

## บทที่ 4

### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญ

ในบทนี้จะได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาดังนี้ คือ 4.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ 4.2 ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

#### 4.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายไว้ 3 กรณี คือ 4.1.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามมาตรา 264 4.1.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 198 และ 4.1.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 218

4.1.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมตามมาตรา 264

(1) ข้อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมไว้ในมาตรา 264<sup>1</sup> จากการพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 264 แล้ว สามารถแยกพิจารณาเงื่อนไขตามมาตราดังกล่าวได้ดังนี้

---

<sup>1</sup> มาตรา 264 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว

คือ (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (2) ต้องเป็นกรณีที่ศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดี (3) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264

### (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 264 กำหนดว่า จะต้องเป็นกรณีที่ศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้ที่มีสิทธิเสนอความเห็นว่าเป็นกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ คือ ศาล โดยอาจเป็นความเห็นของศาลนั้นเอง หรือคู่ความในคดีมีความเห็นโต้แย้งก็ได้ ซึ่งแต่เดิมรัฐธรรมนูญของไทยจะบัญญัติให้แต่เฉพาะศาลเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเพิ่มกรณีที่คู่ความสามารถโต้แย้งว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญมากขึ้น แต่ขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติให้มีวิธีการควบคุมเพื่อมิให้มีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไปจนทำให้เกิดกรณีคดีล้นศาล โดยการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะปฏิเสธไม่รับวินิจฉัยได้หากเรื่องนั้นไม่มีสาระสำคัญมากพอ

#### (1.1) ศาล

ในมาตรานี้ ศาลหมายถึง องค์การศาลทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา และไม่ว่าจะเป็นศาลทหาร ศาลปกครอง ศาลทรัพย์สินทางปัญญา รวมทั้งศาลอื่นหากจะมีการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> ศาลที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นศาลที่พิจารณาคดีนั้นๆ และจะต้องใช้บทกฎหมายที่เป็นปัญหาใช้บังคับแก่คดีนั้นด้วย โดยศาลจะต้องแน่ใจในความเห็นของตนเอง หากศาลเพียงแต่สงสัยหรือไม่แน่ใจย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยได้ เมื่อศาลแน่ใจว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง โดยไม่จำเป็นต้องเสนอเรื่องผ่านฝ่ายบริหารเพื่อเสนอเรื่องต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งความเป็นอิสระของศาล

#### (1.2) คู่ความ

ตามมาตรา 264 ได้บัญญัติให้คู่ความในคดีสามารถโต้แย้งว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลที่พิจารณาคดีนั้นย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะตรวจสอบว่าคู่กรณีมีเหตุผลหรือไม่ ฉะนั้น เมื่อคู่กรณีโต้แย้งว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลที่พิจารณาคดีนั้นจะต้องเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณา ซึ่งในการโต้แย้ง

<sup>2</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ บรรณเจติ สิงคะเนติ, อ่างแล้ว , หน้า 40

คู่ความจะต้องให้เหตุผลด้วยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร กล่าวคือ คู่ความจะต้องมีความแน่ใจด้วยว่าบทบัญญัตินั้นๆ ขัดกับรัฐธรรมนูญ หากคู่ความไม่มีเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอ ศาลรัฐธรรมนูญอาจไม่รับวินิจฉัยได้หากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่เป็นสาระอันควรรับไว้วินิจฉัย ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 264 วรรคสอง

(2) ต้องเป็นกรณีศาลจะต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดีนั้นและยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น

จะต้องเป็นกรณีที่มีคดีอยู่ในศาล ซึ่งจะต้องมีการใช้บทกฎหมายที่มีปัญหาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่มาใช้บังคับแก่คดี และประเด็นปัญหาที่กำลังพิจารณาโดยใช้บทกฎหมายนั้นบังคับจะต้องยังไม่ถึงที่สุด ซึ่งการที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้นั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นถึงขนาดที่ว่า หากศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อนการวินิจฉัยคดีของศาลนั้นก็ไม้อาจจะดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะมีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เห็นว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีความสำคัญต่อผลของการพิจารณาคดีในเรื่องนั้นด้วย

(3) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

บทบัญญัติในมาตรา 6<sup>3</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่ากรณีตามมาตรา 6 เป็นการกำหนดมิให้กฎหมายในทุกลำดับชั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่างๆ ส่วนความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 น่าจะหมายถึง กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งออกตามกระบวนการตรากฎหมายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายในที่นี้จึงหมายถึง พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ส่วนกฎหมายอื่นๆ นั้นไม่อยู่ในขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะตราบใดที่กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ตราบนั้นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อใดที่พระราชบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญและมีการออกกฎหมายลำดับรองที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัตินั้นขัด

<sup>3</sup> มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

กับรัฐธรรมนูญ กฎหมายลำดับรองย่อมสิ้นผลไปเช่นกัน สิ่งที่จะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับการทำความเข้าใจในความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ก็คือ ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ศาลที่มีอำนาจเป็นการทั่วไป ฉะนั้น กรณีของกฎหมายลำดับรองทั้งหลาย คือ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ ซึ่งออกโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

จากที่กล่าวข้างต้นว่า การที่จะพิจารณาความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จะต้องคำนึงถึงขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วย สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ หากคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีความหมายถึงกฎหมายในทุกลำดับชั้นแล้ว การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการวินิจฉัยความถูกต้องของกฎหมายลำดับรองจะมีความเหมาะสมหรือไม่ เพราะกฎหมายลำดับรองที่กล่าวถึงนี้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะตราออกมาใช้บังคับ ซึ่งจะมีกระบวนการขั้นตอนในการตรวจสอบอยู่แล้ว กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจเข้าไปวินิจฉัยอีก ในประเด็นเรื่องนี้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรกลางที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรใช้อำนาจหน้าที่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด และหากจะต้องตีความรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ ศาลจะต้องไม่ตีความในทางที่เป็นการขยายอำนาจของศาลออกไปเกินกว่ากรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังเช่นในกรณีตามมาตรา 264 ที่เป็นบทบัญญัติกำหนดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบของกฎหมายนั้น ที่ยังมีประเด็นเรื่องความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่จะต้องทำความเข้าใจ ซึ่งหากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่า มีวัตถุประสงค์อยู่สองประการ คือ ประการแรก เพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติจากการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร อันเป็นไปตามหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร ดังนั้น ในกรณีนี้ กฎหมายนั้นยังมีผลบังคับใช้อยู่ ฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหารจะต้องถูกผูกพันและใช้บังคับกฎหมายดังกล่าวเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอีกประการก็คือ เพื่อควบคุมตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าอยู่ภายใต้กรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวแล้ว คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จึงน่าจะหมายถึง กฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกกันว่า กฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze) ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติ นั้นเอง ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎ ข้อบังคับ หรือระเบียบต่างๆ จะเป็นกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของ

ฝ่ายบริหารที่จะตราออกมาใช้บังคับ ซึ่งจะไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ในที่นี้อาจกล่าวได้ว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จะมีความหมายถึง พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกฎหมายของฝ่ายบริหารว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่เป็นเช่นนี้เพราะการกระทำของฝ่ายบริหารย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายทั่วไปอยู่แล้วนั่นเอง ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 จะหมายความว่าเฉพาะกฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารก็จะมีกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบอยู่แล้ว ซึ่งจะไม่ขอกกล่าวถึงในที่นี้ เมื่อได้พิจารณาถึงความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 แล้ว ในที่นี้สามารถแบ่งบทบัญญัติกฎหมายที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 ได้สองประเภท คือ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่อาศัยอำนาจจากศาลรัฐธรรมนูญ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า กฎหมายในทางรูปแบบ และอีกประเภทก็คือกฎหมายอื่นที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ ฉะนั้น จึงมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาว่าอะไรคือกฎหมายที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยได้ ซึ่งในที่นี้จะได้ทำการศึกษาถึง พระราชกำหนดและประกาศคณะปฏิวัติว่าจะเป็นวัตถุแห่งข้อพิพาทตามมาตรา 264 ด้วยหรือไม่ เนื่องจากในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยความชอบของพระราชกำหนดตามมาตรา 219 ซึ่งเป็นกรณีก่อนที่รัฐสภาจะให้การอนุมัติพระราชกำหนด และศาลรัฐธรรมนูญก็ได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีของพระราชกำหนดมาแล้ว ส่วนประกาศคณะปฏิวัติเป็นสิ่งที่ทุกคนในสังคมยอมรับให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายมาจนถึงปัจจุบัน ดังนั้น จึงต้องมีการศึกษาว่าควรจะควบคุมตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าวด้วยหรือไม่

#### (ก) พระราชกำหนด

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีความหมายถึง พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งกฎหมายที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติก็คือ พระราชกำหนด และในมาตรา 218<sup>27</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้

<sup>27</sup> มาตรา 218 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ (มีต่อหน้าถัดไป)

บัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ โดยให้เป็นดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ โดยในมาตรา 219<sup>28</sup> ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะตรวจสอบเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

ในที่นี้ อาจสรุปถึงขั้นตอนในการตราพระราชกำหนดที่กำหนดไว้ในมาตรา 218 ได้ 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนที่ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ และขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีนำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า (มาตรา 219 วรรคสาม)<sup>29</sup> เพื่อให้สภาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ ซึ่งถ้ารัฐสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้นแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคห้า ที่บัญญัติว่า “ถ้าสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป” จะเห็นได้ว่า ความเป็นกฎหมายที่มีผลถาวรของการบังคับใช้ของ

(ต่อจากเชิงอรรถที่แล้ว)

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>28</sup> มาตรา 219 ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใดตามมาตรา 218 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

ฯลฯ

ฯลฯ

<sup>29</sup> มาตรา 219

ฯลฯ

ฯลฯ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่วัน

ฯลฯ

ฯลฯ

พระราชกำหนดจะมีผลเป็นพระราชบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อพระราชกำหนดนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว ฉะนั้น ในการพิจารณาว่าพระราชกำหนดจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 หรือไม่นั้น ในที่นี้จะแยกพิจารณาเป็นสองกรณี คือ พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้พิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ และพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติแล้ว

ในกรณีการตราพระราชกำหนดนี้ มาตรา 218 บัญญัติให้ฝ่ายบริหารมีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตราพระราชกำหนดหรือไม่ ซึ่งการกำหนดให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายบริหาร ก็เนื่องมาจาก อาจมีความจำเป็นที่ฝ่ายบริหารจะต้องออกกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นเป็นการด่วน และเพื่อรักษาความลับ หากปล่อยให้มีการพิจารณาในรัฐสภาตามปกติแล้ว อาจเกิดความเสียหายได้<sup>4</sup> รัฐธรรมนูญจึงได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารให้สามารถออกกฎหมายได้เป็นกรณีพิเศษ โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งจะเห็นได้ว่าอำนาจในการออกกฎหมายนี้มีใช้จะทำได้พร้อมๆ เพราะเนื่องจากรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขเอาไว้ให้ตราขึ้นในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น และเมื่อตราพระราชกำหนดขึ้นแล้วก็ต้องนำเสนอต่อรัฐสภาเพื่ออนุมัติต่อไป หากรัฐสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนดก็มีผลทำให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ถ้ารัฐสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

หากจะนำหลักเกณฑ์เรื่อง กฎหมายในทางรูปแบบมาพิจารณาว่าพระราชกำหนดจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 อันจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาได้หรือไม่นั้น เห็นว่า พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่อนุมัติจะมีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 เนื่องจากยังมีได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่หากฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดนั้นให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติ ซึ่งจะทำให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ก็จะได้ถือว่าพระราชกำหนดนั้นได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ดังนั้น พระราชกำหนดดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย

#### (ข) ประกาศคณะปฏิวัติ

เมื่อคณะปฏิวัติทำการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จ สิ่งแรกที่คณะปฏิวัติต้องการทำก็คือ การออกคำสั่งหรือคำสั่งแถลงการณ์อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จและเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคณะปฏิวัติ ดังนั้น กระบวนการในการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติจึงขาดความรัดกุม และมีโอกาสที่จะขัดหรือแย้งต่อ

<sup>4</sup> วิชาญ เครืองาม,กฎหมายรัฐธรรมนูญ,สำนักพิมพ์บรรณการ,2523,หน้า 288

รัฐธรรมนูญ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ออกมาจะมีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่เดิมในขณะนั้นหรืออาจตราขึ้นเพื่อให้มีผลบังคับใช้ดังเช่นรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ คำบังคับจะอยู่ในระดับใดก็อยู่ที่จุดมุ่งหมาย เช่น ถ้าเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญก็มีคำบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญหรือถ้าเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติก็มีคำบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ ถ้าเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชกฤษฎีกาก็มีค่าเท่ากับพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น สิ่งที่จะตามมาภายหลังก็คือ เมื่อมีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้วจะถือว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้นจะสิ้นผลไปหรือไม่ ซึ่งหากตามทฤษฎีสำนักกฎหมายบ้านเมืองแล้ว ต้องถือว่ายังมีผลบังคับเป็นกฎหมายอยู่จนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญใหม่ยกเลิกหรือตรากฎหมายใหม่ยกเลิกข้อความในประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้น<sup>5</sup>

ในประเด็นที่ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติจะถือเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น นักกฎหมายของประเทศไทยส่วนใหญ่จะยึดถือหลักทฤษฎีสำนักกฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ ยึดถือคำบังคับความเป็นกฎหมายของคำสั่ง หรือประกาศดังกล่าวมาโดยตลอด<sup>6</sup> โดยเห็นว่า เมื่อคณะปฏิวัติรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งการบังคับประชาชนต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำหรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ซึ่งในประเด็นนี้ ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้เหตุผลสนับสนุนสรุปว่า<sup>7</sup> “การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้น ในครั้งแรกผิดกฎหมาย แต่เมื่อใดที่ผู้กระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ กล่าวคือ สามารถยึดอำนาจอันแท้จริงของตนได้ โดยปราบปรามอำนาจของรัฐบาลเก่าหรือของกลุ่มของบุคคลที่ต่อต้านแพรวพราบไปแล้วก็เป็นรัฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้น จึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่และยกเลิกกฎหมายเดิมบัญญัติกฎหมายใหม่ได้ตามใจชอบ”

จากการศึกษาพบว่า ที่ผ่านมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยพิจารณาวินิจฉัยประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ ซึ่งมีทั้งที่ยอมรับความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ และที่ไม่ยอมรับความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยอมรับความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติก็คือ คำวินิจฉัยที่ 1/2513 ที่วินิจฉัยรับรองการใช้อำนาจของการปฏิวัติ ว่า “ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 43 ซึ่งได้ตราขึ้นโดยหัวหน้าคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายและมีผลบังคับใช้ได้หาได้ขัดหรือแย้ง

<sup>5</sup> พิสิฐ ธรรมกุล, การควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรม, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540, หน้า 42

<sup>6</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 45/2469, 1662/2505 ฯลฯ

<sup>7</sup> โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, โครงการศึกษานโยบายสาธารณะสมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529, หน้า 122



ต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด” ส่วนคำวินิจฉัยที่ไม่ยอมรับความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้นไม่ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจน มีเพียงวินิจฉัยในทำนองไม่ให้มีผลย้อนหลังถ้าคณะปฏิวัติได้ดำเนินการหรือกระทำการใดๆ ไปสำเร็จแล้ว โดยได้วินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1-3/2535 ในประเด็นเรื่องการออกพระราชกำหนดของรัฐบาลในขณะนั้นเพื่อล้มล้างความผิดต่างๆ ของประชาชนที่ต่อต้านการยึดอำนาจครั้งนั้น เป็นการออกพระราชกำหนดโดยชอบด้วยกฎหมายอันมีผลให้ประชาชนที่ต่อต้านการปฏิวัติและกระทำความผิดเนื่องจากการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 พ้นจากความผิดอันเห็นได้ว่าเป็นการวินิจฉัยเพื่อเป็นวิธีการแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นให้เรียบร้อยและให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้น การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

