



คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

โดย

นายสุวิวัฒน์ เจนวิชชวงค์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

โดย

นายสุวิวัฒน์ เจนวิชชวงค์



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT  
IN CASE OF UNCONSTITUTIONAL LAWS

BY

MISTER SUVIWAT JENVITCHUWONG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายสุวิวัฒน์ เจนวิชขวงค์

เรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร  
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

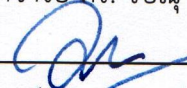
เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรรณุญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์



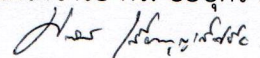
(รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



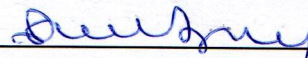
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์



(อาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย)

คณบดี



(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
ชื่อผู้เขียน	นายสุวิวัฒน์ เจนวิชวงศ์
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
ปีการศึกษา	2558

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ อันประกอบไปด้วย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี อีกทั้งศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทย

จากการศึกษาพบว่า ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองของ องค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวาย ทางกฎหมายจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ ตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที นอกจากนี้ ยังเป็นการสงวนรักษากฎหมายนั้น หากสามารถกระทำได้ เพื่อเป็นไปตามการสันนิษฐานว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ให้ สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคล กฎหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และกฎหมายภาษี อากรนั้น ศาลรัฐธรรมนูญควรกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่รัฐสภาจะต้องไปแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ

ดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้ ให้กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาข้างต้นและเป็นการปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ส่วนคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขการตีความกฎหมายเพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้เป็นการบังคับให้องค์กรของรัฐจะต้องตีความกฎหมายตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายเกินไปกว่าขอบเขตของการตีความที่กฎหมายอนุญาตย่อมเป็นการปฏิเสธเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ และส่งผลให้เกิดปัญหาการปกครองโดยตุลาการขึ้นได้ คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ควรกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ส่วนคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ถึงแม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการสงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงเป็นการเข้าไปแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง ขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ควรกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

**คำสำคัญ:** ศาลรัฐธรรมนูญ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย, การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ, การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

Thesis Title	THE DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN CASE OF UNCONSTITUTIONAL LAWS
Author	Mr. Suviwat Jenvitchuwong
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Faculty of Law Thammasat University
Thesis Advisor	Associate Professor Worachet Pakeerut, Ph.D.
Academic Years	2015

### ABSTRACT

This thesis aims to study the Judicial Review and the effects of the decisions of the Constitutional Courts, in case of unconstitutional laws, in the countries where the Constitutional Courts are a judicial review organ under the centralized system namely; the Federal Republic of Germany, the French Republic, the Italian Republic, and the Republic of Korea. Moreover, this thesis also studies the Judicial Review and the effects of the decisions adjudicated by the Constitutional Council and the Constitutional Court of Thailand in case of unconstitutional laws.

The study discovers that in determining the effects of its decisions, the Constitutional Court of Thailand shall follow so-called the 'Judicial self-restraint' and the 'Constitution-conform Interpretation' in order to avoid legal vacuum and legal uncertainty due to the effect of the Constitutional Court decisions that the laws are in conflict with the constitution and become immediately unenforceable. Furthermore, the Judicial self-restraint and the Constitution-conform Interpretation are a way to preserve the validity of the laws to the highest extent possible according the presumption of constitutionality.

Therefore, the author would like to propose that in reviewing the constitutionality of the laws that entitle rights to individuals, discriminatory laws and taxation laws; the Constitutional Court should render such laws inconsistent with the

Constitution by determining that such provisions are still enforceable but the Parliament must amend such provisions within the time specified by the Court. In doing so, this kind of decisions shall be stipulated in the Organic Act on Procedure of the Constitutional Court in order to solve the problem mentioned above and to follow Judicial self-restraint and Constitution-conform Interpretation.

With respect to Interpretative decisions, although such decisions provide interpretation conditions for the purpose that statutes are in accordance with the Constitution according to Constitution-conform Interpretation, such interpretation constrains State agencies to interpret laws following the Constitutional Court decisions. Furthermore, if the Constitutional Court interprets the laws by surpassing the limit allowed by the laws, it is equivalent to declining the Legislative bodies' intention enshrined in the statutes. Consequently, it will be as if the Court acted as Legislative bodies and that would lead to Government by Judges. Interpretative decisions, therefore, contradicts Judicial self-restraint. As a result, the Constitutional Court of Thailand should not render Interpretative decisions.

In case of Additive decisions, even though Additive decisions have the objective as to avoid unconstitutional laws abrogation, which shall preserve the statutes enacted by the Legislative bodies, according to Constitution-conform Interpretation; but the Constitutional Court is an organ under the Constitution and thus it must follow the Separation of Powers principle. Legislative power is the power which the Constitution allocates to the Legislative bodies. The act of the Court in imposing Additive decisions is tantamount to interfering legislative authority and acts as if it was the Legislative bodies. Such decisions contradict Judicial self-restraint. Therefore, the Constitutional Court of Thailand should refrain from imposing Additive decisions.

**Keywords:** Constitutional Court, Judicial Review, Judicial self-restraint, Constitution-conform Interpretation



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความกรุณาของผู้เกี่ยวข้องหลายท่าน ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ คอยให้คำปรึกษา ชี้แนะแนวทางแก่งานเขียนฉบับนี้มาตั้งแต่แรกเริ่ม และตรวจทานข้อมูลภาษาต่างประเทศอย่างใส่ใจ นอกจากนี้ ยังได้ให้ข้อคิดในการเขียนงานทางวิชาการที่ดีและการเป็นนักกฎหมายที่ “ซื่อตรงต่อหลักวิชา” อีกด้วย

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรัญญู ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล และอาจารย์ ดร. พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่กรุณาให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์ ทำให้งานเขียนฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธีระ สุธีวรางกูร ที่คอยถ่ายทอดแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ให้แก่ผู้เขียนตลอดช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ขอขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อานนท์ มาเมาะ ที่ได้พูดคุยแลกเปลี่ยนประเด็นปัญหาเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญหลายครั้ง

ที่สำคัญ ผู้เขียนขอขอบพระคุณป้ากับแม่ที่เคารพและเชื่อมั่นในการตัดสินใจของลูก ให้การสนับสนุนในด้านการศึกษาและด้านอื่น ๆ คอยเป็นกำลังใจและอยู่เบื้องหลังความสำเร็จของลูกตลอดมา และขอบใจน้องแอมที่คอยเป็นกำลังใจให้

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุดสัญญา ธรรมศักดิ์ ที่คอยตอบข้อซักถามให้ความช่วยเหลือในการสืบค้นข้อมูลต่าง ๆ ด้วยไมตรีจิต ขอขอบคุณ คุณธนชาติ พรหมสอน ที่ช่วยสืบข้อมูลของกรมการปกครอง ขอขอบคุณ คุณพิเศษ น้อยวังคลัง คุณนรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง คุณวันรัฐ งามนิยม คุณทิพวัลย์ แสงอุไร คุณศักดิพัฒน์ ธาณี ว่าที่ร้อยตรีธีรภัทร์ สมวงศ์ ที่ให้ความช่วยเหลือต่าง ๆ แก่ผู้เขียน ขอขอบคุณ คุณเอกวัฒน์ สิริโสภณวรกุล ที่ช่วยตรวจทานบทคัดย่อภาษาอังกฤษให้แก่ผู้เขียน และขอบคุณบุคคลอื่น ๆ ที่มีอาจกล่าวถึงได้ทั้งหมดที่คอยช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้แก่ผู้เขียนเสมอมา

หากงานเขียนฉบับนี้พอจะเป็นคุณประโยชน์ต่อวงวิชาการบ้าง ผู้เขียนขอยกความดีให้แก่ผู้มีพระคุณทั้งหลาย หากมีข้อผิดพลาดบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และโปรดชี้แนะแก่ผู้เขียนเพื่อแก้ไขปรับปรุงในโอกาสถัดไป

นายสุวิวัฒน์ เจนวิชขวงศ์

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	(1)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	(3)
กิตติกรรมประกาศ	(5)
บทนำ	1
บทที่ 1 แนวความคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	4
1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	4
1.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)	5
1.1.1.1 ความหมายและที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	5
1.1.1.2 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	10
(1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมยาก (Erschwerung der Verfassungsänderung)	10
(2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandsrecht)	11
(3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)	11
(4) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)	12
1.1.2 รูปแบบขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	12
1.1.2.1 องค์กรตามระบบกระจายอำนาจ	13
1.1.2.2 องค์กรตามระบบรวมอำนาจ	14
1.1.3 รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	15
1.1.3.1 ช่วงเวลาของการตรวจสอบ	15
1.1.3.2 การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ	16

1.1.3.3	ลักษณะของการตรวจสอบ	16
1.1.3.4	ขอบเขตของการตรวจสอบ	17
1.1.4	ผลของคำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	17
1.1.4.1	บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัย	17
	(1) ผลเป็นการทั่วไป (erga omnes)	18
	(2) ผลเฉพาะคู่ความ (inter partes)	18
1.1.4.2	ระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัย	18
	(1) ผลย้อนหลัง (ex tunc)	21
	(2) ผลนับตั้งแต่วินิจฉัย (ex nunc)	22
1.2	การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	24
1.2.1	พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย	25
1.2.1.1	ศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator)	25
	(1) แนวความคิดของ Hans Kelsen	25
	(2) ข้อวิจารณ์จาก Carl Schmitt	28
1.2.1.2	ศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจอธิปไตยในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator)	31
	(1) ความทั่วไป	32
	(2) ข้อวิจารณ์	32
1.2.2	แนวทางในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	33
1.2.2.1	การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint)	33
1.2.2.2	การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation)	45
1.2.3	รูปแบบการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	48
1.2.3.1	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	49
1.2.3.2	คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	54

(1) การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน	55
(2) การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย	55
(3) การกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย	58
1.3 การตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	60
บทที่ 2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศ	68
2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	68
2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้	68
2.1.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม	69
(1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง	69
(2) ระยะเวลาเสนอเรื่อง	70
(3) รูปแบบการตรวจสอบ	70
(4) ขอบเขตการตรวจสอบ	71
2.1.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม	71
(1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง	72
(2) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ	73
(3) ความแน่ใจของศาลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ (Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit der Norm)	75
(4) ความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัย (Entscheidungserheblichkeit)	77
(5) การระงับคดีไว้ชั่วคราว (Aussetzung)	79
2.1.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์	80
2.1.2.1 ผลของความผูกพัน (Bindungswirkung)	80
2.1.2.2 ผลบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft)	82
2.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	83
2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้	83

2.2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ	86
(1) รูปแบบการตรวจสอบ	86
(2) ขอบเขตการตรวจสอบ	88
2.2.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ	89
(1) เงื่อนไขการตรวจสอบ	89
(2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง	90
(3) รูปแบบการร้องขอให้ตรวจสอบ	91
2.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้	92
2.2.2.1 การเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	94
2.2.2.2 ประเด็นที่ร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบ	96
2.2.2.3 การส่งผ่านคำร้องจากศาลที่ได้รับคำร้องไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา	96
(1) การพิจารณาของศาลที่ได้รับคำร้อง	96
(2) การงดพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว	98
2.2.2.4 การพิจารณาเสนอคำร้องจากสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	99
(1) การเสนอคำร้องต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา	99
(2) การพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา	99
(3) การงดพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว	101
(4) การเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	102
2.2.2.5 การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	102
2.2.3 ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	103
2.3 ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี	104
2.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้	104
2.3.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางตรง (direct method)	106
2.3.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อม (incidental method)	108

(1) ผู้พิพากษาในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องเสนอ คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (A Judge in the course of a Judicial proceeding must raise a question)	110
(2) คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องมี ความเกี่ยวข้องและมีมูลอย่างชัดเจน (The Question of Constitutional legitimacy must be relevant and not manifestly unfounded)	113
(3) คำร้องสามารถถูกยกขึ้นโดยคู่ความหรือศาลเห็นเอง (The Question can be raised by the parties or by the judge on his own motion)	115
2.3.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	116
2.4 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี	117
2.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ แบบรูปธรรม	117
2.4.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	120
บทที่ 3 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ	121
3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	121
3.1.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	122
3.1.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ	123
3.1.1.2 คำวินิจฉัยโดยใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ (Admonitory Decision; Appellentscheidung)	124
3.1.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	131
3.1.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วน ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ	131

3.1.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ	134
(Declaration of Incompatibility)	
(1) ฐานทางกฎหมายของคำวินิจฉัย	134
(2) เหตุผลของการกำหนดคำวินิจฉัย	135
(3) ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัย	138
(4) ผลจากการไม่ดำเนินการตามคำวินิจฉัย	143
3.1.2.3 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Decision)	145
3.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส	146
3.2.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	146
3.2.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ	146
3.2.1.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (conformité sous reserves)	147
(1) การตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย (interprétation neutralisante)	154
(2) การตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interpretation constructive)	156
(3) การตีความโดยการกำหนดหรือแสดงให้เห็นซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive)	157
3.2.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	161
3.2.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ	161
(1) คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้	161
(2) คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแต่มีบางมาตราที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้	162

3.2.2.2 การกำหนดผลทางเวลาเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ	162
(1) การจำกัดผลทางเวลาย้อนหลัง (limited retroactive effect)	163
(2) การกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราว (Transitory Measures)	164
3.3 ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี	171
3.3.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto)	173
3.3.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	173
3.3.1.2 คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Interpretive Judgement)	173
3.3.1.3 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการ ชั่วคราว (Temporary Constitutionality)	176
3.3.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di accoglimento)	178
3.3.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	179
3.3.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่าง ไม่เป็นทางการ (Informal Declarations of Unconstitutionality)	181
(1) ลักษณะของคำวินิจฉัย	182
(2) การติดตามผลของคำวินิจฉัย	184
(3) ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับคำวินิจฉัย	186
3.3.2.3 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Judgement)	187
3.3.2.4 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมาย (Principle Additive Judgement)	190
3.4 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี	193
3.4.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	195
3.4.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional)	195
3.4.1.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context)	195



3.4.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	199
3.4.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)	199
3.4.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Unconformable to Constitution)	200
3.4.2.3 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บางกรณี (Unconstitutional in Certain Context)	206
บทที่ 4 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย	209
4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	209
4.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	209
4.1.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก่อนประกาศใช้	210
(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517	210
(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521	211
(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534	211
4.1.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลังประกาศใช้	212
(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489	212
(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492	213
(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495	213
(4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511	213
(5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517	214
(6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521	214
(7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534	215

4.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ	215
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540	
4.1.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	215
ก่อนประกาศใช้	
(1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ	216
(2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง	216
(3) ระยะเวลาเสนอเรื่อง	217
(4) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ	217
4.1.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	218
หลังประกาศใช้	
(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาล	218
ใช้บังคับแก่คดี	
(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่	223
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่อง	
4.1.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ	225
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550	
4.1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	225
ก่อนประกาศใช้	
(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ	225
ประกอบรัฐธรรมนูญ	
(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ	227
4.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	228
หลังประกาศใช้	
(1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาล	228
ใช้บังคับแก่คดี	
(2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่	231
ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง	
(3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่	233
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่อง	

4.1.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557	235
4.1.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาล ใช้บังคับแก่คดี	236
4.1.4.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง	236
(1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ	237
(2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง	237
(3) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ	237
4.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย	238
4.2.1 ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	238
4.2.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	238
4.3 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ	242
4.3.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ	242
4.3.1.1 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้	242
4.3.1.2 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้	243
4.3.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	246
4.3.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้	246
4.3.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้	248
4.4 ปัญหาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ	254
4.4.1 ปัญหาผลกระทบอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	257

4.4.1.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการ แก่ปัจเจกบุคคลก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสน วุ่นวายทางกฎหมาย	257
4.4.1.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายภาษีอากรก่อให้เกิด ผลกระทบต่อกระเทือนในทางการคลังของรัฐ	269
4.4.2 ปัญหาการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ	275
4.4.3 ปัญหาการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ	284
 บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	292
5.1 บทสรุป	292
5.2 ข้อเสนอแนะ	297
 บรรณานุกรม	299
 ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548	309
ภาคผนวก ข พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555	315
ภาคผนวก ค หนังสือ ต่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 เรื่อง การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติ ชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ	319
ภาคผนวก ง คำชี้แจงกรมสรรพากร เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษี เงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภรรยา	322
 ประวัติผู้เขียน	328

## บทนำ

ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบอบรวมอำนาจนั้น หากพิจารณาตามแนวความคิดของ Hans Kelsen อำนาจในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย เพราะมีลักษณะของการใช้อำนาจที่เหมือนกัน เพียงแต่มีลักษณะในทางปฏิเสธ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ในระยะเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทเชิงรุกมากยิ่งขึ้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งหักล้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ในบางครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยิ่งไปกว่าการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิม เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator)

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามแนวทาง 2 ประการ กล่าวคือ การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีความระมัดระวังหรือเคารพต่อการวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป หากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากกฎหมายดังกล่าวสามารถตีความได้หลายนัย เพื่อเป็นการสงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น และเป็นการหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที

เมื่อพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ หลังประกาศใช้ หรือทั้งสองรูปแบบนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมี

อำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยรูปแบบอื่นเพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายและความสับสน วุ่นวายทางกฎหมายจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที นอกจากนี้ ยังเป็นการสงวนรักษากฎหมายนั้น หากสามารถกระทำ ได้ เพื่อเป็นไปตามการสันนิษฐานว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดในการกำหนดผลของคำวินิจฉัย กล่าวคือ หาก ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นอันใช้ บังคับมิได้โดยทันที กรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้ปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองของ องค์การตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญควรจะตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป นอกจากนี้ คำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ในกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลย่อมก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสน วุ่นวายทางกฎหมาย นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีในกฎหมายภาษีอากรย่อมก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือน ในทางการคลังของรัฐอีกด้วย

นอกจากนี้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไทยพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยกำหนดผลของคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยตีความ บทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ บางฉบับ ซึ่งในทางวิชาการปราศจากการอภิปรายถกเถียงกันว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจในการ กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวหรือไม่ เป็นไปตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์การ ตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงใด เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึง วิเคราะห์คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อ ตอบคำถามข้างต้นต่อไป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศ

สาธารณรัฐเกาหลี นอกจากนี้ ยังศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีศึกษาจากเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หนังสือ บทความ รายงานการวิจัย หรือเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะศึกษาทั้งจากเอกสารภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ



## บทที่ 1

### แนวความคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญ อันได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในบทนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน โดยส่วนแรกศึกษาภาพรวมเกี่ยวกับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีลักษณะอย่างไร เริ่มตั้งแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รูปแบบขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และผลของคำวินิจฉัยกรณีดังกล่าว ในส่วนที่สองศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมุ่งเน้นไปที่ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ เริ่มตั้งแต่พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติจากองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ตามแนวความคิดของ Hans Kelsen กลายมาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator) หลังจากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับแนวทางในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและรูปแบบการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนำแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) มาปรับใช้ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดผลของคำวินิจฉัยได้หลายรูปแบบ ในส่วนสุดท้ายศึกษาเกี่ยวกับการตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญว่าหากองค์กรทางการเมืองไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรดังกล่าวสามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นการตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้

#### 1.1 ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในภาพรวม เริ่มตั้งแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รูปแบบขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และผลของคำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย



### 1.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการสำคัญที่ทำให้เกิดองค์การที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 1.1.1.1 ความหมายและที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้<sup>1</sup> หลักการดังกล่าวเป็นส่วนยอดสุดของหลักนิติรัฐหรือมงกุฏของหลักนิติรัฐ (Krönung des Rechtsstaates)<sup>2</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสามารถบรรลุความมุ่งหมายได้นั้นต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 6 ประการ กล่าวคือ<sup>3</sup> ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญต้องเป็นหลักเกณฑ์สำหรับตรากฎหมาย ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหา ประการที่สอง การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กฤษฎีกานั้นต้องสามารถเกิดขึ้นได้ ประการที่สาม การจัดลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งโครงสร้างของระบบกฎหมายมีลักษณะเป็นปิรามิดโดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ที่จุดสูงสุดของปิรามิด รัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์หลักในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในสถานะที่ต่ำกว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมเรียกร้องหลักประกันเพื่อมิให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลใช้บังคับ ประการที่สี่ ความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (verfassunggebende Gewalt) หรืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (verfassungsändernde Gewalt) กับอำนาจในการตรากฎหมายธรรมดา (normale Gesetzgebungsgewalt) และความแตกต่างเกี่ยวกับองค์กรดังกล่าวและกระบวนการในการกระทำดังกล่าว โดยกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ประการที่ห้า การกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ หรือ “สิทธิในการตรวจสอบของตุลาการ (das richterliche Prüfungsrecht)” และประการสุดท้าย หลักประกันที่ว่า

<sup>1</sup> Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 14 Aufl, Tübingen, 1993, S.13. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น.24.

<sup>2</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), น.33.

<sup>3</sup> Franz-Joseph Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, *Der Staat* 22 (1983), S.529. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.26-28.

คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับครั้งแรกในบริบทการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยองค์กรตุลาการ (judicial review) ในคดี Marbury V. Madison ของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม รากฐานของแนวความคิดดังกล่าวปรากฏขึ้นก่อนหน้านั้นในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอังกฤษ แนวคิดที่ว่ารัฐสภาไม่อาจตรากฎหมายที่มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ อันเป็นที่มาสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ถือกำเนิดขึ้นในอังกฤษเมื่อ ค.ศ. 1610 ในคดีนายแพทย์ Thomas Bonham คดีนี้นายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภาแห่งกรุงลอนดอน ศาลของแพทยสภาพิพากษาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทยสภา ค่าปรับครั้งหนึ่งที่ได้จากนายแพทย์ Bonham ต้องตกเป็นของประธานแพทยสภาและประธานศาลแห่งแพทยสภา คดีนี้ Sir Edward Coke พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทยสภาขัดต่อหลัก Common law ที่ว่าไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตัวเองมีส่วนได้เสียได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลัก Common law (common right and reason) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับและศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common law อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษกลับมิได้พัฒนาหลักการดังกล่าวให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในทางตรงกันข้าม หลังจากมีคำพิพากษาคดีนายแพทย์ Bonham แล้ว ประเทศอังกฤษได้หันไปถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทน เนื่องจากประเทศอังกฤษประสบความสำเร็จในการสถาปนาอำนาจรัฐสภาและการจำกัดอำนาจพระมหากษัตริย์แล้วในศตวรรษที่ 17 (Petition of Right 1627; Bill of Right 1689)<sup>4</sup>

เมื่อมีการตั้งถิ่นฐานในสหรัฐอเมริการาวศตวรรษที่ 17 นั้น แนวคิดของ Sir Edward Coke ในคดีนายแพทย์ Bonham กำลังเป็นที่แพร่หลายและรู้จักกันทั่วไป นักกฎหมายสหรัฐอเมริกาซึ่งไปจากประเทศอังกฤษยังคงรักษาหลักอำนาจตรากฎหมายที่จำกัดของรัฐสภาไว้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายสำคัญในการประกันสิทธิเสรีภาพของพลเมือง<sup>5</sup> ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ดังนั้น ผู้ตั้งถิ่นฐานในอาณานิคมดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษซึ่งได้จัดวางระบบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

<sup>4</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.193-194.

<sup>5</sup> เพ็งอ้าง, น.196.

แห่งเมืองแม่ (Mother country) ของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยสภาแห่งอาณานิคมต่าง ๆ (Colonial assemblies) โดยมีคณะกรรมการศาลแห่งองคมนตรี (Judicial Committee of Privy Council) ในประเทศอังกฤษเป็นผู้ตรวจสอบกฎหมายของอาณานิคมมิให้ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแห่งเมืองแม่ ในกรณี que ที่เห็นว่ากฎหมายใดที่สภาแห่งอาณานิคมตราขึ้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายแห่งเมืองแม่ คณะกรรมการศาลดังกล่าวมีอำนาจเพิกถอนกฎหมายนั้นได้<sup>6</sup>

นอกจากนี้ ในเอกสารที่มีชื่อว่า Federalist papers (สิ่งพิมพ์ของผู้สนับสนุนระบบสหพันธรัฐ) จัดทำขึ้นในต้นปี ค.ศ. 1787 Alexander Hamilton ซึ่งเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้สนับสนุนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยให้เหตุผลว่า สภานิติบัญญัติอาจทำผิดได้ ดังจะเห็นได้จากการตรากฎหมายนิติบัญญัติของอาณานิคมแห่งประเทศอังกฤษ และเสียงข้างมากอาจใช้อำนาจไม่เป็นธรรม ดังนั้น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจึงต้องมีข้อจำกัดอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) ที่แน่ชัด หากทำได้เช่นนั้นจะไม่มีกฎหมายนิติบัญญัติใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ โดยที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เช่นเดียวกับกฎหมายทั้งหลาย ย่อมต้องมีการตีความซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ Hamilton เห็นว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะชี้ความหมายของกฎบัตรพื้นฐาน (Fundamental Charter) และประกันความสูงสุดของกฎหมายสูงสุด

อนึ่ง Hamilton ได้เขียนบทความในเชิงเตือนว่า ถ้ามีการขัดกันระหว่างรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา โดยปกติต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ลำดับชั้นสูงกว่า กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐธรรมนูญมีค่าสูงกว่ากฎหมาย และเจตนารมณ์ของปวงชนย่อมมีค่าสูงกว่าเจตนารมณ์ของเจ้าหน้าที่รัฐ Hamilton เห็นว่าในบรรดาองค์กรทั้งสามของรัฐ อำนาจตุลาการมีอันตรายน้อยที่สุด (The least dangerous branch) ดังนั้น การให้ศาลสูงสุดใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงสมเหตุสมผล แต่เขาก็เห็นว่าบทบาทของศาลสูงสุดต้องมีขอบเขตจำกัด นอกจากนี้ Hamilton ยังเห็นว่าศาลมีอำนาจเพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นความชอบธรรมของศาลในระบบประชาธิปไตยอเมริกัน<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Louis Favoreu, *Droit constitutionnel*, 10<sup>e</sup> édition, 1998, p.216. อ้างถึงใน อิศระ นิตินันท์ประภาส, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัย เรื่อง ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2546), น.4.

<sup>7</sup> Louis Favoreu, p.217. อ้างถึงใน เพ็งอึ้ง, น.6.

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ถูกนำมาใช้ในทางปฏิบัติครั้งแรกในคดี Marbury V. Madison (ค.ศ. 1803)<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มีได้บัญญัติชัดเจนให้ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คดี Marbury V. Madison จึงเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษา John Marshall ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดยืนยันอำนาจของผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น (superior paramount law) เพราะหากรัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมายซึ่งมีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณะอักษรก็เป็นเพียงแต่ความพยายามที่ไร้ความหมายของประชาชนในการที่จำกัดอำนาจรัฐซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่มีขอบเขตจำกัด<sup>9</sup>

ในคดี Marbury V. Madison ศาลสูงสุดกำหนดประเด็นที่ต้องพิจารณาสามประเด็น ซึ่งในประเด็นสุดท้ายกำหนดประเด็นว่า ศาลสามารถออกหมายเพื่อบังคับให้ Madison ส่งคำสั่งแต่งตั้งแก่ Marbury หรือไม่ หมายความว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีนี้หรือไม่ เนื่องจาก Marbury นั้นนำคดีมาฟ้องต่อศาลสูงสุดตามธรรมนูญศาลยุติธรรม (Judiciary Act 1789) มาตรา 13 ซึ่งบัญญัติให้คดีลักษณะเช่นนี้เป็นคดีที่สามารถนำมาฟ้องศาลสูงสุดได้โดยตรง (origin jurisdiction) ซึ่งหมายความว่า สามารถฟ้องต่อศาลสูงสุดได้เลยในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้น

แต่ในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 มาตรา 3 บัญญัติว่าคดีที่สามารถนำมาฟ้องศาลสูงสุดได้โดยตรงนั้น ได้แก่ คดีที่เกี่ยวข้องกับทูต เจ้าหน้าที่การทูต หรือคดีที่มลรัฐเป็นคู่กรณี ส่วนคดีที่สามารถอุทธรณ์ต่อศาลสูงสุดนั้นเป็นอำนาจของกฎหมายที่รัฐสภาจะตราขึ้น หมายความว่า เขตอำนาจศาลสูงสุดเหนือคดีที่สามารถนำมาฟ้องศาลได้โดยตรงนั้น รัฐธรรมนูญเป็นผู้บัญญัติ ส่วนเขตอำนาจศาลสูงสุดเหนือคดีที่สามารถนำมาอุทธรณ์นั้น รัฐสภาจะเป็นผู้บัญญัติ

ในกรณีนี้ รัฐสภาตราธรรมนูญศาลยุติธรรมขึ้นมากำหนดว่าคดีร้องขอหมายศาลนั้นให้ฟ้องต่อศาลสูงสุด ซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เท่ากับว่ารัฐบัญญัติกับรัฐธรรมนูญมีข้อความขัดหรือแย้งกัน หากยึดตามธรรมนูญศาลยุติธรรม Marbury สามารถฟ้องศาลสูงสุดได้โดยตรง แต่หากยึดตามรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดไม่มีอำนาจรับพิจารณาคดีนี้ ยกเว้นแต่อุทธรณ์มาตาม กฎหมาย คำถามก็คือ เมื่อกฎหมายสองฉบับขัดกันเช่นนี้ ศาลสูงสุดจะเลือกยึดตามรัฐบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญ

<sup>8</sup> ข้อเท็จจริงในคดี โปรตุเกตุ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, น.196.

<sup>9</sup> *เพ็งอ้าง*, น.196-197.

ถึงแม้จะมีความเห็นว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 3 ข้อ 2 นั้นกำหนดเขตอำนาจศาลเหนือคดีที่นำมาฟ้องโดยตรงได้แล้ว แต่เมื่อไม่ได้ห้ามรัฐสภาให้เปลี่ยนแปลงเขตอำนาจศาลดังกล่าวไว้ รัฐสภาจึงอาจตราธรรมนูญศาลยุติธรรมเปลี่ยนแปลงได้ แต่ Marshall ไม่เห็นด้วยกับความคิดนี้

“ถ้ารัฐสภามีเสรีภาพในการบัญญัติให้ศาลนี้มีอำนาจรับคดีอุทธรณ์ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นเขตอำนาจที่จะนำคดีมาฟ้องโดยตรง และเขตอำนาจที่จะนำคดีมาฟ้องโดยตรงในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจรับพิจารณาคดีอุทธรณ์ เขตอำนาจศาลซึ่งรัฐธรรมนูญเขียนไว้จะเป็นแค่รูปแบบที่ไม่มีเนื้อหาสาระ

ระหว่างสองทางเลือกนี้ (คือ รัฐธรรมนูญตรวจสอบกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้ตกเป็นโมฆะ หรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วยกฎหมายธรรมดา) ไม่มีข้อสรุปที่อยู่ระหว่างกลาง รัฐธรรมนูญต้องเป็นกฎหมายสูงสุดที่กฎหมายธรรมดาไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้ หรือมิฉะนั้นต้องเป็นกฎหมายธรรมดาในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญทั่วไป และต้องสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ตามแต่ที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นชอบเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดาทั่วไป ถ้าตัวเลือกแรกเป็นความจริง กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับมิได้ แต่ถ้าตัวเลือกหลังเป็นความจริง เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมิใช่อะไรเลยนอกจากความพยายามอันไร้สาระของประชาชนที่จะจำกัดอำนาจ ซึ่งโดยธรรมชาติไม่อาจถูกจำกัดได้

บรรดาผู้ที่ร่างรัฐธรรมนูญได้ถือว่ารัฐธรรมนูญนั้นสร้างกฎหมายสูงสุดและเป็นพื้นฐานของประเทศชาติโดยแน่แท้ และทฤษฎีที่ทุกรัฐบาลต้องยอมรับ ได้แก่ บรรดากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นต้องใช้บังคับมิได้ ทฤษฎีนี้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และศาลเห็นว่าผลที่ตามมา กล่าวคือ ทฤษฎีนี้เป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของสังคมเรา เพราะฉะนั้น ในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นนี้จึงไม่ควรหลงลืมพิจารณาถึงข้อนี้ไป”<sup>10</sup>

โดยสรุป ศาลเห็นว่าเมื่อประชาชนโดยตัวแทนของพวกเขาได้เลือกวางรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักในการปกครองประเทศเท่ากับยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดยิ่งกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป กฎหมายอื่นหากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วย่อมใช้บังคับมิได้ ปัญหาต่อไป นั่นคือ แล้วองค์กรใดเป็นผู้บอกว่าสิ่งใดขัดหรือไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ตรงนี้ที่ Marshall ได้แสดงวาทะที่สำคัญยิ่งเอาไว้

<sup>10</sup> เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง, “วิเคราะห์คดีมาร์เบอร์และเมดิสัน: ต้นกำเนิดแห่งการใช้อำนาจตุลาการเพื่อธำรงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ,” *วารสารกฎหมาย*, ปีที่ 27, ฉบับที่ 3, น.175-177 (กันยายน 2552).

“แน่นอนว่าเป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะชี้ว่ากฎหมายคืออะไร องค์กรที่นำกฎหมายมาปรับใช้กับกรณีเฉพาะย่อมจำเป็นที่จะอธิบายและตีความกฎหมายนั้น หากกฎหมายสองฉบับขัดกัน ศาลต้องเป็นผู้ตัดสินว่ากฎหมายใดที่จะนำมาปรับใช้ เพราะฉะนั้น ถ้าทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นถูกนำมาใช้ในกรณีเดียวกัน และกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องวินิจฉัยว่าจะใช้กฎหมายโดยไม่สนใจรัฐธรรมนูญ หรือจะยึดรัฐธรรมนูญโดยไม่นำกฎหมายอื่นมาปรับใช้ ศาลต้องวินิจฉัยว่าจะเลือกกฎหมายใดปรับใช้กับกรณีนี้ นี่คือหัวใจหลักของหน้าที่ตุลาการ ถ้าศาลเลือกยึดถือรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และรัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายทั่วไปที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญย่อมต้องถูกนำมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว มิใช่กฎหมายธรรมดาเหล่านั้น”<sup>11</sup>

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาศาลสูงสุดยังเคยสาบานตนเมื่อตอนเข้ารับตำแหน่งว่าจะปกป้องรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงต้องกระทำตามที่ตนเคยสาบานไว้แล้ว เพราะหากตนไม่เชื่อในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว จะยอมสาบานตนตามสิ่งที่ตนไม่เชื่อเพื่อเหตุใด เพราะฉะนั้น องค์กรตุลาการซึ่งต้องใช้กฎหมายกับแต่ละคดีที่เกิดขึ้นจริงจึงต้องเป็นผู้ตรวจสอบตีความ และชี้ว่ากฎหมายใดจะนำมาใช้ได้หรือไม่ได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นขัดกัน ศาลย่อมมีหน้าที่ชี้ว่าจะใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และผลก็ได้ปรากฏแล้วว่า ศาลเลือกใช้รัฐธรรมนูญซึ่งเห็นว่าเป็นกฎหมายสูงสุดยิ่งกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต้องสิ้นผลไป ใช้บังคับมิได้ เพราะฉะนั้น ศาลสูงสุดตัดสินให้จำหน่ายคดีออกจากศาล เนื่องจากศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้<sup>12</sup>

บรรทัดฐานที่คดี Marbury V. Madison วางไว้มีอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศซึ่งกฎหมายและกฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งมิได้ หากกฎหมายหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายหรือกฎหมายนั้นเป็นอันสิ้นผลไป ใช้บังคับมิได้<sup>13</sup> อีกประการหนึ่ง ศาลเป็นผู้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลเป็นองค์กรชี้ขาดว่าสิ่งใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งการตีความของศาลนั้นเป็นที่สุด และผูกพันทุกองค์กร ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นรูปธรรมขึ้นมา เพราะนอกจากจะยืนยันหลักการดังกล่าวแล้ว

<sup>11</sup> เฟิ่งอ๋าง, น.178.

<sup>12</sup> เฟิ่งอ๋าง, น.179.

<sup>13</sup> เฟิ่งอ๋าง, น.180.

Marshall ยังกำหนดกลไกบังคับความเป็นกฎหมายสูงสุดให้เกิดผลจริงด้วย โดยมอบอำนาจให้ศาลเป็นผู้ทำหน้าที่พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดดังกล่าว<sup>14</sup>

### 1.1.1.2 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลโดยตรงให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญในการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐ<sup>15</sup> เพื่อให้หลักการดังกล่าวได้รับการเคารพและมีผลในทางปฏิบัติ จึงต้องกำหนดกลไกการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

#### (1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมยาก (Erschwerung der Verfassung sänderung)

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงความเป็นเหตุผลเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐรวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความสำคัญมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมให้ยากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ<sup>16</sup>

ในทางทฤษฎี องค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจให้รัฐธรรมนูญเป็นฐาน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญอาจมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งโดยปกติแล้วมักจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ โดยอาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา แต่เรียกร้องคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากเป็นพิเศษ หรืออาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดา นอกเหนือจากนี้อาจกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย<sup>17</sup>

<sup>14</sup> เฟ็งอ๋าง, น.182.

<sup>15</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.191.

<sup>16</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.29.

<sup>17</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น.197-198.

## (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandsrecht)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีความสำคัญอย่างไรและหลักการดังกล่าวมีผลอย่างไรต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการตั้งคำถามถึงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ ความมั่นคงของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความผูกพันขององค์กรของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จึงเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิต่อต้าน<sup>18</sup> สิทธิต่อต้านมีรากฐานความคิดมาจากกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ เมื่อผู้ปกครองใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรม ย่อมเป็นสิทธิอันชอบธรรมตามธรรมชาติของประชาชนที่จะลุกขึ้นขัดขวางการกดขี่ภายใต้การปกครองดังกล่าวเพื่อปฏิเสธอำนาจการปกครองเดิม และสถาปนาระบบการปกครองใหม่ขึ้นมาหรือย้อนกลับไปสู่ระบบการปกครองเดิมที่เป็นไปเพื่อประชาชน

ในปัจจุบันสิทธิต่อต้านนั้นถูกเปลี่ยนแปลงจากแนวความคิดตามกฎหมายธรรมชาติให้กลายเป็นแนวความคิดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 20 (4) บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิในการต่อต้านขัดขืนบุคคลใดก็ตามที่กระทำการเพื่อล้มล้างระบอบรัฐธรรมนูญนี้ หากหนทางในการปกป้องด้วยวิธีการอื่นไม่สามารถเป็นไปได้”<sup>19</sup>

## (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>20</sup> หลักการดังกล่าวมุ่งหมายที่จะแบ่งแยกการใช้อำนาจของรัฐโดยกระจายอำนาจรัฐไปให้องค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งเพื่อทำให้ไม่มีองค์กรใดมีอำนาจรัฐแต่เพียงองค์กรเดียว ผลจากการนี้ย่อมทำให้เกิดการดุลและคานอำนาจกันระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ ทำให้การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเป็นไปได้โดยง่ายขึ้น<sup>21</sup>

<sup>18</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.29-30.

<sup>19</sup> ปูนเทพ ศิริบุหงศ์, “มายาคติเกี่ยวกับ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระบอบรัฐธรรมนูญไทย (2),” สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2558, [www.prachatai.com/journal/2015/03/58633](http://www.prachatai.com/journal/2015/03/58633).

<sup>20</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น.30.

<sup>21</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.167.



#### (4) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die Verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

เหตุผลสำคัญที่ต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หากไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว กฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมดำรงอยู่ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงไร้ความหมาย<sup>22</sup>

พัฒนาการของการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่ง ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นมีความเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น ศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เองมีการขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยฝ่ายที่เห็นว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ย่อมมีความอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการตีความรัฐธรรมนูญ อันตรายจากการที่ศาลเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นั่นคือ การทำให้การใช้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจในทางการเมือง<sup>23</sup>

##### 1.1.2 รูปแบบขององค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น หากพิจารณาตามวิวัฒนาการสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ องค์กรตามระบบกระจายอำนาจและองค์กรตามระบบรวมอำนาจ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

<sup>22</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2530), น.684.

<sup>23</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น.31.

### 1.1.2.1 องค์กรตามระบบกระจายอำนาจ

องค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบกระจายอำนาจ ได้แก่ องค์กรตุลาการ ซึ่งตามปกติก็คือ ศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งคดีอาญาตามปกติไม่ว่าอยู่ในลำดับขั้นต้นหรือชั้นอุทธรณ์ฎีกาตามกระบวนการวิธีพิจารณาความ<sup>24</sup> เหตุผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรมมีดังนี้<sup>25</sup>

ประการแรก ผู้พิพากษาทั้งมวลมีอำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมายเพื่อนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่คดีที่เกิดขึ้นซึ่งตนต้องพิจารณาพิพากษา

ประการที่สอง หลักการตีความกฎหมายที่ว่า เมื่อกฎหมายสองฉบับมีข้อความขัดหรือแย้งกัน ผู้พิพากษาต้องนำกฎหมายฉบับที่มีค่าบังคับสูงกว่ามาใช้บังคับแก่คดี

ประการที่สาม กรณีกฎหมายสองฉบับซึ่งมีค่าบังคับเสมอกันบัญญัติขึ้นมาใช้บังคับก่อนหลังกัน ถ้าหากกฎหมายที่บัญญัติภายหลังเป็นกฎหมายที่มีข้อความใช้บังคับทั่วไป ไม่จำกัดบุคคล สถานที่ เวลา เรื่องราว ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายทั่วไป (lex generalis)” ด้วยกันมีข้อความอย่างเดียวกันหรือขัดแย้งกัน ต้องถือหลักว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนโดยปริยาย (lex posterior derogat legi priori) ถ้ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนเป็นกฎหมายที่มีข้อความใช้บังคับจำกัดเฉพาะบุคคล เฉพาะท้องที่ หรือเฉพาะบางเรื่อง ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายพิเศษ (lex specialis)” แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังเป็นกฎหมายทั่วไป โดยปกติต้องถือหลักว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นไม่ลบล้างกฎหมายพิเศษที่ตราขึ้นมาก่อนหน้านั้น (lex posterior generalis non derogat legi priori speciali) เว้นแต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นมีข้อความแสดงให้เห็นว่ามีเจตนารมณ์ยกเลิกกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นก่อนด้วย ในทางกลับกัน ถ้ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นก่อนเป็นกฎหมายทั่วไป แต่กฎหมายที่บัญญัติขึ้นในภายหลังเป็นกฎหมายพิเศษ ต้องถือว่ากฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังอันเป็นกฎหมายพิเศษยกเลิกกฎหมายทั่วไปที่บัญญัติก่อนหน้านั้นโดยปริยาย

<sup>24</sup> กนิษฐา เขียววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น.120.

<sup>25</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Legislation),” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 10, ฉบับที่ 4, น.546-548 (ธันวาคม 2521).

ประการที่สี่ กรณีกฎหมายสองฉบับมีค่าบังคับสูงต่ำไม่เสมอกันบัญญัติขึ้นมาใช้บังคับก่อนหลังกัน ต้องถือว่ากฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่ายกเลิกกฎหมายที่มีค่าบังคับต่ำกว่าโดยปริยาย (lex superior derogat legi inferiori) ซึ่งในคดี Marbury V. Madison ใช้หลักนี้

ประการสุดท้าย กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีที่เกิดขึ้นต้องปฏิเสธไม่ยอมรับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ต้องนำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแทน

### 1.1.2.2 องค์การตามระบบรวมอำนาจ

องค์การที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งองค์การนิติบัญญัติตราขึ้นโดยเฉพาะ แยกต่างหากจากศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งคดีอาญาตามปกติ<sup>26</sup> โดยข้อเสนอแนะของ Hans Kelsen เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการยอมรับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้ามาใช้ในประเทศออสเตรีย ซึ่งมีระบบกฎหมายระบบศาล และแนวคิดบางอย่างที่แตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาหลายประการ ดังนี้<sup>27</sup>

ประการแรก ในระบบกฎหมาย Civil law ซึ่งใช้อยู่ในประเทศออสเตรีย นั้นไม่มีหลักการว่าด้วยคำพิพากษาบรรทัดฐาน (stare decisis) ที่ผูกพันศาลล่างให้ต้องตัดสินตามคำพิพากษาที่ศาลสูงเคยวางหลักไว้อย่างที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย Common law ซึ่งใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา การปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงย่อมเป็นดุลพินิจโดยอิสระของผู้พิพากษาในแต่ละคดี ดังนั้น ในทางทฤษฎี คำพิพากษาของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลใดย่อมถูกกลับหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้เสมอหากให้อำนาจศาลต่าง ๆ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาขึ้น กล่าวคือ ความไม่แน่นอนของคำพิพากษา เนื่องจากผู้พิพากษาแต่ละคนอาจมีความเห็นแตกต่างกันได้ว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่ผู้พิพากษาคนเดียวหากสถานการณ์แวดล้อมของคดีเปลี่ยนแปลงไปก็อาจเปลี่ยนแปลงทัศนคติของตนได้เช่นกัน

ประการที่สอง ประเทศออสเตรียเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ (dual system) กล่าวคือ นอกจากศาลซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งคดีอาญาตามปกติแล้ว ยังมีศาลซึ่งมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอื่น ๆ แยกต่างหาก โดยมีลักษณะที่แต่ละ

<sup>26</sup> กนิษฐา เชี่ยววิทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.123.

<sup>27</sup> สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.53-54.

ศาลเป็นอิสระจากกัน มีศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาเป็นระบบของตนเอง ดังนั้น ถึงแม้ว่าจะกำหนดให้ศาลล่างต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลสูงในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ไม่ทำให้ปัญหาหมดไปได้ เนื่องจากศาลสูงแต่ละศาลอาจมีคำพิพากษาที่แตกต่างกัน และการกำหนดให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงศาลเดียวย่อมไม่ใช่ทางออกที่เหมาะสม เพราะทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในระหว่างศาล ทางออกที่ดีที่สุด นั่นคือ การจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นมาทำหน้าที่โดยเฉพาะ ให้มีสถานะเหนือกว่าศาลทั้งหลายที่มีอยู่แล้ว และกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรนี้มีผลผูกพันให้ศาลทั้งหลายต้องถือตาม ปัญหาความไม่แน่นอนของคำพิพากษาย่อมหมดสิ้นลงไปได้

ประการสุดท้าย ตามทัศนะของ Kelsen คำพิพากษาว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่มีผลทำให้ไม่อาจนำกฎหมายฉบับนั้นมาใช้บังคับได้ย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับใหม่มายกเลิกกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเป็นอำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislation) จึงไม่สมควรมอบอำนาจให้เป็นของศาลยุติธรรม เนื่องจากขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามทัศนะของ Montesquieu แต่ Kelsen เองก็ยอมรับว่าองค์กรที่ทำหน้าที่นี้ต้องเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นเอง เขาจึงเสนอให้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

### 1.1.3 รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นสามารถแบ่งรูปแบบการตรวจสอบออกเป็น 4 รูปแบบ กล่าวคือ ช่วงเวลาของการตรวจสอบ การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ ลักษณะของการตรวจสอบ และขอบเขตของการตรวจสอบ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 1.1.3.1 ช่วงเวลาของการตรวจสอบ

หากพิจารณาในแง่ช่วงเวลาของการตรวจสอบแล้วสามารถแบ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้<sup>28</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงระยะเวลาก่อนประชุมของรัฐลงนามประกาศใช้กฎหมายไปจนกระทั่งได้มีการประกาศโฆษณากฎหมาย ด้วยเหตุที่ช่วงระยะเวลาดังกล่าวกฎหมายยังไม่มีผลใช้บังคับกับเอกชน ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

<sup>28</sup> สุรียา ปานแป้น, “ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.21.

แบบรูปธรรมจึงไม่อาจเป็นไปได้ เนื่องจากการตรวจสอบรูปแบบดังกล่าวเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อเอกชนผู้เสียหายจากการใช้บังคับกฎหมายโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้จึงมิได้เฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมโดยองค์กรของรัฐตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นผู้เสนอเรื่อง ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการประกาศโฆษณากฎหมายอย่างเป็นทางการ การตรวจสอบในช่วงระยะเวลาดังกล่าวจึงสามารถกระทำได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคือ อาจตรวจสอบได้ทั้งแบบนามธรรมและรูปธรรม<sup>29</sup>

### 1.1.3.2 การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

หากพิจารณาในแง่การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบแล้วสามารถแบ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบบังคับกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบบังคับใช้กับกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและมีเนื้อหาเกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญซึ่งจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องจึงมีหน้าที่ต้องเสนอกฎหมายให้องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเสมอ ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับ ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องมีดุลพินิจที่จะส่งกฎหมายให้องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือไม่ก็ได้<sup>30</sup>

### 1.1.3.3 ลักษณะของการตรวจสอบ

หากพิจารณาในแง่ลักษณะของการตรวจสอบแล้วสามารถแบ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม<sup>31</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถนำเสนอเข้ามาเป็นประเด็นหลักให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้โดยตรง<sup>32</sup> ในลักษณะคล้ายคดีไม่มีข้อพิพาท ถึงแม้ว่าผู้มีสิทธิเสนอ

<sup>29</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27*, น.58.

<sup>30</sup> สุรียา ปานแป้น, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28*, น.22.

<sup>31</sup> *เพ็งอ้อ*, น.22.

<sup>32</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27*, น.56.

เรื่องอาจไม่ได้เสียหายหรือถูกระทบกระเทือนโดยตรงจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งโต้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม<sup>33</sup> ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นระหว่างการศึกษาพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทั่วไป ในแง่ของวิธีพิจารณาความ ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นเพียงประเด็นซึ่งถูกเสนอเข้ามาประกอบกับประเด็นหลักซึ่งฟ้องร้องกันอยู่ โดยคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดชอบหรือภาระหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นการปฏิเสธอำนาจของศาลในการใช้บังคับกฎหมายฉบับนั้นให้เป็นผลร้ายแก่คดีของตน เนื่องจากกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>34</sup>

#### 1.1.3.4 ขอบเขตของการตรวจสอบ

หากพิจารณาในแง่ขอบเขตของการตรวจสอบแล้วสามารถแบ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายกับการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมาย การตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมาย องค์ครที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายนั้นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมาย องค์ครที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะพิจารณากระบวนการตรากฎหมายฉบับนั้นว่าเป็นไปตามกระบวนการขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>35</sup>

#### 1.1.4 ผลของคำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

เมื่อองค์ครที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีคำวินิจฉัยในกรณีดังกล่าว ผลของคำวินิจฉัยสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยและระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัย โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 1.1.4.1 บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัย

สำหรับบุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยนั้น หากพิจารณาตามรูปแบบขององค์ครตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีดังนี้

<sup>33</sup> จริฎ ภัคดิธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ,” *ดุลพินิจ*, ปีที่ 27, เล่มที่ 1, น.70 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2523).

<sup>34</sup> สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 27*, น.55.

<sup>35</sup> สุริยา ปานแป้น, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 28*, น.22-23.

### (1) ผลเป็นการทั่วไป (erga omnes)

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจนั้น เมื่อการตรวจสอบกรณีดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจในการตรวจสอบให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว ดังนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนอกจากจะมีผลผูกพันองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐและบุคคลผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ยังมีผลผูกพันไปถึงองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐและปัจเจกบุคคลอื่น ๆ ให้ต้องถือตามคำวินิจฉัยนั้นโดยเด็ดขาด<sup>36</sup> เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลเป็นการทั่วไป (erga omnes)

### (2) ผลเฉพาะคู่ความ (inter partes)

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบกระจายอำนาจนั้น เนื่องจากเป็นระบบที่วางอยู่บนรากฐานของการโต้แย้งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของคู่ความในคดีที่ฟ้องร้องกันขึ้นมาสู่การพิจารณาคดีของศาล ซึ่งตามหลักในวิธีพิจารณาความของศาล คำพิพากษาของศาลซึ่งวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นที่พิพาทกันระหว่างบุคคลซึ่งเป็นคู่ความในคดีจะมีผลผูกพันก็แต่เฉพาะคู่ความและบุคคลที่มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดีนั้น ๆ เท่านั้น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมจึงต้องถูกจำกัดให้มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความและบุคคลที่มีส่วนได้เสียโดยตรงในประเด็นที่พิพาทกันอยู่ในคดีนั้น ๆ<sup>37</sup> เพราะฉะนั้น คำพิพากษาของศาลยุติธรรมจึงมีผลเฉพาะคู่ความ (inter partes)

#### 1.1.4.2 ระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยโดยแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ ผลย้อนหลัง (ex tunc) ผลนับตั้งแต่วันที่วินิจฉัย (ex nunc) และผลในอนาคต (pro futuro) อีกทั้งมีหลักกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Principle of legal certainty) และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of legality) การรักษาความสมดุลระหว่างหลักการดังกล่าวขึ้นอยู่กับการกำหนดคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดว่าการกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญรูปแบบใดเป็นหลักทั่วไป แต่มีได้หมายความว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทุกฉบับจะต้องกำหนดผลทางเวลาในรูปแบบนั้นทุกฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยเป็นอย่างอื่นได้หากมีความจำเป็น<sup>38</sup>

<sup>36</sup> กนิษฐา เชี่ยววิทย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 24*, น.161.

<sup>37</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.159.

<sup>38</sup> Sarah Verstraelen, “The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity,” *German Law Journal*, Vol.14, No.9, p.1690 (2013).

ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยได้หลายรูปแบบ สืบเนื่องมาจากเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง ความยืดหยุ่นในการวินิจฉัย (Need for flexibility) เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายรูปแบบใด ศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความยืดหยุ่นในการวินิจฉัยคดีอยู่เสมอ<sup>39</sup> นอกจากนี้ กฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความเหมาะสม<sup>40</sup> ส่วนอีกประการหนึ่ง ตุลพิณิจของศาล (Court's discretion) ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยให้เกิดความเหมาะสมได้ เนื่องจากในหลายคดี นอกจากการกำหนดผลย้อนหลังจะส่งผลกระทบต่อคู่ความในคดีแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอีกด้วย ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย ปัญหาในทางปกครองหรือการคลัง ปัจจัยที่มีผลต่อการกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ<sup>41</sup> มีดังนี้

ประการแรก ผลกระทบของหลักเกณฑ์ (Impact of the rule) เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมิได้ส่งผลกระทบต่อคนเฉพาะคดีก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อคดีอื่นด้วย<sup>42</sup> หรือดังที่ Ben Juratowitch ได้กล่าวไว้ว่า “คาดหมายได้ว่าความสับสนทางกฎหมายอาจเกิดขึ้น (if legal chaos may be expected to flow)” จากการใช้หลักเกณฑ์<sup>43</sup> เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยโดยหลีกเลี่ยงการกำหนดผลย้อนหลัง หรือกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายหรือปกป้องความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

---

<sup>39</sup> Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, “The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes,” in The Effects of Judicial Decisions in Time, ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Cambridge: Intersentia, 2014), p.3.

<sup>40</sup> Allan R. Brewer-Carias, Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study, (New York: Cambridge University Press, 2011), p.95.

<sup>41</sup> Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, *supra note 39*, p.4.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>43</sup> Ben Juratowitch, Retroactivity and the Common Law, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008), p.216. cited in *Ibid.*, p.5.



โดยปกตินั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนั้นมักจะกำหนดผลย้อนหลัง ส่วนกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมนั้นมักจะเพิกถอนกฎหมายโดยมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) และมีแนวโน้มกำหนดผลไปในอนาคต (future-oriented)<sup>44</sup>

ประการที่สอง ลักษณะของข้อพิพาท (Nature of the matter) การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญควรกำหนดผลย้อนหลังเพื่อแก้ไขเยียวยาการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน<sup>45</sup> ส่วนคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาควรกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ หรือให้ศาลกลับคำวินิจฉัยในคดีก่อนเพื่อให้เกิดความเหมาะสม ดังนั้น ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลีจึงกำหนดบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่เฉพาะในคดีอาญา<sup>46</sup>

ประการที่สาม การพัฒนาสิ่งใหม่ (New development) การพัฒนาจากภายนอกอาจทำให้เกิดการกลับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและผ่อนคลายการกำหนดผลย้อนหลัง การพัฒนาจากภายนอกเกิดจากความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับบริบททางกฎหมาย เทคโนโลยี หรือการพัฒนาสังคม<sup>47</sup>

ประการสุดท้าย การเคารพอำนาจนิติบัญญัติ (Deference to the legislator) การเคารพฝ่ายนิติบัญญัติและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งจำเป็นในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการกำหนดผลนับตั้งแต่วินิจฉัย (ex nunc)<sup>48</sup>

การกำหนดผลทางเวลาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามรูปแบบนั้น หากพิจารณาผลทางเวลาตามหลักทั่วไปสามารถแบ่งออกเป็นผลย้อนหลัง (ex tunc) และผลนับตั้งแต่วินิจฉัย (ex nunc) ส่วนผลในอนาคต (pro futuro) มิได้เป็นผลทางเวลาตามหลักทั่วไปแต่อย่างใด ทั้งนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดผลในอนาคตกำหนดให้กฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไปภายในระยะเวลาตามที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนด<sup>49</sup> ซึ่งผลทางเวลาดังกล่าวทำให้หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะไม่ถูกระทบกระเทือน แต่หลักความชอบด้วย

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>46</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 30. cited in *Ibid.*, p.5.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.5.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.10.

กฎหมายถูกระทบกระเทือนอย่างมาก<sup>50</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดผลในอนาคตหากต้องการให้ระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หลีกเลียงช่องว่างของกฎหมาย หรือปกป้องหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ<sup>51</sup> เพราะฉะนั้น การกำหนดผลย้อนหลังหรือผลนับตั้งแต่วันที่วินิจฉัยซึ่งเป็นหลักทั่วไปจึงไม่มีความสำคัญอีกต่อไป ในทางตรงกันข้าม ความสามารถของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลทางเวลาที่แตกต่างไปจากหลักทั่วไปกลับมีความสำคัญมากกว่า<sup>52</sup> การกำหนดผลทางเวลาตามหลักทั่วไปมีดังนี้

### (1) ผลย้อนหลัง (ex tunc)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดผลย้อนหลังย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยกำหนดผลทางเวลาดังกล่าว ย่อมหมายความว่ากฎหมายดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลย การเพิกถอนมีผลย้อนหลังนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือวันที่ประกาศโฆษณาคำวินิจฉัยกลับไปจนถึงวันที่กฎหมายเริ่มมีผลใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวไม่อาจใช้บังคับอีกต่อไปกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือวันที่ประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย<sup>53</sup>

การกำหนดผลย้อนหลัง (ex tunc) นั้นทำให้หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะต้องสยบยอมให้กับหลักความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากหลักความชอบด้วยกฎหมายมีคุณค่าที่สูงกว่า แต่ผลทางเวลาดังกล่าวย่อมกระทบกระเทือนกับความคาดหวังที่ชอบด้วยกฎหมายของปัจเจกบุคคล (Legitimate expectation of individual) ซึ่งต้องการทราบว่ากฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ความประพฤติของบุคคลอย่างไรบ้าง และปฏิเสธหลักความสามารถคาดการณ์จากการตรากฎหมาย (Principle of foreseeability of legislation) นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น หากมีการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับมาเป็นเวลานานย่อมก่อให้เกิดความยุ่งยากในการอุดช่องว่างของกฎหมาย<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Sarah Verstraelen, *supra note 38*, p.1690.

<sup>51</sup> Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, *supra note 39*, p.10.

<sup>52</sup> Sarah Verstraelen, *supra note 38*, p.1712.

<sup>53</sup> Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, *supra note 39*, p.8.

<sup>54</sup> Sarah Verstraelen, *supra note 38* p.1691.

การลดผลกระทบจากการกำหนดผลย้อนหลังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจไม่กำหนดผลย้อนหลัง (ex tunc) ก็ได้ หากเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อรักษาหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจไม่ประกาศความเสียเปล่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยฝ่ายนิติบัญญัติต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว<sup>55</sup> อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดผลในอนาคต (pro futuro) ได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเกี่ยวกับกฎหมายภาษี<sup>56</sup>

การจำกัดผลย้อนหลังของศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่มีเงื่อนไขที่ชัดเจน แต่เป็นดุลพินิจของศาล ถึงแม้ว่าแนวคำวินิจฉัยที่หลากหลายและขัดแย้งกันเองส่งผลให้การทำนายผลทางเวลาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกระทำได้โดยยาก แต่การจำกัดผลย้อนหลังนั้นมีเหตุผลเพื่อขจัดปัญหาที่คำพิพากษาของศาลอื่นมีความแตกต่างกัน ปกป้องความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ และป้องกันผลจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ทำให้เกิดปัญหาทางปกครองและการคลัง เนื่องจากในบางกรณีการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจทำให้เกิดปัญหามากกว่า จึงจำเป็นต้องจำกัดผลย้อนหลังโดยที่ศาลรัฐธรรมนูญเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>57</sup>

เพราะฉะนั้น การจำกัดผลย้อนหลังจะต้องพิจารณาขอบเขตของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่ามีผลผูกพันอย่างไร กล่าวคือ กรณีคำวินิจฉัยมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี (inter partes) นั้นไม่สามารถจำกัดผลย้อนหลังได้ แต่เนื่องจากการจำกัดดังกล่าวถูกกำหนดขึ้นเพื่อปกป้องหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ คู่ความจึงต้องโต้แย้งประเด็นเกี่ยวกับความไม่แน่นอนจากการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยไม่มีผลผูกพันไปถึงคำวินิจฉัยคดีอื่นแต่อย่างใด ส่วนกรณีคำวินิจฉัยมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) นั้นสามารถจำกัดผลย้อนหลังได้<sup>58</sup>

## (2) ผลนับตั้งแต่วินิจฉัย (ex nunc)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดผลนับตั้งแต่วินิจฉัยย่อมก่อให้เกิดผลทางกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือวันที่ประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปกับ

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp.1695-1696.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.1697.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp.1699-1700.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.1703.

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม สำหรับคู่ความซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีหรือคดีตัวอย่าง (case in point) ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมผูกพันกับคู่ความเหล่านั้นด้วย เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาที่คู่ความไม่ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัย จึงต้องพิจารณาเรื่องผลทางเวลาให้มีความชัดเจน<sup>59</sup>

โดยปกติ ศาลรัฐธรรมนูญต้องรักษาความสมดุลระหว่างหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ในบางคดี การรักษาความสมดุลอาจทำให้เกิดผลที่ไม่พึงปรารถนาได้ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถกำหนดผลทางเวลาให้แตกต่างกันไปจากผลนับตั้งแต่วันที่วินิจฉัย (ex nunc)<sup>60</sup> ได้ ถึงแม้จะไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับไว้ก็ตาม<sup>61</sup>

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมสิ้นผลลงนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณา คำวินิจฉัย<sup>62</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดผลในอนาคต (pro futuro) หรือผลนับตั้งแต่วันที่วินิจฉัย (ex nunc) ในคำวินิจฉัยก็ได้<sup>63</sup> ซึ่งทำให้คดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาได้ประโยชน์ด้วย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนด “คำวินิจฉัยตักเตือน (warning decision)” โดยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงผลจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้<sup>64</sup>

ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 เป็นต้นมา ได้มีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61-1 ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลนับตั้งแต่วันที่วินิจฉัย (ex nunc) และมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) นอกจากนี้ มาตรา 62 วรรคสองให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกไปภายหลังได้ โดยอาจกำหนดเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, *supra note 39*, p.9.

<sup>60</sup> Sarah Verstraelen, *supra note 38*, p.1705.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.1707.

<sup>62</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 136

<sup>63</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra note 40*, pp.603, 618-620.

<sup>64</sup> Sarah Verstraelen, *supra note 38*, p.1707.

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp.1710-1711.

ถึงแม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจจำกัดอำนาจตัวเองเกี่ยวกับผลทางเวลา แต่มีข้อสังเกตที่ต้องพิจารณา 3 ประการ<sup>66</sup> กล่าวคือ

ประการแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจจำกัดผลของคำวินิจฉัยมิให้กระทบกระเทือนกับคดีซึ่งถึงที่สุดไปแล้วก่อนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยได้ เพราะฉะนั้นการจำกัดผลย้อนหลังจึงสามารถกระทำได้

ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่า คู่ความที่ยกประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญควรได้รับประโยชน์จากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างไรก็ตาม มิได้หมายความว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจกำหนดผลนับตั้งแต่วินิจฉัย (ex nunc) หรือผลในอนาคต (pro futuro) กับคู่ความได้ โดยให้เหตุผลเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะและหลักการทางรัฐธรรมนูญ เช่น ความยุติธรรมทางอาญาของผู้เยาว์ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ประการสุดท้าย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิธานหรือในทางบวก (Positive legislator) เนื่องจากสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราว (Transitory measures) ไว้ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 2010 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คดีทุกคดีที่นำกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแก่คดีให้มีผลต่อไปจนถึงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2011 หลังจากนั้น 8 เดือน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หมายเลข 2010-10 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า องค์ประกอบของผู้พิพากษาในศาลพาณิชย์นาวี (Maritime Commercial Court) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่มีหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายระยะเวลา นับจากวันที่ประกาศโฆษณา คำวินิจฉัย ในคดีดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ศาลพาณิชย์นาวีต้องมีองค์ประกอบของผู้พิพากษาคลายคลึงกับศาลธรรมดาซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีอาญา”

## 1.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เริ่มตั้งแต่พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ แนวทางในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และรูปแบบการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp.1711-1712.

### 1.2.1 พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ตามแนวความคิดของ Hans Kelsen โดยที่ Carl Schmitt แสดงทัศนะไม่เห็นด้วยกับแนวความคิดของ Kelsen หลายประการ อย่างไรก็ตาม ในระยะเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีบทบาทเชิงรุกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากยิ่งขึ้นจนกลายเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator) โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 1.2.1.1 ศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator)

Hans Kelsen เป็นเจ้าของแนวความคิดที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ในขณะเดียวกัน Carl Schmitt ได้แสดงทัศนะวิจารณ์แนวความคิดของ Kelsen หลายประการ ดังนี้

##### (1) แนวความคิดของ Hans Kelsen

Hans Kelsen พัฒนาระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ โดยในปี ค.ศ. 1928 Kelsen ได้เขียนบทความเพื่ออธิบายหลักการและข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ เขาอธิบายว่าความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของระบบกฎหมายย่อมเกิดขึ้นหากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการประกันโดยองค์กรที่มีลักษณะเป็นศาล<sup>67</sup> ซึ่ง Kelsen อธิบายไว้ดังนี้

ประการแรก Kelsen แบ่งแยกการดำเนินงานของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีลักษณะ “ริเริ่มขึ้นเองได้ (creative)” และ “ในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (positive)” ออกจากการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะ “ในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (negative)”<sup>68</sup> การดำเนินงานของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นสามารถบัญญัติกฎหมายได้อย่างอิสระ มีข้อจำกัดแต่เพียงกระบวนการตามรัฐธรรมนูญซึ่งให้อำนาจองค์กรต่าง ๆ และกำหนดกฎเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายเท่านั้น ส่วนการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญนั้น อำนาจในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นอำนาจนิติบัญญัติเช่นกัน Kelsen อธิบายว่า “อำนาจในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย เพราะมีลักษณะของ

<sup>67</sup> Alec Stone Sweet, “Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter,” *Michigan Law Review*, Vol.101, No.8, p.2766 (August 2003).

<sup>68</sup> Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution,” *Revue de Droit Public*, Vol.45, p.197 (1928). cited in *Ibid.*, p.2767.

การใช้อำนาจที่เหมือนกัน เพียงแต่มีลักษณะในทางปฏิเสธ”<sup>69</sup> ถึงแม้ว่าการดำเนินงานของศาลมีลักษณะเป็น “องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator)” แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลใช้ “อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย (Legislative function)” เนื่องจากการใช้อำนาจลักษณะดังกล่าวต้องมี “ดุลพินิจอิสระในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (free creation of norms)” ซึ่งไม่เกิดขึ้นกับอำนาจในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีลักษณะเป็น “อำนาจตามเขตอำนาจศาล (Jurisdictional function) ซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยแท้ (absolutely determined in the constitution)”<sup>70</sup>

การแบ่งแยกระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator) กับองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) นั้นจะไม่เกิดขึ้นหากศาลใช้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิ อันเป็นการเผชิญหน้าระหว่างแนวคิด “สำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายหรือสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal positivism)” ของ Kelsen ซึ่งกฎหมายเกิดจากเจตจำนงของบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ศาลและองค์กรอื่นของรัฐเป็นผู้ใช้บังคับกฎหมาย กับ “สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural law)” ซึ่งกฎหมายเกิดจากหลักกฎหมายพื้นฐานที่ดำรงอยู่เหนือกาลเวลาและสถานที่และมีผลใช้บังคับโดยตรงในระบบกฎหมาย โดยที่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้กำหนดขึ้น ในระบบกฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมือง ศาลต้องใช้บังคับกฎหมายซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายตราขึ้น แต่ระบบกฎหมายของสำนักกฎหมายธรรมชาติศาลเพียงแต่ “ค้นพบ (discover)” และใช้บังคับหลักกฎหมายพื้นฐานที่เกิดขึ้นเท่านั้น

Kelsen มีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญไม่ควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งมีความสัมพันธ์กับกฎหมายธรรมชาติและมีลักษณะไม่สามารถกำหนดได้ล่วงหน้า การพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิเป็นการทำลายความชอบธรรมขององค์กรตุลาการ ทำให้องค์กรตุลาการกลายเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย<sup>71</sup> ดังที่เขาอธิบายว่า “บางครั้งรัฐธรรมนูญมักอ้างถึงหลักการ [ของกฎหมายธรรมชาติ] เช่น ความเที่ยงธรรม (equity) ความยุติธรรม (justice) เสรีภาพ (liberty) ความเสมอภาค (equality) ศีลธรรม (morality) ฯลฯ โดยปราศจากการให้ความหมาย [อย่างละเอียด] ของคำเหล่านั้น...หลักการเหล่านั้นก่อให้เกิดอันตรายอย่างยิ่ง กล่าวคือ ศาลซึ่งตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติเคารพหลักความยุติธรรม หลักความเที่ยงธรรม

<sup>69</sup> Hans Kelsen, pp.221-241. cited in *Ibid.*, p.2767.

<sup>70</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra note 40*, p.10.

<sup>71</sup> Alec Stone Sweet, *supra note 67*, pp.2767-2768.

หลักความเสมอภาค...เป็นความประสงค์ในทางปฏิธานที่จะตีความ [เนื้อหาของ] กฎหมาย”<sup>72</sup> ยกตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนกฎหมายฉบับหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีความยุติธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ปรับใช้คำว่า “ความยุติธรรม” ซึ่งเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวทำให้เสียงข้างมากขององค์กรตุลาการอาจมีความเห็นที่ขัดแย้งกับเสียงข้างมากของประชาชนเกี่ยวกับความยุติธรรม และมีความเห็นที่ขัดแย้งกับเสียงข้างมากของรัฐสภาซึ่งจะต้องตรากฎหมายให้มีความยุติธรรม จึงส่งผลให้ผู้มีอำนาจในการตีความถ้อยคำเปลี่ยนจากรัฐสภาไปเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจเหนือรัฐสภา (extra-parliamentary institution)<sup>73</sup> ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิธานหรือในทางบวก (Positive legislator) ซึ่งส่งผลให้เกิด “การปกครองโดยผู้พิพากษา (government of judges)” และเกิดปฏิกริยาทางการเมืองตอบโต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>74</sup>

ประการที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยให้นักการเมืองฝ่ายค้านในรัฐสภาหรือรัฐบาลแห่งมลรัฐสามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้<sup>75</sup>

ประการสุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญควรมีลักษณะเป็นองค์กร “ตุลาการ (judicial)” โดยกำหนดให้ผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญและศาสตราจารย์ทางกฎหมายเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในทางนิติบัญญัติ จึงกำหนดให้องค์กรที่มาจากการเลือกตั้งเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นตุลาการเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีกระบวนการพิจารณาที่เป็นทางการ<sup>76</sup>

นอกจากที่กล่าวข้างต้น Kelsen ยังมีความเห็นว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็น “การแบ่งสันปันส่วน (division)” อำนาจมากกว่า “การแบ่งแยก (separation)” อำนาจ

<sup>72</sup> Hans Kelsen, pp.221-241. cited in *Ibid.*, p.2768.

<sup>73</sup> Lars Vinx, The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), pp.60-61.

<sup>74</sup> Alec Stone Sweet, *supra note 67*, p.2768.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p.2768.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p.2768.



ซึ่งเป็นการแบ่งสันปันส่วนอำนาจให้กับองค์กรที่แตกต่างกันหลายองค์กรเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจ หลักการดังกล่าวนอกจากจะไม่เป็นอันตรายต่อประชาธิปไตย มิได้ให้อำนาจแก่องค์กรหนึ่งองค์กรใดมากจนเกินไปแล้ว ยังเป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการทำหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ อีกด้วย<sup>77</sup> นอกจากนี้ ทุก ๆ ข้อพิพาททางกฎหมายย่อมหมายถึงข้อพิพาทในเรื่องผลประโยชน์และอำนาจด้วยเสมอ ดังนั้น ยิ่งข้อพิพาททางกฎหมายนั้นแสดงออกถึงลักษณะที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ อำนาจหรือการเมืองแล้วเมื่อใด การชี้ขาดข้อพิพาทเหล่านี้ย่อมเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทในทางกฎหมาย<sup>78</sup> อาจกล่าวได้ว่า ทุก ๆ การชี้ขาดข้อพิพาทของศาลย่อมมีส่วนใดส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการเมืองอยู่เสมอ<sup>79</sup> ถึงแม้การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวข้องกับการเมืองและอำนาจนิติบัญญัติมาก แต่ Kelsen เห็นว่ามีความชอบธรรม โดยเรียกการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในกรณีเช่นนี้ว่า “การใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative Gesetzgebung)”<sup>80</sup> เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่ไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเท่านั้น หากแต่เป็นองค์กรที่ยืนยันหลักการแบ่งแยกอำนาจด้วย<sup>81</sup>

## (2) ข้อวิจารณ์จาก Carl Schmitt

ในเรื่อง “ใครคือผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” Carl Schmitt เริ่มต้นวิจารณ์ว่าการที่ต้องถกเถียงว่าใครเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นแสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวและแสดงให้เห็นอาการของโรคประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม เขาอธิบายว่าในระบบรัฐสภานั้นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นใหญ่เป็นองค์กรผู้ตรากฎหมาย เป็นผู้ให้ความเห็นชอบและความไว้วางใจรัฐบาลในการบริหารประเทศ

<sup>77</sup> Lars Vinx, *supra note 73*, p.46.

<sup>78</sup> Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in: Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, hrsg. v. Robert Chr. van Ooyen, Tübingen 2008, 58, 67. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิตต์ และฮันส์ เคลเซน,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 42, ฉบับที่ 2, น.269-270 (มิถุนายน 2556).

<sup>79</sup> Van Ooyen, Robert Chr., *Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Demokratie und die Kontroverse um den Hüter der Verfassung*, in: Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, hrsg. v. Robert Chr. van Ooyen, Tübingen 2008, S. IX. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้อ*, น.270.

<sup>80</sup> Hans Kelsen, 58,78. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้อ*, น.270.

<sup>81</sup> Lars Vinx, *supra note 73*, pp.46-47.

เริ่มแรก รัฐในรูปแบบนี้จึงเป็นรัฐแบบนิติบัญญัติ ในระยะเวลาต่อมา เมื่อฝ่ายบริหารเริ่มมีอำนาจมากขึ้นและเกิดความขัดแย้งจากการที่ต้องถูกตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐแบบบริหารเป็นใหญ่จึงขึ้นมาสู้กับรัฐแบบนิติบัญญัติเป็นใหญ่ ฝ่ายรัฐสภามีเครื่องมือในการต่อสู้ ได้แก่ การกล่าวหาว่า รัฐมนตรีละเมิดรัฐธรรมนูญหรือทุจริต ซึ่งการทะเลาะกันของทั้งสองฝ่ายทำให้การบริหารประเทศไม่มีเสถียรภาพ ในการต่อสู้ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นการกล่าวหาว่าอีกฝ่ายกระทำการขัดรัฐธรรมนูญ จึงเกิดประเด็นว่าใครเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการแสดงออกของอาการของโรคที่ต่างฝ่ายต่างใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการต่อสู้กับอีกฝ่าย

หากรักษา “ความเป็นการเมือง” โดยใช้การตัดสินใจฝ่ายเดียวอย่างเด็ดขาดตามแนวคิดของ Schmitt ปัญหาเช่นนี้จะไม่เกิดขึ้น แต่เมื่อบรรดาชนชั้นนำทางการเมืองซึ่งมีผลประโยชน์ไม่ตรงกันไปรวมตัวกันอยู่ที่สภา วันหนึ่งเมื่อเกิดความขัดแย้งกันขึ้น รัฐธรรมนูญก็จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือโจมตีอีกฝ่ายด้วยการกล่าวหาว่าอีกฝ่ายละเมิดรัฐธรรมนูญ ทำให้การเมืองไม่มีเสถียรภาพ ซึ่งวิธีการดังกล่าวย่อมไปผลักดันให้เกิดรัฐแบบตุลาการ ด้วยหวังว่าฝ่ายตุลาการจะเป็นคนกลางเข้ามาจัดการปัญหาเหล่านี้ได้

แนวคิดในการจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้นมาเพื่อพิจารณาว่ามีการละเมิดรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น Schmitt เห็นว่าเป็นการลากเอาผู้พิพากษาเข้ามายุ่งเกี่ยวกับประเด็นปัญหาทางการเมือง อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธมิให้ศาลเข้ามายุ่งกับประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น เขาได้ปฏิเสธการจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้นทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งเป็นระบบรวมศูนย์ไว้ที่ศาลเฉพาะศาลเดียวตามความคิดของ Kelsen

แต่ในกรณีที่เป็นประเด็นว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น Schmitt เห็นว่าศาลแห่งคตินั้นสามารถพิจารณาประเด็นดังกล่าวได้ เนื่องจากลักษณะของข้อพิพาทในศาลปกติกับศาลพิเศษนั้นไม่เหมือนกัน กล่าวคือ เมื่อเกิดประเด็นในศาลว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลแห่งคดีพิจารณาว่ารัฐบัญญัติ (Gesetz) ที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgesetz) หรือไม่ มิใช่ประเด็นว่ารัฐบัญญัติ (Gesetz) ที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Verfassung) ดังนั้น ศาลแห่งคดีจึงไม่มีทางเข้าไปแตะต้องถึงรัฐธรรมนูญ (Verfassung) ศาลทำได้แต่เทียบรัฐบัญญัติ (Gesetz) เข้ากับกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgesetz) เท่านั้น แต่หากจัดตั้งศาลเฉพาะขึ้นมาพิจารณาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ย่อมเกิดปัญหาตามมา เนื่องจากในการพิจารณาคดีของศาล ผู้พิพากษาได้ตัดสินใจและใช้ดุลพินิจแท้ ๆ ทั้งสิ้น คำพิพากษาหาได้เกิดจากการนำกฎหมายมาสกัดให้เป็นรูปธรรมแก่คดีไม่ ในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ศาลมีโอกาสใช้และตีความรัฐธรรมนูญเพื่อบอกว่ารัฐธรรมนูญเป็นอย่างไร กรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้เข้าไปแตะต้องแก่นของ

รัฐธรรมนูญ (Verfassung) ศาลกลายเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดว่ารัฐธรรมนูญ (Verfassung) คืออะไร ทำให้ศาลเข้ามาอยู่ในแดนทางการเมือง และอยู่เหนือกฎหมายทั้งหมดผ่านการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ

ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งแสดงออกในรูปของคดีโต้แย้งว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือแสดงออกในรูปของคดีความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองทั้งสิ้น เมื่อมีปัญหาทางการเมืองเกิดขึ้น แต่ละฝ่ายมุ่งเสนอปัญหานั้นไปสู่ศาลเพื่อให้ศาลได้วินิจฉัยชี้ขาด หากให้ศาลลงมาตัดสินโดยผ่านการใช้และตีความรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการลากศาลลงมาสู่การเมือง การขยายแดนอำนาจของศาลออกไปโดยปราศจากเบรคห้ามล้ามิใช่เป็น “การทำให้ประเด็นทางการเมืองกลายเป็นประเด็นทางกฎหมายที่อยู่ในเขตอำนาจศาล (Judicialization of politics)” แต่ตรงกันข้ามกลับเป็น “การทำให้ศาลกลายเป็นการเมือง (Politicization of judicial power)” ซึ่งเป็นสภาพที่ไม่พึงประสงค์<sup>82</sup> เพราะใครก็ตามที่ทำหน้าที่ยุติความขัดแย้งทางการเมือง ย่อมนำตัวเองเข้าสู่ความขัดแย้งนั่นเอง ทั้งที่ฝ่ายตุลาการไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางการเมืองแต่อย่างใด<sup>83</sup> Schmitt ยังได้อ้างถ้อยคำของ François Guizot ที่ว่า หนึ่งในภาพแทนของนิติรัฐแบบกระฎุมพีซึ่งต้องมีศาลเข้ามาตรวจสอบนั้น ศาลจะเสียไปหมดทุกอย่างและการเมืองจะไม่ได้อะไรเลย<sup>84</sup>

อีกทั้ง Schmitt ยังเห็นว่า การจัดตั้งศาลเฉพาะเพื่อทำหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น นอกจากขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว เพราะเป็นกรณีที่ฝ่ายตุลาการข้ามเข้ามา

---

<sup>82</sup> Renaud BAUMERT, La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique. Les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Républiques française et allemand de l’entre-deux-guerres, LGDJ, 2009, pp.473-509; Stanley Paulson, <<Arguments <<conceptuels>> de Schmitt à l’encontre du contrôle de constitutionnalité et réponse de Kelsen>>, in Le droit, Le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, L’Harmattan, 1995, pp.243-259. อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ทฤษฎีรัฐธรรมนูญ ของ Carl Schmitt,” รัฐศาสตร์สาร, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, น.117-119 (กันยายน-ธันวาคม 2557).

<sup>83</sup> Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 4 Aufl., Berlin 1996, S.7. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78, น.261.

<sup>84</sup> Renaud BAUMERT; Stanley Paulson. อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82, น.119.

ในพรมแดนของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>85</sup> ยังเป็นแนวคิดที่ต่อต้านประชาธิปไตยอีกด้วย เพราะเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการซึ่งประกอบด้วยข้าราชการอาชีพที่อยู่ในตำแหน่งโดยไม่อาจถูกโยกย้ายได้ใช้อำนาจโต้แย้งกับรัฐสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชน ผู้พิพากษาตุลาการเปรียบเสมือนเป็น “อภิชนซึ่งสวมเสื้อครุยเข้ามาใช้อำนาจในการตรวจสอบองค์กรที่ได้รับความไว้วางใจจากเสียงข้างมากของประชาชน”<sup>86</sup> การกำหนดให้ผู้ที่ไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางการเมืองมาชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองจึงเป็นการกำหนดให้มืองค์กรสูงสุดทางการเมืองในรัฐสององค์กร ซึ่งเป็นอันตรายอย่างยิ่ง<sup>87</sup> เมื่อศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลมิได้เข้าไปตรวจสอบกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติว่าขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น แต่ศาลได้เข้าไปกำหนดว่ารัฐธรรมนูญคืออะไรด้วยในเมื่อ “รัฐธรรมนูญ (Verfassung)” เป็นการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในการกำหนดรูปแบบของหน่วยทางการเมือง หากปล่อยให้ศาลเฉพาะอยู่เหนือองค์กรอื่น ๆ เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่า ศาลเฉพาะได้เข้าไปแตะต้องการตัดสินใจของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่ง “เมื่อใดที่ศาลลงไปตัดสินเรื่องในทางรัฐธรรมนูญ เมื่อนั้นศาลจะหมดสภาพความเป็นศาลทันที”<sup>88</sup>

#### 1.2.1.2 ศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator)

ถึงแม้ว่าตามแนวความคิดของ Hans Kelsen ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) แต่ในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญกลายมาเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator) ซึ่งมีความทั่วไปและข้อวิจารณ์ ดังนี้

<sup>85</sup> Clement Jabloner, Legal Techniques and Theory of Civilization – Reflections on Hans Kelsen and Carl Schmitt, in: Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition, hrsg. v. Dan Diner/Michael Stolleis, 1 Aufl., Bleicher 1999, 51, 54. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.261.

<sup>86</sup> Renaud BAUMERT; Stanley Paulson. อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82*, น.119.

<sup>87</sup> Carl Schmitt. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 78*, น.261.

<sup>88</sup> Renaud BAUMERT; Stanley Paulson. อ้างถึงใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 82*, น.119-120.

### (1) ความทั่วไป

นับตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 21 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญได้ถูกจำกัดว่าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามแนวทางดั้งเดิมอีกต่อไป ศาลรัฐธรรมนูญลดการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีบทบาทเชิงรุกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมากยิ่งขึ้น<sup>89</sup> ในหลายคดี ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งหักล้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยิ่งไปกว่าการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิมทั้งหมดนี้เป็นแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator) โดยการกำหนดกฎเกณฑ์ชั่วคราว (temporary or provisional rules) เพื่อใช้บังคับกับข้อเท็จจริงเฉพาะคดี เช่น คดีเกี่ยวกับการใช้บังคับสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้แก่ สิทธิในความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติเพื่อปกป้องและรับรองสิทธิของพลเมือง เป็นต้น<sup>90</sup>

### (2) ข้อวิจารณ์

ในทุกประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รับรองสิทธิขั้นพื้นฐาน และระงับข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยการอภิปรายถกเถียงในเรื่องเกี่ยวกับขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ขอบเขตแห่งผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และความเข้มข้นในการแทรกแซงอำนาจนิติบัญญัติของศาลรัฐธรรมนูญ การอภิปรายถกเถียงเรื่องเหล่านี้ยังคงเกิดขึ้นและดำเนินต่อไป<sup>91</sup>

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยใหม่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตกอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้ และศาลรัฐธรรมนูญมิได้เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญอาจช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหน้าที่ดังกล่าวให้สำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้อำนาจแทนที่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายได้ เนื่องจากองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความเป็นประชาธิปไตยมาจากการเลือกตั้ง

<sup>89</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra* note 40, pp.35-36.

<sup>90</sup> *Ibid*, pp.33-34.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.35

และต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เพราะฉะนั้น ตามลักษณะของการกระทำทางนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้ ในทางกลับกัน หากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจดังกล่าว ศาลย่อมกลายเป็น “คณะปไตยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illegitimate oligarchies)”<sup>92</sup>

สำหรับประเทศที่ไม่มีการปกป้องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้น อันตรรกะจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจจรรยาบรรณอำนาจนิติบัญญัติย่อมส่งผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจดังที่ Alexander Hamilton อธิบายไว้เมื่อสองศตวรรษที่ผ่านมา<sup>93</sup> นอกจากนี้ หากประเทศปกครองด้วยระบอบเผด็จการ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมกลายเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกระทำของรัฐซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และในหลายคดี ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ช่วงชิงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจนิติบัญญัติโดยปราศจากข้อสนับสนุนทางกฎหมาย<sup>94</sup>

### 1.2.2 แนวทางการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิธานหรือในทางบวก (Positive legislator) แต่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญต้องปฏิบัติตามแนวทาง 2 ประการ กล่าวคือ การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 1.2.2.1 การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint)

การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) เป็นแนวทางที่สำคัญซึ่งใช้ในการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั้นมีภารกิจที่สำคัญประการหนึ่งในระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ การก่อตั้งเจตนารมณ์ทางการเมือง และมีหน้าที่ผลักดันเจตนารมณ์ทางการเมืองให้เป็นผลสำเร็จผ่านกระบวนการตรากฎหมาย กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจึงเป็นผลสะท้อนโดยตรงไปยังเจตจำนงของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง อาจกล่าวได้ว่ากระบวนการตรากฎหมายหรือกระบวนการนิติบัญญัตินั้นเป็นกระบวนการจัดตั้งเจตจำนงทางการเมือง

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.36.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p.34.

<sup>94</sup> Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, (New York: Basic Book, 1986), p.101. cited in *Ibid.*, p.34.

ของประชาชน และเป็นกระบวนการที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจในกระบวนการตรากฎหมายให้ เป็นไปตามเจตจำนงของรัฐธรรมนูญนั้นก็เป็นการสำคัญอีกหลักการหนึ่งของรัฐเสรีประชาธิปไตย รัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายได้วางระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอำนาจ นิติบัญญัติแตกต่างกันออกไปตามวัฒนธรรมทางการเมือง หรือรูปแบบเฉพาะในทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศ<sup>95</sup>

ในบรรดาประเทศที่ยินยอมให้ศาลหรือฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือยินยอมให้ศาลทำหน้าที่ยุติข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมมีการตั้งคำถามที่สำคัญขึ้นมาคำถามหนึ่งว่า ฝ่ายตุลาการซึ่งไม่ ต้องรับผิดชอบทางการเมืองนั้นจะสามารถก้าวล่วงเข้ามาในพรมแดนที่เป็นเขตอำนาจของฝ่าย นิติบัญญัติได้มากน้อยเพียงใด<sup>96</sup>

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) หมายถึง แนวทางเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายซึ่งกำหนดให้ศาลทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาจะต้องมีความระมัดระวัง หรือ “เคารพ (deferential)” ต่อการวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ผู้พิพากษาคควรจะ วินิจฉัยว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป หากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า กฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามแนวทางดังกล่าว ศาลสูงสุดควรวินิจฉัยว่า กฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป เว้นแต่ความไม่สมเหตุสมผลของกฎหมายนั้นมีความชัดเจน<sup>97</sup>

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ มิใช่ ศาล เพราะฉะนั้น ศาลจึงไม่มีหน้าที่เป็นรัฐสภา (second-guessing Congress) ซึ่งทำให้ถูกวิจารณ์ว่า

<sup>95</sup> Zweigert, Konrad, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festschrift aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hrsg. v. Christian Starck, Erster Band, Tübingen 1976, 63, 71 f. อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงษ์, “ศาลรัฐธรรมนูญ เฮอร์มันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 43, ฉบับที่ 1, น.102. (มีนาคม 2557).

<sup>96</sup> เพ็งอ้าง, น.103.

<sup>97</sup> David Luban, “Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint,” Duke Law Journal, Vol.44, No.3, pp.450-451 (1994).

เป็น “การปกครองโดยองค์กรตุลาการ (government by judiciary)” และ “การตรากฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (judicial legislation)” เมื่อรัฐสภาใช้อำนาจในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในการออกกฎและคำสั่ง ส่วนศาลใช้อำนาจในการทำคำพิพากษาและตีความกฎหมาย ศาลจึงไม่สามารถ “ตรากฎหมาย (legislation)” ได้<sup>98</sup>

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องให้ศาลทั้งหลายจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มี “อำนาจดั้งเดิมในการตีความ (the primary authority to interpret)” มิใช่ศาล ดังที่ Thayer ได้กล่าวไว้ นอกจากนี้ เขายังมีความเห็นว่า “องค์กรตุลาการเป็นภาพสะท้อนได้ดี หากได้รับการพิจารณาโดยประชาชนให้เป็นหัวหน้าในการปกป้องกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการไม่เพียงแต่...มีอำนาจในการตรวจสอบแบบบูรณาการ (incidental and postponed control) เท่านั้น แต่...มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายก่อนมีผลใช้บังคับด้วย”<sup>99</sup> เป็นทางเลือกของ “ประชาชน (the people)” ในการจำกัดบทบาทการตรวจสอบคดีข้อพิพาทของศาล โดยแนะนำให้ศาลหลีกเลี่ยงการทำหน้าที่เป็นรัฐสภา (second-guessing) โดยกำหนดข้อจำกัดของศาล<sup>100</sup>

การเกิดขึ้นของการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการนั้นจะต้องพิจารณาที่จุดเริ่มต้นของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งมีทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่ 2 ทฤษฎี กล่าวคือ ทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีของฝ่าย “Republican” หรือ “Jeffersonian” ซึ่งพรรคการเมืองของ Thomas Jefferson ให้การสนับสนุน ทฤษฎีดังกล่าวเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษ 1780 โดยฝ่าย Republican ได้เสนอแนวคิดที่ว่า อำนาจดั้งเดิม (primary authority) ในการตีความและก่อตั้งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นของสังคม (community) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ประชาชนก่อตั้งขึ้นมาเพื่อวางระเบียบและจำกัดอำนาจของรัฐบาล แตกต่างจากกฎหมายธรรมดา (ordinary law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐบาลตราขึ้นเพื่อวางระเบียบและจำกัดอำนาจของประชาชน จึงทำให้เจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้มีอำนาจในการตีความกฎหมายธรรมดา ถึงแม้ว่าประชาชนจะควบคุมกฎหมายดังกล่าวทางอ้อมโดยผ่านการเลือกตั้งและถอดถอนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม แต่ถ้ากฎหมายนั้นถูกตราขึ้นแล้ว ประชาชนย่อมตกอยู่

<sup>98</sup> *Ibid.*, p.458.

<sup>99</sup> James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129, 136 (1893). cited in *Ibid.*, p.458.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p.458.



ภายใต้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐตามที่กฎหมายกำหนด ถึงแม้ประชาชนจะตีความกฎหมายก็ไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด การตีความกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่รัฐ ไม่ว่าจะป็นฝ่ายปกครอง พนักงานอัยการ และผู้พิพากษา<sup>101</sup>

กรณีดังกล่าวตรงกันข้ามกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้พิพากษา William Nelson ซึ่งเป็นฝ่าย Republican ได้อธิบายไว้ในคดี *Kemper v. Hawkins* เมื่อปี ค.ศ. 1793 ว่า “รัฐธรรมนูญใช้บังคับกับผู้ปกครองหรือรัฐบาล ในขณะที่กฎหมายใช้บังคับกับปัจเจกบุคคล (Constitution...is to the governors, or rather to the departments of government, what a law is to individuals)”<sup>102</sup> เนื่องจากวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญนั้นมีขึ้นเพื่อใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งต้องตีความและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ แต่การตีความดังกล่าวไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเพียงการปรึกษาหารือกับ “ประชาชน (the People themselves)”

ส่วนอีกทฤษฎีหนึ่ง ทฤษฎีของฝ่าย Federalist ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษ 1790 ภายหลังจากการให้สัตยาบันรัฐธรรมนูญ โดยฝ่าย Federalist ได้พิจารณาลักษณะของอำนาจตุลาการและพัฒนาทฤษฎีอำนาจสูงสุดของฝ่ายตุลาการ (theory of judicial supremacy) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายธรรมดา (ordinary law) ชนิดหนึ่ง ซึ่งอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นเป็นของฝ่ายตุลาการและมีผลในทางกฎหมาย มิใช่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือประชาชนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจดั้งเดิมในการตีความ (primary interpretative authority) รัฐธรรมนูญเป็นของศาลซึ่งมีหน้าที่โดยเฉพาะเจาะจงและสุดท้าย (special and final responsibility) ในการกำหนดความหมายทางรัฐธรรมนูญและพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>103</sup> ดังที่ James Kent อธิบายในปี ค.ศ. 1794 ว่า การตีความหรือก่อตั้งรัฐธรรมนูญ “ใช้ดุลพินิจในทางกฎหมายเช่นเดียวกับการตีความหรือก่อตั้งกฎหมาย (requires the exercise of the same Legal discretion as the interpretation or construction of a Law)”

---

<sup>101</sup> Larry D. Kramer, “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint,” *California Law Review*, Vol.100, pp.622-623 (2012).

<sup>102</sup> *Kemper v. Hawkins*, 3 Va. (1 Va. Cas.) 20,24 (1793). cited in *Ibid.*, p.623.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p.623.

ผู้พิพากษาเป็น “ผู้ที่มีความเหมาะสมและถูกกำหนดให้เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญอันจำกัด (the proper and intended Guardians of our limited Constitutions)”<sup>104</sup>

การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ล้วนมีบทบาทในทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสองทฤษฎี<sup>105</sup> ซึ่งต่างคาดหวังให้ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพียงแต่มีวัตถุประสงค์และการอ้างเหตุผลที่แตกต่างกันเท่านั้น สำหรับฝ่าย Republican การจำกัดอำนาจตนเองเป็นเครื่องมือในการปกป้องอำนาจดั้งเดิมและสูงกว่า (primary and superior authority) ของ “ประชาชน (the People)” เมื่อประชาชนมอบหน้าที่ในการตรากฎหมายให้กับฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว การตรวจสอบว่ากฎหมายซึ่งตราขึ้นนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นการแก้ไขข้อพิพาทระหว่างสังคม (community) กับผู้แทนที่มาจากการเลือกตั้งนอกเหนือไปจากการประท้วง การร้องทุกข์ การเลือกตั้ง และการกระทำรูปแบบอื่น

ส่วนเสียงข้างน้อยของฝ่าย Republican ซึ่งมีได้เป็น Jeffersonian แบบดั้งเดิมนั้นมีความเห็นว่า ศาลต้องไม่ใช่บังคับกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อประชาชนมอบหน้าที่ในการวินิจฉัยตัดสินคดีให้กับฝ่ายตุลาการ การที่ศาลไม่วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการขัดต่อหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้แทนของประชาชน เช่นเดียวกันกับฝ่ายนิติบัญญัติหากไม่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการตรากฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อม “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (not unconstitutional beyond dispute)” โดยฝ่าย Republican มีความเห็นว่า ศาลต้องกลับไปหาผู้ซึ่งมีหน้าที่ดั้งเดิม (primary responsibility) ในการวินิจฉัยซึ่งก็คือ ประชาชน เพราะฉะนั้น ความเห็นของฝ่าย Republican ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลกระทำการเป็นตัวแทนของประชาชน การที่ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตกเป็นอันใช้บังคับมิได้นั้นจึงเป็นการกระทำตามที่ตัวการสั่งการนั่นเอง<sup>106</sup>

ในทางกลับกัน ฝ่าย Federalist ปฏิเสธแนวความคิดว่าประชาชนมีอำนาจดั้งเดิมในการตีความรัฐธรรมนูญ ในช่วงกลางทศวรรษ 1790 ฝ่าย Federalist มีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญ

<sup>104</sup> James Kent, An Introductory Lecture to a Course of Law Lectures, in 2 American Political Writing During the Founding Era 1760-1805, at 936, 942-44 (Charles S. Hyneman & Donald S. Lutz eds., 1983). cited in *Ibid.*, p.623.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.624.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p.625.

มอบอำนาจตีความสุดท้าย (final interpretive authority) ให้กับศาล ผู้พิพากษามีได้กระทำการเป็นผู้แทนของสังคมในการตีความรัฐธรรมนูญ แต่ในทางตรงกันข้าม Gouverneur Morris อธิบายว่า ศาลมีหน้าที่ปกป้องสังคมรวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารจากการกระทำที่ผิด “ที่โง่เขลาและไม่เป็นเหตุเป็นผลที่สุด (the greatest follies and absurdities)” “เป็นการปกป้องประชาชนจากศัตรูที่อันตราย ซึ่งก็คือ ประชาชนนั่นเอง (to save the people from their most dangerous enemy, to save them from themselves)” อย่างไรก็ตาม ฝ่าย Federalist มีความเห็นว่า ศาลจะไม่ระงับการใช้บังคับกฎหมาย เว้นเสียแต่ว่าความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นชัดเจน และเน้นย้ำว่า “ในคดีที่มีข้อสงสัย...กฎหมายควรมีผลใช้บังคับต่อไป (in all doubtful cases...the Act ought to be supported)” การจำกัดอำนาจตนเองจึงเป็นการกระทำเพื่อปกป้องอำนาจตุลาการมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต<sup>107</sup>

ส่วนในทางวิชาการนั้น James Bradley Thayer ศาสตราจารย์ทางกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัย Harvard ได้อธิบายเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ไว้ในบทความปี ค.ศ. 1893 ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายควรมีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น “เป็นที่ชัดเจนว่าไม่อาจเปิดช่องให้มีข้อสงสัยที่มีเหตุผล (so clear that it is not open to rational question)<sup>108</sup> หรือเป็นความไม่มีเหตุผล ซึ่งแตกต่างจากความไม่ถูกต้อง (unreasonable as distinct from merely believed to be incorrect)”<sup>109</sup> แนวความคิดของ Thayer นั้นเป็นการแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความไม่ถูกต้อง (merely incorrect) กับความไม่มีเหตุผล (unreasonable) หรือการใช้ดุลพินิจในทางที่ไม่ถูกต้อง (abuse of discretion) การแบ่งแยกความแตกต่างดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับการพิจารณาวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษา (trial judge) กล่าวคือ การค้นหาข้อเท็จจริง การวินิจฉัยคำคัดค้านในการรับฟังพยานหลักฐาน หรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี เช่น การจำกัดจำนวนของพยานในการพิจารณา เป็นต้น ผู้พิพากษาในหลายคดีมักจะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ควรจะมีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น “ปราศจากความสงสัยซึ่งมีเหตุผลตามสมควร (beyond a

<sup>107</sup> *Ibid.*, p.626.

<sup>108</sup> James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *Harvard Law Review* 129, 144 (1893). cited in Richard A. Posner, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint,” *California Law Review*, Vol.100, p.522 (2012).

<sup>109</sup> *Ibid.*, p.523.

reasonable doubt)” ซึ่งมีมาตรฐานที่สูงกว่าความผิดพลาด (error) หรือความไม่เป็นเหตุเป็นผล (unreasonableness)<sup>110</sup>

เหตุผลที่ Thayer สนับสนุนการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) มีดังนี้

ประการแรก การที่ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นตกเป็นอันใช้บังคับมิได้นั้นเป็นนวัตกรรมของประเทศสหรัฐอเมริกา (American innovation) ซึ่งปราศจากฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในเวลานั้น ศาลจึงควรระมัดระวังในการใช้อำนาจกระทบกับองค์กรอื่นของรัฐบาล

ประการที่สอง การที่กฎหมายหลายฉบับมีผลใช้บังคับระยะเวลาหนึ่ง ก่อนที่ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์ เนื่องจากศาลแห่งสหพันธ์ไม่อาจให้คำปรึกษา (advisory opinion) ได้ ดังนั้น สภาคองเกรสจึงต้องวินิจฉัยเองว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ Thayer ได้อ้างถึงรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ข้อ 3 เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้สมาชิกสภาองเกรสต้องปฏิบัติตามเพื่อสนับสนุนรัฐธรรมนูญ<sup>111</sup>

ประการที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ในรัฐบาลที่แตกต่างกันนั้นมีความเป็นการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ทำให้ศาลจำเป็นต้องใช้เกณฑ์ในทางการเมืองแทนที่เกณฑ์ในทางกฎหมายในการพิจารณาวินิจฉัย เพราะฉะนั้น ศาลจึงควรจำกัดการใช้อำนาจเกี่ยวกับเกณฑ์ดังกล่าว<sup>112</sup>

ประการสุดท้ายและสำคัญที่สุด หากศาลใช้บังคับข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่ ฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่จะพิจารณาว่าศาลตอบสนองกรณีดังกล่าวอย่างไร ซึ่งเป็นการลดทอนหลักการปรึกษาหารือทางนิติบัญญัติ (Legislative deliberation) Thayer อธิบายว่า “การตรวจสอบและลดทอนอำนาจนิติบัญญัติโดยข้อห้ามในรัฐธรรมนูญจำนวนมาก (numerous detailed prohibitions in the constitution) ไม่อาจประสบความสำเร็จได้ หากปราศจากการทำให้รัฐบาลมีขนาดเล็กและไร้ความสามารถ...ไม่มีระบบใดที่

<sup>110</sup> *Ibid.*, pp.522-523.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p.524.

<sup>112</sup> Thayer 135. cited in *Ibid.*, p.524.

ให้อำนาจศาลในการปกป้องประชาชนจากความหายนะ”<sup>113</sup> หรือในภายหลังได้อธิบายว่า “แนวโน้มที่จะให้บทบาทหน้าที่อันยิ่งใหญ่ [การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย] นั้น เป็นที่น่าเสียใจว่าทำให้ความสามารถในทางการเมือง (political capacity) ของประชาชนลดลง และทำให้ความรับผิดชอบทางศีลธรรม (moral responsibility) หย่อนลงไปด้วย ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ”<sup>114</sup>

ในทางวิชาการกฎหมายเยอรมัน โดยเฉพาะบทความเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ยังมีความเห็นที่ยังไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้รับแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) เข้ามาใช้ในการจำกัดอำนาจของตนเองหรือไม่ และหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีได้รับหลักดังกล่าวมาใช้ การจำกัดอำนาจตนเองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นเกิดจากหลักการประการใดประการหนึ่งกันแน่ ข้อถกเถียงทางวิชาการดังกล่าวนำมาสู่การทำความเข้าใจบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยเฉพาะพรมแดนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจนิติบัญญัติ

ความเห็นในทางวิชาการฝ่ายข้างมากนั้นเห็นว่า การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ในความหมายที่พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา นั้นไม่สามารถนำมาใช้หรือไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันภายใต้การมีผลใช้บังคับของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) ได้<sup>115</sup> ดังนี้

Wolf-Rüdiger Schenke อธิบายว่า การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการที่พัฒนาโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกานั้นไม่สามารถนำมาใช้ในระบบรัฐธรรมนูญเยอรมัน ซึ่งมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาในสาระสำคัญได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันถูกกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้โดยตรงจากรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะให้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เพราะฉะนั้น จึงไม่มีการใช้อำนาจใดที่อยู่นอกเหนือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ<sup>116</sup>

Ulrich Scheuner อธิบายว่า คำถามสำคัญเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ คำถามที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญประการใดบ้าง ปัญหาเช่นว่านี้มักจะถูกโยนเข้ากับข้อความคิดว่าด้วยการจำกัดอำนาจ

<sup>113</sup> Thayer 156. cited in *Ibid.*, pp.524-525.

<sup>114</sup> James Bradley Thayer, John Marshall, in James Bradley Thayer, Oliver Wendell Holmes, And Felix Frankfurter on John Marshall 3, 86 (1967). cited in *Ibid.*, p.525.

<sup>115</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95*, น.110-111.

<sup>116</sup> Schenke, Wolf-Rüdiger, NJW (1979), 1321, 1325. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าง*, น.113.

ตนเองของฝ่ายตุลาการ (Judicial self-restraint; Richterliche Zurückhaltung) ซึ่งเป็นข้อสรุปที่ไม่มีควมลึกลงซึ่งเพียงพอ การพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องพิจารณาไปตามระบบรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศว่ารัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้นกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไว้อย่างกว้างหรืออย่างแคบ คำถามนี้เป็นคำถามที่ได้รับการถกเถียงในประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างยาวนานในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นกลับเป็นที่ยอมรับกันอย่างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีภารกิจหน้าที่ที่สำคัญทางการเมืองด้วย และการพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จากมุมมองในเรื่องหลักนิติรัฐแต่เพียงประการเดียวนั้นเป็นมุมมองที่แคบเกินไป<sup>117</sup>

Gunnar Folke Schuppert<sup>118</sup> อธิบายว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น การกำหนดนิยามคำว่า “การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ” หรือ Judicial self-restraint เพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นเป็นเรื่องที่ไม่มีความเหมาะสมและไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด<sup>119</sup> การพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงต้องค้นหาจากอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ (Funktionelle Stellung) เท่านั้น โดยพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐบาล ศาลต่าง ๆ รวมถึงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองและศาลปกครองด้วย ถ้าหากจะกล่าวว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องจำกัดอำนาจของตนเอง ก็หมายความว่า ศาลต้องไม่ใช้อำนาจหน้าที่ที่เกินไปกว่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น<sup>120</sup>

กล่าวโดยสรุป ความเห็นส่วนใหญ่เห็นว่า การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการที่พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกานั้นไม่สามารถนำมาใช้ในระบบกฎหมายเยอรมันได้แต่อย่างใด การพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นจึงต้องพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องจำกัดอำนาจตนเองย่อมหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องไม่ใช้อำนาจเกินไปกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น

<sup>117</sup> Scheuner, Ulrich, DÖV 33 (1980), 473, 473. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.113.

<sup>118</sup> Schuppert, Folke, DVBl. 103 (1988), 1191, 1991. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.113.

<sup>119</sup> ในทำนองเดียวกัน เปรียบเทียบ Hesse, Konrad, FS Huber (1981), 261, 264 “ต้องถือเป็นที่ยอมรับที่ตรงกันว่า การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการนั้นไม่มีความเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ”. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.113.

<sup>120</sup> Schuppert, Folke, DVBl. 103 (1988), 1191, 1991. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.113-114.

ส่วนความเห็นในทางวิชาการฝ่ายข้างน้อยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) มาใช้แล้ว โดยจะมากหรือน้อยก็จะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักเรื่องการจำกัดอำนาจตนเองไว้ในคำพิพากษาต่าง ๆ แล้ว<sup>121</sup> ดังนี้

Dieter Grimm<sup>122</sup> อธิบายว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นมีความสำคัญและให้ความมั่นใจอยู่เสมอว่า ศาลจะรักษาไว้ซึ่งขอบเขตอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและฝ่ายนิติบัญญัติ การรักษาขอบอำนาจหน้าที่นี้มาจากหลัก 2 ประการ กล่าวคือ หลักที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องตีความขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนเองและฝ่ายนิติบัญญัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Verfassungskonforme Auslegung) และหลักที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องเคารพอำนาจตัดสินใจหรือดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit) เมื่อพิจารณาหลักประการแรกนั้น กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะไม่ถูกพิพากษาให้ยกเลิกไป ตราบเท่าที่กฎหมายฉบับนั้นยังสามารถถูกตีความว่ามีเนื้อหาที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้<sup>123</sup> และเมื่อพิจารณาหลักประการที่สอง จะได้ข้อสรุปว่า อำนาจในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะจำกัดตนเองอยู่เพียงแค่ว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบว่า กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นชอบด้วยวัตถุประสงค์ มีเหตุมีผล หรือเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่ถูกต้องหรือไม่ และต้องปล่อยให้การตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>124</sup> ซึ่งกรณีการจำกัดอำนาจตนเองเช่นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กล่าวอย่างชัดเจนในหลาย ๆ กรณีว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ใช้แนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการเพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ในการจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดย Dieter Grimm<sup>125</sup> อ้างว่า คำว่า Judicial self-restraint นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ใช้ครั้งแรกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างอดีตเยอรมันตะวันออกและอดีตเยอรมัน

<sup>121</sup> เฟ็งอ้าง, น.115.

<sup>122</sup> Grimme, Dieter, JZ (1976), 697, 701 f. อ้างถึงใน เฟ็งอ้าง, น.115.

<sup>123</sup> เปรียบเทียบกับ Scholz, Rupert, FS Stern (1997), 1201, 1209. อ้างถึงใน เฟ็งอ้าง, น.115.

<sup>124</sup> Grimme, Dieter, JZ (1976), 697, 701 f. อ้างถึงใน เฟ็งอ้าง, น.115.

<sup>125</sup> Grimme, Dieter, JZ (1976), 697, 702 f. อ้างถึงใน เฟ็งอ้าง, น.115.

ตะวันตก (Grundvertrags-Urteil)<sup>126</sup> และใช้ถ้อยคำนี้เรื่อยมาอย่างเป็นทางการเมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องการกล่าวถึงการจำกัดอำนาจของตนเองในพรมแดนต่าง ๆ<sup>127</sup>

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นอีก 2-3 ความเห็น<sup>128</sup> ที่ได้พูดในทำนองเดียวกันว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการเพื่อมาจำกัดอำนาจตนเองแล้ว โดยความเห็นดังกล่าวจะอ้างอิงไปถึงคำวินิจฉัยในคดีสนธิสัญญาระหว่างอดีตเยอรมันตะวันออกและอดีตเยอรมันตะวันตกเสมอ โดยมีข้อสรุปว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะใช้แนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในการจำกัดอำนาจตนเองเสมอ โดยเฉพาะในพรมแดนที่เกี่ยวกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในกิจการต่างประเทศ (Auswärtige Gewalt)”

---

<sup>126</sup> BVerfGE 36, 1, 14 f. ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในคดีนี้พูดถึงการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการไว้โดยตรงและอย่างชัดเจนดังต่อไปนี้ “การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการซึ่งเป็นแนวทางที่เอามาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายความถึง การตัดหรือลดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่หมายถึง การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิเสธไม่เข้าไปเป็นผู้ดำเนินการทางการเมืองเสียเอง ซึ่งหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เข้าไปก้าวภายในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจเสรีของฝ่ายการเมือง การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการมีเป้าหมายสำคัญ คือ การรักษาอำนาจตัดสินใจอย่างเสรีของฝ่ายการเมืองที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ” เปรียบเทียบ Tomuschat, Christian, DÖV 26 (1973), 801, 803. Tomuschat ได้สรุปคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักสำคัญไว้ 2 ประการ กล่าวคือ หลักที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดอำนาจตนเองในพรมแดนทางการเมือง (Judicial self-restraint) และในขณะเดียวกันก็ชี้ขาดในคดีนี้ว่า สัญญาระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างประเทศเยอรมันตะวันตกและเยอรมันตะวันออกนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้จึงมีข้อสังเกตว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เองในคดีนี้ก็ยังคงมีความเข้าใจคำว่า Judicial self-restraint ไม่ตรงกับความหมายที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาขึ้น เพราะถ้าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่า ศาลใช้แนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการในคดี ศาลต้องไม่รับคดีไว้พิจารณาหากเห็นว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมืองหรือเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับการเมือง การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รับคดีไว้พิจารณาแล้ววินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการใช้อำนาจทางการเมือง แท้ที่จริงแล้วก็เป็นการใช้อำนาจตามปกติของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.115-116.

<sup>127</sup> Grimme, Dieter, JZ (1976), 697, 702. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.116.

<sup>128</sup> โปรดตุ Kriele, Martin, NJW (1976), 777, 780; Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), 33, 48; Schneider Hans-Peter, NJW (1980), 2103, 2109. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.116.



ความเห็นฝ่ายข้างมากและฝ่ายข้างน้อยมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันในประเด็นที่ว่า การจำกัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐนั้นเกิดจากหลักการหนึ่งประการใดกันแน่ ความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นไม่สามารถนำแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) มาใช้เพื่อจำกัดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐได้ หากแต่การพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจหน้าที่แค่ไหนเพียงใดนั้นจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นหลัก การจำกัดอำนาจตนเองของศาลให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงเป็นการจำกัดตนเองคนละความหมายกับการจำกัดตนเองตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการที่พัฒนาขึ้นโดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ความเห็นฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าเราต้องยอมรับว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมีอำนาจจำกัด และการจำกัดอำนาจของศาลนั้น ไม่ว่าจะเกิดในกรณีใดก็ย่อมเทียบเคียงกับการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการได้ทั้งสิ้น<sup>129</sup>

การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญต้องเคารพอำนาจนิติบัญญัติ แนวทางดังกล่าวกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายของรัฐสภา ซึ่งสมาชิกรัฐสภาจะต้องสาบานหรือปฏิญาณตนว่าจะพิทักษ์รัฐธรรมนูญในระหว่างดำรงตำแหน่ง ศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงใช้แนวทางดังกล่าวในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางเนื้อหา จุดเริ่มต้นของแนวทางดังกล่าวมาจากข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Presumption of constitutionality) กล่าวคือ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญต้องสันนิษฐานในเบื้องต้นว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>130</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญหลายประเทศในยุโรปได้เน้นย้ำว่าอำนาจดุลพินิจในการกำหนดนโยบายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ มิใช่ศาล<sup>131</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคำวินิจฉัยว่า “ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะขอบเขตแห่งอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่ถูกต้อง”<sup>132</sup> ส่วนคณะตุลาการ

<sup>129</sup> เฟิงอ้าง, น.116.

<sup>130</sup> Maartje de Visser, Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014), p.282.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p.284.

<sup>132</sup> 4 BVerfG 4, 7 (1954) กฎหมายความช่วยเหลือทางการลงทุน 1. cited in *Ibid.*, p.284.

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีคำวินิจฉัยว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจดุลพินิจทั่วไปเมื่อเปรียบเทียบกับรัฐสภา จึงไม่สามารถตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องทางเทคนิคได้”<sup>133</sup>

อย่างไรก็ตาม ตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) มิได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยโดยยับยั้งการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเสมอไป เพราะฉะนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องคำนึงถึงแนวทางดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>134</sup>

### 1.2.2.2 การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation)

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบาทเป็นเพียงผู้พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีบทบาทเป็นผู้ตีความรัฐธรรมนูญซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันศาล องค์กรของรัฐ และพลเมืองอีกด้วย ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนบทบาทจากเดิมที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ซึ่งวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับหรือเสียเปล่า (invalidity-nullity) มาเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่ขยายอำนาจออกไปมากขึ้นและมีบทบาทเชิงรุกในการตีความรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ไม่เพียงแต่มีอำนาจเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วย

<sup>133</sup> Décision no 2001-446 DC of 27 June 2001, กฎหมายยุติการตั้งครม. โดยสมัครใจ (การทำแท้ง) และการคุมกำเนิด. cited in *Ibid.*, p.284; คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 61 มิได้มอบดุลพินิจทั่วไปและอำนาจตัดสินใจทั่วไปอันเป็นอำนาจที่โดยสารถะแล้วเทียบเท่ากับอำนาจของรัฐสภาให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเพียงแต่มอบอำนาจในการวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติที่มีการโต้แย้งกันนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเท่านั้น” Conseil constitutionnel Nr.74-54 DC 15.1.1975, Recueil 1975, P.19. cited in Michel Fromont, Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht (บทความเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: มุมมองจากฝรั่งเศส), แปลโดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, เอกสารประกอบการสอนในวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน บัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาควิชาการศึกษาศึกษาที่ 2 ปีการศึกษา 2558.

<sup>134</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, pp.285-286.

รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังมีอำนาจในการสงวนรักษากฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นอีกด้วย เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>135</sup>

การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจึงต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้หลายนัย ให้ตีความไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>136</sup> ทั้งนี้ ตามข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Presumption of constitutionality)<sup>137</sup> อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นจากกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ แต่เกิดจากแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเอง<sup>138</sup>

ตัวอย่างของแนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคำวินิจฉัยครั้งแรกในปี ค.ศ. 1953 ว่า “หลักการที่ไม่ประกาศความเสียหายเปล่าของบทบัญญัติแห่งกฎหมายถ้าหากสามารถตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เป็นเพียงข้อสันนิษฐานความสอดคล้องระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่เป็นข้อสันนิษฐานที่เรียกร้องการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหากกรณีเป็นที่สงสัย วัตถุประสงค์ [ของการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ] นั้นมีความชัดเจนในตัวเอง”<sup>139</sup> ในทำนองเดียวกัน ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้มีคำวินิจฉัยว่า “หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายสามารถตีความแตกต่างกันได้ เฉพาะการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะต้องถือตาม” เป็นต้น<sup>140</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยว่าไม่อาจตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายน่าจะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญอาจหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยเช่นนั้นและนำแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ โดยการเปลี่ยนแปลงขอบเขตและความหมายของกฎหมาย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดแนวทางตามคำวินิจฉัยให้องค์กรฝ่ายปกครองและศาลอื่นถือปฏิบัติตามได้ แนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญอาจบัญญัติ

<sup>135</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra* note 40, pp.73-74.

<sup>136</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 21*, น.280.

<sup>137</sup> Maartje de Visser, *supra* note 130, p.292.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p.301.

<sup>139</sup> BverfG 2, 266 (1953). cited in *Ibid.*, p.292.

<sup>140</sup> eg ordinanza 279/1990 of 31 May 1990. cited in *Ibid.*, p.293.

กฎหมายขึ้นมาใหม่โดยการเพิ่มเติมถ้อยคำหรือวลี แทนที่ถ้อยคำบางส่วนลงไป หรือจัดประโยคทั้งหมดหรือบางส่วนออกไปจากกฎหมาย

เหตุผลสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาข้องเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น สืบเนื่องมาจากกฎหมายดังกล่าวอาจมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ใน 2 กรณี ได้แก่ กรณีหนึ่ง ขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะแคบจนเกินไป (under-inclusive) กล่าวคือ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงหรือบุคคลซึ่งควรจะบัญญัติให้ครอบคลุมถึง อีกกรณีหนึ่ง ขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะกว้างจนเกินไป (over-inclusive) กล่าวคือ บทบัญญัติดังกล่าวขยายขอบเขตไปถึงข้อเท็จจริงหรือบุคคลซึ่งไม่ควรจะบัญญัติครอบคลุมถึง หากศาลรัฐธรรมนูญใช้แนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าวย่อมสามารถแก้ไขข้อบกพร่องโดยการขยายหรือจำกัดขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้

ตัวอย่างเช่น กฎหมายฉบับหนึ่งให้สิทธิประโยชน์แก่บุตร โดยกฎหมายอนุญาตให้เฉพาะบิดามารดาที่สมรสกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องในสิทธิดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องหลักความเสมอภาค เนื่องจากบิดามารดาที่ถึงแม้มิได้สมรสกันก็ควรมีสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญอาจแก้ไขความไม่ครอบคลุมจากแนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าวได้ กล่าวคือ หากกฎหมายบัญญัติอย่างชัดแจ้งว่า “บิดามารดาที่สมรสกันมีสิทธิเรียกร้องในสิทธิประโยชน์ของบุตร” ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเพิ่มเติมถ้อยคำที่ว่า “และที่มิได้สมรสกัน” เข้าไปในบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ ในทางกลับกัน หากกฎหมายนั้นถูกบัญญัติขึ้นโดยกีดกันกลุ่มบุคคลบางกลุ่มออกไปโดยมิชอบ เช่น กฎหมายบัญญัติว่า “บิดามารดาที่มิได้สมรสกันไม่มีสิทธิเรียกร้องในสิทธิประโยชน์ของบุตร” หรือ “บิดามารดาที่สมรสกันเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องในสิทธิประโยชน์ของบุตร” ศาลรัฐธรรมนูญอาจจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กีดกันกลุ่มบุคคลบางกลุ่มออกไปเพื่อทำให้กฎหมายฉบับดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ แนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว ไม่ว่าจะศาลรัฐธรรมนูญจะอ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อ “เพิ่มเติมถ้อยคำ (read in)” ในสถานการณ์แรก หรืออ่านบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อ “จัดถ้อยคำ (read down)” ในสถานการณ์ที่สอง ย่อมก่อให้เกิดผลเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขยายออกไปมากขึ้น<sup>141</sup>

การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) ของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เป็นการรุกร้าอำนาจนิติบัญญัติแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้าม กลับเป็นการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของแนวทางการตีความกฎหมาย

<sup>141</sup> *Ibid.*, p.293.

ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อสงวนรักษากฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นการหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ หรือเสียเปล่าอีกด้วย เทคนิคการตีความดังกล่าวส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญในการช่วยเหลือและร่วมมือกับฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ<sup>142</sup> อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเส้นแบ่งระหว่างความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องจำกัดการตีความเพื่อเคารพล้อยค้ำบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>143</sup>

อย่างไรก็ตาม การขยายถ้อยค้ำบทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมกระทบกระเทือนกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Legal certainty) ขององค์กรอื่นนอกเหนือจากฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากองค์กรดังกล่าวไม่อาจทราบความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ แต่ต้องอาศัยวิธีการเสนอเรื่องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อตีความเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยให้แก่ไขข้อบกพร่องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีผลผูกพันศาลและองค์กรฝ่ายปกครองก็ตาม แต่ในบางครั้ง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะที่ยากต่อการปฏิบัติตามให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้เกิดแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายหลายแนวทาง ท้ายที่สุดย่อมกระทบกระเทือนกับหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย<sup>144</sup>

### 1.2.3 รูปแบบการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญนำแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) มาปรับใช้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถกำหนดผลของคำวินิจฉัยได้หลายรูปแบบ โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว หรือการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว หรือการกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

<sup>142</sup> Allan R. Brewer-Carías, *supra note 40*, p.76.

<sup>143</sup> BVerfGE, 69, 1 (55); 49, 148 (157). cited in *Ibid.*, p.77.

<sup>144</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.304.

### 1.2.3.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes)<sup>145</sup> อย่างไรก็ตาม สำหรับศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีซึ่งพิจารณาข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวเกิดขึ้นจริง (accepted) หรือตกไป (rejected) นั้น เฉพาะกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวตกไป (sentenze di rigetto) จะมีผลผูกพันเฉพาะผู้พิพากษาที่เสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการยืนยันว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นนอกเหนือจากบทบัญญัติที่เคยตรวจสอบ หรือตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นด้วยข้อโต้แย้งอื่นได้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้นำแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) มาใช้บังคับโดยพิจารณาว่า หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่มีความเป็นไปได้ที่อาจตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวและมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยอาศัยแนวทางการตีความกฎหมายดังกล่าว<sup>146</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีมีแนวทางในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเฉพาะ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว (decision of temporary constitutionality) ซึ่งวินิจฉัยว่า ถึงแม้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในภายหน้าได้ และเสนอแนะ<sup>147</sup> ไปยังฝ่ายนิติบัญญัติให้ดำเนินการตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ครบถ้วน

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.309.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p.310.

<sup>147</sup> คำวินิจฉัยรูปแบบนี้ เรียกว่า “คำวินิจฉัยเสนอแนะฝ่ายนิติบัญญัติ (Appeal Decision; Appellentscheidungen)”

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวครั้งแรกในปี ค.ศ. 1955 กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมลรัฐ Saarland<sup>148</sup> ว่า “ยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (still constitutional; noch verfassungsmäßig)” เมื่อกฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่าที่ควร ศาลจึงกำหนดแนวทางที่ต้องเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยว่า “ศาลไม่อาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมากกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิม อย่างไรก็ตาม หากการจัดเตรียมบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นทำให้บทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมสรุปได้ว่าสิ่งที่ไม่ดีไม่จำเป็นต้องยอมตามให้แก่สิ่งที่ดี หากสิ่งที่ดีไม่อาจบรรลุเป้าหมายได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ปรารถนาเช่นนั้น”<sup>149</sup>

ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผู้แทนส่วนเกิน (overhang mandates) เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายและความวุ่นวายที่อาจเกิดขึ้นจากผลการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาครั้งล่าสุด<sup>150</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว โดยจะต้องถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามสภาพแวดล้อมทางสังคม (social environment) หรือหลักการบางประการ นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวนี้ การเสนอแนะไปยังฝ่ายนิติบัญญัติให้ดำเนินการนั้นยังมีผลบังคับผูกพัน และศาลรัฐธรรมนูญในบางคดีอาจกำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้แล้วเสร็จได้<sup>151</sup>

ส่วนศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีกำหนดคำวินิจฉัยในทำนองเดียวกันว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว (ruling of temporary constitutionality) ในกรณีที่หากศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้วอาจก่อให้เกิดผลกระทบตามมา<sup>152</sup> หรือเป็นการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขสถานการณ์บางอย่างที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/1982 ซึ่งศาลธรรมดาเสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งขยายกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการกักขัง ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวกระทบกระเทือนกับหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองหลายประการก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวเกิดขึ้นจากความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศจาก

<sup>148</sup> BVerfG 4, 157 (1955). cited in Maartje de Visser, *supra note 130*, pp.310-311.

<sup>149</sup> *Ibid.*, pp.310-311.

<sup>150</sup> BVerfG 16, 130 (1963). cited in *Ibid.*, p.311.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p.311.

<sup>152</sup> eg sentenza 112/1993 of 24-26 March 1993. cited in *Ibid.*, p.311.

ผู้ก่อการร้าย โดยการประกาศ “สถานการณ์ฉุกเฉิน (state of emergency)” ซึ่งทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกันได้กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “[สถานการณ์ฉุกเฉิน] เกิดขึ้นจากสถานการณ์พิเศษและมีความรุนแรง แต่มีระยะเวลาชั่วคราว กฎหมายดังกล่าวจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากขยายระยะเวลาการใช้บังคับออกไปโดยปราศจากเหตุอันสมควร”<sup>153</sup>

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว (decision of temporary constitutionality) นั้นจัดอยู่ในกลุ่มคำวินิจฉัยที่เรียกว่า “คำวินิจฉัยติดตามผล (follow-up judgement; doppia pronuncia)” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายพร้อมทั้งกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการบางอย่าง และคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจะใช้เป็นฐานให้กับศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยฉบับที่สองหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด อย่างไรก็ตาม ถึงแม้คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวนั้นเกิดขึ้นจากความจำเป็นในทางปฏิบัติก็ตาม<sup>154</sup> แต่คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวยังมีข้อบกพร่อง กล่าวคือ “ถึงแม้คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจะกำหนดถ้อยคำให้กับฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการ แต่คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวได้ส่งต่อความชอบธรรมมาด้วย ความชอบธรรมดังกล่าวเป็นการลดแรงกดดันแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวจึงไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย แต่ไม่ต้องรีบเร่งดำเนินการ”<sup>155</sup> ซึ่งข้อบกพร่องดังกล่าวอาจแก้ไขได้โดยการกำหนดระยะเวลาให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการ<sup>156</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดคำวินิจฉัยอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า “คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interpretative decision)” ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่กำหนดเงื่อนไขการตีความกฎหมายซึ่งยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ในระบบกฎหมาย โดยมีได้ถูกเพิกถอนแต่อย่างใด

<sup>153</sup> Sentenza 15/1982 of 1 February 1982. cited in *Ibid.*, p.311.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p.311.

<sup>155</sup> William J. Nardini, “Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court,” *Seton Hall Law Review*, Vol.30, p.29 (1999).

<sup>156</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.312.



คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการอ่านรัฐธรรมนูญแล้วให้ความหมายที่เป็นรูปธรรมแก่รัฐธรรมนูญ จากนั้นจึงกำหนดวิธีการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>157</sup> นักวิชาการฝ่ายสนับสนุน “คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีความเห็นว่า คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการแสดงออก ซึ่งการเคารพอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา แต่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งวิพากษ์วิจารณ์ว่า คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวทำให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในเชิงรุก (activist) มากจนเกินไป ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเกินกว่า ข้อจำกัดของศาล และทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือใน ทางบวก (positive legislature) อย่างไรก็ตาม ความเห็นของทั้งสองฝ่ายล้วนมีข้อบกพร่อง ดังนี้

สำหรับความเห็นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเคารพอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา (more deferential) ในการกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นยังขาดความชัดเจน เนื่องจากการเคารพอำนาจนิติบัญญัติมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงเกี่ยวกับความชอบธรรมทาง ประชาธิปไตย กล่าวคือ ในการตีความรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคารพอำนาจนิติบัญญัติโดยการ ตีความให้ใกล้เคียงกับการตีความของรัฐสภา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ยิ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นด้วยกับคำตอบ ของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญมากขึ้นเท่าใด ยิ่งเท่ากับเป็นการเคารพ อำนาจนิติบัญญัติมากขึ้นเท่านั้น ในทางกลับกัน ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจในเชิงรุกในกรณีที่ศาล ตีความรัฐธรรมนูญแตกต่างไปจากการตีความของรัฐสภา

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการเคารพอำนาจนิติบัญญัติจะ ได้รับการยอมรับก็ตาม แต่ก็มีได้มีความสำคัญต่อการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือรักษา บทบัญญัติดังกล่าวด้วยการตีความแต่อย่างใด กล่าวคือ ทั้งสองกรณีศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเพิ่มเติม กฎเกณฑ์ทางกฎหมายได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญห้ามเอาไว้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาจตีความได้สองทาง และทางหนึ่งนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แล้วศาลกำหนด “คำวินิจฉัยตีความ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” นั้นย่อมเป็นการห้ามรัฐสภาในการตรากฎหมาย และการที่ศาล “รักษา (saved)” กฎหมายนั้นเป็นการขจัดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามถ้อยคำลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐสภาตีความ

ส่วนความเห็นที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในเชิงรุก (more activist) โดยการกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายแทนที่การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว นั้นถูก โต้แย้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบหรือไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจในการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยการตีความ โดยอ้างถึง

---

<sup>157</sup> Victor Ferreres Comella, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism,” *Texas Law Review*, Vol.82, p.1719 (2004).

แนวความคิดของ Hans Kelsen ซึ่งมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (negative legislature) มีใช้องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (positive legislature)

นอกจากนี้ “คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interpretative decision)” นั้นแท้ที่จริงแล้วมิได้เป็น “การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interpretative)” แต่เป็น “การสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นใหม่ (reconstructive)” ถึงแม้ว่าความแตกต่างระหว่าง “การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” กับ “การสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นใหม่” เป็นสิ่งที่ยากเกินกว่าจะอธิบายก็ตาม แต่ในบางครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายเกินไปกว่าขอบเขตของการตีความที่กฎหมายอนุญาต เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นเสียใหม่ (rewrite) ให้กฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และใกล้เคียงกับกฎหมายเดิมเท่าที่จะเป็นไปได้

ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายซึ่งกำหนดผลประโยชน์ให้เฉพาะ “คู่สมรส (spouse)” หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่ชีวิตเพศเดียวกัน (homosexual partner) ศาลอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นเสียใหม่และขยายผลประโยชน์ออกไปให้ถึงบุคคลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า คำว่า “คู่สมรส” ตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องอ่านให้รวมถึง “คู่ชีวิตซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน (partner, in a permanent same-sex life partnership)” หรือในกฎหมายซึ่งกำหนดเงินบำนาญให้กับแม่หม้ายทำให้ไม่รวมถึงพ่อหม้าย ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติทางเพศอย่างไม่มีเหตุผล ศาลจะจัดการเลือกปฏิบัติโดยการขยายคำว่าแม่หม้ายในกฎหมายให้รวมไปถึงพ่อหม้าย จากตัวอย่างดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กล่าวคือ ศาลจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถูกโต้แย้ง (กฎหมายฉบับแรก) และบัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวเสียใหม่ (กฎหมายฉบับที่สอง) ซึ่งใกล้เคียงกับกฎหมายฉบับแรกเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวเช่น องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (negative legislature) เมื่อจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกฎหมายฉบับแรก และเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (positive legislature) เมื่อบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายในกฎหมายฉบับที่สองเสียใหม่

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจในเชิงรุกเพื่อวัตถุประสงค์ในการถกเถียงเกี่ยวกับความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยก็ตาม แต่ศาลก็มีเหตุผลที่สำคัญในการใช้อำนาจดังกล่าว กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญแล้วทำให้กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีข้อบกพร่อง ยกตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยสำคัญซึ่งรัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ฝ่ายนิติบัญญัติจำแนกความแตกต่างระหว่างคู่ชีวิตเพศเดียวกัน (homosexual partner)

กับคู่สมรสต่างเพศกัน (heterosexual spouse) เกี่ยวกับเรื่องผลประโยชน์ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญ ต้อง “แก้ไข (remedy)” บทบัญญัติดังกล่าว ถึงแม้ว่ารัฐสภา กับศาลรัฐธรรมนูญ จะมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ก็ไม่ใช่ข้อข้องกับการที่ศาลรัฐธรรมนูญ เลือกว่าจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายแทนที่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวแบบธรรมดา มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ซึ่งเป็นผลจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐสภาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวได้ แต่รัฐสภาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมนั้นใช้บังคับมิได้

เพราะฉะนั้น ในการวัดระดับของการใช้อำนาจในเชิงรุกของศาลรัฐธรรมนูญ ควรมุ่งเน้นไปที่การตีความรัฐธรรมนูญของศาล ส่วนการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นประเด็นรอง “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับมิได้ (invalidating decision)” “คำวินิจฉัยตีความ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interpretive decision)” และ “คำวินิจฉัยสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ขึ้นใหม่ (reconstructive decision)” นั้นเป็นเพียงวิธีการที่แตกต่างกันในการแก้ไขบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าการแก้ไขด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอาจ เป็นการใช้อำนาจในเชิงรุกมากกว่าวิธีการอื่น แต่การพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจในเชิงรุกของศาล จะต้องพิจารณาขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่รัฐสภาไม่เห็นด้วยเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในเชิงรุกทางตุลาการ (Judicial activism) มีความเชื่อมโยงกับคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ขึ้นใหม่ในทางอ้อม กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว อาจ ทำให้ศาลตีความรัฐธรรมนูญในเชิงรุกมากขึ้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญควรตีความรัฐธรรมนูญอย่างขยายและ สร้างสรรค์ ในกรณีที่สามารถรักษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยการกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติ แห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นใหม่ หากการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้ บังคับมิได้ทั้งหมดจะทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลร้าย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีแนวโน้มที่จะ ตีความรัฐธรรมนูญด้วยคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวหากสามารถควบคุมและลดผลกระทบได้<sup>158</sup>

### 1.2.3.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นั้นสามารถแบ่งออกเป็น การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน การวินิจฉัยว่า

<sup>158</sup> *Ibid.*, pp.1722-1725.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย ดังนี้

### (1) การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน

โดยหลัก เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมต้องเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวทั้งหมด ซึ่งเป็นการขจัดกฎหมายออกไปจากระบบกฎหมาย และมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes)<sup>159</sup> อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญยับยั้งการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหากสามารถกระทำได้ ดังนั้น หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วนมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งแยกส่วนออกจากบทบัญญัติอื่นได้หรือไม่ หากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งแยกส่วนได้และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยว่าเฉพาะบทบัญญัติดังกล่าวเท่านั้นที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนบทบัญญัติอื่นยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากบทบัญญัติดังกล่าวไม่สามารถแบ่งแยกส่วนได้ เนื่องจากเป็นส่วนสาระสำคัญของกฎหมาย หรือบทบัญญัติส่วนอื่นไม่เป็นสาระสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมด

ในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจเปลี่ยนแปลงขอบเขตและความหมายของกฎหมายได้ แต่แทนที่ศาลเลือกใช้วิธีการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอาจเลือกใช้วิธีการที่มีผลใกล้เคียงกันโดยอาศัยแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายโดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้น ความแตกต่างระหว่างสองกรณีข้างต้น กล่าวคือ ในกรณีแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกเพิกถอนนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่ใช้บังคับกับบางสถานการณ์ ส่วนกรณีหลัง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้การตีความดังกล่าว<sup>160</sup>

### (2) การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

แนวความคิดเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญยอมรับความเชื่อมโยงระหว่างการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับการเพิกถอนบทบัญญัติแห่ง

<sup>159</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.312.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p.313.

กฎหมายออกจากระบบกฎหมาย เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศจึงนำความเชื่อมโยงดังกล่าวไปปรับใช้<sup>161</sup>

แต่ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญมีวิธีการหลีกเลี่ยง คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ประกาศโฆษณา (unconstitutionality verified but not declared; incostituzionalità accertata ma non dichiarata)” ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบนี้ขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญยื่นคำขาดบางประการให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากเกรงว่าการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจส่งผลกระทบต่อชนมากกว่าการที่บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ หรือกฎหมายดังกล่าวมีมิติทางการเมืองสูง คำวินิจฉัยรูปแบบนี้จัดอยู่ในกลุ่ม “คำวินิจฉัยติดตามผล (follow-up judgement; doppia pronuncia)”

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังการเพิกถอนและกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติม หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวในโอกาสถัดไปที่มีการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว เรียกว่า “คำวินิจฉัยตักเตือน (warning judgement; sentenze monito)”

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติอาจไม่ดำเนินการเช่นเดิม สืบเนื่องจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการ<sup>162</sup> ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวถูกเสนอเรื่องกลับมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมอีก แต่แทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะจำกัดอำนาจตัวเองโดยการกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวอีกครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>163</sup> ศาลรัฐธรรมนูญอาจลงโทษฝ่ายนิติบัญญัติโดยการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการ (sentenze additive di principio) คำวินิจฉัยรูปแบบนี้มีได้วินิจฉัยเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่อย่างใด แต่กำหนดหลักการที่กฎหมายใหม่ต้องปฏิบัติตาม<sup>164</sup>

<sup>161</sup> *Ibid.*, p.320.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.322.

<sup>163</sup> William J. Nardini, *supra note 155*, pp.33-38.

<sup>164</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.322.

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็ทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้อง (incompatible; nur unvereinbar) กับรัฐธรรมนูญ โดยปฏิเสธการประกาศความเป็นโมฆะและเสียเปล่า (null and void) คำวินิจฉัยรูปแบบนี้แรกเริ่มศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนาโดยอาศัยแนวคำวินิจฉัยของศาล<sup>165</sup> ในระยะเวลาต่อมาได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG)<sup>166</sup>

ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมี 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ถูกต้อง<sup>167</sup> ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะกำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการ หากไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดความรับผิดชอบของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อความเสียหายได้<sup>168</sup> อีกประการหนึ่ง ศาลธรรมดาไม่อาจใช้บังคับกฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งได้ ถึงแม้ว่ามีความเป็นไปได้ที่กฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ แต่ต้องเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดเอาไว้ในคำวินิจฉัยอย่างชัดเจนและใช้บังคับแก่คดีเฉพาะ เช่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับภาษีซึ่งระยะเวลาประเมินใกล้สิ้นสุดลงแล้ว เป็นต้น

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แบ่งประเภทของคดีที่กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญออกเป็น 3 ประเภท<sup>169</sup> กล่าวคือ ประเภทแรก ซึ่งมีความสำคัญที่สุด เมื่อกฎหมายถูกโต้แย้งว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค และมีทางเลือกหลายทางที่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถแก้ไขข้อบกพร่องได้ เช่น กลุ่มผู้ได้รับประโยชน์เดิมอาจขยายมากขึ้น ถูกยกเลิก หรือถูกนิยามให้แตกต่างไปจากเดิม เป็นต้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้เหตุผลในกรณีดังกล่าวว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายตกเป็นโมฆะและเสียเปล่านั้นอาจกระทบกระเทือนกับดุลพินิจของฝ่าย

<sup>165</sup> BVerfG 28, 227 (1970). cited in *Ibid.*, p.322.

<sup>166</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 31 (2)

<sup>167</sup> eg BVerfG 32, 189 (1972); BVerfG 34, 9 (1972); BVerfG 37, 217 (1974). cited in Maartje de Visser, *supra note 130*, p.323.

<sup>168</sup> eg BVerfG 72, 330 (1986); BVerfG 89, 15 (1993); BVerfG 116, 1243 (2006). cited in *Ibid.*, p.323.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p.323.

นิติบัญญัติในการกำหนดนโยบาย (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgeber)<sup>170</sup> ประเภทที่สอง กรณีที่หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปแล้วอาจทำให้เกิดผลกระทบที่มากกว่าการคงสถานะเดิมไว้<sup>171</sup> และประเภทสุดท้าย ซึ่งปัจจุบันมีความสำคัญน้อย โดยเกี่ยวข้องกับกฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายช่วงเปลี่ยนผ่าน (certain transitional laws)<sup>172</sup>

### (3) การกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดแนวทางการตีความกฎหมายโดยคิดค้นรูปแบบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีขอบเขตกว้าง ซึ่งเรียกว่า “คำวินิจฉัยปรับเปลี่ยนเพื่อความเหมาะสม (manipulative decision; sentenze manipolative)” คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวมิได้วินิจฉัยให้เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ลดผลกระทบจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยปรับเปลี่ยนเพื่อความเหมาะสมมีความเกี่ยวข้องกับการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วนซึ่งกระทบกระเทือนต่อเนื้อหาของกฎหมาย โดยแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบแรก คำวินิจฉัยขจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (ablative decision; sentenza ablativa) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ในขอบเขตที่ (to the extent that)” ทำให้เกิดสถานการณ์พิเศษนั้นตกเป็นโมฆะและยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว

รูปแบบที่สอง คำวินิจฉัยแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (substitutive judgement; sentenze sostitutive) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่แทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายเดิมซึ่งอาจมีเนื้อหาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

รูปแบบที่สาม คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (additive ruling; sentenza additiva) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “ตราบเท่าที่มีได้ (insofar as it does not)” กำหนดกฎเกณฑ์บางอย่างหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งขาดหายไป<sup>173</sup> เช่น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับเงินช่วยเหลือพิเศษซึ่งจ่ายให้แก่สมาชิกในครอบครัวของผู้พิการอย่างร้ายแรง ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า “รัฐกฤษฎีกา หมายเลข 151 ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2001 มาตรา 42 (5)...ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>170</sup> eg BVerfG 33, 349 (1972); BVerfG 93, 121 (1995); BVerfG 25, 101 (1969). cited in *Ibid.*, pp.323-324.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.324.

<sup>172</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 117 (1)

<sup>173</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, pp.314-315.

ตราบเท่าที่ไม่รวมถึงเด็ก” เป็นต้น<sup>174</sup> ในช่วงทศวรรษ 1960 และ 1970 ศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายขอบเขตเกี่ยวกับกฎหมายสวัสดิการโดยมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวส่งผลให้เกิดปัญหาทางการคลัง<sup>175</sup> ในช่วงหลัง ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำกัดการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว โดยเพิ่มเติมเฉพาะ “บทบังคับ (obligatory verse; rime obbligate)” กล่าวคือ ถ้อยคำที่จำเป็นอย่างยิ่งและเกี่ยวข้องกับบริบทของกฎหมาย<sup>176</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีอำนาจแต่เพียงจำกัดการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วนเฉพาะกรณีข้างต้นเท่านั้น คำวินิจฉัยเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจกำหนดแนวทางหรือการตีความฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติต้องให้ความสำคัญหากมีการร่างกฎหมายใหม่ อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่แน่นอน ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับกำหนดว่า “ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (within a reasonable time)” เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>177</sup>

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติ (additive decision; sentenze additive) มีข้อบกพร่อง ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดสิ่งจำเป็นซึ่งกฎหมายใหม่จะต้องบัญญัติไว้เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่กลางทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีเริ่มกำหนดรูปแบบของคำวินิจฉัยที่แตกต่างออกไปจากเดิม เรียกว่า คำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมาย (principle-additive judgement; sentenze additive di principio) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมิได้เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่เข้าไปในกฎหมายแต่อย่างใด แต่กำหนดหลักการให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไปดำเนินการให้เป็นรูปธรรมเมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>178</sup>

<sup>174</sup> Sentenza 19/2009 of 26 January 2009. cited in *Ibid.*, p.315.

<sup>175</sup> William J. Nardini, *supra note 155*, pp.20-25.

<sup>176</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.315.

<sup>177</sup> *Ibid.*, pp.315-316.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p.317.



### 1.3 การตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าในทุกประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด แต่มิได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้พูดคนสุดท้าย (last word) ในข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กรทางการเมืองสามารถกลับแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือไม่ปฏิบัติคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้หากไม่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ความสามารถขององค์กรทางการเมืองในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการแสดงถึงความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรดังกล่าว<sup>179</sup> กรณีศึกษาเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ มีดังนี้

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลายครั้งเพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ครั้งแรกเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1993 ภายหลังจากมีคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสิทธิในการลี้ภัย (right to asylum)<sup>180</sup> การตอบโต้ครั้งนี้เป็นการยืนยันความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยชาติ (principle of national sovereignty) แต่อย่างใด

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สองมีขึ้นเพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสองฉบับเกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศในบัญชีรายชื่อเลือกตั้ง กล่าวคือ ในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1982 สมาชิกวุฒิสภาที่มีแนวคิดอนุรักษ์นิยมเสนอกฎหมายต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้งระดับเทศบาล ในมาตรา 4 เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลภายในเขตเทศบาล (commune) ที่มีผู้อยู่อาศัยตั้งแต่ 3,500

<sup>179</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.356; วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่าเมื่อเกิดปัญหาขัดแย้งกันเกี่ยวกับการตีความ ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดและให้ความหมายสุดท้ายว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเรื่องนั้นหมายความว่าอย่างไร โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), น.12.

<sup>180</sup> Décision no 93-325 DC of 13 August 1993, กฎหมายควบคุมการเข้าเมืองและเงื่อนไขเกี่ยวกับการเข้าเมือง การรับเข้าเมือง และการอยู่อาศัยของคนต่างชาติในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส. cited in Maartje de Visser, *supra note 130*, p.357.

คนขึ้นไป เพื่อให้ระบบบัญชีรายชื่อตั้งอยู่บนพื้นฐานของตัวแทนแบบสัดส่วน (proportional representation) พรรคการเมืองจึงไม่สามารถกำหนดผู้สมัครรับเลือกตั้งเขตใดเขตหนึ่งเกินกว่าร้อยละ 75 ในบัญชีนั้นได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาโศดงกล่าวแล้วเห็นว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>181</sup> โดยมีคำวินิจฉัย ดังนี้

“[6] รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยชาติเป็นของประชาชนซึ่งใช้อำนาจผ่านทางตัวแทนและโดยวิธีการทำประชามติ ไม่มีบทบัญญัติแห่งมาตราใดที่ประชาชนหรือปัจเจกบุคคลสามารถอ้างอำนาจดังกล่าวได้โดยลำพัง การออกเสียงเลือกตั้งจะต้องกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อม ทั่วไป เสมอภาค และลับตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พลเมืองชาวฝรั่งเศสทุกคนไม่ว่าเพศใดที่มีสิทธิพลเมืองและสิทธิในทางการเมืองย่อมสามารถออกเสียงได้ตามที่กฎหมายกำหนด และคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Declaration of Human and Civic Rights) ข้อ 6 บัญญัติว่า “พลเมืองทุกคนซึ่งเสมอภาคกันตามกฎหมายมีสิทธิได้รับเลือกตั้งในตำแหน่งทางการเมืองตามความสามารถของแต่ละคน และปราศจากการแบ่งแยกใด ๆ เว้นแต่การแบ่งแยกด้วยคุณธรรมและความสามารถ”

[7] เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวร่วมกันแล้ว พลเมืองย่อมมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งโดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติบนฐานของอายุ ความพิการ สัญชาติ หรือบนฐานใด ๆ เพื่อปกป้องเสรีภาพของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หรือความเป็นอิสระของผู้สมัครรับเลือกตั้ง หลักการทางรัฐธรรมนูญเหล่านี้เป็นการจัดการแบ่งแยกบุคคลเพื่อให้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง ซึ่งใช้กับการเลือกตั้งทุกประเภท โดยเฉพาะการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล

[8] ด้วยเหตุดังกล่าว การกำหนดบัญชีรายชื่อเสนอแก่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งโดยแบ่งแยกผู้สมัครรับเลือกตั้งบนฐานของเพศจึงขัดต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญข้างต้น”<sup>182</sup>

กรณีข้างต้นคล้ายคลึงกับกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งระดับภาค ค.ศ. 1998 ที่กำหนดให้บัญชีรายชื่อเลือกตั้งแต่ละบัญชีควรมีผู้สมัครรับเลือกตั้งเพศชายและหญิงเท่าเทียมกัน

<sup>181</sup> *Ibid.*, p.357.

<sup>182</sup> Décision 82-146 DC of 18 November 1982, กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายเลือกตั้งและประมวลกฎหมายเทศบาลและการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลและเงื่อนไขการลงทะเบียนเลือกตั้งของคนสัญชาติฝรั่งเศสที่อาศัยนอกประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส. cited in *Ibid.*, pp.357-358.

โดยเป็นผลมาจากความสำเร็จของสมาชิกวุฒิสภาในการโต้แย้งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีก่อน<sup>183</sup>

ผลที่ตามมาจากการใช้กฎหมายฉบับนี้และก่อนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยรัฐบาลได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อสนับสนุนการมีส่วนร่วมในทางการเมืองของเพศหญิง ถึงแม้จะมีความเห็นว่ากลุ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (bloc de constitutionalité) อนุญาตให้กฎหมายสามารถกำหนดโควตาทางเพศในตำแหน่งทางการเมืองได้ แต่รัฐบาลรับรู้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยในทางตรงกันข้ามได้ จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 กล่าวคือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ. 1982 ว่าการมีส่วนร่วมในทางการเมืองนั้นห้ามแบ่งแยกระหว่างเพศชายและหญิง เพราะฉะนั้น จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ที่ยืนยันว่าอำนาจอธิปไตยชาติแบ่งแยกมิได้และมีความเป็นสากล โดยประนีประนอมระหว่างหลักการดังกล่าวกับเป้าหมายในการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันในการเป็นผู้แทนของเพศชายและหญิง กรณีดังกล่าวเป็นวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม”<sup>184</sup>

ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1999 สมาชิกวุฒิสภาลงมติให้ความเห็นชอบการเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 3 ใหม่ว่า “กฎหมายทุกฉบับต้องสนับสนุนการเข้าถึงที่เท่าเทียมของเพศหญิงและชายในตำแหน่งทางการเมือง”<sup>185</sup> ภายในปีเดียวกัน รัฐสภาตรากฎหมายอื่นเพื่อสนับสนุนการเข้าถึงที่เท่าเทียมของเพศชายและหญิงในตำแหน่งทางการเมือง กฎหมายดังกล่าวกำหนดว่า ความแตกต่างของจำนวนผู้สมัครรับเลือกตั้งในบัญชีรายชื่อของเพศหนึ่งต้องไม่มากกว่าอีกเพศหนึ่ง สำหรับการเลือกตั้งทุกระดับที่ใช้ระบบบัญชีรายชื่อแบบบัตรลงคะแนนใบเดียว (single-ballot list system) บัญชีรายชื่อแต่ละบัญชีต้องประกอบไปด้วยผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีเพศแตกต่างกัน ส่วนระบบบัญชีรายชื่อแบบบัตรลงคะแนนสองใบ (two-ballot-list system) ภายในกลุ่มผู้สมัครรับเลือกตั้งทุกคนในบัญชีรายชื่อต้องมีจำนวนบุคคลในแต่ละเพศที่เท่ากัน กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งโดยทันทีจากสมาชิกวุฒิสภากลุ่มหนึ่งว่าการกำหนดโควตานั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคดีก่อน อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยกคำร้องโดยให้เหตุผลว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

<sup>183</sup> Décision 98-407 DC of 14 January 1999, กฎหมายกำหนดวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาภาคและสภาแคว้น Corsica และการดำเนินงานของสภาภาค. cited in *Ibid.*, p.358.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p.358.

<sup>185</sup> รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม หมายเลข 99-569 ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999

สามารถกำหนดกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ได้และทำให้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีลักษณะถึงที่สุด (res judicata)<sup>186</sup> ดังนี้

“[6] ประการแรก ภายใต้บังคับแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 7, 16 และ 89 เพื่อปกป้องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติใหม่เปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์หรือหลักการทางรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติข้างต้นมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดข้อจำกัดทางรัฐธรรมนูญจากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การร้องขอของคู่ความเพื่อให้บังคับตามคำวินิจฉัยดังกล่าวจึงไม่ชอบ

[7] ประการที่สอง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคห้า หากพิจารณารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1999 มีเจตนารมณ์ให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการสร้างหลักการเข้าถึงที่เท่าเทียมกันของเพศหญิงและชายในตำแหน่งทางการเมือง แต่บทบัญญัติใหม่ตามรัฐธรรมนูญต้องกระทำตามกฎเกณฑ์และหลักการทางรัฐธรรมนูญ

[8] บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกต้องแย้งกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งแต่ละเพศของบัญชีรายชื่อในการเลือกตั้งแบบสัดส่วนเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัตินำมาใช้ภายใต้บทบัญญัติใหม่ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 จึงไม่ขัดหรือแย้งกฎเกณฑ์หรือหลักการทางรัฐธรรมนูญ”<sup>187</sup>

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่สามเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2003 เพื่อลดขนาดของการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นทางพื้นที่ให้เล็กลง<sup>188</sup> ภายหลังจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยให้ความพยายามในการลดขนาดของสภาแคว้น Corsica ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>189</sup> การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ สมาชิกวุฒิสภาคนหนึ่งโต้แย้งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่มีอำนาจในการประกาศความไม่ชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม<sup>190</sup>

<sup>186</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, pp.358-359.

<sup>187</sup> Décision no 2000-429 DC of 30 May 2000, Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions electives. cited in *Ibid.*, p.359.

<sup>188</sup> Loi constitutionnelle no 2003-276 of 28 March 2002, relative à l'organisation décentralisée de la République. cited in *Ibid.*, p.360.

<sup>189</sup> Décision no 2001-454 DC of 17 January 2002, Loi relative à la Corse. cited in *Ibid.*, p.360.

<sup>190</sup> Décision no 2003-469 DC of 26 March 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République. cited in *Ibid.*, p.360.

ส่วนในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เพิกถอนกฎหมายหลายฉบับซึ่งสนับสนุนความเท่าเทียมทางเพศในบัญชีรายชื่อเลือกตั้ง กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1993 มีการปฏิรูประบบการเลือกตั้งของอิตาลี และเกรงกันว่าระบบการเลือกตั้งใหม่จะทำให้เกิดผลในทางตรงกันข้ามเรื่องการดำรงตำแหน่งทางการเมืองของเพศหญิง เพราะฉะนั้น กฎหมายใหม่จึงห้ามผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีเพศเดียวกันเกินกว่า 2 ใน 3 ของผู้สมัครรับเลือกตั้งทั้งหมดในบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งระดับท้องถิ่นและแคว้น ส่วนบัญชีรายชื่อสำหรับการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาต้องผลัดเปลี่ยนกันระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งเพศชายและหญิง<sup>191</sup> เมื่อมีการโต้แย้งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า

“[รัฐธรรมนูญ] มาตรา 3 วรรคหนึ่ง และมาตรา 51 วรรคหนึ่งรับรองความเท่าเทียมกันระหว่างเพศในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง คุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งจึงไม่อาจพิจารณาเรื่องเพศได้ ผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมายเลือกตั้งย่อมมีสิทธิเสนอชื่อเป็นบัญชีรายชื่อหรือคนเดียวตามประเภทของระบบเลือกตั้ง โดยเป็นเงื่อนไขขั้นต้นและจำเป็นในการได้รับเลือกตั้งตามที่มาตรา 51 วรรคหนึ่งกำหนดไว้ เพราะฉะนั้น กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องมาจากโควตาซึ่งพิจารณาเพศของผู้สมัครรับเลือกตั้งจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...

แต่ถ้ากฎหมาย [ที่สนับสนุนความเท่าเทียมกันระหว่างเพศ] สามารถจัดความไม่เสมอภาคทางสังคมหรือเศรษฐกิจระหว่างปัจเจกบุคคลได้ [กฎหมายนั้น] ย่อมไม่ขัดต่อเนื้อหาแห่งสิทธิที่รับรองความเสมอภาคของพลเมือง แต่สิทธิออกเสียงเลือกตั้งเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่อาจจำกัดได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง เป็นความเสมอภาคสัมบูรณ์ประเภทหนึ่ง เพราะฉะนั้น การเลือกปฏิบัติบนฐานของความแตกต่างทางเพศจึงกระทำมิได้”<sup>192</sup>

คำวินิจฉัยดังกล่าวส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2 ครั้ง ครั้งแรกในปี ค.ศ. 2001 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับแคว้น เหตุผลที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ก็เพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และส่งเสริมความเท่าเทียมทางเพศตามมาตรา 117 ซึ่งกำหนดเขตอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างรัฐบาลทั้งสองระดับ<sup>193</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวรรคเจ็ดซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายของแคว้นต้องจัดอุปสรรคที่ปกป้องความเสมอภาคของเพศชายและหญิงในทางสังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจ และสนับสนุนโอกาสใน

<sup>191</sup> *Ibid.*, p.360.

<sup>192</sup> Sentenza 422/1995 of 6 September 1995. cited in *Ibid.*, pp.360-361.

<sup>193</sup> Elisabetta Palici di Suni, “Gender Parity and Quotas in Italy: A Convolved Reform Process,” *West European Politics*, Vol.35, No.2, pp.380, 384 (2012).

การเข้าถึงที่เท่าเทียมกันของเพศชายและหญิงในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง”<sup>194</sup> นอกจากนี้ การที่กฎหมายของแคว้น Valle d’Aosta กำหนดให้บัตรเลือกตั้งสมาชิกสภาแคว้นต้องมีผู้สมัครรับเลือกตั้งทั้งสองเพศ รัฐบาลโต้แย้งว่าการกระทำดังกล่าวไม่สอดคล้องกับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 และ 51 ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก่อนหน้านั้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งมาตรา 117 โดยเปลี่ยนท่าทีมาเป็นการยอมรับความพยายามของฝ่ายนิติบัญญัติในการสนับสนุนความเท่าเทียมทางเพศในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง<sup>195</sup> ดังนี้

“บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งมิได้เพิ่มเติมคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งในเขตใดเขตหนึ่ง บทบังคับนั้นถูกกำหนดโดยกฎหมายซึ่งพิจารณาเฉพาะการเสนอชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อหรือคนเดียว และเป็นผลมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย [ของบัญชีรายชื่อเลือกตั้ง]

ข้อจำกัดทางกฎหมายซึ่งให้เสรีภาพพรรคการเมืองและกลุ่มในการเสนอบัญชีชื่อนั้น ต้องพิจารณาประกอบกับกรอบทางรัฐธรรมนูญอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย

[ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 2/2001 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้กฎหมายเลือกตั้งระดับแคว้นควรสนับสนุนความเท่าเทียมระหว่างเพศของผู้แทน และรัฐธรรมนูญ มาตรา 117]

เพราะฉะนั้น [บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใหม่] จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสมดุลและกำหนดหน้าที่ในการสนับสนุนการเข้าถึงที่เท่าเทียมให้แก่สภา [แคว้น] โดยอ้างถึงกฎหมายเลือกตั้งเป็นการเฉพาะ

กฎหมายเลือกตั้งของแคว้น Valle d’Aosta มีข้อจำกัดทางกฎหมายโดยเคารพการตัดสินใจเลือกและเสนอผู้สมัครรับเลือกตั้งในบัญชีรายชื่อ ข้อจำกัดดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของการสนับสนุนว่าต้องบัญญัติกฎหมายให้ชัดเจน

ข้อจำกัดดังกล่าวไม่ให้ความสำคัญกับการประกอบกันเป็นบัญชีรายชื่อและกระทบกระเทือนสิทธิของพลเมือง เสรีภาพของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หรือโอกาสที่เท่าเทียมกันของบัญชีรายชื่อ ผู้สมัครรับเลือกตั้งและผู้สมัครรับเลือกตั้งคู่แข่งกัน กฎหมายดังกล่าวเป็นการแสดงออกที่ชอบด้วยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำให้วัตถุประสงค์ของการสนับสนุนดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างแท้จริง”<sup>196</sup>

ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2003 บทบัญญัติใหม่ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 51 ให้อำนาจอรัฐในการกำหนด “มาตรการพิเศษเพื่อสนับสนุนโอกาสที่เท่าเทียมทางเพศ

<sup>194</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 3 ลงวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 2001

<sup>195</sup> Maartje de Visser, *supra note 130*, p.361.

<sup>196</sup> Sentenza 49/2003 of 10 February 2003. cited in *Ibid.*, pp.361-362.

ระหว่างเพศชายและหญิง”<sup>197</sup> ในคำวินิจฉัยปี ค.ศ. 2009 ศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสองครั้งเพื่อกลับแนวคำวินิจฉัยโดยสนับสนุนโควตาทางเพศสำหรับการเลือกตั้งในแคว้น Campania และให้โอกาสผู้มีสิทธิเลือกตั้งเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งสองคนในบัญชีรายชื่อเดียวกัน แม้ว่าแต่ละคนจะมีเพศที่แตกต่างกันก็ตาม<sup>198</sup>

คดีเกี่ยวกับความเท่าเทียมทางเพศมิได้เป็นคดีแรกที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตอบโต้ศาลรัฐธรรมนูญ แต่เคยเกิดขึ้นก่อนหน้าแล้วในปี ค.ศ. 1999 โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 111 เพื่อใช้ระบบการพิจารณาคดีแบบกล่าวหามากขึ้น ภายหลังจากศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการปฏิรูปของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอิตาลี<sup>199</sup>

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี นับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมา การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งล่าสุดเกิดขึ้นทันทีภายหลังจากมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เกี่ยวกับการบริหารผลประโยชน์ทางสังคม (social benefit)<sup>200</sup> ตามประมวลกฎหมายประกันสังคม (Social Insurance Code) ฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์ได้มอบอำนาจการจ่ายเงินช่วยเหลือให้แก่ผู้หางานไปยังประชาคมท้องถิ่นและหน่วยงานการจ้างงานแห่งสหพันธ์ (federal employment agency) โดยสร้างระบบ “แรงงานสัมพันธ์ (labour consortia)” แบบผสมขึ้นมา เทศบาลและมลรัฐ (Länder) หลายแห่งร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการปกครองตนเอง (self-government) ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้<sup>201</sup>

ในคำวินิจฉัยเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2007 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ในทางหลักการ รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้สหพันธ์และมลรัฐใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกัน และไม่มีเหตุผลพิเศษ

<sup>197</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 1/2003

<sup>198</sup> Sentenza 4/2010 of 15 December 2009. cited in Maartje de Visser, *supra note 130*, p.362.

<sup>199</sup> Sentenza 24/1992 of 22 January 1992; sentenza 254/1992 of 18 May 1992; sentenza 255/1992 of 18 May 1992; sentenza 361/1988 of 26 October 1998; การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 111 เป็นผลมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 2/1999. cited in *Ibid.*, p.362.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p.363.

<sup>201</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 93 (4); รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 71-72

ในการอนุญาตให้ใช้อำนาจร่วมกัน (Gemeinschaftsaufgaben)<sup>202</sup> บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (federalism) หลายประการ กล่าวคือ ประการแรก การแบ่งอำนาจหน้าที่ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้งานเกี่ยวกับการปกครองอยู่ในอำนาจของมลรัฐ ประการที่สอง หลักความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ทางนิติบัญญัติ (Principle of own responsibility for the execution of legislation) ซึ่งบังคับให้องค์กรทางปกครองที่มีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่สามารถใช้ทรัพยากรของตนเองได้ ไม่ว่าจะส่วนบุคคล งบประมาณและการบริหารจัดการ ส่วนประการสุดท้าย หลักความรับผิดชอบที่ชัดเจน (Principle of clarify of responsibility; Verantwortungsklarheit) ที่เรียกร้องการแบ่งการกระทำของรัฐให้ชัดเจนว่าจะนำกฎหมายสหพันธ์หรือมลรัฐไปใช้บังคับกับข้อพิพาทศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงมีคำวินิจฉัยโดยเลื่อนวันที่ประกาศความเสียเปล่ากฎหมาย และกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2010<sup>203</sup>

ในระยะเวลาต่อมา รัฐบาลแห่งสหพันธ์จึงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่ออนุญาตให้มีความร่วมมือกันระหว่างรัฐบาลทั้งสองระดับในเรื่องประกันสังคม (social security) ได้เพื่อตอบโต้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์<sup>204</sup> ในช่วง 6 เดือนก่อนครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งมาตรา 91e ใหม่เข้าไปในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในวรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “การตรากฎหมายสหพันธ์ในขอบเขตเกี่ยวกับการสนับสนุนขั้นพื้นฐานแก่บุคคลผู้หางาน สหพันธ์และมลรัฐ หรือเทศบาลและสมาคมเทศบาลอาจรับผิดชอบตามที่กฎหมายสหพันธ์กำหนดให้ร่วมมือกันได้” เพราะฉะนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญข้างต้นจึงทำให้ระบบแรงงานสัมพันธ์ซึ่งเดิมศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> BVerfG, 2 BvR 2433/04 (2007). cited in Maartje de Visser, *supra note 130*, p.363.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p.363.

<sup>204</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art 91e). cited in *Ibid.*, p.363.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p.363.



## บทที่ 2

### การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาภาพรวมเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนที่จะพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้นจำเป็นต้องพิจารณาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ เสียก่อน ในบทนี้จึงศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบอบรวมอำนาจ อันประกอบไปด้วยประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี โดยพิจารณารูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากช่วงเวลาของการตรวจสอบ อันได้แก่ การตรวจสอบก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ และลักษณะของการตรวจสอบ อันได้แก่ การตรวจสอบแบบนามธรรมและรูปธรรม อนึ่ง ในบทนี้มุ่งพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะรัฐบัญญัติและรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่มีรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเท่านั้น หลังจากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยกรณีดังกล่าว

#### 2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมและรูปธรรม หลังจากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

##### 2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้น<sup>1</sup> สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ

<sup>1</sup> มีข้อสังเกตว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีก็มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีได้ให้อำนาจอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่

นามธรรม และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.1.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 93 (1) ข้อ 2 บัญญัติว่า “กรณีที่เกิดข้อโต้แย้งหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความสอดคล้องในทางรูปแบบหรือเนื้อหาของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐกับรัฐธรรมนูญ หรือความสอดคล้องระหว่างกฎหมายมลรัฐกับกฎหมายสหพันธ์ เมื่อได้รับคำร้องจากรัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวนหนึ่งในสี่ของสมาชิกทั้งหมด” การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมนั้นมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

บทบัญญัติแห่งมาตรา 93 (1) ข้อ 2 จำกัดผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมเฉพาะรัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมด

เหตุผลที่รัฐบาลแห่งสหพันธ์และรัฐบาลแห่งมลรัฐเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องนั้นสืบเนื่องมาจากความเป็นสหพันธ์รัฐ<sup>2</sup> ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดขอบอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐ การโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นจากการโต้แย้งขอบอำนาจในการตรากฎหมาย<sup>3</sup> ซึ่งรัฐบาลแห่งมลรัฐโต้แย้งรัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลของมลรัฐแห่ง

---

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งรัฐสภาอนุวัติการตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศก่อนที่ประธานาธิบดีจะลงนามและให้สัตยาบันนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ. see Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014), pp.108-109.

<sup>2</sup> Cf. BVerfGE 9, 268 (277). cited in Jörn Ipsen, “Constitutional Review of Laws,” in *Main Principles of the German Basic Law: The Contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law*, ed. Christian Starck (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), p.118.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.118.

หนึ่งโต้แย้งรัฐบาลของมลรัฐอีกแห่งหนึ่งซึ่งมาจากพรรคการเมืองที่แตกต่างกัน<sup>4</sup> ส่วนเหตุผลที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) จำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของสมาชิกทั้งหมดเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องนั้นก็เพื่อปกป้องเสียงข้างน้อยในรัฐสภา พรรคการเมืองฝ่ายค้านจึงมักจะใช้ช่องทางนี้ในการเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>5</sup>

มีประเด็นที่น่าสนใจว่า สภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์ (Bundesrat) มิได้เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 93 (1) ข้อ 2 ซึ่งอธิบายได้ว่า องค์ประกอบของสภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์นั้นประกอบไปด้วยสมาชิกของรัฐบาลแห่งมลรัฐ และในทางข้อเท็จจริงรัฐบาลแห่งมลรัฐไม่ค่อยเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเกิดขึ้นค่อนข้างยาก นอกจากนี้ มลรัฐแต่ละมลรัฐมีสิทธิในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อยู่แล้ว การกำหนดให้สภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องจึงไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด<sup>6</sup>

### (2) ระยะเวลาเสนอเรื่อง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มิได้กำหนดระยะเวลาสำหรับการเสนอเรื่อง เพราะฉะนั้น ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่ากฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เสมอ<sup>7</sup>

### (3) รูปแบบการตรวจสอบ

รูปแบบในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมตามมาตรา 93 (1) ข้อ 2 นั้นอาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ กล่าวคือ รูปแบบแรก ข้อโต้แย้งหรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความสอดคล้องของกฎหมายสหพันธ์ต่อรัฐธรรมนูญ รูปแบบที่สอง ข้อโต้แย้ง

<sup>4</sup> Nigel Foster and Satish Sule, *German Legal System and Laws*, 4th ed. (New York: Oxford University Press, 2010), p.275.

<sup>5</sup> K. Stern, *Staatsrecht II*, p.985. cited in Jörn Ipsen, *supra note 2*, p.118.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>7</sup> อิศสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัยเรื่อง ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2546), น.76.

หรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความสอดคล้องของกฎหมายมลรัฐต่อรัฐธรรมนูญ และรูปแบบสุดท้าย ข้อโต้แย้ง หรือข้อสงสัยเกี่ยวกับความสอดคล้องของกฎหมายมลรัฐต่อกฎหมายสหพันธ์<sup>8</sup>

#### (4) ขอบเขตการตรวจสอบ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องตรวจสอบว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบ และเนื้อหา<sup>9</sup> เกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบ ได้แก่ วิธีพิจารณาความรัฐธรรมนูญ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ภายใต้รัฐธรรมนูญ หลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ และคำปรารภของรัฐธรรมนูญเฉพาะในบางคดี ขอบเขตของการตรวจสอบมิได้ถูกจำกัดเฉพาะตามที่คู่ความกล่าวอ้างเท่านั้น<sup>10</sup> เนื่องจากการตรวจสอบกรณีดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญ จึงให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการตรวจสอบอย่างกว้างขวาง<sup>11</sup>

##### 2.1.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) บัญญัติว่า “หากการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องใดซึ่งศาลเห็นว่าบัพัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีในเรื่องนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้ศาลงดการพิจารณาพิพากษาไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว ถ้าหากกรณีนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐ ให้ศาลนั้นเสนอเรื่องดังกล่าวให้ศาลแห่งมลรัฐที่มีเขตอำนาจในเรื่องข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หากกรณีนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ให้ศาลนั้นเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัย ให้นำบัพัญญัตินี้มาใช้กับกรณีที่กฎหมายมลรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือกรณีที่กฎหมายมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายสหพันธ์”

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนั้น เหตุผลที่ศาลที่พิจารณาคดีต้องเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่เพียงผู้เดียวเพื่อปกป้องอำนาจอธิปไตยจากกรณีที่องค์กรตุลาการใช้บังคับกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และทำให้แนวทางในการวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

<sup>8</sup> Jörn Ipsen, *supra note 2*, p.119.

<sup>9</sup> BverfGE 1, 184 (195 et seq.) cited in *Ibid.*, p.119.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp.119-120.

<sup>11</sup> BverfGE 12, 205 (222). cited in *Ibid.*, p.120.

กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ป้องกันความขัดแย้งระหว่างคำพิพากษาของศาลล่างที่มีความแตกต่างกัน<sup>12</sup> ในการตรวจสอบกรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

### (1) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนั้น ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้แก่ บรรดาศาลทั้งหลาย หรือที่เรียกว่า “การเสนอเรื่องโดยผู้พิพากษา (Richtervorlage)” เพราะฉะนั้น ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องจึงมิใช่คู่ความในคดี (Verfahrensbeteiligte) หรือฝ่ายปกครองซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ แต่อย่างใด

เหตุผลที่รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองเสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น สืบเนื่องจากเหตุผลเชิงโครงสร้างในทางบังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ฝ่ายปกครองอาจเสนอให้รัฐมนตรีเป็นผู้เสนอเรื่องดังกล่าวได้ นอกจากนี้ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ยังเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม หากฝ่ายปกครองยังคงใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต่อไป บุคคลที่ได้รับผลกระทบในเรื่องดังกล่าวอาจเสนอเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลได้ และหากศาลที่พิจารณาเรื่องนั้นเห็นว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลอาจเสนอเรื่องนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยต่อไป<sup>13</sup>

#### 1. ความหมายของคำว่า “ศาล (Gerichtsbegriff)”

คำว่า “ศาล” หมายถึง องค์กรพิจารณาวินิจฉัยที่มีความเป็นอิสระซึ่งกฎหมายได้มอบหมายภาระหน้าที่ในทางพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดี และเป็นองค์กรที่เรียกว่า “ศาล”<sup>14</sup> ดังนั้น องค์กรศาลในที่นี้จึงหมายถึง ศาลทั้งหมดแห่งสหพันธ์ (Bundesgerichte) และศาลแห่งมลรัฐ (Landesgerichte) และหมายความรวมถึงศาลทุกระบบศาล อันได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลภาษี และศาลสังคม นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม

<sup>12</sup> Werner Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*, (London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011), p.173.

<sup>13</sup> Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*, Heidelberg 1991, S.303. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น.188.

<sup>14</sup> Benda/Klein, S.304; BVerfGE 6, 55 S (63); 30, 170 (171). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วน*, น.188.

ตาม ศาลในที่นี้มีได้หมายความว่ารวมถึงศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เอง เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเป็นศาลเดียวที่สามารถพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้<sup>15</sup>

## 2. ศาลที่เสนอเรื่อง (Vorlegendes Gericht)

ศาลที่มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้แก่ ศาลที่ต้องพิจารณาพิพากษาปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลนั้นขึ้นอยู่กับข้อบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งศาลเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลสูงสุดก็ได้ การเสนอเรื่องนั้นให้ศาลเสนอโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยไม่จำเป็นต้องเสนอต่อศาลสูงสุดของสาขาศาลนั้นหรือฝ่ายบริหารของศาล<sup>16</sup>

### (2) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยนั้นอาจกระทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นการพิจารณาวินิจฉัย “กฎหมาย” ตามความหมายของมาตรา 100 (1) เท่านั้น โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยได้เฉพาะกฎหมายในทางรูปแบบที่มีผลใช้บังคับภายหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีผลใช้บังคับ (formelle nachkonstitutionelle Gesetze) เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็กฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐโดยไม่ต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมาย กฎหมายที่อาจเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยได้นั้นจึงต้องเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วและยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เพราะฉะนั้น การตรวจสอบก่อนระยะเวลาดังกล่าวหรือในลักษณะป้องกัน (Präventivvorlagen) จึงไม่อาจกระทำได้<sup>17</sup> กฎหมายในทางรูปแบบมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

#### 1. ลักษณะของกฎหมายในทางรูปแบบ

กฎหมายในทางรูปแบบ หมายถึง กฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากรัฐสภา ในกรณีกฎหมายงบประมาณ (Haushaltsgesetz) นั้น หากพิจารณาในทางรูปแบบแล้วย่อมเป็นกฎหมายในทางรูปแบบ แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่นั้นยังต้องพิจารณาถึงความสำคัญและความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัย

<sup>15</sup> Ulsamer, in: BVerfGG-Kommentar, § 80. Rdnr. 171. อ้างถึงใน *เพ็งอ้าง*, น.188-189.

<sup>16</sup> *เพ็งอ้าง*, น.189.

<sup>17</sup> Röwer, NVwZ 1983, S.145; W. Schmidt, NVwZ 1982, S.181ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้าง*, น.190.

(Entscheidungserheblichkeit) ของกฎหมายด้วย ซึ่งในกรณีของกฎหมายงบประมาณอาจไม่มีความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัย<sup>18</sup>

ในบางกรณีรัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นกฎหมายในทางรูปแบบด้วยเหตุผลพิเศษ ถึงแม้กฎหมายดังกล่าวมิได้รับการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติก็ตาม เช่น กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 81<sup>19</sup> หรือกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยคณะกรรมการร่วมในกรณีสถานการณ์การป้องกันประเทศตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 53a มาตรา 115e (2) เป็นต้น<sup>20</sup>

2. กฎหมายในทางรูปแบบต้องเป็นกฎหมายซึ่งตราขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีผลใช้บังคับ (nachkonstitutionelle Gesetze)

2.1 ความหมายของกฎหมายซึ่งตราขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีผลใช้บังคับ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะกฎหมายในทางรูปแบบซึ่งตราขึ้นภายหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีผลใช้บังคับ เนื่องจากการคุ้มครององค์กรนิติบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) นั้นผูกพันอยู่กับองค์กรนิติบัญญัติที่อยู่ภายใต้การปกครองของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>21</sup> ซึ่งเริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949<sup>22</sup> เพราะฉะนั้น กฎหมายซึ่งตราขึ้นภายหลังระยะเวลาดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ เช่น กฎหมายเลือกตั้ง (Wahlgesetze) ซึ่งตราขึ้นโดยสภานิติบัญญัติ (Parlamentarischer Rat) ถึงแม้ว่ามีได้ตราขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์ก็ตาม เป็นต้น<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Benda/Klein, S.307. อ้างถึงใน *เฟิ่งอ้วง*, น.190.

<sup>19</sup> BVerfGE 1, 184 (201); 17, 208 (201). อ้างถึงใน *เฟิ่งอ้วง*, น.191.

<sup>20</sup> Ulsamer, in: BVerfGG-Kommentar, § 80. Rdnr. 47a. อ้างถึงใน *เฟิ่งอ้วง*, น.191-192.

<sup>21</sup> BVerfGE 2, 124 (131). อ้างถึงใน *เฟิ่งอ้วง*, น.192-193.

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 145 วรรคสอง

<sup>23</sup> Benda/Klein, S.309. อ้างถึงใน *บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.193.

2.2 การแสดงเจตนาได้รับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีมาก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (vorkonstitutionelle Rechte) ให้เป็นกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันโดยองค์การนิติบัญญัติ

เนื่องจากมีกฎหมายในทางรูปแบบที่สำคัญจำนวนมากซึ่งได้รับการบัญญัติหรือมีผลใช้บังคับก่อนปี ค.ศ. 1949 และกฎหมายบางฉบับมีผลมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19 ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายอาญา (StGB) และประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) เป็นต้น จึงมีความจำเป็นต้องให้กฎหมายเหล่านั้นเป็นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถตรวจสอบได้ในกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายหลังจากรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ขยายขอบเขตของกฎหมายให้หมายความรวมถึงกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้แสดงเจตนาได้รับกฎหมายนั้น ๆ ให้อยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>24</sup>

การขยายขอบเขตดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ซึ่งตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์<sup>25</sup> การทำให้กฎหมายที่มีผลบังคับก่อนมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันสามารถกระทำได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติแสดงเจตนาจึงรับกฎหมายนั้น ๆ ด้วยวิธีการมีมติในทางข้อเท็จจริงที่ให้การรับรองว่ากฎหมายฉบับนั้นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>26</sup> ตัวอย่างเช่น ประกาศใช้กฎหมายฉบับนั้นใหม่หรือการที่กฎหมายฉบับใหม่ (กฎหมายที่มีผลใช้บังคับหลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ) ได้อ้างถึงกฎหมายฉบับเก่า (ก่อนใช้บังคับรัฐธรรมนูญ) เป็นต้น<sup>27</sup>

**(3) ความแน่ใจของศาลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungsrechtswidrigkeit der Norm)**

ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) นั้น หากความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือในกรณีของกฎหมายมลรัฐขัดหรือแย้งต่อกฎหมายสหพันธ์ เงื่อนไขดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการตรวจสอบทาง

<sup>24</sup> BVerfGE 6, 55 (65); 32, 296 (299); 60, 135 (149). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.194.

<sup>25</sup> BVerfGE 11, 126 (129). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.194.

<sup>26</sup> Benda/Klein, S.310. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.194.

<sup>27</sup> Gerhard Robbers, Verfassungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, München 1996, S.58. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.194-195.



เนื้อหา (Sachentscheidungs voraussetzung) นอกจากนี้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 80 (2) ได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า “ในการให้เหตุผลของศาลนั้นจะต้องกล่าวอ้างด้วยว่า การพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีนั้นขึ้นอยู่กับการใช้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น และกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อกฎหมายใด พร้อมทั้งให้แนบเอกสารต่าง ๆ มาพร้อมกันด้วย”<sup>28</sup>

### 1. ความหมายของคำว่าความแน่ใจ (Überzeugung)

ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 100 (1) นั้น หากเป็นเพียงความสงสัย (Zweifel) ว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัย<sup>29</sup> กรณีดังกล่าวจึงเป็นเกณฑ์ในการจำแนกระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (konkret) กับนามธรรม (abstrakt) การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยนั้นต้องมีความจำเป็นที่ต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>30</sup> ความจำเป็นดังกล่าวต้องเป็นความเห็นของศาลนั้นจริง ๆ มิใช่เป็นเพียงศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่ามีความเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>31</sup>

### 2. สาระสำคัญของความแน่ใจ

เพื่อให้ศาลที่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แน่ใจว่ากฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า จำเป็นที่ศาลต้องตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งสองบทบัญญัติ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า<sup>32</sup> ความแน่ใจของศาลย่อมขึ้นอยู่กับคดีความของศาล โดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับการตีความดังกล่าวหากไม่ขัดต่อคำวินิจฉัยของศาลนั่นเอง หรือมิใช่กรณีที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นการตีความที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>33</sup> ซึ่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 80 มิได้กำหนดเงื่อนไขว่าความแน่ใจของศาลที่เสนอ

<sup>28</sup> เฟ็งอ้วง, น.197.

<sup>29</sup> BVerfGE 1, 184 (189); 16, 188 (189); 80, 54 (58). อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.197.

<sup>30</sup> BVerfGE 78, 20 (24). อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.197.

<sup>31</sup> เฟ็งอ้วง, น.198.

<sup>32</sup> Benda/Klein, S.322. อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.198.

<sup>33</sup> BVerfGE 77, 340 (344); 78, 232 (243); 80, 182 (185). อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.198.

เรื่องนั้นต้องเป็นความแน่ใจที่ถูกต้องด้วย หากศาลได้ให้เหตุผลตามความเห็นของศาลและความเห็นนั้นมีเหตุผลก็ย่อมเป็นการเพียงพอแล้ว<sup>34</sup>

#### (4) ความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัย (Entscheidungserheblichkeit)

การเสนอเรื่องกรณีที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยกระทำได้เฉพาะกรณีที่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในเรื่องนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว<sup>35</sup> หรือที่เรียกว่า “ความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาวินิจฉัย (Entscheidungserheblichkeit)” ในทางกลับกัน หากปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องใดไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาปัญหาข้อเท็จจริงในศาลย่อมเป็นเพียงปัญหาในทางทฤษฎีที่ไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยได้<sup>36</sup>

##### 1. ความหมายของ “ความจำเป็น”

ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าความจำเป็นต้องถึงขนาดว่าหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มิได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นไม่อาจดำเนินต่อไปได้<sup>37</sup> หรือถ้าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการพิจารณาวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะส่งผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางอื่น<sup>38</sup> ในคดีที่มีการมีผลใช้บังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับพยานหลักฐาน<sup>39</sup> การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยเพื่อให้ศาลไม่ต้องสืบหรือพิสูจน์พยานหลักฐานในเรื่องนั้น กรณีดังกล่าวไม่อาจเสนอเรื่องให้

<sup>34</sup> BVerfGE 80, 59 (65). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.198.

<sup>35</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 80 วรรคสอง

<sup>36</sup> BVerfGE 51, 141 (164); 54, 47 (51). อ้างถึงใน *บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.199.

<sup>37</sup> BVerfGE 11, 330 (335); 50, 180 (113); 76, 100 (104); 79, 240 (244). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.199-200.

<sup>38</sup> BVerfGE 79, 240 (243); 74, 182 (123); 66, 1 (16); 45, 265 (277); 7, 171 (173); 60, 329 (338); 47, 146 (156); 42, 42 (50); 11, 330 (335); 63, 1 (22). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.200.

<sup>39</sup> BVerfGE 50, 108 (113). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.200.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยได้<sup>40</sup> การพิจารณาว่ามีความจำเป็นที่ต้องได้รับการพิจารณาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์หรือไม่นั้น โดยหลักการแล้วย่อมเป็นไปตามความเห็นของศาลนั้น<sup>41</sup>

2. การพิจารณาพิพากษาคดีนั้น “ขึ้นอยู่กับ (das darauf ankommen)” บทบัญญัติดังกล่าว

การพิจารณาพิพากษาคดีนั้น “ขึ้นอยู่กับ” บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมก่อให้เกิดผลที่แตกต่างไปจากการพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>42</sup> เนื้อหาของคดีที่จะพิจารณาพิพากษาอาจแสดงให้เห็นความสำคัญของการพิจารณาวินิจฉัยได้ เช่น ในคดีอาญา จำเลยกระทำการครบองค์ประกอบความผิดทุกประการแล้ว การกระทำของจำเลยย่อมเป็นความผิดตามกฎหมาย ในกรณีนี้การพิจารณาวินิจฉัยความผิดของจำเลยจึงขึ้นอยู่กับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาในเรื่องนั้นเท่านั้น เพราะฉะนั้น การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่จึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม กรณีไม่ถือว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล “ขึ้นอยู่กับ” บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น หากศาลได้ปฏิเสธการรับฟ้องคดีนั้นแล้ว เพราะกรณีไม่ครบตามองค์ประกอบของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หรือกรณีไม่อาจวินิจฉัยลงโทษจำเลยได้ เนื่องจากการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ถึงแม้บทบัญญัตินั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลแตกต่างกัน<sup>43</sup>

3. ข้อยกเว้นในการรับเรื่องไว้พิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

โดยหลักทั่วไปแล้วหากศาลที่พิจารณาคดีเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะรับเรื่องนั้น ๆ ไว้พิจารณาเสมอ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในกรณีความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องนั้นมีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนอย่างชัดเจน ซึ่งอาจเกิดขึ้นด้วยสาเหตุ 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง การตีความกฎหมายผิดพลาด อีกประการหนึ่ง การพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด

<sup>40</sup> Gerhard Robbers, S.60. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.200.

<sup>41</sup> *เพ็งอ้วง*, น.200.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 171 (173); 37, (334); 65 (265) (277). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.200.

<sup>43</sup> BVerfGE 77, 364 (368). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.200-201.

ตัวอย่างของความผิดพลาดที่ปรากฏอย่างชัดเจนตามคดี BVerfGE 78, 25 กล่าวคือ จำเลยในคดีซึ่งมิได้ยื่นคำร้องปฏิเสธการเป็นทหาร และมีได้เข้าประจำการในการเป็นทหาร ซึ่งในที่สุดจำเลยได้รับโทษตามกฎหมายอาญาทหาร ศาลอุทธรณ์ได้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่ากฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร มาตรา 3 กำหนดให้การทำหน้าที่ในทางทหารดังกล่าวอาจกระทำได้โดยการรับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ในงานกิจการพลเรือน (Zivildienst) ในกรณีที่บุคคลนั้นปฏิเสธการเป็นทหาร ศาลได้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า การเป็นเจ้าหน้าที่ในงานกิจการพลเรือนถือว่าเป็นรูปแบบของการรับราชการทหารรูปแบบหนึ่งนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 12a ประกอบกับมาตรา 4 (3) หรือไม่ในเรื่องดังกล่าวย่อมไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณา เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนี้จำเลยมิได้เสนอเรื่องเพื่อปฏิเสธการเป็นทหาร และมีได้เสนอเรื่องเพื่อขอทำหน้าที่ช่วยเหลือในงานกิจการพลเรือน คดีจึงไม่มีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเรื่องดังกล่าวแต่ประการใด<sup>44</sup>

#### (5) การระงับคดีไว้ชั่วคราว (Aussetzung)

การระงับคดีไว้ชั่วคราวเป็นเงื่อนไขบังคับให้มีการงดการดำเนินกระบวนการพิจารณาไว้ก่อน เนื่องจากกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลต่าง ๆ มิได้บัญญัติให้มีการระงับคดีอันสืบเนื่องมาจากการที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น บทบัญญัติแห่งมาตรา 100 (1) จึงเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมให้กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลต่าง ๆ มีความสมบูรณ์ และเป็นฐานทางกฎหมายที่ทำให้ศาลมีอำนาจงดการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลได้

การยื่นคำร้องเพื่อโต้แย้งการงดการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั่วคราวของศาลนั้นไม่อาจกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 100 (1) ประกอบกับรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 80 วรรคหนึ่ง กรณีดังกล่าวส่งผลให้ศาลที่เห็นว่ากฎหมายที่ใช้ในการพิจารณานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเสนอเรื่องให้ศาลสูงกว่าพิจารณาเสียก่อน เนื่องจากการพิจารณาในเรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น เพราะฉะนั้นการระงับคดีชั่วคราวตามมาตรา 100 (1) จึงเป็นกรณีพิเศษที่ไม่อยู่ภายใต้การโต้แย้งอย่างการระงับคดีในกรณีอื่น ๆ เช่น ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาตรา 148 มาตรา 252 หรือตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาตรา 94 มาตรา 146 วรรคหนึ่ง เป็นต้น

<sup>44</sup> เพิ่งอ้าง, น.201.

ผลของการระงับคดีชั่วคราว ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความในรื่องนั้นมาใช้บังคับ และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัย ให้ศาลนั้นดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป<sup>45</sup>

## 2.1.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นมีลักษณะพิเศษโดยสามารถแบ่งผลของคำวินิจฉัยออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ผลของความผูกพัน (Bindungswirkung) และผลบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

### 2.1.2.1 ผลของความผูกพัน (Bindungswirkung)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และมลรัฐ (die Verfassungsorgane des Bundes und Länder) รวมทั้งศาลและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลาย<sup>46</sup> ผลของความผูกพันดังกล่าวมิได้มีความมุ่งหมายให้มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป (erga omnes) หากแต่มีความมุ่งหมายต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการมีผลบังคับเป็นกฎหมายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ซึ่งมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป<sup>47</sup>

รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 31 (1) มิได้กำหนดอย่างชัดแจ้งว่า ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นครอบคลุมเนื้อหาส่วนใดของคำวินิจฉัย โดยปกติ คำพิพากษาของศาลทั่วไปมีผลผูกพันเฉพาะเนื้อหาในส่วนที่เป็นคำบังคับเท่านั้น เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงมีผลผูกพันเนื้อหาในส่วนที่เป็นคำบังคับ<sup>48</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังมีความเห็นว่า เหตุผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในส่วนเนื้อหาที่มีการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐ เช่นเดียวกับส่วนที่เป็นคำบังคับ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้เหตุผลแต่เพียงสั้น ๆ ว่า รัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ตีความและพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงมีอำนาจเด็ดขาดในการ

<sup>45</sup> เฟิงฮ้าง, น.202.

<sup>46</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 31 (1)

<sup>47</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ฮ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.301.

<sup>48</sup> คินันท์ ชัยชนะ, “ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 12, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), น.132.

วินิจฉัยปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ องค์กรอื่นของรัฐต้องเคารพและนำเอาแนวทางการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติ<sup>49</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางหลักเอาไว้ว่า เฉพาะส่วนที่เป็น “เหตุผลหลัก (Entscheidungstragende Gründe หรือ ratio decidendi)”<sup>50</sup> และมีเนื้อหาเป็นการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐ<sup>51</sup> ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ขยายความว่า “ส่วนที่เป็นเหตุผลหลัก” หมายถึง “ส่วนของเหตุผลในคำวินิจฉัยที่ไม่อาจตัดออกไปได้โดยไม่ทำให้ผลของคำวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม” อาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุผลส่วนที่ขาดเสียมิได้ ส่วนเนื้อหาที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุผลหลักนั้น ได้แก่ “ข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ถือโอกาสแสดงออกมาในคำวินิจฉัย โดยที่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของชุดเหตุผลและมีได้เป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างหลักกฎหมายกับผลการวินิจฉัย”<sup>52</sup> (obiter dicta)<sup>53</sup> ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่มีก็ได้

ความเห็นดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นี้ได้รับการยอมรับจากศาลอื่น ๆ โดยมีนักวิชาการส่วนหนึ่งให้เหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นองค์กรผู้มีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเป็น “ผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญตัวจริง (Authentischer Interpret)” องค์กรอื่นของรัฐต้องยึดถือแนวทางการตีความของศาลมาเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่ของตน<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่ในฝ่ายวิชาการนั้นไม่เห็นด้วยกับความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ โดยเห็นว่ารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 31 (1) มีผลเป็นเพียงการขยายขอบเขตของ “ผู้อยู่ภายใต้ผลผูกพันของคำวินิจฉัย” เท่านั้น กล่าวคือ

<sup>49</sup> BVerfGE 1, 14 (37); 20, 56 (87); 40, 88 (93 f.). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.134.

<sup>50</sup> Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 96; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1325. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.134.

<sup>51</sup> BVerfGE 1, 14 (37). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.134.

<sup>52</sup> BVerfGE 96, 375 (404). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.134-135.

<sup>53</sup> Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1325. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.135.

<sup>54</sup> Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31 Rn. 97 ff.; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1329. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.135.

เป็นการขยายขอบเขตผลผูกพันให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลและองค์กรอื่นนอกเหนือไปจากคู่ความ โดยมิได้เป็นการขยาย “เนื้อหา” ของผลผูกพันแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตามความเห็นของนักวิชาการฝ่ายนี้จึงมีผลผูกพันเฉพาะส่วนที่เป็นคำบังคับเท่านั้น เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลประเภทอื่น ๆ<sup>55</sup>

เหตุผลหลักของความเห็นฝ่ายนี้ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของสังคมและกฎหมายทั้งระบบ จึงต้องมีความยืดหยุ่นสูงเพื่อพร้อมรับกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและค่านิยมอยู่ตลอดเวลา จะได้ไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมบ่อยครั้ง การตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นการขยายความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยการเพิ่มรายละเอียดให้แก่บทบัญญัติที่มีความไม่ชัดเจน หากยอมรับการให้รายละเอียดเหล่านี้มีผลผูกพันด้วยจะทำให้รัฐธรรมนูญขาดความยืดหยุ่นดังที่ควรจะมี และเป็นการยับยั้งการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ปิดกั้นการมีส่วนร่วมในการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของศาลและองค์กรอื่นที่มีหน้าที่ต้องตีความรัฐธรรมนูญเช่นกัน และยังเป็นการปิดกั้นโอกาสให้ผู้อื่นตรวจสอบและโอกาสในการตรวจสอบตนเองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ด้วย นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติยังเป็นการยากที่จะวินิจฉัยว่าส่วนใดเป็นหรือไม่เป็น “เหตุผลหลัก” ของคำวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดไว้ข้างต้น<sup>56</sup>

### 2.1.2.2 ผลบังคับเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft)

ผลบังคับเป็นกฎหมายใช้บังคับกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ทั้งกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมและนามธรรม หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ<sup>57</sup> ซึ่ง “ผลบังคับเป็นกฎหมาย” หมายความว่า ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลบังคับต่อทุกคนเป็นการทั่วไป มิได้มีผลบังคับเฉพาะคู่ความในคดี (inter partes) เท่านั้น หากแต่มีผลบังคับต่อบุคคลภายนอก (inter omnes) ด้วย เช่นเดียวกับการที่บุคคลทั่วไปต้องผูกพันต่อกฎหมาย การมีผลบังคับเป็นกฎหมายจึงมีความหมายเป็นการขยายขอบเขตในทางอัตวิสัย (die subjektiven Grenzen) ของผลบังคับในทางกฎหมายให้มีผลต่อทุกคน (erga omnes)<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 485; Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 61 ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.135.

<sup>56</sup> Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 485 ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.136.

<sup>57</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 31 (2)

<sup>58</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น.298.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลบังคับเป็นกฎหมายก็ต่อเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์เผยแพร่คำวินิจฉัยดังกล่าวในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesgesetzblatt)<sup>59</sup> เหตุผลของการเผยแพร่ในรัฐกิจจานุเบกษาก็เพื่อความมั่นคงในทางกฎหมาย (Rechtssicherheit)<sup>60</sup> ทั้งนี้ เฉพาะส่วนที่เป็นคำบังคับเท่านั้นที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย ไม่รวมถึงเหตุผลของคำวินิจฉัยแต่อย่างใด<sup>61</sup>

## 2.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้ และหลังประกาศใช้ หลังจากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

### 2.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

ในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น ฝ่ายตุลาการไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ถึงแม้ว่าในช่วงระบอบเก่า (Ancien Régime) ศาลสามารถตรวจสอบกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่ภายหลังจากเหตุการณ์การปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 ศาลไม่อาจประกาศความเสียเปล่าบัพัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป<sup>62</sup> เหตุผลนั้นสืบเนื่องมาจากทฤษฎีของ Jean Jacques Rousseau เกี่ยวกับเจตจำนงทั่วไป (general will; la volonté générale) ที่ว่า “เจตจำนงทั่วไปซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งรัฐขึ้นมาที่สามารถกำหนดทิศทางของรัฐได้ กล่าวคือ ประโยชน์ส่วนรวม (common good)” เจตจำนงทั่วไปนั้นมุ่งพิจารณาเฉพาะประโยชน์ของส่วนรวม (common interest) ซึ่งแตกต่างจากเจตจำนงของทุกคน แต่มาจากประโยชน์ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนรวมกัน องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของเจตจำนงทั่วไป ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ โดยแสดงออกผ่านทาง

<sup>59</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 31 (2)

<sup>60</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 13*, น.300.

<sup>61</sup> Reinhard Gaier, “Enforcement of Constitutional Court’s Decisions,” accessed June 30, 2015, [www.confueconstco.org/reports/repvx/GERMANIA%20eng.pdf](http://www.confueconstco.org/reports/repvx/GERMANIA%20eng.pdf), p.38.

<sup>62</sup> Alec Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, (New York: Oxford University Press, 1992), p.8.



กฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและนามธรรม ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of Men and Citizen of 1789) ได้สะท้อนแนวความคิดดังกล่าวไว้ในข้อ 6 ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมาย คือ เจตจำนงร่วมกันของประชาชน (the act of Parliament is the expression of the general will; la loi et l'expression de la volonté générale)”<sup>63</sup> การที่กฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไปนั้น ในด้านหนึ่ง หมายความว่ากฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับกับพลเมืองทุกคน ทั้งบุคคลซึ่งเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับเนื้อหาของคำวินิจฉัยทางกฎหมาย ส่วนอีกด้านหนึ่ง ย่อมหมายความว่า กฎหมายนั้น “ถูกต้อง (right)” ซึ่งย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้<sup>64</sup>

นอกจากนี้ ผลจากการปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 ยังทำให้เกิดหลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน แต่ด้วยเหตุที่ประชาชนไม่อาจใช้อำนาจดังกล่าวได้โดยตรงตลอดเวลา ดังนั้น กฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาจึงเป็นการแสดงออกของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliamentary Legislation; souveraineté de la loi)<sup>65</sup> เมื่อรัฐสภาเป็นสถาบันที่มีสถานะสูงสุด กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุด ทำให้รัฐสภาไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรใด อีกทั้งยังไม่มีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญตามความเป็นจริงด้วย<sup>66</sup>

เพราะฉะนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 จัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นมาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจ

---

<sup>63</sup> Federico Fabbrini, “Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation,” *German Law Journal*, Vol.9, No.10, p.1301 (2008).

<sup>64</sup> Echoing J.J. Rousseau, *Social Contract*, Book II, chapter VI « La volonté générale est toujours droite ». cited in Pasquale Pasquino, “The New Constitutional Adjudication in France: The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model,” accessed March 16, 2015, [www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Pasquino\\_New-Constitutional-adjudication-France.pdf](http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Pasquino_New-Constitutional-adjudication-France.pdf), p.5.

<sup>65</sup> Sophie Boyron, *The Constitution of France: A Contextual Analysis*, (London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013), pp.47-48.

<sup>66</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.95.

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ มีเพียงอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้เท่านั้น

อนึ่ง ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้นั้น เกณฑ์ที่ใช้การตรวจสอบกรณีดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณากลุ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Block of constitutionality; Bloc de constitutionnalité) ซึ่งประกอบไปด้วยถ้อยคำและหลักการทางรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ โดยอธิบายว่าเป็นการยากหากพิจารณาจำกัดเฉพาะถ้อยคำตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด<sup>67</sup>

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกลุ่มกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971 ว่า คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้อ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Declaration of the Rights of Man of 1789) และคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ซึ่งคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 นั้นยังได้อ้างถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และ “หลักการพื้นฐานที่รับรองไว้โดยกฎหมายของสาธารณรัฐ (General principles recognized in the legislation of the Republic; Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République)” ด้วย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงนำบทบัญญัติและหลักการดังกล่าวรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นอกจากนี้ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2005 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (Charter for the Environment of 2004) เข้าไปในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 อีกด้วย เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นอกจากประกอบไปด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำปรารภแล้ว ยังประกอบไปด้วยคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 หลักการพื้นฐานที่รับรองไว้โดยกฎหมายของสาธารณรัฐ และกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 นั้นเอง<sup>68</sup>

<sup>67</sup> John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principle of French Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2008), p.157.

<sup>68</sup> Sophie Boyron, *supra note 65*, pp.38-39; หลักการพื้นฐานที่รับรองไว้โดยกฎหมายของสาธารณรัฐนั้นเป็นหลักการเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ที่ต้องการอ้างถึงสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในช่วงสาธารณรัฐที่ 3 ซึ่งมีความก้าวหน้าเกี่ยวกับสิทธิทางสังคม (collective and social right) แต่มิได้ปรากฏเป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดประเภทของหลักการดังกล่าว โดยเรียกว่า “กฎเกณฑ์ซึ่งเป็นคุณค่าทาง

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้นั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการตรวจสอบที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ว่าต้องกระทำ (obligatoire) และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นการตรวจสอบที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ กระทำได้ (facultatif)<sup>69</sup> โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

### 2.2.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ก่อนประกาศใช้ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ให้เสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากร่างรัฐบัญญัติ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึง “ลักษณะบังคับ (caractère obligatoire)” ของร่างรัฐบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญเอาไว้ว่าต้องเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านกระบวนการตราปกติต้องเสนอไปให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อน<sup>70</sup> โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### (1) รูปแบบการตรวจสอบ

รูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่องคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

---

รัฐธรรมนูญ (rules of constitutional value)” “วัตถุประสงค์ซึ่งเป็นมาตรฐานทางรัฐธรรมนูญ (objectives of constitutional standard)” หรือ “วัตถุประสงค์ซึ่งเป็นการจำเป็นทางรัฐธรรมนูญ (objectives of constitutional necessity)”. see John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *supra note 67*, p158.

<sup>69</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “วิธีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), น.239.

<sup>70</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541), น.104-105.

## 1. การบังคับให้ต้องตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ให้ความสำคัญกับกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยได้บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องถึง 2 มาตรา กล่าวคือ มาตรา 61 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติรายชื่อกฎหมายที่ “ต้อง” เสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ ซึ่งรวมถึงร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วย และมาตรา 46 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้ได้ภายหลังจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกาศว่าร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ”

การบังคับให้ต้องตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นแนวความคิดของ Michel Debré ประธานคณะทำงานร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องการสร้างระบบกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นมาให้แตกต่างจากระบบกฎหมายธรรมดา<sup>71</sup> เนื่องจากรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ารัฐบัญญัติทั่วไป ดังนั้น ก่อนการประกาศใช้จึงต้องทำการตรวจสอบให้แน่ชัดว่าได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>72</sup> ซึ่งต่อมา François Luchaire หนึ่งในคณะทำงานร่างรัฐธรรมนูญได้เสนอแนวความคิดดังกล่าวไว้ในร่างมาตราหนึ่งว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจาก Debré และเป็นข้อเสนอที่ถูกบรรจุอยู่ในรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากรัฐธรรมนูญประกาศใช้จึงได้มีการตรารัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เรื่องคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเอาไว้ด้วย<sup>73</sup>

## 2. การเสนอเรื่องให้ตรวจสอบ

ถึงแม้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มิได้กำหนดผู้ที่ทำหน้าที่เสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 17 กำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ โดยนายกรัฐมนตรีสามารถมอบอำนาจ (délégation) ดังกล่าวให้แก่ผู้อื่น

<sup>71</sup> เฟ็งฮ้าง, น.105-106.

<sup>72</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ฮ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.102.

<sup>73</sup> นันทวัฒน์ พรหมานันท์, ฮ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 70, น.106.

ได้<sup>74</sup> เหตุผลที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ แทนที่จะเป็นประธานสภาผู้พิพากษาที่พิจารณาร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น สืบเนื่องจาก นายกรัฐมนตรีอยู่ในฐานะตัวแทนระหว่างรัฐสภากับผู้ทำหน้าที่ประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งก็คือ ประธานาธิบดี<sup>75</sup>

### 3. ระยะเวลาในการเสนอเรื่อง

ถึงแม้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนว่า นายกรัฐมนตรีต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อใด แต่ในทางปฏิบัติแล้ว เนื่องจากโดยปกติ จะต้องประกาศใช้รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 15 วัน นับตั้งแต่วันที่รัฐบาลได้รับร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา<sup>76</sup> เพราะฉะนั้น นายกรัฐมนตรีจึงต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยเร็วภายในกรอบระยะเวลาดังกล่าว<sup>77</sup> และระยะเวลาในการประกาศใช้กฎหมายจะสะดุดหยุดลงจนกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น<sup>78</sup>

### 4. ระยะเวลาในการตรวจสอบ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 1 เดือน แต่ถ้าหากเป็นกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 8 วัน<sup>79</sup>

#### (2) ขอบเขตการตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคหนึ่งมิได้บัญญัติถึงขอบเขตการตรวจสอบร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเอาไว้ เพียงแต่กล่าวถึง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (conformité à la Constitution)” ซึ่งกรณีเป็นเช่นเดียวกับมาตรา 61 วรรคสองที่บัญญัติถึง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของร่างรัฐบัญญัติ แต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติกับร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างกันตั้งแต่เริ่มต้น เนื่องจากในการพิจารณาว่าร่างรัฐบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้ร้องขอให้คณะตุลาการ

<sup>74</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.235.

<sup>75</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.236.

<sup>76</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง

<sup>77</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 70*, น.107.

<sup>78</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสี่

<sup>79</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสาม

รัฐธรรมนูญตรวจสอบจะต้องให้เหตุผลว่าบทบัญญัติใดในร่างรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ โดยต้องอธิบายเหตุผลดังกล่าวไว้ในคำร้อง ส่วนกรณีร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญนั้น รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 แต่เพียงว่า การเสนอร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต้องมีหนังสือนำส่ง (lettre de transmission) จากนายกรัฐมนตรีเท่านั้น แต่มิได้ระบุว่า จะต้องแจ้งว่ามีประเด็นใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร

ขอบเขตการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ในทางปฏิบัติจึงต้องตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาว่ามีส่วนใดที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบใน 3 ประเด็น<sup>80</sup> กล่าวคือ ประเด็นแรก ร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นอย่างถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในมาตรา 46 หรือไม่ ประเด็นที่สอง ร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสาระอันอยู่ในขอบอำนาจ (domaine de compétence) ดังที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้หรือไม่ และประเด็นสุดท้าย ร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาสาระทั้งหมดหรือส่วนใดส่วนหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

### 2.2.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสอง บัญญัติว่า “เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญนั้นก่อนได้”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้นั้น มีขึ้นเพื่อตรวจสอบให้แน่ชัดว่ารัฐธรรมนูญซึ่งจะมีผลใช้บังคับในเวลาอันใกล้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการตรวจสอบกรณีดังกล่าวเป็นการตรวจสอบที่อาจกระทำได้ มิได้มีลักษณะเป็นการตรวจสอบที่ต้องบังคับให้ต้องกระทำดังเช่นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด<sup>81</sup> โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### (1) เงื่อนไขการตรวจสอบ

ร่างรัฐธรรมนูญที่อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องเป็นร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาแล้ว กรณีดังกล่าวมีที่มา

<sup>80</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 70, น.108-109.

<sup>81</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), น.46.

จากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 89-268 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1989 ซึ่งวินิจฉัยว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 บัญญัติว่า “ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ” เพราะฉะนั้น กฎหมายที่อาจร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ในวันที่ เสนอคำร้องขอให้ตรวจสอบต้องมีสภาพ “เกือบ” เป็นกฎหมาย กล่าวคือ เสร็จสิ้นจากกระบวนการ ของฝ่ายนิติบัญญัติเรียบร้อยแล้ว<sup>82</sup>

## (2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง 4 ประเภท ดังนี้<sup>83</sup>

ประเภทแรก ประธานาธิบดี รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 5 กำหนด หน้าที่ของประธานาธิบดีเอาไว้ว่าเป็นผู้ดูแลให้มีการเคารพบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่ ดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญใน 2 กระบวนการ กล่าวคือ กระบวนการหนึ่ง เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคสอง ก่อนประกาศใช้ กฎหมาย ประธานาธิบดีอาจร้องขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งหมดหรือเพียงบางมาตรา ก็ ได้ ซึ่งรัฐสภาจะไม่พิจารณาคำร้องขอดังกล่าวมิได้ ส่วนอีกกระบวนการหนึ่ง เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสองที่ให้อำนาจประธานาธิบดีร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญได้ อำนาจของประธานาธิบดีทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นอำนาจ เฉพาะตัวและไม่ต้องการลงนามร่วม (contreseign) โดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี

ประเภทที่สอง นายกรัฐมนตรี หากจะกล่าวว่า การที่ประธานาธิบดีร้อง ขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นสิ่งที่ยากในทาง ปฏิบัติแล้ว การดำเนินการดังกล่าวโดยนายกรัฐมนตรีเป็นสิ่งที่ยากยิ่งกว่า เนื่องจากนายกรัฐมนตรีต้อง มาจากความไว้วางใจโดยเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุน หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่าง รัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมชอบที่จะใช้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร แก้ไขปัญหาดังกล่าวเสียตั้งแต่ต้น

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสองได้ให้อำนาจ นายกรัฐมนตรีที่จะร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในหลายกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีตามมาตรา 45 วรรคสี่ ซึ่งร่างรัฐธรรมนูญได้รับการแก้ไขปรับปรุงโดยวุฒิสภา แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบ

<sup>82</sup> เฟ็งฮ้าง, น.46.

<sup>83</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 69*, น.230-233.

นายกรัฐมนตรีอาจนำร่างรัฐธรรมนูญที่ตั้งกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้หากเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประเภทที่สาม ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภา การที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 กำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาอาจร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญนั้น ถือเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างความสมดุล (équilibre) ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นเจตนารมณ์สำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับนี้

กรณีของประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้น เนื่องจากประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ที่มาจากเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกับนายกรัฐมนตรี ดังนั้น จึงอยู่ในลักษณะเดียวกับนายกรัฐมนตรี กล่าวคือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรสามารถใช้เสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรแก้ไขปรับปรุงร่างรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย ส่วนกรณีของประธานวุฒิสภานั้น เนื่องจากในทางทฤษฎี วุฒิสภามีได้มีหน้าที่อุ้มชูรัฐบาลและประธานวุฒิสภาก็มิได้มาจากเสียงข้างมากของรัฐบาลดังเช่นประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด และในบางครั้ง วุฒิสภายังอาจทำหน้าที่เป็นฝ่ายค้านของสภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย แต่โดยส่วนใหญ่แล้วสมาชิกวุฒิสภาเป็นผู้เข้าชื่อร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญเสียเอง

ประเภทสุดท้าย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา แต่เดิมนับตั้งแต่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 รัฐธรรมนูญมิได้ให้สิทธิแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญ แต่ในระยะเวลาต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 1974 โดยให้สิทธิดังกล่าวแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา โดยที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสองกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายว่า ผู้เข้าชื่อร้องขอต้องมีจำนวนอย่างน้อย 60 คน ซึ่งต้องเป็นสมาชิกสภาใดสภาหนึ่งทั้ง 60 คน

### (3) รูปแบบการร้องขอให้ตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มิได้กล่าวถึงรูปแบบหรือวิธีการในการร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญเอาไว้ อย่างไรก็ตามแนวทางปฏิบัติของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภานั้น ใช้วิธีทำเป็นจดหมายถึงประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือเลขาธิการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (secrétaire général su conseil constitutionnel) ส่วนการร้องขอของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร



หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คนนั้น รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 18 ได้กำหนดให้ผู้ร้องขออาจทำเป็นจดหมายหลายฉบับหรือฉบับเดียวลงลายมือชื่อครบทั้ง 60 คนก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องลงชื่อให้ครบ 60 คน จึงจะถือว่าครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องแล้ว เลขานุการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำการตรวจสอบคำร้องและตรวจสอบจำนวนกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน หลังจากนั้นเลขานุการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องแจ้งถึงการร้องขอให้ตรวจสอบไปยังประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา ซึ่งประธานสภาทั้งสองจะต้องแจ้งให้สมาชิกในสภาของตนทราบโดยเร็ว<sup>84</sup>

การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติทำให้ระยะเวลาในการประกาศใช้กฎหมายสะดุดหยุดลงชั่วคราว<sup>85</sup>

### 2.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ว่า ทฤษฎีของ Rousseau เกี่ยวกับเจตจำนงทั่วไปประกอบกับหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิวัติใหญ่ ค.ศ. 1789 นั้นทำให้ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบกรณีดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์มาโดยตลอดว่า หากกฎหมายใดที่รัฐสภาตราขึ้นประกาศใช้แล้วเท่ากับว่าไม่มีทางที่กฎหมายดังกล่าวจะถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกต่อไป เป็นการเปิดโอกาสให้กฎหมายที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญสามารถดำรงอยู่ในระบบกฎหมายได้ และถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญป้องกันปัญหาด้วยการบังคับให้ต้องเสนอร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบเสียก่อน แต่ในกรณีของรัฐบัญญัตินั้นก็เป็นไปได้ว่าอาจมีรัฐบัญญัติบางฉบับที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยไม่มีสมาชิกร่วมกันเสนอคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย<sup>86</sup>

<sup>84</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 81*, น.47-48.

<sup>85</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรคสี่

<sup>86</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส เพื่อปฏิรูปการเมือง,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 36, ฉบับที่ 4, น.743 (ธันวาคม 2550).

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958<sup>87</sup> ในปี ค.ศ. 2008 โดยเพิ่มเติมมาตรา 61-1 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ในระหว่างการพิจารณาตีของศาล หากปรากฏว่ามีประเด็นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาอาจเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยภายในระยะเวลาที่กำหนด” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งมาตรานี้” กรณีดังกล่าวเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “ปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (La question prioritaire de constitutionnalité (QPC))” เนื่องจากปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีที่ต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกก่อนจึงจะพิจารณาในประเด็นข้อพิพาทอื่นต่อไปได้<sup>88</sup>

ลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้นแบ่งออกเป็น 4 ประการ กล่าวคือ ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกต้องแล้วนั้นต้องใช้บังคับแก่คดีซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้จึงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งถูกต้องแล้วในคดีต้องมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นในทางเนื้อหาหรือรูปแบบ ประการที่สาม การตรวจสอบกรณีดังกล่าวจำกัดเฉพาะการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดต่อ “สิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น (fundamental rights or freedoms guaranteed by the Constitution)”<sup>89</sup> และประการสุดท้าย ปัญหาดังกล่าวคณะตุลาการ

<sup>87</sup> มีความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ 2 ครั้ง ในปี ค.ศ. 1990 และ ค.ศ. 1993 แต่ความพยายามดังกล่าวล้มเหลว. see Sophie Boyron, *supra note 65*, p.154.

<sup>88</sup> ปฐมพงษ์ คำเขียว, “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 14, เล่มที่ 40, น.97 (มกราคม-เมษายน 2555).

<sup>89</sup> นักกฎหมายบางคนมีความเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เป็นเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของกฎหมายเท่านั้น. โปรตดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 86, น.744.

รัฐธรรมนูญต้องไม่เคยมีคำวินิจฉัยมาก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นกรณีการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริง<sup>90</sup>

มีข้อสังเกตว่า มิใช่ว่าศาลทุกศาลสามารถเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ แต่เฉพาะศาลสูงสุดของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ได้แก่ สภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และศาลฎีกา (Cour de cassation) เท่านั้นที่อาจเสนอปัญหาดังกล่าวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ โดยที่ศาลล่างต้องเสนอเรื่องไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาเพื่อตรวจสอบในเบื้องต้นเสียก่อน แล้วสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาก็จะเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีดังกล่าวจึงเป็น “ระบบการกลั่นกรองสองชั้น (double-filter mechanism)” เพื่อกลั่นกรองการเสนอเรื่องของศาลล่างมิให้มายังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมากเกินไป<sup>91</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้มีข้อพิจารณา ดังนี้

### 2.2.2.1 การเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

การเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 กำหนดให้เมื่อมีประเด็นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจำกัดเฉพาะสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาเท่านั้น<sup>92</sup>

รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 กำหนดรายละเอียดให้ชัดเจนขึ้นว่า ในการยกประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาก่อนเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลไม่อาจยกประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นพิจารณาได้เอง ดังนั้น จึงต้องมีผู้ยกขึ้นโต้แย้งต่อศาลในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลทำหน้าที่เพียงเป็นผู้พิจารณาเพื่อเสนอคำร้องนั้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใต้หลักเกณฑ์เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>93</sup> กล่าวคือ บุคคลผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลมีสิทธิยกประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นโต้แย้งในระหว่างการพิจารณาคดีของตนได้ โดย

<sup>90</sup> Xavier Philippe, “Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC),” accessed June 30, 2015, [www.ajk.elte.hu/file/Annales\\_2012\\_04\\_Xavier.pdf](http://www.ajk.elte.hu/file/Annales_2012_04_Xavier.pdf), pp.71-73.

<sup>91</sup> Federico Fabbrini, *supra note 63*, pp.1305-1306.

<sup>92</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61-1 วรรคหนึ่ง

<sup>93</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-1 วรรคหนึ่ง; ปฐมพงษ์ คำเขียว, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 88*, น.99.

ทำคำร้องโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง จะต้องมิดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลเสียก่อน ผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลจึงอาจยกประเด็นดังกล่าวขึ้นโต้แย้งต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้นได้<sup>94</sup>

คำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษร และเนื้อหาของคำร้องต้องประกอบด้วยเหตุผลทางกฎหมายในประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น โดยผู้เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีอาจเสนอคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีได้ไม่ว่าในศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์<sup>95</sup> หรืออาจเสนอคำร้องในชั้นสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดก็ได้<sup>96</sup> อยู่ที่ว่าในขณะที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของชั้นศาลใด

เมื่อศาลที่พิจารณาคดีได้รับคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลนั้นต้องส่งผ่านคำร้องไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาซึ่งเป็นศาลสูงสุดในระบบศาลของตน ขึ้นอยู่กับว่าศาลที่ได้รับคำร้องนั้นอยู่ภายในเขตอำนาจของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา เพื่อพิจารณาคำร้องแล้วเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป หากเป็นคำร้องที่ยกขึ้นโต้แย้งในชั้นสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาสามารถพิจารณาคำร้องและยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เลย<sup>97</sup> แต่มีข้อยกเว้นในคดีอาญาของศาลอาญา (Cour d'assises) ซึ่งประเด็นดังกล่าวไม่สามารถยกขึ้นโต้แย้งในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลอาญาได้ เว้นแต่เมื่อศาลอาญามีคำพิพากษาแล้ว หลังจากนั้นคู่ความในคดีอุทธรณ์คำพิพากษานั้นต่อศาลอุทธรณ์ที่มีเขตอำนาจ ประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงสามารถยกขึ้นโต้แย้งได้ โดยกล่าวอ้างไปพร้อมกับหนังสืออุทธรณ์คำพิพากษา และคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะถูกส่งผ่านไปยังศาลฎีกาโดยทันที<sup>98</sup>

<sup>94</sup> เฟ็งอ้วง, น.99.

<sup>95</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-1 วรรคหนึ่ง; เฟ็งอ้วง, น.100.

<sup>96</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-5 วรรคหนึ่ง; เฟ็งอ้วง, น.100.

<sup>97</sup> เฟ็งอ้วง, น.100.

<sup>98</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-1 วรรคสี่; เฟ็งอ้วง, น.100.

### 2.2.2.2 ประเด็นที่ร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบ

ประเด็นที่ร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นจะต้องเป็นประเด็นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เมื่อพิจารณาจากกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Bloc de constitutionnalité) จึงหมายถึง สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 หลักการพื้นฐานที่รับรองไว้โดยกฎหมายของสาธารณรัฐ และกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004<sup>99</sup>

### 2.2.2.3 การส่งผ่านคำร้องจากศาลที่ได้รับคำร้องไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา

การส่งผ่านคำร้องจากศาลที่ได้รับคำร้องไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกามีกระบวนการ ดังนี้

#### (1) การพิจารณาของศาลที่ได้รับคำร้อง

เมื่อศาลที่พิจารณาคดีได้รับคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลนั้นต้องพิจารณาคำร้องดังกล่าวและมีคำสั่งชี้ขาดพร้อมทั้งเหตุผลในการพิจารณาวินิจฉัยโดยเร็วที่สุด และคำร้องต้องได้รับการพิจารณาเป็นลำดับแรกก่อนประเด็นอื่น ๆ ในคดีที่มีการฟ้องร้องการพิจารณาวินิจฉัยของศาลนั้นเป็นไปเพื่อส่งผ่านคำร้องนั้นไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาแล้วแต่ศาลนั้นอยู่ภายใต้เขตอำนาจของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา กล่าวคือ หากเป็นศาลปกครองที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของสภาแห่งรัฐก็จะพิจารณาเพื่อส่งผ่านคำร้องนั้นไปยังสภาแห่งรัฐ หากเป็นศาลยุติธรรมที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลฎีกาก็จะพิจารณาเพื่อส่งผ่านคำร้องนั้นไปยังศาลฎีกา หลังจากนั้นสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาก็จะพิจารณาเพื่อเสนอคำร้องนั้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอีกทอดหนึ่ง<sup>100</sup>

ศาลที่ได้รับคำร้องต้องพิจารณาเงื่อนไขเบื้องต้นในการรับคำร้อง 3 ประการ<sup>101</sup> ดังนี้

<sup>99</sup> เฟ็งอ้วง, น.101.

<sup>100</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-2 วรรคสอง; เฟ็งอ้วง, น.102.

<sup>101</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-2 วรรคหนึ่ง; Jean-Marie Crouzatier, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ: การตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 10, ฉบับที่ 3, น.7-8 (กันยายน-ธันวาคม 2553).

ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องใช้บังคับแก่คดีที่ฟ้องร้อง

ประการที่สอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการโต้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาก่อน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปไม่ว่าจะเป็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย คู่ความในคดีอาจยกประเด็นปัญหาดังกล่าวขึ้นมาเพื่อขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้เคยมีคำวินิจฉัยไปแล้วว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยวางหลักไว้เมื่อคราวที่ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 10 ธันวาคม 2009 ว่า “กรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไป ได้แก่ กรณีที่ภายหลังจากที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไปแล้ว ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงขึ้นแก่หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การเปลี่ยนแปลงในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายซึ่งส่งผลให้การใช้บังคับบทบัญญัตินั้น ๆ เปลี่ยนแปลงไป”

ตัวอย่างของการเปลี่ยนแปลงทางข้อกฎหมาย ได้แก่ กรณีกฎบัตรสิ่งแวดล้อม (la Charte de l'environnement) ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่ามีค่าบังคับผูกพันรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไปแล้วก่อนการใช้บังคับกฎบัตรสิ่งแวดล้อมว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วนั้นอาจถูกหยิบยกขึ้นมาโต้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้อีก ส่วนตัวอย่างของการเปลี่ยนแปลงทางข้อเท็จจริง ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีสมัยใหม่ที่มีพัฒนาการอย่างรวดเร็ว เช่น เทคโนโลยีในทางการแพทย์ หรือเทคโนโลยีข้อมูลข่าวสารสารสนเทศในการจัดทำสำมะโนประชากรที่อาจส่งผลกระทบต่อกฎหมายซึ่งกำหนดเขตพื้นที่เลือกตั้ง เป็นต้น<sup>102</sup> หรือในคดีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับผู้ต้องขัง ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยในปี ค.ศ. 2003 มาก่อนว่าบทบัญญัตินี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมีการโต้แย้งขึ้นมาอีกครั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า เงื่อนไขในขณะที่มีการตรวจสอบครั้งแรกกับครั้งหลังได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว จำนวนผู้ต้องขังและบริบททางสังคมไม่เหมือนเดิมอีกต่อไป เพราะฉะนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการเปลี่ยนแปลงทางข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่อาจเปรียบเทียบกับเหตุการณ์เดิมได้จึงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอีกครั้งได้<sup>103</sup>

ประการสุดท้าย ประเด็นที่โต้แย้งต้องไม่ขาดไร้ซึ่งลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่งอันมีสาระสมควรได้รับการพิจารณา (la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux)

<sup>102</sup> เฟิงอ้าง, น.7-8.

<sup>103</sup> Decision n° 2010-14/22 QPC of July 30, 2010. cited in Xavier Philippe, *supra* note 90, pp.73-74.

กรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องพิจารณาเป็นรายคดีว่าประเด็นที่โต้แย้งนั้นมีลักษณะที่สำคัญอย่างไรหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลที่ได้รับคำร้องมีหน้าที่แต่เพียงพิจารณาว่า “มีความน่าสงสัยหรือไม่ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ไม่ว่าจะศาลที่ได้รับคำร้องจะวินิจฉัยให้หรือไม่ให้มีการเสนอประเด็นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าวต้องมีการให้เหตุผลและถือว่าเป็นที่สุดไม่สามารถอุทธรณ์ได้ อีกทั้งไม่สามารถยกประเด็นดังกล่าวขึ้นซ้ำในศาลชั้นนั้นอีก คำวินิจฉัยที่มีให้มีการเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ยังผูกพันศาลที่พิจารณาเนื้อหาของคดีในศาลชั้นเดียวกันอีกด้วย อย่างไรก็ตาม หากคดีนั้นได้มีการอุทธรณ์และขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นอุทธรณ์หรือศาลชั้นฎีกาแล้ว คู่กรณีในคดีอาจจะยกประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ขึ้นกล่าวอ้างใหม่ในชั้นอุทธรณ์หรือชั้นฎีกาอีกครั้งก็ได้<sup>104</sup>

เมื่อศาลที่ได้รับคำร้องพิจารณาแล้วเห็นว่า คำร้องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการดังกล่าว ศาลจะมีคำสั่งให้ส่งผ่านคำร้องนั้นไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต่อไป คำสั่งของศาลดังกล่าวและคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องเสนอไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาภายในระยะเวลา 8 วันนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการ ศาลจะมีคำสั่งปฏิเสธการส่งผ่านคำร้องนั้น คำสั่งปฏิเสธดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์โต้แย้งได้<sup>105</sup>

## (2) การงดพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว

เมื่อศาลที่ได้รับคำร้องส่งผ่านคำร้องนั้นไปยังสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาแล้ว ศาลที่ได้รับคำร้องต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำสั่งของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาหรือจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในกรณีคำร้องนั้นถูกเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในระยะเวลาต่อมา ศาลที่ได้รับคำร้องอาจมีคำสั่งที่จำเป็นในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการงดพิจารณาพิพากษาคดีก็ได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่มีให้งดการพิจารณาพิพากษาคดีในคดีนั้น กล่าวคือ กรณีในคดีอาญา เมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีถูกคุมขังระหว่างการพิจารณาคดี กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีภายในระยะเวลาเฉพาะเจาะจง กรณีกฎหมายกำหนดให้เป็นกรณีฉุกเฉินที่ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีโดยเร่งด่วน หรือกรณีที่การงดพิจารณาพิพากษาคดีจะนำไปสู่ความเสียหายต่อสิทธิของคุณค่าความเกินสมควรหรือไม่มีทางแก้ไขเยียวยา

<sup>104</sup> Jean-Marie Crouzatier, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 101*, น.8.

<sup>105</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-2 วรรคสาม; ปฐมพงษ์ คำเขียว, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 88*, น.103.

ได้ในภายหลัง กรณีดังกล่าวศาลอาจพิจารณาพิพากษาคดีต่อไปได้ โดยไม่ต้องรอคำสั่งหรือคำวินิจฉัยตามคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>106</sup>

#### 2.2.2.4 การพิจารณาเสนอคำร้องจากสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาเสนอคำร้องจากสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีกระบวนการ ดังนี้

##### (1) การเสนอคำร้องต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา

คำร้องที่เสนอต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอาจเข้ามาได้ใน 2 ช่องทาง กล่าวคือ ช่องทางหนึ่ง มาจากคำร้องที่ถูกส่งมาจากศาลที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของตน ส่วนอีกช่องทางหนึ่ง มาจากคำร้องที่เสนอต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาโดยตรง หากคดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาแล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจยกขึ้นกล่าวอ้างได้ทั้งในชั้นการพิจารณาศาลล่างหรือในชั้นการพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาก็ได้ สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาไม่อาจหยิบยกประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นพิจารณาได้เอง<sup>107</sup>

##### (2) การพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา

ในกรณีคำร้องที่ยื่นต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาโดยตรง สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต้องพิจารณาคำร้องนั้นเป็นลำดับแรกก่อนพิจารณาประเด็นแห่งคดีอื่นที่ฟ้องร้องกัน ส่วนระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องก่อนเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เมื่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาได้รับคำร้องนั้นแล้ว มีระยะเวลาพิจารณาคำร้องนั้นภายใน 3 เดือน นับตั้งแต่ได้รับคำร้องที่ถูกส่งผ่านมาจากศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของตน หรือนับตั้งแต่มีการยกประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นโต้แย้งต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา

เงื่อนไขในการพิจารณาคำร้องในชั้นของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 3 ประการ เช่นเดียวกับการพิจารณาในชั้นศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของตนที่ได้รับคำร้อง ดังนี้

ประการแรก บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีที่มีการฟ้องร้อง

<sup>106</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-3; *เพ็งอ้วง*, น.103.

<sup>107</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-4 และมาตรา 23-5 วรรคหนึ่ง; *เพ็งอ้วง*, น.104.



ประการที่สอง บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาก่อนว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ในกรณีที่สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว

แต่ในประการสุดท้าย มีเงื่อนไขที่เพิ่มเติมขึ้นมาในชั้นสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา<sup>108</sup> กล่าวคือ “ลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่ง (présente un caractère sérieux)” ที่ต้องพิจารณาว่าประเด็นปัญหานั้นเป็นเรื่องใหม่หรือแสดงถึงลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่งอันมีสาระสมควรได้รับการพิจารณาหรือไม่

หลักเกณฑ์ในเรื่องที่ต้องแสดงถึง “ลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่ง” ที่ศาลสูงใช้เป็นหลักในการพิจารณานี้มีความใกล้เคียงอย่างมากกับหลักเกณฑ์ “ประเด็นที่โต้แย้งต้องไม่ขาดไรซึ่งลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่ง (la question n’est pas dépourvue de caractère sérieux)” ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาของศาลที่ได้รับคำร้องในชั้นแรก ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวทำให้สภาแห่งรัฐและศาลฎีกาเป็นผู้มีบทบาทในการพิจารณากลับกรอง ถึงแม้มิได้เป็นผู้วินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ตาม แต่เรื่องดังกล่าวตกอยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาในการพิจารณาหรือตีความเรื่องลักษณะที่สำคัญอย่างยิ่งอันเป็นเงื่อนไขในการเสนอประเด็นปัญหาไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไป

สำหรับองค์ประกอบอีกประการหนึ่งที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเงื่อนไขในการเสนอประเด็น ได้แก่ “ลักษณะใหม่ของประเด็นปัญหา (caractère nouveau)” หลักเกณฑ์นี้มีได้นำมาใช้กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นปัญหา แต่นำมาใช้กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นปัญหานั้นอาจขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ องค์ประกอบดังกล่าวมุ่งใช้บังคับกับกรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญยังไม่เคยนำมาปรับใช้แก่กรณี เช่น กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม เป็นต้น<sup>109</sup>

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังเป็นร่างกฎหมายอยู่เกี่ยวกับประเด็นแห่งคำร้องต้องเป็นเรื่องใหม่นั้นว่าเงื่อนไขที่เพิ่มขึ้นมานี้ ผู้ร่างกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะกำหนดให้คำร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต้องเป็นไปบนพื้นฐานการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอธิบายหรือตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ยังไม่เคยถูกร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยมาก่อน ในอีกทางหนึ่ง ผู้ร่าง

<sup>108</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-4 และมาตรา 23-5 วรรคสองและวรรคสาม; *เพ็งอ้าง*, น.104.

<sup>109</sup> Jean-Marie Crouzatier, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 101*, น.9.

รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกากำหนดว่าประเด็นที่ยกขึ้นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีคุณค่าหรือความแน่ใจเพียงพอที่จะเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยหรือไม่<sup>110</sup>

ลักษณะของ “ปัญหาใหม่ (question nouvelle)” ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นลักษณะที่สำคัญ เป็นลักษณะที่กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันมิให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมตัดสินปัญหาดังกล่าวเอง โดยไม่ผ่านการพิจารณาวินิจฉัยจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าลักษณะของปัญหาไม่ถึงกับเป็นปัญหาที่มีลักษณะสำคัญอย่างยิ่ง เพื่อกำหนดบทบาทให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การพิจารณาวินิจฉัยย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61-1 โดยมีใช้เพียงเพื่อพิจารณาตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น แต่ความสำคัญของกรณีดังกล่าว นั่นคือ เพื่อทำให้เกิดการตีความรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ถึงแม้ว่าสุดท้ายแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นข้อพิพาทนั้นจะไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม

อนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอธิบายว่าเป็นเรื่องใหม่ที่มีการมอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาปรับใช้หลักเกณฑ์ว่าลักษณะใดจะต้องเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในขณะที่เดียวกันเป็นการเปิดโอกาสให้เกิดการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างกว้างขวาง และมีการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้เสร็จสิ้นไปโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>111</sup>

### (3) การงดพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว

เมื่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาเสนอคำร้องนั้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ก่อนชั่วคราวจนกว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยอย่างใดอย่างหนึ่ง อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นกรณีที่ผู้เสนอคำร้องถูกจำกัดเสรีภาพของตนอันเนื่องมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาและกฎหมายกำหนดให้ศาลฎีกาต้องพิจารณาคดีนั้นภายในระยะเวลาเฉพาะเจาะจง หรือสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาถูกกำหนดให้ต้อง

<sup>110</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2009-595 DC ลงวันที่ 3 ธันวาคม 2009. อ้างถึงใน ปฐมพงษ์ คำเขียว, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น.105.

<sup>111</sup> Jean-Marie Crouzatier, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 101*, น.9.

พิจารณาคดีเป็นการฉุกเฉินเร่งด่วน สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาต้องพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต่อไป โดยไม่ต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราว<sup>112</sup>

#### (4) การเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คำสั่งของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาที่ให้เสนอคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องถูกเสนอไปพร้อมกับคำร้องของผู้เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีที่เป็นผู้เสนอคำร้อง ส่วนกรณีที่สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกามีคำสั่งปฏิเสธไม่เสนอคำร้องดังกล่าว ต้องจัดให้มีสำเนาคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย คำสั่งของสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาดังกล่าวต้องแจ้งไปยังศาลที่ส่งผ่านคำร้องนั้น และต้องแจ้งคู่ความทราบภายในระยะเวลา 8 วันนับตั้งแต่วันที่สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกามีคำสั่งดังกล่าว

กรณีสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาพิจารณาคำร้องนั้นไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 3 เดือนนับตั้งแต่ได้รับคำร้องที่ถูกส่งผ่านมาจากศาลที่อยู่ในเขตอำนาจของตน หรือนับตั้งแต่มีการยกประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายขึ้นโต้แย้งต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกา คำร้องนั้นต้องเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ถึงแม้สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกายังไม่มีคำสั่งในคำร้องนั้น<sup>113</sup>

#### 2.2.2.5 การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องแจ้งไปยังประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาทราบด้วย เพื่อบุคคลดังกล่าวจะได้เสนอความเห็นของตนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคำร้องนั้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

หากประเด็นแห่งคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งดินแดน New Caledonia คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องแจ้งไปยังหัวหน้ารัฐบาลของ New Caledonia ประธานสภาองเกรส และประธานสภาเขตทราบด้วย<sup>114</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีระยะเวลาในการ

<sup>112</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-5 วรรคสี่; ปฐมพงษ์ คำเขียว, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 88*, น.105.

<sup>113</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-7; *เพ็งอ้วง*, น.106.

<sup>114</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-8; *เพ็งอ้วง*, น.106-107.

ตรวจสอบประเด็นปัญหาตามคำร้องโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายใน 3 เดือน นับตั้งแต่วันที่คำร้องนั้นได้เสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>115</sup>

### 2.2.3 ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันอำนาจมหาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาลทั้งหลาย<sup>116</sup> ซึ่งหมายความว่า หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยดังกล่าว มิได้มีผลผูกพันเฉพาะกับผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาเท่านั้น แต่ยังมีผลผูกพันอำนาจมหาชนอื่น ๆ ด้วย<sup>117</sup> คำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวต้องเป็นคำวินิจฉัยที่มีลักษณะชี้ขาดข้อพิพาทในทำนองเดียวกับ คำพิพากษาของศาลด้วย<sup>118</sup>

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันถึงผลผูกพันของคำวินิจฉัยไว้ว่า “ผลผูกพันของ คำวินิจฉัยต่ออำนาจมหาชน เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาลทั้งหลายไม่เพียงแต่มีผลผูกพันเฉพาะ ส่วนที่เป็นคำวินิจฉัยเท่านั้น หากแต่ยังรวมไปถึงเหตุผลสำคัญซึ่งเป็นฐานของคำวินิจฉัยอีกด้วย”<sup>119</sup> อย่างไรก็ตาม หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับหนึ่งไม่สอดคล้อง กับรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมไม่อาจหยิบยกผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวมาเป็นประเด็นต่อสู้ว่าบทบัญญัติ แห่งกฎหมายอีกฉบับหนึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ หากกฎหมายฉบับหลังนั้นมีบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่แตกต่างกันในสาระสำคัญกับกฎหมายฉบับก่อนที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>120</sup>

ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับ รัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลทางกฎหมาย (priver

<sup>115</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23-10; *เพ็งอ้วง*, น.107.

