

รูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมาย และประกาศหรือคำสั่งของ  
คณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

เมื่อกล่าวถึงรูปแบบในการควบคุมกฎหมายออกโดยกระบวนการ  
นิติบัญญัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบัน แม้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราช  
อาณาจักร ไทยจะบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการชี้ขาดกรณีมีปัญหา  
ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญและระหว่างยัง ไม่มีการจัดตั้งศาล  
รัฐธรรมนูญขึ้นในบทเฉพาะการยัง ได้บัญญัติว่า ในวาระ เริ่มแรกให้คณะกรรมการ  
ตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นศาลรัฐธรรมนูญจนกว่าจะมีศาลรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup> ซึ่ง เท่า  
กับว่าปัจจุบันแม้จะ ไม่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็  
ทำหน้าที่เสมือนศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง

อย่างไรก็ตามเดิมรูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัด  
รัฐธรรมนูญในประเทศไทย ใช้ว่าจะมีเพียงองค์กรคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือ  
ศาลรัฐธรรมนูญ เท่านั้นที่เป็นองค์กรตรวจสอบความชอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญ  
อีกทั้งหา ได้มีความหมายเพียงมีอำนาจควบคุมเฉพาะกฎหมายที่ออกโดย  
กระบวนการนิติบัญญัติปกติเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีอำนาจตรวจสอบไปถึงกฎหมาย  
ที่ออกโดยผู้ใช้อำนาจสูงสุดฐานะราชาธิปไตยในรูปของประกาศหรือคำสั่งของ  
คณะปฏิวัติที่ยอมรับกันว่าเป็นกฎหมายขององค์กรทั้งสองดังกล่าวก็ยังมีอำนาจหน้าที่  
ตรวจสอบได้เช่นกัน ซึ่งก่อนมีการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540)  
รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้องค์กรใด เป็นองค์กรที่มีอำนาจเฉพาะในการตรวจสอบ  
ความชอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงเท่ากับว่าขณะนั้นองค์กรศาลยุติธรรมที่  
เป็นองค์กรผู้ใช้กฎหมายตามหลักกฎหมายทั่วไปย่อมมีบทบาทและอำนาจในการ  
ตรวจสอบความชอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญจะขอแยกอธิบายถึงบทบาทและ

---

<sup>1</sup>ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 254  
และมาตรา 320.



กระบวนการในการควบคุมทั้งสองรูปแบบ ก็ขององค์กรศาลยุติธรรมกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเฉพาะ ในช่วงก่อนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. การควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นด้วยความคิดที่ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ดังนั้นกฎหมายใดก็ตามหากมาขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือว่า "รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดาเสมอไปหรือไม่"? กรณีนี้ต้องแยกพิจารณาระหว่างรัฐธรรมนูญประเภทลายลักษณ์อักษร (written constitution) กับรัฐธรรมนูญประเภทที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten constitution) กล่าวคือ

ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญประเภทลายลักษณ์อักษร (written constitution) ดังเช่นรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น ฯลฯ รัฐธรรมนูญประเภทนี้จะมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้โดยมีเหตุผลสนับสนุนโดยสังเขปคือ

- 1) การจัดทำกฎหมายธรรมดาจะต้องจัดทำตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนด
- 2) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่บันทึกถึงการใช้อำนาจ และวางระเบียบการใช้อำนาจนั้น ๆ ว่าใครเป็นผู้ใช้และจะใช้อย่างไร
- 3) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน<sup>2</sup>

<sup>2</sup>สมภพ โทตระกิตย์ "การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ" วารสารนิติศาสตร์. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่ม 2 ตอน 1 มิถุนายน 2513 หน้า 2.

ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญประเภทที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten constitution) กฎเกณฑ์การปกครองประเทศยังปรากฏอยู่ในรูปพระราชบัญญัติ จารึกประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ คำพิพากษาของศาล อย่างเช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ รัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพราะเหตุว่า รัฐสภาอาจตรากฎหมายมาแก้ไข เปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีค่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ด้วยวิธีการเช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายอื่น ๆ และอาจนำจารึกประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติไว้ในรูปกฎหมายธรรมดาก็ได้ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าระบบการปกครองของอังกฤษยอมรับว่า รัฐสภา (parliament) ซึ่งประกอบด้วยสถาบันประมุขของรัฐ สภาขุนนาง และสภาสามัญเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายของประเทศ อำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษไม่มีขอบเขตจำกัด และไม่อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

ดังนั้น ปัญหาเรื่องการควบคุมกฎหมายมิให้รัฐธรรมนูญยอมไม่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญประเภทที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร อย่างเช่นของประเทศอังกฤษ ปัญหาเรื่องการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอย่างเช่นของประเทศไทยที่ประสบปัญหานี้ในอดีต กล่าวคือ ประเทศไทยใช้การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉะนั้น หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมตกเป็นโมฆะ ไม่มีผลบังคับ ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาก็คือ เมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญภายหลังรัฐธรรมนูญประกาศใช้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมองค์กรหรือสถาบัน (institutions) ใดจะเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยจากการที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ศึกษาพบว่าปัจจุบัน ระบบการควบคุมตรวจสอบมิให้กฎหมาย หรือประกาศ คำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารขัดรัฐธรรมนูญจะมีรูปแบบการควบคุมกฎหมายดังกล่าวมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่ใช้องค์กรในการควบคุมแตกต่างกัน 4 รูปแบบ คือ

1. โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (constitutional tribunal) หรือบางท่านเรียกว่าเป็นองค์กรทางการเมือง (political organ)
  2. โดยศาลยุติธรรม (court of justice)
  3. โดยศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน (special tribunal)
  4. โดยระบบผสมระหว่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลยุติธรรม
- หนึ่ง ในบางประเทศที่จัดให้มีการควบคุมกฎหมายที่ตราโดย

กระบวนการนิติบัญญัติปกติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนใช้กฎหมายนั้น เช่น ประมุขของรัฐมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายฉบับนั้นมีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ถ้าประมุขของรัฐเห็นว่าข้อความในกฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญประมุขของรัฐอาจไม่ยอมลงนามประกาศใช้กฎหมายนั้น และอาจขอให้สภานิติบัญญัติพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนั้นใหม่หรือส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้<sup>3</sup> การควบคุมตามวิธีนี้มีอยู่ในรัฐธรรมนูญฟินแลนด์ นอกจากนี้ในบางประเทศที่มีรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนกฎหมายฉบับนั้นมีผลใช้บังคับ อย่างเช่นในประเทศฝรั่งเศสที่มีองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านรูปแบบพิเศษ (conseil constitutionnel) ให้มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่จะกล่าวต่อไป รูปแบบการควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิบัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่ามีทั้งการควบคุมก่อนและหลังกฎหมายฉบับนั้นมีผลบังคับใช้ ซึ่งแล้วแต่ว่าประเทศใดจะใช้การควบคุมรูปแบบใดหรือใช้ทั้งสองรูปแบบ กรณีของประเทศไทยการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เมื่อได้ศึกษาในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถึงกลไกในการควบคุมแล้วพบว่า จะมีกระบวนการควบคุมอย่างหลากหลายโดยใช้วิธีควบคุมทั้งก่อน(คือเป็นการควบคุมร่างกฎหมาย)และภายหลังกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว ตัวอย่างของการควบคุมก่อนอาทิ เช่น ในบทบัญญัติ มาตรา 205 ของรัฐธรรมนูญ

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

พุทธศักราช 2534<sup>4</sup> และการควบคุมภายหลัง เช่น ในมาตรา 206 และ 207<sup>5</sup> ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน แต่ในวิชานิติพนธ์จะพิจารณาเฉพาะปัญหาการควบคุม ภายหลังกฎหมายและรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น

4 มาตรา 205 เมื่อร่างพระราชบัญญัติใดได้รับความเห็นชอบของ รัฐสภาแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93

