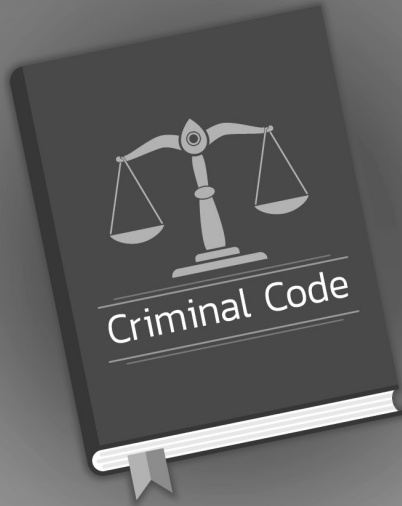




สถาบันพระปกเกล้า



การบังคับใช้

มาตรา 5

มาตรา 6

แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์
การจัดทำร่างกฎหมาย
และการประเมินผลสัมฤทธิ์
ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ
โดยอำนาจตุลาการ

● ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชฎาทิร ศิริยุทธวัฒนา ●

เรื่อง

การบังคับใช้มาตรา 5 มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์
การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย
พ.ศ. 2562 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ
ผู้เขียน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ฐากร ศิริฤทธิ์วัฒนา

ผู้เขียน

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

ฐากร ศิริฤทธิ์วัฒนา.

การบังคับใช้มาตรา 5 มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย
และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ
โดยอำนาจตุลาการ.-- กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2564.

168 หน้า.

1. การยกร่างกฎหมาย. 2. อำนาจนิติบัญญัติ. I. ชื่อเรื่อง.

328.373

ISBN 978-616-476-184-1

รหัสสิ่งพิมพ์สถาบัน สสว.64-17-200.0

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า

พิมพ์ครั้งที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2564

พิมพ์ที่ บริษัท จรัสสินทวงศ์การพิมพ์ จำกัด
219 ซอยเพชรเกษม102/2
แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160
โทรศัพท์ 02-809-2281-3 โทรสาร 02-809-2284
www.fast-books.com e-mail : info@fast-books.com

จัดพิมพ์โดย สถาบันพระปกเกล้า
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 <http://www.kpi.ac.th>
โทรศัพท์ 0-2141-9609 โทรสาร 0-2143-8177

ราคา

260 บาท

คำนำสถาบันพระปกเกล้า

พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติในมาตรา 6 ให้อำนาจศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร สามารถไม่กำหนดผลร้าย (โทษทางอาญา โทษทางปกครอง ค่าปรับทางปกครอง หรือสภาพบังคับอย่างอื่น) หรือกำหนดผลร้ายน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสภาพบังคับดังกล่าวนั้น ซึ่งทำให้กลายเป็นประเด็นที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ว่าการบัญญัติดังกล่าวนั้นขัดต่อหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือไม่

สถาบันพระปกเกล้า จึงจัดให้มีการวิจัย เรื่อง “การบังคับใช้ มาตรา 5 มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ” ภายใต้โครงการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งศึกษาวิจัยโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ฐาภกร ศิริยุทธวัฒนา เพื่อศึกษาแนวคิด และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าว

ทางสถาบันพระปกเกล้าหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติในการนำไปประกอบการพิจารณาในประเด็นที่เกี่ยวกับการยกร่างกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมายที่มีโทษทางอาญาต่อไป



ศาสตราจารย์ วุฒิสาร ตันไชย
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

บทคัดย่อ

รายงานวิจัยชิ้นนี้มุ่งศึกษาถึงการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติโดยองค์การตุลาการในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อทำความเข้าใจสภาพปัญหาและจัดทำข้อเสนอแนะที่สามารถนำไปใช้เป็นประโยชน์ในการแก้ไขและพัฒนาระบบการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยองค์การตุลาการของประเทศไทยต่อไป

จากการศึกษาพบว่า รูปแบบการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติโดยองค์การตุลาการในประเทศไทยแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ รูปแบบแรก คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องกับรูปแบบการตรวจสอบดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี และมีลักษณะที่ครอบคลุมปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย โดยไม่จำเป็นต้องก่อตั้งระบบการตรวจสอบในรูปแบบอื่นหรือโดยองค์กรอื่นขึ้นอีก อย่างไรก็ตาม มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้ก่อตั้งการตรวจสอบรูปแบบที่สองขึ้นภายใต้กลไก “การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร” กระบวนการ

ดังกล่าวเปรียบเสมือน “เขตอำนาจอิสระของฝ่ายตุลาการบนอาณาเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ” ในรูปแบบของ “อำนาจนิติบัญญัติซ้อนรูป” ซึ่งส่งผลกระทบต่อหลักการทางกฎหมายที่มีความสำคัญและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการปฏิบัติภารกิจขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทุกประเภท

Abstract

This research paper aims to study the judicial review of the Act-level legislation by the judicial organizations in Thailand and foreign countries in order to understand the problems and make recommendations for the amendment and development of the balance of legislative power by the judicial organizations in Thailand in the future.

Based on the study, it is found that the judicial review of the Act-level legislation by the judicial organizations in Thailand could be categorized into 2 types. The first type is the judicial review of the draft legislation or prescribed legislation by the Constitutional Court which is consistent with that of France and Germany. Such type of judicial review covers the issue regarding the judicial review of legislation prescribed under Thai legal system, without having to establish other judicial review systems or other judicial review organizations. However, Section 5 and 6 of the Act on Legislative Drafting

and Evaluation of Law B.E. 2562 (2019) establishes the second type of review under the mechanism of the “Judicial Review of the Laws Applicable in the Case Presented Before the Court of Justice, the Administrative Court, and the Military Court”. Such mechanism is similar to the “Autonomous Power of the Judicial Branch over the Legislative Branch” in the form of “Disguised Legislative Power” which impacts the important legal principles and the provisions of the Constitution, including the performance of all types of authorities which exercise the sovereign powers.

สารบัญ

	หน้า
คำนำสถาบันพระปกเกล้า	3
บทคัดย่อ	5
Abstract	7
สารบัญ	9
บทที่ 1 : ระเบียบวิธีวิจัย	17
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา	17
1.2 วัตถุประสงค์	24
1.3 สมมติฐานการวิจัย	24
1.4 ขอบเขตการวิจัย	24
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	24
1.6 กรอบแนวคิดในการดำเนินการวิจัย	26
1.7 วิธีดำเนินการวิจัย	27

บทที่ 2 : หลักพื้นฐานของการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ

โดยอำนาจตุลาการ	31
2.1 การถ่วงดุลอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ	32
2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu	33
2.1.2 กลไกการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรหลัก ของรัฐในปัจจุบัน	37
2.1.2.1 การถ่วงดุลอำนาจระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร	38
2.1.2.2 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารโดยฝ่ายตุลาการ	40
2.1.2.3 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการ โดยฝ่ายนิติบัญญัติ	43
2.2 การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้ หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	46
2.2.1 ที่มาของหลักการควบคุมความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	47
2.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ	52
2.2.2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายในเชิงอัตวิสัย	53
2.2.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายในเชิงภววิสัย	55

2.3 การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ	58
2.3.1 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรูปของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ	59
2.3.2 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ	64

บทที่ 3 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี 71

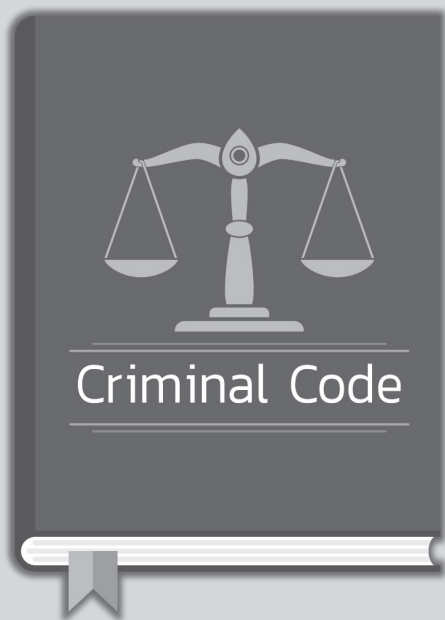
3.1 องค์กรผู้ทรงอำนาจในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติ: คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	73
3.1.1 วิวัฒนาการขององค์กร: “กว่าจะเป็นปราชญ์ทั้ง 9” และ “ก่อนจะถึง Karlsruhe”	74
3.1.2 การเข้าสู่ตำแหน่งและโครงสร้างองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	77
3.2 ลักษณะแห่งคดี เงื่อนไขและกระบวนการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	81
3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่ง	

สาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์	
สาธารณรัฐเยอรมนี	83
3.2.1.1 วัตถุประสงค์และระยะเวลาในการพิจารณาคดี	85
3.2.1.2 การเสนอคำร้อง	88
3.2.1.3 ผลของคำวินิจฉัย	90
3.2.1.4 ข้อพิจารณาว่าด้วยผลกระทบของการตรวจสอบ	
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	
ในเชิงนามธรรมที่มีต่อระบบกฎหมาย	92
3.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ	
กฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	
แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญ	
แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	95
3.2.2.1 วัตถุประสงค์และขอบเขตอำนาจ	
ในการตรวจสอบ	97
3.2.2.2 การเสนอคำร้อง	98
3.2.2.3 ผลของคำวินิจฉัย	102
3.2.2.4 ข้อพิจารณาว่าด้วยผลกระทบของ	
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
ของกฎหมายในเชิงรูปธรรมที่มีต่อระบบ	
กฎหมาย	104

บทที่ 4 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ	
ในประเทศไทย	109
4.1 วิวัฒนาการของการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ	
โดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย	110
4.2 รูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ	
โดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย	119
4.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
ของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ	120
4.2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
ของกฎหมายในเชิงรูปธรรม	120
4.2.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	
ของกฎหมายในเชิงนามธรรม	126
4.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดี	
โดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร	133
4.2.2.1 วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ	135
4.2.2.2 การเสนอความเห็นเพื่อวินิจฉัย	135
4.2.2.3 ผลของคำวินิจฉัย	137

บทที่ 5 : บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ	143
5.1 บทวิเคราะห์ : ผลกระทบของการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562	144
5.1.1 ผลกระทบในทางทฤษฎีของการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562	145
5.1.1.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ	145
5.1.1.2 ผลกระทบต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ	148
5.1.2 ผลกระทบในทางปฏิบัติของการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562	153

5.1.2.1 ผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจ ของฝ่ายนิติบัญญัติ	153
5.1.2.2 ผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจ ของฝ่ายบริหาร	155
5.1.2.3 ผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจ ของฝ่ายตุลาการ	157
5.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562	160
5.2.1 การยกเลิกมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์ การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของกฎหมาย พ.ศ. 2562	161
5.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำ ร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมาย พ.ศ. 2562	161
บรรณานุกรม	165
ภาษาฝรั่งเศส	165
ภาษาเยอรมัน	167
ภาษาไทย	168



บทที่ 1

ระเบียบวิธีวิจัย

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (séparation des pouvoirs) เป็นหนึ่งในหลักการที่สำคัญที่สุดของการปกครองสมัยใหม่นับแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา หลักการดังกล่าวแยกอำนาจออกเป็นสามประเภท อันประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจทั้งสามนี้จะต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบขององค์กรที่เป็นอิสระต่อกัน และเนื่องจากไม่มีองค์กรใดอยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรอื่น องค์กรเหล่านี้จึงสามารถตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันได้โดยมีประสิทธิภาพ ส่งผลให้อำนาจอธิปไตยไม่ตกอยู่ในมือของบุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง เมื่อปราศจากบุคคลหรือองค์กรที่ทรงอำนาจรัฐ

อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด สิทธิเสรีภาพของปวงชนย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ¹ ในทางกลับกัน หากไร้ซึ่งกลไก การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างองค์กรผู้ถืออำนาจทั้งหลายภายใต้ หลักการดังกล่าว ผู้ปกครองย่อมสามารถใช้อำนาจของตนอย่าง ไร้ขีดจำกัดจนกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ อย่างไรก็ตาม หากกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างองค์กรทั้งสาม ได้รับการออกแบบ มาให้แต่ละองค์กรปฏิบัติภารกิจโดยมีลักษณะเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน หรือ มีการกำหนดให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งสามารถตรวจสอบถ่วงดุลการใช้ อำนาจขององค์กรอื่นจนเกินขอบเขต กลไกดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญหรือมีผลต่อประสิทธิภาพของภารกิจขององค์กรที่ได้รับการ ตรวจสอบ² อาจกล่าวได้ว่าการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐเป็น กลไกที่สำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นระบอบที่ให้ความสำคัญกับการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยกลไกดังกล่าวจะต้องมีขอบเขตที่เหมาะสมเพื่อให้การปฏิบัติภารกิจ ของแต่ละองค์กรหลักของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

¹ โปรตดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 22^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 50 – 52; Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 34^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 2013, pp. 86 – 87; สุภากร ศิริยุทธ์วัฒนา, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย*, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2562, หน้า 76 – 79

² เรื่องเดียวกัน. หน้า 76 – 79; และโปรตดู Takoon SIRIYUTWATANA, *Le contentieux des élections politiques en Thaïlande*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, P. 3

แต่เดิมนั้น กลไกการถ่วงดุลภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ จะให้ความสำคัญเฉพาะการตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ นิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เนื่องจากองค์กรหนึ่งทรงอำนาจในการตรา กฎหมายและอีกองค์กรหนึ่งทรงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย การปฏิบัติ การกิจของทั้งสองฝ่ายจึงเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ในขณะที่อำนาจตุลาการแทบจะไม่มีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุล ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ เนื่องมาจากภารกิจหลักของอำนาจ ตุลาการในอดีตมุ่งเน้นไปที่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชน โดยเฉพาะคดีแพ่งและอาญาเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันจะพบว่า ฝ่ายตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและ ฝ่ายบริหารอย่างมีนัยสำคัญ (ไม่ว่าจะในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือในระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งกลายเป็น กลไกที่ปรากฏขึ้นอย่างแพร่หลายในบรรดาประเทศที่ปกครองด้วยระบอบ ประชาธิปไตย³

ในประเทศที่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ อาทิ ประเทศออสเตรเลีย เยอรมนี ฝรั่งเศส เบลเยียม สเปน อิตาลี เป็นต้น เขตอำนาจของฝ่ายตุลาการในการถ่วงดุลฝ่ายการเมือง ย่อมปรากฏขึ้นอย่างชัดเจน โดยกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ที่สำคัญที่สุด คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งกลไกดังกล่าวยังนับเป็นหลักประกัน ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอีกด้วย เนื่องจากหากปรากฏ

³ โปรตุเกส ฐากูร์ ศิริยุทธ์วัฒนา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 86 – 91

กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เช่น ตรากฎหมายซึ่งมีเนื้อหากระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายด้วยกระบวนการที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมาย เช่นว่านั้นได้ตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการที่สำคัญที่สุดในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในปัจจุบัน

สำหรับประเทศไทย ในระยะเริ่มแรกภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตย ใน พ.ศ. 2475 ไม่ปรากฏการสถาปนาองค์กรตุลาการขึ้นทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นกิจจะลักษณะ กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรก (พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475) มิได้กำหนดให้มีองค์กรที่ทรงอำนาจในการตรวจสอบว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภานั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การก่อตั้งองค์กรผู้ทรงอำนาจดังกล่าวปรากฏในประเทศไทยครั้งแรกในรูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 โดยปรากฏองค์กรในลักษณะดังกล่าวในรัฐธรรมนูญอีก 6 ฉบับ⁴ จนกระทั่งถึง พ.ศ. 2540 จึงได้มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

⁴ โปรดดู สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ,

และใช้รูปแบบดังกล่าวจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน⁵ บทบาทหลักของศาลรัฐธรรมนูญไทยก็คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญในประเทศอื่น ๆ ระบบกฎหมายไทยจึงมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่มีภารกิจในการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการรักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกละเมิดโดยการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่องค์กรตุลาการอื่น ๆ มิได้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาโดยตรง

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ณ วันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 กลไกการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ในการใช้อำนาจตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดผลทางกฎหมายบางประการ (เช่น โทษทางอาญา หรือโทษปรับทางปกครอง) ให้แตกต่างจากที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้ในกฎหมายได้ หากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ เช่นว่านั้นไม่มีความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรค

พี. เพรส, 2550, หน้า 1 – 3.

⁵ ยกเว้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชั่วคราว พุทธศักราช 2549 ซึ่งก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นแทนที่ศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยกเลิกไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยผลของการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549

ต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน⁶ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขผลทางกฎหมายได้ในบางกรณีอันจะส่งผลเสมือนเป็นการกำหนดให้ฝ่ายตุลาการ (ยกเว้นศาลรัฐธรรมนูญ) มีอำนาจนิติบัญญัติบางส่วนที่ทำได้ อาจสรุปได้ว่า ในปัจจุบัน การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทยประกอบไปด้วยสองกลไกหลัก กลไกแรก คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ และกลไกที่สอง คือ การใช้ดุลพินิจกำหนดผลทางกฎหมายให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

การเปลี่ยนแปลงของกลไกการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 อาจก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบต่อระบบกฎหมายไทยอย่างมีนัยสำคัญด้วยเหตุผลสองประการ ดังนี้

ประการแรก การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจกำหนดผลทางกฎหมายให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้เสมือนกับมอบอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้องค์กรตุลาการนั้นอาจขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่

⁶ มาตรา 5 วรรคแรกประกอบมาตรา 6 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

ประการที่สอง หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะพบว่า มีกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว หากกฎหมายฉบับใดไม่มีความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน กฎหมายฉบับดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ กลไกการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลอื่นจึงอาจไม่มีความจำเป็น เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญสามารถรับหน้าที่ดังกล่าวได้อย่างครอบคลุม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 อาจขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ไม่มีความจำเป็น

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ในทางปฏิบัติแก่องค์กรที่เกี่ยวข้องอีกด้วย ซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้ทำการวิเคราะห์อย่างละเอียดในส่วนท้ายของรายงานวิจัยชิ้นนี้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาปัญหาข้างต้นแล้วอาจสรุปได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในอนาคตอันใกล้ที่จะต้องแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายที่มีความสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความพอสมควรแก่เหตุ

1.2 วัตถุประสงค์

- 1.2.1 เพื่อรวบรวมองค์ความรู้ทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ
- 1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดและกลไกการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.2.3 เพื่อจัดทำข้อเสนอในการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย

1.3 สมมติฐานการวิจัย

จากการพิจารณาความเป็นมาและสภาพปัญหา อาจารย์บุสมมติฐานการวิจัยในเบื้องต้นได้ 2 ประเด็น ดังนี้

- 1.3.1 บทบัญญัติเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทยซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 อาจขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ
- 1.3.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทยซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 อาจขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาครั้งนี้ว่าเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ โดยอำนาจตุลาการมีขอบเขตการวิจัยที่สำคัญ 2 ประการ

- 1.4.1 ศึกษาทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการโดยเฉพาะหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งเป็นฐานข้อมูลสำคัญสำหรับการวิเคราะห์ปัญหาและนำไปสู่ข้อเสนอของโครงการวิจัย
- 1.4.2 ศึกษากลไกการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีเพื่อสังเคราะห์กระบวนการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการที่เหมาะสมและมีลักษณะเป็นสากลเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวกับถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศไทย

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

รายงานวิจัยนี้สามารถนำไปใช้เป็นข้อมูลในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย อันจะส่งผลให้การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและหลักการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่มีความสำคัญมากยิ่งขึ้น

1.6 กรอบแนวคิดในการดำเนินการวิจัย

การศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ โดยอำนาจตุลาการมีกรอบแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการ

1.6.1 กรอบแนวคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความพอสมควรแก่เหตุและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ ซึ่งเป็นกรอบแนวคิดในเชิงทฤษฎี

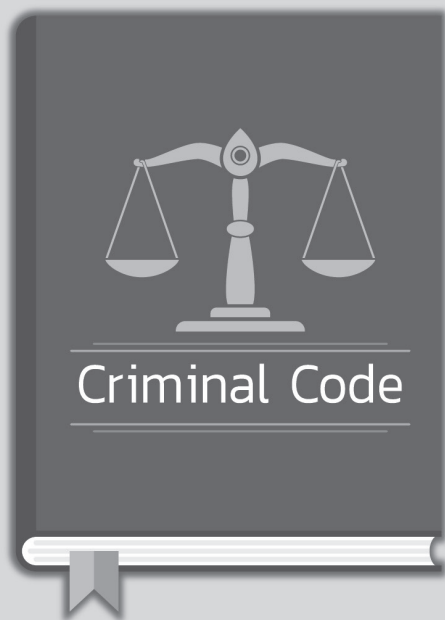
1.6.2 กรอบแนวคิดเกี่ยวกับขอบเขตและเงื่อนไขในการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นกรอบแนวคิดในเชิงปฏิบัติ โดยรายงานวิจัยนี้จะตั้งอยู่บนกรอบแนวคิดทั้ง 2 ประการ ควบคู่กันไป กล่าวคือ ในเชิงทฤษฎีจะเป็นการวิเคราะห์หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ และในเชิงปฏิบัติจะเป็นการวิเคราะห์กระบวนการและข้อดีข้อเสียต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมทั้งการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติในลักษณะอื่น ๆ ที่ปรากฏในประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย

1.7 วิธีดำเนินการวิจัย

โครงการวิจัย “การบังคับใช้มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 : การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ” เป็นการศึกษาแบบผสมระหว่างการวิเคราะห์เอกสารและการเปรียบเทียบกรณีศึกษา

- 1.7.1 การวิเคราะห์เอกสาร : รายงานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งกฎหมาย คำพิพากษาขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการด้วยวิธีที่ปรากฏในรูปแบบอื่นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ
- 1.7.2 การเปรียบเทียบกรณีศึกษา : รายงานวิจัยนี้จะทำการวิเคราะห์บทบัญญัติ แนวคิดและประสบการณ์เกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี ซึ่งเป็น 2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายมหาชนไทยมากที่สุด รวมทั้งมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและเหมาะสมแก่การใช้เป็นฐานข้อมูลเพื่อทำการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย

- 1.7.3 การสัมภาษณ์เชิงลึก: รายงานวิจัยนี้จะทำการสัมภาษณ์บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย อันได้แก่ (1) ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม (2) ตุลาการศาลปกครอง (3) ตุลาการพระธรรมนูญ ในฐานะผู้ทรงอำนาจในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 และ (4) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในฐานะผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ



บทที่ 2

หลักพื้นฐานของการถ่วงดุลอำนาจ นิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ

การตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างบรรดาคอร์หลักของรัฐเป็นหนึ่งในโลกที่มีความสำคัญที่สุดในรัฐสมัยใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้แทนของปวงชนเสียเอง แม้ว่ารัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ก็ตาม แต่หากปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลดังกล่าว สิทธิเสรีภาพของปวงชนย่อมไม่ได้รับการประกันอย่างแท้จริง ทั้งนี้ อำนาจของฝ่ายตุลาการในการตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีขอบเขตที่ชัดเจนและเป็นไปเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายอันมีเนื้อหาหรือกระบวนการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากอำนาจของฝ่ายตุลาการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจนเกินสมควรแก่เหตุย่อมก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้

การตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการมีความเกี่ยวข้องกับสัมพันธ์กับหลักการพื้นฐานหลายประการอันประกอบไปด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลักความพอสมควรแก่เหตุ

2.1 การถ่วงดุลอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Séparation des pouvoirs) มีบทบาททั้งในเชิงปรัชญาการเมืองการปกครองและในเชิงกฎหมาย นับตั้งแต่ช่วงปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมา โดยหลักการดังกล่าวมีจุดเริ่มต้นจากแนวคิดของ Aristotle (อริสโตเติล: 384 – 322 B.C.) นักปรัชญาชาวกรีก ซึ่งแบ่งแยกลักษณะการใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 ลักษณะ ได้แก่ การประชุม การสั่งการ และการวินิจฉัยชี้ขาด โดยไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐประเภทใดก็จะมีลักษณะการใช้อำนาจอยู่ไม่เกิน 3 ลักษณะข้างต้น ราวสองสหัสวรรษต่อมา John Locke (จอห์น ล็อก: 1632 – 1704) นักปรัชญาชาวอังกฤษได้จำแนกภารกิจของรัฐออกเป็นสามประการ ได้แก่ การบัญญัติกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ พร้อมกับตั้งสมมติฐานว่าควรมีการแยกองค์กรที่รับผิดชอบภารกิจทั้งสามประเภทนี้ออกจากกัน อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดของ Aristotle และ John Locke เป็นพื้นฐานสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจในยุคถัดมา กล่าวคือ Aristotle เป็นผู้เริ่มสังเกตและจำแนกลักษณะของการใช้อำนาจรัฐ และ John Locke เป็นผู้ตั้งสมมติฐานว่าอำนาจรัฐไม่ควรอยู่ภายใต้บุคคลหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่ง ส่วนบุคคลที่เป็นผู้ก่อตั้งหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่าง

