จะสิ้นผลด้วยหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องที่อธิบายได้ยาก ถ้าจะให้มีผลใช้บังคับต่อไปและถ้าจะถือว่าสิ้นผลด้วย ก็คงจะตั้งระบบการเมืองและระบอบการปกครองขึ้นใหม่โดยชอบได้ยาก

ปัญหาประการต่อไปคือ ถ้ายอมรับว่าประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย (แม้กระนั้นก็ต้องยอมรับว่าบางฉบับอาจไม่เป็นกฎหมาย เพราะความมุ่งหมายของฉบับนั้นเองไม่ใช่รูปแบบและวิธีการออก)[20] ประกาศคณะปฏิวัติจะอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐธรรมนูญหรือไม่ หลักในรัฐธรรมนูญ

---

[19] หยุด แสงอุทัย, หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 45/2496, หน้า 55.

[20] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 100-104.

ซึ่งควบคุมกฎหมายทั้งหลายก็คือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือหลังของรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ จะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ไม่ได้ ประกาศคณะปฏิวัติก็ไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติทั้งหลาย การได้อำนาจตรากฎหมายมาจากการปฏิวัติไม่ได้ทำให้ประกาศคณะปฏิวัติอยู่เหนือรัฐธรรมนูญหรืออยู่เหนือนอกกฎเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประกาศคณะปฏิวัติจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กลับจะต้องตกอยู่ในหลักแห่งการถูกควบคุมดูแลอย่างถี่ถ้วน (Strict scruting) ด้วยซ้ำ เพราะเป็นกฎหมายที่ไม่ได้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติหรือมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยปกติจึงอาจไม่รอบคอบหรือหละหลวม และอาจมีการนำไปใช้ผิดเพี้ยนจากเจนารมย์ของคณะปฏิวัติ ดังเช่น มีการนำประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ไปใช้ในทางที่รัฐบาลในเวลาต่อมาเองก็ยอมรับว่า "จริงอยู่ในทางปฏิบัติผมอาจจะยอมรับสภาพข้อเท็จจริงว่าย่อมจะมีบ้างที่เกิดความไม่เป็นธรรม แต่ทั้งนี้ด้วยความสุจริตใจของการออกกฎหมายนี้ก็ด้วยเจตนาที่บริสุทธิ์ หากแต่ผู้ปฏิบัติเท่านั้นที่อาจจะนำไปใช้ทางที่ไม่ชอบ" การออกประกาศคณะปฏิวัติไม่มีรายงานการประชุมร่างและรายงานการประชุมพิจารณา ทั้งออกมาในบรรยากาศแห่งการปฏิวัติยึดอำนาจ ซึ่งในขณะนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญใช้ อำนาจสูงสุดย่อมอยู่ที่คณะปฏิวัติและจะแสดงความประสงค์ของตนออกมาทางประกาศคณะปฏิวัติอย่างใดก็ได้ เมื่อถึงเวลาที่มีรัฐธรรมนูญใช้ และมีบรรยากาศในระบอบประชาธิปไตยเกิดขึ้นจึงเป็นเรื่องที่จะต้องตรวจสอบและตีความให้สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย เช่น อาจตีความในทางที่ให้เห็นว่าสอดคล้องกันไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ภายใต้เงื่อนไขว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายอย่างนั้น ดังที่ศาลฎีกาเคยตีความว่าประกาศคณะปฏิวัติไม่ได้ขัดประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาแล้ว โดยแยกแยะให้เห็นความแตกต่างในการบังคับใช้แต่ต้องอิงเงื่อนไขบางอย่างเพื่อให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนยังมีอยู่ (คำพิพากษาฎีกาที่ 326-327/2515)[21]

ปัญหาประการต่อไป คือ ถ้าประกาศคณะปฏิวัติถูกตรวจสอบ (Review) โดยองค์กรใดจะเป็นผู้ตรวจสอบหรือควบคุมในข้อนี้อธิบายได้ว่านับแต่ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยมี 2 ระบบ คือ

---

[21] "บทบรรณาธิการ" บทบัณฑิตย์, เล่ม 20, ตอน 3, หน้า 765-771.

