



วารสาร

# ศาลรัฐธรรมนูญ

Constitutional Court Journal

ISSN 1513-1246

ปีที่ 12 เล่มที่ 36 เดือนกันยายน-ธันวาคม พ.ศ. 2553

ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

<http://www.constitutionalcourt.or.th>

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
Constitutional Court Journal

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
Office of The Constitutional Court

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
Constitutional Court Journal

ปีที่ 12 เล่มที่ 36 เดือนกันยายน - ธันวาคม 2553

ISSN 1513 - 1246

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

Office of the Constitutional Court

พิมพ์ครั้งที่ 1

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

ธันวาคม 2553

ราคา 120 บาท

พิมพ์ที่ : บริษัท พี. เพรส จำกัด

129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ แขวงสวนหลวง เขตสวนหลวง กรุงเทพฯ 10250

โทร. 0-2742-4754-5

## บทบรรณาธิการ

วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 12 เล่มที่ 36 เดือนกันยายน - ธันวาคม 2553 นี้ ได้รับการจัดพิมพ์เผยแพร่พร้อมกับวารสารฯ ฉบับที่ 35 ซึ่งล่าช้ากว่ากำหนดการเผยแพร่พอสมควร กองบรรณาธิการจึงขออภัยท่านสมาชิกและผู้มีอุปการคุณเป็นอย่างยิ่งมา ณ ที่นี้ด้วย

สำหรับเนื้อหาของวารสารฉบับนี้ ได้นำเสนอบทความบทความบางส่วนต่อเนื่องจากวารสารฯ ฉบับที่ 35 โดยได้คัดสรรบทความเชิงวิชาการ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจ และมีประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าประกอบด้วย บทความเรื่อง “SEPARATION OF POWERS AND INDEPENDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THAILAND” โดย นายเฉลิมพล เอกอุรุ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ บทความเรื่อง “การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี” โดย ดร. วุฒิชัย จิตตานุกุ บทความเรื่อง “หลักกฎหมายอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (อดีต - พ.ศ. 2553) (ตอนที่ 2)” โดย นายภาสพงษ์ เรณูมาศ บทความเรื่อง “ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552” โดย นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์ และสรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ และน่าสนใจ คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12 - 14/2553 เรื่อง สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกระทำการต้องห้ามอันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ ย่อโดย พันโท ภาควุฒิสภา สิริรัตน์

กองบรรณาธิการขอขอบคุณทุกท่านที่ได้กรุณาติดตามอ่านวารสารศาลรัฐธรรมนูญเสมอมา หากมีข้อเสนอแนะประการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวารสารฯ แล้ว กองบรรณาธิการขอน้อมรับด้วยความยินดียิ่ง

บรรณาธิการ

# สารบัญ

หน้า

- SEPARATION OF POWERS AND INDEPENDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THAILAND..... 1  
*Chalermpon Ake-uru*
- การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี..... 19  
*ดร. วุฒิชัย จิตตานุ*
- หลักกฎหมายอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (อดีต - พ.ศ. 2553) (ตอนที่ 2)..... 50  
*ภาสพงษ์ เรณูมาศ*
- ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ..... 84  
*ศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์*
- สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12 – 14/2553 วันที่ 3 พฤศจิกายน 2553 ..... 118

Second Congress of the World Conference on Constitutional Justice  
Rio de Janeiro, 16-18 January 2011

SEPARATION OF POWERS AND INDEPENDENCE OF  
THE CONSTITUTIONAL COURT OF THAILAND

---

*Chalermpon Ake-uru\**

## INTRODUCTION

The principle of separation of powers among the legislature, the executive and the judiciary is of fundamental importance to modern democracy. The separation of powers among the three authorities means mutual checks and balances among them which guarantee the limitation of any excess of power by other powers. One of the importance hallmarks of a state that respects this principle is the independence of the judiciary. In fact, the independence of the judiciary is a logical corollary of the principle of separation of powers in the sense that the vesting of judicial functions in a body separate from the legislature and the executive can only be meaningful if that body is truly independent.

Every constitution that had been promulgated in Thailand since the change from absolute monarchy to constitutional monarchy in 1932 embraced the principle of separation of powers. The current one - the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007) (hereinafter referred to as “the Constitution”) stipulates that Thailand adopts a democratic regime of government with the King as Head of State.<sup>1</sup> Sovereign powers belong to the Thai people. The King as Head of State shall exercise such powers through the National Assembly, the Council of Ministers and the Courts in accordance with the provisions of this Constitution. The performance of duties of the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, Constitutional organs and States agencies shall be in accordance with the rule of law.<sup>2</sup>

---

\* *Justice of the Constitutional Court of Thailand*

<sup>1</sup> *The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007)*, section 2.

<sup>2</sup> *Ibid.*, section 3.

The Constitution contains one chapter - Chapter X the Courts - dealing with the judicial powers. Chapter X is divided into 5 parts. Part 1 is the General Provisions which states the general principles regarding the judicial powers, while Parts 2, 3, 4, 5 contain provisions concerning the Constitutional Court, the Courts of Justice, the Administrative Courts and the Military Courts respectively. The division of the Chapter in this fashion signifies that the Judiciary or the Court system in Thailand is a parallel system of judicial jurisdiction with 4 types of courts.

Judicial powers, as one aspect of sovereign powers, are vested in the Courts. This is affirmed in the Constitution which provides that the trial and adjudication of cases are the powers of the Courts, which must be carried out with due regard to justice in accordance with the Constitution, laws and in the name of the King. Judges are independent in the proper, swift and fair trial and adjudication of cases in accordance with the Constitution and laws.<sup>3</sup>

This means that only the Courts can exercise judicial powers to ensure justice. The Constitutional Court, just like other Courts in the system, is independent and has to decide constitutional cases in accordance with the Constitution and laws.

Various guarantees of independence of the Constitutional Court are specified in the Constitution and related laws. These guarantees will now be examined.

### **I. The independence of the Constitutional Court as an institution**

In constitutional democracy, the constitution is regarded as supreme. This principle of the supremacy of the constitution is reflected in the Constitution that the Constitution is supreme law of the State. The provisions of any law, rule and regulation, which are contrary to or inconsistent with the Constitution will be unenforceable.<sup>4</sup>

The Constitutional Court performs the important function of safeguarding this supremacy of the Constitution. It also serves as a judicial body which recognizes and protects the rights and liberties of the people and translate into reality the protection of rights and liberties by the exercise of adjudicative power.

#### The constitutional status of the Constitutional Court

The Constitutional Court was established by virtue of the Constitution. It consists of the President and eight judges to be appointed by the King upon advice of the Senate.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, section 197 paras. 1 and 2.

<sup>4</sup> *Ibid.*, section 6.

<sup>5</sup> *Ibid.*, section 204 para. 1.

Judges of the Constitutional Court are styled “Justices of the Constitutional Court”.

The Constitution provides for the Constitutional Court to have powers and duties in adjudicating and ruling constitutional cases. These powers and duties may be divided into the following nine categories:

(1) constitutional review of bills and draft rules of procedure of the legislative branch prior to their promulgation to ensure that they are not inconsistent with or contrary to the Constitution;<sup>6</sup>

(2) constitutional review of a promulgated law to ensure that it is not inconsistent with or contrary to the Constitution;<sup>7</sup>

(3) constitutional review of the prerequisites for the enactment of an Emergency Decree to ensure that it is not inconsistent with or contrary to the Constitution;<sup>8</sup>

(4) ruling on whether or not members of the House of Representatives, senators or members of the committee are involved directly or indirectly in the use of the appropriations;<sup>9</sup>

(5) ruling on disputes regarding the powers and duties among the National Assembly, the Council of Ministers or the Constitutional organs other than the Courts which arise between two or more of such organs;<sup>10</sup>

(6) review resolutions or regulations of political parties, consideration of appeals of members of the House of Representatives and ruling on cases concerning the constitutional exercise of political rights and liberties by a person or a political party;<sup>11</sup>

(7) ruling on the membership or qualification of a member of the National Assembly, Ministers and Election Commissioners;<sup>12</sup>

(8) ruling on whether or not a treaty requires prior approval of the National Assembly;<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, sections 141, 149, 154, 155.

<sup>7</sup> *Ibid.*, sections 211, 245, 257, 212.

<sup>8</sup> *Ibid.*, section 184.

<sup>9</sup> *Ibid.*, section 168.

<sup>10</sup> *Ibid.*, section 214.

<sup>11</sup> *Ibid.*, section 65, 106 (7), 237.

<sup>12</sup> *Ibid.*, sections 91, 182, 233.

<sup>13</sup> *Ibid.*, section 190.



(9) powers and duties prescribed under the Organic Act on Political Parties, B.E. 2550 (2007).<sup>14</sup>

#### Regulatory autonomy and administrative autonomy

The Constitutional Court has the autonomy to organize itself with regard to case management as well as the general administration of the Court. The Court has an independent secretariat, with the Secretary-General of the Office of the Constitutional Court as the superior official directly responsible to the President of the Constitutional Court. A person to be appointed as the Secretary-General of the Office of the Constitutional Court must be nominated by the President of the Constitutional Court with the approval of Justices of the Constitutional Court collectively. The Office of the Constitutional Court has independence in personnel administration, budget and other activities as provided by law.<sup>15</sup>

In this connection, the Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999) was enacted to give effect to the above-mentioned provision of the Constitution. According to this Act, the Justices of the Constitutional Court collectively have the power to issue regulations or notifications with respect to general administration, personnel administration, budget, finance and property and other businesses of the Office of the Constitutional Court. Such regulations or notifications will be signed by the President of the Constitutional Court and come into force upon their publication in the Government Gazette.<sup>16</sup>

Justices of the Constitutional Court collectively, in practice, play 3 important and distinctive roles. For the adjudicative function, the Justices collectively are the Constitutional Court. The Justices collectively play a role of the Board of Directors in performing administrative affairs of the Office of the Constitutional Court. And, lastly, the Justices collectively become the Central Personnel Administration Body for officials of the Office of the Constitutional Court. All these show the independence of the Constitutional Court in the administration of its own affairs.

As for the procedures of the Court, the Constitution provides in Section 216 paragraph six that the procedures of the Constitutional Court shall be in accordance

---

<sup>14</sup> *The Organic Act on Political Parties, B.E. 2550 (2007)*, section 13, 14, 41, 33, 20 (4), 31, 91, 93, 94, 98. See also, *Office of the Constitutional Court, A Basic Understanding of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, 2008* pp. 4 – 32.

<sup>15</sup> *Supra*, note 1, section 217.

<sup>16</sup> *Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999)*, section 6.

with the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court. The Organic Bill on Procedures of the Constitutional Court has been submitted for consideration of the House of Representatives since 2008. Nevertheless, this Bill is still pending consideration in the House of Representatives.

The Constitution provides in Section 300 paragraph five, as part of its transitional provisions, that while the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court has not yet been enacted, the Constitutional Court has the powers to prescribe rules on procedures and rendering of decisions. So the Constitutional Court has issued the “Rules of the Constitutional Court on Procedures and Ruling B.E. 2550 (2007)”. The Rules have been applied to every case that comes to the Constitutional Court at the present time. Constitutional Court procedures under the Rules provide for an inquisitorial system. Any procedure which is not specifically provided for under these Rules will be governed by provisions of the Civil Procedure Code to the extent that such provisions are applicable and not inconsistent with these Rules.

#### Budgetary independence

The Constitutional Court administers its own budget which is part of the State budget. The Constitution provides that the State will allocate adequate budgets for the autonomous administration of the Constitutional Court and in consideration of expenditure estimates for the Constitutional Court if the Court is of the opinion that the allocated budget is insufficient, it will submit a motion to the committee (National Assembly’s Budgetary Committee) directly.<sup>17</sup>

As regards the submission of budget estimates, the Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999) stipulates that the Office will submit to the Council of Ministers its estimates of the budget in accordance with the resolution of the Justices of the Constitutional Court collectively for the purpose of incorporating it in the annual appropriations bill or the supplementary appropriations bill, as the case may be, in order to set it aside as subsidies of the Justices of the Constitutional Court collectively and the Office of the Constitutional Court. In this instance, the Council of Ministers may also prepare the opinion with regard to the allocation of budget of the Justices of the Constitutional Court collectively and the Office of the Constitutional Court to be included in the memorandum accompanying the introduction of the annual appropriations bill or the supplementary appropriations bill. In the consideration of the annual appropriations bill or the supplementary

---

<sup>17</sup> *Supra*, note 1, section 168 paras. 8 and 9.

appropriations bill, the House of Representatives or the Senate may allow the Secretary-General of the Office of the Constitutional Court to give explanations.<sup>18</sup>

As it happens every year, the National Assembly Budgetary Committee or the National Assembly rarely changes the budget estimates of the Office of the Constitutional Court.

One outstanding feature of the budgetary management of the Office of the Constitutional Court is that the unspent money left over from the previous fiscal years can be carried forward to the current fiscal year for spending. However, a report regarding this amount has to be submitted to the Council of Ministers at the end of every fiscal year.

All in all, it could be said that the Constitutional Court has necessary autonomy regarding its budget which could contribute to its institutional independence.

#### Disciplinary independence

Justices of the Constitutional Court are required to follow the Constitutional Court's Guideline for judicial conduct. Serious violation of proper judicial conduct could result in criticism by fellow Justices. It is up to the person's conscience to do what is necessary to rectify the wrong. In practice, however, rarely did improper conducts occur.

#### Compliance with decisions of the Constitutional Court

The Constitution stipulates that the decision of the Constitutional Court will be deemed final and binding on the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts and other State organs.<sup>19</sup> It is final in the sense that the parties may not file an appeal to any court or body. It is binding in the sense that the decisions of the Constitutional Court will be binding not only to the parties but also to third parties. Thus, once the Constitutional Court passes a ruling, that ruling will be directly binding on the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts as well as constitutional organs and state agencies in the enactment, application and interpretation of laws.

In practice, so far, there has never been a case of non-compliance with the decision of the Constitutional Court.

#### Relationship with the media

The Constitutional Court attaches great importance to public understanding of the works of the Court. In this connection, the Court has undertaken a wide variety

---

<sup>18</sup> *Supra*, note 16, section 13.

<sup>19</sup> *Supra*, note 1, section 216 para. 5.

of projects, some already executed and some to be executed in the future, in order to promote public understanding of the role of the Constitutional Court as well as its decisions. For example, there are projects of the Court meeting the people in the provinces, quiz competition projects, drawing contest projects, etc. Apart from these, books, pamphlets, journals, bulletins, and newsletters are regularly prepared and distributed to bring information to the knowledge of the public.

Still, the help of the media is needed because the media can make the Court's proceedings and its ruling comprehensible to the general public. The media, as a matter of fact, acts like the public's eyes and ears. Correct and responsible reporting by the media is therefore very important. The good mutual understanding between the Court and the media is therefore necessary and desirable.

The Constitutional Court initiated a dialogue between the Court and the media in the form of seminars organized from time to time. At such seminars, the atmosphere was always good. Views were usually exchanged frankly and freely. Such seminars will surely be organized regularly in the future.

The Constitutional Court assigns the Office of the Constitutional Court the task of communicating with the media. A spokesmen team has been appointed to do this job, comprising the Secretary-General and one of the Deputy Secretaries-General of the Office of the Constitutional Court. The team usually holds press conference, especially on the day that the Constitutional Court renders a decision. Press release briefing the substance of the Court's decision are distributed at this occasion.

It can be said that, in general, the relationship between the Constitutional Court and the media is pretty good. There are, however, two kinds of problems occasionally coming up in this relationship.

The first kind involves inaccurate or misleading reporting of the essence or reasons of the Court's decisions which results from erroneous interpretation of the decisions on the part of the media for whatever the reason. This kind of problems could, however, be rectified in the future by facilitating or helping the media in the writing of news reports on the Court's decisions. One way is by the Office of the Constitutional Court preparing a decision summary couched in laymen's terms as possible to be distributed to the media. The other way is that the Office of the Constitutional Court organizes from time to time a short training course about the working and functioning of the Constitutional Court and meaning of legal terms usually used in the decisions.

Another kind of problems is more serious. It is noted that every time cases which could have political implications are under consideration of the Constitutional Court, for example, a case involving whether a big political party would be dissolved or not, some newspapers then act as a “mouthpiece” of some political groups who have interests in the case by reporting only one-side understanding of the story, even rumours, sometimes to the point of bringing the Court into disrepute and diminishing or damaging the credibility and impartiality of the Court. Such being a case, the Office of the Constitutional Court has no choice but to issue explanations concerning the true story in order to dispel misunderstanding and correct false impression.

If the acts on the part of the newspaper amount to defamation or other violations of laws, the Office of the Constitutional Court, at the instance of the Justices of the Court collectively, will make a complaint to the police to start the criminal proceedings, in accordance with due process of law, in the Courts of Justice.

## **II. The constitutional independence of individual judges**

While it is admitted that in one sense the individual independence of the judge depends on “the state of mind” of that particular judge in the discharge of judicial office, it is still important that there should be guarantees of independence of individual judges stipulated in either the Constitution or law. In the case of the Constitutional Court of Thailand, a certain number of guarantees that support the independence of individual judges are provided in the Constitution.

### Selection process

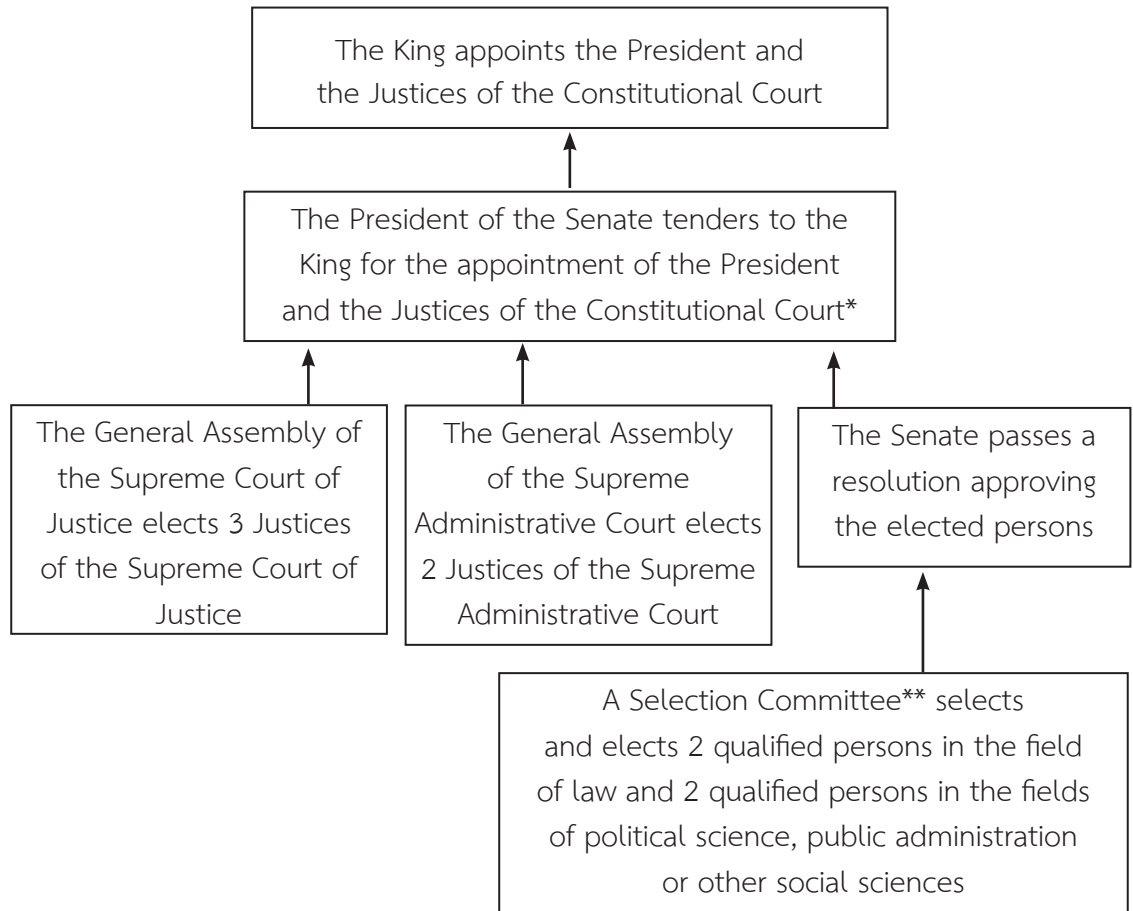
Since the Constitutional Court is a special judicial organ, the selection for the 9 Justices of the Constitutional Court is different from judges of other courts. Justices of the Constitutional Court are from three sources:

(a) *Justices of the Supreme Court of Justice*, 3 of whom are elected at a General Assembly of the Supreme Court of Justice by secret ballot.

(b) *Justices of the Supreme Administrative Court*, 2 of whom are elected at a General Assembly of the Supreme Administrative Court by secret ballot.

(c) *Qualified persons*, 2 qualified persons in the field of law who genuinely possess knowledge and expertise in law and 2 qualified persons in the fields of political science, public administration or other social sciences who genuinely possess knowledge and expertise in the administration of State affairs.

The selection process of the Justices of the Constitutional Court is as set out in a diagram below:



\*- 9 elected persons shall hold a meeting and elect one among themselves to be the President of the Constitutional Court and notify the result to the President of the Senate accordingly.

- The President of the Senate shall countersign the Royal Command appointing the President and Justices of the Constitutional Court.

\*\* The Selection Committee comprises the following:

1. President of the Supreme Court of Justice;
2. President of the Supreme Administrative Court;
3. Speaker of the House of Representatives;
4. Leader of the Opposition in the House of Representatives;
5. One person selected by and amongst Presidents of independent constitutional organs.

It can be seen that, among the 9 Justices, 5 Justices are elected by the Judiciary while the other 4 are elected by the Legislature. The Executive has minimal, if any, part in the election of the Justices of the Constitutional Court. Indeed, it could be said that the government has only one small voice through the Speaker of the House of Representatives in the Selection Committee of qualified persons since usually the Speaker is from the ruling political party or one of the ruling political parties. The Justices of the Constitutional Court therefore owe no duty of “gratitude” to those who elected them, thus enhancing their individual independence.

#### Professional qualifications

The Justices of the Constitutional Court have high professional qualifications. Five among the nine Justices are from the highest courts of the Judiciary, namely the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court. The other four, those who have been elected as qualified persons in the field of law or the fields of political science, public administration or other social sciences, also have high qualifications in that they must have been a Minister, a judge of the Supreme Military Court, an Election Commissioner, an Ombudsman, a National Counter Corruption Commissioner, a State Audit Commissioner or a National Human Rights Commissioner, or having served in a position of not lower than Deputy Attorney-General, Director-General or a person holding an administrative position in a government agency having administrative powers equivalent to a Director-General, or holding a position of not lower than Professor or having been a lawyer practicing legal profession regularly and continuously for not less than thirty years up to the date of nomination.

The Justices of the Constitutional Court are equal. The President is the “first among equals (*primus inter pares*)”. However, the election for the position of the President has to be done among themselves at the beginning of the term of office before the Royal Appointment or whenever the position is vacant thereafter. Therefore, there is no question of the promotional “temptations” as such.

#### Age and term of office

The minimum age for qualified persons in the field of law and the fields of political sciences, public administration or other social sciences to be elected to become Justices of the Constitutional Court is 45 years. There is no minimum age as far as Justices of the Constitutional Court who come from the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court are concerned. Of course, in practice, any person who could reach the positions of Justices of the Supreme Court of Justice and the Supreme

Administrative Court usually are older than 45 years.

The term of office for the President and Justices of the Constitutional Court is 9 years. They will hold office for only one term.

In addition to the vacation of office upon the expiration of term, the President and Justices of the Constitutional Court vacate office upon:

- (1) death;
- (2) being of seventy years of age;
- (3) resignation;
- (4) being disqualified or being under any of the prohibitions;
- (5) having done an act in violation of incompatibilities;
- (6) the Senate passing the resolution for the removal from office;
- (7) being sentenced by a judgment to imprisonment notwithstanding the case not being final or the suspension of sentence, except the case of an offence committed through negligence, a petty offence or a defamation offence.<sup>20</sup>

The removal from office by the Senate will be elaborated below.

The fixed term of office and non-renewability certainly serve as a guarantee for individual independence of the President and Justices of the Constitutional Court.

#### Material benefits

The Constitution stipulates that salaries, emoluments and other benefits of judges shall be as prescribed by law; provided that the system of salary-scale or emoluments applicable to civil servants shall not be applied. The said provisions also apply to Election Commissioners, Ombudsmen, National Counter Corruption Commissioners and State Audit Commissioners *mutatis mutandis*.<sup>21</sup> In this connection, there is a separate Act on salaries, emoluments and other benefits of the President and Justices of the Constitutional Court. The level of salaries, emoluments and other benefits of the President and Justices of the Constitutional Court is, in principle, on par with those of the Presidents and Justices of the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court at a reasonable level commensurate with the positions concerned. It is believed that the level of salaries, emoluments and other benefits would promote the independence of those Justices.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, section 209.

<sup>21</sup> *Ibid.*, section 202.



### Incompatibilities

According to the Constitution<sup>22</sup>, the President and Justices of the Constitutional Court must not be a government official holding a permanent position or receiving a salary. Nor can they be an official or employee of a State agency, State enterprise or local government organization or a director or adviser of a State enterprise or State agency. The other prohibitions are: they must not hold any position in a partnership, a company or an organization carrying out business with a view to sharing benefits or incomes, or be an employee of any person and they must not engage in any other independent profession. These incompatibilities start to be applied when the person concerned assumes his duty: he must have resigned from those positions mentioned above or must produced credible evidence that his engagement in such independent profession has ceased to exist. However, at the time of being elected to the position of the President or a Justice of the Constitutional Court he must not be under any of the prohibitions:

(a) he must not be a member of the House of Representatives, senator, political official, member of a local assembly or local administrator;

(b) he must not be or have been a member or holder of other position of a political party over the period of three years preceding the taking of office;

(c) he must not be an Election Commissioner, an Ombudsman, a National Counter Corruption Commissioner, a State Audit Commissioner or a National Human Rights Commissioner.

The purpose of having these constitutional limitations is to prevent the Justice from being in a situation of conflict of interests or a situation that could compromise his independence.

### Removal from office or impeachment process

The President and Justices of the Constitutional Court who are under exhibited circumstances of unusual wealthiness indicative of the commission of corruption, malfeasance in office, malfeasance in judicial office or an intentional exercise of power contrary to the provisions of the Constitution or law or serious violation or failure to comply with ethical standards, may be removed from office by the Senate.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> *Ibid.*, section 207.

<sup>23</sup> *Ibid.*, section 270.

The process may be initiated by the lodging of complaint to the President of the Senate requesting the Senate to pass a resolution removing the person from office by either of the following:

(a) members of the House of Representatives of not less than one-fourth of the total number of the existing members of the House; or

(b) senators of not less than one-fourth of the total number of the existing members of the Senate; or

(c) voters of not less than twenty thousand in number.

The complaint must clearly itemize the circumstances in which such a person has allegedly committed the act.<sup>24</sup>

The President of the Senate then refers the matter to the National Counter Corruption Commission for inquisition without delay. When the inquisition is completed, the National Counter Corruption Commission will prepare a report for submission to the Senate. Such a report will clearly state whether, and to what extent, the accusation stated in the complaint contains a prima facie case, whether there are convincing evidences, and the resolution therefor.<sup>25</sup>

Upon receipt of the report of the National Counter Corruption Commission, the President of the Senate will convoke a sitting of the Senate for considering the said matter without delay. A senator will have independence in casting a vote by secret ballot. A resolution for the removal of any person from office must be passed by the votes of not less than three-fifth of the total number of the existing members of the Senate.<sup>26</sup>

#### The Oath of office

In Thailand, before taking office, every judge must have an audience with His Majesty the King to make a solemn declaration before the King in the following words:

“I (name of the declarer) do solemnly declare that I will be loyal to His Majesty the King and will faithfully perform my duties in the name of the King without any partiality in the interest of justice, of the people and of the public order of the Kingdom. I will also uphold and observe the democratic regime of government with the King as Head of the State, the Constitution of the Kingdom of Thailand and the law in every

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, section 271.

<sup>25</sup> *Ibid.*, section 272.

<sup>26</sup> *Ibid.*, sections 273 and 274.

respect.”<sup>27</sup>

Any solemn declaration before the King is considered the sacred act in Thailand. It is therefore widely believed that this declaration should at least serve as a constant reminder to each individual judge that he should abide by the declaration in the discharge of his judicial office, thereby promoting his independence.

### III. Operating procedures of the Constitutional Court

#### Standing (locus standi) before the Constitutional Court

The Constitutional Court, as a court, cannot start the proceeding by itself at its own initiative. There must be some subjects who have legal standing (locus standi) according to the Constitution to file an application with the Constitutional Court to start the case. The Constitution provides that Courts of Justice, Administrative Courts, Military Courts, Constitutional organs, holders of certain important political positions, members of the House of Representatives, senators, Attorney-General and persons whose rights and liberties have been infringed have the right to file an application with the Constitutional Court for a ruling or order.

The filing of an application has to be in accordance with the procedures and conditions stipulated in the Constitution. Just to give examples. For a constitutional review of a bill, only the Speaker of the House of Representatives, President of the Senate, President of the National Assembly and the Prime Minister will have locus standi before the Constitutional Court. However, for the Speaker of the House of Representatives or the President of the Senate or the President of the National Assembly (the Speaker of the House of Representatives also holds this position) to do so, he must be requested by members of the House of Representatives, Senators or members of both Houses constituting no fewer than one-tenth of the existing members of the those Houses. Or in the case of a constitutional review of provisions of promulgated laws, only Courts of Justice, Administrative Courts and Military Courts can apply for ruling if the court finds on its own accord or a party to the case objects with reasons that a provision of law to be applied to the case is contrary to or inconsistent with the Constitution.<sup>28</sup>

#### A priori and a posteriori constitutional reviews

Thailand’s system provides for both a prior and a posteriori constitutional reviews.

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, section 201.

<sup>28</sup> For detail, see *Office of the Constitutional Court, A basic Understanding of the Constitutional Court*, *supra*. note 14. pp. 34-49.

Just two examples of *a priori* review cases.

1. *A priori* review of an Organic Bill before it is presented to the King for Royal Signature. This is compulsory. The Constitutional Court has to complete its determination of its constitutionality within thirty days.<sup>29</sup>

2. *A priori* review of a Bill before it is presented to the King for Royal Signature. If either members of the House of Representatives, senators or members of the both Houses of the National Assembly constituting no fewer than one-tenth of the existing members of both Houses or the Prime Minister finds that such a bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution or the enactment process as provided by the Constitution was not properly complied with.<sup>30</sup>

In its *a priori* review, the Constitutional Court will look into the substance of the bill as well as the enactment process. The effect of the Constitutional Court's decision will be examined in the next item regarding the role of "negative legislator".

*A posteriori* review, on the other hand, is a review of promulgated law in a concrete case. Contentious constitutional issues are usually referred to the Constitutional Court by the Courts of Justice, the Administrative Courts or the Military Courts. But the system in the Constitution also allows the Ombudsmen<sup>31</sup> and the National Human Rights Commission<sup>32</sup> to file applications to the Constitutional Court. Moreover, a person whose rights and liberties recognized by the Constitution has been violated by a provision of law has the right to file an application with the Constitutional Court for a ruling. However, in a case of complaint such as this all legal remedies must have been exhausted.

In its *a posteriori* review, the Constitutional Court can only look into the substance of the promulgated law. If the provisions of law are found to be contrary to or inconsistent with the Constitution they will be unenforceable.<sup>33</sup>

#### Role of "negative legislator"

In case of *a priori* review of an organic bill, if the Constitutional Court decides that the provisions of an organic bill are contrary to or inconsistent with the

---

29 Ibid., section 141.

30 Ibid., section 154.

31 Ibid., section 245.

32 Ibid., section 245.

33 Ibid., section 6.

Constitution, such provisions shall lapse. But if the Constitutional Court decides that such provisions are the essential element thereof or the organic bill has not been duly enacted under the provisions of the Constitution, such organic bill shall lapse.<sup>34</sup>

However, in the case where a decision of the Constitutional Court results in the lapse of provisions contrary to or inconsistent with the Constitution as stated above, such organic bill will be returned to the House of the Representatives and the Senate respectively for their reconsideration. The House of Representatives or the Senate will amend the organic bill by removing the provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution. The organic bill will then proceed towards promulgation.<sup>35</sup>

In a priori review of an ordinary bill, the Constitution prescribes that if the Constitutional Court rules that such bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution, or has not been enacted in accordance with the provisions of this Constitution, and such provisions constitute an essential substance, the entire bill will lapse.<sup>36</sup> Such being a case, the enactment process for that bill will have to be restarted.

However, if the Constitutional Court rules that such bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution, but do not constitute an essential substance, only such contrary or inconsistent provision will lapse. The bill without the lapsed provisions, however, will be able to come into force upon promulgation.<sup>37</sup>

These provisions of the Constitution show that in Thailand, a role of “negative legislator” played by the Constitutional Court is the acceptable norm for the Legislature.

#### Dissenting Opinions

The Constitution provides that the quorum of Justices of the Constitutional Court for hearing and rendering a decision will consist of not less than five Justices. The decision of the Constitutional Court will be made by a majority of votes, unless otherwise provided in the Constitution. Every Justice of the Constitutional Court who constitutes a quorum will give an opinion on his own part and make an oral statement to the meeting before passing a resolution. The decisions of the Constitutional Court

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, section 141 para 2.

<sup>35</sup> *Ibid.*, section 141 para 3.

<sup>36</sup> *Ibid.*, section 154 para 3.

<sup>37</sup> *Ibid.*, section 154 para 4.

and the opinions of all Justices will be published in the Government Gazette.<sup>38</sup>

From this provision, it can be seen that the Justices of the Constitutional Court of Thailand are free to have separate opinions or dissenting opinions. Transparency is served since the Court's decisions as well as each Justice's opinion will appear in the Government Gazette. The process will surely enhance the independence of individual Justices.

#### Process of deliberation of the Court

The Justices of the Constitutional Court collectively will consider a case after accepting it for consideration and ruling. However, when an application has been filed with the Constitutional Court, the President usually appoints no fewer than three Justices to have charge of the case. The duties of Justices in charge are: consideration whether to accept the application for consideration and ruling or not; have charge over the case file; and issue any order which does not constitute a ruling of the case. An order of Justices in charge of a case will be made by a majority vote.

At present, the President has appointed two groups of four Justices in charge and it works well.

The Court which means the Justices of the Court collectively considers the case *in camera*. Confidentiality has to be preserved strictly. In the deliberation, the Justices are free to state their opinions on the case. The decision of the Court will be taken by votes on each issue of the case as set by the Court. No abstention will be allowed.

The confidentiality of the deliberation of the Constitutional Court will serve as a guarantee for the Court's independence.

## CONCLUSION

Independence is a very important tenet of the judiciary, including the Constitutional Courts. It is a mean which enables judges to decide cases impartially, without fear or favour, affection or ill will. The guarantees of independence of the Constitutional Court of Thailand as an institution as well as the constitutional independence of individual justices as provided in the Constitution and related laws are certainly necessary. But are they sufficient? May be not.

At the present time, when diverse challenges – or even threats – to independence of the Constitutional Court happen to be on the rise, supports from the executive, the

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, section 216.

legislators, the administrators, the media, civil society organizations and the public in general are required. It is admitted that the diversity of challenges to independence of the Constitutional Court calls for diverse answers to how independence of the Constitutional Court could be defended and reinforced, both in the short term and long term.

In facing these challenges, the “state of mind” of the Justices of the Constitutional Court becomes all the more important. The Justices must stand firm, face the difficulties with great fortitude, and also maintain the high level of resilience in the discharge of their judicial duties with impartiality. Especially, they must abide by their oath of office solemnly declared before His Majesty the King at the time of their taking office.

-----

# การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่ง กฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ดร. วุฒิชัย จิตตานุ\*\*

## 1. ความนำ

หลักสัดส่วนตรงกับภาษาอังกฤษว่า Principle of Proportionality เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับทางกฎหมาย อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองบรรดาสิทธิต่าง ๆ ไว้ตามรัฐธรรมนูญ สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย แต่สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้บางประเภทมิใช่สิทธิเด็ดขาด อาจถูกจำกัดสิทธิได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ตามจำนวนคำว่า “ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (pursuant to law) การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจการจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ และตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วน ในการกระทำทางกฎหมายด้วย ซึ่งในส่วนนี้ได้กล่าวถึง พื้นฐานแนวคิดหลักสัดส่วนทางกฎหมาย การบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิทางกฎหมาย การบังคับใช้หลักสัดส่วนทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ การบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

## 2. พื้นฐานแนวคิดหลักสัดส่วนทางกฎหมาย

หลักสัดส่วน (principle of proportionality) เป็นพื้นฐานสาระสำคัญจากแนวความคิดตามหลักนิติรัฐ (rule of law) ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และจากการเปลี่ยนแปลงทาง

\* สมาชิกสถาบันรัฐธรรมนุญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของเอกสารวิจัย) กรรมการบริหารโครงการศูนย์บัณฑิตการพัฒนบริหาร มหาวิทยาลัยปทุมธานี สำนักกฎหมายนิเวศการ

\*\* นบ.นบพ. Majoring in Public Law [LLM.]. Certificate of English Proficiency [C.E.P.] (American University). Ph.D.



สังคมวิทยาการเมือง ทางเศรษฐกิจ จำต้องมีการบัญญัติกฎหมายมากมายขึ้นโดยให้อำนาจแก่ผู้ใช้อำนาจรัฐในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ เหล่านี้ต้องเป็นไปตามอำนาจกฎหมายที่บัญญัติไว้และต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีความเหมาะสมและสมเหตุสมผล (Jensen, 2005) หลักการดังกล่าวว่านักกฎหมาย (The Council of Europe, 2005) เรียกว่า “หลักสัดส่วน”

ทฤษฎีหลักสัดส่วนเป็นพื้นฐานแนวคิดจากนักปรัชญาชาวกรีก อริสโตเติล (Aristotle, *Nicomachean ethics*. Book V; Hobbes, *Leviathan*., 1684) ในหนังสือ *Nicomachean Ethics*. Book V. อธิบายว่า การที่คนใดคนหนึ่งสร้างบัญญัติหลักกฎหมายขึ้น ย่อมขาดพื้นฐานความถูกต้อง ทั้งนี้บุคคลนั้นย่อมบัญญัติหลักกฎหมายที่เป็นประโยชน์ส่วนตนและเริ่มใช้อำนาจเผด็จการ หลักเกณฑ์กฎหมายและกฎหมายธรรมชาติได้อยู่ร่วมกันในสากลโลกในทุกแห่งและทุกเวลา ซึ่งหลักเกณฑ์กฎหมายธรรมชาติในอุดมการณ์มีความถูกต้องในสถานที่หนึ่ง แต่ไม่ถูกต้องในอีกสถานที่หนึ่ง ความยุติธรรมเป็นสัดส่วนระหว่างการประนีประนอมกันทั้งสองส่วน หลักเกณฑ์กฎหมาย และกฎหมายธรรมชาติ จึงต้องอาศัยซึ่งกันและกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันเป็นสองส่วน เป็นการดำรงอยู่ร่วมกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งเป็นสิทธิอันหนึ่งอันเดียวกันในการดำรงอยู่และเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามพื้นฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ในการนี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Engle, 2010) เห็นว่าแนวความคิดของอริสโตเติล ชี้ให้เห็นว่า ความยุติธรรมเป็นสัดส่วนระหว่างการประนีประนอมกันของกฎหมายปฏิฐานนิยม และกฎหมายธรรมชาติ จึงต้องอาศัยซึ่งกันและกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันเป็นสองส่วนได้ หลักแนวความคิดดังกล่าวเป็นต้นกำเนิดแนวคิดพื้นฐานของหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่นำไปปรับใช้ในการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนทางกฎหมายในปัจจุบัน

แนวคิดของ อริสโตเติล เป็นพื้นฐานกฎหมายตามหลักสัดส่วนในการชั่งน้ำหนักระหว่างพื้นฐานกฎหมายและการได้สัดส่วนที่เป็นสมดุลงตามกฎหมายธรรมชาติในเชิงรูปธรรมทางกฎหมายที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ในการนี้ นักนิติปรัชญา มาร์คัส ทัลเลียม ซีเซโร (Cicero, Francis Barham tran., 1842) นำแนวความคิดตามหลักสัดส่วนไปใช้ในการชั่งน้ำหนักทางกฎหมายในหนังสือ *Treatise on the Commonwealth* [54 BC] นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Engle, 2010) เรียกว่า “*recta ratio naturae congruens*” ต่อมา นักนิติปรัชญา โทมัส อควินัส (Aquinas, Benziger Bros. edition, 1947) ในหนังสือเรื่อง *Summa Theologica*. The Second Part, Q. 40. เสนอทฤษฎีกฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเอง ได้นำหลักสัดส่วนของ อริสโตเติล ไปปรับใช้ในการสร้างกระบวนการพหุขั้นตอนสัดส่วน (multi-step proportionality procedure) ซึ่งตามทฤษฎีของ อควินัส เห็นว่ากฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเอง

เป็นพื้นฐานความยุติธรรมที่ได้จากการหลุดพ้นจากการบังคับขู่เข็ญ ซึ่งการบังคับขู่เข็ญต้องไม่มีการบังคับใช้ และต้องบังคับใช้ตามหลักสัดส่วน

จากทฤษฎีของ อโควินัส ตามหลักสัดส่วนในกฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเองดังกล่าว นักนิติปรัชญา ฮูโก กรอเซียส (Grotius, Compbell trans., 1901) ในหนังสือเรื่อง The Tights of war and Peace Including the law of Nature and of Nations. เห็นว่าการปรับพื้นฐานความคิดดังกล่าวไปประยุกต์ใช้นั้นไม่เพียงแต่สภาวะความสัมพันธ์ของกฎหมายปฏิฐานนิยม และกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสัมพันธ์กับปัจเจกบุคคล อันเป็นความสัมพันธ์แห่งความยุติธรรมตามสัดส่วนด้วย (justice as proportion) เป็นความสัมพันธ์ในสิทธิประโยชน์ที่ได้สัดส่วนเป็นสมดุล (balance) ที่ได้รับ ซึ่งตามแนวความคิดทฤษฎีของ ฮูโก กรอเซียส ดังกล่าว เป็นการสืบทอดแนวความคิดตามหลักสัดส่วนของอริสโตเติล โดยได้วางบรรทัดฐานหลักทฤษฎีดังกล่าว เป็นการชั่งน้ำหนักหลักสัดส่วนที่เป็นสมดุล และหลักการได้สัดส่วน เป็นพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปที่นำไปปรับใช้ทางกฎหมายในปัจจุบัน

หลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้กับผู้ใช้อำนาจรัฐในการใช้บังคับกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิบุคคลและต้องได้สัดส่วนสมดุลที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลระหว่างสิทธิส่วนตัวได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชน (public interests) จึงเป็นพื้นฐานหลักกฎหมายสหภาพยุโรป (The Council of Europe, 2005) ในกรณีการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่ปราศจากความเหมาะสมเป็นสมดุลที่สมเหตุสมผลซึ่งกระทบต่อสิทธิบุคคลที่เป็นสิทธิส่วนตัวได้เสียเอกชนหรือสิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชนย่อมเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือการบิดเบือนการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการชั่งน้ำหนักสัดส่วนการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามกฎหมายนั้นว่าสมเหตุสมผลเป็นสมดุล และมีความได้สัดส่วนหรือไม่ (Cardona, 2005)

แนวความคิดตามหลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในการชั่งน้ำหนักในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายบัญญัติที่ให้อำนาจไว้แล้ว ยังต้องใช้หลักสัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามอำนาจแห่งบทบัญญัติกฎหมายนั้นว่า ได้ความเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่ และการได้สัดส่วนเป็นสมดุลที่กระทบสิทธิบุคคลตามกฎหมายหรือตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดตามหลักสัดส่วนจึงมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้โดยชอบเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วน

สมดุลในการใช้อำนาจทางกฎหมายอีกด้วย (Engel, 2001) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอันเกี่ยวข้องกับสิทธิบุคคล เป็นสิทธิส่วนตัวได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิมหาชนเป็นสิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชน (public interests) ตามรัฐธรรมนูญ (Michalowski & Woods, 1999)

หลักสัดส่วนตัวดังกล่าวประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่ ได้นำไปปรับใช้เป็นหลักแห่งความเสมอภาค ในการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นเป็นทวีคูณ (Goold, Lazarus & Swiney, 2007) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิบุคคลตามกฎหมายที่ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจกฎหมายในการกระทำทางกฎหมายในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นั้น ต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนตัว ในการนี้ ในที่ประชุมประชาคมยุโรปได้นำแนวคิดหลักสัดส่วนตัวไปปรับใช้ในมาตรา 5 EC (ex Article 3b) ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และในประเทศสวีเดนได้บรรจุเป็นกฎหมายสวีเดนอันเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพบุคคลไว้ในหมวด 2 เป็นเครื่องมือของรัฐอีกด้วย (Emire, 2005)

แนวคิดตามหลักสัดส่วนตัวได้นำไปปรับใช้ทางกฎหมายในทางอาญาเพื่อหาหลักสัดส่วนตัวในการกำหนดโทษทางอาญา (Cardona, 2005) นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังถูกนำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ มาตรา 51 ในความถูกต้องทางกฎหมายของการทำสงคราม (Fischer, 2005) และหลักสัดส่วนตัวเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการชั่งน้ำหนักบังคับใช้ในกรณีที่จะละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญาในยูโกสลาเวียของนาโต้ (Starcevic, 2005) จึงเห็นได้ว่า ในการใช้อำนาจในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้แล้ว แนวความคิดหลักสัดส่วนตัวยังเป็นพื้นฐานสำคัญและเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลทั่วไป และศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้อำนาจรัฐเป็นไปตามสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และการได้หลักสัดส่วนตัวสมดุลที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุนี้ การออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ จึงมิใช่เพียงแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่การใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมายดังกล่าวยังต้องคำนึงถึงหลักสัดส่วนตัวด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักนิติรัฐในการปกครองระบบประชาธิปไตยในรัฐสมัยใหม่ภายใต้สัญญาประชาคมที่ได้ให้ไว้นั่นเอง (Michalowski and Woods, 1999)

### 3. การบังคับใช้หลักสัดส่วนตัวแก่สิทธิทางกฎหมาย

หลักสัดส่วนตัวเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐทุกองค์กร ภายใต้หลักนิติรัฐว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่เป็นสมดุลสมเหตุสมผล ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงทางกฎหมายของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐ จึงมิใช่เพียงจะกระทำได้ที่ขอบเขตที่

กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น และการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่เป็นสมดุด้วย (Engle, 2010) ทั้งนี้ หลักสัดส่วนที่ใช้ในการตรวจสอบความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามอำนาจแห่งบทบัญญัติกฎหมายเป็นการตรวจสอบการชั่งน้ำหนักความสมดุล (balance) ของการได้สัดส่วนที่มีความเหมาะสมและสมเหตุสมผล (Emire, 2005) หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักการทางกฎหมายที่ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มีชอบด้วยกฎหมายและมีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนในการแทรกแซงแก่สิทธิทางกฎหมายในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับของผู้ใช้อำนาจรัฐ นักกฎหมายมหาชน (Starcevie, 2005) ให้หลักองค์ประกอบไว้ดังต่อไปนี้คือ

### 1) หลักแห่งความเหมาะสม (principle of suitability)

หลักแห่งความเหมาะสมนี้ เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมายต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และคำสั่ง กฎ ข้อบังคับใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่กฎหมายบังคับไว้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้ (Yucel, 2003)

### 2) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity)

หลักแห่งความจำเป็นนี้เป็นหลักการใช้ในการชั่งน้ำหนักว่า การออกกฎหมายและการใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับนั้น มีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดและมีวิธีการทางเลือกอื่นใดที่จะใช้หรือไม่ หากไม่มีมาตรการในทางใดหรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะเลือกได้แล้วการใช้หลักความจำเป็นนั้นต้องใช้หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด (Yucel, 2005)

หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุดนั้น การใช้อำนาจรัฐ ต้องคำนึงผลกระทบต่อสิทธิบุคคลที่จะได้รับที่น้อยที่สุด ในกรณีที่ใช้ดุลพินิจออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ที่เป็นประโยชน์ต่อสิทธิส่วนได้เสียเอกชนแล้ว การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งนั้นต้องคำนึงถึงผลที่ทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุดด้วย (Starcevie, 2005)

### 3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense)

การบังคับใช้ตามหลักการนี้ เป็นมาตรการในการชั่งน้ำหนักหาความได้สัดส่วนสมดุระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชนและสิทธิส่วนได้เสียมหาชนว่า เมื่อมีการบังคับใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนในการบังคับใช้กฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับแล้ว ก่อให้เกิดผลเสียหายตกแก่สิทธิประโยชน์ตาม

สิทธิบุคคลหรือมหาชนมากนักน้อยเพียงใด

ในการนี้ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งหมายบังคับให้ผู้ใช้อำนาจอรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายและก่อให้เกิดผลความเสียหายแก่เอกชนหรือมหาชนเป็นการน้อยที่สุด ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ที่ไม่คุ้มกับประโยชน์ในสิทธิส่วนตัวเสียเอกชนและประโยชน์ในสิทธิส่วนตัวเสียมหาชน ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนหรือมหาชนโดยรวมได้ และหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้นำมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย (Reinhard, 2005)

#### 4. การบังคับใช้หลักสัดส่วนทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ

หลักสัดส่วนมีพื้นฐานแนวความคิดที่มาจากหลักนิติธรรม เป็นความยุติธรรมที่เป็นสัดส่วน (proportionality) และมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องในส่วนที่เป็นสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามกฎหมาย หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักการการแก้ไขปัญหาของความขัดแย้งบนพื้นฐานแห่งกฎหมายที่คำนึงหลักความยุติธรรมเป็นบรรทัดฐานในความเป็นนิติรัฐ ด้วยเหตุนี้ หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักห้ามมิให้กระทำทางกฎหมายที่เกินกว่าเหตุ เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของการบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิตามกฎหมายในการกระทำทางกฎหมายของใช้อำนาจอรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรของรัฐทุกประเภท (Vugt, 2005) จึงเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลในประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้หลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิตามกฎหมาย ในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป (EU) และอีกหลายประเทศในรัฐสมัยใหม่ในการควบคุมการใช้อำนาจอรัฐ (Nishihara, 2009)

##### 4.1 การบังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณี

ตามกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศอังกฤษ หลักสัดส่วนพบในเอกสาร Magna Charta (1215) เป็นพื้นฐานความคิดหลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายจารีตประเพณีสหรัฐอเมริกาในสมัยยุคศตวรรษที่ 17 ซึ่งประเทศอังกฤษได้ขยายขอบเขตการลงโทษจำคุกทางอาญาในคดี *Hodges v. Humkin*, 2 bulst. 139, 80 Eng. Rep. 1015 (K.B. 1615) แต่ศาลมีคำพิพากษาไว้ตอนหนึ่งว่า “การลงโทษจำคุกต้องมีความเสมอภาคได้สัดส่วนตามความผิดที่ได้กระทำเสมอ.....” และหลักสัดส่วนยังปรากฏตามกฎหมาย Bill of Right 1689 (Jones, 2002) ซึ่งศาลได้บังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณีในเวลาต่อมาว่า การลงโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนตามความผิดทางอาญาในคดี *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 597, 111 S. Ct. 2680, 115 L. Ed. 2d 836 (1991)

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้หลักสัดส่วน ตามกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษใช้พื้นฐานตามหลักความยุติธรรมธรรมชาติ (natural justice) อันเป็นหลักระบบกฎหมายจารีตประเพณีแองโกลแซกซอน (Anglo-Saxon) และระบบกฎหมายแพ่งพาณิชย์ของโรมันเยอรมัน (Roman-German) อีกทั้งระบบจารีตประเพณี (convention) ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ (Vugt, 2005) ซึ่งระบบแองโกลแซกซอนในการพิจารณาคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ใช้ 2 หลักในการบังคับใช้ คือ หลักไม่มีใครเป็นผู้ตัดสินคดีตนเอง (no-one shall be the judge in his/her own case) และหลักการฟังความสองฝ่าย (both parties shall be heard) ทางกฎหมาย (Anita, 2005)

#### 4.2 การบังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายฝรั่งเศส

หลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1944 ภายใต้หลักนิติรัฐ (rule of law) หลักสัดส่วนเป็นที่รู้จักกันตามทีเรียกว่า “The Principle de Proportionalité” (Tapio. 2005) ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมมิได้บังคับใช้หลักสัดส่วนกับกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ได้บังคับใช้ตามหลักที่เรียกว่า “Coup de Balance” มาเป็นเวลานานในการกำจัดกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดความไม่สมดุลที่ไม่เป็นธรรม (Vugt, 2005) ต่อมาภายหลังในปี ค.ศ. 1974 Guy Brabant ได้นำหลักการสัดส่วนมาใช้ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายในการชั่งน้ำหนักการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในหลักการแรกเพื่อการชั่งน้ำหนัก ความเหมาะสมได้ส่วนสัดส่วนความแตกต่างระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชนกับสิทธิส่วนได้เสียสาธารณะ ในหลักการที่สองได้แก่หลักแห่งความจำเป็นของการต้องใช้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อบรรลุตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองดังกล่าวคล้ายกับหลักสัดส่วนที่บังคับใช้ในประเทศเยอรมนี ส่วนในหลักที่สาม คือหลักการได้ความเป็นสัดส่วน ในการตรวจสอบชั่งน้ำหนักนั้นตามกฎหมายฝรั่งเศสมีใช้น้อยมาก เว้นแต่เป็นเรื่องกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสิทธิประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการบังคับใช้นั้นก็ได้มีการบังคับใช้ตามหลักสัดส่วน แต่เป็นการบังคับใช้หลักกฎหมายที่เรียกกันว่า “égalité devant les charges publiques” เพื่อการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นการชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ไม่ก่อผลได้ความเป็นสัดส่วนในสิทธิส่วนได้เสียเอกชนเป็นทางให้มีการเยียวยาค่าเสียหายได้อย่างไรก็ตาม พื้นฐานกฎหมายทั้งสองมีหลักการที่คล้ายคลึงใกล้เคียงกันมาก (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนแกลิติตตามกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ปรากฏมีการบังคับใช้ในกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตุรกี ออสเตรีย สวิสเซอร์แลนด์ และมีการบังคับใช้ในกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC) ซึ่งหลักสัดส่วนดังกล่าว เป็นพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่มีการบังคับใช้ทางกฎหมายในการชั่งน้ำหนักการใช้อำนาจรัฐออกกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเอกชนและสิทธิประโยชน์ทางสาธารณะ ให้เป็นไปตามหลักสัดส่วนได้สมดุลที่เป็นธรรมและความเสมอภาค

## 5. การบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949

ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บรรดาสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมถือเป็นกฎหมายสูงสุด และถือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภา รัฐบาล ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กร จึงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญ ในการนี้ สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญอาจถูกจำกัดสิทธิได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเป็นสำนวนคำว่า “เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (pursuant to law) แต่การใช้อำนาจเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการกระทำทางกฎหมาย ออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ เหล่านี้ ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ และการกระทำทางกฎหมาย ออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ดังกล่าว ต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนด้วย

การจำกัดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ตามที่รัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่บัญญัติไว้ นั้น มิใช่เป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อมุ่งหวังมิให้มีการใช้บังคับทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางสังคมการเมืองและทางเศรษฐกิจในสภาวะปัจจุบัน รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงในการจัดระเบียบสังคมตามในรูปคำสั่ง กฎ ข้อบังคับที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลในบางประเภท แต่การเข้าแทรกแซงจำกัดสิทธิบุคคลของรัฐในรูปของคำสั่ง กฎ ข้อบังคับนั้น ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นสมเหตุสมผลตามพฤติการณ์แต่ละกรณีไปตามความมุ่งหมายแห่งบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้ หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Quirk, 1999) ทั้งนี้ นักกฎหมาย (Yucel, 2003)

เห็นว่าการละเมิดสิทธิและเสรีภาพบุคคล ส่วนมากมาจากการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐ การบังคับใช้หลักสัดส่วน จึงเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์ของรัฐในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับนั้นจำเป็นต้องปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์หลักสัดส่วนด้วย

หลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการจำกัดสิทธิและ เสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ โดยจำกัดสิทธิ ตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญใช้หลักสัดส่วนในการ ควบคุม คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ ดังปรากฏการบังคับใช้หลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Reinhard, 2005) ในกรณีเป็นการขัดต่อหลักสัดส่วนย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยตามกฎหมายพื้นฐาน ของเยอรมนีได้บัญญัติหลักการจำกัดสิทธิไว้ในมาตรา 19 และการออกกฎหมาย กฎ ข้อบังคับตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานย่อมตกอยู่ในบังคับของหลักสัดส่วน ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี ค.ศ. 1949 นอกจากการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ ยังตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตาม หลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย

## 6. สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือกฎหมายพื้นฐาน ได้สถาปนาขึ้น ภายหลังการพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สองตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายพันธมิตร การร่าง รัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมโดยอาศัยบทเรียนในอดีตจากสงครามและปัญหาทาง การเมือง สาระสำคัญส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้แก่การคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ใน รัฐธรรมนูญ เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ซึ่งในสมัยอาณาจักรไรช์ (Reich) ตามรัฐธรรมนูญ Bismarck ใน ค.ศ. 1871 ได้บัญญัติ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรแห่งรัฐเท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ ต่อมาภายหลัง สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ค.ศ. 1871 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญไวมาร์ (Weimar) ค.ศ. 1919 แทน ซึ่งตาม รัฐธรรมนูญไวมาร์ดังกล่าว ได้บัญญัติระบบการเมืองที่เป็นรูปแบบรัฐสภาสาธารณรัฐ (parliamentary federal republic) ด้วยการรวมศูนย์อำนาจทางการเมืองไว้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนถูกจำกัด โดยผลทางการเมือง ซึ่งตามรัฐธรรมนูญไวมาร์เพียงบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้กว้าง ๆ ให้เป็นไปตาม



กฎหมายบัญญัติ เพื่อให้บัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายขึ้นภายหลัง (Hallbronner. 1999) การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์ดังกล่าวยอมเป็นไปตามความต้องการของผู้ใช้อำนาจทางการเมืองเท่านั้น (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือเรียกกันว่ากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1(3) บัญญัติว่า “บทบัญญัติตามกฎหมายพื้นฐาน ผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้เห็นว่าตามกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ตั้งแต่ มาตรา 1 ถึง มาตรา 19 และอีกหลายมาตราบัญญัติสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายพื้นฐานซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรศาล เป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยตรงในการใช้อำนาจรัฐมิให้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญไว้มาร์ ค.ศ. 1919 ที่บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งตราโดยรัฐสภาในวงจำกัดมากหรือมิได้ตราขึ้นเลย หรือตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ปรากฏในสมัยรัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซี Adolf Hitler ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญไว้มาร์ ค.ศ. 1919 ตรากฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1933 ยกเลิกกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนสิ้นเชิงและรัฐบาลมีอำนาจเต็มในการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาแต่อย่างใด (Hallbronner. 1999) จึงเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญไว้มาร์ที่บัญญัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Andries, 1999) ดังนั้น รัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซี จึงเป็นการทำลายหลักพื้นฐานรัฐธรรมนูญ (constitutional principles) และหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน (basic rights) โดยสมบูรณ์แบบ (Michalowski and Woods, 1999)

จากบทเรียนในอดีตภายใต้การนำของพรรคนาซี คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ตามที่เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน อันได้แก่กฎหมายพื้นฐาน ตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19 เป็นเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพพลเมือง (civil liberties) รวมทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93(1)(4a)(b) อันได้แก่สิทธิการต่อต้านการลบล้างรัฐธรรมนูญตามมาตรา 20(4) สิทธิความเสมอภาค สิทธิการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันไม่เลือกปฏิบัติจากรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตามมาตรา 33 สิทธิการเลือกตั้งทั่วไป โดยตรง อิสระ เสมอภาค และลับ ตามมาตรา 38 สิทธิการได้รับการพิจารณาจากศาลที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณา

คดีโดยเฉพาะไม่ได้ การให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอยู่พ้นจากการพิจารณาคดีไม่ได้ ตามมาตรา 101 สิทธิได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย การรับโทษทางอาญาได้เมื่อการกระทำการนั้น กฎหมายที่บังคับใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และการรับโทษอาญาในความผิดเดียวกันซ้ำไม่ได้ตามมาตรา 103 สิทธิที่ได้รับหลักประกันทางกฎหมายในกรณีสูญเสียเสรีภาพตาม มาตรา 104 ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ต้องไม่เป็นการขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 19 (2) มิฉะนั้นแล้ว การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน อาจถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้โดยง่าย (Kommers, 1999) และตามกฎหมายพื้นฐานใน มาตรา 79 (3) บัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในส่วนที่เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใน มาตรา (1) และ มาตรา (20) มิได้ ซึ่งในมาตรา (1) เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหพันธ์เกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และ องค์กรตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการใช้บังคับกฎหมาย ส่วนในมาตรา 20 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยสหพันธ์เป็นอำนาจปวงชน และหลักนิติรัฐไม่ว่าการบัญญัติกฎหมายต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญสหพันธ์ อีกทั้ง อำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007) เห็นว่า “รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญ”

สิทธิตามกฎหมายพื้นฐานเหล่านี้ในสิทธิบางประเภทตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้สิทธิ นั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และสิทธิบางประเภทตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่าการที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น เป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังนี้

## 6.1 รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ในหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้บางประเภทว่า “ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (pursuant to law) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เรียกว่า “การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบ” (statutory reservation) ย่อมมีความหมายว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจง

1) การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป: เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับต้องไม่บัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุม มาตรา 8(2) ซึ่งในมาตรา 8(1) บัญญัติให้การคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมว่า “ชาวเยอรมันมีสิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและปราศจากอาวุธ โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต” มาตรา 8(2) บัญญัติว่า “การชุมนุมในกลางแจ้ง สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามกฎหมายพื้นฐานในมาตราดังกล่าว เป็นการคุ้มครองเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ส่วนการชุมนุมในกลางแจ้งอาจถูกจำกัดสิทธิได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้นั้น เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งต้องสอดคล้องตามสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการชุมนุม การบัญญัติเจาะจงเป็นการเฉพาะว่า ต้องเป็นการชุมนุมเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กาลใดหรือ เวลาใด อาจเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติคุ้มครองไว้ใน มาตรา 8 (1) โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต (Michalowski and Woods, 1999)

2) การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจง: เป็นการจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้เท่านั้น การบัญญัติการจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ย่อมขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์หรือกฎหมายพื้นฐานบัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะดังกล่าวนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) ไม่ว่าสิทธิส่วนได้เสียมหาชนในด้านการดำรงชีพ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินมหาชน ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่าสิทธิประโยชน์ในสิทธิส่วนได้เสียมหาชนมีความสำคัญกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ จึงสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะโดยถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายด้วย

การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะนี้ได้บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในการย้ายฐานถิ่นที่อยู่ มาตรา 11(2) ซึ่งในมาตรา 11(1) บัญญัติว่า “ชาวเยอรมันมีเสรีภาพในการย้ายฐานถิ่นที่อยู่ตลอดอาณาเขตสาธารณรัฐ” และใน มาตรา 11(2) บัญญัติว่า “สิทธิดังกล่าว อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นการเฉพาะในกรณีที่บุคคลไม่เพียงพอมีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต

และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาคม หรือในกรณีที่มีการจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงอันตรายในการดำรงชีวิต หรือคำสั่งสหพันธ์หรือมลรัฐในการจัดอันตรายแห่งการแพร่โรคระบาด เกี่ยวเนื่องจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรืออุบัติเหตุทั่วไป การป้องกันผู้เยาว์จากการทอดทิ้ง การป้องกันอาชญากรรม”

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิการย้ายถิ่นที่อยู่ดังกล่าวบัญญัติได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องเป็นการเฉพาะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายนอกเหนือหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมเป็นการขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

## 6.2 รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ในหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้ บางประเภทตามกฎหมายพื้นฐานไม่ได้บัญญัติให้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมมีความหมายว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้มีการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นอื่น และรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ต้องการให้มีทางเลือกเป็นอย่างอื่นในการตรากฎหมายโดยนิติบัญญัติ หรือให้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในประเภทดังกล่าว ซึ่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองเด็ดขาด ดังบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และนับถือศาสนา ตามมาตรา 4(1) บัญญัติว่า

“เสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และเสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือหลักปรัชญาทั่วไป จะละเมิดมิได้”

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่ารัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมาย (without statutory reservation) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้การรับรองและการคุ้มครองโดยตรง อันมีลักษณะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองสิทธิประเภทเด็ดขาด และถือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ การบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิและเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าว ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## 7. การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มีใช้แนวคิดใหม่ตามรัฐธรรมนูญนิยม ในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 แต่อย่างไรก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตรา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติประกาศใช้รัฐธรรมนูญไวมา (Wiemar) ค.ศ. 1919 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้โดยชัดแจ้ง แต่บัญญัติให้สิทธิเหล่านี้ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นภายหลัง ย่อมเป็นการยากที่รัฐสภาจะตรากฎหมาย ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคล แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญไวมาบัญญัติ ให้อำนาจไว้ กลับกลายเป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคลและเป็นเครื่องมือในการ ใช้อำนาจรัฐหรือประโยชน์ทางเมืองอื่น มีผลกระทบต่อกระทบสิทธิส่วนตัวได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชน (public interests) โดยรวมทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งเห็นได้ชัดจากผู้นำ รัฐบาลพรรคนาซี ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญไวมา ค.ศ. 1919 ตรากฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1933 ยกเลิกกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของ ปัจเจกชนสิ้นเชิงและรัฐบาลมีอำนาจเต็มในการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาแต่อย่างไร จึงเห็นว่าเป็น การจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญไวมา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญไวมาที่บัญญัติให้เป็นไปตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อการใช้อำนาจรัฐในทางเผด็จการที่แท้จริง และนำประเทศเข้าสู่หายนะใน สงครามโลกครั้งที่สอง (Andries, 1999)

จากบทเรียนในอดีตในการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญไวมา ค.ศ. 1919 ของพรรค นาซี ซึ่งในการร่างรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Caldwell, 1997) เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญยังมีความจำเป็นเพื่อสงวนสิทธิตาม รัฐธรรมนูญบางประเภทเพื่อประโยชน์แก่สิทธิส่วนตัวได้เสียมหาชนโดยรวม จึงได้แบ่งลักษณะสิทธิ ขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติ แห่งกฎหมาย อีกทั้งการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยอำนาจรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องเป็น ไปตามกฎหมายพื้นฐานที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 19 ทั้งนี้ เพื่อให้มีให้ผู้ใช้อำนาจรัฐอาศัยบทบัญญัติแห่ง กฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ตรากฎหมาย กฎ ข้อบังคับเพื่อการใช้อำนาจเผด็จการ ดังเช่นบทเรียนในอดีตของพรรคนาซี และการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ขึ้น มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เป็นการคุ้มครองสิทธิ ขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจรัฐโดยเผด็จการและการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 1 ได้บัญญัติหลักค้ำประกันถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ในการบังคับใช้กฎหมายตามสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ในการนี้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ตามมาตรา 19 ว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน บัญญัติว่า

“มาตรา 19

(1) ภายใต้กฎหมายพื้นฐานนี้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานก็โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นการบังคับใช้ทั่วไปและไม่เป็นการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเจาะจง นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องระบุถึงบทบัญญัติแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย

(2) ไม่ว่ากรณีใด ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน  
.....”

จากบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 19 (1) (2) ดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนี้

- 1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น
- 2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้โดยต้องอ้างระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานนั้นและระบุมาตราที่เกี่ยวข้อง ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย
- 3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นการบังคับใช้ทั่วไป จะบังคับใช้เฉพาะบุคคลคนใดคนหนึ่งไม่ได้
- 4) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในการนี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) ได้อธิบายหลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 ดังนี้

**1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้**

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 19(1) เพื่อมิให้ตรากฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายพื้นฐานหรือที่กฎหมายพื้นฐานไม่อนุญาตให้ตราขึ้นใช้บังคับ หรือเกี่ยวกับส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายพื้นฐาน จึงเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองและรับรองไว้เด็ดขาด

**2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้อง**

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(1) ได้บัญญัติต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงบัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องระบุอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมาตราดังกล่าว เพื่อแสดงว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชอบกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนได้เสียมหาชน และมีใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองไว้เด็ดขาด

**3) ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ**

การบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19(1) ต้องตราเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นการบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงไม่ได้ ทั้งนี้ การตรากฎหมายออกใช้บังคับแก่คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเป็นการเลือกปฏิบัติอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อการใช้อำนาจรัฐให้โทษแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้น เป็นการนำไปสู่การบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น หรือเป็นการใช้บทบัญญัติกฎหมายเป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอื่นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

**4) ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธ์**

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(2) บัญญัติว่า ไม่ว่าจะกรณีใด ห้ามมิให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองไว้เด็ดขาด ซึ่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่มุ่งหมายให้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือตัดตอนในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งบทบัญญัติแห่ง

กฎหมายใดบัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

#### 5) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานรับรองไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19 และไม่คลุมเครือสงสัยว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานใด เกี่ยวกับเรื่องอะไรอย่างไรและเพียงใด หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติโดยมีเงื่อนไขเป็นการไม่แน่นอนซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่มีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 8. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากแนวความคิดของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นไปตามทฤษฎี “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” อันก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย (hierarchy of legal norm) ซึ่งหลักลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Heinrich, 2001) เห็นว่ากฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการตรากฎหมายโดยอาศัยเสียงข้างมากของรัฐสภาละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์รับรองไว้ (Halter, 1996)

#### 8.1 บทบาทและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 93 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะริเริ่มบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control) และกระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย (legal remedy) ตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ



(constitutional complaint)

1) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 93 (1) (2) ซึ่งบัญญัติให้รัฐบาลสหพันธ์ รัฐบาลมลรัฐ หรือจำนวนหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ (Born, 1996) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

2) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 100 (1) เป็นการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ศาลมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลจะพักการพิจารณาคดีไว้และส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว (Born, 1998) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

3) คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 90 วรรคสอง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ภายใต้หลักส่วนเสริม (subsidiary principle) แต่บุคคลนั้นจะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อได้เสิร์จลีนกระบวนการของศาลอื่นเสียก่อนและต้องยื่นภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ (Wöhrmann, 2001) และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน เมื่อร้องขอในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม หรือคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

## 8.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

หลักสัดส่วน เป็นเครื่องมือที่สำคัญศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ กฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Verhältnismäßigkeitsprinzip” (Yucel, 2005) และได้บังคับใช้หลักสัดส่วนมาก่อนประเทศฝรั่งเศส นักกฎหมายมหาชน (Yucel, 2005) ถึงกับกล่าวว่าประเทศเยอรมนีเป็นแม่แบบของหลักสัดส่วนโดยแท้ ซึ่งการบังคับใช้หลักสัดส่วนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในการนี้ การออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของ

ผู้ใช้อำนาจรัฐ องค์กรตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่เป็นตามหลักการสัดส่วน หรือไม่สอดคล้องตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการซึ่งนำหนักของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ที่ให้ความคุ้มครองและรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมิใช่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บางประเภทอาจถูกจำกัดได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตาม มาตรา 19 ซึ่งการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วน (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007) ตามหลักเกณฑ์และวิธีการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

### 1) รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ แต่มิได้หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่มีขอบเขตจำกัดในการขยายการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ (Michalowski and Woods, 1999) ดังบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และนับถือศาสนา ตามมาตรา 4 (1) บัญญัติว่า “เสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และเสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือหลักปรัชญาทั่วไป จะละเมิดมิได้” อีกทั้งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์มาตรา 79 (3) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในมาตรา (1) และมาตรา 20 ด้วย

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้การรับรองและการคุ้มครองโดยตรง อันมีลักษณะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองสิทธิประเภทเด็ดขาด และถือเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ การบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิและเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าว ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการนี้ การจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ นับตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 7. 377 (1958) ตอนหนึ่งว่า

“เมื่อดำเนินการในขอบเขตตามสิทธิที่กฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องตามกฎหมายพื้นฐานภายใต้ระเบียบสังคมนั้น เหมือนหนึ่งจุดเริ่มต้นแห่งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่พิจารณาบรรจบบทบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน เป็นการบัญญัติกฎหมายตามอำเภอใจที่เป็นไปในทางตรงกันข้ามกับกฎหมายพื้นฐาน ย่อมนำไปสู่การจำกัดการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการนี้ ความมุ่งหมายแห่งกฎหมายพื้นฐานเพื่อป้องกันอิสรภาพปัจเจกบุคคล การที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้เพียงเพื่อการคุ้มครองที่เพียงพอแก่ประโยชน์สาธารณะ.....”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติคุ้มครองไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจที่ไม่สอดคล้องตามกฎหมายพื้นฐานหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้ แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (statutory reservation) ไว้ แต่เพื่อการคุ้มครองที่เพียงพอแก่ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

## 2) รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไป และบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 และหลักสัดส่วน ดังนี้

### 2.1) การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจง ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(1) ได้บัญญัติต้องเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ และต้องระบุอย่างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่า เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิไว้เพื่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ ในเบื้องต้น (Michalowski and Woods, 1999)

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ผู้ร้องได้ระบุอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะดำเนินการในหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในขั้นต่อไป

## 2.2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(2) บัญญัติห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 8 (2) บัญญัติว่า “การประชุมในกลางแจ้ง สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งต้องสอดคล้องตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับการชุมนุม การบัญญัติเจาะจงเป็นเฉพาะว่า ต้องเป็นการชุมนุมเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กาลใดหรือ เวลาใด อาจเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติคุ้มครองไว้ใน มาตรา 8(1) โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต (Michalowski and Woods, 1999)

ในกรณีที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 11(2) บัญญัติว่า “สิทธิดังกล่าว อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็น การเฉพาะในกรณีที่บุคคลไม่เพียงพอมีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาชน หรือในกรณีที่การจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงอันตรายในการดำรงชีวิต หรือคำสั่งสหพันธ์หรือมลรัฐในการจัดอันตรายแห่งการแพร่โรคระบาด เกี่ยวเนื่องจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรืออุบัติเหตุทั่วไป การป้องกันผู้เยาว์จากการทอดทิ้ง การป้องกันอาชญากรรม”

บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิการย้ายถิ่นที่อยู่ดังกล่าวต้องเป็นการเฉพาะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ได้แก่บุคคลที่ไม่เพียงพอ มีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาชน หรือในกรณีที่การจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงอันตรายในการดำรงชีวิต หรือเงื่อนไขอื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญ

สหพันธ์ มาตรา 11 (2) บัญญัติไว้ ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายนอกเหนือหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมเป็นการขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเป็นการยากในการพิจารณาวินิจฉัยว่า การใดเป็นการขัดต่อสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะบังคับใช้หลักสัดส่วนในการวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนไว้ ส่วนใหญ่เป็นการกระทำทางกฎหมายในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับของผู้ใช้อำนาจรัฐ (Michalowski and Woods, 1999) อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องไม่ขัดต่อส่วนที่เป็นสาระสำคัญของกฎหมายพื้นฐานตามมาตรา 19 (2) อีกทั้งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเด็ดขาดตาม มาตรา 79 (3) ด้วย (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

### 2.3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ในขั้นตอนต่อไป ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 (1) ต้องตราเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นการบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) อธิบายว่า ความมุ่งหมายแห่งกฎหมายพื้นฐานเพื่อการแบ่งแยกอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติแยกออกจากฝ่ายบริหารเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ อีกทั้งป้องกันมิให้ใช้อำนาจเผด็จการในการบัญญัติกฎหมายบังคับใช้กับปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะ

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีร้านขายยาในสถานีรถไฟ Pharmacy in Railway Station Case, BVerfGE 13. 255 (1961) ตามข้อเท็จจริงว่า การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ออกกฎเป็นข้อบังคับให้ร้านขายยาที่อยู่ในสถานีรถไฟนั้นต้องเปิดร้านตามเวลากำหนด เจ้าของร้านขายยาผู้ร้องได้ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) ต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ว่า กฎข้อบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19 (1) เนื่องจากร้านขายยาของผู้ร้องมีเพียงร้านเดียวในเยอรมนีที่ตั้งอยู่

ในสถานีรถไฟเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการออกกฎข้อบังคับดังกล่าวเพียงเพื่อบังคับใช้กับผู้ร้องเท่านั้น ไม่ได้บังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งในคดีนี้ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐาน

ตามข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว หากกฎ ข้อ และบังคับดังกล่าวเป็นการใช้บังคับแก่ร้านขายยาทั่วไป และมีร้านขายยาอยู่หลายร้าน กฎข้อบังคับดังกล่าวย่อมเป็นการใช้บังคับต่อบุคคลทั่วไป อาจไม่ขัดต่อมาตรา 19 (1) แห่งกฎหมายพื้นฐานได้

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องเป็นการบังคับใช้แก่ทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงไม่ได้ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

## 2.4 บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนและแน่นอนทางกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานรับรองไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19 ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและคลุมเครือ ย่อมไม่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานใดและมีขอบเขตเพียงใด ไม่มีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

### 2.5) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสัดส่วน

หลักสัดส่วน (principle of proportionality / Verhältnismäßigkeitsprinzip) ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์มิได้มีบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นพื้นฐานหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้เป็นเครื่องมือการชี้แจงน้ำหนักจากการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ของผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือใช้อำนาจเกินขอบเขตกฎหมายพื้นฐาน ในการนี้ ผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมาย ในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในหลักสัดส่วน (Michalowski and Woods, 1999) ดังนี้

#### (1) หลักความเหมาะสม (suitability/gignetheit)

หลักขั้นแรกของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้ในการชี้แจงน้ำหนักตามวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมกับการใช้บังคับในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นเป็นการชัดเจนว่าไม่มีความเหมาะสมในการใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อาจไม่พิจารณาพิเคราะห์พิจารณาตามหลักเกณฑ์ต่อไป (Yucel, 2005) หลักความเหมาะสม จึงเป็นหลักเกณฑ์การหาวิธีการเลือกทางกฎหมายและความมุ่งหมายสุดท้ายในการใช้บังคับกฎหมายที่มีความเหมาะสมและไม่ไกลกว่าความจำเป็น

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Quirk, 1999) อธิบายว่าหลักความเหมาะสมที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญประกอบด้วย (1) หลักวิธีการเลือกทางกฎหมาย (chosen means) และ (2) หลักสุดท้ายที่มุ่งหมายใช้บังคับ (desired end) นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 55. 159 (1980) ตอนหนึ่งว่า

“การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้ใบอนุญาตการฝึกปืนใหญ่ (falconer) ต้องรอบรู้ตามวิธีการใช้อาวุธปืนขนาดเล็กและตามหลักฐานแสดงเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญการในการใช้อาวุธปืน ซึ่งปืนใหญ่ชนิดนี้ไม่มีการใช้กันแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องรอบรู้วิธีการใช้อาวุธในตัวเอง อีกทั้งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้แสดงให้เห็นความเชื่อมโยงถึงวิธีการเลือกทางกฎหมายและหลักสุดท้ายที่มุ่งหมายใช้บังคับโดยชัดระหว่างความต้องการในวิธีการใช้อาวุธปืนขนาดเล็กและปืนใหญ่ชนิดนั้นแต่อย่างใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีความเหมาะสมและไกลกว่าความจำเป็น ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 2(1) ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิในบุคลิกภาพตราบเท่าที่ไม่ละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น หรือละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ หรือศีลธรรมอันดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติคุ้มครองไว้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนต้องมีความเหมาะสม ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้พิจารณาพิเคราะห์พิจารณาความเชื่อมโยงของหลักวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งเป็นขั้นตอนของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติตั้งแต่เริ่มแรกในรายละเอียดต่าง ๆ ชี้ให้เห็นถึงเหตุผลความจำเป็นนั้น และหลักความมุ่งหมายสุดท้ายที่ใช้บังคับว่ามีความเชื่อมโยงกับวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับนั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้พิจารณาพิเคราะห์ล่วงหน้า (ex ant) ว่าเมื่อวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นแล้ว เป็นความมุ่งหมายสุดท้ายที่ใกล้กับความจำเป็นในการบังคับหรือไม่ด้วย (Quirk, 1999)

## (2) หลักความจำเป็น (necessity/Erforderlichkeit)

หลักขั้นที่สองเป็นมาตรการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อชี้แจงน้ำหนักพิเคราะห์พิจารณาว่ามีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวหรือไม่ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักการหนึ่งของการหาสัดส่วนที่มีการแทรกแซงน้อยที่สุด (the principle of least interference) และหลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถจะหามาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่เลือกอีกได้และมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานที่น้อยที่สุดด้วย (Michalowski and Woods, 1999)

หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด ปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดี BVerfGE 65. 1 (1983) ซึ่งได้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายสำมนโประชากรแห่งชาติสหพันธ์ ค.ศ. 1983 บัญญัติให้มีการเก็บข้อมูลสำมนโประชากร และบัญญัติให้ทุกครัวเรือนกรอกและส่งคืนแบบฟอร์ม อีกทั้งบัญญัติให้มีการแลกเปลี่ยนและเปรียบเทียบข้อมูลส่วนตัวในสำมนโประชากรในหน่วยงานอื่นหรือในต่างมลรัฐอื่นหรือเป็นพื้นฐานทางการเมืองหรือการอื่นใดได้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีคำวินิจฉัยที่ ตอนหนึ่งว่า

“การเก็บข้อมูลสำมนโประชากรแห่งชาติเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่มีความมุ่งหมายใช้ทางสถิติเท่านั้น ส่วนการสำรวจข้อมูลส่วนตัวของปัจเจกบุคคล ย่อมไม่มีความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายใช้ทางสถิติ ข้อมูลปัจเจกบุคคลเป็นข้อมูลส่วนตัวอันเกี่ยวข้องกับสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 2 (1) ประกอบด้วยมาตรา 1 (1) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิบุคคลในการตัดสินใจในการเปิดเผยข้อมูลส่วนตนและการใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้นโดยชอบการที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสำมนโประชากรแห่งชาติสหพันธ์ ค.ศ. 1983 บัญญัติให้มีการส่งข้อมูลส่วนตัวปัจเจกบุคคลที่ปัจเจกบุคคลมีอำนาจในการตัดสินใจไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนตนและการใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้น เพื่อการเปรียบเทียบข้อมูลในการลงทะเบียนทางตำรวจเพื่อให้มีข้อมูลที่ทันสมัยนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็น (necessity) เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพทางข้อมูลส่วนตัวตามกฎหมายพื้นฐาน”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องสอดคล้องกับหลักสัดส่วนนอกจากมีความเหมาะสมในการใช้บังคับทางกฎหมายแล้ว ยังต้องมีความจำเป็นในการบังคับใช้ด้วย ซึ่งการเก็บข้อมูลสำมนโประชากรแห่งชาติมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในทางสถิติเท่านั้น ส่วนการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยบัญญัติให้ลงทะเบียนทางตำรวจหรือหน่วยงานอื่นเพื่อให้มีข้อมูลที่ทันสมัยนั้นไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้อมูลปัจเจกบุคคล



เป็นข้อมูลส่วนตัวอันเกี่ยวข้องกับสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 2(1) ประกอบด้วยมาตรา 1(1) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิบุคคลในการตัดสินใจในการเปิดเผยข้อมูลส่วนตัวและให้ใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้นโดยชอบ ซึ่งการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องเป็นการแทรกแซงที่น้อยที่สุด เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถจะหามาตรการอื่นใด ที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่ได้เลือกอีกได้และมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานที่น้อยที่สุดด้วย (Quirk, 1999)

### (3) หลักได้สัดส่วน (appropriateness/Verhältnismäßigkeit)

หลักขั้นที่สามของหลักสัดส่วน เป็นการชั่งน้ำหนักสิทธิส่วนบุคคลได้เสียเอกชนตามกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ และสิทธิส่วนตัวมหาชนต้องได้หลักสัดส่วนที่สมดุลกัน ซึ่งเกิดการกระทบต่อมหาชนเป็นส่วนน้อยและในขณะเดียวการกระทบต่อสิทธิบุคคลน้อยที่สุดด้วย เป็นการชั่งน้ำหนักความเป็นสมดุล (balance) ซึ่งกันและกันของการได้ส่วนสัดระหว่างการได้ประโยชน์และการเสียประโยชน์ในสัดส่วนที่เหมาะสม (Yucel, 2005) ในกรณีนี้ นักทฤษฎีหลักสัดส่วน โรเบิร์ต อเล็กซี (Alexy, 2002) เห็นว่าหลักได้สัดส่วนเป็นการชั่งน้ำหนักในการตัดสินใจที่สำคัญมากเพื่อการแยกแยะเหตุและผลที่มีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ส่วนบุคคลได้เสียในสิทธิปัจเจกชน ซึ่งบุคคลมีสิทธิที่แน่นอนที่รัฐต้องมีเหตุผลในการแทรกแซงจำกัดสิทธิปัจเจกบุคคล อีกทั้งรัฐต้องมีเหตุผลในการสนับสนุนสิทธิที่แน่นอนเหล่านี้เพื่อการดำรงอยู่ที่ดีขึ้น การจำกัดสิทธิส่วนบุคคลได้เสียเอกชนตามกฎหมาย จึงต้องหาหลักการได้สัดส่วนที่มีเหตุผลที่เป็นสมดุล (balance) ว่าได้ความเป็นสัดส่วนในเหตุผลที่มุ่งหมายใช้บังคับด้วย (Réaume, 2009)

หลักการได้สัดส่วนดังกล่าวนี้ เป็นการชั่งน้ำหนักความได้สมดุลการได้สัดส่วนที่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งหมายใช้บังคับ ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องชั่งน้ำหนักที่บังคับใช้ต้องมีพฤติการณ์ที่ยิ่งกว่าพฤติการณ์ธรรมดาทั่วไป ซึ่งพฤติการณ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วนมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะด้วย (Michalowski and Woods, 1999) นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 17, 306, 314 (1963) ตอนหนึ่งว่า

“บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีผลต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพบุคคล จำต้องมีเหตุผลการได้สัดส่วนที่เหมาะสมได้สมดุลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งหมายใช้บังคับที่ขัดต่อเสรีภาพบุคคลที่เรียกร้อง”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในขั้นตอนนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ

สหพันธ์ใช้หลักได้สัดส่วนในการชั่งน้ำหนักความได้สมดุลการได้สัดส่วนที่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

หลักได้สัดส่วนเป็นสมดุลในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดำเนินการพิจารณาการได้สัดส่วนเป็นสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้กับสิทธิประโยชน์ที่เป็นสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีพฤติการณ์ที่ยิ่งกว่าพฤติการณ์ธรรมดาทั่วไป มีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วนมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดี Josefine Mutzenbacher Decision ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 83, 130 (1990) ซึ่งยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับศิลปกรรมที่กระทบต่อประโยชน์การป้องกันเด็กหนุ่มจากสิ่งพิมพ์ลามก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีคำวินิจฉัยที่ ตอนหนึ่งว่า

“ในกรณีที่เสรีภาพทางศิลปกรรมขัดต่อสิทธิประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ จำต้องพิจารณาว่า ชั่งน้ำหนักการได้สัดส่วนเป็นสมดุลของสิทธิทั้งสองที่ขัดกัน ซึ่งในเรื่องนี้ หลักได้สัดส่วนมีความสำคัญที่นำมาวินิจฉัย ในประเด็นสำคัญแห่งความสมดุล จึงอยู่ที่ว่าเสรีภาพในด้านศิลปกรรมขัดต่อประโยชน์ตามสิทธิรัฐธรรมนูญ จึงต้องให้รู้เสียก่อนว่า ฝ่ายใดจะมีความสำคัญยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด เมื่อปรากฏได้ชัดแจ้งว่าสิทธิเสรีภาพในศิลปะขัดต่อส่วนได้เสียมหาชน”

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีนี้

ได้ชั่งน้ำหนักการได้สัดส่วนตามสมดุล (balance) ซึ่งสิทธิด้านศิลปกรรมเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แต่สิทธิดังกล่าวกระทบต่อประโยชน์การป้องกันเด็กหนุ่มจากสิ่งพิมพ์ลามก เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วนมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะตามหลักการได้สัดส่วน

ในการนี้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ที่ได้บัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การกระทำทางกฎหมาย กฎ และข้อบังคับ ต้องสอดคล้องกับหลักสัดส่วนด้วย มิฉะนั้นแล้ว การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ใช้หลักสัดส่วนทั้งสามหลักเป็นองค์ประกอบกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

## 9. บทสรุป

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตาม มาตรา 79 (3) แต่สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนไว้ แต่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้ตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิ มาตรา 19 (1) และห้ามการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามมาตรา 19 (2) อีกทั้งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตกอยู่ภายใต้หลักสัดส่วนด้วย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิไว้ จึงเห็นได้ชัดว่า แม้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็มีได้หมายความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจหรือนอกขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้โดยชอบ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 19(1) โดยการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องไม่ใช่บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนและแน่นอนทางกฎหมาย อีกทั้ง ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐานตาม มาตรา 19 (2) นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นยังตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วนในการชั่งน้ำหนักหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักการได้สัดส่วนเป็นสมดุล

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางภาวะวิสัย (objective constitutional review) และทางจิตวิสัย (subjective constitutional review) ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control) และคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรง ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่ได้นำไปปรับใช้ตามทฤษฎีแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

## เอกสารอ้างอิง

- Alexy, B. (2002). **A theory of constitutional Rights**. (Julian Rivers trans.). Oxford: Oxford University Press.
- Andries, E. M. (1999). On the German constitution – fiftieth anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz). **Emory International Law review**, 13(1), 1-75.
- Anita, A. (2005). **Dissenting Thoughts**, in case No. 2002-20-0103. Retrieved April 17, 2005, from [http://www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/spriedum/20-0103\(opinions\).htm](http://www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/spriedum/20-0103(opinions).htm)
- Aquinas, T. (1947). **Summa theologica**. The second part, Q. 40. (Benziger Bros. edition, 1947). Retrieved July 28, 2010, from <http://ccel.org/a/aquinas/summa/SS.html>
- Aristotle: Nicomachean eithics. Book V; Hobbes, **Leviathan**. (1684). Retrieved July 28, 2010, from [http://papers.ssrn.com/so13/PIP\\_Journal.cfm/pip\\_jrnl=624301](http://papers.ssrn.com/so13/PIP_Journal.cfm/pip_jrnl=624301)
- Born, S. (1996). **Rules of procedure of the Federal Constitutional Court [Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, GOBVerfGG]**. German law archives: The Federal Constitutional Court. Ilona Orthen: Gerhard Dannemann.
- Born, S. (1998). **Instructions on lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court**. German law archives: The Federal Constitutional Court, Ilona Orthen: Gerhard Dannemann.
- Caldwell, P. (1997). **Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: The theory and practice of Weimar Constitution**. Durharn, NC: Duke University Press.
- Cardona, F. (2005). **Liabilities and discipline of civil servants**. Retrieved April 17, 2005, from [http://www.sigmaxweb.org/PDF/SIGMA\\_CS\\_DISCIPLINE\\_FC\\_PDF](http://www.sigmaxweb.org/PDF/SIGMA_CS_DISCIPLINE_FC_PDF)
- Cicero, T. M., Francis Barham tran., (1842). **Treatise on the Commonwealth [54 BC] in the political works of Marcus Tullus Cicero comprising his treatise on the Commonwealth; and his treatise on the laws**. Retrieved April 17, 2005, from [http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com\\_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=546&layout=html](http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_staticxt&staticfile=show.php%3Ftitle=546&layout=html)
- Emire. (2005). **Proportionality principle**, Retrieved April 8, 2005, from <http://www.ANCHOR-PROPORTIONALITETSPRINGCIP-SE.htm>
- Engel, C. (2001). **The constitutional court – Applying the proportionality Principle-subsidiary authority for the assessment of political outcomes**. Bornn: Max-Planck Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsguter.

- Engle, E. A. (2010). The history of the principle of proportionality: An overview (July 7, 2009). Retrieved July 28, 2010., **Journal of International Law and Dispute** from <http://www.willamette.edu/wucl/wjldr/>
- Fischer, H. (2005). **Proportionality principle**. Retrieved April 8, 2005, from <http://www.rimesofwar.org/thebook/proportion-principle.html>
- Goold, B., Lazarus, L., & Swiney, G. (2007). **Public protection, proportional , and the search the balance**. London: University of Oxford.
- Grotius, H., Compbell trans. (1901). **The rights of war and peace including the law of nature and of nations**. Retrieved July 28, 2010, from <http://oll.libertyfund.org/title/553/90737/2052898.on.2009-03-08>
- Halter, U. R. (1996). **High time for a checkup: Progressivism, populism and constitutional review in Germany**. Cambridge, MA: Harvard Law School.
- Hallbronner. K. (1999). Fifty years of the basic law-migration, citizenship and asylum, **The fifty years of German Basic Law Conference: The Fifty Years of German Basic Law conference**. John Hopkins University: American Institute for Contemporary German Studies.
- Heinrich, H. G. (2001). **The hierarchy of legal norms in CEE constitutional system**. Vienna: University of Vienna.
- Jensen, T. (2005). **Judicial review of public administration: Enforcement of Executive Decisions**. Denmark: The Supreme Court of Denmark.
- Jones, H. W. (2002). **Bill of rights: The American residency**. Retrieved November 15, 2002. Columbia University, from <http://gi.grolier.com/presidents/ea/side/bilright.html>
- Kommers, D. (1999). **Fifty years of German Basic Law**. Washington D.C.: The American Institute for Contemporary German.
- Magna Charta. (1215). Retrieved July 28, 2010, from <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Magna+Charta>
- Michalowski, S., & Woods, L.(1999). **German constitutional law:The Protection of civil liberties**. England: Dartmouth Publishing.
- Nishihara, H. (2009). **Constitutional meaning of the proportionality principle in the face of surveillance state**. Tokyo: Waseda University.
- Quirk, P. (1999). **An Australian looks at German proportionality**. Retrieved July 28, 2010, from <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNDAULawRw/1999/5.pdf>.

- Réaume, D. (2009). **Limitations on constitutional rights: The logic of proportionality.** Oxford: Oxford University Press.
- Reinhard, R. (2002). Public law: Between law and necessity, **the Federal Constitutional Court confirms the rights of the Federal Government to warn the public** (in reply to Marion Albers), *German Law Journal*, No.12 (December 1, 2002): 8-11.
- Starcevie, M. (2005). The violations of the proportionality principle in applying force in Nato air raids on Yugoslavia. **Law and politics**, 1, 541-549.
- Tapio, L. (2005). **The principle of proportionality in the finish sentencing system.** Retrieved April 10, 2005 from <http://www.orn.fi/optula/uploads/0baxiwlo9o.pdf>
- The Council of Europe. (2005). **Concerning the exercise of discretionary powers.** Retrieved April 17, 2005, Administrative Authorities from [http://www.coe.int/T/E/Legal\\_affairs/Legal\\_com](http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_com)
- The Deputy Prime Minister Office. (2005) **Subsidiary and proportionality in spatial planning**, Retrieved April 8, 2005, from [http://www.odpm.gov.uk/stellent/groups./odpm\\_plan\\_606384.hcs](http://www.odpm.gov.uk/stellent/groups./odpm_plan_606384.hcs)
- Vugt, A. M. (2005). **Proportionality in administrative law**, Retrived April 17, 2005, from <http://www.nvt.nl/tflr/Articles/Adrienne%20de%20Moor-van%20Vugt.pdf>
- Wöhrmann, G. (2001). **The Federal Constitutional Court: An introduction.** Ikonarthen: Gerhard Dannemann.
- Yucel, O. G. (2003). **A comparative study on the principle of proportionality In law.** Kamu Hukuku: KhuK.
- Yucel, O. G. (2005). **Administrative sanctioning system.** Retrieved April 17, 2005, from <http://www.idare.ge.tr/ogurfu-administrative.htm>

### **Federal Constitutional Court**

BVerfGE 7, 377 (1958)

BVerfGE 13, 255 (1961)

BVerfGE 55. 159 (1980)

BVerfGE 65. 1 (1983)

BVerfGE 17, 306, 314 (1963)

BVerfGE 83, 130 (1990)

# หลักกฎหมายอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

## (อดีต - พ.ศ. 2553) (ตอนที่ 2)

ศาสตราจารย์ เรณูมาศ\*

บทความในตอนที่ 2 จะเป็นบทความที่ต่อเนื่องจากบทความตอนที่ 1 โดยจะเป็นการนำเสนอหลักกฎหมายอันเกิดจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตามอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในหัวข้อที่ 2 – หัวข้อที่ 5 โดยประกอบไปด้วย

2. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว (เฉพาะมาตรา 212)

3. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในส่วนของการตรา (มาตรา 184)

4. คำวินิจฉัยกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ การกระทำใด เพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 168) และ

5. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป (มาตรา 214)

## 2. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว (เฉพาะมาตรา 212)<sup>1</sup>

### 2.1 หลักกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212<sup>2</sup> ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ประชาชนสามารถนำคดีขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง โดยต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์และ

\* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 6 ว กลุ่มงานคดี 8 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อันเกี่ยวกับ มาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) อยู่ในบทความตอนที่ 1 หัวข้อที่ 2.