หากจะนำเกณฑ์เรื่องกฎหมายในทางรูปแบบมาพิจารณาประกาศคณะปฏิวัติแล้ว ย่อมแสดงให้เห็นได้ชัดว่า ประกาศคณะปฏิวัติย่อมไม่ใช่วัตถุแห่งข้อพิพาทตามมาตรา 264 แต่ก็มีข้อพิจารณาว่า ประกาศคณะปฏิวัติมิใช่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผ่านกระบวนการตรากฎหมายตามวิธีปกติ ฉะนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณากฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการปกติ คือ จะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ ส่วนองค์กรตุลาการใดจะควบคุมตรวจสอบกฎหมายในระดับใดย่อมแล้วแต่ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ ในกรณีนี้เห็นว่าการควบคุมตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัติโดยศาลรัฐธรรมนูญควรจะจำกัดเฉพาะประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น หากประกาศคณะปฏิวัติมีผลบังคับเป็นกฎหมายลำดับรองย่อมไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ในต่างประเทศส่วนใหญ่จะไม่มี การควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากการไม่ยอมรับแนวคิดการใช้อำนาจล้มล้างการปกครองโดยวิธีการใช้กำลัง แต่อย่างไรก็ดี ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญมีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายใดๆ จึงไม่อาจที่จะให้มีการกระทำหรืองดเว้นการกระทำใดที่มีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีประกาศคณะปฏิวัตินี้ การที่จะพิจารณาว่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากกระบวนการหรือขั้นตอนในการออกประกาศนั้นๆ เหตุที่ไม่สามารถควบคุมความชอบของเนื้อหาของประกาศคณะปฏิวัติได้นั้น ก็เนื่องจาก การปฏิวัติรัฐประหารมีขึ้นเพื่อต้องการล้มล้างระบอบการปกครองเดิม และสถาปนาระบอบการปกครองใหม่ ส่วนรูปแบบการควบคุมกฎหมายของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐ

รัฐธรรมนูญในต่างประเทศจะเป็นรูปแบบใดนั้น ก็แล้วแต่รูปแบบภายในของแต่ละประเทศ และแนวการยอมรับค่าบังคับทางกฎหมายของการปฏิวัติรัฐประหารซึ่งอาจมีการยอมรับที่แตกต่างกันไป<sup>8</sup>

ประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะพิจารณาฎกหรือข้อบังคับซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้สามารถแยกพิจารณาได้สองส่วนคือ 1. กฎหรือข้อบังคับของฝ่ายบริหาร และ 2. กฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

### 1. กฎหรือข้อบังคับของฝ่ายบริหาร

ฎกหรือข้อบังคับเหล่านี้ได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ และรวมถึงข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 276 ประกอบกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 9 ซึ่งบัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกฎก คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด...” และตามมาตรา 3 ได้นิยามคำว่า “ฎก” ว่าหมายถึง “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฎกกฎหมายลำดับรองทั้งหลาย ซึ่งหมายถึง บทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่มีใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า ฎกหรือข้อบังคับที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หากแต่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

### 2. กฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

โดยที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระต่างๆ ขึ้น ซึ่งกำหนดอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรนั้นไว้ อำนาจที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ อำนาจในการออกฎกหรือข้อบังคับเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ขององค์กรนั้นๆ สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ หากฎกหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะมีองค์กรใดเป็นผู้พิจารณาถึงปัญหาดังกล่าว ในเรื่องนี้มีความเห็นว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแล้ว และไม่มอบหมายให้ในรัฐธรรมนูญที่

<sup>8</sup> พิสิฐ ธรรมกุล, เรื่องเดิม, หน้า 66

กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับ ฉะนั้น ในกรณีนี้ กฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น หรือหากจะนำหลักเกณฑ์เรื่ององค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายมาใช้พิจารณา จะเห็นว่า ดังที่ได้ทำการศึกษาในมาตรา 264 คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีความหมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งจะอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัย หากนำมาปรับใช้กับกรณีนี้ก็จะเห็นได้ว่า กฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมิได้ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ควรอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง สิ่งที่สามารถนำมาพิจารณาเทียบเคียงกับกรณีนี้ได้ก็คือ มติคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น มติคณะรัฐมนตรีจึงมีผลเช่นเดียวกับกฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ ในที่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่า แม้จะเป็นกฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

## (2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

ในการวินิจฉัยความชอบของกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง คือ (2.1) คำวินิจฉัยที่ 5/2541 เรื่อง ขอให้วินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 241 วรรคสี่ และมาตรา 264 ประกอบมาตรา 6 (2.2) คำวินิจฉัยที่ 5/2542 เรื่อง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ส่งความเห็นของจำเลย (บริษัทพาด้าอินเตอร์ตีพาร์ทเมนท์กรุ๊ป จำกัด กับพวก) และ (2.3) คำวินิจฉัยที่ 9/2542 เรื่อง ศาลจังหวัดหล่มสักส่งข้อโต้แย้งของจำเลย (บริษัท หล่มสักเมืองใหม่ จำกัด กับพวก)

(2.1) คำวินิจฉัยที่ 5/2541 เรื่อง ขอให้วินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 241 วรรคสี่ และมาตรา 264 ประกอบมาตรา 6

สาระสำคัญของคำวินิจฉัยนี้ คือ นางอุบล บุญชูโลธรร ยื่นคำร้องลงวันที่ 30 มิถุนายน 2541 ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 241 วรรคสี่ ซึ่งบัญญัติว่า “ในคดีอาญาที่พนักงานอัยการมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องแล้ว ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา หรือผู้มีส่วนได้เสีย ย่อมมีสิทธิขอทราบสรุปพยานหลักฐาน พร้อมความเห็นของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งคดี ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เนื่องจากผู้ร้องถูกพนักงานอัยการจังหวัดนนทบุรีฟ้องต่อศาลจังหวัดนนทบุรี ในข้อหาร่วมกันใช้จ้างวาน ให้ร่วมกันฉกฉวยแสวงชัยสุนทรวัฒน์ โดยได้รื้อถอนไว้ก่อน ซึ่งอัยการสูงสุดเคยมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดี แต่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการหรือฟื้นฟูเป็นคดีใหม่ อ้างว่ามีพยานหลักฐานใหม่ที่สำคัญแก่คดีระหว่างพิจารณาคดี ทนายจำเลยได้ขอให้ศาลออกกฎหมายเรียกพยานเอกสารให้พนักงานสอบสวน

และพนักงานอัยการส่งศาล มีเอกสารสำคัญตามสำเนาคำสั่งเรียกพยานเอกสาร ลงวันที่ 21 เมษายน 2541 คือ “สรุปพยานหลักฐานพร้อมความเห็นของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งฟ้องคดีผู้ร้องในข้อหาข่มขืนนางสาวแสงชัย สุนทรวัฒน์ ดาย ทั้งในส่วนที่อัยการสูงสุดสั่งไม่ฟ้องเด็ดขาดไปแล้วกับในส่วนที่ร้องฟ้องใหม่เป็นคดีนี้” แต่โจทก์แจ้งเหตุขัดข้องทนายจำเลยได้ยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดนนทบุรีให้บังคับโจทก์ส่งเอกสาร หากศาลเห็นด้วยกับโจทก์ก็ขอศาลส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตีความ ซึ่งศาลจังหวัดนนทบุรีมีคำสั่งว่าโจทก์มีสิทธิไม่ส่งเอกสารโดยเห็นว่าจะเกิดความเสียหายแก่โจทก์ และศาลไม่ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตีความด้วย จึงมีปัญหาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ดังนี้

1. โจทก์ไม่ยอมส่งเอกสาร “สรุปพยานหลักฐานพร้อมความเห็นของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการในการสั่งฟ้องคดี นางอุบล บุญญชโลธร ในข้อหาข่มขืนนางสาวแสงชัย สุนทรวัฒน์ ดาย ทั้งในส่วนที่อัยการสูงสุดสั่งไม่ฟ้องคดีเด็ดขาดไปแล้ว กับในส่วนที่ร้องฟ้องใหม่เป็นคดีนี้”

2. จำเลยขอให้ศาลจังหวัดนนทบุรีส่งเรื่องตามประเด็นข้อ 1 ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตีความแต่ศาลไม่ส่งโดยอ้างว่ามีใช่เป็นกรณีที่ศาลใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่จำเลยหรือบังคับคดีขัดหรือแย้งมาตรา 6 ซึ่งศาลต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ได้หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเรื่องนี้แล้วเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 264 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ศาลเท่านั้นเป็นผู้ส่งความเห็นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย มิได้ให้สิทธิผู้ร้องหรือคู่กรณีเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ เมื่อผู้ร้องไม่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่มีเหตุที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 241 วรรคสี่ ประกอบมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ จึงไม่รับคำร้องไว้พิจารณา

จากคำวินิจฉัยนี้ จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยได้วางหลักเกี่ยวกับผู้ที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ศาลเท่านั้นที่มีสิทธิดังกล่าวแม้รัฐธรรมนูญจะเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิที่จะโต้แย้ง แต่รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดให้คู่ความมีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า คำวินิจฉัยนี้เป็นไปตามหลักการที่ได้ศึกษาไว้ในตอนต้น

(2.2) คำวินิจฉัยที่ 5/2542 เรื่อง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ส่งความเห็นของจำเลย (บริษัทพาด้าอินเตอร์ตีพาร์ทเมนท์กรุ๊ป จำกัด กับพวก) เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

สาระสำคัญของคำวินิจฉัยนี้ก็คือ ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ส่งความเห็นตามคำร้องของ จำเลย (บริษัท พาด้าอินเตอร์ตีพาร์ทเมนท์กรุ๊ป จำกัด กับพวก) ซึ่งเป็นผู้ร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่บริษัท เงินทุนหลักทรัพย์สินเอเซีย จำกัด (มหาชน) โจทก์ เรียกดอกเบี้ยเงินกู้ยืมจากจำเลยเกินร้อยละ 15 ต่อปี ตามประกาศบริษัท เงินทุนหลักทรัพย์สินเอเซีย จำกัด (มหาชน)ประกาศของธนาคารแห่งประเทศไทยและพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 หรือไม่

ในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า “ประกาศบริษัท เงินทุนหลักทรัพย์สินเอเซีย จำกัด (มหาชน) ฉบับนี้ มิใช่ประกาศของทางราชการและไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้ได้ ส่วนประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวข้างต้น เป็นประกาศที่ออกข้อกำหนดโดยผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง โดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 27 มาตรา 30(1) (2) ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจและมีผลใช้บังคับได้ เท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่ประกาศดังกล่าวนี้มีได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ดังนั้น ที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประกาศทั้งสองฉบับว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่ จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย”

จากคำวินิจฉัยข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยปฏิเสธที่จะพิจารณาด้วยเหตุผลที่ว่า ประกาศดังกล่าวมิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของมาตรา 264 การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้จึงเป็นไปตามหลักการดังที่กล่าวไว้ในตอนต้น และคำวินิจฉัยต่อๆ มาก็ได้วินิจฉัยตามแนวคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้มาโดยตลอด<sup>9</sup>

(2.3) คำวินิจฉัยที่ 9/2542 เรื่อง ศาลจังหวัดหล่มสักส่งข้อโต้แย้งของจำเลย (บริษัท หล่มสักเมืองใหม่ จำกัด กับพวก) ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264

ศาลจังหวัดหล่มสักส่งข้อโต้แย้งของจำเลย (บริษัท หล่มสักเมืองใหม่ จำกัด กับพวก) ผู้ร้อง เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย

<sup>9</sup> คำวินิจฉัยที่ 12-35/2542, 38-40/2542, 41/2542 และ 42-43/2542 (รายละเอียดดู รวมคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญประจำปี 2541 และ 2542 จัดทำโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ)

เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 เป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 มาตรา 14 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 4 และขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 และมาตรา 30 หรือไม่

ข้อเท็จจริงตามคำร้องได้ความว่า ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) เป็นโจทก์ ในคดีแพ่งหมายเลขดำที่ 421/2541 ฟ้องบริษัท หล่มสักเมืองใหม่ จำกัด ที่ 1 บริษัทเมทาเทน พาร์ค อินเตอร์เนชั่นแนล กอล์ฟ แอนด์ รีสอร์ท จำกัด ที่ 2 นายประสม ประคุณศึกษาพันธ์ หรือ ประคุณสุขใจ ที่ 3 นางรัชนิกร หรือ จารุภา ประคุณศึกษาพันธ์ หรือประคุณสุขใจ ที่ 4 เป็นจำเลย ในข้อหากู้ยืมเงิน กู้เบิกเงินเกินบัญชี อาวัล คำประกัน บังคับจำนอง โดยให้จำเลยทั้งสองร่วมกันชำระหนี้ให้แก่โจทก์เป็นเงินจำนวน 25,425,650.79 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 19.75 ต่อปี ของต้นเงิน 21,349,478.86 บาท นับถัดจากวันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระหนี้ให้โจทก์เสร็จสิ้น

ผู้ยื่นคำให้การปฏิเสธฟ้องของโจทก์ทั้งสิ้น โดยเฉพาะประเด็นการคิดดอกเบี้ยของโจทก์ซึ่งผู้ร้องเห็นว่า โจทก์ไม่มีอำนาจคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 15.5 ต่อปี หรืออัตรดอกเบี้ยที่เรียกเก็บอาจต่ำกว่าหรือสูงกว่าที่กำหนดไว้ในสัญญา โดยโจทก์ต้องแจ้งให้ทราบเป็นคราวๆ ดังนั้น การที่โจทก์ไม่แจ้งการปรับเปลี่ยนอัตรดอกเบี้ยให้ผู้ร้องทราบ โดยคิดอัตรดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ย่อมตกเป็นโมฆะ ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยอ้างว่าการคิดอัตรดอกเบี้ยของโจทก์ไม่ชอบ เพราะขัดต่อพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 14 และมาตรา 4 ตามลำดับ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลว่าพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 14 ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลดที่ธนาคารพาณิชย์อาจเรียกได้ โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน มาตรา 4 เพื่อประโยชน์ในการแก้ไขภาวะเศรษฐกิจของประเทศ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดอัตรสูงสุดของดอกเบี้ยที่สถาบันการเงินอาจคิดจากผู้กู้ยืมให้สูงกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีได้ ดังนั้น ในการคิดอัตรดอกเบี้ยต้องเป็นอำนาจของธนาคารแห่งประเทศไทยโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีเท่านั้น แต่ตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2436

ในข้อ 3 (4) ที่ว่า “...เว้นแต่ในกรณีลูกค้าที่ปฏิบัติผิดเงื่อนไข ธนาคารพาณิชย์จะเรียกดอกเบี้ยและส่วนลดได้ไม่เกินอัตราดอกเบี้ยสูงสุดที่ธนาคารพาณิชย์ประกาศกำหนดสำหรับลูกค้าที่ปฏิบัติผิดเงื่อนไข” ดังนั้น ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่าฝืนพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับข้างต้น และขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ปัญหาข้อโต้แย้งนี้ยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมาก่อน ผู้ร้องจึงขอให้ศาลจังหวัดหล่มสักรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งข้อโต้แย้งของผู้ร้อง ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264

ข้อเท็จจริงเพียงพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยได้แล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยตามคำร้องว่า

ประเด็นที่ 1 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด พ.ศ.2505 เป็นประกาศที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 มาตรา 14 พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2543 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2535 มาตรา 4 หรือไม่

ประเด็นที่ 2 ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยฉบับดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 และมาตรา 30 หรือไม่

ในประเด็นที่ 1 พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน เป็นกฎหมายที่ออกโดยผ่านกระบวนการตราพระราชบัญญัติโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติ จึงถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 แต่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยประกาศที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายจะขัดหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายนั่นเอง ดังนั้น การที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 ที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522 เป็นประกาศที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ และพระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน หรือไม่ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

สำหรับประเด็นที่ 2 ที่ผู้ร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประกาศนาคารแห่งประเทศไทย เรื่อง การกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ยและส่วนลด ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2536 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 และมาตรา 30 หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยไว้แล้วว่า ประกาศฉบับดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจไว้ และมีผลใช้บังคับเท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจที่พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ แต่มิได้ออกโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงไม่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ดังนั้น ประกาศฉบับดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

#### 4.1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 198

##### (1) ข้อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 198

จากบทบัญญัติในมาตรา 198<sup>10</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สามารถแยกพิจารณาเงื่อนไขตามมาตราดังกล่าวได้ดังนี้ (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ (2) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” และ (3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

##### (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 198 กำหนดว่า จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ผู้ที่มีสิทธิเสนอความเห็นในกรณีนี้ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา จะเห็นได้ว่า การเสนอความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาให้ศาล

<sup>10</sup> มาตรา 198 ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี

ให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณี พิจารณาวินิจฉัยเรื่อง que ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามวรรคหนึ่งโดยไม่ชักช้า



รัฐธรรมนูญพิจารณานี้ ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการขอพิพาทเกิดขึ้นก่อน เพียงแต่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่ามีความขัดแย้งหรือมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็สามารถเสนอความเห็นต่อศาลได้ ซึ่งเป็นรูปแบบของการควบคุมกฎหมายแบบนามธรรมภายหลังการประกาศใช้