แท้จริงคือ Montesquieu (มงเตสกีเยอ: 1689 – 1755) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ซึ่งแนวคิดของเขายังคงได้รับการอ้างอิงและสามารถนำมาปรับใช้ได้จวบจนปัจจุบัน⁷

การทำความเข้าใจการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ควรเริ่มพิจารณาจาก “หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu” ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจรัฐในปัจจุบัน จากนั้นจึงสามารถพิจารณา “กลไกการถ่วงดุลอำนาจในปัจจุบัน”

2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu⁸

หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ปรากฏในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์ใน ค.ศ. 1748 ภายใต้ชื่อ *De l'esprit des lois* (จิตวิญญาณแห่งกฎหมาย) หลักการดังกล่าวตั้งอยู่บนเงื่อนไข 2 ประการ **ประการแรก** อำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็นสามประเภท ประกอบด้วย อำนาจอธิบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ **ประการที่สอง** อำนาจทั้งสามนี้จะต้องอยู่ในความรับผิดชอบขององค์กรที่เป็นอิสระต่อกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจอธิรัฐจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ใต้อำนาจใดแต่เพียง

⁷ Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op.cit.*, p. 50; และโปรดดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome I, Paris, Dalloz, 2012, p. 707; ฐาгур ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 73 – 74

⁸ Francis HAMON et Michel TROPER, *op.cit.*, pp. 86 – 87; Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op.cit.*, pp. 50 – 52; ฐาгур ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 75 – 79; และโปรดดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *op.cit.*, pp. 710 – 716

องค์กรเดียว และแต่ละองค์กรที่รับผิดชอบอำนาจแต่ละประเภทจะต้องไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรอื่น เงื่อนไขดังกล่าวเรียกว่าการใช้ “อำนาจหยุดอำนาจ” (le pouvoir arrête le pouvoir) คือการให้แต่ละองค์กรหลักของรัฐที่เป็นอิสระจากองค์กรอื่นใช้อำนาจของตนหยุดการใช้อำนาจขององค์กรอื่น เนื่องจากรัฐไม่ควรมอบอำนาจให้แก่บุคคลหรือองค์กรใดอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด อำนาจทุกประเภทควรได้รับการจำกัดขอบเขตอย่างเหมาะสม ดังคำกล่าวของ Montesquieu ที่ปรากฏในผลงานของเขาว่า “ความจริงอันเป็นนิรันดร์คือบรรดาผู้มีอำนาจมักจะใช้มันไปในทางที่ผิด พวกเขาจะใช้อำนาจของตนไปจนกว่าจะพบขีดจำกัดของมัน... แม้แต่คุณธรรมเองก็ยังคงต้องมีขอบเขตเช่นกัน”

ตัวอย่างของการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรหลักของรัฐในยุคใกล้เคียงกับ Montesquieu ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 (รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของประเทศฝรั่งเศสซึ่งได้รับการประกาศใช้ภายหลังจากที่ Montesquieu ถึงแก่กรรมราว 36 ปี) ซึ่งกำหนดให้พระมหากษัตริย์ (ผู้ทรงอำนาจบริหาร) มีอำนาจในการคัดค้านร่างกฎหมาย (pouvoir de veto) ที่ได้รับการเสนอโดยสภาผู้แทนราษฎร (ผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติ) เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากแต่ละองค์กรหลักของรัฐไม่เป็นอิสระต่อกัน กระบวนการใช้อำนาจหยุดอำนาจย่อมไร้ประสิทธิภาพ และในทางกลับกัน หากองค์กรหลักของรัฐเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน กระบวนการใช้อำนาจหยุดอำนาจอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงจนนำไปสู่ความเสียหายต่อรัฐได้ เช่น อำนาจในการคัดค้านร่างกฎหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 (ที่ได้ยกตัวอย่างไว้ข้างต้น) ที่กลับกลายเป็นหนึ่งในสาเหตุ

ของการปลด Louis XVI (พระเจ้าหลุยส์ที่ 16: 1754 – 1793) ออกจากตำแหน่งในเดือนกันยายน ค.ศ. 1792 เนื่องจากพระองค์ทรงใช้พระราชอำนาจในการคัดค้านร่างกฎหมายที่ได้รับการเสนอโดยสภาแห่งชาติถึง 3 ฉบับภายในระยะเวลาเพียง 7 เดือน⁹

หากเงื่อนไขทั้งสองประการข้างต้นเกิดขึ้นอย่างครบถ้วนก็จะส่งผลให้เกิดผลลัพธ์ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประการ **ประการแรก** เมื่อไม่มีบุคคลหรือองค์กรใดมีอำนาจทั้งสามประเภทอยู่ในมือ และมีการออกแบบกลไกการใช้อำนาจหยุดอำนาจที่เหมาะสม ย่อมส่งผลให้เกิดการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรหลักของรัฐ และไม่มียุติธรรมใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด **ประการที่สอง** เมื่อมีการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรหลักของรัฐ ย่อมส่งผลเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นเป้าหมายที่สำคัญที่สุดของหลักการแบ่งแยกอำนาจ อาจกล่าวได้ว่า สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ข้างต้นนี้ยังคงสามารถนำไปปรับใช้กับระบอบการปกครองและระบบกฎหมายสมัยใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ โครงสร้างของระบบการเมืองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu เน้นการแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ ในช่วงก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1789 การปกครองของประเทศฝรั่งเศสยังคงใช้ระบอบ

⁹ รายละเอียดเกี่ยวกับการใช้อำนาจคัดค้านร่างกฎหมายดังกล่าวโปรดดู Marcel MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours*, 12^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 55 – 56, 84 – 86

สมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Monarchie absolue) ซึ่งอำนาจทั้งสามประเภท ล้วนอยู่ในมือของพระมหากษัตริย์อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ข้อเสนอของ Montesquieu เริ่มจากการแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากพระมหากษัตริย์เพื่อให้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของสององค์กร อันประกอบด้วยสภาขุนนาง (Chambre des Lords) ซึ่งเป็นผู้แทนของเหล่าขุนนาง และสภาสามัญชน (Chambre des communes) ซึ่งเป็นผู้แทนประชาชนผ่านการวิธีการเลือกตั้ง แต่ยังคงให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจบริหารอยู่เช่นเดิม

อนึ่ง แม้หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu จะจำแนกอำนาจออกเป็นสามประเภท (นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ) แต่การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรหลักของรัฐสำหรับ Montesquieu นั้น หมายถึงแต่เพียงการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเท่านั้น ส่วนฝ่ายตุลาการแทบไม่มีบทบาทใด ๆ ในแง่มุมนี้¹⁰ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการในยุคสมัยนั้นมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับคดีแพ่งและอาญาเป็นหลัก ซึ่งเป็นคดีที่มีความสัมพันธ์กับเอกชน มากกว่าการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ส่งผลให้กลไกการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ

¹⁰ ตัวอย่างการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยฝ่ายตุลาการของประเทศฝรั่งเศสในช่วงก่อนการปฏิวัติใน ค.ศ. 1789 ปรากฏอยู่อย่างจำกัดในรูปแบบของอำนาจที่เรียกว่า “droit de remontrance” (อำนาจในการตรวจร่างกฎหมายและพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์) ซึ่งเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมแห่งปารีส (Parlement de Paris) อนึ่ง การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นหนึ่งในสาเหตุของความขัดแย้งระหว่างพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 และบรรดาผู้พิพากษาที่วราชาอาณาจักรฝรั่งเศสใน ค.ศ. 1787; โปรดดู Marcel MORABITO, *Ibid.*, pp. 34 – 37

ระหว่างอำนาจตุลาการและอำนาจอื่นตามแนวคิดของ Montesquieu มีความแตกต่างกับโลกที่ปรากฏในปัจจุบันซึ่งจะได้อธิบายในส่วนถัดไป

2.1.2 กลไกการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรหลักของรัฐในปัจจุบัน

หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu เป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของการปกครองรัฐสมัยใหม่นับแต่การปฏิวัติฝรั่งเศส เป็นต้นมาจนกระทั่งปัจจุบัน¹¹ อย่างไรก็ตาม ระบอบการปกครองและระบบกฎหมายในปัจจุบันมีความแตกต่างจากอดีตอย่างมีนัยสำคัญ แม้สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจจะยังคงอยู่เช่นเดิม แต่รายละเอียดของกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรหลักของรัฐในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมพอสมควร กล่าวคือ แต่เดิมนั้น ระบบการถ่วงดุลอำนาจล้วนเป็นเรื่องระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เนื่องจากเป็นองค์กรที่ต้องทำงานร่วมกันอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจในการตรากฎหมาย ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมาย ส่วนองค์กรตุลาการมีบทบาทในการตรวจสอบการใช้อำนาจของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอย่างจำกัด อย่างไรก็ตาม บทบาทของฝ่ายตุลาการในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปโดยสิ้นเชิง เราสามารถทำความเข้าใจการถ่วงดุลอำนาจในปัจจุบันผ่านกลไกการตรวจสอบ 3 ลักษณะต่อไปนี้

¹¹ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 16 ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐใดไม่มีการประกันสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐนั้นปราศจากซึ่งรัฐธรรมนูญ” หรือในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ ในปัจจุบัน

2.1.2.1 การถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร¹²

หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu เน้นการแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างเด็ดขาด ในขณะที่การแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างสมบูรณ์แบบในปัจจุบันเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยากเป็นอย่างยิ่งไม่ว่าจะในระบบการเมืองแบบใดก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบรัฐสภา (régime parlementaire) ซึ่งฝ่ายบริหารมีที่มาจากเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นไปได้ที่จะแยกทั้งสองอำนาจออกจากกัน จึงเรียกระบบดังกล่าวว่าการแบ่งแยกอำนาจแบบไม่เด็ดขาด (séparation souple des pouvoirs) ทั้งนี้ แม้ระบบรัฐสภามีกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันผ่านกระบวนการอภิปรายไม่ไว้วางใจ (motion de censure) และการยุบสภา (dissolution parlementaire) แต่เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติแล้วจะพบว่ากลไกเช่นนั้นเป็นเพียงการถ่วงดุลกันในการเมืองโดยมีเหตุผลทางการเมืองเป็นหลัก การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารด้วยกระบวนการข้างต้นเพียงอย่างเดียวจึงไม่ใช่กลไกทางกฎหมายที่ประสิทธิภาพมากพอ

ในประเทศที่ใช้ระบบประธานาธิบดี (régime présidentiel) และระบบกึ่งประธานาธิบดี (régime semi-présidentiel) จะมี

¹² Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op.cit.*, p. 55; ฐากร ศิริฤทธิ์วัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 83 – 85; และโปรดดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *op.cit.*, pp. 718 – 725

การแบ่งแยกที่มาของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารออกจากกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและเลือกตั้งประธานาธิบดีแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาด จึงเรียกว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจแบบเด็ดขาด (*séparation rigide des pouvoirs*) อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในทางปฏิบัติจะพบว่าฝ่ายบริหารจะดำเนินการกิจได้อย่างเต็มประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อสามารถควบคุมเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติได้เท่านั้น ในกรณีที่ฝ่ายบริหารและเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเป็นฝ่ายตรงข้ามกันในทางการเมือง ฝ่ายบริหารย่อมไม่สามารถบริหารประเทศต่อไปได้โดยปกติ¹³ ทั้งนี้ อาจมีบางประเทศออกแบบให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและประธานาธิบดีในระยะเวลาที่ห่างกันพอสมควร ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเลือกผู้แทนราษฎรจากพรรคฝ่ายค้านเพื่อคานอำนาจฝ่ายบริหารในช่วงระยะเวลาหนึ่ง แต่ไม่ว่าจะในระบบการเมืองประเภทใดก็ตาม ฝ่ายบริหารและเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถเป็นฝ่ายตรงข้ามกันตลอดระยะเวลาการวางโครงสร้างการเมืองให้เกิดสถานการณ์เช่นว่านั้นอยู่ตลอดเวลา ย่อมส่งผลให้ฝ่ายบริหารไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และย่อมส่งผลให้ประเทศไม่สามารถพัฒนาหรือแก้ปัญหาต่าง ๆ ได้ในที่สุด กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายบริหารและเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติในระบบการปกครองในปัจจุบันจะต้องเป็นกลุ่มการเมืองเดียว (อาจจะเป็นพรรคการเมืองเดียวกันหรือไม่ก็ได้) เพื่อให้การดำเนินรัฐกิจต่าง ๆ สามารถลุล่วงไปได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ

¹³ ในระบบกึ่งประธานาธิบดีของประเทศฝรั่งเศสเรียกสถานการณ์เช่นนี้ว่า “Cohabitation”

อาจสรุปได้ว่า เมื่อฝ่ายบริหารและเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นกลุ่มการเมืองเดียวกันตามธรรมชาติของระบบการปกครองในปัจจุบัน ระบบกฎหมายในปัจจุบันจึงไม่สามารถไว้วางใจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน แต่เพียงอย่างเดียว หากแต่จะต้องมีอีกอำนาจหนึ่งเข้ามาับบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายการเมือง (หมายถึงฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ) ด้วยกลไกทางกฎหมายที่ทรงประสิทธิภาพมากกว่ากลไกทางการเมือง

2.1.2.2 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยฝ่ายตุลาการ¹⁴

ในอดีต ฝ่ายตุลาการจะมีภารกิจเกี่ยวกับข้อพิพาททางแพ่งและอาญาเป็นหลัก หลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu จึงมิได้ให้ความสำคัญกับอำนาจตุลาการในแง่ของการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร แต่ในปัจจุบัน อำนาจตุลาการมีบทบาทสำคัญที่สุดในการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายการเมือง เนื่องจากฝ่ายตุลาการมิได้มีเพียงอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและอาญาเหมือนในอดีต หากแต่ยังมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองและรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งอำนาจของฝ่ายตุลาการในแต่ละรัฐอาจมีรายละเอียดแตกต่างกันโดยขึ้นอยู่กับระบบศาลที่เลือกใช้

¹⁴ Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op.cit.*, p. 55 – 56; ฐาตุรศิริยุทธวัฒนา, *ความไม่ไว้วางใจ: บทบาทขององค์กรตุลาการในระบบประชาธิปไตย*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 47 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2561), กรุงเทพฯ, 2561, หน้า 357 – 361

ในรัฐที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว (monisme juridictionnel) เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ จะมีเพียงศาลยุติธรรมเท่านั้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งปวง โดยไม่มีการแยกศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญออกมาเพื่อพิจารณาคดีปกครอง หรือคดีทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลยุติธรรมในระบบศาลเดี่ยวจึงทำหน้าที่เสมือนเป็นทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญในองค์กรเดียว¹⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ แม้ไม่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองขึ้นมาโดยเฉพาะ แต่ในระบบศาลเดี่ยวยังจะต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยศาลยุติธรรมโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

ในรัฐที่ใช้ระบบศาลคู่ (dualisme juridictionnel) เช่น ประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี และไทย จะมีการก่อตั้งศาลปกครอง และอาจมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลอื่นด้วยก็ได้ โดยอาจแยกพิจารณาบทบาทการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ **ประเภทแรก การตรวจสอบการใช้อำนาจ**

¹⁵ อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี (Constitution coutumière) เป็นหลัก และไม่ยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (suprématie de la Constitution) กล่าวคือ รัฐสภามีอำนาจตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ โดยที่องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา (contrôle de constitutionnalité); โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, *op.cit.*, p. 71 – 72; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, 2557, หน้า 203; ฐาปนุร ศิริฤทธิ์วัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 107 – 111

ปกครองของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง : ศาลปกครอง (jurisdiction administrative) มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (actes administratifs) ของฝ่ายปกครอง รวมทั้งฝ่ายบริหารในกรณีที่ทำกรเป็นการเป็นฝ่ายปกครองด้วย ยกตัวอย่าง เช่น กรณีที่คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ อาทิ การแต่งตั้ง โยกย้าย ลงโทษทางวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น หรือการตรากฎหมายลำดับรอง (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง) หรือเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ตลอดจนการปฏิบัติการทางปกครองอื่น **ประเภทที่สอง การตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ :** ศาลรัฐธรรมนูญ (jurisdiction constitutionnelle) หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (contrôle de constitutionnalité) กล่าวคือ เป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นมีเนื้อหาหรือกระบวนการที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ใช้อำนาจในการตรากฎหมายจนล่วงละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชน¹⁶

ทั้งนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครองก็ดี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญก็ดี ล้วนเป็นอำนาจที่อยู่ในขอบเขต

¹⁶ รายละเอียดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (contrôle de constitutionnalité) จะได้อธิบายโดยละเอียดในส่วนถัดไป

ของกฎหมายและเป็นไปเพื่อควบคุมมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเท่านั้น ฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจพิจารณาถึงความเหมาะสมในเชิงเนื้อหาของกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ องค์การตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดมีเนื้อหาขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเป็นผลมาจากกระบวนการตราที่ไม่เป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่ไม่มีอำนาจพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวมีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด เช่นเดียวกับการพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ฝ่ายตุลาการจะต้องอธิบายถึงเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ หากใช้วินิจฉัยถึงความเหมาะสมของการกระทำดังกล่าวไม่ หากฝ่ายตุลาการสามารถวินิจฉัยไปถึงความเหมาะสมของตัวบทกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือมาตรการต่าง ๆ ของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นประเด็นนอกเหนือไปจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเสียแล้ว ย่อมส่งผลให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไปโดยปริยาย ซึ่งเป็นกลไกที่ขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเห็นได้ชัด

2.1.2.3 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการโดยฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁷

แม้ฝ่ายตุลาการจะเป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร แต่ในขณะเดียวกันฝ่ายตุลาการก็จะต้องได้รับการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรอื่นด้วยเช่นกัน เนื่องจากองค์กรที่ปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลจากองค์กรอื่นย่อมมีโอกาสที่จะใช้อำนาจ

¹⁷ โปรตดู ฐากร ศิริยุทธวัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรธที่ 14, หน้า 361 – 3644

ไปในทางที่มีขอบหรือลวงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นเหตุผลที่สำคัญที่สุดในการดำรงอยู่ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยในปัจจุบันปรากฏกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจตุลาการอยู่หลายประเภท แต่ในที่นี้จะอธิบายถึงเฉพาะการถ่วงดุลอำนาจตุลาการโดยอำนาจนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นหนึ่งในกลไกการใช้ “อำนาจหยุดอำนาจ” ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

องค์กรตุลาการนั้นจะได้รับการก่อตั้งขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น กฎหมายในที่นี้ย่อมหมายถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (หรือพระราชบัญญัติในรัฐที่เป็นราชอาณาจักร) เป็นสำคัญ ตลอดจนโครงสร้าง สถานะ วิธีพิจารณาคดี รวมทั้งอำนาจทั้งหลายขององค์กรตุลาการก็ล้วนแต่มีบ่อเกิดและขอบเขตตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เมื่อกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติจะต้องได้รับการตรัสขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ในแง่มุมหนึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้ควบคุมกลไกที่สำคัญที่สุดในการถ่วงดุลอำนาจตุลาการ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการตรา แก้ไขเพิ่มเติม ตลอดจนยกเลิกกฎหมายซึ่งกำหนดสถานะ อำนาจและวิธีพิจารณาคดีขององค์กรตุลาการได้ นอกจากนี้ อำนาจตุลาการเองก็คืออำนาจในการตีความกฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ และกฎหมายที่ศาลใช้วินิจฉัยยรรถคดีทั้งหลายนี้ก็ล้วนแต่ได้รับการกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสิ้น ในกรณีที่ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดก็ดี หรือใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่เนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย ความยุติธรรม หรือลวงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมสามารถแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมายเช่นว่านั้นได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี การใช้อำนาจนิติบัญญัติถ่วงดุลอำนาจตุลาการควรกระทำด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากองค์กรตุลาการคือเสาหลักในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย การแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะหรืออำนาจของตุลาการอาจส่งผลเป็นการถ่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอ้อม นอกจากนี้ การถ่วงดุลอำนาจตุลาการจะต้องระมัดระวังมิให้กระทบกระเทือนต่อหลักความเป็นอิสระของตุลาการซึ่งมุ่งหมายให้ฝ่ายตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ ได้อย่างเต็มประสิทธิภาพโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของบุคคลหรือองค์กรอื่นใด¹⁸

โดยสรุป หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องให้มีการกำหนดโครงสร้างอำนาจขององค์กรหลักของรัฐโดยคำนึงถึงการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน โดยจะต้องไม่มีองค์กรใดที่ใช้อำนาจโดยปราศจากการตรวจสอบจากองค์กรอื่น ในขณะเดียวกันการตรวจสอบเช่นว่านั้นจะต้องไม่ก้าวล่วงอำนาจที่ได้รับการตรวจสอบจนส่งผลให้องค์กรหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่ง การตรวจสอบถ่วงดุลกันระหว่างองค์กรหลักของรัฐจะต้องเป็นไปเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ มิใช่มุ่งหมายที่จะใช้กลไกการตรวจสอบเป็นเครื่องมือในการทำลายล้างองค์กรอื่นเสมือนเป็นปฏิปักษ์ต่อกันอันจะส่งผลให้เกิดความเสียหายต่อรัฐอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

¹⁸ นอกจากการถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ฝ่ายตุลาการอาจได้รับการตรวจสอบถ่วงดุลจากกรรมการตุลาการ (คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม หรือคณะตุลาการศาลปกครอง แล้วแต่กรณี) หรือโดยประชาชนก็ได้เช่นกัน; รายละเอียดโปรดดู ฐากร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 14, หน้า 363

2.2 การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁹

หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (contrôle de constitutionnalité) มีบทบาทมากขึ้นเรื่อย ๆ ในระบบกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบัน หลักการดังกล่าวเรียกร้องให้มีการตรวจสอบว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบเช่นว่านั้นส่งผลเป็นการยืนยันว่ารัฐดังกล่าวยึดถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (suprématie de la Constitution) หากระบบกฎหมายของรัฐใดปราศจากกลไกเช่นว่านั้น รัฐดังกล่าวย่อมไม่อาจยืนยันได้ว่ารัฐธรรมนูญของตนเป็นกฎหมายสูงสุด เมื่อไม่อาจยืนยันได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็ย่อมส่งผลให้รัฐดังกล่าวไม่มีการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง เพราะไม่อาจตรวจสอบได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายที่ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่

การทำความเข้าใจหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควรเริ่มจากการพิจารณาที่มาของหลักการดังกล่าว จากนั้นจึงสามารถพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

¹⁹ ผู้สนใจศึกษาประเด็นปัญหาในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (contrôle de constitutionnalité) โปรดดู Victor Ferreres Comela, *Est-il légitime de contrôler la constitutionnalité des lois ?* ใน Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2012, pp. 69 – 105

2.2.1 ที่มาของหลักการควบคุมความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมาย

นับแต่เริ่มมีการก่อตั้งอำนาจนิติบัญญัติขึ้นอย่างเป็นทางการจะลักษณะจนกระทั่งช่วงปลายศตวรรษที่ 18 กฎหมายคือผลงานของผู้แทนแห่งปวงชน (*œuvre des représentants du peuple*) หรือ “การแสดงออกซึ่งเจตจำนงแห่งปวงชน” (*expression de la volonté générale*) อันมีลักษณะเด็ดขาดและไม่อาจยกเลิกเพิกถอนได้ (*absolue et indélébile*)²⁰ ประกอบกับอิทธิพลของการใช้การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจในช่วงเวลาดังกล่าวซึ่งมุ่งเน้นการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ส่วนบทบาทของฝ่ายตุลาการที่เกี่ยวข้องกับอำนาจอื่นมีอยู่อย่างจำกัด กล่าวคือ อำนาจตุลาการมีหน้าที่ในการตีความและปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการกำหนดโดยรัฐสภาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ เท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในขณะที่ภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีต่อระบบกฎหมายคือการตรากฎหมายให้มีความละเอียดชัดเจน และสมบูรณ์แบบที่สุดเท่าที่จะทำได้เพื่อลดปัญหาอันเกิดจากการตีความช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้มากที่สุด²¹ ในเวลาต่อมา ประเด็นปัญหาว่าด้วยการกำหนดให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเริ่มเด่นชัดขึ้นเรื่อย ๆ โดยมีความเห็นแยกออกเป็นสองฝ่ายดังนี้