1. ระบบที่ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจควบคุมหรือวินิจฉัย ข้อนี้หมายความว่า ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า เป็นกฎหมายสูงสุดกฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้ แต่มิได้มีการจัดตั้งองค์กรหรือระบุว่าให้อำนาจนี้เป็นขององค์กรใดฝ่ายใด เมื่อคดีมาถึงศาลนั้นย่อมมีอำนาจวินิจฉัยตามหลักที่ว่าศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย จึงย่อมต้องตรวจสอบว่าสิ่งใดเป็นหรือไม่เป็นกฎหมาย อำนาจนี้เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการครั้งแรกในคำพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 และหลังจากนั้นมา เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่าให้องค์กรใดมีอำนาจศาล ศาลจะอ้างอำนาจของศาลทำหน้าที่วินิจฉัยเสมอ

2. ระบบที่ให้มีองค์กรพิเศษเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งเรียกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยให้เป็นผู้รับเรื่องจากศาล กล่าวคือ จะต้องมีคดีในศาลเสียก่อนถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็ไม่มีประเด็นที่จะต้องส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาด แต่ถ้าศาลเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงจะส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดเป็นขั้นสุดท้ายในการทำหน้าที่ชี้ขาดขั้นสุดท้ายนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นประหนึ่งผู้ชี้ขาด ความเห็นที่ขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติผู้ออกกฎหมายและฝ่ายตุลาการผู้ชี้ขาดคดีในเบื้องต้น ระบบนี้จะใช้ได้ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญได้สร้างองค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นไว้ดังเช่น ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 และฉบับปัจจุบัน

การให้ศาลเข้ามาทำหน้าที่ชี้ขาดก่อนในเบื้องต้นย่อมเป็นสิ่งถูกต้องในหลายประเทศในยุโรปที่มีศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญก็ให้มีการแบ่งอำนาจกันเช่นนี้ โดยไม่ยอมให้คู่ความนำคดีไปฟ้องร้องกล่าวในศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง แม้กระนั้น ก็มีประเด็นที่น่าคิดว่าการที่ให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดก่อน ศาลที่ว่านี้อาจเป็นศาลใดก็ได้ เช่น ศาลแขวง ศาลจังหวัด ศาลคดีเด็กและเยาวชน หรือแม้แต่ศาลทหาร ความเห็นของศาลเหล่านี้คงเป็นไปในทางที่ว่ากฎหมายขัดหรือไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ถ้าศาลเห็นว่าไม่ขัดก็ไม่มีเรื่องต้องส่งไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญทำให้ประเด็นนี้ยุติในคดีนั้น แต่ยังอาจค้างคาในความรู้สึกของประชาชนทั่วไปหรือแม้แต่นักวิชาการในกรณีมีการอุทธรณ์ ฎีกาต่อไปยังศาลสูง และมีการยกประเด็นเรื่องนี้ในชั้นอุทธรณ์ ฎีกาก็ยังพอจะเป็นโอกาสทบทวนได้ในศาลสูง ซึ่งถ้าศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเห็นว่าไม่ขัด ประเด็นก็จะยุติลงซึ่งก็อาจทิ้งความไม่สนิทใจอยู่เช่นเดิม ที่ว่าไม่สนิทใจไม่ใช่ว่าเชื่อหรือไม่เชื่อในคำวินิจฉัยของศาล แต่เพราะรู้สึกว่ากระบวนการยังไม่ครบวงจรเพราะเรื่องเช่นนี้ย่อมไม่มีทางถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้ง ๆ ที่ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสุดท้ายที่จะชี้ขาด

อันที่จริง เมื่อศาลมิใช่องค์กรสุดท้ายที่จะชี้ขาดความชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โครงสร้าง องค์ประกอบ หรือความรู้ความสามารถของศาล จึงอาจไม่ใช่เรื่องสำคัญนัก แต่เนื่องจากว่า การใช้อำนาจของศาล แม้จะเป็นการชี้ขาดเบื้องต้นก็คือส่วนหนึ่งของการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (Power of Judicial Review) นั่นเอง และถ้าเป็นการชี้ขาดในทางรับ (Positive) คือชี้ขาดว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจชี้ขาดเช่นนี้ก็เป็นการถึงที่สุดหรือเด็ดขาดนั่นเอง เป็นอันว่าตัดอำนาจของตุลาการรัฐธรรมนูญทั้งหมด เมื่อพิจารณาในลักษณะเช่นนี้ โครงสร้าง องค์ประกอบ และความรู้ความสามารถของศาลจึงมีส่วนสำคัญ แต่เพื่อมิให้มีการปรับปรุงในส่วนของศาลเพียงเพื่อให้รับกับการทำหน้าที่นี้ จึงน่าจะเป็นเพียงว่าคำวินิจฉัยของศาลไม่ถึงที่สุดในทุกกรณี กล่าวคือ ไม่ว่าศาลจะชี้ขาดไปในทางใดทางหนึ่ง ศาลก็จะต้องส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดเสมอ เพื่อจะให้เรื่องนี้ดำเนินไปครบกระบวนการและเป็นอันยุติปัญหาในประเด็นนั้น ๆ มิให้ค้างคาในความรู้สึกของประชาชนอีกต่อไป อย่างน้อยก็ในแง่ของกระบวนการส่วนนี้ว่า จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งตามหลักการนี้