## (2) ความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

จากที่ได้ทำการศึกษาความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 ในหัวข้อที่ 4.1.1 แล้ว มีความเห็นว่า ความหมายของคำดังกล่าวตามมาตรา 198 ควรจะมีความหมายเดียวกันกับมาตรา 264 กล่าวคือ คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หมายถึง กฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่า วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมีขึ้นเพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าอยู่ในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และเพื่อเป็นการคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติจากการใช้กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ฉะนั้น คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จึงหมายถึง “กฎหมายในทางรูปแบบ” เท่านั้น และเหตุผลอีกประการก็คือ มาตรา 198 บัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่มีอำนาจที่จะเสนอความเห็นเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยมีได้มีการแบ่งแยกขอบเขตอำนาจของศาลทั้งสองอย่างชัดเจนว่า เรื่องใดที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง กรณีเช่นนี้เห็นว่า การที่จะแบ่งเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 198 ควรจะพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ขององค์กรที่ตราบทบัญญัติของกฎหมายมาประกอบด้วย กล่าวคือ กฎหมายใดที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาก็ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และกฎหมายใดที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่มีใช้องค์กรนิติบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง หากแบ่งแยกเช่นนี้ก็จะทำให้เห็นได้ว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” จะหมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติอันอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วน กฎ หรือ ข้อบังคับ มิได้อยู่ในความหมายของคำดังกล่าว เพราะตราขึ้นโดยองค์กรที่มีใช้องค์กรนิติบัญญัติ และจะต้องอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

## (3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

จากบทบัญญัติในมาตรา 198 จะเห็นได้ว่า ได้บัญญัติแต่เพียงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น และกล่าวถึงองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบสององค์กร คือ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง แต่มิได้มีบทบัญญัติที่เป็นจุดแบ่งแยกว่าศาลใดจะมีขอบเขตอำนาจเพียงใด หากพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐ

ธรรมนูญและศาลปกครองต่างก็มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งสององค์กร ปัญหาที่ต้องพิจารณาคือ เรื่องใดที่จะอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และเรื่องใดที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การที่จะพิจารณาขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเฉพาะที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นลักษณะของการกำหนดเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงที่มีผลทำให้การตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่สามารถตีความเพื่อขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ฉะนั้น การที่จะทำการศึกษาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 198 มีความหมายว่าอย่างไร ก็จะทำให้สามารถแบ่งขอบเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้อย่างชัดเจน ซึ่งมาตรา 198 ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทไว้สามประเภท คือ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (2) กฎและข้อบังคับ และ (3) การกระทำของบุคคลตามมาตรา 197(1) ซึ่งในที่นี้จะศึกษาถึงวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทที่อยู่ในขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

#### (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หมายถึง กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ ฉะนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายในกรณีนี้ จึงได้แก่

(1.1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

(1.2) พระราชบัญญัติ

(1.3) พระราชกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว

(1.4) ประกาศคณะปฏิวัติที่มีสาระเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

#### (2) กฎและข้อบังคับ

เนื่องจากตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ให้ความหมายของคำว่า “กฎ” ไว้ แต่หากได้ศึกษาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “กฎ” ไว้ในมาตรา 3 ว่า หมายความว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการ

ทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” และมาตรา 9 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด...”

นอกจากนี้ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติไว้ว่า “ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้กำหนดหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติกฎหมายที่ออกโดยองค์กรที่มีองค์กรนิติบัญญัติ ฉะนั้น ในกรณีตามมาตรา 198 นี้ เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้พิจารณา ก็จะทำให้เห็นได้ว่า กรณีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ หรือข้อบังคับ จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา

(2) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีตามมาตรา 198 นี้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องคือ คำวินิจฉัยที่ 24/2543 เรื่อง ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2542 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ซึ่งในเรื่องนี้มีประเด็นสำคัญก็คือ การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งอยู่ในอำนาจของศาลใด ซึ่งสรุปข้อเท็จจริงได้ว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้รับหนังสือร้องเรียนจากผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา จังหวัดอุดรธานีว่า การที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง(ก.ก.ต.) ออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 2543 ข้อ 3 เพิ่มความเป็นข้อ 6 ทวิ ของระเบียบดังกล่าว ความว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งใหม่ได้อีก” และคณะกรรมการ

การเลือกตั้งได้อาศัยระเบียบดังกล่าวสั่งให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าวไม่เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาใหม่ ซึ่งผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าวเห็นว่าระเบียบดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 โดยแจ้งชัด จึงมีหนังสือร้องเรียนมายังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเพื่อขอให้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งตัดสินสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งอาศัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 มาตรา 10(7) ออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฯ จึงน่าจะมีความเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเบื้องต้นว่า การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งฉบับดังกล่าว เป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 มาตรา 10(7) และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้นิยามคำว่า “กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เมื่อระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงย่อมถือได้ว่าเป็น “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยต่อมาว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 198 วรรคหนึ่ง มิได้บัญญัติโดยแจ้งชัดว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครององค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอให้พิจารณาวินิจฉัย แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน... ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัย “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการกระทำของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ

รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง จึงต้องหมายความถึง เรื่องของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังกล่าวนั้น เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198 วรรคหนึ่งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอมาได้

ประเด็นต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าว มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 126 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้มีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่ายคือ 1. ฝ่ายที่มีความเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง และ 2. ฝ่ายที่เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง

1. ฝ่ายที่มีความเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>11</sup>

<sup>11</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีปัญหาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง, เอกสารทางวิชาการของสำนักงานศาลปกครอง, หน้า 14

(1) การที่จะพิจารณาว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ จะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ การพิจารณาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจจะใช้วิธีพิจารณาในทางปฏิเสธเขตอำนาจขององค์กรอื่น กล่าวคือ ไม่อาจจะใช้วิธีพิจารณาว่าเรื่องดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ เพราะมิได้มีความหมายเสมอไปว่า เรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจะตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะการกำหนดเขตอำนาจศาลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้กำหนดลักษณะของเขตอำนาจศาลไว้ ดังนี้ (ก) ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 271<sup>12</sup> ของรัฐธรรมนูญ (ข) ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองทั้งหลาย เว้นแต่เป็นกรณีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลอื่น และ (ค) ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังนั้น ในการตรวจสอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบอำนาจของตนในลักษณะ positive มิใช่ตรวจสอบอำนาจของตนโดยตรวจสอบอำนาจของศาลอื่นในลักษณะ negative ทั้งนี้ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลัก Enumerationsprinzip หรือหลักการกำหนดเขตอำนาจที่ลักษณะเฉพาะเจาะจง หรือการระบุให้อำนาจเฉพาะเท่าที่กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักดังกล่าวแตกต่างจากหลัก Generalklausel ซึ่งเป็นหลักการกำหนดเขตอำนาจในลักษณะทั่วไป ดังเช่น ตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น หรือกรณีของศาลปกครองให้มีเขตอำนาจในคดีข้อพิพาทในทางปกครองทั้งปวง เว้นแต่ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเท่าที่กฎหมายระบุไว้เท่านั้น หลักการดังกล่าวก่อให้เกิดผลดังนี้

ก. การตีความบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่อาจจะตีความกฎหมายเพื่อขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือไม่อาจจะใช้การเทียบเคียงกฎหมายเพื่อเป็นการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้

ข. การตีความหรือวินิจฉัยว่าเรื่องใดเรื่องหนึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น เช่น ศาลปกครอง ย่อมมิได้หมายความว่าในทางตรงกันข้ามว่า เรื่องดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจของศาล

<sup>12</sup> มาตรา 271 ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น

รัฐธรรมนูญ หากพิจารณาตามระบบกฎหมายไทย หากเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเรื่องดังกล่าวมิได้หมายความว่าความเสมอไปว่าจะตกอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ แต่เรื่องดังกล่าวอาจอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ดังนั้น ถ้าเรื่องดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง เรื่องดังกล่าวย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

(2) จะอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการแบ่งแยกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง

ข้อพิจารณาประการสำคัญ คือ ในระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ กล่าวคือ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ จะอาศัยหลักเกณฑ์ใดในการแบ่งแยกว่า กฎหมายลำดับใดอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายลำดับใดอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งนี้ โดยมีหลักในการพิจารณาแบ่งแยกโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้ (ก) หากเป็นการตรวจสอบความชอบด้วย "รัฐธรรมนูญ" ให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่หากเป็นการตรวจสอบความชอบด้วย "กฎหมาย" อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (ข) หลักเกณฑ์ขององค์กรที่ออกบทบัญญัติต่าง ๆ มาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. การอาศัยหลักเกณฑ์ของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับความชอบด้วยกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง ซึ่งหากพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลว่า ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณา "ความชอบด้วยกฎหมาย" ของการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล จากเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวดูเหมือนว่า ศาลรัฐธรรมนูญพยายามแบ่งแยกระหว่าง "ความชอบด้วยกฎหมาย" กับ "ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ การอาศัยหลักเกณฑ์ดังกล่าวในการแบ่งแยกเป็นการไม่สอดคล้องกับการตรวจสอบ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก.1 มาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197(1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์

ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้ว แต่กรณี”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มาตรา 198 ได้บัญญัติแต่เพียงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่องค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบก็ได้มีการบัญญัติไว้ถึงสององค์กร กล่าวคือ ทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง แต่มาตรา 198 ก็ได้บัญญัติจุดแบ่งแยกศาลใดมีขอบเขตอำนาจเพียงใด แต่จากบทบัญญัติดังกล่าวอาจสรุปได้ว่า ทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่างมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสององค์กร ดังนั้น จึงไม่สามารถแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองได้

ก.2 การอาศัยหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกนั้นไม่สอดคล้องกับหลักการตรวจสอบโดยองค์กรใดองค์กรหนึ่ง เช่น หากให้ศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบกฎกระทรวงว่าชอบด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือไม่ หากศาลปกครองตรวจสอบกับพระราชบัญญัติแม่บทแล้วปรากฏว่า ไม่ขัดกับกฎหมายแม่บท แต่อาจขัดกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคสาม<sup>13</sup> ของรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ศาลปกครองก็อาจพิจารณาปัญหาต่อไปได้จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณา และในทางกลับกันหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่งไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ขัดกับกฎหมายแม่บท ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่มีอำนาจพิจารณาต่อไป จะต้องให้ศาลปกครองเป็นผู้พิจารณา ซึ่งก็ไม่มีช่องทางที่ศาลกับศาลจะส่งเรื่องดังกล่าวให้แก้กันได้

ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลใดศาลหนึ่งนั้น ศาลนั้นๆ ย่อมสามารถนำเกณฑ์ของกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่ามาตรวจสอบกฎหมายที่ถูกตรวจสอบได้เสมอ กล่าวคือ ไม่ว่าจะศาลใดจะเป็นองค์กรในการตรวจสอบ “กฎกระทรวง” ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลนั้นย่อมสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎกระทรวง” กับพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท และรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดได้เสมอ ทั้งนี้ เพราะคำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” ย่อมหมายถึงความถึงรัฐธรรมนูญด้วย

ข. การอาศัยหลักเกณฑ์ขององค์กรที่ออกบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง

<sup>13</sup> มาตรา 29 วรรคสาม บัญญัติว่า บทบัญญัติวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาบังคับกับกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม



การอาศัยหลักเกณฑ์ขององค์กรที่ออกบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยก องค์กรดังกล่าวหมายถึง องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติ โดยแบ่งให้บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรซึ่งมีใช่องค์กรนิติบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากอาศัยองค์กรดังกล่าวในการแบ่งแยกจะทำให้ศาลแต่ละศาลที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอาจอาศัยเกณฑ์ทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัตินั้นๆ ได้ การอาศัยหลักเกณฑ์ขององค์กรเพื่อแบ่งแยกเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง มีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

ข.1 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดให้มีเขตอำนาจเท่านั้น และจากการตรวจสอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ แล้ว ไม่มีบทบัญญัติใดที่เขียนไว้อย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับรอง ดังนั้น หากพิจารณาตามหลัก Enumerationsprinzip จึงไม่อาจตีความขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้มีเขตอำนาจเพิ่มขึ้นได้ หลักการดังกล่าวตรงกันข้ามกับหลัก Generalklausel ซึ่งเป็นหลักการกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจทั่วไป ในกรณีของศาลปกครองเป็นไปตามหลักดังกล่าว กล่าวคือ คดีปกครองโดยทั่วไปย่อมตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ด้วยเหตุผลจากหลัก Enumerationsprinzip และหลัก Generalklausel นี้เอง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองจึงควรตกอยู่กับศาลปกครอง

ข.2 หากใช้หลักการตีความกฎหมายอย่างเป็นระบบ (systematische Auslegung) มาเป็นหลักในการตีความเพื่อแบ่งเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครอง โดยอาศัยหลักการตีความบทบัญญัติมาตรา 264 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แล้ว เห็นว่า ตามนัยของมาตรา 264 หมายถึง กฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze) หรือกฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หากอาศัยเกณฑ์ดังกล่าวพิจารณา กฎหมายดังต่อไปนี้ถือว่าเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 264 ก.พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข.พระราชบัญญัติ ค.พระราชกำหนดที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว และกฎหมายดังต่อไปนี้ไม่ถือว่าเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามนัยมาตรา 264 ก.บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ข.พระราชกำหนดก่อนที่จะได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ค.พระราชกฤษฎีกา ง.กฎ ข้อบังคับ ประกาศ ระเบียบ

หากอาศัยหลักเกณฑ์ของมาตรา 264 ซึ่งตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มาเป็นเกณฑ์ในการตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ ก็จะได้ผลที่สอดคล้องต้องกันกับมาตรา 264 กล่าวคือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึง ก.พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข.พระราชบัญญัติ และ ค.พระราชกำหนดที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ส่วนกฎหมายที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้แก่ ก.พระราชกฤษฎีกา ข.กฎกระทรวง ค.ประกาศกระทรวง ง.ระเบียบและ ข้อบังคับต่างๆ

การตีความดังกล่าวเป็นการตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 198 และมาตรา 264 ให้สอดคล้องต้องกัน และผลจากการตีความดังกล่าวเท่ากับเป็นการกำหนดขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าสามารถควบคุมตรวจสอบกฎหมายลำดับใต้ได้บ้าง

การแบ่งขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองในกรณีนี้อาจนำทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการพิจารณาประกอบเพื่อทำความเข้าใจได้ กล่าวคือ ในทุกรัฐจะมีอำนาจอยู่สามอย่าง คือ ก.อำนาจนิติบัญญัติ เป็นอำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปในรัฐ กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎหมาย ข.อำนาจปฏิบัติการ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน คือ อำนาจในการใช้หรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งเรียกว่า อำนาจบริหาร ค.อำนาจปฏิบัติการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง คือ อำนาจในการวินิจฉัยคดี ซึ่งเรียกว่า อำนาจตุลาการ ความมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ของมองเตสกีเออ ก็คือ เพื่อที่จะคุ้มครองและให้หลักประกันแก่ราษฎร เพราะหากมีการก้าวท้าวอำนาจกันแล้ว ก็จะไปสู่เผด็จการได้โดยง่าย แต่ถ้ายกกันก็ยังคงพอกันหรือเสี่ยงต่อการถูกใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมน้อยลง จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยเป็นสามองค์กร คือ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ แต่ละองค์กรก็จะมีอำนาจหน้าที่เฉพาะของตนแตกต่างกันไป อำนาจหน้าที่หลักขององค์กรนิติบัญญัติก็คือ การตรากฎหมาย ส่วนอำนาจหน้าที่ขององค์กรบริหารก็คือ การบริหารปกครองประเทศซึ่งจากอำนาจนี้ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะตรากฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเองเพื่อเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศ ดังนั้น ในส่วนขององค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมการกระทำขององค์กรทั้งสองจึงควรจะเป็นคนละองค์กรกัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนศาลปกครองจะมีอำนาจควบคุมความชอบของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร<sup>14</sup>

ดังนั้น หากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอความเห็น ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาใน

<sup>14</sup> วิษณุ เครืองาม, อ่างแล้ว, หน้า 227

ระดับพระราชบัญญัติ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัย

## 2. ฝ่ายที่เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง

แนวความคิดของฝ่ายนี้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ และโดยที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดว่ากรณีที่ถูกฎหรือข้อบังคับมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะต้องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลใด ซึ่งหากจะตีความว่าเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะมีปัญหาว่าจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรืออยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งแนวความคิดของฝ่ายนี้ไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งที่จะให้อำนาจแก่ศาลปกครองมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบของกฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจที่จะวินิจฉัยเฉพาะหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น คณะกรรมการการเลือกตั้งมิใช่หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรืออยู่ในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบคณะกรรมการการเลือกตั้ง รวมทั้งไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบของกฎหรือข้อบังคับของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ฝ่ายนี้มีความเห็นว่าเรื่องดังกล่าวควรอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นกรณีเกิดปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงควรให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว เนื่องจากเป็นองค์กรที่มีความหมายเฉพาะสมที่จะวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎขององค์กรตามรัฐธรรมนูญยิ่งกว่าศาลปกครอง