<sup>116</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 62 วรรคสาม

<sup>117</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของ ศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น.105-106.

<sup>118</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *รายงานวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548), น.65.

<sup>119</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.65.

<sup>120</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 20 กรกฎาคม ค.ศ. 1988 และคำวินิจฉัย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1989. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.65.

une partie de loi de ses effets juridiques) บทบัญญัติแห่งกฎหมายสมบูรณ์ขึ้น หรือกำหนดแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายที่ชัดเจนขึ้น มิได้เป็นการให้เหตุผลที่มีความฟุ่มเฟือยหรือไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด การให้เหตุผลหรือการตีความที่เป็นรากฐานของคำวินิจฉัย หากปราศจากการตีความเหล่านี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันเสมอว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>121</sup>

## 2.3 ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี (Corte costituzionale) ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ทั้งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางตรง (direct method) และทางอ้อม (incidental method) หลังจากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

### 2.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ทั้งทางตรง (direct method) และทางอ้อม (incidental method) ซึ่งการตรวจสอบทางตรงนั้นมีลักษณะเป็นการตรวจสอบแบบนามธรรม เนื่องจากให้อำนาจเฉพาะองค์กรของรัฐเท่านั้นในการเสนอเรื่อง และกฎหมายถูกโต้แย้งด้วยตัวของมันเอง (per se) ยังมีได้มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด ส่วนการตรวจสอบทางอ้อมนั้นมีลักษณะเป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรม ในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลธรรมดามีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งจะต้องมีคดีหรือข้อโต้แย้ง (case or controversy) เกิดขึ้นอย่างแท้จริง โดยผู้พิพากษาต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการชั่วคราว และเสนอปัญหาดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบทางตรงนั้นเป็นการรับรองการจัดสรรอำนาจระหว่างรัฐและแคว้น ในขณะที่การตรวจสอบทางอ้อมนั้นเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสองกรณีล้วนเป็นการปกป้องกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ<sup>122</sup> อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้ง “ความสอดคล้องของกระบวนการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (formal

<sup>121</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), น.128.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p.52.

constitutionality)” และ “ความสอดคล้องของเนื้อหาต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญ (substantive constitutionality)”<sup>123</sup>

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 134 และกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 1/1948 มาตรา 1 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายซึ่งถูกตราขึ้นโดยรัฐหรือแคว้น (laws and enactments having force of law issued by the State and Regions)” และ “กฎหมายหรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย (a law or an act with the same force)” จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการจำกัดขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและแสดงให้เห็นถึงลักษณะของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อปกป้องกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานในทางอ้อมสำหรับกฎหมายรัฐหรือแคว้นนั้น ประกอบไปด้วย ธรรมนูญแห่งจังหวัดปกครองตนเอง (Charters of the independent Provinces) Trento และ Bolzano ธรรมนูญแห่งแคว้น (Charters of the ordinary Regions) และรัฐกฤษฎีกาซึ่งอาศัยอำนาจตามธรรมนูญแห่งแคว้นปกครองตนเอง (decrees implementing the Charters of the Special Independent Regions) Sicily, Sardinia, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia และ Val D’Aosta

ส่วน “การกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย (acts with the same force)” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญสถาปนาอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมายมอบอำนาจ (delegated legislation)” กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอิตาลี รัฐสภาสามารถตรา “กฎหมายมอบอำนาจ (delegating law; legge delega)” ซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเฉพาะเรื่องภายในระยะเวลาเฉพาะเจาะจงตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 76 กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกรอบในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร ส่วนการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย (act with the force of law) ซึ่งฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายมอบอำนาจ เรียกว่า decreto legislativo ทั้งกฎหมายมอบอำนาจ (legge delega) และการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครอง (decreto legislativo) ล้วนเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายมอบอำนาจ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ส่วนเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายของฝ่ายปกครอง ได้แก่ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายมอบอำนาจ

---

<sup>123</sup> Italian Constitutional Court, *The Italian Constitutional Court*, (Rome: Stabilimenti Tipografici Carlo Colombo S.p.A., 2004), p.28.

นอกจากนี้ รัฐกำหนด (decreto-legge) ซึ่งถูกตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร “ในกรณีพิเศษที่มีความจำเป็นและเร่งด่วน (in extraordinary cases of necessity and urgency)” ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 77 รัฐกำหนดนั้นต้องถูกเปลี่ยนเป็นรัฐบัญญัติโดยรัฐสภาภายในระยะเวลา 60 วันนับตั้งแต่ประกาศโฆษณา เนื่องจากรัฐกำหนดมีผลใช้บังคับในระยะเวลาอันสั้นมาก อาจเป็นไปได้ที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่ารัฐกำหนดนั้นถูกตราขึ้นในกรณี “พิเศษ (extraordinary)” หรือไม่ เมื่อรัฐกำหนดถูกเปลี่ยนเป็นรัฐบัญญัติ ข้อบกพร่องทั้งหลายควรได้รับการแก้ไขเพื่อป้องกันมิให้มีการตรารัฐกำหนดไปในทางมิชอบ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติซึ่งถูกเปลี่ยนมาจากรัฐกำหนดเพื่อตรวจสอบรัฐกำหนดดั้งเดิมว่าตราขึ้นโดยสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งมาตรา 77 หรือไม่ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด “อีกครั้ง (reiterated)” ในกรณีที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถทำให้รัฐสภาเปลี่ยนรัฐกำหนดไปเป็นรัฐบัญญัติภายในระยะเวลา 60 วัน แล้วฝ่ายบริหารตรารัฐกำหนดฉบับใหม่ที่มีเนื้อหาเหมือนกัน<sup>124</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางตรง และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อม โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

### 2.3.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางตรง (direct method)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางตรงนั้น เฉพาะรัฐบาลแห่งรัฐหรือรัฐบาลแห่งแคว้นเท่านั้นที่มีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง<sup>125</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 123 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยรัฐธรรมนูญแห่งแคว้น (Regional Charters) ซึ่งกำหนดรูปแบบของรัฐบาลของแต่ละแคว้น หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรและอำนาจหน้าที่ บทบัญญัติแห่งมาตรา 123 วรรคสองซึ่งมีผลใช้

<sup>124</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, (New York: Oxford University Press, 2015), pp.60-61.

<sup>125</sup> Gianluca Gentili, “Individual Constitutional Complaint in Italy Projects of Introduction and an Assessment of the Real Advantages for the Protection of Fundamental Rights,” accessed May 31, 2015, [www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%203RD%20PDF/ICC%20Italy%20edit%20ok.pdf](http://www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%203RD%20PDF/ICC%20Italy%20edit%20ok.pdf), p.5.

บังคับโดยกฎหมาย หมายเลข 131/2003 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง กำหนดให้รัฐบาลแห่งรัฐมีสิทธิเสนอ ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของธรรมนูญแห่งแคว้นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 30 วัน นับตั้งแต่วันประกาศโฆษณา ส่วนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 127 วรรคหนึ่งกำหนดให้รัฐบาล แห่งรัฐมีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแคว้นซึ่งตราขึ้นเกินกว่าขอบอำนาจ ของแคว้นต่อศาลรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลา 60 วันนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณา นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 127 วรรคสองซึ่งมีผลใช้บังคับโดยกฎหมาย หมายเลข 131/2003 มาตรา 9 วรรคสองและสาม กำหนดให้แคว้นมีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายรัฐหรือกฎหมายแคว้นอื่นซึ่งฝ่าฝืนขอบอำนาจของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญภายใน ระยะเวลา 60 วันนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณา<sup>126</sup>

อนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญสามารถมีคำสั่งระงับการใช้บังคับกฎหมายซึ่งถูก โต้แย้งเป็นการชั่วคราวได้หากมี “ความเสี่ยงที่เป็นอันตรายซึ่งไม่อาจแก้ไขได้ต่อประโยชน์สาธารณะ หรือระบบกฎหมายของสาธารณรัฐ (risk of irreparable harm to the public interest or the legal system of the Republic)” หรือ “ความเสี่ยงที่ร้ายแรงและเป็นอันตรายซึ่งไม่อาจแก้ไขได้ต่อ สิทธิพลเมือง (risk of grave and irreparable harm to the rights of citizens)”<sup>127</sup>

โดยหลักของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทางตรงนั้น ปัจเจกบุคคลไม่มีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อ ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่มีข้อยกเว้นตามรัฐบัญญัติพิเศษสำหรับแคว้น Trentino-Alto Adige มาตรา 98<sup>128</sup> ซึ่งกำหนดให้ประธานาธิบดีแห่งแคว้นหรือแห่งหนึ่งในสองจังหวัด Trento และ Bolzano

<sup>126</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 124*, p.53.

<sup>127</sup> กฎหมาย หมายเลข 131/2003 มาตรา 9 (4) แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 35. cited in Maartje de Visser, *supra note 1*, p.122.

<sup>128</sup> กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 5/1948 Article 98 of the Special Statute for the Trentino-Alto Adige Region states: “Laws and acts having the force of law of the Republic can be contested by the President of the Region or of the Province following a resolution of the respective Parliament, for violation of the present Statute or of the principle of protection of the German and Ladin linguistic minorities.



ตามมติของรัฐสภาแคว้นหรือรัฐสภาจังหวัด มีสิทธิเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงว่ากฎหมายหรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายซึ่งถูกตราขึ้นโดยรัฐชด์หรือแย้งต่อรัฐบัญญัติ Trentino-Alto Adige ซึ่งมีสถานะในทางรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อหลักการคุ้มครองชนกลุ่มน้อยชาวเยอรมันและชาว Ladin ลักษณะของข้อพิพาทดังกล่าว นอกจากเป็นเรื่องของการตรากฎหมายเกินกว่าขอบอำนาจแล้ว ยังเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อคุ้มครองชนกลุ่มน้อยชาวเยอรมันและชาว Ladin อีกด้วย ซึ่งมีความแตกต่างจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรของรัฐและทางอ้อม อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวมิได้ทำให้หลักการที่ห้ามปัจเจกบุคคลเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปแต่ประการใด<sup>129</sup>

### 2.3.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อม (incidental method)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อมนั้นถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 1/1948 มาตรา 1 ซึ่งบัญญัติว่า “คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย โดยศาลเห็นเองหรือคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของศาล หากผู้พิพากษาพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีมีมูลอย่างชัดเจนต้องเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”<sup>130</sup>

---

Should an Act by the State encroach upon the sphere of competence assigned by the present Statute to the Region or the Provinces, the Region or the respective Province may appeal to the Constitutional Court for a ruling in regard to the matter of competence.

The appeal shall be lodged by the president of the Region or that of the province, following a resolution by the respective Government. [...]

cited in Gianluca Gentili, *supra note 125*, p.5.

<sup>129</sup> *Ibid.*, pp.5-6.

<sup>130</sup> A question concerning the constitutional legitimacy ( *legittimità costituzionale*) of a statute or of an act with the same force, raised by the judge on his own motion or upon request of one of the parties in the course of a judicial proceeding, and considered by the judge to be not manifestly unfounded, must be referred to the Constitutional Court for its consideration.

กระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย  
ทางอ้อมที่กำหนดอย่างละเอียดตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953<sup>131</sup> การตรวจสอบ

---

cited in Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 124*, p.54.

<sup>131</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 23 บัญญัติว่า “ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของศาล คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือพนักงานอัยการสามารถเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่า

ก) บทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายรัฐหรือแคว้นถูกโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ข) บทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

หากคดีข้อพิพาทของศาลไม่อาจพิจารณาพิพากษาได้หากปราศจากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือคดีมีมูลอย่างชัดเจน ตามที่รัฐกฤษฎีกากำหนด ศาลต้องบันทึกรายละเอียดและเหตุผลของคำร้องนั้นแล้วเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยทันทีและงดการพิจารณาพิพากษาคดี

คำร้องเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถยกขึ้นได้โดยศาลที่พิจารณาคดีเอง ตามที่รัฐกฤษฎีกากำหนด โดยต้องมีองค์ประกอบตามที่บัญญัติไว้ใน ก) และ ข) และเป็นไปตามวิธีพิจารณาที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน”

(Article 23 of Law no. 87/1953 states: “In the course of the proceedings of a case before a judicial authority, one of the parties or the Public Prosecutor can raise a question of constitutional legitimacy through an appropriate petition, by identifying:

a) the provisions of the law or of the act with the force of law of the State or of a Region, allegedly affected by constitutional illegitimacy;

b) the provisions of the Constitution claimed to be violated.

The judicial authority, in case the controversy can not be solved without a decision on the question of constitutional legitimacy or does not deem the question manifestly unfounded, issues an ordinance by which, making reference to the terms and the reasons of the petition which originally raised the question,

รูปแบบดังกล่าวเป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรม เนื่องจากกฎหมายที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องมีการใช้บังคับอย่างเป็นทางการโดยมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นอย่างแท้จริงและมีใช้การพิจารณากฎหมายที่ตัวของมันเอง (per se)<sup>132</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อมมีข้อพิจารณา ดังนี้

**(1) ผู้พิพากษาในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีของศาลต้องเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (A Judge in the course of a Judicial proceeding must raise a question)**

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อมนั้น ผู้พิพากษามีอำนาจหน้าที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัย (right to invoke the jurisdiction of the Court) หากข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นมีความเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นรูปธรรม ผู้พิพากษาต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการชั่วคราวจนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยปัญหาเบื้องต้นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (preliminary issue of constitutionality) จะเห็นได้ว่า อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะถูกสงวนไว้ให้กับศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว แต่อำนาจในการริเริ่มการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะถูกกระจายให้กับองค์กรฝ่ายตุลาการทั้งหมด<sup>133</sup> การที่ผู้พิพากษามีสิทธิในการเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

---

provides for the immediate sending of the records to the Constitutional Court and put the trial on a stay.

The question of constitutional legitimacy can also be raised ex officio (on its own initiative) by the judicial authority the controversy is filed with, by the issuance of an ordinance containing the elements listed at a) and b) and according to the procedure listed in the previous clause.”)

cited in Gianluca Gentili, “Concrete Control of Constitutionality in Italy,” accessed May 31, 2015, [www.academia.edu/227731/Concrete\\_Control\\_of\\_Constitutionality\\_in\\_Italy](http://www.academia.edu/227731/Concrete_Control_of_Constitutionality_in_Italy), p.6.

<sup>132</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 124*, p.54.

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp.54-55.

ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษายอมเป็นผู้ถือกุญแจในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังที่ Piero Calamandrei กล่าวไว้ว่าเป็นผู้เฝ้าประตู (gatekeeper)<sup>134</sup>

คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องถูกเสนอโดยศาล “ในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดี (in the course of a judicial proceeding)” โดย “ผู้พิพากษา” (กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 1/1948 มาตรา 1) หรือ “ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (in the course of judgement before a judicial authority)” (กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 23) หรือโดย “ผู้พิพากษาขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณา (judge in front of whom the case is pending)” (Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale มาตรา 1, “Integrative Norms”)

เนื่องจากในระบบกฎหมายอิตาลีมีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งแบบนามธรรมและรูปธรรม ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความเกี่ยวกับความเกี่ยวข้องของกฎหมายจึงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกันเสมอไป ในกรณีเกี่ยวกับประโยชน์นามธรรมและทั่วไปในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญนิยามคำว่า “ผู้พิพากษา” ในความหมายอย่างกว้างเพื่อให้สามารถเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้มากยิ่งขึ้น ส่วนกรณีอื่น ศาลรัฐธรรมนูญนิยามคำว่า “ผู้พิพากษา” อย่างเคร่งครัดเพื่อลดการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่กรณีดังกล่าวไม่มีความแน่นอน

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถแบ่งออกเป็น 2 ช่วง กล่าวคือ ในช่วงแรก (ค.ศ. 1956-1971) ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยกฎหมายฟาสซิสต์ (Fascist laws) เป็นจำนวนมากซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และทำให้คุณค่าทางรัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญจึงขยายการตีความคำว่า “ผู้พิพากษา” ในความหมายอย่างกว้าง โดยกำหนดเงื่อนไขแต่เพียงว่า การเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องถูกเสนอโดยส่วนที่ถาวรในองค์กรตุลาการซึ่งสามารถมีคำพิพากษาได้ (permanent part of the Judiciary, capable of rendering a final decision on the case) (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 129/1957 และ 83/1966) จากความเห็นดังกล่าว องค์กรที่สามารถเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่ แผนกวินัย (disciplinary division) ของคณะกรรมการชั้นสูงทางตุลาการ (High Council of the Judiciary; Consiglio Superiore della Magistratura) (คำวินิจฉัย

---

<sup>134</sup> P. Calamandrei, *Il procedimento per la dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, Morano, 1965, p.372. cited in *Ibid.*, p.55.

ศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/1971 และ 284/1986), แผนกวินัยของเนติบัณฑิตยสภา (National Bar Association) (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 114/1970), คณะกรรมการสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า (Patent and Trademark Commission) (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/1957, 158/1995 และ 236/1996) และศาลภาษีอากร (Tax Court) (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 287/1974 และ 215/1976)<sup>135</sup> ยิ่งไปกว่านั้น นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญอนุญาตให้เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งมิได้มีการโต้เถียงกัน (procedimenti di volontaria giurisdizione) ได้<sup>136</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยตัวเอง ซึ่งมีความแตกต่างจากรูปแบบดั้งเดิม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/1969, 56/1968 และ 125/1977) อย่างไรก็ตาม พนักงานอัยการ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 40-42/1963, 52/1976 และ 415/1995) หรือผู้พิพากษา (examining judges) ในคดีแพ่งซึ่งต้องใช้องค์คณะเต็มในการทำคำพิพากษา (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 109/1962 และ 295/1996) ไม่สามารถเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด

ส่วนในช่วงหลัง นับตั้งแต่ต้นทศวรรษ 1970 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญนิยามความหมายของคำว่า “ผู้พิพากษา” แคบลง โดยกำหนดเงื่อนไขขององค์กรเสนอเรื่องไม่เพียงเป็นส่วนขององค์กรตุลาการและสามารถมีคำวินิจฉัยได้เท่านั้น แต่จะต้องเป็นองค์กรตุลาการและมีได้ใช้อำนาจหน้าที่ทางปกครองด้วย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 103/1984, 33/1991, 429/1991 และ 335/1995) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่งลักษณะขององค์กรเสนอเรื่อง และอีกประการหนึ่ง อำนาจหน้าที่ขององค์กร เหตุผลของการเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น สืบเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นเสาหลักของระบบการปกครองอิตาลี อีกทั้งสามารถควบคุมและจำกัดอำนาจตัวเองได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาคุณค่าทางรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญได้แบ่งการใช้อำนาจให้กับผู้พิพากษาทั้งหลาย ผู้พิพากษาจึงมิได้เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือในการเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแต่อย่างใด นับตั้งแต่กลางทศวรรษ 1990 เป็นต้นมา ผู้พิพากษาทำงานร่วมกับศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้พิพากษาจะไม่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหากเป็นไปได้ที่จะตีความ

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp.55-56.

<sup>136</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 129/1957 และ 24/1958. cited in *Ibid.*, p.56.

กฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งไปในทางที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (interpretation in accordance with the Constitution; interpretazione conforme a Costituzione)<sup>137</sup>

**(2) คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องมีความเกี่ยวข้องและมีมูลอย่างชัดเจน (The Question of Constitutional legitimacy must be relevant and not manifestly unfounded)**

ก่อนที่จะเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญและงดการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการชั่วคราวนั้น ผู้พิพากษาต้องยืนยันว่าคำร้องนั้นมีความเกี่ยวข้อง (relevant) และมีมูลอย่างชัดเจน (not manifestly unfounded) ในคำสั่งเสนอคำร้อง (referring order) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาต้องอธิบายความเกี่ยวข้องและความมีเหตุผลให้ชัดเจนว่ากฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งนั้นขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างไร เงื่อนไขที่สำคัญในการเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญมี 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต้องมีความจำเป็นต่อการพิจารณาพิพากษาคดีอีกประการหนึ่ง ปัญหาดังกล่าวต้องมีมูล (prima facie)<sup>138</sup> ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการประวิงคดีของคู่ความจากการงดการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นการชั่วคราว และเพื่อมิให้เป็นภาระต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยคำร้องมากเกินไป<sup>139</sup>

เงื่อนไขประการแรกนั้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีดั้งเดิม (original proceeding; giudizio a quo) และกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ความเชื่อมโยงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทางอ้อมเป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรม กล่าวคือ เฉพาะกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีความจำเป็นในการพิจารณาวินิจฉัยข้อโต้แย้งอย่างแท้จริงเท่านั้นที่สามารถเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นต้องใช้บังคับแก่คดี ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นต้องมี “คดีหรือข้อโต้แย้ง (case or controversy)” เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางทฤษฎีหรือปัญหาที่มีข้อสงสัยได้ (hypothetical) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจให้คำปรึกษาได้ (advisory opinions)

<sup>137</sup> *Ibid.*, p.56.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p.57.

<sup>139</sup> Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti and G. L. Certoma, "The Constitutional Review of Legislation in Italy," *Temple Law Quarterly*, Vol.56, pp.515-516 (1983).

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาต้องยืนยันว่าคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นมีมูลอย่างชัดเจน หมายความว่า ผู้พิพากษามีบทบาทในการเป็น “ผู้เฝ้าประตู (gatekeeper)” ศาลรัฐธรรมนูญ ในระบบที่แนวความคิดเกี่ยวกับการคัดเลือกคดี (case selection) มิได้รับการยอมรับนั้น ผู้พิพากษาที่เสนอเรื่องจะเป็นผู้ “กลั่นกรอง (screen)” คดี แต่การกลั่นกรองดังกล่าวควรจะผ่อนคลายนลง เนื่องจากผู้พิพากษาควรเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทุกเรื่องที่มีมูล (prima facie) กล่าวคือ มีข้อสงสัยอย่างมีเหตุผลเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (reasonable doubt of constitutionality) อย่างไรก็ตาม ในช่วง 2 ทศวรรษหลัง ศาลรัฐธรรมนูญจำกัดดุลพินิจ (allegedly excessive willingness) ของผู้พิพากษาในการพิจารณาว่าคดีมีมูลในการเสนอคำร้อง โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยโดยย่อ (summary decision) ว่าไม่รับคำร้องไว้พิจารณาอย่างชัดเจน (manifestly inadmissible claims; manifesta inammissibilità) และไม่มีมูลอย่างชัดเจน (manifestly unfounded claims; manifesta infondatezza) เนื่องจากผู้พิพากษาใช้อำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญไปในทางมิชอบ

ผลจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยโดยย่อนั้น ผู้พิพากษาจึงพยายามปรับใช้รัฐธรรมนูญโดยตรงด้วยวิธีการ “ตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (interpretazione conforme a Costituzione)” กล่าวคือ กฎหมายจะต้องถูกเพิกถอน เว้นเสียแต่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยปราศจากข้อสงสัยที่มีเหตุผล (clear beyond any reasonable doubt) และไม่มีทางในการแก้ไขได้<sup>140</sup> ผู้พิพากษาต้องพยายามตีความกฎหมายเกี่ยวกับความชอบรัฐธรรมนูญอย่างเหมาะสม (constitutionally adequate interpretation) แล้ว แต่การตีความเช่นนั้นไม่อาจเป็นไปได้<sup>141</sup> ซึ่งเป็นการเพิ่มบทบาทของผู้พิพากษาในกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

<sup>140</sup> *Ibid.*, pp.57-58.

<sup>141</sup> รัฐกฤษฎีกาของศาลรัฐธรรมนูญ หมายเลข 158/2000, 367/2001 และ 3/2002; ตัวอย่างในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 343/2006 วินิจฉัยว่า “ระหว่างการตีความกฎหมายหลายแนวทางที่เป็นไปได้ ผู้พิพากษามีหน้าที่ต้องเลือกการตีความกฎหมายไปในทางที่สามารถจัดข้อสงสัยเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutional illegitimacy) ได้ การเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีไม่อาจตีความถ้อยคำบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ (constitutionally-consistent way) เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากในการเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ผู้พิพากษาได้ปฏิบัติหน้าที่ตีความดังกล่าวครบถ้วนแล้ว”. cited in Gianluca Gentili, *supra note 131*, p.11.

ทำให้มีความคล้ายคลึงกับบทบาทของผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบกระจายอำนาจ<sup>142</sup>

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่มีความเกี่ยวข้องอย่างชัดเจน (clearly irrelevant) กับคดี หรือเป็นข้อบกพร่องในทางวิธีพิจารณาและรูปแบบ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา (order of inadmissibility; ordinanza di inammissibilità) นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องนั้นไม่มีมูลอย่างชัดเจน (manifestly unfounded) ศาลก็จะมีคำสั่งไม่มีมูลอย่างชัดเจน (manifestly unfounded order; ordinanza di manifesta infondatezza) ทั้งสองกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจะส่งคำร้องกลับมายังผู้พิพากษา<sup>143</sup>

### (3) คำร้องสามารถถูกยกขึ้นโดยคู่ความหรือศาลเห็นเอง (The Question can be raised by the parties or by the judge on his own motion)

คู่ความและพนักงานอัยการ หรือศาล (judge ex officio) อาจเสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีปกติได้ ซึ่งเป็น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยมีคดีหรือข้อโต้แย้งอย่างแท้จริง

ในกรณีที่ผู้พิพากษายกปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยตัวเอง ผู้พิพากษาต้องยืนยันว่าเงื่อนไขทั้งสองประการปรากฏขึ้นจริง แล้วจึงมีคำสั่งเสนอคำร้อง (referral decree; ordinanza di remissione) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องแสดงถึงลักษณะการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหา (determinative character of the issue) ความเป็นไปไม่ได้ในการตีความกฎหมายซึ่งถูกโต้แย้งให้มีผลใช้บังคับ และเหตุผลที่พิจารณาแล้วเห็นว่ากฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยต้องแสดงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในกรณีคู่ความยกปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องตรวจสอบคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยพิจารณาเงื่อนไขเดียวกัน แต่คำร้องที่ยกขึ้นโดยคู่ความหรือพนักงานอัยการ ผู้พิพากษาสสามารถยกคำร้องโดยคำวินิจฉัยซึ่งแสดงเหตุผล (reasoned decision) ได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีความเกี่ยวข้องกับคดี อย่างไรก็ตาม การยกคำร้องมิได้ห้ามคู่ความในการเสนอคำร้องเดียวกันในกระบวนการพิจารณาคดีชั้นอื่น

<sup>142</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>143</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 124*, p.82.



คู่ความที่มีสิทธิยกปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 1/1948 มาตรา 1 และกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 23 ได้แก่ คู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีดั้งเดิมตามคำวินิจฉัยขั้นต้น (preliminary decision) ของผู้พิพากษา กล่าวอีกนัยหนึ่ง คู่ความทั้งหมดในกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งยกปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อปกป้องสิทธิของตน ได้แก่ โจทก์ จำเลย ผู้อุทธรณ์ จำเลยอุทธรณ์ ผู้ร้องสอด และคู่ความซึ่งเข้าร่วมในคดี (party joined in the action) ดังนั้น การเข้าถึงการพิจารณาคดีของศาลธรรมดากับการเข้าถึงการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด การเข้าถึงการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญโดยปัจเจกบุคคลอาจพิจารณาจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 24 วรรคหนึ่งซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลสามารถฟ้องคดีเพื่อปกป้องสิทธิของบุคคลภายใต้กฎหมายแพ่งและปกครอง” หมายความว่า บุคคลที่มีสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลธรรมดาย่อมมีสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงกรณีศาลธรรมดาไม่เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ<sup>144</sup>

### 2.3.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di accoglimento) ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะและเสียเปล่า (null and void) เท่านั้นที่มีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) เนื่องจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 136 กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้ เฉพาะกรณีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ว ศาลธรรมดาก็ต้องไม่ใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าว<sup>145</sup> คำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวนอกจากมีผลผูกพันต่อคำบังคับของคำวินิจฉัยแล้ว ยังมีผลผูกพันต่อเหตุผลในคำวินิจฉัย (ratio decidendi) อีกด้วย<sup>146</sup>

ในทางกลับกัน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto) ซึ่งปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่มีผูกพันกับ

<sup>144</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 124*, pp.59-60.

<sup>145</sup> Gianluca Gentili, *supra note 131*, p.8.

<sup>146</sup> Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vioriti and G. L. Certoma, *supra note 139*, p.525.

ทุกองค์กร เนื่องจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายมิได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยเอาไว้แต่อย่างใด<sup>147</sup> อีกทั้ง คำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวไม่มีผลผูกพันศาลล่างซึ่งมีอิสระในการตรวจสอบเบื้องต้นเพื่อเสนอปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ<sup>148</sup> คำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวจึงมีผลผูกพัน เฉพาะผู้พิพากษาในคดีที่เสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ เท่านั้น เพราะฉะนั้น ความแตกต่างระหว่างกรณีผลผูกพันกับการไม่มีผลผูกพันของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวข้องกับศาลธรรมดา กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลธรรมดาย่อมมีสิทธิเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อีก<sup>149</sup>

## 2.4 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีอำนาจ หน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้แบบรูปธรรม หลังจากนั้นจึง ศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

### 2.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้แบบรูปธรรม

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ นั้นเป็นอำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีความเชื่อมโยงกับความสัมพันธ์ระหว่าง ศาลรัฐธรรมนูญกับสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจหน้าที่ของทั้งสององค์กรไว้ แตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีอำนาจหลักในการตัดสินใจทางการเมืองเพื่อกำหนดทิศทางของประเทศภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญได้รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ศาลรัฐธรรมนูญ มิได้เป็นองค์กรของรัฐเพียงองค์กรเดียวที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในทางตรงกันข้าม องค์กรของรัฐทุก องค์กรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการล้วนมีส่วนในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

<sup>147</sup> Gianluca Gentili, *supra note 131*, p.8.

<sup>148</sup> Cappelletti, “Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata,” 11 *Rivista di Diritto Processuale* 135 (1956). cited in Vincenzo Vigoriti, “Italy: the Constitutional Court,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol.20, p.405 (1972).

<sup>149</sup> Gianluca Gentili, *supra note 131*, p.8.

กำหนดไว้ ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นใช้อำนาจกระทำการทางนิติบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำการดังกล่าวโดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นกัน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจนิติบัญญัติในการริเริ่มกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ส่วนศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจถึงที่สุดในการตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติว่าได้กระทำภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่

ด้วยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดความหมายของรัฐธรรมนูญผ่านทางคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจดังกล่าวมากเกินไป กล่าวคือ จำกัดอำนาจนิติบัญญัติมากเกินไปจนเป็นอันตรายต่อฝ่ายนิติบัญญัติและกระทบกระเทือนต่อการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเคารพการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐต่าง ๆ ซึ่งอำนาจดังกล่าวมีความอิสระเป็นของตนเองและมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละองค์กร

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น สิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึง ได้แก่ การเคารพอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ในคำวินิจฉัยหลายฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญจึงให้ความสำคัญกับอำนาจนิติบัญญัติและมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่ รัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่หลักเกณฑ์ในทางการเมือง นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด ไม่อาจตีความขยายเกินขอบเขตได้

เพราะฉะนั้น หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ทั้งสององค์กรต่างมีอำนาจหน้าที่ทำให้รัฐธรรมนูญและสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนมีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเคารพขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย แต่หากสภานิติบัญญัติแห่งชาติใช้อำนาจเกินไปกว่าขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ในแง่นี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติต้องเคารพการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว<sup>150</sup>

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีนั้น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มาตรา 111 (1) และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา

<sup>150</sup> Constitutional Court of Korea, *Twenty Years of the Constitutional Courts of Korea: Abridged Edition*, (Seoul: The Constitutional Court, 2010) pp.109-111.

41<sup>151</sup> กำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีใดหากเห็นว่า มีประเด็นที่ศาลต้องใช้กฎหมายใดพิจารณาพิพากษาคดี และกฎหมายดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลเห็นเองหรือตามที่คู่ความร้องขอ อาจเสนอปัญหาดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ โดยให้เสนอคำร้องผ่านศาลฎีกา ตุลาการของศาลในการมีคำสั่งเพื่อเสนอหรือไม่เสนอคำร้องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด ไม่อาจอุทธรณ์คำสั่งของศาลได้<sup>152</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกรณีดังกล่าวนี้เป็น การตรวจสอบแบบรูปธรรม ซึ่งในการใช้และตีความกฎหมายกับคดีโดยทั่วไปนั้น ศาลต้องใช้และตีความกฎหมายซึ่งไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งหากมีความสงสัยตามสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีชั่วคราวและเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินั้น<sup>153</sup> เว้นแต่เป็นกรณีเร่งด่วน ศาลนั้นอาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่ให้งดการทำคำพิพากษาของคดีนั้นไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย<sup>154</sup>

ส่วนระยะเวลาในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นไม่มีกำหนดระยะเวลาเสนอคำร้องแต่ประการใด แต่เป็นที่เข้าใจว่าต้องยื่นในระหว่างที่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดให้ศาลงดการพิจารณาพิพากษาคดีไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยนั้นเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีประการหนึ่ง<sup>155</sup>

เหตุผลที่ศาลที่พิจารณาคดีและคู่ความเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบกรณีดังกล่าวนี้ สืบเนื่องจากหากกำหนดผู้มีสิทธิเสนอเรื่องเฉพาะศาลที่พิจารณาคดีเท่านั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาว่า การเสนอเรื่องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายย่อมขึ้นอยู่กับ

<sup>151</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 (1) บัญญัติว่า “กรณีมีปัญหาต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีใดชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้ศาลที่พิจารณาคดี (รวมถึงศาลทหาร) โดยศาลเห็นเอง หรือคู่ความร้องขอ เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”

<sup>152</sup> วรณา สุพรรณชะริตา, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 10, เล่มที่ 28, น.95 (มกราคม-เมษายน 2551).

<sup>153</sup> Constitutional Court of Korea, *supra note 150*, p.109.

<sup>154</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 42; วรณา สุพรรณชะริตา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 152, น.95-96.

<sup>155</sup> เพ็งอ้าง, น.96.

กับการพิจารณาของศาลเท่านั้น นอกจากนี้ ตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ศาลมักจะไม่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญจึงสร้างเครื่องมือเพื่อให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมสามารถดำเนินการต่อไปได้ กล่าวคือ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (2) กำหนดว่า หากศาลไม่เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คู่ความในคดีอาจเสนอคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional complaints) เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้<sup>156</sup>

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้แบบรูปธรรมนั้นนำมาจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่สิ่งที่แตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมกรณีองค์กรของรัฐร้องขอให้ตรวจสอบ ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้จะมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ แต่กรณีดังกล่าวมิได้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 (2) จำกัดการตรวจสอบเฉพาะคดีเกี่ยวกับการกระทำหรืองดเว้นการกระทำขององค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งที่ “ฝ่าฝืนหรือการฝ่าฝืนเป็นอันตรายอย่างชัดเจน (infringes on or is in obvious danger of infringing on)” ต่ออำนาจขององค์กรของรัฐอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งมีได้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมโดยแท้ แต่เป็นการละเมิดส่วนได้เสียที่เป็นรูปธรรมต่างหาก<sup>157</sup>

#### 2.4.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) กล่าวคือ ผูกพันศาล องค์กรของรัฐอื่น และรัฐบาลท้องถิ่น<sup>158</sup>

<sup>156</sup> Constitutional Court of Korea, *supra note 150*, p.109.

<sup>157</sup> Tom Ginsburg, Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases, (New York: Cambridge University Press, 2003), p.218.

<sup>158</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 (1)

### บทที่ 3

## การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

หลังจากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศแล้ว ในบทนี้จึงศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบบรวมอำนาจ อันประกอบไปด้วย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ในประเทศดังกล่าว หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญนำแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) มาปรับใช้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดผลของคำวินิจฉัยได้หลายรูปแบบ โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว หรือการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว หรือการกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย โดยในแต่ละประเทศมีรูปแบบและรายละเอียดที่แตกต่างกันออกไป

### 3.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พัฒนาเทคนิคการจัดทำคำวินิจฉัยเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่พึงปรารถนาจากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่

วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เป็นต้น เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจกำหนดคำวินิจฉัยที่มีความหลากหลาย มีดังต่อไปนี้<sup>1</sup>

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องการหลีกเลี่ยงการขาดแคลนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย (legal chaos) อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่ต้องการให้บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นอยู่ในขณะนั้น

ประการที่สอง อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งสามารถริเริ่มเองได้เองนั้นเป็นปัจจัยสำคัญต่อการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่อาจกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติละเลยไม่ดำเนินการตรากฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดหน้าที่เอาไว้ได้

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่อาจกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการให้ผลประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มหนึ่ง แต่ไม่ให้ผลประโยชน์แก่บุคคลกลุ่มอื่น

ประการสุดท้าย พัฒนาการทางเศรษฐกิจ สังคม หรือกฎหมายอาจทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงวินิจฉัยว่า เมื่อสถานการณ์ทางกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตัดสินใจในทางการเมืองเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวต่อไป

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 3.1.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

---

<sup>1</sup> Wolfgang Zeidler, “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms,” *Notre Dame Law Review*, Vol.62, p.511 (1987).

### 3.1.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญย่อมกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้สร้างหลักการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Principle of Statutory Interpretation in Conformity with the Constitution; verfassungskonforme Auslegung)<sup>3</sup> กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามถ้อยคำตัวอักษรแล้วทำให้เกิดผลที่แตกต่างกัน 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางหนึ่งทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กับอีกแนวทางหนึ่ง ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องเลือกแนวทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup> หลักการตีความดังกล่าวเป็นการเคารพต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย<sup>5</sup>

หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องพยายามตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปในทางที่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีดุลพินิจในการตีความกฎหมายก็ตาม แต่ยังคงถูกจำกัดภายใต้เงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หากศาลรัฐธรรมนูญแห่ง

<sup>2</sup> *Ibid.*, p.508.

<sup>3</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยครั้งแรกในคดี BVerfGE 2, 266 (282). cited in Jörn Ipsen, “Constitutional Review of Laws,” in Main Principles of the German Basic Law: The Contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law, ed. Christian Starck (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), p.130.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp.130-131.

<sup>5</sup> Bethge, *Jura* 2009, 18 (21); Blasberg, *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber*, 2003, pp.40 f; Simon, *EuGRZ* 1974, 85 (86); Schultze-Fielitz, in Dreier (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol.2, 2nd ed. 2006, Art. 20 Rn 87. cited in Ines Härtel, “Germany: Constitutional Courts as Positive Legislators,” in Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study, ed. Allan R. Brewer-Carías (New York: Cambridge University Press, 2011), p.503.



สหพันธ์ไม่อาจตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับถ้อยคำ ที่มา หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ ความพยายามในการสงวนรักษากฎหมายดังกล่าวย่อมล้มเหลว กล่าวคือ การตีความรัฐธรรมนูญไม่ปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>6</sup> ในทางกลับกัน หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถตีความถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ความพยายามในการสงวนรักษาบทบัญญัติดังกล่าวย่อมประสบผลสำเร็จ

อย่างไรก็ตาม แนวทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในเรื่องดังกล่าวค่อนข้างยืดหยุ่น<sup>7</sup> ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เมื่อปี ค.ศ. 1965 วินิจฉัยว่า “หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozeßordnung) มาตรา 116 (จำกัดกรณีการยกเลิกหมายจับชั่วคราว เพราะผู้ต้องหาอาจจะหลบหนี) เกี่ยวกับการยกเลิกหมายจับชั่วคราวจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 112 (3) (เหตุทั่วไปในการออกหมายจับบุคคลซึ่งต้องสงสัยว่าฆาตกรรมหรือกระทำความผิดอาญาร้ายแรงอื่น) ซึ่งเคารพต่อหลักความได้สัดส่วน (principle of commensurability) หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่อาจตีความให้สอดคล้องกับถ้อยคำของมาตรา 116 ศาลจะต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ”<sup>8</sup>

### 3.1.1.2 คำวินิจฉัยโดยใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ (Admonitory Decision; Appellentscheidung)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่มีลักษณะเป็นการเตือน ให้คำแนะนำ หรือกำหนดหน้าที่<sup>9</sup> แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการใช้อำนาจรูปแบบใหม่ที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง

<sup>6</sup> J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung (1975), p.170. cited in Jörn Ipsen, *supra* note 3, p.131.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p.131.

<sup>8</sup> BVerfGE 19, 342. cited in *Ibid.*, p.131.

<sup>9</sup> Hartmut Maurer ได้ให้คำอธิบายการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีนี้ว่า ควรใช้ถ้อยคำใดระหว่างคำว่า “การเตือน (Appell)” หรือ “การกำหนดหน้าที่ (Verpflichtungserklärung)” โดยได้ให้ข้อสรุปว่า การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีนี้ควรใช้คำว่า “การกำหนดหน้าที่” มากกว่า เพราะเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่ออธิบาย “หน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ” ของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและก่อให้เกิดหน้าที่แก่ฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องทำหน้าที่ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป เพราะฉะนั้น การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีนี้จึงมิได้เป็น

สหพันธ์พัฒนาขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 31 (2) และมาตรา 79 (1)<sup>10</sup>

คำวินิจฉัยโดยใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอนี้มีลักษณะเป็น “คำสั่งกึ่งนิติบัญญัติ (quasi-legislative instructions)” ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ซึ่งเป็นการเตือนและกำหนดระยะเวลาให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ ในคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้ “ขอบเขตที่แคบ (narrow margin)” ลงกว่าเดิม ในกรณีที่สถานการณ์เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปและอาจทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเตือนฝ่ายนิติบัญญัติให้หลีกเลี่ยงสถานการณ์เช่นนั้นโดยกำหนดมาตรการทางนิติบัญญัติที่เหมาะสม<sup>11</sup>

คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนด “คำสั่งทางนิติบัญญัติ (legislative directives)” ซึ่งมีได้เป็นเพียงการให้คำแนะนำทางการเมืองเท่านั้น แต่ยังเป็นกำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการบางประการ โดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ส่วนมากมักจะกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนในการดำเนินการเอาไว้<sup>12</sup>

คำวินิจฉัยโดยใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอนี้มีลักษณะเกิดขึ้นในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ

---

เพียงการเตือนโดยทั่ว ๆ ไปเท่านั้น. อ้างถึงใน ต่อบงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 43, ฉบับที่ 1, น.125. (มีนาคม 2557).

<sup>10</sup> Schulte, Martin, Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, DVBL. 103 (1988), 1200, 1200. อ้างถึงใน เพ็งอ้วง, น.125.

<sup>11</sup> Werner Schroeder, “Temporal Effects of Decisions of the German Federal Constitutional Court,” in The Effects of Judicial Decisions in Time, ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Cambridge: Intersentia, 2014), pp.30-31.

<sup>12</sup> W Löwer, “Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts”, in J Isensee and P Kirchhof (eds), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, vol III (3<sup>rd</sup> ed, C. F. Müller 2005), §70, marg no 125. cited in *ibid*, p.31.

เพราะมีเนื้อหาที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ยังไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในบางคดีได้เลือกที่จะยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (noch verfassungsmäßig)<sup>13</sup> ในขณะที่เดียวกันก็กำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในอนาคต<sup>14</sup> นอกจากนี้ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงแต่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (bloß verfassungswidrig)<sup>15</sup> ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังมีได้วินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่กลับออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวให้ถูกต้องต่อไป<sup>16</sup> และท้ายที่สุด คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่เฉพาะให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการตรากฎหมาย (Verfassungsauftrag)<sup>17</sup> ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

<sup>13</sup> Pestalozza, Christian, “Noch verfassungsmäßige” und “bloss verfassungswidrig” Rechtslagen, Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1, Tübingen 1976, S. 159 ff; Schneider, Hans-Peter, NJW (1980), 2103, 2110. อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงษ์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 9*, น.125-126.

<sup>14</sup> Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, FS Müller (1970), 355, 367. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าว*, น.126.

<sup>15</sup> Pestalozza, Christian, FG BVerfG (1976), Band 1, S. 519 ff. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าว*, น.126.

<sup>16</sup> Schulte, Martin, DVBl. 103 (1988), 1200, 1201; Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), Band 1, 33, 46 f.; Schneider, Hans-Peter, NJW (1980), 2103, 2110. อ้างถึงใน *เพ็ญอ้าว*, น.126.

<sup>17</sup> ตัวอย่างของการมอบหมายหน้าที่ในการตรากฎหมายเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (Verfassungsaufträge) ได้แก่ กรณีตามมาตรา 3 (2), มาตรา 117 (1) และมาตรา 6 (5) โดยมาตรา 3 (2) บัญญัติว่า “ชายและหญิงต่างมีสิทธิเท่าเทียมกัน รัฐจะต้องส่งเสริมเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิงอย่างแท้จริง และต้องขจัดความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้น”, มาตรา 117 (1) บัญญัติว่า “กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 3 (2) ให้มีผลไปจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ แต่ต้องไม่เกินวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1953”,

(Verfassungskonkretisierung) แต่ฝ่ายนิติบัญญัติละเลยไม่ดำเนินการตรากฎหมายภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนด<sup>18</sup> ซึ่งอาจเกิดจากกรณีที่ยังมีแรงกดดันทางการเมืองไม่เพียงพอที่จะผลักดันให้มีการตรากฎหมายดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด และอาจกำหนดมาตรการลงโทษ (Sanktion) อย่างใดอย่างหนึ่ง ตั้งแต่การตัดเงินเดือนตามปกติ ไปจนถึงการใช้อำนาจออกกฎหมายชั่วคราวเสียเองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ปฏิบัติตามที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มอบหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด<sup>19</sup>

ตัวอย่างคดีสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ใช้อำนาจออก Appellentscheidung ได้แก่ คดี Wahlkreiseinteilung<sup>20</sup> เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม ค.ศ. 1963 โดยประเด็นพิพาทในคดีนี้ ได้แก่ ปัญหาที่ว่า กฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (Bundestagswahlgesetz)<sup>21</sup> ที่กำหนดเขตเลือกตั้งไม่สอดคล้องกับจำนวนประชากรในแต่ละเขตขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้งหรือไม่<sup>22</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ถึงแม้การแบ่งเขตเลือกตั้งจะมีปัญหาความถูกต้องตรงกันกับสัดส่วนจำนวนประชากรจริง แต่ความผิดพลาดดังกล่าวยังไม่ถึงกับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (noch verfassungsgemäß) กล่าวคือ ยังไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาค<sup>23</sup> ข้อผิดพลาดในกฎหมายเลือกตั้งดังกล่าวไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อการเลือกตั้งที่ผ่านมา เนื่องจากความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวยังไม่ถึงขนาดที่เห็นได้อย่างชัดเจน<sup>24</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่าย

---

มาตรา 6 (5) บัญญัติว่า “บุตรนอกสมรสจะต้องถูกส่งเสริมโดยกฎหมายให้มีพัฒนาการทางร่างกายจิตใจและสถานะทางสังคมที่เท่าเทียมกับบุตรที่เกิดจากการสมรส”. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.126.

<sup>18</sup> Schulte, Martin, DVBl. 103 (1988), 1200, 1201; Starck, Christian, FS BVerfG (2001), Band 1, 1, 10. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.126.

<sup>19</sup> Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), Band 1, 33, 39. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.126.

<sup>20</sup> BVerfGE 16, 130 ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>21</sup> Vgl. Anlage zum Bundestagswahlgesetz vom 7.5.1956 (BGBl. I, S. 383) i.d.F. des Gesetzes vom 23.12. 1956 (BGBl. I, S. 1011). อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>22</sup> BVerfGE 16, 130, 131. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>23</sup> BVerfGE 16, 130, 143 f. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>24</sup> Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, FS Müller (1970), 355, 356. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

นิติบัญญัติว่า ต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวภายในสมัยนิติบัญญัติที่เหลืออยู่ (ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดระยะเวลาที่แน่นอนให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้แล้วเสร็จ) ให้การแบ่งเขตเลือกตั้งสอดคล้องกับจำนวนประชากร<sup>25</sup> เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต<sup>26</sup>

ในคดีรัฐบัญญัติภาษีการขาย (Sales tax Act) ซึ่งจัดเก็บภาษีในอัตราร้อยละ 4 สำหรับการทำสัญญาซื้อขายแต่ละครั้ง กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งว่า เป็นการบิดเบือนการแข่งขันทางการค้า เนื่องจากธุรกิจขนาดใหญ่มีความสามารถในการรวมขั้นตอนการผลิตและจัดจำหน่ายที่มีหลายขั้นตอนได้<sup>27</sup> ในคดีดังกล่าว หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมดอาจทำให้รัฐล้มละลายได้ อีกทั้งการวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางส่วนนั้นไม่อาจเป็นไปได้ เนื่องจากไม่อาจแบ่งแยกส่วนที่กฎหมายไม่มีผลใช้บังคับออกจากส่วนที่กฎหมายมีผลใช้บังคับได้ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว โดยกำหนดระยะเวลาให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติควรริเริ่มในการแก้ไขเพิ่มเติมและขจัดความไม่เสมอภาคเอง<sup>28</sup>

ส่วนการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการกำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติอีกกรณีหนึ่ง ได้แก่ การออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 6 (5)<sup>29</sup> ซึ่งเป็นคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ 29 มกราคม ค.ศ. 1969<sup>30</sup> โดยข้อพิพาทแห่งคดีเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 6 มอบหมาย (untätig) เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมาย กล่าวคือ ตั้งแต่มีบทบัญญัติแห่งมาตรา 6 มาเป็นระยะเวลา

<sup>25</sup> BVerfGE 16, 130, 141 ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>26</sup> *เพ็งอ้วง*, น.127.

<sup>27</sup> 7 BVerfGE 282. cited in Wolfgang Zeidler, *supra note 1*, p.512.

<sup>28</sup> 21 BVerfGE 12, 42. cited in *Ibid.*, pp.512-513.

<sup>29</sup> Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, FS Müller (1970), 355, 359; Schulte, Martin, DVBl. 103 (1988), 1200, 1202. อ้างถึงใน ต่อพงษ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.127.

<sup>30</sup> BVerfGE 25, 167 ff. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127.

กว่า 20 ปี ฝ่ายนิติบัญญัติยังมิได้ตรากฎหมายให้แล้วเสร็จเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด<sup>31</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เน้นย้ำว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่ที่แน่นอนให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อให้บุตรนอกสมรสได้รับการส่งเสริมทางร่างกาย จิตใจ และสังคมเท่าเทียมกับบุตรที่เกิดจากการสมรส และเมื่อเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญมอบหมายอำนาจหน้าที่โดยตรง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่มีดุลพินิจที่จะเลือกว่าจะตรากฎหมายหรือไม่ตรากฎหมายดังกล่าว และการละเลยหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ตรากฎหมายให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร (Angemessene Frist)<sup>32</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้แล้วเสร็จภายในสมัยนิติบัญญัติปัจจุบัน และวางมาตรการลงโทษว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ทำหน้าที่ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ย่อมมีอำนาจในการตรา กฎเกณฑ์ชั่วคราวขึ้นใช้บังคับเองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ จนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติตรา กฎหมายดังกล่าวให้แล้วเสร็จในภายหลังต่อไป<sup>33</sup>

ในคดีเกี่ยวกับสิทธิของนักโทษ (right to prisoners) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า การไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของนักโทษไม่ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดระยะเวลาในการตรากฎหมาย ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติภายในสมัยนิติบัญญัติปัจจุบัน ซึ่งเหลือระยะเวลาอีก 1 ปี 6 เดือน<sup>34</sup> อย่างไร ก็ตาม เมื่อในระยะเวลาต่อมา มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) ศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์จึงขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไป<sup>35</sup>

เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง และหากไม่มีการทำหน้าที่ดังกล่าว ย่อมไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และเมื่อระยะเวลาที่เหมาะสมผ่านพ้นไปย่อมก่อให้เกิด หน้าที่แก่ฝ่ายตุลาการที่ต้องเข้ากระทำการแทนฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ ของรัฐธรรมนูญโดยการตรา กฎเกณฑ์ชั่วคราวขึ้นใช้บังคับ ซึ่งถือว่าศาลเป็นผู้มีหน้าที่ใช้และตีความ

<sup>31</sup> Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, FS Müller (1970), 355, 359. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.127-128.

<sup>32</sup> BVerfGE 25, 167, 173. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.128.

<sup>33</sup> *เพ็งอ้วง*, น.128.

<sup>34</sup> 33 BVerfGE 1. cited in Wolfgang Zeidler, *supra note 1*, pp.513-514.

<sup>35</sup> 40 BVerfGE 276. cited in *Ibid.*, p.514.

รัฐธรรมนูญรวมถึงข้อขัดแย้งในรัฐธรรมนูญที่เกิดจากข้อความทั่วไป (Generalklausel) ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 6 (5) ดังกล่าว<sup>36</sup> ในกรณีนี้จึงถูกมองว่า ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติสำรอง (Ersatzgesetzgeber)<sup>37</sup> หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ยอมกระทำการตามหน้าที่ของตนเอง ซึ่งเป็นอีกกรณีหนึ่งที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นการล่วงล้ำเข้าไปในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

ในทางวิชาการกฎหมายเยอรมันยังคงมีการวิพากษ์วิจารณ์การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการออกคำสั่งหรือคำเตือนไปยังฝ่ายนิติบัญญัติ และยังไม่มีความเห็นที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันว่า การใช้อำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นที่ยอมรับหรือไม่ โดยเฉพาะประเด็นที่ว่า กรณีดังกล่าวอาจเป็นการก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งความเห็นกลุ่มหนึ่งมีความเห็นว่า การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแน่นอน เนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จำกัดอำนาจดุลพินิจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) ในขณะที่ความเห็นอีกกลุ่มหนึ่งกลับมีความเห็นว่า การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กรณีดังกล่าวนอกจากจะไม่เป็นการก้าวล่วงฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ยังต้องถือว่าเป็นอีกกรณีที่ฝ่ายตุลาการยึดแนวทางจำกัดอำนาจตนเอง (Judicial self-restraint) เสียด้วยซ้ำไป<sup>38</sup> ดังเช่นกรณีของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาหรืออาจมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

---

<sup>36</sup> BVerfGE 25, 167, 178 ff., 184 ff; Rupp-v. Brünneck, Wiltraut, FS für Gebhard Müller (1970), 355, 360; Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), Band 1, 33, 45; vgl. auch Starck, Christian, FS BVerfG (2001), Band 1, 1, 10. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 9*, น.128.

<sup>37</sup> Schulte, Martin, DVBl. 103 (1988), 1200, 1204; Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), Band 1, 33, 45; Konrad Hesse ได้ให้ข้อสรุปอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นไว้อย่างน่าสนใจว่า “หน้าที่ในการทำให้บรรลุเป้าหมายของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหน้าที่ร่วมกันขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กรที่ต้องมีความรับผิดชอบให้เกิดการปฏิบัติตามพันธกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมาย เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงมีหน้าที่ในการให้ความสนับสนุนและช่วยเหลือให้การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นเสร็จสมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นนั้นไม่มีความพร้อมหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้”, Hesse, Konrad, FS Huber (1981), 261, 265 f. อ้างถึงใน *เพ็งอ้าง*, น.128.

<sup>38</sup> *เพ็งอ้าง*, น.129.

อาจวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะเสียก็ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการทำลายดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติลงอย่างสิ้นเชิง และอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปได้<sup>39</sup> เพราะฉะนั้น กรณีดังกล่าวจึงต้องถือว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคาท์ต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการปล่อยให้การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นยังคงเป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติอยู่เช่นเดิม<sup>40</sup>

### 3.1.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.1.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ<sup>41</sup> และมีผลเสียไปตั้งแต่เริ่มต้น (ex tunc) ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด เพียงแต่แสดงว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามทฤษฎีความเป็นโมฆะ (Nichtigkeitslehre) เท่านั้น<sup>42</sup>

ในกรณีกฎหมายอาญา หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาซึ่งใช้เป็นฐานในคดีที่ถึงที่สุดแล้วตกเป็นโมฆะ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิที่จะขอหรือฟื้นคดีขึ้น

<sup>39</sup> Schenke, Wolf-Rüdiger, NJW (1979), 1321, 1326. อ้างถึงใน เฟิงอ้าง, น.129.

<sup>40</sup> เฟิงอ้าง, น.129.

<sup>41</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 78 กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 82 (1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

<sup>42</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2544), น.296.



พิจารณาใหม่ได้<sup>43</sup> ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 359-373a กรณีดังกล่าวเป็นการบัญญัติเหตุสำหรับการขอรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่นอกเหนือไปจากที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา<sup>44</sup> เหตุผลของการที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) กำหนดให้มีการขอรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่ได้ เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้นถือหลักความเป็นโมฆะที่มีผลมาตั้งแต่เริ่มต้น กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงเสียไปนับตั้งแต่วันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ จึงทำให้คำพิพากษาของศาลซึ่งถึงที่สุดแล้วขาดฐานทางกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาคดี<sup>45</sup>

ในทางวิชาการมีการถกเถียงกันว่า การขอรื้อฟื้นคดีดังกล่าว นอกจากจะเป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์หรือเป็นคุณแก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษแล้ว อาจขอรื้อฟื้นคดีไปในทางที่เป็นผลร้ายได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของการขอรื้อฟื้นคดีขึ้นพิจารณาใหม่นั้น ย่อมเป็นไปในทางที่เป็นประโยชน์หรือเป็นคุณ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางดังกล่าว<sup>46</sup>

นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่ากฎหมายตกเป็นโมฆะย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่เป็นกรณีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 95 (2) หรือกฎหมายเฉพาะกำหนด

<sup>43</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 79 (1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 82 (1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

<sup>44</sup> Lechner/Zuck, § 79 Rdnr. 5. อ้างถึงใน อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, รายงานการวิจัย เรื่อง ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2546), น.80-81.

<sup>45</sup> ก้านนิกา อธิศิวกุล, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อกระบวนการพิจารณา คำพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษาในคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), น.119.

<sup>46</sup> BVerfGE 2, 380 (405). อ้างถึงใน อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.81.

เป็นอย่างอื่น<sup>47</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้เหตุผลว่า การที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้สืบเนื่องมาจากความจำเป็นในการรักษาความมั่นคงของกฎหมายและระบบกลไกรัฐ พร้อมทั้งวางหลักไว้ด้วยความเป็นโมฆะย่อมไม่อาจครอบคลุมไปถึงผลทางกฎหมายทางอ้อมที่เกิดขึ้น<sup>48</sup> ส่วนการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่ถึงที่สุดจะกระทำมิได้<sup>49</sup> ซึ่งหมายความว่า การรักษาความมั่นคงของกฎหมายต้องเป็นฝ่ายถอยและให้ความยุติธรรมเฉพาะรายเข้ามาทำหน้าที่แทน<sup>50</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะไม่วินิจฉัยว่ากฎหมายตกเป็นโมฆะทั้งหมด แต่ศาลจะวินิจฉัยเช่นนั้นในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายทั้งหมด ไม่อาจแบ่งแยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกเป็นส่วน ๆ โดยที่ไม่กระทบกระเทือนต่อเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวได้<sup>51</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจจำกัดขอบเขตการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะทั้งหมด หากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะส่วนซึ่งสามารถแบ่งแยกได้<sup>52</sup> นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะบางส่วนในกรณีที่คู่ความมิได้ระบุเจาะจงกฎหมายหรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เช่น ในปี ค.ศ. 1982 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดว่า “การเข้าศึกษาที่โรงเรียนแพทยศาสตร์เพื่อวัตถุประสงค์ในการเรียนแพทยศาสตร์ [ในลำดับที่สอง] ซึ่ง [การ

---

<sup>47</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 79 (2) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 82 (1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

<sup>48</sup> BVerfGE 101, 1 (44). อ้างถึงใน อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44*, น.81.

<sup>49</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 79 (2) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 82 (1) กรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

<sup>50</sup> Vgl. Bethge, in; Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 79 Rdnr. 57. อ้างถึงใน อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 44*, น.81.

<sup>51</sup> 57 BVerfGE 295, 334: 65 BVerfGE 325, 358. cited in Wolfgang Zeidler, *supra note 1*, p.508.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p.509.

เรียนแพทยศาสตร์] เข้าศึกษาได้เฉพาะ [ในลำดับที่หนึ่ง] การที่ผู้สมัครเข้ารับการศึกษาก่อนฤดูหนาวปี ค.ศ. 1974-1975 โดยเชื่อว่าสามารถเลือก [ในลำดับที่สอง] ได้” นั้นตกเป็นโมฆะ เป็นต้น<sup>53</sup>

### 3.1.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Declaration of Incompatibility)

ภายหลังจากการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในปี ค.ศ. 1951 ไม่นานนัก ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่า การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะนั้นมิได้ทำให้เกิดความยุติธรรมในทุกคดีเสมอไป การขจัดกฎเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลจากการประกาศความเสียเปล่าของบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความไม่แน่นอน (unwanted lacunae or legal uncertainty) ในระบบกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงพัฒนาคำวินิจฉัยเพื่อเป็นทางเลือกที่สามนอกเหนือจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่มีผลใช้บังคับ (null and void) กล่าวคือ ในบางคดี แทนที่จะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะประกาศความเสียเปล่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็จำกัดอำนาจตัวเองโดยไม่ประกาศความเสียเปล่าบทบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>54</sup> นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงได้กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ไม่สอดคล้อง (incompatible)” กับรัฐธรรมนูญ<sup>55</sup> ซึ่งตรงกันข้ามกับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ หลังจากนั้นเป็นต้นมา คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญกลายเป็นคำวินิจฉัยรูปแบบหนึ่งที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และศาลนำไปใช้บังคับแก่คดีเป็นประจำในทางปฏิบัติ<sup>56</sup>

#### (1) ฐานทางกฎหมายของคำวินิจฉัย

ในช่วงระยะเวลาเริ่มต้น คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่มีฐานทางกฎหมายทั้งในรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) แต่เป็นอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สร้างขึ้นเอง (self-authorisation;

<sup>53</sup> 62 BVerfGE 117, 119. cited in *Ibid.*, p.509.

<sup>54</sup> Werner Schroeder, *supra note 11*, p.22.

<sup>55</sup> BVerfGE 28, 227 (243). cited in *Ibid.*, p.22.

<sup>56</sup> J Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht (Duncker & Humblot 1998) 18. cited in *Ibid.*, pp.22-23.

Rechtsfortbildung)<sup>57</sup> ในระยะเวลาต่อมา แนวทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับการยืนยันโดยฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) ครั้งที่สี่ ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1970 มาตรา 31 (2) และมาตรา 79 (1) เพราะฉะนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงกลายเป็นฐานทางกฎหมายของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขและผลของคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไว้แต่อย่างใด<sup>58</sup>

## (2) เหตุผลของการกำหนดคำวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยอ้างถึงเหตุผล 2 ประการ<sup>59</sup> ดังนี้

1. การรักษาขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ (preserve the scope of manoeuvring of the legislature)

การแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แทนที่จะประกาศความเสียเปล่าบทบัญญัตินั้นนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับกฎหมายซึ่งขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination)<sup>60</sup> กล่าวคือ ในสถานการณ์ที่ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกลับได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน หรือในสถานการณ์ที่ต้องได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันกลับได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

หลักการดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิเสรีภาพกรณีอื่นนั้น เป็นการขยายหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพเป็นการอ้างถึงเฉพาะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองเท่านั้น แต่หลักการห้ามเลือกปฏิบัติจะมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย กล่าวคือ กลุ่มบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งมีวิธีการแก้ไขปัญหามากมาย

<sup>57</sup> R seer, 'Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht' [1996] NJW 285. cited in *Ibid.*, p.23.

<sup>58</sup> S Koriath, in K Schlaich and S Koriath, Das Bundessverfassungsgericht (8<sup>th</sup> ed, Beck 2010) marg no 379. cited in *Ibid.*, p.23.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.23.

<sup>60</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 3

บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งแบ่งแยกกลุ่มบุคคลออกจากกันสามารถขยายขอบเขตการใช้บังคับไปยังกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มหรือลดขอบเขตการใช้บังคับของกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มก็ได้ การจัดการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยทางเลือกที่สามซึ่งกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยอ้างถึงเหตุผลใหม่ ทำให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ โดยเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจแต่เพียงตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด

เพราะฉะนั้น ในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคารพอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการเลือกมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาคือการเลือกปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่อาศัยอีกทางเลือกหนึ่ง<sup>61</sup> ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทำให้เกิดผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะตามรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 78 หรืออีกประการหนึ่ง คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ [...] ซึ่งคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญใช้ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีทางเลือกในการจัดความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>62</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในปี ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับกฎหมายมลรัฐ (Länder) ห้ามสูบบุหรี่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจกำหนดกฎเกณฑ์การห้ามสูบบุหรี่ในสถานที่จัดจำหน่ายสุรา (public houses) และภัตตาคาร หรืออาจกำหนดข้อยกเว้นในการห้ามเป็นการทั่วไปได้ ซึ่งต้องมีความแตกต่างระหว่างภัตตาคารขนาดใหญ่กับสถานที่จัดจำหน่ายสุราขนาดเล็ก (smaller pubs and bars)

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในคดีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไม่ได้กลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าข้อยกเว้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นได้กลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าข้อยกเว้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นได้กลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าข้อยกเว้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นได้กลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าข้อยกเว้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นได้กลายเป็นกฎเกณฑ์หลักมากกว่าข้อยกเว้น

<sup>61</sup> Werner Schroeder, *supra note 11*, p.24.

<sup>62</sup> BVerfG, [2008] Deutsches Steuerrecht (DStR) 604, 611. กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับภาษีเงินได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 3 (1). cited in *ibid.*, p.24.

<sup>63</sup> *Ibid.*, pp.24-25.

นอกจากนี้ ในคดีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกัน ในคดีการพนันกีฬา (Sports Betting) ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (freedom to choose an occupation) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีทางเลือก 2 แนวทางในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติสลากกินแบ่งแห่งมลรัฐ Bavaria (Bavarian Lottery Act) กล่าวคือ ทางเลือกหนึ่ง รัฐยังคงผูกขาดการพนันกีฬาและต่อสู้กับปัญหาการติดการพนันไปพร้อมกัน หรืออีกทางเลือกหนึ่ง รัฐให้เสรีแก่ตลาดพนันกีฬา โดยมีองค์กรของรัฐเข้ามาควบคุมการประกอบกิจการดังกล่าว

ในกรณีที่รัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติแห่งสหพันธ์ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่อาจมีวิธีการที่หลากหลายในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงวินิจฉัยว่า “เป็นการเหมาะสมในคดีนี้ (it is appropriate in the present case)” ในการวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติสลากกินแบ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>64</sup>

2. การป้องกันสถานการณ์ “ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐธรรมนูญ (more remote from the Constitution)”

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สามารถกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในกรณีที่ “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะอาจส่งผลให้เกิดสถานการณ์ที่บทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐธรรมนูญ”<sup>65</sup>

ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับเงินเดือนข้าราชการซึ่งกฎหมายว่าด้วยเงินเดือนสหพันธ์กำหนดเงินเดือนไม่เป็นไปตามค่าเฉลี่ยชีพขั้นต่ำที่เพียงพอแก่ข้าราชการและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>66</sup> หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ผู้รับประโยชน์ตามกฎหมายย่อมไม่มีสิทธิในค่าเฉลี่ยชีพทั้งหมด เมื่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 33 (5) กำหนดให้การจ่ายค่าเฉลี่ยชีพแก่ข้าราชการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยค่าเฉลี่ยชีพ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยมีคำสั่งให้

<sup>64</sup> BVerfG, [2006] NJW 1261, 1267. cited in *Ibid.*, p.25.

<sup>65</sup> e.g. BVerfG, [1992] NJW 3153, 3156; [1999] NJW 557, 561. cited in *Ibid.*, p.25.

<sup>66</sup> BVerfG, [1958] NJW 1228, 1230. cited in *Ibid.*, p.25.

บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อเป็นการรับรองให้ข้าราชการไม่ต้องเสียสิทธิในค่าเลี้ยงชีพ<sup>67</sup>

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยยังคงรักษาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเอาไว้ นั้น สืบเนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เรียกว่า “ช่องว่างของกฎหมาย (legal vacuum)”<sup>68</sup> หรือสิ่งที่ในทางตำราเรียกว่า “ความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย (legal chaos)” เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวซึ่ง “มีความใกล้เคียงกับรัฐธรรมนูญมากกว่า (relatively higher proximity to the Constitution)” การไม่มีกฎหมายแห่งกฎหมายอยู่เลย<sup>69</sup>

### (3) ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัย

เนื่องจากรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มิได้กำหนดผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเอาไว้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงต้องกำหนดผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวด้วยคำวินิจฉัยของศาลเอง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยอมรับว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย “เพียงแต่ (merely)” ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนาข้อยกเว้นให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปภายในระยะเวลาชั่วคราว<sup>70</sup> ดังนี้

1. การห้ามใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (ban on application; Anwendungssperre)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ย่อมทำให้ไม่มีวัตถุประสงค์แห่งข้อพิพาทอีกต่อไป บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่มีผลใช้บังคับโดยทันทีสำหรับศาล

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.25.

<sup>68</sup> BVerfG, [1974] NJW 1609, 1613; [1986] NJW 2487, 2494. cited in *Ibid.*, p.26.

<sup>69</sup> P Lerche, ‘Aktuelle Fragen zur verfassungsgerichtlichen Anordnung der Weitergeltung verfassungswidriger Normen’, in J Bröhmer et al. (eds.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress (Heymanns 2005) 1221, 1225 ff; R Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz. Rechtsfolgen und Rechtsschutz (Duncker & Humblot 2000) 212 ff. cited in *Ibid.*, p.26.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p.26.

และองค์กรฝ่ายปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า “เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยปกติ ศาลและองค์กรฝ่ายปกครองย่อมไม่ใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าว และฝ่ายนิติบัญญัติต้องตรากฎหมายย้อนหลังให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อใช้บังคับกับคำพิพากษาทุกคดีที่ยังไม่ถึงที่สุด”<sup>71</sup>

หากพิจารณาการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปในอนาคต จะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญกับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะย่อมไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด ในบางครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งให้ระงับการพิจารณาคดีซึ่งใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งหมดเป็นการชั่วคราวจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพราะฉะนั้น คู่ความในคดีดังกล่าวย่อมได้รับประโยชน์จากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายย้อนหลัง<sup>72</sup>

2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปตามคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ในหลายคดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยว่า “ห้ามใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แต่มีคำสั่งเพิ่มเติม (additional order; Weitergeltungsanordnung) ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย กรณีดังกล่าวถึงแม้ว่าจะไม่มีฐานทางกฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการมีคำสั่งดังกล่าว แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้อ้างถึงรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 35 ซึ่งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการกำหนด “วิธีการบังคับการ (method of execution)” ของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงใช้บทบัญญัติดังกล่าวในการกำหนดผลและ “จัดการผล (management of the consequences)” ของคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม คำสั่งที่กำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปเป็นการชั่วคราวมิได้เป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมาย (ipso jure null and void) และมีผลเสียไปตั้งแต่เริ่มต้น (ex tunc) คำสั่งดังกล่าวเป็นการให้อำนาจองค์กรของรัฐและศาลในการใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาอันจำกัด ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องตรากฎหมายย้อนหลังให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อใช้บังคับกับคำพิพากษาทุกคดีที่ยังไม่ถึงที่สุด อย่างไรก็ตาม

<sup>71</sup> BVerfGE 93, 386 (403). cited in *Ibid.*, pp.26-27.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p.27.



ในคดีส่วนใหญ่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปโดยปราศจากข้อจำกัด และมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยให้มีผลใช้บังคับไปในอนาคต (pro futuro)<sup>73</sup> ซึ่งเป็นการขยายความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าว (quasinormativer Prolongationscharakter)<sup>74</sup>

เหตุผลของการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปนั้น โดยหลักก็เพื่อป้องกันสถานการณ์ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป<sup>75</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปเพื่อเป็นหลักประกันให้กับ “แผนการคลังและงบประมาณ (reliable fiscal and budgetary planning)” ของรัฐ ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายภาษี เงินบำนาญ และเงินเดือน<sup>76</sup>

นอกจากนี้ ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยง “ความไม่มั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (legal uncertainty)”<sup>77</sup> ปกป้อง “การสาธารณสุข (public health)”<sup>78</sup> หรือส่งเสริม “ประโยชน์สาธารณะ (public interest)”<sup>79</sup> ในคำวินิจฉัยบางฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อธิบายว่า “หากความชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังไม่มี ความชัดเจนเพียงพอ ศาลจะกำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อตรากฎหมายใหม่”<sup>80</sup>

ในคดีจำนวนมากเกี่ยวกับกฎหมายภาษี ข้าราชการ และงบประมาณ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคารพฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องทาง “การคลัง (fiscal considerateness)”

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp.27-28.

<sup>74</sup> H Bethge, in T Maunz, B Schmidt-Bleibtreu, F Klein, and H Bethge (eds), Bundesverfassungsgerichtsgesetz (3<sup>rd</sup> ed, suppl no 29, Beck 2008), s 31 marg no 228. cited in *Ibid.*, p.28.

<sup>75</sup> BVerfGE 99, 216 (246). cited in *Ibid.*, p.28.

<sup>76</sup> BVerfG, [2002] NJW 1103, 1111; BVerfG, [1995] NJW 2615, 2620; BVerfG, [1995] NJW 2624, 2626. cited in *Ibid.*, p.28.

<sup>77</sup> BVerfG, [2007] NJW 573, 586. cited in *Ibid.*, pp.28-29.

<sup>78</sup> BVerfG, [2008] NJW 2409, 2419. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>79</sup> BVerfG, [1995] NJW 381, 383. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>80</sup> BVerfGE, [2008] DStR 604, 611. cited in *Ibid.*, p.29.

โดยการรักษางบประมาณแผ่นดินด้วยวิธีการตัดลดงบประมาณ<sup>81</sup> หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจหลักเกี่ยวกับ “ผลในทางงบประมาณที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportionate budgetary consequences)” จากการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ<sup>82</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเน้นย้ำว่า การมีผลใช้บังคับของกฎหมายภาษีซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาจำกัดเป็นสิ่งที่จะต้องพิจารณา “ความสามารถในทางการคลังของรัฐ (State’s financial ability to act)”<sup>83</sup>

อย่างไรก็ตาม ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะไม่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากผลกระทบกระเทือนทาง “การคลัง” จากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะนั้นไม่รุนแรง ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจัดเก็บค่าธรรมเนียมนักเรียนทุกต้นเทอมในมลรัฐ Baden-Württemberg ซึ่งโดยปกติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่นำคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดี เนื่องจากงบประมาณที่มลรัฐต้องแบกรับอันเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะตามแผนการคลังและงบประมาณนั้น “มิได้เป็นอันตรายต่อการคลังของมลรัฐแต่อย่างใด”<sup>84</sup>

### 3. คำสั่งชั่วคราวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Provisional orders)

โดยทั่วไป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะมีคำสั่งให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปภายในระยะเวลาที่แน่นอนซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>85</sup> โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 35 ในการกำหนดระยะเวลา<sup>86</sup> ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มักจะกำหนดระยะเวลามากกว่า 1 ปี แต่ไม่เกิน 2 ปี ในคำวินิจฉัยการพินินกีฬา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

<sup>81</sup> C Moes, ‘Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht’ [2008] *StuW* 27, 30. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>82</sup> BVerfG, [2002] *NJW* 1103, 1111. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>83</sup> BVerfG, [1992] *NJW* 3153, 3156. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>84</sup> BVerfG, [2003] *NVwZ* 715, 720. cited in *Ibid.*, p.29.

<sup>85</sup> e.g. BVerfGE 117, 1 (70). cited in *Ibid.*, p.30.

<sup>86</sup> Ines Härtel, *supra* note 5, p.506.

กำหนดระยะเวลา 1 ปี 6 เดือน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มิได้ให้เหตุผลในการกำหนดระยะเวลาดังกล่าวไว้แต่อย่างใด เพียงแต่อธิบายว่าระยะเวลาดังกล่าวมีความ “เหมาะสม (appropriate)” แล้ว<sup>87</sup>

อย่างไรก็ตาม ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดระยะเวลามากกว่านั้น ในคดีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการเลือกตั้งในกฎหมายเลือกตั้งซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดระยะเวลาเกือบ 3 ปี สำหรับการเตรียมการเลือกตั้งและความสลับซับซ้อนของบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) จะเกิดขึ้นอีก 1 ปี 3 เดือนหลังจากมีคำวินิจฉัยดังกล่าว และความบกพร่องของบทบัญญัติดังกล่าวเกิดขึ้นจากความผิดพลาดในการคำนวณจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ กล่าวคือ จำนวนคะแนนเสียงของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพิ่มขึ้น แต่จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ที่ได้รับกลับลดลง เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่อาจกำหนดระยะเวลาน้อยกว่านี้ได้<sup>88</sup> ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดระยะเวลาน้อยกว่า 1 ปี กล่าวคือ กำหนดระยะเวลาน้อยกว่า 11 เดือน ในคดีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางสังคม (social benefit) ซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากจำนวนเงินสำหรับประกันการดำรงชีพขั้นต่ำซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้วันนี้ได้มีกระบวนการพิจารณาที่โปร่งใสและสะดวกแต่อย่างใด<sup>89</sup>

ส่วนในบางคดีอาจไม่มีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องกำหนดระยะเวลาแต่อย่างใด ในคดีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกรณีบิดาของบุตรที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ไม่มีการสมรสย่อมไม่มีสิทธิปกครองบุตรหากไม่ได้รับความยินยอมจากมารดา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 (2) เกี่ยวกับสิทธิของบิดา (father's parental right) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะย่อมส่งผลให้บิดาไม่มีสิทธิปกครองบุตรหากไม่ได้รับความยินยอมจากมารดาจนกว่าจะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ ในส่วนของการกำหนดระยะเวลานั้น ศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>87</sup> BVerfG, [2006] NJW 1261, 1267. cited in Werner Schroeder, *supra note 11*, p.30.

<sup>88</sup> BVerfGE 121, 266 <316>. cited in Gertrude Lübke-Wolff, “The Constitutional Court’s Relationship to Parliament and Government,” accessed June 30, 2015, [www.confeuconstco.org/reports/repxv/GERMANIA%20eng.pdf](http://www.confeuconstco.org/reports/repxv/GERMANIA%20eng.pdf), pp.14-15,

<sup>89</sup> คำวินิจฉัยขององค์คณะแรก ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010, 1 BvL 1/09 et al. cited in *Ibid.*, p.15.

แห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวอาจสิ้นสุดลงหากศาลครอบครัว (family court) ตั้งบิดามารดาให้มีอำนาจปกครองบุตรทั้งหมดหรือบางส่วนร่วมกันหากทำให้บุตรได้รับประโยชน์สูงสุด เพราะฉะนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องกำหนดระยะเวลาแต่อย่างใด<sup>90</sup>

นอกจากนี้ ในบางคดี คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งไปยังองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติในขณะที่ใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม<sup>91</sup> ในคดีการพนันกีฬา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำสั่งห้ามมลรัฐ Bavaria “ทำการตลาดการพนันอย่างเปิดเผย (expansive marketing of betting)” ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจสั่งฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กล่าวถึง “กฎหมายและองค์กรสำหรับการผูกขาดการพนัน (betting monopoly)” และยืนยันว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติต้องดำเนินการเพื่อไปสู่จุดมุ่งหมายในการต่อต้านการติดการพนัน (combatting betting addiction)”<sup>92</sup>

#### (4) ผลจากการไม่ดำเนินการตามคำวินิจฉัย

หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ดำเนินการตรากฎหมายใหม่ให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะกำหนดมาตรการบังคับการ (execution measures) โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BverfGG) มาตรา 35 ในคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเพิ่มเงินค่าเลี้ยงชีพสำหรับข้าราชการที่มีบุตรตั้งแต่สามคนขึ้นไปสองครั้งแล้ว แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด เพราะฉะนั้น ในคำวินิจฉัยฉบับที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดจำนวนเงินค่าเลี้ยงชีพเสียเอง<sup>93</sup> มาตรการบังคับการเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดมาตรการแทนที่ (substitute measure) ซึ่งศาลกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อเพิ่มเงินค่าเลี้ยง

<sup>90</sup> คำสั่งขององค์กรคณะแรก ลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2010, 1 BvR 420/09. cited in *Ibid.*, p.15.