(1) หากสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกของ ทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือ แย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทน ราษฎร แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ส่งความ เห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย แล้วแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบ

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญนี้ ให้ให้ส่งความเห็น เช่นว่านั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อ วินิจฉัย แล้วแจ้งให้ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบ

ในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายก รัฐมนตรีระงับการดำเนินการ เพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติตามวรรคหนึ่ง จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยร่างพระราชบัญญัตินั้น มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

5 มาตรา 206 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี ใดถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามิใช่เหตุผลอันสมควรว่า

(มีต่อถัดถัดไป)

1.1 โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (constitutional tribunal) หรือศาลรัฐธรรมนูญ (the constitutional court)

ในส่วนหัวข้อ 1.1 ที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์จะกล่าวต่อไปจะมีความหมาย เฉพาะบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2540) ใช้บังคับ รวมไปถึงบทบาทและ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเริ่มมีขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 พุทธศักราช 2489 และในการนี้ได้มีกฎหมายวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาใช้ มาแล้ว 5 ฉบับ และร่างกฎหมายดังกล่าวที่กำลังจะประกาศใช้อีก 1 ฉบับ ดังนี้

1. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2490
2. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2493
3. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2498

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 5)

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 5 และยังไม่มีการวินิจฉัย ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณา พิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการ เพื่อคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ ในคดีทั้งปวงแต่ไม่ กระทบกระเทือนคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว และ

มาตรา 207 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทน ราษฎรมีมติว่ากรณีมีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ ให้นายกรัฐมนตรี ประธาน รัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วแต่กรณีส่งเรื่องให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

4. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
พ.ศ. 2512
5. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
พ.ศ. 2522 (ฉบับใช้ปัจจุบัน)
6. ร่างพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ  
พ.ศ. ....

ซึ่งรูปแบบของ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทย" ที่ใช้กันอยู่ปัจจุบันมีสาเหตุและวิวัฒนาการมาจากคดีอาชญากรรมสงคราม (ตามคำพิพากษาฎีกา ที่ 1/2489) กล่าวคือ ในระหว่างสงครามขณะนั้นประเทศไทยได้ยินยอมให้กองทัพญี่ปุ่นผ่านประเทศไทยเพื่อเข้าโจมตีมาเลเซีย สิงคโปร์ และพม่า และต่อมาได้ประกาศสงครามกับอังกฤษและสหรัฐอเมริกาหลังจากสงครามโลกสิ้นสุดลงรัฐบาลของ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามต่อสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 27 กันยายน 2488 โดยมีเหตุผลว่าอาชญากรรมสงครามเป็นภัยอันร้ายแรงต่อความสงบของโลก สมควรที่จะจัดให้บุคคลที่ประกอบกรรมไว้ได้สนองความชั่วที่ได้กระทำตามโทษานุโทษ เพื่อเป็นการคุ้มครองรักษาความสงบของโลก แม้ว่าจะมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางคนอภิปรายคัดค้านว่ากฎหมายฉบับนี้มีการบัญญัติความผิดซ้ำซ้อนหลัง จัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่เสียงส่วนใหญ่ของสภาผู้แทนราษฎรเห็นควรให้รับหลักการ และประกาศใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2488<sup>6</sup> ซึ่งในกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติถึงการกระทำที่ถือว่าเป็นเหตุอาชญากรรมสงคราม ไม่ว่าจะได้กระทำก่อน หรือหลังวันใช้พระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

(1) ทำการติดต่อวางแผนการศึก เพื่อทำสงครามรุกรานหรือกระทำโดยสมัครใจ เข้าร่วมสงครามกับผู้ทำสงครามรุกรานหรือโฆษณาชักชวนให้บุคคลเห็นดีเห็นชอบในการกระทำของผู้ทำสงครามรุกราน

<sup>6</sup>ประชุมกฎหมายประจำศก ปี 2488 เล่ม 58 หน้า 353.

(2) ละเมิดกฎหมายหรือจารีตประเพณีในการทำสงคราม คือปฏิบัติไม่ชอบธรรมต่อทหารที่ตกเป็นเชลย จัดส่งพลเรือนเป็นทาส นำผู้อื่นจับเป็นประกันทำลายบ้านเมืองโดยไม่จำเป็นสำหรับการทหาร

(3) การกระทำละเมิดต่อมนุษยธรรมคือ กดขี่ข่มเหงในทางการเมืองทางเศรษฐกิจหรือทางศาสนา

(4) กระทำโดยสมัครใจเข้าร่วมมือกับผู้ทำสงครามรุกราน คือ ชี้แนะให้ทำการยึดหรือครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นโดยไม่ชอบธรรมหรือสืบหรือให้ความลับหรือความรู้อันเป็นอุปการะแก่การทำสงครามของผู้ทำสงครามรุกราน

เมื่อมีการจับกุมบุคคลหลายคนที่ทำผิดพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม และนำขึ้นฟ้องต่อศาลฎีกา ศาลฎีกาโดยคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489<sup>7</sup> ลงวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2489 ตัดสินว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เฉพาะที่ลงโทษการกระทำก่อนวันใช้กฎหมายนี้เป็นการใช้กฎหมายย้อนหลังจึงขัดกับรัฐธรรมนูญ และเป็นโมฆะ ศาลฎีกาได้ยืนยันถึงอำนาจของตนในการพิพากษาว่ากฎหมายของรัฐสภาขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า<sup>8</sup>

(1) ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมาย ฉะนั้นการดูว่าอะไรเป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาล

---

<sup>7</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 นี้ ได้มีบันทึกของนายสอาด นาวิเจริญ บรรณาธิการหนังสือคำพิพากษาฎีกา ประจำ พุทธศักราช 2489 บันทึกเรื่องกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญไว้ผู้สนใจโปรดศึกษาได้จากหมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกานี้.

<sup>8</sup> เหตุผลที่ศาลไทยให้คล้ายคลึงกับเหตุผลในคดี Marbury v. Madison ของสหรัฐอเมริกาโดยผู้พิพากษา Marshall ได้พิพากษาคดีดังต่อไปนี้ คือ

(มีต่อหน้าถัดไป)



(2) ในการปกครองระบอบรัฐธรรมนูญแบ่งอำนาจเป็น 3 อำนาจ คือ นิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ และแต่ละอำนาจย่อมมีการดูแลและคานกัน ซึ่งเป็นหลักประกันความมั่นคง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายไม่ถูกต้องหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลมีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 8)

ประการแรก สิทธิในการกำหนดรูปแบบและการจัดตั้งรัฐบาลนั้น เป็นสิทธิดั้งเดิมของประชาชน และเป็นเจตนารมณ์สูงสุดของประชาชน ซึ่งเจตนารมณ์ดั้งเดิมและสูงสุดดังกล่าวนี้ได้ถูกมอบหมายและกระจายไปอยู่ในองค์กรต่าง ๆ ของรัฐให้เป็นผู้ใช้อำนาจภายใต้ขอบเขตที่แต่ละองค์กรได้รับมอบหมาย ดังนั้นฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจเกินขอบเขตของตนไม่ได้ และฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่มีอำนาจที่จะออกรัฐบัญญัติให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง เมื่อศาลเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการใช้บังคับกฎหมายแก่กรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ศาลก็จำเป็นต้องสำรวจตรวจสอบและตีความกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับ หน้าที่ของศาลในการยืนยันและใช้บังคับกฎหมาย ทำให้จำเป็นต้องเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ และจะต้องเน้นถึงความสำคัญในเรื่องนี้ มิฉะนั้นแล้วก็จะปราศจากมาตรการในการคุ้มครองความเป็นอิสระของศาล และจะต้องตกอยู่ในกระแสของอิทธิพลทางการเมือง อำนาจของฝ่ายตุลาการนั้นได้ถูกจัดตั้งขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่จะให้เป็นกันชนระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และเจตนารมณ์ดังกล่าวนี้จะต้องรักษาไว้อย่างมั่นคง