จากแนวความคิดของทั้งสองฝ่ายต่อเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากเกิดปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตราขึ้นนั้น ควรจะต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ด้วยเหตุผลดังนี้

1. ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ฉะนั้น จึงมีผลทำให้ไม่สามารถตีความขยายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ ในกรณีนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกฎหรือข้อบังคับขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจดังกล่าว

2. การให้เหตุผลว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งมิใช่หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้น เป็นการให้เหตุผลใน

ทางรูปแบบเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการให้เหตุผลโดยดูจากลักษณะขององค์กรเท่านั้น แต่มิได้พิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจหรือลักษณะของการกระทำ ดังนั้น หากเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมเฉพาะเจาะจงหรือเป็นการใช้อำนาจในลักษณะของการออกกฎซึ่งมีลักษณะนามธรรมทั่วไป การใช้ อำนาจทางปกครองดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเสมอ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่ง “กฎ” ที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีก็ถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองเช่นกัน

#### 4.1.3 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 218

การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดสามารถแยกพิจารณาได้สองประการ คือ 1. การควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ และ 2. การควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

##### 1. การควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ

ในกรณีนี้เป็นการกำหนดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญให้สามารถควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดก่อนที่รัฐสภาจะอนุมัติ ซึ่งจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้วางเงื่อนไขในการใช้อำนาจตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารไว้สองประการเพื่อเป็นการกำหนดกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร คือ ประการแรก การที่จะตราพระราชกำหนดได้จะต้องเป็นเรื่องที่สำคัญที่กระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมอย่างมาก เช่น ความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ และประการที่สอง จะต้องเป็นเหตุเร่งด่วนจำเป็นหากรอไว้จะเกิดความเสียหายต่อส่วนรวม ในที่นี้ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ว่า พระราชกำหนดที่ตราขึ้นนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในประการแรกที่ว่า เป็นไปเพื่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือไม่ ซึ่งกรณีดังกล่าวที่ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบได้เป็นการใช้ดุลพินิจในทางนโยบายของฝ่ายบริหารและเป็นความรับผิดชอบขององค์กรทางการเมือง และเท่าที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับที่ผ่านมา ก็ได้มีบทบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารมาโดยตลอด รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย (พ.ศ. 2475) และรัฐธรรมนูญฉบับที่สอง ก็ได้บัญญัติรับรองอำนาจการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารในกรณีมีเหตุฉุกเฉินที่จะเรียกประชุมสภาผู้แทนราษฎรให้ทัน่วงทีมิได้ และบัญญัติให้รับนำเสนอต่อสภาเพื่อรับรองหรืออนุมัติโดยเร็ว และใน

รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489 (ฉบับที่ 3) ก็ได้เพิ่มบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขที่เป็นกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้ โดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารออกพระราชกำหนดได้ก็ต่อเมื่อเป็นเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันจะต้องรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะเท่านั้น ซึ่งต่อมา เงื่อนไขเหล่านี้ก็ได้ยึดถือและบัญญัติต่อเนื่องกันมา ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า ผู้ที่ควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดมาโดยตลอดก็คือ รัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง กล่าวคือ รัฐสภาจะต้องรับรองหรืออนุมัติพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้น แม้แต่ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489 (ฉบับที่ 3) ที่เริ่มมีการบัญญัติถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก จนถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2534 รัฐธรรมนูญของไทยก็ไม่เคยกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรอิสระเข้ามามีอำนาจตรวจสอบเงื่อนไขในการใช้อำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะเข้าไปตรวจสอบการตราพระราชกำหนดก่อนที่รัฐสภาจะอนุมัตินั้น ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญควรจะจำกัดอำนาจของตนอย่างยิ่งที่จะไม่เข้าไปก้าวกายการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร อันจะมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปใช้ดุลพินิจเสียเอง เพราะศาลคงจะไม่ได้อยู่ในฐานะที่จะประเมินข้อเท็จจริงได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องตราพระราชกำหนดหรือไม่ และเนื่องจากในรัฐธรรมนูญเองก็ได้บัญญัติถึงกลไกในการควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอยู่แล้ว โดยให้ฝ่ายบริหารจะต้องส่งพระราชกำหนดให้รัฐสภาให้ความรับรองหรืออนุมัติ ซึ่งเห็นได้ว่า เป็นการคานอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองทั้งสอง คือ ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นกลไกที่เป็นหลักทั่วไป กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารได้ ซึ่งมีผลทำให้ฝ่ายบริหารต้องพ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแสดงความรับผิดชอบต่อสภา แต่ขณะเดียวกัน ฝ่ายบริหารก็อาจยุบสภาซึ่งมีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องพ้นจากตำแหน่งไปเหมือนกัน ดังนั้น ในการใช้อำนาจตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลรัฐธรรมนูญก็ควรจะจำกัดอำนาจของตน โดยวินิจฉัยเฉพาะประเด็นที่ว่า ได้มีสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดอยู่จริงหรือไม่ เท่านั้น และศาลควรจะปฏิเสธที่จะวินิจฉัยว่าได้เกิดสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขขึ้นแล้วหรือไม่

กล่าวโดยสรุปคือ อำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารตามมาตรา 218 เป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดอำนาจของศาลไม่ให้เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือเข้ามาควบคุมฝ่ายบริหาร ฉะนั้น การกระทำของรัฐบาลจึงอยู่เหนือการควบคุมของศาลอย่างเด็ดขาดแต่อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะจำกัดอำนาจของตนเองไม่ควบคุมกิจการของฝ่ายบริหารอันเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยอ้างหลักกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอิสระในการดำเนินกิจการต่างๆ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะได้จำกัดอำนาจของตนเองไม่เข้าไปควบคุม แต่การใช้อำนาจอ้อมที่จะต้องมี การควบคุม ทั้งนี้ การกระทำของรัฐบาลก็ยังสามารถถูกควบคุมทางอื่นได้ เช่น การควบคุมทางการเมืองโดยรัฐสภา หรือโดยประชาชน กรณีการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารนี้ถือได้ว่าเป็นเรื่องของสถานการณ์พิเศษที่ทำให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากกว่าปกติ ซึ่งสามารถกระทำการใดๆ ได้โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัดที่ในยามปกติไม่สามารถทำเช่นนั้นได้ เพราะโดยหลักแล้ว หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเป็นหลักที่ใช้บังคับบนพื้นฐานของสถานการณ์ปกติ แต่ในสถานการณ์พิเศษหรือฉุกเฉินนี้ หากนำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ หรือฝ่ายนิติบัญญัติเองก็อาจออกกฎหมายมาบังคับการไม่ทัน แต่มิได้หมายความว่า จะดใช้หลักนี้โดยสิ้นเชิง หากเป็นแต่เพียงว่าได้มีการผ่อนคลายลงไปและมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่าในยามปกติบ้างเท่านั้น แต่ฝ่ายบริหารก็ต้องไม่ปฏิบัติการณ์ให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไป มิฉะนั้น อาจจะถูกฟ้องร้องต่อศาลได้ ถ้าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขต หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>15</sup>

ถึงแม้ฝ่ายบริหารจะได้รับยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์พิเศษ แต่การกระทำนั้นต้องอยู่ในการควบคุมเช่นกัน ผู้ควบคุมโดยหลักแล้ว คือ ศาล จะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ได้ขึ้นอยู่กับศาลของแต่ละประเทศ โดยหลักแล้ว ศาลจะควบคุมโดยดูว่าฝ่ายบริหารที่อ้างว่ามีสถานการณ์พิเศษนั้นเป็นไปตามที่กล่าวจริงหรือไม่ หรืออ้างเพียงเพื่อจะหลบเลี่ยงเพื่อไม่ให้นำหลักความชอบด้วยกฎหมายมาใช้ หรืออ้างเพื่อเข้าหาประโยชน์ของตนเองฝ่ายเดียว หรือเมื่อสถานการณ์ได้กลับคืนสู่ปกติแล้ว ศาลก็มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่ามาตรการที่ฝ่ายบริหารได้ใช้ไปนั้น เป็นมาตรการของความจำเป็นของสถานการณ์หรือไม่ ถ้าไม่เป็น ศาลมีสิทธิเพิกถอนได้ และฝ่ายบริหารก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำนั้นๆ

## 2. การควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติแล้ว

มาตรา 218 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติว่า “พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้การอนุมัติแล้ว ให้ถือว่ามีผลใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ” จากบทบัญญัตินี้จึงถือได้ว่า พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้การอนุมัติแล้วเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะการตราพระราชกำหนดตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัตินี้เป็นกรณีพิเศษที่แตกต่างจากวิธีการทั่วไป ที่จะต้องผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อน ดังนั้น เมื่อฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อรัฐสภา และรัฐสภาได้พิจารณาและให้ความเห็นชอบแล้ว ก็ถือได้ว่าพระราชกำหนดนั้นได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติและมีผลใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยความชอบของพระราชกำหนดนั้นได้

<sup>15</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ่างแล้ว, หน้า 287

มาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า การที่ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้นั้นจะต้องเป็นกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นได้ว่าจะต้องเกิดสถานการณ์ต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งจะต้องเป็นความจำเป็นรีบด่วนหรือเป็นกรณีฉุกเฉิน ฝ่ายบริหารจึงจะตราพระราชกำหนดขึ้นได้ คำว่า “กรณีฉุกเฉิน” น่าจะมีความหมายถึงกรณีสถานการณ์ไม่ปกติต่างๆ เช่น เกิดจลาจล ภัยพิบัติ โรคระบาด เกิดกบฏ สงคราม รวมถึงสถานการณ์ไม่ปกติในด้านอื่นๆ เช่น ด้านเศรษฐกิจ เกิดข้าวยากหมากแพง มีคนว่างงานมาก หรือเศรษฐกิจตกต่ำ ฯลฯ ซึ่งสถานการณ์ต่างๆ เหล่านี้ทำให้เกิด “ความจำเป็น” ที่จะต้องมีกฎหมายออกมาใช้บังคับเพื่อแก้ไขให้คืนสู่ปกติ จากถ้อยคำในมาตรา 218 จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำที่ใช้ไม่มีความชัดเจนในตัวเอง ฉะนั้น การที่ตราพระราชกำหนดได้นั้น จะต้องมีการตีความเสียก่อนว่าได้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้น การตีความว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินใดๆ เกิดขึ้นแล้วหรือไม่ ต้องอาศัยองค์การบริหารมาเป็นผู้ตีความ เนื่องจากในแง่หนึ่งอาจมองได้ว่าอำนาจในการตราพระราชกำหนดเป็นขององค์กรทางการเมือง ซึ่งอาจจะมีเรื่องทางการเมืองแฝงอยู่ อีกทั้ง องค์กรบริหารเป็นตัวแทนของประชาชนในการบริหารประเทศ ย่อมจะต้องมีการวางนโยบายเพื่อให้มีการปฏิบัติการให้เป็นไปตามแนวทางที่ได้วางเอาไว้ การตราพระราชกำหนดจึงเป็นอีกทางหนึ่งที่จะทำให้นโยบายของฝ่ายบริหารสำเร็จลุล่วงได้ ฉะนั้น ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดจึงเป็นเรื่องทางการเมืองอย่างแท้จริง หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองหรือเป็นเรื่องทางนโยบาย ศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดตนเองไม่ให้ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากศาลเป็นองค์กรอิสระและไม่ได้มาจากประชาชน จึงไม่มีเหตุผลที่ศาลจะไปควบคุมในเรื่องที่เป็นนโยบายหรือดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ฉะนั้น ในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าสถานการณ์ฉุกเฉินที่ฝ่ายบริหารอ้างถึงเพื่อใช้ในการตราพระราชกำหนดนั้นมีอยู่จริงหรือไม่ แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าได้เกิดสถานการณ์นั้นๆ ขึ้นหรือไม่ เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของฝ่ายบริหารที่จะมีดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าได้มีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นสมควรที่จะตราพระราชกำหนด และในการใช้อำนาจในการวินิจฉัยตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องให้เหตุผลในทางกฎหมายได้ กล่าวคือ ศาลจะต้องใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการวินิจฉัย ในกรณีการควบคุมตรวจสอบความชอบของพระราชกำหนดนี้ มิใช่เข้าไปตรวจสอบว่าได้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินขึ้นหรือไม่ ศาลควรตรวจสอบเฉพาะความมีอยู่ของสถานการณ์เท่านั้น

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 219 ได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการที่จะเข้าไปตรวจสอบว่าพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นนั้น เป็นไปตามมาตรา 218 ววรรคหนึ่งหรือไม่ ซึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ

ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ และโดยที่อำนาจในการตราพระราชกำหนดเป็นของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง จึงมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีขอบเขตในการใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนดได้แค่ไหนเพียงใด ในเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่จะตราพระราชกำหนดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงบทบาทของตนว่าควรมีขอบเขตเพียงใด เพื่อที่จะไม่เป็นการก้าวก้าวการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

#### 4.1.4 แนวความคิดของต่างประเทศ

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กรณีการควบคุมความชอบแบบรูปธรรม นั้น กฎหมายที่อาจยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว และเป็นกฎหมายที่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ ดังนั้น การตรวจสอบกฎหมายจึงไม่อาจจะกระทำได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าวหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะป้องกัน (praeventive Vorlagen) จึงไม่อาจจะทำได้ กฎหมายในทางรูปแบบนี้หมายถึง กฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐสภา และหมายรวมถึง กฎหมายที่ได้พิจารณาโดยเหตุผลพิเศษ อันเป็นเหตุที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถึงแม้กฎหมายนั้นจะมีการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติก็ตาม หากแต่ได้รับการพิจารณาตามกระบวนการอื่นๆ ตัวอย่างเช่น กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในการออกกฎหมายตามมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจควบคุมตรวจสอบได้ ในกรณีของกฎหมายลำดับรองอื่นๆ เช่น กฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ กิติ หรือข้อบังคับของหน่วยงานต่างๆ เช่น ข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร กิติ กฎหมายเหล่านี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่จะพิจารณาวินิจฉัย ส่วนกรณีการควบคุมแบบนามธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถควบคุมกฎหมายลำดับรองได้ กล่าวโดยสรุปก็คือ ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะจำกัดเฉพาะกฎหมายในทางรูปแบบที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาของสหพันธ์เท่านั้น ส่วนกฎเกณฑ์อื่นๆ ไม่ว่าจะมีส่วนเป็นพระราชบัญญัติหรือต่ำกว่าพระราชบัญญัติต่างก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส ตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจพิจารณาพระราชบัญญัติ (les lois) พระราชกำหนด (les ordonnances) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (les lois organiques) ข้อบังคับการประชุมสภา (les reglements parlementaires) ซึ่งจะเป็นการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีที่กฎหมายนั้นๆ ขัดหรือแย้งกับสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะเห็นได้ว่าระบบการควบคุมของประเทศฝรั่งเศสจะเน้นไปในทางควบคุม "ร่างกฎหมาย" ก่อนการประกาศใช้ (le controle a priori) เป็นสำคัญ ซึ่งคล้ายคลึงกับ



บทบัญญัติในมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน ส่วนกรณีการควบคุมกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว (le controle a posteriori) จะแตกต่างจากการควบคุมกฎหมายในประเทศอื่นๆ กล่าวคือ ตุลาการรัฐธรรมนูญ จะพิจารณาเฉพาะประเด็นที่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย นอกขอบอำนาจของตนตามที่มาตรา 34 ให้ไว้หรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายโดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 34 นั้นเอง