<sup>2</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”

วิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้ คือ

1. ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย<sup>3</sup>
2. บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และ
3. ต้องเป็นกรณี que บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

## 2.2 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

**2.2.1. ต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย**

2.2.1.1 การที่กฎหมายจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากให้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ทุกกรณี ย่อมทำให้กฎหมายทุกฉบับเมื่อประกาศใช้แล้วบุคคลที่รู้สึกหรือมีความเห็นว่า กฎหมายนั้นอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนก็จะร้องขอให้วินิจฉัยว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ทุกฉบับและทุกคน ด้วยเหตุนี้หากคำร้องยังไม่ปรากฏว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ศาลย่อมปฏิเสธไม่รับคำร้อง (ดูคำสั่งที่ 37/2551, 43/2551, 8/2552, 36/2552, 44/2552)

คำสั่งที่ 37/2551 ตามคำร้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 ละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้อง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นใช้บังคับ การที่กฎหมายจะละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือไม่ ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากให้มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ทุกกรณี ย่อมทำให้กฎหมายทุกฉบับเมื่อประกาศใช้แล้วบุคคลที่รู้สึกหรือมีความเห็นว่า กฎหมายนั้นอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนจะร้องขอให้วินิจฉัยว่า ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ทุกฉบับและทุกคน ตามคำร้องยังไม่ปรากฏว่าสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องถูกละเมิดโดยพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 แต่อย่างใด เพราะยังมีกระบวนการที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าวอีก ดังนั้น เมื่อผู้ร้องยังไม่เป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550 คำร้องจึงไม่เข้าเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

<sup>3</sup> คำว่า “บุคคล” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 นั้น นอกจากจะหมายถึง บุคคลธรรมดา แล้ว ยังหมายความรวมถึง กลุ่มชุมชน ศูนย์ประสานงาน หรือเครือข่ายต่าง ๆ เช่น เครือข่ายประชาชนภาคตะวันออกเฉียงเหนือ (คำสั่งที่ 19/2551) ศูนย์ประสานงานองค์กรอนุรักษ์ป่าต้นน้ำ (คำสั่งที่ 25/2551) และยังหมายความรวมถึง นิติบุคคล ด้วย (คำสั่งที่ 3/2552)



พรรคหนึ่ง ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

**2.2.1.2 กรณีเป็นเพียงความรู้สึกของผู้ร้อง หรือเป็นเพียงการขอความเห็นจากศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการ ยังไม่ถึงเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาได้ (ดูคำสั่งที่ 8/2552, 36/2552)**

**คำสั่งที่ 8/2552** แม้คำร้องของผู้ร้องจะเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยนครพนม พ.ศ. 2548 มาตรา 4 มาตรา 58 มาตรา 60 และมาตรา 61 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และละเมิดสิทธิของผู้ร้องในการที่จะได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันก็ตาม แต่การที่ผู้ร้องเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกละเมิดสิทธิเนื่องจากอธิการบดีมหาวิทยาลัยนครพนมออกคำสั่งถอดถอนผู้ร้องออกจากผู้รักษาราชการในตำแหน่งคณบดีคณะศิลปศาสตร์และวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยนครพนม นั้น ศาลปกครองขอนแก่นและศาลปกครองสูงสุดต่างก็ได้วินิจฉัยในเบื้องต้นแล้วว่า ผู้ร้องไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการถือการออกคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีจึงเป็นเพียงความรู้สึกของผู้ร้อง ประกอบกับไม่ปรากฏข้อเท็จจริงอื่นใดในคำร้องว่าผู้ร้องถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

**คำสั่งที่ 36/2552** ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 พรรคท้าย กรณีที่ถูกคณะกรรมการเลือกตั้งชี้ว่าควรถูกเพิกถอนสิทธิ หรือให้จัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ แล้วจะให้ผู้ที่ตนเองแต่งตั้งให้ช่วยเหลือในการปฏิบัติงานรักษาราชการแทนต่อไป อาจทำให้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 พรรคท้าย ผู้ร้องจึงเห็นว่าพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 39/1 พรรคสอง น่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 พรรคท้าย นั้น เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 212 บัญญัติว่า บุคคลที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยตรงและเป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นแล้ว แต่กรณีของผู้ร้องเป็นการยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 พรรคท้าย ซึ่งเป็นการขอความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการเท่านั้น ผู้ร้องยังมีใช้ผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการใช้บังคับตามพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 39/1 พรรคสอง ดังนั้น พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 มาตรา 39/1 จึงมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องโดยตรงและมีได้เป็นผลกระทบที่เกิดขึ้นแล้ว จึงถือไม่ได้ว่าผู้ร้องเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญ

ได้รับรองไว้เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว คำร้องของผู้ร้องในประเด็นดังกล่าวนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

2.2.2 บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

กล่าวคือ เมื่อบุคคลนั้นถือได้ว่าเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามหลักเกณฑ์ข้อที่ 2.2.1 แล้ว การจะนำคดีขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ ตามหลักเกณฑ์ข้อที่ 2.2.2 ต้องเป็นการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มาตราใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราใด ให้ชัดเจน โดยมีลักษณะของการโต้แย้งเช่นเดียวกับการโต้แย้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 (โปรดดูบทความตอนที่ 1 หัวข้อที่ 2) ด้วยเหตุนี้ หากเป็นการโต้แย้ง ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- การกระทำของบุคคล (คำสั่งที่ 8/2551, 10/2551) การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ การกระทำของหน่วยงานของรัฐ การกระทำของนายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานรัฐสภา เป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (คำสั่งที่ 4/2551, 11/2551, 19/2551, 20/2551, 42/2551, 2/2552, 9/2552, 11/2553, 12/2553, 13/2553, 19/2553, 22/2553) หรือการกระทำของคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ว่าละเมิดต่อกฎหมายหรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (คำสั่งที่ 7/2551, 21/2551)

- การใช้ดุลพินิจหรือการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (คำสั่งที่ 17/2552)

- การดำเนินการบังคับคดีเป็นไปโดยมิชอบ (คำสั่งที่ 5/2551)

- การโต้แย้งกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (คำสั่งที่ 6/2551, 22/2551, 25/2551, 26/2551, 41/2552, 44/2552)

- การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 (คำสั่งที่ 9/2551) การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยทำขึ้นกับประเทศฝรั่งเศส (คำสั่งที่ 34/2551) การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้คณะกรรมการการเลือกตั้งยกเลิกการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรุงเทพมหานคร เขตเลือกตั้งที่ 6 (คำสั่งที่ 25/2553)

- การปรับบทลงโทษของศาลยุติธรรมไม่ถูกต้อง (ดูคำสั่งที่ 3/2551) การโต้แย้ง

คำพิพากษาของศาล (คำสั่งที่ 17/2551) การโต้แย้งคำสั่งของศาล (คำสั่งที่ 36/2551, 5/2552, 10/2553) การโต้แย้งว่าศาลใช้ดุลพินิจไม่ถูกต้อง (คำสั่งที่ 27/2551, 6/2552, 16/2552, 43/2552) การขอยกเลิกคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งที่ 42/2551) การโต้แย้งว่าศาลปกครองไม่ยอมรับหนังสือ (คำสั่งที่ 43/2551) ขอให้เพิกถอนคำพิพากษากฎีกาและให้ศาลฎีกาทำคำพิพากษาใหม่ (คำสั่งที่ 3/2553) ขอให้เพิกถอนคำพิพากษากฎีกา ขอให้เพิกถอนการออกนอกระบบพิจารณาคดีที่ไม่ครบองค์คณะของผู้พิพากษา และขอให้เพิกถอนระเบียบราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม (คำสั่งที่ 29/2553)

- การโต้แย้งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 (ดูคำสั่งที่ 35/2552)

- การขอหารือว่า การไต่สวนมูลฟ้องถือว่าเป็นการดำเนินคดีหรือไม่ การไต่สวนมูลฟ้องในระหว่างมีพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ พ.ศ. 2552 ต้องมีหนังสือส่งถึงประธานรัฐสภาเพื่อขอตัวสมาชิกผู้นั้นมาดำเนินคดีหรือไม่ และการที่ศาลอาญาไม่ส่งคำร้องของผู้ร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ (คำสั่งที่ 2/2553)

- การแสดงความเห็นส่วนตัวให้นายกรัฐมนตรีถวายคืนอำนาจบริหารให้พระมหากษัตริย์ (คำสั่งที่ 21/2553)

ในกรณีดังกล่าวมาข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีคำสั่งไม่รับคำร้อง เพราะถือว่ามีใช่เป็นการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดูแนวคำสั่ง ดังต่อไปนี้

**คำสั่งที่ 3/2551** คำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การปรับบทลงโทษของศาลฎีกาตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ที่มีการแก้ไขใหม่ถูกต้องหรือไม่ และศาลที่มีคำพิพากษาจะต้องแก้ไข ปรับบทกำหนดโทษให้ผู้ร้องใหม่หรือไม่ เพียงใด ผู้ร้องหาได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 212 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เข้าเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 7/2551** การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำของคณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ว่าละเมิดต่อกฎหมายหรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจึงมิใช่เป็นการร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 212 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เข้าเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

**คำสั่งที่ 2/2553** ประเด็นที่ว่า การไต่สวนมูลฟ้องถือว่าเป็นการดำเนินคดีหรือไม่ การไต่สวนมูลฟ้องในระหว่างมีพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ พ.ศ. 2552 ต้องมีหนังสือส่งถึงประธานรัฐสภาเพื่อขอตัวสมาชิกผู้นั้นมาดำเนินคดีหรือไม่ การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องต่อศาลอาญาเพื่อขอให้ศาลอาญาส่งคำไต่แย้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 และการที่ศาลอาญาไม่ส่งคำไต่แย้งและยกคำร้องของผู้ร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 หรือไม่ นั้น เห็นว่า ประเด็นดังกล่าวมีลักษณะเป็นเพียงข้อหาหรือ ไม่ปรากฏว่าคำร้องของผู้ร้องในประเด็นดังกล่าวข้างต้น เป็นคำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 แต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 12/2553** การที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า นายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี และผู้อำนวยการศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน และคณะรัฐมนตรี ใช้อำนาจออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ลงวันที่ 7 เมษายน 2553 เพื่อจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้อง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งออกตามความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 218 ที่ถูกยกเลิกไปแล้ว มาใช้บังคับโดยมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 และมีได้แก้ไขบทบัญญัติของพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบและเป็นการนำกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับกับผู้ร้องซึ่งไม่อาจกระทำได้นั้น เห็นว่า ผู้ร้องมิได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ มาตราใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ผู้ร้องขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำของนายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี และผู้อำนวยการศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน และคณะรัฐมนตรี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำร้องของผู้ร้องจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 21/2553** เห็นว่า บุคคลจะใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นเรื่องใดได้นั้นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายจะต้องบัญญัติให้สิทธิในการยื่นคำร้องในเรื่องนั้นไว้ด้วย แม้ผู้ร้องจะอ้างว่าตนมีหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 70 ที่บัญญัติว่า “บุคคลมีหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้” แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ผู้ร้องกล่าวอ้างมานั้นไม่ได้ให้สิทธิแก่บุคคลในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด การที่ผู้ร้องมีความเห็นว่านายกรัฐมนตรีไม่สามารถแก้ไขวิกฤตของประเทศ

ได้ จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีถวายคืนอำนาจบริหารให้พระมหากษัตริย์ นั้น เป็นกรณีที่ผู้ร้องแสดงความเห็นส่วนตัวเกี่ยวกับการบริหารประเทศของนายกรัฐมนตรี โดยมีได้ขอศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ร้องตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำร้องของผู้ร้องจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

2.2.2.1 ดังนั้น วิธีการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ถูกต้อง ควรมีลักษณะ ดังนี้ คือ พระราชบัญญัติ ....(ชื่อ)..... มาตรา ... ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ... หรือไม่ และต้องมีการระบุเลขมาตราให้ชัดเจน รวมถึงรายละเอียดของการโต้แย้งและเหตุผลสนับสนุนโดยชัดแจ้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมาตรานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใดอย่างไร แต่หากโต้แย้งว่า

1. พระราชบัญญัติ ....(ชื่อ)..... ทั้งฉบับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับ หรือไม่

2. พระราชบัญญัติ ....(ชื่อ)..... มาตรา ... ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับ หรือไม่

3. พระราชบัญญัติ ....(ชื่อ)..... ทั้งฉบับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา ...หรือไม่

ทั้ง 3 กรณี ไม่ว่าจะแบบใดแบบหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมปฏิเสธไม่รับคำร้อง เพราะถือว่าเป็นการโต้แย้งที่ไม่ชัดเจน (ดูคำสั่งที่ 13/2551, 26/2551, 11/2552, 44/2552, 17/2553, 25/2553, 26/2553)

คำสั่งที่ 13/2551 การที่ผู้ร้องร้องว่าพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยในกำกับฉบับอื่น ๆ ที่ผ่านรัฐสภาแล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ร้องมิได้ระบุอย่างชัดเจนว่าพระราชบัญญัติฉบับใด มีบทบัญญัติมาตราใดที่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของผู้ร้องที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราใด ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เข้าเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

คำสั่งที่ 11/2552 ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประมวลกฎหมายที่ดินขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 6 และมาตรา 81 วรรคสอง แต่ผู้ร้องมิได้ระบุอย่างชัดเจนพอที่จะเข้าใจได้ว่าบทบัญญัติมาตราใดของ

ประมวลกฎหมายที่ดินละเมิดสิทธิและเสรีภาพของผู้ร้องตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

**คำสั่งที่ 44/2552** ประเด็นที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2551 **ทั้งฉบับ** ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น เนื่องจากคำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้มิได้ระบุมาตราของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง พร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของมาตราต่าง ๆ การกล่าวอ้างทั้งฉบับโดยมิได้ยกข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 18 วรรคหนึ่ง (2) และ (3)<sup>4</sup> คำขอให้พิจารณาวินิจฉัยในประเด็นนี้จึงไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

**คำสั่งที่ 17/2553** พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497 ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม หรือไม่ นั้น เห็นว่า คำร้องของผู้ร้องมิได้ระบุมาตราของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง จึงไม่เป็นไปตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 18 วรรคหนึ่ง (2) จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 26/2553** เห็นว่า ประเด็นตามคำร้องที่ผู้ร้องโต้แย้งว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 16 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 84 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 และ มาตรา 29 ประกอบมาตรา 211 หรือไม่ นั้น ตามคำร้องผู้ร้องมิได้ระบุรายละเอียดของการโต้แย้งและเหตุผลสนับสนุนโดยชัดแจ้งว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวอย่างไร คำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 วรรคหนึ่ง จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

2.2.2.2 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่จะนำมาโต้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ยังคงใช้หลักการเดียวกับมาตรา 211 หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เท่านั้น ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ หรือประกาศคณะปฏิรูปการปกครองใน

<sup>4</sup> ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 18 วรรคหนึ่ง (2) “ระบุมาตราของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง”

ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังนั้น หากเป็นการโต้แย้งในประเด็นอื่นๆ เช่น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ฯ, ประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดเชียงราย ประกาศที่ออกตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ, คำสั่งศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ ย่อมไม่เข้าบทบัญญัติของคำว่า “กฎหมาย” ตามความหมายนี้ (ดูคำสั่งที่ 35/2552, 6/2553, 24/2553)

คำสั่งที่ 35/2552 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 34 และข้อ 103 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคหนึ่ง มาตรา 40 (1) และมาตรา 60 หรือไม่ นั้น เห็นว่า ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากฎหรือข้อบังคับซึ่งออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยองค์กรนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 คำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

คำสั่งที่ 24/2553 ประกาศที่ออกตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ข้อ 6 ลงวันที่ 7 เมษายน 2553 คำสั่งศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินที่ 49/2553 ลงวันที่ 16 พฤษภาคม 2553 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสาม และมาตรา 41 หรือไม่ นั้น เห็นว่า ประกาศฉบับดังกล่าวมิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับโดยองค์กรนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่ง ส่วนกรณีคำสั่งศูนย์อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินทั้งสองฉบับดังกล่าว เห็นว่า เป็นคำสั่งของฝ่ายบริหารโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 (6) แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉินฯ แม้จะเป็นคำสั่งที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย แต่คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองของฝ่ายบริหารเพื่อกระทำการตามที่พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ฯ ได้ให้อำนาจไว้ มิได้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติตามกระบวนการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคหนึ่ง เช่นเดียวกัน คำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้ จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

### 2.2.3. ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว

กล่าวคือ แม้บุคคลผู้นั้นจะเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยชัดแจ้ง ตามหลักเกณฑ์ในข้อที่ 2.2.1 และตามคำร้องได้มีการโต้แย้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มาตราใด ว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตราใด พร้อมทั้งบรรยายรายละเอียดของการโต้แย้งและเหตุผลสนับสนุนโดยชัดแจ้ง ตามหลักเกณฑ์ในข้อที่ 2.2.2 แล้วก็ตาม **ความจะต้องปรากฏต่อไปว่า ผู้ร้องไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว** ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามความในมาตรา 212 วรรคสอง แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น เนื่องด้วยในปัจจุบัน ยังไม่มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ออกมาใช้บังคับ ด้วยเหตุนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงนำข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา และการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้บังคับ โดยกำหนดไว้ ดังนี้

**ข้อ 21** “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่**ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว** ทั้งนี้ ตามมาตรา 211<sup>5</sup> มาตรา 245 (1)<sup>6</sup> และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2)<sup>7</sup> ของรัฐธรรมนูญ”

**กล่าวคือ** ผู้ร้องต้องดำเนินการยื่นคำร้องผ่านองค์กรมาแล้วทั้ง 3 ช่องทาง ตามข้อกำหนด ฯ ข้อ 21 วรรคสอง ถึงจะสามารถนำคดีมายื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ซึ่งทั้ง 3 ช่องทางก็คือ

1. ได้มีการใช้สิทธิผ่านช่องทางศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลอื่น ๆ แล้ว ตามมาตรา 211
2. ได้มีการใช้สิทธิผ่านช่องทางผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 (1) แล้ว และ

<sup>5</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 วรรคหนึ่ง “ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้การพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ เมื่อเห็นว่ากรณีดังต่อไปนี้ (1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...”

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 257 “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้...

(2) เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...”



3. ได้มีการใช้สิทธิผ่านช่องทางคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) แล้ว

2.2.3.1 ด้วยเหตุนี้ หากขาดองค์რიโดองค์กรหนึ่ง หรือไม่เคยใช้สิทธิผ่านทั้ง 3 องค์กรมาก่อน แต่นำคำร้องมายื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญเลย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีคำสั่งไม่รับคำร้อง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคสอง โดยเห็นว่าผู้ร้องยังคงสามารถใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้อยู่ (ดูคำสั่งที่ 29/2551, 39/2551, 17/2552, 13/2553, 18/2553, 24/2553)

คำสั่งที่ 29/2551 แม้คำร้องของผู้ร้องจะเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ตาม แต่ผู้ร้องยังสามารถใช้สิทธิยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 และเมื่อผู้ร้องยังมีได้ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

คำสั่งที่ 39/2551 แม้ว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินโดยผู้ตรวจการแผ่นดินวินิจฉัยว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญแล้ว ตามมาตรา 245 (1) แต่ผู้ร้องก็ยังมีได้ใช้สิทธิร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย ฯ ข้อ 21 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เมื่อผู้ร้องยังมีได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นให้ครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

คำสั่งที่ 17/2552 กรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในมาตรา 44(1) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ.2545 ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่ นั้น ไม่ปรากฏว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ผู้ตรวจการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) อันเป็นการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ คำร้องของผู้ร้องในประเด็นนี้ จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

คำสั่งที่ 3/2552 คำร้องของผู้ร้อง เป็นกรณีที่ผู้ร้องได้ใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 แล้ว ในคดีหมายเลขแดงที่ 700/2551 โดยนาย ช. จำเลยที่ 5 ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลอุทธรณ์ส่งคำร้องให้

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ว่า พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 มาตรา 30 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 มาตรา 30 มาตรา 40 มาตรา 81 และมาตรา 197 วรรคหนึ่ง และวรรคสองแล้ว และศาลแพ่งมีคำสั่งยกคำร้อง ผู้ร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว แต่ศาลแพ่งปฏิเสธไม่ยอมรับอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ยืนตามคำปฏิเสธของศาลแพ่ง ซึ่งเป็นที่สุดแล้วก็ตาม แต่ในกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และก็ยังมิได้ใช้สิทธิร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่ผู้ร้องไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว เมื่อผู้ร้องยังมีได้ใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นให้ครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) คำร้องของผู้ร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 18/2553** กรณีตามคำร้องเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 มาตรา 48 ปัญจทศ (5) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสาม และมาตรา 6 หรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงตามคำร้องไม่ปรากฏว่า ผู้ร้องได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคสอง กล่าวคือ (1) ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 เพื่อโต้แย้งว่าบทบัญญัติที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (2) ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) โดยร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และ (3) ใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) โดยร้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นการใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นก่อนยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น คำร้องของผู้ร้องจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

2.2.3.2 การใช้สิทธิผ่านช่องทางศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลอื่น ๆ ตามมาตรา 211 ต้องปรากฏว่าคดีที่อยู่ในศาลนั้น ต้องถึงที่สุดแล้ว หากปรากฏว่าคดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ หรือผู้ร้องกำลังอุทธรณ์คำพิพากษาอยู่ หรือคดียังอยู่ในระยะเวลาที่อาจยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาได้ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ ย่อมถือว่าผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางศาล ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ได้อยู่ จึงไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ได้ (ดูคำสั่งที่ 4/2552, 38/2552, 41/2553, 43/2552)

**คำสั่งที่ 4/2552** แม้คำร้องของผู้ร้องจะเป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม หรือไม่ อันเป็นการอ้างว่าละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญ รับรองคุ้มครองไว้ แต่ผู้ร้องยังมีคดีอยู่ในศาลยุติธรรม โดยคดีดังกล่าวแม้ศาลแพ่งไม่ส่งคำร้องของผู้ร้อง ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และพิพากษายกฟ้องคดีของผู้ร้องไปแล้ว แต่ผู้ร้องแจ้งว่าได้อุทธรณ์คำพิพากษา ดังกล่าวแล้ว คดีจึงยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ซึ่งศาลอุทธรณ์อาจพิพากษายก กลับ หรือ แก้อำนาจของศาลชั้นต้น หรืออาจมีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น ผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิ ทางศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ได้อยู่ นอกจากนั้น แม้ว่าศาลแพ่งจะไม่รับคำร้องขอให้ส่ง ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ตาม ผู้ร้องยังมีช่องทางที่จะใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) กรณีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ที่ศาลรัฐธรรมนูญ จะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

**คำสั่งที่ 38/2552** คำร้องของผู้ร้องเป็นคำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และ มาตรา 40 (2) หรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงตามคำร้องปรากฏว่า ศาลอาญาได้ยกคำร้องที่ขอให้ส่งความเห็นเพื่อ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีดังกล่าว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางศาล ตามลำดับชั้นศาลได้ทั้งในชั้นอุทธรณ์และฎีกา รวมทั้งยังอาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้ก่อนยื่นคำร้องต่อ ศาลรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนด ศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ส่วนประเด็นที่สองที่ผู้ร้องขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่ศาลอาญาไม่ส่งคำโต้แย้งของผู้ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 177 ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 40 (2) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบหรือไม่ และประเด็นที่สามที่ผู้ร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ศาลอาญารอการพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ.3959/2551 ไว้จนกว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย นั้น เห็นว่า ผู้ร้องมิได้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

**คำสั่งที่ 41/2552** ข้อเท็จจริงตามคำร้องปรากฏว่าศาลแพ่งได้มีคำสั่งในคดีหมายเลขแดงที่ 5378/2552 ลงวันที่ 18 กันยายน 2552 พิพากษายกฟ้อง และผู้ร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อวันที่ 23 กันยายน 2552 ซึ่งยังอยู่ในระยะเวลาที่อาจยื่นอุทธรณ์ต่อศาลยุติธรรมต่อไปได้ จึงถือว่าผู้ร้องยังสามารถใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้อยู่ มิใช่เป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 วรรคสองแต่อย่างใด กรณีตามคำร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง

**คำสั่งที่ 43/2552** ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ร้องได้ใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งไปยังศาลปกครองสูงสุด เพื่อพิจารณาและมีคำสั่งยกคำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีจึงยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 ได้อยู่ นอกจากนั้นแม้ว่าศาลปกครองสูงสุด จะมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองกลางก็ตาม ผู้ร้องยังต้องใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นให้ครบถ้วนตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วรรคสอง กรณีตามคำร้องจึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**2.2.3.3 การโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องตามรัฐธรรมนูญ** ต้องปรากฏว่าเป็นกฎหมายที่มีสภาพและมีผลเป็นการใช้บังคับอยู่ในวันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หรือมีการคงหลักการเดิมไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ มิฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจหยิบยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้ว มาวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ (ดูคำสั่งที่ 9/2553, 17/2553)

**คำสั่งที่ 9/2553** การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 วรรคหนึ่ง ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะมีผลเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้นั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญต้องมีสภาพและมีผลเป็นการใช้บังคับอยู่ในวันที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย หรือมีการคงหลักการเดิมไว้ในกฎหมายฉบับใหม่ที่มีผลเป็นการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายฉบับเดิมไปนั้น ดังนั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้ถูกยกเลิกไปแล้วโดยพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มาตรา 3 โดยพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 มีการตราบทบัญญัติขึ้นใหม่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสถาบันการเงินซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการเดิมของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 20 (6) ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจหยิบยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้ว โดยที่ไม่มีการคงหลักการเดิมตามประเด็นข้อโต้แย้งไว้ในบทบัญญัติ

แห่งกฎหมายฉบับใหม่มาวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้อีกต่อไป จึงไม่เป็นประโยชน์แก่คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยในประเด็นตามคำร้องนี้อีก จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้อง

**คำสั่งที่ 17/2553** ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 ได้ตราขึ้นในระหว่างที่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญและถูกยกเลิกไปเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ดังนั้น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 จึงไม่มีสภาพบังคับเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะได้แย้งว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่ผู้ร้องโต้แย้งว่าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 17 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 30 วรคสาม ไม่ใช่เป็นการโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีสภาพบังคับอยู่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำร้องในประเด็นนี้จึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 212

**ข้อสังเกต** ปัจจุบันคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญจะมีอยู่ 3 ลักษณะ คือ

**1. คำสั่งรับคำร้อง** ในกรณีที่คำร้องที่ยื่นเข้ามาเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น ในกรณีมาตรา 212 (การร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญหรือการฟ้องตรง) มีการยื่นคำร้องเข้ามาและเป็นไปโดยถูกต้องผ่าน 3 หลักเกณฑ์ดังกล่าว

**2. คำสั่งไม่รับคำร้อง** ในกรณีที่คำร้องที่ยื่นเข้ามาไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น ในกรณีมาตรา 212 มีการยื่นคำร้องเข้ามาแต่ไม่ได้ผ่านองค์การตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น มิได้ผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน ผ่านศาลอื่น ๆ แต่มิได้ผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นต้น

**3. คำสั่งจำหน่ายคำร้อง** ในกรณีที่คำร้องที่ยื่นเข้ามาเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องไว้แล้ว แต่ต่อมาในระหว่างการพิจารณาคดีปรากฏว่าผู้ร้องตาย มีการถอนคำร้อง หรือศาลเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์แก่คดี ศาลก็จะมีการสั่งจำหน่ายคำร้องโดยอาศัยอำนาจตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 23

### 3. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด<sup>๘</sup>ในส่วนของ การตรา (มาตรา 184)

#### 3.1 หลักกฎหมาย

การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติและการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในส่วนการตรานั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184<sup>๙</sup> วรรคหนึ่งและวรรคสอง และมาตรา 185<sup>10</sup> ได้กำหนดเงื่อนไขในการตราไว้ คือ

1. เป็นการตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศความปลอดภัย สาธารณะความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ<sup>11</sup> (มาตรา 184 วรรคหนึ่ง)
2. การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณี ฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ (มาตรา 184 วรรคสอง)

และก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใดตามมาตรา 184 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนด นั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยัง ศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย (มาตรา 185 วรรคหนึ่ง)

<sup>8</sup> พระราชกำหนด หมายถึง กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นให้ใช้บังคับ ดังเช่น พระราชบัญญัติ โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี แล้วเสนอให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติในภายหลัง โดยสามารถแบ่งพระราชกำหนด ได้เป็น 2 ประเภท คือ 1. พระราชกำหนดทั่วไป ตามมาตรา 184 และมาตรา 185 และ 2. พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากร หรือเงินตรา ตามมาตรา 186

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่ง “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษา ความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้” และวรรคสอง “การตราพระราชกำหนดตาม วรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้”

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 วรรคหนึ่ง “ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือ วุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใดตามมาตรา 184 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่ง สภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่ง สภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา” วรรคสาม “ในกรณีที่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มี ผลบังคับมาแต่ต้น” และวรรคสี่ “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง หรือวรรคสอง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด”

<sup>11</sup> ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (Public Calamity) เช่น มีน้ำท่วม แผ่นดินไหว สงคราม โรคระบาด เป็นต้น

### 3.2 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

เห็นได้ว่า อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญในสมัยอดีต กล่าวคือแต่เดิมศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบพระราชกำหนดเฉพาะกรณีการตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง เท่านั้น ส่วนหากเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 184 วรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ (ดูคำวินิจฉัยที่ 1/2535, 1/2541, 14/2546)

3.2.1 การที่สมาชิกวุฒิสภากิติ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกิติ จะมีสิทธิเสนอความเห็นว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 173 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) จะต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) เท่านั้น จะเสนอความเห็นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนอกเหนือจากกรณีเงื่อนไขตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) ไม่ได้

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 1/2535 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 172 (ปัจจุบัน มาตรา 184) บัญญัติเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ โดยแยกความออกเป็นสองวรรค คือ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ...” และวรรคสอง บัญญัติว่า “การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้” และมาตรา 172 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น” ด้วยเหตุนี้ การที่สมาชิกวุฒิสภากิติ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกิติ จะมีสิทธิเสนอความเห็นว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 173 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) นั้น จะต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) เท่านั้น กล่าวคือ พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ดังนั้น สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอความเห็นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนอกเหนือจากกรณีเงื่อนไขตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) ไม่ได้

**คำวินิจฉัยที่ 1/2541** ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 219 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 185 วรรคหนึ่ง) จะเห็นได้ว่ากรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็น ว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้น ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) คือ พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาก็จะมีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกและประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย โดยเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 185 วรรคหนึ่ง) ได้ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) เท่านั้น

**คำวินิจฉัยที่ 14/2546** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 219 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 185 วรรคหนึ่ง) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น จึงเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับสภา โดยไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 218 วรรคสอง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) ที่ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ด้วย กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว ตามคำวินิจฉัยที่ 1/2541 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 2541

**3.2.2 ปัจจุบัน** การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในส่วนของ การตรา มิได้ถูกต้องห้ามดังเช่น รัฐธรรมนูญในอดีตแต่ประการใด ด้วยเหตุนี้ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงสามารถตรวจสอบได้ ทั้งในแง่ ว่าพระราชกำหนดดังกล่าว ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ตามมาตรา



184 วรรคหนึ่ง หรือเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่ (ดูคำวินิจฉัยที่ 11/2552)

คำวินิจฉัยที่ 11/2552 ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 ถึงมาตรา 186 เห็นได้ว่าการตราพระราชกำหนดเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร คือคณะรัฐมนตรีโดยเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง เพียงแต่จำกัดกรอบในการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีไว้ว่า ให้กระทำได้เฉพาะในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง และก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 185 อันเป็นไปตามหลักการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละองค์กร โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนดได้อย่างกว้างขวางโดยครอบคลุมทั้ง ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง และตามมาตรา 184 วรรคสอง ซึ่งแตกต่างจากหลักการเดิมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกรณีตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งเพียงกรณีเดียว

**ข้อสังเกต** นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ใช้บังคับ ยังไม่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

3.2.3 การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุม ถือเป็นวิธีการแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นนั้นให้เรียบร้อยลงได้ และให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย ดังนั้น การตราพระราชกำหนด จึงเป็นไปเพื่อในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) (ดูคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535)

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 2/2535 การตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17-21 พฤษภาคม 2535 ถือเป็นวิธีการแก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นนั้นให้เรียบร้อยลงได้ และให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และมีให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้น การตราพระราชกำหนดฉบับนี้ จึงเป็นไปเพื่อในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ และเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 184 วรรคหนึ่ง)

## 4. คำวินิจฉัยกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ กรรมการ ใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ (มาตรา 168)

### 4.1 หลักกฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 วรรคหก<sup>12</sup> และวรรคเจ็ด ได้กำหนดเงื่อนไขในการตรวจสอบไว้ ดังนี้ คือ

หากเป็นกรณีการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการ เกี่ยวกับ

1. ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี
2. ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และ
3. ร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย

การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย จะกระทำมิได้ (มาตรา 168 วรรคหก) มิฉะนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีอำนาจเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ และศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีการกระทำฝ่าฝืน บทบัญญัติตามวรรคหก ให้การเสนอ การแปรญัตติหรือการกระทำดังกล่าวสิ้นผลไป (มาตรา 186 วรรคเจ็ด)

### 4.2 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

4.2.1 ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 มาตรา 17 เฉพาะกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ในส่วนของเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาด้านการท่องเที่ยวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ปรากฏว่ามีการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 180 วรรคหก (ปัจจุบัน มาตรา 168

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 วรรคหก “ในการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมการ การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย จะกระทำมิได้” และวรรคเจ็ด “ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เห็นว่ามีการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติตามวรรคหก ให้เสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาและศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีการกระทำฝ่าฝืน บทบัญญัติตามวรรคหก ให้การเสนอ การแปรญัตติหรือการกระทำดังกล่าวสิ้นผลไป”

**วรรคหก<sup>13</sup>) (ตุคำวินิจฉัยที่ 32/2546)**

**คำวินิจฉัยที่ 32/2546** ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 มาตรา 17 กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ในส่วนของเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาด้านการท่องเที่ยวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำโครงการในส่วนของเงินอุดหนุนเฉพาะกิจทั้งสองกรณี โดยมีหลักเกณฑ์ที่ต้องเป็นไปตามแผนยุทธศาสตร์ของกระทรวงซึ่งจะต้องสอดคล้องกับแผนพัฒนาตามยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศและแผนการพัฒนากองท้องถิ่นที่คณะรัฐมนตรีวางไว้ ทั้งนี้ ได้ผ่านการพิจารณาลั่นกรองของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย และจัดส่งสำนักงบประมาณเพื่อนำเสนอต่อคณะกรรมการวิสามัญ เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบ และไม่ปรากฏว่ามีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 หรืออนุกรรมการวิสามัญพิจารณাজัดสรรงบประมาณให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใช้อำนาจหน้าที่เพิ่มเติมรายการ และกระทำด้วยประการใด ๆ ในงบประมาณรายจ่ายของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ในส่วนของเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเงินอุดหนุนเฉพาะกิจเพื่อพัฒนาด้านการท่องเที่ยวขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันมีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายตามร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2547 มาตรา 17 ตามที่ผู้ร้องกล่าวอ้างแต่อย่างใด

**ข้อสังเกต** นอกจากนี้ยังมี**คำวินิจฉัยที่ 14/2551** ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่าไม่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญ กรณีสมาชิกวุฒิสภาเสนอความเห็นเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคเจ็ด ว่าการเพิ่มงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 มีการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหก หรือไม่ รวมถึง**คำวินิจฉัยที่ 14/2552** กรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอความเห็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคเจ็ด เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2553 มีการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหก หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่าไม่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน

<sup>13</sup> **เหตุที่มีการเปลี่ยนแปลง** - ได้มีการนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดสรรงบประมาณให้แก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญมาบัญญัติรวมไว้ด้วย และเพิ่มหลักการให้องค์กรเหล่านั้นสามารถเสนอคำขอแปรญัตติต่อกรรมาธิการได้โดยตรง เพื่อเป็นหลักประกันอิสระจากคณะรัฐมนตรีในการบริหารงบประมาณให้เพียงพอกับการปฏิบัติหน้าที่

## 5. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป (มาตรา 214)

### 5.1 หลักกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214<sup>14</sup> ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา<sup>15</sup> คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลไว้ว่า ต้องเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไป โดยบุคคลผู้มีอำนาจเสนอ คือ ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี และประธานขององค์กรนั้น

โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามความในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน แบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภทรวม 7 องค์กร คือ

1. องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มี 4 องค์กร คือ
  - 1.1 คณะกรรมการการเลือกตั้ง
  - 1.2 ผู้ตรวจการแผ่นดิน
  - 1.3 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
  - 1.4 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน
2. องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ มี 3 องค์กร คือ
  - 2.1 องค์กรอัยการ
  - 2.2 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ
  - 2.3 สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ด้วยเหตุนี้ หากมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรเดียวว่ามีอำนาจที่จะกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ ย่อมไม่มีสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266<sup>16</sup> ที่เคยให้อำนาจไว้

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

<sup>15</sup> รัฐสภา ประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ด้วยเหตุนี้ หากมีองค์กรใดมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่กับวุฒิสภา ก็ย่อมส่งคำร้องมาศาลรัฐธรรมนูญได้ ตามนัยคำสั่งที่ 23/2553

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

## 5.2 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ<sup>17</sup>

5.2.1 องค์การตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์การที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือองค์การตามรัฐธรรมนูญ 7 องค์การ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการ ป.ช. คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น ดังนั้น องค์การอื่นๆ หรือกลุ่มบุคคลอื่นๆ ย่อมไม่อยู่ในความหมายขององค์การตามรัฐธรรมนูญที่จะนำคำร้องขึ้นมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 214 ได้ เช่น กลุ่มสมาชิกวุฒิสภา กลุ่มสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร กระทรวงมหาดไทย องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และเทศบาล เป็นต้น (ดูคำวินิจฉัยที่ 2/2541, 3/2541, 13/2543, 26/2543, 32/2543, 58-62/2543, 63/2543, 38/2545, 18/2546, 52/2546, 47/2547, 63/2547, 29/2548, 31/2548)

