



ตุลาการรัฐธรรมนูญและอำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ เสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญ

การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ก. สาเหตุของการควบคุม

สาเหตุที่ต้องมีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญสืบเนื่องมาจากความคิดที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ถ้าประเทศใดไม่ถือหลัก เช่นนี้ก็ไม่มีความจำเป็นต้องกล่าวถึงความขัดแย้งหรือสอดคล้องระหว่างกฎหมายอื่นกับรัฐธรรมนูญและไม่จำเป็นต้องสร้างองค์กรกลไกหรือระบบการควบคุมขึ้นมา<sup>1</sup> แต่โดยหลักทั่วไปซึ่งสืบเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศแรกที่ได้บัญญัติไว้ในหมวด 6 มาตรา 2 ที่ว่า รัฐธรรมนูญนี้ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ (This Constitution, ...shall be the supreme law of the land) ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องมีการรักษาสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ไว้มิให้มีการล่วงเกินได้ วิธีรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดประการหนึ่งก็คือ การควบคุมมิให้กฎหมายอื่นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ข. ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of law) หมายถึงภาวะสูงสุดของกฎหมายซึ่งแสดงให้เห็นสถานะของกฎหมายนั้น ๆ ว่าอยู่ในลำดับสูงเหนือกฎหมายอื่นใดทั้งปวง ลำดับ เช่นนี้มีผู้เรียกว่าศักดิ์ของกฎหมายหรือชั้นของกฎหมาย (Hierarchy) เพราะในบรรดากฎหมายที่มีอยู่มากมายหลายรูปแบบนั้น ย่อมมีความแตกต่างลดหลั่นกันอยู่เป็นธรรมดาตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ถ้าจะให้กฎหมายทั้งหลายเท่าเทียมกันหมดแล้วก็คงจะมีกฎหมายรูปแบบเดียวกันทั้งหมด แต่ที่ต้องมีกฎหมายหลายรูปแบบก็เพราะผู้มีอำนาจออกกฎหมายทราบดีว่า

---

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญเบลเยียมไม่ได้บัญญัติว่าใครเป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลได้ถือเป็นหลักตลอดมาว่าจะไม่เข้าไปเป็นผู้วินิจฉัยเสียเอง แม้ว่าตามมาตรา 138 จะกล่าวถึงความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ตาม

เนื้อหาของกฎหมายแต่ละเรื่องมีน้ำหนักแตกต่างกัน บางเรื่องสำคัญมาก บางเรื่องสำคัญน้อย เรื่องที่สำคัญมากก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายรูปแบบหนึ่ง เรื่องที่สำคัญน้อยก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งหรือประเภทหนึ่ง

โดยทั่วไปแล้วจะกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นจะเป็นสถานะของรัฐธรรมนูญ ส่วนกฎหมายรูปแบบอื่นหรือประเภทอื่น เช่น พระราชบัญญัติ (Act) พระราชกฤษฎีกา (Decree) ระเบียบ (Order) ข้อบังคับ (Regulation) ต่าง ๆ จะเป็นกฎหมายชั้นรองลงมา<sup>2</sup>

อำนาจสูงสุดของกฎหมายเป็นลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญแตกต่างหรือมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ดังนั้นความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุดก็คือการมีฐานะที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งหมด กล่าวคือ

1. แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา การพิจารณาแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจะต้องมีกระบวนการที่พิเศษและยากกว่ากฎหมายธรรมดา<sup>3</sup>

<sup>2</sup>วิชญ์ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 669.

<sup>3</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 194

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะกระทำได้อีกแต่โดยหลัก เกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรีหรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร ญัตติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกระทำได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดมีมติให้เสนอได้

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา

(4) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อพิจารณาในวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้วให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้ายให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีคะแนนเสียงเห็นด้วยในการที่จะให้ออกใช้ เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา

(7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นขุดเกล้าฯ ถวายและให้นำบทบัญญัติมาตรา 77 และมาตรา 78 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

2. การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยกำลังบังคับหรือด้วยการกระทำใด ๆ ย่อมทำให้ผู้ละเมิดนั้นมีความผิดร้ายแรง ด้วยการกำหนดเช่นนี้ เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้คิดจะละเมิดหรือล้มล้างต่อรัฐธรรมนูญ มีความเกรงกลัวต่อโทษซึ่งหนักและก็จะไม่กล้าที่จะกระทำ ลักษณะที่กล่าวนี้เป็นการแสดงความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญอันมีฐานะที่จะละเมิดมิได้

3. บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมจะใช้บังคับมิได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติผู้บัญญัติกฎหมาย เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจึง เป็น เครื่องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญ เป็นลายลักษณ์อักษรคง เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุด คือสูงกว่ากฎหมายในรูปอื่นใดทั้งปวงและกฎหมายอื่น ๆ นั้น จะมาขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้นโดยปกติรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะมีบทบัญญัติอยู่ มาตรการหนึ่ง เสมอที่บัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น การรับรองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดอาจทำได้โดยชัดแจ้ง เช่น ระบุข้อความไว้ตั้งเห็นได้จากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา หมวด 6 มาตรา 2 ดังกล่าว หรืออาจใช้วิธีบัญญัติไว้โดยอ้อมว่า กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ดังกรณีรัฐธรรมนูญของไทยก็ได้

สำหรับประเทศไทย เมื่อเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองมา เป็นระบอบประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. 2475 แล้ว ก็ได้มีการตรารัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้ เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังที่ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ เกือบทุกฉบับยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ไว้ โดยบัญญัติว่า บทกฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งมิได้

1. พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 31 ให้เสนาบดีกระทรวงต่าง ๆ เป็นผู้รับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎรในกิจการทั้งปวง

สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎรหรือกระทำไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้น เป็นโมฆะ

2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

มาตรา 61 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ

3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

มาตรา 87 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

4. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

มาตรา 95 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นโมฆะ

5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

มาตรา 178 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติมพุทธศักราช 2495

มาตรา 113 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511

มาตรา 174 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

8. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

มาตรา 6 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

9. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

มาตรา 5 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

การที่รัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายสูงสุดทำให้เกิดผล ดังนี้

1. รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายใน (Domestic law) กฎหมายทั้งปวงไม่ว่าที่มีมาก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้และเพื่อเป็นหลักประกันว่าความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ไม่ถูกละเมิด จึงจำเป็นต้องมีองค์กรหรือสถาบันทำหน้าที่ดูแลรักษารัฐธรรมนูญและมีอำนาจตรวจสอบ รวมทั้งวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ กระบวนการเช่นนี้เรียกว่า Judicial Review โดยมีหลักว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นระบบเรียกว่า "ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ" (Control of constitutional validity of legislation)

2. ผลประการแรกทำให้เกิดผลประการที่สองตามมว่านอกจากการละเมิดรัฐธรรมนูญ อาจเกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการออกกฎหมายต่าง ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหารเองก็อาจทำการต่าง ๆ ขัดรัฐธรรมนูญได้ เช่น การมีมติหรือคำสั่งต่าง ๆ เจ้าหน้าที่งานของรัฐ อาจทำผิดรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ในบางประเทศกระบวนการที่เรียกว่า Judicial Review จึงครอบคลุมถึงการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวด้วย

3. เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเองก็ทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา<sup>4</sup>

ค. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

สำหรับระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้นในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถือว่ามีอยู่ 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ

---

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 677-678.

(ก) ระบบป้องกัน ซึ่งได้แก่วิธีตามรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศสซึ่งบังคับว่าก่อนประกาศใช้กฎหมายออกกานิค คือกฎหมายที่มีข้อความของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญให้ออก เป็นรูปกฎหมายได้ต้องส่งให้สภารัฐธรรมนูญพิจารณาว่าจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เสมอไป ถ้าเป็นร่างกฎหมายอื่น ประธานาธิบดี ประธานสภา ฯลฯ อาจขอให้สภารัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าจะสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าสภารัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญก็จะนำกฎหมายนั้นไปประกาศใช้ไม่ได้ จนกว่าจะได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งเป็นวิธีป้องกันล่วงหน้ามิให้กฎหมายที่แย้งหรือขัดรัฐธรรมนูญนี้มีโอกาสนำไปประกาศใช้

(ข) ระบบแก้ไข ซึ่งได้แก่กรณีที่ทำให้ประกาศใช้กฎหมายไปตามปกติ ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายใดแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญก็มีวิธีปฏิบัติอยู่ 2 วิธี คือ

1. ศาลวินิจฉัยเองว่า บทบัญญัติของกฎหมายแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็ไม่ยอมใช้กฎหมายนั้นโดยอ้างว่าตามรัฐธรรมนูญศาลใช้กฎหมายที่ถูกต้องเท่านั้น ศาลย่อมจะไม่ใช้กฎหมายที่เป็นโมฆะและศาลมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญได้เพื่อพิจารณาว่าบทกฎหมายแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นวิธีที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกาและในประเทศไทยก่อนหน้าที่รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหา

2. ให้คนกลางหรือศาลรัฐธรรมนูญ เช่น สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น ไทย ชี้ขาดว่าบทกฎหมายนั้นมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup>

จึงแยกพิจารณา ดังนี้

(1) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้กฎหมาย

(Pre - Publication control)

<sup>5</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511)

เรียงมาตรา (พระนคร; กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2511), หน้า 1123-1124.

วิธีการดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ (Judicial Review) ต่อกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้ คือให้อำนาจแก่องค์กรที่จะเข้าไปควบคุมสิ่งที่กำลังจะเป็นกฎหมายระบบนี้เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญวิธีนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะให้รัฐสภาปฏิบัติหน้าที่อยู่ในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ ไม่ใช่เพื่อปกป้องราษฎรต่อการใช้อำนาจเกินขอบเขตของผู้ออกกฎหมาย การควบคุมเป็นการควบคุมร่างกฎหมายที่สภาได้ลงมติแล้วและก่อนหน้าที่จะมีการใช้กฎหมายนั้น กฎหมายจะยังออกใช้ไม่ได้จนกว่าจะได้วินิจฉัยความถูกต้องด้วยรัฐธรรมนูญ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกาศว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ออกใช้เป็นกฎหมายไม่ได้ เว้นไว้แต่จะได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ<sup>6</sup>

ประเทศฝรั่งเศส เป็นประเทศแรกที่มีความคิดเห็นว่า กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติมาแล้ว ไม่ควรจะอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด เพราะสภานิติบัญญัติประกอบด้วยผู้แทนของปวงชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การที่สภานิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับนั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาทั่วไปของประชาชน (Volonté Générale) เจตนาทั่วไปนี้ก็คือ การแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยจึงไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด ศาลยุติธรรมมิใช่สถาบันที่ประกอบด้วยผู้แทนปวงชน จึงไม่มีอำนาจหน้าที่ที่จะมาขัดขวางหรือยับยั้งการแสดงออกซึ่งเจตนาทั่วไปของประชาชน การที่นักการเมืองประเทศฝรั่งเศสมีความคิดเห็นเช่นนี้ เพราะในสมัยก่อนปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 การปกครองของประเทศฝรั่งเศสตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษาทั้งสิ้น ทั้งนี้เนื่องจากกษัตริย์ฝรั่งเศสได้ให้ความเคารพยำเกรงและเชื่อฟังผู้พิพากษามากกว่าข้าราชการอื่นใด<sup>7</sup>

<sup>6</sup> จรูญ สุภาพ, สุจิต บุญขงการ, พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, อรณี นวลสุวรรณ, การเมืองการปกครองของยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนเนลักซ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2523), หน้า 181.

<sup>7</sup> สมภพ ไทตระกิตย์, "การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ", วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เล่ม 2 ตอน 1, มิถุนายน 2513 หน้า 1-30.

นักกฎหมายฝรั่งเศสสมัยก่อนปฏิวัติใหญ่อธิบายว่า คำสั่งของพระมหากษัตริย์ เป็นกฎหมายสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติผู้ที่พากษามักเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงอำนาจของสภา รัฐบาล และพระมหากษัตริย์อยู่เสมอ เมื่อปฏิวัติใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2334 (ค.ศ. 1791) มาตรา 157 จึงได้บัญญัติห้ามตุลาการเข้าแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร พระธรรมนูญ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2333 (ค.ศ. 1790) มาตรา 11 ก็ได้บัญญัติว่า "ศาลทั้งหลาย ... ไม่อาจขัดขวางหรือทำให้การปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐสภาหยุดชะงักลง มิฉะนั้นจะเป็นความผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่" ความผิดฐานนี้ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 127 ให้เพิกถอนสิทธิในฐานะพลเมือง ที่เป็นเช่นนี้เพราะประสบการณ์อันขมขื่นสมัยก่อนปฏิวัติใหญ่ที่ศาลมีอำนาจมาก นั้นเอง นอกจากนี้เมื่อฝรั่งเศสยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วบทบาทของศาลก็ต้องลดตามไปด้วย ในช่วงเวลานั้นเองที่เกิดช่องว่างขึ้นว่า ควรจะให้ใคร เข้ามาพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และควบคุมมิให้รัฐสภาออกกฎหมายฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ ในการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2338 (ค.ศ. 1795) นั้นของ แอบเบ ซีเอแยส (Abbe Sieyès) นักการเมืองคนสำคัญผู้หนึ่งได้เสนอให้จัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นใหม่ให้เป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาลและศาล เพื่อทำหน้าที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ เรียกว่า "คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" ความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็นสภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Sénat Conservateur de la Constitution)

สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีอำนาจมาก แต่ในทางปฏิบัติสภานี้เกือบไม่มีโอกาสใช้อำนาจแต่อย่างใด เพราะไม่เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลขัดรัฐธรรมนูญเลยทั้งที่สาธารณชนเห็นว่าน่าจะขัด ในเวลาต่อมาาระบบสภาสูงนี้ล้มเลิกไปและฝรั่งเศสวางเว้นการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอยู่หลายปี จนมีการตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Comité Constitutionnel) ขึ้นตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 (ค.ศ. 1946) พื้นฐานความคิดของการตั้งคณะกรรมการนี้ คือต้องการประสานประโยชน์ทุกฝ่ายและยืนอยู่บนความคิดว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การควบคุมจึงจำกัดอยู่เพียง "ร่างกฎหมาย" เท่านั้นมิใช่กฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ทั้งเคารพต่อเจตนารมณ์ของสภาในฐานะที่เป็น เจตนจำนองทั่วไปของประชาชน (Volonté Générale) คือถ้าเห็นว่าร่างกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญก็จะส่งร่างกฎหมายนั้นกลับไปให้สภาพิจารณา ถ้าสภายืนยันก็แสดงว่าเจตนจำนองของประชาชน เป็นเช่นนั้น ร่างกฎหมายนั้นจะใช้ไม่ได้จนกว่าจะแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับร่างกฎหมายดังกล่าว เป็นการ



แสดงว่าเจตน์จำนงคนรุ่นใหม่สำคัญกว่าของคนรุ่นเก่า แต่ก็ไม่ใช่ละเลยละล้งข้ามความสำคัญของ รัฐธรรมนูญไปง่าย ๆ โดยอัตโนมัติดังกรณีของบางประเทศ ในเวลาต่อมาสภานี้ก็เปลี่ยนชื่อเป็น สภารัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 พ.ศ. 2501 (ค.ศ. 1958)

สภารัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสจึงมี วัตถุประสงค์หรือความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน แต่เมื่อพัฒนามาจนเป็นสภารัฐธรรมนูญ ในขณะนี้ก็ได้มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นหลายประการ ที่สำคัญคือ เป็นองค์กรที่มุ่งกำกับควบคุม การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาดังเห็นได้จากการมีอำนาจควบคุม "เฉพาะ" มิให้ร่างกฎหมาย เช่น กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายว่าด้วยการทำรัฐมนตรีนเป็นสมาชิกรัฐสภา และข้อบังคับการประชุม สภาทั้งสองชั้นรัฐธรรมนูญ<sup>8</sup> แต่ไม่ได้มุ่งที่จะให้มีอำนาจควบคุมมิให้กฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวมี ที่พบเห็นทั่วไปในประเทศอื่น ๆ ทั้งอาจกล่าวได้ว่าไม่ได้เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้น เพื่อประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชนดังในอีกหลายประเทศ สภารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ว่า กฎหมายที่ออกมาใช้บังคับแล้วรัฐธรรมนูญหรือไม่ วิธีการเช่นนี้เรียกว่าเป็นการควบคุมก่อน ประกาศใช้กฎหมาย (Pre - Publication control of Constitutionality of Legislation) มิใช่การควบคุมหลังประกาศใช้ (Post - Publication control)

สำหรับประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 ได้รับอิทธิพลจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส มาตรา 61 ได้ยอมรับมาตรการควบคุม "ร่างกฎหมาย" ก่อนการประกาศใช้ ซึ่งเป็นการควบคุมแบบก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมาย (Pre - Publication control) ด้วย ดังที่บัญญัติว่า<sup>9</sup>

<sup>8</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 55-60.