ส่วนในกรณีขั้นตอนการตราพระราชกำหนดของประเทศฝรั่งเศสนี้ จะคล้ายกันกับประเทศไทย กล่าวคือ รัฐสภาจะตราพระราชบัญญัติมอบอำนาจกำหนดเรื่องและขอบเขต ตลอดจนระยะเวลาให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนด ผลของการมอบอำนาจก็คือ ภายในเงื่อนไขและภายในระยะเวลาที่พระราชบัญญัติมอบอำนาจไว้ รัฐบาลมีสิทธิเต็มที่จะเข้าไปใช้อำนาจที่รับมอบการตราพระราชกำหนด ในระหว่างที่รัฐสภาได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารแล้ว รัฐสภาจะใช้อำนาจตราพระราชกำหนดในเรื่องเดียวกันไม่ได้เพราะมีผลเป็นการสละอำนาจในส่วนนี้ไปแล้ว และถือว่าพระราชกำหนดนี้ ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภา พระราชกำหนดดังกล่าวนี้จึงมีศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติ คือ สามารถยกเลิกเพิกถอนหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติที่มีอยู่ก่อน เป็นผลทำให้พระราชกำหนดมีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ แต่ในกรณีที่รัฐบาลไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติให้สัตยาบันแก่พระราชกำหนดต่อรัฐสภาภายในกำหนดเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติมอบอำนาจพระราชกำหนดนั้น ก็เป็นอันสิ้นผลบังคับไปในวันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว และในกรณีที่รัฐสภาไม่ให้สัตยาบันแก่พระราชกำหนดพระราชกำหนดนั้นก็สิ้นผลบังคับไปในวันที่รัฐสภาลงมติ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ด้วยกันทั้งสององค์กรก็ตาม แต่การใช้อำนาจดังกล่าวยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ ภาระหน้าที่ในการนิติบัญญัติที่แท้จริง อันได้แก่ การออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพของปวงชนซึ่งตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสได้สงวนให้เป็นอำนาจของรัฐสภาเท่านั้น การตราพระราชบัญญัติของรัฐสภายังคงถือว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมายที่สูงที่สุดอยู่ และไม่มืองค์กรใดรวมทั้งศาลที่จะโต้แย้งความสมบูรณ์ของพระราชบัญญัติได้ เพราะพระราชบัญญัติเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนในขณะที่กฎหมายของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกำหนด รวมถึงข้อบังคับที่ฝ่ายบริหารออกได้เป็นเอกเทศ และข้อบังคับที่ออกตามพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง กฎหมายของฝ่ายบริหารเหล่านี้ถือเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง ศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนได้

ในกรณีของพระราชกำหนด นับแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับจนถึงวันที่รัฐสภาลงมติเกี่ยวกับการให้สัตยาบันพระราชกำหนด ถือว่ามีสภาพเป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง จึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายของศาลปกครอง แต่หลังจากที่รัฐสภาให้สัตยาบันแล้ว โดยมีพระราชบัญญัติอนุมัติพระราชกำหนด พระราชกำหนด

ก็มีผลบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ กลายเป็นพระราชบัญญัติเต็มรูปแบบถือเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง

#### 4.1.5 บทวิเคราะห์สรุป

จากที่ได้ทำการศึกษามาข้างต้นเกี่ยวกับประเด็นเรื่องอำนาจในการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 มาตรา 198 และมาตรา 219 อาจกล่าวสรุปได้ดังนี้

##### (1) การควบคุมตรวจสอบตามมาตรา 264

การที่จะพิจารณาความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 จะต้องพิจารณาถึงกรอบการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ด้วย กล่าวคือ การที่จะตีความว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีความหมายครอบคลุมกฎหมายในลำดับใดบ้างนั้น จะต้องตีความรัฐธรรมนูญโดยเคร่งครัด และจะต้องไม่ตีความในทางที่เป็นการขยายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้โดยเฉพาะ มิได้มีอำนาจเป็นการทั่วไป ในที่นี้อาจกล่าวโดยสรุปว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 264 หมายถึง พระราชบัญญัติและพระราชกำหนดที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ด้วยเหตุผลที่ว่าพระราชบัญญัติได้ผ่านกระบวนการตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้วตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ส่วนพระราชกำหนดที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก็ถือได้ว่าได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากสภาแล้วเช่นกัน สิ่งที่ต้องพิจารณาอีกประการ คือ ประกาศคณะปฏิวัติ ถือเป็นกฎหมายด้วยหรือไม่ จะเห็นได้ว่า ตามแนวคิดของนักนิติศาสตร์ของไทยที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกา จะตีความว่า ประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายที่ยอมรับให้มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป แม้ว่าในตอนแรกการปฏิวัติจะผิดกฎหมาย แต่เมื่อได้ทำการสำเร็จแล้ว ผู้ทำการปฏิวัติก็เป็นผู้ที่มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้น จึงสามารถยกเลิกกฎหมายเก่า และบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นใช้บังคับได้ ซึ่งในปัจจุบันก็ยังคงมีประกาศคณะปฏิวัติที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายอยู่ ในส่วนของการควบคุมตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัติ มีปัญหาว่าองค์กรใดที่จะเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ เพราะหากไม่มีการควบคุมแล้ว ก็จะทำให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติตราขึ้นโดยกลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่ง จึงมีโอกาสมากที่จะมีข้อขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้ามาควบคุมตรวจสอบคำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัติเฉพาะที่มีค่าบังคับอยู่ในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น

## (2) การควบคุมตรวจสอบตามมาตรา 198

ในกรณีนี้มีประเด็นอยู่ที่ การแบ่งแยกขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง เนื่องจากในมาตรา 198 มิได้บัญญัติถึงจุดแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองไว้ เพียงแต่บัญญัติถึงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะเป็นผู้เสนอความเห็นดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองจะมีขอบเขตอำนาจในกรณีมาตรา 198 นี้ เพียงใด ในมาตราดังกล่าวได้บัญญัติถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” “กฎ” “ข้อบังคับ” ที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ สิ่งใดคือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งจะทำให้เห็นขอบเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองได้ชัดเจนขึ้น จากที่ได้ทำการศึกษาอาจสรุปได้ว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 198 นี้ จะมีความหมายเดียวกันกับในมาตรา 264 คือ กฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากองค์การนิติบัญญัติและประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติ ส่วน “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนด และไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาตราใดที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายลำดับรองด้วย ในการแบ่งแยกอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง จะใช้หลักเกณฑ์ขององค์กรที่ตราบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอำนาจของศาลทั้งสอง กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราโดยองค์กรซึ่งมิใช่องค์กรนิติบัญญัติก็จะอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง

## (3) การควบคุมตรวจสอบตามมาตรา 219

รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 218 หรือไม่ ในการควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญจะเกี่ยวโยงกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ตามมาตรา 218 ฝ่ายบริหารจะเป็นผู้ประเมินว่าให้เกิดสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้เพื่อที่จะตราพระราชกำหนดแล้วหรือไม่ ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจอิสระของฝ่ายบริหารโดยแท้ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญจะทำได้เฉพาะกรณีตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดตนเองในการวินิจฉัย โดยศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะพิจารณาว่าให้เกิดเหตุการณ์อันเป็นเงื่อนไขถึงระดับที่จะต้องตราพระราชกำหนดหรือไม่ ซึ่งศาลจะไม่สามารถหาเหตุผลทางกฎหมายมาใช้ในการวินิจฉัยได้ กล่าวโดยสรุปคือ

ศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดตนเองที่จะวินิจฉัยเฉพาะความมีอยู่ของสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดเท่านั้น

#### 4.2 ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การศึกษาในเรื่องนี้จะแบ่งหัวข้อออกเป็นสองหัวข้อ ก็คือ 4.2.1 ขอบเขตทั่วไป และ 4.2.2 ขอบเขตของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย

##### 4.2.1 ขอบเขตทั่วไป

ในการพิจารณาขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น อาจแยกพิจารณาขอบเขตของการตรวจสอบออกได้ 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบในทางรูปแบบ หมายถึง ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในแง่ของกระบวนการตรา และการตรวจสอบในทางเนื้อหา หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางเนื้อหาว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น กฎหมายนั้นขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ หรือกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ การพิจารณาขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 4.2.1 ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบตามมาตรา 264 4.2.2 ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบตามมาตรา 198 และ 4.2.3 ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบตามมาตรา 219

##### (1) ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบตาม

มาตรา 264

หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 264 แล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรา 264 มีความมุ่งหมายที่จะให้ศาลหรือคู่ความโต้แย้งเฉพาะกรณีที่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้หมายความว่ารวมถึงให้ควบคุมกระบวนการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย ดังจะเห็นได้จาก กรณีตามมาตรา 264 นี้จะต้องเกิดเป็นคดีขึ้นสู่ศาลหรือได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นก่อน ศาลที่จะพิจารณาคดีจึงจะส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยความชอบของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบ “เนื้อหา” ของกฎหมาย ส่วนในกรณีการควบคุมตรวจสอบกระบวนการตรานั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 262 แล้วว่า ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลทำให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปทั้งฉบับหรือบางส่วนก็ได้ ดังนั้น ศาลหรือคู่ความจึงไม่อาจที่จะเสนอเรื่องที่มีประเด็นว่า กระบวนการตรากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยอาศัยมาตรา 264 ได้

(2) ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบตาม

มาตรา 198

ขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 198 นี้ จะเป็นกรณีเดียวกันกับมาตรา 264 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติ โดยไม่รวมถึงกฎหมายลำดับรองอื่นๆ แม้กรณีมาตรา 198 จะไม่จำเป็นที่จะต้องมีการพิพาทเกิดขึ้นก่อนก็ตาม แต่ก็เข้าใจได้ว่า กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมหมายถึงกรณีที่ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วน “เนื้อหา” ของกฎหมาย ไม่หมายความว่าความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่ของกระบวนการตรา เพราะการให้ตรวจสอบความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในแง่กระบวนการตรานั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้โดยเฉพาะไว้ในมาตรา 262 ดังนั้น เมื่อไม่หยิบยกประเด็นดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้อีก ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เกิดความมั่นคงในทางกฎหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะ “เนื้อหา” ของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งโดยใช้ถ้อยคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ฉะนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงจะต้องเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับ “เนื้อหา” ของกฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น

(3) ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบตาม

มาตรา 219

ในเรื่องนี้จะได้ทำการศึกษาโดยแยกเป็นสองประเด็น คือ (3.1) ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้การอนุมัติ และ (3.2) ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายุติแล้ว

(3.1) ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้การอนุมัติ

ในเรื่องนี้ สิ่งที่ต้องพิจารณาก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้าไปตรวจสอบ “เนื้อหา” หรือ “กระบวนการ” ในการตราพระราชกำหนดได้หรือไม่ จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะพิจารณาว่า พระราชกำหนดเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบว่าพระราชกำหนดดังกล่าวตราขึ้นเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศหรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ฯลฯ หรือไม่ สำหรับเหตุผลที่จะต้องมืองค์กรเข้ามาตรวจสอบขั้นตอนการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ก็คือ พระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราออกมาจะมีผลใช้บังคับก่อนที่รัฐสภาจะพิจารณาในทางเนื้อหาเพื่อที่จะอนุมัติพระราชกำหนดนั้นให้มีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นขั้นตอนในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติ ภายหลังจากที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับไปแล้ว ฉะนั้น จึงต้องมืองค์กรเข้ามาควบคุมตรวจสอบในขั้นตอนดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมตรวจสอบ หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 218 แล้ว ขอบเขตการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ก็คือ ศาลจะสามารถควบคุมตรวจสอบเฉพาะเงื่อนไขตามมาตรา 218 เท่านั้น โดยมีเหตุผลที่ว่า พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้รับการอนุมัติ ยังไม่แน่นอนว่าจะมีผลบังคับใช้เป็นพระราชบัญญัติหรือไม่ ซึ่งอาจตกไปในขั้นการพิจารณาของรัฐสภาได้ ดังนั้น ศาลจะควบคุมตรวจสอบความมีอยู่ของสถานการณ์ แต่ไม่สามารถวินิจฉัยว่าได้เกิดสถานการณ์อันเป็นเงื่อนไขแล้วหรือไม่ ฉะนั้น จึงกล่าวได้ว่า ศาลไม่สามารถตรวจสอบ “เนื้อหา” ของพระราชกำหนดได้

(3.2) ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติแล้ว

ดังที่ได้ทำการศึกษามาแล้วว่า พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้การอนุมัติแล้ว จะมีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ ฉะนั้น พระราชกำหนดดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ซึ่งจะมีผลทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบได้เฉพาะ “เนื้อหา” ของพระราชกำหนดเท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการตรา และรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติถึงการควบคุมตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดไว้แล้วในมาตรา 218

กล่าวโดยสรุป คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตอำนาจแต่เฉพาะกรณีแรกเท่านั้น<sup>16</sup> ซึ่งเป็นลักษณะของการขัดหรือแย้งในทางเนื้อหาสาระ (substantive unconstitutionality) เท่านั้น มิใช่ลักษณะของการขัดหรือแย้งในทางกระบวนการวิธีบัญญัติกฎหมาย (procedural unconstitutionality) โดยมีเหตุผล 2 ประการ คือ

<sup>16</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, ศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 2 (พ.ศ.-ส.ศ. 2542) หน้า 80

(1) หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 264 และมาตรา 198 แล้ว จะเห็นว่า มาตราทั้งสองบัญญัติถึง “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เท่านั้น ซึ่งโดยถ้อยคำแล้วก็มีความหมาย เฉพาะ “เนื้อหา” เท่านั้น ไม่รวมถึง “กระบวนการตรา” แต่อย่างใด

(2) หากพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรา 262 (1) (2) และ (3) ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายฉบับใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ก็จะแสดงให้เห็นได้ว่า กรณีตามมาตรา 262 รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ทั้ง “เนื้อหา” และ “กระบวนการตรา” ในขณะที่ มาตรา 264 และมาตรา 198 ไม่ได้กล่าวถึง “กระบวนการตรา” แต่อย่างใด ฉะนั้น กรณีการ คควบคุมกฎหมายตามมาตรา 264 และมาตรา 198 ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาได้เฉพาะ “เนื้อหา” เท่านั้น

(3) เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 218 และมาตรา 219 แล้ว สรุปได้ว่า ในกรณีการตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถ ตรวจสอบได้เฉพาะเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น ส่วนพระราชกำหนด ที่รัฐสภาได้อนุมัติแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบ “เนื้อหา” ของพระราชกำหนดนั้นได้ เนื่องจากเมื่อรัฐสภาได้อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ก็ถือได้ว่าการพิจารณาของรัฐสภาแล้ว ซึ่ง มีผลทำให้พระราชกำหนดมีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ จึงถือได้ว่าเป็น “บทบัญญัติแห่ง กฎหมาย” ตามมาตรา 264 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้

#### 4.2.2 ขอบเขตของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย

โดยทั่วไปแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่วินิจฉัยปัญหาในทางรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ซึ่งเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการวินิจฉัย ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติให้เป็นโมฆะได้ โดยเหตุที่ขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจค่อนข้างมากในการปฏิเสธกฎหมาย ของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ” โดยเหตุนี้ เรื่องขอบเขต การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจ ผิดพลาด จะทำให้เกิดปัญหาทางการเมืองขึ้นได้

##### (1) ความหมายของ “เรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย”

ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนโยบาย จึงจะต้องทำ การศึกษาว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายมีความหมายว่าอย่างไร เนื่องจากการใช้อำนาจของศาล

รัฐธรรมนูญอาจมีผลกระทบต่อองค์กรทางการเมืองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจทางการเมืองด้วย จะสังเกตเห็นได้ว่า องค์กรทางการเมืองมีที่มาจากประชาชน ซึ่งมีอำนาจในการบริหารประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายบริหาร และเพื่อให้การบริหารประเทศเกิดผลอย่างมีประสิทธิภาพ ฝ่ายบริหารจำเป็นต้องกำหนดนโยบายเพื่อเป็นแนวทางในการบริหารประเทศให้เป็นไปอย่างเหมาะสม สิ่งซึ่งเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร ก็คือ กฎหมาย ดังนั้น ในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นเรื่องในทางนโยบายของฝ่ายบริหาร ที่ฝ่ายบริหารจะต้องเป็นผู้ประเมินข้อเท็จจริงว่าสมควรตรากฎหมายฉบับใดขึ้นหรือไม่ เนื่องจาก ฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารประเทศจึงเป็นผู้ที่รัฐสถานการณ์ที่ดีที่สุด อำนาจในการกำหนดนโยบายที่กล่าวมานี้จึงเป็นการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง และคงไม่มีองค์กรอื่นใดที่จะรู้ดีไปกว่าฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติและการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำอย่างระมัดระวัง เพราะอาจไปกระทบกระเทือนถึงการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองทั้งสอง ฉะนั้น ศาลไม่ควรจะเข้าไปวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นนโยบายหรือเป็นการใช้ดุลพินิจขององค์กรทางการเมือง โดยยึดหลักที่ว่า เรื่องใดที่ไม่สามารถให้เหตุผลทางกฎหมายในการวินิจฉัยได้ ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยเรื่องนั้น และด้วยเหตุผลที่ว่า องค์กรทางการเมืองเป็นเรื่องตัวแทนที่มาจากประชาชน ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีที่มาจากประชาชนโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่มาจากประชาชนโดยทางอ้อม จึงไม่มีเหตุผลที่จะให้ศาลเข้าไปวินิจฉัยเรื่องที่เป็นนโยบายหรือดุลพินิจ และในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองก็จะมีกลไกที่ใช้ในการคานอำนาจอยู่แล้ว กล่าวคือ ฝ่ายบริหารต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรอิสระจึงต้องจำกัดตนเองในการควบคุมตรวจสอบเรื่องที่เป็นดุลพินิจหรือนโยบายขององค์กรทางการเมือง