คำวินิจฉัยที่ 2/2541 องค์การตามรัฐธรรมนูญ นั้น หมายถึง องค์การที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 171 วรรคหนึ่ง) บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน” เห็นว่า ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้กำหนดตัวบุคคลและอำนาจหน้าที่ในการบริหารประเทศไว้ โดยองค์การฝ่ายบริหารก็คือคณะรัฐมนตรีที่มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยหรือกระทรวงมหาดไทยเป็นส่วนหนึ่งหน่วยงานหนึ่งของฝ่ายบริหาร หากเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่ กระทรวงมหาดไทย จึงไม่อาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่รับวินิจฉัยคำร้องของผู้ร้อง

คำวินิจฉัยที่ 3/2541 คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 (ปัจจุบัน มาตรา 236) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งตามมาตรา 145 (3) (ปัจจุบัน มาตรา 236 (5)) คือ “สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง” ซึ่งตามมาตรา 144 วรรคสอง (ปัจจุบัน มาตรา 235 วรรคสอง) บัญญัติว่า “ประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ... และเป็นนายทะเบียนพรรคการเมือง” การที่ศาลแพ่งมีคำสั่งห้ามนายทะเบียนพรรคการเมือง

<sup>17</sup> หมายเหตุ ในที่นี้ จะนำเสนอคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในอดีตที่ยังพอจะเป็นแนวบรรทัดฐานได้อยู่บ้าง เกี่ยวกับความหมายขององค์การตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ อันอาจจะเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานขององค์กรนั้น ซึ่งหากมีปัญหาเช่นนี้ในปัจจุบัน และมีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเพียงองค์กรเดียว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่รับวินิจฉัย

จดทะเบียนเปลี่ยนแปลงการเป็นกรรมการบริหารของพรรคประชากรไทย ภายหลังจากที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มีผลใช้บังคับแล้ว จึงเป็นคำสั่งที่ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 145 (3) (ปัจจุบัน มาตรา 236 (5))

**คำวินิจฉัยที่ 58-62/2543** องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ที่จะเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้นั้น หมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับองค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และเทศบาลมีฐานะเป็นองค์กรปกครองท้องถิ่น รัฐธรรมนูญ มาตรา 283 (ปัจจุบัน มาตรา 281) บัญญัติให้ท้องถิ่นที่ปกครองตนเองได้ย่อมมีสิทธิได้รับจัดตั้งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติ เห็นได้ว่าองค์การบริหารส่วนตำบลจัดตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 องค์การบริหารส่วนจังหวัดจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 และเทศบาลจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 องค์กรดังกล่าวจึงจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ ไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัดและเทศบาลมิใช่ องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งมิได้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่หลักตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ได้

5.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ต้องปรากฏว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในองค์กรของตน มิฉะนั้นไม่มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ได้ (คำวินิจฉัยที่ 7/2541) นอกจากนี้ หากปรากฏว่าเป็นการขอให้อธิบายหรือหาหรือความหมายบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้มีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว หรือมีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว แต่ได้ใช้อำนาจไปแล้ว หรือเป็นเพียงการแสดงความเห็นต่าง ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยให้ยกคำร้องหรือไม่รับคำร้อง (ดูคำวินิจฉัยที่ 6/2542, 7/2542, 8/2542, 18/2546, 19/2546, 33/2546, 44/2547, 6/2549, คำสั่งที่ 40/2551, 23/2553)

**คำวินิจฉัยที่ 6/2542** คำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการหารือเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ โดยทั่ว ๆ ไปของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 144 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 235 วรรคหนึ่ง) มาตรา 145 วรรคหนึ่ง (2) และ (6) (ปัจจุบัน มาตรา 236 (4) และ (9)) โดยไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าได้มีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว จึงไม่เป็นกรณีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ได้

**คำวินิจฉัยที่ 7/2542** คำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความเห็นของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 68 วรรคสาม (ปัจจุบัน มาตรา 72 วรรคสาม) และมาตรา 105 (ปัจจุบัน มาตรา 99) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 10 มาตรา 80 และมาตรา 81 ว่าความเห็นของคณะกรรมการเลือกตั้งถูกต้องหรือไม่ จึงมิใช่กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จะเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) แต่เป็นการหาหรือขอความเห็นในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการเลือกตั้ง ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยให้ได้

**คำวินิจฉัยที่ 19/2546** ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คือ ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือไม่ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ตามคำขอในส่วนนี้ ก็จะเป็นการตีความถ้อยคำหรือวินิจฉัยความหมายของถ้อยคำในมาตรา 197 (1) (ปัจจุบัน มาตรา 244 (1)) โดยที่ผู้ร้องซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตามมาตรา 197 (1) (ปัจจุบัน มาตรา 244 (1)) ยังไม่ได้ใช้อำนาจของตนวินิจฉัยหรือตีความว่า “คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 197 (1) (ปัจจุบัน มาตรา 244 (1)) หรือไม่ เมื่อผู้ร้องยังไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามมาตรา 197 (1) (ปัจจุบัน มาตรา 244 (1)) ปัญหาในการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้ร้องจึงยังไม่เกิดขึ้นจริงและย่อมไม่อาจมีการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ร้อง อันจะนำไปสู่การเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยผู้ร้อง คำขอในส่วนนี้จึงไม่ใช่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ร้อง แม้ผู้ร้องจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและใช้สิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) แต่เมื่อยังไม่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ร้องเกิดขึ้นจริง เนื่องจากผู้ร้องยังไม่ได้ใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นการหาหรือ การเสนอคำร้องดังกล่าวไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 244 (1)) จึงไม่รับคำร้องในส่วนนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำวินิจฉัยที่ 33/2546** กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่ามีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือไม่ เพียงใด นั้น หมายความว่า จะต้องเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้น ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นแล้วจริง ๆ เท่านั้น

แต่ตามคำร้องเป็นกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. สงสัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการเปิดเผยบัญชีและเอกสารประกอบของกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ และกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มาตรา 18 วรรคสอง ประกอบกับกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ และกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามกฎหมายดังกล่าว ก็ยังไม่มีปัญหาจึงยังไม่เกิดขึ้นจริง จึงไม่เป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (ปัจจุบัน มาตรา 214) ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้ยกคำร้อง

**คำสั่งที่ 40/2551** การที่ที่ประชุมร่วมกันของประธานสภาผู้แทนราษฎรกับประธานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของสภาผู้แทนราษฎรทุกคณะมีมติว่า การใช้อำนาจของประธานสภาผู้แทนราษฎรในการวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับตามคำร้องเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินซึ่งต้องส่งให้นายกรัฐมนตรีรับรอง และความเห็นขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นแตกต่างกับการวินิจฉัยของประธานสภาผู้แทนราษฎร ถือเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภากับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 214 และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไปนั้น ที่ประชุมร่วมดังกล่าวไม่ได้พิจารณาว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดเป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการเงินซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมร่วมแต่อย่างใด กรณีจึงยังไม่มีการใช้อำนาจในการวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 143 วรรคสอง อันจะเป็นการใช้อำนาจในนามของรัฐสภาที่จะไปขัดแย้งกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นได้ กรณีจึงยังไม่ได้มีปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภากับองค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น คำร้องของประธานรัฐสภาจึงไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 214 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องของผู้ร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

**คำสั่งที่ 23/2553** ผู้ร้อง (คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน) มีความเห็นว่ากระบวนการในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ของวุฒิสภาไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเพียงความเห็นในฐานะผู้เสนอร่างกฎหมายให้รัฐสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบอันเป็นอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีเป็นเพียงความเห็นที่ต่างกันเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายเท่านั้น หาใช่ความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างสององค์กรไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิใช่เป็น



อำนาจหน้าที่ของผู้ร้อง หากแต่เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ คำร้องนี้จึงมิใช่กรณีปัญหา ความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ร้องแต่อย่างใด จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะเสนอเรื่องให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 214 จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา วินิจฉัย

5.2.3 คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่มีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิ การได้รับการช่วยเหลือจากรัฐสำหรับผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมีได้แจ้งเหตุ การไม่ไปใช้ สิทธิเลือกตั้ง หรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมีใช้เหตุอันสมควร การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 ให้อำนาจดังกล่าว แก่คณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ดูคำวินิจฉัยที่ 15/2541)

คำวินิจฉัยที่ 15/2541 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 68 วรรคสอง (ปัจจุบัน มาตรา 72 วรรคสอง) บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควร ที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ” แต่รัฐสภาตราพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 เพียงว่า “ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมีได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง... หรือแจ้งเหตุแล้ว แต่เหตุนั้นมีใช้เหตุอันสมควรให้ถือว่า ผู้นั้นเป็นบุคคลซึ่งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง โดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ .... ให้ผู้นั้นเสียสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐตามหลักเกณฑ์และวิธีการ ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด” โดยมีได้ระบุให้ชัดเจนว่าสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐนั้น คือ “สิทธิ” ในเรื่องใดบ้าง เพราะสิทธิการได้รับการช่วยเหลือจากรัฐนั้น หากเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ การจำกัดสิทธิดังกล่าวจะต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ บุคคลไว้ในกฎหมายนั้นด้วย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 กำหนดการเสียสิทธิไว้ไม่สมบูรณ์และไม่ชัดเจนและให้อำนาจ คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิด้วย จึงเท่ากับเป็นการให้อำนาจ คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กำหนดการเสียสิทธิและหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิดังกล่าวโดย ไม่ต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา จึงไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (ปัจจุบัน มาตรา 72 วรรคสอง) และมาตรา 334 (1) ดังนั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิก สภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

(ข้อสังเกต ผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 ได้มีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยมีการระบุสิทธิที่จะต้องเสียไปให้ชัดเจน ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมีได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมีใช้เหตุอันสมควร เช่น ผู้นั้นจะต้องเสียสิทธิในการยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ผู้นั้นจะต้องเสียสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ผู้นั้นจะต้องเสียสิทธิสมัครรับเลือกเป็นกำนัน หรือผู้ใหญ่บ้าน (มาตรา 26) แทนการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง)

5.2.4 “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” ตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 109 (11) (ปัจจุบัน มาตรา 102 (11)) ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ 1. ได้รับแต่งตั้งหรือเลือกตั้งตามกฎหมาย 2. มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการหรือหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายและปฏิบัติงานประจำ 3. อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐ และ 4. มีเงินเดือน ค่าจ้าง หรือค่าตอบแทนตามกฎหมาย (ดูคำวินิจฉัยที่ 5/2543)

คำวินิจฉัยที่ 5/2543 คำว่า “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” ในมาตรา 109 (11) (ปัจจุบัน มาตรา 102 (11)) เป็นการตีความบทบัญญัติจำกัดสิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลจึงต้องตีความอย่างแคบ การตีความถ้อยคำที่มีลักษณะเช่นนี้ควรถือว่าคำทั่วไปมีความหมายในแนวทางเดียวกันกับคำเฉพาะที่มาก่อน หมายความว่า ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายมีถ้อยคำเฉพาะตั้งแต่สองคำขึ้นไป และมีถ้อยคำที่เป็นคำทั่วไปตามหลังคำเฉพาะ คำทั่วไปนั้นต้องมีความหมายแคบกว่าความหมายธรรมดาของคำนั้น โดยจะต้องมีความหมายเฉพาะในเรื่องและประเภทเดียวกันกับคำเฉพาะที่มาก่อนหน้าคำทั่วไป คำว่า “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” เป็นคำทั่วไป จึงต้องตีความโดยให้มีความหมายคล้ายคลึงกันหรือในแนวเดียวกับคำว่า “พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่น” ดังนั้น คำว่า “เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ” ต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้ 1. ได้รับแต่งตั้งหรือเลือกตั้งตามกฎหมาย 2. มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการหรือหน้าที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายและปฏิบัติงานประจำ 3. อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐ และ 4. มีเงินเดือน ค่าจ้าง หรือ ค่าตอบแทนตามกฎหมาย

5.2.5 หน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 68 (ปัจจุบัน มาตรา 72) ไม่ใช่กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และมาตรา 23 (ดูคำวินิจฉัยที่ 6/2543)

**คำวินิจฉัยที่ 6/2543** ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศ มีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างไรในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่มีถึงพระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณนิติธาดาที่เห็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มีบัญญัติในมาตรา 11 ว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตามย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง” รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคติการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมืองและทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดกล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้ เมื่อพิเคราะห์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (ปัจจุบัน มาตรา 72) แล้วเห็นว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ จึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 (ปัจจุบัน มาตรา 72) ไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และมาตรา 23

**5.2.6 สมาชิกวุฒิสภาที่ได้รับการเลือกตั้งมีจำนวนไม่ครบสองร้อยคนไม่อาจดำเนินการให้มีการประชุมเพื่อปฏิบัติหน้าที่วุฒิสภามาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ได้ (ดูคำวินิจฉัยที่ 20/2543)**

**คำวินิจฉัยที่ 20/2543** องค์ประกอบของวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 121 วรรคหนึ่งและวรรคสอง (ปัจจุบัน มาตรา 111 วรรคหนึ่งและวรรคสอง) ต้องประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งสองร้อยคนจะน้อยกว่าไม่ได้ เมื่อองค์ประกอบครบแล้ว วุฒิสภาก็มีสถานะเป็นองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ได้ตามมาตรา 121 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 111 วรรคหนึ่ง) หากต่อมาตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ และยังมีได้มีการเลือกตั้งสมาชิกขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง จึงให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่ได้ ตามมาตรา 121 วรรคสอง (ปัจจุบัน มาตรา 111 วรรคสอง) ส่วนรัฐธรรมนูญ มาตรา 155 (ปัจจุบัน มาตรา 126) ที่บัญญัติว่า “การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวน

สมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงจะเป็นองค์ประชุม...” นั้น เป็นบทบัญญัติที่กำหนดจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่จะเป็นองค์ประชุม แต่การประชุมจะมีได้ต้องมีองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ได้ คือ วุฒิสภาที่ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งจำนวนสองร้อยคนก่อน จึงจะมีการประชุมซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาได้ การเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2543 มีผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาหนึ่งร้อยยี่สิบสองคน ไม่ครบองค์ประกอบเป็นวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 121 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 111 วรรคหนึ่ง) ซึ่งต้องประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งจำนวนสองร้อยคน จึงไม่อาจปฏิบัติหน้าที่เป็นวุฒิสภาได้ แม้จำนวนผู้ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ก็ไม่อาจดำเนินการประชุมได้ เพราะยังไม่ครบองค์ประกอบเป็นวุฒิสภา

(ข้อสังเกต ตามคำวินิจฉัยที่ 20/2543 เป็นเรื่ององค์ประกอบของการเป็นวุฒิสภา ไม่ครบถ้วน เนื่องด้วย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 121 วรรคหนึ่ง (ปัจจุบัน มาตรา 111 วรรคหนึ่ง<sup>18</sup>) กำหนดให้มีสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 200 คน แต่ปรากฏว่าเมื่อมีการเลือกตั้งเข้ามาเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2543 คงได้สมาชิกวุฒิสภาเพียง 122 คน ดังนั้น แม้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 155 (ปัจจุบัน มาตรา 126) จะกำหนดว่าในการประชุมสภาหากมีองค์ประชุมกึ่งหนึ่งของวุฒิสภาก็ประชุมได้ (กึ่งหนึ่งคือ 100 คน ซึ่งในขณะนั้นมี 122 คน) แต่เมื่อองค์ประกอบของการเป็นวุฒิสภายังไม่เกิดเนื่องด้วยจำนวนสมาชิกไม่ครบ 200 คน ย่อมต้องถือว่าไม่มีวุฒิสภาที่จะดำเนินการตามมาตรา 155 (ปัจจุบัน มาตรา 126) ได้ เห็นได้จากคำวินิจฉัยนี้จำนวนสมาชิกวุฒิสภาเป็นองค์ประกอบสำคัญของวุฒิสภา ซึ่งถือเป็นองค์กรหนึ่ง ในอันที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ต่อมาได้เกิดประเด็นปัญหาข้อกฎหมายจากจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ครบ 200 คน ในกรณีการออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ “รัฐสภา” ต้องประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ในเมื่อคำวินิจฉัยที่ 20/2543 เห็นว่าวุฒิสภายังมิได้เกิดขึ้นเนื่องด้วยองค์ประกอบของจำนวนสมาชิกวุฒิสภายังไม่ครบ เช่นนี้ คณะรัฐมนตรีจะตราพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 26/2543 เห็นว่าที่วินิจฉัยว่า “สมาชิกวุฒิสภาที่ได้รับการเลือกตั้งมีจำนวนยังไม่ครบสองร้อยคน ไม่อาจดำเนินการให้มีการประชุมเพื่อปฏิบัติหน้าที่วุฒิสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ได้” นั้น เป็นการวินิจฉัยตามประเด็นที่ประธานรัฐสภาเสนอคำร้องมาว่า สมาชิกวุฒิสภาที่ได้รับการเลือกตั้งจำนวนยังไม่ครบสองร้อยคนจะปฏิบัติหน้าที่วุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่เท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าไม่มีวุฒิสภา เพราะวุฒิสภาเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มี จึงเป็นองค์กรที่ต้องมีอยู่ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงเห็นว่า คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราและประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติได้ )

<sup>18</sup> ปัจจุบันองค์ประกอบของวุฒิสภา ประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 150 คน

5.2.7 คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. .... ของสภาผู้แทนราษฎรและกรรมการวิสามัญฯ ไม่มีอำนาจขอหรือเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการของร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. ...ได้ (ตุคาวินิจฉัยที่ 32/2543)

คำวินิจฉัยที่ 32/2543 มาตรา 180 วรรคห้าและวรรคหก (ปัจจุบัน มาตรา 168 วรรคห้าและวรรคหก) ของรัฐธรรมนูญ มีบทบัญญัติห้าม ส.ส. แปรญัตติเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการของร่าง พ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ เพื่อป้องกันมิให้ ส.ส. ใช้วิธีการดังกล่าวเป็นเครื่องมือในการแปรญัตติงบประมาณรายจ่ายจนมีผลให้ ส.ส. สว. หรือกรรมการวิสามัญฯ มีส่วนในการใช้งบประมาณรายจ่ายนั้น ประกอบกับหลักการจัดทำและการอนุมัติงบประมาณนั้น รัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) เป็นผู้ที่มีอำนาจจัดทำงบประมาณรายจ่าย เพราะเป็นผู้ดำเนินการจัดเก็บภาษีอากรและรายได้อื่น เพื่อนำมาใช้ในการบริหารประเทศ ส่วนฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) เป็นผู้ที่มีอำนาจอนุมัติงบประมาณรายจ่ายตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอ ไม่มีอำนาจเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการของร่าง พ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ จากหลักการดังกล่าว มีผลทำให้ส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจ ไม่อาจเสนอของบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมโดยตรงต่อคณะกรรมการวิสามัญฯ ได้ โดยต้องเสนอต่อ ครม. เพื่อให้ความเห็นชอบก่อนนำเสนอคณะกรรมการวิสามัญฯ พิจารณา ด้วยเหตุนี้เมื่อ ส.ส. ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาร่างพ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ ไม่มีอำนาจเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการของร่างพ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ ด้วยตนเอง คณะกรรมการวิสามัญฯ ในฐานะที่ได้รับแต่งตั้งจาก ส.ส. ให้ปฏิบัติหน้าที่พิจารณาร่าง พ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ ก่อนเสนอ ส.ส. พิจารณาย่อมไม่มีอำนาจขอหรือเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการของร่างพ.ร.บ. งบประมาณรายจ่ายฯ ได้ ส่วนคณะกรรมการวิสามัญฯ และกรรมการวิสามัญฯ ทั้งที่เป็นและมีได้เป็น ส.ส. ก็ไม่อาจเสนอหรือยกเลิกค่าของบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมของส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจที่คณะรัฐมนตรียังไม่ได้ให้ความเห็นชอบขึ้นพิจารณาได้

5.2.8 การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. ... ของคณะกรรมการร่วมกัน โดยวุฒิสภายังไม่ได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาเสร็จแล้ว ยังถือไม่ได้ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวถูกยับยั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) (ปัจจุบัน มาตรา 147 วรรคหนึ่ง (3)) และถือไม่ได้ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว (ตุคาวินิจฉัยที่ 3-4/2545)

คำวินิจฉัยที่ 3-4/2545 กระบวนการตราพระราชบัญญัติจะต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภาก่อน จึงจะถือว่าได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 (ปัจจุบัน มาตรา 90) และมาตรา 90 (ปัจจุบัน มาตรา 88) กรณีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. .... เป็นเรื่องที่วุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้ว และสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา จึงมีการตั้งคณะกรรมการร่วมกัน เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) (ปัจจุบัน มาตรา 147 วรรคหนึ่ง (3)) เมื่อคณะกรรมการร่วมกันพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเสร็จแล้ว จึงเสนอรายงานและร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วต่อสภาทั้งสอง ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) (ปัจจุบัน มาตรา 147 วรรคหนึ่ง (3)) บัญญัติให้ทั้งสองสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วเสียก่อน ถ้าสภาทั้งสองต่างเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้ว ให้ดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 (ปัจจุบัน มาตรา 150) ถ้าสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน ซึ่งหมายความว่า การที่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้ว อันเป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติถูกยับยั้งนั้น ทั้งสองสภาจะต้องได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาแล้วให้ครบถ้วนตามขั้นตอนการตราพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสียก่อน ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 (ปัจจุบัน มาตรา 90) และหากปรากฏผลว่า สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย จึงให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ ดังนั้น การที่สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาและลงมติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันเสนอ จึงยังถือไม่ได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. ... ถูกยับยั้ง จนกว่าวุฒิสภาจะได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วเสียก่อน ด้วยเหตุนี้ เมื่อร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยังไม่ถูกยับยั้ง สภาผู้แทนราษฎร จึงไม่สามารถยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นพิจารณาใหม่ในทันที และลงมติยืนยันให้ใช้ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 (ปัจจุบัน มาตรา 148) ได้ แม้ร่างพระราชบัญญัตินั้นจะเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินก็ตาม เพราะเป็นการตัดทอนอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 175 วรรคหนึ่ง (3) (ปัจจุบัน มาตรา 147 วรรคหนึ่ง (3)) ประกอบมาตรา 90 และมาตรา 92 (ปัจจุบัน มาตรา 88 และมาตรา 90) ดังนั้น กรณีจึงยังถือไม่ได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. ... ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 (ปัจจุบัน มาตรา 148)

5.2.9 เมื่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่แล้ว ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 301 วรรคหนึ่ง (3) (ปัจจุบัน มาตรา 250 วรรคหนึ่ง (3)) แล้ว องค์การที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ย่อมไม่อาจพิจารณาเปลี่ยนแปลงฐานความผิดทางวินัยตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติวินิจฉัยยุติแล้ว ให้เป็นประการอื่นได้อีก (ดูคำวินิจฉัยที่ 2/2546)

คำวินิจฉัยที่ 2/2546 การอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ และการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ฯ มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ ใช้คำว่า “อุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษ” ส่วนพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ฯ ใช้คำว่า “อุทธรณ์คำสั่งลงโทษ” การใช้สิทธิอุทธรณ์ของผู้ถูกกล่าวหา อันเนื่องมาจากการลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาตามฐานความผิดที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีมติ มิใช่ฐานความผิดจากการสอบสวนวินัยโดยผู้บังคับบัญชาของผู้ถูกกล่าวหาเอง และมีใช้กรณีที่ถูกกล่าวหาถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ฯ การอุทธรณ์จึงต้องอยู่ในขอบเขตที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ บัญญัติไว้ โดยมีสิทธิอุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น กล่าวคือ อุทธรณ์ได้เฉพาะระดับโทษตามฐานความผิดที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติ องค์การกลางในการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหา (ก.พ.) และองค์การที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ถูกกล่าวหาตามขั้นตอนต่อจากกระบวนการที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการสมบูรณ์เสร็จสิ้นแล้ว จึงมีอำนาจพิจารณาเฉพาะเรื่องดุลพินิจในการสั่งลงโทษของผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนตามฐานความผิดเดิมที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีมติเท่านั้น การที่องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำ หรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่า เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นการเฉพาะ โดยการวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงใหม่ แล้วเปลี่ยนฐานความผิดเพื่อกำหนดโทษใหม่ จึงไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

**ข้อสังเกต** คำวินิจฉัยตามที่กล่าวมา ล้วนเป็นคำวินิจฉัยที่เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266<sup>19</sup> ซึ่งให้อำนาจองค์กรนั้นเพียงองค์กรเดียวสามารถเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราช

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214<sup>20</sup> ได้มีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม โดยจะต้องเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป (ดูคำสั่งที่ 40/2551, 41/2551) ด้วยเหตุนี้ หากเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของตนเพียงองค์กรเดียว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่รับไว้พิจารณาวินิจฉัย

-----

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”



# ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและ เสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552\*

นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์\*\*

## 1. กล่าวนำ

ในระบบกฎหมายไทย “พระราชกำหนด” (Emergency Decree) เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของกฎหมายที่ฝ่ายบริหารสามารถตราขึ้นโดยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ซึ่งหากได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็จะส่งผลให้พระราชกำหนดมีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ โดยวัตถุประสงค์ของการมีพระราชกำหนดก็คือ การให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถ “ตรากฎหมาย” เพื่อแก้ไขปัญหาสำคัญและฉุกเฉินของประเทศที่หากจะใช้กลไกในการตรากฎหมายโดยรัฐสภาแล้วก็จะไม่ทันการและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศและประชาชนได้<sup>1</sup>

โดยภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. 2475 นั้น แนวความคิดในการให้อำนาจฝ่ายบริหารตรากฎหมายที่ค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 29 ความว่า “ถ้ามีการฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งคณะกรรมการราษฎรจะเรียกประชุมสภาราษฎรให้ทันท่วงทีมิได้ และคณะกรรมการราษฎรเห็นสมควรจะต้องออกกฎหมาย เพื่อให้เหมาะแก่การฉุกเฉินนั้น ๆ ก็ทำได้แต่จะต้องรีบนำกฎหมายนั้นขึ้นให้สภารับรอง” รวมถึงในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ของไทยเกือบทุกฉบับ จนกระทั่งในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ใน 2 มาตรา คือ

มาตรา 184 “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

\* บทความนี้เป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนมิได้เกี่ยวข้องกับองค์กรแต่อย่างใด

\*\* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ๖ ว กลุ่มประสานงานศาลรัฐธรรมนูญระหว่างประเทศและวิเทศสัมพันธ์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>1</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2549, หน้า iii

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้”

มาตรา 186 “ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้”

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาและให้นำบทบัญญัติมาตรา 184 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวก็อาจจำแนกพระราชกำหนดออกเป็น 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไป ตามมาตรา 184 และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ตามมาตรา 186 สำหรับในบทความนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาและวิเคราะห์ “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552” ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลในการกู้เงินจำนวน 400,000 ล้านบาท โดยมีประเด็นที่ควรพิจารณาดังนี้

1. เจื่อนไขในการตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามเจื่อนไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสองหรือไม่ ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวมีเจื่อนไขที่จะต้องนำมาพิจารณาพร้อมกัน คือ

เจื่อนไขที่ 1 : ต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

เจื่อนไขที่ 2 : ต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

2. พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 มาตรา 4 ที่บัญญัติให้การใช้จ่ายเงินกู้ไม่ต้องนำส่งคลังโดยให้นำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ในการการกู้ได้เลย ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้อีกเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ เช่น พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พ.ร.บ. การบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และมาตรา 21 เรื่องเพดานการกู้เงิน หรือไม่

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในประเด็นปัญหาข้างต้นอย่างเป็นองค์รวม จึงควรที่จะศึกษาถึงแนวทางการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร (Executive Power) ในการตราพระราชกำหนด และวิเคราะห์ถึงหลักการดังกล่าวจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 กรณีการตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่

## 2. วิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทย

“พระราชกำหนด” (Emergency Decree)<sup>2</sup> เป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายที่ฝ่ายบริหาร คือ พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีตราขึ้นโดยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ โดยผู้เสนอร่างพระราชกำหนด ได้แก่ รัฐมนตรีผู้จะรักษาการตามพระราชกำหนดนั้น ส่วนผู้มีอำนาจพิจารณาพระราชกำหนด ได้แก่ คณะรัฐมนตรี และผู้มีอำนาจตราพระราชกำหนด ได้แก่ พระมหากษัตริย์ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้

สำหรับวิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทย นั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลและเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับตั้งแต่ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2475 จนถึงฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยกเว้นรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลในการตราพระราชกำหนดไว้เนื่องจากรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีขึ้นในช่วงการปฏิวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 โดยบทบัญญัติที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับนั้นไม่มีความแตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับจะมีหลักเกณฑ์สำคัญที่กำหนดไว้ว่า ฝ่ายบริหารเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด และในการที่ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้นั้น จะต้องปรากฏเงื่อนไขประการสำคัญว่า ฝ่ายบริหารจำต้องตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน แต่สำหรับเงื่อนไขอื่นๆ นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในเรื่องความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งพอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ความจำเป็นของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดได้ 3 ประการ คือ<sup>3</sup>

<sup>2</sup> มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540), กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547, หน้า 313 - 316.

<sup>3</sup> ปัญญา อุดชาชน, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร, 2550, หน้า 22 - 23.

**ประการแรก :** ที่มาทางประวัติศาสตร์ของอำนาจออกกฎหมาย โดยประมุขของรัฐในระบบกฎหมายหลายระบบเป็นเหตุจำเป็นที่ต้องยอมรับอำนาจนี้ต่อไป เช่น อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาของพระมหากษัตริย์ในระบบกฎหมายไทยนั้น มีมาช้านานก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ดังนั้น เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงยอมรับพระราชอำนาจนี้ต่อไป แต่เพิ่มกลไกในการรับสนองพระบรมราชโองการเข้ามา ซึ่งทำให้รัฐบาลต้องเป็นผู้กราบบังคมทูลพระกรุณาเสนอร่างพระราชกฤษฎีกา และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

**ประการที่สอง :** ความจำเป็นทางเทคนิคและข้อจำกัดของฝ่ายรัฐสภา เนื่องจากเรื่องหลายเรื่องในปัจจุบันเป็นเรื่องทางเทคนิคมากขึ้นยังพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับเวลาของรัฐสภามีจำกัด ดังนั้น ในรายละเอียดทางเทคนิคเหล่านี้ รัฐสภามักตรากฎหมายแล้วระบุให้ไปขยายความต่อโดยกฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายบริหาร เช่น ไปตราพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือประกาศกระทรวง

**ประการที่สาม :** ความจำเป็นของสถานการณ์ บางสถานการณ์เองก็มีส่วนสำคัญที่ทำให้มีความจำเป็นต้องยอมรับการใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์โดยฝ่ายบริหาร เช่น ในกรณีจำเป็นรีบด่วนหรือในเหตุฉุกเฉิน รัฐธรรมนูญไทยยอมรับให้มีการตราพระราชกำหนดได้ หรือในกรณีที่จำเป็นต้องมีกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรหรือเงินตราเป็นการด่วนและลับ ก็ให้อำนาจฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดได้

และจากวิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทย โดยศึกษาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ก็สามารถสรุปหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดที่มีการเปลี่ยนแปลงสำคัญ ๆ ดังนี้<sup>4</sup>

1. การตราพระราชกำหนดตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เริ่มปรากฏหลักการในการตราพระราชกำหนด แต่ไม่ได้มีชื่อเรียกว่าพระราชกำหนดแต่อย่างใด
2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เริ่มมีการกำหนดให้นำพระราชกำหนดกลับมาเสนอต่อสภาเพื่ออนุมัติ และได้บัญญัติถึงผลของการอนุมัติและไม่อนุมัติพระราชกำหนดเอาไว้
3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 บัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรและเงินตรา โดยบัญญัติแยกออกมาเป็นหนึ่งมาตรา และเพิ่มหลัก

<sup>4</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ่างแล้ว, หน้า. 14 - 43, ปัญญา อุดชาชน, “การตราพระราชกำหนด”, รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6 เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2550), หน้า 548 และ วรัญญา ทศนิศรีวงศ์, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 98 - 130.

เกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดขณะสภาอุทกยุบเพิ่มขึ้นมาอีกกรณีหนึ่ง รวมทั้งมีการมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดได้ในระหว่างใช้ทเฉพาะกาล

4. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเป็นแบบฉบับของรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิวัติโดยนำบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดทั่วไปและพระราชกำหนดเกี่ยวกับการภาชีอากรหรือเงินตรามารวมไว้ในมาตราเดียวกัน

5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้ตัดหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดกรณีไม่สามารถเรียกประชุมสภาได้ทันที รวมทั้งกรณีระหว่างสภาอุทกยุบออกไป และได้มีการเพิ่มเงื่อนไข “เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ” เข้าไปอีกประการหนึ่ง

6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แยกเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ออกมาอีกรรคหนึ่ง ส่งผลต่อการตรวจสอบว่า พระราชกำหนดได้ตราขึ้นสอดคล้องกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหรือไม่ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนหลักการในการร่างและการตรวจสอบ โดยกำหนดให้มีการตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดได้เฉพาะกรณีที่มีปัญหาว่าเป็นกรณีที่เขาเงื่อนไขในการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนดหรือไม่ แต่จะไปตรวจสอบกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนไม่ได้

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้อำนาจในการตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดได้ทั้ง 2 เงื่อนไข กล่าวคือ

7.1 กรณีที่เขาเงื่อนไขในการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนด ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง และ

7.2 กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน ตามมาตรา 184 วรรคสอง

### 3. เงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด

หลักเกณฑ์การให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับเป็นการมอบอำนาจให้อย่างมีเงื่อนไข ซึ่งเงื่อนไขถือเป็นข้อจำกัดอำนาจที่ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ โดยเงื่อนไขของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปบ้างเล็กน้อยแล้วแต่สภาพปัญหาของแต่ละยุคสมัย แต่หลักการโดยรวมแล้วเหมือนกัน กล่าวคือ หากเหตุการณ์ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มิได้เกิดขึ้น ฝ่ายบริหารย่อมไม่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด และหากพระราชกำหนดนั้นตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตาม

ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ พระราชกำหนดนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และทำให้ไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้ 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไป และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา

### 3.1 พระราชกำหนดทั่วไป

พระราชกำหนดทั่วไปมีลักษณะตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติต้องประกอบที่สำคัญของพระราชกำหนดทั่วไปที่ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ การตราพระราชกำหนดต้องมีเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (1) การรักษาความปลอดภัยของประเทศ
- (2) การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ
- (3) การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ
- (4) การป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะนั้น หมายความว่า ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้ก็ต่อเมื่อต้องมีเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน คือ จะต้องมีการฉุกเฉิน (emergency) เกิดขึ้นก่อน และกรณีฉุกเฉินนั้นเป็นเหตุให้เกิดความจำเป็นรีบด่วนขึ้น (คือ ความจำเป็นต้องทำในเวลาอันรวดเร็ว) ซึ่งจะทำให้ต้องตราพระราชกำหนด ถ้ามีเหตุฉุกเฉินแต่ความจำเป็นรีบด่วนที่ทำให้ต้องตราพระราชกำหนดไม่มี ก็จะไม่ตราพระราชกำหนดไม่ได้ เช่น กฎหมายที่มีอยู่สามารถนำมาใช้ในการรักษาความปลอดภัยสาธารณะได้ กรณีดังกล่าวก็ไม่สามารถตราพระราชกำหนดได้

คำว่า “เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ” หมายความว่า ประเทศตกอยู่ในภาวะสงคราม เช่น ถูกรุกรานจากอริราชศัตรู หรือเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นภายในประเทศ เช่น ราษฎรต่างเชื้อชาติหรือต่างศาสนาทำการรบพุ่งกัน และพระราชกำหนดฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะทำการขบไล่่อริราชศัตรู หรือระงับสงครามกลางเมือง<sup>5</sup>

<sup>5</sup> อมร จันทสมบุรณ์ และคณะ, นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนดการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2546, ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546, หน้า 176.

คำว่า “**เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ**” หมายความว่า ได้มีภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยขึ้น เช่น เกิดการกบฏ หรือการจลาจล และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะปราบปรามคณะผู้ก่อการกบฏ หรือการจลาจล

คำว่า “**เพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ**” หมายความว่า มีภัยอันตรายคุกคามประเทศในทางเศรษฐกิจ เช่น ฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ มีคนว่างงานมาก และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายในอันที่จะพยุงฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือขจัดปัญหาว่างงานของประชาชน

คำว่า “**เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ**” หมายความว่า ได้มีภัยพิบัติสาธารณะเกิดขึ้นแล้ว หรือใกล้จะเกิดขึ้น เช่น มีน้ำท่วม แผ่นดินไหว โรคระบาด อัคคีภัยร้ายใหญ่ๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นภัยต่อประชาชน และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะขจัดภัยพิบัตินั้นให้หมดสิ้นไป

ถ้าฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดฉบับใดขึ้นใช้บังคับโดยที่มิได้มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้น คือ เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะแล้ว พระราชกำหนดฉบับนั้นก็ไม่เป็นไปตาม มาตรา 184 วรรคหนึ่ง

### 3.2 พระราชกำหนดเกี่ยวข้องกับภาษีอากรหรือเงินตรา

พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา มีลักษณะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 186 ซึ่งการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรามีองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

- (1) ในระหว่างสมัยประชุม
- (2) มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา
- (3) จะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน

จะเห็นว่า การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนด คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการในระหว่างสมัยประชุมเท่านั้น คือ สมัยประชุมสามัญทั่วไป หรือสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ และมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่พิจารณาว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งอาจกระทบกับรายได้หรือรายรับของแผ่นดิน รวมทั้ง เป็นกฎหมายที่ต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ

เพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดินด้วย การตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ต้องถูกควบคุมโดยรัฐสภาเช่นเดียวกับการตราพระราชกำหนดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 หมายความว่า หลังจากที่คณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกำหนดและได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ คือ

1. ต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวัน นับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

2. ให้นำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 มาใช้โดยอนุโลม หมายความว่า ให้นำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสาม ว่าด้วยการเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติ มาตรา 184 วรรคสี่ ว่าด้วยหลักการที่พระราชกำหนดที่มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไป มาตรา 184 วรรคห้า ว่าด้วยพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป มาตรา 184 วรรคหก ว่าด้วยการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา และมาตรา 184 วรรคท้าย ว่าด้วยการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ มาใช้บังคับแก่กรณีพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราเท่าที่ไม่ขัดต่อพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราด้วย

#### 4. ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

เหตุที่ต้องมีการควบคุมการตราพระราชกำหนด ก็เพื่อป้องกันไม่ให้พระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นมานั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ การควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนด และการควบคุมบทบัญญัติของพระราชกำหนด

##### 4.1 การควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดไว้ในมาตรา 184 และ มาตรา 186 โดยได้บัญญัติสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดไว้ในลักษณะข้อความที่ไม่เฉพาะเจาะจง ดังนั้น ในการตราพระราชกำหนดดังกล่าว ฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาปัจจัยและเหตุการณ์ทางภาวะวิสัยในขณะนั้นปรับเข้ากับหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ตัวอย่างเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดนั้น เช่น ความปลอดภัยสาธารณะ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติ เป็นต้น

โดยองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดนี้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้



ในมาตรา 185<sup>6</sup>

#### 4.2 การควบคุมบทบัญญัติของพระราชกำหนด

ถือเป็นการควบคุมพระราชกำหนดในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ จะพิจารณาว่าเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าวนั้น ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร โดยการควบคุมในลักษณะนี้จะแบ่งแนวทางเป็น 2 แนวทางหลักๆ ด้วยกัน คือ การยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และการยื่นคำร้องโดยศาลหรือคู่ความ

1) การยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 245<sup>7</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากำหนดให้มีการเสนอเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงส่งผลให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีหน้าที่ที่สัมพันธ์กับศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของ การเสนอเรื่องเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ

2) การยื่นคำร้องโดยศาลหรือคู่ความ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนของการวินิจฉัยประเด็นปัญหาว่าบทกฎหมายที่ศาลจะใช้ ในคดีนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย

<sup>6</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 185 การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

เมื่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตาม มาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้ถือว่าพระราชกำหนดนั้นไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด

<sup>7</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง เมื่อเห็นว่ามีการผิดดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...

สูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม แม้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องการปกครองไทย ตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในพุทธศักราช 2475 จวบจนปัจจุบัน ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแบบหลายลักษณะอักษร และลักษณะพิเศษที่แทรกอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับหลายลักษณะอักษร คือ การเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ประกอบกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ใน มาตรา 211<sup>8</sup>

### 4.3 การตรวจสอบความชอบพระราชกำหนดโดยรัฐสภา

ภารกิจในการตรากฎหมายย่อมเป็นขององค์กรนิติบัญญัติตามหลักการแยกอำนาจ แต่หากมีกรณีจำเป็น รัฐธรรมนูญก็อาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดออกใช้บังคับได้ ซึ่งเมื่อได้ตราบังคับใช้แล้ว ตามหลักประชาธิปไตย มีหลักย่อยหลักหนึ่งที่ว่าหลักการปกครองโดยผู้แทนได้เรียกร้องให้บรรดาบทบัญญัติที่ตราใช้บังคับกับประชาชนจะต้องผ่านการพิจารณาของผู้แทนอันมีที่มาจากความเห็นชอบของประชาชน ดังนั้นคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) จะต้องนำพระราชกำหนดดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุมัติของรัฐสภาเพื่อทำให้พระราชกำหนดนั้นผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน เพื่อเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย โดยการนำพระราชกำหนดเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา รวมทั้งผลของการพิจารณาไม่ว่าจะอนุมัติหรือไม่นั้น ได้กำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสาม เป็นต้นไป<sup>9</sup>

<sup>8</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 211 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ...

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 184 วรรคสาม ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ หรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือ ยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่มีการ

## 5. พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

การก่อกำหนดนี้สาธารณณะจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการก่อกำหนดนี้ของประเทศ โดยรวมถึงการกู้เงิน ขำระหนี้ และปรับโครงสร้างหนี้ โดยกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการต่างๆ ในการก่อกำหนดนี้ ที่สำคัญคือ ได้มีการกำหนดเพดานการกู้เงินของประเทศในแต่ละเรื่องเอาไว้ เพื่อป้องกันการสร้างหนี้ของประเทศโดยไม่ระมัดระวัง วางระบบการตรวจสอบความโปร่งใสตรวจสอบได้ วางระบบของบริหารหนี้ให้เกิดความคุ้มค่า โดยกระบวนการกู้เงินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะฯ นั้น กฎหมายกำหนดให้กระทรวงการคลังโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีดำเนินการกู้เงินตามวัตถุประสงค์ 5 ประการ ได้แก่ 1) กู้เงินเพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้ 2) กู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม 3) กู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ 4) กู้เงินเพื่อให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ และ 5) กู้เงินเพื่อพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

5.1 การแก้ไขปัญหาสถานะเศรษฐกิจตกต่ำรัฐบาลได้มีการตรา “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552” ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการก่อกำหนดนี้สาธารณณะฉบับแรก หลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 โดยเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าวโดยสรุป มีดังนี้

1. ให้กระทรวงการคลังโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินในนามรัฐบาลเพื่อนำไปใช้ดำเนินการมาตรการฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ในวงเงินไม่เกิน 400,000 ล้านบาท โดยให้กู้เป็นเงินบาทและกู้เงินได้ภายในวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553 และให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการด้วย (มาตรา 3)<sup>10</sup>

ไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภาในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้นๆ

<sup>10</sup> มาตรา 3 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาทในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินการมาตรการเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการ

2. เงินที่ได้จากการกู้ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สทบเป็นเงินคงคลังโดยกระทรวงการคลังอาจนำเงินกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้ (มาตรา 4)<sup>11</sup>

3. กระทรวงการคลังต้องรายงานการกู้เงินให้รัฐสภาทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ (มาตรา 7)<sup>12</sup>

4. เมื่อหนี้เงินกู้ถึงกำหนดชำระ กระทรวงการคลังมีอำนาจกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ได้ และต้องไม่เกินจำนวนเงินกู้ที่ยังค้างชำระ ทั้งนี้ กระทรวงการคลังอาจทยอยกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะเป็นการล่วงหน้าได้ แต่ไม่เกินสิบสองเดือนก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หากหนี้ที่จะปรับโครงสร้างหนี้มีจำนวนมากและไม่อาจกู้เงินภายในคราวเดียวกันได้ (มาตรา 8)<sup>13</sup>

5. นอกจากกรณีที่ได้กำหนดไว้แล้วในพระราชกำหนดให้นำกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 12)<sup>14</sup>

และเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างครอบคลุมในประเด็นเกี่ยวกับการก่อหนี้สาธารณะในระบบกฎหมายไทย จึงสรุปหลักการก่อหนี้สาธารณะตามระบบกฎหมายไทย ดังนี้

---

การกู้เงินตามวรรคหนึ่ง ให้มีมูลค่ารวมกันไม่เกินสี่แสนล้านบาท และให้กระทำได้ภายในกำหนดเวลาไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553

<sup>11</sup> มาตรา 4 เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา 3ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สทบเป็นเงินคงคลัง

กระทรวงการคลังอาจนำเงินที่ได้จากการกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้

<sup>12</sup> มาตรา 7 ภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ ให้กระทรวงการคลังรายงานการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้ที่กระทำในปีงบประมาณที่ล่วงมาแล้วให้รัฐสภาทราบ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ

<sup>13</sup> มาตรา 8 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามมาตรา 3 โดยดำเนินการกู้เงินรายใหม่เพื่อชำระหนี้เดิม แปลงหนี้ ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระ ขยายหรือย่นระยะเวลาการชำระหนี้ ต่ออายุ ซื้อมิน หรือไถ่ถอนตราสารหนี้ของรัฐบาล หรือทำธุรกรรมทางการเงินอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้

<sup>14</sup> มาตรา 12 นอกจากกรณีที่ได้บัญญัติไว้แล้วในพระราชกำหนดนี้ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หลักการ	การปฏิบัติ	ข้อยกเว้น
1. การก่องหนี้สาธารณะต้องดำเนินการในระบบงบประมาณ	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณฯ	การก่องหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
2. การก่องหนี้สาธารณะโดยฝ่ายบริหารต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติ	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณฯ	การก่องหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
3. การก่องหนี้สาธารณะต้องยึดหลักวินัยทางการเงินการคลังโดยเคร่งครัด	ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย	การก่องหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
4. การก่องหนี้สาธารณะต้องกระทำในวงเงินที่จำกัด	ไม่เกินร้อยละ 20 ของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีและงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่ล่วงแล้วมาแล้วแต่กรณี กับอีกร้อยละ 80 ของงบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้สำหรับชำระคืนต้นในการกู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ให้กระทรวงการคลังกู้เป็นเงินตราต่างประเทศได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของงบประมาณรายจ่ายประจำปี	การก่องหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด ซึ่งล่าสุด พ.ร.ก.ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 กำหนดวงเงินกู้สูงสุดถึง 800,000 ล้านบาท ซึ่งเกินเพดานที่กฎหมายกำหนด และยังเปิดช่องให้กู้เพื่อการ Refinance ได้
5. เงินกู้ที่ได้มาจากการก่องหนี้สาธารณะต้องนำส่งคลัง	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. เงินคงคลัง ฯ	การก่องหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด ใช้ข้อยกเว้นเป็นหลัก ใช้หลักเป็นข้อยกเว้น คือไม่ต้องนำส่งคลังเงิน แต่ ครม.จะให้นำส่งคลัง

## 5.2 สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 11/2552 กรณีพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 11/2552 เรื่อง พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า พระราช

กำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปว่า สถานการณ์เศรษฐกิจโลกที่เกิดปัญหาขึ้นส่งผลให้ประเทศไทยได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ดังกล่าว นอกจากผลกระทบที่เกิดจากปัจจัยภายนอกแล้ว ปัญหาการเมืองภายในประเทศก็มีความสำคัญที่ทำให้เศรษฐกิจของไทยเกิดภาวะชะงักงัน สรุปลักษณะของปัญหาโดยมีที่มาจากปัจจัยภายนอก ได้แก่ สภาพเศรษฐกิจโลกที่ชะงักงันและชะงักงัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบเศรษฐกิจ ตลาดเงิน ตลาดทุน และการล้มละลายของสถาบันการเงินในหลายประเทศที่มีอิทธิพลโดยตรงต่อเศรษฐกิจโลก ปัจจัยภายในได้แก่ สถานการณ์การเมืองที่ขาดเสถียรภาพซึ่งส่งผลให้ความเชื่อมั่นของนักลงทุนลดลง และเกิดความลังเลในการตัดสินใจที่จะมาลงทุน ทำให้ระบบเศรษฐกิจขาดสภาพคล่องทางการเงิน ปัจจัยข้างต้นส่งผลกระทบต่อฐานะการคลังของประเทศ กล่าวคือ รายได้ที่จัดเก็บได้จริงน้อยกว่าประมาณการที่ตั้งเป้าหมายไว้ ทำให้เกิดปัญหาต่อเนื่องถึงความสามารถในการใช้จ่ายและจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ การตราพระราชกำหนดให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกู้เงินจำนวน 400,000 ล้านบาท เป็นตัวเลขที่มากเกินไป ในการตราพระราชบัญญัตินี้ รัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 7 ได้กำหนดกระบวนการตราไว้ตั้งแต่มาตรา 142 ถึงมาตรา 153 ซึ่งทำให้กรอบเวลาในการพิจารณาและอนุมัติร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภาเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะสามารถดำเนินการตราพระราชกำหนดให้เสร็จสิ้นได้แน่นอนเมื่อใด ดังนั้น หากจะใช้กระบวนการเสนอกฎหมายในรูปแบบพระราชบัญญัติสำหรับการแก้ไขปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจที่จะต้องดำเนินการโดยด่วนแล้วอาจทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทัน่วงที ทำให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติโดยรวมได้

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ประกอบเหตุผลในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว ย่อมเห็นได้ว่า การที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ขึ้นมาก็เพื่อแก้ไขวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศมิให้ตกต่ำไปกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ทั้งเพื่อให้ภาครัฐในฐานะที่เป็นแรงขับเคลื่อนเศรษฐกิจที่จะช่วยสร้างกำลังซื้ออย่างเร่งด่วนในระบบในช่วงที่กำลังซื้อจากต่างประเทศและในประเทศหดตัวลง

จากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกที่จำเป็นต้องรีบดำเนินการแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจโดยเร่งด่วน เพื่อป้องกันปัญหาที่ปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจจะลุกลามไปในทุกภาคส่วน อันเป็นการทำหน้าที่ พื้นฐานทางเศรษฐกิจของรัฐในการสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงเป็นการกระทำที่มี วัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง แล้ว

ประเด็นที่สอง พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและ เสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ตราขึ้นเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจ จะหลีกเลี่ยงได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่

กรณีใดจะถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ต้องเป็นกรณีที่เร่งด่วนที่จะต้องรีบป้องกันแก้ไขโดยพลัน หรือเป็น ที่คาดหมายได้ว่าหากไม่เร่งรีบดำเนินการป้องกันและวางแนวทางแก้ไขไว้ก่อน ย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงยากต่อการแก้ไขเยียวยาในภายหลัง ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาว่าสถานการณ์ใดเป็น กรณีฉุกเฉิน หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นแต่ละกรณีไป

เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศที่กำลังประสบอยู่ใน ปัจจุบัน ทุกเหตุปัจจัยส่งผลกระทบต่อให้เกิดภัยวิกฤติเศรษฐกิจของประเทศจนรัฐบาลต้องเร่งดำเนิน มาตรการเพื่อแก้ไขวิกฤติ แต่สภาวะเศรษฐกิจโลกและสภาวะเศรษฐกิจของประเทศยังคงชะลอตัวอย่าง ต่อเนื่องแล้ว จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีความฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เกิดขึ้น แล้ว คณะรัฐมนตรีได้จัดลำดับความสำคัญเร่งด่วนเพื่อยับยั้งและบรรเทาความเสียหายที่เกิดปัญหาขึ้น จากวิกฤติเศรษฐกิจตกต่ำ และเพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจไว้มิให้เกิดความเสียหายที่มากกว่าที่ เป็นอยู่ในขณะนี้ อันเป็นการแก้ไขปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศตามความจำเป็นรีบ ด่วนที่ลดหลั่นเป็นลำดับ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงเหตุที่เป็นกรณีความฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน มิอาจหลีกเลี่ยงได้ดังกล่าวข้างต้น ประกอบสาระสำคัญของกรอบการดำเนินการตามพระราชกำหนด ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 แล้ว จึงไม่มีมูลกรณีให้เห็นว่า คณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกำหนดขึ้นมาโดยไม่สุจริตหรือใช้ดุลพินิจบิดเบือน หลักการของรัฐธรรมนูญ จึงเห็นว่า การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟู และเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน มิอาจ หลีกเลี่ยงได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง แล้ว

## 6. ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

6.1 การตราพระราชกำหนดฯ เป็นไปตามเงื่อนไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน คือ

6.1.1 การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ ซึ่งการตรวจสอบควบคุมพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นก่อนที่รัฐสภาจะได้ให้ความเห็นชอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 185 ที่กำหนดกระบวนการตรวจสอบรัฐธรรมนูญที่ยังไม่ได้ให้ความเห็นชอบไว้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนด และการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนด ดังนี้

1) การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจาก “แบบพิธีในการตรากฎหมาย” (extrinsic constitutionality) ว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วน ตามเงื่อนไขและขั้นตอนต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่<sup>15</sup> โดยมีองค์การที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบของพระราชกำหนดว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือพระราชกำหนดทั่วไปเท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบความชอบของพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราก่อนที่จะมีการให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา ตามมาตรา 186

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552” เป็นพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 หรือ มาตรา 186 โดยผู้เขียนเห็นว่าพระราชกำหนดดังกล่าว มีใช้กรณีพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราตามมาตรา 186 แต่อย่างใด โดยจะเห็นได้จากมาตรา 143 วรรคแรก (ว่าด้วยร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน) ที่แยกกฎหมายเกี่ยวกับหนี้สาธารณะ คือ กฎหมายว่าด้วยการกู้เงิน การค้ำประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ ตามมาตรา 143<sup>16</sup>

<sup>15</sup> อ่างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 67-72.

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 143 ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน หมายความว่า ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) การตั้งขึ้น ยกเลิก ลด เปลี่ยนแปลง แก้ไข ผ่อน หรือวางระเบียบการบังคับอันเกี่ยวกับภาษีอากร

(2) การจัดสรร รับ รักษา หรือจ่ายเงินแผ่นดิน หรือการโอนงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน



วรรคแรก (3) ออกจากกฎหมายเกี่ยวกับภาษีหรืออากร และกฎหมายว่าด้วยเงินตรา ที่อยู่ในมาตรา 143 วรรคแรก (1) และ (4) ตามลำดับอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า พระราชกำหนดฯ ดังกล่าว เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวกับการเงินแต่เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวกับหนี้สาธารณะ ซึ่งมีใช้พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือพระราชกำหนดเกี่ยวกับเงินตรา

สำหรับการตรวจสอบในเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่ โดยจะตรวจสอบในขอบเขตเงื่อนไขดังต่อไปนี้<sup>17</sup>

1.1) องค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือไม่

ประเด็นเรื่ององค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดถือว่าเป็นเงื่อนไขแรกที่ต้องตรวจสอบ เพราะมาตรา 184 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีในตราพระราชกำหนด ดังนั้น หากนายกรัฐมนตรีโดยลำพังหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอาศัยอำนาจของความเป็นรัฐมนตรีตราพระราชกำหนด กรณีย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นพระราชกำหนดที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรหรือบุคคลที่ตราพระราชกำหนดนั้นมิได้เป็นองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กรณีจะเห็นได้ว่าองค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดจึงเป็นสาระสำคัญเบื้องต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นได้ว่าองค์กรที่ตราพระราชกำหนดฉบับนี้ คือ คณะรัฐมนตรี ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ขององค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด

1.2) การตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามหลักการการดำเนินการขององค์กรกลุ่ม หรือไม่

โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีที่เป็น “องค์กรกลุ่ม” เป็นผู้ถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนด ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจึงต้องปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานขององค์กรกลุ่ม กล่าวคือ จะต้องมีการนัดประชุมปรึกษาหารือกัน ร่วมประชุมครบองค์ประชุม มติที่ประชุมจะต้องถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด และผู้มีส่วนได้เสียในมตินั้นๆ จะต้องไม่เข้าร่วมลงมติดังนั้น ดังนั้น ในการเสนอพระราชกำหนดต่อพระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้บังคับนั้น จะต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีพิจารณาว่าพระราชกำหนดที่ออกไปนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 184 วรรคแรก และวรรคสองหรือไม่ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดดังกล่าวฯ เป็นผลมาจากการประชุมของคณะรัฐมนตรี

(3) การกู้เงิน การค้าประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ

(4) เงินตรา

ฯลฯ

<sup>17</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์ และคณะ, อ้างแล้ว, หน้า 110 - 111, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว, หน้า 70.

จึงเข้าหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามหลักการการดำเนินการขององค์กรกลุ่ม

## 2) การตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเนื้อหาหรือสาระ (Context) เป็นการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจาก “เนื้อหาของกฎหมาย” (Intrinsic Constitutionality) ว่าบทบัญญัตินั้นมีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับหลักการต่างๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหลักการในการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายนี้ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>18</sup> คือ

**ประเภทแรก** เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของกฎหมายก่อนที่จะมีการประกาศใช้ (pre – publication control) หรือเป็นการควบคุมร่างกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติว่าเนื้อหาสาระของร่างกฎหมายดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การตราพระราชกำหนดเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ดังนั้นฝ่ายบริหารจะมืองค์กรเพื่อทำหน้าที่ให้คำแนะนำปรึกษากฎหมาย ในประเทศไทยคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการให้คำแนะนำกับฝ่ายบริหาร ซึ่งมีลักษณะเป็นการควบคุมก่อนการตราพระราชกำหนด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกลั่นกรองให้รอบคอบ ถูกต้องมากยิ่งขึ้น แต่มีข้อจำกัดอยู่ตรงที่ว่าฝ่ายบริหารจะเชื่อกำหนดคำแนะนำของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือไม่ก็ได้ ไม่มีผลบังคับผูกพัน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากกระบวนการตราพระราชกำหนดและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบเนื้อหาแล้ว จะเห็นได้ว่ากรณีของพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารนั้น ไม่อาจที่จะควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดก่อนที่จะมีผลบังคับใช้ได้เลย เพราะเมื่อฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดขึ้นมา ก็จะมีผลบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติทันทีโดยที่ยังไม่จำเป็นต้องผ่านการตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรใดๆ ก่อน<sup>19</sup> ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของพระราชกำหนดก่อนที่จะมีการประกาศใช้ (pre - publication control) จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา

<sup>18</sup> พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ, จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 5 ฉบับที่ 6 (เล่มที่ 10) ประจำเดือนกรกฎาคม – สิงหาคม, 2546, หน้า 13 – 14.

<sup>19</sup> อ่างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 78.

**ประเภทที่สอง** เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังมีการประกาศใช้ (post - publication control) เป็นการควบคุมกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้ว ซึ่งจะประกอบไปด้วยการตรวจสอบด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (abstract review) หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยยังไม่ได้มีการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาล และการตรวจสอบด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล<sup>20</sup> อย่างไรก็ตาม ในที่นี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ

2.1) กรณีเข้าเงื่อนไขในส่วนของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายที่ให้อำนาจในการตราพระราชกำหนด หรือไม่

องค์ประกอบของกฎหมายในการตราพระราชกำหนดก็คือ การตราพระราชกำหนดเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการ ได้แก่ เพื่อรักษาความปลอดภัยมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคแรก) หรือไม่ และเงื่อนไขทั้ง 4 ประการที่กล่าวข้างต้นนั้นจะต้องเป็นเหตุฉุกเฉินมีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสอง) โดยเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นจะต้องนำมาพิจารณาพร้อมกัน ดังนี้

**เงื่อนไขที่ 1 : ต้องเป็นไปเพื่อบรรลូវัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ**

สำหรับเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคแรกที่ประกอบด้วยวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีพระราชกำหนดฯ ดังกล่าวชอบด้วยเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์นี้ กล่าวคือ ในประการที่ว่าเพื่อการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ เพราะเมื่อประเทศประสบกับปัญหาความตกต่ำทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องร้ายแรงมาก และภาครัฐต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยวิธีการตรากฎหมาย กฎหมายดังกล่าวย่อมมีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศแล้ว เพียงแต่ว่าจะฉุกเฉินหรือจำเป็นรีบด่วนและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

<sup>20</sup> อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 78.

หรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง และไม่เพียงเท่านั้น ในประเด็นว่าด้วยความกว้างแคบของความหมายของเงื่อนไข “การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ” นี้ ยังอาจกินความรวมถึงการที่ประเทศไม่มีปัญหาทางเศรษฐกิจประการใดเลย แล้วมีการตรากฎหมายเพื่อปกป้องรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศให้ยั่งยืนและมีเสถียรภาพ ด้วย

## **เงื่อนไขที่ 2 : ต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้**

สำหรับในเงื่อนไขนี้จะพิจารณาจาก ความเหมาะสมของหลักการทางเศรษฐศาสตร์<sup>21</sup> และความเหมาะสมตามหลักนิติรัฐ

(1) ความเหมาะสมของหลักการทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง รัฐบาลมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขภาวะวิกฤตอย่างจำเป็นและเร่งด่วนหรือไม่ เมื่อย้อนกลับไปดูแล้วพบว่า

ปี พ.ศ. 2475 - 2540 รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดโดยเหตุผลความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศจำนวนมากที่สุด ทั้งนี้เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองที่เศรษฐกิจตกต่ำ ขาดเงินอย่างรุนแรงจนต้องมีมาตรการลดเงินเดือนข้าราชการ ปลดข้าราชการออก หรือยุบหน่วยงาน และสภาพเศรษฐกิจหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ลึกลงถึงภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ภาวะเงินเฟ้อแผ่ขยายออกไปทั่วเอเชีย เกิดวิกฤตน้ำมัน นอกจากนี้ ในสมัยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรีพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เศรษฐกิจตกต่ำอย่างรุนแรง ในปี พ.ศ. 2539-2540 จำเป็นต้องประกาศค่าเงินบาทลอยตัวและกู้เงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ต่อมา ผลจากการตราพระราชกำหนดดังกล่าว ส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศฟื้นตัวในระดับหนึ่ง ทั้งนี้เป็นไปตามวงจรทางเศรษฐกิจและถือได้ว่ามีความเหมาะสมตามหลักการของเศรษฐศาสตร์

ปี พ.ศ. 2552<sup>22</sup> ประเทศไทยประสบปัญหาทางเศรษฐกิจขึ้นมาอีก อันส่งผลมาจากวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศในฝั่งทวีปอเมริกาและมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจในประเทศอื่นๆ ทั่วโลก รวมถึงประเทศไทยด้วย หรือกล่าวโดยสรุปว่า เศรษฐกิจของประเทศไทยได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากเหตุปัจจัยที่มาจากทั้งภายในและภายนอกประเทศ ซึ่งปัจจัยดังที่กล่าวมาข้างต้นยังส่งผลกระทบต่อฐานะการคลังของรัฐบาลด้วย เนื่องจากในปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 นี้ ได้มีการประมาณการรายได้ไว้เป็นจำนวน 1,604,640 ล้านบาท แต่ปรากฏว่ารายได้ที่จัดเก็บได้จริงน้อยกว่าประมาณการที่ตั้งเป้าหมายไว้ โดยในช่วง 7 เดือนแรกของปีงบประมาณ (ตุลาคม 2551 - เมษายน 2552) ต่ำกว่าประมาณการไว้แต่เดิม ในขณะที่มีการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 ถึง 128,933 ล้านบาท

<sup>21</sup> ศักดา ธนิตกุล และศีกฤทธิ์ สิงหพ, (2547). การตรากฎหมายเพื่อแก้ไขวิกฤตระบบสถาบันการเงินที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2540, วารสารกฎหมาย, กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 23, ฉบับที่ 2, หน้า 6 – 8.

<sup>22</sup> สภาผู้แทนราษฎร, คำชี้แจงประกอบพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ของคณะรัฐมนตรี, วันจันทร์ที่ 27 มิถุนายน 2552.

และได้มีการคาดการณ์ไว้ว่าเมื่อสิ้นปีงบประมาณนี้ รายได้ที่จัดเก็บได้จะต่ำกว่าที่ได้ประมาณการไว้เป็นจำนวนเงินประมาณ 280,000 ล้านบาท

ดังนั้น จะเห็นได้จากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในประเทศไทยที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาแห่งการตราพระราชกำหนดดังกล่าว มิได้ถึงกับเป็นวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่ร้ายแรงอย่างยิ่งอันไม่มีทางเลือกอื่นใดแล้วแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับความร้ายแรงกับวิกฤตเศรษฐกิจในประเทศไทยในช่วงปี พ.ศ. 2540 ดังนั้น รัฐบาลจึงยังมีเวลาในการดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อการแก้ไขฟื้นฟู และป้องกันความตกต่ำทางเศรษฐกิจดังกล่าว ทั้งยังมีเครื่องมือหรือวิธีการอื่นนอกเหนือจากการตราพระราชกำหนดที่สามารถกระทำได้ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการหรือเครื่องมือทางการคลังและการเงินต่างๆ หรือวิธีการทางรัฐสภาหรือทางกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาโดยชอบ เช่น การแก้ไขกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยเพดานเงินกู้เป็นการชั่วคราว เป็นต้น เพราะฉะนั้น กรณีจึงมิใช่กรณี “ฉุกเฉิน” ที่ “มีความจำเป็นรีบด่วน” “อันมิอาจหลีกเลี่ยงได้” แต่อย่างใด

เพราะฉะนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นว่าด้วย “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน มิอาจหลีกเลี่ยงได้” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง โดยกล่าวว่า “เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศที่กำลังประสบอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะมูลค่าการส่งออกของสินค้าไทยที่หดตัวอย่างรวดเร็ว รายได้จากการท่องเที่ยวลดลง การที่ภาคธุรกิจมีการปิดหรือเลิกกิจการเพิ่มมากขึ้น ปัญหาอัตราการว่างงานที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว หนี้เสียในระบบสถาบันการเงินมีแนวโน้มสูงขึ้น ซึ่งทุกเหตุปัจจัยส่งผลกระทบต่อให้เกิดภัยวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศ จนรัฐบาลต้องเร่งดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขวิกฤตนั้นไม่ว่า มาตรการช่วยเหลือภาคอสังหาริมทรัพย์ มาตรการภาษีเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ มาตรการเพื่อช่วยเหลือสภาพคล่องทางการเงินให้แก่ภาคเศรษฐกิจที่แท้จริง มาตรการเพื่อช่วยเหลือเกษตรกรและเศรษฐกิจฐานราก มาตรการเพื่อลดภาระค่าใช้จ่ายของประชาชน มาตรการจัดทำงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมในปีงบประมาณ พ.ศ.2552 และมาตรการอื่นๆ เพื่อแก้ไขภัยจากวิกฤตเศรษฐกิจดังกล่าว แต่สภาวะเศรษฐกิจโลกและสภาวะเศรษฐกิจของประเทศยังคงชะลอตัวอย่างต่อเนื่องแล้ว” ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกปัญหาความตกต่ำต่างๆ ทางเศรษฐกิจของประเทศจากนั้นจึงพิจารณาต่อมาว่ามาตรการที่รัฐบาลได้กระทำไปไม่อาจแก้ไขปัญหาวิกฤตดังกล่าวได้ขึ้นพิจารณาว่า เป็นกรณีฉุกเฉินรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้แล้ว

นอกจากนี้ ในส่วนของเงื่อนไขกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยง ตามมาตรา 184 วรรคสอง โดยเหตุที่รัฐบาลอ้างว่า “วิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น จะหนักกว่าเมื่อปี 2540 ที่เริ่มจากคนไม่เชื่อมั่นสถาบันการเงิน วิกฤตลุกลามจากในประเทศไประดับโลก การแก้ปัญหานั้น

จึงต้องรักษาวินัยและกอบกู้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐบาล แต่วิกฤติครั้งนี้สวนทาง เพราะเริ่มจากข้างนอกและกระทบต่อเศรษฐกิจจริง ไม่ใช่แค่ด้านการเงิน แต่มีผลกระทบต่อชีวิตจริง แนวทางแก้ปัญหาขณะนี้ สิ่งสำคัญคือการรักษากำลังซื้อของประเทศให้คนทั่วๆ ไปยังมีเงินในกระเป๋า ให้มีเงินหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจ เพื่อรักษาการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การจ้างงาน ระดับรายได้ของประชาชนทั่วไป นำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องมีการกระตุ้นเศรษฐกิจ ทั้งงบประมาณแสนล้าน...” ดังนั้น วิกฤติเศรษฐกิจของไทยเป็นผลมาจากวิกฤติเศรษฐกิจทั่วโลกโดยมีที่มาจากวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลจึงจำเป็นต้องมีนโยบายหรือมาตรการในการกระตุ้นเศรษฐกิจเพื่อแก้ปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจตกต่ำ โดยการตราพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง ตามที่รัฐบาลกล่าวอ้างนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว ไม่ปรากฏว่าประเทศมีวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจถึงในระดับที่จะกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง โดยทั่วโลกย่อมได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ดำเนินมาตรการแก้ไขจนมีแนวโน้มทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้น แม้ประเทศไทยจะได้รับผลกระทบอยู่บ้างก็ตาม อีกทั้งรองนายกรัฐมนตรี (นายกรณ์ศักดิ์ สภาวสุ) ได้ยืนยันว่าระดับเงินคลังที่เหลืออยู่ที่ระดับ 80,000 ล้านบาท ไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางการเงินการคลังของรัฐบาล แสดงให้เห็นว่าสถานะทางการเงินการคลังของรัฐบาลมิได้มีปัญหารุนแรง นอกจากนี้ นายกรณ์ จาติกวณิช รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้ระบุว่า การจัดเก็บภาษีของกรมสรรพากรเริ่มปรับตัวดีขึ้นโดยเฉพาะภาษีมูลค่าเพิ่ม และในเดือนพฤษภาคม 2552 ยังมีเงินก้อนใหญ่ที่ได้จากภาษีนิติบุคคล ประกอบกับงบประมาณกลางปีที่มีจำนวน 116,700 ล้านบาท ได้มีการเบิกจ่ายไปประมาณร้อยละ 42 เท่านั้น อีกทั้งยังมีการกู้เงินตามกรอบเพดานเงินกู้เพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณที่ยังคงเหลืออยู่ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้เป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามที่รัฐบาลกล่าวอ้างแต่อย่างใด เพราะเหตุผลในการกู้เงินของรัฐบาลเพื่อนำเงินไปใช้ใน “แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555” โดยการตรากฎหมายกู้เงิน จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนด และ ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่กระทรวงการคลังในการกู้เงินฟื้นฟูเศรษฐกิจและสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจฉบับละ 400,000 ล้านบาท รวมเป็นเงิน 800,000 ล้านบาท ซึ่งมีนัยว่ารัฐบาลอาจจะหลีกเลี่ยงการถูกตรวจสอบจากรัฐสภา นอกจากนี้รัฐบาลจะนำเงินจำนวน 200,000 ล้านบาท มาชดเชยการขาดดุลงบประมาณในปี 2552 - 2553 เงินส่วนที่เหลือก็จะนำไปใช้ในโครงการ “แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555” ซึ่งเป็นโครงการลงทุนระยะยาว โดยเริ่มในปีงบประมาณ 2553 (ตั้งแต่วันที่

1 ตุลาคม 2552) เป็นต้นไป<sup>23</sup> จึงไม่น่าจะเป็นมาตรการที่นำมาใช้ในการแก้ปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจในปัจจุบันที่ต้องใช้มาตรการทางการคลังระยะสั้นที่ต้องใช้ความรวดเร็วเพื่อแก้ปัญหาได้อย่างทันท่วงที โดยไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนแต่ประการใด

ซึ่งจากกรณีการตราพระราชกำหนดดังกล่าว รวมทั้งประสบการณ์ในอดีต จึงสามารถสรุปได้ว่า วัฒนธรรมการใช้กฎหมายของไทย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการออกพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารมีแนวโน้มที่จะตีความหรือใช้กฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างกว้างขวาง ซึ่งไม่ใช่แค่สำหรับฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเท่านั้น แต่ผู้มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบอย่างรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็เป็นเช่นเดียวกัน ระบบการควบคุมตรวจสอบที่รัฐธรรมนูญได้วางถ่วงดุลให้ไว้จึงปราศจากผลในทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้เหตุผลประการหนึ่งอาจด้วยเพราะวัฒนธรรมระบบอุปถัมภ์ที่ฝังรากลึกในสังคมไทย ส่งผลให้หลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดในรัฐธรรมนูญของไทยที่บัญญัติให้ไว้ค่อนข้างกว้างเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ กลับถูกนำไปใช้ในเรื่องที่มีได้ฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนจริงอย่างมากเกินไปจนกระทบต่อรากฐานแห่งหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยจึงควรที่จะใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเงินโอนการตราพระราชกำหนดที่แคบลงกว่านี้ และอุดช่องโหว่ที่เกิดขึ้นจากการกำหนดเงินโอนที่แคบลงด้วยวิธีการทางนิติบัญญัติโดยรัฐสภาที่รวดเร็ว

(2) ความเหมาะสมตามหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ (The legal state principle หรือ das Rechtsstaatsprinzip) ที่เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็นอำนาจ 3 ประการ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) อำนาจบริหาร (Executive power) และอำนาจตุลาการ (Judicial power) โดยให้อำนาจทั้งสามดังกล่าวตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) และคานอำนาจซึ่งกันและกันอย่างเหมาะสม และได้ดุลยภาพระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและการพัฒนาหรือความเจริญก้าวหน้าของประเทศทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และด้านต่างๆ

โดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย มีข้อจำกัดบางประการเกี่ยวกับความรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ในการกระทำการ และข้อจำกัดเกี่ยวกับความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิคเฉพาะเรื่อง เป็นต้น จึงก่อให้เกิดการให้อำนาจที่มากขึ้นแก่ฝ่ายบริหารในการนำกฎหมายไปบังคับใช้และการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ในรูปแบบต่างๆ อาทิ ในรูปของบทบัญญัติแห่ง

<sup>23</sup> ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, คำชี้แจงประกอบ พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ของคณะรัฐมนตรีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ นายกรัฐมนตรี แถลงต่อสภาผู้แทนราษฎร วันจันทร์ที่ 15 มิถุนายน 2552 <http://www.nrdb.info>

กฎหมายที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary power) แก่ฝ่ายบริหาร รวมถึงในรูปแบบของการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือการตรากฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติมาบังคับใช้ หรือที่ในประเทศไทยเรียกว่า “พระราชกำหนด” อันเป็นข้อยกเว้นเพื่อเป็นทางออกให้แก่รัฐในกรณีที่มีความจำเป็นโดยไม่สามารถดำเนินการตามระบบการตรากฎหมายปกติ และแม้ว่าเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวว่า ฝ่ายบริหาร “มีอำนาจตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 อันเป็นข้อยกเว้นของหลักนิติรัฐ ตามมาตรา 3 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 จึงชอบด้วยหลักนิติรัฐ” ก็ตาม แต่ก็ต้องปรากฏว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดโดยยึดหลักนิติรัฐ ประกอบกับกรณีที่เกิดความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐบาลไม่มีทางเลือกในการดำเนินการทางอื่น ดังนั้น หากรัฐบาลใช้อำนาจพิเศษอย่างพร่ำเพรื่อ อาจเกิดความเสียหายต่อระบบกฎหมายของประเทศซึ่งถือเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ก็ย่อมไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ มิได้มีบทบัญญัติที่จะกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาในพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ อาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นในกรณีที่ได้นำมาบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว แต่พระราชกำหนดดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่างๆ ต่อประชาชนได้ และในขณะเดียวกันในเมื่อพระราชกำหนดนั้นยังมีได้ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภา ถือได้ว่าพระราชกำหนดนั้นยังเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป คือ โดยปกติแล้วเมื่อเกิดปัญหาในเรื่องบทบัญญัติหรือการกระทำใดๆ ของฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง) ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาแล้ว จะเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยความชอบของปัญหานั้น และสำหรับกรณีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกิดปัญหาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้น องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นโดยหลักแล้วคือ ศาลรัฐธรรมนูญ แต่การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเป็นการตรวจสอบกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผลของการที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน ในเรื่องการให้อำนาจองค์กรใดองค์กรหนึ่งวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาของพระราชกำหนดที่สภายังไม่ได้อนุมัติ อาจทำให้เกิดปัญหาในการตรวจสอบว่าแท้ที่จริงแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใด ทั้งนี้ในปัจจุบันยังมิได้มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเนื้อหาของพระราชกำหนดที่สภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบขึ้นให้องค์กรใดวินิจฉัยแต่



อย่างไร และศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยได้วินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าว<sup>24</sup>

**6.1.2 การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว** พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมีผลบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบนั้น จึงมีหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ เพราะพระราชกำหนดนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เมื่อผ่านการพิจารณาอนุมัติโดยรัฐสภา ก็เท่ากับเป็นการถูกตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติไปแล้วทำให้มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรที่จะเข้าตรวจสอบก็คือศาลนั่นเอง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนด และการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนด<sup>25</sup> ดังนี้

**1) การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด หรือไม่**

สำหรับในประเด็นนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดซึ่งจะกระทำเฉพาะก่อนที่รัฐสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนด ดังนั้น ในกรณีที่พระราชกำหนดนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 184 แล้ว และหากมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เห็นว่า พระราชกำหนดนั้นมิได้ตราขึ้นตามเงื่อนไข 4 ประการ อันเป็นเงื่อนไขของกระบวนการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคแรก ก็ไม่อาจที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 ได้ เพราะถือว่าเป็นการล่วงเวลามาแล้ว<sup>26</sup> และหากจะตรวจสอบกระบวนการตามกฎหมายตามมาตรา 154<sup>27</sup> ก็จะทำให้อำนาจศาล

<sup>24</sup> อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 79-80.

<sup>25</sup> อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 81.

<sup>26</sup> อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 82.

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

*มาตรา 154* ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภา รวมทั้งมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามมาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามมาตรา 154 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

รัฐธรรมนูญในการตรวจ “ร่างกฎหมาย” เช่น ร่างพระราชบัญญัติ เท่านั้น ซึ่งจะมีความแตกต่างกับพระราชกำหนดเพราะเมื่อมีการตราพระราชกำหนดก็จะมีผลใช้บังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติทันที แม้จะยังไม่ได้ผ่านการรับรองจากรัฐสภาก็ตาม

## 2) การตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่

สำหรับเนื้อหาของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 นั้น หากพิจารณาในตัวเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งเป็นกฎหมายตามแบบพิธี หรือ กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี ซึ่งแม้ว่าจะเป็น “พระราชบัญญัติ” แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความแต่ประการใด เพราะไม่ใช่กฎหมายที่บังคับที่กำหนดความประพฤติของบุคคลซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 166 กำหนดให้งบประมาณแผ่นดินประจำปีต้องตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ ก็เพื่อให้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาอย่างเดียวกับพระราชบัญญัติอื่น ๆ เท่านั้น จึงไม่มีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ถึงเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ดังนั้น แม้พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จะถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันอยู่ในขอบอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 ก็ตาม แต่เมื่อมีกรณีให้ศาลพิจารณาตามมาตราดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้แต่เฉพาะ “เนื้อหา” ของพระราชกำหนดนั้นๆ เท่านั้น ส่วนการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วโดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 185 นี้ไม่อาจทำได้ เพราะการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วเป็นเรื่องที่พ้นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว

---

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มีใช้กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป

## 6.2 พระราชกำหนดฯ ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้อีกเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ หรือไม่เพียงใด

การพิจารณาว่าพระราชกำหนดฯ มาตรา 4 ที่บัญญัติให้การใช้จ่ายเงินไม่ต้องนำส่งคลังโดยให้นำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ในการกู้ได้ ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้อีกเฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ หรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติเงินคลัง พ.ศ. 2491 และรัฐธรรมนูญหมวดการเงินการคลังและงบประมาณ โดยมีรายละเอียดการวิเคราะห์ ดังนี้

1) พิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งโดยหลักการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินแล้วฝ่ายบริหารจะต้องเสนอเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีต่อรัฐสภาตามหลักความยินยอม ซึ่งตาม มาตรา 8 งบประมาณประจำปีที่เสนอต่อรัฐสภานั้น โดยปกติให้ประกอบด้วยคำอธิบายเกี่ยวกับประมาณการรายรับ คำอธิบายเกี่ยวกับหนี้ของรัฐบาลทั้งที่มีอยู่แล้วในปัจจุบันและที่เสนอขอกู้เพิ่มเติม เมื่อการกู้เงินไม่ได้ทำในระบบงบประมาณขัดต่อกฎหมายในส่วนนี้ และเมื่อพิจารณาตาม มาตรา 24 ซึ่งได้กำหนดว่าบรรดาเงินที่ส่วนราชการได้รับเป็นกรณีพิเศษ ไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับจากการให้ใช้ทรัพย์สิน หรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการ ให้ส่วนราชการที่ได้รับเงินนั้นนำส่งคลังตามระเบียบ หรือข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น ดังนั้น การที่พระราชกำหนดฯ ได้กำหนดหลักการ (ตามมาตรา 4) ว่าไม่ต้องนำเงินที่กู้มาส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะให้นำส่งคลัง จึงขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายส่วนนี้เป็นอย่างชัดเจนอีกเช่นกัน

2) พิจารณาตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ซึ่งตามมาตรา 22 วางหลักว่าการกู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมให้กระทำได้เมื่อมีความจำเป็นต้องใช้จ่ายเงินนอกเหนือจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีและต้องใช้เป็นเงินตราต่างประเทศหรือจำเป็นต้องกู้เงินเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงทางการเงินของประเทศ โดยให้กระทรวงการคลังกู้เป็นเงินตราต่างประเทศได้ไม่เกินร้อยละสิบของงบประมาณรายจ่ายประจำปี การกู้เงินดังกล่าวให้กำหนดวัตถุประสงค์ของการใช้เงินอย่างชัดเจนและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี ซึ่งตามพระราชกำหนดฯ ไม่มีวัตถุประสงค์ของการใช้เงินที่ชัดเจน และขณะที่ตราพระราชกำหนดฯ ยังไม่มีหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขการกู้เงินที่รัฐมนตรีกำหนดโดยการอนุมัติคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด แต่มีการออกหลัก

เกณฑ์เป็น “ระเบียบ” ภายหลังจากที่ได้ตราพระราชกำหนดแล้ว

3) พิจารณตามพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ซึ่งตาม มาตรา 4 วางหลักว่า ภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 13 (ข้อยกเว้นเงินที่ไม่ต้องนำส่งคลัง เช่น เงินบำรุงการศึกษา เงินบำรุงโรงพยาบาล) บรรดาเงินทั้งปวงที่พึงชำระให้แก่รัฐบาลไม่ว่าเป็นภาษีอากร เงินกู้หรือเงินอื่นใด หัวหน้า ส่วนราชการที่ได้เก็บหรือรับเงินนั้นมีหน้าที่ควบคุมให้ส่งเงินเข้าบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ 1 หรือส่งคลัง จังหวัดหรือคลังอำเภอ... การที่พระราชกำหนดฯ ได้กำหนดหลักการ (ตามมาตรา 4) ว่าไม่ต้องนำเงินที่ กู้มาส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะให้นำส่งคลัง นอกจากจะขัดต่อพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แล้ว ยังขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายส่วนนี้อีกด้วย

4) พิจารณามารัฐธรรมนูญหมวดการเงิน การคลัง และงบประมาณ ซึ่งตาม มาตรา 167 วรรคสาม กำหนดให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงินระยะปานกลาง การจัดการรายได้ การกำหนดแนวทางในการจัด ท่างงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การบัญชี กองทุนสาธารณะ การก่อหนี้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางการเงินของรัฐ แต่ปัจจุบันยังไม่มีการตรา กฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตามในปัจจุบันยังมีกฎหมายในเรื่องเดียวกันบังคับใช้อยู่แล้วซึ่งมีอยู่ก่อนบังคับ ใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติ การบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 เมื่อการตราพระราช กำหนดฯ ขัดต่อกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับขัดรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ด้วย

นอกจากนี้ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 170 กำหนดว่าเงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐใดที่ไม่ต้อง นำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน ให้หน่วยงานของรัฐนั้นทำรายงานการรับและการใช้จ่ายเงินดังกล่าว การใช้จ่าย เงินรายได้ดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวดนี้ด้วย ดังนั้น แม้จะมีการรายงาน แต่มีปัญหว่าการใช้จ่ายเงินอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังหรือไม่ โดยเฉพาะการนำไปใช้ใน โครงการไทยเข้มแข็งที่ขาดแผนปฏิบัติการที่ชัดเจนในการใช้เงิน และฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรวจสอบ รายละเอียดการใช้จ่ายเงินได้

อย่างไรก็ตาม ประเด็นในการวิเคราะห์ที่ซึ่งประเด็นข้างต้นนั้นเป็นการวิเคราะห์ในเชิง “หลักทั่วไป” แต่หากพิจารณาถึงข้อยกเว้นแล้วจะเห็นได้ว่า การที่พระราชกำหนดฯ มาตรา 4 ได้บัญญัติ ให้เงินที่ได้จากการกู้ (โดยผลของพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20 (2)<sup>28</sup>)

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

มาตรา 20 ให้กระทรวงการคลังกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้

ให้นำไปใช้จ่ายได้ตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ (มาตรา 24 วรรคแรก<sup>29</sup>) และกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง (มาตรา 7 (2)<sup>30</sup>) เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลัง ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการที่รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ.2552 ไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 แต่อาจจะขัดกับหลักวินัยทางการเงินการคลังในทางเศรษฐศาสตร์

## 7. บทสรุป

หากจะพิจารณาว่าการตราพระราชกำหนดเป็นกรณีข้อยกเว้นในการบัญญัติกฎหมายที่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายใช้บังคับได้ดังเช่นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว รัฐธรรมนูญจะเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารกระทำเช่นนั้นได้ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดในทางที่จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งควรจำกัดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ฝ่ายบริหารไม่มีทางเลือกในการดำเนินการอย่างอื่น เพราะหากตีความอย่างกว้างว่าฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดเรื่องใดก็ได้ จะทำให้ข้อยกเว้นกลับกลายเป็นหลักปฏิบัติและเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารจงใจหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามระบบกฎหมายปกติ ทั้งที่ในกรณีนี้ฝ่ายบริหารอยู่ในสภาพที่สามารถดำเนินการตามกฎหมายปกติได้ และจากข้อเท็จจริงพบว่าฝ่ายบริหารได้เสนอกฎหมายในลักษณะเดียวกันต่อสภา โดยแยกวงเงินกู้ระหว่างกู้ตามพระราชกำหนดกับกู้ตามพระราชบัญญัติ อย่างละครึ่ง อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของฝ่ายบริหารในการก่อกวน

- (2) พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม
- (3) ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ
- (4) ให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ
- (5) พัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการกู้เงินตาม (2) ถึง (5)ให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินหรือตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

มาตรา 24 บรรดาเงินที่ส่วนราชการได้รับเป็นกรณีพิเศษไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับการให้ใช้ทรัพย์สิน หรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการ ให้ส่วนราชการที่ได้รับเงินนั้น นำส่งคลังตามระเบียบหรือข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

มาตรา 7 ในกรณีต่อไปนี้ให้ส่งจ่ายเงินจากบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ 2 หรือคลังจังหวัด หรือคลังอำเภอได้ก่อนที่มีกฎหมายอนุญาตให้จ่าย คือ

ฯลฯ

- (2) มีกฎหมายใด ๆ ที่กระทำให้ต้องจ่ายเงินเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ และมีความจำเป็นต้องจ่ายโดยเร็ว

ฯลฯ

สาธารณณะเกินวงเงินตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้อนุญาตไว้

จากการวิเคราะห์พบว่า พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ไม่สอดคล้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนด และหลักวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยประเด็นหลักที่สำคัญ คือ การตราพระราชกำหนดดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด กล่าวคือ ไม่ชัดเจนว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่

ในส่วนของพระราชกำหนดทั่วไปนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 184 และมาตรา 185 โดยกำหนดเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดไว้ว่าจะต้องตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ และจะต้องตราในกรณีที่เป็นเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น และเมื่อถึงกำหนดประชุมสภาจะต้องนำพระราชกำหนดนั้นให้สภาเห็นชอบโดยมิชักช้า ทั้งนี้ ในส่วนของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางด้านเงื่อนไขการตรานั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบความชอบในส่วนดังกล่าวด้วย แต่ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 185 และพระราชกำหนดอันเกี่ยวเนื่องด้วยภาษีอากรและเงินตรานั้น กระบวนการขึ้นต่อนั้นจะแตกต่างจากการตราพระราชกำหนดทั่วไป กล่าวคือ จะต้องตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุมเท่านั้น โดยจะต้องพิจารณาโดยการลับและจะต้องทำเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน ทั้งนี้ลักษณะขั้นตอนในการดำเนินการที่จะต้องนำเข้าสู่สภานั้นให้นำมาตรา 184 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ในบทความนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการก่อกำหนดนี้สาธารณณะโดยฝ่ายบริหารควรดำเนินการตามระบบกฎหมายปกติ ไม่ควรตราเป็นพระราชกำหนด ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายทั่วไป รวมทั้งระบบกฎหมายการเงินการคลังและงบประมาณของประเทศ ป้องกันปัญหาการใช้อำนาจโดยไม่มีขอบเขตของฝ่ายบริหาร ไม่ให้ฝ่ายบริหารก่อกำหนดนี้สาธารณณะตามอำเภอใจ อันจะเป็นการสร้างภาระผูกพันต่องบประมาณของประเทศจนนำมาซึ่งวิกฤติทางเศรษฐกิจในอนาคต เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องการเงิน การคลังและงบประมาณ รัฐสภาจึงควรเร่งตรากฎหมายการเงินการคลังของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อกำหนดนี้สาธารณณะหรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางงบประมาณของรัฐ

สำหรับหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกรณีการตราพระราชกำหนดโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการเงินและงบประมาณ ศาลรัฐธรรมนูญควรวางหลักอย่างเคร่งครัดเพื่อจำกัดไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตราพระราชกำหนดอันเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยไม่จำเป็น ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ

การเงินการคลังและงบประมาณ โดยเฉพาะกรณีการก่อกวนนี้สาธารณะควรตีความว่าเรื่องใดเป็นเรื่องจำเป็น รับผิดชอบต่อผู้มีอำนาจจะหลีกเลี่ยงได้ที่ต้องตราเป็นพระราชกำหนด และศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้ “หลักพอสมควรแก่เหตุ” หรือ “หลักความจำเป็น” มาช่วยในการพิเคราะห์ รวมถึงควรนำข้อมูลหรือความเห็นจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางด้านเศรษฐศาสตร์มาใช้ประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยคดี และเนื่องจากประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ดังนั้น การตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นการตีความเพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นอย่างแท้จริง ทั้งยังต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ จึงไม่ควรรวมถึงกรณีการก่อกวนนี้สาธารณะด้วย

-----

**พระราชกำหนด**  
**ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน**  
**เพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ**  
**พ.ศ. 2552**

.....

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 13 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

เป็นปีที่ 64 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 184 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชกำหนดขึ้นไว้ ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชกำหนด นี้เรียกว่า “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552”

มาตรา 2<sup>1</sup> พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาทในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินมาตรการเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการ

การกู้เงินตามวรรคหนึ่งให้มีมูลค่ารวมกันไม่เกินสี่แสนล้านบาท และให้กระทำได้ภายในกำหนดเวลาไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553

---

<sup>1</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126/ตอนที่ 28 ก/หน้า 1/13 พฤษภาคม 2552



มาตรา 4 เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา 3 ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลัง

กระทรวงการคลังอาจนำเงินที่ได้จากการกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้

มาตรา 5 อัตราดอกเบี้ย เงื่อนไข ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย การจัดการและวิธีการที่เกี่ยวกับการกู้เงินแต่ละคราว และระยะเวลาชำระต้นเงินคืน ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ

มาตรา 6 ค่าใช้จ่ายในการกู้เงินและการออกและจัดการตราสารหนี้อาจจ่ายจากเงินที่ตั้งไว้ในงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือเงินกู้นั้นก็ได้

มาตรา 7 ภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ ให้กระทรวงการคลังรายงานการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้ที่กระทำในปีงบประมาณที่แล้วมาให้รัฐสภาทราบ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ

มาตรา 8 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามมาตรา 3 โดยดำเนินการกู้เงินรายใหม่เพื่อชำระหนี้เดิม แพลงหนี้ ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระ ขยายหรือย่นระยะเวลาการชำระหนี้ ต่ออายุ ซื้อมัน หรือไถ่ถอนตราสารหนี้ของรัฐบาล หรือทำธุรกรรมทางการเงินอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้

มาตรา 9 การกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างเงินกู้ตามมาตรา 3 ให้กระทำได้เฉพาะเพื่อเป็นการประหยัด ลดความเสี่ยงในอัตราแลกเปลี่ยน หรือกระจายภาระการชำระหนี้ โดยกระทรวงการคลังจะกู้เป็นสกุลเงินแตกต่างจากหนี้เดิมก็ได้

เงินกู้อัตราหนึ่ง มีให้ับรวมในวงเงินตามมาตรา 3 และต้องไม่เกินจำนวนเงินกู้ที่ยังค้างชำระ

ในกรณีที่หนี้เงินกู้ซึ่งจะทำการปรับโครงสร้างหนี้มีจำนวนเงินมากและกระทรวงการคลังเห็นว่าไม่สมควรกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ดังกล่าวในคราวเดียวกันกระทรวงการคลังอาจทยอยกู้เงินเป็นการล่วงหน้าได้ไม่เกินสิบสองเดือนก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ

มาตรา 10 ให้กองทุนบริหารเงินกู้เพื่อการปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะและพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศทำหน้าที่บริหารเงินที่ได้รับจากการกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามที่บัญญัติไว้ใน

พระราชกำหนดนี้

เงินที่ได้รับจากการกู้เพื่อปรับโครงสร้างหนี้ตามมาตรา 9 วรรคสามให้นำส่งเข้ากองทุนบริหารเงินกู้เพื่อการปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะและพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

โดยให้นำเข้าบัญชีปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ และให้กระทรวงการคลังนำไปใช้จ่ายในการชำระเงินต้น ดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวกับการกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ดังกล่าว

มาตรา 11 ให้สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารและจัดการการกู้เงิน การเบิกจ่ายเงินกู้ การชำระหนี้ และการอื่นใดที่เกี่ยวกับการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้

มาตรา 12 นอกจากกรณีที่ได้บัญญัติไว้แล้วในพระราชกำหนดนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 13 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชกำหนดนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

อภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ

นายกรัฐมนตรี

# สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12 – 14/2553

วันที่ 3 พฤศจิกายน 2553

เรื่อง สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรกระทำการต้องห้ามอันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

## 1. ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุป

คณะกรรมการการเลือกตั้ง มีคำวินิจฉัยสั่งการตามมติในการประชุมครั้งที่ 69/2552 เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2552 มติในการประชุมครั้งที่ 79/2552 เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2552 และมติในการประชุมครั้งที่ 99/2552 เมื่อวันที่ 9 กันยายน 2552 ตามลำดับ ให้ส่งเรื่องไปยังประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร เพื่อส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวมถึงสั่งห้ามคน กระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 91 วรรคสาม มาตรา 119 (5) และมาตรา 106 (6) ประกอบมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และมาตรา 48

ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งเรื่องของคณะกรรมการการเลือกตั้ง รวม 3 คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 16 คน และสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 29 คน สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า คำร้องทั้งสามคดีมีประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องเดียวกัน จึงมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาคดีเรื่องพิพาทที่ 26/2552 เรื่องพิพาทที่ 28/2552 และเรื่องพิพาทที่ 44/2552 ทั้งสามคดีเข้าด้วยกันเพื่อความสะดวกในการดำเนินกระบวนการพิจารณา โดยให้เรียกประธานวุฒิสภา เป็นผู้ร้องที่ 1 และเรียกประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ร้องที่ 2 และที่ 3 เรียกสมาชิกวุฒิสภา ผู้ถูกร้องในคดีเรื่องพิพาทที่ 26/2552 จำนวน 16 คน เป็นผู้ถูกร้องที่ 1 ถึงที่ 16 เรียกสมาชิก

สภาผู้แทนราษฎร ผู้ถูกร้องในคดีเรื่องพิจารณาที่ 28/2552 จำนวน 13 คน เป็นผู้ถูกร้องที่ 17 ถึงที่ 29 และเรียกสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้ถูกร้องในคดีเรื่องพิจารณาที่ 44/2552 จำนวน 16 คน เป็นผู้ถูกร้องที่ 30 ถึงที่ 45 ตามลำดับ

## 2. ประเด็นเบื้องต้น

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสามนี้ไว้วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 91 หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 119 บัญญัติว่า “สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาลิ้นสุดลง เมื่อ ... (5) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 116 มาตรา 265 หรือมาตรา 266” มาตรา 106 บัญญัติว่า “สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ลิ้นสุดลงเมื่อ ... (6) กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 265 หรือมาตรา 266” และมาตรา 91 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคณใดคนหนึ่งมีเหตุสิ้นสุดลงตามวรรคหนึ่ง ให้ส่งเรื่องไปยังประธานแห่งสภาที่ผู้นั้นเป็นสมาชิก และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง” ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าผู้ถูกร้องทั้งสี่สืบทำคนกระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และ (4) ประกอบมาตรา 48 เป็นเหตุให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องทั้งสี่สืบทำคนสิ้นสุดลง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วมีมติให้ส่งเรื่องไปยังประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร และเมื่อประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ กรณีจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 วรรคสาม ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (3) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจรับวินิจฉัยคำร้องทั้งสามนี้ได้

## 3. สรุปคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา และทางไต่สวน

ข้อเท็จจริงจากคำร้อง คำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา และทางไต่สวน พร้อมเอกสารประกอบปรากฏว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งได้จัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบสัดส่วนเมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2550 และให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เมื่อวันที่ 20 มกราคม 2551 สำหรับสมาชิกวุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ประกาศผลการ

สรรหาสมาชิกวุฒิสภาเมื่อวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551 และให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 มีนาคม 2551 ต่อมาได้มีผู้ร้องเรียนว่า สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งกระทำการต้องห้ามอันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวนกรณีการร้องเรียนดังกล่าว คณะกรรมการไต่สวนได้ดำเนินการไต่สวน โดยให้ผู้ถูกร้องให้ถ้อยคำและยื่นเอกสารหลักฐานประกอบหรือให้ทำคำชี้แจงเป็นหนังสือ และดำเนินการไต่สวนตามระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสืบสวนสอบสวนและการวินิจฉัยชี้ขาด พ.ศ. 2550 แล้วเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่า สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 45 คน มีเหตุสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 119 (5) และมาตรา 106 (6) ประกอบมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 ตามคำวินิจฉัยสั่งการคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 1454/2552 ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2552 คำวินิจฉัยสั่งการคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 1552/2552 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 2552 และคำวินิจฉัยสั่งการคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 1681/1/2552 ลงวันที่ 9 กันยายน 2552 และส่งเรื่องไปยังผู้ร้องที่ 1 ที่ 2 และที่ 3 ต่อมาผู้ร้องทั้งสามส่งคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 91 เพื่อวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสี่สิบห้าคนสิ้นสุดลงหรือไม่

ในระหว่างการศึกษาคดีปรากฏว่า นายสุเทพ เทือกสุบรรณ ผู้ถูกร้องที่ 17 ได้ลาออกจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2552 ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีเฉพาะผู้ถูกร้องที่ 17 ออกจากสารบบความ

การถือหุ้นของผู้ถูกร้องทั้งสี่สิบสี่ราย สรุปได้ดังนี้

- ผู้ถูกร้องที่ 1 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทรุ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 2 ถือหุ้นในบริษัท ทีพีไอ โพลีน จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 3 และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท สหโคเจน (ชลบุรี) จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 4 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทีพีไอ โพลีน จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 5 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท.เคมีคอล จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 6 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ผลิตไฟฟ้าราชบุรีโฮลดิ้ง จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 7 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 8 ถือหุ้นในบริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน)

- ผู้ถูกร้องที่ 9 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 10 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.เคมีคอล จำกัด (มหาชน) บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 11 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ผลิตไฟฟ้า จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 12 ถือหุ้นในบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท.เคมีคอล จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 13 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 14 ถือหุ้นในบริษัท ซิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 15 และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 16 ถือหุ้นในบริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.เคมีคอล จำกัด (มหาชน) และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ผู้จัดการ จำกัด
- ผู้ถูกร้องที่ 18 ถือหุ้นในบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 19 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) และบุตรถือหุ้นในบริษัท เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 20 ถือหุ้นในบริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 21 ถือหุ้นในบริษัท อสมท จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 22 ถือหุ้นในบริษัท ผลิตไฟฟ้า จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 23 ถือหุ้นในบริษัท ผลิตไฟฟ้า จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 24 ถือหุ้นในบริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน) และคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) บริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) และบริษัท จัสมิน อินเทอร์เน็ตเนชั่นแนล จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 25 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท โกลว์พลังงาน จำกัด (มหาชน)