(1) ต้องให้เริ่มต้นในศาลก่อนโดยไม่ยอมให้มีการว่ากล่าวหรือนำประเด็นเสนอต่อตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตรงก็เพื่อเป็นการควบคุมปัญหาให้จำกัดอยู่ในเรื่องที่เป็นคดีหรือมีการฟ้องร้องใช้สิทธิทางศาลกันแล้ว โดยบุคคลผู้ได้รับผลร้ายจากกฎหมายที่เป็นปัญหา ภายใต้ระบบและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและอาญาที่มีอยู่แล้ว และจะได้เป็นการกันเฉพาะข้อกฎหมายว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาด โดยไม่ต้องเกี่ยวข้องกับคู่ความราษฎรผู้ร้อง หรือข้อเท็จจริงในรูปคดี นอกจากนั้น ศาลก็ได้เป็นผู้กลั่นกรองทำความเห็นเสียชั้นหนึ่งก่อน (ศาลอาจยกประเด็นข้อนี้ขึ้นพิจารณาเองก็ได้ เพราะเป็นประเด็นเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศิลธรรมอันดีของประชาชนตามคำพิพากษาฎีกาที่ 776/2505) เมื่อมีความเห็นอย่างไรจึงค่อยทำความเห็นตามทางการไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญ ผลจากการนี้คือ จะทำให้มีปัญหาไปสู่ตุลาการรัฐธรรมนูญมากขึ้น ซึ่งน่าจะช่วยพัฒนาความรู้ทางกฎหมายไปอีกขั้นหนึ่ง ในลักษณะเช่นนี้จะทำให้มีปัญหาไปสู่ตุลาการรัฐธรรมนูญมากขึ้น แต่เนื่องจากเมื่อไม่อนุญาตให้มีการนำเรื่องให้ไปว่ากล่าวฟ้องร้องโดยตรงต่อตุลาการรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ปัญหาหรือคดีที่ขึ้นไปสู่ตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะไม่มากจนเกินไปนัก

(2) ที่ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรให้ศาลเป็นองค์กรชี้ขาดแต่ควรให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเข้ามามีส่วนวินิจฉัยชี้ขาด เพราะผู้เขียนเห็นด้วยกับเหตุผลของเคลเสนและนักวิชาการอื่น ๆ ที่เสนอว่า การให้ศาลเป็นผู้ชี้ขาดถึงที่สุดเสียเองอาจทำให้ศาลเผชิญหน้ากับฝ่ายการเมือง คือ รัฐบาลและรัฐสภามากเกินไป แม้โดยระบบของศาลน่าจะมีความเที่ยงธรรมหรือหลักประกันความเป็นอิสระมากกว่าตุลาการรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หลักประกันดังกล่าว ก็ไม่ได้รับรองว่าศาลจะมีความรู้ความสามารถเหมาะสมกับการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ซึ่งต้องอาศัยความรู้ในทางเศรษฐกิจ สังคม การเมืองและอื่น ๆ นอกจากความรู้ทางกฎหมายด้วย