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาโดยแยกเป็นสองกรณีคือ (1) การควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนด และ (2) การควบคุมตรวจสอบการตราพระราชบัญญัติ

#### (1) การควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนด

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า องค์กรทางการเมืองที่มีอำนาจในการตรากฎหมายสององค์กร คือ องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ซึ่งการกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองในการใช้อำนาจในการตรากฎหมาย มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรจะมีขอบเขตการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเพียงใด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรอิสระที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงอำนาจไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือได้ว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญสูงสุด เพราะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ



ในทางปฏิเสศ กล่าวคือ การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะมีผลทำให้บทบัญญัตินั้นๆ สิ้นผลไป ซึ่งอาจเป็นกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าวสิ้นผลไปทั้งฉบับ หรือเพียงมีผลเป็นการยกเลิกเพียงบางส่วนเท่านั้น

พระราชกำหนดเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารประเภทหนึ่ง โดยแนวคิดในการตราพระราชกำหนดตามบทกฎหมายไทยนั้น สืบเนื่องมาจากในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยทั้งนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ตามแนวทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยแต่เดิม ถือว่ามีอำนาจสูงสุดทุกประการในประเทศ จึงมีพระราชอำนาจในการตรากฎหมายอะไรก็ได้ เพราะพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ทรงเป็นรัฐอธิปไตย เมื่อออกกฎเกณฑ์ข้อบังคับใด สิ่งนั้นก็จะเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั้งสิ้น แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ทรงอยู่ในฐานะที่ไม่ยุ่งเกี่ยวทางการเมือง จึงมีการประสานแนวความคิดดั้งเดิมกับแนวความคิดตามระบอบประชาธิปไตย โดยรับเอาแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ในการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย แต่รัฐธรรมนูญยังคงกำหนดสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้เป็นสถาบันหลักของชาติ ภายใต้รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายสูงสุด<sup>17</sup> ในที่นี้อาจกล่าวถึงเหตุผลและความจำเป็นในการให้อำนาจฝ่ายบริหารที่จะใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ ดังนี้

### 1. ความจำเป็นทางสถานการณ์

ในสถานการณ์รับด่วนหลายกรณีกระทบถึงประโยชน์สำคัญของประเทศชาติ ซึ่งอาจเกิดจากเหตุการณ์ภายในรัฐ เช่น การนัดหยุดงาน กบฏ หรือจลาจลหรืออาจเกิดจากสถานการณ์ภายนอก รัฐ อันได้แก่การเกิดสงครามระหว่างประเทศ ในภาวะเช่นนี้การปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานของรัฐตามขั้นตอนในยามปกติไม่สามารถก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้อย่างเต็มที่ และยังมีขั้นตอนที่สำคัญทั้งอำนาจตุลาการก็อาจไม่สามารถดำเนินการพิจารณาได้ตามปกติ ในสภาพเช่นนี้ไม่อาจมีการประชุมรัฐสภาได้ทันที ตามสภาพจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัติเพื่อบัญญัติมาตรการอันจำเป็น และเหมาะสมกับสถานการณ์ ทั้งยังเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่รัฐมากกว่าในยามปกติโดยมุ่งหวังถึงผลสำเร็จในการรักษาความสงบเรียบร้อย

<sup>17</sup> วรธนวรรณ ประพัฒน์ทอง.พระราชอำนาจในการพิจารณาฎีการ้องทุกข์,วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต,บัณฑิตวิทยาลัย,จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,2540,หน้า 10

## 2. ความจำเป็นของสภาพแห่งเรื่องทางเนื้อหา

การตรากฎหมายในเรื่องที่เป็นวิชาการหรือเทคนิคเฉพาะในด้านใดด้านหนึ่ง จำเป็นต้องมีการปรึกษาหารือกับผู้เชี่ยวชาญ และผู้เกี่ยวข้องที่มีความชำนาญในเรื่องนั้นๆ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจไม่มีบุคลากรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะที่จะบัญญัติกฎหมายในทางที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด ฝ่ายบริหารมีข้าราชการประจำ ซึ่งมีความชำนาญเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่สืบต่อเนื่องกันมาและมีหน่วยงานต่างๆ รองรับนโยบายในเกือบทุกเรื่อง ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องทางเทคนิคเฉพาะด้าน ทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารเป็นกลุ่มบุคคลที่ใกล้ชิดกับประชาชน และมีความเชี่ยวชาญจึงเป็นผู้อยู่ในฐานะที่ดีที่สุด ในอันที่จะได้รับข้อมูลและพัฒนาความคิดอันจำเป็นต่อการปรุงแต่งนโยบายให้ดี ดังนั้น การมอบให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกกฎหมายจึงอำนวยความสะดวกในเรื่องนี้ได้

นักวิชาการเชื่อกันว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเท่านั้น ที่อยู่ในฐานะที่ดีที่สุด ในอันที่จะใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของตนขัดเกลานโยบายของรัฐที่รัฐสภากำหนดให้เป็นในรูปแบบนามธรรม เพื่อนำไปสู่โครงการทางปฏิบัติที่สามารถนำไปใช้ได้จริงในเรื่องนั้น นอกจากนั้นโดยเหตุที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงฝ่ายปกครองของรัฐเป็นผู้มีตำแหน่งหน้าที่ในงานนั้นๆ จึงเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริงในงานดังกล่าว ความเชี่ยวชาญเฉพาะนี้เมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้นำออกมาใช้ยังก่อให้เกิดความยืดหยุ่นในอันที่จะทำงานตามนโยบายนั้นโดยมีความรู้สึกรับผิดชอบเป็นอย่างดี และเป็นเหตุผลที่ดีด้วยเช่นกัน ที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ต้องบรรจุบทบัญญัติที่มีลักษณะเชิงวิชาการสูงอันมิได้มีปัญหาเรื่องหลักการเข้ามาเกี่ยวข้อง และเป็นบทบัญญัติที่จะเข้าใจได้โดยผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้องเท่านั้นลงในตัวบทกฎหมาย นอกจากนี้สมาชิกรัฐสภาอาจจะประสบความสำเร็จในงานด้านการกำหนดนโยบายทั่วไป แต่อาจจะไม่มีเวลาและข่าวสารข้อมูล รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งจำเป็นสำหรับการกำหนดวิธีการที่เฉพาะเจาะจงในการนำนโยบายเหล่านั้นไปปฏิบัติ

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญก็จะมีบทบัญญัติกำหนดเพิ่มเติมจากกรณีปกติไว้ด้วยว่า ฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจนิติบัญญัติอันมิใช่หน้าที่หลักของตนได้ก็ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงบางประการที่ถูกกำหนดให้เป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในลักษณะนี้ เช่น ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้ก็ต่อเมื่อมีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงว่า “เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วน” หรือ “ความจำเป็นซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ” หากฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดไปจำกัดสิทธิของปัจเจกชนโดยไม่มีเงื่อนไขทางข้อเท็จจริง ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เกิดขึ้น หรือมีข้อเท็จจริงไม่ใช่ข้อเท็จจริงชนิดเดียวกันกับที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจเกิดขึ้น แต่ฝ่ายบริหาร

ประเมินข้อเท็จจริงดังกล่าวผิดพลาดหรือเข้าใจผิดว่าเป็นข้อเท็จจริงชนิดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ พระราชกำหนดดังกล่าวย่อมเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แม้หน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินจะเป็นของฝ่ายบริหารโดยตรงก็ตาม แต่ในระบบการเมืองแบบรัฐสภา ฝ่ายบริหารอันได้แก่ คณะรัฐมนตรีเกิดจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งรัฐบาล ฝ่ายบริหารไม่ได้มาจากการเลือกตั้งจึงไม่อาจบริหารประเทศโดยลำพังได้ ดังนั้น ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีจะต้องมาจากความไว้วางใจของรัฐสภา จึงควรให้สภาเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมการทำงาน เพื่อให้ใกล้เคียงกับหลักที่ว่าประชาชนมีส่วนร่วมในการควบคุมรัฐบาลโดยผ่านทางรัฐสภาให้มากที่สุด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ประชาชนควบคุมสภา สภาควบคุมรัฐบาล จากการที่ฝ่ายบริหารต้องมีหน้าที่กำหนดนโยบาย ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐสภา และเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบาย ฝ่ายบริหารจึงต้องมีอำนาจออกกฎหมายในบางกรณี โดยเฉพาะในกรณีฉุกเฉินเร่งด่วนอันจำเป็นต้องรักษาผลประโยชน์ของประเทศชาติเป็นหลัก ในจุดนี้เอง อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารจึงเป็นวิธีบริหารราชการแผ่นดินอย่างหนึ่ง ซึ่งต้องอยู่ในความควบคุมของรัฐสภา หน้าที่ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐสภาจึงเป็นสาเหตุให้รัฐสภาเหมาะสมเป็นองค์กรควบคุมการตราพระราชกำหนดอันเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร

ในที่นี้อาจสรุปถึงความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายบริหารได้ดังนี้<sup>18</sup>

(1) ลักษณะสำคัญและความจำเป็นของรูปแบบการเมืองในระบบรัฐสภาซึ่งถือว่าเมื่อแยกฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติออกจากกันแล้ว เฉพาะแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่มาจากประชาชนโดยตรง ส่วนฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลนั้นในระบบการเมืองแบบรัฐสภาถือว่าไม่ได้มาจากประชาชนโดยตรง หากแต่มาจากความไว้วางใจของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แม้นายกรัฐมนตรีก็มาจากความไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติ นโยบายในการบริหารงานก็มาจากความไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องมีอำนาจในการควบคุมดูแลหรือตรวจสอบว่าฝ่ายบริหารได้บริหารประเทศไปเรียบร้อยหรือบกพร่องอย่างไรบ้าง ตัวบุคคลในรัฐบาลมีฝีมือความสามารถ ความซื่อสัตย์สุจริตและความเหมาะสมอื่นๆ เพียงใด นโยบายของรัฐบาลได้ผลหรือไม่เพียงใด รวมความก็คือ สมควรแก่การไว้วางใจให้ปฏิบัติงานในฐานะรัฐบาลต่อไปหรือไม่ ถ้ายังสมควรแก่ความไว้วางใจก็ให้ปฏิบัติงานต่อไป แต่ถ้าไม่สมควรแก่ความไว้วางใจก็ดำเนินการให้ผู้ที่เป็นฝ่ายบริหารในขณะนั้นยุบบทบาทลงเฉพาะตัวบุคคล หรือหมดทั้งคณะพร้อมกัน แล้วดำเนินการหาผู้ที่ควรแก่ความไว้วางใจเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ต่อไป

<sup>18</sup> วิษณุ เครืองาม, อ่างแล้ว, หน้า 500-501

ความไว้วางใจเป็นความสัมพันธ์อันสำคัญที่โยงใยรัฐสภาและรัฐบาลไว้ด้วยกัน ในระบบรัฐสภานั้นมีหลักอยู่ว่า รัฐบาลยอมบริหารงานอยู่ใต้ตราบเท้าที่รัฐสภายังคงให้ความไว้วางใจ ในทางปฏิบัติจึงมีการใช้กลไกต่างๆ เท่าที่กฎหมายและระบบเปิดโอกาสให้ทำได้เพื่อที่ฝ่ายบริหารจะได้รักษาระดับความไว้วางใจนี้ เช่น การที่พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาได้จัดตั้งรัฐบาลก็เป็นหลักประกันว่าโดยอาศัยวินัยของพรรค มารยาททางการเมืองและผลประโยชน์ร่วมกัน พรรคจะไม่ทอดทิ้งรัฐบาล โดยลงมติไม่ไว้วางใจ หรือใช้มาตรการควบคุมการทำงานของรัฐบาลจนตึงเกินไป การที่ประสานประโยชน์กันระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา การแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี เลขานุการรัฐมนตรี ที่ปรึกษารัฐมนตรีจากผู้ที่เป็สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การพบปะสังสรรค์บ่อยครั้งระหว่างรัฐบาลและสมาชิกรัฐสภา การให้ความสะดวกต่างๆ ต่อสมาชิก การตั้งกรรมการประสานงานระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เหล่านี้ล้วนแต่เป็นการรักษาระดับและเสริมความไว้วางใจของสภาที่มีต่อรัฐบาล และทำให้การใช้มาตรการควบคุมการทำงานของรัฐบาลไม่ตึงเครียดหรือตึงจนเกินไปนัก

(2) เป็นไปตามหลักการของระบอบประชาธิปไตยซึ่งถือว่าประชาชนควรมีโอกาสตรวจสอบและควบคุมรัฐบาลตลอดจนรัฐสภาได้ เพื่อให้ได้ชื่อว่าการออกกฎหมายมาใช้แก่ประชาชนก็ดี การบริหารหรือการปกครองประเทศก็ดีได้รับความเห็นชอบจากประชาชน ในส่วนของการออกกฎหมายมาใช้กับประชาชนนั้น การที่ให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการออกกฎหมายโดยที่สภานั้น สมาชิกได้รับเลือกจากประชาชนในการเลือกตั้งทั่วไปที่มีการเลือกตั้งโดยตรงและลับ ก็เท่ากับว่าเป็นการออกกฎหมายโดยความเห็นชอบจากประชาชนแล้ว แต่คณะรัฐมนตรีผู้บริหารประเทศไม่ได้มาจากการเลือกตั้งจึงไม่อาจบริหารประเทศโดยลำพังได้ หากแต่ปรากฏว่าคณะรัฐมนตรีมาจากความไว้วางใจของสภา จึงควรให้สภาควบคุมการทำงานได้เพื่อให้ใกล้เคียงกับหลักที่ว่าประชาชนมีส่วนในการควบคุมรัฐบาลโดยผ่านทางสภาได้มากที่สุด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ประชาชนควบคุมสภา สภาควบคุมรัฐบาล

ในกระบวนการตราพระราชกำหนดนั้น จะได้รับการผ่านการพิจารณาจากองค์กรต่างๆ กัน ในลำดับแรก คือ คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้เสนอการตราพระราชกำหนด โดยคณะรัฐมนตรีจะมีมติพิจารณาเบื้องต้นว่า มีเหตุการ์ณใดอันเป็นเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดหรือไม่ และเมื่อได้ร่างพระราชกำหนดแล้ว นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารก็จะลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เพื่อทูลเกล้าฯ ถวายพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย พระมหากษัตริย์จะทรงมีพระราชวินิจฉัยร่างพระราชกำหนดอีกครั้งหนึ่ง หากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างพระราชกำหนดนั้นก็ประกาศใช้ไม่ได้ และไม่มียกมาตรการใดให้คณะรัฐมนตรีลงมติยืนยันร่างพระราชกำหนดนั้นต่อพระมหากษัตริย์ดังเช่นในกรณีพระราชบัญญัติ จึงต้องถือว่าหากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างพระราชกำหนดนั้นก็ไม่มีทางประกาศใช้เป็นกฎหมายได้เลย และเมื่อร่างพระราชกำหนดนั้นได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษามีผลใช้บังคับแล้ว คณะรัฐมนตรีจะ

ต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาพิจารณา โดยหากเป็นกรณีการตราพระราชกำหนดเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงปลอดภัยของประเทศก็ต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาโดยไม่ชักช้า และหากเป็นพระราชกำหนดที่เกี่ยวกับภาษีอากรและเงินตรา จะต้องเสนอต่อรัฐสภาภายในสามวันนับจากที่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น องค์การที่จะพิจารณาพระราชกำหนดต่อไปก็คือ รัฐสภา ที่จะพิจารณานุมัติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบ หากรัฐสภาเห็นชอบพระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป หากไม่เห็นชอบ พระราชกำหนดนั้นก็ตกไป แต่หากมีข้อสงสัยว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐสภาก็อาจส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดแล้ว พระราชกำหนดนั้นจะไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด นายกรัฐมนตรีจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา หากพระราชกำหนดไม่ได้รับการอนุมัติ ซึ่งจะไม่กระทบถึงกิจการที่ได้กระทำลงก่อนพระราชกำหนดไม่ได้รับการอนุมัติ สรุปได้ว่า กระบวนการตราพระราชกำหนดและการอนุมัติพระราชกำหนดนั้น จะได้รับการพิจารณาจาก คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ พระมหากษัตริย์ ในการทรงลงพระปรมาภิไธย และรัฐสภาในการลงมติอนุมัติหรือไม่อนุมัติ แต่หากมีข้อสงสัยในเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้พิจารณาว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่