- ผู้ถูกร้องที่ 26 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 27 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 28 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 29 ถือหุ้นในบริษัท ทูร์ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 30 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 31 ถือหุ้นในบริษัท พี.ที.เอ.คอนสตรัคชั่น จำกัด
- ผู้ถูกร้องที่ 32 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 33 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) บริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัท ปูนซีเมนต์นครหลวง จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 34 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 35 ถือหุ้นในบริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 36 ถือหุ้นในบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 37 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ซิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) บริษัท บ้านปู จำกัด (มหาชน) บริษัท ศิลาภรณ์หินอ่อน จำกัด บริษัท สหโคเจน (ชลบุรี) จำกัด (มหาชน) บริษัท อินเทอร์เน็ตประเทศไทย จำกัด (มหาชน) บริษัท อีคอนนิวส์ จำกัด บริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) บริษัท ยูไนเต็ดคอมมูนิเคชั่น อินดัสตรี จำกัด (มหาชน) และบริษัท ปูนซิเมนต์ไทย จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 38 ถือหุ้นในบริษัท ปูนซิเมนต์เอเชีย จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 39 ถือหุ้นในบริษัท โกลว์ พลังงาน จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 40 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ไออาร์พีซี จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 41 ถือหุ้นในบริษัท ซิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) บริษัท ไทยคม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ซีเอส ล็อกซอินโฟ จำกัด (มหาชน)
- ผู้ถูกร้องที่ 42 ถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) และบริษัท อสมท. จำกัด (มหาชน)

ผู้ถูกร้องที่ 43 โดยคู่สมรสถือหุ้นในบริษัท ทูริ วิชั่นส์ จำกัด (มหาชน)

ผู้ถูกร้องที่ 44 ถือหุ้นในบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน)

ผู้ถูกร้องที่ 45 ถือหุ้นในบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) บริษัท ทีพีโอ โพลีน จำกัด (มหาชน) และบริษัท ทูริ คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)

#### 4. ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นที่ต้องวินิจฉัย ดังนี้

ประเด็นที่ 1 การดำเนินการและการมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่

ประเด็นที่ 2 บริษัทที่ผู้ถูกร้อง คู่สมรส และบุตร ของผู้ถูกร้อง ถือหุ้น เป็นบริษัทอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 หรือไม่

ประเด็นที่ 3 การถือหุ้นของผู้ถูกร้อง คู่สมรส และบุตร ของผู้ถูกร้องแต่ละรายเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

ประเด็นที่ 1 การดำเนินการและการมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่

ในประเด็นนี้ผู้ถูกร้องโต้แย้งว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่มีอำนาจไต่สวนและวินิจฉัยการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 เนื่องจากเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อาจนำระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสืบสวนสอบสวนและการวินิจฉัยชี้ขาด พ.ศ. 2550 มาใช้ในการสืบสวนสอบสวนและไม่ให้โอกาสผู้ถูกร้องโต้แย้งหรือแสดงพยานหลักฐานแก้ข้อกล่าวหาของคณะกรรมการการเลือกตั้ง การปฏิบัติของคณะกรรมการไต่สวนหรือคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 236 (5) บัญญัติให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550



พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 ดังนั้น ในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อสืบสวนสอบสวนหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้น คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 มาตรา 24 วรรคสอง กล่าวคือ คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องให้โอกาสผู้ร้อง ผู้ถูกคัดค้าน หรือผู้ถูกกล่าวหา ทราบเหตุแห่งการร้อง การคัดค้าน หรือการกล่าวหา มีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงและแสดงหลักฐาน รวมทั้งต้องให้โอกาสมาให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในกรณีที่ผู้ร้อง ผู้ถูกคัดค้าน หรือผู้ถูกกล่าวหา ไม่มีหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริง แสดงหลักฐาน หรือไม่มาให้ถ้อยคำ ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่าผู้นั้น สละสิทธิในการชี้แจง แสดงหลักฐาน หรือให้ถ้อยคำ และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการต่อไปได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวยังได้กำหนดไว้ในระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสืบสวนสอบสวน และการวินิจฉัยชี้ขาด พ.ศ. 2550 ข้อ 43 เช่นกัน การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เพื่อให้มีการสืบสวนสอบสวนและการวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจไว้ ประกอบกับข้อเท็จจริงตามคำร้องรับฟังได้ว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ให้โอกาสผู้ถูกร้องได้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว และทางการไต่สวนได้ความว่าผู้ถูกร้องส่วนใหญ่ได้ชี้แจงข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหาต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้ว คงมีเฉพาะผู้ถูกร้องบางรายที่ไม่ได้ชี้แจงด้วยเหตุผลต่าง ๆ กัน เป็นกรณีที่ถือได้ว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ให้โอกาสผู้ถูกร้องทุกคนแล้ว ข้อโต้แย้งของผู้ถูกร้องจึงรับฟังไม่ได้

สำหรับประเด็นที่ 2 บริษัทที่ผู้ถูกร้อง คู่สมรส และบุตร ของผู้ถูกร้อง ถือหุ้น เป็นบริษัท อันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 หรือไม่ และประเด็นที่ 3 การถือนหุ้นของผู้ถูกร้อง คู่สมรส และบุตร ของผู้ถูกร้องแต่ละรายเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ สามารถพิจารณารวมกันไปได้ โดยเห็นสมควรพิจารณาเป็นลำดับดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำอันต้องห้ามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ในส่วนการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ โดยความในวรรคหนึ่ง (2) บัญญัติว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ต้องไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือ

รัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน หรือเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะดังกล่าว ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และ (4) บัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องไม่กระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 48 ซึ่งในมาตรา 48 บัญญัติว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม มิได้ ไม่ว่าในนามของตนเองหรือให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นแทน หรือจะดำเนินการโดยวิธีการอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่สามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าว ซึ่งสรุปการกระทำอันต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และ (4) ประกอบมาตรา 48 ได้ดังนี้

1. ต้องไม่รับหรือแทรกแซงหรือก้าวก่ายการเข้ารับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน
2. ต้องไม่ถือหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญาในลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน
3. ต้องไม่กระทำการตาม 1 และ 2 ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม
4. ต้องไม่เป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม ไม่ว่าในนามของตนเองหรือให้ผู้อื่นเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นแทน หรือจะดำเนินการโดยวิธีการอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมที่สามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าว

**ประเด็นแรก**ที่ควรพิจารณาก่อนคือ การดำเนินการโดยวิธีการอื่นไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ที่ทำให้สามารถบริหารกิจการดังกล่าวได้ในทำนองเดียวกับการเป็นเจ้าของกิจการหรือถือหุ้นในกิจการดังกล่าวตามมาตรา 48 กับการรับสัมปทาน การเข้าเป็นคู่สัญญา หรือการถือหุ้น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) นั้น มีความหมายอย่างไร

เห็นว่า ข้อห้ามมิให้กระทำการไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมตามบทบัญญัติดังกล่าว มีเจตนาห้ามมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา กระทำการใด ๆ ที่สามารถใช้หรือถูกใช้สถานภาพหรืออำนาจหน้าที่เข้าไปมีส่วนได้เสียในบริษัทที่ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้าม บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวจึงมีความหมายรวมถึงการถือหุ้นในบริษัทที่แม้จะมีได้ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้ามโดยตรง แต่หากบริษัทนั้นเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่น (Holding Company) ที่ประกอบกิจการอันเป็น

การต้องห้ามในจำนวนมากพอที่จะทำให้มีอำนาจครอบงำกิจการของบริษัทที่ประกอบกิจการอันเป็นการต้องห้ามได้ ย่อมเป็นการกระทำโดยทางอ้อมตามความหมายของมาตรา 48 และมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) ดังกล่าว

**ประเด็นต่อไปคือ** รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีเจตนารมณ์ในการห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาอย่างไร

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าวที่มีขึ้นเพื่อป้องกันมิให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา อันเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์จากการดำรงตำแหน่งฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและองค์กรอื่น ๆ ด้วยการใช้ตำแหน่งหน้าที่เข้าไปแทรกแซงฝ่ายบริหารในเรื่องของการได้มาซึ่งสัมปทานและเป็นคู่สัญญาในลักษณะผูกขาดตัดตอน หรือการใช้อำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย ซึ่งอาจมีผลให้กิจการของบริษัทที่อยู่ในขอบข่ายตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 48 ได้รับประโยชน์อันมีผลให้สมาชิกรัฐสภาได้รับประโยชน์โดยทางอ้อมจากการถือหุ้นดังกล่าว หรือเข้าไปมีส่วนในการใช้ข้อมูลที่ดินได้รับรู้จากการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่แล้วไปแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว หรือใช้ตำแหน่งเข้าไปมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของบุคคลอื่นได้ อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวนี้จะต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 บัญญัติรับรองไว้ อันได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตามมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่าสิทธิของบุคคลในทรัพย์สินย่อมได้รับความคุ้มครองขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นนี้ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ การถือหุ้นอันเป็นการต้องห้ามตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงต้องไม่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกินไปกว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

**ประเด็นต่อไป** การถือหุ้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48 และมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) นั้นมีความหมายรวมถึงการถือหุ้นก่อนที่จะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาด้วยหรือไม่

เห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ นอกจากจะบัญญัติถึงการถือหุ้นของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไว้ตามมาตรา 48 และมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) แล้ว ยังบัญญัติถึงกรณีการถือหุ้นของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีไว้ในมาตรา 269 ด้วย โดยมาตรา 269 นอกจากจะบัญญัติห้ามนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีถือหุ้นในบริษัทแล้ว ยังบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนว่า ไม่ให้คงไว้ซึ่งความเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทต่อไปด้วย ฉะนั้น หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะห้ามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาคงไว้ซึ่งการถือหุ้น ก็จะต้องบัญญัติไว้ให้ชัดเจน ดังเช่นมาตรา 269

ยิ่งไปกว่านั้น การห้ามนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีไม่ให้ถือหุ้นและไม่ให้คงไว้ซึ่งความเป็นผู้ถือหุ้นดังกล่าวก็มีได้ห้ามเป็นการเด็ดขาด หากนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีประสงค์จะถือหุ้นต่อไป กฎหมายยังให้อำนาจแห่งความประสงค์ต่อประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ทั้งนี้ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี เป็นผู้ใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่มีอำนาจแสวงหาประโยชน์ได้มากกว่าการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฉะนั้น การห้ามการถือหุ้นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจึงน่าจะเบากว่าและผ่อนคลายกว่ามาตรการในการห้ามการถือหุ้นของนายกรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรี

นอกจากนี้ ผลของการกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 ประกอบมาตรา 48 ที่ทำให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา สิ้นสุดลงตามมาตรา 106 (6) และมาตรา 119 (5) นั้น บัญญัติให้สมาชิกภาพสิ้นสุดลงเมื่อกระทำการอันเป็นการต้องห้ามแล้ว ย่อมมีความหมายว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จะต้องมิใช่สมาชิกภาพก่อน จึงจะสิ้นสมาชิกภาพได้ การกระทำอันเป็นการต้องห้ามที่จะมีผลให้สิ้นสุดสมาชิกภาพ จึงต้องเป็นการกระทำภายหลังจากมีสถานะเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาแล้ว เว้นแต่เป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์จะห้ามรวมไปถึงการกระทำก่อนมีสถานะทางการเมือง กฎหมายจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ดังเช่นตามมาตรา 269 เป็นต้น

ยิ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะสมัครเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 101 และมาตรา 115 ก็ได้บัญญัติห้ามการถือหุ้นในบริษัทตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 48 และมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) แต่อย่างใด การถือหุ้นในบริษัทดังกล่าว จึงไม่เป็นการต้องห้ามไม่ให้สมัครเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา หากตีความว่าการถือหุ้นให้รวมถึงการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นด้วย ย่อมจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เนื่องจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา จะเริ่มตั้งแต่วันเลือกตั้ง หรือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหา ตามมาตรา 105 และมาตรา 117

หากจะตีความการถือหุ้นให้รวมถึงการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นด้วย ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา หรือผู้สมัครเป็นสมาชิกวุฒิสภาโดยการสรรหา ย่อมจะต้องขายหุ้นก่อนวันเลือกตั้งหรือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผล มิฉะนั้น ผู้สมัครที่ได้รับการเลือกตั้งหรือการสรรหาให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา แล้วแต่กรณี แต่มิได้ขายหุ้นก่อนวันเลือกตั้งหรือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผล ผู้ได้รับการเลือกตั้งหรือสรรหา ก็จะสิ้น

สมาชิกภาพทันทีในวันเลือกตั้งหรือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผล ซึ่งจะเป็นการตีความกฎหมายเคร่งครัดตามลายลักษณ์อักษรเกินไปกว่าความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี

อนึ่ง เมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) นี้แล้ว ปรากฏชัดว่าเป็นบทบัญญัติที่เคยมีมาก่อนในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ บางฉบับได้ห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นที่มีมาก่อนด้วย บางฉบับก็ได้ห้ามการคงไว้ซึ่งหุ้นที่มีมาก่อนดังตัวอย่างในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งเดิมมิได้มีข้อความห้ามการคงไว้ซึ่งการรับสัมปทานหรือเป็นคู่สัญญากับรัฐที่มีลักษณะต้องห้ามไว้ในมาตรา 108 วรรคหนึ่ง (2) แต่ต่อมาภายหลังเมื่อประสงค์จะขยายข้อห้ามไปถึงการคงไว้ซึ่งการรับสัมปทานหรือการเป็นคู่สัญญากับรัฐด้วย ก็จะต้องกระทำโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีข้อความห้ามการคงไว้ซึ่งสัมปทานหรือการเป็นคู่สัญญากับรัฐอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนด้วย ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 มาตรา 114 วรรคหนึ่ง (2) หรือในกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 110 วรรคหนึ่ง (2) ซึ่งมีได้ห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นในบริษัทที่มีลักษณะต้องห้ามนั้น ในชั้นยกร่างและพิจารณาของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ได้มีข้อเสนอเบื้องต้นให้เพิ่มบทบัญญัติที่ห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นของบริษัทที่มีลักษณะต้องห้ามด้วย หากประสงค์จะคงไว้ซึ่งหุ้นดังกล่าวต่อไปจะต้องแจ้งให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบ และต้องโอนหุ้นดังกล่าวให้นิติบุคคลที่จัดการทรัพย์สินของผู้อื่นถือแทน แต่สภาร่างรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยและมีมติให้ตัดร่างบทบัญญัติที่ห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นในบริษัทที่มีลักษณะต้องห้ามออกไป ดังปรากฏตามรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 19 วันที่ 15 กรกฎาคม 2540 เอกสารประกอบหมายเลข 2 ท้ายบันทึกความเห็นของนายบวรศักดิ์ อุวรรณโณ พยานบุคคลของผู้ร้องที่ 1 หน้า 224 ถึงหน้า 255 ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงมิได้มีบทบัญญัติห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นในบริษัทที่มีลักษณะต้องห้ามด้วย ซึ่งในการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้มีเจตนารมณ์ที่จะเปลี่ยนแปลงข้อห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) ให้ผิดไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่อย่างใด จึงมิได้บัญญัติข้อความห้ามการคงไว้ซึ่งการถือหุ้นเข้าไปด้วย ส่วนมาตรา 48 นั้น เมื่อใช้ข้อความลักษณะเดียวกับมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) จึงต้องตีความให้มีความหมายไปในทางที่สอดคล้องต้องกัน

ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยเสียงข้างมาก (6 ต่อ 2) ว่า การกระทำอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 จึงไม่รวมถึงการถือหุ้นที่มีมาก่อนวันเลือกตั้งหรือวันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ บริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และ (4) ประกอบมาตรา 48 นั้น มีลักษณะอย่างไร

เห็นว่า บริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และ (4) ประกอบมาตรา 48 นั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

(1) บริษัทที่ประกอบกิจการหนังสือพิมพ์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หรือโทรคมนาคม

(2) บริษัทที่รับสัมปทานจากรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับรัฐ หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ อันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอน การรับสัมปทานจากรัฐ ฯ หมายถึงการที่รัฐให้สิทธิกับเอกชนในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรของชาติหรือจากสิทธิประโยชน์อันเป็นสาธารณะ สัมปทานจึงรวมถึงประทานบัตรที่รัฐออกให้ด้วย ไม่ว่าจะเป็นการให้สิทธิอันมีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือไม่ก็ตาม

สำหรับประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยต่อไป คือ ผู้ถูกร้องทั้งสี่สืบสายกระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยถือหุ้นในบริษัทอันมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่

โดยเห็นควรวินิจฉัยประเด็นสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาก่อน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 105 บัญญัติให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเริ่มตั้งแต่วันเลือกตั้ง ซึ่งหมายถึงวันเลือกตั้งทั่วไปซึ่งในคดีนี้ได้แก่วันที่ 23 ธันวาคม 2550 และยังรวมถึงวันเลือกตั้งใหม่ในกรณีที่มีการเลือกตั้งใหม่ด้วย ซึ่งในคดีนี้ได้แก่วันที่ 20 มกราคม 2551 ส่วนสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภานั้น มาตรา 117 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้เริ่มตั้งแต่วันที่ที่มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา สำหรับสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งในคดีนี้ได้แก่วันที่ 2 มีนาคม 2551 แต่สำหรับสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหา ให้สมาชิกภาพเริ่มตั้งแต่วันที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการสรรหา ซึ่งในคดีนี้ได้แก่วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551

ในกรณีการถือหุ้นของนายกำธร พริ้งสุลกะ คู่สมรสของผู้ถูกร้องที่ 27 (นางนิภา พริ้งสุลกะ) ตามคำร้องอ้างว่า ถือหุ้นบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) อันเป็นการต้องห้ามหรือไม่ ข้อเท็จจริงในประเด็นนี้ฟังได้ว่า คู่สมรสของผู้ถูกร้องที่ 27 มิได้ถือหุ้นในบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยมา แต่ถือหุ้นในบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) โดยคู่สมรสของผู้ถูกร้องที่ 27 ถือหุ้นบริษัท รถไฟฟ้ากรุงเทพ จำกัด (มหาชน) มาก่อนได้รับเลือกตั้งเป็น

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว จึงไม่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสาม

สำหรับผู้ถูกร้องที่ 1 ถึงที่ 16, ที่ 18, ที่ 20 ถึงที่ 29, ที่ 31 ถึงที่ 32, ที่ 34 ถึงที่ 39, ที่ 41, ที่ 43 และที่ 45 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า เป็นผู้ถือหุ้นก่อนที่จะได้รับเลือกตั้งหรือสรรหาเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา แล้วแต่กรณี แม้จะยังคงถือหุ้นไว้หลังจากมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาแล้วก็ตาม ก็ไม่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48

ส่วนผู้ถูกร้องที่ 19, ที่ 30, ที่ 33, ที่ 40, ที่ 42 และที่ 44 ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทที่ถูกกล่าวหา มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบมาตรา 48 แล้วแต่กรณี ภายหลังจากที่เริ่มมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว โดย

ผู้ถูกร้องที่ 19 (นายสมเกียรติ ฉันทวานิช) ได้ซื้อหุ้นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 2 มกราคม 2551 จำนวน 20,000 หุ้น วันที่ 23 มกราคม 2551 จำนวน 20,000 หุ้น และวันที่ 18 กันยายน 2551 จำนวน 10,000 หุ้น ปรากฏตามรายการซื้อขายหลักทรัพย์ของบริษัทหลักทรัพย์ เอเชีย พลัส จำกัด (มหาชน) ที่ส่งให้แก่ผู้ถูกร้องที่ 19 เอกสารท้ายบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้ถูกร้องที่ 19 ลงวันที่ 10 กันยายน 2553

ผู้ถูกร้องที่ 30 (นายเกื้อกูล ด้านชัยวิจิตร) คู่สมรส คือ นางนลินี ด้านชัยวิจิตร ได้ซื้อหุ้นของบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 21 มกราคม 2551 จำนวน 1,000 หุ้น ปรากฏตามบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้ถูกร้องที่ 30 ลงวันที่ 10 กันยายน 2553 และหนังสือแจ้งรายละเอียดวันที่ซื้อขายหลักทรัพย์ที่แนบท้ายบันทึกถ้อยคำของผู้ถูกร้องดังกล่าว

ผู้ถูกร้องที่ 33 (นางมลวิมลย์ ธัญญสกุลกิจ) ได้ซื้อหุ้นของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2551 จำนวน 500 หุ้น วันที่ 29 กรกฎาคม 2551 จำนวน 300 หุ้น วันที่ 30 กรกฎาคม 2551 จำนวน 300 หุ้น วันที่ 1 สิงหาคม 2551 จำนวน 300 หุ้น และวันที่ 1 ธันวาคม 2551 จำนวน 1,000 หุ้น นอกจากนี้ ยังซื้อหุ้นของบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2551 จำนวน 1,000 หุ้น วันที่ 4 กันยายน 2551 จำนวน 500 หุ้น และวันที่ 6 มกราคม 2552 จำนวน 2,000 หุ้น ทั้งในวันที่ 28 พฤษภาคม 2551 ยังได้ซื้อหุ้นของบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) จำนวน 50,000 หุ้น ปรากฏตามรายการซื้อขายหลักทรัพย์ เอกสารท้ายคำชี้แจงของผู้ถูกร้องที่ 33 ต่อคณะกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการ

การเลือกตั้ง หมายเลข 3 หมายเลข 5 และหมายเลข 9 ตามลำดับ

ผู้ถูกร้องที่ 40 (นายบุญจง วงศ์ไตรรัตน์) คู่สมรส คือ นางกาญจนา วงศ์ไตรรัตน์ ได้ซื้อหุ้นบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2551 จำนวน 10,000 หุ้น วันที่ 13 พฤษภาคม 2551 จำนวน 20,000 หุ้น วันที่ 15 พฤษภาคม 2551 จำนวน 10,000 หุ้น วันที่ 10 มิถุนายน 2551 จำนวน 10,000 หุ้น และวันที่ 16 มิถุนายน 2551 จำนวน 10,000 หุ้น ปรากฏตามคำแถลงการณ์ปิดคดีของผู้ถูกร้องที่ 40 หน้า 10 และ 13 ประกอบคำชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 2552 ที่ผู้ถูกร้องยื่นต่อประธานอนุกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และรายการซื้อขายหลักทรัพย์ เอกสารแนบท้ายคำชี้แจงเพิ่มเติมดังกล่าว แผ่นที่ 1

ผู้ถูกร้องที่ 42 (ร้อยโท ปรีชาพล พงษ์พานิช) ได้ซื้อหุ้นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในช่วงเดือนมิถุนายน 2551 จำนวน 30,000 หุ้น ปรากฏตามหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2552 หน้า 4 ที่ผู้ถูกร้องที่ 42 ทำยื่นต่อประธานคณะกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งสอดคล้องกับบันทึกคำให้การของนายสุพจน์ เหล่าสุภา ผู้จัดการสำนักกฎหมายของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่ได้ให้การต่อคณะกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2552 และบัญชีการถือหุ้นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หน้า 2/2

ผู้ถูกร้องที่ 44 (หม่อมราชวงศ์ กิติวัฒนา (ไชยันต์) ปกมนตรี) ได้ซื้อหุ้นบริษัท ไทยเทเลโฟน แอนด์เทเลคอมมิวนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) เมื่อวันที่ 2 มกราคม 2551 จำนวน 50,000 หุ้น ปรากฏตามบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงของผู้ถูกร้องที่ 44 ส่วนที่ผู้ถูกร้องที่ 44 อ้างว่า เป็นหุ้นที่มีอยู่เดิมก่อนดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น กลับปรากฏจากบันทึกถ้อยคำของผู้ถูกร้องที่ 44 ที่ให้ไว้แก่ประธานกรรมการไต่สวนของคณะกรรมการการเลือกตั้งว่า ได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบสัดส่วน ตั้งแต่วันที่ 23 ธันวาคม 2550 ซึ่งเป็นวันเลือกตั้ง ดังนั้นจึงฟังได้ว่า ผู้ถูกร้องที่ 44 ได้หุ้นดังกล่าวมาหลังจากเริ่มมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว

การถือหุ้นของผู้ถูกร้องที่ 19, ที่ 33, ที่ 42 และที่ 44 ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการถือหุ้นของคู่สมรสของผู้ถูกร้องที่ 30 และที่ 40 เป็นการถือหุ้นภายหลังจากที่ผู้ถูกร้องทั้งหมดได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้ว



จึงมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไปว่า บริษัทที่ผู้ถูกร้องทั้งหกถือหุ้นภายหลังจากมีสมาชิกภาพเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้วนั้น เป็นบริษัทอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และ(4) ประกอบมาตรา 48 หรือไม่

เห็นว่า บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ประกอบกิจการค้าขายเชื้อเพลิง ซึ่งแม้จะมีใช้บริษัทที่ได้รับสัมปทานหรือเป็นคู่สัญญากับรัฐที่มีลักษณะผูกขาดตัดตอนก็ตาม แต่บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เป็นบริษัทผู้ลงทุนในบริษัทอื่น (Holding Company) เช่น ถือหุ้นในบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับสัมปทานในการสำรวจและขุดเจาะน้ำมันจากกระทรวงพลังงาน ร้อยละ 65.42 หรือถือหุ้นในบริษัท ปตท.เคมิคอล จำกัด (มหาชน) ซึ่งได้รับสัมปทานในการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา ไฟฟ้า จากกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมและกระทรวงพลังงาน ตามลำดับ จำนวนร้อยละ 49.16 อันเป็นจำนวนที่มากพอที่จะครอบงำกิจการได้เมื่อบริษัท ปตท.สำรวจ และผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) และบริษัท ปตท.เคมิคอล จำกัด (มหาชน) ได้รับสัมปทานจากหน่วยงานของรัฐ จึงเป็นบริษัทอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) การถือหุ้นในบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงเป็นการถือหุ้นในบริษัทอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามโดยทางอ้อม

สำหรับบริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน) ประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยได้รับสัมปทานในการสำรวจและขุดเจาะน้ำมันจากกระทรวงพลังงาน จึงเป็นบริษัทอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2)

ส่วนบริษัท ทีทีแอนด์ที จำกัด (มหาชน) ประกอบกิจการให้บริการโทรศัพท์ โดยได้รับสัมปทานจากองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย ปัจจุบันแปรสภาพเป็นบริษัทมหาชน ชื่อบริษัท ทีไอที จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็นหน่วยงานของรัฐ ซึ่งนอกจากจะเป็นบริษัทที่รับสัมปทานจากรัฐแล้ว ยังเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมอีกด้วย จึงเป็นบริษัทอันมีลักษณะเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 48

รัฐธรรมนูญห้ามการเข้าถือหุ้นในบริษัทที่ต้องห้าม โดยไม่ได้ระบุว่า จะต้องถือหุ้นจำนวนเท่าใด และไม่ได้ระบุว่า จะต้องใช้อำนาจบริหารงานหรือครอบงำกิจการหรือไม่ ฉะนั้น การถือหุ้นเพียงหุ้นเดียวก็ย่อมเป็นการถือหุ้นตามความหมายในรัฐธรรมนูญแล้ว แม้ผู้ถือหุ้นจะไม่มีอำนาจบริหารหรือครอบงำกิจการก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติห้ามการถือหุ้นไว้ชัดเจน ก็เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รวมทั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา มีช่องทางที่จะใช้หรือถูกใช้ตำแหน่งหน้าที่แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบในทางใดทางหนึ่ง

ดังนั้น แม้การซื้อหุ้นของผู้ถูกร้องที่ 19, ที่ 30, ที่ 33, ที่ 40, ที่ 42 และที่ 44 หรือ คู่สมรส จะเป็นการซื้อในตลาดหลักทรัพย์ และแม้จะเป็นการลงทุนระยะสั้นหรือเพื่อเก็งกำไร ก็ตาม ก็เป็นการห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) (4) และวรรคสาม ประกอบ มาตรา 48 แล้วแต่กรณี

#### 4. ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยเสียงข้างมาก (7 ต่อ 1) ว่า ผู้ถูกร้องที่ 19, ที่ 33 และที่ 42 กระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) ผู้ถูกร้องที่ 30 และที่ 40 กระทำการอันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (2) และวรรคสาม ส่วนผู้ถูกร้องที่ 44 กระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 265 วรรคหนึ่ง (4) ประกอบมาตรา 48 อันเป็นเหตุให้สมาชิกภาพของนายสมเกียรติ ฉันทวานิช ผู้ถูกร้องที่ 19, นายเกื้อกุล ต่านชัยวิจิตร ผู้ถูกร้องที่ 30, นางมลวิมลย์ ัญญูสกุลกิจ ผู้ถูกร้องที่ 33, นายบุญจง วงศ์ไตรรัตน์ ผู้ถูกร้องที่ 40, ร้อยโท ปรีชาพล พงษ์พานิช ผู้ถูกร้องที่ 42 และหม่อมราชวงศ์ กิติวัฒนา (ไชยันต์) ปกมนตรี ผู้ถูกร้องที่ 44 สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 106 (6) นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัย

ย่อโดย พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 3

**หมายเหตุ** ประกาศราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ตอนที่ วันที่

# ใบสมัครสมาชิก “วารสารศาลรัฐธรรมนูญ”

## วารสารศาลรัฐธรรมนูญ

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 326 ถนนจักรเพชร แขวงวังบูรพาภิรมย์  
เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

สมัครสมาชิก ค่าสมาชิก 300 บาท  
(1 ปี 3 เล่ม รวมค่าจัดส่งทางไปรษณีย์)

ราคาจำหน่าย เล่มละ 120 บาท

### ขอสมัครเป็นสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ชื่อ-สกุล.....

ที่อยู่..... รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์..... โทรสาร.....

ประจำปี พ.ศ..... เล่มที่.....

ตั้งแต่ พ.ศ..... ถึง พ.ศ.....

เล่มที่..... (ระบุให้ชัดเจน)

### พร้อมนี้ได้แนบนาณัติ

สั่งจ่าย ปณฝ.ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 10125 / เซ็คธนาคาร / ตัวแลกเงิน จำนวนเงิน..... บาท

โดยสั่งจ่ายในนาม ผู้อำนวยการส่วนการคลังและพัสดุ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ: ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคาร A)  
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่  
กรุงเทพมหานคร 10210

หรือ ติดต่อโดยตรงได้ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โทร. 0 2623 9600 ต่อ 3145, 3149 โทรสาร 0 2623 9646

การส่งบทความหรือข้อคิดเห็นเพื่อลงพิมพ์ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญและการติดต่อเรื่องอื่นๆ โปรดส่งหรือติดต่อบรรณาธิการวารสารศาลรัฐธรรมนูญ ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมแจ้งสถานที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก หากผู้เขียนใช้นามแฝง โปรดแจ้งนามจริงในหนังสือนำส่งบทความหรือข้อคิดเห็นนั้นด้วย



วารสาร

ISSN 1513-1246

# ศาลรัฐธรรมนูญ Constitutional Court Journal

ปีที่ 12 เล่มที่ 36 เดือนกันยายน - ธันวาคม พ.ศ. 2553

## ที่ปรึกษา

คณะกรรมการศาลรัฐธรรมนูญ

## บรรณาธิการ

นายเชาวนะ ไตรมาศ

## ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นายสนิท จรอนันต์

นายปัญญา อุดชาชน

นางพรทิภา ไสวสุวรรณวงศ์

## กองบรรณาธิการ

นายณดล ช.สรพงษ์

นายพิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์

นายสาโรช โชติพันธุ์

นายสุทธิรักษ์ ทรงศิริไฉ

นางจริยา อัครรักษ์

นางวิภาวรรณ หะวานนท์

นายธีรพงษ์ ธิติธำกูร

นางสาววราภรณ์ อมราพิทักษ์

พันโท ภาคภูมิ ศิลารัตน์

นายกมล โสคติโกคา

นายสิทธิพร เสาภายน

นายสมฤทธิ์ ไชยวงศ์

นางสาวกฤติยา อรรถากร

นายชาญณรงค์กรจักษ์ วีระขจร

นายกาญจน์ วรกุล

นางอัจฉริยา อนันตพงศ์

นายชวลิต ศรีโฉมงาม

นายสำราญ นานบุตร

นายบุญเสริม นาคสาร

## คณะเจ้าหน้าที่

นางฉัตรแก้ว เลิศไพฑูรย์

นายมนตรี กนกวาริ

นายชัยวิทย์ เดชมโนไพบูลย์

นางสาวปัทมา กลิ่นแก้ว

นายวรศักดิ์ สุทธิัญญวานิช

นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์

นายเวทิน รัตนพันธ์

นายจักรกฤษณ์ ศรีชัยภูมิ

นางสาวสุมาภรณ์ ศรีม่วง

นายชลภูมิ เย็นทรง

นายธงไชย คงมงคล

นายก่อเกียรติ สุระกา

นางสาวณัฐิยา ศรีศักดิ์

นายฐิติพงศ์ ฤกษ์เย็น

นายเจนวิวัฒน์ ต้องประสงค์

นายวิศรุต คิตติ

ว่าที่ร้อยตรี กัมพล อยู่มนัธรรมา

นายเฉลิมชล เกษจุโลม

นายชูศักดิ์ โพธิ์คัง

## สถานที่ติดต่อ :

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

326 อาคารบ้านเจ้าพระยารัตนาธิเบศร์ ถนนจักรเพชร

แขวงวังบูรพาภิรมย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

โทรศัพท์ 0 2623 9600 ต่อ 3145, 3149 โทรสาร 0 2623 9646

<http://www.constitutionalcourt.or.th>

## การสมัครเป็นสมาชิก :

ค่าสมัครสมาชิกวารสารศาลรัฐธรรมนูญ

ปีละ 300 บาท (รวมค่าจัดส่งไปรษณีย์)

“บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารศาลรัฐธรรมนูญเป็นวรรณกรรมของผู้เขียน

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย”

## สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคาร A)  
120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500

[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th) E-mail: [feedback@constitutionalcourt.or.th](mailto:feedback@constitutionalcourt.or.th)