ประการที่สาม เมื่อมีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามฝ่าย และอำนาจของแต่ละฝ่ายก็ถูกจำกัดโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญ ถ้ายินยอมให้ฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการอันขัดต่อข้อห้ามโดยชัดแจ้งแล้ว ก็เท่ากับให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจอย่างเหลือล้นทั้งในทางปฏิบัติและตามความเป็นจริง ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะกระทำการเกินขอบเขตอำนาจได้ตามอำเภอใจ

(มีต่อหน้าถัดไป)

(3) จำเป็นจะต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้น ข้อความที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดก็จะไม่มีผล กฎหมายนั้นสภาผู้แทนออกมาเองจะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายหรือไม่ได้อย่างไร จะว่าทางฝ่ายบริหารมีอำนาจชี้ขาดก็ไม่ได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร เช่นใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรม เป็นการบำบัดทุกข์ร้อนแก่ประชาชนบุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมจากศาลเป็นที่ตั้ง และเมื่อมีตัวบทกฎหมายอื่นออกมาตัดสินสิทธิเสรีภาพ และขัดรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดงเพื่อความยุติธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องได้อย่างไร หรือแม้ศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีทางหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 8)

ประการที่สี่ อำนาจของฝ่ายตุลาการในการพิจารณาคดีต่าง ๆ นั้น ได้ถูกกำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ศาลจะไม่พิจารณาปัญหาที่มีลักษณะเป็นปัญหาทางการเมือง (political questions) แต่ศาลก็มีอำนาจที่จะพิจารณา และตีความว่ารัฐธรรมนูญใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะถ้าปราศจากอำนาจดังกล่าวแล้วศาลก็จะตกอยู่ภายใต้การครอบงำทางการเมือง องค์การทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติก็อาจตรากฎหมายซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ และศาลจะต้องใช้กฎหมายเหล่านั้นโดยปราศจากข้อโต้แย้ง ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นแล้วก็จะนำความหายนะมาสู่การปกครองแบบประชาธิปไตย

ประการสุดท้าย เมื่อศาลได้พิจารณาบทบัญญัติของ Article III แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาแล้ว เห็นว่าศาลสูงสุดไม่มีอำนาจในการที่จะรับฟ้องคดีและออกหมายตามคำขอของ Marbury ได้ ดังนั้น Judiciary Act of 1789 ซึ่งให้อำนาจศาลในการออกหมายดังกล่าว จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลใช้บังคับ.

จากผลแห่งคำพิพากษาของศาลฎีกาดังกล่าวนี้ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนสมัชชานั้นไม่พอใจในคำพิพากษาของศาลกรณีคดีนี้มากที่ล่วงล้ำเข้ามาในหน้าที่ของรัฐสภาในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญเสียแล้ว สมาชิกท่านหนึ่งคือ นายกิจจา วัฒนสิทธิ์ จึงเสนอญัตติให้สภาตีความรัฐธรรมนูญมาตรา 62 ที่บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติในการประชุม เมื่อวันที่ 8 เมษายน 2489 ให้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่งรวม 7 นาย ประกอบด้วย อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม อดีตประธานศาลฎีกา และผู้เชี่ยวชาญทางนิติศาสตร์ทำหน้าที่พิจารณาแล้วรายงานความเห็นให้สภาทราบ ในที่สุดคณะกรรมการสรุปว่าอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 เป็นอำนาจเด็ดขาดของสภา "จึงไม่มี ความจำเป็นหรือมีคุณค่าอันใดที่จะได้เถียงกันต่อไป และข้อสงสัยในทางกฎหมายที่จะให้การตีความ แห่งรัฐธรรมนูญตกเป็นอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ (รวมทั้งศาลด้วย) จึงหมดไป การโต้เถียงใด ๆ ต่อไปย่อมฟังไม่ได้" เพื่อยุติข้อขัดแย้งระหว่างศาลและสภาผู้แทนราษฎรที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับ ปี พ.ศ. 2489 จึงกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความแย้งหรือขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 87 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้" และให้มีองค์กรพิเศษเกิดขึ้นใหม่เรียกว่า "คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ"<sup>9</sup> ซึ่งอำนาจในการจัดตั้งองค์กรนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 88 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2489 ว่า "ในการที่ศาลจะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 87<sup>10</sup> ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราวแล้ว

<sup>9</sup>สมคิด เลิศไพฑูลย์. *ตุลาการรัฐธรรมนูญ*. พิมพ์ครั้งแรก. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, มิถุนายน 2536 หน้า 11-12.

<sup>10</sup>มาตรา 87 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้".

ให้รายงานความเห็น เช่นว่านั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัย เพื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วให้แจ้งให้ศาลทราบ"

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2489 ที่มีบทบัญญัติให้มืองค์กรคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และนับแต่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มีบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้รวมทั้งสิ้น 5 ฉบับที่กล่าวไปแล้ว ฉะนั้นเมื่อพิจารณาถึงลักษณะ และวิธีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญทั้งหมดในอดีตที่ผ่านมาจะมาจากรัฐสภา และอำนาจหน้าที่รวมทั้งวิธีพิจารณาแล้วจะเห็นว่าไม่สอดคล้องกับองค์ประกอบ และโครงสร้างของคำว่า "องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ" หรือศาล อีกทั้งรูปแบบของกระบวนการสรรหาและอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญยังไม่เป็นระบบที่เหมาะสม แต่ขณะที่ปัจจุบันตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดวิธีการสรรหาและคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญและในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ โดยให้มีคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup> เป็นการเฉพาะโดยได้ให้มีศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญหนึ่งคน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา<sup>2</sup> และมีข้อสังเกตว่าตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้เพียงให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแม้ในรัฐธรรมนูญจะบทบัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคำแนะนำของวุฒิสภาก็ตาม แต่ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลได้มี

<sup>1</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 257.

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255.

คำวินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยที่ 1/2541\* สรุปว่า วุฒิสภาไม่มีอำนาจเสนอชื่อหรือยับยั้งรายชื่อของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านการคัดเลือกและผ่านกระบวนการสรรหาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่วุฒิสภามีหน้าที่เพียงเสนอความเห็นไปยังองค์พระมหากษัตริย์ว่าไม่เห็นด้วยกับรายชื่อที่วุฒิสภานำขึ้นทูลเกล้าฯ และให้แสดงความคิดเห็นได้เท่านั้น ซึ่งการวินิจฉัยเช่นนี้เป็นนิมิตหมายที่ตีและสมเจตนารมณ์ในรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพราะเมื่อพิจารณาในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเพื่อต้องการให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกล่วงละเมิดตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและต้องการให้การเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้น้อยที่สุด ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงกับคำว่า "องค์กรทางการเมือง" หรือ "ศาลทางการเมือง" อย่างที่ผ่านมากในอดีตรวมมากที่สุด

อย่างไรก็ดี เดิมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยมีปัญหาเรื่องการใช้อำนาจว่าจะเป็นการใช้อำนาจในฐานะองค์กรตุลาการหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะเหตุว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ให้ผูกพันองค์กรภาครัฐบาล ทั้งยังขาดกระบวนการที่แน่นอนเป็นระบบ แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเดิมจะมีอำนาจหน้าที่หลักเพื่อตรวจสอบความชอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่อำนาจหน้าที่นี้ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะใช้ได้เมื่อมีองค์กรอื่นวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนแล้วเท่านั้น<sup>13</sup> และผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามรัฐธรรมนูญก็ไม่มีสิทธิเสนอคดีสู่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เลยเท่ากับไม่เป็นการเปิดกว้างให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันและภายใต้หลักนิติรัฐ (legal state)

ประเด็นที่น่าสนใจต่อไปในเรื่องการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญก็คือ เดิมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ

\*คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 115 หน้า 2 ก. ลงวันที่ 8 มกราคม 2541.

<sup>13</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 206.

กฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติมิให้รัฐธรรมนูญ 2 วิธี คือ<sup>14</sup>

1. การควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งเปิดโอกาสให้มีการขอให้องค์กรวินิจฉัย พิจารณาว่าร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภา แต่ยังไม่มีการประกาศใช้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้ประกาศใช้มิได้ ต้นแบบของระบบป้องกันมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญนี้ได้แก่ รัฐธรรมนูญไทย พุทธศักราช 2534 และอีกหลายฉบับในอดีต

2. ระบบควบคุมภายหลังที่กฎหมายประกาศใช้แล้ว ซึ่งใช้ในหลายประเทศส่วนใหญ่ รวมทั้งตามรัฐธรรมนูญไทย ซึ่งจะเป็นการพิจารณาว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากขัดบทบัญญัตินั้น ๆ ก็จะใช้บังคับไม่ได้

ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญปัจจุบัน มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญทั้งก่อนและหลังกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้วเช่นกัน หรืออีกนัยหนึ่งเป็นการควบคุมลักษณะเกี่ยวกับการควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยในอดีต<sup>15</sup>

## 1.2 โดยศาลยุติธรรม

ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนพุทธศักราช 2540 ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการที่เต็มรูปแบบเพียงองค์กรเดียวที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา รวมทั้งคดีรัฐธรรมนูญได้ด้วย<sup>16</sup> ทั้งนี้อาจเป็นเพราะในรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ๆ มิได้มีบทบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญและศาลอื่น ๆ ทำหน้าที่เป็นศาลคู่ขนาน (dual of court) ก็ได้ แต่เมื่อปัจจุบันบทบัญญัติ

<sup>14</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 205 และมาตรา 206.

<sup>15</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 และมาตรา 264.

<sup>16</sup>คำพิพากษาฎีกาที่ 766/2505 222/2506 225/2506 13/2506 และ 1131/2536 ฯลฯ

ในรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบของ กฎหมายรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นองค์กร เฉพาะแล้ว ศาลยุติธรรมก็ย่อมหมดอำนาจหน้าที่ ดังกล่าวอีกต่อไป

อย่างไรก็ดีแต่เดิมศาลยุติธรรมมีอำนาจตรวจสอบความชอบของ กฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคติ ของศาลยุติธรรมในคดีรัฐธรรมนูญศาลยุติธรรมก็ยังคงดำเนินกระบวนการ พิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความเช่นเดียวกับคดีสามัญทั่วไปอยู่ นั้นเอง เว้นแต่ศาลยุติธรรมจะเห็นว่าประเด็นในคดีที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นมี ข้อพิพาทในประเด็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่คู่ความอ้างนั้นจะขัดรัฐธรรมนูญ หรือไม่ก็ให้ศาลใช้ดุลพินิจส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและให้ศาล รอการพิจารณาพิพากษาไว้เท่านั้น

นับแต่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญครั้งแรกใน พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2539 ศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีรัฐธรรมนูญในกรณีกฎหมาย ที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติแล้วทั้งสิ้น 18 คดี และศาลยุติธรรมได้ใช้อำนาจ ดังกล่าวครั้งแรกปี พ.ศ. 2489 ในคดีอาญากรสงครามโดยศาลฎีกามีคำวินิจฉัย ที่ 1/2489 จนถึงคำพิพากษาฎีกาที่ 913/2536 ซึ่งศาลใช้อำนาจดังกล่าวโดย อ้างเหตุผลว่าเป็นองค์กรผู้ใช้กฎหมาย แม้จะมีการจัดตั้งองค์กรคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญขึ้น ศาลยุติธรรมก็คงใช้อำนาจดังกล่าวอยู่เช่นเดิม ในขณะที่คณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ใช้อำนาจวินิจฉัยคดีกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ขัดรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งกระบวนการเช่นนี้ถูกวิจารณ์จากผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน<sup>17</sup> สรุปว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยบัญญัติหลักการเสนอเรื่องให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีหลักเพราะเหตุว่าต้องให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ส่ง ไม่เปิดโอกาสในผู้ถูกโต้แย้งสิทธิส่งไปได้เองทั้งที่ได้มีบทบัญญัติให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญแล้ว

<sup>17</sup>ดูคำอภิปรายของ ศ.ดร.สมภพ โทตระกิตย์ ในรายงานการประชุม ของสภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 36 วันพฤหัสบดี ที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2506.

## 2. การควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัด รัฐธรรมนูญในประเทศไทย

นับแต่ปี พ.ศ. 2476 ที่มีการรัฐประหารเพื่อล้มล้างรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และเมื่อมีการรัฐประหารและออกกฎหมายยกเลิกกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติ สิ่งแรกที่จะต้องพิจารณาก็คือคำบังคับของคำสั่งและประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่กระทำโดยคณะผู้โค่นล้มระบอบการปกครองเดิมนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นนี้นักนิติศาสตร์ของไทยส่วนใหญ่จะยึดหลักทฤษฎีสถานกกฎหมายบ้านเมือง (legal positivism) กล่าวคือยึดถือคำบังคับความเป็นกฎหมายของคำสั่ง หรือประกาศดังกล่าวมาโดยตลอด<sup>18</sup> โดยเห็นว่าเมื่อคณะปฏิวัติ รัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งการบังคับประชาชนต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำหรือยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ซึ่งในประเด็นนี้ท่าน ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย<sup>19</sup> ได้ให้เหตุผลสนับสนุนสรุปว่า "การปฏิวัติหรือรัฐประหารนั้นในครั้งแรกคิดกฎหมาย แต่เมื่อผู้ใดกระทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์แล้วก็คือ สามารถยึดอำนาจอันแท้จริงของตนได้ โดยปราบปรามอำนาจของรัฐบาลเก่าหรือของกลุ่มของบุคคลที่ต่อต้านแพ้วาบายไปแล้วก็เป็นรัฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้นจึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่และยกเลิกกฎหมาย เดิมบัญญัติกฎหมายใหม่ได้ตามใจชอบ"

<sup>18</sup>คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 1662/2505 1234/2523 6411/2534 และ 1745/2540 ประชุมใหญ่ ฯลฯ

<sup>19</sup>อ้างใน โทคิน พลกุล ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย. หน้า 122.



เมื่อเป็นเช่นนี้ ประกาศหรือคำสั่งใดที่คณะปฏิวัติมุ่งหมายให้เป็นกฎหมายประกาศและคำสั่งนั้นก็มิผลบังคับเป็นกฎหมาย ส่วนจะมีค่าบังคับในระดับใดก็อยู่ที่จุดมุ่งหมาย เช่น ถ้าเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญก็มีค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญถ้าเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติก็มีค่าเท่ากับพระราชบัญญัติ ถ้าเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชกฤษฎีกาก็มีค่าเท่ากับพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น<sup>20</sup>

ปัญหาที่น่าสนใจต่อไปก็คือภายหลังมีการปฏิวัติแล้วต่อมามีรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติขึ้นจะถือว่า บรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติทั้งหลายที่เป็นกฎหมายจะสิ้นผลหรือไม่ ซึ่งหากถือตามทฤษฎีสถานักกฎหมายบ้านเมือง (legal positivism) แล้ว ต้องถือว่ายังมีผลเป็นกฎหมายอยู่นกว่าจะมีรัฐธรรมนูญใหม่ยกเลิกหรือตรากฎหมายใหม่ยกเลิกข้อความในประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัตินั้น

เมื่อประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นที่ยอมรับกันว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังจะเห็นได้จาก ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540) มาตรา 6 ว่า "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้" และคำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด" ในที่นี้ก็เป็นบทบัญญัติที่รวมความไปถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกเป็นประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร ภายหลังประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้วด้วยแต่กระบวนการ ในการควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญภายหลังที่ประกาศหรือคำสั่งนั้น ๆ มีผลบังคับใช้ย่อมจะควบคุมได้ยากกว่ากฎหมายที่ตราโดยองค์กรนิติบัญญัติ กล่าวคือ โดยทั่วไปการตรากฎหมายโดยสภานิติบัญญัติหรือรัฐสภา สภานั้นหรือองค์กรภาครัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการร่างกฎหมายอาทิ เช่น สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จะมีหน้าที่พิจารณาถ่วงถ่วงกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้ว่าร่างกฎหมายใดจะทับซ้อน

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน . .

กับกฎหมายระดับเดียวกันหรือกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ฉบับใดจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทหรือไม่ ฉะนั้นโอกาสที่กฎหมายที่ตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปได้ยากกว่ากฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่เป็นเช่นนี้เพราะเหตุว่าเมื่อคณะปฏิวัติ รัฐประหารทำการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จ และภายหลังจากได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญ สิ่งแรกที่คณะผู้ยึดอำนาจการปกครองต้องรีบกระทำก็คือการออกคำสั่งการณหรือออก คำสั่ง อันเป็นวิธีการที่แสดงออกถึงการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จอันเป็นหนทางเพื่อจะให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่คณะปฏิวัติ รัฐประหารต้องการ ฉะนั้นกลไกและกระบวนการการกลั่นกรองประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่ออกมา มีผลบังคับใช้ย่อมขาดความรัดกุม และย่อมมีโอกาสที่จะขัดกับรัฐธรรมนูญค่อนข้างสูง เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติปกติตามที่กล่าวไปแล้ว อย่างไรก็ตาม เมื่อประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแม้จะเป็นรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองที่สถาปนาโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหารนั่นเอง กลไกและกระบวนการควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติย่อมต้องดำเนินโดยองค์กรใดผู้ทำวิทยานิพนธ์จะกล่าวต่อไป แต่เมื่อได้ศึกษาถึงประวัติรัฐธรรมนูญของไทยพบว่า นับแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรกคือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 แม้ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้จะมีได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยกรณีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็มิมีบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้วโดยบัญญัติว่า "บรรดากำหนดกฎข้อบังคับแต่ก่อนบทใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้ให้ยกเลิกเสียใช้ธรรมนูญนี้แทนต่อไป"<sup>21</sup>

เมื่อศึกษารัฐธรรมนูญของไทย จะมิมีบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุม (ควบคุมภายหลัง) กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยใช้ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ 2 ประเภท คือ ประเภทแรกรัฐธรรมนูญใช้คำว่า "บทบัญญัติกฎหมายใด ๆ

<sup>21</sup> รอง ศยามานาท์ ประวัติศาสตร์ไทยในระบอบรัฐธรรมนูญ.

พิมพ์ครั้งที่ 1. ไทยวัฒนาพานิชย์, 2520 หน้า 86.

มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ  
 รัฐธรรมนูญที่บัญญัติในลักษณะเช่นนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง  
 แผ่นดินชั่วคราว พ.ศ. 2475 มาตรา 31 วรรคสอง ที่ว่า "สิ่งใดซึ่งเป็นการ  
 ผิดผิดต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร หรือกระทำไปโดย  
 รัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ นอกจากนี้ก็ได้บัญญัติไว้  
 ในรัฐธรรมนูญ ฯ พ.ศ. 2475 (มาตรา 61) และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2490  
 (มาตรา 95) เช่นกัน มีข้อสังเกตว่าตามรัฐธรรมนูญทั้ง 3 ฉบับนี้ไม่มีการ  
 กำหนดองค์กรพิเศษเพื่อให้วินิจฉัยว่ามีบทบัญญัติกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประเภทที่สองเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้คำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด  
 มีข้อความขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้" \*

รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้เช่นนี้ได้แก่รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2489 (มาตรา 87)  
 พ.ศ. 2492 (มาตรา 178) พ.ศ. 2495 (มาตรา 113) พ.ศ. 2511  
 (มาตรา 174) พ.ศ. 2517 (มาตรา 6) พ.ศ. 2521 (มาตรา 5)  
 และ พ.ศ. 2534 (มาตรา 5) และ พ.ศ. 2540 (มาตรา 6) ซึ่งมีข้อ  
 นำสังเกตต่อไปอีกว่ารัฐธรรมนูญในประเภทที่สองนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้  
 บทกฎหมายใดที่ขัดรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ แต่ใช้คำว่า "เป็นอันใช้บังคับมิได้แทน  
 และในรัฐธรรมนูญประเภทที่สองนี้ทุกฉบับ จะกำหนดให้มีองค์พิเศษเพื่อวินิจฉัย  
 ว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญขึ้น ที่เรียกว่า "คณะ  
 ตุลาการรัฐธรรมนูญ" หรือ "ศาลรัฐธรรมนูญ"

อย่างไรก็ตามเมื่อปัจจุบันมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญ  
 เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะ  
 แล้ว ประเด็นที่ว่าเมื่อประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญแล้วจะให้  
 องค์กรใดมีอำนาจตรวจสอบคงต้องหมดไป และหากจะมีปัญหาว่าบทบัญญัติของ  
 ประกาศ หรือคำสั่งโดยของคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญคงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติ

---

\* เป็นรูปแบบที่บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 87.

ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2540) กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ยังไม่ได้บัญญัติให้อำนาจบุคคลทั่วไปมีอำนาจเสนอเรื่องใดสู่การพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมถ้าเห็นว่า ประเด็นในคดีนั้น ๆ เกี่ยวเนื่องกับรัฐธรรมนูญและมีปัญหาว่า เรื่องนั้นมีข้อความ ขัดรัฐธรรมนูญ<sup>22</sup> หรือบางกรณีก็ให้เป็นหน้าที่ของประธานรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจ เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญถ้าเป็นกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจ หน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>23</sup> อีกทั้งในปัญหาที่ว่าศาล ยุติธรรมจะมีอำนาจวินิจฉัยคดีประกาศของคณะปฏิวัติขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ยอม ตกไปด้วยเช่นกัน แม้เดิมศาลยุติธรรมเองจะใช้อำนาจตรวจสอบความชอบของ รัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยมีความเห็นที่สนับสนุนอำนาจของศาลยุติธรรมดังกล่าวว่า การชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นปัญหาข้อกฎหมายล้วน จึงควร ให้ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นคนกลางซึ่งมีความรู้ด้านกฎหมายและเป็นผู้ใช้กฎหมายตาม รัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดตัดสิน หากให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ประกอบด้วย ฝ่ายนิติบัญญัติจำนวนหนึ่งทำหน้าที่ ก็เสมือนจำเลย (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ที่อยู่ในคดี ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาเสียเอง<sup>24</sup>

### 3. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญที่ยอมรับความเป็น กฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร

เดิมก่อนมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อำนาจหน้าที่ในการ ตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญจะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยให้เป็นอำนาจ

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264.

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266.

<sup>24</sup> ดูเหตุผลในคำวินิจฉัยศาลฎีกาที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 คดีอาญษฎการสงคราม อ่างในไฟโพรงน์ ชัยนาม รัฐธรรมนูญบทกฎหมายและ เอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรม ศาสตร์, 2519 หน้า 61-62. และเหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 613/2536.