<sup>9</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 724.

มาตรา 190 เมื่อร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 77<sup>10</sup>

(1) หากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองสภารวมกัน หรือสมาชิกของแต่ละสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภาหรือประธานสภาผู้แทนราษฎรแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็น เช่นว่านั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัย แล้วแจ้งให้ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบ

ในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการ เพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้นายกรัฐมนตรีส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนไปยังรัฐสภาต่อไป

(2) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้กฎหมายแล้ว (Post - Publication control)

ตามวิธีการนี้ การจะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น กฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว เช่น มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ไม่ใช่เป็นเพียง "ร่างกฎหมาย" เท่านั้น

<sup>10</sup>มาตรา 77 ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

สำหรับประเทศไทยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญหลังการประกาศใช้ก็ได้มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521

มาตรา 191 "ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5<sup>11</sup> และยังไม่มีความวินิจฉัยของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบ กระเทือนคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว"

แต่เดิมมาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของไทยเป็นการควบคุม ตามระบบแก้ไขคือควบคุมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ประกาศใช้บังคับแล้ว ส่วนการควบคุมในขณะที่ เป็นร่างกฎหมายหรือตามระบบป้องกันนั้น เพิ่งจะ เริ่มมีปรากฏ เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 224 และครั้งที่สองในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 190 แต่ระบบป้องกันนี้ที่ใช้ในประเทศไทย นั้น เป็นระบบที่ใช้ควบคู่ไปกับระบบแก้ไข เสมอ

#### ง. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ : วิธีเสนอปัญหาให้พิจารณา

สำหรับวิธี เสนอปัญหา เข้าสู่การพิจารณาของแต่ละระบบอาจทำได้ดังนี้

(1) วิธีการต่อสู้ป้องกัน (By way of defense) เมื่อบุคคลถูกกล่าวหาว่า กระทำผิดตามกฎหมายฉบับใด ซึ่งตนเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นก็จะมีสิทธิที่จะต่อสู้ ป้องกันตนโดยให้ถ้อยแถลงต่อศาลยุติธรรมว่ากฎหมายที่เขาถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากศาลยุติธรรมพิจารณา เห็นด้วยตามถ้อยแถลงนั้นศาลก็จะปฏิเสธไม่ยอม ใช้บังคับตามกฎหมายนั้น แก่คดีที่ขึ้นสู่ศาล ดังนั้นปัญหาที่จะให้พิจารณาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีนี้จึงไม่อาจ

<sup>11</sup> มาตรา 5 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

เป็นปัญหาหลัก (Principalites) ได้ แต่จะต้อง เสนอ เป็นปัญหาอันถือเป็นส่วนหนึ่งของคดี  
 ธรรมดาที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม (Incidenter) โดยจะหยิบยกขึ้นให้พิจารณาได้ต่อ เมื่อกฎหมายนั้น  
 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ๆ ไม่ใช่จะยกกฎหมายฉบับใดก็ได้ขึ้น เสนอ เป็นปัญหาให้พิจารณา  
 วินิจฉัย อีกทั้งวิธีการร้องขอก็ไม่จำเป็นต้องมีทนายผู้ใดไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้มีสิทธิ เริ่มการวินิจฉัย  
 ก็สามารถให้สิทธิร้องขอได้ เมื่อศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยได้รับคำร้องให้พิจารณาปัญหานั้น เพียง  
 เท่าที่จำเป็นในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นธรรมดา นั้น ๆ เท่านั้น และหากคู่ความไม่พอใจใน  
 คำวินิจฉัยของศาลก็อาจอุทธรณ์คัดค้านได้ ปัญหานี้อาจได้รับการพิจารณาวินิจฉัยจนถึงขั้นที่สุด  
 โดยศาลยุติธรรมสูงสุด วิธีการนี้เป็นการควบคุมตามเนื้อหา (Review incidenter) ซึ่งใช้  
 ในระบบกระจายอำนาจของสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีประเทศที่ใช้ระบบกระจายอำนาจอื่น ๆ อีก  
 หลายประเทศได้ใช้ระบบของวิธีการ เสนอปัญหาคล้ายคลึงกัน เช่น ประเทศแคนาดา นอร์เว  
 สวีเดน เดนมาร์ก และญี่ปุ่น เป็นต้น

(2) วิธีการฟ้องร้องกล่าวหา (By way of action) หรือการควบคุมโดย  
 ตั้ง เป็นปัญหาหลัก (Review principaliter) เป็นวิธีการที่ใช้ตามรูปแบบดั้งเดิมของออสเตรเลีย  
 ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยการ เสนอปัญหาเข้ามาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา  
 วินิจฉัยในรูปแบบเฉพาะเจาะจง (Antrag) มิใช่กรณีที่มีคดีพิพาทธรรมดาเกิดขึ้น แต่ปัญหาที่  
 เสนอขึ้นมาให้พิจารณามีฐานะ เป็นปัญหาหลัก (Princial issue) มีความ เป็นเอกเทศแยกต่างหาก  
 จากคดีธรรมดา โดยไม่จำเป็นต้องเกิดคดีพิพาทหรือคดีธรรมดาของคู่กรณีผู้มีสิทธิ เริ่มการวินิจฉัย  
 สามารถ ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาได้โดยตรง และศาลรัฐธรรมนูญ  
 จะใช้อำนาจวินิจฉัยได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอให้พิจารณา<sup>12</sup>

ในระยะต่อ ๆ มาประเทศออสเตรเลียเองก็ได้เริ่มให้ศาลยุติธรรมเข้ามา  
 มีบทบาทเป็นผู้เริ่มการวินิจฉัย การเสนอปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่เกิดจากคดีธรรมดาจึงมี  
 มากขึ้น ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจอื่น ๆ ก็ใช้วิธีการ เสนอปัญหาโดยวิธีการฟ้องร้อง

<sup>12</sup> Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary world  
 (Newyork: The Bobbs - Merrill Company, INC, 1971), pp. 16 - 24.



กล่าวหาที่คล้ายคลึงกันนี้ เช่นประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศอิตาลี แม้จะมีศาลยุติธรรม เข้ามามีบทบาทเสนอปัญหาก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเองได้ จะต้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วิธีการเสนอปัญหาเช่นนี้จึงยังคงเป็นวิธีการ เสนอปัญหาโดยฟ้องร้องกล่าวหาเพราะศาลรัฐธรรมนูญยังคงต้องพิจารณาปัญหานี้ในฐานะที่เป็นปัญหาหลักนั่นเอง<sup>13</sup>

จ. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ : องค์กรควบคุม

องค์กรที่จะวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายหรือกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ แบ่งออกได้เป็น 2 องค์กร ดังนี้

(1) ศาลหรือฝ่ายตุลาการตามปกติ

ศาลเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอยู่แล้ว และทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ในทางกฎหมายอยู่แล้ว ศาลทั้งหลายจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหาในชั้นพิจารณาของศาลนั้น ๆ ในขณะนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ การให้ศาลวินิจฉัยอาจเรียกว่า เป็นการกระจายอำนาจก็ได้ เพราะอำนาจกระจายไปยังศาลทุกศาลสุดแต่จะเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาขึ้นในศาลใด เช่น ศาลคดีเด็กฯ ศาลแขวง ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษีอากร ศาลทหาร ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ฯลฯ ระบบนี้อาจเรียกได้หลายอย่าง เช่น ระบบอำนาจศาลทั่วไปหรือระบบคองเกรสที่เรียกว่าระบบอเมริกันเพราะระบบนี้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2346 (ค.ศ. 1803) ในคดีระหว่าง มาร์บิวรี และ แมดิสัน (Marbury V. Madison) และนับแต่นั้นเป็นต้นมา ศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาสามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลสหรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ อำนาจเช่นนี้กระจายไปสู่ศาลทั่วไปและเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการตามปกติ เช่น เกี่ยวกับการชี้ขาดข้อกฎหมายในคดีแพ่งและคดีอาญาอื่น ๆ แต่เมื่อคู่ความไม่พอใจคำชี้ขาดที่ย่อมอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้จนถึงศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งจะเป็นปรากฏการณ์สำคัญด้านสุดท้ายที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา<sup>14</sup>

<sup>13</sup> วิจิตรวาทกิจ พึงลัดดา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523, หน้า 140-141.

<sup>14</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 687-688.

## เหตุผล

1. ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมาย เพื่อที่จะนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่คดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้น ได้อย่างถูกต้อง
2. หลักคุณสมบัติอันดีที่ปรากฏอย่างชัดเจนแห่งหนึ่งในการตีความกฎหมายก็คือ เมื่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้นสองฉบับมีข้อความขัดแย้งกัน ผู้พิพากษาต้องใช้กฎหมายที่มีฐานะหรือค่าบังคับแก่คดีตามหลักกฎหมายสูงกว่ามาก่อนกฎหมายต่ำกว่า (Lex superior derogat legi inferiori) และรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา จึงต้องได้รับความเคารพและปฏิบัติตามจากประชาชนก่อนกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ
3. การพิจารณาความขัดแย้งระหว่างกฎหมายสองฉบับที่มีฐานะหรือค่าบังคับเท่าเทียมกัน ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงบรรทัดฐานตามประเพณีของหลักกฎหมายสองหลัก ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลัง ย่อมต้องนำมาพิจารณาก่อนกฎหมายที่มีอยู่เดิม (Lex posterior derogat legipriori) ซึ่ง เป็นการทำให้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนโดยปริยายและหลักกฎหมายพิเศษต้องนำมาพิจารณาก่อนกฎหมายทั่วไป ((Lex specialis derogat legi generali) กฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายที่มีข้อความใช้บังคับทั่วไปไม่จำกัดเวลา สถานที่ เรื่องราวหรือบุคคล ส่วนกฎหมายพิเศษเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยมีข้อความเฉพาะกาล สถานที่ เรื่องราวหรือเฉพาะบุคคล เมื่อกฎหมายทั้งสองฉบับแย้งกันขึ้น โดยกฎหมายที่บัญญัติภายหลังเป็นกฎหมายทั่วไป ก็ต้องถือหลักว่า กฎหมายที่บัญญัติภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปไม่ลบล้างกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นก่อน (Lex posterior generalis no derogat legi priorispecialis) เว้นแต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปจะมีข้อความแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์แจ้งชัดที่จะให้ยกเลิกกฎหมายพิเศษที่มีอยู่ก่อน และถ้ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนเป็นกฎหมายทั่วไป กฎหมายที่บัญญัติภายหลังเป็นกฎหมายพิเศษ ก็ต้องใช้หลักว่า กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนโดยปริยาย
4. ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมต้องตัดสินใจคดีที่มีการใช้กฎหมายธรรมดาขัดรัฐธรรมนูญโดยไม่เอาใจใส่หรือใช้กฎหมายธรรมดานั้น และจะต้องนำเอากฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแทน<sup>15</sup>

<sup>15</sup> วิจิตรา พึ่งลัดดา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, หน้า 82-83.

การกระจายอำนาจหรือการให้ศาลวินิจฉัย มีผลดี ดังนี้

1. เป็นความสะดวก ประหยัด และง่าย เพราะใช้องค์กรที่มีอยู่แล้ว คือศาลให้ทำหน้าที่โดยไม่ต้องตั้งองค์กรใหม่
2. ผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมีประสบการณ์ด้านคดีมาก การให้เหตุผลมีหลักเกณฑ์ทางวิชาการ เป็นที่น่าเชื่อถือว่าองค์กรอื่น
3. ระบบตุลาการมีความเป็นกลางและเป็นอิสระ มีหลักประกันการใช้ดุลพินิจอิสระในตัวเอง ปลอดภัยจากการแทรกแซงโดยองค์กรอื่น ๆ หรือนักการเมือง
4. การที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ มักเป็นประเด็นกล่าวอ้างหรือต่อสู้ในทางคดี เมื่อคดีไปสู่ศาล จึงควรให้วินิจฉัยไปพร้อมกันกับเนื้อหาคดีเดิมในชั้นศาล ไม่ต้องหยุดการพิจารณาและส่งเฉพาะประเด็นรัฐธรรมนูญไปให้องค์กรอื่น

อย่างไรก็ตาม มีผลเสียหรือข้อคัดค้านดังนี้

1. การให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้วินิจฉัย เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะเท่ากับ เปิดทางให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ
2. การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาการเมือง ไม่ใช่ปัญหากฎหมายธรรมดา หากยอมให้ศาลทำหน้าที่นี้ก็เท่ากับ เปิดทางให้ศาลเล่นการเมือง
3. ผู้พิพากษามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับการทำงาน เช่นนี้ เพราะในการวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต้องอาศัยความรู้ทางเศรษฐศาสตร์ การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและอื่น ๆ
4. การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไปทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ แต่ละศาลอาจตัดสินใจไม่เหมือนกัน ในระบบคอมมอนลอว์ อย่างสหรัฐอเมริกาพอแก้ปัญหานี้ได้ เพราะมีหลัก Stare Decisis ซึ่งหมายความว่าศาลล่างต้องถูกผูกมัดให้ตัดสินตามศาลสูง แต่ในประเทศไทยที่ใช้ประมวลกฎหมายคำพิพากษาของศาลสูงไม่อาจผูกมัดศาลล่างได้เสมอไป การกระจายอำนาจจึงทำให้ลักลั่นกันตามมาตรฐานได้ยาก<sup>16</sup>

<sup>16</sup> วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 690-691.