ระบบรัฐธรรมนูญของไทยยอมรับหลักที่ว่าฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้เอง ในขณะที่มีเหตุฉุกเฉินเร่งด่วนโดยไม่ต้องได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายบริหาร<sup>19</sup> เพื่อให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายเป็นเครื่องมือสำหรับควบคุมและแก้ไขสถานการณ์เฉพาะหน้าได้ทันที และในขณะเดียวกันพระราชกำหนดก็เป็นปัจจัยในการอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่กำหนดขึ้นไว้แต่เริ่มแรก ด้วยเหตุนี้ พระราชกำหนดจึงเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารมีดุลพินิจในการตราออกใช้บังคับอย่างแท้จริง ฉะนั้น ผู้ที่มีอำนาจที่จะตัดสินว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้น สมควรที่จะตราพระราชกำหนดหรือไม่ ก็คือฝ่ายบริหารนั่นเอง นอกจากนี้ เหตุผลที่สนับสนุนข้อสรุปดังกล่าวได้อย่างดีอีกประการหนึ่งก็คือ ในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาใช้บังคับ จะต้องมีการตีความและกำหนดความหมายของบทบัญญัตินั้นก่อนเสมอ องค์การใดมีหน้าที่บังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด องค์การนั้นจะต้องกำหนดความหมายของบทบัญญัติที่ตนจะบังคับใช้ก่อนองค์การอื่น ทั้งนี้ เพื่อตรากฎหมายที่อยู่ในอำนาจของตน เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่บังคับใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนด ฝ่ายบริหารจึงเป็นองค์กรที่มีหน้าที่กำหนดความหมายของบทบัญญัตินี้ อำนาจตัดสินว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินหรือเหตุฉุกเฉินเกิดขึ้นหรือไม่ อันเป็นส่วนหนึ่งของบทบัญญัติ จึงตกอยู่กับ

<sup>19</sup> ธนิต ภูริเวทย์, หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ.2534, หน้า 350

ฝ่ายบริหาร ฉะนั้น ผู้ที่มีอำนาจที่แท้จริงในการตัดสินใจว่ามีเหตุฉุกเฉิน หรือสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ได้แก่ คณะรัฐมนตรีซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้า โดยคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ร่วมกันพิจารณาว่าสภาวะการณ์เช่นใดจึงจะถือได้ว่าเป็นเหตุฉุกเฉินหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน และที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้บัญญัติให้อำนาจในการตราพระราชกำหนดแก่ฝ่ายบริหารมาโดยตลอด อีกทั้งยังได้กำหนดวิธีการควบคุมตรวจสอบการตราพระราชกำหนดเอาไว้ซึ่งก็คือ รัฐบาลจะต้องนำพระราชกำหนดนั้นๆ เสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติ ซึ่งรัฐสภาจะสามารถตรวจสอบได้ว่าฝ่ายบริหารได้บริหารประเทศอย่างไร นโยบายของรัฐบาลได้ผลเพียงใด มาตรการในการควบคุมตรวจสอบที่สำคัญก็คือ การเปิดอภิปรายและลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี ผลของการลงมติหากรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีย่อมสิ้นสุดอำนาจหน้าที่ของตนโดยการพ้นจากตำแหน่ง อันเป็นการแสดงความรับผิดชอบร่วมกันต่อสภา จะเห็นได้ว่า ในระบบรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลจนถึงขั้นทำให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่งได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งฝ่ายบริหารก็มีเครื่องมือที่จะโต้ตอบฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยมีอำนาจในการริเริ่มหรือเสนอแนะให้ทำการยุบสภาเพื่อจะถ่วงดุลหรือคานอำนาจของสภา

ตลอดเวลาที่ประเทศไทยมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกำหนดทั้งฉบับที่เป็นประชาธิปไตยและฉบับที่เกิดจากการปฏิวัติรัฐประหาร ปรากฏว่าในทางปฏิบัติในแต่ละยุคของรัฐบาลคณะต่างๆ คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นหรือไม่ การที่ได้มีการปฏิบัติซ้ำกัน และสืบทอดปฏิบัติต่อเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าเป็นการยอมรับหลักในเรื่องนี้ โดยถือว่า เป็นธรรมเนียมในระบอบประชาธิปไตย การที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาตัดสินใจขั้นสุดท้าย ในการตราพระราชกำหนดเพื่อแก้ไขเหตุฉุกเฉิน อาจกล่าวได้ว่าคณะรัฐมนตรีคือองค์กรผู้ที่มีอำนาจตัดสินใจว่าควรออกพระราชกำหนดหรือไม่นั่นเอง

โดยลักษณะองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีรูปแบบขององค์กรเป็นศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางและมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายโดยการดำเนินการตามกระบวนการวิธีพิจารณาที่ได้กำหนดไว้ เพื่อเป็นการยุติข้อพิพาท ดังนั้น เรื่องที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ จะต้องเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างคู่กรณี โดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทดังกล่าวนั้นเสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจพิจารณา ศาลไม่อาจหยิบยกเรื่องดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองได้ และศาลจะต้องวินิจฉัยกรณีดังกล่าวให้เป็นไปตามผลของกฎหมายที่กำหนดไว้ ซึ่งก็คือ ศาลจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น กรณีจึงเป็นการจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอีกทางหนึ่ง เพราะโดยรูปแบบขององค์กร ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว อีกทั้ง

อำนาจในการตราพระราชกำหนด รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญจึงควรจำกัดตนเองที่จะเข้าไปวินิจฉัย

## (2) การควบคุมตรวจสอบการตราพระราชบัญญัติ

ในการบัญญัติกฎหมายของรัฐสภา รัฐสภาจะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นที่ตั้ง การที่จะบัญญัติกฎหมายให้เป็นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ และจะกระทำได้ในขอบเขตจำกัดเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดถึงเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงจะขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หากรัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจไว้ เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญคือสัญญาประชาคมที่องค์กรทุกองค์กร แม้แต่รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนจะต้องเคารพ การจะตรากฎหมายใดที่เป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยความยินยอมของประชาชน หรือผู้แทนประชาชนซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงหรือทางอ้อมนั่นเอง

ทุกสิ่งทุกอย่างที่อยู่ภายใต้รัฐ จึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น การออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติต้องออกมาไม่ขัดต่อกฎหมาย และถ้าออกกฎหมายฉบับใดมาริดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายฉบับนั้นถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายใดนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายใดๆ ฉะนั้น การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กรณีจึงมีความเกี่ยวพันกับการใช้อำนาจในการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจที่จะพิจารณาว่าสมควรที่จะตรากฎหมายขึ้นหรือไม่ เนื่องจากการควบคุมความชอบของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่เป็นการปฏิเสธกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าไม่มีผลใช้บังคับเนื่องจากขัดกับรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกการใช้อำนาจนี้ว่าเป็น "อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ" ดังนั้น จึงจะต้องทำการศึกษาดูถึงขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวว่าควรใช้อำนาจเพียงใดจึงจะเป็นการเหมาะสม เพื่อมิให้เป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญควรคำนึงถึงเรื่องดังต่อไปนี้ในการพิจารณาวินิจฉัยด้วย

ก. เรื่องใดที่เป็นเรื่องทางนโยบาย ศาลรัฐธรรมนูญควรจะจำกัดตนเองที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัย เนื่องจากในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีวัตถุประสงค์ที่จะทำให้การบริหารประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น ในการที่จะตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับจึงต้องขึ้นอยู่กับนโยบายในการบริหารประเทศว่าควรมีแนวทางอย่างไร จึงเป็นดุลพินิจอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติว่า กฎหมายที่จะตราขึ้นควรมีเนื้อหาสาระใช้บังคับกับเรื่องใดบ้าง ซึ่งในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดนโยบายนี้ ถือเป็นเรื่องทางการเมืองที่ศาลรัฐธรรมนูญควรมีมติว่าจะเข้าไปตรวจสอบเพื่อที่จะไม่เข้าไปก้าวกายการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ถือเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง เพราะคงจะไม่มืองค์กรใดที่จะรู้ดีไปกว่าฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ

ข. ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขเฉพาะเอาไว้ หากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่สามารถตรากฎหมายในกรณีนั้นได้ ตัวอย่างเช่น ในมาตรา 36<sup>20</sup> ของรัฐธรรมนูญ ที่มีบทบัญญัติว่า การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์ จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มีถ้อยคำที่ไม่มีความชัดเจนในตัวเอง เช่น คำว่า “เพื่อความมั่นคงของรัฐ” กรณีเช่นใดบ้างจึงจะถือว่าเป็นไปเพื่อ “ความมั่นคงของรัฐ” ฉะนั้น องค์กรที่มีอำนาจที่จะตีความความหมายของคำดังกล่าว จึงควรจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจที่จะตรากฎหมายนั้น ซึ่งก็คือ องค์กรนิติบัญญัตินั่นเองที่จะเป็นผู้ประเมินว่า การตรากฎหมายขึ้นนั้นเป็นไปเพื่อความมั่นคงของรัฐหรือไม่ กรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติว่าเรื่องใดจะเป็นไปเพื่อความมั่นคง ถ้าไม่เข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็จะไม่สามารถตรากฎหมายออกมาใช้บังคับได้ หรือหากมีการออกกฎหมายแต่ไม่เข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด กฎหมายนั้นก็ถือว่าไม่ชอบด้วยเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จึงมีสิ่งที่ต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีขอบเขตในการวินิจฉัยความชอบของกฎหมายอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญควรจะควบคุมเงื่อนไขหรือองค์ประกอบของกฎหมายได้แค่ไหนเพียงใด ในการใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบ ศาลรัฐธรรมนูญควรจะจำกัดตนเองอย่างยิ่งที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัยเรื่องที่เป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>20</sup> มาตรา 36 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมือง หรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้



ฉะนั้น ศาลจึงควรยึดหลักที่ว่า หากเรื่องใดที่ไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาได้ ศาลก็ไม่ควรเข้าไปวินิจฉัย ในกรณีนี้ จะเห็นได้ว่า สภาพของเรื่องมีลักษณะเป็น เรื่องทางการเมือง ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงจะต้องจำกัดขอบอำนาจของตนเองด้วย

ค.ในการควบคุมตรวจสอบการตราพระราชบัญญัติของศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องคำนึงถึงหลักความเสมอภาคด้วย เพราะฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อหลักความเสมอภาคในการบัญญัติกฎหมายหรือที่เรียกว่า “ความเสมอภาคของกฎหมาย” ซึ่งหมายความว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะต้องบัญญัติให้เป็นการทั่วไป มีผลบังคับใช้สำหรับทุกคน ตามรัฐธรรมนูญบุคคลย่อมเสมอภาคในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน หลักความเสมอภาคจะผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนี้

(1) ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายให้มีผลปฏิบัติให้เหมือนกันแก่บุคคลหรือเหตุการณ์ที่ไม่เหมือนกันหรือมีสาระสำคัญเหมือนกัน

(2) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายให้มีผลปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันแก่บุคคลหรือเหตุการณ์ที่ไม่เหมือนกันหรือมีสาระสำคัญต่างกัน

ในการควบคุมตรวจสอบ สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ พระราชบัญญัติขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ และศาลควรมีขอบเขตในการตรวจสอบนี้อย่างไร การที่จะพิจารณากฎหมายฉบับใดขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ จะต้องตรวจสอบในประเด็นต่อไปนี้<sup>21</sup>

ก.กฎหมายฉบับนั้นได้กำหนดให้มีการปฏิบัติให้แตกต่างกันสำหรับข้อเท็จจริงที่มีสาระสำคัญเหมือนกันหรือไม่

ข.การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นอาจให้เหตุผลตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ โดยมีข้อพิจารณาในการตรวจสอบ ดังนี้

(1) การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(2) ในกรณีของเงื่อนไขพิเศษตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องการปฏิบัติ

<sup>21</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 135-

อย่างไม่เท่าเทียมกันในเรื่องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นๆ หรือไม่

(3) การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับหลักความเสมอภาค มีการตรวจสอบ 4 ระดับ ดังนี้

ก. ประการแรกฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชัดเจนต่อความแตกต่างที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงอย่างสมบูรณ์และปราศจากความผิดพลาด และจะต้องประเมินพื้นฐานที่ถูกต้องเป็นจริงนั้นโดยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติเองในการที่กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว ในขณะที่เดียวกัน การกำหนดกลุ่มบุคคลที่จะใช้ในการเปรียบเทียบกิติหรือการกำหนดลักษณะขององค์ประกอบที่ดี ย่อมขึ้นกับความมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้นๆ

ข. ความเหมือนกันหรือความแตกต่างกันของเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่น่าไปสู่การบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องมีการประเมินภายในขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป และหากมีการกำหนดให้แตกต่าง ความแตกต่างนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ได้กำหนดไว้แล้ว ในกรณีเป็นไปตาม “หลักความสอดคล้องหลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายที่มีความสำคัญต่อการประเมินตามความเสมอภาค คือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ได้รับหลักการมาจากรัฐธรรมนูญ

ค. นอกเหนือจาก “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไป” แล้ว กฎเกณฑ์ของกฎหมายในเรื่องนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักเกณฑ์เฉพาะของกฎหมายในขอบเขตของเรื่องนั้นๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “หลักความสอดคล้องกับหลักกฎหมายเฉพาะเรื่อง”

ง. ในการบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง การตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติบนพื้นฐานของความสอดคล้องกันของระบบกฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความคิดพื้นฐานและทำให้แต่ละองค์ประกอบของกฎหมายนั้นมีผลในทางปฏิบัติ

(4) องค์ประกอบและผลในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนหรือไม่

#### 4.2.3 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

ในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่เกี่ยวกับการเมือง มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง คือ คำวินิจฉัยที่ 1/2541 เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎรขอให้ศาล

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 90 คน ซึ่งได้เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ตามความเห็นลงวันที่ 21 พฤษภาคม 2541 ว่าพระราชกำหนดจำนวน 4 ฉบับ คือ พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินจากต่างประเทศเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจ พ.ศ. 2541 พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินและจัดการเงินกู้เพื่อช่วยเหลือกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาระบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2541 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พุทธศักราช 2485 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2541 และพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์สถาบันการเงิน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มิใช่กฎหมายอันเป็นกรณีเร่งด่วนมาซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “คำว่า “กรณีเร่งด่วน” ผู้เสนอหมายถึง “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 218 วรรคสอง แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 219 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น จึงมีปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า ผู้เสนอความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 218 วรรคสอง ได้หรือไม่ ตามปัญหานี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 218 วรรคหนึ่ง จะเห็นได้ว่ากรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่ง คือ พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาก็จะมีสิทธิเสนอความเห็นต่อประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกและประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

โดยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 219 วรรคหนึ่ง ได้ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น”

ปัญหาที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการนี้ดังกล่าว มิใช่กฎหมายอันเป็นกรณีเร่งด่วนตามมาตรา 218 วรรคสอง นั้น จะเห็นได้ว่า ในกรณีดังกล่าวนี้

ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะวินิจฉัย เพราะศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่จะพิจารณาวินิจฉัยตามกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น การตราพระราชกำหนดดังกล่าวจะเป็นกรณีเร่งด่วนหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่จะประเมินเรื่องดังกล่าว อีกทั้ง ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจจะหาหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาใช้วินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ หากจะพิจารณาทบทวนคดีตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ” จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำตามที่บัญญัตินี้ไม่มีความชัดเจนในตัวเอง ฝ่ายบริหารย่อมมีอิสระที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อประเมินข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ฉะนั้น ในกรณีเช่นนี้ การเข้ามาควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญควรจะต้องเคารพขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วย หลักสำคัญที่ต้องคำนึงถึงก็คือ การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ หากเรื่องใดปราศจากเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องเคารพต่อการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย

#### 4.2.4 แนวความคิดของต่างประเทศ

ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบปัญหาที่เกี่ยวกับเรื่องทางการเมือง โดยหลักทั่วไปแล้วถือได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับเรื่องทางการเมือง ทั้งนี้ เพราะปัญหาในทางรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่แล้วเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นโมฆะได้ โดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจค่อนข้างมากในการปฏิเสธกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่า “อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธ” โดยเหตุนี้เรื่องขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจของตนผิดพลาด โอกาสที่จะก่อให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองนั้นอาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย

ในเรื่องดังกล่าวเป็นปัญหาที่ได้ผ่านการถกเถียงในทางวิชาการของชาติตะวันตกมาพอสมควร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศเยอรมันนั้น ปัญหาดังกล่าวเพิ่งมาได้ข้อยุติเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยได้ข้อยุติในปี 1948 ประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงกันในทางวิชาการ คือ ปัญหาระหว่าง “การเมือง” กับ “กฎหมาย” โดยต่างยอมรับกันว่า โดยลักษณะของข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นศาลที่จะต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวกับเรื่องทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ศาลรัฐ

รัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมือง แต่ศาลก็ต้องจำกัดขอบเขตอำนาจของตนในการเข้าไปวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวซึ่งนักนิติศาสตร์ชาวเยอรมันเห็นว่า<sup>22</sup> ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมืองนั้นมีขอบเขตอยู่ที่เรื่องใดก็ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจอาศัยหลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวได้ ณ จุดนั้นเป็นจุดสิ้นสุดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว

Carl Schmitt และนักกฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนหนึ่งเห็นควรกำหนดจำกัดขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมิให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ในบทความของ Carl Schmitt ที่มีการเผยแพร่ในปี 1980 เรื่องศาลของอาณาจักรเป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญ (Das Reichsgericht als Hueter der Verfassung) โดยในบทความดังกล่าว Schmitt ได้แสดงให้เห็นว่า การเป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้นควรเป็นองค์กรชั้นสูงในทางการเมืองที่มีอำนาจในทางการเมืองเท่านั้นที่จะเป็นองค์กรที่อาจคุ้มครองรัฐธรรมนูญได้<sup>23</sup> C Schmitt ได้ยืนยันว่า การให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในเรื่องที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ C Schmitt ถึงกับเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีข้อควรตุลาการ<sup>24</sup> การโต้เถียงกันครั้งล่าสุดระหว่าง Evnst-Wolfgang Boeckenfoerde กับ Ulrich Scheuner ที่เชื่อมโยงกับประเด็นที่ C Schmitt ได้เคยกล่าวไว้เกี่ยวกับปัญหาว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการใช้อำนาจในลักษณะขององค์กรตุลาการหรือองค์กรนิติบัญญัติตามความเห็นของ Scheuner เห็นว่าขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจอธิบายได้โดยอาศัยเหตุผลตามบทบัญญัติของกฎหมายและไม่อาจอธิบายได้เพียงอาศัยหลักนิติรัฐ ปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาที่มีผลมาจากเรื่องของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” และจากเรื่องของ “การแบ่งแยกอำนาจ” กับ “อำนาจอธิปไตยของปวงชน” ดังนั้น การพิจารณาขอบเขตของอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาปัญหาดังกล่าวอย่างจริงจังข้อพิจารณาทั้งหลายที่คัดค้านการขยายขอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเกิดจากการอ้างถึงปัญหาที่มีลักษณะในทางการเมืองที่พิจารณาโดยศาลรัฐธรรมนูญการอ้างถึงลักษณะในทางตรงกันข้ามระหว่าง “กฎหมาย” กับ “การเมือง” และจากการอ้างถึงความเป็นไปได้ในกรณีที่จะให้ผู้พิพากษาเป็นผู้พิจารณาคัดสินปัญหาในทางการเมืองขององค์กรนิติบัญญัติและขององค์กรบริหาร Scheuner ได้เน้นว่า ความแตกต่างระหว่างอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญนั้น อยู่ที่อำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นผูกพันอยู่กับหลักพื้นฐานและบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่อาจที่จะค้นหาเจตจำนงในทางการเมืองของประชาชนใน

<sup>22</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ บรรณเจต สิงคะเนติ ,อ้างแล้ว ,หน้า 28-29

<sup>23</sup> C.Schmitt, Das Reichsgericht als Hueter der erfassung, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. P. Haeberle, 1976, S. 112

<sup>24</sup> C. Schmitt, Der Hueter der Verfassung, 2Afl. 1969, s. 45

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งการค้นหาคำวินิจฉัยในทางการเมืองนั้นลักษณะดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของเหตุผลในการตัดสินใจทางการเมือง

ตามที่คณะของ Friesenhahn เห็นว่า ในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพในขอบเขตการตัดสินใจโดยอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติและของฝ่ายบริหารด้วย ซึ่งตามลักษณะธรรมชาติขององค์กรในทางการเมืองย่อมจะต้องมีความอิสระในการตัดสินใจทางการเมือง และกฎหมายรัฐธรรมนูญเองก็ได้ให้องค์กรดังกล่าวมีอิสระในการตัดสินใจ Maunz เห็นว่าการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อาจตรวจสอบได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัตินั้นๆ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ ได้ เจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติควรจะได้รับผลกระทบกระเทือนโดยการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้

Gerhard Leibholz ได้พยายามที่จะหาทางออกในเรื่องปัญหาของการเมืองในรัฐธรรมนูญ โดย Leibholz เห็นว่า ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาข้อขัดแย้งทางการเมืองตามบทบัญญัติของกฎหมาย ตามที่คณะของ Leibholz เห็นว่า องค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรตุลาการในทางเนื้อหาและผู้พิพากษาได้อาศัยเนื้อหาทางการเมืองที่มีลักษณะภาวะวิสัยของรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัย

K.Hesse เรื่องขอบเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับการรักษาขอบเขตอำนาจของศาลให้อยู่ภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ และหากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจของตนเกินจากขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ กรณีอาจนำไปสู่การก่อให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองได้

Kaufman เห็นว่า ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ที่เรื่องปัญหาในทางการเมืองทั้งหลาย ซึ่งการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวไม่อาจจะอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้ ตามที่คณะของ Friesenhahn เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้วินิจฉัยในเรื่องทางการเมือง หากแต่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางกฎหมายซึ่งเกิดมาจากขอบเขตในทางการเมือง หากแต่วินิจฉัยข้อพิพาทในทางกฎหมายซึ่งเกิดมาจากขอบเขตในทางการเมืองของรัฐธรรมนูญ การกระทำในลักษณะ “ทางการเมือง” นั้น หมายถึง การกระทำใดๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนโดยรวม ซึ่งภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นภาระหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ดังนั้น การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจึงทำการตรวจสอบการกระทำของอำนาจมหาชนตามกรอบของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐ การควบคุมองค์กรอื่นๆ โดยศาลรัฐธรรมนูญ จึงมิใช่การควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง การควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความ

มุ่งหมายให้บรรลุการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ ส่วนการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองโดยแทะนั้นรัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตให้เป็นอำนาจของสภา

G Leibholz ได้พยายามจำแนกแยกแยะอย่างระมัดระวังระหว่างข้อพิพาทในทางการเมืองโดยแท้ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญกับข้อพิพาทในทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการเมือง ซึ่งสามารถจะได้รับการวินิจฉัยตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายได้ ดังนั้น การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีอาจจะเป็นไปได้หากปราศจากเหตุผลที่มีหลักมีเกณฑ์ ด้วยเหตุเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิเสธการวินิจฉัยในทุกๆ เรื่อง หากเรื่องนั้นไม่สามารถจะอาศัยบทบัญญัติในทางกฎหมายเพื่อเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องนั้นๆ ได้ และบทบัญญัติที่จะใช้เป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยนั้นจะต้องค้นพบได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นนั่นเอง Dolzer มีความเห็นในลักษณะเดียวกันว่า ขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตอยู่ ณ ที่ซึ่งไม่อาจจะหาบทบัญญัติของกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยได้ จากพื้นฐานดังกล่าว Dolzer จึงได้กล่าวถึงถ้อยคำที่ได้รับการกล่าวถึงเสมอว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายกับข้อพิพาทตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งถือว่าเป็นการอธิบายขอบเขตของ “การเมือง” และ “กฎหมาย” ในขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

จากความขัดแย้งเกี่ยวกับลักษณะที่ตรงกันข้ามระหว่าง “กฎหมาย” กับ “การเมือง” จึงได้มีการเสนอให้ใช้หลักที่เรียกว่า political-question-doctrine ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาจากศาลสูงสุดของอเมริกา เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในขอบเขตอำนาจของตน โดยหลีกเลี่ยงการเข้าไปตรวจสอบที่มีลักษณะของเรื่องในทางการเมืองขององค์กรทางการเมือง political-question-doctrine หมายความว่า ศาลสูงสุดไม่ประสงค์ที่จะทำการวินิจฉัยในเรื่องที่ไม่อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย หรือเป็นเรื่องที่การวินิจฉัยนั้นไม่สามารถที่จะหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้ ในกรณีเช่นนี้ต้องมอบให้เป็นอำนาจในการตัดสินขององค์กรทางการเมืองเอง ตามทัศนะของ K.Vogel เห็นว่า การรับหลัก political-question-doctrine นั้น ไม่อาจจะกำหนดเนื้อหาที่แน่ชัดของหลักดังกล่าวได้ และระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของเยอรมันและของสหรัฐอเมริกาที่มีความแตกต่างกัน

นอกจากหลัก political-question-doctrine ที่ได้รับการยอมรับจากศาลสูงสุดของอเมริกาแล้ว ในอเมริกายังมีการกล่าวถึงหลัก judicial selfrestraint หลัก judicial selfrestraint มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการรักษาขอบเขตอิสระในการวินิจฉัยทางการเมืองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้องค์กรดังกล่าวมีขอบเขตอิสระในการวินิจฉัยทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในการดำเนินนโยบายต่างประเทศ นโยบายในทางเศรษฐกิจและนโยบายในทางสังคม

ส่วนในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นระบบที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ จึงได้มีแนวคิดที่ว่า ควรจะต้องมีการควบคุมดูแลการใช้อำนาจขององค์กรศาล เนื่องจากศาลเป็นองค์กรที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางการเมือง ดังนั้น ในทางปฏิบัติ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาพยายามจำกัดอำนาจของตนเองลงให้วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญตามความจำเป็นเท่านั้น มิใช่ว่ามีโอกาสวินิจฉัยเรื่องใดก็จะพยายามไขว่คว้า วินิจฉัย ศาลสหรัฐถือหลักว่าถ้าสามารถหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยปัญหารัฐธรรมนูญได้ก็จะพยายามหลีกเลี่ยงเพื่อจำกัดตนเองไม่ให้ก้าวก่ายอำนาจอื่น หรือที่เรียกกันว่า หลัก self-restraint และในปัญหาความรับผิดชอบทางการเมือง (political question) ที่องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารจะต้องมีตามรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่วินิจฉัย

#### 4.2.5 บทวิเคราะห์สรุป

ปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามบทที่ 4 นี้ ได้แยกพิจารณาออกเป็นสองประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ และประเด็นที่สอง คือ ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามปัญหาในประเด็นแรก ได้แยกพิจารณาเป็นรายมาตราเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบกฎหมาย คือ มาตรา 264 มาตรา 198 และมาตรา 219 ในกรณีแรกตามมาตรา 264 ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการพิจารณาว่าอะไรคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ค่อนข้างเป็นที่ยุติแล้วตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่วางหลักว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" คือ กฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ยังมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาอีกว่า พระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้อนุมัติ จะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 264 หรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้ จะเห็นได้ว่า พระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภายังไม่ใช่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 264 เนื่องจากยังมีได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ และนอกจากนี้ มาตรา 218 และมาตรา 219 ยังได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาควบคุมตรวจสอบเฉพาะกรณีว่าพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ แต่หากฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้ความอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัย ส่วนในกรณีของประกาศคณะปฏิวัตินั้น เป็นกรณีที่สังคมยอมรับบังคับใช้ประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย เมื่อประกาศคณะปฏิวัติมีค้ำบังคับเป็นกฎหมาย ประกาศคณะปฏิวัติจึงควรอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญด้วย มิเช่นนั้นจะทำให้ประกาศคณะปฏิวัติอยู่เหนือรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันก็ยังมีประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่ สิ่งที่น่าพิจารณาก็คือ หากจะนำหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐ



รัฐธรรมนูญได้วางไว้มาพิจารณาความเป็นกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติ ก็จะมีคำตอบที่ว่า ประกาศคณะปฏิวัติมีใช้บังคับบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นตามวิธีการที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น เกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาความเป็นกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติจึงต้องแตกต่างจากเกณฑ์ทั่วไป กล่าวคือ ควรจะพิจารณาจากคำบังคับของประกาศคณะปฏิวัติว่าต้องการใช้บังคับเป็นกฎหมายในระดับใด เนื้อหาของประกาศคณะปฏิวัตินี้มีคำบังคับในระดับพระราชบัญญัติหรือไม่ หรือใช้บังคับเป็นเพียงกฎหมายลำดับรอง ในที่นี้ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบได้นั้น ควรจะมีคำบังคับอยู่ในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น

สำหรับกรณีตามมาตรา 198 ซึ่งเป็นเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ จากการศึกษาอาจสรุปได้ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 198 จะต้องมีความหมายเดียวกันกับมาตรา 264 คือ หมายถึงกฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ไม่หมายรวมถึง กฎหรือข้อบังคับ ซึ่งการควบคุมตรวจสอบกฎหรือข้อบังคับจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แม้มาตรา 198 จะมีได้มีบทบัญญัติที่แบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองอย่างชัดเจนว่าศาลใดจะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายใดบ้าง แต่หากอาศัยเกณฑ์ในเรื่ององค์การที่บัญญัติกฎหมายมาใช้ในการแบ่งแยกก็จะทำให้เห็นได้ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น ส่วนศาลปกครองจะมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยองค์กรอื่นที่มีใช้องค์กรนิติบัญญัติ

กรณีสุดท้ายคือ ตามมาตรา 219 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะพิจารณาความชอบของพระราชกำหนดว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในมาตรา 218 หรือไม่ จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดที่ยังไม่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภามีใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาเฉพาะความมีอยู่ของสถานการณ์ตามมาตรา 218 หรือไม่เท่านั้น แต่เมื่อพระราชกำหนดได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว จะมีผลทำให้มีผลบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ จึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 264 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถวินิจฉัยได้

จากการพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 มาตรา 198 และมาตรา 219 แล้ว มีสิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบเฉพาะ “เนื้อหา” หรือ “กระบวนการ” ในการตรากฎหมายด้วย จะเห็นได้ว่า กรณีตามมาตรา 264 และมาตรา 198 จะเป็นกรณีเดียวกัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะพิจารณาเฉพาะ “เนื้อหา” ของกฎหมายเท่านั้น เพราะการควบคุมตรวจสอบกระบวนการในการตรากฎหมาย รัฐธรรมนูญ

บัญญัติไว้แล้วในมาตรา 262 ส่วนกรณีพระราชกำหนดนั้น เห็นว่า กรณีพระราชกำหนดที่รัฐสภา ยังไม่ได้อนุมัติ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบเฉพาะเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 218 วรรคหนึ่งหรือไม่ เท่านั้น ส่วนพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้การ อนุมัติแล้ว ก็เป็นกรณีเช่นเดียวกับมาตรา 264 คือ ศาลสามารถตรวจสอบได้เฉพาะเนื้อหาได้ เท่านั้น

สำหรับในเรื่องขอบเขตการควบคุมตรวจสอบเรื่องในทางนโยบาย ได้ศึกษาโดย แยกเป็นกรณีการตราพระราชบัญญัติและการตราพระราชกำหนด ซึ่งเป็นเรื่องการใช้ดุลพินิจของ องค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย กล่าวคือ ในการตราพระราชบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจะ ต้องจำกัดตนเองอย่างยิ่งเนื่องจากการควบคุมตรวจสอบเรื่องในทางนโยบายและเงื่อนไขอันเป็น องค์ประกอบของกฎหมายที่ไม่ชัดเจนของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการปฏิเสธ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าไม่มีผลใช้บังคับเนื่องจากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เรื่องใดที่เป็นเรื่องนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแท้จริง เช่น การที่จะตรากฎหมายขึ้น ใช้บังคับจะต้องขึ้นอยู่กับนโยบายในการบริหารประเทศว่าควรมีแนวทางอย่างไร จึงเป็นเรื่อง ดุลพินิจอิสระว่าควรจะตรากฎหมายที่มีเนื้อหาสาระอย่างใดขึ้นใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้อง ระมัดระวังที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบเรื่องในทางนโยบายและเงื่อนไขอันเป็นองค์ประกอบของ กฎหมายที่ไม่ชัดเจน หรือกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจในการตรากฎหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติ เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ หากไม่เข้าเงื่อนไขส่วนที่เป็นองค์ประกอบของ กฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่สามารถตรากฎหมายได้ องค์กรที่จะพิจารณาว่าได้มีเงื่อนไขอัน รัฐธรรมนูญกำหนดได้เกิดขึ้นหรือไม่ ผู้ที่จะตีความหมายถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนใน ตัวเอง จึงควรจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายนั้น กรณีดังกล่าวนี้ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจ อิสระขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องยึดหลักที่ว่า เรื่องใดที่ไม่สามารถหา หลักเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณา ศาลก็ไม่ควรเข้าไปวินิจฉัย เช่นเดียวกับการ ควบคุมตรวจสอบพระราชกำหนด ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารที่จะพิจารณา ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ ที่จะตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ จึงเป็นเรื่องในทางนโยบายของ ฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรเข้าไปก้าวก่ายในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ในเรื่องดังกล่าว