²⁰ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 211

²¹ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *op.cit.*, p. 71

ความเห็นแรก การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นเป็นการล่วงละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจเนื่องจากฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตีความและปรับใช้กฎหมายอยู่ในมือแล้ว การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการกำหนดให้กฎหมายใดอยู่ในระบบกฎหมายได้หรือไม่เพียงใดอีกด้วย นอกจากนี้หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากการวินิจฉัยข้อพิพาทอื่น ๆ อย่างมีนัยสำคัญ แนวคิดข้างต้นนี้ทรงอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งในระบบกฎหมายยุโรปนานหลายทศวรรษ²²

ความเห็นที่สอง หากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งเหตุใดจึงควรปฏิเสธอำนาจของฝ่ายตุลาการในการตีความว่ากฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อรัฐธรรมนูญคือกฎหมาย องค์การตุลาการก็ย่อมมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน²³ นอกจากนี้ การตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดตามความเห็นแรกอาจไม่เหมาะสมกับ

²² Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *loc.cit.*

²³ สอดคล้องกับความเห็นของ John Marshall (ผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา) ในคดี *Marbury v. Madison* ค.ศ. 1803 ซึ่งมีใจความโดยสรุปว่า “...เป็นไปได้ที่จะปฏิเสธอำนาจดังกล่าวที่ศาลพึงมี ในเมื่อรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายและศาลเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจในการตีความกฎหมาย...” โปรดดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.* p. 72

สภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป การกำหนดให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ถือเป็นการสร้างกลไกการใช้ “อำนาจหยุดอำนาจ” อันเป็นองค์ประกอบประการหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ กลไกดังกล่าวเป็นการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ เพียงแต่เป็นกลไกซึ่งไม่ปรากฏตามหลักการแบ่งแยกอำนาจดั้งเดิมเท่านั้น หากใช้กลไกที่ขัดหรือแย้งต่อสาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจไม่กล่าวอีกนัยหนึ่งคือหลักการแบ่งแยกอำนาจดั้งเดิมอาจไม่เพียงพอสำหรับการถ่วงดุลอำนาจที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมีนัยสำคัญ²⁴

การอภิปรายระหว่างนักกฎหมายจากทั้งสองฝ่ายนั้นใช้เวลา นานหลายทศวรรษระหว่างช่วงปลายศตวรรษที่ 19 จนกระทั่งช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ท่ามกลางนักกฎหมายที่สนับสนุนหรือวิพากษ์วิจารณ์การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการนั้น ความเห็นของนักกฎหมายชาวออสเตรียที่ชื่อ Hans Kelsen (ฮันส์ เคลเซน: 1881 – 1973) นับว่าน่าสนใจและทรงอิทธิพลที่สุดในช่วงเวลาดังกล่าว เขาเป็นหนึ่งในนักกฎหมายที่ก่อตั้งกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในยุโรปซึ่งเป็นรูปแบบที่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม²⁵ โดย Kelsen ได้ให้เหตุผลสนับสนุนกลไกดังกล่าวไว้โดยสรุปดังนี้

²⁴ โปรตดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.* pp. 72 – 73

²⁵ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.* p. 73

ประการแรก Kelsen มีความเห็นว่า เมื่อเริ่มแรกนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจได้รับการก่อตั้งขึ้นภายใต้การปกครองในระบอบราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ (Monarchie constitutionnelle) ซึ่งมีความแตกต่างจากโครงสร้างของสาธารณรัฐซึ่งปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตย (République démocratique) อย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้นการปรับใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดเสมือนอยู่ภายใต้การปกครองรูปแบบเก่าย่อมไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์อีกต่อไป อีกทั้งหลักการแบ่งแยกอำนาจควรจะต้องคำนึงถึงการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรหลักของรัฐด้วยเสมอ การกำหนดให้ศาลมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมส่งผลเป็นการลดการผูกขาดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยอีกทางหนึ่ง กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงไม่ใช่กระบวนการที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากแต่เป็นกลไกที่สนับสนุนหลักการดังกล่าวผ่านการมอบอำนาจในการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่ฝ่ายตุลาการ²⁶

ประการที่สอง Kelsen อธิบายว่าภารกิจในทางนิติบัญญัติแบ่งออกเป็น 2 ประเภทซึ่งประกอบไปด้วยภารกิจในการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เรียกว่า “ภารกิจเชิงบวก” (fonction positive) และภารกิจในการยกเลิกเพิกถอนกฎหมาย เรียกว่า “ภารกิจเชิงลบ” (fonction négative) ในกรณีที่ฝ่ายตุลาการวินิจฉัยว่ากฎหมายใด

²⁶ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *loc.cit.*

ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและยกเลิกเพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าว ย่อมเปรียบเสมือนกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติยกเลิกเพิกถอนกฎหมายฉบับหนึ่ง ซึ่งเป็นภารกิจเชิงลบเช่นเดียวกัน อาจสรุปได้ว่า องค์การผู้ทรงอำนาจปฏิบัติภารกิจเชิงลบในทางนิติบัญญัติแบ่งออกเป็น 2 องค์กรได้แก่รัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม Kelsen อธิบายต่อไปอีกว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะมีภารกิจเชิงลบในทางนิติบัญญัติ แต่อำนาจที่ศาลใช้ยกเลิกเพิกถอนกฎหมายยังคงเป็นอำนาจตุลาการอยู่เสมอ หากใช้อำนาจนิติบัญญัติไม่ นอกจากนี้ การยกเลิกเพิกถอนกฎหมายโดยรัฐสภาจะอยู่ภายใต้เจตจำนงอิสระของผู้แทนราษฎร เหตุผลที่ใช้ยกเลิกกฎหมายอาจเป็นเหตุในทางกฎหมายหรือในทางการเมืองก็ได้ ในขณะที่การยกเลิกเพิกถอนกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้กรณีเดียวคือศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ²⁷

ภายหลังการอภิปรายทางวิชาการอันยาวนาน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้รับการสถาปนาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายสมัยใหม่ในที่สุด กล่าวคือ ในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ในปัจจุบันล้วนแต่มีการก่อตั้งกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแทบทั้งสิ้น โดยองค์ผู้ทรงอำนาจในการควบคุมกลไกดังกล่าวย่อมเป็นองค์กรตุลาการ เพียงแต่รายละเอียดของกลไกเหล่านั้นนั้น อาจมีความแตกต่างกันในแต่ละระบบกฎหมายซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้พิจารณาในส่วนถัดไป

²⁷ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.* pp. 73 – 74

2.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ

ปัจจุบัน ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการที่ปรากฏในระบบกฎหมายส่วนใหญ่ อาจแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบใหญ่ ๆ เมื่อพิจารณาจากองค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว **รูปแบบแรก** เรียกว่า **“รูปแบบรวมศูนย์อำนาจ” (modèle centralisé)** อันหมายถึง การรวมอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ที่ ศาลรัฐธรรมนูญ (Cour constitutionnelle) เพียงองค์กรเดียว ซึ่งเป็นรูปแบบที่ได้รับอิทธิพลทางความคิดจาก Kelsen และเป็นที่ยอมรับในบรรดาประเทศแถบยุโรปภาคพื้นทวีปเป็นอย่างยิ่งจึงอาจเรียกว่าเป็น **“รูปแบบยุโรป” (modèle européen)** ก็ได้ **รูปแบบที่สอง** เรียกว่า **“รูปแบบกระจายอำนาจ” (modèle décentralisé)** อันหมายถึง การกระจายอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้แก่องค์กรตุลาการในระบบกฎหมายปกติโดยไม่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะ เป็นรูปแบบที่เริ่มต้นจากประเทศสหรัฐอเมริกาจึงอาจเรียกว่าเป็น **“รูปแบบอเมริกัน” (modèle américain)** ก็ได้²⁸

ทั้ง 2 รูปแบบนี้อาจเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ 2 ลักษณะ **ลักษณะแรก** เรียกว่า **“การตรวจสอบในเชิงเนื้อหา”** ซึ่งหมายถึงการพิจารณาว่าเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

²⁸ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.* p. 70; Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 215

ลักษณะที่สอง เรียกว่า “การตรวจสอบในเชิงรูปแบบ” ซึ่งหมายถึง การพิจารณาว่ากระบวนการตรากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายที่ได้รับการกำหนดไว้โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁹

ทั้งนี้ นอกจากการจำแนกรูปแบบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายข้างต้นแล้ว การทำความเข้าใจกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการจำเป็นต้องพิจารณารูปแบบของการควบคุมซึ่งจำแนกตามลักษณะแห่งคดี ซึ่งสามารถจำแนกได้ 2 ลักษณะอันประกอบด้วย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอัตวิสัยและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงภววิสัย

2.2.2.1 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอัตวิสัย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอัตวิสัย (contentieux subjectif) หมายถึง กระบวนการโต้แย้งการปรับใช้กฎหมายในข้อพิพาทต่าง ๆ ในชั้นศาล (ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญาคดีปกครอง รวมทั้งคดีประเภทอื่น) โดยเปิดโอกาสให้คู่ความมีสิทธิโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การโต้แย้งเช่นนี้ย่อมปรากฏขึ้นเมื่อมีข้อพิพาทในศาลแล้ว จึงอาจเรียกว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (contentieux concret) ก็ได้ เนื่องจากมีกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและเกิดข้อพิพาทที่ต้องใช้กฎหมายดังกล่าวในการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างเป็นทางการแล้ว นอกจากนี้ การตรวจสอบ

²⁹ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 210

ดังกล่าวจะเกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้กฎหมายเสมอ จึงอาจเรียกว่าเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้กฎหมาย (*a posteriori*) ก็ได้³⁰

รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอ้อมวิสัยเป็นของศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศสเปน ประเทศอิตาลี ประเทศเบลเยียม ประเทศฝรั่งเศส³¹ หรืออาจกำหนดให้อำนาจดังกล่าวเป็นของศาลยุติธรรมสำหรับประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวก็ได้ ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดคือประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งกำหนดให้ศาลยุติธรรมทุกระดับมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่ข้อพิพาทดังกล่าวเกิดขึ้นในศาลยุติธรรมในระดับมลรัฐ คำวินิจฉัยจะมีผลผูกพันเฉพาะคดี แต่ในกรณีที่ข้อพิพาทในระดับสหพันธรัฐ ศาลสูงสุด (Cour suprême) จะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดและคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดจะมีผลผูกพันในทางกฎหมายเฉพาะคู่กรณีที่มีข้อพิพาท (*inter partes*) แต่จะมีผลผูกพันศาลในทุกระดับเป็นการทั่วไป (*erga omnes*) ทั้งสหพันธรัฐในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ บางประเทศอาจกำหนดให้ทั้งศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว ยกตัวอย่างเช่น ประเทศโปรตุเกสกำหนดให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นของศาลยุติธรรม คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในประเด็น

³⁰ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 216

³¹ องค์การที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศสอยู่ในรูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel)

ดังกล่าวจะมีผลผูกพันเฉพาะกรณี แต่หากมีคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญถึง 3 คดี ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่³²

นอกจากนี้ ในบางประเทศอาจกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรง (recours individuel direct) ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งว่ากฎหมายที่ได้รับการขึ้นโดยสภา หรือการกระทำทางปกครอง หรือแม้กระทั่งคำพิพากษาของศาลล้มละลายมีสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ ในเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นกรณีที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นหนทางสุดท้ายของประชาชนแล้ว ตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนีและประเทศสวิตเซอร์แลนด์ หรือประเทศสเปน (เฉพาะกรณีการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลและการกระทำทางปกครอง) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญอาจส่งผลให้ปริมาณคำร้องมีมากจนเกินไปได้³³

2.2.2.2 การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงภาววิสัย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงภาววิสัย (contentieux objectif) หมายถึง กระบวนการตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภามีลักษณะที่

³² Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *loc.cit.*; Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014, pp. 274 – 275

³³ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *loc.cit.*

ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ กระบวนการนี้เป็นการโต้แย้ง
 บทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือไม่ต้องรอให้มีการ
 การปรับใช้กฎหมายเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในชั้นศาลอย่างเป็นทางการ
 รูปธรรมเสียก่อน จึงอาจเรียกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
 ของกฎหมายในเชิงทวิสัยว่าเป็นการตรวจสอบในเชิงนามธรรม
 (contentieux abstrait) ก็ได้³⁴

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
 ในเชิงทวิสัยอาจกำหนดให้มีกลไกการตรวจสอบในขณะที่ยังมิได้ประกาศ
 ใช้กฎหมาย กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบว่าร่างกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น
 โดยรัฐสภาแต่ยังไม่ประกาศใช้มีลักษณะที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่ง
 รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเรียกว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ
 ของกฎหมายก่อนการประกาศใช้กฎหมาย (*a priori*) โดยการตรวจสอบ
 เช่นว่านี้มีข้อดีคือเป็นกลไกที่ป้องกันไม่ให้มีการประกาศใช้กฎหมายที่
 ลักษณะขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และส่งผลให้ระบบกฎหมายมีความมั่นคง
 มากยิ่งขึ้นเนื่องจากปริมาณกฎหมายที่จะได้รับการยกเลิกเพิกถอนภายหลัง
 การประกาศใช้ย่อมลดลง ในขณะเดียวกันการควบคุมความชอบด้วย
 รัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงทวิสัยอาจเกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้
 กฎหมาย (*a posteriori*) ก็ได้ อาทิ ประเทศเยอรมนี ประเทศโปรตุเกส
 ประเทศอิตาลี เป็นต้น ทั้งนี้ ในบางประเทศอาจกำหนดให้มีทั้งการควบคุม
 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงทวิสัยทั้งก่อนและหลัง
 การประกาศใช้กฎหมายก็ได้ หรืออาจใช้ทั้งการตรวจสอบในเชิงทวิสัย

³⁴ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 217

และอติวิสัยร่วมกันก็ได้³⁵

โดยทั่วไป การริเริ่มกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงทวิสัยจะกระทำโดยองค์กรของรัฐ (ไม่ใช่ประชาชนในฐานะคู่ความในคดีอย่างเช่นกรณีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอติวิสัย) องค์กรหลักที่มีอำนาจริเริ่มกระบวนการดังกล่าวคือรัฐสภาผ่านบรรดาสมาชิกตามจำนวนที่ทบบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้สามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยชี้ขาด (หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสำหรับบางประเทศ) ยกตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คนสามารถยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁶ นอกจากนี้ บางประเทศยังอาจกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจดังกล่าวด้วยก็ได้ เช่น กรณีของประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรีของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี และประเทศโปรตุเกส เป็นต้น หรืออาจกำหนดให้องค์กรประเภทอื่นทำหน้าที่เช่นว่านั้นไปพร้อมกับผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติหรือบริหารก็ได้ เช่น ประเทศสเปนและประเทศโปรตุเกสกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน (ombudsman หรือ Defensor del Pueblo ในระบบกฎหมายสเปน หรือ Provedor de Justiça ในระบบกฎหมายโปรตุเกส) มีอำนาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าทบบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁷

³⁵ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *loc.cit.*

³⁶ มาตรา 61 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

³⁷ Louis FAVOREU et autres, *op.cit.*, pp. 272 – 274

ในท้ายที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญ (หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ สำหรับบางประเทศ) จะเป็นองค์กรที่ทรงอำนาจเด็ดขาดในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงอรรถวิสัย โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลเป็นการทั่วไปและผูกพันทุกองค์กร (*erga omnes*) ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่อยู่ในระบบกฎหมายของรัฐอีกต่อไป กรณีจึงแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรมในระบบตรวจสอบในเชิงอรรถวิสัย ซึ่งจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีในคดี (*inter partes*)³⁸

2.3 การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ

ช่วงเวลานับแต่การสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่สอง บทบาทของฝ่ายตุลาการในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศยุโรปภาคพื้นทวีปปรากฏเด่นชัดขึ้นเรื่อย ๆ สวนทางกับบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับการจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลักการต่าง ๆ ที่ได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยหนึ่งในหลักการอันเป็นแกนหลักแห่งการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการคือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรืออาจเรียกว่า “หลักความได้สัดส่วน” ก็ได้ (*principe de proportionnalité* หรือ *Verhältnismäßigkeitsprinzip* ในภาษาเยอรมัน)³⁹ หลักการดังกล่าวได้

³⁸ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 217

³⁹ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *op.cit.*, p. 154

รับการก่อตั้งขึ้นมาเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในฐานะเกณฑ์ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่ง Georg Jellinek (เก-ออร์ก เยลลิเนก: 1851 – 1911) ได้อธิบายภาพรวมของหลักการนี้ผ่านการเปรียบเทียบว่า “*ไม่มีใครยิงนกกระจอกด้วยปืนใหญ่...*”⁴⁰ เพื่อทำความเข้าใจหลักความพอสมควรแก่เหตุ อาจพิจารณาบ่อเกิดของหลักการดังกล่าวซึ่งแยกออกเป็นบ่อเกิดที่ปรากฏอยู่ในรูปของแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ และบ่อเกิดที่ปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2.3.1 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรูปของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ

หลักความพอสมควรแก่เหตุมิใช่หลักการที่ได้รับการกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้แต่แรก หากแต่ถือกำเนิดขึ้นจากการให้เหตุผลขององค์กรตุลาการและได้รับการพัฒนาเรื่อยมาในหลายประเทศในช่วงเวลาที่แตกต่างกัน การศึกษาที่มาของหลักความพอสมควรแก่เหตุจึงควรเริ่มจากการพิจารณาแนวทางของคำวินิจฉัยของศาลในหลายประเทศที่ได้พัฒนาหลักการนี้ขึ้นโดยมีสาระสำคัญใกล้เคียงกัน

ในประเทศเยอรมนี ข้อความคิดว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุได้รับการพัฒนาขึ้นในรูปของกฎหมายตำรวจ (Polizeirecht) ของ

⁴⁰ Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, these, Aix-Marseille 3, 1989, p. 243 dans Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.*, p. 154

ราชอาณาจักรปรัสเซีย⁴¹ โดยเป็นหลักการที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้ ประกอบการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับมาตรการที่ตำรวจใช้แทรกแซงหรือ จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁴² ต่อมา หลังจากสิ้นสุดยุคสงครามโลก ครั้งที่สองและรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีฉบับที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949) หรือ “กฎหมายพื้นฐาน” ได้รับการประกาศใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ได้ปรับใช้ หลักความพอสมควรแก่เหตุ อย่างเป็นทางการครั้งแรกใน ค.ศ. 1965 ผ่านคำวินิจฉัยในคดี Apotheken-Urteil⁴³ หรือที่เรียกว่า “คดีร้านขายยา” นับแต่นั้นเป็นต้นมา หลักการดังกล่าวมีสถานะเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่สำคัญที่สุดในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับ การรับรองตามกฎหมายพื้นฐานมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผ่านการตรากฎหมายต่าง ๆ โดยเราสามารถพบรายละเอียดที่ปรากฏ ในลักษณะของหลักการย่อย (sous-principes) หรือองค์ประกอบ (Elemente ในภาษาเยอรมัน) ผ่านการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญ ในคดีต่าง ๆ ตลอดระยะเวลาหลายสิบปีได้ทั้งสิ้นสามประการดังนี้⁴⁴

⁴¹ Werner HEUN, Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen, 2014, p. 51

⁴² Hartmut MAURER, Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München, 2010, p. 227

⁴³ BVerfGE, 7, 377

⁴⁴ โปรดดู Alfred KATZ, Staatsrecht. Grundkurs im öffentlichen Recht, 18. Auflage, Heidelberg, 2010, pp. 106 – 109

ประการแรก “หลักความเหมาะสม” (principe de pertinence หรือ Geeignetheit ในภาษาเยอรมัน) : คือการพิจารณาว่ามาตรการที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่ โดยมาตรการที่มีความเหมาะสมจะต้องเป็นมาตรการที่เมื่อดำเนินการแล้วจะนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ หากมาตรการทางกฎหมายใดไม่มีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยหลักความเหมาะสมและจะต้องได้รับการยกเลิกเพิกถอนโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง “หลักความจำเป็น” (principe de nécessité หรือ Erforderlichkeit ในภาษาเยอรมัน) : เมื่อมาตรการที่ปรากฏในกฎหมายสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว ในลำดับถัดมาคือการพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายหรือไม่ โดยเทียบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะได้รับผลกระทบจากมาตรการเช่นว่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มาตรการทางกฎหมายที่ได้รับการกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญเท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ ในกรณีที่มีมาตรการหลายอย่างที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการได้ (มาตรการที่ชอบด้วยหลักความเหมาะสม) มาตรการที่ชอบด้วยหลักความจำเป็นจะต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดในบรรดามาตรการทั้งหมด

ประการที่สาม “หลักความพอสมควรแก่เหตุโดยเคร่งครัด” (principe de proportionnalité stricte หรือ Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ในภาษาเยอรมัน) : หากมาตรการทางกฎหมายใด สอดคล้องต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น และเป็นมาตรการที่มีความจำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย ก็จะต้องพิจารณาอีกว่ามาตรการดังกล่าวนั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างรุนแรงเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านมาตรการดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ กล่าวคือ มาตรการใด แม้จะนำไปสู่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายต้องการได้และเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดเท่าที่มีอยู่ แต่หากทำที่สุดแล้วประโยชน์ต่อสาธารณะที่จะได้รับไม่ได้มีน้ำหนักเหนือไปกว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เสียไป มาตรการนั้นย่อมไม่สมเหตุผล หรือ “ไม่ได้สัดส่วน” และไม่ชอบด้วยหลักความพอสมควรแก่เหตุ⁴⁵

ในประเทศอิสราเอล ศาลสูงสุดแห่งรัฐอิสราเอล (Cour suprême d'Israël) ได้วางหลักการที่มีลักษณะใกล้เคียงกับหลักความพอสมควรแก่เหตุผ่านคำวินิจฉัยในคดี Zaharan Yunis Muhammad Mara'abe v. Prime Minister of Israel, HCJ 7957/04, วันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 2005 ซึ่งศาลได้อธิบายว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องคำนึงถึงเงื่อนไขทั้งสามประการดังนี้⁴⁶

⁴⁵ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *op.cit.*, pp. 156 – 157

⁴⁶ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.*, p. 157

ประการแรก ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างมาตรการทางกฎหมายและวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ

ประการที่สอง การใช้มาตรการดังกล่าวให้ผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด

ประการที่สาม ความสัมพันธ์ระหว่างผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ

ในประเทศแคนาดา ศาลสูงสุด (Cour suprême du Canada) ได้วางหลักการอันมีลักษณะคล้ายแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นับแต่คดี Oakes ใน ค.ศ. 1986 เรื่อยมา จนกระทั่งใน ค.ศ. 1994 ศาลสูงสุดของประเทศแคนาดาได้วางแนวทางการวินิจฉัยอันมีหลักการย่อยทั้งสิ้นสี่ประการ⁴⁷:

ประการแรก พิจารณา “วัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ” (objectif du législateur) : ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องอธิบายได้ว่าการตรากฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่ปรากฏอยู่จริงในสังคม

ประการที่สอง พิจารณา “ความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผล” (lien rationnel) : ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างสมเหตุสมผลในความเป็นจริง

ประการที่สาม พิจารณา “ผลกระทบขั้นต่ำ” (atteinte minimale) : ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายได้โดยที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

⁴⁷ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.*, pp. 158 – 159

ประการที่สี่ พิจารณา “การชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบต่อปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ” (pondération des effets préjudiciables et des effets bénéfiques) : ในท้ายที่สุด แม้มาตรการที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมายและเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดเท่าที่จะสามารถเพื่อบรรลุเป้าหมายได้ แต่ศาลก็ยังมีอำนาจในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน กล่าวคือ แม้จะเป็นมาตรการที่กระทบต่อปัจเจกชนน้อยที่สุดเท่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดได้ แต่หากผลประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับนั้นต่ำเกินไปเมื่อพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดต่อประโยชน์ของปัจเจกชน มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวก็อาจเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

2.3.2 บ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

นอกจากการวางหลักกฎหมายโดยองค์กรตุลาการแล้ว หลักความพอสมควรแก่เหตุอาจปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน แม้จะไม่ได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ที่มีรายละเอียดชัดเจนแน่นอนตายตัวหรือมีการลำดับขั้นตอนและกระบวนการในการพิจารณาต่าง ๆ แต่ก็สามารถตีความบทบัญญัติเหล่านั้นให้สอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุที่ปรากฏอยู่ในรูปของคำวินิจฉัยของศาลได้⁴⁸ ยกตัวอย่างเช่น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศโปรตุเกส ประเทศสเปน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย

⁴⁸ Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.*, p. 157

มาตรา 18 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐโปรตุเกส บัญญัติว่า “กฎหมายไม่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ ตามรัฐธรรมนูญ เว้นแต่เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ โดยการจำกัด สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นจะต้องเป็นไปเพื่ออรรถไวยิ่งซึ่งสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ”

มาตรา 9 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน บัญญัติว่า “รัฐจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อให้เสรีภาพและความเสมอภาค ของประชาชนปรากฏอย่างเป็นรูปธรรมและมีประสิทธิภาพ และจะต้อง กำจัดอุปสรรคต่าง ๆ ที่ขัดขวางประชาชนมิให้มีส่วนร่วมในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม รวมทั้งจะต้องอำนวยความสะดวกแก่ ประชาชนในการมีส่วนร่วมเช่นว่านั้น”

มาตรา 8 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789⁴⁹ บัญญัติว่า “กฎหมายจะต้องกำหนดโทษทางอาญาโดย เครื่องครัดและในกรณีที่จำเป็นอย่างยิ่งเท่านั้น และบุคคลจะได้รับโทษ ทางอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดความผิดไว้และได้ประกาศใช้ก่อน การกระทำความผิด และมีการบังคับใช้กฎหมายเช่นว่านั้นโดยชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น”

มาตรา 26 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

⁴⁹ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เป็นกฎหมายที่มี สถานะอยู่ในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”⁵⁰

มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

⁵⁰ หลักความพอสมควรแก่เหตุปรากฏในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในประเทศไทย 3 ฉบับล่าสุด (นับเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับถาวร) นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา

มาตรา 29 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้โดยมีเนื้อความเช่นเดียวกันว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ตัดคำว่า “เท่านั้น” หลังคำว่า “และเท่าที่จำเป็น” ออกไป แต่ไม่ส่งผลกระทบต่อเนื้อหาแต่อย่างใด)

มาตรา 29 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกชั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่สำคัญ พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

อย่างไรก็ดี แม้มิได้มีการบัญญัติหลักความพอสมควรแก่เหตุเอาไว้ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการก็ยังมีอำนาจในการปรับใช้หลักการดังกล่าวได้ เนื่องจากหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ⁵¹ การที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนย่อมไม่ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรากฎหมายที่ไร้ประสิทธิภาพ ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างสมเหตุสมผล

⁵¹ ไปรอดู Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, *Ibid.*, pp. 156 – 159; Werner HEUN, *op. cit.*, p. 51.