<sup>91</sup> BVerfG, [1986] NJW 2487, 2494. cited in Werner Schroeder, *supra note 11*, p.30.

<sup>92</sup> BVerfG, [2006] NJW 1261, 1267. cited in *Ibid*, p.30.

<sup>93</sup> BVerfGE 99, 300 <304, 331-332>. cited in Reinhard Gaier, “Enforcement of Constitutional Court’s Decisions,” accessed June 30, 2015, [www.confueconstco.org/reports/repvx/GERMANIA%20eng.pdf](http://www.confueconstco.org/reports/repvx/GERMANIA%20eng.pdf), p.42.

ชีพ<sup>94</sup> อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องกำหนดมาตรการบังคับการในทุกคดีเสมอไป แต่เนื่องจากในคดีเงินค่าเลี้ยงชีพนั้น พลเมืองมีสิทธิได้รับประโยชน์จากรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงต้องกำหนดมาตรการดังกล่าวเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย มิฉะนั้น จะเท่ากับเป็นการปฏิเสธการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของพลเมือง นอกจากนี้ เพื่อมิให้เป็นการขัดต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญอีกด้วย

คำสั่งให้ตรากฎหมายแห่งกฎหมายนั้นไม่จำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้ร้องแต่อย่างใดและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจดังกล่าวเสมอไป ในคดีเกี่ยวกับรัฐบัญญัติภาษีทรัพย์สิน (Property Tax Act) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยเมื่อกลางปี ค.ศ. 1995 ว่าการประเมินภาษีทรัพย์สินนั้นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายใหม่ภายในวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1996 ส่วนกฎหมายเดิมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป “จนถึงระยะเวลาดังกล่าว (until this time at most)”<sup>95</sup> คดีดังกล่าวเกิดความขัดแย้งในทางการเมืองภายหลังจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัย เนื่องจากรัฐบาลไม่ต้องการเก็บภาษีดังกล่าว แต่ไม่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนมลรัฐในสหพันธ์ (Bundesrat) จึงให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) ซึ่งมาจากพรรคการเมืองใช้วิธีการไม่ดำเนินการตรากฎหมายใหม่ เมื่อระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดสิ้นสุดลงเมื่อสิ้นปี ค.ศ. 1996 จึงไม่มีฐานทางกฎหมายในการเก็บภาษีทรัพย์สิน ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ไม่บังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย เนื่องจากมาตรการบังคับการไม่จำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์ของผู้เสียภาษี

ในทางตรงกันข้าม ในคดีรัฐบัญญัติภาษีมรดก (Inheritance Tax Act) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้กฎหมายเดิมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป “จนกว่าจะมีกฎหมายใหม่ (until a new provision)” และกำหนดระยะเวลาดำเนินการไม่ช้ากว่าวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2008<sup>96</sup> ซึ่งหมายความว่า กฎหมายเดิมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปถึงแม้ระยะเวลาดังกล่าวจะสิ้นสุดลงแล้วก็ตาม ในคดีดังกล่าวเนื่องจากมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของบุคคลซึ่งมีหน้าที่ต้องเสียภาษี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงใช้มาตรการบังคับการตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 35 เพื่อบังคับการตามคำสั่งให้ตรากฎหมาย และกำหนดผลย้อนหลังให้กับคำสั่งที่ให้กฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป อีกทั้งยังใช้อำนาจกดดันฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>94</sup> *Ibid.*, p.42.

<sup>95</sup> BVerfGE 93, 121 <122>. cited in *Ibid.*, p.42.

<sup>96</sup> BVerfGE 117, 1 <2>. cited in *Ibid.*, p.43.

เกี่ยวกับรายได้ทางภาษีที่สูญหายไป ในคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กำหนดมาตรการบังคับการด้วยตนเอง (ex officio)<sup>97</sup>

### 3.1.2.3 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Decision)

การกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปอาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในบางครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) มาตรา 35 เพื่อกำหนดคำวินิจฉัยแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (norm-substituting decision)<sup>98</sup> ซึ่ง “การแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (substitute legislation)” ดังกล่าวมักจะไม่ค่อยเกิดขึ้น เนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เข้าไปแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>99</sup>

ในคดีเกี่ยวกับการลดหย่อนภาษีผู้ทำงานต่างถิ่น (commuter tax relief) สำหรับระยะทางตั้งแต่ 21 กิโลเมตรขึ้นไป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Law; Einkommensteuergesetz) มาตรา 9 มาตรา 2 (1) และ (2) ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 3 (1) ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยดังกล่าว กลับส่งผลในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ ทำให้กระบวนการพิจารณาทางภาษีเกิดความล่าช้า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงพิจารณาแล้วเห็นว่า ควรกำหนดระยะเวลาในการตรากฎหมายใหม่ให้มีผลใช้บังคับอย่างต่อเนื่อง และกำหนดค่าลดหย่อนภาษีของค่าใช้จ่ายในการเดินทางจากบ้านไปยังสถานที่ทำงาน และจากบ้านไปยังบ้านของครอบครัวในอัตรา 0.3 ยูโรต่อกิโลเมตร เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติภาษีเงินได้ มาตรา 9 และมาตรา 2 (2) เสร็จสิ้นแล้ว ให้ยกเลิกเงื่อนไขเกี่ยวกับการ “เพิ่ม (increased)” ค่าลดหย่อนภาษี “ตั้งแต่ระยะทางมากกว่า 21 กิโลเมตรเป็นต้นไป (from km 21 travelled)”<sup>100</sup>

<sup>97</sup> *Ibid.*, p.43.

<sup>98</sup> ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยครั้งแรกในคดี BVerfGE 39, 1 (2, 38 ff) and 88, 203 (209 ff, 336 ff) เกี่ยวกับการห้ามทำแท้ง. cited in Werner Schroeder, *supra note 11*, p.30.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p.30.

<sup>100</sup> BVerfG, 2 BvL 1/07 from 2008-12-9, section number (1-91). cited in Ines Härtel, *supra note 5*, pp.513-514.

### 3.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

#### 3.2.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 3.2.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้นั้น เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายทั้งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างรัฐบัญญัติใดสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้ว ประธานาธิบดีต้องประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นภายในระยะเวลา 15 วันนับตั้งแต่วันที่รัฐบาลได้รับร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา<sup>101</sup> ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวที่สะดุดหยุดลงเมื่อเสนอร่างกฎหมายต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นให้เริ่มนับระยะเวลาต่อ<sup>102</sup> เพราะฉะนั้น ประธานาธิบดีจึงต้องประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นก่อนที่ระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง<sup>103</sup>

อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีอาจขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายนั้นใหม่ก็ได้<sup>104</sup> ซึ่งการขอให้พิจารณาใหม่นั้นเมื่อรัฐสภาพิจารณาใหม่แล้วเสร็จจะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายนั้นอีกครั้งหนึ่ง<sup>105</sup>

<sup>101</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง

<sup>102</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 21

<sup>103</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548), น.83.

<sup>104</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคสอง

<sup>105</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 103, น.83.

### 3.2.1.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (conformité sous reserves)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นเป็นรูปแบบของคำวินิจฉัยที่ถือได้ว่าเป็นเทคนิคเฉพาะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส<sup>106</sup> กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพยายามปกป้องกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปรับใช้กฎหมายดังกล่าวภายในบริบทที่ทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า “กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหากหมายถึง... (Law X conforms to the constitution only if it is taken to mean...)” ไปในทางที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดสถานการณ์สมมติเพื่อนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น<sup>107</sup>

ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาในปี ค.ศ. 2003 ซึ่งกำหนดฐานความผิดใหม่ ได้แก่ ความผิดฐานค้าประเวณี (prostitutes soliciting for trade) บทบัญญัติดังกล่าวถูกโต้แย้งว่า เป็นการรุกร้าเสรีภาพส่วนบุคคล (personal liberty) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำอนาจารต่อหน้าธารกำนัล (public decency) และต่อต้านการค้ามนุษย์ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ “อาจเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปเพราะถูกข่มขู่หรือถูกบีบบังคับให้กระทำ เพราะฉะนั้น ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนดังกล่าว บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อหลักการลงโทษที่เหมาะสม (principle of appropriate penalty)”

ในปี ค.ศ. 1999 รัฐบาลได้ตรากฎหมายเพื่อจัดตั้งสถาบัน “กึ่งสมรส (quasi-marriage)” ขึ้นใหม่ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสนอกเหนือจากการสมรสแบบดั้งเดิม ได้แก่ ข้อตกลงเกี่ยวกับคูชีวิต (Pact Civil de Solidarité) ซึ่งถูกโต้แย้งอย่างหนักโดยสมาชิกวุฒิสภายอนุรักษนิยม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งหมด ภายใต้ “เงื่อนไขหรือข้อสงวน (réserves)” ซึ่งต้องควบคุมกระบวนการของข้อตกลงดังกล่าวเพื่อ

<sup>106</sup> เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 36, ฉบับที่ 1, น.41 (มีนาคม 2550).

<sup>107</sup> David Robertson, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review*, (Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010), p.32.



ป้องกันมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการจดทะเบียนข้อตกลงและการรวมศูนย์อำนาจในการเก็บรวบรวมทะเบียนไว้ที่องค์กรเพียงองค์กรเดียวอาจเป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคล คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้กระบวนการดังกล่าวต้องถูกตรวจสอบโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งจะต้องปรึกษาองค์กรคุ้มครองข้อมูลด้วย นอกจากนี้ การยกเลิกข้อตกลงฝ่ายเดียวซึ่งอาจกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพบางประการจะต้องแจ้งล่วงหน้า 3 เดือน โดยทำเป็นหนังสือต่อศาลและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

นักวิชาการฝรั่งเศสมีความเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวข้องกับการละเลยต่อหน้าที่ของรัฐสภา (parliamentary omission) ในการพิจารณาช่องว่างของร่างกฎหมาย โดยปกติจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ “บางส่วน (partially)” แล้วปล่อยให้รัฐสภาแก้ไขการละเลยต่อหน้าที่ ซึ่งการเพิกถอนกรณีดังกล่าวมีความแตกต่างจากการเพิกถอนบางส่วน “โดยมีสาเหตุ (for cause)” กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องบางส่วนหากมีการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

ในร่างกฎหมายซึ่งมีเจตนารมณ์ป้องกันการถือหุ้นเพื่อเป็นเจ้าของกิจการหนังสือพิมพ์มากจนเกินไป แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวมีช่องว่างของกฎหมายในกรณีกลุ่มบริษัทหนังสือพิมพ์ (press conglomerate) ซึ่งเป็นการหลบเลี่ยงข้อจำกัดการเป็นเจ้าของกิจการที่กำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>108</sup> นักวิชาการคนหนึ่งมีความเห็นว่า “การตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมิได้เพิ่มเติมอะไรลงไปกฎหมาย เพียงแต่เป็นการเสนอแนะธรรมดาซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”<sup>109</sup>

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความมั่นคงและเสรีภาพ (Security and Liberty) เป็นต้นกำเนิดของเทคนิคการตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (réservations d'interprétation)<sup>110</sup> กล่าวคือ ในช่วงก่อนการเลือกตั้งประธานาธิบดีต้นปี ค.ศ. 1981 นั้น ปลายปี ค.ศ. 1980 รัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและ

<sup>108</sup> *Ibid*, pp.156-157.

<sup>109</sup> Drago, Decisions du Conseil constitutionnel, 165. cited in *Ibid*, p.157.

<sup>110</sup> Décision no 80-128 DC of 20 January 1981, Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes. cited in Maartje de Visser, Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis, (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014), p.297.

คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองมากขึ้น ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างหนักทั้งภายในและภายนอกรัฐสภา สมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อยจำนวน 145 คนได้เสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายดังกล่าว ถึงแม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจำนวน 4 มาตราไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อพิจารณาแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) แล้วทำให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้<sup>111</sup>

ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ลงโทษการขัดขวางการดำเนินกิจการรถไฟ (disruption of train services) โดยจำคุก 3 เดือนหรือปรับ ซึ่งปราศจากข้อยกเว้นที่พิจารณาเหตุผลของการกระทำดังกล่าว บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงถูกโต้แย้งว่า มีถ้อยคำที่เคร่งครัดจนเกินไป ขัดต่อสิทธิในการนัดหยุดงาน (right to strike) และสิทธิในการรวมกลุ่มเป็นสหภาพแรงงาน (trade union rights) ที่รัฐธรรมนูญรับรอง อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

“20. พิจารณาว่า การวางสิ่งของบนรางรถไฟเพื่อขัดขวางการวิ่งของรถไฟ จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิในการนัดหยุดงานหรือรวมกลุ่มเป็นสหภาพแรงงาน

21. พิจารณาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดว่า บุคคลซึ่งกระทำการขัดขวางการวิ่ง [ของรถไฟ] ย่อมมีความผิดอาญา [ตามกฎหมาย] แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับบุคคลซึ่งใช้สิทธิในการนัดหยุดงานตามที่รัฐธรรมนูญรับรอง ถึงแม้ว่าการหยุดวิ่งของรถไฟเป็นผลมาจากการขัดขวางดังกล่าว”

ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจผู้พิพากษาที่พิจารณาคดี (examining magistrate; juge d'instruction) หรือประธานศาลอาญาท้องถิ่น (president of the local criminal court) ในการขยายระยะเวลาการคุมขังก่อนฟ้องคดี (pre-arraignment custody; garde à vue) จากระยะเวลาปกติ 24 ชั่วโมง ในความผิดอาญาที่ร้ายแรง ซึ่งมีการโต้แย้งกรณีประธานศาลอาญาท้องถิ่นว่า มิได้เป็นผู้พิจารณาสำนวนของผู้ถูกคุมขังแต่อย่างใด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ผู้พิพากษาทุกคนต้องพิจารณาสำนวนก่อนการขยายระยะเวลาการคุมขัง ถึงแม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กำหนดหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp.297-299.

“25. พิจารณาว่า ผู้พิพากษามีอำนาจ [ในความผิดอาญาที่ร้ายแรง] ขยายระยะเวลาการคุมขังก่อนฟ้องคดี ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 66 [การห้ามคุมขังโดยมิชอบ] ซึ่งไม่มีหลักการหรือกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญใดกำหนดว่า ผู้พิพากษาต้องเป็นผู้พิพากษาที่พิจารณาคดี

26. พิจารณาว่า ผู้พิพากษาจำเป็นต้องพิจารณาสำนวนก่อนมีคำสั่งขยายระยะเวลาการคุมขังก่อนฟ้องคดี โดยที่ยังไม่มีคำพิพากษาจากการสืบสวนหรือคำพิพากษาว่ามีความผิดภายใต้ความสงสัย”

ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการหยุดบุคคลเพื่อตรวจสอบอัตลักษณ์ (identity) และการไม่ปฏิบัติตามกรณีดังกล่าวเป็นความผิดอาญา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้จัดประเภทของการกระทำระหว่างการไม่ปฏิบัติตามกับการไม่สามารถปฏิบัติตามได้ในทันที ซึ่งเฉพาะการไม่ปฏิบัติตามเท่านั้นที่เป็นความผิดอาญา

“61. พิจารณาว่า มาตรา 78 ลงโทษจำคุกและปรับบุคคลซึ่งไม่ให้ความร่วมมือในการตรวจสอบอัตลักษณ์ หรือบุคคลซึ่งขัดขวางเจ้าพนักงานในการตรวจสอบและพิสูจน์อัตลักษณ์ [ของบุคคล] บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช้บังคับกับบุคคลซึ่งไม่สามารถปฏิบัติตามได้ในทันที ณ สถานที่นั้น [ซึ่งการตรวจสอบเสร็จสิ้น] หรือสถานีตำรวจ”

หากบุคคลไม่สามารถพิสูจน์อัตลักษณ์ของตนที่ด่านตรวจบุคคลดังกล่าว ต้องถูกนำตัวไปยังสถานีตำรวจและถูกคุมขังตราบเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งเพื่อการพิสูจน์อัตลักษณ์ บุคคลดังกล่าวอาจแจ้งการถูกคุมขังให้พนักงานอัยการทราบ

“57. พิจารณาว่า มาตรา 76 วรรคสองถึงวรรคห้ากำหนดว่า เมื่อบุคคลไม่อาจพิสูจน์อัตลักษณ์ที่ด่านตรวจ หากมีความจำเป็น เจ้าพนักงานตามบทบัญญัติวรรคก่อนอาจนำตัวบุคคลดังกล่าวไปยังสถานีตำรวจแห่งท้องที่ซึ่งสามารถจัดให้มีพิสูจน์อัตลักษณ์ของบุคคลได้...บุคคลทุกคนไม่อาจถูกคุมขังเกินกว่าระยะเวลาที่จำเป็นอย่างยิ่งเพื่อการพิสูจน์อัตลักษณ์ แต่ไม่เกินกว่าระยะเวลา 6 เดือน...บุคคลดังกล่าวไม่ว่าจะในระยะเวลาใดอาจแจ้งการถูกคุมขังให้พนักงานอัยการทราบ พนักงานอัยการอาจวินิจฉัยให้ [การคุมขัง] สิ้นสุดลง...

58. พิจารณาว่า บทบัญญัติดังกล่าวถูกจำกัดในกรณีที่บุคคลสามารถพิสูจน์อัตลักษณ์ได้ในทันทีด้วยวิธีการที่เหมาะสม นอกจากนี้ บุคคลดังกล่าวต้องไปสถานีตำรวจเฉพาะกรณีที่ไม่สามารถหรือไม่สมัครใจในการพิสูจน์อัตลักษณ์ในทันทีซึ่งจำเป็นต้องกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์ทั่วไปตามหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง”

ในส่วนสุดท้าย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไปยังผู้พิพากษาและเจ้าพนักงานฝ่ายปกครองให้คำนึงถึงการปกป้องประโยชน์ทั่วไปว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบอัตลักษณ์ของบุคคล

“64. พิจารณาว่า ท้ายที่สุด เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดกระบวนการในการตรวจสอบและพิสูจน์อัตลักษณ์ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง ผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องคำนึงถึงกรณีดังกล่าว และศาลต้องพิพากษาลงโทษการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและให้ชดเชยค่าเสียหายสำหรับผลร้ายที่เกิดขึ้น”

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาระหว่างความไม่เหมาะสมในการเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการกำหนดนโยบาย (policymaking process) กับข้อจำกัดของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้นั้น เนื่องจากลักษณะของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ยังไม่มีที่ชัดแจ้ง ทำให้ไม่อาจทราบความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ถึงแม้ว่าการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนอาจเป็นการเข้าไปแทรกแซงกระบวนการกำหนดนโยบาย แต่ในบางครั้งก็เป็นการประกาศหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและนักวิชาการฝรั่งเศสจึงมีความเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นมีเหตุผลเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของอำนาจนิติบัญญัติ (legislative autonomy)<sup>112</sup> การกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนจึงเป็นวิธีการที่ดีกว่าการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางส่วน

ในรัฐธรรมนูญความก้าวหน้าทางสังคม (Loi de modernisation sociale) ซึ่งเป็นกฎหมายปฏิรูปครั้งใหญ่ของรัฐบาลสังคมนิยมในปลายปี ค.ศ. 2002 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนอกจากจะวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายจำนวน 1 มาตราไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้วยังกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนให้กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายจำนวน 10 มาตราอีกด้วย<sup>113</sup> หรือในกรณีบทบัญญัติแห่งมาตรา 101 ซึ่งกำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิประชุมกันเพื่อเจรจากรณีเจ้าของสถานประกอบการปรับโครงสร้างกิจการใหม่ (restructuring) แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีความชัดเจนว่ารวมการปรับโครงสร้างกิจการใหม่ทุกอย่างหรือพิจารณาเฉพาะระดับของผลกระทบ เมื่อพิจารณา “ลักษณะงานเบื้องต้น (travaux préparatoires)” คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนโดยจำกัดสิทธิดังกล่าวเฉพาะในสถานการณ์ที่ลูกจ้างอย่างน้อย 100 คนต้องสูญเสียงาน ซึ่งก่อให้เกิดความยุติธรรมและทำให้กฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

<sup>112</sup> F Mélin-Soucramanien, *Le Principe d'Égalité dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (Paris: Economica, 1997), 148. cited in David Robertson, *supra note 107*, p.157.

<sup>113</sup> Loi de modernisation sociale, 2001-455 DC (2002) (Conseil constitutionnel); *Ibid*, p.158.

ในกฎหมายใหม่ซึ่งกำหนดฐานความผิดเกี่ยวกับการคุกคาม (crimes of harassment) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานที่ทำงาน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยปฏิเสธข้อโต้แย้งว่า กฎหมายดังกล่าวขาดความชัดเจน (legal clarity) ถึงแม้มีข้อสังเกตว่าการลงโทษอาจไม่ได้สัดส่วน เนื่องจากการกระทำเดียวกันมีทั้งความผิดฐานคุกคามกรณีทั่วไปตามประมวลกฎหมายอาญาและฐานคุกคามในสถานที่ทำงานตามประมวลกฎหมายการจ้างงาน (Employment code) แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนและยืนยันว่า เมื่อพิจารณาหลักความได้สัดส่วนตามกฎหมายอาญา (criminal law proportionality) ซึ่งกำหนดไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ข้อ 8 นั้น “มิได้กำหนดฐานความผิดสองฐานเพื่อลงโทษการคุกคามซึ่งชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญขึ้นอยู่กับศาลและองค์กรอื่นของรัฐยอมรับว่า โทษสูงสุดที่ได้รับต้องไม่เกินกว่าความผิดฐานใดฐานหนึ่งซึ่งมีอัตราโทษสูงกว่า แนวทางการตีความดังกล่าวได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติ และยอมติว่าการปล่อยให้ฝ่ายนิติบัญญัติค้นหาวิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนเสียเอง

ลักษณะทั่วไปของเงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นจะแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังไม่ปรากฏออกมาในขณะนั้น แต่อาจปรากฏออกมาในอนาคต ในกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการเคหะ มาตรา 159 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีในการแก้ไขอัตราค่าเช่าของเอกชน บทบัญญัติดังกล่าววุฒิสภาได้โต้แย้งว่าขัดต่อสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล (right to private property) และเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) ดังที่ปรากฏในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองจะต้องมีสิทธิในการมีที่อยู่อาศัยที่เหมาะสม (right to decent housing) และรัฐสภามีสิทธิในการให้ความช่วยเหลือเป็นพิเศษแก่ผู้ด้อยโอกาส อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวอาจขัดต่อสิทธิในทรัพย์สินได้ เพราะฉะนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขที่ว่า รัฐมนตรีจะต้องไม่กำหนดอัตราค่าเช่าในระดับที่ขัดต่อหลักความเท่าเทียมกันทางภาษี (principle of equality of tax burdens) คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงเป็นการชั่งน้ำหนักการปกป้องสิทธิทางรัฐธรรมนูญโดยไม่ให้น้ำหนักไปยังสิทธิใดสิทธิหนึ่งมากเกินไป

เนื่องจากในทางประวัติศาสตร์ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความชิงชังต่อการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองกลับมีความเข้มแข็งมาก หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญบังคับฝ่ายนิติบัญญัติให้เพิ่มเติมกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้ในการประเมินค่าเช่าของรัฐมนตรี (ministerial rent assessment) การตรวจสอบการประเมินอัตราค่าเช่าของเจ้าของทรัพย์สินจึงต้องพิจารณาทฤษฎีการกระทำนอกเหนืออำนาจ (ultra

vires) ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่รัฐมนตรีดำเนินการ “อย่างมีเหตุผล (reasonably)” บุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อสภาแห่งรัฐได้ เนื่องจากข้อโต้แย้งดังกล่าวเป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างมีเงื่อนไข คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีดังกล่าวจึงมีลักษณะแตกต่างจากคำวินิจฉัยรูปแบบอื่นที่สามารถบังคับการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยได้<sup>114</sup>

อย่างไรก็ตาม ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่อาจกล่าวได้อย่างชัดเจนว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะมีประสิทธิผลก็ต่อเมื่อคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเปลี่ยนจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญกลายเป็นกฎหมายปกครองหรือกฎหมายอาญา ในปี ค.ศ. 1997 รัฐสภาให้ความเห็นชอบรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความโดยกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนหลายประการ<sup>115</sup> เงื่อนไขหรือข้อสงวนประการหนึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารนำตัวผู้ถูกเนรเทศซึ่งถูกกักกันและต้องถูกเนรเทศ แต่เมื่อพ้นระยะเวลา 7 วันนับตั้งแต่วันที่ถูกปล่อยตัว อาจนำบุคคลดังกล่าวไปกักขังอีกได้ สมาชิกวุฒิสภาโต้แย้งว่า กฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดการกักขังอย่างไม่สิ้นสุด (endless series of detentions) ซึ่งขัดต่อแนวคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและอำนาจของศาลฎีกา (Cour de cassation) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงตีความโดยกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนจำกัดระยะเวลาสูงสุดในการกักขังสองกรณีซึ่งอาศัยฐานจากคำสั่งเนรเทศเดียวกัน เงื่อนไขดังกล่าวไม่มีปัญหาในการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องและศาลอื่นสามารถปฏิบัติตามข้อจำกัดที่มีความชัดเจน แต่ถ้าหากหน่วยงานของรัฐที่มีใช้ข้อควรตุลาการไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดข้อพิพาทในทางกฎหมายปกครอง

ส่วนปัญหาความไม่เหมาะสมในการเข้าไปเกี่ยวข้องในรายละเอียดทางนโยบายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ลักษณะของเงื่อนไขหรือข้อสงวนมิได้สั่งการให้ฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการไปในทางใดทางหนึ่งโดยเฉพาะ เป็นแต่เพียงทางเลือกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้เนื่องจากเกรงว่ารัฐบาลอาจกระทำการขัดต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองและต้องเพิกถอนการกระทำดังกล่าว ถึงแม้อาจดูเหมือนว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นปรปักษ์ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ปรปักษ์ที่แท้จริง ได้แก่ ฝ่ายบริหารซึ่งต้องบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

<sup>114</sup> *Ibid*, pp.158-159.

<sup>115</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตีความการตรวจคนเข้าเมือง, 97-389 DC (Conseil Constitutionnel). cited in *Ibid*, p.159.

การจัดประเภทของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งนอกเหนือไปจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญบางส่วนหรือทั้งหมด ทำให้เกิดทฤษฎี “ความสอดคล้อง (coherent)” กับรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดจากการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวน สืบเนื่องจากปัญหาลักษณะของคำวินิจฉัยรูปแบบดั้งเดิมที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ตรวจสอบความหมายที่หลากหลายของถ้อยคำ ทำให้ “การตีความ (interpretation)” เป็นวิธีการที่ดีที่สุดในการรักษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้เกิดผลร้ายหากหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองถูกฝ่าฝืนโดยที่ไม่มีทางเลือกในการกำหนดความหมายให้เป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายความในกรณีที่ขัดต่อสิทธิอย่างชัดเจน แต่ยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจคนเข้าเมือง ช่วงระยะเวลาในการกักกันทั้งสองช่วงเวลาในคำสั่งเดียวกันต้องมีระยะเวลาห่างกันอย่างน้อย 7 วันนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายความถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิในเสรีภาพ (right to liberty) ของบุคคลกับหน้าที่ของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อย<sup>116</sup>

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

**(1) การตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย (interprétation neutralisante)**

ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจอาศัยเทคนิคการตีความเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย” หรือ “ในบรรดาการตีความกฎหมายเท่าที่สามารถตีความได้ ให้เลือกการตีความที่ไม่ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”<sup>117</sup> เช่น

กรณีกฎหมายเกี่ยวกับการปฏิรูปการจัดทำแผน (la réforme de la planification) ผู้ร้องโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สงวนการริเริ่ม (l’initiative) การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับแผน (lois de plan) และกระบวนการนิติบัญญัติ (une procédure d’élaboration) กฎหมายดังกล่าวแก่รัฐบาล รวมทั้งการห้ามแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับแผนนั้นภายในระยะเวลา 2 ปี เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพของรัฐสภา จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่แทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

<sup>116</sup> *Ibid*, pp.160-161.

<sup>117</sup> เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 106*, น.42.

จะวินิจฉัยตามแนวทางการตีความดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย เพราะฉะนั้น จึงไม่มีกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>118</sup>

กรณีที่ผู้ร้องได้โต้แย้งว่า กฎหมายว่าด้วยการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (la loi portant réforme du système bancaire) มาตรา 33 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับสถาบันการเงิน (le comité de la réglementation bancaire) มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับการโอนกิจการของรัฐไปเป็นของเอกชน (dénationalisations) ทั้ง ๆ ที่ตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกำหนดในเรื่องดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องกำหนดโดยรัฐบัญญัติ (la loi) อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจตีความให้มีความหมายว่าคณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับสถาบันการเงินสามารถอนุญาตให้มีการโอนทรัพย์สินของหน่วยงานของรัฐไปเป็นของเอกชนโดยการออกกฎได้<sup>119</sup>

กรณีรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 38 ได้กำหนดให้รัฐบาลสามารถขออนุญาตต่อรัฐสภาเพื่อตรารัฐกำหนด (ordonnance) ในเรื่องที่โดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภาได้ ปรากฏว่าในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด (projet de la loi d'habilitation) สมาชิกสภาได้โต้แย้งว่า ร่างกฎหมายดังกล่าวได้มอบอำนาจให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดในเรื่องระบบพิเศษเกี่ยวกับการเกษียณอายุ (le domaine des régimes spéciaux de retraite) ซึ่ง ณ วันเวลาที่มมีมติในร่างกฎหมายนั้นเรื่องดังกล่าวมิได้มีการกำหนดในโครงการที่จะดำเนินการแล้ว เป็นเหตุให้ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 38 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ปรากฏจากข้อความในบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าการอนุญาตให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับเงินบำนาญ (pensions de retraite) มิใช่กรณีระบบพิเศษเกี่ยวกับการเกษียณอายุ เพราะฉะนั้น ภายใต้เงื่อนไขการตีความจึงเห็นได้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอแล้ว จึงไม่มีกรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>120</sup>

<sup>118</sup> C.C. 82-142 D.C., 27 juillet 1982, R. p.52. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.42.

<sup>119</sup> C.C. 83-167 D.C., 19 janvier 1984, R. p.23. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.42.

<sup>120</sup> C.C. 95-370 D.C., 30 décembre 1995, R. p.269. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.43-44.



## (2) การตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation constructive)

นอกจากการตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมายแล้ว อีกเทคนิคการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การตีความเพิ่มเติมหรือขยายความเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>121</sup> เช่น

กรณีรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการเลิกจ้างด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ มาตรา 29 ซึ่งบัญญัติเพียงว่า สภภาพที่นำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อประโยชน์แก่ลูกจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบ “โดยจดหมายลงทะเบียนตอบรับ (par lettre recommandée avec accusé de réception)” ปรากฏว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความว่า “จดหมายที่แจ้งไปยังลูกจ้างตามบทบัญญัติดังกล่าวต้องระบุรายละเอียดทุกอย่างที่เป็นประโยชน์ต่อลูกจ้างเกี่ยวกับสถานะและวัตถุประสงค์ของการดำเนินการขอขเขตการยอมรับของลูกจ้าง และสิทธิที่จะได้รับทราบตลอดระยะเวลาของการดำเนินการ... และการยอมรับโดยปริยายของลูกจ้างไม่สามารถนำมากล่าวอ้างได้”<sup>122</sup> ซึ่งจะเห็นได้ว่ารายละเอียดต่าง ๆ ดังกล่าวไม่มีการกำหนดในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเลย แต่ด้วยเทคนิคการตีความ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเพิ่มเติมหรือขยายความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>123</sup>

กรณีรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐกำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขการเดินทางเข้ามาและการพำนักในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสของชนต่างชาติ (les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) โดยรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวได้มีการกำหนดบทลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความเพิ่มเติมหรือขยายความเงื่อนไขอื่นในการพิจารณาว่า “เป็นการสมควรเช่นกันที่จะยกเป็นประเด็นให้เห็นว่าคำสั่งลงโทษ (la décision de sanction)” สามารถนำมาฟ้องเป็นคดีประเภทที่ศาลมีอำนาจเต็ม<sup>124</sup> (un recours de pleine

<sup>121</sup> เฟ็งอ้วง, น.44.

<sup>122</sup> C.C. 89-257 D.C., 25 juillet 1989, R. p.59. อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.44.

<sup>123</sup> เฟ็งอ้วง, น.44.

<sup>124</sup> คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มตามแนวความคิดแบบดั้งเดิม (classique) ของฝรั่งเศสกล่าวได้ว่าเป็นคดีประเภทหนึ่งที่จัดประเภทโดยคำนึงถึงอำนาจของศาล (les pouvoirs du juge) กล่าวคือเป็นคดีที่ศาลมีได้มีเพียงอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ศาลยังมีอำนาจในการพิพากษาให้มีการเยียวยาความเสียหายเป็นเงินได้ด้วย. อ้างถึงใน เฟ็งอ้วง, น.44.

jurisdiction) ต่อศาลปกครองได้ และจะร้องขอให้มีการรอลงโทษ (un sursis à l'exécution) ได้ เช่นเดียวกัน รวมทั้งการใช้สิทธิฟ้องหรือร้องขอดังกล่าวไม่สามารถนำมาเป็นเหตุแห่งการเพิ่มโทษได้<sup>125</sup> ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้กำหนดถึงเงื่อนไขดังกล่าวเลย แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้อาศัยเทคนิคการตีความเพื่อวินิจฉัยว่าไม่มีกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหากได้ตีความตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย<sup>126</sup>

### (3) การตีความโดยการกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive)

เทคนิคประการสุดท้ายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้เพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การตีความโดยการให้แนวทางในการใช้บังคับกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>127</sup> เช่น

กรณีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ (loi relative à la sécurité et à la protection du marché financier) ได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ (la Commission des opérations de bourse) มีอำนาจลงโทษปรับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนกรณีรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดความผิดเป็นเงิน (une sanction pécuniaire) ตามจำนวนที่กำหนด ซึ่งเป็นโทษทางปกครอง (une sanction administrative) ในขณะที่การกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำความผิดอาจได้รับโทษปรับที่เป็นโทษทางอาญา (une sanction pénale) อีกด้วย จึงไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่า “บุคคลไม่อาจถูกลงโทษสองครั้งสำหรับการกระทำเดียวกัน (une même personne ne peut pas être punie deux fois pour le même fait)” นอกจากนี้ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789) ข้อ 8 ยังได้บัญญัติว่า “กฎหมายต้องกำหนดโทษเท่าที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น (la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires)” ซึ่งคำว่า “โทษ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้หมายถึงโทษที่มีการลงโทษโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงโทษที่ได้มีการลงโทษโดยองค์กรอื่น (ตามที่กฎหมายกำหนด) ที่มีใช้องค์กรตุลาการด้วย

ดังนั้น กรณีตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์จึงอาจทำให้ผู้กระทำการฝ่าฝืนรัฐบัญญัติต้องได้รับโทษซ้ำซ้อนกันระหว่างโทษปรับทางปกครองและโทษปรับทางอาญาได้ ซึ่ง

<sup>125</sup> C.C. 92-307 D.C., 25 février 1992, R. p.48. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.44-45.

<sup>126</sup> *เพ็งอ้วง*, น.45.

<sup>127</sup> *เพ็งอ้วง*, น.45.

ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญข้างต้น แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนดแนวทางการใช้บังคับรัฐบัญญัติดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยว่า “จำนวนเงินค่าปรับตามที่ได้ลงโทษต้องไม่เกินกว่าจำนวนเงินค่าปรับที่สูงที่สุดของโทษใดโทษหนึ่งที่ได้รับ” และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้กล่าวในคำวินิจฉัยเพิ่มเติมอีกว่า “ศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีต้องเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ดูแลการเคารพต่อแนวทางการใช้บังคับบทบัญญัติ” ตามแนวทางที่ได้ตีความด้วย<sup>128</sup> ซึ่งในคดีต่อ ๆ มา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เรียกร้องในคดีให้ศาลปกครองและศาลยุติธรรมตรวจสอบว่าได้มีการใช้บังคับกฎหมายสอดคล้องกับการตีความตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้แนวทางไว้หรือไม่<sup>129</sup>

กรณีรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชน (loi relative aux contrôles et vérifications d'identité) ที่กำหนดให้มีการตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชนได้ เพื่อป้องกันการกระทำที่อาจกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย (l'ordre public) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่อาจกระทบกระเทือนต่อความปลอดภัยของประชาชนและทรัพย์สิน “โดยสามารถตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชนของบุคคลใด ๆ ได้ ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีพฤติกรรม (comportement) อย่างไรก็ตาม” ปรากฏว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการกำหนดให้มีการตรวจสอบได้โดยปราศจากความสัมพันธ์กับพฤติกรรมที่น่าสงสัยของบุคคลที่จะถูกตรวจสอบ อันถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเกินกว่าเหตุ

อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวโดยตรง พร้อมทั้งยังยอมรับด้วยว่าการกำหนดให้มีการตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชนโดยไม่คำนึงถึงพฤติกรรมของบุคคลนั้นเป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กล่าวเพิ่มเติมว่า ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอยู่ภายใต้การเคารพต่อเงื่อนไข 2 ประการ ซึ่งมีได้กำหนดอยู่ในรัฐบัญญัติแต่อย่างใด กล่าวคือ ประการหนึ่ง เจ้าหน้าที่ตำรวจต้องมีมูลเหตุจูงใจในการตรวจสอบเมื่อมีสถานการณ์พิเศษที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายที่กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย อีกประการหนึ่ง องค์กรตุลาการในฐานะผู้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล<sup>130</sup> ต้องตรวจสอบเงื่อนไขเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความสมเหตุสมผลอันเป็นเหตุแห่งการดำเนินการตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรตุลาการต้องพิจารณาว่ามี

<sup>128</sup> C.C. 89-260 D.C., 28 juillet 1989, R. p.71. อ้างถึงใน *เพ็งอ้วง*, น.45-46.

<sup>129</sup> *เพ็งอ้วง*, น.46.

<sup>130</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 66 วรรคสอง

พฤติการณ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องเกิดขึ้นหรือไม่<sup>131</sup> ภายใต้เงื่อนไขข้างต้นจึงจะถือได้ว่ารัฐบัญญัติดังกล่าวเคารพต่อสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้

มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ กล่าวคือ ก่อนหน้าที่จะมีการตรารัฐบัญญัติดังกล่าว ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 ว่า การสอบปากคำของตำรวจจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อมีพฤติการณ์ของบุคคลที่เป็นเหตุโดยตรงที่นำไปสู่การกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อย ซึ่งเท่ากับศาลฎีกาได้วางหลักว่ากรณีต้องมีพฤติการณ์ที่น่าสงสัยของบุคคลนั้น ๆ ด้วยการตรารัฐบัญญัติดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ในทำนองที่จะไปปลงล้างคำพิพากษาดังกล่าวของศาลฎีกา ซึ่งในท้ายที่สุด ผลจากการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการกำหนดแนวทางการใช้บังคับกฎหมายโดยเรียกร้องให้ศาลตรวจสอบต่อไปว่าพฤติการณ์ของบุคคลที่ถูกตรวจสอบนั้นกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่ ซึ่งถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขสำคัญในการที่ศาลจะทำหน้าที่ในการให้หลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล จึงเท่ากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ทำให้แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในเรื่องดังกล่าวไม่ถูกลบล้างไปโดยกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นในภายหลังด้วย<sup>132</sup>

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นผลมาจากการตีความเพื่อวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากไม่ตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องกลายเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีเสียงข้างมาก ในขณะที่ฝ่ายค้านสามารถนำคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ในทางการเมืองได้ ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงประสงค์ที่จะวินิจฉัยโดยสงวนรักษากฎหมายไว้ด้วยการใช้เทคนิคการตีความเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจึงเป็นวิธีการที่สำคัญประการหนึ่งที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้เพื่อหลีกเลี่ยงความเป็นปฏิปักษ์ทางการเมืองโดยตรงกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร รวมทั้งใช้เป็นวิธีการเพื่อจัดการกับความกดดันต่าง ๆ ที่เป็นภาระของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย

<sup>131</sup> C.C. 93-323 D.C., 5 août 1993, R. p.213. อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 106*, น.46-47.

<sup>132</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.47.

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนจะช่วยมิให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยเป็นผลมาจากการตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย (interprétation neutralisante) หรือตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (interprétation constructive) หรือตีความขยายความเพื่อเป็นแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive) ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขการตีความนั้นมีใช้กฎหมายฉบับเดียวกับที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ลงมติให้ความเห็นชอบ แต่เป็นกฎหมายฉบับที่มาจากกรณีความใหม่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือมาจากการแก้ไขเพิ่มเติมด้วยการตัดทอนหรือเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ใหม่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ส่วนการใช้บังคับกฎหมายของฝ่ายบริหารนั้น จะเห็นได้ว่า การตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายบริหาร เนื่องจากทำให้ฝ่ายบริหารทราบอย่างแน่ชัดว่าจะต้องใช้บังคับกฎหมายอย่างไรจึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาในแง่นี้ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญน่าจะถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่เอื้อเอียงมายังฝ่ายบริหารในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมาย แต่หากพิจารณาอีกด้านหนึ่งจะเห็นได้ว่า การใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากการเคารพต่อกรณีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยืนยันหนักแน่นว่า “การตีความเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือ “การตีความเช่นนี้เป็นเงื่อนไขบังคับที่ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเท่ากับเป็นการลดบทบาทของฝ่ายบริหารในฐานะองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากไม่สามารถใช้บังคับกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากต้องใช้บังคับตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>133</sup>

นอกจากนี้ เทคนิคการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีดังกล่าวอาจนำไปสู่ข้อพิงระวังอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ กล่าวคือ ปัญหา “การปกครองโดยตุลาการ (le gouvernement des juges)” หรือยิ่งกว่านั้น ปัญหา “รัฐสภาโดยตุลาการ (le parlement des juges)”<sup>134</sup>

<sup>133</sup> เฟิงอ้าง, น.48-49.

<sup>134</sup> เฟิงอ้าง, น.50.

### 3.2.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.2.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

##### (1) คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนซึ่งเป็นส่วนที่ไม่สามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายแล้วเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทั้งหมด หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายบางมาตรามีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญซึ่งไม่สามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้ ร่างกฎหมายดังกล่าวย่อมไม่สามารถประกาศใช้ได้<sup>135</sup> ประธานาธิบดีก็จะไม่ประกาศใช้ร่างกฎหมายดังกล่าว และสามารถขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวใหม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคสอง<sup>136</sup>

กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบางมาตรามีความสำคัญจนไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกฎหมายได้ ได้แก่ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1982 เกี่ยวกับกฎหมายการเวนคืนทรัพย์สินเป็นของชาติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรา 6, มาตรา 18 และมาตรา 32 ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากองค์รวมของรัฐบัญญัติฉบับนี้ได้”<sup>137</sup>

<sup>135</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 22

<sup>136</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 103*, น.83.

<sup>137</sup> *เพ็งอ้าง*, น.63.

**(2) คำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่มีบางมาตราที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้**

หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่มีบางมาตราที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญซึ่งสามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีสามารถ “เลือก” ดำเนินการวิธีใดวิธีหนึ่ง ดังนี้<sup>138</sup>

1. ประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้น โดยยกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และจัดให้มีการดำเนินการร่างกฎหมายฉบับใหม่เฉพาะบทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

2. ขอให้รัฐสภาพิจารณาใหม่ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 10 วรรคสอง ซึ่งในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 85-197 ลงวันที่ 23 สิงหาคม ค.ศ. 1985 ได้วินิจฉัยว่า ประธานาธิบดีสามารถประกาศใช้ร่างกฎหมายได้โดยการขจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญออกหรือแทนที่บทบัญญัติดังกล่าวด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความถึง การขอให้รัฐสภาพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวใหม่<sup>139</sup>

**3.2.2.2 การกำหนดผลทางเวลาเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ**

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61-1 ย่อมถูกเพิกถอนนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย (ex nunc) หรือภายหลังจากนั้นตามที่กำหนดไว้ในคำวินิจฉัย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจกำหนดเงื่อนไขหรือขอบเขตในผลของคำวินิจฉัยตามที่กฎหมายกำหนดได้<sup>140</sup> บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวทำให้ผลในอดีต (past effects) ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความมั่นคง ในขณะที่ผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถขยายออกไปในอนาคตบางส่วน (partially stretch into the future) นอกจากนี้

<sup>138</sup> รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญ หมายเลข 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 มาตรา 23 วรรคหนึ่ง

<sup>139</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “วิธีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), น.253-254.

<sup>140</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 62 วรรคสอง

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นการขยายการมีผลใช้บังคับของบทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกไป

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีวิธีการจัดการผลของการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีที่หลากหลาย โดยหลักบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับกับคู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคู่ความที่อยู่ในระหว่างพิจารณาคดี อย่างไรก็ตาม ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้นั้นนอกจากจะให้ประโยชน์แก่คู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ยังมีผลเป็นการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีและมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) ด้วย ซึ่งผู้พิพากษาในคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณาและคดีในอนาคตซึ่งจะใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวต้องนำไปใช้บังคับแก่คดีด้วย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต้องให้ประโยชน์แก่คู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และบทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่ใช้บังคับแก่คดีที่กำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาในเวลาที่ประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย” แต่ “การเพิกถอนดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนต่อคำพิพากษาที่ถึงที่สุด (final judgement) ในวันที่ประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย” อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวต้องให้ประโยชน์กับทั้งคู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคู่ความในคดีอื่น โดยที่ไม่กระทบกระเทือนต่อคำพิพากษาที่กำหนดโทษแน่นอน (definitive judgement)

การกำหนดผลทางเวลาเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 กรณี<sup>141</sup> ดังนี้

#### (1) การจำกัดผลทางเวลาย้อนหลัง (limited retroactive effect)

การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีเป็นการกำหนดผลย้อนหลังเล็กน้อยซึ่งมีผลต่อข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น มีความแตกต่างจากการกำหนดผลย้อนหลังเต็มที่ (full-fledged retroactivity) ซึ่งไม่กระทบกระเทือนกับผลในอดีตของคำพิพากษาที่กำหนดโทษแน่นอนโดยอาศัยฐานจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น

<sup>141</sup> François-Xavier Millet, “Temporal Effects of Judicial Decisions in France,” in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe (Cambridge: Intersentia, 2014), pp.112-114.



การจำกัดผลย้อนหลังใช้บังคับกับทั้งคู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและคู่ความในคดีที่อยู่ระหว่างพิจารณา แต่ไม่กระทบกระเทือนกับคำพิพากษาที่กำหนดโทษแน่นอนก่อนหน้านั้น

ในคำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 2011<sup>142</sup> กรณีบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับคำนิยามของความผิดฐานร่วมประเวณีระหว่างชายหญิงที่มีบิดามารดาคนเดียวกัน (incestuous offences) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุเฉพาะเจาะจงเพียงพอถึงบุคคลที่เป็นสมาชิกในครอบครัวสำหรับฐานความผิดดังกล่าว ซึ่งขัดต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของความผิดและการลงโทษทางอาญา (Constitutional principle of the legality of criminal offences and punishments) จึงวินิจฉัยให้เพิกถอนบทบัญญัตินี้โดยทันที อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายผลของการเพิกถอนบทบัญญัตินี้ไปในอดีต ดังนั้น คำพิพากษาที่กำหนดโทษแน่นอนจึงรวมอยู่ในขอบเขตของคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวด้วย นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้วินิจฉัยว่า “มีผลนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย และไม่มีกรณลงโทษการกระทำดังกล่าว” และ “กรณีคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วย่อมไม่ถูกบันทึกไว้ในทะเบียนประวัติอาชญากร” เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจึงเป็นการย้อนหลังสืบเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย (retroactivity in mitius)<sup>143</sup>

## (2) การกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราว (Transitory Measures)

การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีนั้นอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (unsatisfactory legal vacuum) ได้ ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้ให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราวขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบจากช่องว่างของกฎหมายภายหลังจากการเพิกถอนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว

ในคดีเกี่ยวกับองค์ประกอบของศาลพาณิชย์นาวี (Maritime Commercial Courts) บทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการทหารและพลเรือนในสังกัดกองทัพเรือมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีบุคคลซึ่งทำงานเกี่ยวกับพาณิชย์นาวี (Merchant Navy) นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้ใช้อำนาจในการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัตินี้โดยทันทีและ

<sup>142</sup> Decision no. 2011-163 QPC of 16 September 2011. cited in *Ibid.*, p.115.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p.115.

วินิจฉัยว่า ศาลพาณิชย์นาวี “ต้องมีองค์ประกอบของผู้พิพากษาที่คล้ายคลึงกับศาลธรรมดาซึ่งพิจารณาพิพากษาคดีอาญา” จนกว่ากฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ

ในคดีเกี่ยวกับองค์ประกอบของศาลพิเศษ ได้แก่ ศาลพาณิชย์นาวี หรือ คณะกรรมการประกันสังคม (Department Social Security Boards) นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีบทบาทดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติโดยการกำหนดองค์ประกอบของศาลว่าควรจะเป็นอย่างไร ถึงแม้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีอำนาจทั่วไปในการประเมิน (general power of appraisal) ดังเช่น ฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม แต่ในคำวินิจฉัยดังกล่าวก็เป็นทางสายกลางระหว่างการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยตรงซึ่งทำให้ไม่มีผู้พิพากษาและกระทบกระเทือนต่อประโยชน์สาธารณะ กับการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งทำให้ผู้พิพากษายังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในคดีที่มีความสลับซับซ้อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแทนที่จะกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งนอกจากจะไม่ขัดต่อเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ยังไม่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย

ในวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 2011 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยสองฉบับ<sup>144</sup> เกี่ยวกับบทบัญญัติวรรคใหม่ว่า “ขณะที่คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญให้ประโยชน์แก่คู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและบทบัญญัติดังกล่าวยังใช้บังคับแก่คดีที่กำลังดำเนินกระบวนการพิจารณาในเวลาประกาศโฆษณา คำวินิจฉัย รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 62 ได้ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดวันเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเลื่อนผลการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว อีกทั้งกำหนดผลของคำวินิจฉัยตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นก่อนการประกาศโฆษณา คำวินิจฉัย”<sup>145</sup>

เหตุผลที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที แต่ใช้อำนาจเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวในภายหลัง (ช่วงระยะเวลาระหว่าง 3-17 เดือน)<sup>146</sup> มีดังนี้

<sup>144</sup> Decision no. 2010-108 QPC of 25 March 2011; Decision no. 2010-110 QPC. cited in *Ibid.*, p.116.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p.116.

<sup>146</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมักจะเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกไปประมาณ 6-12 เดือน เพราะฉะนั้น ระยะเวลา 17 เดือนนั้นยาวนานเกินไป. cited in *Ibid.*, p.116.

### 1. การเคารพต่อเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ (parliamentary will)

ในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีความระมัดระวังมิให้รุกรานขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติ จึงกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราวโดยเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายแทนที่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันที ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “มิได้มีอำนาจทั่วไปในการประเมิน (general power of appraisal) ดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ”<sup>147</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีอาญา ในคำวินิจฉัยที่เพิกถอนรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการคุมขังของตำรวจ ซึ่งวินิจฉัยว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีหน้าที่กำหนดแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>148</sup> จากคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวสืบเนื่องจากกฎหมายอาญามีความสลับซับซ้อนจึงสมควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตัดสินใจอย่างเป็นอิสระในการกำหนดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม วิธีการดังกล่าวมิได้ใช้บังคับเฉพาะในคดีอาญาเท่านั้น แต่ยังใช้บังคับกับกฎหมายครอบครัวหรือกฎหมายแพ่งอีกด้วย ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับชื่อโดเมนอินเทอร์เน็ต (Internet domain names) ซึ่งวินิจฉัยว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีหน้าที่กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับหน้าที่ทางแพ่งและพาณิชย์ (basic principles of civil and commercial obligations) เพื่อแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>149</sup>

ใน “คำวินิจฉัยสำคัญ (key judgement)” ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 2011<sup>150</sup> นั้นมิได้เป็นเพียงคำวินิจฉัยฉบับแรกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตของอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงความเคารพต่อฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย ในคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยประมวลกฎหมายเงินบำนาญข้าราชการพลเรือนและทหาร (Civil and Military Retirement Pensions Code) มาตรา L. 43 ซึ่งกำหนดให้สิทธิในเงินบำนาญตกอยู่กับผู้ที่มีชีวิตอยู่ (right to survivor's pension) กรณีที่มีผู้รับมรดกมากกว่าหนึ่งคนมาจากครอบครัวที่

---

<sup>147</sup> ข้อความดังกล่าวมิได้จำกัดเฉพาะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้เท่านั้น แต่ยังใช้กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้อีกด้วย. cited in *Ibid.*, p.117.

<sup>148</sup> Decision no. 2010-14/22 QPC of 30 July 2010. cited in *Ibid.*, p.117.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.117.

<sup>150</sup> Decision no. 2010-108 QPC of 25 March 2011. cited in *Ibid.*, p.117.

แตกต่างกัน หากอย่างน้อยสองครอบครัวมีเด็กกำพร้าหนึ่งคนหรือมากกว่านั้น ให้แบ่งเงินบำนาญอย่างเท่าเทียมกันระหว่างครอบครัวโดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนเด็กที่เกิดขึ้นมา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคในกรณีการแบ่งเงินบำนาญให้แก่เด็กแต่ละคนขึ้นอยู่กับจำนวนเด็กที่เกิดขึ้นมาในแต่ละครอบครัว อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวออกไปเป็นระยะเวลา 9 เดือนภายหลังจากมีคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว “เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการให้เหมาะสมกับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นไปตามข้อเท็จจริงที่ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้มีอำนาจทั่วไปในการกำหนดดุลพินิจดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ และการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกสิทธิที่เด็กกำพร้าได้รับ กล่าวคือ แทนที่จะทำให้สิทธิน้อยลงเป็นการชั่วคราวจนกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีผลใช้บังคับ กลับทำให้เด็กกำพร้าไม่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญเลย การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีจึงไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อคู่ความในคดีแต่อย่างใด

การเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติและเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม การเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติจะต้องรักษาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่ได้รับกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย<sup>151</sup>

2. การตรวจสอบว่า “ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน (patently disproportionate consequences)”

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดผลของคำวินิจฉัยโดยการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่า การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีนั้น “ผลของคำวินิจฉัยทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน” หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น บทบัญญัติดังกล่าวควรมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากบทบัญญัติดังกล่าวถูกเพิกถอนโดยทันทีย่อมก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมส่วนรวม ถึงแม้ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะให้ประโยชน์แก่ผู้ร้องก็ตาม แต่ต้องพิจารณาความได้สัดส่วนซึ่งให้ประโยชน์ต่อประโยชน์ส่วนรวมด้วย

<sup>151</sup> *Ibid.*, pp.117-118.

เพราะฉะนั้น การพิจารณาวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงต้องให้ความสำคัญกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการประเมินความได้สัดส่วนเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ<sup>152</sup>

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า วัตถุประสงค์ของหลักการทางรัฐธรรมนูญนั้นก็เพื่อการรักษาความสงบและจับกุมผู้กระทำความผิด หรือรักษาความสงบเรียบร้อย (law and order) ในคดีเกี่ยวกับการคุมขังของตำรวจนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องรักษาความสมดุลระหว่างวัตถุประสงค์ดังกล่าวกับสิทธิในการต่อสู้คดี (rights of the defence) และข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ (presumption of innocence) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า ความสงบเรียบร้อยย่อมอยู่เหนือกว่าสิทธิดังกล่าว จึงวินิจฉัยว่า “โดยหลัก คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญจะต้องให้ประโยชน์แก่คู่ความที่เสนอคำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของการรักษาความสงบและจับกุมผู้กระทำความผิดได้ และผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน”<sup>153</sup>

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีนั้น ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจนตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญในการปกป้องการสาธารณสุข (public health) ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2011-135/140<sup>154</sup> วินิจฉัยว่า การจัดประเภทบุคคลที่มีอาการเจ็บป่วยทางจิตโดยปราศจากความยินยอมของผู้ป่วยนั้นต้องรักษาความสมดุลระหว่างหลักเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (principle of individual freedom) กับความจำเป็นที่จะต้องรักษาสุขภาพ (protection of the health) ของบุคคลดังกล่าวพร้อมทั้งการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า วันที่เพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวควรเลื่อนออกไปเพื่อกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>155</sup>

คำวินิจฉัยดังกล่าวมิได้เป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์ทางรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 2005 คำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติเงินประกันสังคม (financing of social security)

<sup>152</sup> *Ibid.*, p.118.

<sup>153</sup> Decision no. 2010-14/22 QPC of 30 July 2010. cited in *Ibid.*, pp.118-119.

<sup>154</sup> Decision no. 2011-135/140 QPC of 9 June 2011. cited in *Ibid.*, p.119.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p.119.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องระงับการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องการสาธารณสุข และกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินมาตรการที่จำเป็นในปีถัดไป<sup>156</sup>

ถึงแม้ว่าประโยชน์สาธารณะจะเป็นเหตุผลหลักที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีก็ตาม แต่ในบางกรณี สิทธิบางประเภทอาจอยู่เหนือกว่า ในกรณีการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีเกี่ยวกับองค์ประกอบของผู้พิพากษาศาลเยาวชน (Juvenile Court) ที่พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับผู้เยาว์ ซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานที่รับรองไว้โดยกฎหมายของสาธารณรัฐ (Fundamental principles recognized by the laws of the Republic; PFRLR) เกี่ยวกับความยุติธรรมทางอาญาของผู้เยาว์ และเกิดผลกระทบที่ยากเกินกว่าจะยอมรับได้<sup>157</sup> หลักการดังกล่าวมีที่มาจากรัฐบัญญัติซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นก่อนปี ค.ศ. 1946 และมีการใช้บังคับมาอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งในเรื่องความยุติธรรมทางอาญาของผู้เยาว์นั้น หลักการดังกล่าวอธิบายว่า จะต้องมีความพิเศษเพื่อบรรเทาความรับผิดชอบทางอาญาของผู้เยาว์โดยปราศจากการกำหนดโทษกักกันหรือกักขัง นอกจากนี้ ตามหลักความยุติธรรมนั้น ศาลเยาวชนไม่อาจพิจารณาการกระทำผิดครั้งก่อนของผู้เยาว์เพื่อค้นหาความจริงได้

คำวินิจฉัยดังกล่าวมีความแตกต่างกันกับคำวินิจฉัยเกี่ยวกับศาลพาณิชย์นาวีและคณะกรรมการประกันสังคมซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประกอบของศาล “ธรรมดา (normal)” ในศาลพิเศษ ซึ่งความแตกต่างจากคดีก่อน ได้แก่ ศาลเยาวชนมีความ “พิเศษ (special)” ยิ่งกว่า เนื่องจากถูกกำหนดไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงต้องระมัดระวังมิให้รุกรานขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติ<sup>158</sup> ในทำนองเดียวกัน ในคดีชื่อโดเมนอินเทอร์เน็ต คณะตุลาการรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันที เนื่องจากมีการจดชื่อโดเมนจำนวนหนึ่งก่อนหน้านี้แล้ว<sup>159</sup>

เพราะฉะนั้น จึงเป็นการยากที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดปัจจัยชี้ขาดในการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาหลักความมั่นคงแน่นอน

<sup>156</sup> Decision no. 2005-528 DC of 15 December 2005. cited in *Ibid.*, p.119.

<sup>157</sup> Decision no. 2011-147 QPC of 8 July 2011. cited in *Ibid.*, p.119.

<sup>158</sup> *Ibid.*, p.119.

<sup>159</sup> Decision no. 2010-45 QPC. cited in *Ibid.*, p.119.

แห่งนิติฐานะ (Legal certainty) อย่างไรก็ตาม อาจมีการผสมผสานระหว่างประโยชน์ทั่วไปกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้<sup>160</sup>

กรณีสุดท้ายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าว หากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีอาจก่อให้เกิดผลกระทบที่ยากเกินกว่าจะยอมรับได้ กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่กระทำการตามหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในหลายกรณี บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับได้ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (Environmental Charter) เช่น หลักการที่รับรองให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจสาธารณะ (public decisions) ซึ่งมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น<sup>161</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยทันทีเป็นการขจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องแจ้งข้อมูลให้ประชาชนทราบ ทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ประชาชนมีส่วนร่วม”<sup>162</sup> กรณีดังกล่าวความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่กระทำการตามหน้าที่ เพราะฉะนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วยการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่

3. “ประโยชน์ (usefulness)” ที่ได้รับจากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อให้ประโยชน์แก่คดีซึ่งอยู่ในระหว่างพิจารณา กรณีดังกล่าวเชื่อมโยงกับการมีผลผูกพันกับทุกองค์กร (erga omnes) ของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ซึ่งศาลทุกศาลจะต้องงดการพิจารณาพิพากษาคดีชั่วคราวจนกว่ากฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ เพราะฉะนั้น การเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงก่อให้เกิดประโยชน์แก่ฝ่ายนิติบัญญัติและสังคมโดยรวม แต่กรณีดังกล่าวจะต้องไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความหรือบุคคลอื่นด้วย กล่าวคือ หากการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีทำ

<sup>160</sup> *Ibid.*, pp.119-120.

<sup>161</sup> กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 มาตรา 7

<sup>162</sup> Decision no. 2010-262 QPC of 13 July 2012. cited in François-Xavier Millet, *supra* note 141, p.120.

ให้กระทบกระเทือนต่อสิทธิเพียงเล็กน้อย การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นผลดีกว่าการรอระยะเวลา 6 เดือนหรือ 1 ปีจนกว่ากฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ<sup>163</sup>

### 3.3 ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี

ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีต้องการความยืดหยุ่นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังต่อไปนี้<sup>164</sup>

ประการแรก รัฐสภาอิตาลีไม่สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะได้ เนื่องจากรัฐสภาประกอบไปด้วยกลุ่มบุคคลที่หลากหลายมากจนเกินไปและต้องมีการประนีประนอมทางการเมือง ทำให้กระบวนการตรากฎหมายเกิดความล่าช้าและบางครั้งถึงขั้นหยุดชะงัก รัฐสภาจึงต้องใช้ระยะเวลาและความพยายามอย่างมากในการรวบรวมเจตจำนงทางการเมืองเพื่อตราและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

นอกจากนี้ ในกฎหมายวิธีพิจารณาความมิได้กำหนดให้รัฐสภาต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องส่งคำวินิจฉัยมายังรัฐสภา ซึ่งตามข้อบังคับการประชุมวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร (internal rules of the Senate and Chamber of Deputies) จะต้องส่งไปที่คณะกรรมการธิการของสภาที่เกี่ยวข้อง หลังจากนั้นคณะกรรมการธิการจึงจะจัดทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแทบไม่มีการจัดทำรายงานดังกล่าว อีกทั้งถึงแม้จะมีการจัดตั้ง “คณะกรรมการธิการสามัญเพื่อศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (Standing Committee for the Study of Constitutional Court Decisions)” ภายในสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม แต่ไม่เคยมีการประชุมคณะกรรมการธิการสามัญเลย

ส่วนนายกรัฐมนตรีถึงแม้จะมีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่นายกรัฐมนตรีมิได้มีหน้าที่อย่างเป็นทางการในการติดตามและปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

<sup>163</sup> *Ibid.*, p.121.

<sup>164</sup> William J. Nardini, “Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court,” *Seton Hall Law Review*, Vol.30, pp.14-17 (1999).



ประการที่สอง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิทางสังคมและสวัสดิการ (social and welfare rights) ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 ได้รับรองสิทธิเสรีภาพหลายประการ อีกทั้งกำหนดให้รัฐบาลต้องสนับสนุนสิทธิทางสังคม เช่น การศึกษา การสาธารณสุข และสวัสดิการสังคมของผู้ใช้แรงงาน เป็นต้น

หากกฎหมายดังกล่าวมีข้อบกพร่อง เช่น กฎหมายกำหนดเงินทดแทนแก่ผู้ใช้แรงงานที่ได้รับบาดเจ็บจากการทำงาน ซึ่งจ่ายเงินทดแทนเฉพาะผู้ใช้แรงงานบางคนเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญต้องเผชิญกับความลังเลใจว่า หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะอาจส่งผลให้ผู้ใช้แรงงานทุกคนไม่มีสิทธิได้รับเงินทดแทน ซึ่งกระทบกระเทือนต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้ใช้แรงงาน นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ใช้แรงงานจำนวนมากย่อมไม่มีสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้ หรือในหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองเกี่ยวกับการปฏิบัติที่เป็นธรรม (equal treatment) กรณีการจัดประเภทของผู้ใช้แรงงานทำให้การจ่ายเงินช่วยเหลือระบบประกันสุขภาพแห่งชาติ (national health-care system) ไม่เป็นธรรม หากศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนกฎหมายดังกล่าวทั้งหมดย่อมกระทบกระเทือนต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการประกันสุขภาพถ้วนหน้า (universal health care) นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญแก้ไขการจัดสรรผลประโยชน์เสียเองอาจทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดการจัดสรรค่าใช้จ่ายทางสาธารณสุขอย่างเหมาะสมระหว่างประชาชน และทำให้เกิดปัญหาทางการเมือง กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอาจเป็นการเพิ่มรายจ่ายของรัฐให้มากยิ่งขึ้นในขณะที่รัฐต้องการประหยัดงบประมาณ (fiscal austerity) เป็นต้น

ประการสุดท้าย การที่ศาลรัฐธรรมนูญเริ่มตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติเมื่อไม่นานมานี้มีลักษณะเป็นการตอบโต้เสียงข้างมาก (counter majoritarian) ซึ่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นมาจากเสียงข้างมากของผู้แทนที่ประชาชนเลือกตั้งเข้ามา ปัญหาดังกล่าวสืบเนื่องจากก่อนหน้านี้ในช่วงทศวรรษ 1970 ศาลรัฐธรรมนูญต้องเพิกถอนกฎหมายในยุคฟาสซิสต์ (fascist-era) เป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังมีคดีสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาภายหลังสงคราม ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องเผชิญกับคดีที่คั่งค้างจำนวนมาก จนกระทั่งกลางทศวรรษ 1980 ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการดังกล่าวแล้วเสร็จจึงเริ่มตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto) และการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di accoglimento)

### 3.3.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.3.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ยืนยันเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกต้องแย้ง หรือศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>165</sup>

#### 3.3.1.2 คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Interpretive Judgement)

การพัฒนาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นจากความแตกต่างทางทฤษฎีระหว่าง “ถ้อยคำ (text; disposizione)” กับ “กฎเกณฑ์ (norm; norma)” กล่าวคือ “ถ้อยคำ” เป็นการแสดงออกทางภาษาซึ่งเป็นภาพสะท้อนเจตจำนงขององค์กรของรัฐในการสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในทางกลับกัน “กฎเกณฑ์” เป็นผลมาจากกระบวนการตีความถ้อยคำ หากนำเทคนิคแห่งการตีความ (hermeneutic technique) มาใช้แล้ว กฎเกณฑ์หลายกฎเกณฑ์อาจมาจากถ้อยคำเพียงคำเดียวหรือกฎเกณฑ์เพียงกฎเกณฑ์เดียวอาจมาจากถ้อยคำหลายคำ ความแตกต่างระหว่างถ้อยคำกับกฎเกณฑ์มีความสำคัญต่อการแบ่งแยกกฎเกณฑ์จากความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรโดยยังมีความเชื่อมโยงกันอยู่ ยิ่งไปกว่านั้น ความแตกต่างดังกล่าวยังทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพัฒนาการเป็นผู้ตีความอย่างสร้างสรรค์ (interpreter’s creativity) และช่วยลดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในทาง “ทำลาย (destructive)” และทาง “ลบ (negative)” เกี่ยวกับช่องว่างในระบบกฎหมาย<sup>166</sup>

เพื่อหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องมีอำนาจในการตีความไม่เพียงแต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย ซึ่งทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างศาลขึ้น เนื่องจากอำนาจในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจเฉพาะของศาลธรรมดา ซึ่งมีศาลฎีกา (Court of Cassation) เป็นศาลสูงสุด ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>165</sup> Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti and G. L. Certoma, "The Constitutional Review of Legislation in Italy," *Temple Law Quarterly*, Vol.56, p.523 (1983).

<sup>166</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, (New York: Oxford University Press, 2015), pp.83-84.

จึงก่อตั้งอำนาจดังกล่าวโดยอธิบายว่า ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ถ้อยคำ (text) ทางกฎหมาย แต่ตรวจสอบ “กฎเกณฑ์ (norms or rules)” ทางกฎหมาย<sup>167</sup> ดังที่ปรากฏใน บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 136 ซึ่งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎเกณฑ์ (norm or rule; una norma di legge)” ทางกฎหมาย คำว่า “กฎเกณฑ์” จึงเป็นการอ้างถึงการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญโดยหลีกเลี่ยงปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมักจะปฏิเสธการเสนอปัญหาความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>168</sup> ตามแนวทางการตีความขององค์การตุลาการซึ่งริเริ่มโดยผู้พิพากษา Brandeis ในคดี *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*<sup>169</sup> กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ “ต้องสงวนรักษากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หากมีอย่างน้อยทางหนึ่งที่สามารถตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้”<sup>170</sup> อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไม่มีผลผูกพันแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติ แห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto) ทำให้การตีความกฎหมายในชั้นสุดท้ายเป็นของ ศาลฎีกา เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่ ศาลธรรมดาตีความกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมและศาลฎีกาในคดีหลังปฏิเสธการตีความกฎหมายตาม ศาลรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีแรก ๆ เกี่ยวกับกฎหมายในยุคฟาสซิสต์ที่ ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้มาตรการ “เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order) และความปลอดภัยสาธารณะ (public safety)” ซึ่งถูกโต้แย้งว่ากฎหมายดังกล่าวมีความคลุมเครือไม่ ชัดเจน และให้อำนาจเต็ม (carte blanche) แก่เจ้าหน้าที่รัฐในการออกคำสั่งที่ขัดต่อสิทธิพลเมือง ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นพ้องว่า หากตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างกว้างอาจทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงพิจารณาไปในทางตรงกัน ข้าม กล่าวคือ ตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างแคบ หมายความว่า คำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องจำกัด ระยะเวลา สถานที่ และความจำเป็น อีกทั้งศาลปกครอง (administrative tribunals) สามารถตรวจสอบ

<sup>167</sup> William J. Nardini, *supra note 164*, pp.17-18.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>169</sup> 297 U.S. 288 (1936). cited in *Ibid.*, p.18.

<sup>170</sup> Sent. 368/1992, 37 Giur. Cost. 2935, 2942 (1992). cited in *Ibid.*, pp.18-19.

คำสั่งดังกล่าวเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลได้ เพราะฉะนั้น ภายใต้การตีความดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงปฏิเสธการเพิกถอนกฎหมายโดยสงวนรักษากฎหมายเท่าที่เป็นไปได้และหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>171</sup>

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 308/2008 ศาลอุทธรณ์ Bologna และศาลชั้นต้น Firenze กับ Ragusa ได้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) มาตรา 155-quarter ที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ หมายเลข 54/2006 ซึ่งแก้ไขหลักเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรในคดีหย่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งนั้น กำหนดให้บิดามารดาซึ่งปกครองดูแลเด็กต้องให้สิทธิในการพักอาศัยอยู่กับครอบครัว (right to live in the family home) แก่เด็ก ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะถูกเพิกถอนโดยอัตโนมัติหากบิดามารดานั้นอาศัยอยู่กับคู่สมรสคนอื่น (another partner more uxorio) ซึ่งมีได้มีการสมรสกัน (conjugal partner but without getting married) หรือสมรสใหม่ บทบัญญัติดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาไม่อาจพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ เนื่องจากสิทธิในการพักอาศัยอยู่กับครอบครัว (assignment of family home) ถูกเพิกถอน “โดยอัตโนมัติ (automatically)” ผู้พิพากษาที่เสนอคำร้องพิจารณาแล้ว เห็นว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค (principle of equality) และรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 29 และ 30 ศาลรัฐธรรมนูญสงวนรักษามาตรา 155-quarter โดยการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ดังนี้

การวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายใช้บังคับมิได้ต้องแสดงให้เห็นว่าไม่อาจเป็นไปได้ที่จะตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวเป็นไปได้ที่จะตีความกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...ตามบริบทของกฎหมาย การเพิกถอนสิทธิในการพักอาศัยอยู่กับครอบครัวย่อมขึ้นกับการพิจารณาของผู้พิพากษาซึ่งจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของบุตร หากตีความประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 155-quarter ตามตัวอักษร จะเห็นได้ว่า การสมรสใหม่หรือการอยู่กินด้วยกัน (cohabitation more uxorio) ย่อมเป็นการเพียงพอที่จะเพิกถอนสิทธิดังกล่าวแล้ว ซึ่งไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการปกป้องบุตร ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเกิดขึ้นหากตีความกฎหมายโดยมิให้เพิกถอนสิทธิในการพักอาศัยอยู่กับครอบครัวตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (การอยู่กินด้วยกันและการสมรสใหม่) แต่การเพิกถอนดังกล่าวต้องขึ้นอยู่กับการพิจารณาว่าสอดคล้องกับประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์หรือไม่ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ภายใต้ข้อจำกัดที่ได้อธิบายไว้ คำร้องเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.19.

ของประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 155-quarter วรรคหนึ่ง ซึ่งถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ หมายเลข 54/2006 มาตรา 1 วรรคสอง ไม่มีมูล (unfounded) หากอ่านร่วมกับรัฐบัญญัติดังกล่าว มาตรา 4<sup>172</sup>

### 3.3.1.3 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว (Temporary Constitutionality)

ในบางกรณี ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจตีความไปในทางอื่นหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงพัฒนาเทคนิคการจัดทำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวใช้บังคับกับคดี 2 ประเภท<sup>173</sup> กล่าวคือ

ประเภทหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติในการขยายข้อจำกัดของอำนาจในสถานการณ์ “ฉุกเฉิน (emergency)” ภายในระยะเวลาอันจำกัด เช่น รัฐสภาให้ความเห็นชอบกฎหมายที่ให้อำนาจกักขังผู้ต้องสงสัยว่าเป็นผู้ก่อการร้ายก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาซึ่งมีระยะเวลายาวนานเกินไป เนื่องจากในช่วงทศวรรษ 1980 ประเทศสาธารณรัฐอิตาลีต้องต่อสู้กับภัยก่อการร้ายภายในประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม บนฐานที่ว่า “สถานการณ์ฉุกเฉิน (in an emergency situation)” ที่มีความ “พิเศษ (exceptional) และรุนแรง (grave) แต่มีระยะเวลาชั่วคราว (temporary)” ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งไปยังรัฐสภาว่า หากการแก้ไขเพิ่มเติมไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนกฎหมายดังกล่าวเสีย ถึงแม้ว่าภัยก่อการร้าย “จะทำให้เกิดกฎหมายพิเศษก็ตาม แต่กฎหมายดังกล่าวอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากขยายระยะเวลาการใช้บังคับโดยปราศจากเหตุอันสมควร” เป็นต้น<sup>174</sup>

อีกประเภทหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีความกังวลว่า การเพิกถอนกฎหมายอาจทำให้เกิดสถานการณ์ที่เลวร้ายกว่าการที่กฎหมายยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีแผนการจ่ายเงินบำนาญ (pension program) ซึ่งกำหนดเงินบำนาญไว้ไม่เท่ากัน กฎหมายดังกล่าวมีเนื้อหาชัดเจนโดยไม่

<sup>172</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 166*, pp.84-85.

<sup>173</sup> William J. Nardini, *supra note 164*, p.19.

<sup>174</sup> Sent. 15/1982, 27 Giur. Cost. 85, 102 (1982). cited in *Ibid.*, p.25.

อาจตีความไปในทางอื่นได้ กรณีดังกล่าวไม่มีฐานทางกฎหมายที่ชัดเจนในการวินิจฉัยโดยเพิ่มผลประโยชน์ให้แก่คนกลุ่มหนึ่งแทนที่จะลดผลประโยชน์แก่คนอีกกลุ่มหนึ่ง และไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมเสียเองโดยปราศจากการพิจารณาปัจจัยที่มีใช้กฎหมายได้ ในขณะที่การปฏิเสธการเพิกถอนกฎหมายดังกล่าวอาจแก้ไขปัญหาความเสมอภาคได้ แต่กลับมีผลกระทบต่อรายได้ในการดำรงชีพของผู้สูงอายุ (subsistence income to the elderly) ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเอาไว้ ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนต่อผู้เกษียณอายุที่ได้รับเช็ครายเดือน ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องรักษาความสมดุลระหว่างหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองของกฎหมายที่ถูกต้องแย้งกับหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองซึ่งถูกกระทบกระเทือนหากกฎหมายดังกล่าวถูกเพิกถอน

ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญต้องรักษาความสมดุลโดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับชั่วคราว (for the time being) ซึ่งไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ Gustavo Zagrebelsky อธิบายว่า “ศาลรัฐธรรมนูญรับรู้ถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวในระยะสั้นเป็นการกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ถูกต้อง ส่วนในระยะยาวเป็นฐานทางกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในภายหลังหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการโดยเร็ว

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวในคดีเกี่ยวกับการกระจายเสียงและการแพร่ภาพออกอากาศ (television and radio broadcasting) เพื่อลดผลกระทบที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัย โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายและมีคำเตือนเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนกฎหมายซึ่งกำหนดให้รัฐผูกขาดการกระจายเสียงและการแพร่ภาพออกอากาศในปี ค.ศ. 1974

ความพิเศษของคำวินิจฉัยนี้ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเอาไว้ ภายหลังจากนั้น 1 ปี ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด แต่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังไม่เพียงพอ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การที่รัฐผูกขาดการกระจายเสียงและการแพร่ภาพออกอากาศในระดับท้องถิ่นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเรียกร้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติรักษาความสมดุลระหว่างหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง การประกอบกิจการอย่างเสรี (free enterprise) และอีกประการหนึ่ง เสรีภาพในการแสดงออก (freedom of expression) คำวินิจฉัยดังกล่าวส่งผลให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหยุดชะงักหลายปี ในระยะเวลาต่อมา กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งอีกครั้งในปี ค.ศ. 1981 ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงเตือนฝ่ายนิติบัญญัติให้ไปแก้ไขเพิ่มเติมระบบการออกอากาศ (broadcasting system) และหลีกเลี่ยงการให้อำนาจเอกชนมากเกินไป

ในปี ค.ศ. 1988 ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอื่นซึ่งอนุญาตให้มีสถานีโทรทัศน์และสถานีวิทยุของเอกชนได้ (private national television and radio stations) โดยไม่จำกัดความเป็นเจ้าของหลายสถานี ถึงแม้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการไม่จำกัดความเป็นเจ้าของมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยกำหนด “มาตรการชั่วคราว (temporary measure)” และเตือนว่า “หากการตรากฎหมายใหม่เกิดความล่าช้าเกินกว่าระยะเวลาอันสมควร กฎหมายดังกล่าว...ย่อมไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไปและหากมีการเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้นมาอีก ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยที่มีผลที่แตกต่างได้”

ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1990 กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่รัฐสภายังมิได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญหลีกเลี่ยงผลที่มาจากการเตือน โดยเลื่อนการวินิจฉัยออกไปเป็นเดือนสิงหาคม เมื่อกฎหมายใหม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาโดยจำกัดความเป็นเจ้าของของเอกชนไว้ที่อัตราร้อยละ 25 ของทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้คดีดังกล่าวต้องพิจารณาตามกฎหมายใหม่ ในปี ค.ศ. 1994 เมื่อคดีดังกล่าวกลับไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ศาลได้เพิกถอนข้อจำกัดดังกล่าว เนื่องจากอัตราร้อยละ 25 นั้นไม่เพียงพอต่อการปกป้องกลุ่มคนที่มีความแตกต่างกันในการออกอากาศ (pluralism in broadcasting) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมโดยวินิจฉัยว่ากฎหมาย “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว” และมีรัฐกฤษฎีกากำหนดสถานะเดิมในอุตสาหกรรมการออกอากาศ (government decree that provisionally froze the status quo in the broadcasting industry) และอนุญาตให้การดำเนินกิจการโทรทัศน์ก่อนหน้านี้ยังสามารถออกอากาศต่อไปได้ ท้ายที่สุด กฎหมายใหม่จึงประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1997 โดยกำหนดข้อจำกัดความเป็นเจ้าของสื่อหลายประเภทที่ครอบคลุม<sup>175</sup>

### 3.3.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di accoglimento)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

<sup>175</sup> *Ibid.*, pp.25-28.

### 3.3.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้<sup>176</sup> โดยหลัก หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณาคำวินิจฉัย<sup>177</sup> ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 30 ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน<sup>178</sup> ผลของคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวทำให้ศาลธรรมดาต้องปฏิเสธการใช้บังคับกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่เพียงแต่ศาลที่เสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงศาลอื่นที่ใช้บังคับกฎหมายเดียวกันด้วย อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่มีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนการใช้บังคับกฎหมายก่อนหน้านั้น เว้นเสียแต่จะมีการเสนอเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายวิธีพิจารณาความซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่

สำหรับผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญามีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาวิธีบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องจำกัดการมีผลย้อนหลัง (ex post facto) และไม่กระทบกระเทือนต่อการใช้บังคับ

<sup>176</sup> Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti and G. L. Certoma, *supra note 165*, p.522.

<sup>177</sup> รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 136 วรรคหนึ่ง

<sup>178</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 30 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันประกาศโฆษณา คำวินิจฉัย”

(Article 30 Constitutional Law no. 87/1953 states: “The rules declared unconstitutional may not be applied from the day following the publication of the decision.”)

cited in Giuseppe Maritino, “The Temporal Effects of the Italian Constitutional Court and the Mechanism of Warning Decisions,” in *The Effects of Judicial Decisions in Time*, ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe, (Cambridge: Intersentia, 2014), p.136.



กฎหมายก่อนหน้านั้น กรณีดังกล่าวบางครั้งขยายไปถึงกฎหมายแพ่งวิธีสบัญญัติด้วย<sup>179</sup> ส่วนในคดีเกี่ยวกับกฎหมายอาญาสารบัญญัติ คำพิพากษาคดีอาญาที่ถึงที่สุดซึ่งใช้บังคับกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับ<sup>180</sup> ทั้งนี้ เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่ยกประโยชน์ให้แก่จำเลยในกรณีมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญา ตามความเห็นของนักวิชาการ กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 30 ใช้บังคับกับเฉพาะกฎหมายอาญาสารบัญญัติเท่านั้น เพราะฉะนั้น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาวิธีสบัญญัติย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อคำพิพากษาก่อนหน้านั้น<sup>181</sup>

ในกรณีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บางส่วนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะบางกฎเกณฑ์ หากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและสามารถแยกออกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนอื่นโดยไม่กระทบกระเทือนต่อบทบัญญัติดังกล่าวได้ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการบรรเทาผลกระทบจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกฎหมายฉบับหนึ่งให้อำนาจอย่างไม่จำกัดแก่เจ้าหน้าที่รัฐเพื่อรักษา “ความสงบเรียบร้อยของประชาชน (public order)” ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1956 จะวินิจฉัยให้ตีความกฎหมายดังกล่าวอย่างแคบ แต่เจ้าหน้าที่รัฐยังคงออกคำสั่งที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิพลเมืองอย่างรุนแรงเช่นเดิม ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาว่า คำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐได้รับการยกเว้นมิให้ถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทางปกครอง ซึ่งเป็นการปฏิเสธการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ

เพราะฉะนั้น ในปี ค.ศ. 1961 เมื่อกฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งเป็นครั้งที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะ “ภายในขอบเขตที่ (to the extent)” ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการออกคำสั่งที่ขัดต่อสิทธิทางรัฐธรรมนูญหรือจำกัดสิทธิตามกฎหมายปกครอง

<sup>179</sup> Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti and G. L. Certoma, *supra note 165*, p.524.

<sup>180</sup> กฎหมายรัฐธรรมนูญ หมายเลข 87/1953 มาตรา 30 วรรคสี่

(Article 30 paragraph 4 Constitutional Law no. 87/1953 states: “an irrevocable criminal conviction made pursuant to a norm which has subsequently been declared unconstitutional, becomes of no effect.”)

*Ibid*, pp.524-525.

<sup>181</sup> *Ibid*, p.525.

มากจนเกินไป เฉพาะ “กฎเกณฑ์ (norm)” ดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว “บางส่วน (partially)” ส่วน “กฎเกณฑ์” อื่นยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป เพราะฉะนั้น เจ้าหน้าที่รัฐยังคงมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนตราบเท่าที่เคารพต่อความชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวจึงต้องจำกัดระยะเวลา พิจารณาถึงความจำเป็นและเร่งด่วนของปัญหา<sup>182</sup>

### 3.3.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Declarations of Unconstitutionality)

ในบางกรณี ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตีความเพื่อสงวนรักษากฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ “ขาดหายไป (missing)” ได้เสมอไป เนื่องจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราวนั้นมีข้อจำกัด 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง กฎหมายซึ่งมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมักจะถูกออกแบบมาให้ใช้บังคับอย่างถาวรและมักจะไม่นำมาใช้กับสถานการณ์ฉุกเฉิน อีกประการหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีความลำบากรู้สึกในการพิจารณาถึงความเร่งด่วนในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญไม่แน่ใจว่า “ความฉุกเฉิน (emergency)” ควรจะดำรงต่อไปอีกนานแค่ไหนในระหว่างที่กฎหมายยังมีผลใช้บังคับอยู่ นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวนี้ นอกจากจะกำหนดประเด็นให้ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อดำเนินการแล้ว ยังส่งต่อความชอบธรรมมาด้วย ซึ่งเป็นการลดแรงกดดันในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว” จึงไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดว่าควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว แต่ไม่ต้องรีบเร่งดำเนินการ

จากปัญหาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงทางเลือกระหว่างการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงแก้ไขปัญหาคำวินิจฉัยการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการเตือนว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเลือกระหว่างการเพิกถอนกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเสียเอง โดยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ Andrea Pisaneschi มีความเห็นว่า การไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ “เป็นการฉวยโอกาสเพิ่มอำนาจ (seize a position of greater power) ของ

<sup>182</sup> William J. Nardini, *supra note 164*, p.20.

ศาลรัฐธรรมนูญ” ซึ่งมีมากกว่าคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว<sup>183</sup>

### (1) ลักษณะของคำวินิจฉัย

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะ denounce-decline-demand กล่าวคือ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญ “ประกาศ (denounce)” ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญ “ปฏิเสธ (decline)” การแก้ไขเพิ่มเติมความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวและการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบอื่น ส่วนประการสุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญ “กำหนดให้ (demand)” ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว อีกทั้งเตือนมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการดังกล่าวซ้ำ หากไม่อาจดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเสียเอง

ในกฎหมายเกี่ยวกับการพ้นโทษของเยาวชน (parole for minors) กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1975 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาซึ่งรัฐสภากำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการพ้นโทษของผู้ใหญ่ให้มีผลใช้บังคับกับเยาวชนเป็นการ “ชั่วคราว (temporarily)” จนกว่ากฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปหลายปียังไม่มียุติบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการพ้นโทษของเยาวชนใช้บังคับแต่อย่างใด ในปี ค.ศ. 1978 กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องคำนึงถึงการฟื้นฟูสภาพของผู้กระทำความผิดเยาวชน (rehabilitation of youthful offenders) และการผ่อนผันการพ้นโทษ (lenient parole possibilities) ศาลรัฐธรรมนูญเห็นพ้องกับข้อโต้แย้งดังกล่าวโดยให้ตีความกฎหมายยืดหยุ่นในการให้อำนาจศาลที่พิพากษาคดีทำคำพิพากษาเป็นอย่างอื่นได้ในกรณีผู้กระทำความผิดเยาวชน อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกากลับตีความกฎหมายอย่างจำกัดโดยกำหนดให้เยาวชนและผู้ใหญ่ต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นเทคนิคการกำหนดระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในครั้งแรกจึงยังไม่ประสบความสำเร็จ<sup>184</sup>

ในปี ค.ศ. 1992 เมื่อกฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ โดยยึดถือตามแนวทางที่ได้วิเคราะห์ไว้ในคำวินิจฉัยฉบับก่อน ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่า เยาวชนต้องได้รับการปฏิบัติที่พิเศษตามกฎหมายอาญา การที่ศาลฎีกาตีความกฎหมายเช่นนั้นเป็นการขัดขวาง

<sup>183</sup> *Ibid*, pp.29-30.

<sup>184</sup> *Ibid*, pp.30-31.

แนวทางการตีความในคดี Ashwander เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า กฎหมายพันโทษไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก “ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการฟื้นฟูสภาพและการขัดเกลาทาสังคมครั้งใหม่ (re-socialization) ของผู้กระทำความผิดเยาวชน (juvenile delinquents)”<sup>185</sup>

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากเกรงว่าหากไม่มีกฎหมายพันโทษย่อมกระทบกระเทือนต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการฟื้นฟูสภาพของผู้กระทำความผิดเยาวชน ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขการพันโทษได้กว้างกว่า เนื่องจากมาตรการฟื้นฟูสภาพของผู้กระทำความผิดเยาวชนมีความหลากหลาย หากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการใดมาตรการหนึ่งโดยปราศจากฐานทางกฎหมาย ย่อมเป็นการกระทำที่เกินไปกว่าขอบเขตอำนาจตุลาการและรุกรานขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า “การเลือกมาตรการที่มีความหลากหลายเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ” สิ่งที่เดียวที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องดำเนินการ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมระบบการพันโทษ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย โดยเตือนว่าจะต้องไม่ดำเนินการล่าช้า และศาลรัฐธรรมนูญจะเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว “หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักการทางรัฐธรรมนูญ” ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้

ในคดีเกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลทหาร ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา “ศาลพิเศษ (special jurisdictions)” ทุกศาล รวมไปถึงศาลทหาร อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่มีการจัดตั้งสาธารณรัฐขึ้นมา ฝ่ายบริหารควบคุมผู้พิพากษาศาลทหารโดยตลอด ถึงแม้ว่าในปี ค.ศ. 1981 รัฐสภาพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้พิพากษาศาลทหารในอนาคตควรมีอำนาจในการปกครองตนเอง (self-governed) ตามรูปแบบคณะกรรมการชั้นสูงทางตุลาการ (Superior Council of the Magistrature) ของศาลธรรมดา อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนดองค์ประกอบของศาลทหารแต่อย่างใด เพียงแต่ให้กำหนดรายละเอียดในกฎหมายอื่นภายในระยะเวลา 1 ปีนับจากนั้น ในขณะที่เดียวกันกฎหมายดังกล่าวได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม (Minister of Defense) ในการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลทหาร โดยคำแนะนำของคณะกรรมการผู้พิพากษาและพนักงานอัยการ (committee of judges and prosecutors) ภายหลังจากนั้น 3 ปี รัฐสภาก็ยังมิได้กำหนดองค์ประกอบขององค์กรที่มีอำนาจในการปกครองตนเองของศาลทหารแต่อย่างใด

<sup>185</sup> Sent. 125/1992, 37 Giur. Cost. 1072, 1081 (1992). cited in *Ibid*, p.31.

ในปี ค.ศ. 1984 กฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “ไม่อาจพิจารณาได้ว่าปราศจากความชอบด้วยกฎหมาย” ศาลรัฐธรรมนูญได้เพิกถอนกฎหมายดังกล่าว เพราะจะทำให้ต้องนำกฎหมายก่อนปี ค.ศ. 1981 มาใช้บังคับซึ่งกำหนดให้ศาลทหารอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหารอันขัดต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่รัฐธรรมนูญรับรองอย่างชัดเจน ในทางตรงกันข้าม ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบอื่นแต่อย่างไร เช่น กำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการชั้นสูงทางตุลาการในศาลทหารซึ่งปราศจากฐานทางกฎหมายสนับสนุน เป็นต้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาไปแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่นอกเหนือขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถดำเนินการได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า “ฝ่ายนิติบัญญัติต้องถูกผูกพัน...ในการดำเนินการอย่างไม่ล่าช้าเพื่อจัดตั้งองค์กรที่รับรองหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลทหาร” หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญต้องเข้ามาดำเนินการเสียเอง<sup>186</sup>

## (2) การติดตามผลของคำวินิจฉัย

ประสิทธิภาพของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการนั้นขึ้นอยู่กับความสามารถของศาลรัฐธรรมนูญในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย นอกจากนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะอาจเป็นการกดดันฝ่ายนิติบัญญัติให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพราะฉะนั้น การติดตามผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ศาลล่างตรวจสอบเบื้องต้นเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วเห็นว่า “คดีมีมูล (not manifestly unfounded)” จึงเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากศาลล่างเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีกครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีโอกาสในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอีกครั้งหนึ่งเพื่อที่จะเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว

ในคดีเกี่ยวกับผู้พิพากษาศาลทหาร ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยกำหนดคำเตือนในปี ค.ศ. 1984 โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติจัดตั้งองค์กรที่มีอำนาจในการปกครองตนเองของศาลทหาร “อย่างไม่ล่าช้า (without further delay)” แต่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ตรากฎหมายดังกล่าวแต่อย่างไร เมื่อกฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งอีกครั้งหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ความล่าช้าของฝ่ายนิติบัญญัติ “ไม่อาจอดทนได้อีกต่อไป (no longer tolerable)” เมื่อการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลทหาร

<sup>186</sup> *Ibid*, pp.31-32.

ยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นการไม่เคารพต่อหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเพิกถอนกฎหมาย ค.ศ. 1981 ซึ่งกำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมีอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนผู้พิพากษาศาลทหาร และวินิจฉัยว่า การที่กฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “สืบเนื่องมาจากการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเวลานาน”

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยเพิกถอนกฎหมายเสมอไป ในคดีเกี่ยวกับ “ภาษีสุขภาพ (health tax)” กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1987 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการอุดหนุนระบบประกันสุขภาพแห่งชาติขัดต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองหลายประการ โดยเฉพาะหลักความเสมอภาค ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้บุคคลที่ทำงานอาชีพอิสระ (self-employed workers) ต้องสมทบเงินมากกว่าบุคคลที่ทำงานประเภทอื่น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะเพิกถอนกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากทำให้ระบบประกันสุขภาพแห่งชาติปราศจากความต่อเนื่อง<sup>187</sup> ภายหลังจากนั้น 5 ปีนับตั้งแต่คำวินิจฉัยกำหนดคำเตือนครั้งแรก ศาลรัฐธรรมนูญได้เตือนให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่า “ไม่อาจล่าช้าโดยปราศจากจุดสิ้นสุดได้ มิฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะดำเนินการขั้นเด็ดขาด (decisive action)” ซึ่งศาลจะ “ดำเนินการมาตรการขั้นเด็ดขาด” ได้ก็ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติ “มิได้มีความพยายามแม้แต่น้อยในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย”<sup>188</sup>

ในคำวินิจฉัยกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการชี้แจง (public hearings) ต่อคณะกรรมการภาษี (tax commissions) ในปี ค.ศ. 1986 และ 1988 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การพิจารณาคดีโดยลับไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาลทุกศาลต้องกระทำโดยเปิดเผย ในคำวินิจฉัยทั้งสองฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธที่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวและกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย<sup>189</sup> ในคำวินิจฉัยฉบับที่สามปี ค.ศ. 1989 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ โดยวินิจฉัยว่า “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องถูกเพิกถอน”<sup>190</sup>

<sup>187</sup> *Ibid*, pp.33-34.

<sup>188</sup> Sent. 256/1992, 37 Giur. Cost. 1979, 1986 (1992). cited in *Ibid*, p.34.

<sup>189</sup> *Ibid*, p.35.

<sup>190</sup> Sent. 50/1989, 33 Giur. Cost. 252, 255 (1989). cited in *Ibid*, p.35.

ตัวอย่างข้างต้นเป็นการแสดงให้เห็นถึงความยากของศาลรัฐธรรมนูญในการกดดันฝ่ายนิติบัญญัติให้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจจะเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย<sup>191</sup>

### (3) ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับคำวินิจฉัย

ข้อวิจารณ์เกี่ยวกับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประการ ดังนี้<sup>192</sup>

ประการแรก คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมเฉพาะราย (individualized justice) เนื่องจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับคู่ความในคดีด้วย จึงไม่ยุติธรรมต่อคู่ความในคดี

ประการที่สอง การปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำให้ลดแรงจูงใจของคู่ความในการเสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงแก้ไขปัญหาด้วยการระงับการใช้บังคับบทบัญญัติดังกล่าวชั่วคราวซึ่งปกติมิได้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เพื่อปกป้องคู่ความในคดี กรณีดังกล่าวเหมือนกับแนวทางปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ไม่สอดคล้อง (incompatible)” กับรัฐธรรมนูญ โดยปฏิเสธการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีไม่มีฐานทางกฎหมายในการจำกัดผลทางกฎหมายให้กับคู่ความในคดี ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

ประการสุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจกำหนดระยะเวลาบังคับได้ ทำให้ไม่สามารถกำหนดความเร่งด่วนในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจอธิบายได้ว่า จะต้องใช้ระยะเวลาานเท่าใดในการรอคอยฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาเดียวกันกับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ “ชั่วคราว”

Roberto Pinardi มีความเห็นว่า คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการจำกัดอำนาจ (self-restraint) ของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอนาคต ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันที แตกต่างจากการโต้แย้งบทบัญญัติดังกล่าวในครั้งที่สองซึ่งอยู่ในช่วงอนาคตแล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

<sup>191</sup> *Ibid*, p.35.

<sup>192</sup> *Ibid*, pp.38-39.

หลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองควรได้รับการปกป้องจากการไม่ตรากฎหมาย หลักการดังกล่าวจึงมีผลต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ “การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาจส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว” ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม<sup>193</sup>

### 3.3.2.3 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Judgement)

ศาลรัฐธรรมนูญหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยการเข้าแก้ไขเพิ่มเติมเสียเอง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ หาก “ไม่มี (lack)” กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้และไม่อาจเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่ขาดหายไปไว้ในกฎหมายได้ ในปี ค.ศ. 1970 และ 1972 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติทนายความคดีอาญา (Criminal defense counsel statute) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในขอบเขตที่ไม่อนุญาตให้ทนายความปรากฏตัวในช่วงก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา (critical pretrial events) เช่น การซักถามจำเลยและการให้การของพยานประปรักษ์ เป็นต้น

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น สืบเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะและต้อง “เพิกถอน (strike down)” บทบัญญัติดังกล่าว เมื่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดกฎเกณฑ์เอาไว้ว่า ห้ามทนายความปรากฏตัวในช่วงก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณา ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนเสีย ถึงแม้ว่าจะทำให้ไม่มีถ้อยคำทางกฎหมายก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ “เพิ่มเติม (add)” บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งอนุญาตให้ทนายความเข้าไปมีส่วนร่วมในช่วงก่อนการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายครั้งแรกเพื่อทำให้จุดมุ่งหมายพื้นฐานที่สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constituent Assembly) ตั้งเอาไว้บรรลุผล กล่าวคือ การปกป้องสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับทนายความคดีอาญา ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีบทบาทเป็นผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ทำให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ในคดีเกี่ยวกับกฎหมายแผนการใช้จ่ายเงินของรัฐ (state spending programs) สำหรับการเป็นรัฐสวัสดิการซึ่งถูกโต้แย้งว่า รัฐกระจายผลประโยชน์อย่างไม่เท่าเทียมกัน ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับผลประโยชน์

<sup>193</sup> Roberto Pinardi, *La Corte, I Giudici Ed Illegislatore: Il Problema Degli Effetti Temporalis Delle Sentenze d'Incostituzionata* 89-90 n.130 (1993). cited in *ibid*, pp.39-40.



ด้านสวัสดิการ (welfare benefit) เช่น เงินทดแทนของผู้ใช้แรงงาน หรือบัญชีอัตราเงินเดือนของครู อาจารย์ เป็นต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ “ขาดหายไป (missing)” เพื่อเพิ่มกลุ่มของข้าราชการให้มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากรัฐที่สูงขึ้น

ในคดีตัวอย่างเกี่ยวกับความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 1975 ศาสตราจารย์มหาวิทยาลัยไต้แย้งกฎหมายซึ่งกำหนดเงินเดือนของศาสตราจารย์ในอัตราสูงสุดมีจำนวนที่ต่ำกว่าเงินเดือนของลูกจ้างระดับผู้จัดการของรัฐในระดับความอาวุโสเท่ากัน (state managerial employees with the same level of seniority) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐสภา กำหนดเงินเดือนของศาสตราจารย์และผู้จัดการในระดับที่เท่ากัน ซึ่งศาสตราจารย์ไม่ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากคำอธิบายจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายแล้ววินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้จ่ายเงินเดือนของศาสตราจารย์ต่ำกว่าข้าราชการของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผลของคำวินิจฉัยดังกล่าวทำให้เงินเดือนของศาสตราจารย์เพิ่มสูงขึ้น ซึ่งส่งผลกระทบต่อกระบวนการคลังของรัฐอย่างมีนัยสำคัญ และถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก

เนื่องจากประชาชนส่วนมากทำงานให้กับภาครัฐและรัฐวิสาหกิจ (state-owned businesses) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสวัสดิการสังคมจึงทำให้เกิดความตึงเครียดในทางการคลังของประเทศมากขึ้นเรื่อย ๆ ในปี ค.ศ. 1991 รัฐบาลต้องเพิ่มงบประมาณจำนวนหกแสนล้านลิเพื่อให้เพียงพอกับรายจ่ายที่ไม่อาจคาดหมายได้จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับรายจ่ายภาครัฐ (public expenditure) ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Minister of the Treasury) นอกจากนี้ นักวิชาการบางคนมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 81 ซึ่งกำหนดให้กฎหมายงบประมาณรายจ่ายของรัฐบาลทุกระดับต้องแสดงแหล่งที่มาของเงิน (source of funding) เมื่อคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวขยายขอบเขตของผลประโยชน์ภายใต้แผนการสวัสดิการสังคม (social welfare program) จึงเป็นการบิดเบือนงบประมาณที่ฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติ

ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธข้อวิจารณ์ข้างต้น แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ถูกกล่าวหาว่าคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการขัดขวางความพยายามประหยัดงบประมาณของรัฐ (fiscal austerity) จึงมีข้อเสนอหนึ่งให้ศาลรัฐธรรมนูญกลับไปกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดั้งเดิม หากการกระจายผลประโยชน์ไม่เท่าเทียมกัน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวตามตัวอักษรและยกเลิกผลประโยชน์ดังกล่าวทั้งหมด ส่วนข้อเสนออื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการเสนอปัญหาเกี่ยวกับความเสมอภาคทั้งหมด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญไม่มีฐานทางกฎหมายในการแก้ไข

ความไม่เท่าเทียมกัน ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ผลประโยชน์แก่คนกลุ่มหนึ่ง แต่ไม่ให้ผลประโยชน์แก่คนอีกกลุ่มหนึ่งนั้น “หายไป (missing)”

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพยายามที่จะลดผลกระทบกระเทือนทางการคลังของคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยการจำกัดผลย้อนหลังของคำวินิจฉัย กล่าวคือ เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เพิ่งมีผลใช้บังคับเท่านั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญปล่อยให้ศาลธรรมดา กำหนดผลย้อนหลังของคำวินิจฉัยในบางคดี เพื่อลดภาระทางงบประมาณจากคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาแนวทางปฏิบัติในการตีความกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาข้อจำกัดในการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่หายไปในคดีอาญา หากการอุดช่องว่างของกฎหมายทำให้การลงโทษในทางอาญาหนักขึ้น ส่วนในคดีแพ่ง ศาลรัฐธรรมนูญมีความยืดหยุ่นกว่า โดย *Veziro Crisafulli* อธิบายว่า ศาลรัฐธรรมนูญต้องอยู่ในขอบเขตของ “บทบังคับ (prescribed verses; rime obbligate)” ของกฎหมาย<sup>194</sup> ซึ่งศาลจะเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญ “กำหนดไว้ (require)” หาก “วิธีการแก้ไขปัญหาที่หลากหลาย (variety of solutions)” ขึ้นอยู่กับ “การรักษาความสมดุลระหว่างหลักการ (discretionary balancing of values)” ศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว<sup>195</sup>

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 203/2013 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 มาตรา 45 วรรคห้า ซึ่งกำหนดมาตรการเพื่อประโยชน์ของบิดามารดา (measures in favor of parenthood) บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คู่สมรสซึ่งมิได้สมรสกัน (cohabiting partner) บิดามารดา บุตร หรือพี่น้องร่วมบิดามารดาของบุคคลซึ่งพิการอย่างรุนแรง (severely disabled person) มีสิทธิในการลางาน (leave of absence from work) เพื่อดูแลบุคคลดังกล่าว ศาลปกครอง (Administrative Tribunal) แคว้น Calabria โต้แย้งว่ามาตรา 45 ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลายมาตรา เนื่องจากไม่ให้สิทธิในการลางานแก่หลานชายซึ่งต้องการดูแลลูกที่ยังมีชีวิตอยู่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับมิได้ตราบเท่าที่ไม่อาจทำให้บุคคลอื่น (รวมถึงหลานชาย) มีสิทธิในการลางาน ดังนี้

<sup>194</sup> *Ibid*, pp.20-24.

<sup>195</sup> Sent. 109/1986, 31 Giur. Cost. 612, 615 (1986). cited in *Ibid*, p.25.

คำร้องดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 มาตรา 2 วรรคห้า ซึ่งหลักการทางรัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวข้องกับการลากรณีพิเศษ (extraordinary leave) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดประเภทของบุคคลที่มีสิทธิในการลางานโดยมิได้ รวมถึงญาติโดยการสมรส 3 ลำดับชั้น (หรือญาติสนิทและญาติโดยการสมรสภายใน 3 ลำดับชั้น) ซึ่งสามารถดูแลบุคคลซึ่งพิการอย่างรุนแรงได้ ในกรณีที่บุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ตามลำดับ (order of priority) ไม่อยู่ เสียชีวิต หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ (debilitation) นั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 มาตรา 2, 3, 29, 32 และ 118 วรรคสี่

จากข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลที่ดูแลผู้พิการนั้น ควรประนีประนอม ให้มีการช่วยเหลือบุคคลซึ่งพิการอย่างรุนแรงในครอบครัว (family environment) หากไม่มีบุคคลใน บัญชีรายชื่อที่สามารถหรือมีเงื่อนไขที่เหมาะสมในการเป็นผู้ดูแล คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงถูกกำหนดขึ้นในกรณีที่บุคคลซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ตามลำดับไม่อยู่ เสียชีวิต หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ ญาติโดยสายโลหิตหรือโดยการสมรสภายใน 3 ลำดับชั้นซึ่งอาศัยอยู่กับ ผู้พิการควรมีสิทธิในการลางานโดยมิกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนและให้ผลประโยชน์ที่เพียงพอตาม สถานะทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า รัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 มาตรา 45 วรรคห้า (เฉพาะถ้อยคำบางส่วนเกี่ยวกับการคุ้มครองและสนับสนุนความเป็นมารดาและ ความเป็นบิดาตามรัฐบัญญัติ หมายเลข 53/2000 มาตรา 15) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากไม่ครอบคลุม ถึงประเภทของบุคคลซึ่งมีสิทธิในการลางานดังกล่าว<sup>196</sup>

### 3.3.2.4 คำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมาย (Principle Additive Judgement)

ศาลรัฐธรรมนูญได้พัฒนาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญรูปแบบใหม่ซึ่งมิได้ เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ลงไปในกฎหมาย แต่เพิ่มเติมเฉพาะหลักการซึ่งมีลักษณะเป็น กรอบในการตรากฎหมายให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการ ดำเนินการ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพยายามรักษาความสมดุลระหว่างการ พิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการรักษาอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า

---

<sup>196</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 166*, pp.86-87.

บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าจะดำเนินการอย่างไร แทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เสียเอง<sup>197</sup>

ในคดีเกี่ยวกับบุคคลผู้ปฏิเสธการรับราชการทหาร (conscientious objectors to military service) กรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายยกเว้นการรับราชการทหาร ซึ่งบุคคลดังกล่าวถูกศาลทหารพิพากษาให้ออกจากการรับราชการทหารแล้ว แต่ปัญหาเกิดขึ้นในกรณีหากผู้พิพากษาศาลทหารระดับคำพิพากษาดังกล่าวชั่วคราว ทำให้บุคคลดังกล่าวจะต้องถูกสั่งให้เข้าประจำการในกองทัพเป็นครั้งที่สอง หากบุคคลดังกล่าวปฏิเสธหน้าที่อีกจะต้องถูกศาลทหารพิพากษาลงโทษหนักขึ้น (plus reinstatement) ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า บุคคลดังกล่าว “ถูกลงโทษวนเวียนไปเรื่อย ๆ (spiral of punishments)” อย่างไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งไม่อาจยอมรับได้ ดังนั้นในช่วงต้นปี ค.ศ. 1989 ศาลรัฐธรรมนูญจึงยับยั้งการเพิกถอนกฎหมายดังกล่าวและกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย<sup>198</sup> ในปี ค.ศ. 1991 เมื่อกฎหมายดังกล่าวถูกโต้แย้งอีกครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญยังมีได้วินิจฉัยแต่ประการใด ถึงแม้ว่ากฎหมายดังกล่าว “จะไม่มีผลสัมฤทธิ์อย่างชัดเจนและขัดต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ก็ตาม”<sup>199</sup>

ในปี ค.ศ. 1997 เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวภายในขอบเขตที่ลงโทษบุคคลซ้ำซ้อนสำหรับการกระทำความผิดเดียวกันนั้นตกเป็นโมฆะ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการว่าจะปกป้องบุคคลผู้ปฏิเสธการรับราชการทหารได้อย่างไร เช่น การระดับคำพิพากษาไม่สามารถกระทำได้ หรือห้ามเรียกบุคคลดังกล่าวเข้าประจำการในครั้งที่สอง เป็นต้น แทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาก็ให้ศาลล่างและคณะกรรมการเกณฑ์ทหาร (draft board) ในช่วงระหว่างการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย แต่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “ขอบเขตการตีความของศาลและทางเลือกของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนด [ว่าจะจัดการลงโทษบุคคลซ้ำซ้อนได้อย่างไร] ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด

---

<sup>197</sup> Tania Groppi, “The Italian Constitutional Court: Towards a ‘Multilevel System’ of Constitutional Review?,” in *Constitutional Courts: A Comparative Study*, ed. Andrew Harding and Peter Leyland (London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009), p.136.

<sup>198</sup> William J. Nardini, *supra note 164*, p.37.

<sup>199</sup> Sent. 467/1991, 36 Giur. Cost. 3805, 3816 (1991). cited in *Ibid*, p.37.

จะต้องมีกฎหมายบัญญัติชัดเจน กล่าวคือ ในการพิจารณาของคณะกรรมการเกณฑ์ทหาร กฎหมาย อาญาสารบัญญัติหรือวิธีสบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับปัญหาดังกล่าวจะต้องมีการพิจารณาทบทวนใหม่”<sup>200</sup>

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 385/2005 ศาลชั้นต้น Sondrio ได้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 ซึ่งกำหนดมาตรการเพื่อประโยชน์ของบิดามารดา (measures in favor of parenthood) บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้การลาของบิดา (parental leave) ซึ่งรับบุตรบุญธรรมนั้น ต้องจ่ายเงินให้กับมารดาซึ่งมีอาชีพอิสระ (professional self-employed mothers) แต่ไม่ต้องจ่ายให้กับบิดาซึ่งมีอาชีพอิสระ (self-employed fathers) ทั้ง ๆ ที่มิได้มีความแตกต่างเกี่ยวกับเงินเดือนระหว่างบิดากับมารดาแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่เป็นไปตาม “หลักการ (principle)” ซึ่งบิดาต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกันกับมารดา ดังนี้

รัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 ให้สิทธิในการได้รับผลประโยชน์ (right to a benefit) แก่บิดาหรือผู้ปกครองซึ่งรับบุตรบุญธรรมที่เป็นลูกจ้าง โดยไม่รวมถึงผู้มีอาชีพอิสระ (freelance professionals) จึงไม่สามารถได้รับประโยชน์ในการลาหรือได้รับผลประโยชน์แทนที่มารดา การเลือกปฏิบัติดังกล่าวขัดกับหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (principle of equal treatment) ระหว่างบิดามารดา และระหว่างผู้มีอาชีพอิสระกับลูกจ้าง เพื่อเป็นการปกป้องทั้งครอบครัวและผู้เยาว์... การขัดต่อหลักความเสมอภาคจะปรากฏชัดหากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติให้ประโยชน์แก่บิดาซึ่งทำงานเป็นลูกจ้าง โดยเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างลูกจ้างด้วยกันซึ่งมิได้แสดงถึงความแตกต่างระหว่างบุคคลทั้งสอง หากความแตกต่างเกิดขึ้น (ความแตกต่างซึ่งทำให้ไม่มีสิทธิในการมีส่วนร่วมในชีวิตครอบครัวเท่าเทียมกับมารดา) และไม่อนุญาตให้บิดาและลูกจ้างได้รับประโยชน์ที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นตามกฎหมายที่คุ้มครองบิดาซึ่งรับบุตรบุญธรรม เมื่อปราศจากการคุ้มครองดังกล่าวย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน ทำให้ปัจเจกบุคคลต้องสูญเสียประโยชน์ที่ควรจะได้รับภายใต้หลักการดังกล่าว ภารกิจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดกระบวนการป้องกันที่เพียงพอแก่บิดาซึ่งมีอาชีพอิสระย่อมเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า รัฐกำหนด หมายเลข 151/2001 มาตรา 70 และ 71 (กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองความเป็นบิดา

<sup>200</sup> *Ibid*, p.37.

และความเป็นมารดาตามรัฐบัญญัติ หมายเลข 3/2000 มาตรา 15) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากไม่เป็นไปตามหลักการที่บิดามีสิทธิได้รับผลประโยชน์แทนที่มารดา<sup>201</sup>

ผลของคำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ใช้บังคับกฎหมายดังกล่าว โดยที่ปล่อยให้องค์กรของรัฐอื่นกำหนดรายละเอียดเองว่าจะสามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างไร<sup>202</sup>

### 3.4 ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

การที่ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ยอมรับทฤษฎี “ความหลากหลายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (Variational decisions)” ซึ่งมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>203</sup> ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้มีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Unconformable to the Constitution)” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่เรียกร้องให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly) แก้ไขเพิ่มเติมภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in certain context)” กล่าวคือ หากตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามปกติย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากตีความไปในทางอื่นย่อมชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in certain context)” กล่าวคือ

<sup>201</sup> Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini, *supra note 166*, pp.88-89.

<sup>202</sup> William J. Nardini, *supra note 164*, p.38.

<sup>203</sup> Jibong Lim, “Korean Constitutional Court Standing at the Crossroads: Focusing on Real Cases and Variational Types of Decisions,” *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol.24, No.327, pp.335-336 (2002).

บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด<sup>204</sup> เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับทฤษฎี “ความหลากหลายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ” มีดังนี้

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญเคารพต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้บัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญจึงเป็นการเปิดโอกาสให้กับฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้น อำนาจในการบัญญัติกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น<sup>205</sup>

ประการที่สอง ทฤษฎีความหลากหลายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการป้องกันช่องว่างของกฎหมาย (legal vacuum) ซึ่งเป็นผลมาจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที เพราะฉะนั้น ทฤษฎีดังกล่าวจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องหลักความมั่นคงของกฎหมาย (legal stability)<sup>206</sup> โดยให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญสงวนรักษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและขจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>207</sup>

ประการที่สาม คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณีเป็นการแสดงให้เห็นถึงการสันนิษฐานว่ากฎหมายทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (presumption that all laws are constitutional) ดังนั้น จึงต้องสงวนรักษากฎหมายดังกล่าวหากเป็นไปได้ ในกรณีที่ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องรักษาความสมดุลระหว่างการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะทั้งหมดกับการใช้ทฤษฎีความหลากหลายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องใช้ทฤษฎีดังกล่าวหากผลเสียที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวทั้งหมดมีมากกว่าผลดี<sup>208</sup>

<sup>204</sup> Gavin Healy, “Note: Judicial Activism in the New Constitutional Court of Korea,” *Columbia Journal of Asian Law*, Vol.14, No.1, p.224 (2000).

<sup>205</sup> Jibong Lim, *supra note 203*, p.342.

<sup>206</sup> Young-Sung Kwon, Hunbubhak Wonlon [Constitutional Law: A Textbook] 1166-1167 (rev. ed. 1994). cited in *Ibid*, p.342.

<sup>207</sup> *Ibid*, p.342.

<sup>208</sup> *Ibid*, pp.342-343.

ประการสุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญมักจะใช้ทฤษฎีความหลากหลายของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญในคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาทางการเมืองหรือเศรษฐกิจ เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่รุนแรงจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ถึงแม้ว่าการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว อาจทำให้เกิดผลดีต่อประโยชน์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจก็ตาม แต่อาจทำให้เกิดผลเสียต่อประโยชน์ในด้านอื่น และทำให้กลุ่มผลประโยชน์ที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอาจตั้งตนเป็นปฏิปักษ์กับศาลรัฐธรรมนูญได้<sup>209</sup>

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

#### 3.4.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 3.4.1.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับต่อไปได้<sup>210</sup>

##### 3.4.1.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณีหรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด (Limited Constitutionality)<sup>211</sup> หมายถึง คำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>209</sup> *Ibid*, p.343.

<sup>210</sup> วรณา สุพรรณธะริตา, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 10, เล่มที่ 28, น.100 (มกราคม-เมษายน 2551).

<sup>211</sup> เนื่องจากผู้เขียนได้แยกเรื่อง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด” กับ “ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด” ออกจากกัน ผู้เขียนจึงขออธิบายประเด็นที่ทั้งสองเรื่องมีความเกี่ยวข้องกัน ดังนี้



วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด<sup>212</sup> ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญต้องสันนิษฐานในชั้นแรกเสียก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ให้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการทางรัฐธรรมนูญ<sup>213</sup> ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมดเพื่อป้องกันความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (legal uncertainties)<sup>214</sup>

ในคดีรัฐธรรมนูญป้องกันสังคม (Social Protection Act) มาตรา 5 ในปี ค.ศ. 1989 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่าที่จะเป็นไปได้ ภายในขอบเขตที่มีได้เปลี่ยนแปลงถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือทำให้

---

Cho Kyu-kwang อดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญคนแรก ได้อธิบายว่า ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีทั้งความหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องตีความกฎหมายไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แนวทางการตีความกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (preference for constitutionally valid interpretation) แสดงออกมาในรูปของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัดหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวให้เหมาะสมเพื่อบรรลุดังกล่าว

การกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวให้เลือกตามความเหมาะสมในทางปฏิบัติ ซึ่งขึ้นอยู่กับการประเมินของศาลรัฐธรรมนูญว่าไม่ควรตีความให้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือควรจำกัดขอบเขตการตีความให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (89 Hun-Ka 104, 25 February 1992; 92 Hun-Ka 3, 28 April 1994)

cited in Constitutional Court of Korea, Twenty Years of the Constitutional Courts of Korea: Abridged Edition, (Seoul: The Constitutional Court, 2010), pp.134-135.

<sup>212</sup> วรรณมา สุพรรณธนะริตา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 210*, น.99.

<sup>213</sup> Young-Sung Kwon, 1098. cited in Jibong Lim, *supra note 203*, p.337.

<sup>214</sup> *Ibid*, p.337.

เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติไม่เป็นผล<sup>215</sup> คดีดังกล่าวมีความสำคัญสืบเนื่องจากเป็นครั้งแรกที่ ศาลรัฐธรรมนูญอ้างอิงถึงแนวทางการตีความกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาจากหลักการ แบ่งแยกอำนาจและเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่า ถ้อยคำของบทบัญญัติแห่ง กฎหมายและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นข้อจำกัดของแนวทางการตีความดังกล่าว<sup>216</sup>

ในคดีรัฐบัญญัติภาษีมรดก (Inheritance Tax Act) มาตรา 32-2 (1)<sup>217</sup> ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปและชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่การตีความยังไม่นำมาปรับใช้กับการจดทะเบียนทรัพย์สินภายใต้ชื่อแตกต่างกันกับไม่มีเจตนาที่จะหลีกเลี่ยง (no evasive purpose) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถ้อยคำในคดีดังกล่าวและวินิจฉัยว่า “บทบัญญัติดังกล่าวยังไม่เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังที่ตีความไว้... (is not unconstitutional as interpreted...)” ซึ่งอธิบายได้ว่า ถึงแม้บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ แต่หากสามารถตีความไปในแนวทางที่ไม่เปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถมี “คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในขณะที่ตีความหรือยื่นฟ้องได้” ซึ่งเป็นไปตามแนวทางการตีความกฎหมาย ให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>218</sup>

ในคดีรัฐบัญญัติความมั่นคงภายใน (National Security Act)<sup>219</sup> ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 7 (1) และ (5) ถ้อยคำที่ว่า “สมาชิก (member)” “กิจกรรม (activities)” “เกี่ยวข้อง สนับสนุน (sympathizes with)” “ให้ประโยชน์ (benefit)” มีความคลุมเครือไม่ชัดเจนเกินกว่าที่บุคคลปกติจะเข้าใจว่าถ้อยคำดังกล่าวครอบคลุมถึงเรื่องใดบ้าง<sup>220</sup>

<sup>215</sup> 88 Hun-Ka 5 et al., 14 July 1989. cited in Constitutional Court of Korea, *supra note 211*, p.134.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p.134.

<sup>217</sup> 89 Hun-Ma 38, 21 July 1989. อ้างถึงใน พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, “การพัฒนา คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 10, เล่มที่ 28, น.43 (มกราคม- เมษายน 2551).

<sup>218</sup> เพ็ญอ้าง, น.43-44.

<sup>219</sup> 89 Hun-Ka 113, 2 April 1990, 2 KCCR 49. อ้างถึงใน วรรณมา สุพรรณธรรมา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 210, น.99.

<sup>220</sup> เพ็ญอ้าง, น.99.

หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทาง การเมืองและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือ ประการแรก คำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวเป็นการให้อำนาจโดยอำเภอใจแก่องค์กรผู้ใช้บังคับกฎหมาย ประการที่สอง การตีความของศาลรัฐธรรมนูญทำให้เกิดผลกระทบกระเทือนอย่างกว้างขวางต่อเสรีภาพในการพูด การศึกษา และศิลปะ (rights of freedom of speech, education and the arts) ส่วนประการสุดท้าย การตีความอย่างกว้างของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการให้อำนาจลงโทษการกระทำความผิดอาญาซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนว่าเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายในหรือหลักการพื้นฐานทางประชาธิปไตย (fundamental democratic order) นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นทางเลือกที่ เลวร้ายกว่า เพราะก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวายตามมา<sup>221</sup> เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ถ้อยคำข้างต้นยังไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหากเป็นการตีความอย่าง จำกัดในสถานการณ์ที่มีความชัดเจนว่ากิจกรรมดังกล่าวเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายในหรือหลักการ พื้นฐานทางประชาธิปไตยเท่านั้น เช่น การดำเนินงานของคอมมิวนิสต์ การคุกคามเอกราชและอธิปไตย ของประเทศ การทำลายรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และองค์การตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น<sup>222</sup> คำวินิจฉัย กรณีดังกล่าวเป็นการปกป้องสิทธิเสรีภาพ จำกัดการใช้ดุลพินิจขององค์กรผู้ใช้บังคับกฎหมาย<sup>223</sup> และ จำกัดขอบเขตการลงโทษซึ่งไม่ชัดต่อหลักไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege)<sup>224</sup>

อนึ่ง ในคดีดังกล่าวได้มีความเห็นแย้งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ Byun Jeong Soo ซึ่งโต้แย้งว่า ถึงแม้ว่าข้อจำกัดของการตีความจะมีผลใช้บังคับ แต่สถานะบัญญัติแห่งชาติ จำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในภายหลังอยู่ดี<sup>225</sup> ซึ่งในปี ค.ศ. 1991 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญความมั่นคงภายในเล็กน้อยโดยพรรคเสรีประชาธิปไตย (Democratic Liberal Party) การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดบทลงโทษการกระทำซึ่งเป็นการ “สนับสนุน (sympathetic)” ประเทศสาธารณรัฐ

<sup>221</sup> Jibong Lim, *supra* note 203, p.338.

<sup>222</sup> วรณา สุพรรณธรรมา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 210*, น.99-100.

<sup>223</sup> Jibong Lim, *supra* note 203, pp.338-339.

<sup>224</sup> Kuk Cho, Tension between the National Security Law and Constitutionalism in South Korea: Security for What? 15 B.U. INT'L LJ. 125,144-45 (1997). cited in *Ibid*, p.339.

<sup>225</sup> Gavin Healy, *supra* note 204, p.229.

ประชาธิปไตยประชาชนเกาหลี เฉพาะกรณีที่ “เป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายในหรือหลักการพื้นฐานทางประชาธิปไตย”<sup>226</sup>

### 3.4.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.4.2.1 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ส่วนใหญ่ศาลรัฐธรรมนูญมักจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับเฉพาะบทบัญญัติบางมาตราที่ร้องขอเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาแล้วเห็นว่า หากวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่อาจมีผลใช้บังคับต่อไปได้จะมีผลกระทบต่อการใช้บังคับกฎหมายทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและสิ้นผลบังคับก็ได้ แต่โดยหลัก ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการร้องขอเท่านั้น<sup>227</sup>

ผลของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีหนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญกรณีทั่วไป บทบัญญัติดังกล่าวย่อมสิ้นผลไปนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย อีกกรณีหนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลย้อนหลัง และอาจมีการร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้ในคดีที่มีการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>228</sup> อนึ่ง รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญมิได้

<sup>226</sup> James M. West and Dae-Kyu Yoon, “The Constitutional Court of the Republic of Korea: Transforming the Jurisprudence of the Vortex?,” *The American Journal of Comparative Law*. Vol.40, No.1, p.107 (Winter, 1992).

<sup>227</sup> วรณา สุพรรณธรรมา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 210, น.97.

<sup>228</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 (2)-(4); *เพ็งอ้าง*, น.97.

กำหนดอย่างชัดเจนว่าวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหมายถึงวันใด เพียงแต่กำหนดในคำวินิจฉัยว่าต้องระบุวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเท่านั้น<sup>229</sup>

เนื่องจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคดีอาญามีผลย้อนหลัง รัฐบาลจึงมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกี่ยวกับคดีอาญา ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญลงวันที่ 14 กรกฎาคม ค.ศ. 1989 เกี่ยวกับรัฐบัญญัติป้องกันสังคม (Social Protection Act) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ในการกักกันเพื่อความปลอดภัย (preventive detentions) ในคำพิพากษาคดีอาญา โดยไม่คำนึงการกระทำความผิดซ้ำ (likelihood of recidivism) ของจำเลย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Minister of Justice) มีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดการกำหนดผลย้อนหลังเพื่อป้องกันความสับสนวุ่นวายที่อาจจะเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าหากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การควบคุมตัวบุคคลภายใต้การกักกันเพื่อความปลอดภัยควรกำหนดให้มีการตรวจสอบการกระทำผิดซ้ำของจำเลย หากไม่มีการตรวจสอบเช่นนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>230</sup>

### 3.4.2.2 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Unconformable to Constitution)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหมายถึง คำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางส่วน แต่การให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดอาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด<sup>231</sup> คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตีความรัฐธรรมนูญให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย<sup>232</sup>

ในเดือนกันยายน ค.ศ. 1989 ศาลรัฐธรรมนูญได้มี “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” เป็นครั้งแรกในคดีรัฐบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิก

<sup>229</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 (2) ข้อ 5; *เพ็งอ้วง*, น.107.

<sup>230</sup> Constitutional Court of Korea, *supra note 211*, p.130.

<sup>231</sup> วรรณ สุพรรณธะริตา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 210*, น.97.

<sup>232</sup> Jibong Lim, *supra note 203*, p.339.

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly Election Act) ซึ่งกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีหน้าที่วางเงินประกันการสมัครรับเลือกตั้ง (election deposit)<sup>233</sup> ในคดีดังกล่าว เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องการ “คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” นั้นสืบเนื่องจากความเป็นจริงของสังคมที่มีความสลับซับซ้อนทำให้การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่มีความยืดหยุ่นในการตีความกฎหมาย ก่อให้เกิดช่องว่างในระบบกฎหมายและความไม่มั่นคงในทางกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า วิธีการดังกล่าวเป็นการจำกัดอำนาจนิติบัญญัติมากเกินไป

เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การกำหนดจำนวนเงินประกันการสมัครรับเลือกตั้งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดจำนวนเงินมากจนเกินไป เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้สมัครรับเลือกตั้งอิสระ (independent candidates) กับผู้สมัครรับเลือกตั้งจากพรรคการเมือง (party-nominated candidates) นอกจากนี้ ยังขัดต่อหลักการคลังของการเลือกตั้งซึ่งเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญ (constitutional principle of public financing of elections) อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าว “ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ” เพื่อเป็นการเคารพต่ออำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติกับอำนาจนิติบัญญัติ และทำให้คุณสมบัติของการเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (homogeneity) และมีความเสมอภาค นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นรูปแบบหนึ่งของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 (1) และมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยรูปแบบอื่น เพราะฉะนั้น ในคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขข้อบกพร่องภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด<sup>234</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับเงินประกันการสมัครรับเลือกตั้งของรัฐบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น (Election of Local Council Members Act)

<sup>233</sup> 88 Hun-Ka 6, 8 September 1989. cited in Constitutional Court of Korea, *supra* note 211, p.131.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p.131.

โดยยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติจะแก้ไขกฎหมาย<sup>235</sup> แต่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลที่แตกต่างออกไปจากคดีก่อนเล็กน้อย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ระบบการวางเงินประกันการสมัครรับเลือกตั้งโดยตัวของมันเองมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว แต่รัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดจำนวนเงินมากจนเกินไป จึงสมควรให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแทนที่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวทั้งหมด ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในกรณีที่บทบัญญัติดังกล่าว ประกอบไปด้วยส่วนที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งยากที่จะแยกออกจากกัน และศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เหตุผลทั่วไปในการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวก็เพื่อเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมา<sup>236</sup>

ในขณะที่คำวินิจฉัยสองฉบับก่อน ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปชั่วคราว แต่ในคดีซึ่งมีการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งรัฐบัญญัติข้อพิพาททางแรงงาน (Labor Dispute Adjustment Act) ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแบบ “ธรรมดา (simple)” กล่าวคือให้ระงับการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว<sup>237</sup> โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดระยะเวลาให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และบทบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจตกเป็นโมฆะหากระยะเวลาดังกล่าวล่วงเลยไป ในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งห้ามการรวมกลุ่มของข้าราชการทั้งหมด (collective action of all civil servants) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากทางเลือกในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิในการรวมกลุ่ม (right to collective action) ของข้าราชการมิได้หลายแนวทาง และการเลือกแนวทางใดทางหนึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเพื่อเป็นการเคารพต่ออำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ในบางคดี ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยปราศจากการกำหนดระยะเวลาในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในคดีรัฐบัญญัติภาษีกำไรจากที่ดิน (Land Excess-Profits Tax Act) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หากศาลวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนโดยทันที ความสับสน

<sup>235</sup> 91 Hun-Ma 21, 11 March 1991. cited in *Ibid.*, p.131.

<sup>236</sup> *Ibid.*, pp.131-132.

<sup>237</sup> 88 Hun-Ma 5, 11 March 1993. cited in *Ibid.*, p.132.

วุ่นวายในระบบกฎหมายและในทางการคลังอาจเกิดขึ้น เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งจัดเก็บภาษีในอัตราที่สูงและขัดต่อความเสมอภาคในการจัดเก็บภาษี (equality in the levy of taxes) เป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับความยุติธรรมระหว่างผู้เสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับบุคคลอื่นซึ่งเสียภาษีตามบทบัญญัติดังกล่าวไปแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>238</sup>

ในคดีรัฐบัญญัติสัญชาติ (Nationality Act) มาตรา 7 (1) กำหนดให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ แต่มารดาเป็นชาวเกาหลีซึ่งตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับเดิม บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับสัญชาติเกาหลีนั้น หากบุคคลดังกล่าวเกิดก่อนรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ใช้บังคับภายในระยะเวลา 10 ปี ให้มาขอรับสัญชาติเกาหลีตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคกับบุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ มารดาเป็นชาวเกาหลี แต่เกิดก่อนระยะเวลาดังกล่าวไม่อาจได้รับสัญชาติเกาหลีตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ได้

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า หากศาลวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งมาตรา 7 (1) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับต่อไป ส่งผลให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ มารดาเป็นชาวเกาหลีที่เกิดภายในระยะเวลา 10 ปี ก่อนรัฐบัญญัติสัญชาติใช้บังคับ ซึ่งได้รับประโยชน์ตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่นี้ได้รับผลกระทบไปด้วย อีกทั้งก่อให้เกิดช่องว่างของการใช้บังคับรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่สภานิติบัญญัติแห่งชาติมีหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป<sup>239</sup>

สำหรับความเป็นมาที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติสัญชาตินั้น สืบเนื่องจากมีผู้เสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับเดิมกรณีที่ระบุให้การถือสัญชาติเป็นระบบตามสายโลหิตของบิดา (Paternal lineage system) เท่านั้น หมายความว่า บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวเกาหลี แต่มารดาเป็นชาวต่างชาติเท่านั้นจึงจะได้รับสัญชาติเกาหลี ส่วนบุคคลที่มีมารดาเป็นชาวเกาหลี แต่บิดาเป็นชาวต่างชาติไม่อาจได้รับสัญชาติเกาหลี ซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องความเสมอภาคทางเพศ

<sup>238</sup> *Ibid.*, p.132.

<sup>239</sup> 97 Hun-Ka 12, 31 August 2000. อ้างถึงใน วรณา สุพรรณธะริดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 210*, น.98.



ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มาตรา 11 (1) และสิทธิครอบครัว ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มาตรา 36 (1) โดยความแตกต่างระหว่างเพศดังกล่าวไม่อาจแสดงได้ว่า บุตรของบุคคลดังกล่าวจะมีความแตกต่างกันในเรื่องความสามารถ การปฏิบัติตามกฎหมาย หรือวัฒนธรรม และอยู่ร่วมกันในสังคมได้อย่างปกติสุข แต่บทบัญญัติดังกล่าวกลับทำให้บุคคลที่มีมารดาเป็นชาวเกาหลี แต่บิดาเป็นชาวต่างชาติที่ไม่ได้รับสัญชาติเกาหลีต้องเสียสิทธิเสรีภาพในเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โอกาสในการเข้ารับราชการ เสรีภาพในการเลือกที่อยู่อาศัย สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการเลือกตั้งและลงสมัครรับเลือกตั้ง สิทธิในการได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากรัฐ และสิทธิทางสังคมอื่น ๆ รัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่จึงได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยใช้ระบบสัญชาติบุคคลตามบิดาหรือมารดาที่เป็นชาวเกาหลี (Paternal-maternal lineage system) แทนระบบตามสายโลหิตของบิดาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสัญชาติฉบับเดิม<sup>240</sup>

ในวันที่ 27 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติสุขอนามัยโรงเรียน (School Sanitation Act) ซึ่งห้ามการดำเนินกิจการสถานมหรสพ (theatres) ภายในพื้นที่โดยรอบโรงเรียนประถมศึกษาและมัธยมศึกษา ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐบัญญัติดังกล่าวห้ามการดำเนินกิจการทั้งหมดโดยปราศจากการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับสถานมหรสพซึ่งเป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการทางวัฒนธรรม (cultural development) ของนักเรียน อย่างไรก็ตาม หากศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีย่อมส่งผลให้ไม่อาจห้ามการดำเนินกิจการสถานมหรสพซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการของนักเรียนได้ อย่างน้อยจนกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการยากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานมหรสพซึ่งจัดตั้งขึ้นภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว ด้วยเหตุผลข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ<sup>241</sup>

ในคดีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งของพลเมืองชาวเกาหลีซึ่งพำนักอาศัยต่างประเทศ (The Right to Vote of Nationals Residing Abroad Case) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญติการเลือกตั้ง (Public Official Elections Act) และรัฐบัญญัติประชามติ (National Referendum

<sup>240</sup> เฝิงอั้ง, น.98-99.

<sup>241</sup> 2003 Hun-Ka 1 et al., 27 May 2004. cited in Constitutional Court of Korea, *supra* note 211, p.133.

Act) กำหนดให้ผู้มีสิทธิออกเสียงและผู้สมัครรับเลือกตั้งจะต้องเป็นผู้พำนักอาศัยในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ส่วนการออกเสียงของผู้ที่ไม่สามารถไป ณ สถานที่เลือกตั้ง (Absentee voting) จะอนุญาตเฉพาะบุคคลซึ่งพำนักอาศัยในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ผู้ร้องเป็นพลเมืองชาวเกาหลีซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งหรือไม่อาจลงทะเบียนเป็นผู้ที่ไม่สามารถไป ณ สถานที่เลือกตั้ง เนื่องจากมิได้พำนักอาศัยในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ผู้ร้องจึงโต้แย้งว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง (right to vote) หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป (principle of popular election) และการคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน (equal protection clause)<sup>242</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การขจัดบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกจากระบบกฎหมายตามคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อให้เกิดความสับสนวุ่นวายและช่องว่างของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปในช่วงระยะเวลาหนึ่ง หากกรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะสงวนรักษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลาหนึ่งจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวาย...หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกล้มเลิกโต้แย้งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับโดยทันที ย่อมก่อให้เกิดความสับสนวุ่นวายจากการที่ไม่สามารถจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดี ครั้งที่ 17 ซึ่งกำลังจะเกิดขึ้น และการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 18 ได้ ถึงแม้ว่าพลเมืองชาวเกาหลีซึ่งพำนักอาศัยต่างประเทศจะมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งตามหลักการก็ตาม แต่ยังคงมีปัญหาอีกหลายประการซึ่งต้องได้รับการแก้ไขเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่ยุติธรรม (fair election) ยกตัวอย่างเช่น หากอนุญาตให้พลเมืองชาวเกาหลีซึ่งพำนักอาศัยต่างประเทศ รวมถึงผู้พำนักอาศัยชั่วคราว (oversea sojourner) มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งระดับรัฐและลงประชามติระดับชาติ จะต้องมียุทธศาสตร์ในการตรวจสอบและเตรียมความพร้อมในการจัดการเลือกตั้งที่เพียงพอ เช่น การจัดตั้งคูหาเลือกตั้งและหน่วยงานที่ทำ

---

<sup>242</sup> 2004 Hun-Ma 644 et al., 28 June 2007. cited in Wen-chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan and Jirunn-rong Yeh, *Constitutionalism in Asia: Cases and Materials*, (London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014), p.453.

หน้าที่จัดการเลือกตั้ง การกำหนดกระบวนการตรวจสอบบัตรประจำตัวประชาชนของพลเมืองชาวเกาหลีซึ่งพำนักอาศัยต่างประเทศ วิธีการออกเสียงเลือกตั้ง วิธีการรณรงค์หาเสียง และมาตรการอื่น เพื่อทำให้เกิดการเลือกตั้งที่ยุติธรรม เป็นต้น ในกรณีพลเมืองชาวเกาหลีซึ่งพำนักอาศัยต่างประเทศ แต่ปัจจุบันพำนักอาศัยในประเทศสาธารณรัฐเกาหลีซึ่งมีสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งระดับท้องถิ่น จะต้องมีการตรวจสอบเงื่อนไขของการเป็นพลเมืองและระยะเวลาในการพำนักอาศัย ปัญหาดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตัดสินใจโดยผ่านการถกเถียงอภิปรายอย่างกว้างขวางและฉันทามติของคนในสังคม (social consensus) เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกโต้แย้งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งมีระยะเวลาอย่างช้าไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2008 หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2009<sup>243</sup>

#### 3.4.2.3 คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in Certain Context)

คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณี หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างจำกัด (Limited Unconstitutionality) หมายถึง คำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาวินิจฉัยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การตีความบทบัญญัตินั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>244</sup>

คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวคดีแรกเกิดขึ้นในเดือนเมษายน ค.ศ. 1991 ซึ่งเป็นการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งบทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติแพ่ง (Civil Act) เกี่ยวกับหน้าที่ในการโฆษณาคำขอมาจากการหมิ่นประมาท (duty to publish an apology for defamation) ศาลรัฐธรรมนูญนำแนวทางการตีความกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของตุลาการ Cho Kyu-kwang มาใช้บังคับแก่คดีและวินิจฉัยว่า “ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในขอบเขตที่ตีความไว้ (is unconstitutional to the extent that it is interpreted to mean...)”<sup>245</sup>

ในคดีความรับผิดชอบร่วมกันของผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (Joint and Several Liability of Executive Officers and Oligopolistic Stockholders Case) ตามรัฐบัญญัติ

<sup>243</sup> *Ibid*, p.454.

<sup>244</sup> วรณา สุพรรณธรรมา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 210*, น.100.

<sup>245</sup> 89 Hun-Ma 160, 1 April 1991. cited in Constitutional Court of Korea, *supra note 211*, p.134.

บริษัทเงินทุนและการออม (Mutual Savings and Finance Company Act) ซึ่งกำหนดให้ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในหนี้ของธนาคารเพื่อการออม (mutual savings banks) ผู้ร้องเป็นผู้บริหารหรือผู้ถือหุ้นของธนาคารเพื่อการออมซึ่งล้มละลายเนื่องจากการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสมได้โต้แย้งว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อสิทธิในความเสมอภาค (right of equality) และสิทธิในทรัพย์สิน (property right) ภายใต้รัฐธรรมนูญ<sup>246</sup>

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 5 ท่านวินิจฉัยว่า หากพิจารณาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ขอบเขตของบทบัญญัติแห่งกฎหมายควรจำกัดเฉพาะกรณี “ผู้บริหารซึ่งต้องรับผิดชอบต่อการบริหารจัดการธนาคารที่ผิดพลาด (executive officers responsible for mismanagement of the bank)” และ “ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งใช้อิทธิพลในการบริหารจัดการ (oligopolistic stockholders who wielded their influence on the management)” บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ทุกคนมีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในหนี้ของธนาคารโดยปราศจากข้อยกเว้นจึงขัดต่อเสรีภาพในการสมาคม (freedom of association) สิทธิในทรัพย์สิน และหลักความเสมอภาค (principle of equality)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในหนี้ของธนาคารนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งไม่มีส่วนในการบริหารจัดการธนาคารอย่างไม่เหมาะสมมีความรับผิดชอบในหนี้ของธนาคารนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัตินี้ดังกล่าวควรจำกัดขอบเขตของผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกัน หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบธรรมดาย่อมทำให้ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของธนาคารทุกคนจะต้องมีความรับผิดชอบตามที่รัฐบัญญัติพาณิชย์ (Commercial Act) กำหนด ซึ่งไม่เป็นการคุ้มครองประโยชน์ของลูกค้าและเจ้าหน้าที่ของธนาคาร ดังนั้น หากเป็นไปได้ ศาลรัฐธรรมนูญควรตีความกฎหมายให้มีผลใช้บังคับต่อไป เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ขอบเขตของผู้บริหารที่มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในหนี้ของธนาคารควรจำกัดเฉพาะผู้บริหารซึ่งมีความรับผิดชอบโดยตรงในการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสมของธนาคาร และขอบเขตของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีความรับผิดชอบในทางการคลังควรจำกัดเฉพาะผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งใช้อิทธิพลในการบริหารจัดการ อันเป็นสาเหตุของวิกฤตทางการคลัง เพราะฉะนั้น บทบัญญัติแห่ง

---

<sup>246</sup> 2000 Hun-Ka 5, 29 August 2002. cited in Wen-chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan and Jirunn-rong Yeh, *supra* note 242, p.445.

กฎหมายในส่วนที่ผู้บริหารซึ่งมิได้รับผิดชอบในการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสมหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมิได้ใช้อิทธิพลทำให้เกิดการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งมีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในหน้าที่ของธนาการนั้นจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย 1 ท่านมีความเห็นว่าการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างจำกัดของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากนั้นเป็นการจำกัดการตีความกฎหมายมากเกินไป เป็นการปฏิเสธเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดั่งเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ ในคดีดังกล่าวหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายใหม่ตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาอันสั้นย่อมเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่า<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> *Ibid*, p.446.

## บทที่ 4

### การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

หลังจากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว ในบทนี้จึงศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย โดยพิจารณาทั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เริ่มตั้งแต่การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งการตรวจสอบก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ ผลของคำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หลังจากนั้นจึงวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ปัญหาผลกระทบอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ และปัญหาการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

#### 4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่สำคัญประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญ ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ในระยะเวลาต่อมา เมื่อมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

##### 4.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ก่อนการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 4.1.1.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้เป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 โดยมีพัฒนาการตามลำดับ ดังนี้

##### (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 224 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 98

(1) หากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทั้งสองสภารวมกัน หรือสมาชิกของแต่ละสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยแล้วแจ้งให้ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบ”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 นั้นกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองสภารวมกัน หรือสมาชิกของแต่ละสภามีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา หรือนายกรัฐมนตรีอาจเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ กรณีดังกล่าวเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม<sup>1</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีที่ “เนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น

<sup>1</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), น.61-62.

## (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 190 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 77

(1) หากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองสภารวมกัน หรือสมาชิกของแต่ละสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณีแล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แล้วแจ้งให้ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบ”

หลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

## (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 205 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 88

(1) หากสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎรแล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความคิดเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย แล้วแจ้งให้ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบ”



การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 นั้นกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือนายกรัฐมนตรีอาจเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่เดิมนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณี “เนื้อหา” ของร่างพระราชบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้ขยายอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “รูปแบบ” ของร่างพระราชบัญญัติอีกด้วย หมายความว่า พระราชบัญญัติจะต้องถูกตราขึ้นตามกระบวนการขึ้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ มิฉะนั้น อาจถูกตรวจสอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้<sup>2</sup>

#### 4.1.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้เป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเช่นเดียวกัน โดยมีพัฒนาการตามลำดับ ดังนี้

##### (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 88 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราว แล้วให้รายงานความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งให้ศาลทราบ”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 นั้นเป็นดุลพินิจของศาลที่จะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นบังคับแก่คดี กล่าวคือ เมื่อศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีแล้วเห็นว่า

<sup>2</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2536), น.58.

บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาไว้และเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย<sup>3</sup>

### (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 179 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 178 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

หลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

### (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 มาตรา 114 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 113 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

หลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

### (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 175 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 174 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

หลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 นั้นมี

---

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), น.116.

ลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495

#### (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 225 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวแล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 นั้นได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องขึ้นมาอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ เรื่องที่เป็นปัญหาโต้แย้งกันนั้นต้องไม่มีความวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นมาก่อนด้วย ซึ่งเป็นการสร้างสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่มีผลใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 6 เพราะฉะนั้น บทบัญญัติแห่งมาตรา 225 วรรคหนึ่งจึงเป็นการสร้างสภาพบังคับว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นย่อมถือเป็นเด็ดขาด ศาลจะพิจารณาทบทบัญญัติดังกล่าวอีกมิได้<sup>4</sup>

#### (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 191 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

หลักเกณฑ์ในการเสนอเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 นั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

<sup>4</sup> เพ็ญอ้าง, น.135-136.

### (7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 206 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามิเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 นั้นมีลักษณะแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านั้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่คู่ความในการเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย โดยศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีจะต้องเป็นผู้พิจารณาว่าเป็นกรณีที่มีเหตุผลอันสมควรในการเสนอเรื่องหรือไม่

#### 4.1.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

เมื่อมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 4.1.2.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(3) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้มีข้อพิจารณา ดังนี้

#### (1) วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

#### (2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน ซึ่งอาจแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีร่างพระราชบัญญัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา ส่วนกรณีร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 20 คน ความแตกต่างของจำนวนสมาชิกสภาที่ใช้เสนอเรื่องนั้น สืบเนื่องจาก “พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” ถือเป็นกลไกสำคัญในการบังคับเรื่องต่าง ๆ ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญยิ่งไปกว่า “พระราชบัญญัติ”

โดยทั่วไป และเพื่อให้แน่ใจว่าการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจะไม่ถูกบิดเบือนไปจาก ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup> ส่วนผู้มีสิทธิเสนอเรื่องอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี

### (3) ระยะเวลาเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อ รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 93 หรือลงมติ ยืนยันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 94 ในร่างกฎหมายดังกล่าวแล้ว เท่านั้น และต้องอยู่ในช่วงระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นทูลเกล้า ทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย<sup>6</sup>

### (4) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ ร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในเรื่องดังนี้<sup>7</sup>

1. การตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมาย หรือการตรวจสอบในทาง รูปแบบของร่างกฎหมาย เป็นการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายว่าเป็นไปอย่างถูกต้องตาม รัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายไว้ เริ่ม ตั้งแต่ผู้มีสิทธิเสนอกฎหมาย กระบวนการขั้นตอนของการพิจารณาร่างกฎหมาย ไปจนถึงการให้ความ เห็นชอบ เพราะฉะนั้น การตรวจสอบในทางรูปแบบจึงเป็นการตรวจสอบในแง่ขั้นตอนกระบวนการ ตรากฎหมายว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

2. การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการตรวจสอบในทางเนื้อหาของร่างกฎหมาย เช่น ในกรณีที่ร่างกฎหมายที่จำกัด สิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ และ ได้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือไม่ หรือการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวกระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพหรือไม่ เป็นต้น

<sup>5</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และ อีระ สุธีวรานุกร, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), น.103.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง, น.104.

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง, น.155.

#### 4.1.2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่อง ดังนี้

##### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับ

###### แก่คดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใดถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้นให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีมีข้อพิจารณา ดังนี้

##### 1. วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ในด้านหนึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติจากการใช้บังคับกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ แต่ในอีกด้านหนึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อตรวจสอบอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติว่าอยู่ภายในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหมายนั้นเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงหมายถึง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านกระบวนการตราจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือที่เรียกกันว่า กฎหมายในทางรูปแบบ (formelle Gesetze) ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ผ่านกระบวนการตราตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ<sup>8</sup>

<sup>8</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544), น.180-181.

อย่างไรก็ตาม การนำหลักเรื่องกฎหมายในทางรูปแบบมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณานั้น สำหรับพระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหาร จำเป็นต้องอาศัยหลักการอื่นมาประกอบการพิจารณา ดังนี้

กรณีพระราชกำหนดนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 219 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 218 วรรคหนึ่งกำหนดไว้หรือไม่ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

ในกรณีที่ปรากฏว่าเมื่อฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ แต่ยังไม่มีการเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณา หากมีการนำคดีไปฟ้องยังศาลและโต้แย้งว่าพระราชกำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 นั้น บรรเจิด สิงคะเนติ มีความเห็นว่า พระราชกำหนดยังไม่เป็นกฎหมายในทางรูปแบบอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบแต่อย่างใด เนื่องจากยังไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งพระราชกำหนดจะมีผลใช้บังคับอย่างถาวรก็ต่อเมื่อรัฐสภาได้เห็นชอบกับพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว เพราะฉะนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 264 จะเริ่มต้นขึ้นก็ต่อเมื่อรัฐสภาให้การรับรองพระราชกำหนดอันทำให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับอย่างถาวร<sup>9</sup>

อย่างไรก็ตาม การที่ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับนั้นเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในยามฉุกเฉิน<sup>10</sup> อีกทั้งพระราชกำหนดยังมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ<sup>11</sup> ซึ่งพระราชบัญญัติเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 พระราชกำหนดจึงเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ถึงแม้ว่าจะยังไม่มี การเสนอให้รัฐสภาพิจารณาก็ตาม เมื่อพระราชกำหนดอาจมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า พระราชกำหนดที่ยังไม่มี การเสนอให้รัฐสภาพิจารณาย่อมเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 เช่นเดียวกัน เพราะหากจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดจากการพิจารณา

<sup>9</sup> เพ็งอ้วง, น.181.

<sup>10</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.136.

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 218 วรรคหนึ่ง



ของรัฐสภาว่า รัฐสภาจะต้องเห็นชอบพระราชกำหนดเสียก่อนนั้น จะทำให้ในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่มีการเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณา พระราชกำหนดซึ่งมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมมีผลใช้บังคับต่อไป หากรัฐสภาไม่เห็นชอบกับพระราชกำหนดในภายหลัง กรณีดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดแต่อย่างใด<sup>12</sup> ซึ่งหมายความว่า พระราชกำหนดยังคงมีผลใช้บังคับในช่วงระยะเวลาดังกล่าวต่อไป เพราะฉะนั้น หากพิจารณาไปในแนวทางดังกล่าวย่อมเท่ากับเป็นการยอมรับถึงความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ดำรงอยู่ในระบบกฎหมายต่อไป

กรณีประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น หากพิจารณาหลักเกณฑ์ของกฎหมายในทางรูปแบบย่อมเป็นที่ชัดเจนว่า ประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารมิใช่วัตถุแห่งการตรวจสอบตามมาตรา 264 แต่ในการพิจารณาประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นจำเป็นต้องใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น เนื่องจากประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผ่านกระบวนการตามระบบปกติ แต่ต้องถือว่าคณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายซึ่งเท่ากับการทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติไปด้วยในขณะเดียวกัน ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการได้ อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารโดยศาลรัฐธรรมนูญควรจำกัดเฉพาะประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น หากประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารใดในทางเนื้อหาไม่เข้าข่ายมีผลใช้บังคับในฐานะกฎหมายลำดับรอง กรณีดังกล่าวย่อมไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบ<sup>13</sup>

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาวัตถุแห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 27/2544 ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายความหมายของคำว่า “กฎหมาย” โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่หนึ่ง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นตามกระบวนการที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้กฎหมายนั้นมีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากฎหมายหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา กล่าวคือ พระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 218 มาตรา 220 และพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 230 วรรคห้า

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 218 วรรคสาม

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.182.

ประเภทที่สอง กฎ ข้อบังคับ และพระราชกฤษฎีกานอกจากที่จัดอยู่ในประเภทที่หนึ่งที่ฝ่ายบริหารหรือองค์กรของรัฐตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เป็นต้น หลังจากนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์จำกัดขอบเขตของมาตรา 264 ไว้เฉพาะกรณีที่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” มีปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพราะฉะนั้น วัตถุประสงค์ที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 264 จะต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เพียงอย่างเดียว ได้แก่ กฎหมายประเภทที่หนึ่ง

เพราะฉะนั้น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 จึงประกอบไปด้วย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับแก่คดีนั้นและยังไม่มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามมาตรา 264 นั้น จะต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นถึงขนาดว่า หากศาลรัฐธรรมนูญมิได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อน การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นย่อมไม่อาจดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการพิจารณาวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องมีความสำคัญต่อผลของการพิจารณาพิพากษาคดีในเรื่องนั้น หากเรื่องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ก่อให้เกิดผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นแต่อย่างใด กรณีดังกล่าวย่อมถือว่าไม่มีความจำเป็นถึงขนาดที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย<sup>14</sup>

### 3. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทหนึ่ง ศาล ซึ่งหมายถึง องค์กรศาลทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา และไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร รวมทั้งศาลอื่น หากมีการจัดตั้งขึ้น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่า “ศาลเห็นเอง” หมายความว่า เฉพาะศาลที่พิจารณาคดีในเรื่องนั้นเท่านั้น มิใช่ศาลที่สูงกว่าศาลนั้น เช่น ศาลที่พิจารณาคดีในเรื่องนั้นเห็นว่า บทบัญญัติ

<sup>14</sup> เพิ่งอ้าง, น.185.

แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลสูงกว่าเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าว น่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณียอมไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 264 เป็นต้น กรณีที่จะเข้าเงื่อนไข ตามมาตรา 264 ได้นั้น ศาลจะต้องมีความแน่ใจว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีขัดหรือ แยกต่อรัฐธรรมนูญ หากกรณีเป็นเพียงสงสัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือศาลเห็นว่าเป็นประเด็นสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญควรจะได้พิจารณาวินิจฉัยเพื่อเป็นบรรทัดฐาน กรณีดังกล่าวยอมไม่เพียงพอที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย อนึ่ง ศาลนั้นสามารถ เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเพื่อแสดงถึงความเป็นอิสระของศาล โดยไม่จำเป็นต้องเสนอ เรื่องผ่านฝ่ายบริหารเพื่อเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญอีกต่อหนึ่ง

อีกประเภทหนึ่ง คู่ความ กรณีที่คู่ความโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีของตนนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ศาลที่พิจารณาคดีเรื่องนั้น ย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะตรวจสอบว่าเหตุผลของคู่ความมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ เมื่อคู่ความมีข้อโต้แย้ง ดังกล่าว ศาลนั้นจะต้องเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของคู่ความจะต้องมี ลักษณะเช่นเดียวกับศาล กล่าวคือ คู่ความจะต้องมีความแน่ใจว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ คดีของตนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากคู่ความเพียงแต่สงสัยหรือประสงค์จะประวิงคดี กรณีดังกล่าว ถึงแม้ศาลที่พิจารณาคดีไม่อาจคัดค้านการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่หากศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่เป็นสาระ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

ส่วนการระงับคดีไว้ชั่วคราวนั้น เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องระงับคดีไว้ ชั่วคราวในกรณีที่เข้าเงื่อนไข 2 ประการตามมาตรา 264 กล่าวคือ ประการหนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ศาลหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกประการ หนึ่ง ยังไม่มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น เหตุผลที่ศาลจะต้องระงับคดีไว้ ชั่วคราวนั้น เนื่องจากผลแห่งคดีในเรื่องนั้นขึ้นอยู่กับ การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัย ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>15</sup>

#### 4. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูก โต้แย้งนั้นมีลักษณะต้องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 6 กล่าวคือ ขัดหรือ แยกต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งถ้อยคำว่า “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” นั้น หมายความเฉพาะ “เนื้อหา”

<sup>15</sup> เพิ่งอ้าง, น.183-184.

ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นว่ามีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ ไม่รวมถึง “กระบวนการ” ในการตรากฎหมายแต่อย่างใด<sup>16</sup>

#### 5. การปฏิเสธไม่รับคำร้อง

หากเรื่องที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นเป็น “เรื่องที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย” ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคสอง โดยแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีหนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลหรือคู่ความเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี กล่าวคือ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนต่อผลของการพิจารณาพิพากษาในเรื่องนั้น อีกกรณีหนึ่ง คู่ความได้เสนอเรื่องโต้แย้งอันเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เช่น การกระทำขององค์กรของรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือกฎ ข้อบังคับ ประกาศขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือเป็นเรื่องที่ไม่เป็นสาระอันควรพิจารณาอีกต่อไป เพราะมีการถอนฟ้องคดีนั้นไปแล้ว เป็นต้น<sup>17</sup>

#### (2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 198 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง แล้วแต่กรณี”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องมีข้อพิจารณา ดังนี้

##### 1. วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่อง ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

<sup>16</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.148.

<sup>17</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น.184.