(2) การจัดตั้งองค์กรเดียวเป็นผู้วินิจฉัย

อำนาจควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญอาจให้อยู่ที่องค์กรเดียวซึ่งอาจเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีอยู่แล้วตามปกติ เช่น ศาลฎีกา (แทนที่จะเป็นศาลอื่น ๆ ทุกศาล) หรืออาจตั้งขึ้นใหม่ โดยเฉพาะเพื่อการนี้ก็ได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แม้ฝรั่งเศสจะ เริ่มต้นการตั้งองค์กรพิเศษเพื่อควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนชาติอื่น แต่ก็มีได้มีอิทธิพลโดยตรงต่อประเทศอื่น ๆ เท่าใดนัก เพราะลักษณะพิเศษของสภารัฐธรรมนูญซึ่งพัฒนามาจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่อาจนำไปให้เป็นแบบอย่างได้ ทั้งเป็นเรื่องของการควบคุมร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้มากกว่าการควบคุมกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว แต่ความเป็นมาขององค์กรดังกล่าวและการจัดระเบียบองค์กรให้เห็นว่าแยกจากศาลยุติธรรม เป็นที่พอใจของนักกฎหมายออสเตรียผู้หนึ่งชื่อ เคลเสน (Hans Kelsen) เป็นอย่างมาก เคลเสนไม่นิยมระบอบองค์กรทางการเมืองและการตั้งคณะกรรมการขึ้นวินิจฉัยอย่างของฝรั่งเศส เพราะเป็นการสร้างองค์กรขึ้น เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากเกินไปคือต้องการควบคุมอำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมาย เป็นสำคัญ แต่เคลเสนต้องการให้ระบบควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องมือคุ้มครองประชาชนให้รอดพ้นจากถูกบังคับใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ จึงเสนอให้ตั้งองค์กรพิเศษเป็นแบบศาล แต่ให้อำนาจรวมอยู่ที่ศาลเดียว มีความเป็นอิสระ มีหลักประกันการทำงานว่าจะไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง เป็นการนำเอาข้อดีของระบอบอเมริกันมาใช้ แต่บ้องกันมิให้เกิดผลเสียดังในระบบอเมริกัน เช่นมิใช่ผู้พิพากษามืออาชีพหากแต่ใช่ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย การเมืองและเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน และรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียวไม่กระจายไปยังหลายองค์กร รัฐธรรมนูญออสเตรีย พ.ศ. 2463 (ค.ศ. 1920) ยอมรับข้อเสนอนี้ และตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นครั้งแรกเรียกว่า "Verfassungsgerichtshof" และเป็นแบบอย่างให้กับหลายประเทศในเวลาต่อมา ระบบรวมอำนาจนี้บางครั้งเรียกว่าระบบออสเตรีย<sup>17</sup> หรือระบบรวมอำนาจวินิจฉัย

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 695.



ดังมีเหตุผลต่อไปนี้

1. เหตุผลจากรากฐานทางความคิด เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Conception of the Separation of Power) ระบบรวมอำนาจสามารถสะท้อนให้เห็น มโนทัศน์เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจพื้นฐานที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างผลอันไม่น่าพึงพอใจ ของการใช้ระบบกระจายอำนาจซึ่งกระทบกระเทือนต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประเทศที่ใช้ระบบ ประมวลกฎหมาย (Civil law) ซึ่งมีแนวโน้มอันมั่นคงยิ่งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและต่อ ความสูงสุดแห่งอำนาจอธิปไตย โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ใช้แทนประชาชนนั้น จึงได้ต่อต้านการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และยังมีการอ้างด้วยว่า การที่ศาลยุติธรรมประกาศว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดรัฐธรรมนูญ ทำให้ เป็นอัน เสียเปล่า นั้น เป็นการกระทำของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการ เมือง (Political act) จึงเป็นการก้าวล่วงอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ระบบรวมอำนาจจึงเกิดขึ้น โดยผลจากการปฏิเสธอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยปัญหา กฎหมายรัฐธรรมนูญและทำให้มีองค์กรพิเศษเข้ามาแก้ปัญหาดังกล่าวแทนศาลยุติธรรม
2. เหตุผลจากความล้มเหลวของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบ กระจายอำนาจ เนื่องจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของศาลยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงความ ชอบธรรมอันทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหลายฉบับ ได้ถูกประกาศว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ตรงกับความเป็นจริง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น เช่นนี้ เป็นจุด เริ่มต้น ให้ เกิดความต้องการที่จะสร้าง องค์กรพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของศาลยุติธรรม
3. เหตุผลจากการเกิดความผิดพลาดในการใช้หลัก Stare Decisis ของระบบกระจายอำนาจซึ่งโดยหลักของ Stare Decisis ศาลยุติธรรมอื่นจะต้องไม่นำกฎหมาย ที่ศาลยุติธรรมสูงสุดได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญมาพิจารณาในคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมนั้น แต่ตามที่ได้ ปฏิบัติจริงไม่ปรากฏว่า มีบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนในกฎหมายใดเลยที่ให้ผลของคำวินิจฉัยปัญหา กฎหมายรัฐธรรมนูญผูกพันคดีอื่นได้ เป็นการทั่วไป (Erga Omnes) หรือให้ประกาศตามแบบอย่าง เป็นทางการว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเป็นอัน เสียเปล่า จึงทำให้มีความคิดเห็นแตกต่างกันขึ้นใน กฎหมายฉบับเดียวกัน เช่น เมื่อมีปัญหาตามกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น ในคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมของ มลรัฐและศาลนั้น ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดรัฐธรรมนูญเป็นอัน เสียเปล่า แต่ด้วยการมีระบบ ให้ทฤษฎีภาคได้ คดีนี้จึงไปยังศาลยุติธรรมสูงสุด เมื่อศาลยุติธรรมสูงสุดพิจารณาแล้วก็อาจกลับ

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของรัฐที่พิจารณาตัดสินมาแล้วได้ คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของรัฐจึงอาจขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมสูงสุด ทำให้ประชาชนไม่สามารถแน่ใจได้ต่อคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมของรัฐ ด้วยเหตุนี้เองประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil law) จึงไม่ยอมรับหลัก Stare Decisis ที่อาจก่อความผิดพลาดและไม่แน่นอนและแม้ในประเทศที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญบางประเทศ ก็ได้พยายามแก้ไขปัญหาความผิดพลาดและไม่แน่นอนของการใช้หลัก Stare Decisis<sup>18</sup>

ระบบรวมอำนาจทำให้กระบวนการวินิจฉัยปัญหารัฐธรรมนูญเสียเวลา สิ้น เปลือง และผลของคำวินิจฉัยถูกมองว่าเป็นการประสานประโยชน์ทางการเมืองมากเกินไป บางครั้งก็ถูกหาว่าเป็นอำนาจอธิปไตยที่สี่ แยกจากนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ แต่ก็มีผลดีคือทำให้สถาบันตุลาการเด่นชัดขึ้นไม่มัวหมอง หรือถูกครหา ดังที่เคลเสนเคยให้เหตุผลไว้ ทั้งการตั้งองค์กรพิเศษก็เป็นการประนีประนอมประสานประโยชน์ทุกฝ่ายได้ดี คำวินิจฉัยก็มีเอกภาพไม่ลักลั่นกัน ส่วนข้อเสียนั้น นักกฎหมายที่เสนอระบบนี้ก็พยายามดัดแปลงแก้ไข เช่นข้อที่ว่าสิ้น เปลืองก็แก้โดยหาทางให้องค์กรใหม่ทำหน้าที่อื่นด้วย เช่นการวินิจฉัยปัญหาการเลือกตั้งและปัญหาการเมืองอื่น ๆ เป็นต้น<sup>19</sup>

#### ตุลาการรัฐธรรมนูญของไทย

##### ก. ความเป็นมาก่อนมีตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

หลังจากมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้ในระยแรก ยังไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของตุลาการรัฐธรรมนูญ ปัญหาว่าใครจะเป็นผู้ชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นโมฆะ จึงเป็นข้อสงสัยโดยไม่มีคำอธิบายโดยแจ่มชัด จนกระทั่งใน พ.ศ. 2488 ได้มีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 8 บัญญัติว่า การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ว่าในฐานะ

<sup>18</sup> วิจารณ์ พงษ์ลัดดา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, หน้า 85-86.

<sup>19</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 694-695.

เป็นตำรวจหรือผู้สมรู้ตามบทบัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรสงคราม และผู้กระทำ เป็นอาชญากรสงครามทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้

1. ทำการติดต่อวางแผนการศึกษาเพื่อทำสงครามรุกราน หรือ กระทำการโดยสมัครใจเข้าร่วมสงครามรุกราน หรือ โฆษณาชักชวนให้บุคคลเห็นดีเห็นชอบใน การกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน
2. ละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีในการทำสงคราม คือปฏิบัติ ไม่ชอบทำต่อทหารที่ตก เป็นเชลย จัดส่งพลเรือนไปเป็นทหาร ข้าราชการที่ถูกจับ เป็นตัวประกัน ทำลายบ้าน เมือง โดยไม่จำเป็นสำหรับการทหาร
3. กระทำการละเมิดต่อมนุษยธรรม คือกดขี่ข่มเหงในทางการ เมือง ทางเศรษฐกิจ หรือทางศาสนา
4. กระทำโดยสมัครใจเข้าร่วมมือกับผู้ทำสงครามรุกราน คือชี้ ลู่ทางให้ ทำการยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรมหรือสืบ หรือให้ความลับ หรือให้ความรู้อัน เป็นอุปการะแก่การทำสงครามของผู้ทำสงครามรุกราน

เมื่อได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามแล้ว ได้มีการจับกุมบุคคลหลายคน และฟ้องให้ลงโทษตามกฎหมายนี้ และผลของการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ มีว่าศาลฎีกาได้ ตัดสินว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อน วันใช้กฎหมายนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นโมฆะ เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 มีว่าแม้รัฐธรรมนูญมิได้กล่าวว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจแสดงว่า กฎหมายอันขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้แต่ศาลฎีกาเห็นว่า ศาลมีอำนาจดังกล่าว เหตุผล 3 ประการ

ประการที่หนึ่ง ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ฉะนั้นการที่จะดูว่าอะไร เป็นกฎหมายที่ใช้ได้ หรือไม่ยอม เป็นอำนาจของศาล เพราะถ้าศาลไม่มีอำนาจ ศาลก็ย่อมไม่รู้ว่า อะไร เป็นกฎหมาย หรือไม่เป็นและศาลจะดำ เนินการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายได้อย่างไร

ประการที่สอง การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญของเรา แบ่งอำนาจเป็นสามประเภท คือ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ แต่ละอำนาจย่อมมีอำนาจยับยั้งและกำกับควบคุมกันอยู่ ซึ่งเป็นหลักประกันในความมั่นคง เพื่อสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจนิติบัญญัติ ออกกฎหมายมาแล้ว ศาลซึ่งมีอำนาจทางฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติ ไม่ว่าศาลจะเห็นว่ากฎหมายนั้น สมควรหรือไม่ก็ตาม แต่ในขณะเดียวกันถ้าสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องกับรัฐธรรมนูญ หรือขัดรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้

ประการสุดท้าย คือจำเป็นจะต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือไม่ มีฉะนั้นข้อที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนี้จะไม่เป็นผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎร ออกมาเอง จะกลับไปในสภาผู้แทนราษฎรที่ชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายหรือไม่อย่างไรได้ จะว่าทาง ฝ่ายบริหารมีอำนาจชี้ขาดก็ไม่ได้เพราะการชี้ขาดกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร เช่นนี้ ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมของศาลเป็นที่ตั้งและก็ เมื่อมี บทกฎหมายอันออกมาดี เสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่นนี้จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงเพื่อความ ยุติธรรมแก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องหรือ แม้ศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

อาศัยเหตุผลได้ดังกล่าวมาแล้ว ศาลฎีกาจึงได้พร้อมกันพิพากษาชี้ขาดว่า พระราชบัญญัติ อาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนใช้พระราชบัญญัติขัดต่อ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 14 และเป็นโมฆะ ตามมาตรา 61 การกระทำ ที่โจทก์ฟ้องจำเลยในคดีนี้เป็นการกระทำก่อนวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2488 อันเป็นวันใช้ พระราชบัญญัตินี้ทั้งสิ้น และจำเลยจะมีความผิดตามกฎหมายอื่นใดบ้างหรือไม่สำคัญสำหรับคดีนี้ เพราะคดีนี้โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เท่านั้น เมื่อบทบัญญัติอันโจทก์ฟ้องขอให้เอาผิดกับจำเลยเป็นโมฆะเสียแล้วก็ไม่มีทางที่จะลงโทษจำเลยได้ จึงให้ยกฟ้องของโจทก์เสีย ปล่อยตัวจำเลยพ้นข้อหาไป

คำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีอาชญากรรมสงคราม ได้ก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในหมู่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในยุคนั้น ต่างพากันเห็นว่าการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร เป็นโมฆะนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและเป็นการล่วงล้ำหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีหน้าที่ว่าควรให้มีกฎหมายหรือไม่ จึงได้มีสมาชิกท่านหนึ่ง (นายกิจจา วัฒนสินธ์) เสนอญัตติให้สภาตีความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 และมาตรา 62 เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2489 ญัตตินี้มีข้อความว่า

เนื่องด้วยศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามเมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2489 ซึ่งก่อให้เกิดความสนเท่ห์แก่ประชาชนทั่วไปว่า ศาลได้ก้าวล่วงเข้ามาในวงเขตอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร คำพิพากษาลับลับนั้นนับ เป็นฉบับแรกที่มีปัญหาพาดพิงมาถึงอำนาจสภาฯ จึงใคร่ขอประทานอนุญาตให้นำเข้าสู่ที่ประชุมสภาฯ พิจารณาตีความแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อถือ เป็นบันทึกฐานและตัดปัญหายุ่งยากที่จะมีขึ้นในโอกาสต่อไปคือ

(1) มาตรา 61 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ" ปัญหาที่ว่า ศาลจะมีอำนาจวินิจฉัยความสมบูรณ์ของกฎหมายได้เพียงไร หรือไม่?

(2) มาตรา 62 ที่บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ จะเป็นการตัดอำนาจไม่ให้ศาลตีความด้วยหรือไม่?

นายกิจจา วัฒนสินธ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดฉะเชิงเทรา ได้แถลงว่า

การที่ข้าพเจ้าเสนอญัตติให้ตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 62 ขึ้นมานี้ ใคร่จะขอประทานเรียนให้ทราบทั่วว่า เนื่องจากศาลฎีกาได้พิจารณาพิพากษาคดีอาชญากรรมสงคราม เมื่อวันที่ 23 เดือนก่อนโดยมีความเห็น 2 ประการ คือ ประการที่ 1 ก็อ้างว่ากฎหมายอาชญากรรมสงคราม ซึ่งมีบทบัญญัติให้บังคับย้อนหลังก่อนวันใช้พระราชบัญญัตินั้น เป็นโมฆะ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 และ 61 ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งศาลฎีกาอ้างว่าการตีความหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 นั้น ไม่เป็นการตัดอำนาจศาลฎีกาไม่ให้ตีความด้วย นี่เป็นปัญหาที่ข้าพเจ้าข้องใจ เพราะเหตุว่าการที่ศาลฎีกาวินิจฉัย เช่นนี้มันมีข้อพาดพิงมาถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ในระบอบการปกครองประชาธิปไตยย่อมเป็นที่ทราบอยู่แล้วว่าระเบียบการแบ่งแยกอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ เป็นสิ่งที่จำเป็นและจะหลีกเลี่ยงไม่ได้ ถ้าหากว่าอำนาจทั้งสามนี้ไปรวมกัน เข้าเมื่อใดแล้ว ก็จะทำให้เกิดมีการเสวยอำนาจหรือที่เรียกว่า เมาอำนาจ การใช้อำนาจโดยที่ว่ามีอำนาจเต็มทีนั้นก็ใช้โดยปราศจากขอบเขต เป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร และกระทบกระเทือนถึงความมั่นคงของการปกครองระบอบประชาธิปไตย โดยเหตุนี้ข้าพเจ้าจึงถือว่าคำพิพากษาศาลฎีกาลับลับนี้มีผลเท่ากับเป็นการ เข้ายำอำนาจอธิปไตยให้สิ้นคลอนและทั้งมีผล

กระทบกระเทือนถึงการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ การที่ข้าพเจ้าเสนอญัตตินี้ไม่ใช่จะมีเจตนา  
 อาฆาตมาดร้ายต่อจำเลยในคดีอาชญากรเป็นส่วนตัวมิได้ ข้าพเจ้าเสนอด้วยความบริสุทธิ์ใจ  
 และการที่จะกล่าวต่อไปนี้ ถึงแม้ว่าจะมีข้อความบางตอนที่จำเป็นจะต้องเอาคำพิพากษามาอ้าง  
 ก็ขอได้โปรดถือว่าเป็นคำกล่าวประกอบประเด็นในญัตติที่เสนอมา มิใช่จะมาตีชมหรือวิจารณ์  
 คำพิพากษาของศาลฎีกาหามิได้ ข้าพเจ้าเป็นนักนิติศาสตร์ย่อมเคารพคำพิพากษาของศาล แต่  
 ที่เสนอขึ้นมานี้ก็ด้วยความจำเป็นเพื่อความมั่นคงของการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญดังได้เรียน  
 มาแล้วนั้น

ระเบียบการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร  
 อำนาจตุลาการ เราได้จัดอำนาจนี้ออกไปแล้วเราก็ยังได้แบ่งสรรบุคคลนี้ออกเป็นหมู่ต่างคณะกัน  
 ทั้งนี้เพื่อเป็นการถ่วงและให้มีการต่อต้านซึ่งขวางไม่ให้อำนาจหนึ่งเหนืออำนาจหนึ่ง ทั้งนี้เพราะ  
 เหตุว่าจะมีอำนาจใดมีอิทธิพลและมามีอำนาจเหนืออำนาจใดก็ทำให้มีการเหลื่อมล้ำต่อสิทธิ เสรีภาพ  
 ของราษฎรซึ่งไม่เป็นที่พึงปรารถนาของการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญ

มีข้อความตอนหนึ่งที่ศาลฎีกาได้กล่าวถึงเข้ามาในวงเขตอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นประเด็นที่  
 ข้าพเจ้าเสนอญัตตินี้ก็คือ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า กฎหมายคดีอาชญากรสงครามซึ่งเป็นผลบังคับ  
 ย้อนหลังก่อนวันใช้พระราชบัญญัติเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 นั้น ศาลฎีกา  
 อ้างว่าโดยที่ศาลฎีกามีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามความในมาตรา 58 และ  
 มาตรา 60 ฉะนั้น ศาลฎีกาจึงชอบที่จะวินิจฉัยว่า กฎหมายที่ออกมาใช้บังคับราชฎานั้นใช้ได้  
 หรือไม่ และนอกจากนั้นยังอ้างประกอบว่า โดยที่ศาลมีอำนาจในทางตุลาการ คือมีอำนาจ  
 อิสระในการพิจารณาพิพากษาก็ดีก็ย่อมมีอำนาจที่จะตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ด้วย เพราะ  
 ถ้าไม่ให้ศาลตีความแล้วจะให้ผู้ใดตีความ จะให้ฝ่ายอำนาจบริหารตีความหรืออำนาจบริหาร  
 ไม่ใช่ตุลาการจะให้ฝ่ายสภาฯ เป็นผู้ออกกฎหมาย สภาฯ จะไปบอกว่าการกฎหมายที่ตนออกนั้น  
 ไม่ดีอย่างไรเล่า เพราะฉะนั้นศาลฎีกาเห็นว่าอำนาจการตีความนั้นย่อมอยู่แก่ศาลแม้จะมีบทบัญญัติ  
 บัญญัติไว้ในมาตรา 62 ว่า สิทธิในการตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิเด็ดขาดก็ตาม  
 แต่ศาลฎีกาเห็นว่าไม่เป็นการตัดอำนาจศาลฎีกาที่จะตีความในกฎหมายนี้ด้วย รัฐธรรมนูญมาตรา  
 14 ได้บัญญัติถึงเสรีภาพของบุคคลว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมายบุคคลย่อมมีเสรีภาพในร่างกาย  
 เคหสถาน ทรัพย์สินอะไรต่าง ๆ และในที่สุดศาลได้ตีความว่า รัฐธรรมนูญมาตรา 14 นี้  
 ยังหมายถึงเสรีภาพในการกระทำด้วยคำว่า การกระทำนี้ถ้าเปิดกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่มี  
 ข้อความใดบัญญัติไว้เลยแต่ตัวเดียว แต่ศาลฎีกาเห็นว่าโดยที่บุคคลมีเสรีภาพบริบูรณ์นี้เอง  
 ย่อมมีเสรีภาพในการกระทำด้วย ถ้าหากว่าศาลจะตีความ เช่นนี้แล้วข้าพเจ้าเห็นว่าเป็นการแก้ไข  
 รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการผิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 63 ซึ่งในกรณีแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่  
 เป็นการกระทำเป็นของธรรมดา แต่จะต้องมีพิธีตรองเป็นพิเศษ เพราะฉะนั้นการตีความของ  
 ศาลฎีกาจะทำให้เสียความ เช่นนี้ ข้าพเจ้าเห็นว่าเป็นการก้าวล่วงเข้ามาในอำนาจนิติบัญญัติ  
 ซึ่งเป็นของสภาผู้แทนราษฎรต่อไป ถ้าหากปล่อยให้ศาลตีความได้เช่นนี้แล้ว วันหนึ่งข้างหน้า  
 รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะต้องเป็นโมฆะ ใช้ไม่ได้ เพราะเป็นการตัดเสรีภาพของบุคคล แล้วจะว่า  
 อย่างไร นี่เป็นการกระทบในทางอำนาจนิติบัญญัติเป็นการสมควรที่จะได้พิจารณากันให้ถ่องแท้ว่า  
 การที่ศาลตีความ เช่นนั้นมีอำนาจตีความได้เพียงไร ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าศาลไม่ควรตีความให้

นอกเหนือไปจากนั้น เพราะรัฐธรรมนูญไม่ใช่เป็นกฎหมายธรรมดา เป็นกฎหมายพิเศษ เป็นกฎหมายสูงสุด เป็นกฎหมายที่วางรากโครงของรัฐ เพราะฉะนั้นการกระทำใด ๆ อันกระทบกระทั่งถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น เราก็ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษ โดยเฉพาะการแก้ไข จะต้องทำจากรัฐบาลหรือจากสมาชิกมีจำนวนหนึ่งในสี่และลงมติไว้ แล้วจะต้องรอไว้หนึ่งเดือนอะไรต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเรื่องพิเศษมากมายหลายประการ และการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 62 นั้น ก็เป็นการเน้นให้เห็นว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญนี้เป็นกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ จะมาตีความเล่นสนุก ๆ ตามชอบใจไม่ได้ จึงสงวนสิทธิไว้ให้สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้นในฐานะที่เป็นผู้คลอตกกฎหมายนี้ออกมา เป็นผู้เขียนและร่างกฎหมายนี้ออกมา ใครจะรู้ดีเท่าอำนาจนิติบัญญัติหาได้ไม่ เพราะฉะนั้นกฎหมายจึงได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้เป็นพิเศษ และนอกจากนั้น ข้าพเจ้ามีความเห็นว่า การตีความหมายรัฐธรรมนูญนั้น ถ้าปล่อยให้ศาลตีความแล้ว ศาลนั้นย่อมเป็นคณะบุคคลที่ประกอบขึ้นเพียงสองถึงสามหรือสี่ถึงห้าคน ความคิดเห็นของบุคคลย่อมมีโอกาสที่จะผิดพลาดได้ แต่การตีความในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสงวนไว้ให้แก่สภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นองค์การใหญ่และเป็นบุคคลที่ราษฎรได้มอบความไว้นับถือ เชื่อใจแล้วว่า เป็นบุคคลที่ดูแลทุกขุสข เป็นปากเสียงแทนตนได้ เพราะฉะนั้นหลักประกันนี้ก็ทำให้การตีความในกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นไม่เป็นไปตามอำเภอใจ และกระทบกระเทือนเสรีภาพของราษฎร นอกจากนี้ในการพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญ เราก็ต้องประกอบด้วยบุคคลที่มีคุณวุฒิและมีความรู้พิเศษมานั่งพิจารณาร่วมกัน เพราะฉะนั้นในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในการพิจารณาก็ย่อมมีความรอบคอบกว่าศาล เพราะฉะนั้นข้าพเจ้าจึงยืนยัน ว่าการตีความในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเป็นอำนาจของสภาฯ เท่านั้น ผู้ใดจะตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ได้

การที่ข้าพเจ้า เสนอญัตติขึ้นมานั้น เจตนา ก็มี เพียง เพื่อความละเอียดและความบริสุทธิ์ ผุดผ่องของการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญและความมั่นคงสถาพรของระบอบประชาธิปไตย สิ่งใดที่ยังคลุมเครือหรือสงสัยอยู่ เราควรจะขจัดปิดเป่าให้หมดสิ้น เพราะเหตุว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยเราต้องเปิดเผยไม่มีอะไรลึกลับและทั้งข้อสงสัยไว้ในเบื้องหลัง ข้าพเจ้าเจตนาในการที่จะมาเสนอญัตติ เพื่อแสดงถึงอำนาจนิติบัญญัติที่มีอำนาจเหนือกว่าอำนาจอื่น เพื่อจะมาถึงปฏิรูปหรือเป็นการแบ่งอำนาจของนิติบัญญัติ ข้าพเจ้าไม่มีความประสงค์เช่นนั้น แต่มีความประสงค์ก็เพื่อจะมาร่วมมือกันในการที่จะพิจารณากิจการให้เป็นประโยชน์อย่างดีที่สุดแก่ประชาชนพลเมือง ความมุ่งหมายของข้าพเจ้ามีเท่านั้น มิฉะนั้นแล้วระเบียบการแบ่งแยกอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ที่จะให้องค์คณะหรือต่างหนุ่ต่างคณะใช้นั้น ก็ย่อมไม่มีหลักประกัน เพราะถ้าหากว่าปล่อยให้อำนาจหนึ่งมามีอิทธิพลเหนืออำนาจหนึ่งก็จะทำให้ประชาธิปไตยเราสิ้นสะเทือน เพราะฉะนั้นข้าพเจ้า เสนอมาก็ เพื่อให้ระเบียบการแบ่งแยกอำนาจนั้นมีผลจริงจัง มิใช่ปรากฏแต่ตัวหนังสือที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญ เท่านั้น

นายปรีดี พนมยงค์ นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้กล่าวว่า

เรื่องการตีความในรัฐธรรมนูญนี้ ถ้าหากว่าเราจะพูดกันไปให้ละเอียดแล้ว ก็มีเหตุผลด้วยกันหลายฝ่าย ข้าพเจ้าเห็นว่าเรื่องที่น่าที่จะตั้งกรรมาธิการวิสามัญของสภาฯ ไปพิจารณาทำรายงานมาให้สภาฯ วินิจฉัยในภายหลัง จะเป็นการสมควรกว่า อันที่จริงรัฐธรรมนูญฉบับที่สภาฯ รับหลักการไปแล้วกำลังร่างอยู่ทุกวันนี้ ก็ดูเหมือนได้มีร่างมาตราหนึ่งแล้วว่าต่อไปนั้นจะมีตุลาการรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่ได้ประกาศไว้แล้ว ปัญหาต่าง ๆ ที่ท่านกล่าวถึงก็คงจะหมดไปได้ด้วยวิธีตีความโดยตุลาการรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญ แต่เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ท่านเสนอมาในขณะที่เรากำลังใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอยู่ ข้าพเจ้าจึงควรเห็นว่าที่จะตั้งกรรมาธิการวิสามัญไปพิจารณาสอบสวนแล้วรายงานมายังสภาฯ และขอกล่าวด้วยว่ากรรมาธิการวิสามัญนั้นไม่ควรจะใช้ตุลาการหรือใช้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ถ้าเราได้คนกลางจริง ๆ เราก็จะได้ความเห็นที่ถูกต้อง ถ้าหากว่าสภาฯ เห็นชอบด้วยในการที่จะให้ตั้งกรรมาธิการวิสามัญแล้ว ข้าพเจ้าก็อยากจะเสนอว่าเป็นอดีตรัฐมนตรีหรือธรรมทุกท่าน และท่านอธิบดีประธานศาลฎีกาทุกท่านนั้นควรจะได้รับแต่งตั้งจากสภาฯ เพื่อพิจารณา แล้วจะได้อธิบายเรื่องมายังสภาผู้แทนราษฎร เมื่อเช่นนี้เราจะได้รับความเห็นจากท่านผู้หลักผู้ใหญ่มาเพื่อพิจารณา ถ้าให้สภาฯ เราเข้าไปร่วมด้วยหรือศาลเข้าไปร่วมด้วยแล้ว ความเห็นก็จะหนักไปทางโน้นหนักไปทางนี้ เพราะฉะนั้น ขอเสนอว่าให้ตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญของสภาผู้แทนราษฎรไปพิจารณาสอบสวนแล้วรายงานมายังสภาผู้แทนราษฎรก่อน ...<sup>20</sup>

ในที่สุดจึงมีการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่งมี 7 คน เพื่อพิจารณาญัตติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยความสมบูรณ์ของพระราชบัญญัติหรือไม่ คณะกรรมาธิการมีความเห็นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม พ.ศ. 2489 ว่า เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและที่มาของมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่า อำนาจการตีความรัฐธรรมนูญสูงสุดอยู่ที่สภาผู้แทนราษฎร ศาลจะอ้างอำนาจอื่นใดมาได้แย้งไม่ได้สภาผู้แทนราษฎรลงมติรับรองรายงานของคณะกรรมาธิการ ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาก็ถือว่าแล้วกันไป แต่สภาต้องหาทางป้องกันมิให้เกิดปัญหาขึ้นอีก

คำพิพากษาศาลฎีกาและรายงานของคณะกรรมาธิการดังกล่าว เป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้เกิดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่อำนาจศาล เพื่อขจัดข้อขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมา

<sup>20</sup> รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 20/2489 (สามัญ) สมัยที่ 2 ชุดที่ 4 วันจันทร์ที่ 8 เมษายน 2489.