เมื่อได้พิจารณาบ่อเกิดของหลักความพอสมควรแก่เหตุทั้งที่ปรากฏในรูปของคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการและในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว อาจสรุปเนื้อหาของหลักการดังกล่าวได้โดยสรุปดังต่อไปนี้

ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่จริงในสังคม

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้จริง

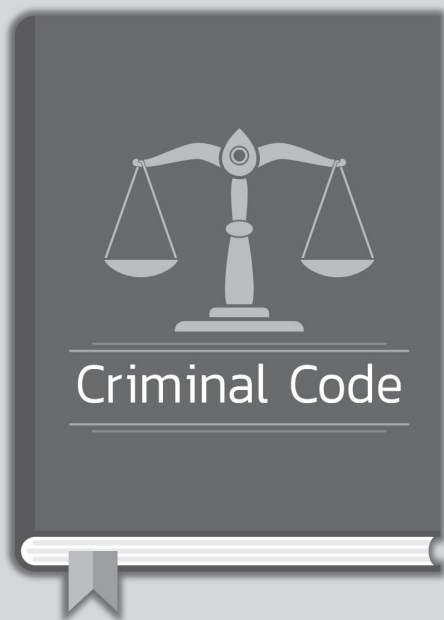
ประการที่สาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ประการที่สี่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่มีความเหมาะสมโดยคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน



Criminal Code





บทที่ 3

การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ โดยอำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี

ระบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทยรับอิทธิพลจากระบบกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีมาอย่างมีนัยสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นแนวคิด ทฤษฎี หลักการต่าง ๆ ทั้งที่ปรากฏในรูปของผลงานวิชาการหรือแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ตลอดจนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับบทบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี (ตามลำดับ) ตลอดทั้งฉบับ⁵² ด้วยเหตุผลดังกล่าว การวิเคราะห์กลไกการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศไทย

⁵² สำหรับรายละเอียดของการจัดทำร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง โปรดดู ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2558, หน้า 21 – 24

ซึ่งเป็นประเด็นทางกฎหมายมหาชนควรจะเริ่มต้นจากการพิจารณาระบบการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเสียก่อน

ระบบการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีปรากฏอยู่ในรูปของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเช่นเดียวกัน โดยทั้งสองประเทศได้ก่อตั้งองค์กรตุลาการขึ้นมาทำหน้าที่ดังกล่าวเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส” และ “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” การศึกษาระบบการถ่วงดุลดังกล่าวของทั้งสองประเทศ จึงเป็นการพิจารณารายละเอียดเกี่ยวกับสถานะและอำนาจของทั้งสององค์กร ตลอดจนลักษณะแห่งคดี เงื่อนไขและกระบวนการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติของทั้งสององค์กร โดยเป็นการพิจารณาควบคู่กันไปทั้งสองประเทศ โดยใช้ประเด็นที่เกี่ยวข้องเป็นเกณฑ์ในการแบ่งหัวข้อ ไม่ใช่การแบ่งหัวข้อโดยการแยกเนื้อหาของแต่ละประเทศออกจากกันอย่างเด็ดขาด

เพื่อทำความเข้าใจการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ควรเริ่มพิจารณาจาก “องค์กรผู้ทรงอำนาจในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติ: คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” จากนั้นจึงพิจารณา “ลักษณะแห่งคดี เงื่อนไขและกระบวนการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี”

3.1 องค์การผู้ทรงอำนาจในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติ : คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

พัฒนาการของการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศฝรั่งเศสดำเนินไปอย่างค่อยเป็นค่อยไป กล่าวคือ แต่เดิมนั้นกฎหมายที่ได้รับตราขึ้นโดยรัฐสภา คือ “การแสดงออกซึ่งเจตจำนงแห่งปวงชน” (*expression de la volonté générale*) กฎหมายจึงมีลักษณะที่เด็ดขาดและไม่อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้⁵³ การตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงกลายเป็นการทำให้ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของรัฐต้องคุณค่า ส่งผลให้องค์กรตุลาการไม่อาจตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวได้ บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (*Conseil constitutionnel*) ในระยะเริ่มแรกจึงเป็นการวินิจฉัยขอบเขตของการตรากฎหมายลำดับรองโดยฝ่ายบริหารมิให้ปะปนกับการตรากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และค่อย ๆ พัฒนาเรื่อยมาจนกลายเป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติอย่างในปัจจุบัน ในทางตรงกันข้าม พัฒนาการของการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศเยอรมนีเป็นผลโดยตรงมาจากการสถาปนา “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” (*Das Bundesverfassungsgericht*) ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1949 หรือ “กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” (*Grundgesetz*)

⁵³ Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 211

für die Bundesrepublik Deutschland) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีบทบาทที่สำคัญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการตราโดยรัฐสภานับแต่การก่อตั้งเป็นต้นมาจนกระทั่งปัจจุบัน⁵⁴

3.1.1 วิวัฒนาการขององค์กร : “กว่าจะเป็นประชาธิปไตย 9” และ “ก่อนจะถึง Karlsruhe”

หากพิจารณาประวัติศาสตร์ว่าด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีจะพบหลายองค์กรซึ่งเปรียบเสมือนต้นแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในยุคสมัยปัจจุบัน ในช่วงเวลาของการปฏิวัติฝรั่งเศส (ปลายศตวรรษที่ 18) ปรากฏแนวคิดในการก่อตั้ง “คณะลูกขุนรัฐธรรมนูญ” (Jurie constitutionnaire) โดย Emmanuel-Joseph Sieyès (1748 – 1836) แต่แนวคิดดังกล่าวกลับไม่เป็นที่ยอมรับและไม่เคยเกิดขึ้นจริงในประวัติศาสตร์แต่อย่างใด⁵⁵ จนกระทั่งถึงช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และการล่มสลายของระบอบ Vichy (régime de Vichy⁵⁶) เริ่มปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการก่อตั้ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” (cour constitutionnelle) ขึ้น แต่ก็ได้รับเสียงคัดค้านจากพรรคการเมืองฝ่ายซ้ายอย่างรุนแรงด้วยเหตุผลว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คือ การจำกัดอำนาจอธิปไตยแห่งปวงชน ด้วยเหตุผลดังกล่าวรัฐธรรมนูญ

⁵⁴ Werner Heun, *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2012, p. 199; Aurore GAILLET et autres, *Droits constitutionnels français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 2019, p. 311 – 313

⁵⁵ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 314

⁵⁶ ปีค.ศ. 1940 – 1944

แห่งสาธารณรัฐที่ 4 (Constitution de la IV^e République) จึงมิได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากแต่เป็น “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comité constitutionnel) ซึ่งมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ มีอำนาจพิจารณาว่าร่างกฎหมายใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ และด้วยกระบวนการที่ค่อนข้างยุ่งยากและมีลักษณะเป็นประเด็นทางการเมืองมากกว่าประเด็นข้อกฎหมาย จึงปรากฏการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเพียงแค่ครั้งเดียวในรอบ 12 ปีของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว (ปี ค.ศ. 1946 – 1958)⁵⁷

ในประเทศเยอรมนี ปรากฏแนวคิดในการก่อตั้ง “ศาลแห่งจักรวรรดิ” (tribunal d’Empire หรือ Reichsgericht ในภาษาเยอรมัน) ใน ค.ศ. 1849 ซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมีอำนาจพิจารณาคำร้องของปัจเจกชนที่เห็นว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนถูกล่วงละเมิดด้วย แม้แนวคิดดังกล่าวจะได้รับการกำหนดไว้ในร่างรัฐธรรมนูญแล้ว แต่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1849 (Die Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849 หรือที่รู้จักกันในนาม Paulskirchenverfassung) กลับไม่เคยได้รับการบังคับใช้แต่อย่างใด⁵⁸ หลังจากนั้น “ศาลแห่งรัฐ” (Staatsgerichtshof) ได้รับ

⁵⁷ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 315

⁵⁸ โปรตตุ Aurore GAILLET, *L’individu contre l’Etat: essai sur l’évolution des recours de droit public dans l’Allemagne du XIX^e siècle*, 2012, p. 206 et s.

การก่อตั้งขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญไวมา⁵⁹ (Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 หรือ Weimarer Reichsverfassung) ศาลดังกล่าวมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างจักรวรรดิและบรรดารัฐสมาชิกทั้งหลาย แต่กลับเป็นศาลยุติธรรมที่มีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยการไม่ปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในคดีที่ศาลมีเขตอำนาจ หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁶⁰

เมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 (Constitution de la V^e République) และกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี ทั้ง 2 ประเทศ ได้ตัดสินใจก่อตั้งองค์กรตุลาการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเฉพาะแยกออกจากจากองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายปกติ หรือที่เรียกว่า “รูปแบบรวมศูนย์อำนาจ” (modèle centralisé) อันหมายถึง การรวมศูนย์อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ที่องค์กรตุลาการที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นเป็นพิเศษ กล่าวคือ ประเทศฝรั่งเศสเลือกที่จะก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil constitutionnel) ส่วนประเทศเยอรมนีเลือกที่จะสถาปนา “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์” (Bundesverfassungsgericht) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่ง

⁵⁹ สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไวมา⁵⁹ โปรดดู บุญศรี มิวังศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557, หน้า 118 – 122

⁶⁰ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 314

สาธารณรัฐฝรั่งเศส (conseil constitutionnel) ได้รับการขนานนามว่า “ปราชญ์ทั้ง 9” (les neuf sages) เนื่องจากประกอบไปด้วยตุลาการจำนวน 9 คน⁶¹ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht)⁶² ตั้งอยู่ ณ เมือง Karlsruhe ซึ่งเปรียบเสมือนเมืองหลวงแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมนี⁶³ ด้วยเหตุดังกล่าว บทบาทและภาพลักษณ์ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงสะท้อนผ่านประโยค “เส้นทางสู่ Karlsruhe” (Der Gang nach Karlsruhe)⁶⁴

3.1.2 การเข้าสู่ตำแหน่งและโครงสร้างองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (conseil constitutionnel) ประกอบไปด้วยตุลาการจำนวน 9 คน ซึ่งมีที่มาจากการเลือกของประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธาน

⁶¹ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 317

⁶² การเรียกศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีควรจะระบุเสมอว่า เป็นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เนื่องจากประเทศเยอรมนีเป็นรัฐรวมซึ่งประกอบไปด้วยรัฐสมาชิกหลายรัฐ (Länder) และในแต่ละรัฐก็มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระดับรัฐสมาชิกแยกต่างหากจากศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ; โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 315

⁶³ เมือง Karlsruhe ตั้งอยู่ทางตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศเยอรมนี ห่างจากกรุง Berlin ประมาณ 600 กิโลเมตร เป็นที่ตั้งของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐและศาลฎีกาแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof) ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจสูงสุดในคดีแพ่งและอาญา เมือง Karlsruhe จึงได้รับการขนานนามว่าเมืองหลวงแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมนี; โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 312

⁶⁴ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 316 – 317

วุฒิสภา คนละ 3 ตำแหน่ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี แต่สามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงครั้งเดียว และจะมีการเปลี่ยนตุลาการจำนวนหนึ่งในสามทุก ๆ 3 ปี⁶⁵ โดยตำแหน่งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี และเป็นผู้มีอำนาจออกเสียงชี้ขาดในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากันในการวินิจฉัยคดี⁶⁶ ทั้งนี้ นอกจากตุลาการทั้ง 9 อดีตประธานาธิบดียังมีสิทธิดำรงตำแหน่งตุลาการในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตลอดชีพอีกด้วย⁶⁷ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีความล้าสมัยเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ อดีตประธานาธิบดีบางท่านกลับเลือกที่จะไม่ใช้สิทธิพิเศษดังกล่าว ได้แก่ Charles de Gaulle, François Mitterrand และ François Hollande⁶⁸

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ประกอบไปด้วยตุลาการจำนวน 16 คน ซึ่งได้รับเลือกด้วยคะแนนเสียงสองในสามจากสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) จำนวน 8 คน และจากสภาผู้แทนรัฐ (Bundesrat) จำนวน 8 คน⁶⁹ และมีวาระการดำรงตำแหน่งถึง 12 ปี (เว้นแต่จะอายุครบ 68 ปีบริบูรณ์ก่อนครบวาระการดำรงตำแหน่ง 12 ปี)⁷⁰ แต่สามารถดำรงตำแหน่งได้

⁶⁵ มาตรา 56 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁶⁶ มาตรา 56 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁶⁷ มาตรา 56 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁶⁸ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 321

⁶⁹ มาตรา 94 วรรคแรก กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และมาตรา 5 – 7 กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁷⁰ มาตรา 4 วรรคแรกและวรรคสาม กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เพียงครั้งเดียว⁷¹ เมื่อพิจารณาในทางปฏิบัติจะพบว่า หลายสิบปีที่ผ่านมา การเสนอรายชื่อบุคคลเพื่อเข้ารับตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมักเป็นผลมาจากการตกลงร่วมกันระหว่างพรรคการเมืองใหญ่ 2 พรรค ได้แก่ Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD) และ Christlich Demokratische Union Deutschlands (CDU) โดยจะใช้วิธีแบ่งสัดส่วนการเสนอชื่อให้แต่ละพรรคจำนวน 4 รายชื่อ ต่อ 1 องค์คณะ (ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแบ่งออกเป็น 2 องค์คณะ ซึ่งจะได้อธิบายในส่วนถัดไป) โดยบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อของแต่ละพรรคดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมของอีกพรรคการเมืองหนึ่งด้วย ทั้งนี้ แม้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการเสนอชื่อโดยพรรคการเมืองและได้รับการแต่งตั้งจากเสียงข้างมากในสภา แต่หลักความเป็นอิสระของตุลาการก็ยังคงได้รับการประกันผ่านวาระการดำรงตำแหน่งที่นานถึง 12 ปี และไม่สามารถได้รับเลือกกลับเข้าดำรงตำแหน่งได้อีกเป็นครั้งที่ 2⁷²

เมื่อพิจารณาการเข้าสู่ตำแหน่งของตุลาการของทั้ง 2 ประเทศแล้วจะพบว่า การเข้าสู่ตำแหน่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับประมุขของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่าที่จะใช้เสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเครื่องกำหนดความชอบธรรมในการแต่งตั้งตุลาการอย่างเช่นกรณีของการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีมีความชอบธรรม

⁷¹ มาตรา 4 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁷² Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 320

ทางประชาธิปไตยมากกว่ากระบวนการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสอย่างมีนัยสำคัญ

ในแง่ของการจัดโครงสร้างภายในองค์กร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีการแบ่งแยกองค์คณะภายในดังเช่นองค์กรตุลาการอื่น ดังนั้น ตุลาการทั้ง 9 คน (ร่วมกับตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งโดยอดีตประธานาธิบดีอีกจำนวนหนึ่ง) จึงประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาคดีเต็มจำนวนเสมอ ตุลาการในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีสิทธิแต่งตั้งผู้ช่วยประจำตัว แต่จะมีเลขาธิการสำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (*Secrétaire général du Conseil constitutionnel*) และแผนกกฎหมายในสำนักงานดังกล่าวทำหน้าที่อำนวยความสะดวกตลอดการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยเลขาธิการสำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือเป็นตำแหน่งที่มีบทบาทค่อนข้างมากในกระบวนการพิจารณาคดี จนบางครั้งได้รับการขนานนามว่าเป็น “ตุลาการคนที่ 10” ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพราะนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมแผนกกฎหมายในสำนักงานซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการเตรียมข้อมูลและอำนวยความสะดวกในการพิจารณาคดีแล้ว เลขาธิการสำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการจัดรูปแบบคำวินิจฉัยและดำเนินการเผยแพร่อย่างเป็นทางการอีกด้วย⁷³

ในทางกลับกัน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะแบ่งแยกตุลาการทั้ง 16 คน ออกเป็น 2 องค์คณะ แต่ละองค์คณะ

73

Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 325

มีตุลาการจำนวน 8 คน เท่ากัน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งและปฏิบัติหน้าที่ในองค์คณะนั้น ๆ ตลอดวาระการดำรงตำแหน่ง องค์คณะที่ 1 รับผิดชอบคดีว่าด้วยการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และองค์คณะที่ 2 รับผิดชอบคดีว่าด้วยการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ และจะมีองค์คณะย่อยซึ่งประกอบไปด้วยตุลาการจำนวน 3 คน ปฏิบัติหน้าที่ตรวจคำฟ้องในชั้นตอนก่อนการรับคดีไว้พิจารณา⁷⁴ นอกจากนี้ ตุลาการแต่ละคนจะมีสิทธิแต่งตั้งผู้ช่วยประจำตัวจำนวน 4 คน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการที่เพิ่งเริ่มปฏิบัติหน้าที่ได้ไม่นาน โดยในทางปฏิบัติจะพบว่า ผู้ช่วยประจำตัวตุลาการมีบทบาทในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลค่อนข้างมาก จนบางกรณีได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็น “องค์คณะที่ 3” ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁵

3.2 ลักษณะแห่งคดี เจื้อนไฮและกระบวนการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีอำนาจหน้าที่

⁷⁴ มาตรา 93b – 93d กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และโปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 324

⁷⁵ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 324 – 325 และโปรดดู R. LAMPRECHT, *Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?*, in: NJW 2001, S. 419ff.

เพียงเท่าที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น⁷⁶ โดยขอบเขตอำนาจของทั้งสององค์กรครอบคลุมถึงคดีหลายประเภท ซึ่งอาจปรากฏประเภทคดีอันมีลักษณะเฉพาะของแต่ละประเทศ อาทิ อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในสถานการณ์ฉุกเฉินตามมาตรา 16 ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ⁷⁷ อำนาจหน้าที่ในการยุบพรรคการเมืองโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁸ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทั้งสององค์กร รวมทั้งองค์กร

⁷⁶ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 326

⁷⁷ มาตรา 16 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติว่า “ในกรณีที่สถาบันหลักแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชแห่งชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือการดำเนินการตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้รับการคุกคามอย่างรุนแรง และฉับพลัน อันส่งผลให้การปฏิบัติการกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สะดุดหยุดลง เมื่อประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการ กับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ประธานาธิบดีมีอำนาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยมาตรการที่จำเป็นตามสถานการณ์”

⁷⁸ การยุบพรรคการเมืองในประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะเฉพาะอันแตกต่างจากประเทศเยอรมนีและประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ การยุบพรรคการเมืองเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres) ผ่านการตราเป็นรัฐกฤษฎีกา (décret) ทั้งนี้ เมื่อการยุบพรรคการเมืองอาศัยการตรารัฐกฤษฎีกาซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง (acte administratif) ประเภทหนึ่ง พรรคการเมืองจึงมีสิทธิโต้แย้งรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีลักษณะเทียบเท่าศาลปกครองสูงสุดในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่; โปรตดู Pascal MBONGO, *Actualité et renouveau de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, LGDJ, no. 3, mai - juin 1998, p. 715 et s.