## 2. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 197 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 16 กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจหน้าที่พิจารณาสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียน หรือมีหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนและดำเนินการตามคำร้องเรียนเหล่านั้น โดยนัยดังกล่าว ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงไม่สามารถหยิบยกประเด็นปัญหาขึ้นมาพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่มีการร้องเรียนได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวรวมถึงการตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 198 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 17 เพราะฉะนั้น การตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงต้องเป็นกรณีดำเนินการตรวจสอบตามคำร้องเรียน

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 198 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา “เห็นว่า” บทบัญญัติแห่งกฎหมาย...มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ...” จึงทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากคำร้องเรียนได้ใน 2 กรณี ดังนี้<sup>18</sup>

กรณีหนึ่ง เรื่องร้องเรียนที่ขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตรวจสอบเป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยตรง การขอให้ตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยตรง ได้แก่ กรณีที่ผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกกรณีหนึ่ง เรื่องร้องเรียนทั่วไป แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่ามีความเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในบางกรณี การตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจเกิดขึ้นภายหลังจากการดำเนินการสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนทั่วไป กล่าวคือ เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนใดแล้วเห็นว่ากรณีตามคำร้องเรียนนั้นมีปัญหา

<sup>18</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานวิจัย เรื่อง การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), น.59-60.

เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอาจเสนอเรื่องดังกล่าวพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไปได้

### 3. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ในการตรวจสอบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนกระบวนการตรากฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้ใช้ถ้อยคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งย่อหมายถึง เนื้อหาของกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับแล้วเท่านั้น ประกอบกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมายได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262 แล้ว<sup>19</sup>

#### 4.1.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ยังคงมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 4.1.3.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นสามารถแบ่งออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ดังนี้

##### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำไปแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง”

เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดวิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง, น.61.

อีกทั้งกระบวนการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกระทำได้ยากกว่าการตราหรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติทั่วไป ดังนั้น ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้มีกระบวนการตรวจสอบว่าร่างกฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ก่อนทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย เท่ากับว่า หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับใดผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้วจะต้องเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสมอ โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีการรวมกลุ่มกันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกรัฐสภา หรือนายกรัฐมนตรีเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบแต่อย่างใด<sup>20</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### 1. วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

#### 2. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานรัฐสภา โดยเป็นผู้ยื่นคำร้องพร้อมกับเอกสารประกอบ<sup>21</sup>

#### 3. ระยะเวลาเสนอเรื่อง

ประธานรัฐสภาจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว และต้องอยู่ในช่วงระยะเวลาก่อนที่จะนำร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

#### 4. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของร่างกฎหมาย

<sup>20</sup> นิรมัย พิศแข, “การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 36, ฉบับที่ 1, น.70 (มีนาคม 2550).

<sup>21</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 20 วรรคสอง

## (2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัตินี้ มีข้อพิจารณา ดังนี้

### 1. วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

### 2. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ประเภทหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา และอีกประเภทหนึ่ง นายกรัฐมนตรี

### 3. ระยะเวลาเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 150 หรือลงมติยืนยันตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.



2550 มาตรา 151 ในร่างกฎหมายดังกล่าวแล้วเท่านั้น และต้องอยู่ในช่วงระยะเวลาที่นายกรัฐมนตรีนั่งนำร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย

#### 4. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติทั้งกระบวนการตรากฎหมายและเนื้อหาของร่างกฎหมาย

##### 4.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้น รัฐธรรมนูญได้เพิ่มประเภทของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้รวมเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่อง ดังนี้

##### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่งไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นได้เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ใน 2 ประเด็น กล่าวคือ ประเด็นหนึ่ง การเพิ่มเติมว่า ในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นจะต้องนำเสนอเหตุผลที่ศาลหรือคู่ความโต้แย้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการกลั่นกรองและพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่าเหตุผลนั้นสมควรหรือไม่ อีกประเด็นหนึ่ง การยกเลิกการกำหนดให้ศาลจะต้องรอการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะมีผลการวินิจฉัยเป็นประการใด ซึ่งกรณีดังกล่าวก่อให้เกิดช่องว่างทำให้ผู้ใช้สิทธิโดยไม่สุจริตใช้ช่องทางดังกล่าวในการประวิงเวลาพิจารณาคดีออกไป เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ศาลสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้

ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้กระบวนการพิจารณาคดีในศาลไม่ล่าช้าออกไปมากนัก<sup>22</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี มีข้อพิจารณา ดังนี้

### 1. วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก่คดี ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

### 2. บทบัญญัติแห่งกฎหมายใช้บังคับแก่คดีนั้นและยังไม่มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นจะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความสำคัญถึงขนาดว่าหากศาลรัฐธรรมนูญไม่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นย่อมมีอาจดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการพิจารณาวินิจฉัยว่าใช้บังคับมิได้จะมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไป เพราะฉะนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้นั้นจะต้องมีความสำคัญหรือมีผลกระทบต่อผลของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น<sup>23</sup>

ส่วนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาก่อน ถ้าเรื่องใดหรือประเด็นใดได้เคยมีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยและได้เคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นมาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีสิทธิปฏิเสธที่จะไม่รับเรื่องนั้นหรือประเด็นนั้นมาพิจารณาวินิจฉัยก็ได้<sup>24</sup>

### 3. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทหนึ่ง “ศาล” ที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนนั้น จะต้องเป็นศาลที่พิจารณาคดีในเรื่องนั้น ๆ อยู่ และเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้นมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดย “ศาล” จะต้องแน่ใจ มิใช่แต่เพียงสงสัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตนใช้พิจารณาคดีในศาลนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้น “ศาล” ที่กำลังพิจารณาคดีและมีสิทธิ

<sup>22</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 18*, น.212.

<sup>23</sup> นิรมัย พิศแข, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.78.

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 215

เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ได้แก่ ศาลในทุกลำดับชั้นไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา และเป็นศาลทุกระบบ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร

อีกประเภทหนึ่ง “คู่ความ” หากคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีของตนมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมสามารถโต้แย้งพร้อมแสดงเหตุผลด้วยว่าบทบัญญัติดังกล่าวต้องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 6 เพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีนั้นส่งความเห็นตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งการโต้แย้งของคู่ความนั้น คู่ความจะต้องแน่ใจว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย มิใช่แต่เพียงสงสัยหรือต้องการประวิงคดีเลยโต้แย้งไปเพื่อให้ศาลที่พิจารณาคดีของตนเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ส่วนการระงับคดีไว้ชั่วคราวนั้น ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยศาลที่พิจารณาคดีนั้นไม่จำเป็นต้องรอการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราวอีกต่อไป หากแต่สามารถดำเนินการพิจารณาคดีต่อไปได้เลย เพียงแต่ไม่สามารถทำคำพิพากษาในคดีนั้นได้ทันที จะต้องรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน การเปลี่ยนแปลงรายละเอียดดังกล่าวก็เพื่อป้องกันการที่คู่ความใช้ช่องทางตามมาตรานี้ในการประวิงคดีให้ล่าช้าออกไป<sup>25</sup>

#### 4. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เฉพาะเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่ามีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายแต่อย่างใด<sup>26</sup>

#### 5. การปฏิเสธไม่รับคำร้อง

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คำโต้แย้งของคู่ความที่เสนอผ่านมายังศาลที่พิจารณาคดีนั้นไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญมีสิทธิปฏิเสธไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัยก็ได้<sup>27</sup>

<sup>25</sup> นิรมัย พิศแข, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.78-79.

<sup>26</sup> *เพ็งอ้าง*, น.80.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคสอง

## (2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 245 บัญญัติว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องนั้น สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กำหนดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองไม่ชัดเจน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จึงกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้นที่สามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้ให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องมีผู้ร้องเรียน หากเห็นว่าเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จะต้องมีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสียก่อนจึงจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้<sup>28</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องมีข้อพิจารณา ดังนี้

### 1. วัตถุประสงค์การตรวจสอบ

วัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

<sup>28</sup> สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, “เปรียบเทียบองค์ประกอบ ที่มา และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 10, เล่มที่ 28, น.14 (มกราคม-เมษายน 2551).

## 2. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ใน 3 กรณี ดังนี้<sup>29</sup>

กรณีแรก ผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับคำร้องเรียนจากประชาชน และประชาชนผู้ร้องเรียนขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หากผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้

กรณีที่สอง ผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับคำร้องเรียนจากประชาชน แต่ประชาชนผู้ร้องเรียนไม่ได้มีคำขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หากผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นร้องเรียนเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้เช่นเดียวกัน

กรณีที่สาม ผู้ตรวจการแผ่นดินได้ทำการสอบสวนหาข้อเท็จจริงโดยไม่มีคำร้องเรียน ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือความเสียหายของประชาชนส่วนรวม และหากการสอบสวนข้อเท็จจริงปรากฏว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวนเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้

## 3. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายแต่อย่างใด นอกจากนี้ ขอบเขตเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะเสนอคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินนั้นมิได้ถูกจำกัดเอาไว้เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือหมวดใดหมวดหนึ่งอย่างเช่นกรณีของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หมายความว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจในการเสนอเรื่องต่อ

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 244 วรรคสอง; พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, “การให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องหรือฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 13, เล่มที่ 37, น.94 (มกราคม-เมษายน 2554).

ศาลรัฐธรรมนูญแบบทั่วไป ไม่ว่าจะบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะอยู่หมวดใดหรือเรื่องใด หากมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินย่อมมีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น<sup>30</sup>

### (3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 บัญญัติว่า “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้...(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีให้เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องนั้นได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550<sup>31</sup> ซึ่งเป็นการกำหนดบทบาทของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการช่วยกลั่นกรองเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เหตุผลในการโต้แย้งกฎหมายดังกล่าวมีความหนักแน่นขึ้น อันส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในลักษณะป้องกันก่อนที่จะมีการกระทำตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชน<sup>32</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่องมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### 1. วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสนอเรื่อง ได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งคำว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ ส่วนคำว่า

<sup>30</sup> นิรมัย พิศแข, *อ้างแล้ว เชียงอรรถที่ 20*, น.74.

<sup>31</sup> *เพ็งอ้าง*, น.74.

<sup>32</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม, รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555), น.197.

“กระทบต่อสิทธิมนุษยชน” หมายถึง การกระทำใด ๆ ที่เป็นการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการจำกัดการใช้สิทธิมนุษยชนหรือทำให้มีอาจใช้สิทธิมนุษยชนเช่นนั้นได้<sup>33</sup>

## 2. ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้แก่ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งจะเสนอเรื่องได้ก็ต่อเมื่อมีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยมีเงื่อนไข 2 ประการ ดังนี้

เงื่อนไขประการหนึ่ง จะต้องเป็นเรื่องที่มีการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 257 (2) บัญญัติว่า “กรณี que เห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียน” จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า การที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นกรณีที่มีผู้ร้องเรียนมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อน

การเป็นผู้มีสิทธิร้องเรียนตามมาตรา 257 (2) นั้นให้ถือตามระเบียบคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการในการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2545 ซึ่งแบ่งประเภทของการร้องเรียนออกเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก การร้องเรียนด้วยวาจา ตามข้อ 5 ถึงข้อ 8 ซึ่งกำหนดให้ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ทำการแทนที่ไม่ประสงค์จะยื่นคำร้องเป็นหนังสือ ให้ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือผู้ทำการแทนมีสิทธิร้องเรียนด้วยวาจาได้ ประเภทที่สอง การร้องเรียนด้วยวิธีการอื่น ตามข้อ 9 ถึงข้อ 10 ซึ่งกำหนดให้ผู้ซึ่งถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจร้องเรียนด้วยวิธีการยื่นคำร้องโดยส่งทางโทรสาร ข้อความทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ส่วนประเภทสุดท้าย การร้องเรียนต่อองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนและกรณีอื่น ๆ เป็นการร้องเรียนผ่านองค์กรเอกชนตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้รับเรื่องร้องเรียนและเสนอต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้

เงื่อนไขอีกประการหนึ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่มีการร้องเรียน การเสนอเรื่องตามมาตรา 257 (2) นั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำหน้าที่เสมือนเป็นองค์กรในการกลั่นกรองก่อนที่จะเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะต้องมีความเห็นว่าตนเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด เนื่องจากการเสนอเรื่องตามมาตรา 257 (2) นั้นถือว่าเป็นการส่งไปในนามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ มิใช่ในฐานะกระทำการแทนผู้ร้องในเรื่องดังกล่าว เพราะฉะนั้น หากต้องการสอบถามความเห็นหรือข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจึงต้องสอบถามมายังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งถือว่าเป็นผู้ยื่นคำร้อง

<sup>33</sup> เพิ่งอ้าง, น.201.

กระบวนการตามมาตรา 257 (2) นั้น เป็นกระบวนการที่ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติทำหน้าที่ในการช่วยกลั่นกรองเรื่องที่ถูกร้องโดยประชาชน เพื่อให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติช่วยพิจารณาเรื่องที่เห็นว่ามีเหตุผลสนับสนุนในทางกฎหมายจึงค่อยดำเนินการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไป<sup>34</sup>

### 3. ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการตรากฎหมายแต่อย่างใด เนื่องจากถ้อยคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ย่อมหมายความว่า มาตราใดมาตราหนึ่งหรือหลายมาตราของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และบทบัญญัติดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งมาตรา 257 (2) มีสาระสำคัญ 2 ส่วน กล่าวคือ บทบัญญัติกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากบทบัญญัติหรือเนื้อหาของกฎหมายมิได้กระทบต่อสิทธิมนุษยชน เพียงแต่กระบวนการไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมไม่เข้าเงื่อนไขว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน คำว่ากระทบต่อสิทธิมนุษยชนนั้นมุ่งหมายไปในทางเนื้อหาของกฎหมายว่าไปกระทบต่อสิทธิมนุษยชน เพราะฉะนั้น คำว่า “มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ตามมาตรา 257 (2) จึงมุ่งหมายไปที่เนื้อหาของกฎหมายมากกว่ากระบวนการกฎหมาย<sup>35</sup>

#### 4.1.4 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 45 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกรณีที่ศาลใช้บังคับแก้คดี และตามที่มีผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

<sup>34</sup> เฟิงอ้าง, น.198-199.

<sup>35</sup> เฟิงอ้าง, น.222.



#### 4.1.4.1 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลใช้บังคับแก้คดี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 45 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “...ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เกิดปัญหา 2 ประการ กล่าวคือ<sup>36</sup>

ประการหนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ของการยื่นคำร้องเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุถึงวิธีการยื่นคำร้องเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น มีกระบวนการและขั้นตอนอย่างไรบ้าง อีกประการหนึ่ง ปัญหาความไม่ชัดเจนของขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดให้ชัดเจนว่าการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบ “เนื้อหา” หรือ “กระบวนการตรา” ของกฎหมาย

#### 4.1.4.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามและผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 45 บัญญัติว่า “...ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือไม่ และตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน...กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่สำหรับผู้ตรวจการแผ่นดิน ให้มีอำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะเมื่อมีกรณี que se que ที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามและผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 กำหนดให้ต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 14 (1) ซึ่งกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เมื่อเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>37</sup> การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามและผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอนี้มีข้อพิจารณา ดังนี้

<sup>36</sup> อานนท์ มาเฝ้า, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557,” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 43, ฉบับที่ 4, น.825-826 (ธันวาคม 2557).

<sup>37</sup> เพ็ญอ้าง, น.830.

### (1) วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ

วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่อง ได้แก่ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในระดับพระราชบัญญัติ

### (2) ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ทั้งนี้ การเสนอคดีของผู้ตรวจการแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 14 (1) นั้นเกิดขึ้นจากการที่ผู้ตรวจการแผ่นดิน “เห็นว่า” บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ กรณีหนึ่ง เกิดขึ้นจากตัวผู้ตรวจการแผ่นดินเอง และอีกกรณีหนึ่ง เกิดขึ้นจากการมีผู้ยื่นคำร้องเรียนมายังผู้ตรวจการแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 มาตรา 13 (1) (ก) (ข) (ค) นอกจากนี้ ไม่ว่าจะป็นกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นเองหรือตามคำร้องเรียน ล้วนแต่ต้องเป็นไปตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย เพราะฉะนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงมีดุลพินิจในการวินิจฉัยหรือตีความว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>38</sup>

### (3) ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ

ปัญหาที่อาจเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น เฉพาะแต่กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะเนื้อหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายแต่อย่างใด<sup>39</sup> นอกจากนี้ คำว่า “รัฐธรรมนูญนี้” ย่อมหมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เพราะฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงเป็นมาตรฐานวัดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญฉบับก่อน<sup>40</sup>

<sup>38</sup> เฟิงอ้าง, น.833-834.

<sup>39</sup> เฟิงอ้าง, น.831.

<sup>40</sup> เฟิงอ้าง, น.832.

## 4.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับผลของคำวินิจฉัยกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

### 4.2.1 ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น”<sup>41</sup> ในระยะเวลาต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด” และ “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา” โดยแยกออกจากกันคนละวรรค<sup>42</sup> จนในที่สุดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา” โดยบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งมาตราเดียวกัน<sup>43</sup> การที่คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดนั้น หมายความว่า เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดเด็ดขาด บุคคลหรือองค์กรใดไม่สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยดังกล่าวไปยังองค์กรอื่นใดได้อีก<sup>44</sup>

### 4.2.2 ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.

<sup>41</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 88 วรรคสอง

<sup>42</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 179 วรรคสองและวรรคสาม, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 มาตรา 114 วรรคสองและวรรคสาม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 175 วรรคสองและวรรคสาม

<sup>43</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 226, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 192 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 209

<sup>44</sup> กฤษฎีกา ทองเพชร, “ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.184.

2550 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”<sup>45</sup> ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่มีได้มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรของรัฐ เพียงแต่กำหนดให้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเท่านั้น<sup>46</sup>

สำหรับบุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลัก คำพิพากษาของศาลย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี (inter partes) เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดเป็นอย่างอื่น<sup>47</sup> แต่โดยเหตุที่อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องพันกับรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการเมือง และโดยเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยรักษาคุณลักษณะ

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 268 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 216 วรรคห้า; ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคหนึ่งยังได้บัญญัติในทำนองเดียวกันอีกด้วย

<sup>46</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานวิจัย เรื่อง การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), น.67.

<sup>47</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), น.215; ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินของบุคคล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “...คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่...ในข้อต่อไปนี้ (1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล... (2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใด ๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้ยื่นแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้นจะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า”. โปรดดู กฎปฏิรูป ทองเพชร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น.198; หรือกรณีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น” ซึ่งหมายความว่า เมื่อศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎแล้ว คำพิพากษานั้นย่อมมีผลเป็นการทั่วไป องค์กรของรัฐหรือประชาชนย่อมไม่อาจอ้างถึงความมีอยู่ของกฎนั้นขึ้นใช้บังคับได้อีก. โปรดดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น.73.

ในทางการเมืองไว้<sup>48</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงมิได้มีผลผูกพันเฉพาะบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีเท่านั้น แต่ยังมีผลผูกพันกับบุคคลอื่นที่มีได้เป็นคู่ความในคดีและองค์กรของรัฐทุกองค์กรด้วย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็น “คำวินิจฉัยที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย” กล่าวคือ ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับต่อบุคคลทั่วไป (erga omnes) ซึ่งมิได้มีผลบังคับเฉพาะบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีเท่านั้น หากแต่มีผลบังคับต่อบุคคลทั่วไปและองค์กรของรัฐทุกองค์กรด้วย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญล้วนแต่เป็นคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายทั้งสิ้น

บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายนั้นแบ่งออกเป็น 3 ประเภท กล่าวคือ ประเภทแรก บุคคลผู้เป็นคู่ความในเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไปที่ว่าคำพิพากษาของศาลย่อมมีผลผูกพันบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีโดยตรง ประเภทที่สอง องค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่ว่าจะป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ<sup>49</sup> ซึ่งลักษณะของการถูกผูกพันนั้น ได้แก่ รัฐสภาจะต้องไม่ตรากฎหมายที่มีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญออกมาใช้บังคับ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่นำกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับหรือกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธสิทธิของบุคคล และศาลจะต้องไม่นำกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแก่คดีที่ตนพิจารณาพิพากษาอยู่<sup>50</sup> ส่วนประเภทสุดท้าย บุคคลที่สามหรือประชาชนทั่วไปที่มีได้เข้าร่วมเป็นคู่ความในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากคำวินิจฉัยกรณีดังกล่าวเป็นคำวินิจฉัยที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป<sup>51</sup>

สำหรับขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น การที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กร กรณีจึงมีปัญหาคำว่า “ผูกพัน” นั้นมีความหมายแคบเพียงใด กล่าวคือ องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อข้อความที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด หรือผูกพันเหตุผลในคำวินิจฉัยเฉพาะเหตุผลหลัก หรือรวมถึงเหตุผล

<sup>48</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กับตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน,” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, ปีที่ 3, ฉบับที่ 62, น.51 (16 ตุลาคม 2548).

<sup>49</sup> อุตม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น.216-218.

<sup>50</sup> กฤษฎีกา ทองเพชร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.200.

<sup>51</sup> อุตม รัฐอมฤต และคณะ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น.218.

แวดล้อมด้วย นอกจากนี้ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลมักจะตั้งประเด็นปัญหาเบื้องต้นและประเด็นปัญหาหลักของเรื่องนั้น ๆ กรณีจึงมีปัญหว่าผลผูกพันตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันเฉพาะคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาหลักเท่านั้น หรือจะต้องผูกพันคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาเบื้องต้นด้วย<sup>52</sup>

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนประกอบหลายส่วนด้วยกันตั้งแต่ข้อเท็จจริง เหตุผลต่าง ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัย ตลอดจนผลของคำวินิจฉัย คำว่า “ผูกพัน” ย่อมมีความหมายแต่เพียงว่าผลของคำวินิจฉัยในคดีนั้นและเหตุผลที่เป็นรากฐานสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่ผูกพันองค์กรของรัฐ เหตุผลประกอบที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกขึ้นมาเพื่อสนับสนุนคำวินิจฉัยของตน หรือถ้อยคำพรรณนาทั่วไปที่ศาลเขียนพาดพิงไปถึงหาได้มีผลผูกพันองค์กรของรัฐไม่ นอกจากนี้ ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในคำวินิจฉัยส่วนตนก็มิได้มีผลใด ๆ ในทางกฎหมาย<sup>53</sup>

คำว่า เหตุผลที่เป็นสาระสำคัญ หมายถึง เหตุผลที่เป็นส่วนสาระสำคัญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าจำเป็นสำหรับคำวินิจฉัยดังกล่าว เพื่อให้คำวินิจฉัยนั้นสามารถให้เหตุผลเป็นที่ยุติได้ นอกจากนี้ เหตุผลดังกล่าวต้องเป็นเหตุผลในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นเพียงเหตุผลที่ใช้ในการตีความกฎหมายในระดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ<sup>54</sup>

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดประเด็นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญไว้ 2 ประการ กล่าวคือ ประเด็นปัญหาเบื้องต้นและประเด็นปัญหาหลัก ประเด็นปัญหาเบื้องต้นที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดไว้และวินิจฉัยก่อนที่จะเข้าไปวินิจฉัยในประเด็นปัญหาหลักส่วนมากเป็นประเด็นปัญหาเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญว่า ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องที่มีการเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลจึงเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาหลักของคดีที่มีการเสนอมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด กรณีดังกล่าวไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาเบื้องต้นหรือประเด็นปัญหาหลักของเรื่อง หากเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างเพื่อประกอบการวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นและเป็น

<sup>52</sup> เฟิงอ๋าง, น.207-208.

<sup>53</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 46*, น.50.

<sup>54</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรังกูร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.328.

เหตุผลในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นปัญหาดังกล่าว ย่อมมีผลผูกพันบุคคลหรือองค์กรของรัฐทั้งสิ้น<sup>55</sup>

#### 4.3 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

##### 4.3.1 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณารูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากช่วงเวลาของการตรวจสอบนั้น การกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ และคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 4.3.1.1 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป แต่ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้นายกรัฐมนตรีส่งร่างกฎหมายดังกล่าวคืนไปยังรัฐสภาต่อไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521<sup>56</sup> หรือหากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้นำร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534<sup>57</sup>

<sup>55</sup> กฤษฎีกา ทองเพ็ชร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น.208-209.

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 224 วรรคสอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 190 วรรคสอง

<sup>57</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 205 วรรคสอง

#### 4.3.1.2 คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมตกเป็นอันใช้บังคับมิได้ ซึ่งอาจจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ใช้ถ้อยคำว่า “บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ซึ่งรัฐธรรมนูญภายหลังจากนั้นทุกฉบับต่างก็ใช้ถ้อยคำดังกล่าว<sup>58</sup> ยกเว้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ซึ่งใช้คำว่า “บทบัญญัตินั้นตกเป็นโมฆะ”<sup>59</sup>

ในประเด็นเกี่ยวกับถ้อยคำว่า “เป็นอันใช้บังคับมิได้” นั้น วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า คำว่า “ใช้บังคับมิได้” หมายถึง การใช้บังคับมิได้มาตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายนั้น ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับโมฆะหรือเสียเปล่า<sup>60</sup> นอกจากนี้ โภคิน พลกุล ยังมีความเห็นว่า “การที่รัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับ พ.ศ. 2489 (ยกเว้น พ.ศ. 2490) หันมาใช้คำว่า “เป็นอันใช้บังคับมิได้” แทนถ้อยคำว่า “โมฆะ” นั้น คงมีจุดมุ่งหมายที่จะไม่ให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติตามมาเป็นสำคัญในกรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาลจนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว และในคดีนั้นไม่ได้มีการต่อสู้หรือขอให้มีการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่ง

<sup>58</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 87, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 178, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 มาตรา 113, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 174, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 6, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 5 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 5 จะเห็นได้ว่า แต่เดิมนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 จะกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวเอาไว้ในบทสุดท้าย แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ได้กำหนดเอาไว้ในบททั่วไป. โปรตตุ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพมหานคร: โครงการศึกษานโยบายสาธารณะ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529), น.43.

<sup>59</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.320.

<sup>60</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบอบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 5, ฉบับที่ 2, น.16 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548).



กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าศาลบังคับไปตามกฎหมายแล้ว ต่อมาเกิดมีคดีแบบเดียวกันขึ้นภายหลัง และมีการต่อสู้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีขัดต่อรัฐธรรมนูญจนตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดอันถือว่าเป็นที่สุด ดังนี้รัฐธรรมนูญจึงกำหนดว่า คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้ว บทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ใครจะเอามากกล่าวอ้าง ฟ้องร้องยอมกระทำไม่ได้ แต่ถ้าใช้คำว่า “เป็นโมฆะ” อาจทำให้สับสนกับศัพท์เทคนิคในทางกฎหมายแพ่ง ซึ่งหมายถึง “ความเสียหายของนิติกรรม”...การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นยอมไม่เป็น “นิติกรรม” ในความหมายของกฎหมายแพ่ง...ดังนั้นการใช้คำว่า “เป็นอันใช้บังคับมิได้” จึงถูกต้องและเหมาะสมกว่าคำว่า “เป็นโมฆะ” และเพื่อไม่ให้เกิดความสับสน”<sup>61</sup>

เมื่อพิจารณาพัฒนาการของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและให้ศาลปฏิบัติตามนั้น”<sup>62</sup> ในระยะเวลาต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติม กล่าวคือ “ให้คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาดและใช้บังคับในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มาได้ยึดถือแนวทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492<sup>63</sup> เพียงแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 เปลี่ยนถ้อยคำจากคำว่า “กระทบกระทั่ง” เป็นคำว่า “กระทบกระเทือน” เท่านั้น<sup>64</sup>

สำหรับระยะเวลาของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น หยุด แสงอุทัย อธิบายว่า “ถ้า

<sup>61</sup> โภคิน พลกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 58*, น.43-44.

<sup>62</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 88 วรรคสอง

<sup>63</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 มาตรา 179 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 มาตรา 114 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 มาตรา 175 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 225 วรรคสอง, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 191 วรรคสอง และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 206 วรรคสอง

<sup>64</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรังกูร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 5*, น.319.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าบทกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทกฎหมายนั้นก็ใช้อย่างบังคับไม่ได้และการใช้บังคับไม่ได้นี้มีผลย้อนหลังดังนี้<sup>65</sup>

(ก) ถ้ารัฐธรรมนูญประกาศใช้ภายหลังบทกฎหมายนั้น บทกฎหมายนั้นก็ใช้อย่างบังคับไม่ได้ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นต้นมา เป็นแต่ไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้วเท่านั้น ซึ่งหมายความว่าถ้าเคอียูมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษบุคคลใด บุคคลนั้นก็ต้องรับโทษอยู่ต่อไป และถ้าประสงค์จะปล่อยตัวผู้ต้องโทษก็เป็นกรณีที่ขอพระราชทานอภัยโทษตามมาตรา 151

(ข) ถ้ารัฐธรรมนูญประกาศใช้ก่อนวันประกาศใช้บทกฎหมายนั้น บทกฎหมายนั้นก็ใช้อย่างบังคับไม่ได้ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้บทกฎหมายนั้นเป็นต้นไป เป็นแต่ไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดเท่านั้น ตัวอย่าง มีคดีอาญาซึ่งค้างพิจารณาอยู่ที่ศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์หาว่ากระทำผิดต่อบทกฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่าใช้บังคับมิได้ ศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณีก็ต้องสั่งปล่อย เพราะการกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิดต่อกฎหมาย คดีที่อยู่ในระหว่างสอบสวนหรือระหว่างฟ้องก็เช่นเดียวกัน พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการ แล้วแต่กรณี ก็ต้องสั่งปล่อย เพราะผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิดต่อกฎหมาย”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับถาวรได้บัญญัติโดยตลอดว่า คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ใช้บังคับในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว” ซึ่งหมายความว่า แม้คำพิพากษานั้นจะตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นฐานของคำพิพากษานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่มีผลกระทบต่อคำพิพากษาดังกล่าว การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมาย (กรณีออกมาหลังจากรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ) หรือตั้งแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (กรณีออกมาก่อนรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ) เพียงแต่การไม่มีผลใช้บังคับของกฎหมายดังกล่าวไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว เพราะหากรัฐธรรมนูญประสงค์ให้กฎหมายที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยก็ไม่มีผลอย่างไรก็ตามแต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญจะบัญญัติความในลักษณะที่ว่า คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระทั่งคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว เพราะถ้า

<sup>65</sup> หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ, (พระนคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดบำรุงสาส์น, 2511), น.1162-1163.

กฎหมายใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ก็แปลว่าก่อนหน้านั้นกฎหมายย่อมใช้บังคับได้ คำพิพากษาที่ตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายนั้นก็ต้องใช้บังคับได้อยู่แล้วเป็นธรรมดา แต่เพราะรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี จึงต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะดังที่ได้กล่าวมา<sup>66</sup>

#### 4.3.2 การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณารูปแบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจากช่วงเวลาของการตรวจสอบนั้น การกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกเป็น 2 กรณี กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

##### 4.3.2.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะต้องนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 สามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรก หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>67</sup> กรณีที่สอง หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญ เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป<sup>68</sup> ส่วนกรณีที่สาม หากร่างพระราชบัญญัติประกอบ

<sup>66</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, น.236; กฤตฎีกา ทองเพ็ชร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44*, น.185.

<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262 วรรคสาม

<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262 วรรคสี่

รัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>69</sup>

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรก หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>70</sup> กรณีที่สอง หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญ เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป<sup>71</sup> และสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาอาจแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้โดยมีมติซึ่งใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา<sup>72</sup> ส่วนกรณีที่สาม หากร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>73</sup>

นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกเป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีแรก หากร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>74</sup> กรณีที่สอง หากร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และข้อความดังกล่าวมิใช่สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ เฉพาะข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป<sup>75</sup> โดยที่รัฐสภาไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติได้ดังเช่นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ส่วนกรณีที่สาม หากร่างพระราชบัญญัตินั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นอันตกไปทั้งฉบับ<sup>76</sup>

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 262 วรรคสาม

<sup>70</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคสอง

<sup>71</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคสอง

<sup>72</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคสาม

<sup>73</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 141 วรรคสอง

<sup>74</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคสาม

<sup>75</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคสี่

<sup>76</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 154 วรรคสาม

#### 4.3.2.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวย่อมตกเป็นอันใช้บังคับมิได้<sup>77</sup> ซึ่งอาจจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้

สำหรับระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไว้ จึงมีปัญหาว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันนับตั้งแต่เมื่อใด ประเด็นดังกล่าวมีความสำคัญสำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะเสียไปนับตั้งแต่วันที่บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย หรือวันที่มีการประกาศคำวินิจฉัยในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ เนื่องจากหากถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลเสียไปนับตั้งแต่วันที่บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐหรือปัจเจกบุคคลทั้งหลายที่กระทำไปโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันเสียไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญด้วย เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่มีฐานอำนาจทางกฎหมายที่จะกระทำได้ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ

แต่ถ้าหากถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลเสียไปนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือวันที่มีการประกาศคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในราชกิจจานุเบกษา บุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีที่เสนอเรื่องต่อรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายย่อมไม่ได้รับประโยชน์จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากข้อเท็จจริงอันเป็นที่มาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยการให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยหรือวันที่มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงเป็นการขัดต่อหลักความยุติธรรม เพราะฉะนั้น หลักการมีผลผูกพันของ

<sup>77</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 6 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 6

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งสองกรณีต่างก็มีข้อเสียด้วยกันทั้งสิ้น

เมื่อพิจารณาระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำพิพากษาในระบบกฎหมายไทยไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา โดยหลักจะถือเอาวันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือวันที่ศาลได้อ่านคำพิพากษาให้คู่ความ กล่าวคือ ในคดีแพ่งปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 วรรคหนึ่ง และมาตรา 140 (3) ในคดีอาญาปรากฏตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 188 และมาตรา 182 วรรคสองและสาม<sup>78</sup>

ส่วนในคดีปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดระยะเวลาของการมีผลผูกพันของคำพิพากษาไว้เป็นการเฉพาะต่างหากจากคดีแพ่งและคดีอาญา<sup>79</sup> กล่าวคือ กฎหมายกำหนดให้คำพิพากษาของศาลปกครองเริ่มมีผลผูกพันคู่กรณีให้ต้องปฏิบัติตามคำบังคับนับตั้งแต่วันที่ศาลกำหนดในคำพิพากษาจนถึงวันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไข กลับหรือดลเสีย และในกรณีที่คำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น กฎหมายกำหนดให้รอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด<sup>80</sup>

ในกรณีดังกล่าว ถึงแม้วันที่ศาลปกครองได้อ่านผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองในศาลปกครองโดยเปิดเผยเป็นวันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง กรณียังไม่ถือว่าวันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นวันเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำพิพากษาศาลปกครองเช่นเดียวกับคดีแพ่งและคดีอาญา เนื่องจากลักษณะเฉพาะของคดีปกครอง คำพิพากษาศาลปกครองนอกจากจะมีผลกระทบต่อคู่กรณีในคดีแล้ว คำพิพากษาดังกล่าวยังอาจมีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีด้วย ประกอบกับบุคคลผู้เป็นคู่กรณีในคดีปกครองฝ่ายหนึ่งเป็นองค์กรหรือเจ้าหน้าที่รัฐ การจะให้คำพิพากษาของศาลปกครองเริ่มมีผลผูกพันทันทีนับตั้งแต่วันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือวันที่ศาลปกครองได้อ่านคำพิพากษาให้คู่กรณีทราบเช่นเดียวกับคดีแพ่งหรือคดีอาญาซึ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนจึงเป็นการไม่ถูกต้อง<sup>81</sup> กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดวันเริ่มต้นของการมีผลผูกพันของคำพิพากษาลงในคำพิพากษา

<sup>78</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 47*, น.188-190.

<sup>79</sup> *เพ็ญอ้าง*, น.191.

<sup>80</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 70

<sup>81</sup> อุดม รัฐอมฤต และคณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 47*, น.192.

ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป โดยศาลปกครองอาจกำหนดให้คำพิพากษาศาลปกครองเริ่มมีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในอดีตหรือมีผลต่อไปในอนาคตเมื่อใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี<sup>82</sup>

เมื่อพิจารณาระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด ถึงแม้ว่าข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลนับตั้งแต่วันอ่าน<sup>83</sup> แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในอดีตทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุด<sup>84</sup> ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 นั้น ยังเป็นที่สงสัยอยู่ว่าการไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดนั้น หมายความว่าอย่างไร ทำให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่ใด และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติขึ้นมาภายหลังสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้<sup>85</sup>

แนวทางแรก ซึ่งเป็นความเห็นส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมเริ่มมีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย โดยให้เหตุผลว่าเนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำว่า “เป็นอันใช้บังคับมิได้” มิได้ใช้ถ้อยคำว่า “โมฆะ” แต่อย่างใด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลผูกพันย้อนหลังกลับไปในอดีต บทบัญญัติดังกล่าวที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญยังคงอยู่ มิได้ตกเป็นโมฆะ เพียงแต่ใช้บังคับมิได้เท่านั้น

แนวทางที่สอง มีความเห็นว่า จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “...แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดไปแล้ว” ย่อมแสดงให้เห็นว่าในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเริ่มมีผลผูกพัน

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 วรรคสอง

<sup>83</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคสอง

<sup>84</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 วรรคสาม และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 211 วรรคสาม

<sup>85</sup> กฤษฎีกา ทองเพชร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 44, น.268-269.

ย้อนหลังกลับไปในวันที่บทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับ กรณีจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวรองรับไว้เพื่อมิให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดไปแล้ว เนื่องจากถ้าหากถือว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเริ่มมีผลผูกพันนับตั้งแต่วันที่ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามแนวทางแรก กรณีย่อมไม่จำเป็นต้องบัญญัติถ้อยคำเช่นนั้นไว้แต่อย่างใด

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นซึ่งไม่เห็นพ้องด้วยกับแนวทางแรก เนื่องจากหากถือตามแนวทางดังกล่าวย่อมเท่ากับว่าระบบกฎหมายไทยยอมให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ในระบบกฎหมายไปจนถึงวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยซึ่งไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญรับรองผลในลักษณะเช่นนี้ไว้ ยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติตลอดมาว่า “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้โดยคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาอันถึงที่สุดแล้ว” ซึ่งหมายความว่า ถึงแม้คำพิพากษานั้นจะตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหากคำพิพากษานั้นถึงที่สุด แล้วศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นฐานของคำพิพากษานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่มีผลกระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาดังกล่าว<sup>86</sup> เพื่อเป็นการประกันหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Legal Security) ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องหรือตรงกันข้ามกับหลักความยุติธรรม (Principle of Justice)<sup>87</sup>

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมาย (กรณีออกมาหลังจากรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ) หรือตั้งแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (กรณีออกมาก่อนรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับ) เพียงแต่การไม่มีผลใช้บังคับของกฎหมายดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว เพราะหากรัฐธรรมนูญประสงค์ให้กฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยก็ไม่มี ความจำเป็นแต่อย่างใดที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติความในลักษณะที่ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้ว เพราะถ้ากฎหมายใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ก็แปลว่าก่อนหน้านั้นกฎหมายย่อมใช้บังคับได้ คำพิพากษาที่ตั้งอยู่บนฐานของกฎหมายนั้นก็ต้องใช้บังคับได้อยู่แล้วเป็น

<sup>86</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น.236.

<sup>87</sup> การบรรยายในรายวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน ระดับปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 30 มกราคม 2549. อ้างถึงใน *กฤษฎีกา* ทองเพชร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 44*, น.270.



ธรรมดา แต่เพราะรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้ตั้งแต่วัน  
ประกาศใช้กฎหมายหรือรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี จึงต้องบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะดังที่ได้กล่าวมา<sup>88</sup>

นอกจากนี้ กรองเกียรติ คมสัน ยังมีความเห็นว่า “...ถ้าตามความเข้าใจ  
ของผม ถ้ารัฐธรรมนูญ มาตรา 264 ซึ่งเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบต่อศาล  
ยุติธรรมหรือศาลปกครองจะเขียนไว้ในมาตรา 264 วรรคท้าย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ใน  
คดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาล อันนี้คำว่าศาลตรงนี้คือ ศาลยุติธรรมหรือ  
ศาลปกครองหรือศาลอื่น ๆ อันถึงที่สุดแล้วคือ จะระบุไว้ชัดเจนเลยว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ  
ไม่มีผลย้อนหลังเฉพาะคดีที่ยังไม่ถึงที่สุด แต่ถ้าถึงที่สุดแล้วไม่เกี่ยว ที่นี้ผมก็ยังเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยืนยัน  
หลักการว่าต้องใช้ไม่ได้ไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น ยกเว้นในกรณีที่มีการดำเนินการกระบวนกรทางด้าน  
การใช้อำนาจตุลาการไปแล้ว ถ้ายุติแล้วก็ต้องถือว่ายุติจะไม่กระทบกระเทือนไปถึงตรงนั้น...”<sup>89</sup>

ส่วนประเด็นเกี่ยวกับคำว่า “ถึงที่สุด” นั้น วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีความเห็นว่า  
“คำว่า “ถึงที่สุด” ในที่นี้หมายความว่าได้มีการบังคับคดีเสร็จเด็ดขาดแล้ว หากยังอยู่ในระหว่างการ  
บังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องหยุดการดำเนินการบังคับคดีต่อไป สำหรับการบังคับคดีที่ได้  
ดำเนินการไปแล้วย่อมถือว่าสมบูรณ์”<sup>90</sup> นอกจากนี้ ไสลเกษ วัฒนพันธุ์ ยังมีความเห็นว่า “...ผมเห็นว่า  
คำว่าคำพิพากษาถึงที่สุด หมายความว่าถึง คำพิพากษาอันถึงที่สุดและการบังคับคดีสิ้นสุดด้วย ผมว่า  
พื้นฐานการตีความนี้มาจากมาตรา 2 มาตรา 3 ของประมวลกฎหมายอาญา...ว่าบุคคลจะรับโทษทาง  
อาญาต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดโทษและถ้ากฎหมายที่ใช้ภายหลังเป็นคุณต้องใช้กฎหมายที่เป็นคุณ ไม่ใช่  
กฎหมายที่เป็นโทษ มาตรา 2 มาตรา 3 ไม่ใช่เป็นเพียงแค่ประมวลกฎหมายอาญา แต่เป็นหลักกฎหมายที่  
คุ้มครองสิทธิเสรีภาพ คือ เป็นพื้นฐานว่าด้วยหลักความยุติธรรมทั่วไป แม้ไม่มีมาตรา 2 มาตรา 3 ก็เป็น  
หลักสากล...ถ้าตีความว่าคดีเสร็จสิ้นแล้ว ถึงที่สุดแล้วจะต้องจำคุกเขาไปอีก 2 ปี ในขณะที่ไม่มีกฎหมาย

<sup>88</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 10*, น.236.

<sup>89</sup> รายงานการสัมมนาโต๊ะกลม เรื่อง “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับผลผูกพันต่อ  
ศาลอื่น” ดำเนินการโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ร่วมกับสำนักงานศาลยุติธรรมและสำนักงานศาล  
ปกครอง วันพุธที่ 23 กรกฎาคม 2546 ณ โรงแรมแกรนด์ เดอวิลล์ (พาหุรัด) กรุงเทพมหานคร จัดทำ  
โดย กลุ่มงานรัฐธรรมนูญพิเศษ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, น.14.

<sup>90</sup> การบรรยายในรายวิชา น.731 ปัญหากฎหมายมหาชน ระดับปริญญาโท สาขากฎหมาย  
มหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วันที่ 30 มกราคม 2549. อ้างถึงใน *กฤษฎีกา  
ทองเพชร, อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 83*, น.270.

อะไรรองรับแล้ว เห็นชัดว่าเป็นการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องสิทธิเสรีภาพ โดยชัดเจน...”<sup>91</sup>

ถึงแม้ว่าความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับระยะเวลาการมีผลผูกพันของ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอาจแบ่งออกเป็นสองแนวทางก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 สิ้นสุดลง ตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557<sup>92</sup> อีกทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 กำหนดให้การพิจารณาและการทำ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำ คำวินิจฉัย<sup>93</sup> ระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นไปตามข้อกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ซึ่งกำหนดให้คำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญมีผลนับตั้งแต่วันอ่าน<sup>94</sup> เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่ง กฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปก็ต่อเมื่อ มีการประกาศคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ประชาชนทราบเป็นการทั่วไป โดยวิธีการประกาศใน ราชกิจจานุเบกษาซึ่งตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจัดทำประกาศ ผลแห่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญส่งไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาโดยเร็ว<sup>95</sup>

<sup>91</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 89, น.22.

<sup>92</sup> ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย ข้อ 1 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นหมวด 2”

<sup>93</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 45 วรรคสอง

<sup>94</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคสอง

<sup>95</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคห้า

#### 4.4 ปัญหาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น พบว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญล้วนแต่มีข้อจำกัดในการกำหนดผลของคำวินิจฉัย กล่าวคือ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที

ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามแนวทาง 2 ประการ กล่าวคือ การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) สำหรับการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการนั้นเป็นแนวทางซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีความระมัดระวังหรือเคารพต่อการวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไป กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป หากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพอำนาจในการตัดสินใจ ตีความกฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นแนวทางซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากกฎหมายดังกล่าวสามารถตีความได้หลายนัย ทั้งนี้ ตามข้อสันนิษฐานความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Presumption of constitutionality) เนื่องจากการตีความกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น และเป็นการหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีอีกด้วย เพราะฉะนั้น การตีความดังกล่าวกฎหมายจึงเป็นการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ

เมื่อพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ อาทิ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่พึงปรารถนาจากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ ได้แก่ การขาดแคลนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่ต้องการให้บทบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นอยู่ในขณะนั้น เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดผลของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่กำหนดให้

ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ

ส่วนประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญต้องการความยืดหยุ่นในการพิจารณา วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากปัญหากฎหมาย เกี่ยวกับสิทธิทางสังคมและสวัสดิการ ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง เช่น กฎหมายกำหนดเงินทดแทนแก่ผู้ใช้แรงงานที่ได้รับบาดเจ็บจากการทำงาน ซึ่งจ่ายเงินทดแทนเฉพาะผู้ใช้แรงงานบางคนเท่านั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะอาจส่งผลให้ผู้ใช้แรงงานทุกคนไม่มีสิทธิได้รับเงินทดแทน ซึ่งกระทบกระเทือนต่อหลักการทางรัฐธรรมนูญในการคุ้มครองผู้ใช้แรงงาน แต่ถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ใช้แรงงานจำนวนมากย่อมไม่มีสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้แต่อย่างใด

ส่วนประเทศสาธารณรัฐเกาหลี เหตุผลที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีความหลากหลาย นั้น สืบเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการเคารพต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้บัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และป้องกันช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเปิดโอกาสให้กับฝ่ายนิติบัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายแทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ เพื่อให้เป็นไปตามการสันนิษฐานว่ากฎหมายทุกฉบับชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องสงวนรักษากฎหมายหากเป็นไปได้ ในกรณีที่อยู่คำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความโดยหลีกเลี่ยงการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี

หากพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศข้างต้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยรูปแบบอื่นเพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้ โดยทันที นอกจากนี้ ยังเป็นการสงวนรักษากฎหมายนั้น หากสามารถกระทำได้ เพื่อเป็นไปตามการสันนิษฐานว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

จากข้อจำกัดเกี่ยวกับการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญข้างต้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วย

รัฐธรรมนูญ ทำให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมิได้ปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญควรจะตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป เพราะฉะนั้น เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย

นอกจากนี้ ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในหลายประเทศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยบางรูปแบบ กล่าวคือ คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะมีเหตุผลในการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไป โดยนำแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) มาปรับใช้ ซึ่งในทางวิชาการได้ผ่านการอภิปรายถกเถียงกันว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ การกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นไปตามแนวทางทั้งสองประการหรือไม่ เพียงใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไทยพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยกำหนดผลของคำวินิจฉัยที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญบางฉบับ ซึ่งในทางวิชาการปราศจากการอภิปรายถกเถียงกันว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวหรือไม่ เป็นไปตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงใด เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงวิเคราะห์คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายและคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อตอบคำถามข้างต้นต่อไป

ปัญหาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ ปัญหาผลกระทบอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ และปัญหาการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 4.4.1 ปัญหาผลกระทบอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

การที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีข้อจำกัดในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และทำให้บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีในกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลย่อมก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีในกฎหมายภาวชื่อการย่อมก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐอีกด้วย ดังนี้

##### 4.4.1.1 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย

กรณีที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีในกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลนั้น ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิม<sup>96</sup> มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื้อสกุลของสามีเท่านั้น อันเป็นการลิดรอนสิทธิในการใช้ชื้อสกุลของหญิงมีสามี ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิไม่เท่าเทียมกัน เกิดความไม่เสมอภาคกันในทางกฎหมายด้วยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคล อีกทั้งเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะฉะนั้น พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิม จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

หากพิจารณาระยะเวลาการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตามความเห็นของนักกฎหมายส่วนใหญ่ นั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิมที่บังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื้อสกุลของสามีจึงมีผลใช้บังคับมิได้นับตั้งแต่วันที่ 5 มิถุนายน พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นวันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิม บัญญัติว่า “หญิงมีสามี ให้ใช้ชื้อสกุลของสามี”

พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีทั้งหมด 3 มาตรา กล่าวคือ มาตรา 12 เดิมจนถึงมาตรา 14 เดิม อย่างไรก็ตาม เฉพาะบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมเท่านั้นที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีว่าจะต้องใช้ชื่อสกุลของผู้ใด ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้บังคับให้หญิงใช้ชื่อสกุลของสามี ผู้เขียนจึงพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ส่วนกรณีตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 13 เดิมเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีกรณีที่ยังเป็นหม้ายโดยการหย่า<sup>97</sup> และกรณีตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 14 เดิมเป็นเรื่องเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีกรณีที่ยังเป็นหม้ายโดยความตายของสามี<sup>98</sup> ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิจารณาแต่อย่างใด

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้ไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีว่าหญิงมีสามีจะต้องใช้ชื่อสกุลของผู้ใด และทำให้เกิดปัญหาถกเถียงตามมาว่า หากหญิงมีสามีประสงค์ที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีนั้นจะสามารถกระทำได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีตกเป็นอันใช้บังคับมิได้เสียแล้ว อีกทั้งไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดตามพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 ที่ให้สิทธิแก่หญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามีแต่อย่างใด จากปัญหาดังกล่าวมีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก มีความเห็นว่า ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามี เนื่องจากผลของคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวเป็นเพียงการเปลี่ยนจากการบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีมาเป็นสิทธิของหญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามี ความเห็นแนวทางดังกล่าว ได้แก่ ที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทยซึ่งได้พิจารณาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแล้วมีความเห็นว่า “เมื่อบทบัญญัติมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีผลให้หญิงมีสามีสามารถเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตน หรือจะใช้ชื่อสกุลของสามีก็ได้ แล้วแต่ความประสงค์ของหญิงนั้น การที่หญิงมีสามีเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีสามารถที่จะดำเนินการได้ แม้ว่าจะไม่มี

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 13 เดิม บัญญัติว่า “หญิงหม้ายโดยการหย่าให้กลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน”

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติชื้อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 14 เดิม บัญญัติว่า “หญิงหม้ายโดยความตายของสามี จะใช้ชื่อสกุลของสามี หรือใช้ชื่อสกุลเดิมของตนก็ได้”

กฎหมายบัญญัติรองรับไว้ เพราะการใช้ชื่อสกุลสามีของหญิงสมรสแล้วเป็นจารีตประเพณีซึ่งได้ถือปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานในสังคมไทยตามนัยมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”<sup>99</sup>

นายนพตล เสงเจริญ เลขานุการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้นมีความเห็นว่า “...หากหญิงชายที่จะจดทะเบียนสมรสตั้งแต่วันที่ 5 มิถุนายน เจ้าหน้าที่ฝ่ายทะเบียนจะบังคับให้หญิงใช้ชื่อสกุลของสามีไม่ได้ เป็นสิทธิของหญิงว่าจะเลือกใช้ชื่อสกุลของตนเองหรือของสามีก็ได้ เช่นเดียวกับหญิงที่มีสามี และใช้ชื่อสกุลของสามีไปก่อนหน้าที่จะมีคำวินิจฉัยก็สามารถที่จะเปลี่ยนกลับมาใช้ชื่อสกุลของตนเองได้...”<sup>100</sup> นอกจากนี้ นายกล้า สมุทวณิช มีความเห็นว่า “...ผลของคำวินิจฉัยนี้ มีเพียงแค่การเปลี่ยนจาก “บทบังคับ” ของกฎหมายชื่อสกุลว่า “ให้ใช้” มาเป็น “ทางเลือก” ของฝ่ายหญิงที่แต่งงานว่าจะใช้นามสกุลเดิมของตัวเอง หรือเปลี่ยนไปใช้นามสกุลของสามีหรือไม่เท่านั้น...”<sup>101</sup>

ส่วนแนวทางที่สอง มีความเห็นว่า ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว หญิงมีสามีไม่มีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามี เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ให้สิทธิแก่หญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามีแต่อย่างใด ความเห็นแนวทางดังกล่าวได้แก่ มีชัย ฤชุพันธ์ มีความเห็นว่า “หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ามาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. ชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ขัดรัฐธรรมนูญแล้ว ทำให้มาตรา 12 ดังกล่าวใช้บังคับต่อไปไม่ได้ เมื่อหญิงจดทะเบียนสมรสกับชายใด หญิงนั้นก็ต้องใช้นามสกุลเดิมของตนเอง แม้หญิงนั้นจะมีความประสงค์และแจ้งความประสงค์ขอใช้ชื่อสกุลนั้นต่อเจ้าหน้าที่ที่รับจดทะเบียน ทั้งนี้เพราะว่ายังไม่มีกฎหมายไหนได้บัญญัติถึงการให้สิทธิแก่หญิงที่มีสามีสามารถมีสิทธิเลือกใช้ใช้นามสกุลของสามี”<sup>102</sup>

<sup>99</sup> หนังสือ ค่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 เรื่อง การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>100</sup> มติชนออนไลน์, “มติประวัติศาสตร์” ศาลรธน. ปลดแอกหญิง แต่งงานเลือกใช้นามสกุลได้,” สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2558, [thaimisc.pukpik.com/freewebboard/php/vreply.php?user=tsvd&topic=1481](http://thaimisc.pukpik.com/freewebboard/php/vreply.php?user=tsvd&topic=1481).

<sup>101</sup> กล้า สมุทวณิช, “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับสถาบันครอบครัว,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558, [www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=567](http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=567).

<sup>102</sup> มีชัย ฤชุพันธ์, “ไขปัญหากฎหมาย,” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558, [library.msu.ac.th/meechaihome/index.php?sect=readqa.php&qid=3574](http://library.msu.ac.th/meechaihome/index.php?sect=readqa.php&qid=3574).



มานิตย์ จุมปา มีความเห็นว่า “ผลเกี่ยวกับการใช้นามสกุลในครอบครัวที่ตามมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 นับแต่วันที่ 5 มิถุนายน 2546 ซึ่งเป็นวันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 21/2546 ได้แก่...(2) หญิงที่จดทะเบียนสมรสกับชายใด หากประสงค์จะใช้นามสกุลของสามีต้องให้สามีอนุญาตเสียก่อน เพราะมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล ที่บังคับและให้ใช้นามสกุลของสามีได้ไม่มีผลใช้บังคับอีกต่อไป...”<sup>103</sup>

ประสพสุข บุญเดช มีความเห็นว่า “ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ดังกล่าว ทำให้ในปัจจุบันนี้หญิงมีสามีไม่ต้องใช้ชื่อสกุลของสามี โดยหญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลเดิมของตนต่อไป จะใช้ชื่อสกุลของสามีไม่ได้ เว้นแต่สามีจะอนุญาตให้ภริยาร่วมใช้ชื่อสกุลของสามี โดยอนุโลมตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505...”<sup>104</sup>

ผู้เขียนมีความเห็นพ้องกับแนวทางที่สอง กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีนั้นย่อมทำให้ไม่มีกฎหมายทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีว่าหญิงมีสามีว่าจะต้องใช้ชื่อสกุลของผู้ใด และการไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่อาจตีความได้ว่าเป็นการให้สิทธิแก่หญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามีได้แต่อย่างใด กรณีดังกล่าวจึงก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย หากพิจารณาเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 กล่าวคือ การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมซึ่งบังคับให้หญิงมีสามีต้องใช้ชื่อสกุลของสามีตกเป็นอันใช้บังคับมิได้นั้น ก็เพื่อต้องการให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของตนเองหรือของสามีก็ได้ ย่อมหมายความว่า หากหญิงประสงค์ที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีย่อมเป็นสิทธิของหญิงที่สามารถกระทำได้ อย่่างไรก็ตาม ผลจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้นั้น แทนที่จะทำให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีได้ แต่กลับส่งผลในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ให้สิทธิแก่หญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามีเสียแล้ว หญิงจึงไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด หากหญิงประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี วิธีการเดียว

<sup>103</sup> มานิตย์ จุมปา, “สิทธิในการใช้นามสกุลของหญิงมีสามี เส้นบรรจบระหว่างความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลกับความเป็นเอกภาพของสถาบันครอบครัว,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 5, เล่มที่ 15, น.64 (กันยายน-ธันวาคม 2546).

<sup>104</sup> ประสพสุข บุญเดช, “ชื่อสกุลของหญิงมีสามีนั้นสำคัญไฉน,” ใน รพี 46, คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 55 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546), น.92.

ที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำได้ กล่าวคือ ในกรณีที่สามเป็นผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุล หญิงจะต้องขออนุญาตสามีเพื่อใช้ชื่อสกุลของสามีตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 11<sup>105</sup>

ปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากข้อจำกัดในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ทำให้ในบางครั้ง การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจส่งผลกระทบต่อกระเทือนมากกว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดคำวินิจฉัยเช่นนั้น นอกจากนี้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีนั้นยังก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายอีกด้วย

ในทางข้อเท็จจริง ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ซึ่งช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีนั้น กรมการปกครองได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 เรื่อง การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยในระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่มีผลใช้บังคับ ให้ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี ดังนี้<sup>106</sup> (1) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามีอยู่แล้ว ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไป ให้สามารถใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไปได้ (2) หญิงที่จดทะเบียนสมรส ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี ให้สามารถใช้ชื่อสกุลของสามีได้ (3) หญิงที่จดทะเบียนสมรสหากไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี ให้สามารถใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเองได้ (4) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามี หรือใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเองอยู่แล้ว ประสงค์จะร้องขอกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเอง หรือขอใช้ชื่อสกุลของสามีแล้วแต่กรณี ให้ยื่นคำร้องโดยใช้แบบ ช. 1 โดยอนุโลมเพื่อตรวจสอบความถูกต้อง ประกอบกับเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ร้องขอมิได้มีเจตนาทุจริต ให้พิจารณาอนุญาต ต่อจากนั้นให้นำสำเนาคำสั่งอนุญาตไปประกอบการดำเนินการแก้ไขรายการในทะเบียนบ้านต่อไป

<sup>105</sup> พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง เดิม บัญญัติว่า “ผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุลจะอนุญาตให้ผู้มีสัญชาติไทยผู้ใดร่วมใช้ชื่อสกุลของตนก็ได้ โดยยื่นคำขอต่อนายทะเบียนท้องที่ในท้องที่ที่ตนมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร”

<sup>106</sup> หนังสือ ด่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 เรื่อง การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 ใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ตามหนังสือของกรมการปกครองฉบับดังกล่าวได้กำหนดแนวทางปฏิบัติไว้โดยกำหนดให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีได้ในช่วงระยะเวลาที่ยังไม่มีกฎหมายทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี อย่างไรก็ตาม หนังสือของกรมการปกครองฉบับดังกล่าวมิได้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด ซึ่งเท่ากับว่ายังไม่มีกฎหมายทางกฎหมายดังกล่าวอยู่เช่นเดิม

ในระยะเวลาต่อมา รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 โดยยกเลิกบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมและแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งหรือชื่อสกุลเดิมของตนก็ได้<sup>107</sup> จึงเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีไว้อย่างชัดเจนว่าหญิงมีสามีอาจใช้ชื่อสกุลของตนเองหรือของสามีก็ได้ หากหญิงประสงค์ที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีย่อมเป็นสิทธิของหญิงที่สามารถกระทำได้ โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา อย่างไรก็ตาม เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหในช่วงก่อนที่พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 มีผลใช้บังคับ ซึ่งยังไม่มีกฎหมายทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามี กล่าวคือในช่วงก่อนวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2548 นั้น พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจึงกำหนดให้หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามียังคงมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไป<sup>108</sup> กรณีดังกล่าวจึงเป็นการแก้ไขปัญหช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ซึ่งได้ปรากฏเป็นเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติประการหนึ่งด้วย<sup>109</sup>

<sup>107</sup> พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 12 คู่สมรสมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือต่างฝ่ายต่างใช้ชื่อสกุลเดิมของตน

การตกลงกันตามวรรคหนึ่ง จะกระทำเมื่อมีการสมรสหรือในระหว่างสมรสก็ได้  
ข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง คู่สมรสจะตกลงเปลี่ยนแปลงภายหลังก็ได้”

<sup>108</sup> พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 มาตรา 9 บัญญัติว่า “หญิงมีสามีซึ่งใช้ชื่อสกุลของสามีก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้มีสิทธิใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไป แต่ไม่ตัดสิทธิที่จะกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตนหรือมีข้อตกลงระหว่างสามีภรรยาเป็นประการอื่น”

<sup>109</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 21/2546 ว่าพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นอัน

การที่พระราชบัญญัติชื้อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 กำหนดให้สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีของหญิงมีสามีมีผลย้อนหลังกลับไปในช่วงก่อนที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับนั้นเป็นสิ่งที่สนับสนุนความเห็นของนักกฎหมายตามแนวทางที่สอง เนื่องจากภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 เมื่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 12 ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีนั้นตกเป็นอันใช้บังคับมิได้เสียแล้ว ก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายส่งผลให้หญิงมีสามีไม่มีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น พระราชบัญญัติชื้อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 จึงกำหนดให้สิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีของหญิงมีสามีมีผลย้อนหลังกลับไปก่อนที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับเพื่อให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไป การตราพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวจึงเป็นการแก้ไขปัญหาช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ในทางปฏิบัตินั่นเอง

โดยปกติ แนวความคิดเกี่ยวกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นยอมรับความเชื่อมโยงระหว่างการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวออกจากระบบกฎหมาย เพราะฉะนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาการกำหนดคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ อาทิ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Declaration of Incompatibility) เนื่องจากการจัดกฎเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความไม่แน่นอนในระบบกฎหมาย (unwanted lacunae or legal uncertainty) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงพัฒนาคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเพื่อเป็นทางเลือกที่สามนอกเหนือจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่มีผลใช้บังคับ

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง เพื่อรักษาขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ (preserve the scope of manoeuvring of the legislature) ซึ่งเป็นการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) โดยการขยายขอบเขตการใช้บังคับไปยังกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มหรือลด

---

ใช้บังคับมิได้...สมควรปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ...จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ขอบเขตการใช้บังคับของกลุ่มบุคคลทุกกลุ่ม ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจแต่เพียงตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่แต่อย่างใด จึงเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคารพต่ออำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการเลือกมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ ในคดีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งขัดต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน

อีกประการหนึ่ง เพื่อป้องกันสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐธรรมนูญ (more remote from the Constitution) กล่าวคือ ช่องว่างของกฎหมาย (legal vacuum) หรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย (legal chaos) หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ เพราะฉะนั้น การกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว จึงมีความใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญมากกว่า (relatively higher proximity to the Constitution) การไม่มีกฎหมายแห่งกฎหมายอยู่เลย

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราว (Transitory Measures) ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย (unsatisfactory legal vacuum) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที แต่ใช้อำนาจเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวในภายหลัง โดยมีเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง เพื่อเคารพต่อเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ (parliamentary will) เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจทั่วไปในการประเมินดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น ในการแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้ความระมัดระวังมิให้รุกรานขอบเขตอำนาจนิติบัญญัติ การเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติ และเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม การเคารพต่ออำนาจนิติบัญญัติจะต้องรักษาความสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่ได้รับกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญด้วย

อีกประการหนึ่ง เพื่อตรวจสอบว่าผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจนหรือไม่ (patently disproportionate consequences) หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบแล้วเห็นเป็นเช่นนั้น บทบัญญัติดังกล่าวควรจะมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย กรณีดังกล่าวเกิดขึ้นกับคดีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อประโยชน์สาธารณะ หากบทบัญญัติดังกล่าวถูกเพิกถอนโดยทันทีย่อมก่อให้เกิดอันตรายต่อสังคมส่วนรวม เพราะฉะนั้น การพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องให้ความสำคัญกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญในการประเมินความได้สัดส่วนเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ

ถึงแม้ว่าประโยชน์สาธารณะจะเป็นเหตุผลหลักที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที แต่ในบางกรณีสิทธิบางประเภทอยู่เหนือกว่า เพราะฉะนั้นจึงเป็นการยากที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดปัจจัยชี้ขาดในการเลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งต้องพิจารณาหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ (Legal certainty) อย่างไรก็ตาม อาจมีการผสมผสานระหว่างประโยชน์ทั่วไปกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Declarations of Unconstitutionality) กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงทางเลือกระหว่างการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงแก้ไขปัญหาการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการเตือนว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเลือกระหว่างการเพิกถอนกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเสียเอง โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะ denounce-decline-demand กล่าวคือ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญประกาศว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธการแก้ไขเพิ่มเติมความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวและการกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบอื่น ส่วนประการสุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว อีกทั้งเตือนมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการดังกล่าวล่าช้า หากไม่อาจดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเพิกถอนหรือแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเสียเอง

ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Unconformable to Constitution) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางส่วน แต่การให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดอาจก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความรัฐธรรมนูญมิให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย

การกำหนดคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ กรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศกรณีข้างต้น เรียกว่า คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งทั้งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสาธารณรัฐอิตาลี และประเทศสาธารณรัฐเกาหลีล้วนแต่กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด อนึ่ง ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลีจะเรียกคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญว่า คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเรียกคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญว่า การกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราว กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที แต่จะเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวในภายหลัง ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวนั่นเอง

เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ประการหนึ่ง เพื่อเคารพต่อเจตจำนงของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความรัฐธรรมนูญให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว กรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติหรือสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ อีกประการหนึ่ง เพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันที ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อธิบายว่า คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการป้องกันสถานการณ์ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย ส่วนประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสอธิบายว่า ผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีทำให้เกิดความไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราวในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดนั้นเป็นการเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และเป็นการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อสงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรา

ขึ้น และหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญจึงเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

สำหรับกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญในหลายประเทศได้พิจารณาไปในทำนองเดียวกันว่า หากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด ส่งผลให้ปัจเจกบุคคลย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าว เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อให้ปัจเจกบุคคลยังคงมีสิทธิดังกล่าวอยู่เป็นการชั่วคราวจนกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมเป็นผลดีกว่าการที่ปัจเจกบุคคลไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเกี่ยวกับเงินเดือนข้าราชการ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยเงินเดือนสหพันธ์ตราขึ้นโดยกำหนดเงินเดือนไม่เป็นไปตามค่าเลี้ยงชีพขั้นต่ำที่เพียงพอแก่ข้าราชการ คำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวเกี่ยวข้องกับสิทธิในค่าเลี้ยงชีพ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ผู้รับประโยชน์ตามกฎหมายย่อมไม่มีสิทธิในค่าเลี้ยงชีพทั้งหมด เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อทำให้ข้าราชการไม่ต้องเสียสิทธิในค่าเลี้ยงชีพ นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายกรณีบิดาของบุตรที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ไม่มี การสมรสย่อมไม่มีสิทธิปกครองบุตรหากไม่ได้รับความยินยอมจากมารดา ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 (2) เกี่ยวกับสิทธิของบิดา (father's parental right) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน เนื่องจากหากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวตกเป็นโมฆะย่อมส่งผลให้บิดาไม่มีสิทธิปกครองบุตรหากไม่ได้รับความยินยอมจากมารดาจนกว่าจะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่

ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 2011 เกี่ยวกับสิทธิในเงินบำนาญตามประมวลกฎหมายเงินบำนาญข้าราชการพลเรือนและทหาร (Civil and Military Retirement Pensions Code) มาตรา L. 43 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เลื่อนการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกไปเป็นระยะเวลา 9 เดือนภายหลังจากมีคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าว



เนื่องจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลเป็นการยกเลิกสิทธิของเด็กกำพร้าในการได้รับเงินบำนาญ แทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำให้สิทธินี้ลดลงเป็นการชั่วคราวจนกว่ากฎหมายจะมีผลใช้บังคับ กลับทำให้เด็กกำพร้าไม่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญเลย เพราะฉะนั้น การเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันทีจึงไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อคู่ความในคดีแต่อย่างใด

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เกี่ยวกับสิทธิในสัญชาติตามรัฐบัญญัติสัญชาติ (Nationality Act) มาตรา 7 (1) ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ แต่มารดาเป็นชาวเกาหลีซึ่งตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับเดิม บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับสัญชาติเกาหลีนั้น หากบุคคลดังกล่าวเกิดก่อนรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ใช้บังคับภายในระยะเวลา 10 ปี ให้มาขอรับสัญชาติเกาหลีตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า หากวินิจฉัยให้บทบัญญัติแห่งมาตรา 7 (1) ไม่ชอบรัฐธรรมนูญจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับต่อไป ส่งผลให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ มารดาเป็นชาวเกาหลีที่เกิดภายในระยะเวลา 10 ปี ก่อนรัฐบัญญัติสัญชาติใช้บังคับ ซึ่งได้รับประโยชน์ตามรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่นี้ได้รับผลกระทบไปด้วย อีกทั้งก่อให้เกิดช่องว่างของการใช้บังคับรัฐบัญญัติสัญชาติฉบับใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่สถานะติบัญญัติแห่งชาติมีหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป

หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคล ได้แก่ สิทธิในค่าเลี้ยงชีพของข้าราชการ สิทธิปกครองบุตรของบิดา สิทธิในเงินบำนาญของเด็กกำพร้า และสิทธิในสัญชาติของบุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ แต่มารดาเป็นชาวเกาหลี เพื่อให้ปัจเจกบุคคลยังคงมีสิทธิดังกล่าวอยู่เป็นการชั่วคราวจนกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่จะมีผลใช้บังคับ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมเป็นผลดีกว่าการที่ปัจเจกบุคคลไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด

เมื่อพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิมกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีไว้ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคล กล่าวคือ สิทธิของหญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามี การที่ศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สิทธิแก่หญิงมีสามีในการใช้ชื่อสกุลของสามี ดังนั้น หญิงจึงไม่มีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีแต่อย่างใด คำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย นอกจากนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวส่งผลกระทบต่อกระเทือนมากกว่าการที่บทบัญญัติแห่ง

มาตรา 12 เดิมยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป กล่าวคือ แทนที่จะทำให้หญิงมีสามีมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีได้ แต่กลับส่งผลในทางตรงกันข้าม ทำให้หญิงไม่มีสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด

กรณีข้างต้น หากศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถวินิจฉัยให้พระราชบัญญัติที่บุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 เดิมยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อให้หญิงมีสามียังคงมีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามีในช่วงระยะเวลาที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหาช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายที่หญิงมีสามีไม่มีสิทธิในการใช้ชื่อสกุลของสามี เมื่อคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวกำหนดให้บทบัญญัติแห่งมาตรา 12 เดิมยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไป ย่อมหมายความว่า รัฐสภาไม่จำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติที่บุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 เพื่อแก้ไขปัญหาช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21/2546 ซึ่งทำให้ไม่ต้องสิ้นเปลืองระยะเวลาในการเริ่มต้นกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จะต้องใช้ระยะเวลานานพอสมควร นอกจากนี้ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญยังเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอีกด้วย

#### 4.4.1.2 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายภาษีอากรก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ

กรณีที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีในกฎหมายภาษีอากรนั้นก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8) ประกอบมาตรา 57 ตี และมาตรา 57 เบญจ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 30 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี<sup>110</sup> ทำให้สามีภริยาต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นจากกรณีที่ต่างฝ่าย

<sup>110</sup> ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตี วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ถ้าสามีและภริยาอยู่ร่วมกันตลอดปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี และให้สามีมีหน้าที่และความรับผิดชอบในการยื่นรายการและเสียภาษี...”

ต่างแยกยื่นเมื่อยังไม่มี การสมรส ประกอบกับมาตรา 57 เบญจ<sup>111</sup> มิได้ส่งเสริมความเสมอภาคของชาย และหญิง และยังเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง สถานะของบุคคลภายหลังจากการสมรสตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เพราะฉะนั้น ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30

ศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 นั้นวินิจฉัยยก กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยา กล่าวคือ การยื่นรายการและ เสียภาษีของสามีและภริยาจะต้องดำเนินการอย่างไร ซึ่งตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี กำหนดให้จะต้องถือเอาเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี หมายความว่า จะต้องยื่น รายการและเสียภาษีร่วมกันในนามของสามี แต่มีข้อยกเว้นตามประมวลรัษฎากร มาตรา 57 เบญจ ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นให้ภริยาสามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีได้แต่เฉพาะเงินได้พึงประเมินตาม ประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (1) เท่านั้น

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และ มาตรา 57 เบญจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ระยะเวลาการมีผลผูกพัน ของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้มี ผลนับตั้งแต่วันอ่าน<sup>112</sup> ดังนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 จึงมีผลนับตั้งแต่วันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 ซึ่งเป็นวันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย การที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนด กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยาว่า การยื่นรายการและเสียภาษี จะต้องดำเนินการอย่างไร กล่าวคือ สามีและภริยาจะต้องยื่นรายการและเสียภาษีร่วมกัน หรือสามารถ แยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากกันได้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวย่อมส่งผลให้รัฐ ไม่อาจจัดเก็บภาษีอากรในส่วนดังกล่าวเพื่อใช้ในการบริหารประเทศได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการจัดเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติ

<sup>111</sup> ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 เบญจ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าภริยามีเงินได้พึง ประเมิน ตามมาตรา 40 (1) ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว ไม่ว่าจะจะมีเงินได้พึงประเมินอื่นด้วยหรือไม่ ภริยาจะ แยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากสามีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) โดยมีให้ถือว่าเป็นเงินได้ของสามีตามมาตรา 57 ตรี ก็ได้”

<sup>112</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 55 วรรคสอง

แห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันทีย่อมก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ

ถึงแม้ว่าภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 กรมสรรพากรได้มีคำชี้แจงกรมสรรพากร เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภรรยา โดยกำหนดว่า มิให้ถือว่าเงินได้พึงประเมินของภรรยาเป็นเงินได้ของสามี นอกจากนี้ สามีและภรรยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการและเสียภาษีเงินได้ในนามตนเอง<sup>113</sup> ซึ่งเป็นการกำหนดแนวทางปฏิบัติในการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภรรยาเพื่อให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม คำชี้แจงกรมสรรพากรฉบับดังกล่าวมิได้เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด เท่ากับว่าในช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังไม่มียกเว้นแห่งกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภรรยาแต่อย่างใด

ในระยะเวลาต่อมา รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 โดยให้มีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2555 เป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ให้ใช้บังคับสำหรับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ที่จะต้องยื่นรายการใน พ.ศ. 2556 เป็นต้นไป<sup>114</sup> บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่นั้น ได้แก่ ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ฉ ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภรรยาโดยสามารถแบ่งออกเป็น 4 กรณี<sup>115</sup> กล่าวคือ กรณีแรก การแยกยื่นรายการ

<sup>113</sup> คำชี้แจงกรมสรรพากร เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภรรยา ข้อ 1 บัญญัติว่า “การเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภรรยาสำหรับปีภาษี 2555 เป็นต้นไปนั้น มิให้ถือว่าเงินได้พึงประเมินของภรรยาเป็นเงินได้ของสามี

กรณีสามีภรรยาต่างฝ่ายต่างมีเงินได้ สามีและภรรยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการและเสียภาษีเงินได้ในนามตนเอง...”

<sup>114</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 มาตรา 2 บัญญัติว่า “พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติ...มาตรา 6 ให้ใช้บังคับสำหรับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ที่จะต้องยื่นรายการใน พ.ศ. 2556 เป็นต้นไป”

<sup>115</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 57 ฉ แห่งประมวลรัษฎากร

และเสียภาษีต่างหากจากกัน กรณีที่สอง การยื่นรายการและเสียภาษีรวมกันในนามของสามี กรณีที่สาม การยื่นรายการและเสียภาษีรวมกันในนามของภริยา ส่วนกรณีสุดท้าย การแยกยื่นรายการและเสียภาษีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40 (1) ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว สามีและภริยามีทางเลือกในการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่หลากหลายมากยิ่งขึ้น

สำหรับถ้อยคำในข้อยกเว้นที่ว่า “ให้ใช้บังคับสำหรับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ที่จะต้องยื่นรายการใน พ.ศ. 2556 เป็นต้นไป” นั้น สืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 มีผลนับตั้งแต่วันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 ซึ่งเป็นวันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัย ในระยะเวลาต่อมา รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 ซึ่งมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2555 หากพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวมิได้กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ ย่อมหมายความว่า พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับไปในอนาคต กล่าวคือ นับตั้งแต่วันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2555 เป็นต้นไป โดยไม่มีผลย้อนหลังไปกลับไปในช่วงระยะเวลาระหว่างวันที่ 4 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 จนถึงวันที่ 25 ธันวาคม พ.ศ. 2555 ซึ่งอยู่ในระหว่างปีภาษี พ.ศ. 2555 ทำให้รัฐไม่อาจจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยาในปีภาษี พ.ศ. 2555 ได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการจัดเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ เพราะฉะนั้น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 จึงกำหนดผลย้อนหลังว่า ให้ใช้บังคับสำหรับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ที่จะต้องยื่นรายการใน พ.ศ. 2556 เป็นต้นไป เพื่อให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยาในปีภาษี พ.ศ. 2555 ได้ กรณีดังกล่าวสอดคล้องกับเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555<sup>116</sup> ซึ่ง

---

มาตรา 57 ฉ วรรคหนึ่ง ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ให้สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินที่ตนได้รับในระหว่างปีภาษีที่ล่วงมาแล้วตามมาตรา 56

มาตรา 57 ฉ วรรคสาม สามีและภริยาจะตกลงยื่นรายการและเสียภาษีรวมกัน โดยให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของตนเป็นเงินได้ของสามีหรือภริยาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ หรือจะแยกยื่นรายการและเสียภาษีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 (1) โดยมีให้ถือเอาเป็นเงินได้ของอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้...”

<sup>116</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 17/2555 ว่า มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจ แห่งประมวลรัษฎากร ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตาม

มีเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการหนึ่ง เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยาเพื่อใช้บังคับกับผู้มีเงินได้ซึ่งมีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ในปี พ.ศ. 2556 และอีกประการหนึ่ง เพื่อให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีอากรซึ่งเป็นรายได้ที่สำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศ เพราะฉะนั้น การตราพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวจึงเป็นการแก้ไขปัญหาผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 ในทางปฏิบัตินั่นเอง

ในกฎหมายภาษีอากรนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้เกิดสถานการณ์ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปและก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ผลของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญโดยหลักนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายเพียงแต่ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปภายในระยะเวลาชั่วคราวจนกว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย เพื่อป้องกันสถานการณ์ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปเพื่อเป็นหลักประกันให้กับแผนการคลังและงบประมาณ (reliable fiscal and budgetary planning) ของรัฐ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายภาษี เงินบำนาญ และเงินเดือน

---

มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งทำให้มีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสียภาษีเงินได้และการยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินของผู้มีเงินได้ที่เป็นสามีและภริยาขึ้นใหม่ บางประการ สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรในเรื่องดังกล่าว เพื่อใช้บังคับสำหรับการยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ผู้มีเงินได้มีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. 2555 ใน พ.ศ. 2556 ซึ่งต้องเริ่มต้นยื่นตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. 2556 ประกอบกับการจัดเก็บภาษีเงินได้และการบริหารจัดการเก็บภาษีเงินได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือทางการคลังที่สำคัญในอันที่จะทำให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีอากรซึ่งเป็นรายได้ที่สำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีประสิทธิภาพและตรวจสอบได้...

ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายภาษี ข้าราชการ และงบประมาณ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคารพต่อฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องทางการคลังโดยการรักษางบประมาณแผ่นดินด้วยวิธีการตัดลดงบประมาณ หรือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์วางหลักเกี่ยวกับผลในทางงบประมาณที่ไม่ได้สัดส่วน (disproportionate budgetary consequences) จากการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เน้นย้ำว่า การมีผลใช้บังคับของกฎหมายภาษีซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาจำกัดเป็นสิ่งที่จะต้องจำเป็นเพื่อประกันความสามารถในทางการคลังของรัฐ (State's financial ability to act)

นอกจากนี้ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เกี่ยวกับรัฐบัญญัติภาษีกำไรจากที่ดิน (Land Excess-Profits Tax Act) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า หากศาลวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวโดยทันที ความสับสนวุ่นวายในระบบกฎหมายและในทางการคลังอาจเกิดขึ้น และอาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับความยุติธรรมระหว่างผู้เสนอปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญกับบุคคลอื่นซึ่งเสียภาษีตามบทบัญญัติดังกล่าวไปแล้ว เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญในกฎหมายภาษีอากร เพื่อป้องกันความสับสนวุ่นวายในทางการคลังและป้องกันสถานการณ์ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป นอกจากนี้ ยังเป็นหลักประกันให้กับแผนการคลังและงบประมาณของรัฐ ประกันความสามารถในทางการคลังของรัฐอีกด้วย

เมื่อประมวลรัฐฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจกำหนด กฎเกณฑ์การเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยา ซึ่งเป็นกฎหมายภาษีอากร การที่ศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 วินิจฉัยว่า ประมวลรัฐฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการกำหนดกฎเกณฑ์การเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยาว่าการยื่นรายการและเสียภาษีจะต้องดำเนินการอย่างไร กล่าวคือ สามีและภริยาจะต้องยื่นรายการและเสียภาษีรวมกัน หรือสามารถแยกยื่นรายการและเสียภาษีต่างหากจากกันได้ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวย่อมส่งผลให้รัฐไม่อาจจัดเก็บภาษีอากรในส่วนดังกล่าวเพื่อใช้ในการบริหารประเทศได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการจัดเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด คำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ

กรณีข้างต้น หากศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถวินิจฉัยให้ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งการที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปภายในระยะเวลาหนึ่งก็เพื่อป้องกันสถานการณ์ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลใช้บังคับต่อไปมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป กล่าวคือ หากประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจตกเป็นอันใช้บังคับมิได้ ย่อมไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการกำหนดกฎเกณฑ์การเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาของสามีและภริยา ทำให้รัฐไม่อาจจัดเก็บภาษีอากรในส่วนดังกล่าวเพื่อใช้ในการบริหารประเทศได้และก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ ซึ่งย่อมก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าการที่ประมวลรัษฎากร มาตรา 57 ตรี และมาตรา 57 เบญจยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป ซึ่งรัฐยังคงสามารถจัดเก็บภาษีอากรในช่วงระยะเวลาที่รัฐสภาแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ รัฐบาลจึงไม่จำเป็นต้องตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555 เพื่อแก้ไขปัญหาลักษณะที่เกี่ยวเนื่องในทางการคลังของรัฐที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 แต่อย่างใด นอกจากนี้ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญยังเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอีกด้วย

#### 4.4.2 ปัญหาการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไทยพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30<sup>117</sup> ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม บัญญัติว่า “ในการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปา ให้ กปภ. มีอำนาจเดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์ไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ๆ ในเมื่อที่ดินนั้นมีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย



ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวเฉพาะในส่วนที่บัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยเพื่อประโยชน์ในการผลิต การส่ง การจำหน่ายน้ำประปา เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดหรือลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ซึ่งไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง เนื่องจากการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธินั้น นอกจากนี้ ยังมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควรแก่กรณี ไม่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตยที่รัฐจะต้องคุ้มครองและรับรองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนเป็นสำคัญ และหากมีกรณีใดที่เป็นข้อยกเว้นให้รัฐก้าวล่วงเข้าไปลิดรอนสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน รัฐจะต้องรับผิดชอบในการชดเชยค่าทดแทนเยียวยาที่เป็นธรรมตามควรแก่กรณี และขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองอีกด้วย บทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 ประกอบมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 29 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หมายถึง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขการตีความกฎหมาย เป็นการอ่านรัฐธรรมนูญแล้วให้ความหมายที่เป็นรูปธรรมแก่รัฐธรรมนูญ จากนั้นจึงกำหนดวิธีการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการแสดงออกซึ่งการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐธรรมนูญ การที่พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป ไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย

---

ให้ กปภ. มีอำนาจกำหนดบริเวณที่ดินที่เดินท่อน้ำและติดตั้งอุปกรณ์โดยมีความกว้างจากท่อน้ำด้านละไม่เกินสองเมตรห้าสิบเซนติเมตรสำหรับท่อน้ำขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป...

ในบริเวณที่กำหนดตามวรรคสอง ให้ กปภ. มีอำนาจรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนหรือตัดฟัน แล้วแต่กรณี ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองด้วยจำนวนเงินอันเป็นธรรม...”

แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับมีคำวินิจฉัยว่า เฉพาะในส่วนที่บัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการกำหนดเงื่อนไขการตีความพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ซึ่งกำหนดการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไปให้รวมถึงการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรด้วย จึงมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ อาทิ ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (conformité sous reserves) โดยการตีความกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (interprétation directive) ซึ่งเป็นการตีความโดยการให้แนวทางในการใช้บังคับกฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ถึงแม้ว่าการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนอาจเป็นการเข้าไปแทรกแซงกระบวนการกำหนดนโยบาย แต่ในบางครั้งเป็นการประกาศหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและนักวิชาการฝรั่งเศสจึงมีความเห็นว่าการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อสงวนนั้นมีเหตุผลเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของอำนาจนิติบัญญัติ (legislative autonomy) คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพต่อเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากไม่ตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลายเป็นปฏิปักษ์กับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีเสียงข้างมาก อีกทั้งการตีความภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายบริหารด้วย เนื่องจากทำให้ฝ่ายบริหารทราบอย่างแน่ชัดว่าจะต้องใช้บังคับกฎหมายอย่างไรจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Interpretive Judgement) เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตีความไม่เพียงแต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญโดยหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมักจะปฏิเสธการเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ “ต้องสงวนรักษาภูมิตนเองทาง

กฎหมาย หากมีอย่างน้อยทางหนึ่งที่สามารถตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้” อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวไม่มีผลผูกพันแต่อย่างใด เนื่องจากเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto) ทำให้การตีความกฎหมายในชั้นสุดท้ายเป็นของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ในกรณีที่ศาลธรรมดาตีความกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมและศาลฎีกาในคดีหลังปฏิเสธการตีความกฎหมายตามศาลรัฐธรรมนูญ

ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี Cho Kyu-kwang อดีตประธานศาลรัฐธรรมนูญคนแรก ได้อธิบายว่า ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีทั้งความหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องตีความกฎหมายไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แนวทางการตีความกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแสดงออกมาในรูปของคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณีหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเลือกใช้คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวให้เหมาะสมซึ่งขึ้นอยู่กับกระบวนของศาลรัฐธรรมนูญว่าไม่ควรตีความให้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือควรจำกัดขอบเขตการตีความให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สำหรับคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context) นั้นเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญต้องสันนิษฐานในชั้นแรกเสียก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ให้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมดเพื่อป้องกันความไม่แน่นอนทางกฎหมาย ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in Certain Context) นั้นเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาวินิจฉัยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การตีความบทบัญญัติดังกล่าวในลักษณะอื่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลัก คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะถูกจัดอยู่ในประเภทคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การตีความบทบัญญัติ

แห่งกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาวินิจฉัยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การตีความบทบัญญัติดังกล่าวในลักษณะอื่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนโดยการตีความกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสและคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้นั้นยังมีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความตามแนวทางที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญกำหนด

อย่างไรก็ตาม การอธิบายว่าคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐสภานั้นยังขาดความชัดเจน เนื่องจากการเคารพอำนาจอธิปไตยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงเกี่ยวกับความชอบธรรมทางประชาธิปไตย กล่าวคือ ในการตีความรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญเคารพอำนาจอธิปไตยโดยการตีความให้ใกล้เคียงกับการตีความของรัฐสภาหมายความว่า ยิ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นด้วยกับคำตอบของฝ่ายนิติบัญญัติในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญมากขึ้นเท่าใด ยิ่งเท่ากับเป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยมากขึ้นเท่านั้น

คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น แท้ที่จริงแล้วมิได้เป็นการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่เป็นการสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นมาใหม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจตีความกฎหมายเกินไปกว่าขอบเขตของการตีความที่กฎหมายอนุญาต เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นเสียใหม่โดยการตีความให้กฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใกล้เคียงกับกฎหมายเดิมเท่าที่จะเป็นไปได้ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในเชิงรุกมากจนเกินไป ซึ่งเป็นการใช้อำนาจเกินกว่าข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนโดยการตีความกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้นทำให้การใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่สามารถใช้บังคับเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากการเคารพต่อการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ยืนยันอย่างหนักแน่นว่า “การตีความเป็นอย่างอื่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” หรือ “การตีความเช่นนี้เป็นเงื่อนไขบังคับที่ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเท่ากับเป็นการลดบทบาทของฝ่ายบริหารในฐานะองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากไม่สามารถใช้บังคับกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้เลยนอกจากต้องใช้บังคับตามคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ อาจทำให้เกิดปัญหา “การปกครองโดยตุลาการ (le gouvernement des juges)” หรือ “รัฐสภาโดยตุลาการ (le parlement des juges)”

ในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context) ของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ในคดีรัฐธรรมนูญความมั่นคงภายใน (National Security Act) มาตรา 7 (1) และ (5) ถ้อยคำที่ว่า “สมาชิก กิจกรรม เกี่ยวข้อง สนับสนุน และให้ประโยชน์” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ถ้อยคำดังกล่าวยังไม่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหากเป็นการตีความอย่างจำกัดในสถานการณ์ที่มีความชัดเจนว่ากิจกรรมดังกล่าวเป็นอันตรายต่อความมั่นคงภายในหรือหลักการพื้นฐานทางประชาธิปไตยเท่านั้น เช่น การดำเนินงานของคอมมิวนิสต์ การคุกคามเอกราชและอธิปไตยของประเทศ การทำลายรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ในคดีดังกล่าวได้มีความเห็นแย้งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ Byun Jeong Soo ซึ่งโต้แย้งว่าถึงแม้ว่าข้อจำกัดของการตีความจะมีผลใช้บังคับ แต่สภาพนิติบัญญัติแห่งชาติจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในภายหลังอยู่ดี ซึ่งในปี ค.ศ. 1991 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญความมั่นคงภายในเพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

ส่วนในคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางกรณี (Unconstitutional in Certain Context) ของศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ ในคดีความรับผิดชอบร่วมกันของผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่ตามรัฐธรรมนูญบริษัทเงินทุนและการออม (Mutual Savings and Finance Company Act) ซึ่งกำหนดให้ผู้บริหารและผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในเรื่องของการออม ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่ผู้บริหารซึ่งมิได้รับผิดชอบในการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสมหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมิได้ใช้อิทธิพลทำให้เกิดการบริหารจัดการอย่างไม่เหมาะสม ซึ่งมีความรับผิดชอบร่วมกันและแทนกันในเรื่องของการออมนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในคดีดังกล่าวตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย 1 ท่านมีความเห็นว่า การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายอย่างจำกัดของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากนั้นเป็นการจำกัดการตีความกฎหมายมากเกินไป เป็นการปฏิเสธเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ

คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นการกำหนดเงื่อนไขการตีความกฎหมายเพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) แต่ในทางความเป็นจริง คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายขึ้นใหม่โดยอาศัยรูปแบบการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อองค์กรของรัฐทุกองค์กร ซึ่งรวมถึงองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลเป็นการบังคับให้องค์กรของรัฐจะต้องตีความกฎหมายตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญด้วย หากองค์กรของรัฐตีความกฎหมายเป็นอย่างอื่น ย่อมทำให้กฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม

ก็ตาม คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญอาจกำหนดเงื่อนไขการตีความกฎหมายไม่ชัดเจนเพียงพอ จนสุดท้ายฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดรายละเอียดให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ดังเช่นความเห็นแย้งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ Byun Jeong Soo ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญความมั่นคงภายใน ซึ่งในระยะเวลาต่อมา สภานิติบัญญัติแห่งชาติของเกาหลีใต้ได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายเกินไปกว่าขอบเขตของการตีความที่กฎหมายอนุญาตย่อมเป็นการปฏิเสธเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ และส่งผลให้เกิดปัญหาการปกครองโดยตุลาการขึ้นได้ ดังเช่นความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างน้อย 1 ท่านในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกาหลีใต้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญบริษัทเงินทุนและการออม เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ

นอกจากปัญหาข้างต้นแล้ว คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาวินิจฉัยตามประเด็นแห่งคดีของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเด็นแห่งคดี หมายถึง ประเด็นหรือเรื่องที่ศาลต้องพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งในแต่ละคดี ประเด็นแห่งคดีอาจเป็นได้ทั้งปัญหาข้อกฎหมายหรือปัญหาข้อเท็จจริงก็ได้<sup>118</sup> ประเด็นแห่งคดีนั้นมีความสำคัญ เนื่องจากในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องผูกพันกับประเด็นแห่งคดีที่โต้แย้งกัน ซึ่งส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยนอกเหนือจากประเด็นแห่งคดีได้<sup>119</sup> กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งเอาไว้ จึงทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งประเด็นแห่งคดีกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเป็นบทบัญญัติเดียวกัน

ประเด็นแห่งคดีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 ได้แก่ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 41 หรือไม่ เมื่อ

<sup>118</sup> ชีระ สุธีวรารังกูร, “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 (การตั้งประเด็นแห่งคดีของศาลรัฐธรรมนูญ),” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 42, ฉบับที่ 1, น.225 (มีนาคม 2556).

<sup>119</sup> สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และชีระ สุธีวรารังกูร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น.123.

พิจารณาพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 จะเห็นได้ว่า เรื่องที่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัย ได้แก่ กรณีที่การประปาส่วนภูมิภาคต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบ เซนติเมตรขึ้นไป ไปใต้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยนั้นขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติดังกล่าวกรณี การวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไปเท่านั้น

เมื่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 30 มิได้กำหนดกรณีการวางท่อน้ำที่มีขนาด เส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรแต่อย่างใด การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า เฉพาะในส่วนที่ บทบัญญัติให้การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือ ทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครอง ที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปใต้ เหนือ ตาม หรือ ข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งประเด็นแห่งคดีไว้นั้นเป็นอย่างหนึ่ง กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งมาตรา 30 กำหนดกฎเกณฑ์ไว้เฉพาะกรณีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป เท่านั้น แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นกลับเป็นอีกอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบ เซนติเมตร กรณีดังกล่าวเกิดจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความบทบัญญัติดังกล่าวในทางตรงกันข้าม เสียก่อนแล้วจึงพิจารณาวินิจฉัย ทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งประเด็นแห่งคดีกับ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยไม่เป็นบทบัญญัติเดียวกัน จึงทำให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยไม่ตรงตามประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งเอาไว้ ซึ่งเป็นการ ตีความกฎหมายโดยไม่ชอบด้วยวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญ

จากปัญหาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรตีความบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเสียเอง แต่ควรกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและมีความชอบ ธรรมในทางประชาธิปไตยเป็นผู้แก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติดังกล่าวด้วยตนเอง ซึ่งใน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่ง กฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ไขความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (principle of non-discrimination) โดยการขยายขอบเขตการใช้ บังคับไปยังกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มหรือลดขอบเขตการใช้บังคับของกลุ่มบุคคลทุกกลุ่ม

เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2556 นั้น พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป ไปใต้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 30 ให้อำนาจการประปาส่วนภูมิภาคในการเดินท่อน้ำไปใต้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ๆ ในเมื่อที่ดินนั้นมีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย เพื่อการผลิต การส่ง และการจำหน่ายน้ำประปานั้น ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจกรณีดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะก็ตาม แต่ย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สิน อันได้แก่ ที่ดินของบุคคลผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน เพราะฉะนั้น การประปาส่วนภูมิภาคจึงต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ

แต่เมื่อบทบัญญัติแห่งมาตรา 30 กำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ เฉพาะกรณีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไปเท่านั้น มิได้กำหนดกรณีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรแต่อย่างใด จึงอาจตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวในทางกลับกันได้ว่า การประปาส่วนภูมิภาคไม่ต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปใต้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีใช้ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมระหว่างเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป ซึ่งมีสิทธิได้รับค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ในขณะที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรกลับไม่มีสิทธิได้รับค่าทดแทนกรณีดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่การวางท่อน้ำของการประปาส่วนภูมิภาคย่อมเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางเท่าใดก็ตาม เนื่องจากขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางของท่อน้ำหาใช่สาระสำคัญแต่อย่างใดไม่ พระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 จึงเป็นกฎหมายที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม



เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญต้องขยายขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายไปยังกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป และไม่ถึงแปดสิบเซนติเมตรไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีไซ่ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัย โดยศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยพระราชบัญญัติการประปาส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2522 มาตรา 30 ซึ่งกำหนดให้การประปาส่วนภูมิภาคต้องจ่ายค่าทดแทนในการใช้ที่ดินและในการรื้อถอนสิ่งก่อสร้างหรือทำขึ้นหรือตัดฟัน ต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลอย่างใด ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในกรณีที่มีการวางท่อน้ำที่มีขนาดเส้นผ่าศูนย์กลางตั้งแต่แปดสิบเซนติเมตรขึ้นไป ไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินที่มีไซ่ที่ตั้งโรงเรือนสำหรับอยู่อาศัยนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป และศาลรัฐธรรมนูญกำหนดระยะเวลาให้รัฐสภาไปแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมซึ่งคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการและการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

#### 4.4.3 ปัญหาการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไทยพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54<sup>120</sup> ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ ยังเป็นการนำ

<sup>120</sup> พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น”

บุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

นอกจากคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวแล้ว ยังมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2556 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) ว่า พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 74<sup>121</sup> มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 10/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 78<sup>122</sup> ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง มาตรา 40 (5) และมาตรา 30 หรือไม่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4<sup>123</sup> ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสองหรือไม่ คำวินิจฉัย

---

<sup>121</sup> พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 มาตรา 74 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ถือว่ากรรมการหรือผู้จัดการทุกคนของนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของนิติบุคคลนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

<sup>122</sup> พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 78 บัญญัติว่า “ในกรณีผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าการกระทำนั้นได้กระทำโดยตนมิได้รู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

<sup>123</sup> พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 28/4 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องระวางโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น”

ศาลรัฐธรรมนูญที่ 19-20/2556 เรื่อง พระราชบัญญัติปฎิบัติ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5<sup>124</sup> ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรคสอง มาตรา 40 (5) และมาตรา 30 หรือไม่ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9<sup>125</sup> ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 และมาตรา 5 หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไปในลักษณะทำนองเดียวกัน<sup>126</sup>

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลข้างต้นนั้น หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบความชอบด้วย

<sup>124</sup> พระราชบัญญัติปฎิบัติ พ.ศ. 2518 มาตรา 72/5 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล เว้นแต่กรณีตามมาตรา 72/2 ให้กรรมการผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ ผู้แทนนิติบุคคล หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น”

<sup>125</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติว่า “ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด ให้ถือว่าหุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น”

<sup>126</sup> ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพิ่มเติมว่า มิใช่เพียงแต่การสันนิษฐานให้หุ่นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลเท่านั้น แต่ได้สันนิษฐานให้เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับ “บุคคลใดก็ตาม” ที่กระทำผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่นิติบุคคลด้วย ซึ่งเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาที่กว้างยิ่งกว่าการสันนิษฐานให้ต้องร่วมรับผิดกับนิติบุคคลเสียอีก ทั้งยังเป็นการสันนิษฐานความผิดของบุคคลดังกล่าวโดยไม่มีความเกี่ยวพันกันอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรม (Rational Connection) ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) กับข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐาน (Presumed Fact) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐานอีกประการหนึ่งด้วย

รัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นอาจแบ่งออกเป็น 2 ส่วน<sup>127</sup> กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายส่วนหนึ่งเป็นการกำหนดให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา หรือเป็นการกำหนด “ฐานความผิด” ของผู้แทนนิติบุคคล และบทบัญญัติแห่งกฎหมายอีกส่วนหนึ่งเป็นบทสันนิษฐานให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล เช่น ตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” ถ้อยคำที่ว่า “...กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย...” เป็นการกำหนดฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคล ส่วนถ้อยคำที่ว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษ...” เป็นการกำหนดบทสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้แทนนิติบุคคลต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาร่วมกับนิติบุคคล แต่ผู้แทนนิติบุคคลอาจพิสูจน์หักล้างได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลจึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางอาญา

เพราะฉะนั้น ประเด็นแห่งคดีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 จึงได้แก่พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 ววรรคสอง มาตรา 40 (5) ประกอบมาตรา 30 หรือไม่ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า การกำหนดฐานความผิดของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล และการกำหนดบทสันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคลขัดหรือแย้งต่อ

<sup>127</sup> ตริรัตน์ วงษาเกษ, ชาญ โชติกิตติกุล, สินีนาถ ภาวะวัง, มุกิตา สารพัฒน์, ธันยพร พึ่งพุ่มแก้ว และวรวิญญา งามศิริอุดม, “ความเป็นโมฆกรรมบางส่วนทางแพ่งและการสิ้นผลบางส่วนของกฎหมายมหาชน: กรณีศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555,” กฎหมายปริทัศน์, ปีที่ 8, ฉบับที่ 1, น.19 (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2555); โปรตตุ อานนท์ มาเม้า, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: คำวินิจฉัยที่ 12/2555 กับหลักสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน และข้อพิจารณาเพิ่มเติมประการอื่น (ตอนที่ 2),” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 42, ฉบับที่ 1, น.134-135 (มีนาคม 2556). และนรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง, “ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้บริหารนิติบุคคล: ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.208.

รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลฉบับอื่นก็ได้กำหนดประเด็นแห่งคดีในลักษณะทำนองเดียวกัน

ศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 วินิจฉัยว่า “พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...” ซึ่งหมายความว่า เฉพาะบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาที่กำหนดให้ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับนิติบุคคลเป็นอันใช้บังคับมิได้เท่านั้น แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “...ต้องรับโทษทางอาญา...โดยไม่ปรากฏว่ามีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ...” ย่อมหมายความว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลนั้น หากปรากฏว่าผู้แทนนิติบุคคลมีการกระทำหรือเจตนาในการกระทำความผิด บทบัญญัติดังกล่าวย่อมมีผลใช้บังคับต่อไป จึงเท่ากับเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดของผู้แทนนิติบุคคลเอาไว้ว่า ผู้แทนนิติบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็คงต่อเมื่อมีการกระทำหรือเจตนาในการกระทำความผิด ซึ่งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลฉบับอื่นก็ได้วินิจฉัยในลักษณะทำนองเดียวกัน

เพราะฉะนั้น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนองค์ประกอบความผิดของผู้แทนนิติบุคคลเอาไว้ด้วย เมื่อพิจารณาประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งเอาไว้เปรียบเทียบกับกรณีข้างต้นนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญตั้งประเด็นแห่งคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งกำหนดฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคลและบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล แต่ศาลรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยโดยเพิ่มเติมองค์ประกอบความผิดของผู้แทนนิติบุคคลในส่วนการกำหนดฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคลเอาไว้ว่า ผู้แทนนิติบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็คงต่อเมื่อมีการกระทำหรือเจตนาในการกระทำความผิดเท่ากับเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลจึงมีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของ ศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ อาทิ ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่ง สหพันธ์กำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Decision) เนื่องจากการ กำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปอาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์ เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (conformité sous reserves) โดยการตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วย รัฐธรรมนูญ (interprétation constructive) เนื่องจากไม่มีการกำหนดรายละเอียดในบทบัญญัติแห่ง กฎหมายเดิมแต่อย่างใด

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย (Additive Judgement) เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงการเพิกถอน บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยการเข้าแก้ไขเพิ่มเติมเสียเอง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ หากไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้และ ไม่อาจเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่ขาดหายไปไว้ในกฎหมายได้

ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญนั้น โดยหลัก คำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะถูกจัดอยู่ในประเภทคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่ง กฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน โดยการตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่ง กฎหมายทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ เป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการ สงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น โดยช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) แต่เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตกอยู่ภายใต้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญ กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้ ถึงแม้ว่าในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้เป็นฝ่าย นิติบัญญัติแต่อย่างใด นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมาจาก

การเลือกตั้ง และต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อประชาชน เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงเป็นการเข้าไปแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง ขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ

นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีมีอำนาจในการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ตาม แต่ในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นกลับไม่ค่อยกำหนดคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าว เนื่องจากเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เข้าไปแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและกระทำการดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี เมื่อมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับผลประโยชน์ด้านสวัสดิการ เช่น เงินทดแทนของผู้ใช้แรงงาน หรือบัญชีอัตราเงินเดือนของครูอาจารย์ เป็นต้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขาดหายไปเพื่อเพิ่มกลุ่มของข้าราชการให้มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากรัฐที่สูงขึ้น คำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นการขัดขวางความพยายามประหยัดงบประมาณของรัฐ การพิจารณาเกี่ยวกับงบประมาณของรัฐควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้อนุมัติงบประมาณของรัฐเป็นผู้ตัดสินใจ จากปัญหาดังกล่าว ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีพัฒนาคำวินิจฉัยรูปแบบใหม่ กล่าวคือ คำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมาย (Principle Additive Judgement) ซึ่งมีได้เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ แต่เพิ่มเติมเฉพาะหลักการซึ่งมีลักษณะเป็นกรอบในการตรากฎหมาย โดยที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าจะดำเนินการอย่างไร แทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เสียเอง เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายข้างต้นแล้ว การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนบทสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลโดยเฉพาะส่วนองค์ประกอบความผิดว่า ผู้แทนนิติบุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำหรือเจตนาในการกระทำความผิดนั้น เมื่อพิจารณาตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำโดย

เจตนา<sup>128</sup> กล่าวคือ ผู้แทนนิติบุคคลมีความรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำ ซึ่งคำว่าการกระทำหมายความว่ารวมถึงการงดเว้นการกระทำเพื่อป้องกันผลและการละเว้นการกระทำ อีกทั้งผู้แทนนิติบุคคลจะต้องมีเจตนาในการกระทำความผิดด้วย เพราะฉะนั้น หากผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิดอาญาโดยมีเจตนากระทำความผิด ผู้แทนนิติบุคคลย่อมมีความรับผิดชอบในทางอาญาอยู่แล้ว กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำหรือเจตนาในการกระทำความผิดของผู้แทนนิติบุคคลแต่อย่างใด



---

<sup>128</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามระบอบรวมอำนาจนั้น หากพิจารณาตามแนวความคิดของ Hans Kelsen อำนาจในการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นอำนาจในการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมาย เพราะมีลักษณะของการใช้อำนาจที่เหมือนกัน เพียงแต่มีลักษณะในทางปฏิเสธ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิเสธหรือในทางลบ (Negative legislator) ในระยะเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทเชิงรุกมากยิ่งขึ้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพื่อเป็นการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ โดยการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งหักล้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ในบางครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ยิ่งไปกว่าการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแทนที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่เดิม เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางปฏิฐานหรือในทางบวก (Positive legislator)

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามแนวทาง 2 ประการ กล่าวคือ การจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีความระมัดระวังหรือเคารพต่อการวินิจฉัยว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยว่ากฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไป หากยังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพอำนาจในการตัดสินใจตรากฎหมายและความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) ซึ่งเป็นแนวทางที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากกฎหมายดังกล่าวสามารถตีความได้หลายนัย เพื่อเป็นการสงวนรักษากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น และเป็นการหลีกเลี่ยงช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที

จากแนวทางข้างต้นนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดผลของคำวินิจฉัยได้หลายรูปแบบ โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การวินิจฉัยว่า

บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นการชั่วคราว หรือการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดและบางส่วน การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว หรือการกำหนดแนวทางบัญญัติกฎหมาย

เมื่อพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในต่างประเทศนั้น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ทั้งแบบนามธรรมและรูปธรรม ส่วนการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้พัฒนาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยเพื่อหลีกเลี่ยงผลที่ไม่พึงปรารถนาจากการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ ได้แก่ การขาดแคลนบทบัญญัติแห่งกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงไม่ต้องการให้บทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นอยู่ในขณะนั้น

หากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยโดยใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ (Admonitory Decision; Appellentscheidung) ซึ่งในกรณีแทนที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ เพราะมีเนื้อหาที่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ยังไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เลือกที่จะยืนยันความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็กำหนดระยะเวลาให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญในอนาคต หรือในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพียงแต่มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งยังมีได้วินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวตกเป็นโมฆะ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กลับออกคำสั่งให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปทำการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวให้ถูกต้องต่อไป หรือในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่เฉพาะให้ฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการตรากฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติละเลยไม่ดำเนินการตรากฎหมายภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนด

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ยังมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหมดหรือบางส่วนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Declaration of Incompatibility) กำหนดขึ้นเนื่องจาก

การจัดกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความไม่แน่นอนในระบบกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงพัฒนาคำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเพื่อเป็นทางเลือกที่สามนอกเหนือจากคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยไม่มีผลใช้บังคับ

ส่วนคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Decision) กำหนดขึ้นเนื่องจากการกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลใช้บังคับต่อไปอาจไม่เพียงพอต่อการป้องกันมิให้เกิดสถานการณ์เกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งก่อนประกาศใช้และหลังประกาศใช้ ส่วนการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน (*conformité sous réserves*) กำหนดขึ้นเนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพยายามปกป้องกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญปรับใช้กฎหมายดังกล่าวภายในบริบทที่ทำให้เกิดข้อสงสัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากหมายถึง...ไปในทางที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกำหนดสถานการณ์สมมติเพื่อนำไปใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวสามารถแบ่งออกเป็นกรณีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่มีผลในทางกฎหมาย (*interprétation neutralisante*) การตีความเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*interprétation constructive*) และการตีความโดยการกำหนดหรือแสดงให้เห็นชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการใช้บังคับกฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*interprétation directive*)

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ส่วนการกำหนดผลทางเวลาเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกเป็นกรณีจำกัดผลทางเวลาอันหลัง (*limited retroactive effect*) และการกำหนดมาตรการทางเวลาชั่วคราว (*Transitory Measures*) ซึ่งในกรณีหลังกำหนดขึ้นเนื่องจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันทีอาจก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที แต่ใช้อำนาจเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าวในภายหลัง

ในประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้ ทั้งทางตรง (direct method) และทางอ้อม (incidental method) ส่วนการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญต้องการความยืดหยุ่นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิทางสังคมและสวัสดิการ ซึ่งหากกฎหมายดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะทำให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของพลเมือง

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di rigetto) ได้แก่ คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Interpretive Judgement) กำหนดขึ้นเนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตีความไม่เพียงแต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญโดยหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมักจะปฏิเสธการเสนอปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญต้องสงวนรักษาภูมณฑลทางกฎหมาย หากมีอย่างน้อยทางหนึ่งที่สามารถตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้

ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นการชั่วคราว (Temporary Constitutionality) กำหนดขึ้นหากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่อาจตีความไปในทางอื่นหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ต้องการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (sentenze di accoglimento) ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไม่เป็นทางการ (Informal Declarations of Unconstitutionality) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ปฏิเสธการเพิกถอนบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงทางเลือกระหว่างการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญจึงแก้ไขปัญหาการไม่ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติโดยการเตือนว่า หากฝ่ายนิติบัญญัติไม่แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในระยะเวลาอันสมควร ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเลือกระหว่างการเพิกถอนกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเสียเอง โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ส่วนคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Additive Judgement) ศาลรัฐธรรมนูญต้องการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยการเข้าแก้ไขเพิ่มเติมเสียเอง กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตกเป็นโมฆะ หากไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้และไม่อาจเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่ขาดหายไปไว้ในกฎหมายได้

ส่วนคำวินิจฉัยเพิ่มเติมหลักการแห่งกฎหมาย (Principle Additive Judgement) ศาลรัฐธรรมนูญมิได้เพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายใหม่ลงไปในระบบกฎหมาย แต่เพิ่มเติมเฉพาะหลักการซึ่งมีลักษณะเป็นกรอบในการตรากฎหมายให้กับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยกำหนดระยะเวลาแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการดำเนินการ คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพยายามรักษาความสมดุลระหว่างการพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการรักษาอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าจะดำเนินการอย่างไร แทนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เสียเอง

ในประเทศสาธารณรัฐเกาหลี ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้แบบรูปธรรม ส่วนการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้น เหตุผลที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีความหลากหลายนั้น สืบเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องเคารพต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้บัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และป้องกันช่องว่างของกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยทันที

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางกรณี (Constitutional in Certain Context) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหากตีความตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญต้องสันนิษฐานในขั้นแรกเสียก่อนว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน ให้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งหมดเพื่อป้องกันความไม่แน่นอนทางกฎหมาย

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Unconformable to Constitution) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญบางส่วน แต่การให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดอาจ

ก่อให้เกิดผลเสียมากกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด คำวินิจฉัยรูปแบบดังกล่าวเป็นการเคารพต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตีความรัฐธรรมนูญให้กระทบกระเทือนต่ออำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย

ส่วนคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บางกรณี (Unconstitutional in Certain Context) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในการพิจารณาวินิจฉัยนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่การตีความบทบัญญัติดังกล่าวในลักษณะอื่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งก่อนประกาศใช้แบบนามธรรมและหลังประกาศใช้ทั้งแบบนามธรรมและรูปธรรม ส่วนการกำหนดผลของคำวินิจฉัยนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ในการกำหนดผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Constitution-conform Interpretation) เพื่อป้องกันช่องว่างของกฎหมายและความสับสนวุ่นวายทางกฎหมาย จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที นอกจากนี้ ยังเป็นการสงวนรักษากฎหมายนั้น หากสามารถกระทำได้ เพื่อเป็นไปตามการสันนิษฐานว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สำหรับกฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยทันที ย่อมทำให้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลแต่อย่างใด ส่งผลให้ปัจเจกบุคคลย่อมไม่มีสิทธิดังกล่าว และก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายหรือความสับสนวุ่นวายทางกฎหมายตามมา ส่วนกฎหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมนั้น ย่อมก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องขยายขอบเขตการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ไปยังกลุ่มบุคคลทุกกลุ่มเพื่อจัดการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และส่วนกฎหมายภาษีอากรนั้น ย่อมส่งผลให้รัฐไม่อาจจัดเก็บภาษีอากรในส่วนดังกล่าวเพื่อใช้ในการบริหารประเทศได้ เนื่องจากไม่มี บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นฐานอำนาจในการจัดเก็บภาษีอากรแต่อย่างใด ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนในทางการคลังของรัฐ

เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ กฎหมายที่ให้สิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคล กฎหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และ กฎหมายภาษีอากรนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยควรกำหนดคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป แต่รัฐสภาจะต้องไป แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ทั้งนี้ ให้กำหนดคำวินิจฉัย รูปแบบดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อ เป็นการแก้ไขข้อขัดแย้งและเป็นการปฏิบัติตามแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ และการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

ส่วนคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ถึงแม้ว่าจะเป็นกำหนัดเงื่อนไขการ ตีความกฎหมายเพื่อให้กฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามแนวทางการตีความกฎหมายให้ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลให้เป็นการบังคับให้ องค์กรของรัฐจะต้องตีความกฎหมายตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญ ตีความกฎหมายเกินไปกว่าขอบเขตของการตีความที่กฎหมายอนุญาตย่อมเป็นการปฏิเสธเจตนารมณ์ ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปรากฏในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการดังเช่นฝ่าย นิติบัญญัติ และส่งผลให้เกิดปัญหาการปกครองโดยตุลาการขึ้นได้ คำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่ง กฎหมายจึงขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทย ไม่ควรกำหนดคำวินิจฉัยตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ส่วนคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ถึงแม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อ หลีกเลี่ยงการเพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการสงวนรักษา กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ตามแนวทางการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตกอยู่ภายใต้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจที่ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติม บทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงเป็นการเข้าไปแทรกแซงขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและกระทำการ ดังเช่นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง ขัดต่อแนวทางการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ เพราะฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยไม่ควรกำหนดคำวินิจฉัยเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

## บรรณานุกรม

### หนังสือและบทความในหนังสือ

- คนันท์ ชัยชนะ. “ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน.” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 12. น.130-142. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส: ข้อคิดเพื่อการปรับปรุงกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร: สถาบันนโยบายศึกษา, 2541.
- \_\_\_\_\_. “วิธีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 2. น.225-254. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2544.
- \_\_\_\_\_. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- ประสพสุข บุญเดช. “ชื่อสกุลของหญิงมีสามีนั้นสำคัญไฉน.” ใน รพี 46. คณะกรรมการเนติบัณฑิตสมัยที่ 55. น.90-93. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2546.
- โกคิน พลกุล. ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร: โครงการศึกษานโยบายสาธารณะ สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2529.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ.” ใน รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. น.191-201. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- \_\_\_\_\_. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- \_\_\_\_\_. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.



วิชณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2530.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. ตุลาการรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2536.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.

สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา และคำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไปโดยย่อ. พระนคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด บำรุงสาส์น, 2511.

## วิทยานิพนธ์

กนิษฐา เชี่ยววิทย์. “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

ภฤณีฎีกา ทองเพชร. “ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

กัณนิกา อธิศิวกุล. “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อกระบวนการพิจารณา คำพิพากษา และการบังคับคดีตามคำพิพากษาในคดีอาญา.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545.

สุรียา ปานแป้น. “ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติ.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.

## บทความวารสาร

เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง. “วิเคราะห์คดีมาร์เบอร์และเมดิสัน: ต้นกำเนิดแห่งการใช้อำนาจตุลาการเพื่อดำรงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.” วารสารกฎหมาย. ปีที่ 27. ฉบับที่ 3. (กันยายน 2552): 169-190.

จรัญ ภัคธีธนากุล. “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ.” ตุลพาท. ปีที่ 27. เล่มที่ 1. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2523): 51-88.

- ตรีรัตน์ วงษาเกษ, ชาญ โชติกิตติกุล, สีนีนารถ ภาววัง, มุทิตา สารพัฒน์, ธันยพร พิงพุ่มแก้ว และวรัญญา งามศิริอุดม. “ความเป็นโมฆกรรมบางส่วนทางแพ่งและการสิ้นผลบางส่วนของกฎหมายมหาชน: กรณีศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555.” กฎหมายศึกษา. ปีที่ 8. ฉบับที่ 1. (ตุลาคม-พฤศจิกายน 2555): 17-21.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ““ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ข้อโต้แย้งทางวิชาการระหว่างคาร์ล ชมิดต์ และฮันส์ เคลเซ่น.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 42. ฉบับที่ 2. (มิถุนายน 2556): 254-272.
- \_\_\_\_\_. “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 43. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2557): 100-135.
- ธีระ สุธีวรางกูร. “คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 (การตั้งประเด็นแห่งคดีของศาลรัฐธรรมนูญ).” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 42. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2556): 223-230.
- ปฐมพงษ์ คำเขียว. “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 14. เล่มที่ 40. (มกราคม-เมษายน 2555): 84-111.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศสเพื่อปฏิรูปการเมือง.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 4. (ธันวาคม 2550): 729-758.
- \_\_\_\_\_. “ทฤษฎีรัฐธรรมนูญ ของ Carl Schmitt.” รัฐศาสตร์สาร. ปีที่ 35. ฉบับที่ 3. (กันยายน-ธันวาคม 2557): 93-125.
- นิรมัย พิศแข. “การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2550): 51-82.
- พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์. “การพัฒนาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 10. เล่มที่ 28. (มกราคม-เมษายน 2551): 29-63.
- \_\_\_\_\_. “การให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องหรือฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 13. เล่มที่ 37. (มกราคม-เมษายน 2554): 82-100.
- มานิตย์ จุมปา. “สิทธิในการใช้นามสกุลของหญิงมีสามี เส้นบรรจบระหว่างความเสมอภาคของปัจเจกบุคคลกับความเป็นเอกภาพของสถาบันครอบครัว.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 5. เล่มที่ 15. (กันยายน-ธันวาคม 2546): 59-71.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การฟ้องคดีขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎในระบบกฎหมายเยอรมัน.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 5. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548): 1-17.
- \_\_\_\_\_. “ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 กับตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่. ปีที่ 3. ฉบับที่ 62. (16 ตุลาคม 2548): 50-55.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Legislation).” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 10. ฉบับที่ 4 (ธันวาคม 2521): 522-580.

วรรณมา สุพรรณธนะริตา. “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 10. เล่มที่ 28. (มกราคม-เมษายน 2551): 82-136.

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. “เปรียบเทียบองค์ประกอบ ที่มา และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ. ปีที่ 10. เล่มที่ 28. (มกราคม-เมษายน 2551): 3-28.

อานนท์ มาเม้า. “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 43. ฉบับที่ 4. (ธันวาคม 2557): 796-835.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.” วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 36. ฉบับที่ 1. (มีนาคม 2550): 28-50.

Jean-Marie Crouzatier. “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ: การตรวจสอบว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่.” วารสารวิชาการศาลปกครอง. ปีที่ 10. ฉบับที่ 3. (กันยายน-ธันวาคม 2553): 1-15.

## เอกสารอื่น ๆ

บรรเจิด สิงคะเนติ วรกร โอภาสนันท์ และอารยา สุขสม. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2555.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.

\_\_\_\_\_. รายงานวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

รายงานการสัมมนาโต๊ะกลม เรื่อง “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับผลผูกพันต่อศาลอื่น” ดำเนินการโดย สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ร่วมกับสำนักงานศาลยุติธรรมและสำนักงานศาลปกครอง

วันที่ 23 กรกฎาคม 2546 ณ โรงแรมแกรนด์ เดอวิลส์ (พาหุรัต) กรุงเทพมหานคร จัดทำ  
โดย กลุ่มงานรัฐธรรมนูญนิเทศ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานวิจัย เรื่อง การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาล  
รัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์  
สาธารณรัฐเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. รายงานวิจัย เรื่อง การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ  
แห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดยศาลหรือ  
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

\_\_\_\_\_. รายงานวิจัย เรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร:  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548.

อิสสระ นิตินันท์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์โอโหมษ และพรชัย เลื่อนฉวี. รายงานการวิจัย เรื่อง ระบบศาล  
รัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบ  
ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส และเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจ  
บัณฑิตย, 2546.

อุดม รัฐอมฤต และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.  
กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

Michel Fromont. Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht (บทความเรื่อง  
ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน: มุมมองจากฝรั่งเศส). แปลโดย วรเจตน์  
ภาคีรัตน์. เอกสารประกอบการสอนในวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน บัณฑิตศึกษา  
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาคการศึกษาที่ 2 ปีการศึกษา 2548.

### เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กล้า สมุทวณิช. “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกับสถาบันครอบครัว.” [www.pub-law.net/pub-law/view.aspx?id=567](http://www.pub-law.net/pub-law/view.aspx?id=567), 28 สิงหาคม 2558.

ปุนเทพ ศิรินุพงศ์. “มายาคติเกี่ยวกับ “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในระบอบรัฐธรรมนูญไทย (2).”  
[www.prachatai.com/journal/2015/03/58633](http://www.prachatai.com/journal/2015/03/58633), 22 มิถุนายน 2558.

มติชนออนไลน์. “มติประวัติศาสตร์” ศาลธน. ปลดแอกหญิง แต่งงานเลือกใช้นามสกุลได้.” [thai-misc.pukpik.com/freewebboard/php/vreply.php?user=tsvd&topic=1481](http://thai-misc.pukpik.com/freewebboard/php/vreply.php?user=tsvd&topic=1481), 9 กันยายน 2558.

มีชัย ฤชุพันธ์. “ไขปัญหากฎหมาย.” [library.msu.ac.th/meechaihome/index.php?sect=readqa.php&qid=3574](http://library.msu.ac.th/meechaihome/index.php?sect=readqa.php&qid=3574), 28 สิงหาคม 2558.

### Books and Book Articles

Alec Stone Sweet. The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective. New York: Oxford University Press, 1992.

Allan R. Brewer-Carías. Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study. New York: Cambridge University Press, 2011.

Constitutional Court of Korea. Twenty Years of the Constitutional Courts of Korea: Abridged Edition. Seoul: The Constitutional Court, 2010.

David Robertson. The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.

François-Xavier Millet. “Temporal Effects of Judicial Decisions in France.” in The Effects of Judicial Decisions in Time. ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. pp.111-121. Cambridge: Intersentia, 2014.

Giuseppe Maritino. “The Temporal Effects of the Italian Constitutional Court and the Mechanism of Warning Decisions.” in The Effects of Judicial Decisions in Time. ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. pp.135-149. Cambridge: Intersentia, 2014.

Italian Constitutional Court. The Italian Constitutional Court. Rome: Stabilimentri Tipografici Carlo Colombo S.p.A., 2004.

John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker. Principle of French Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Jörn Ipsen. “Constitutional Review of Laws.” in Main Principles of the German Basic Law: The Contributions of the Federal Republic of Germany to the First World Congress of the International Association of Constitutional Law. ed. Christian Starck. pp.107-137. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1983.

Lars Vinx. The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

- Maartje de Visser. Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.
- Nigel Foster and Satish Sule. German Legal System and Laws. 4th ed. New York: Oxford University Press, 2010.
- Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. "The Effects of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes." in The Effects of Judicial Decisions in Time. ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. pp.1-13. Cambridge: Intersentia, 2014.
- Sophie Boyron. The Constitution of France: A Contextual Analysis. London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2013.
- Tania Groppi. "The Italian Constitutional Court: Towards a 'Multilevel System' of Constitutional Review?." in Constitutional Courts: A Comparative Study. ed. Andrew Harding and Peter Leyland. pp.125-147. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2009.
- Tom Ginsburg. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. New York: Cambridge University Press, 2003.
- Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia and Andrea Simoncini. Italian Constitutional Justice in Global Context. New York: Oxford University Press, 2015.
- Wen-chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan and Jirunn-rong Yeh. Constitutionalism in Asia: Cases and Materials. London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.
- Werner Heun. The Constitution of Germany: A Contextual Analysis. London and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.
- Werner Schroeder. "Temporal Effects of Decisions of the German Federal Constitutional Court." in The Effects of Judicial Decisions in Time. ed. Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule and Beatrix Vanlerberghe. pp.21-33. Cambridge: Intersentia, 2014.

## Articles

- Alec Stone Sweet. "Why Europe Rejected American Judicial Review: And Why It May Not Matter." Michigan Law Review. Vol.101. No.8. (August 2003): 2744-2780.

- Alessandro Pizzorusso, Vincenzo Vigoriti and G. L. Certoma. "The Constitutional Review of Legislation in Italy." Temple Law Quarterly. Vol.56. (1983): 503-538.
- David Luban. "Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint." Duke Law Journal. Vol.44. No.3. (1994): 449-523.
- Elisabetta Palici di Suni. "Gender Parity and Quotas in Italy: A Convolved Reform Process." West European Politics, Vol.35. No.2. (2012): 380-394.
- Federico Fabbrini. "Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a Posteriori Constitutional Review of Legislation." German Law Journal, Vol.9. No.10. (2008): 1297-1312.
- Gavin Healy. "Note: Judicial Activism in the New Constitutional Court of Korea." Columbia Journal of Asian Law, Vol.14. No.1. (2000): 213-234.
- James M. West and Dae-Kyu Yoon. "The Constitutional Court of the Republic of Korea: Transforming the Jurisprudence of the Vortex?." The American Journal of Comparative Law. Vol.40. No.1. (Winter, 1992): 73-119.
- Jibong Lim. "Korean Constitutional Court Standing at the Crossroads: Focusing on Real Cases and Variational Types of Decisions." Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review. Vol.24. No.327. (2002): 327-359.
- Larry D. Kramer. "Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint." California Law Review. Vol.100. (2012): 621-634.
- Richard A. Posner. "The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint." California Law Review. Vol.100. (2012): 519-556.
- Sarah Verstraelen. "The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity." German Law Journal. Vol.14. No.9. (2013): 1687-1730.
- Víctor Ferreres Comella. "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism." Texas Law Review. Vol.82 (2004): 1705-1736.
- Vincenzo Vigoriti. "Italy: the Constitutional Court." The American Journal of Comparative Law. Vol.20 (1972): 404-414.

William J. Nardini. "Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court." Seton Hall Law Review. Vol.30 (1999): 1-63.

Wolfgang Zeidler. "The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms." Notre Dame Law Review. Vol.62. (1987): 504-525.

### Electronic Media

Gertrude Lübbecke-Wolff. "The Constitutional Court's Relationship to Parliament and Government." [www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/GERMANIA%20eng.pdf](http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/GERMANIA%20eng.pdf), June 30, 2015.

Gianluca Gentili. "Concrete Control of Constitutionality in Italy." [www.academia.edu/227731/Concrete\\_Control\\_of\\_Constitutionality\\_in\\_Italy](http://www.academia.edu/227731/Concrete_Control_of_Constitutionality_in_Italy), May 31, 2015.

\_\_\_\_\_. "Individual Constitutional Complaint in Italy Projects of Introduction and an Assessment of the Real Advantages for the Protection of Fundamental Rights." [www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%203RD%20PDF/ICC%20Italy%20edit%20ok.pdf](http://www.jus.unitn.it/cocoa/papers/PAPERS%203RD%20PDF/ICC%20Italy%20edit%20ok.pdf), May 31, 2015.

Pasquale Pasquino. "The New Constitutional Adjudication in France: The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model." [www.pravo.unizg.hr/\\_download/repository/Pasquino\\_New-Constitutional-adjudication-France.pdf](http://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Pasquino_New-Constitutional-adjudication-France.pdf), March 16, 2015.

Reinhard Gaier. "Enforcement of Constitutional Court's Decisions." [www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/GERMANIA%20eng.pdf](http://www.confeuconstco.org/reports/rep-xv/GERMANIA%20eng.pdf), June 30, 2015.

Xavier Philippe. "Constitutional Review in France: The Extended Role of the Conseil Constitutionnel through the New Priority Preliminary Rulings Procedure (QPC)." [www.ajk.elte.hu/file/Annales\\_2012\\_04\\_Xavier.pdf](http://www.ajk.elte.hu/file/Annales_2012_04_Xavier.pdf), June 30, 2015.

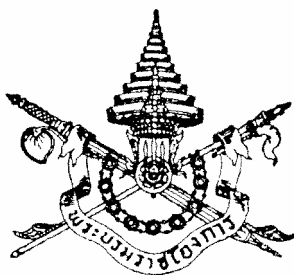




ภาคผนวก

ภาคผนวก ก  
พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548





## พระราชบัญญัติ

ชื่อบุคคล (ฉบับที่ ๓)

พ.ศ. ๒๕๕๘

## ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๕๘

เป็นปีที่ ๖๐ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยชื่อบุคคล

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๕ ประกอบกับมาตรา ๓๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๕๘”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๖ ชื่อตัวต้องไม่พ้องหรือมุ่งหมายให้คล้ายกับพระปรมาภิไธย พระนามของพระราชินี หรือราชทินนาม และต้องไม่มีคำหรือความหมายหยาบคาย

ชื่อรองต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามวรรคหนึ่ง และต้องไม่พ้องกับชื่อสกุลของบุคคลอื่น เว้นแต่เป็นกรณีที่คู่สมรสใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งหรือกรณีบุตรใช้ชื่อสกุลเดิมของมารดาหรือบิดา เป็นชื่อรองของตน

คู่สมรสอาจใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งเป็นชื่อรองได้เมื่อได้รับความยินยอมของฝ่ายนั้นแล้ว”

มาตรา ๔ ให้ยกเลิกความในวรรคสอง ของมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“เมื่อนายทะเบียนท้องที่พิจารณาเห็นว่าชื่อสกุลที่ขอตั้งนั้นไม่ขัดต่อพระราชบัญญัตินี้ ก็ให้เสนอต่อไปตามลำดับจนถึงนายทะเบียนกลาง เมื่อได้รับอนุมัติจากนายทะเบียนกลางแล้ว ให้นายทะเบียนท้องที่รับจดทะเบียนชื่อสกุลนั้นและออกหนังสือสำคัญแสดงการรับจดทะเบียนชื่อสกุลให้แก่ผู้ขอ แต่ในกรณีที่สำนักทะเบียนใดสามารถเชื่อมโยงข้อมูลเข้ากับเครือข่ายข้อมูลของสำนักทะเบียนกลางตามที่กระทรวงมหาดไทยประกาศกำหนดแล้ว ให้นายทะเบียนท้องที่ดำเนินการดังกล่าวได้โดยไม่ต้องได้รับอนุมัติจากนายทะเบียนกลาง”

มาตรา ๕ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสาม ของมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕

“ในกรณีที่ผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุลตายแล้ว ให้ผู้สืบสันดานของผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุลในลำดับที่ใกล้ชิดที่สุดซึ่งยังมีชีวิตอยู่และใช้ชื่อสกุลนั้นมีสิทธิอนุญาตตามวรรคหนึ่ง”

มาตรา ๖ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๑๒ และมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๑๒ คู่สมรสมีสิทธิใช้ชื่อสกุลของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามที่ตกลงกัน หรือต่างฝ่ายต่างใช้ชื่อสกุลเดิมของตน

การตกลงกันตามวรรคหนึ่ง จะกระทำเมื่อมีการสมรสหรือในระหว่างสมรสก็ได้

ข้อตกลงตามวรรคหนึ่ง คู่สมรสจะตกลงเปลี่ยนแปลงภายหลังก็ได้

มาตรา ๑๓ เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยการหย่าหรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส ให้ฝ่ายซึ่งใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน

เมื่อการสมรสสิ้นสุดลงด้วยความตาย ให้ฝ่ายซึ่งยังมีชีวิตอยู่และใช้ชื่อสกุลของอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิใช้ชื่อสกุลนั้นได้ต่อไป แต่เมื่อจะสมรสใหม่ ให้กลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตน”

มาตรา ๗ ให้ยกเลิกมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๐

มาตรา ๘ ให้ยกเลิกอัตราค่าธรรมเนียมทำयพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ และให้ใช้อัตราค่าธรรมเนียมทำยพระราชบัญญัตินี้แทน

มาตรา ๙ หญิงมีสามีซึ่งใช้ชื่อสกุลของสามีก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้มีสิทธิใช้ชื่อสกุลของสามีได้ต่อไป แต่ไม่ตัดสิทธิที่จะกลับไปใช้ชื่อสกุลเดิมของตนหรือมีข้อตกลงระหว่างสามีภรรยาเป็นประการอื่น

มาตรา ๑๐ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี

"อัตราค่าธรรมเนียม

---

- |   |                         |
|---|-------------------------|
| (๑) การออกหนังสือสำคัญแสดงการเปลี่ยนชื่อตัว<br>หรือชื่อรอง                        | ฉบับละ ๑๐๐ บาท          |
| (๒) การออกหนังสือสำคัญแสดงการรับจดทะเบียนตั้งชื่อสกุล                             | ฉบับละ ๒๐๐ บาท          |
| (๓) การออกหนังสือสำคัญแสดงการรับจดทะเบียน<br>เปลี่ยนชื่อสกุล                      |                         |
| (ก) การเปลี่ยนชื่อสกุลเพราะเหตุสมรส   |                         |
| (๑) การเปลี่ยนครั้งแรกภายหลังการจดทะเบียนสมรส<br>หรือเปลี่ยนเพราะการสมรสสิ้นสุดลง | ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม |
| (๒) การเปลี่ยนครั้งต่อ ๆ ไป   | ฉบับละ ๑๐๐ บาท          |
| (ข) การเปลี่ยนชื่อสกุลเพราะเหตุอื่น   | ฉบับละ ๒๐๐ บาท          |
| (๔) การออกใบแทนหนังสือสำคัญตาม (๑) (๒) หรือ (๓)                                   | ฉบับละ ๕๐ บาท           |

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ ๒๑/๒๕๕๖ ว่าพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ มาตรา ๑๒ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ ประกอบกับหลักเกณฑ์ในการใช้ชื่อรองตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่รัดกุมและอาจมีการนำชื่อสกุลของบุคคลอื่นมาใช้เป็นชื่อรองอันจะทำให้บุคคลทั่วไปเกิดความเข้าใจผิดว่าเป็นผู้มีสิทธิใช้ชื่อสกุลนั้น อีกทั้งวิธีการขอตั้งชื่อสกุลที่เป็นอยู่ไม่เอื้อต่อการให้บริการประชาชนโดยระบบอิเล็กทรอนิกส์ และการกำหนดให้ผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุลเท่านั้นที่ผู้มีอำนาจอนุญาตให้บุคคลอื่นร่วมใช้ชื่อสกุลก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ในกรณีผู้จดทะเบียนตั้งชื่อสกุลเสียชีวิตไปแล้ว นอกจากนี้ อัตราค่าธรรมเนียมเดิมใช้มาเป็นระยะเวลาอันไม่เหมาะสมต่อการบริหารจัดการและให้บริการข้อมูลชื่อบุคคลที่ถูกต้องตามความเป็นจริง สมควรปรับปรุงบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและให้เหมาะสมยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

## ภาคผนวก ข

พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2555







พระราชกำหนด  
แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๑๘)  
พ.ศ. ๒๕๕๕

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๔ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๕  
เป็นปีที่ ๖๗ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร

พระราชกำหนดนี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๔๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๘๔ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชกำหนดนี้เรียกว่า “พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๑๘) พ.ศ. ๒๕๕๕”

มาตรา ๒ พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป เว้นแต่บทบัญญัติมาตรา ๓ และมาตรา ๖ ให้ใช้บังคับสำหรับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. ๒๕๕๕ ที่จะต้องยื่นรายการใน พ.ศ. ๒๕๕๖ เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิกความใน (๒) ของมาตรา ๔๗ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๑๖) พ.ศ. ๒๕๓๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(๒) ในกรณีสามีภริยาต่างฝ่ายต่างมีเงินได้ การหักลดหย่อนตาม (๑) (ก) และ (ข) ให้หักลดหย่อนรวมกันได้ ๖๐,๐๐๐ บาท”

มาตรา ๔ ให้ยกเลิกมาตรา ๕๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๙

มาตรา ๕ ให้ยกเลิกมาตรา ๕๗ เบญจ แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๑๔) พ.ศ. ๒๕๒๙

มาตรา ๖ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๕๗ ฉ แห่งประมวลรัษฎากร

“มาตรา ๕๗ ฉ ในการเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยานั้น ให้สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินที่ตนได้รับในระหว่างปีภาษีที่ล่วงมาแล้วตามมาตรา ๕๖

ในกรณีที่เงินได้พึงประเมินไม่อาจแยกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นของสามีหรือภริยาแต่ฝ่ายใด ให้ถือเป็นเงินได้พึงประเมินของสามีและภริยาฝ่ายละกึ่งหนึ่ง เว้นแต่เงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๘) สามีและภริยาจะแบ่งเงินได้พึงประเมินเป็นของแต่ฝ่ายใดตามส่วนที่ตกลงกันได้ แต่รวมกันต้องไม่น้อยกว่าเงินได้พึงประเมินที่ได้รับ ถ้าตกลงกันไม่ได้ ให้ถือเป็นเงินได้พึงประเมินของสามีและภริยาฝ่ายละกึ่งหนึ่ง

สามีและภริยาจะตกลงยื่นรายการและเสียภาษีรวมกัน โดยให้ถือเอาเงินได้พึงประเมินของตนเป็นเงินได้ของสามีหรือภริยาอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้ หรือจะแยกยื่นรายการและเสียภาษีเฉพาะส่วนที่เป็นเงินได้พึงประเมินตามมาตรา ๔๐ (๑) โดยมีให้ถือเอาเป็นเงินได้ของอีกฝ่ายหนึ่งก็ได้แต่ถ้ามีภาษีค้างชำระ สามีและภริยาต้องร่วมรับผิดชอบในการเสียภาษีที่ค้างชำระนั้น

เมื่อได้เลือกยื่นรายการตามวรรคสองและวรรคสามในปีภาษีใดแล้ว ให้ถือว่าเป็นวิธีการยื่นรายการสำหรับปีภาษีนั้นตลอดไป เว้นแต่อธิบดีจะอนุมัติให้เปลี่ยนแปลงวิธีการเลือกยื่นรายการดังกล่าว”

มาตรา ๗ บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรที่ถูกลบเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดนี้ ให้ยังคงใช้บังคับต่อไปเฉพาะในการปฏิบัติจัดเก็บภาษีอากรที่ค้างอยู่หรือที่พึงชำระก่อนวันที่พระราชกำหนดนี้ใช้บังคับ

มาตรา ๘ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชกำหนดนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๑๗/๒๕๕๕ ว่า มาตรา ๕๗ ตี และมาตรา ๕๗ เบญจ แห่งประมวลรัษฎากร ชัดหรือแย้งต่อมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งทำให้มีความจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสียภาษีเงินได้และการยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินของผู้มีเงินได้ที่เป็นสามีและภริยาขึ้นใหม่บางประการ สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรในเรื่องดังกล่าว เพื่อใช้บังคับสำหรับการยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. ๒๕๕๕ เป็นต้นไป ทั้งนี้ ผู้มีเงินได้มีหน้าที่ยื่นรายการเกี่ยวกับเงินได้พึงประเมินประจำปีภาษี พ.ศ. ๒๕๕๕ ใน พ.ศ. ๒๕๕๖ ซึ่งต้องเริ่มต้นยื่นตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. ๒๕๕๖ ประกอบกับการจัดเก็บภาษีเงินได้ และการบริหารจัดการเก็บภาษีเงินได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นเครื่องมือทางการคลังที่สำคัญในอันที่จะทำให้รัฐสามารถจัดเก็บภาษีอากรซึ่งเป็นรายได้ที่สำคัญต่อเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีประสิทธิภาพและตรวจสอบได้ และโดยที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นต้องรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้

## ภาคผนวก ค

หนังสือ ด่วนที่สุด ที่ มท 0309.3/ว 1678 ลงวันที่ 9 กันยายน 2546 เรื่อง  
การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา 12 ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล  
พ.ศ. 2505 ใช้บังคับมิได้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ





# ความที่สุด

ที่ มท ๐๓๐๙.๓/ว ๑๖๗๘

กรมการปกครอง  
ถนนอิษฎางค์ กทม. ๑๐๒๐๐

๙ กันยายน ๒๕๕๖

เรื่อง การปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคลกรณี มาตรา ๑๒ ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕  
ให้บังคับมิได้ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

เรียน ผู้ว่าราชการจังหวัด ทุกจังหวัด และปลัดกรุงเทพมหานคร

อ้างถึง วิทยุกรมการปกครอง ความที่สุด ที่ มท ๐๓๐๙.๓/ว ๙๙๔ ลงวันที่ ๖ มิถุนายน ๒๕๕๖

ตามที่กรมการปกครองได้มีวิทยุชักซ้อมแนวทางปฏิบัติงานทะเบียนชื่อบุคคล เมื่อวันที่ ๖ มิถุนายน ๒๕๕๖ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย ที่ ๒๑/๒๕๕๖ ในวันที่ ๕ มิถุนายน ๒๕๕๖ ว่า พระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ มาตรา ๑๒ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๐ เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖ โดยให้หญิงมีสามีที่ไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีสามารถดำเนินการได้ และหากหญิงมีสามีประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีก็ให้สามารถดำเนินการได้ นั้น

เนื่องจาก ที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทย เมื่อวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๕๖ ได้พิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วมีความเห็นว่า เมื่อบทบัญญัติ มาตรา ๑๒ ของพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ มีผลให้หญิงมีสามีสามารถเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลเดิมของตน หรือจะใช้ชื่อสกุลของสามีก็ได้แล้วแต่ความประสงค์ของหญิงนั้น การที่หญิงมีสามีเลือกที่จะใช้ชื่อสกุลของสามีสามารถที่จะดำเนินการได้ แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้ เพราะการใช้ชื่อสกุลสามีของหญิงสมรสแล้วเป็นจารีตประเพณี ซึ่งได้ถือปฏิบัติกันมาอย่างยาวนานในสังคมไทยตามนัยมาตรา ๔ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นอกจากนี้คณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงมหาดไทยยังได้มีมติให้เสนอร่างพระราชบัญญัติชื่อบุคคล (ฉบับที่...) พ.ศ..... เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม หลักเกณฑ์การใช้ชื่อสกุลของหญิง และแก้ไขอัตราค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัติชื่อบุคคล พ.ศ. ๒๕๐๕ ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องใช้เวลาอีกระยะหนึ่งร่างพระราชบัญญัติ จึงจะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ ดังนั้น ในระหว่างที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังไม่มีผลบังคับใช้ ให้ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้ชื่อสกุลของหญิงมีสามีและการแก้ไขรายการในทะเบียนบ้าน ดังนี้

- ๑) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามีอยู่แล้ว ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไป ให้สามารถใช้ชื่อสกุลของสามีต่อไปได้
- ๒) หญิงที่จดทะเบียนสมรส ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี ให้สามารถใช้ชื่อสกุลของสามีได้
- ๓) หญิงที่จดทะเบียนสมรสหากไม่ประสงค์จะใช้ชื่อสกุลของสามี ให้สามารถใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเองได้
- ๔) หญิงมีสามีที่ใช้ชื่อสกุลของสามี หรือใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเองอยู่แล้ว ประสงค์จะร้องขอกลับใช้ชื่อสกุลเดิมของตนเอง หรือขอใช้ชื่อสกุลของสามีแล้วแต่กรณี ให้ยื่นคำร้องโดยใช้แบบ ข. ๑ โดยอนุโลมเมื่อตรวจสอบความถูกต้องประกอบกับเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ร้องขอมิได้มีเจตนาทุจริตให้พิจารณาอนุญาต ต่อจากนั้นให้นำสำเนาคำสั่งอนุญาตไปประกอบการดำเนินการแก้ไขรายการในทะเบียนบ้านต่อไป

สำหรับการแก้ไขรายการในทะเบียนบ้านให้ถือปฏิบัติตามแนวทางหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๔๒๒/ว ๘๕๖ ลงวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๓๐ เรื่อง การแก้ไขรายการในทะเบียนบ้าน โดยอนุโลม ทั้งนี้ การแก้ไขรายการในทะเบียนบ้านรายการชื่อสกุลของหญิงที่จดทะเบียนสมรส ตามข้อ ๒ และ ๓ ให้ดำเนินการตามความประสงค์ของหญิงนั้น ซึ่งได้แจ้งให้ทางราชการบันทึกความประสงค์ดังกล่าวไว้ในทะเบียนสมรสแล้ว

จึงเรียนมาเพื่อโปรดทราบ และแจ้งนายทะเบียนท้องถิ่นทราบและถือปฏิบัติต่อไป

ขอแสดงความนับถือ



(นายอุดมศักดิ์ อัครวางกูร)

รองอธิบดี รักษาราชการแทน

อธิบดีกรมการปกครอง

สำนักบริหารการทะเบียน

ส่วนการทะเบียนทั่วไป

โทร. ๐-๒๖๙๙๑-๗๐๑๘

ภาคผนวก ง  
คำชี้แจงกรมสรรพากร เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้  
บุคคลธรรมดาจากสามีและภรรยา





## คำชี้แจงกรมสรรพากร

### เรื่อง แนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยา

โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ ๑๗/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕ ว่าการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยาตามมาตรา ๕๗ ตรี และมาตรา ๕๗ เบญจ แห่งประมวลรัษฎากร เป็นการจำกัดสิทธิสามีและภริยาในการยื่นรายการและเสียภาษี ถือว่าไม่ส่งเสริมความเสมอภาคของชายและหญิง กรณีจึงขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๓๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บทบัญญัติตามมาตรา ๕๗ ตรี และมาตรา ๕๗ เบญจ แห่งประมวลรัษฎากร จึงเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลให้มีผลในวันอ่าน คือ ตั้งแต่วันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕ ตามข้อ ๕๕ ของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. ๒๕๕๐ ดังนั้น กรมสรรพากรจึงได้กำหนดแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากสามีและภริยาเพื่อให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ การเก็บภาษีเงินได้จากสามีและภริยาสำหรับปีภาษี ๒๕๕๕ เป็นต้นไปนั้นมีให้ถือว่าเงินได้พึงประเมินของภริยาเป็นเงินได้ของสามี

กรณีสามีภริยาต่างฝ่ายต่างมีเงินได้ สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ยื่นรายการและเสียภาษีเงินได้ในนามตนเอง ส่วนกรณีเงินได้พึงประเมินที่เกิดจากการทำกิจการร่วมกัน หรือที่มีได้พิสูจน์ว่าเป็นเงินได้ของฝ่ายใด ให้ยื่นรายการและเสียภาษีในนามคณะบุคคลที่มีโชนิติบุคคล

ข้อ ๒ การยื่นรายการของสามีหรือภริยา ให้หักลดหย่อนได้ ดังต่อไปนี้

(๑) สำหรับผู้มีเงินได้ ๓๐,๐๐๐ บาท ตามมาตรา ๔๗ (๑) (ก) แห่งประมวลรัษฎากร  
ตัวอย่างที่ ๑ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีหักลดหย่อนสำหรับผู้มีเงินได้ ๓๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๒ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนสำหรับผู้มีเงินได้ ๓๐,๐๐๐ บาท

(๒) สำหรับสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ ๓๐,๐๐๐ บาท ตามมาตรา ๔๗ (๑) (ข) แห่งประมวลรัษฎากร

ตัวอย่างที่ ๓ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีหักลดหย่อนภริยา ๓๐,๐๐๐ บาท

/ ตัวอย่างที่ ๔ ...



ตัวอย่างที่ ๔ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนสำหรับผู้มีเงินได้ ๓๐,๐๐๐ บาทแล้ว จึงไม่มีสิทธิหักลดหย่อนสามีหรือภริยา

(๓) สำหรับบุตรและการศึกษาบุตรตามมาตรา ๔๗ (๑) (ค) (ฉ) แห่งประมวลรัษฎากร

(ก) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว ให้หักลดหย่อนบุตร ๑๕,๐๐๐ บาท และการศึกษาบุตร ๒,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๕ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ มีบุตรด้วยกัน ๑ คน สามีหักลดหย่อนบุตร ๑๕,๐๐๐ บาท และการศึกษาบุตรอีก ๒,๐๐๐ บาท

(ข) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย และความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษีให้ต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนบุตร ๑๕,๐๐๐ บาท และการศึกษาบุตร ๒,๐๐๐ บาท แต่ถ้าความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้ต่างฝ่ายต่างหักได้กึ่งหนึ่ง

ตัวอย่างที่ ๖ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย มีบุตรด้วยกัน ๑ คน ถ้าความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี สามีและภริยาหักลดหย่อนบุตร ๑๕,๐๐๐ บาท และการศึกษาบุตรอีก ๒,๐๐๐ บาท (ฝ่ายละ ๑๗,๐๐๐ บาท) แต่ถ้าความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี สามีและภริยาหักได้ฝ่ายละ ๘,๕๐๐ บาท

(๔) สำหรับเบี้ยประกันชีวิตตามมาตรา ๔๗ (๑) (ง) แห่งประมวลรัษฎากร

(ก) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว ให้หักลดหย่อนเบี้ยประกันชีวิตตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท ในกรณีที่ความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี ให้ผู้มีเงินได้มีสิทธิหักเบี้ยประกันชีวิตของสามีหรือภริยาได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๗ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีจ่ายเบี้ยประกันชีวิต ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักลดหย่อน ๑๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๘ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีจ่ายเบี้ยประกันชีวิต ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาจ่ายเบี้ยประกันชีวิต ๑๐,๐๐๐ บาท ถ้าความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี สามีหักลดหย่อนส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท และส่วนของภริยา ๑๐,๐๐๐ บาท (รวม ๒๐,๐๐๐ บาท) แต่ถ้าความเป็นสามีภริยาได้มีอยู่ตลอดปีภาษี สามีหักลดหย่อนได้เฉพาะส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท

(ข) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย ให้ต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนเบี้ยประกันชีวิตส่วนของตนตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๙ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีจ่ายเบี้ยประกันชีวิต ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาจ่ายเบี้ยประกันชีวิต ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักลดหย่อนส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาหักลดหย่อนส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท

(๕) สำหรับเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามมาตรา ๔๗ (๑) (ข) แห่งประมวลรัษฎากร

ตัวอย่างที่ ๑๐ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักได้ ๑๐,๐๐๐ บาท

/ ตัวอย่างที่ ๑๑ ...

ตัวอย่างที่ ๑๑ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาจ่ายเงินสะสมเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักลดหย่อนส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาหักลดหย่อนส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท

(๖) สำหรับดอกเบี้ยเงินกู้ยืมตามมาตรา ๔๗ (๑) (ข) แห่งประมวลรัษฎากร

(ก) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว ให้สามีหรือภริยาฝ่ายที่มีเงินได้หักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้เฉพาะส่วนของตน

ตัวอย่างที่ ๑๒ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีกู้ยืมและจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืม ๑๐,๐๐๐ บาท ภริยาจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืม ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้เฉพาะส่วนของตน ๑๐,๐๐๐ บาท

(ข) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียวและร่วมกันกู้ยืม ให้ผู้มีเงินได้หักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้เต็มจำนวนตามที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๑๓ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ ถ้าสามีภริยาร่วมกันกู้ยืมและจ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเป็นจำนวน ๑๐,๐๐๐ บาท สามีมีสิทธิหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้ทั้งจำนวน ๑๐,๐๐๐ บาท

(ค) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย และต่างฝ่ายต่างมีสิทธิหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมอยู่ก่อนแล้ว ต่อมาสมรสกัน ให้ต่างฝ่ายต่างยังคงหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมส่วนของตนได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท ทั้งนี้ ไม่ว่าความเป็นสามีภริยาจะได้อยู่ตลอดปีภาษีหรือไม่ก็ตาม

ตัวอย่างที่ ๑๔ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย และมีสิทธิหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมอยู่ก่อนแล้วฝ่ายละ ๑๐,๐๐๐ บาท ต่อมาสมรสกัน สามีและภริยายังคงหักลดหย่อนได้ฝ่ายละ ๑๐,๐๐๐ บาท ทั้งนี้ ไม่ว่าความเป็นสามีภริยาจะได้อยู่ตลอดปีภาษีหรือไม่ก็ตาม

(ง) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่ายและร่วมกันกู้ยืม ให้ต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้กึ่งหนึ่งของจำนวนที่จ่ายจริงแต่รวมกันไม่เกิน ๑๐,๐๐๐ บาท ทั้งนี้ ไม่ว่าความเป็นสามีภริยาจะได้อยู่ตลอดปีภาษีหรือไม่ก็ตาม

ตัวอย่างที่ ๑๕ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย ถ้าสามีภริยาร่วมกันกู้ยืมและได้จ่ายดอกเบี้ยเงินกู้ยืมเป็นจำนวน ๑๐,๐๐๐ บาท สามีหักลดหย่อนได้ ๕,๐๐๐ บาท ภริยาหักลดหย่อนได้ ๕,๐๐๐ บาท

(๗) สำหรับเงินสมทบที่ผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมตามมาตรา ๔๗ (๑) (ณ) แห่งประมวลรัษฎากร

ตัวอย่างที่ ๑๖ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีหักลดหย่อนเงินสมทบกองทุนประกันสังคมได้ตามจำนวนที่จ่ายจริง

ตัวอย่างที่ ๑๗ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนเงินสมทบกองทุนประกันสังคมได้ตามจำนวนที่จ่ายจริง

(๘) สำหรับค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามมาตรา ๔๗ (๑) (ญ) แห่งประมวลรัษฎากร

(ก) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว ให้หักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของผู้มีเงินได้คนละ ๓๐,๐๐๐ บาท และบิดามารดาของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้คนละ ๓๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๑๘ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของตน สามีหักลดหย่อนบิดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท และมารดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท (รวม ๖๐,๐๐๐ บาท) และถ้าสามีได้อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของภริยาด้วย สามีมีสิทธิหักลดหย่อนบิดาของภริยา ๓๐,๐๐๐ บาท และมารดาของภริยา ๓๐,๐๐๐ บาท (รวม ๑๒๐,๐๐๐ บาท)

(ข) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย ให้ต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของตนได้คนละ ๓๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๑๙ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีภริยาต่างฝ่ายต่างอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาของตน สามีหักลดหย่อนบิดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท และมารดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท (รวม ๖๐,๐๐๐ บาท) ส่วนภริยาหักลดหย่อนบิดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท และมารดาของตน ๓๐,๐๐๐ บาท (รวม ๖๐,๐๐๐ บาท)

(๙) สำหรับค่าอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพตามมาตรา ๔๗ (๑) (ฎ) แห่งประมวลรัษฎากร

(ก) กรณีสามีหรือภริยามีเงินได้ฝ่ายเดียว ให้หักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่มีผู้เงินได้เป็นผู้ดูแลได้คนละ ๖๐,๐๐๐ บาท และให้หักลดหย่อนบุตรชอบด้วยกฎหมายที่เป็นคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่สามีหรือภริยาเป็นผู้ดูแลได้คนละ ๖๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๒๐ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพ ๑ คน สามีหักลดหย่อนได้ ๖๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๒๑ สามีมีเงินได้แต่ภริยาไม่มีเงินได้ สามีอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพ ๑ คน และภริยาอุปการะเลี้ยงดูบุตรชอบด้วยกฎหมายที่เป็นคนพิการหรือทุพพลภาพ ๑ คน สามีหักลดหย่อนคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่ตนเป็นผู้ดูแลได้ ๖๐,๐๐๐ บาท และมีสิทธิหักลดหย่อนบุตรที่ภริยาเป็นผู้ดูแลได้ ๖๐,๐๐๐ บาท (รวม ๑๒๐,๐๐๐ บาท)

(ข) กรณีสามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย ให้ต่างฝ่ายต่างหักลดหย่อนค่าอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่ตนเป็นผู้ดูแลได้คนละ ๖๐,๐๐๐ บาท

ตัวอย่างที่ ๒๒ สามีภริยามีเงินได้ทั้งสองฝ่าย สามีอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพ ๑ คน ส่วนภริยาอุปการะเลี้ยงดูคนพิการหรือคนทุพพลภาพอีก ๑ คน สามีหักลดหย่อนคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่ตนเป็นผู้ดูแลได้ ๖๐,๐๐๐ บาท ภริยาหักลดหย่อนคนพิการหรือคนทุพพลภาพที่ตนเป็นผู้ดูแลได้ ๖๐,๐๐๐ บาท

ข้อ ๓ การเก็บภาษีเงินได้จากสามี่และภริยาก่อนปีภาษี ๒๕๕๕

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ ๔๘/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๕ ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๕๗ ตี และมาตรา ๕๗ เบญจ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ และมาตรา ๘๐ ดังนั้น การจัดเก็บภาษี เงินได้บุคคลธรรมดาจากสามี่และภริยาก่อนปีภาษี ๒๕๕๕ ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔๘/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๕ และบังคับใช้บทบัญญัติในมาตรา ๕๗ ตี และมาตรา ๕๗ เบญจ แห่งประมวลรัษฎากรต่อไป โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญที่ ๑๗/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๔ กรกฎาคม ๒๕๕๕

จึงขอชี้แจงและประกาศมาเพื่อทราบโดยทั่วกัน

กรมสรรพากร

๑๙ กันยายน ๒๕๕๕

สำนักกฎหมาย

โทร. ๐-๒๒๗๒-๘๒๘๘

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายสุวิวัฒน์ เจนวิชชวงค์
วันเดือนปีเกิด	8 ตุลาคม พ.ศ. 2533
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2555: นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555: หลักสูตรวิชาว่าความของสำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ แห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 39 ปีการศึกษา 2557: เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 67 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

### ผลงานทางวิชาการ

สุวิวัฒน์ เจนวิชชวงค์. “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกรณีกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ.”  
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.