ข. ตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ซึ่งเป็นฉบับแรกที่มีบทบัญญัติแจ้งชัดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอันเป็นองค์กรทางการเมืองมีอำนาจวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ<sup>21</sup> การเริ่มมีองค์กรเดียวคือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย เช่นนี้ เป็นการเริ่มต้นระบบการควบคุมที่คล้ายระบบรวมอำนาจ และสืบต่อมาในรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 รวมทั้งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย โดยฉบับหลัง ๆ ได้มีบัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนขององค์กรมากขึ้น

อนึ่ง รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 เป็นฉบับที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งรวมถึงประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 21 และ 43 ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นก็ได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางมาก่อนแล้วว่าสมควรจะให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นใด เป็นผู้วินิจฉัย สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่ง เห็นว่าควรให้ศาลซึ่งจะเป็นกลางกว่ามา เป็นผู้วินิจฉัย โดยยกข้อดีของระบบกระจายอำนาจในแนวทางเดียวกับที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นมาสนับสนุนความเห็น แต่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกฝ่ายหนึ่งได้อภิปรายโต้แย้งโดยยกเอาผลเสียของระบบกระจายอำนาจมาอภิปรายและสนับสนุนระบบรวมอำนาจซึ่งในที่สุดสภาร่างรัฐธรรมนูญก็เห็นด้วยกับการให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดตาม เหตุผลของสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญสองท่านที่อภิปราย เรื่องนี้อย่างมีน้ำหนักที่สุดคือ

<sup>21</sup> มาตรา 87 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น เป็นอันใช้บังคับมิได้

มาตรา 88 ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้น ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งให้ศาลทราบ

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือ เป็นเด็ดขาด และให้ศาลปฏิบัติตามนั้น

ศาสตราจารย์ ประยูร กาญจนดุล ได้อภิปรายตอนหนึ่งว่า

ประการแรกก็ถือว่า ในหลักการที่สภานี้ได้ลงมติไปในหลักการสำคัญแล้วว่า การใช้อำนาจอธิปไตยนั้นได้แยกใช้ เป็นสามทางคือ พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารทางรัฐบาลและพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการทางศาล การใช้อำนาจออกกฎหมายนั้น เป็น เรื่องของการใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งรัฐสภา เป็นผู้มีความสำคัญในการที่จะพิจารณาออกพระราชบัญญัติไป ถ้าหากว่าให้ศาลซึ่ง เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการมาวินิจฉัยได้ว่า พระราชบัญญัติซึ่งออกไปโดยความยินยอม เห็นชอบของรัฐสภานั้น เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับให้อำนาจศาลมาวินิจฉัยการกระทำของรัฐสภาให้อำนาจศาลที่จะมาลงมติของรัฐสภา ซึ่งออกไปเป็นรูปพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็น เรื่องสำคัญ เท่ากับ เป็นการลบล้างหรือทำให้พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นมติของผู้แทนประชาชนทั้งชาติที่รวมกันอยู่ในรัฐสภานั้น ไร้ผลไป ถ้าอย่างนี้ก็ เห็นได้ชัดว่าเป็นการก้าวก่ายในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ฝ่าย เป็นตุลาการมีหน้าที่แต่เพียงในการที่จะใช้อำนาจตุลาการ คือ อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีไปตามบทกฎหมายชุดอีกอย่างหนึ่งคือว่า ศาลก็มีหน้าที่ที่จะใช้บังคับกฎหมายเหมือนกันคือ มีหน้าที่ในทางที่จะตีความและพิจารณากฎหมาย เพื่อใช้บังคับแก่คดีซึ่งได้มาสู่ศาล ไม่ใช่หน้าที่ไปพิจารณาตัวพระราชบัญญัติหรือตัวกฎหมายว่าจะถูกต้องหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าให้ทำเช่นนั้นได้ก็ เท่ากับว่าให้ศาล ซึ่งโดยมากถ้าหากว่าจะตีความนั้นก็ไปถึงศาลสูงสุดคือศาลฎีกา ซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ใช้บังคับอะไรต่าง ๆ นี้ ศาลฎีกาก็ประกอบด้วยบุคคลเพียงไม่กี่สิบคนจะมาวินิจฉัยการกระทำของรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยบุคคลเป็นอันมากและ เป็นผู้แทนของประชาชนทั้งชาตินั้น จะมาลงมติกัน เช่นนั้นก็เห็นว่าไม่เป็นการเหมาะสมและไม่เป็นการสมควรอย่างยิ่ง เพราะฉะนั้น เห็นว่าไม่ควรที่จะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเป็นการก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติ ดังได้กล่าวมาแล้ว เหตุผลอีกประการหนึ่งก็คือว่าการที่จะออกกฎหมาย เป็นรูปพระราชบัญญัติใช้บังคับได้นั้นได้ผ่านการควบคุมมาหลายชั้น ในชั้นสภานั้นซึ่งตามมติที่สภานี้ได้ลงมติไปแล้วก็มีถึง 2 สภา จะใคร่ตรง มีการใคร่ตรงกัน เป็นชั้น ๆ แล้ว เมื่อผ่านสภาที่หนึ่งแล้วร่างกฎหมายนั้นจะต้องผ่านสภาที่สอง ซึ่งถ้าหากเห็นว่าไม่ถูกต้องหรือจะขัดต่อรัฐธรรมนูญก็อาจจะยับยั้งได้ส่งมาให้พิจารณาใหม่หรือพิจารณาร่วมกัน ทั้งนี้แม้เมื่อจะผ่านสภาทั้งสองชั้นนี้ไปแล้ว ก็ยังมีการควบคุมในชั้นเหนือขึ้นไป โดยประมุขแห่งรัฐซึ่งโดยทางคำแนะนำของฝ่ายรัฐบาลหรือทางฝ่ายบริหารนั้นก็อาจจะยับยั้งไม่ประกาศใช้กฎหมายนั้นได้อีกชั้นหนึ่ง เป็นการกระทำที่ผ่านการควบคุมกันมาดังหลายชั้น เช่นนี้ กว่าจะออกกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้ แต่เหตุใดจึงจะตกไปหรือไม่มีผลไปโดยคำชี้ขาดของศาลซึ่งเป็นฝ่ายเดียว เป็นผู้มีส่วนในการใช้อำนาจตุลาการโดยเฉพาะ ไม่ได้มีส่วนในการใช้อำนาจนิติบัญญัติด้วย เพราะฉะนั้นกระผม เห็นว่าไม่เป็นการสมควรที่จะให้ศาลวินิจฉัยในปัญหาเรื่องนี้และควรมีตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้วินิจฉัย

ส่วนนายบุญ บริสุทธิ์ สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกผู้หนึ่ง ได้อภิปราย

ตามหัวข้อระเบียบวาระที่ว่า เมื่อศาลเห็นว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญจะให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดหรือจะให้กรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดนี้ กระผมมีความเห็นกับท่านสมาชิกที่เห็นว่า ควรให้คณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด กระผมจะไม่กล่าวยาวความ คือว่าจะสรุปสั้น ๆ อำนาจในการออกกฎหมายนี้สภาเป็นผู้ออกกฎหมาย อนุมัติให้ใช้กฎหมายก่อนที่จะออกไป สมาชิกสภาซึ่งมีจำนวนนับเป็นร้อย ๆ ก็ต้องได้พิจารณาแล้วว่ากฎหมายที่ออกไปนี้จะต้องใช้ได้ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและมีเหตุผลด้วยประการทั้งปวง พอมีคดีขึ้นไปถึงศาล ศาลก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ศาลอาจจะวินิจฉัยว่า กฎหมายที่สภาออกไปนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว ความจริงศาลนั้นก็ยังมีจำนวนไม่กี่คน เมื่อความเห็นทั้งสองฝ่ายเกิดขัดแย้งกัน เช่นนี้ ถ้าเราจะให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดไปแล้ว ขัดต่อรัฐธรรมนูญใช้ไม่ได้ที่สภาออกไปนี้ กระผมเห็นว่าน่าจะจะไม่สมควร เมื่อความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสองฝ่ายเกิดขัดแย้งกัน เช่นนี้ กระผมเห็นว่าควรจะมีคนกลางที่จะได้ชี้ขาดว่าความเห็นของฝ่ายไหนเป็นความเห็นที่ถูกต้องและผู้ที่ชี้ขาดนั้นก็คือตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเราอาจจะตั้งผู้ทรงคุณวุฒิหรืออะไร แม้แต่ประธานศาลฎีกาเองก็เคยเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การวินิจฉัยได้เป็นไปโดยรอบคอบว่าการนั้นถูกต้องของฝ่ายไหน แทนที่จะให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งชี้ขาดด้วยความเห็นของฝ่ายนั้นเองว่าเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ กระผมเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่รอบคอบและเท่าที่รัฐธรรมนูญของเราในสมัยแรก จริงอยู่ไม่มีบทบัญญัติเรื่องตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ว่ามาในสมัยหลังนี้ได้มีบัญญัติเพิ่มขึ้นก็เพื่อจะให้การวินิจฉัยเรื่องนี้ได้เป็นไปโดยรอบคอบนั้นเอง เพราะฉะนั้นกระผมจึงเห็นว่าจะมีตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด<sup>22</sup>

อันที่จริงแล้ว จะว่าประเทศไทยใช้ระบบรวมอำนาจในความหมายที่ว่า เป็นการมอบอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตัดอำนาจศาลเสียเลยก็เห็นจะไม่ถูกนัก เพราะแม้จะมีตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่โดยกลไกที่ใช้ในประเทศไทยนับแต่เริ่มมีตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2489 เป็นต้นมาก็คือ การให้ศาลมีอำนาจออกความเห็นก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่ขัดก็ชอบที่จะพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปตามปกติ ผู้ใดจะส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้หรือตุลาการรัฐธรรมนูญจะหยิบยกขึ้นวินิจฉัยเองไม่ได้ เท่ากับ เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยเบื้องต้นได้ขึ้นหนึ่งก่อนและความเห็นของศาล

<sup>22</sup> รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ (ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ) ครั้งที่ 36 วันพฤหัสบดีที่ 27 มิถุนายน 2506.

ที่ว่ากฎหมายไม่ขัดรัฐธรรมนูญ หากฎีกาขึ้นไปจนศาลฎีกาก็มีความเห็น เช่นนั้นก็ถือว่าเป็นความเห็นอันถึงที่สุด ต่อเมื่อศาลใดศาลหนึ่งหรือแม้แต่ศาลชั้นต้นมีความเห็นว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ความเห็นจึงจะไม่ถึงที่สุดจะต้อง เสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดโดยไม่ต้องฟังความเห็นของศาลสูงเสียก่อน ดังเห็นได้จากรูปเรื่องตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513 ซึ่งเมื่อศาลแขวงอุบลราชธานี เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติขัดต่อรัฐธรรมนูญก็สามารถส่งความเห็นตามทางการผ่านปลัดกระทรวงยุติธรรมไปถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ทันที การควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแบบรวมอำนาจ จึงมีลักษณะผสมระหว่างกระจายอำนาจและรวมอำนาจอยู่บ้าง หรืออีกนัยหนึ่ง ก็คือให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการตามปกติเป็นผู้วินิจฉัยยกขึ้นกรอง เสียชั้นหนึ่งก่อน แล้วจึง เสนอ เรื่องให้องค์กรพิเศษวินิจฉัยอีกชั้นหนึ่ง ประเทศไทยใช้กระบวนการ เช่นนี้มาโดยตลอด ในกรณีที่มีตุลาการรัฐธรรมนูญนับแต่ เริ่มมีตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกนับแต่ปี 2489 เป็นต้นมา จะมีเปลี่ยนแปลงไปบ้างก็แต่เพียงบุคคลที่ประกอบกันขึ้น เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ เท่านั้น ซึ่งอันที่จริงก็มีความสำคัญไม่น้อยที่อาจเปลี่ยนแปลงไปบ้างตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ แต่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญได้ หากแต่บัญญัติไว้ว่ากฎหมายจะขัดรัฐธรรมนูญมิได้ และเมื่อมีการกล่าวหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก็ต้องมีการวินิจฉัยอยู่ที่ในที่สุด ซึ่งศาลในกระบวนการยุติธรรมปกติมักอาศัย เหตุผลทำนองเดียวกับให้คำวินิจฉัยคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 วินิจฉัยว่า ศาลย่อมมีอำนาจเสนอเพราะฉะนั้นในทางสมัยต่อมา เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงองค์กรพิเศษนี้ ศาลก็จะใช้อำนาจวินิจฉัยเสมอมา เช่น

คำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489

รัฐธรรมนูญตามมาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิ์เด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เป็นข้อบัญญัติต่อดำนาจศาลที่จะตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจึงมีอำนาจตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

ในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความหมายของกฎหมาย หากไม่ให้ศาลแปล ศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้

รัฐธรรมนูญมาตรา 14 มีข้อความรับรองถึง เสรีภาพของบุคคลในการต่าง ๆ ดังระบุไว้ นั้นมีความหมายรับรองถึง เสรีภาพในการกระทำด้วย

คำว่ามี เสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 14 นั้นมีความหมายว่าไม่ให้ใครมาทำอะไรแก่เราและหมายถึง เราจะทำอะไรก็ได้ด้วย หากการนั้นอยู่ภายในบังคับของกฎหมาย

คำว่า ภายในบังคับแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 14 นั้นหมายถึงว่าไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยตรงหรือโดยอ้อม และหมายถึง บทกฎหมายที่มีอยู่ในเวลานั้น ไม่ใช่หมายถึงบทกฎหมายที่จะมีมาภายหลัง

กฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำ การเขียน การพูด ฯลฯ ที่แล้วมา ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 กฎหมายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ จะใช้บังคับไม่ได้

พ.ร.บ. อาชญากรรมสงคราม เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังนั้น ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 จึง เป็นโมฆะ ส่วนบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำหลังจากใช้พระราชบัญญัตินี้แล้ว เป็นอันใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์

สภาผู้แทนราษฎร อาจออกกฎหมายย้อนหลังได้ต่อเมื่อกฎหมายที่ให้อ่อนหลังนั้น ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น พ.ร.บ. งบประมาณ

ศาล เป็นผู้วินิจฉัยที่จะชี้ขาด กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าเป็น โมฆะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ได้

โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยตาม พ.ร.บ. อาชญากรรมสงครามอย่าง เดี่ยว เมื่อศาล เห็นว่าประมวลไทยตาม พ.ร.บ. อาชญากรรมสงครามไม่ได้แก้ ก็ไม่ต้องพิจารณาวินิจฉัยคดี ความผิดตามกฎหมายอื่นหรือไม่

#### คำพิพากษาศาลอาชญากรรมสงครามที่ 2-4/2489

คดี เป็นปัญหากฎหมายใน เบื้องต้นที่จะต้องวินิจฉัย เกี่ยวด้วยการบังคับใช้บทใน พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามศาล เห็นว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 เฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังให้การกระทำก่อนวัน ใช้พระราชบัญญัติ เป็นความผิดตาม พระราชบัญญัติด้วยนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 14 และโมฆะตาม มาตรา 61 ดังข้อความพิสดารที่ศาลได้บรรยายไว้ในคำพิพากษาของศาลนี้คดีอาชญากรรม

สงครามที่ 1/2489 ในระหว่างคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามโจทก์ พระสารสาสน์พลชั้นตรี จำเลยแล้ว การกระทำที่โจทก์ฟ้องว่าจำเลยทั้งสองส่วนวนได้กระทำผิด เกิดก่อนวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2488 อันเป็นวันที่พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามได้ออกใช้ ทั้งสิ้น เมื่อบทบัญญัติที่โจทก์ฟ้องขอให้เอาผิดแก่จำเลย ศาลนี้ได้วินิจฉัยแล้วว่า เป็นโมฆะอันจะ ลงโทษจำเลยไม่ได้ ก็ไม่มีประโยชน์อันใดที่ศาลจะฟังคำพยานหลักฐานโจทก์ใน เรื่องนี้ต่อไปอีก จึงพิพากษายกฟ้องโจทก์เสีย ปล่อยจำเลยทั้งสามพ้นข้อหาไป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21/2492

ในเรื่องฟ้องขับไล่ ศาลล่างฟังข้อเท็จจริงต้องกันว่า จำเลยใช้ห้องรายพิพาท เป็นที่อยู่อาศัยได้รับความคุ้มครองตาม พ.ร.บ. ควบคุมการเช่าบ้าน นั้น โจทก์ฎีกาไม่ได้ เพราะ เป็น ปัญหาข้อเท็จจริง

พ.ร.บ. ควบคุมการเช่าบ้าน พ.ศ. 2490 ที่ให้ใช้บังคับย้อนหลังนั้น ไม่ขัดต่อ รัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญไม่มีบัญญัติห้ามการใช้กฎหมายให้มีผลย้อนหลังในทางแพ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 593/2494

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้มีคำวินิจฉัยที่ ค. 2/2494 ลงวันที่ 4 มกราคม 2494 วินิจฉัยว่า ความในมาตรา 6 แห่ง พ.ร.บ. การพนัน 2478 ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ฉะนั้นศาลจึงอาศัยข้อความตาม พ.ร.บ. การพนัน 2478 มาตรา 6 วินิจฉัยลงโทษจำเลยได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2494

บทบัญญัติมาตรา 13 ทวิ (1) แห่ง พ.ร.บ. สำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2494 แก้ไขเพิ่มเติม โดย พ.ร.บ. สำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้รับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้รู้เห็นในการกระทำด้วยกัน เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ พ.ศ. 2492 มาตรา 29 และบทบัญญัติโดยเฉพาะดังกล่าวนี้ จึงใช้บังคับมิได้ตามความในมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญฉบับนั้น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 225/2496

แม่โทษครั้งก่อนจะเกิดก่อน พ.ร.บ. กักกันผู้มีสันดาน เป็นผู้ร้ายกิติ หรือได้พ้นโทษ  
ครั้งก่อนมา 20 ปี จึงมาทำผิดอันเป็นเหตุร้ายขึ้นอีกกิติ ก็ไม่เป็นการชดเชยรัฐธรรมนูญ หรือขาด  
อายุความ ศาลลงโทษกักกันได้อีก