ในลักษณะดังกล่าวของประเทศอื่น ๆ ล้วนมีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน คือ อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นทั้งบ่อเกิดและวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั่วโลก โดยการตรวจสอบเช่นว่านั้นอาจแบ่งออกเป็นสองประเภท ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม

3.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (contentieux abstrait) นับเป็นภารกิจหลักของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷⁹ การตรวจสอบดังกล่าวเป็นการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องมีคดีความอันเป็นผลมาจากการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมจึงแยกออก

⁷⁹ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 328

ต่างหากจากอรรถคติประเภทอื่นทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นคติแห่ง คดีอาญา หรือคติปกครองอันเป็นผลมาจากการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในระดับรัฐบัญญัติอย่างเป็นทางการ⁸⁰

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมอาจเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก่อนการประกาศใช้กฎหมาย (*a priori*) หรือหลังการประกาศใช้กฎหมาย (*a posteriori*) ก็ได้ สำหรับประเทศฝรั่งเศส กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมจะเป็น การตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมาย⁸¹ ส่วนประเทศเยอรมนี จะเป็นกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในเชิงนามธรรมหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมายเท่านั้น⁸² เพราะฉะนั้น การวิเคราะห์ประเด็นดังกล่าวของทั้งสองประเทศ จึงจำเป็นต้องใช้ ความเป็นนามธรรมในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์ ในการพิจารณา มิใช่การแบ่งแยกช่วงเวลาก่อนหรือหลังการประกาศใช้ กฎหมายเป็นเกณฑ์

⁸⁰ รายละเอียดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (*contentieux abstrait*) และการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงภววิสัย (*contentieux objectif*) โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อ 2.2.2.2; Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, *op.cit.*, p. 217

⁸¹ อาจเรียกว่าการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงป้องกัน (*contrôle préventif*); โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 329 – 330

⁸² Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, 2011, Rn. 506; Michael Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, 2010, Rn. 132ff; Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 328

3.2.1.1 วัตถุประสงค์และระยะเวลาในการพิจารณาคดี

ในประเทศฝรั่งเศส วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม คือ ร่างกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (loi) รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) และข้อบังคับการประชุมรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) ที่ได้รับการรับรองโดยรัฐสภา (Parlement) เรียบร้อยแล้ว แต่ยังมีได้ประกาศใช้⁸³ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องวินิจฉัยว่า ร่างกฎหมายข้างต้นขัดแย้งต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 1 เดือน อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาดังกล่าวอาจลดลงเหลือเพียง 8 วัน หากรัฐบาลร้องขอในกรณีจำเป็นเร่งด่วน⁸⁴ ทั้งนี้ หากเป็นรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมรัฐสภาจะต้องผ่านการตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกกรณี ส่วนกรณีของรัฐบัญญัติทั่วไปจะต้องมีการเสนอคำร้องโดยผู้มีอำนาจเสียก่อนซึ่งจะได้อธิบายในส่วนถัดไป

ในประเทศเยอรมนี วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม คือ บรรดารัฐบัญญัติทั้งในระดับสหพันธรัฐ (Bund) และในระดับรัฐสมาชิก (Länder) ซึ่งผ่านกระบวนการประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษา (Bundesgesetzblatt) เรียบร้อยแล้ว แม้กฎหมายดังกล่าวจะยังไม่มีผลบังคับใช้ก็ตาม⁸⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การตรวจสอบจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อกฎหมายมีตัวตนขึ้น (bereits existentes

⁸³ มาตรา 61 วรรคแรกและวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁸⁴ มาตรา 61 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁸⁵ Michael Sachs, *Ibid.*, Rn. 134; Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 330

Recht) ในระบบกฎหมายแล้วเท่านั้น⁸⁶ และเมื่อเป็นการตรวจสอบ ภายหลังการประกาศใช้จึงไม่จำเป็นต้องมีเงื่อนไขในการยื่นคำร้อง⁸⁷ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเวลา ในการพิจารณาคดีเหมือนเช่นกรณีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่ง สาธารณรัฐฝรั่งเศส อันเป็นผลมาจากความแตกต่างของช่วงเวลา ในการตรวจสอบ (ตรวจสอบก่อนและหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมาย) อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และได้มี การตราบัญญัติอนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเช่นว่านั้นก่อนการประกาศใช้บังคับ กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่รัฐบัญญัติดังกล่าวได้รับการรับรองโดย รัฐสภา (Zustandekommen) แต่ก่อนการลงนามโดยประธานาธิบดีเพื่อ ประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษา การตรวจสอบรัฐบัญญัติในลักษณะดังกล่าว จึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญา ระหว่างประเทศโดยอ้อม เนื่องจากศาลจำเป็นต้องพิจารณาในเบื้องต้น ว่าสนธิสัญญาดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐหรือไม่ ก่อนที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

⁸⁶ โปรดดู Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Ibid.*, Rn. 506; Michael Sachs, *Ibid.*, Rn. 132ff.; Jochen Rozek, *Kommentierung zu § 76 BVerfGG*, in: Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein/Herbert Bethge (Hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, Band 2, 20. Lfg. (2001), Rn. 15; BVerfGE 1, 396 (410); 104, 23 (29) เกี่ยวกับการประกาศใช้และการมีผลใช้บังคับของรัฐบัญญัติและกฎหมาย ลำดับรอง โปรดดูมาตรา 82 กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁸⁷ BVerfGE 119, 96 (116); โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 330

หรือไม่ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวเกิดขึ้นจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวางหลักไว้ตั้งแต่คำพิพากษา ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1952 (BVerfGE 1, 396) เป็นต้นมา และได้รับการยอมรับจากนักวิชาการเสียงส่วนใหญ่ ในระบบกฎหมายเยอรมัน⁸⁸

อนึ่ง ความแตกต่างอีกประการหนึ่งระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมของทั้งสองประเทศ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่มีอำนาจวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ (ตรวจสอบกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ)⁸⁹ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ใช่การใช้อำนาจ

⁸⁸ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *ibid.*, Rn. 508; Michael Sachs, *ibid.*, Rn. 135; Jochen Rozek, *ibid.*, Band 2, 20. Lfg. (2001), Rn. 17; BVerfGE 1, 396 (413): „Hieraus ergibt sich, daß bei Vertrags-Gesetzen die Normenkontrolle schon vor der Verkündung zugelassen werden muß. Sie darf jedoch nicht einsetzen, bevor der für das Zustandekommen des Gesetzes entscheidende Vorgang, nämlich die Bekundung des Gesamtwillens der beiden gesetzgebenden Körperschaften, eingetreten ist. Es muß also der Bundestag das Gesetz verabschiedet haben, und die verfassungsmäßigen Rechte des Bundesrates müssen gewahrt, das Gesetzgebungsverfahren (einschließlich eines etwaigen Verfahrens nach Art. 77 Abs. 2 bis 4 GG) in dem Sinne abgeschlossen sein, daß das Gesetz nur noch der Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und der Verkündung bedarf.“; 2, 143 (169); 36, 1 (15).]

⁸⁹ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *ibid.*, Rn. 502; Michael Sachs, *ibid.*, Rn. 129

นิติบัญญัติตามปกติ⁹⁰ กรณีจึงไม่อยู่ภายในขอบเขตของการศึกษาวิจัยครั้งนี้

3.2.1.2 การเสนอคำร้อง

การเสนอคำร้องขอตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบาลในเชิงนามธรรมของทั้ง 2 ประเทศจะกระทำได้ก็แต่โดยผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเท่านั้น ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส แต่เดิมนั้นมีเพียงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ (Président de la République) นายกรัฐมนตรี (Premier ministre) ประธานสภาผู้แทนราษฎร (président de l'Assemblée nationale) และประธานวุฒิสภา (président du Sénat) เท่านั้นที่มีอำนาจเสนอคำร้องดังกล่าวต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย⁹¹ เงื่อนไขเช่นว่านั้นส่งผลให้มีเพียงฝ่ายรัฐบาลเท่านั้นที่มีอำนาจในการเสนอคำร้องเพื่อตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติเอง ก็มักจะเป็นกลุ่มการเมืองเดียวกันกับฝ่ายรัฐบาล จึงเป็นการปิดกั้นโอกาสของพรรคฝ่ายค้านในการตรวจสอบการตรากฎหมายของฝ่ายรัฐบาลผ่านการเสนอคำร้องไปยังคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 1974 เพื่อกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา

⁹⁰ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญลำดับรอง (pouvoir constituant dérivé) ไม่ใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติ (pouvoir législatif); โปรดดู Francis HAMON et Michel TROPER, op.cit., p. 45; Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, op.cit., pp. 202 – 203; Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., p. 83; สุภากร ศิริยุทธพัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 140 – 142

⁹¹ มาตรา 61 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

จำนวน 60 คน มีอำนาจในการเสนอคำร้องขอตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้⁹² เพราะฉะนั้น นับแต่ ค.ศ. 1974 เป็นต้นมา เสียงข้างน้อยในรัฐสภา (บรรดาพรรคการเมืองฝ่ายค้าน) มีอำนาจในการถ่วงดุลเสียงข้างมากในรัฐสภาอีกช่องทางหนึ่ง⁹³

ในกรณีของประเทศเยอรมนี การเสนอคำร้องขอตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติในเชิงนามธรรมต่อศาลรัฐธรรมนูญ จะกระทำโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ (Bundesregierung) คณะรัฐมนตรีแห่งมลรัฐ (Landesregierung) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่⁹⁴ เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่ากระบวนการตรวจสอบดังกล่าวเปิดโอกาสให้เสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎรสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยเสียงข้างมากได้ ผ่านการเสนอคำร้องดังกล่าว⁹⁵ ทั้งนี้ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundespräsident) ไม่มีอำนาจในการเสนอคำร้องข้างต้นแต่อย่างใด แต่ยังคงมีอำนาจ

⁹² มาตรา 61 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 1974)

⁹³ อดีตประธานาธิบดี Valéry Giscard d'Estaing เคยกล่าวถึงความเป็นไปได้ในการกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีได้เองโดยปราศจากการเสนอคำร้องจากบุคคลหรือองค์กรอื่น ซึ่งข้อเสนอดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับและได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ค่อนข้างมาก เนื่องจากเป็นแนวคิดที่ส่งผลกระทบต่อความเป็นกลางของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง; โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 339 – 340

⁹⁴ มาตรา 93 (1) 2. กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

⁹⁵ แต่เดิมกำหนดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้ที่หนึ่งในสาม แต่มีการแก้ไขเป็นจำนวนหนึ่งในสี่ในปี ค.ศ. 2008; โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 331

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติด้วยตนเอง ก่อนการลงนามเพื่อประกาศใช้ในรัฐกิจจานุเบกษา⁹⁶

3.2.1.3 ผลของคำวินิจฉัย

ในกรณีของประเทศฝรั่งเศส หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติใดไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติดังกล่าว ย่อมเข้าสู่กระบวนการประกาศใช้ต่อไปตามปกติ แต่ในกรณีที่คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ร่างรัฐบัญญัติ นั้นจะไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการประกาศใช้และไม่อาจมีผลบังคับใน ทางกฎหมายได้⁹⁷ ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ ของร่างรัฐบัญญัติขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพียงบางส่วน ประธานาธิบดี มีอำนาจเสนอร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวคืนไปยังรัฐสภาเพื่อให้พิจารณา แก้ไขบทบัญญัติในส่วนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรืออาจประกาศใช้ รัฐบัญญัติดังกล่าวโดยตัดบทบัญญัติในส่วนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ออกก็ได้⁹⁸ ทั้งนี้ ในบางกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า ร่างรัฐบัญญัติชอบด้วยรัฐธรรมนูญพร้อมกับกำหนดแนวทางการใช้ การตีความบทบัญญัติบางมาตราของรัฐบัญญัติดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยด้วย อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับให้ ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตุลาการตีความบทบัญญัติดังกล่าวตามแนวทางการ ใช้การตีความที่ปรากฏในคำวินิจฉัย⁹⁹

⁹⁶ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 332

⁹⁷ มาตรา 62 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

⁹⁸ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 338

⁹⁹ *Loc.cit.*

ในกรณีของประเทศเยอรมนี หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติใดไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) รัฐบัญญัติดังกล่าว ย่อมมีผลบังคับใช้ต่อไปตามปกติ แต่ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติใดขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญจะประกาศความเป็นโมฆะ (Nichtigerklärung) ของ รัฐบัญญัติดังกล่าว¹⁰⁰ โดยการยกเลิกเช่นนั้นจะมีผลย้อนหลัง (ex tunc) กล่าวคือ รัฐบัญญัติเช่นนั้นจะไม่มีผลทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น (von Anfang an rechtsunwirksam) เสมือนกับว่าไม่เคยมีกฎหมายนั้นปรากฏ อยู่ในระบบกฎหมายเลยแม้ช่วงเวลาเดียว¹⁰¹ อย่างไรก็ตามก็ดี ด้วยเหตุผล ทางด้านความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (sécurité juridique) หากประกาศ คำพิพากษาของศาลได้ถึงที่สุดในทางกฎหมายแล้ว (ไม่สามารถอุทธรณ์ หรือโต้แย้งด้วยกระบวนการในศาลนั้นได้อีก) และเป็นคำพิพากษาที่มีการ ปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญว่า ขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ในภายหลัง คำพิพากษาดังกล่าว จะไม่ได้รับผลกระทบใด ๆ จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ¹⁰² นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่า การประกาศให้บทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกฎหมาย

¹⁰⁰ มาตรา 78 กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

¹⁰¹ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Ibid.*, Rn. 531a; BVerfGE 1, 14 (37): “Aus der Feststellung der Nichtigkeit des Gesetzes ergibt sich, daß es wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz von Anfang an rechtsunwirksam war.”; BVerfGE 8, 51 (71): “Soweit Rechtsvorschriften für nichtig erklärt werden, gilt die Nichtigkeit rückwirkend vom Zeitpunkt ihres ersten Inkrafttretens an.”

¹⁰² มาตรา 79 วรรคสอง กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี

พื้นฐานแห่งสหพันธ์เป็นโมฆะจะส่งผลให้เกิดผลร้ายต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์มากขึ้นกว่าการคงอยู่ของบัญญัติดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอาจเลือกใช้วิธีการ “ประกาศความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Verfassungswidrigerklärung) ของบทบัญญัติดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องประกาศ “ความเป็นโมฆะ” (Nichtigkeit) เพื่อให้บทบัญญัติ เช่นว่านั้นยังคงมีผลบังคับใช้ในระบบกฎหมายต่อไปได้เป็นการชั่วคราวและเท่าที่จำเป็น จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะดำเนินการตรารัฐบัญญัติฉบับใหม่ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดสุญญากาศทางกฎหมายขึ้น¹⁰³

3.2.1.4 ข้อพิจารณาว่าด้วยผลกระทบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมที่มีต่อระบบกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว จะพบว่าการตรวจสอบดังกล่าวส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายโดยสรุป 2 ประการดังนี้

ประการแรก ผลกระทบต่อการถ่วงดุลอำนาจ: การเสนอคำร้องเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและ

¹⁰³ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Ibid.*, Rn. 538ff.; Michael Sachs, *Ibid.*, Rn. 156ff.; BVerfGE 33, 303 (305, 347f.); BVerfGE 87, 153 (177f.); BVerfGE 99, 216 (243f.); BVerfGE 119, 331 (382); Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 337

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยจะต้องกระทำ โดยผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเท่านั้น ไม่สามารถกระทำโดยองค์กร หรือบุคคลอื่น แม้แต่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยก็ไม่มีสิทธิ ดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาในแง่มุมมองหนึ่ง กระบวนการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมถือเป็นการ ถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการ แต่หากพิจารณา อีกแง่มุมมองหนึ่ง กระบวนการดังกล่าวก็ถือเป็นการถ่วงดุลเสียงข้างมาก ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเสียงข้างน้อยของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยเช่นกัน เนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 คน (กรณีของประเทศ ฝรั่งเศส) หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิก ทั้งหมด (กรณีของประเทศเยอรมนี) มีอำนาจเสนอคำร้องดังกล่าวต่อ องค์กรตุลาการได้

โดยสรุป การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายในเชิงนามธรรมเป็นการถ่วงดุลอำนาจในสองแง่ มุม แรก คือ การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการ อีกแง่มุมมองหนึ่ง คือ การถ่วงดุลอำนาจของเสียงข้างมากในฝ่ายนิติบัญญัติโดยเสียงข้างน้อย ในฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งการถ่วงดุลทั้งสองลักษณะ ล้วนแต่ได้รับการก่อตั้งขึ้น เพื่อป้องกันมิให้เสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจจนกระทบต่อ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบ่อเกิดของระบบกฎหมายของรัฐ

ประการที่สอง ผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะ:

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเป็นการตรวจสอบ

“ร่างรัฐบัญญัติ” ซึ่งผ่านกระบวนการนิติบัญญัติเรียบร้อยแล้ว แต่ยังไม่ได้รับการประกาศใช้บังคับ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้บังคับกฎหมาย โดยจะมีข้อดี คือ เป็นการประกันความมั่นคงของระบบกฎหมาย เนื่องจากหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐบัญญัติใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมส่งผลเป็นการระงับยับยั้งมิให้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวได้รับการประกาศใช้บังคับ และส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย ในขณะที่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเป็นการตรวจสอบ “รัฐบัญญัติ” ที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและกระบวนการประกาศใช้บังคับแล้ว ซึ่งเรียกว่า การตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติใดขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์และยกเลิกรัฐบัญญัติดังกล่าวไป แต่ผลแห่งการยกเลิกรัฐบัญญัตินั้นย่อมไม่ส่งผลกระทบต่อคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลซึ่งได้ตัดสินคดีโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติเช่นว่านั้น นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการชั่วคราวเกี่ยวกับระยะเวลาการบังคับใช้รัฐบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ได้ หากการยกเลิกรัฐบัญญัติดังกล่าวส่งผลเสียต่อระบบกฎหมายในช่วงเวลาหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่า หลักการข้างต้นถือเป็นการประกันความมั่นคงของระบบกฎหมาย ซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการยกเลิกรัฐบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยสรุป การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมก่อนการประกาศใช้กฎหมายเป็นการตรวจสอบในเชิงป้องกัน ซึ่งเป็นการประกันความมั่นคงในนิติฐานะตั้งแต่ขั้นตอนก่อนการประกาศใช้กฎหมาย ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมภายหลังการประกาศใช้กฎหมาย อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งนิติฐานะอยู่บ้าง แต่ก็สามารถวางแนวทางแก้ไขหรือเยียวยาได้โดยการกำหนดผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด หรือโดยการกำหนดมาตรการชั่วคราวโดยศาลรัฐธรรมนูญ

3.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (*contentieux concret*) เป็นการตรวจสอบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่นเดียวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (*contentieux abstrait*) ซึ่งได้อธิบายไว้ข้างต้น แต่เป็นการตรวจสอบในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นในศาลแล้ว ดังนั้น จึงเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้กฎหมาย (*a posteriori*) เท่านั้น ไม่มีกรณีของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้กฎหมาย (*a priori*) เนื่องจากต้องมีการประกาศใช้กฎหมายแล้วเท่านั้นจึงจะเกิดข้อพิพาทขึ้นในศาลได้¹⁰⁴

¹⁰⁴ โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.2.2.1

ในประเทศฝรั่งเศส การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมไม่ได้รับการรับรองไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับล่าสุด (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958) ตั้งแต่เริ่มแรก แต่ต้องรอจนกระทั่งการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 กระบวนการดังกล่าวจึงได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 61-1 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นประเด็นแห่งคดี” (question prioritaire de constitutionnalité หรือ QPC) และใน ค.ศ. 2009 ได้มีการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อกำหนดรายละเอียดของกระบวนการข้างต้น¹⁰⁵ วัตถุประสงค์หลักของการตรวจสอบดังกล่าว คือ การประกันความมั่นคงของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิให้ได้รับการล่วงละเมิดจากบรรดารัฐบัญญัติทั้งหลายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีประเภทต่าง ๆ¹⁰⁶ โดยองค์กรที่ทำหน้าที่รับผิดชอบการตรวจสอบดังกล่าว คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในประเทศเยอรมนี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 100 แห่งกฎหมายพื้นฐานตั้งแต่เริ่มแรก และมีบทบาทสำคัญในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาในเชิงปริมาณคดี วัตถุประสงค์หลักในการก่อตั้งระบบการตรวจสอบดังกล่าวคือการป้องกันไม่ให้องค์กรตุลาการปรับใช้รัฐบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในข้อพิพาทต่าง ๆ เพื่อประกัน

¹⁰⁵ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 2009 – 1523 ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2009 ซึ่งได้รับการตราขึ้นตามมาตรา 61 – 1 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

¹⁰⁶ โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *ibid.*, p. 346

ความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (sécurité juridique) โดยศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ องค์กรตุลาการที่เป็นผู้ปรับใช้รัฐบัญญัติต่าง ๆ ไม่มีอำนาจดังกล่าว¹⁰⁷

3.2.2.1 วัตถุประสงค์และขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส คือ กฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ (loi parlementaire) ซึ่งได้รับการประกาศใช้ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958) ส่วนกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์อยู่ 2 ระดับ ประกอบด้วยรัฐบัญญัติที่ได้รับการตรารับขึ้นโดยรัฐสภาในระดับสหพันธ์ และรัฐบัญญัติที่ได้รับการตรารับขึ้นโดยรัฐสภาในระดับรัฐ ทั้งนี้ เป็นผลมาจากรูปแบบของรัฐอันมีลักษณะเป็นรัฐรวม (สหพันธรัฐ) อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปธรรมตามมาตรา 100 แห่งกฎหมายพื้นฐานนั้นสามารถตรวจสอบได้เพียงกฎหมายที่ได้รับการตรารับขึ้นหลังจากที่กฎหมายพื้นฐานมีผลใช้บังคับ (Inkrafttreten) เท่านั้น (24.00 น. ของวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 ในมลรัฐที่ใช้บังคับกฎหมายพื้นฐานตั้งแต่ต้น) หรือที่เรียกกันว่า “กฎหมายหลังรัฐธรรมนูญ” (nachkonstitutionelle Gesetze)¹⁰⁸ ข้อยกเว้นดังกล่าวถือเป็นลักษณะเฉพาะของระบบกฎหมาย

¹⁰⁷ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 350

¹⁰⁸ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Ibid.*, Rn. 589ff.; Michael Sachs, *Ibid.*, Rn. 209.

มหาชนเยอรมันเมื่อเทียบกับระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ซึ่งมีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี รัฐสภาเยอรมันมีอำนาจในการยกเลิก รัฐบัญญัติทั้งปวงที่มีลักษณะขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานได้ นอกจากนี้ ศาลอื่น ๆ (เช่น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง) มีอำนาจในการไม่ปรับใช้ รัฐบัญญัติเช่นว่านั้น (รัฐบัญญัติที่ได้รับการประกาศใช้ก่อนการประกาศ ใช้กฎหมายพื้นฐาน) ในคดีที่อยู่ระหว่างการวินิจฉัยได้ แต่ไม่มีผลเป็นการยกเลิก รัฐบัญญัติดังกล่าว¹⁰⁹

3.2.2.2 การเสนอคำร้อง

แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรที่ผูกขาดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมเช่นเดียวกันทั้งกรณีของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี แต่การเสนอคำร้องเพื่อให้องค์กรทั้ง 2 ตรวจสอบกลับปรากฏความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ

สำหรับประเทศฝรั่งเศส การเสนอคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องเริ่มจากคู่ความในคดีเท่านั้น กล่าวคือ คู่ความในคดี (ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือประเภทคดีอื่นใด) จะต้องร้องขอต่อศาลที่รับผิดชอบคดีดังกล่าวเพื่อเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ศาลในคดีดังกล่าวไม่มีอำนาจในการเสนอคำร้องเช่นว่านั้นโดยปราศจากคำขอของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในคดี

¹⁰⁹ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 350

เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ไม่มีความร้องขอต่อศาลผู้รับผิดชอบคดี¹¹⁰ แม้ศาลจะมีความเห็นเองว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีที่ตนรับผิดชอบขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็จำเป็นต้องปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว ในคดี¹¹¹ เว้นแต่เป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Convention européenne des droits de l'homme) รวมทั้งกฎหมายแห่งสหภาพยุโรป ศาลอาจไม่ปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว แก่คดีที่ตนรับผิดชอบได้¹¹² ซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ไม่ใช่ประเด็นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยตรง

ในกรณีของประเทศเยอรมนี การเสนอคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่จะต้องกระทำโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น¹¹³ โดยอาจเป็นศาลใดก็ได้ เพียงแต่ต้องเป็นศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีซึ่งต้องปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อาจขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนคู่ความในคดีไม่มีสิทธิในการเสนอคำร้องแต่อย่างใด¹¹⁴ อย่างไรก็ตาม คู่ความ

¹¹⁰ มาตรา 23 - 1 วรรคแรก รัฐกำหนดหมายเลข 58 - 1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 (ฉบับวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010)

¹¹¹ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 346

¹¹² โปรดตุ Philippe BELLOIR, *La question prioritaire de constitutionnalité*, RFDC, n° 82, 2010, p. 273 et s.

¹¹³ Christian Hillgruber/Christoph Goos, *Ibid.*, Rn. 579; Michael Sachs, *Ibid.*, Rn. 197f.