หน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ<sup>25</sup> แม้บางครั้งจะให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบแต่ก็มีความเห็นว่า ควรให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาทำหน้าที่แต่ควรจะมีศาลรัฐธรรมนูญที่มีองค์ประกอบพิเศษแตกต่างหากจากองค์กรศาลยุติธรรมโดยมีเหตุผลว่า<sup>26</sup> แม้ปัญหาที่กฎหมายใดจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่จะเป็นปัญหาข้อกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นข้อกฎหมายที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับปัญหาทางด้านการเมืองและเศรษฐกิจหากจะให้ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นอำนาจที่ไม่เกี่ยวกับการเมืองเป็นผู้ที่ชี้ขาดตัดสิน ก็จะทำให้ศาลถูกดึงมาวุ่นวายกับการเมือง ทำให้ศาลขาดความเป็นกลาง อีกประการหนึ่งศาลอาจจะมองปัญหาในด้านกฎหมายล้วน ๆ โดยไม่เอื้อเพื่อต่อมติทางการเมืองของประชาชนในประเทศ ทำให้ข้อวินิจฉัยนี้ขัดแย้งต่อความรู้สึกของประชาชนอันอาจทำให้สถาบันของตุลาการเสื่อมโทรมลง<sup>27</sup>

นับแต่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษที่เรียกว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" ขึ้นมา มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบของรัฐธรรมนูญในปี 2489 คำวินิจฉัยแรกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยไปทำนองรับรองการใช้อำนาจของการปฏิวัติอย่างเช่นในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513 ที่วินิจฉัยตอนหนึ่งว่า "ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ซึ่งได้ตราขึ้นโดยหัวหน้าคณะปฏิวัติเป็นกฎหมายและมีผลบังคับใช้ได้หาได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด" \* ขณะที่ศาลแขวงอุบลราชธานีได้มีความเห็นไว้ในคดีหมายเลขคำ

## สถาบันวิทยบริการ

<sup>25</sup>ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 200 ถึงมาตรา 210.

<sup>26</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม รัฐธรรมนูญบทกฎหมายและเอกสารสำคัญในทางการเมืองของประเทศไทย. หน้า 61-62.

<sup>27</sup>เรื่องเดียวกัน.

\*คำวินิจฉัยนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 87 ตอนที่ 4 ลงวันที่ 20 มกราคม 2513.

ที่ 918/2518 ในฐานะที่ศาลมีอำนาจเพียงเป็นผู้ส่งประเด็นเมื่อมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยโดยมีความเห็นไปในทางตรงข้ามว่า การออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ที่บัญญัติให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาลหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำหนดให้มีการกักกันและให้ส่งบุคคลอันธพาลไปกักกันนั้นเท่ากับเป็นการที่ตั้งบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ตุลาการให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีได้อย่างศาลอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับ\*

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในสมัยนั้น ซึ่งโดยเฉพาะนายประกอบ หุตะสิงห์ ในฐานะประธานศาลฎีกาซึ่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งไม่ลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัย<sup>28</sup>

4. คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญที่ปฏิเสธความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร

นับแต่ พ.ศ. 2489 ที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้มีบัญญัติให้มีคณะกรรมการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกจนถึงปัจจุบัน ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยลักษณะปฏิเสธการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติยังไม่ให้ให้เห็นอย่างชัดเจน มีเพียงวินิจฉัยในทำนองไม่ให้มีผลย้อนหลังถ้าคณะปฏิวัติได้ดำเนินการหรือกระทำการใด ๆ ไปสำเร็จแล้ว

<sup>28</sup> เสนีย์ ปราโมช การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และวุฒิ ตันตระกูล บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.

\* ผู้สนใจโปรดศึกษาได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ 1/2513 ที่มีความเห็นของศาลแขวงอุบลราชธานีในฐานะเป็นโจทก์หรือเป็นผู้ส่งเรื่องให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในภาคผนวกท้ายวิทยานิพนธ์นี้.

โดยได้วินิจฉัยไว้ตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ 1-3/2535\* ในประเด็นเรื่องการออกพระราชกำหนดเพื่อนิรโทษกรรมบุคคลผู้กระทำการตามคำสั่งของคณะปฏิวัติ (รสช.) สรุปว่า การออกพระราชกำหนดของรัฐบาลในขณะนั้นเพื่อลบล้างความผิดต่าง ๆ ของประชาชนที่ต่อต้านการยึดอำนาจครั้งนั้นเป็นการออกพระราชกำหนดโดยชอบด้วยกฎหมายอันมีผลให้ประชาชนที่ต่อต้านการปฏิวัติและกระทำความผิดเนื่องจากการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 พ้นจากความผิดอันเห็นได้ว่าเป็นการวินิจฉัยเพื่อเป็นวิธีการแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นให้เรียบร้อยและให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้นการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฉบับนี้จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยต่อมาอีกว่า เมื่อพระราชกำหนดไม่ได้รับการอนุมัติจึงถือว่าการกระทำใด ๆ รวมทั้งการตั้งไม่ฟ้องคดีอาญาหรือสั่งให้ยุติการดำเนินคดีหรือฟื้นขึ้นมาไม่ได้เพราะเป็นกิจการที่ไม่ถูกกระทบกระเทือนตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

จากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1-3/2535 ข้างต้นชี้ให้เห็นโดยทางอ้อมได้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเริ่มไม่แน่ใจในการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติ (รสช.) ว่า มีอำนาจในฐานะรัฐาธิปัตย์อย่างเช่นในอดีตหรือไม่ โดยวินิจฉัยรับรองการกระทำของประชาชนที่ต่อต้านการยึดอำนาจโดยมิชอบนี้ไม่ให้ต้องรับโทษทางอาญาซึ่งถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่าคณะปฏิวัติที่ยึดอำนาจสำเร็จย่อมมีอำนาจสูงสุดเช่นเดิมการกระทำต่าง ๆ ของประชาชนภายหลังการปฏิวัติสำเร็จ เช่นนี้ย่อมมีความผิดด้วยอย่างแน่นอนที่เป็นเช่นนี้ถ้าจะ

---

\* คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 เรื่องนี้ ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 109 ลงวันที่ 10 มิถุนายน 2535, หน้า 2., เล่มที่ 109 ลงวันที่ 28 กรกฎาคม 2535 หน้า 22., และเล่มที่ 109 ลงวันที่ 12 พฤศจิกายน 2535 หน้า 7 ตามลำดับ.

มองอีกด้านหนึ่งอาจกล่าวได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับซึ่งมีองค์ประกอบอยู่ในรูปองค์กรทางการเมือง (political organ) และเป็นองค์กรที่มีขึ้นชั่วคราวเมื่อมีกรณีต้องวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเท่านั้นซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีตมิได้มีลักษณะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเต็มรูปแบบอย่างเช่นศาลยุติธรรม ฉะนั้น ย่อมเป็นธรรมดาที่คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับจะวินิจฉัยในลักษณะยอมรับเหตุการณ์ทางการเมือง ในขณะที่นั้นและยอมรับว่าอิทธิพลทางการเมืองมีผลไปสู่ผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

#### 5. คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่ยอมรับความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติ รัฐประหาร

แม้เดิมก่อนที่รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ศาลยุติธรรมเป็นองค์หนึ่งที่ทำหน้าที่พิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญไม่ให้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาขัดรัฐธรรมนูญ ทั้งที่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ทำหน้าที่ดังกล่าวแล้วก็ตาม แต่การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลย่อมต้องกระทำภายใต้กฎหมายที่บัญญัติไว้เท่านั้น ดังนั้นเมื่อคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารในอดีตได้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาวินิจฉัยรับรองการใช้อำนาจในการสถาปนากฎหมายของคณะปฏิวัติว่าเป็นกฎหมายและมีค่าบังคับได้โดยให้เหตุผลทำนองว่า ในฐานะที่หัวหน้าคณะปฏิวัติเป็นผู้ใช้อำนาจ "รัฐาธิปัตย์" จึงมีอำนาจบัญญัติกฎหมายและยกเลิกกฎหมายใด ๆ ได้จึงมีผลเท่ากับศาลฎีกาไทยวินิจฉัยรับรองที่มาของกฎหมายหรือกรรมวิธีในการออกกฎหมายโดยคณะปฏิวัติว่าเป็นการกระทำที่ชอบ ซึ่งการวินิจฉัยของศาลฎีกาเช่นนี้คงต้องวิเคราะห์ลงไปอีกว่าศาลฎีกาได้วินิจฉัยเพื่อต้องการให้ประกาศของคณะปฏิวัตินั้น ๆ มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย โดยพิจารณาจากเนื้อหาของประกาศฉบับนั้น ๆ หรือศาลฎีกาวินิจฉัยโดยพิจารณาจากเจตนาและความมุ่งหมายของคณะปฏิวัติที่ต้องการให้ประกาศฉบับนั้น ๆ มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาตามที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์วิเคราะห์ไปแล้วข้างต้นจะเห็นว่า การที่ศาลฎีกาไทยวินิจฉัยยอมรับประกาศของคณะปฏิวัตินั้นศาล