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้อาจมีผลเสียในแง่ที่ว่า ปัญหาอาจไปสู่ตุลาการรัฐธรรมนูญมากเกินไป และอาจมีการยกประเด็นข้อนี้ในศาลบ่อยครั้ง เพราะจะมีผลเป็นการประวิงเวลาในการดำเนินคดี ในระบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ขัดรัฐธรรมนูญก็ให้ชี้ขาดไปได้เลย ซึ่งไม่ก่อให้เกิดการประวิงเวลาดำเนินคดี ในข้อนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาเรื่องปริมาณคดีที่จะมีมากขึ้นและการประวิงเวลาใด ๆ ถ้าจะพึงมีน่าจะแก้ได้ด้วยการปรับปรุงวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น พิจารณาให้เร็วขึ้นและควรให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดเบื้องต้น รวมทั้งมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลที่รออยู่นั้นไปพลางก่อนได้ ทำนองเดียวกับอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18 หรือให้มีอำนาจสั่งรับหรือไม่รับโดยเห็นว่าการคัดค้านว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ มีมูลอันควรรับไว้พิจารณาหรือไม่ ทำนองเดียวกับอำนาจศาลสูงสุดในระบบคอมมอนลอว์ในการออกหมายรับอุทธรณ์หรือฎีกา (Writ of Certiorari) ข้อคัดค้านข้อเสนอแนะดังกล่าวนี้เป็นไปได้อีกคือ การที่ต้องให้ศาลส่งความเห็นทุกเรื่องไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญ จะทำให้การใช้อำนาจของศาลไม่มีความหมาย ผู้เขียนกลับเห็นว่า การให้ผ่านกระบวนการทางศาลก่อน แสดงอยู่ในตัวว่าตุลาการรัฐธรรมนูญต้องรับฟังความเห็นของศาล ซึ่งถ้าจะถือว่าเป็นเรื่องไม่มีความหมายก็คงจะวิจารณ์ได้ตั้งแต่เริ่มต้นว่าความเห็นของรัฐสภาไม่มีความหมาย เพราะเมื่อสภาออกกฎหมายก็แสดงว่าเห็นแล้วว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เหตุใดจึงให้ศาลวินิจฉัยทบทวนได้อีก ฉะนั้นจึงไม่ใช่เรื่องของการมีหรือไม่มีความหมาย แต่เป็นเรื่องของการตรวจสอบอย่างเป็นระบบเป็นขั้นเป็นตอนซึ่งตุลาการรัฐธรรมนูญต้องฟังความเห็นศาลอยู่มาก เช่น

ก. คำร้องที่ว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมีมูลควรรับไว้พิจารณาเพียงใด ถ้าศาลเห็นว่าไม่มีมูลและตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นด้วยก็จะได้ไม่รับวินิจฉัยโดยจะได้ไม่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหา

ข. ถ้าประเด็นที่ยกขึ้นอ้างมีมูล ตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะได้พิจารณาตามความเห็นของศาลต่อไปว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเหตุใด

อนึ่ง ในหลักการเช่นนี้ เนื่องจากคดีทั้งหลายเริ่มที่ศาลชั้นต้น ฉะนั้น เมื่อมีการยกประเด็น กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นในศาลชั้นต้นและให้ศาลต้องส่งความเห็นทุกเรื่องไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญก็อาจชวนให้คิดได้ว่าศาลสูงคือ ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา มีบทบาทน้อยลงในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะในที่สุด เรื่องที่ส่งไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมส่งไปจากศาลชั้นต้นทั้งสิ้น ผู้เขียนเห็นว่าในระบบที่เป็นอยู่ขณะนี้ เมื่อศาลชั้นต้นเช่น ศาลแขวงมีความเห็นว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ก็จะมีผลให้ต้องทำความเห็นส่งเรื่องไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว โดยไม่ต้องผ่านศาลสูง ในระบบใหม่ที่ผู้เขียนเสนอนี้ อาจมีกรณีที่ประเด็นเรื่องกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมิได้ยกขึ้นว่ากล่าวในศาลชั้นต้น ซึ่งคู่ความอาจอาศัยข้อที่ว่าประเด็นนี้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย จึงยกขึ้นในศาลสูงหรือศาลสูงเห็นเองจึงยกขึ้นว่ากล่าวเองก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ จะเป็นเหตุให้มีการส่งความเห็นจากศาลสูงไปยังตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป

ปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ในส่วนของตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ควรมีการปรับปรุงหรือไม่เพียงใด ในปัจจุบันตุลาการรัฐธรรมนูญมี 7 คน แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยตำแหน่ง 3 คน และประเภทที่รัฐสภาแต่งตั้งอีก 4 คน ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับระบบในปัจจุบัน ดังนี้

1. <u>ประเภทตุลาการรัฐธรรมนูญ</u>

ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ควรมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง แต่ควรอยู่บนพื้นฐานของการยอมรับจากผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 ฝ่าย และประชาชน ในกรณีนี้จึงควรให้คณะรัฐมนตรี รัฐสภา และศาลเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญได้ฝ่ายละเท่า ๆ กัน เช่น 3-4 คน เพื่อประกอบเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวเลือกตุลาการคนหนึ่งเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ไม่ควรมีตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำหรือข้าราชการการเมือง ตลอดจนพนักงานรัฐวิสาหกิจหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น สมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น

2. คุณสมบัติของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญควรแต่ตั้งจากผู้มีความรู้ทางกฎหมาย รัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมวิทยา โดยกำหนดเป็นคุณสมบัติเฉพาะไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ควรกำหนดจำกัดเกินไป เช่น มีคุณวุฒิทางกฎหมายดังที่เคยกำหนดในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 ขณะเดียวกันก็ไม่ควรเปิดไว้กว้างไว้ว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิดังในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

อนึ่ง เพื่อให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นที่เชื่อถือ จึงควรมีการคัดค้านตุลาการรัฐธรรมนูญได้ในทำนองเดียวกับการคัดค้านผู้พิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนได้เสียสำคัญที่ตุลาการรัฐธรรมนูญบางคนอาจจะมีและทำให้การพิจารณาอาจเสียความเป็นธรรม คือ การเคยมีส่วนร่วมในการร่างหรือพิจารณากฎหมายนั้นมาแล้วในชั้นใดชั้นหนึ่ง อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านเช่นนี้ควรกำหนดกระบวนการวินิจฉัยคำคัดค้านให้รอบคอบ โดยถือเอาคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเองเป็นหลักและควรระมัดระวังในเรื่ององค์คณะด้วย เพราะหากการคัดค้านคลอบคลุมไปถึงตุลาการรัฐธรรมนูญหลายคน อาจทำให้จำนวนองค์คณะที่กำหนดไว้ไม่ครบ ซึ่งอาจต้องใช้ตุลาการรัฐธรรมนูญเพียงเท่าที่เหลือเป็นข้อยกเว้นให้เป็นองค์คณะไปได้

3. ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง

ในขณะนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งเท่าวาระของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การยกพันเช่นนั้นไม่ถูกต้อง เพราะทำให้เห็นไปว่าเป็นองค์กรของสภาผู้แทนราษฎรนั่นเอง ทั้งที่แท้จริงในการแต่งตั้งต้องอาศัยคะแนนเสียงเห็นชอบของสมาชิกวุฒิสภาด้วย (มีวาระ 6 ปี) และตัวประธานสภาผู้แทนราษฎรก็มิได้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ตุลาการรัฐธรรมนูญควรมีระยะเวลาปฏิบัติงานยาวนานกว่าวาระของสภา เช่น อาจเป็น 5-6 ปี

ข้อเสนอแนะ

1. กฎหมายในรูปแบบของประกาศคณะปฏิวัติ เป็นกฎหมายที่ออกมาในระหว่างมีการใช้อำนาจปฏิวัติ แม้ผู้เขียนจะเห็นว่าในทางนิติศาสตร์จำเป็นต้องยอมรับว่าเป็นกฎหมาย แต่มิใช่เป็นกฎหมายที่มีรูปแบบสอดคล้องกับระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ บางฉบับอาจเป็นเหตุให้พระมหากษัตริย์ต้องทรงตราพระราชกฤษฎีกาอาศัยอำนาจตามความในประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม จึงสมควรพิจารณาแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกตามความ

เหมาะสมให้สอดคล้องกับการปกครองระบอบประชาธิปไตยดังเช่นในปัจจุบัน

2. กฎหมายดังเช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 และ 43 เป็นกฎหมายที่ไม่ดี เพราะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารควบคุมตัวบุคคลซึ่งตั้งข้อหาเองว่า ประพฤติตนเป็นอันธพาลไว้เพื่อการสอบสวนได้ และส่งตัวไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพได้โดยไม่มีกำหนดและไม่ต้องอาศัยอำนาจศาลเป็นการเปิดทางให้มีการกลั่นแกล้งตั้งข้อหาเอาแก่บุคคลที่อาจไม่มีความผิดได้ ดังที่ปรากฏว่ามีผู้ถูกควบคุมตัวตามมาตรการดังกล่าวมีเป็นจำนวนมาก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็เคยตั้งข้อสังเกตว่า "กฎหมายเช่นว่านี้ ถ้าจะมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาก็มีอยู่เพียงที่จะดำหนิติชมว่าเป็นกฎหมายที่ดีหรือไม่เท่านั้น" จึงไม่สมควรที่จะตราขึ้นใช้บังคับต่อไป แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าภายหลังคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในเวลาต่อมาก็ได้มีการตรากฎหมายยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติที่เป็นปัญหา โดยความเห็นสอดคล้องต้องกันทั้งในหมู่นักวิชาการและนักการเมืองว่าเป็นทั้งกฎหมายที่ไม่ดี ขัดรัฐธรรมนูญ และรูปแบบไม่เหมาะสม แต่ในเวลาต่อมาเมื่อมีการยึดอำนาจรัฐอีก ก็ได้มีการออกกฎหมายในทำนองนี้อีกครั้งหนึ่งใน พ.ศ. 2519 จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายเช่นนี้จะออกมาได้ก็แต่ในเวลายึดอำนาจรัฐและมีการใช้อำนาจเผด็จการเท่านั้น จึงเท่ากับว่าเป็นเครื่องมือของคณะผู้ยึดอำนาจรัฐที่จะเลี่ยงกฎหมายอื่นที่มีอยู่ทำการตั้งข้อหาและควบคุมตัวบุคคลได้ตามอำเภอใจโดยไม่มีกำหนดเวลา โดยทำสิ่งซึ่งไม่ชอบธรรมนี้ให้ดูประหนึ่งว่าชอบธรรม โดยอ้างว่าเป็นไปตามกระบวนการของกฎหมาย (According to the law) ซึ่งอันที่จริงแล้วก็คือกฎหมายที่ตนตราขึ้นใช้บังคับเอง จึงควรเผยแพร่ความคิดในเรื่องความไม่ถูกต้องตามหลักนิติธรรมของกฎหมายที่มีหลักการดังกล่าวให้เกิดความรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องและแม้จะดูประหนึ่งว่าทำให้ชอบธรรมเพียงใด ก็คือความไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบธรรมอยู่นั่นเอง

3. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 เป็นตัวอย่างของการตีความกฎหมายในแนวทางหนึ่ง ซึ่งมีความเห็นทางวิชาการคัดค้านอยู่ไม่น้อย และน่าถือว่ามากที่สุดในบรรดาคำวินิจฉัยทั้งหลายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ควรส่งเสริมให้มีการศึกษาคำวินิจฉัยนี้อย่างกว้างขวางและแพร่หลายเพื่อนำมาซึ่งความเห็นที่ว่า หลักการตีความเช่นนี้ถูกต้องหรือไม่ ควรยึดถือเป็นแบบอย่างในการตีความรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ อันจะเป็นผลทำให้ความรู้ทางวิชาการด้านนี้ ขยายตัวออกไปในวงกว้าง เพราะโดยปกติแล้วในประเทศไทยไม่สู้จะมีกรณีที่จะให้วินิจฉัยในกรณีที่บ่อยครั้งเท่าใดนัก ผู้เขียนชื่อว่า ความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายทั้งหลาย ย่อมพัฒนามาจากของจริงเช่นนี้เอง

ดังคำวินิจฉัยของศาลในหลายประเทศ คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาทางรัฐธรรมนูญ (Conseil de Constitutionnel) คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etats) ในกรณีของฝรั่งเศส คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

4. โดยเหตุที่คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 เป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วิทยานิพนธ์เรื่องนี้ ได้วิจัยถึงระบบตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศด้วยทั้งนี้ก็ด้วยความเชื่อว่า ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ควรเป็นเรื่องของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งตั้งขึ้นเป็นพิเศษเพื่อการนี้ แต่ควรพัฒนาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยทั้งในส่วนโครงสร้าง องค์ประกอบและวิธีการพิจารณา ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อจะเป็นสถาบันที่พึงอันน่าเชื่อถือในปัญหาเกี่ยวด้วยกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ควรปรับปรุงให้ศาลต้องส่งความเห็นในปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ใน เมื่อคู่ความในคดีได้อ้างว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญทุกกรณีไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย เป็นขั้นสุดท้ายจะได้มีคำวินิจฉัยอันถึงที่สุดครบกระบวนการ มิใช่ส่งไปเฉพาะความเห็นที่ว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเท่านั้นดังในปัจจุบัน ตุลาการรัฐธรรมนูญเอง เมื่อรับเรื่องควรมีอำนาจชี้ขาดเบื้องต้นหรือสั่งรับหรือไม่รับเรื่องและอาจมีคำสั่งให้ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาไปพลางก่อนได้ตามที่เห็นสมควร เพื่อมิให้มีการหยิบยกประเด็นเรื่องกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมาถ่วงเวลาการพิจารณาคดีอันจะทำให้ล่าช้าเนิ่นนานออกไป นอกจากนี้ในส่วนขององค์ประกอบหรือโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เห็นว่าตุลาการรัฐธรรมนูญควรมาจากความเห็นชอบของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล โดยมีจำนวนฝ่ายละเท่า ๆ กัน และไม่ควรมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง นอกจากนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญควรมีวาระอยู่ในตำแหน่งโดยไม่เกี่ยวกับวาระของสภาผู้แทนราษฎร