¹¹⁴ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 346

ในฐานะประชาชนมีสิทธิในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้โดยตรง (Verfassungsbeschwerde) เพื่อให้ศาลตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (การกระทำทางนิติบัญญัติ) ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของตนโดยขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน โดยอาศัยมาตรา 93 วรรคแรก Nr. 4a ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์¹¹⁵ ซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่ง ไม่ใช่ประเด็นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยตรง

แม้การผู้ที่มีอำนาจเสนอคำร้องของทั้งสองประเทศ จะมีความแตกต่างกันตามที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น แต่เงื่อนไขในการตรวจสอบการเสนอคำร้องของทั้งสองระบบกฎหมายกลับมีลักษณะที่ใกล้เคียงกันเป็นอย่างยิ่ง โดยศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีจะต้องตรวจสอบจะต้องตรวจสอบเงื่อนไขดังกล่าวทั้งสามประการ ดังนี้¹¹⁶

ประการแรก ศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีจะต้องตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติอันเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดีหรือไม่

ประการที่สอง ศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีจะต้องตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยแล้วหรือไม่

¹¹⁵ โปรตดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 340 – 343

¹¹⁶ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 347

ประการที่สาม ศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีจะต้องตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีความเป็นไปได้ที่จะขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนหรือไม่ กล่าวคือกรณีที่ปรากฏเพียงข้อสงสัยโดยทั่วไปว่าบทบัญญัติที่เป็นประเด็นแห่งคดีนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลย่อมไม่อาจเสนอคำร้องดังกล่าวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญได้

หากศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีเห็นว่า ประเด็นที่จะตรวจสอบสอดคล้องกับเงื่อนไขทั้งสามประการข้างต้น ศาลในระบบกฎหมายเยอรมันก็จะเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อไป อย่างไรก็ตาม ศาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่มีอำนาจในการเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่ต้องเสนอคำร้องดังกล่าวให้ศาลซึ่งอยู่ในระดับสูงสุดของระบบศาลนั้น ๆ เพื่อให้ศาลสูงสุดเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากคู่ความในคดีอาญาหรือคดีแพ่งซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีโดยศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์คัดค้านต่อศาลว่าบทบัญญัติที่ปรับใช้ในคดีกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และศาลชั้นต้นได้พิจารณาแล้วว่ากรณีดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไข ทั้ง 3 ประการข้างต้น ศาลชั้นต้นจะต้องเสนอคำร้องต่อศาลฎีกา (Cour de cassation) เพื่อพิจารณาอีกครั้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเคยผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมทั้งพิจารณาว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความเป็นไปได้ที่จะขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่าง

ขัดแย้งหรือไม่¹¹⁷ ซึ่งศาลฎีกาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 3 เดือน (โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาคำร้องดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายใน ระยะเวลา 3 เดือนเช่นกัน)¹¹⁸ ในกรณีของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เมื่อคู่ความในคดีปกครองซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีโดยศาลปกครองชั้นต้น หรือศาลปกครองอุทธรณ์คัดค้านต่อศาลว่าบทบัญญัติที่ปรับใช้ในคดีกระทบต่อสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาแล้วว่ากรณีดังกล่าวสอดคล้องกับเงื่อนไขทั้งสามประการข้างต้น ศาลปกครองชั้นต้นจะต้องเสนอคำร้องต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาตามขั้นตอนและระยะเวลาเช่นเดียวกับศาลฎีกา¹¹⁹

3.2.2.3 ผลของคำวินิจฉัย

ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในระดับรัฐบัญญัติที่ได้รับการปรับใช้ในคดีใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวจะได้รับการยกเลิกโดยมีผลนับแต่มีการประกาศคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญลงในรัฐกิจจานุเบกษา หรือมีผลภายหลังจากการประกาศคำวินิจฉัยดังกล่าว

¹¹⁷ มาตรา 23 – 4 รัฐกำหนดหมายเลข 58 – 1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 (ฉบับวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010)

¹¹⁸ มาตรา 23 – 5 วรรคสามและมาตรา 23 – 10 รัฐกำหนดหมายเลข 58 – 1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 (ฉบับวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 2010)

¹¹⁹ โปรดดู Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, p. 348

ก็ได้ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดให้การยกเลิกบทบัญญัติ เช่นว่านั้นมีผลในภายหลัง¹²⁰ จะเห็นได้ว่าผลของคำวินิจฉัยของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมจะไม่มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ ประกาศใช้บทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญในทุกกรณี ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen ซึ่งมุ่งเน้นการยกเลิกบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ¹²¹

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนีมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในระดับรัฐบัญญัติ (ไม่ว่าจะเป็นรัฐ บัญญัติในระดับสหพันธ์หรือในระดับมลรัฐ) ที่ได้รับการปรับใช้ในคดีใด ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวนั้นเสียเปล่ามานับ แต่เริ่มประกาศใช้บังคับ (ex tunc) คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็น เสมือนการประกาศความเป็นโมฆะ (Nichtigkeit) ของกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ การประกาศให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นโมฆะในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมตามมาตรา 100 แห่งกฎหมายพื้นฐานนี้ มีผลเช่นเดียวกับกรณีการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม ดังที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างต้น

¹²⁰ มาตรา 62 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

¹²¹ Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 352 – 353

3.2.2.4 ข้อพิจารณาว่าด้วยผลกระทบของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมที่มีต่อระบบกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว จะพบว่าการตรวจสอบดังกล่าวส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายโดยสรุปสองประการ ดังนี้

ประการแรก บทบาทของคู่ความในการโต้แย้งรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องเริ่มโดยคู่ความในคดีเท่านั้น ศาลซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีไม่อาจหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นเองได้ คู่ความในคดีจึงมีบทบาทสำคัญเป็นอย่างยิ่งในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม ระบบการตรวจสอบดังกล่าวจึงเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถโต้แย้งกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ จึงอาจกล่าวได้ว่า “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้คดี” (question prioritaire de constitutionnalité หรือ QPC) มีจุดมุ่งหมายเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งได้รับการประกันไว้ในรัฐธรรมนูญ¹²² นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากข้อมูลเชิงสถิติ

¹²² Aurore GAILLET et autres, *Ibid.*, pp. 353 – 354

จะพบว่า ปริมาณคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นการตรวจสอบในเชิงรูปธรรม กล่าวคือ นับแต่ ค.ศ. 2010 ถึง ค.ศ. 2019 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมไปแล้วทั้งสิ้น 730 คดี ในขณะที่วินิจฉัยคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมไปแล้วทั้งสิ้น 201 คดี¹²³ จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการตรวจสอบดังกล่าวถือเป็นหนึ่งในกลไกที่มีบทบาทมากที่สุดในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในยุคปัจจุบัน

ในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี คู่ความในคดีไม่อาจริเริ่มกระบวนการตรวจสอบเองได้ เนื่องจากมีเพียงศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีซึ่งต้องปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อาจขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่มีอำนาจในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดี แม้ประชาชนจะไม่มีบทบาทใด ๆ ในระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม แต่กฎหมายพื้นฐานก็ได้มอบสิทธิในการเสนอคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญแก่ประชาชนไว้อีกช่องทางหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นคู่ความในคดีใด ๆ เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำอื่นใดของรัฐ

¹²³ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique> (7 août 2020)

ประการที่สอง บทบาทขององค์กรตุลาการอื่นในการโต้แย้งรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ: แม้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะต้องเริ่มโดยคู่ความในคดี แต่ศาลฎีกา (Cour de cassation) และสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ในฐานะศาลสูงสุดของระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครองกลับมีบทบาทที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากทั้งสององค์กรมีอำนาจในการตรวจสอบและวินิจฉัยว่าจะเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งอำนาจดังกล่าวถือเป็นที่สุด ในทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบการเสนอคำร้องหรือการยกคำร้องในประเด็นดังกล่าวของศาลฎีกาและสภาแห่งรัฐได้ อาจกล่าวได้ว่า ศาลฎีกาและสภาแห่งรัฐเป็นองค์กร¹²⁴

ในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลสูงสุดในระบบศาลอื่น ๆ ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบหรือวินิจฉัยการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นกรณีของประเทศฝรั่งเศส หากแต่เป็นศาลซึ่งอยู่ระหว่างการพิจารณาคดี (ไม่ว่าจะในระบบศาลใดหรือในระดับชั้นใด) ที่มีอำนาจในการเสนอคำร้องดังกล่าว องค์กรตุลาการทุกประเภทและทุกระดับจึงมีบทบาทค่อนข้างใกล้เคียงกันในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม¹²⁵

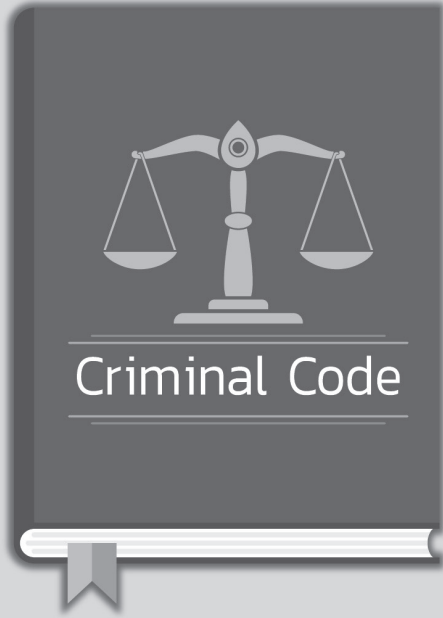
¹²⁴ โปรตดู Aurore GILLET et autres, *Ibid.*, p. 354

¹²⁵ โปรตดู Aurore GILLET et autres, *Ibid.*, pp. 353 – 354



Criminal Code





บทที่ 4

การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ โดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย

ตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ว่าระบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทยรับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายมหาชนของประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีอย่างมีนัยสำคัญ การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการของไทยจึงมีต้นแบบมาจากทั้งสองประเทศอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ กล่าวคือ นับตั้งแต่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 องค์กรดังกล่าวก็ผูกขาดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาโดยตลอด ซึ่งโครงสร้างขององค์กร วิธีพิจารณาคดี และรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ล้วนแต่ดำเนินรอยตามระบบกฎหมายของทั้งสองประเทศเป็นส่วนใหญ่

อย่างไรก็ดี เมื่อได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กลไกและรูปแบบของการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการก็เปลี่ยนแปลงไปพอสมควร กล่าวคือ ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่นับจากการประกาศใช้กฎหมายฉบับข้างต้น อำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติบางส่วน (หรืออาจกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติบางส่วนด้วยก็ได้) ได้ถ่ายโอนไปยังองค์กรตุลาการอีกสามองค์กร ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

เพื่อทำความเข้าใจการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการในประเทศไทย ควรเริ่มจากการพิจารณา “วิวัฒนาการของการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติขององค์กรตุลาการในประเทศไทย” จากนั้นจึงสามารถพิจารณา “ลักษณะแห่งคดี เงื่อนไขและกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ”

4.1 วิวัฒนาการของการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย

แต่เดิมนั้น ราชอาณาจักรสยามปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาโดยตลอด อำนาจทั้งปวงย่อมเป็นของพระมหากษัตริย์อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด จึงไม่มีประเด็นที่ควรพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยแต่อย่างใด จนกระทั่ง

เกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยใน พ.ศ. 2475 พร้อมกับการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกในนาม “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475” เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475¹²⁶ ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยจึงเปลี่ยนมือจากพระมหากษัตริย์มาเป็นราษฎรทั้งหลาย¹²⁷ และมีการกำหนดองค์กรใช้อำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ได้แก่ กษัตริย์ สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการราษฎร และศาล¹²⁸ ส่งผลให้หลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างอำนาจต่าง ๆ เริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นเมื่อเทียบกับการปกครองในระบอบเดิม แต่อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวก็ยังมีได้วางกลไกการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการไว้แต่อย่างใด และแม้จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่ 2 และรัฐธรรมนูญถาวรฉบับแรกของประเทศ ก็ยังไม่ปรากฏระบบการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ไม่มีการกำหนดว่าองค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎร เพียงแต่มีการกำหนดให้อำนาจเด็ดขาดในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแก่สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น¹²⁹

¹²⁶ โปรตดู ฐากร ศิริยุทธวัฒนา, อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 125 – 126

¹²⁷ มาตรา 1 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

¹²⁸ มาตรา 2 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

¹²⁹ มาตรา 62 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475

ประเด็นปัญหาว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศไทยเริ่มเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2488 พร้อมกับข้อพิพาทระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ อันเป็นผลมาจากการตราพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 ภายหลังจากการสิ้นสุดลงของสงครามโลกครั้งที่ 2 กล่าวคือ มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลเป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นโทษแก่บุคคลอย่างชัดแจ้ง¹³⁰ ศาลฎีกาจึงได้วินิจฉัยว่ากฎหมายข้างต้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะเฉพาะส่วนที่กำหนดให้ลงโทษย้อนหลังแก่บุคคลที่กระทำการก่อนวันประกาศใช้กฎหมาย¹³¹ คำพิพากษาดังกล่าวสร้างความไม่พอใจแก่สภาผู้แทนราษฎรเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากเห็นว่าศาลฎีกาก้าวล่วงอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ สภาผู้แทนราษฎรจึงได้ยืนยันว่าอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญยังคงเป็นอำนาจเด็ดขาดของสภาผู้แทนราษฎร ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติจากเหตุดังกล่าวส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่ 3 ของประเทศไทย) ได้ก่อตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วย

¹³⁰ มาตรา 3 พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 บัญญัติว่า “การกระทำใด ๆ อันบุคคลได้กระทำไม่ไว้ในฐานะเป็นตัวการหรือผู้สมรู้ต้องตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้ ให้ถือว่าเป็นอาชญากรรมของสงคราม และผู้กระทำเป็นอาชญากรรมสงคราม ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำก่อนหรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้”

¹³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 และโปรดดู เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2557, หน้า 277

รัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นครั้งแรก¹³²

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม กล่าวคือ เมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้คดีได้ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจะต้องรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราวพร้อมกับเสนอความเห็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย (ศาลในที่นี้ย่อหมายถึง ศาลยุติธรรมเนื่องจากประเทศไทยในยุคสมัยดังกล่าวใช้ระบบศาลเดี่ยว) โดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด¹³³ จะพบว่า กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว จะต้องเริ่มต้นโดยศาลเมื่อเกิดข้อพิพาทในรูปของคดีความอย่างเป็นรูปธรรมแล้วเท่านั้น ไม่มีกรณีของการเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนหรือภายหลังการประกาศใช้กฎหมายโดยยังไม่มีคดีความเกิดขึ้นในศาล นอกจากนี้ การริเริ่มกระบวนการตรวจสอบดังกล่าวจะต้องกระทำโดยศาลที่พิจารณาคดีอยู่เท่านั้น คู่ความในคดีไม่มีสิทธิในการเสนอคำร้องต่อศาลเพื่อส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแต่อย่างใด กรณีจึงตรงกับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในแง่ของผู้มีอำนาจเสนอคำร้อง

¹³² โปรตุเกส สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ, พี. เพรส, 2550, หน้า 1 – 3

¹³³ มาตรา 87 และ 88 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

อนึ่ง ภายหลังจากยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 การก่อตั้งองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในรูปแบบ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรอีกทั้งสิ้น 6 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีเพียงอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมเท่านั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมเริ่มมีขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นครั้งแรก โดยเป็นการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติและนายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการเสนอคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ร่างพระราชบัญญัติ” ฉบับใดขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินั้นดังกล่าวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ให้นายกรัฐมนตรีส่งร่างพระราชบัญญัตินั้นดังกล่าวกลับคืน

รัฐสภาไป¹³⁴ การตรวจสอบในลักษณะนี้อาจเรียกว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมายก็ได้

การเปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายครั้งใหญ่เกิดขึ้นใน พ.ศ. 2540 อันเป็นผลมาจากการสถาปนารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงรูปแบบขององค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจาก “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีโครงสร้างองค์กรและที่มาของตุลาการที่แตกต่างไปจากเดิมอย่างมีนัยสำคัญ¹³⁵ รวมทั้งมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในเชิงนามธรรม¹³⁶ และในเชิงรูปธรรม¹³⁷ โดยรูปแบบองค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะของศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นรูปแบบที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอีกด้วย¹³⁸ โดยอำนาจหน้าที่หลัก

¹³⁴ มาตรา 224 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517

¹³⁵ มาตรา 255 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

¹³⁶ มาตรา 262 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

¹³⁷ มาตรา 264 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

¹³⁸ อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวเพียงฉบับเดียวที่มีการก่อตั้งองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้ใช้รูปแบบองค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะของ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540); โปรดดู มาตรา 35 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549

ของศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับ ยังคงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในเชิงนามธรรมและในเชิงรูปธรรมเช่นเดิม

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนับแต่การสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรก จวบจนการสถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็อาจกล่าวได้ว่า องค์กรที่ทำหน้าที่หลักในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติย่อมเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับถาวร 7 ฉบับ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) และศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญถาวร 3 ฉบับล่าสุด (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปธรรมเพียงอย่างเดียวภายใต้รัฐธรรมนูญ 4 ฉบับ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511) และเป็นการตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญทั้งในเชิงนามธรรมและในเชิงรูปธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญ
 ถาวร 6 ฉบับล่าสุด (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่ง
 ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550
 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560)

อย่างไรก็ตาม หนึ่งใน การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญที่สุดเกี่ยวกับ
 กลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้เริ่มต้น
 ขึ้นพร้อมกับการประกาศใช้ “พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำ
 ร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562”
 ซึ่งได้รับการตราขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ กฎหมายฉบับดังกล่าว
 มีวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย
 การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ตลอดจนหลักเกณฑ์
 ในการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์
 ของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ โดยเป็นการตราขึ้นตามนัย
 มาตรา 77 ประกอบกับมาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (1) และ (3) ของ
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย¹³⁹

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายฉบับดังกล่าว
 ตลอดจนเนื้อหาในส่วนต่าง ๆ ในเบื้องต้นแล้ว อาจพบว่าไม่มีส่วนใด
 เกี่ยวข้องกับ “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”

¹³⁹ โปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและ
 การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136
 ตอนที่ 72 ก หน้า 17

ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่หากพิจารณา มาตรา 5 และมาตรา 6 ของกฎหมายฉบับนี้อย่างละเอียดถี่ถ้วน ย่อมพบว่า บทบัญญัติเพียง 2 มาตรานี้ได้ส่งผลกระทบต่ออย่างมีนัยสำคัญต่อกลไก การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศไทย อย่างที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน โดยบทบัญญัติข้างต้นได้ให้อำนาจแก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารในการวินิจฉัยว่าจะปรับใช้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีหรือไม่ก็ได้ หรือจะปรับใช้ โดยกำหนดผลร้ายให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดหรือแตกต่างจากที่ กฎหมายกำหนดได้ หากศาลเห็นว่ากฎหมายเช่นนั้นมีลักษณะที่หมด ความจำเป็น ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ แต่ไม่มีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนกฎหมาย ดังเช่นกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับนี้ได้เพิ่ม บทบาทให้แก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารในลักษณะที่ ไม่เคยปรากฏมาก่อนในประเทศไทย รวมทั้งในประเทศที่มีระบบกฎหมาย อันเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายของประเทศอื่น ๆ เช่น ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี เป็นต้น

เมื่อได้พิจารณาถึงวิวัฒนาการของกลไกการตรวจสอบการใช้ อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการมาพอสมควรแล้ว ในส่วนถัดไป จะเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการในประเทศไทยในปัจจุบัน

4.2 รูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการในประเทศไทย

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะพบว่าองค์กรหลักในการถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติย่อมเป็นศาลรัฐธรรมนูญ โดยเป็นการถ่วงดุลด้วยวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนศาลปกครองนั้นมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เป็นต้น) ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญจะมีได้กำหนดให้มืองค์กรอื่นใดมีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภานอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กลับก่อตั้งอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติให้แก่องค์กรตุลาการอื่นอีกสามองค์กร อันประกอบไปด้วย ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร เพราะฉะนั้น นับแต่มีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว รูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทยจึงเปลี่ยนแปลงไปอย่างมีนัยสำคัญ โดยแบ่งออกเป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ ได้แก่ “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ” และ “การตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร”

4.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ในแต่ละประเทศที่มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีการกำหนดโครงสร้างองค์กรที่มาของตุลาการ รวมทั้งอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ เอาไว้แตกต่างกัน ยกเว้นอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเป็นภารกิจหลักสำหรับศาลรัฐธรรมนูญทั่วโลก เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพื่อรักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศไทยนับแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จวบจนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมาโดยตลอด เราสามารถทำความเข้าใจอำนาจหน้าที่ดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผ่านรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้ง “ในเชิงรูปธรรม” และ “ในเชิงนามธรรม”

4.2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมนับเป็นรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบแรกในประเทศไทย โดยการตรวจสอบดังกล่าวปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489

และยังคงมีบทบาทสำคัญภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดี¹⁴⁰ ซึ่งเป็นคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือ ศาลทหาร โดยจะอยู่ในการพิจารณาในศาลชั้นใด หรือเป็นคดีประเภทใด ก็ได้

การเสนอความเห็นเพื่อวินิจฉัย

บุคคลที่สามารถเริ่มกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงรูปธรรมได้มีสองฝ่าย ฝ่ายแรก คือ ศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดี (อาจเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารก็ได้) ส่วนอีกฝ่าย คือ คู่ความในคดีทั้งสองฝ่าย โดยการโต้แย้งของศาลและ คู่ความจะต้องเข้าเงื่อนไข ดังนี้

ประการแรก ศาลหรือคู่ความในคดีมีความเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีมีลักษณะที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยในกรณีที่คู่ความเป็นฝ่ายโต้แย้งจะต้องอธิบายเหตุผลประกอบการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีมีลักษณะที่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างไร¹⁴¹

¹⁴⁰ มาตรา 212 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁴¹ มาตรา 212 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบจะต้องไม่เคยได้รับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญมาก่อน¹⁴²

หากการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีสอดคล้องกับเงื่อนไขทั้งสองประการ ศาลที่อยู่ระหว่างการพิจารณาคดีจะต้องทำหนังสือเพื่อเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย¹⁴³ ในกรณีที่คู่ความในคดีเป็นฝ่ายโต้แย้งและศาลในคดีเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ หากเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความไม่เป็นสาระอันสมควรได้รับการวินิจฉัย¹⁴⁴ ส่วนในกรณีที่ศาลในคดีโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดี หรือในกรณีที่คู่ความเป็นฝ่ายโต้แย้งและศาลรัฐธรรมนูญรับคำโต้แย้งไว้พิจารณา ศาลที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่จะต้องรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว¹⁴⁵

อนึ่ง เมื่อพิจารณาบุคคลหรือองค์กรที่มีสิทธิโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีแล้ว จะพบว่า ระบบกฎหมายไทย

¹⁴² มาตรา 212 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁴³ มาตรา 212 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบมาตรา 41 วรรคสอง (2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2561

¹⁴⁴ มาตรา 212 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁴⁵ มาตรา 212 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ได้นำกระบวนการเสนอคำร้องโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนีมาผสมผสานกัน กล่าวคือ กระบวนการเสนอคำร้องดังกล่าวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะกระทำได้ก็แต่โดยการริเริ่มโต้แย้งของคู่ความในคดีเท่านั้น ศาลในคดีไม่มีอำนาจหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นเองโดยปราศจากการโต้แย้งของคู่ความ ส่วนกระบวนการเสนอคำร้องเช่นว่านั้น ต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะกระทำได้ก็แต่โดยศาลในคดีเท่านั้น¹⁴⁶ ในขณะที่กระบวนการโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยสามารถริเริ่มได้โดยศาลที่ปรับใช้กฎหมายในคดีเช่นเดียวกับกรณีของประเทศเยอรมนี และคู่ความในคดีเช่นเดียวกับกรณีของประเทศฝรั่งเศส อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายไทยมีลักษณะที่เปิดกว้างมากกว่าทั้งสองประเทศข้างต้นในประเด็นดังกล่าว

ผลของคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือคดีประเภทอื่น ๆ ล้วนมีผลอันเป็นลักษณะทั่วไปสามประการ ดังนี้

ประการแรก คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเด็ดขาด กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยแล้ว ศาลหรือคู่ความในคดีไม่มีสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำวินิจฉัยต่อศาลรัฐธรรมนูญเองหรือองค์กรอื่นได้อีก¹⁴⁷

¹⁴⁶ โปรตดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.2.2.2 และ 3.2.2.4

¹⁴⁷ มาตรา 211 วรรคท้าย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบ

ประการที่สอง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพัน ทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีและบุคคลทั่วไปแม้จะไม่ได้มีส่วนเกี่ยวกับคดี ดังกล่าวเลยก็ตาม รวมทั้งองค์กรของรัฐทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ¹⁴⁸

ประการที่สาม ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผล ทันทีนับแต่วันที่อ่านคำวินิจฉัย¹⁴⁹ และจะต้องเผยแพร่คำวินิจฉัยดังกล่าว ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มิคำวินิจฉัย¹⁵⁰

สำหรับกรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่บังคับแก่คดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีผลบังคับใช้ ต่ออรรถคดีทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว แต่ไม่มี ผลกระทบใด ๆ ต่อคดีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลต่อเฉพาะคดีที่ยังไม่มีคำพิพากษา ถึงที่สุดแล้วเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี หากคดีดังกล่าวเป็นคดีอาญาและมี คำพิพากษาถึงที่สุดให้บุคคลได้รับโทษโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และภายหลังศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นขัดแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้บุคคลผู้ต้องโทษ ตามคำพิพากษาอันถึงที่สุดดังกล่าวเป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดตาม คำพิพากษา และในกรณีที่บุคคลดังกล่าวอยู่ระหว่างการรับโทษจำคุก

¹⁴⁸ มาตรา 211 วรรคท้าย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁴⁹ มาตรา 76 วรรคแรก พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2561

¹⁵⁰ มาตรา 75 วรรคท้าย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2561

โดยผลของคำพิพากษาเช่นว่านั้น รัฐจะต้องปล่อยตัวบุคคลดังกล่าวไป แต่อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่ส่งผลให้บุคคล เช่นว่านั้นเกิดสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ¹⁵¹

อนึ่ง ผลของคำวินิจฉัยว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมของประเทศไทยมีลักษณะร่วมกับการตรวจสอบดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีในประเด็นเกี่ยวกับผลกระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่บังคับใช้คดีใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผลของคำวินิจฉัย จะไม่มีผลกระทบต่อ คำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลาเริ่มต้นของผลแห่งคำวินิจฉัยดังกล่าวของทั้งสามประเทศ กลับปรากฏความแตกต่างอย่างชัดเจน กล่าวคือ ผลของคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีผลทันทีนับแต่วันที่ อ่านคำวินิจฉัย¹⁵² ส่วนผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีผลนับแต่มีการประกาศคำวินิจฉัยนั้นลงใน รัฐกิจจานุเบกษา หรือมีผลภายหลังจากการประกาศคำวินิจฉัยเช่นว่านั้น ก็ได้ ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดให้การยกเลิกบทบัญญัติ ดังกล่าวมีผลในภายหลัง ในขณะที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะมีผลย้อนหลังไปนับแต่วันประกาศใช้ กฎหมาย¹⁵³

¹⁵¹ มาตรา 212 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁵² มาตรา 76 วรรคแรก พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2561

¹⁵³ โปรตอคูปท์ที่ 3 หัวข้อ 3.2.2.3

4.2.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมในประเทศไทยปรากฏครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ซึ่งนับเป็นเวลาประมาณ 28 ปี ภายหลังจากก่อตั้งกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบดังกล่าวนับเป็นการกิจหลักอย่างหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญในการรักษาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีรายละเอียด ดังนี้

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญประกอบไปด้วย “ร่างพระราชบัญญัติซึ่งยังมีได้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย¹⁵⁴” และ “พระราชบัญญัติ¹⁵⁵” กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บรรทัดฐานทางกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติไม่ว่าจะอยู่ในรูปของร่างพระราชบัญญัติซึ่งยังไม่ได้รับการประกาศใช้ก็ดี หรือพระราชบัญญัติที่ได้รับการประกาศใช้แล้วก็ดี ล้วนเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบทั้งสิ้น เพราะฉะนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

¹⁵⁴ มาตรา 148 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁵⁵ มาตรา 231 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในเชิงนามธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงเป็นการตรวจสอบทั้งก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมาย และการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมาย ในขณะที่การตรวจสอบดังกล่าวโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นการตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมายเท่านั้น ส่วนการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะเป็นการตรวจสอบภายหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้วเท่านั้น¹⁵⁶ ดังนั้น หากใช้ระยะเวลาของการตรวจสอบเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกรูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม ก็อาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายไทยมีลักษณะที่เปิดกว้างกว่าระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี

การเสนอความเห็นเพื่อวินิจฉัย

การเสนอความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมอาจแบ่งออกเป็นสองกรณีโดยใช้วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบเป็นเกณฑ์ในการจำแนก

กรณีแรก การเสนอความเห็นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเชิงนามธรรมก่อนการประกาศใช้บังคับกฎหมาย

ผู้มีอำนาจริเริ่มกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบไปด้วย ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

¹⁵⁶ โปรดดูบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.1

ดังต่อไปนี้¹⁵⁷

- ก สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่อยู่ของสภาผู้แทนราษฎร
- ข สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่อยู่ของวุฒิสภา
- ค สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรร่วมกับสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่อยู่ของทั้งสองสภา
- ง นายกรัฐมนตรี

หากผู้ดำรงตำแหน่งตามข้อ ก. ข. ค. มีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือได้รับการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี เมื่อประธานสภาข้างต้นได้รับความเห็นเช่นนั้นแล้ว จะต้องส่งความเห็นดังกล่าวโดยทำเป็นหนังสือเพื่อเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยและแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่มีชักช้า¹⁵⁸

ในกรณีที่ผู้ดำรงตำแหน่งตามข้อ ง. (นายกรัฐมนตรี) มีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

¹⁵⁷ มาตรา 148 วรรคแรก (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁵⁸ มาตรา 148 วรรคแรก (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบมาตรา 41 วรรคสอง (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2561

หรือได้รับการตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้โดยตรง และจะต้องแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภารับโดยไม่ชักช้า¹⁵⁹

ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการเสนอความเห็นจะกระทำโดยผู้ดำรงตำแหน่งใดก็ตาม ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว นายกรัฐมนตรีจะไม่สามารถนำร่างพระราชบัญญัติอันเป็นวัตถุแห่งคดีขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยได้¹⁶⁰

กรณีที่สอง การเสนอความเห็นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรมภายหลังการประกาศใช้บังคับ

เมื่อได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติใดแล้ว ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรีจะไม่มีอำนาจในการเสนอความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัตินั้นอีกต่อไป แต่อำนาจดังกล่าวจะอยู่ในมือของ “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” ซึ่งเป็นองค์กรอิสระแทน กล่าวคือ หากผู้ตรวจการแผ่นดินมีความเห็นว่าการตราพระราชบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยประเด็นดังกล่าวโดยไม่ชักช้า¹⁶¹

¹⁵⁹ มาตรา 148 วรรคแรก (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁶⁰ มาตรา 148 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁶¹ มาตรา 231 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

อนึ่ง นอกจากผู้ตรวจการแผ่นดินแล้ว บุคคลธรรมดาซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดย “การกระทำ” ของรัฐ ก็มีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำดังกล่าวได้เช่นกัน¹⁶² โดยจะต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินก่อนในขั้นแรก และในกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินไม่เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ บุคคลจึงจะมีสิทธิในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง¹⁶³ สิทธิข้างต้นมีลักษณะคล้ายกับสิทธิของบุคคลในระบบกฎหมายเยอรมันที่เปิดโอกาสให้มีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญโดยการกระทำของรัฐ¹⁶⁴ แต่อย่างไรก็ดี สิทธิในการโต้แย้งว่าการกระทำใดของรัฐกระทบต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญไม่ถือเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยตรง แม้คำว่า “การกระทำ” อาจหมายรวมถึงกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วยก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้มุ่งหมายให้เกิดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยตรง หากแต่มุ่งคุ้มครองเฉพาะ “สิทธิเสรีภาพ” ของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยการกระทำของรัฐ นอกจากนี้ระบบกฎหมายไทยยังให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งเป็นคู่ความในคดีในทางโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีได้ บุคคลที่ได้รับผลกระทบจาก

¹⁶² มาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁶³ มาตรา 48 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

¹⁶⁴ โปรดดู บทที่ 3 หัวข้อ 3.2.2.2

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยตรง ย่อมใช้ช่องทางดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของตนได้อีกทางหนึ่ง

ผลของคำวินิจฉัย

ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติล้วนมีลักษณะทั่วไปเช่นเดียวกับผลของคำวินิจฉัยในคดีว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม กล่าวโดยสรุปคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเด็ดขาด ผูกพันทุกบุคคลและองค์กรของรัฐ และมีผลทันทีในวันที่อ่านคำวินิจฉัย¹⁶⁵ แต่ในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติจะปรากฏรายละเอียดอื่นอีก ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็นสามกรณี ดังนี้

กรณีแรก หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

กรณีที่สอง หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือได้รับการตราขึ้นโดยกระบวนการที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเนื้อหา

¹⁶⁵ โปรตดู บทที่ 4 หัวข้อ 4.2.1.1 (3)

ในส่วนดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ ให้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตกไป¹⁶⁶

กรณีที่สาม หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เนื้อหาในส่วนดังกล่าวมิได้เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ ให้เนื้อหาในส่วนนั้นเป็นอันตกไป แต่ไม่กระทบต่อเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติในส่วนอื่น และนายกรัฐมนตรีจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป¹⁶⁷

โดยสรุป เมื่อได้พิจารณารูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วจะพบว่า การตรวจสอบดังกล่าวมีลักษณะที่ค่อนข้างครอบคลุมสภาพปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากมีทั้งการตรวจสอบในเชิงนามธรรมซึ่งสามารถกระทำได้ทั้งก่อนและภายหลังการประกาศใช้บังคับกฎหมาย และการตรวจสอบในเชิงรูปธรรมซึ่งเปิดโอกาสให้ทั้งศาลและคู่ความในคดีสามารถโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีได้

แต่อย่างไรก็ดี มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้ก่อตั้งกลไกการตรวจสอบกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ซึ่งส่งผลกระทบต่อองค์การตุลาการทั้ง 3

¹⁶⁶ มาตรา 148 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁶⁷ มาตรา 148 วรรคท้าย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เข้ามามีบทบาทในการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติร่วมกับศาลรัฐธรรมนูญ เป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์กฎหมายไทย ซึ่งจะได้อธิบายรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

4.2.2 การตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีโดย ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร

แต่เดิมนั้น บทบาทในการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารปรากฏในรูปแบบของการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดี ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติอันเป็นประเด็นแห่งคดีนั้นมีลักษณะที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารจะต้องปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวแก่คดีโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการทั้งสามในการที่จะไม่กำหนดผลร้าย (โทษทางอาญา โทษทางปกครอง ค่าปรับทางปกครอง หรือสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่น) หรือกำหนดผลร้ายน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกัน อำนาจของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่บังคับแก่คดีก็ยังคงปรากฏอยู่เช่นเดิม

กฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 หมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และประมวลกฎหมาย¹⁶⁸ รวมทั้งประกาศหรือคำสั่งที่ผลบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายเท่านั้น¹⁶⁹ ไม่รวมถึงกฎหมายในระดับอื่น ๆ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง โดยการตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารอย่างเป็นทางการแล้วเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ในแง่มุมของรูปแบบของการตรวจสอบ กระบวนการดังกล่าวนับเป็น “การตรวจสอบในเชิงรูปธรรม” ในลักษณะเดียวกันกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมโดยศาลรัฐธรรมนูญที่เริ่มต้นจากศาลที่ปรับใช้กฎหมายในคดี หรือคู่ความในคดีเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างประการสำคัญก็คือ องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยกลับไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญ

กลไกการตรวจสอบกฎหมายข้างต้นปรากฏอยู่ในมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดและกระบวนการดังต่อไปนี้

¹⁶⁸ มาตรา 3 พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

¹⁶⁹ มาตรา 6 วรรคท้าย พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

4.2.2.1 วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

กลไกการตรวจสอบกฎหมายตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 จะต้องเริ่มจากมีคดีเกิดขึ้นในศาลยุติธรรมหรือศาลทหารแล้วอย่างเป็นรูปธรรม และมีกรณีต้องปรับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือประมวลกฎหมายซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นในคดี

ในกรณีของการใช้อำนาจตรวจสอบดังกล่าวโดยศาลปกครอง จะต้องเริ่มจากมีคดีปกครองเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเช่นกัน และมีกรณีต้องปรับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือประมวลกฎหมายซึ่งมีการกำหนด “โทษปรับทางปกครอง” ในคดี

โดยสรุป วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการกำหนดผลร้ายอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

- (1) โทษทางอาญา
- (2) โทษทางปกครอง
- (3) สภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่น
- (4) โทษปรับทางปกครอง

4.2.2.2 การเสนอความเห็นเพื่อวินิจฉัย

หากมีการปรับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือประมวลกฎหมายซึ่งมีการกำหนดโทษทางอาญา

โทษทางปกครอง สภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่น หรือโทษปรับทางปกครอง ในคดี การเสนอความเห็นจะกระทำได้อีกแต่โดยศาลที่ปรับใช้กฎหมาย เช่นว่านั้นในคดีเท่านั้น โดยอาจเป็นกรณีที่ศาลเห็นเอง หรืออาจเป็นกรณีที่คู่ความในคดีโต้แย้งกฎหมายดังกล่าว และศาลเห็นควรเสนอความเห็นเพื่อดำเนินการวินิจฉัยต่อไป โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะต้องมีลักษณะสอดคล้องกับเงื่อนไขทั้งสามประการ ซึ่งปรากฏในมาตรา 5 วรรคแรกของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

- (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีเป็นกฎหมายที่หมดความจำเป็น
- (2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์
- (3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีเป็นกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพ

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดย่อมเป็นศาลรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้อธิบายไว้ในส่วนก่อนหน้า

ประการที่สาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่เคยผ่านการวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุดมาก่อน กล่าวคือ หากที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุดทั้งสามศาล เคยวินิจฉัยตามกลไกตรวจสอบกฎหมายนี้แล้วว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีนั้นต้องด้วยเงื่อนไขทั้งสองข้อข้างต้นหรือไม่แล้ว ย่อมไม่มีประเด็นที่ศาลที่ปรับใช้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวในคดีจะต้องเสนอความเห็นเพื่อตรวจสอบอีกครั้งหนึ่ง

หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ปรับใช้ในคดีต้องด้วยเงื่อนไขทั้งสามประการข้างต้น ศาลจะต้องส่งความเห็นต่อประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด หรือหัวหน้าสำนักตุลาการศาลทหารสูงสุดแล้วแต่กรณี เพื่อดำเนินการเสนอความเห็นต่อที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุดแล้วแต่กรณี โดยในระหว่างที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุดเหล่านี้พิจารณาประเด็นดังกล่าว ศาลที่เสนอความเห็น เช่นว่านั้นมีอำนาจดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่จะต้องรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุด

4.2.2.3 ผลของคำวินิจฉัย

ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหาร

สูงสุด วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ปรับใช้ในคดีใดชอบด้วยมาตรา 5 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 (เงื่อนไข 3 ประการในหัวข้อ 4.2.2.2) ศาลที่เสนอความเห็นต่อที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุดในองค์กรย่อมต้องพิพากษาคดีโดยปรับใช้โทษทางอาญา โทษทางปกครอง สภาบังคับที่เป็นผลร้ายอื่น หรือโทษทางปกครองแล้วแต่กรณี ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้แต่เดิม และศาลในคดีหลังที่มีการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีอำนาจเสนอความเห็นต่อศาลสูงสุดในองค์กรของตนเพื่อวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวอีกต่อไป แต่อย่างไรก็ดี หากศาลหรือคู่ความในคดีเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีมีลักษณะที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลยังคงต้องเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยผ่านกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁷⁰

ในกรณีที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่ปรับใช้ในคดีใดขัดแย้งต่อมาตรา 5 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ผลกระทบของคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีทั้งสิ้นสามประการ ดังนี้

ประการแรก ผลกระทบต่อคำพิพากษา : ศาลในคดีมีอำนาจในการวินิจฉัยปรับบทลงโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษปรับทางปกครองแล้วแต่กรณี ให้น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือจะไม่

¹⁷⁰ มาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ปรับบทลงโทษเลขก็ได้ แม้ว่ากรกระทำของจำเลยหรือผู้ถูกฟ้องในคดี จะครบองค์ประกอบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลยังคง มีอำนาจในการปรับบทลงโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษปรับ ทางปกครองแล้วแต่กรณี ตามที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ เช่นเดิมก็ได้ นอกจากนี้ ศาลมีอำนาจกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายให้ แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือจะกำหนดสภาพบังคับดังกล่าว ตามที่กฎหมายไว้ก็ได้

ประการที่สอง ผลกระทบต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย :
 บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าขัดแย้งต่อมาตรา 5 วรรค แรกของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมิน ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 จะยังคงมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย อยู่เช่นเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุด หรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหาร สูงสุดไม่มีผลเป็นการยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยดังกล่าวจะส่งผลให้ศาลที่พิจารณารรคดี ทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติเช่นว่านั้นมีอำนาจในการเลือกกำหนด ผลร้ายทางกฎหมาย (บทลงโทษทางอาญา โทษทางปกครอง สภาพบังคับ ที่เป็นผลร้ายอื่น หรือโทษปรับทางปกครอง) ให้น้อยกว่าหรือแตกต่าง จากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เสมอ หรือแม้แต่จะไม่ปรับบทลงโทษตามที่ กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้

ประการที่สาม ผลกระทบต่อฝ่ายนิติบัญญัติ : กรณีที่มี คำวินิจฉัยเช่นว่านั้น ผู้รักษาการตามกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าขัดต่อ

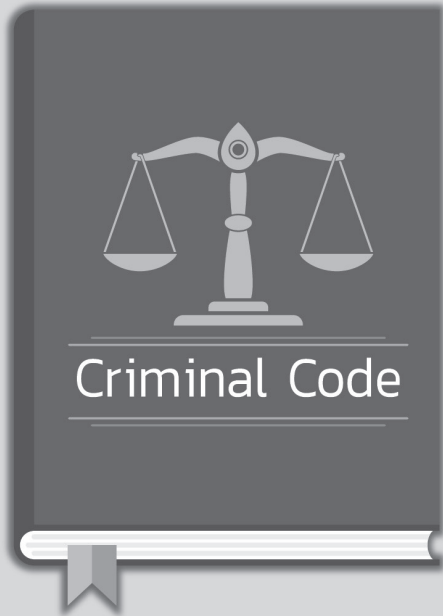
มาตรา 5 วรรคแรกของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 (กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจะมีการกำหนดผู้รักษาการตามกฎหมายไว้เสมอใน ส่วนแรกของพระราชบัญญัติ) จะต้องดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคแรกของพระราชบัญญัติ ข้างต้นโดยเร็ว โดยองค์กรที่ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมย่อมเป็น “รัฐสภา” อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ ตามกระบวนการนี้หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และประมวลกฎหมาย ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจ นิติบัญญัติ หากผู้รักษาการตามกฎหมายเช่นว่านั้นเป็นนายกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีก็จะต้องดำเนินการให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ดังกล่าวโดยเร็ว เช่น อาจเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอร่างแก้ไข เพิ่มเติมพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา เป็นต้น ส่วนผลของการดำเนินการ ดังกล่าวจะเป็นเช่นไรย่อมเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาในส่วนถัดไป เนื่องจากคำวินิจฉัยของที่ประชุมของศาลสูงสุดทั้งสามก็ดี หรือการ ดำเนินการใด ๆ ของผู้รักษาการตามกฎหมายก็ดี ล้วนไม่อาจบีบบังคับ ให้รัฐสภาต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใดตามคำวินิจฉัยหรือข้อเสนอ ขององค์กรอื่นได้

ทั้งนี้ รายละเอียดอื่น ๆ ว่าด้วยขั้นตอนการดำเนินกระบวนการ ตรวจสอบกฎหมายข้างต้นนี้จะได้รับการกำหนดไว้ในระเบียบที่ประชุม ใหญ่ศาลฎีกา ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด¹⁷¹

¹⁷¹ มาตรา 6 วรรคสี่ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและ

ซึ่งล้วนแต่อยู่ระหว่างการดำเนินการจัดทำ อย่างไรก็ตามก็ดี กลไกการตรวจสอบกฎหมายที่ปรากฏในมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ย่อมเป็นสาระสำคัญและขอบเขตของกระบวนการตรวจสอบดังกล่าว ซึ่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ขององค์กรตุลาการทั้ง 3 ไม่อาจขัดแย้งต่อบทบัญญัติดังกล่าวได้

อนึ่ง หลักเกณฑ์และกระบวนการตรวจสอบกฎหมายที่ปรากฏในมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ไม่ปรากฏหลักฐานการอ้างอิงแนวคิดหรือบรรทัดฐานทางกฎหมายของประเทศอื่น ๆ อย่างชัดเจน ไม่ว่าในบันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือในรายงานการประชุมอื่นที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่า กระบวนการทางกฎหมายนี้เป็นกลไกที่ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยเอง



บทที่ 5

บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิจารณารายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการถ่วงดุลการใช้ อำนาจนิติบัญญัติโดยอำนาจตุลาการทั้งในระบบกฎหมายของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี มาพอสมควรแล้ว ในบทสุดท้ายนี้ จะเริ่มจากการวิเคราะห์ปัญหาที่ปรากฏในกระบวนการตรวจสอบบทบัญญัติ แห่งกฎหมายโดยองค์กรตุลาการไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร จากนั้นจะเป็นคำอธิบายเกี่ยวกับข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไข ปัญหาอันเป็นผลมาจากกระบวนการตรวจสอบดังกล่าว

5.1 บทวิเคราะห์ : ผลกระทบของการตรวจสอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาล ยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำ ร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

รูปแบบการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศไทยแยกออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ **ประเภทแรก** “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ” **ประเภทที่สอง** “การตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร” การตรวจสอบประเภทแรกนั้นมีการพัฒนาขึ้นอย่างยาวนาน และได้รับอิทธิพลจากประเทศต้นแบบทางกฎหมายมหาชนอย่างประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนีมาอย่างเห็นได้ชัด ซึ่งในบางประเด็นถือว่ามีลักษณะที่ครอบคลุมปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากกว่าประเทศต้นแบบทั้งสองก็ว่าได้ แต่อย่างไรก็ดี การก่อตั้งการตรวจสอบประเภทที่สองโดยพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้ส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายไทยในหลายด้าน ซึ่งผลกระทบดังกล่าวอาจจำแนกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ “ผลกระทบในทางทฤษฎี” ประการหนึ่ง และ “ผลกระทบในทางปฏิบัติ” อีกประการหนึ่ง

5.1.1 ผลกระทบในทางทฤษฎีของการตรวจสอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดย ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้ มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์ การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดย
ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของ
พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมิน
ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ขัดแย้งต่อทฤษฎีซึ่งอยู่ในรูปของ
บรรทัดฐานทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญถึง 2 ประการ ได้แก่
“หลักการแบ่งแยกอำนาจ” และ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ”

5.1.1.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจประกอบไปด้วยเงื่อนไข
สองประการ **ประการแรก** คือ การแบ่งแยกอำนาจรัฐออกเป็นสามประเภท
ได้แก่ อำนาจนิตินบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ **ประการที่สอง**
คือ องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละประเภทจะต้องเป็นอิสระต่อกัน หากครบ
เงื่อนไขทั้งสองประการ ย่อมเกิดผลลัพธ์ที่สำคัญทั้งสิ้นสองประการ
ประการแรก คือ เมื่อแบ่งอำนาจออกเป็นสามประเภท และมีองค์กรผู้
ใช้อำนาจทั้งสามประเภทเป็นอิสระต่อกัน ย่อมไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่ง
มีอำนาจทั้งสามอย่างเด็ดเดี่ยวเด็ดขาดในมือ และส่งผลให้การตรวจสอบ
ถ่วงดุลซึ่งกันและกันย่อมเกิดขึ้นได้ **ประการที่สอง** เมื่อมีการตรวจสอบถ่วงดุล
ซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามประเภท ย่อมไม่มีองค์กรใด

สามารถใช้อำนาจของตนเพื่อล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้โดยง่าย ทั้งนี้ การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการแทรกแซงหรือล่วงละเมิดสาระสำคัญของอำนาจอื่นด้วย เพราะหากมีองค์กรหนึ่งใช้การตรวจสอบอีกองค์กรหนึ่งเป็นเครื่องมือในการแทรกแซงสาระสำคัญของภารกิจขององค์กรอื่น ย่อมเป็นกระทบต่อความเป็นอิสระต่อกันของแต่ละองค์กรตามเจตนารมณ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะองค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเป็นการใช้อำนาจตุลาการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติมิให้ตรากฎหมายให้ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถตรากฎหมาย กำหนดเนื้อหาของกฎหมาย แก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะการกระทำเช่นนั้นก็คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่อำนาจตุลาการ

หากพิจารณากลไกการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 แล้วจะพบว่ากฎหมายดังกล่าวได้มอบอำนาจนิติบัญญัติบางส่วนให้แก่องค์กรตุลาการทั้งสาม ภายใต้รูปแบบของ “การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้คดี” กล่าวคือ มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติข้างต้นได้ให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารในการงดเว้นการปรับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญา โทษทาง

ปกครอง หรือโทษปรับทางปกครองในคดี หรือกำหนดโทษเช่นว่านั้น ให้น้อยกว่าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ รวมทั้งมีอำนาจ ในการกำหนดสภาพบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นให้แตกต่างจากบทบัญญัติ แห่งกฎหมายได้อีกประการหนึ่ง แม้องค์การตุลาการทั้งสามจะไม่สามารถ กำหนด ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ได้ แต่ก็มีอำนาจในการงดเว้นการปรับใช้ หรือกำหนดผลร้ายทางกฎหมาย ให้น้อยกว่าหรือแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ยิ่งไปกว่านั้น พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้ผู้รักษาการตามกฎหมายที่ได้รับการ วิจารณ์จรรยาว่าขัดต่อมาตรา 5 ต้องดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ตามความเห็นของที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุดทั้งสามองค์กรอีกด้วย ซึ่งถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติอย่างร้ายแรง เพราะการกำหนด เนื้อหาของกฎหมายเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่หน้าที่ ของฝ่ายตุลาการซึ่งมีภารกิจหลักในการตีความกฎหมายเพื่อวินิจฉัย ข้อพิพาทต่าง ๆ

เมื่อได้พิจารณาเหตุผลข้างต้นแล้ว เราอาจกล่าวได้ว่า มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้มอบ “อำนาจ นิติบัญญัติบางส่วน” ให้แก่องค์กรตุลาการใช้ โดยอาจเรียกชื่ออำนาจ เช่นนี้ว่า “อำนาจนิติบัญญัติซ่อนรูป” ก็ได้ เพราะเมื่อพิจารณาโดย ผิวเผินก็จะพบเพียงแค่กระบวนการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ ในคดีเท่านั้น แต่หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนก็จะพบว่ากลไกดังกล่าว มีลักษณะที่เกินเลยขอบเขตของการตรวจสอบกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ ตามปกติไปอย่างมีนัยสำคัญ

โดยสรุป มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน เนื่องจากการก่อตั้ง “อำนาจนิติบัญญัติซ้อนรูป” ให้แก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร¹⁷²

5.1.1.2 ผลกระทบต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการที่มีสถานะเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติด้วย หลักการดังกล่าวอาจปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือในรูปของหลักการที่ได้รับการกำหนดโดยคำวินิจฉัยของศาลก็ได้ โดยเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญของหลักการนี้แบ่งออกเป็นสี่ประการ ได้แก่ **ประการแรก** บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่จริงในสังคม **ประการที่สอง** บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้จริง **ประการที่สาม** บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่จำเป็นต่อการบรรลุวัตถุประสงค์

¹⁷² อนึ่ง ผู้ทรงคุณวุฒิ 3 จาก 4 ราย (ประธานสภาผู้แทนราษฎร รองประธานศาลปกครองสูงสุด และเจ้ากรมพระธรรมนูญ) ให้ความเห็นตรงกันว่ามาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (แบบสอบถามความคิดเห็นของผู้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 แบบสอบถามความคิดเห็นของตุลาการศาลปกครองโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563 และแบบสอบถามความคิดเห็นของตุลาการศาลทหารโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563)

ของกฎหมาย โดยส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญให้น้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และประการที่สี่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องกำหนดมาตรการที่มีความเหมาะสม โดยคำนึงถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับและผลกระทบที่มีต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้รับรองหลักความพอสมควรแก่เหตุไว้ในมาตรา 26¹⁷³ และมาตรา 77¹⁷⁴

¹⁷³ มาตรา 26 วรรคแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย”

¹⁷⁴ มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิต หรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

เมื่อพิจารณารูปแบบการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ปรับใช้ในคดีโดยองค์กรตุลาการในประเทศไทยจะพบว่า การตรวจสอบดังกล่าวแบ่งออกเป็นสองรูปแบบ รูปแบบแรก คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม หรือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีโดยศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และรูปแบบที่สอง คือ การตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารตามมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 การตรวจสอบรูปแบบแรกนั้นมีลักษณะที่ครอบคลุมปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้คดีอยู่แล้ว เนื่องจากคู่ความและศาลในคดีทุกประเภทสามารถโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บังคับแก่คดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารมีหน้าที่ตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการปรับใช้ในคดีตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 อีกช่องทางหนึ่ง

ทั้งนี้ แม้มาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้จะกำหนดว่าการตรวจสอบกฎหมายข้างต้นจะต้อง “มิใช่กรณีที่บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ” แต่เมื่อพิจารณา มาตรา 5 วรรคหนึ่งอันเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายที่บังคับแก่คดีตามกฎหมายนี้จะพบว่า เกณฑ์ดังกล่าวก็คือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 77 โดยการตรวจสอบว่า กฎหมายใดขัดแย้งกับหลักความพอสมควรแก่เหตุ

หรือไม่ย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ไม่มีกรณีของการตรวจสอบความพอสมควรแก่เหตุของกฎหมาย (ในระดับพระราชบัญญัติ) ใดที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เงื่อนไขตามมาตรา 6 ข้างต้นจึงมีลักษณะที่ขัดแย้งกับกระบวนการตรวจสอบกฎหมายตามมาตรา 6 เสียเอง และอาจกล่าวได้ว่ากระบวนการตรวจสอบดังกล่าวเป็นกลไกที่ไม่มีกรณีให้ปรับใช้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 แล้วจะพบว่าพระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์หลักในการกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้บังคับ¹⁷⁵ ไม่ปรากฏส่วนใดในวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว หรือ

¹⁷⁵ โปรตุเกส หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งกำหนดว่า “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง และการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย เพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย และการเปิดเผย ผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน หลักเกณฑ์การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมาย ที่เกี่ยวข้องกับระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการ ตามขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดโทษอาญา เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลัง เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วเพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป และการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 77 ประกอบกับมาตรา 258 ค. ด้านกฎหมาย (1) และ (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

เนื้อหาในบทบัญญัติมาตรา 77 และ 258 ของรัฐธรรมนูญ (บทบัญญัติที่กฎหมายดังกล่าวใช้อ้างถึงความจำเป็นในการตราขึ้น) ที่เกี่ยวข้องกับ การก่อตั้งกระบวนการตรวจสอบกฎหมายที่บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร โดยหากจะอ้างว่ากระบวนการดังกล่าวเป็น “การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย” กระบวนการเช่นนั้นก็ไปไกลเกินกว่าขอบเขตของคำว่า การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายอย่าง มีนัยสำคัญ เนื่องจากเป็นการงดเว้นการบังคับใช้กฎหมาย หรือกำหนด ผลร้ายทางกฎหมายให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หากไซ้การ “การประเมินผลสัมฤทธิ์” ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้ความหมายไว้ในมาตรา 3 ว่า “การประเมินผลสัมฤทธิ์ที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎว่า ได้ผลตรงตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนั้นมากน้อยเพียงใด คำนวณกับภาระที่เกิดขึ้นแก่รัฐและประชาชนหรือไม่ หรือมีผลกระทบอื่น อันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือไม่เพียงใด”

บทบัญญัติที่ก่อตั้ง “อำนาจนิติบัญญัติซ้อนรูป” นี้จึงเป็น บทบัญญัติที่ไม่มีความจำเป็นต่อระบบกฎหมายไทยและไม่สอดคล้อง กับวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและวัตถุประสงค์ของ พระราชบัญญัตินั้นเอง ทั้ง ๆ ที่บทบัญญัติดังกล่าวได้รับการตราขึ้นโดย อาศัยการอ้างอิงมาตรา 77 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีหลัก ความพอสมควรแก่เหตุเป็นพื้นฐาน อาจกล่าวได้ว่า มาตรา 5 และ 6 ของ พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมิน ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เป็น “กฎหมายซึ่งมีบ่อเกิดมาจากหลัก ความพอสมควรแก่เหตุ แต่กลับมีลักษณะที่ไม่พอสมควรแก่เหตุเสียเอง”

โดยสรุป มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุอย่างชัดเจน เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความจำเป็นต่อระบบกฎหมายและไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

5.1.2 ผลกระทบในทางปฏิบัติของการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

การตรวจสอบบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คดีตามมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ดังนี้

5.1.2.1 ผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติ

รัฐสภาซึ่งเป็นผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติมีภารกิจหลักในการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นบังคับใช้เป็นการทั่วไปแก่ประชาชน การกำหนดเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมเป็นอำนาจเด็ดขาดของรัฐสภา การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการก็ควรดำเนินการโดยองค์กรตุลาการที่ใช้อำนาจตุลาการเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบถ่วงดุล ซึ่งในระบบกฎหมายของหลายประเทศ เช่น

ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี รวมทั้งประเทศไทยเลือกที่จะก่อตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่มีอำนาจในการตรา แก้ไขเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายที่ได้รับการกำหนดไว้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติ หลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้ก่อตั้ง “อำนาจนิติบัญญัติซ่อนรูป” ให้แก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร โดยการให้อำนาจแก่องค์กรทั้ง 3 ในการงดเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษปรับทางปกครองแก่คดี หรือกำหนดโทษ ชำงตันให้น้อยกว่าที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งกำหนด สภาบังคับที่เป็นผลร้ายอื่นให้แตกต่างจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับ การกำหนดไว้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ กฎหมายดังกล่าวจึงกระทบต่อ อำนาจนิติบัญญัติอย่างรุนแรง เนื่องจากศาลมีอำนาจในการปฏิเสธหรือ เปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายที่ได้รับการกำหนดโดยรัฐสภา¹⁷⁶

¹⁷⁶ ผู้ทรงคุณวุฒิ (ประธานสภาผู้แทนราษฎร) มีความเห็นว่า อำนาจในการวินิจฉัย ว่ากฎหมายใดไม่จำเป็นและการเปลี่ยนแปลงสภาบังคับได้โดยฝ่ายตุลาการ ย่อม ส่งผลกระทบต่อการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งต้องดำเนินการภายใต้ หลักนิติธรรม กฎหมายที่ตราออกมาโดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความชัดเจนแน่นอน เพียงพอให้บุคคลทราบ ว่า กฎหมายมีความมุ่งหมายอย่างไร เพื่อให้บุคคลสามารถดำเนินการ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายเรียกร้อง หรือหลีกเลี่ยงข้อห้ามตามกฎหมาย ให้ประชาชน เกิดความมั่นใจ โดยเฉพาะกฎหมายที่มีโทษทางอาญา (แบบสอบถามความคิดเห็น ของผู้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2563)

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดมาตรการในการบังคับให้มีการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความเห็นของที่ประชุมใหญ่ในศาลสูงสุดขององค์กรตุลาการทั้งสามอีกด้วย แม้มาตรการดังกล่าวเพียงแต่กำหนดให้มีการดำเนินการดังกล่าวเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดบังคับให้รัฐสภาต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความเห็นขององค์กรตุลาการแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี หากรัฐสภาเลือกที่จะยืนยันดุลพินิจของตนโดยการไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว ศาลทั้ง 3 ก็ยังมีอำนาจในการงดเว้นการบังคับใช้โทษหรือกำหนดผลร้ายทางกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้ตามพระราชบัญญัติข้างต้น อยู่เช่นเดิม ผลลัพธ์เช่นนี้จึงเปรียบเสมือนการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องมีการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่อย่างใด การบังคับโทษหรือผลร้ายอื่นในคดีต่าง ๆ จึงเปรียบเสมือน “เขตอำนาจอิสระของฝ่ายตุลาการบนอาณาเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ” โดยที่เขตอำนาจดังกล่าวกลับเกิดขึ้นด้วยเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ) เสียเอง

5.1.2.2 ผลกระทบต่อการปฏิบัติการกิจของฝ่ายบริหาร

แม้ภารกิจหลักของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารจะมีใช้การตรากฎหมายอย่างเช่นฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่การตรวจสอบบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คดีตามมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กลับส่งผลกระทบต่อฝ่ายบริหารด้วยเช่นกัน เนื่องจากมาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ ผู้รักษาการตามกฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการ

ในศาลปกครองสูงสุด และที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด จะต้องดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้สอดคล้องกับความเห็นของที่ประชุมของศาลข้างต้นนี้โดยเร็ว¹⁷⁷ บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดบังคับให้ผู้รักษาการตามกฎหมายนั้น ๆ ต้องกระทำตามกระบวนการที่กำหนดโดยปราศจากดุลพินิจในการพิจารณาว่ากฎหมายดังกล่าวควรได้รับการแก้ไขหรือไม่ ซึ่ง “ผู้รักษาการตามกฎหมาย” ในระดับพระราชบัญญัติย่อมหมายถึง นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีอื่นแล้วแต่กรณี¹⁷⁸ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีทั้งหลายจึงต้องดำเนินการดังกล่าวตามความเห็นของฝ่ายตุลาการภายใต้พระราชบัญญัตินี้

หากพิจารณาโดยผิวเผินอาจไม่พบความผิดปกติของการบังคับตามบทบัญญัติดังกล่าว แต่หากพิจารณาให้รอบด้านจะพบว่า การตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในหลายกรณีล้วนเริ่มจากการเสนอร่างกฎหมายโดยคณะรัฐมนตรี¹⁷⁹ ในกรณีเช่นนี้ ฝ่ายบริหารย่อมถูกบีบบังคับให้ดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติอันเกิดจากเจตจำนงของตนเองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือมีดุลพินิจเป็นอื่นได้ นอกจากนี้ การบังคับให้

¹⁷⁷ แม้กฎหมายจะใช้ถ้อยคำว่า “...ดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายนั้นให้สอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง...” แต่การตีความตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งก็เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด

¹⁷⁸ เว้นแต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ซึ่งจะมีผู้รักษาการตามกฎหมายเป็นผู้ดำรงตำแหน่งอื่นแตกต่างกันไป ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ ประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นต้น

¹⁷⁹ มาตรา 133 วรรคหนึ่ง (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ฝ่ายบริหารต้องดำเนินการดังกล่าว “โดยเร็ว” ย่อมเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ฝ่ายบริหารอย่างมีนัยสำคัญด้วย

5.1.2.3 ผลกระทบต่อการปฏิบัติภารกิจของฝ่ายตุลาการ

องค์กรตุลาการที่ได้รับผลกระทบมากที่สุดย่อมเป็นศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากแต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารเมื่อแต่บทบัญญัติมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้ก่อตั้งอำนาจให้แก่ศาลอื่น ๆ ซึ่งมีลักษณะทับซ้อนกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรมตามมาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยสรุปคือ¹⁸⁰ พระราชบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารมีดุลพินิจในการเลือกที่จะเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่บังคับแก่คดีขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือเลือกที่จะเสนอความเห็นต่อที่ประชุมใหญ่ในศาลสูงสุดขององค์กรเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่บังคับแก่คดีขัดแย้งต่อมาตรา 5 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 หรือไม่ ซึ่งได้อธิบายไว้ข้างต้นแล้วว่าการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่บังคับแก่คดีขัดแย้งต่อมาตรา 5 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่นั้น เป็นกรณีเดียวกับการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติ เช่นว่านั้นขัดต่อหลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

180

เนื้อหาส่วนนี้ได้อธิบายไว้แล้วในหัวข้อ 5.1.1.2

ในกรณีขององค์กรตุลาการอื่น ๆ อันได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร หากพิจารณาในเบื้องต้นอาจพบว่าองค์กรเหล่านี้ได้รับประโยชน์จากพระราชบัญญัติดังกล่าว เพราะได้รับอำนาจเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม แต่หากพิจารณาจากอีกแง่มุมหนึ่ง องค์กรทั้งสามล้วนมีภารกิจที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ ภารกิจแรก คือ การจัดทำระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุด ว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบกฎหมายดังกล่าว ภารกิจต่อมาซึ่งเป็นภารกิจระยะยาว คือ ผู้พิพากษาศาลการทั้งปวงจะมีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะปรับใช้ในคดีของตนนั้น มีลักษณะสอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ นอกจากนี้ องค์กรตุลาการเหล่านี้ยังต้องจัดทำแนวทางในการวินิจฉัยโทษต่าง ๆ ในคดีในกรณีທີ່ประชุมใหญ่ในศาลสูงสุดนั้น ๆ วินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดขัดแย้งต่อมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลในคดีที่ปรับใช้บทบัญญัตินั้น อาจไม่ลงโทษ ลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือกำหนดสภาพบังคับอื่นให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากปราศจากแนวทางอันเป็นบรรทัดฐานขององค์กร การวินิจฉัยโทษในคดีต่าง ๆ ย่อมเกิดความไม่แน่นอน จนอาจนำไปสู่ปัญหาว่าด้วยมาตรฐานในการกำหนดบทลงโทษในอนาคต¹⁸¹

¹⁸¹ อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงคุณวุฒิ (ผู้พิพากษาศาลฎีกา) มีความเห็นว่า มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 มีข้อดีหลายประการดังต่อไปนี้ **ประการแรก** มีการทบทวนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะบังคับใช้แก่จำเลยในคดีว่าสอดคล้องกับมาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งการทบทวนนี้ เปรียบเสมือนที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาให้ข้อมูลแก่รัฐสภาไปในตัวว่ากฎหมายนั้นสมควรได้รับ

อาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เพิ่มภาระให้แก่ศาลยุติธรรม ศาลปกครองและศาลทหารโดยไม่จำเป็น จนอาจกระทบการปฏิบัติภารกิจหลักของแต่ละองค์กรได้ โดยเฉพาะศาลยุติธรรมและศาลปกครองซึ่งมีปริมาณคดีและภารกิจอื่น ๆ เป็นจำนวนมาก และผู้ได้รับผลกระทบในชั้นถัดมาก็คือ ประชาชนที่เข้ารับบริการสาธารณะทางกระบวนการยุติธรรมทั้งหลาย ซึ่งอาจได้รับความยุติธรรมล่าช้ากว่าปกติ¹⁸²

การปรับปรุง ยกเลิก แก้ไขหรือไม่ เพื่อใช้บังคับแก่ประชาชนได้อย่างเหมาะสมถูกต้องตามหลักนิติธรรมและเพื่อความผาสุกของประชาชน **ประการที่สอง** จำเลยได้รับความเป็นธรรม โดยคำพิพากษาที่ถูกต้องและเหมาะสมกับการกระทำความผิดของจำเลยตามหลักทฤษฎีวิชา **ประการที่สาม** สังคมได้รับการเยียวยาจากคำพิพากษาได้เหมาะสมถูกต้อง และ**ประการสุดท้าย** ในสายตาของรัฐและชาวต่างประเทศจะมีมุมมองต่อประเทศไทยในการบังคับใช้กฎหมายรวมถึงการตัดสินใจว่ามีความยุติธรรม (แบบสอบถามความคิดเห็นของผู้พิพากษาศาลฎีกาโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2563)

¹⁸² ในประเด็นดังกล่าว ผู้ทรงคุณวุฒิ (รองประธานศาลปกครองสูงสุด) มีความเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กระทบต่อภารกิจของศาลปกครองเนื่องจากการเพิ่มภารกิจในตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคดีขัดแย้งต่อมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ (แบบสอบถามความคิดเห็นของตุลาการศาลปกครองโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2563)

นอกจากนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิ (ประธานสภาผู้แทนราษฎร) มีความเห็นว่า กลไกตาม มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวอาจเป็นช่องทางให้บุคคลที่กระทำความผิดตามกฎหมายอาญา หรือกฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา ใช้ได้แย่งศาลเพื่อประวิงเวลาในการรับโทษ ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติหมดความศักดิ์สิทธิ์ไปในที่สุด (แบบสอบถามความคิดเห็นของผู้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยผู้วิจัย ลงวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2563)

5.2 ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

เมื่อพิจารณาบทวิเคราะห์ว่าด้วยผลกระทบของการตรวจสอบ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ภายใต้มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 แล้วจะพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายไทย อย่างร้ายแรง เนื่องจากขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลัก ความพอสมควรแก่เหตุซึ่งเป็นหลักการที่มีความสำคัญต่อการปกครอง และระบบกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติภารกิจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการอย่าง มีนัยสำคัญ เรียกได้ว่าไม่มีองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยใดหลีกเลี่ยงปัญหา อันเกิดจากบทบัญญัติมาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัตินี้ไปได้

ทั้งนี้ แม้ผลกระทบและปัญหาอันเป็นผลมาจากการบังคับใช้ มาตรา 5 และ 6 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีความสลับซับซ้อน ในระดับหนึ่ง แต่ข้อเสนออันเป็นทางออกของปัญหาเช่นว่านั้นกลับ เรียกร้องและสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องแก้ไขหรือเพิ่มเติมกระบวนการ ทางกฎหมายใด ๆ แม้แต่น้อย ข้อเสนอดังกล่าวแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

5.2.1 การยกเลิกมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

รัฐสภาในฐานะองค์กรผู้ทรงอำนาจนิติบัญญัติและองค์กรซึ่งได้รับผลกระทบจากปัญหาข้างต้นมากที่สุด ควรยกเลิกมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 โดยไม่ชักช้า เพื่อป้องกันผลกระทบต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นภายหลังการประกาศใช้ระเบียบที่ประชุมใหญ่ศาลฎีการะเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรือระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการพระธรรมนูญในศาลทหารสูงสุดตามที่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดไว้ ซึ่งทางออกนี้เป็นทางออกที่รวดเร็วและทรงประสิทธิภาพมากที่สุด เนื่องจากสามารถริเริ่มและดำเนินการแก้ไขปัญหานั้นแล้วเสร็จได้ด้วยรัฐสภาเพียงองค์กรเดียว

5.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

ตามที่ได้อธิบายไว้ในส่วนก่อนหน้าแล้วว่มาตรา 6 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและหลักการสำคัญในระดับรัฐธรรมนูญหลายประการ ศาลหรือคู่ความในคดีย่อมสามารถโต้แย้งว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เพื่อให้เกิดกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญได้¹⁸³ (การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม) นอกจากนี้ กระบวนการตรวจสอบดังกล่าวอาจเริ่มจากผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้¹⁸⁴ (การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม) หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติเช่นนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระบวนการตรวจสอบกฎหมายที่บังคับแก่คดีโดยศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารย่อมสิ้นสุดลงนับแต่วันที่มีการอ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะมีการประกาศใช้ระเบียบที่ประชุมใหญ่ของศาลสูงสุดต่าง ๆ หรือไม่ก็ตาม

โดยสรุป มาตรา 6 ของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ไม่ใช่การถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ หากแต่เป็น “เขตอำนาจอิสระของฝ่ายตุลาการบนอาณาเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ” ที่ปรากฏในรูปของ “อำนาจนิติบัญญัติซ้อนรูป” ซึ่งส่งผลเสียต่อระบบกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยศาลรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง

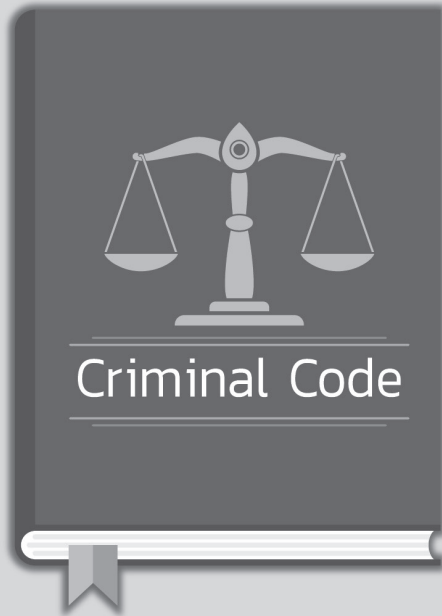
¹⁸³ มาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁸⁴ มาตรา 231 (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560



Criminal Code





บรรณานุกรม

ภาษาฝรั่งเศส

Aurore GAILLET et autres, **Droits constitutionnels français et allemand**, Paris, L.G.D.J, 2019

Aurore GAILLET, **L'individu contre l'Etat: essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle**, 2012

Francis HAMON et Michel TROPER, **Droit constitutionnel**, 34^{ème} édition, Paris, L.G.D.J, 2013

Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, 27^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 2013

Louis FAVOREU et autres, **Droit constitutionnel**, 16ème édition, Paris, Dalloz, 2014

Marcel MORABITO, **Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours**, 12^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2012

Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, **Traité international de droit constitutionnel**, Tome I, Paris, Dalloz, 2012

- Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, **Traité international de droit constitutionnel**, Tome 3, Paris, Dalloz, 2012
- Pascal MBONGO, **Actualité et renouveau de la loi du 10 janvier 1936 sur les groupes de combat et les milices privées**, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, LGDJ, no. 3, mai - juin 1998
- Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, **Institutions politiques et droit constitutionnel**, 22^{ème} édition, Paris, L.G.D.J, 2010
- Philippe BELLOIR, **La question prioritaire de constitutionnalité**, RFDC, n° 82, 2010
- Takoon SIRIYUTWATANA, **Le contentieux des élections politiques en Thaïlande**, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016
- Xavier PHILIPPE, **Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises**, these, Aix-Marseille 3, 1989

ภาษาไทยอรบับ

Heun, Werner: **Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland**, Tübingen 2012

Hillgruber, Christian/Goos, Christoph: **Verfassungsprozessrecht**, 4. Auflage, Heidelberg 2015

Katz, Alfred: Staatsrecht: **Grundkurs im öffentlichen Recht**, 18. Auflage, Heidelberg 2010

Lamprecht, Rolf: **Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?**, NJW 2001, S. 419–421

Maurer, Hartmut: Staatsrecht I: **Grundlagen Verfassungsorgane Staatsfunktionen**, 6. Auflage, München 2010

RozeK, Jochen: **Kommentierung zu § 76 BVerfGG**, in: Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (Hrsg.), **Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar**, Band 2, 20. Ergänzungslieferung, München 2001

Sachs, Michael: **Verfassungsprozessrecht**, 3. Auflage, Tübingen 2010

ภาษาไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2557

ชาญชัย แสวงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2558

ฐากร ศิริยุทธรวัฒนา, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย**, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2562

ฐากร ศิริยุทธรวัฒนา, **ความไม่ไว้วางใจ: บทบาทขององค์กรตุลาการในระบอบประชาธิปไตย**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 47 ฉบับที่ 2 (มิถุนายน 2561), กรุงเทพฯ, 2561

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, 2557 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**, กรุงเทพฯ, พี. เพรส, 2550