โทษกักกันไม่ใช่โทษจำคุก ศาลไม่ต้องพึงพยานใจทักตาม ป.วิ.อาญา มาตรา 176

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2497

ผู้ที่เกิดในประเทศไทยจากบิดาซึ่งเป็นคนต่างด้าว ถ้าเคยขอและได้รับใบสำคัญ  
ประจำตัวคนต่างด้าวมาแล้ว ย่อมขาดจากสัญชาติไทย แม้จะได้ฟ้องคดีขอให้ทางราชการออก  
บัตรประชาชนไว้ก่อนวันใช้ พ.ร.บ. สัญชาติฉบับที่ 2 ก็ตาม และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1460/2497

ผู้ที่เกิดในประเทศไทย จากบิดาสัญชาติจีนและได้รับใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว  
เมื่อ 1 ธันวาคม 2480 ย่อมขาดจากสัญชาติไทย ตาม พ.ร.บ. สัญชาติ (ฉบับที่ 2) 2496  
มาตรา 5

พ.ร.บ. สัญชาติ (ฉบับที่ 2) 2496 ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะไม่มีผลย้อนหลัง  
ในทางอาญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505

โดยปกติศาลเป็นผู้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดี จึงมีอำนาจหน้าที่  
พิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด เว้นแต่จะมีบทกฎหมาย  
ใดบัญญัติให้อำนาจเป็นหน้าที่ของสถาบันอื่นโดยเฉพาะ ฉะนั้น เมื่อมีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 3  
ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดบทกฎหมายใด  
ว่าจะแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เสียแล้ว อำนาจชี้ขาดนี้จึงตกอยู่ที่ศาลยุติธรรมดัง เดิม



ในการพิจารณาว่าบทกฎหมายใดมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่เพียงใดนั้น เป็นการพิจารณาถึงบทกฎหมายนั้น เมื่อขณะประกาศออกใช้บังคับ หากใช้เฉพาะแต่เวลาที่จะยกขึ้นใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดไม่ เพราะถ้าบทกฎหมายใดใช้บังคับมิได้แล้วก็ย่อมจะใช้บังคับมิได้มาแต่เริ่มแรก หากใช้เพียงมาใช้บังคับมิได้เอา เมื่อจะยกขึ้นบังคับแก่คดีใดโดยเฉพาะไม่ ฉะนั้นการที่ศาลวินิจฉัยว่า มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ. เวณคืนอสังหาริมทรัพย์ในท้องที่ ตำบลคลองตัน พ.ศ. 2496 ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ไม่มีผลบังคับตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 113 จึงกระทำได้โดยชอบ หากใช้เป็นการที่ศาลเองจะมากำหนดให้รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ใช้บังคับได้อยู่ อันเป็นการขัดแย้งกับประกาศคณะปฏิวัติไม่

ข้อกฎหมายเกี่ยวกับบทกฎหมายใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ มีความสำคัญมากยิ่งขึ้น และเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนโดยตรง แม้คู่ความจะมีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างก็สมควรที่ศาลจะยกขึ้นวินิจฉัย

#### คำพิพากษาฎีกาที่ 222/2506

มาตรา 3 4 5 และ 7 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ขัดต่อมาตรา 99 ของรัฐธรรมนูญฯ เพราะเป็นการให้อำนาจคณะบุคคลให้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้ง เรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินอัน เป็นกรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลที่จะลบล้างกรรมสิทธิ์ของบุคคลที่มีอยู่แล้ว และก่อตั้งกรรมสิทธิ์ขึ้นใหม่

#### คำพิพากษาฎีกาที่ 225/2506

เมื่อยังไม่มีรัฐธรรมนูญการปกครองประเทศเป็นการแน่นอน และไม่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยบทกฎหมายใด ตลอดทั้งการตีความรัฐธรรมนูญ อันมิใช่เป็น เรื่องในวงงานของสภา ศาลย่อมมีอำนาจกระทำได้

พ.ร.บ. ควบคุมการส่งออกไปนอก และการนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้าบางอย่าง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2490 มาตรา 3 ที่ให้รับทรัพย์ที่ใช้ในการกระทำผิด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นของบุคคลใดและเจ้าของจะได้อำนาจเห็นในการกระทำความผิดด้วยหรือไม่ ได้บัญญัติในสมัยใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ต่อมาได้ใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ข้อความที่ใช้รับทรัพย์ของบุคคลอื่นตาม พ.ร.บ.ดังกล่าว ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2 ฉบับหลังนี้จึง เป็นโมฆะตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม



พ.ศ. 2495 มาตรา 113 เทียบได้กับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่องการ  
รับทรัพย์สินของบุคคลผู้มีได้กระทำความผิดตาม พ.ร.บ. สำรวจและห้ามกักกันชั่วคราว

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2508

พระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า  
บางอย่าง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2490 มาตรา 3 ที่บัญญัติให้ทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำผิดโดย  
ไม่คำนึงว่าจะเป็นของบุคคลใด และเจ้าของจะรู้เห็นในการกระทำผิดด้วยหรือไม่นั้น ชัดต่อ  
บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602-1603/2509

บทกฎหมายใดก็ตาม ที่บัญญัติให้ทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่เขามิได้รู้เห็น เป็นใจด้วย  
ในการกระทำความผิด และทรัพย์สินนั้นมิใช่ทรัพย์สินที่บุคคลทำหรือมีไว้เป็นความผิดแล้ว ย่อมขัดกับ  
การลงโทษตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาในระหว่างใช้รัฐธรรมนูญการปกครอง  
ราชอาณาจักร ศาลตีความมาแล้วว่า บทบัญญัติเช่นนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือประเพณีการ  
ปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยใช้บังคับมิได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 178/2513

พระราชบัญญัติเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พ.ศ. 2482 มาตรา 21 ตามที่ได้แก้ไข  
เพิ่มเติมโดยฉบับที่ 4 พ.ศ. 2501 นั้นไม่ขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 89

เรื่องความขาดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล ซึ่งพระราชบัญญัติ  
การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลบัญญัติโยงไปใช้ เรื่องความขาดคุณสมบัติของผู้สมัครตาม  
พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2499 นั้น แม้อ่อนว่ามีรัฐธรรมนูญ  
บัญญัติลักษณะของผู้ต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนไว้เป็นอย่างอื่น ก็ไม่  
กระทบกระเทือนถึง เรื่องความขาดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลซึ่งถือว่า  
พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกเทศบาลบัญญัติเรื่องนี้ไว้เป็นเอกเทศ

คำพิพากษาฎีกาที่ 1240/2514

เมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในขณะที่ไม่มีความตุลาการรัฐธรรมนูญว่า  
พระราชบัญญัติว่าด้วยการสำรวจการออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2496 ในส่วนที่เกี่ยวกับการตั้ง  
คณะกรรมการสำรวจการออกโฉนดที่ดินที่ให้มีอำนาจหน้าที่และอำนาจ

มีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการพนัน ศาลจังหวัดพัทลุงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 6 ซึ่งจะนำมาใช้บังคับแก่คดีนี้ นั้น แย้งหรือขัด ต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 30 วรรคแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาและวินิจฉัยว่า ความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติ การพนัน พ.ศ. 2478 ตามที่ศาลจังหวัดพัทลุง เสนอขึ้นมา เพื่อขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยนั้น ไม่แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

คำวินิจฉัยที่ ค. 3/2494

บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 เฉพาะที่ให้ รัับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้รู้เห็นในการกระทำผิดด้วยนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

ศาลฎีกาได้ส่งความเห็น ว่า บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 มาตรา 13 ทวิ (1) ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกัก กันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้รัับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้รู้เห็นในการ กระทำความผิดด้วยนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในมาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เฉพาะที่ให้รัับทรัพย์สินของบุคคลอื่นที่มีได้รู้เห็นในการกระทำความผิดด้วยนั้น เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 และบทบัญญัติโดย เฉพาะดังกล่าวนี้จึง ใช้บังคับได้ตามความ ในมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

คำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2501

การจัดตั้งศาลขึ้น เพื่อพิจารณาพิพากษาอรรถคดีบางประเภทนั้น ย่อมกระทำได้โดย ไม่ขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่ที่จัดตั้งขึ้นนั้นต้อง เป็น "ศาล" มีตุลาการ เป็นผู้กระทำการใน พระปรมาภิไธย การตั้งคณะกรรมการจัดที่ดิน เพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมนั้น คณะกรรมการฯ ประกอบด้วย เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริการมีอำนาจหน้าที่ชี้ขาด เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครอง อัน เป็นกรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลเป็นการตั้งบุคคลอื่นที่มีใช้ศาลให้ มีอำนาจทำการพิจารณา พิพากษาอรรถคดีจึงไม่อาจกล่าวเป็นอย่างอื่น นอกจากว่า เป็นการแย้งหรือขัดต่อบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ มาตรา 99 ซึ่งบัญญัติว่า การพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เป็นอำนาจของศาลโดย เฉพาะ

คำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ ต. 1/2513

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ไม่เป็นกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

ค. องค์ประกอบของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลตามความหมายของคำว่าศาลหรือฝ่ายตุลาการ แต่เป็นสถาบันพิเศษที่มีลักษณะทางการเมืองอยู่ด้วย เพราะในเบื้องต้นก็มีได้มีเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทในทางแพ่ง ทางอาญาหรือคดีรัฐธรรมนูญ (Constitution case) หากแต่มีอำนาจ วินิจฉัยเพียงบางประเด็นคือ เฉพาะประเด็นข้อกฎหมายที่ว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ทั้งในแง่วิธีพิจารณาก็ไม่ต้องมีการสืบพยาน ไม่มีการรับฟังพยานหลักฐานจากฝ่ายโจทก์และจำเลย การทำหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องพิเศษ ไม่อาจจัดได้ว่าเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ หากพิจารณาประวัติตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า จุดเริ่มต้นของการมีตุลาการรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ เช่น ออสเตรเลีย หรือในประเทศไทย ต่างก็เริ่มจากความจำเป็นที่จะประนีประนอมระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นสำคัญ ขณะเดียวกันก็ต้องการสร้างความเชื่อถือในสถาบันและระบบให้เห็นว่าเป็นที่พึ่งสุดท้ายในประเด็น ซึ่งล่อแหลมต่อข้อวิพากษ์วิจารณ์ทางการเมืองนี้ นั่นคือประเด็นที่ว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ สถานะของตุลาการ รัฐธรรมนูญเห็นว่าเห็นชัดขึ้น เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มอบให้คณะกรรมการ รัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติซึ่งยังไม่ เป็นกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อีกด้วย อันเห็นได้ว่าเป็นการ เข้ามาทำหน้าที่ในเวลาที่เกิดปัญหาโดยที่ยังไม่มีการพิพาทหรือคดี เกิดขึ้น เพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือในบางครั้งรวมทั้งฝ่ายบริหาร (เพราะนายกรัฐมนตรีก็มีสิทธิส่งให้ตุลาการ รัฐธรรมนูญชี้ขาดได้) สงสัยและส่งเรื่องให้วินิจฉัยเท่านั้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ ตุลาการรัฐธรรมนูญ เข้ามาเป็นผู้ชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับบุคคลในทางการเมืองอีกด้วย เช่น ความเป็น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประวัติ วัฒนาการของตุลาการรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ ตลอดจนสถานะของตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่นว่านี่เองที่จะเป็นตัวกำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญว่าควร เป็นใครมาจากไหน เพราะเมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลเสียแล้ว ความจำเป็นที่จะต้องมีผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย แท้ ๆ ก็ดูจะน้อยลง

ทุกครั้งที่มีการร่างรัฐธรรมนูญมักจะมีการอภิปรายกันอยู่เสมอว่าสมควรกลับไปสู่วิธีการให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยหรือควรให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย จะมีอยู่เหมือนกันที่มีผู้เสนอให้ม็องคักรอื่นที่แตกต่างออกไปเลย เช่น สภารัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับฝรั่งเศส แต่ส่วนใหญ่จะเห็นไปในทางที่ว่าจะให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจนถึงที่สุดอย่างที่เคยปฏิบัติมา ข้ออภิปรายโต้แย้งส่วนใหญ่มักเป็นเรื่องของโครงสร้างหรือองค์ประกอบของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญว่าควรประกอบด้วยบุคคลใด ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 มาตรา 89 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้นทั้งหมด 15 คน โดยไม่มีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งเลย ผู้ทรงคุณวุฒิอาจเป็นใครจากที่ใดก็ได้ เป็นการมอบให้สมาชิกรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งต่างก็มาจากกาเลือกตั้ง (สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม) เป็นผู้มำนาจเลือกสรรเอง หลักการข้อนี้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ก็เห็นด้วย แต่ลดจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิลงเหลือ 9 คน และให้รัฐสภามีมติแต่งตั้งได้ 3 คน คณะรัฐมนตรีแต่งตั้งได้ 3 คน คณะกรรมการตุลาการแต่งตั้งได้ 3 คน โดยมีได้กำหนดว่าผู้ใดจะได้รับแต่งตั้งโดยตำแหน่ง แต่ตามโครงสร้างที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 เปิดกว้างมากกว่าฉบับ พ.ศ. 2517 แต่เป็นการมอบให้รัฐสภามีอำนาจเลือกผู้แทนฝ่ายเดียวจริงอยู่ที่รัฐสภาอาจเลือกผู้ที่ทรงคุณวุฒิเป็นกลาง เช่น อาจเลือกจากฝ่ายตุลาการ แต่มติหรือผลที่ออกมาย่อมอาจถูกวิจารณ์ได้ว่าเป็นไปตามความต้องการของรัฐสภาฝ่ายเดียว รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 จึงกระจายสัดส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิออกไปตามฝ่ายต่าง ๆ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย คือ มีผู้แทนจากฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ฝ่ายละเท่า ๆ กัน แต่มีข้อนำสังเกตุว่า ขณะที่องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย คือ รัฐสภา และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิ ประหนึ่งว่าเป็นผู้แทนของตน ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในขณะนั้นกลับต้องเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญโดยผ่านทางคณะกรรมการตุลาการ ซึ่งเป็นเพียงองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อมีอำนาจในการบริหารงานบุคคล เช่น แต่งตั้ง โยกย้าย ถอดถอน ผู้พิพากษา และในองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการก็มีฝ่ายบริหาร คือ ปลัดกระทรวงยุติธรรม และข้าราชการตุลาการที่เกษียณอายุไปแล้วรวมอยู่ด้วย บรรดาผู้พิพากษาทั้งหลายซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการกลับมิได้มีโอกาส

เลือกตุลาการรัฐธรรมนูญในจำนวนตามสัดส่วนที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>23</sup>

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 ฉบับ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ฉบับ พ.ศ. 2511 และฉบับ พ.ศ. 2521 ได้สร้างองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่โดยเริ่มจาก พ.ศ. 2492 เป็นครั้งแรกคือให้มีผู้ที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง กล่าวคือ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสี่คนซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย มีข้อที่น่าสังเกตว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 คงตั้งใจจะให้ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้แทนของฝ่ายนิติบัญญัติโดยตำแหน่ง ส่วนประธานศาลฎีกาและอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ เป็นผู้แทนของฝ่ายตุลาการโดยตำแหน่ง และอธิบดีกรมอัยการ เป็นผู้แทนของฝ่ายบริหาร แต่จำนวนผู้แทนของแต่ละฝ่ายยังมีสัดส่วนไม่เท่ากันอยู่และมีข้อวิจารณ์ด้วยว่า ในขณะที่รัฐสภามีผู้แทนโดยตำแหน่งแล้ว 2 คน ก็ยังแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิได้อีก 4 คน ดังนั้น เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 จึงได้ตัดประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาออก คงเหลือแต่ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง แล้วให้สภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิอื่น ๆ ได้อีก 3 คน โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิโดยทางกฎหมาย แต่เมื่อมาถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 ก็ได้กลับไปใช้องค์ประกอบเดียวกับ พ.ศ. 2492 อีก คือ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ

<sup>23</sup>อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ได้ยอมรับสถานะของคณะกรรมการตุลาการโดยกล่าวถึงไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 209 ด้วย แต่กระนั้นแต่เพียงอำนาจในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง การให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือนและการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็ยอมรับสถานะของศาลทหาร ศาลปกครอง ศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษีหรือสาขาสังคมว่าเป็นฝ่ายตุลาการด้วย แต่มิได้ระบุว่าศาลเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับคณะกรรมการตุลาการหรือไม่เพียงใด

เป็นโดยตำแหน่งและบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย โดยให้ประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ครั้นมาถึงในการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 เมื่อความพยายามที่จะให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยไม่ประสบความสำเร็จ ก็มีความวิตกกังวลถึงความไม่เป็นกลางของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมากกว่า ถ้าให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีผู้แทนอยู่มากทั้งโดยตำแหน่งและโดยการแต่งตั้ง จะทำให้เสียความเป็นกลาง อันที่จริง เรื่องความเป็นกลางนี้ก็คือ เหตุผลที่ฝ่ายหนึ่งต้องการให้ศาลเข้ามามีอำนาจวินิจฉัยตั้งแต่แรกนั่นเอง ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ มีผู้เสนอให้มีผู้แทนฝ่ายค้านอยู่ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อคานอำนาจกัน แต่ในที่สุดก็ออกมาในรูปของผู้แทนฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ฝ่ายละเท่า ๆ กัน ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 ฉบับปัจจุบัน ในร่างเดิมจะให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่กรรมาธิการยกร่างมีความเห็นแตกต่างกันมาก บางส่วนเกรงว่าจะไม่เป็นธรรม เพราะมาจากพรรคการเมือง จึงแก้ไขให้ประธานรัฐสภาเป็นประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์ประกอบตามร่างเดิมประกอบด้วย ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษา ศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ รวมเป็น 9 คน แต่ในการอภิปรายได้มีผู้คัดค้านว่า ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการมีผู้แทนโดยตำแหน่งฝ่ายละ 2 คน ขณะที่ฝ่ายบริหารมีผู้แทนเพียงคนเดียว คือ อธิบดีกรมอัยการ ได้มีผู้ขอผู้แทนฝ่ายบริหารเพิ่มอีก 1 คนให้เท่ากัน กรรมาธิการบางคนเสนอเจ้ากรมพระธรรมนูญ กรรมาธิการบางคนเห็นสมควรให้เป็น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อมีการอภิปรายกันกว้างขวางมากจึงเห็นควรให้ตัดผู้แทนฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการออก ให้เหลือเพียงประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการ โดยถือเป็นผู้แทนจากแต่ละฝ่ายเท่า ๆ กัน แล้วให้รัฐสภาเสนอผู้ทรงคุณวุฒิอีก 4 คน รวมเป็น 7 คน ดังปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 184 ในปัจจุบัน<sup>24</sup>

ส่วนคุณสมบัติของผู้ทรงคุณวุฒินั้น ได้เคยบัญญัติไว้ 2 แนวทาง คือ กำหนดไว้เฉพาะเจาะจงว่าต้องเป็นผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายได้แก่ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 และฉบับ พ.ศ. 2511 กับกำหนดไว้กว้าง ๆ ว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิโดยไม่ระบุว่าต้องเป็นผู้ชำนาญในด้านใดได้แก่ฉบับ พ.ศ. 2489, ฉบับ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, ฉบับ พ.ศ. 2517 และ

<sup>24</sup>บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 26 วันที่ 19 พฤษภาคม 2521.

ฉบับปัจจุบันในการอภิปรายเพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็มีผู้เสนอให้จำกัดขอบเขตเพียงคุณวุฒิทางกฎหมาย เช่นกัน แต่สมาชิกส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วย เพราะถือว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องอาศัยทั้งความรู้ทางรัฐศาสตร์และการเมือง เศรษฐศาสตร์ สังคมวิทยา และอื่น ๆ ด้วย จึงควรเปิดไว้ให้กว้าง ถ้าระบุแต่เพียงว่าต้องทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย จะทำให้จำกัดขอบเขตแคบเข้ามา อย่างไรก็ตามนับตั้งแต่มีการตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นต้นมา ก็ล้วนแต่ได้ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายทั้งสิ้น แต่อาจเป็นนักกฎหมายที่มีความชำนาญในด้านอื่นด้วย เช่น เป็นทั้งนักกฎหมายและนักการทหาร นักกฎหมายและนักการคลัง นักกฎหมายและนักการต่างประเทศ เป็นต้น

ในประเทศฝรั่งเศสสภารัฐธรรมนูญ (Le Conseil Constitutionnel) มีตุลาการหรือสมาชิกอย่างน้อย 9 คน โดยได้รับแต่งตั้งจากประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติ ฝ่ายละ 3 คน รัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ของฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดคุณสมบัติอื่นใดไว้ เป็นพิเศษนอกเหนือจากคุณสมบัติพื้นฐานของบุคคลที่จะเข้าทำงานกับรัฐได้ นอกจากนี้ ตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 56 อดีตประธานาธิบดีทุกคนของฝรั่งเศสที่ยังมีชีวิตอยู่จะเป็นสมาชิกหรือตุลาการตลอดชีพในสภานี้ ตุลาการประเภทนี้ไม่อาจถูกปลดจากตำแหน่งได้ ทั้งไม่มีวาระสิ้นสุด ทั้งอาจได้รับเลือกเป็นประธานสภารัฐธรรมนูญก็ได้ แต่ที่นับว่าน่าสนใจอย่างมากคือ สภารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มีอำนาจในเรื่องต่าง ๆ อีกอย่างกว้างขวาง เช่น ตรวจสอบความถูกต้องในการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา ควบคุมคุณสมบัติของบุคคลบางตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น สมาชิกรัฐสภาจะประกอบอาชีพอื่นกับการดำรงตำแหน่งของตนไม่ได้ ควบคุมความถูกต้องในการเลือกประธานาธิบดี ให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดี ในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 และตรวจสอบความถูกต้องในการออกเสียงประชามติ จนกระทั่งประธานาธิบดี เดสแตง (Giscard D'estaing) ได้เคยกล่าวไว้ เมื่อ ค.ศ. 1776 ว่า ฝรั่งเศสเป็นรัฐแห่งกฎหมาย ก็เพราะมีสภารัฐธรรมนูญซึ่งอำนาจทุกอำนาจต้องอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรนี้ เพราะเหตุนี้เอง จึงได้มีการจัดตั้งสำนักงานสภารัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย เลขาธิการ (Secrètaire Général de Conseil Constitutionnel) และหัวหน้างานด้านกฎหมาย (Chef de services Juridiques) ตลอดจนเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญเป็นจำนวนมากเพื่อช่วยงานสภารัฐธรรมนูญให้เป็นที่ยอมรับเป็นระบบเต็มไปด้วยประสิทธิภาพและน่าเชื่อถือ แต่อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังมีข้อ



วิพากษ์วิจารณ์อยู่บ้าง เหมือนกันว่าการที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องในการแต่งตั้งสมาชิกหรือตุลาการใน สภารัฐธรรมนูญ ว่ามาจากบุคคลผู้มีคุณสมบัติอย่างไรก็ได้ ประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และ ประธานสภาผู้แทนราษฎร สามารถแต่งตั้งสมาชิกได้อย่างอิสระและไม่ต้องได้รับความเห็นชอบหรือ ยินยอมจากผู้ใด นอกจากนี้ ก็สามารถแต่งตั้งสมาชิกได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติต่าง ๆ อีกด้วย ซึ่งเป็นการเปิดช่อง ให้แต่งตั้งผู้ไม่รู้จักกฎหมาย เข้ามาทำงานอันอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อระบบ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้<sup>25</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ข้อที่ว่าองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ควรประกอบด้วยผู้ใดมาจากฝ่ายใด คงต้องพิจารณาจากสภาพแวดล้อม เพราะอันที่จริงก็มีหลายรูปแบบ ในอิตาลี ซึ่งเล็งเห็นผลเสียจากความขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติก็ให้ความสำคัญกับการมีผู้แทนของแต่ละฝ่ายในสัดส่วนที่ เท่ากัน กล่าวคือ ประกอบด้วย 15 คน โดยให้ผู้พิพากษาศาลสูงเลือก 3 คน คณะรัฐมนตรี เลือก 1 คน ศาลชำระภาษีเลือก 1 คน รัฐสภาในการประชุมร่วมเลือก 5 คน และ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเลือก 5 คน<sup>26</sup> ในประเทศไทยการมีตุลาการรัฐธรรมนูญ ใน รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 อันที่จริงก็เริ่มจากความขัดแย้งระหว่างศาลและรัฐสภา เพราะรัฐสภา เป็นผู้ออกกฎหมายอาญากรสงคราม โดยความเชื่อว่าการกฎหมายนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่าย ตุลาการโดยศาลฎีกากลับชี้ขาดว่า พระราชบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงแสดงให้เห็นถึงความ ขัดแย้งระหว่างสถาบันทั้งสองอย่างชัดเจน จนสภาตั้งคณะกรรมการสอบสวนในปัญหาและได้ ข้อสรุปที่ว่าถ้าไม่ยอมให้ศาลทำหน้าที่นี้จึงต้องมีองค์กรโดยเฉพาะ เป็นเหตุให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งประกาศใช้ไปอีกไม่กี่วันต่อมา แต่องค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะแรกก็มีได้สะท้อนให้เห็นถึงการมุ่งแก้ปัญหาความขัดแย้งดังกล่าวที่อาจเกิดขึ้นได้อีกกลับจะยิ่ง เน้น

<sup>25</sup> นันทวัฒน์ พรหมานันท์, "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส", วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 12, ฉบับที่ 2, 2531, หน้า 59, 68.

<sup>26</sup> John Clare Adams and Paolo Barile, The Government of Republican Italy (Boston: Houghton Mifflin Company, 1966), p. 131.

ให้เห็นถึงอำนาจรัฐสภา ดังที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เคยอภิปรายคัดค้านคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ในคดีอาชญากรรมสงครามมาแล้วว่า เรื่องอย่างนี้ต้อง เป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น มาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 บัญญัติว่า

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้น เป็นประธาน ตุลาการคนหนึ่งและตุลาการอีกสี่คน

ให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุกครั้ง เมื่อได้มีการ เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน เพราะเหตุที่สภาผู้แทนหมดอายุ หรือถูกยุบ

วิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

อย่างไรก็ตาม สภาร่างรัฐธรรมนูญในปี 2491 ได้ตระหนักในปัญหาที่ว่าควรมี ผู้แทนจากทุกฝ่าย เข้ามาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อประสานประโยชน์หรือมีฉันทานุมัติร่วมกันและกัน จึงเกิดตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งเป็นครั้งแรก คือ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ รวม 5 ตำแหน่ง และด้วยเหตุที่บุคคลอื่นอีก 4 คนที่รัฐสภาแต่งตั้งต้อง เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในทาง กฎหมาย จึงทำให้เข้าใจได้ว่าตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง คือนักกฎหมายซึ่งเป็นผู้แทน จากแต่ละฝ่าย ดังเห็นได้จากผู้แทนฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอธิบดีกรมอัยการแทนที่จะเป็นหน่วยงานอื่น แต่ก็ไม่มียะไรเป็นหลักประกันว่า ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร จะเป็นนักกฎหมาย เสมอไป ทั้งการที่มีอธิบดีกรมอัยการเป็นผู้แทนฝ่ายบริหารแต่เพียงผู้เดียว ก็อาจสะท้อนความรู้สึก ที่ว่าฝ่ายที่จะมีปัญหาคงต้องนำมาสู่การควบคุมหรือวินิจฉัยคือ ฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการ ส่วนฝ่าย บริหารเป็นแต่เสนอร่างกฎหมาย การมีผู้แทนเพียงคนเดียวอาจเป็นการเพียงพอ แต่คำอธิบาย เหล่านี้ก็เป็นที่คัดค้านในการร่างรัฐธรรมนูญคราวต่อมาที่พยายามรักษาอัตราส่วนให้เท่ากันจนเหลือ ผู้แทนฝ่ายละคน ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 ได้เริ่มด้วยการให้ มีผู้ทรงคุณวุฒิทั่วไปโดยไม่ระบุตำแหน่งน่าจะเป็นการถูกต้อง เพราะการมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดย ตำแหน่งจะทำให้เกิดปัญหา 3 ประการ คือ

1. ผู้ที่ไม่มีความเหมาะสมหรือไม่มีความชำนาญก็อาจได้ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยตำแหน่ง
2. เมื่อมีการ เปลี่ยนแปลงผู้ครองตำแหน่ง ก็ทำให้ต้อง เปลี่ยนตัวอย่างกระชั้นชิด

3. เมื่อจะต้องให้บุคคล เป็น โดยตำแหน่งก็จะ เกิดปัญหาว่าตำแหน่งใด เป็นตำแหน่ง ที่เหมาะสมที่สุด

ผู้เขียนมีความเห็นส่วนตัวว่า ถ้าจะต้องแต่งตั้งโดยตำแหน่งแล้ว ประธานสภาทั้งสอง อาจขาดความรู้ที่ เหมาะสม เพราะคุณสมบัติของผู้ที่จะ ได้รับ เลือก เป็นประธานสภาย่อม เป็นไปตาม หลักการอย่างหนึ่ง เช่น มีตำแหน่งสำคัญในพรรคการเมืองที่ตนสังกัดหรือการประนีประนอมระหว่าง พรรคการเมือง ส่วนประธานศาลฎีกาและอธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์นั้น แม้จะเป็นหลักในฝ่าย ตุลาการ แต่ก็ เป็นโดยอาวุโสทาง เงิน เดือนและขั้นตำแหน่ง โดยไม่มีอำนาจปกครองบังคับบัญชา ฝ่ายตุลาการทั้งหมด แม้โดยประสพการณ์จะเป็นผู้รอบรู้ทางกฎหมายและมีโอกาสจะเป็นกลางได้ สูงกว่าผู้อื่น แต่ก็อาจโต้แย้งได้อย่างที่เคลสเสน เคยวิจารณ์ว่า ผู้พิพากษารับการฝึกฝนมาในการ พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาโดยไม่คุ้น เคยกับคดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญ ในส่วนของอธิบดี กรมอัยการดูจะเป็นผู้อยู่ได้บังคับบัญชาของผู้อื่นมากที่สุด เช่น เหนือขึ้นไปยังมีรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทย นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี จึงมีเหตุที่จะต้องปฏิบัติตามนโยบายอยู่มาก ความเป็นอิสระก็ได้รับน้อยกว่าผู้พิพากษาและโดยประสพการณ์ก็อาจอยู่ในวงจำกัด เช่น คดีอาญา ด้วยเหตุนี้ในการร่างรัฐธรรมนูญจึงมักมีการกล่าวถึงตำแหน่งอื่นที่ควร เป็นโดยตำแหน่งอีก เช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม เลขาธิการคณะรัฐมนตรี เจ้ากรมพระธรรมนูญ เลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น<sup>27</sup>

<sup>27</sup> ในออสเตรีย ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญมี 14 คน ประธานาธิบดีตามคณะรัฐมนตรี แนะนำ 8 คน และตามที่รัฐสภาแนะนำอีก 6 คน ในเยอรมันตะวันตก ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ได้รับเลือกจากสภาล่างครึ่งหนึ่งและสภาสูงอีกครึ่งหนึ่ง นอกจากนี้เคยมีผู้ได้ให้ความเห็น เกี่ยวกับ ตำแหน่ง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้ "แต่มีข้อน่าสังเกตว่า ในขณะที่นับวันตำแหน่ง เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีความสำคัญมากขึ้นทุกทีในฐานะผู้จัดทำกฎหมายของรัฐบาล และมีบทบาทสำคัญมากในการพัฒนากฎหมายมหาชนตามกฎหมายคณะกรรมการกฤษฎีกาลบใหม่ จึงน่าจะกำหนดให้ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งได้อีกผู้หนึ่ง". วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 708.

ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญควรมาจากผู้ทรงคุณวุฒิทั่วไป เช่นเดียวกับ  
 หลักการในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 และ 2517 แต่ไม่ควรมียุทธศาสตร์ที่ตายตัวต้อง เป็นผู้ทรงคุณวุฒิ  
 ในทางกฎหมายเท่านั้นดังรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 ทั้งนี้เพราะในการใช้อำนาจของคณะตุลาการ  
 รัฐธรรมนูญอาจต้องเกี่ยวข้องกับการมีความรู้ในทางอื่นอีกด้วย เช่น เศรษฐศาสตร์ รัฐศาสตร์  
 เป็นต้น นอกจากนี้ เมื่อคำนึงถึงว่าในระยะต่อมาได้มอบให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่  
 เพิ่มอีกด้วย นอกเหนือไปจากการวินิจฉัยกฎหมายว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น การวินิจฉัย  
 การสิ้นสุดสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา การวินิจฉัยการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรี การวินิจฉัย  
 ว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมีหลักการอย่าง เดียวหรือคล้ายคลึงกับร่างพระราชบัญญัติที่ยัง  
 หรือไม่ การวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่นหรือระหว่างศาลอื่น  
 ด้วยกัน จึงเห็นว่า ขอบเขตของการทำงานต้องอาศัยความรู้หลายสาขาและที่นับว่าสำคัญมาก  
 ก็คือ ต้อง เป็นที่ยอมรับจากวงการทั่วไป ถ้าจะว่าไปแล้วโอกาสที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะปฏิบัติ  
 งานใช้อำนาจหน้าที่อื่นก็ดูจะมีมากกว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่  
 ในส่วนของจำนวนผู้เขียนมีความเห็นว่า จำนวนที่เหมาะสมไม่ควรจะมากหรือน้อยเกินไปและจำนวน  
 นี้ควรจะสัมพันธ์กับการเข้าสู่ตำแหน่งว่าจะ เลือกสรรโดยวิธีใดจากฝ่ายใด รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489  
 ให้รัฐสภาแต่งตั้งทั้งหมด 15 คน นอกจากนั้น เคยมีจำนวน 9 คน และ 7 คนในปัจจุบัน ผู้เขียน  
 มีความเห็นว่า เมื่อคำนึงถึงบทบัญญัติในมาตรา 3 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ที่ว่าพระมหากษัตริย์  
 ทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและศาล ก็เท่ากับเป็นการยอมรับในองค์กร  
 ดังกล่าว (แม้อาจไม่เท่ากับว่าเป็นการยอมรับในการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามออก เต็มขาดจากกัน  
 ว่ามีอยู่จริงหรือไม่ก็ตาม) และความขัดแย้งในปัญหาที่เกิดขึ้นก็เกี่ยวข้องกับอำนาจขององค์กรทั้งสาม  
 เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเห็นว่ากฎหมายไม่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายตุลาการเห็นว่าขัด หรือฝ่าย  
 นิติบัญญัติว่าร่างพระราชบัญญัติไม่ขัดรัฐธรรมนูญแต่ฝ่ายรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารไม่อาจนำขึ้น  
 กราบบังคมทูลได้ เพราะตนเห็นว่าขัด ก็ถือว่าเป็นความขัดแย้งระหว่างองค์กรทั้งสอง ทั้งอาจ  
 มีกรณีความขัดแย้งระหว่างอำนาจศาลยุติธรรมในฝ่ายตุลาการกับศาลอื่น เช่น ศาลปกครองในฝ่าย  
 บริหาร ปัญหาเหล่านี้ควรวินิจฉัยด้วยสถาบันหรือองค์กรที่เป็นที่ยอมรับจากทุกฝ่าย หลักการใน



พ.ศ. 2517 ที่ให้แต่ละฝ่ายแต่งตั้งได้ฝ่ายละ 3 คนเท่ากันจึงน่าจะเหมาะสม<sup>28</sup> แต่องค์กรที่จะเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญในฝ่ายตุลาการควรเป็นการเลือกโดยผู้พิพากษาทั้งหมด เช่นเดียวกับ

<sup>28</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตั้งตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 มีดังนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 7 (พ.ศ. 2518)

- |                                     |                              |
|-------------------------------------|------------------------------|
| 1. นายสัญญา ธรรมศักดิ์              | คณะกรรมการตุลาการเลือก (1-3) |
| 2. นายประกอบ หุตะสิงห์              |                              |
| 3. นายกำธร พันธุ์ลาภ                |                              |
| 4. นายไพโรจน์ ชัยนาม                | รัฐสภาเลือก (4-6)            |
| 5. นายปราโมทย์ นาครทรรพ             |                              |
| 6. นายประเสริฐ บัทมะสุนทร           |                              |
| 7. นายจรรยาพันธ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา | คณะรัฐมนตรีเลือก (7-9)       |
| 8. นายสมิท วิไลจิตต์                |                              |
| 9. พลโท ศุภกาญจน์ นิตสิริ           |                              |

หมายเหตุ นายสัญญา ธรรมศักดิ์ นายประกอบ หุตะสิงห์ และนายจรรยาพันธ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา ขอลาออก มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ หลวงการุญราษฎร์ หลวงวิชัยนิตินาทและพันเอก ถนัด คอมนันท์ เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญแทน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 (พ.ศ. 2519)

- |                            |                              |
|----------------------------|------------------------------|
| 1. นายประมูล สุวรรณศร      | คณะกรรมการตุลาการเลือก (1-3) |
| 2. นายโชค จารุจินดา        |                              |
| 3. นายทองคำ จารุเทติ       |                              |
| 4. นายเทียม ไชยนันท์       | รัฐสภาเลือก (4-6)            |
| 5. นายประสาธ สุนทรมาน      |                              |
| 6. นายหยุด แสงอุทัย        |                              |
| 7. นายอรรถ วิสูตรโยธาภิบาล | คณะรัฐมนตรีเลือก (7-9)       |
| 8. นายยง เหลืองรังษี       |                              |
| 9. นายกมล วรรณประภา        |                              |

ที่สมาชิกรัฐสภาและสมาชิกในคณะรัฐมนตรีทั้งหมดมีโอกาสดูเลือก แม้ศาลอาจไม่มีโอกาสประชุม  
 พร้อมกันได้ดังกรณีการประชุมคณะรัฐมนตรีหรือการประชุมรัฐสภา แต่ก็อาจทำได้เพียงกับการ  
 เสนอชื่อคณะกรรมการตุลาการหรืออาจจะจำกัดลงเพียงแค่ให้ข้าราชการในลำดับสูงที่อาวุโส  
 และมากในประสบการณ์เป็นผู้เลือก เช่น ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นผู้เลือกในทำนองเดียวกับ  
 อิตาลีที่น่าจะทำได้<sup>29</sup> เมื่อเป็นเช่นนี้จำนวนตุลาการรัฐธรรมนูญอาจจะมี 9 คน 12 คน หรือ 15 คน  
 ก็ได้ โดยแต่ละฝ่ายเลือกฝ่ายละ 3, 4 หรือ 5 คน (รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2517 เลือกฝ่ายละ  
 3 รวม 9 คน รัฐธรรมนูญอิตาลีเลือกฝ่ายละ 5 รวม 15 คน) ถ้าถือตามหลักที่ว่าควรเป็นจำนวน  
 คู่เพื่อให้การออกเสียงปรากฏเสียงข้างมากได้ชัดเจน จำนวน 9 หรือ 15 คน ย่อมเป็นจำนวน  
 ที่เหมาะสม อย่างไรก็ตามคุณสมบัติอีกประการหนึ่งซึ่งจำเป็นต้องรักษาไว้ ดังที่บัญญัติไว้ใน  
 รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ มาแล้ว คือ ต้องไม่เป็นข้าราชการประจำ ข้าราชการท้องถิ่นและผู้เขียน  
 เห็นว่าไม่ควรเป็นข้าราชการเมืองด้วยเช่นกัน ทั้งต้องมีกำหนดวาระที่แน่นอน มีค่าตอบแทนที่สูง  
 บังคับให้ต้องการสร้างให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่แม้จะไม่เป็นกลางในตัวเอง  
 แต่มีความทัดเทียมในแต่ละฝ่ายในเรื่องจำนวน และมีโอกาสจะใช้ความรู้ความสามารถปฏิบัติงาน  
 อย่างกล้าหาญมั่นคง<sup>30</sup> นอกจากนี้ควรมีสำนักงานคณะกรรมการรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับของ  
 ฝรั่งเศสที่เข้มแข็งมีประสิทธิภาพ เพื่อช่วยในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ

<sup>29</sup> เหตุผลในขณะนั้นที่ให้คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) เป็นผู้เลือกแทนศาลก็เพราะ

1. ศาลไม่มีโอกาสประชุมร่วมกัน เพื่อลงคะแนนเสียงเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญ
2. คณะกรรมการตุลาการได้รับเลือกจากผู้พิพากษาทั่วประเทศอยู่แล้ว การให้  
 คณะกรรมการตุลาการใช้สิทธิแทนผู้พิพากษา แทนตุลาการรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการเลือกตั้ง  
 ทางอ้อมนั่นเอง

<sup>30</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตั้งตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 มีดังนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 (พ.ศ. 2522)

1. ประธานรัฐสภา (พลอากาศเอก ทะริน ทงสกุล)
2. ประธานศาลฎีกา (นายประพจน์ ภีระวัฒน์ - นายบัญญัติ สุชีวะ)
3. อธิบดีกรมอัยการ (นายประเทือง กิระติบุตร - นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ)
4. นายวิกรม เมาลานนท์

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีคำวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ ด. 1/2513 เป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 มีจำนวนทั้งสิ้น 9 คน คือ ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 4 คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย

5. พลโท สมิง ไตลังคะ
6. นายเสริม วินิจฉัยกุล
7. นายกมล วรรณประภา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 10 (พ.ศ. 2526)

1. ประธานรัฐสภา (นายจารุบุตร เรืองสุวรรณ - นายอุกฤษ มงคลนาวิน)
2. ประธานศาลฎีกา (นายบัญญัติ สุชีวะ - นายภิญโญ อธินิติ)
3. อธิบดีกรมอัยการ (นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ)
4. นายวิกรม เมลาฉนนท์
5. พลโท สมิง ไตลังคะ
6. นายสัญญาชัย สัจวานิช
7. นายกมล วรรณประภา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 11 (พ.ศ. 2529)

1. ประธานรัฐสภา (นายอุกฤษ มงคลนาวิน)
2. ประธานศาลฎีกา (นายจำรัส เขมะจารุ)
3. อธิบดีกรมอัยการ (นายโกเมน ภัทรภิรมย์)
4. นายบัญญัติ สุชีวะ
5. นายวิกรม เมลาฉนนท์
6. นายกมล วรรณประภา
7. พลโท สมิง ไตลังคะ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 12 (พ.ศ. 2531)

1. ประธานรัฐสภา (นายอุกฤษ มงคลนาวิน)
2. ประธานศาลฎีกา (นายจำรัส เขมะจารุ)
3. อธิบดีกรมอัยการ (นายโกเมน ภัทรภิรมย์)
4. นายสมภพ โทตระกิตย์
5. นายบัญญัติ สุชีวะ
6. นายกมล วรรณประภา
7. พลโท กมล เมธสุวรรณ

ง. วิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและพระราชบัญญัติวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ คือ

1. พิจารณาการสิ้นสุดแห่งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและความเป็นรัฐมนตรี
2. พิจารณาหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่เสนอและร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้
3. พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลต่าง ๆ
4. พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
5. พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

สำหรับองค์ประชุมในการพิจารณานั้น ต้องไม่น้อยกว่าสี่คน แต่ถ้าเป็นองค์ประชุมในการลงมตินั้นต้องมีตุลาการรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าห้าคน ถ้าเป็นการลงมติวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรีต้องมีตุลาการรัฐธรรมนูญทุกคนมาประชุมจึงจะ เป็นองค์ประชุม

การลงมติต้องถือเอาเสียงข้างมาก เว้นแต่ การลงมติวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎร หรือการสิ้นสุดของความเป็นรัฐมนตรี ต้องมีเสียงเห็นชอบด้วย เป็น เอกฉันท์

ขั้นตอนในการพิจารณาการสิ้นสุดแห่งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและความเป็นรัฐมนตรี คือ เมื่อได้รับคำร้องหรือความเห็นให้วินิจฉัยปัญหาใด ๆ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะนัดประชุม เป็นครั้งแรกภายในสิบวันนับแต่วันได้รับคำร้องหรือความเห็นนั้น ในการพิจารณาคำร้องถ้าเห็นว่าคำร้องมีข้อความที่อ่านไม่เข้าใจ ไม่สุภาพ ไม่ชัดเจน ไม่มีข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งคำร้องหรือข้อเท็จจริง แม้จะฟังว่าเป็นความจริงก็ไม่เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาหรือความเห็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลง และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจ



ยกคำร้องนั้นโดยไม่พิจารณาต่อไป ถ้าเห็นว่าคำร้องนั้นชอบที่จะได้รับการพิจารณาก็จะส่งสำเนา คำร้องไปยังผู้ถูกร้องและกำหนดให้ผู้ถูกร้องยื่นคำชี้แจงภายใน 15 วัน นับแต่วันได้รับสำเนา คำร้อง ถ้าไม่สามารถส่งสำเนาคำร้องและหนังสือกำหนดให้ยื่นคำชี้แจงแก่ผู้ถูกร้องหรือผู้ถูกร้อง ไม่ยอมรับ เอกสารดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งปิดประกาศ ณ สำนักงาน เลขาธิการ รัฐสภา เพื่อให้ผู้ถูกร้องมารับเอกสารดังกล่าวภายใน 15 วัน สิทธิของผู้ถูกร้องไม่ว่าจะยื่น คำชี้แจงหรือไม่ ก็มีสิทธิเข้าฟังการพิจารณา มีสิทธิถามพยานและอ้างตนเองหรือหลักฐานอื่น เป็น พยานในการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจออกคำสั่ง เรียกผู้ร้องหรือบุคคลอื่นใด นอกจากผู้ถูกร้องมาให้ถ้อยคำเป็นพยาน หรือ เรียกบุคคลใดให้ส่งเอกสารหรือสิ่งใด ๆ ซึ่งอาจใช้ เป็นพยานหลักฐานมาประกอบการพิจารณาได้ มีอำนาจสั่งงดการสืบพยานหลักฐานใด ๆ ที่เห็นว่า ไม่เกี่ยวกับประเด็นหรือไม่มีความจำเป็นแก่การพิจารณาหรือจะทำให้การพิจารณาชักช้าโดยไม่สมควร นอกจากนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญยัง เป็น เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาอีกด้วย

การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้กระทำโดยเปิดเผย เว้นแต่คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญจะสั่ง เป็นอย่างอื่น หรือผู้ถูกร้องขอให้กระทำเป็นการลับ

สำหรับการพิจารณาในเรื่องอื่น เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องก็จะทำการ พิจารณาครั้งแรกภายในสิบวัน เมื่อทำคำวินิจฉัยแล้วก็แจ้งไปยังผู้ร้องแล้วแต่กรณี ซึ่งมีได้มีวิธี พิจารณาดัง เช่น ในกรณีการพิจารณาการสิ้นสุดแห่งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎร และความเป็นรัฐมนตรี