ฎีกาได้พิจารณาถึงเจตนาและความมุ่งหมายของการออกประกาศฉบับนั้นว่าสมควรให้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่ ซึ่งเท่ากับศาลฎีกายอมรับว่า ถ้าเมื่อใดมีการปฏิบัติและมีการประกาศใช้กฎหมายโดยคณะปฏิวัติที่มีเจตนาให้ประกาศมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายประกาศฉบับนั้นย่อมมีสภาพบังคับได้โดยสมบูรณ์ ส่วนเนื้อหาของสาระของประกาศฉบับใดจะขัดกับรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นภายหลังการปฏิบัติหรือไม่อย่างไร ย่อมต้องตรวจสอบความชอบของเนื้อหาอีกขั้นตอนหนึ่งภายหลังประกาศของคณะปฏิวัติมีสภาพบังคับแล้ว ซึ่งผู้ทำวิทยานิพนธ์จะกล่าวต่อไปในข้อ 6 (ในส่วนตัววินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่ปฏิเสธความเป็นกฎหมายของคณะปฏิวัติ) จึงไม่เป็นที่แปลกที่คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมต่อ ๆ มาจะได้ถือคำวินิจฉัยเดิม และวินิจฉัยไปทางเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 1662/2505 1234/2523 6411/2534 และ 1745/2540 ฯลฯ ที่วินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า "เมื่อหัวหน้าคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินสำเร็จหัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมมีอำนาจออกประกาศหรือคำสั่งอันถือเป็นกฎหมายใช้บังคับแก่ประชาชนได้" ที่เป็นเช่นนี้อาจเป็นเพราะผู้พิพากษาส่วนมากได้รับอิทธิพลมาจากคำสอนจากโรงเรียนกฎหมายในประเทศอังกฤษที่ว่ากฎหมายคือ "คำสั่งของราชาธิบดี" ผู้ใดฝ่าฝืนต้องถูกลงโทษ ซึ่งการอธิบายความหมายของคำว่ากฎหมายในทำนองนี้เกิดจากความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง (legal positivism) ของ John Austin<sup>29</sup> ทั้งที่ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 ที่บัญญัติว่า

"ผู้ใดใช้คำสั่งประทุษร้าย หรือขู่เข็ญว่าจะใช้คำสั่งประทุษร้าย เพื่อ (1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ (2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ

<sup>29</sup> John Austin, Lectures on Jurisprudence, the Great Legal Philosophy, edited by Clarence Morris (Philladelphia : University of Pennsylvania Press, 1963), P.337.

(3) แบ่งแยกราชอาณาจักรหรือยึดอำนาจการปกครองในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักร ผู้ที่กระทำความคิดฐานกบฏ" ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต" เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการกระทำของคณะปฏิวัติดังกล่าว ครอบงำประกอบความคิดฐานกบฏ แต่เหตุใดคำพิพากษาศาลฎีกาจึงออกมาในลักษณะ เป็นการรับรองการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติ รัฐประหารเหล่านั้น ซึ่งคำตอบผู้ทำ วิทยานิพนธ์จะได้กล่าวต่อไปในบทที่ 6

อย่างไรก็ตามนักวิชาการบางท่าน<sup>30</sup>ปฏิเสธความเป็นกฎหมายของ ประกาศคณะปฏิวัติที่ไม่เป็นธรรมโดยสิ้นเชิงจากจุดยืนความคิดในเชิงอุดมคติ นิยมหรือการอ้างหลักกฎหมายธรรมชาติ และยังมีความเห็นทางวิชาการที่ไม่ สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลฎีกาอีกเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะความเห็น เกี่ยวกับหลักกฎหมายในคดีรัฐธรรมนูญ ยกตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ใน คำสั่งศาลฎีกาที่ 913/2536 โดยวินิจฉัยวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีกฎหมาย ขัดรัฐธรรมนูญว่า การพิจารณาว่ากฎหมายลำดับรองใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้พิจารณาเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญขณะที่มีการกล่าวอ้างเท่านั้น ในขณะที่มี ความเห็นทางวิชาการในทางตรงข้ามว่า การที่จะพิจารณากฎหมายลำดับรอง ใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้พิจารณารัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ศาล ชี้ขาดมิใช่ชี้ขาดตามบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญในขณะที่กฎหมายรัฐธรรมนูญเดิมถูก ยกเลิกไปแล้ว<sup>31</sup> ที่ศาลฎีกามีแนวคำวินิจฉัยออกมาลักษณะไม่สอดคล้องกันเช่นนี้

<sup>30</sup>อมร จันทรสมบูรณ์ "บทบาทของนักกฎหมายในการวางกฎเกณฑ์เพื่อ ความเป็นธรรมของสังคม" นิติศาสตร์ปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 2516 หน้า 13. และสถิตย์ ลิ่มพงศ์พันธุ์ "สัมมนา ขอบด้วย กฎหมายแต่ไม่ชอบด้วยหลักกฎหมายด้วยคน" วารสารอัยการ. ปีที่ 1 ฉบับที่ 6 มิถุนายน 2521, หน้า 9.

<sup>31</sup>อมร จันทรสมบูรณ์ บันทึกความเห็นทางวิชาการ (อัดสำเนา) คำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2536 หน้า 22-23. อ้างแล้วเชิงอรรถแรก.

อาจพิจารณาได้ว่าที่ผ่านมาโครงสร้างของข้าราชการตุลาการ แม้จะมี ก.ต. หรือคณะกรรมการตุลาการ เป็นองค์กรกลางที่มีอำนาจให้โทษและกำกับดูแลข้าราชการตุลาการให้เป็นอิสระ แต่ที่ผ่านมาก่อนมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (2540) ระบบศาลไทยยังคงอยู่ในภาวะการเป็นหน่วยงานหนึ่งของกระทรวงยุติธรรมแม้จะมีอิสระในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดี แต่ก็ยังถูกกำกับดูแลบังคับบัญชาด้านการจัดการโดยฝ่ายบริหารผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ทั้งทางด้านงบประมาณและการบริหารงานบุคคล ซึ่งการควบคุมแม้ในด้านธุรการนี้ก็มิผลกระทบต่อความเป็นกลางของผู้พิพากษาค่อนข้างมาก เพราะเหตุว่า ในการควบคุมใด ๆ ไม่จำเป็นต้องลงไปสั่งการในเนื้อหาโดยตรง<sup>32</sup> แต่อาจจะเป็นการควบคุมในด้านทางธุรการอย่างที่เรียกว่า ควบคุมงบประมาณ คุมคน คุมอัตรากำลัง คุมความเคลื่อนไหวของคนและคุมเงินโยกย้าย ซึ่งก็เท่ากับว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเข้ามาควบคุมกระทรวงยุติธรรมหรือศาลยุติธรรมนั่นเอง การที่บุคคลใดมีอำนาจเข้าไปควบคุมหน่วยงานใดในสามลักษณะที่กล่าวนั้นก็ต้องถือว่าทำให้บุคคลนั้นมีอิทธิพลเหนือระบบงานทั้งระบบนั้นโดยทางอ้อม ซึ่งถ้าหากว่าเมื่อใดการเมืองอยู่ในวาระเกิดการปฏิวัติ รัฐประหารขึ้นอันเป็นผลให้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติตกแก่กลุ่มบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ และเป็นอำนาจเผด็จการของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร ย่อมเป็นธรรมดาที่คำสั่งหรือประกาศใด ๆ ของคณะปฏิวัติ รัฐประหารที่ประกาศออกมาใช้แก่บุคคลทั่วไปจะได้รับผลการวินิจฉัยที่เป็นลักษณะยอมรับการใช้อำนาจโดยศาลยุติธรรมเช่นนี้

---

<sup>32</sup>ดูรายงานการประชุมทางวิชาการ และสรุปผลการพิจารณาศึกษา เรื่อง "กระบวนการยุติธรรมและเรื่องพัฒนาการองค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง" ของคณะกรรมการบริหาร การบริหาร และการยุติธรรมวุฒิสภา หน้า 74.

6. คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่ปฏิเสธความเป็นกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร

แม้เดิมศาลยุติธรรมจะวินิจฉัยเดินตามแนวเดียวกันมาตลอดว่าคำสั่งของคณะปฏิวัติมีผลบังคับใช้ได้ เช่นเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ แต่แนวความคิดของศาลยุติธรรมที่ปฏิเสธการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติเริ่มมีครั้งแรกในปี พ.ศ. 2513 โดยศาลแขวงอุบลราชธานี (ที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์กล่าวไปแล้วในหัวข้อที่ 3) ที่วินิจฉัยทำนองปฏิเสธการใช้อำนาจของคณะปฏิวัติในสมัยนั้น และไม่ยอมรับคำสั่งที่ออกโดยคณะปฏิวัติครั้งนั้นโดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญไม่มีผลใช้บังคับ นับแต่นั้นคำวินิจฉัยส่วนมากก็วินิจฉัยไปในทางตรงกันข้ามคำวินิจฉัยของศาลแขวงดังกล่าว

จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2536 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้มีคำวินิจฉัยไม่ยอมรับคำสั่งของคณะปฏิวัติที่ทำการยึดอำนาจการปกครองโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ในคำวินิจฉัยที่ 913/2536 และ 1131/2536 ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันสรุปว่า

"ประกาศของคณะรักษาความสงบเรียบร้อย

แห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 มีผลให้ทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดิน เว้นแต่ผู้ถูกกล่าวหาสามารถนำพยานหลักฐานมาแสดงให้คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (กตส.) เชื่อว่าทรัพย์สินดังกล่าวของตนได้มาโดยชอบภายในกำหนด 15 วัน คำวินิจฉัยของ กตส. ดังกล่าวมีผลให้ทรัพย์สินที่ กตส. วินิจฉัยว่าได้มาโดยมิชอบหรือมีเพิ่มขึ้นผิดปกติตกเป็นของแผ่นดินเท่ากับเป็นการสั่งลงโทษริบทรัพย์สินในทางอาญานั้นเองและมีให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาหรือนุคคลอื่นซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่แท้จริงนำคดีไปฟ้องร้องให้เป็นอย่างอื่นได้ อำนาจของ กตส. ดังกล่าวเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งตามประเพณีการปกครอง

ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาล  
 ในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมายประกาศ รสช. ฉบับที่ 26  
 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีศาล  
 ให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับ  
 ศาลย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบ  
 ประชาธิปไตย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติ  
 ให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล  
 และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่ง  
 โดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้  
 นอกจากนี้ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึด และตกเป็นของ  
 แผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ กตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้  
 มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6  
 ใช้บังคับจึงเป็นการใช้กฎหมายที่มีโทษในทางอาญา  
 ย้อนหลัง ไปลงโทษแก่ผู้ร้องซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบท  
 บัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง  
 เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือ  
 ได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบ  
 ประชาธิปไตยอีกประการหนึ่งด้วย เมื่อประกาศ รสช.  
 ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญ  
 การปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 มาตรา 30  
 จึงใช้บังคับมิได้"

เมื่อวิเคราะห์คำวินิจฉัยข้างต้น และในส่วนที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้  
 วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อที่ 4 นั้นจะเห็นได้ว่าในระยะหลังศาลฎีกาเริ่มเปลี่ยน  
 แนวคำวินิจฉัยโดยจะวินิจฉัยในลักษณะให้การได้มาซึ่งอำนาจอันมิชอบดังกล่าว  
 ใช้บังคับมิได้ที่เป็นเช่นนี้ถ้าจะวิเคราะห์กันให้ดีแล้วจะเห็นว่า ในคำวินิจฉัยของ  
 ศาลฎีกาที่วินิจฉัยลักษณะปฏิเสธสภาพบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัตินี้  
 ศาลฎีกาไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการแล้วพิจารณาจากเจตนาและจุดมุ่งหมายของ  
 คณะปฏิวัติอย่างที่เคยวิเคราะห์ไป (ทั้งนี้เพราะได้ผ่านหรือล่วงเลยการตรวจสอบ

ถึงกรรมวิธีหรือที่มาของประกาศไปแล้ว) แต่การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยปฏิเสธ เช่นนี้ศาลฎีกาได้พิจารณาจากเนื้อหาของประกาศว่าชั่วคราวรัฐธรรมนูญหรือไม่ภายหลัง จากประกาศฉบับนั้นมีผลและสภาพบังคับเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์แล้วและเมื่อมี เนื้อหาที่ไม่สอดคล้องและไปชอบตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นภายหลัง ศาลฎีกาก็จะวินิจฉัย และพิพากษาโดยพิจารณาจากหลักประเพณีการปกครองไทย และหลักรัฐธรรมนูญตามกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับหลังถ้าเมื่อพบว่าประกาศมี เนื้อหาชั่วคราวรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยให้ไม่มีผลบังคับ ซึ่งต่างจากการพิจารณายอมรับ ความเป็นกฎหมายของประกาศขณะปฏิบัติก่อนที่จะมาพิจารณาเนื้อหาของประกาศ ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้วิเคราะห์ไปแล้วในหัวข้อที่ 5 ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นที่น่าสังเกตว่าแนวคำวินิจฉัยลักษณะเช่นนี้สอดคล้อง กับความคิดในทางนิติศาสตร์โดยผู้ทรงคุณวุฒิบางท่าน<sup>33</sup>ที่เห็นว่าสาเหตุแห่งการ ให้รัฐธรรมนูญนั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ย่อมต่างกับปัญหาว่ารัฐธรรมนูญที่บัญญัติ ขึ้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงไม่น่าวิตกและแปลกใจในคำวินิจฉัยของศาลฎีกา ที่วินิจฉัยทั้งมีลักษณะยอมรับและปฏิเสธการใช้อำนาจของประกาศขณะปฏิบัติ อีกทั้งไม่อาจกล่าวว่าศาลฎีกามีแนวคำวินิจฉัย เรื่องการยอมรับและปฏิเสธการใช้ อำนาจของขณะปฏิบัติที่แตกต่างกันหรือขัดแย้งกันแต่อย่างใด ทั้งนี้อาจไปตาม แนวความคิดที่ว่าศาลยุติธรรมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมซึ่งก็เป็น ระบบงานหนึ่งของรัฐที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผล และเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชน มิใช่เพียงตัดสินคดีไปตาม วิกฤตการณ์บ้านเมืองไปในทางใดทางหนึ่ง ที่ขาดบรรทัดฐานที่แน่นอน ซึ่งปกติ ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับจะมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล ยุติธรรมมีอิสระและไม่อาจถูกแทรกแซงโดยอำนาจต่าง ๆ ได้อยู่แล้ว อีกทั้ง การดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายของศาลนั้นได้กระทำในพระปรมาภิไธย ของพระมหากษัตริย์ อันเป็นสถาบันที่เคารพเทิดทูลสูงสุดของปวงชนชาวไทย สิ่งนี้อาจเป็นจุดสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้ศาลต้องยึดมั่นในความยุติธรรม และ

<sup>33</sup>หยุด แสงอุทัย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 73.

ต้องสร้างผลงานให้ประจักษ์แก่สังคมให้ชัดเจนว่า สังคมในระบอบประชาธิปไตย  
ของไทยนี้ปกครองกันด้วยกฎหมายมิใช่ด้วยอำนาจตามอำเภอใจของบุคคลใดหรือ  
คณะบุคคลหนึ่งเท่านั้น



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย