ผลผูกพันของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา

LEGAL BINDING OF ADVISORY OPINION IN CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION TO PARLIAMENT

รจิตตรา นารถโคษา

Rachittra Nartkhosa

นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์: rachittra@gmail.com

Graduate student of Master of Law Program in Public law

Faculty of Law, Thammasat University : rachittra@gmail.com

Received : October 25, 2022

Revised : December 20, 2022

Accepted : January 5, 2023

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงผลผูกพันของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อรัฐสภา โดยเฉพาะคำวินิจฉัยอันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากจะปรากฏส่วนต่าง ๆ อันเป็นองค์ประกอบโดยทั่วไปของคำวินิจฉัยแล้ว ยังปรากฏว่าได้มีการกำหนดข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้ในคำวินิจฉัยด้วย ทำให้เกิดปัญหาว่าข้อเสนอแนะดังกล่าวซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยอันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายผูกพันรัฐสภาหรือไม่ รวมถึงประเด็นปัญหาที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญสมควรมีอำนาจในการกำหนดข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยได้หรือไม่อย่างไร

ในประเด็นปัญหาทั้งสองประการดังกล่าว ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวคิดของขอบเขตอำนาจที่ควรจะเป็นของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบรัฐสภา ทั้งในส่วนของแนวคิดการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ (Negative Legislator) หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และแนวคิดการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ซึ่งแนวคิดเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบรัฐสภานั้นมีขอบเขตที่จำกัดอยู่เช่นกัน รวมถึงเมื่อศึกษาถึงส่วนประกอบของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ทำให้เห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีส่วนที่ผูกพันและส่วนที่ไม่ผูกพันต่อรัฐสภา ซึ่งส่วนที่เรียกว่า “ข้อเสนอแนะ” ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนั้น เป็นส่วนที่ไม่ได้ผูกพันคู่ความในคดีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องแต่ประการใด ประกอบกับเมื่อเปรียบเทียบกับกรณี

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ อันได้แก่ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี และกรณีของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ก็มิได้มีการยอมรับว่าข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติแต่ประการใด ดังนั้น ข้อเสนอแนะที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นส่วนที่ไม่มีผลผูกพันต่อคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง จึงย่อมไม่ผูกพันรัฐสภาให้ต้องปฏิบัติตามเช่นกัน และเมื่อพิจารณาถึงบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญในการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ รวมถึงบทบาทการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ก็พบว่าแนวคิดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงกรอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จำกัดอยู่เฉพาะการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดผลการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เสร็จเด็ดขาดและสามารถยุติข้อพิพาทในทางกฎหมายได้เท่านั้น ประกอบกับบริบททางการเมืองของประเทศไทยที่ยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องของดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภาอยู่ ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัย และควรทำหน้าที่เพียงการประกาศความถูกผิดของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่ไปก้าวล่วงถึงความเหมาะสมว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วควรแก้ไขปรับปรุงหรือไม่ หรือควรมีเนื้อหาอย่างไร ส่วนการจัดทำข้อเสนอแนะของศาลนั้นควรอยู่ในลักษณะของการกำหนดระยะเวลาให้รัฐสภาแก้ไขกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น เพื่อป้องกันสุญญากาศทางกฎหมาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถกำหนดข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายในลักษณะดังกล่าวแก่รัฐสภาได้ โดยไม่ถือว่าก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ

คำสำคัญ

ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย, สถานะของข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา, ผลผูกพันของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา

ABSTRACT

The purpose of this article is to study legal binding of advisory opinion of Constitutional Court of Thailand to the Parliament. At present, decisions of the Constitutional Court of Thailand, especially the decisions of judicial review, are not only included general part of decisions but also the Court's advisory opinion that raised the problem whether the Court's advisory opinions have a legal binding to parliament or not, as well as the problem that the Constitutional Court should have the power to formulate advisory opinion in its decisions.

In order to obtain the answers, the author studied the concepts of jurisdiction of the constitutional court to examine Parliament. These concepts compose of Negative Legislator, Principle of Judicial self-restraint, and the role to give the final meaning to the constitution or law. The Study

shows a limited scope of the constitutional court's powers to examine parliament. In addition, the compositions of constitutional court’s decision have shown that which part of decision is binding and which part is non-binding to the Parliament. The study proofs that the advisory opinion is neither bound the parties, nor the parties involved. The author also make a comparative study of decisions of the foreign constitutional court such as those of the Federal Republic of Germany, the Republic of Korea and the supreme court of the United States. The results of the study found that there is non the case that the advisory opinion in constitutional court’s decisions is binding on the parliament as a law-making institution. In addition, when considering the roles of constitutional court under the Negative Legislator together with the principle of Judicial self-restraint and the role to give the final meaning to the constitution or law, which give that the constitutional court has only power to interpret the law to determine the case and to convey final decision to legal disputes. Moreover, the political context of Thailand still has issue in the balance of power between the Constitutional Court and the Parliament, thus, the author consider that the constitutional court should not prescribe the advisory opinion in the decision and should declare the constitutionality of law without suggestion on the issue of suitability of law or legal content. The constitutional court also should advice the appropriate time limit for the parliament to amend the unconstitutional laws in order to prevent a legal vacuum in a specific situation.

Keywords

Advisory Opinion of Constitutional Court of Thailand, Legal Status of Advisory Opinion of Constitutional Court to Parliament, Legal Binding of Advisory Opinion of Constitutional Court to Parliament

1. บทนำ

ประเทศไทยเริ่มมีศาลรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญ ก็ยังคงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมถึงคดีประเภทอื่นที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 211 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ คำวินิจฉัย[1] ของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากมีผลผูกพันต่อองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามฝ่าย ดังนั้นการกำหนดสิ่งใดไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญ จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนที่เรียกว่า “ข้อเสนอแนะ” อันเป็นข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏเป็นส่วนหนึ่งอยู่ในคำวินิจฉัยด้วย จึงเป็นประเด็นอันควรพิจารณาว่าข้อเสนอแนะที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลผูกพันรัฐสภาให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่ รวมถึงการให้ข้อเสนอแนะดังกล่าวนั้นสอดคล้องกับหลักการในทางกฎหมายหรือไม่

การตอบคำถามประเด็นดังกล่าวผู้เขียนจะแสดงให้เห็นถึงแนวคิดการให้ศาลรัฐธรรมนูญถ่วงดุลอำนาจรัฐสภา โดยจะนำเสนอถึงแนวคิดการถ่วงดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภาที่ก่อกำเนิดขึ้นและมีการพูดถึงในทางวิชาการ เพื่อแสดงว่าการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับแนวคิดดังกล่าวหรือไม่ จากนั้นจะเป็นการนำเสนอว่าส่วนใดของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันต่อรัฐสภาและองค์กรอื่น ๆ ซึ่งจะทำให้เห็นถึงขอบเขตของผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญชัดเจนขึ้น ต่อจากนั้นจะศึกษาเปรียบเทียบถึงกรณีตัวอย่างของการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติในต่างประเทศ โดยได้ยกกรณีตัวอย่างของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี และสหรัฐอเมริกา เพื่อให้เห็นถึงลักษณะการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ (Centralized Judicial Review) ดังกรณีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและแห่งสาธารณรัฐเกาหลี และประเทศที่ใช้ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ (Decentralized Judicial Review) ดังกรณีศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อให้เกิดมุมมองต่อประเด็นการให้ข้อเสนอแนะอย่างหลากหลายของศาลรัฐธรรมนูญไทย ผ่านคำวินิจฉัยและนำไปสู่การวิเคราะห์กรณีผลผูกพันในทางกฎหมายของข้อเสนอแนะดังกล่าวในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้ดียิ่งขึ้น

[1] คำวินิจฉัย (Judgement) คือผลของการวินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นการชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี ซึ่งเป็นสิ่งเดียวกับคำพิพากษาซึ่งปรากฏในระบบศาลยุติธรรมและศาลปกครอง.

2. แนวคิดการถ่วงดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา

แนวคิดการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เกิดการอภิปรายในเรื่องการมีองค์กรเพื่อพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยได้มีผู้เสนอแนวคิดในหลากหลายรูปแบบ แต่แนวความคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในยุโรปและในหลายประเทศคือแนวคิดของ ฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) นักกฎหมายชาวออสเตรีย ซึ่งได้เสนอแนวคิดการให้องค์กรตุลาการเข้ามาเป็นองค์กรพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจนหลายประเทศในภูมิภาคยุโรปและภูมิภาคเอเชีย เช่น สาธารณรัฐออสเตรีย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี ได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (constitutional court) ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ต่อมาเมื่อโลกเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ รัฐสมัยใหม่มีจุดมุ่งหมายที่จะเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) จึงทำให้รัฐมีภารกิจเป็นจำนวนมาก ดังนั้น บทบาทหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาของรัฐต่าง ๆ จึงมีมากขึ้นตามไปด้วย เช่น การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจรัฐบาล การอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของรัฐ การตัดสินใจในกิจการสำคัญทางระหว่างประเทศ ดังนั้น ทำให้ในปัจจุบันรัฐสภาไม่ได้ทำหน้าที่ในด้านนิติบัญญัติเพียงอย่างเดียวเช่นแต่ก่อน แต่ยังมีบทบาทสำคัญในการถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารและผลักดันนโยบายให้บรรลุเป้าหมายอีกด้วย จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญนอกจากมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นผลผลิตของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทในการทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจในด้านอื่น ๆ ของรัฐสภา รวมไปถึงการตรวจสอบคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภาด้วย ทั้งนี้ เมื่อสำรวจอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอันเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของรัฐสภาจะเห็นได้ว่าประกอบไปด้วย 3 ภารกิจหลักคือ ภารกิจการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ภารกิจการเป็นผู้ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ขององค์กรในระดับรัฐธรรมนูญ และภารกิจการเป็นผู้ชี้ขาดสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา

2.1 แนวคิดการให้ศาลรัฐธรรมนูญถ่วงดุลอำนาจกับรัฐสภา

การทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หรือการตรวจสอบการใช้อำนาจในด้านอื่น ๆ ของรัฐสภา รวมถึงการตรวจสอบคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภาโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการใช้อำนาจตรวจสอบอำนาจของผู้แทนราษฎร รวมถึงตัวผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจแทนปวงชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง ดังนั้น การศึกษาขอบเขตการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ซึ่งจะก่อให้เกิดความชัดเจนต่อเขตแดนอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ควรจะเป็น เพื่อมิให้เกิดสภาวะที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจน้อยจนเกินไปหรือมีอำนาจมากจนล้นเกิน ซึ่งย่อมไม่เป็นผลดีต่อระบบกฎหมายอย่างแน่นอน ดังนั้น ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอถึงแนวคิดดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา โดยจะได้นำเสนอในสามประเด็นคือ แนวคิดการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ (Negative Legislator) หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) และแนวคิดการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

2.1.1 แนวคิดการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบของศาลรัฐธรรมนูญ (Negative legislator)

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าแนวคิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของประเทศในภาคพื้นยุโรปนั้นเกิดขึ้นโดยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของฮันส์ เคลเซ่น (Hans Kelsen) โดยการกำหนดอำนาจหน้าที่ในการเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ตามแนวคิดของฮันส์ เคลเซ่น นั้น ได้กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติผู้มีหน้าที่ในการสร้างกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในสังคม หรือที่เรียกว่าฝ่ายนิติบัญญัติในทางบวก (Positive Legislator) ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ซึ่งถ้าหากว่ากฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นมีส่วนที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการลบล้างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น ด้วยการประกาศให้บทบัญญัติกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ จึงถือว่าศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ลบล้างกฎหมายหรือที่เรียกว่าฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ (Negative Legislator)[2] แนวคิดดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ (The Separation of Powers)[3] ด้วยเหตุว่าการทำหน้าที่นิติบัญญัติในทางลบของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยสามารถลบล้างบทบัญญัติกฎหมายจากการนำบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับกับกรณีตามคำร้องเท่านั้น ซึ่งเป็นการทำหน้าที่ปรับใช้บรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญที่มีอยู่แล้วในการตัดสินชี้ขาดคำร้อง โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ด้วยเจตจำนงของตน[4]

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีแนวความคิดที่มิได้จำกัดบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบเท่านั้น หากแต่เริ่มเข้ามามีบทบาทเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางบวก โดยการให้ศาลทำหน้าที่ในการช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการโต้แย้งว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเพื่อหลีกเลี่ยงสุญญากาศในทางกฎหมาย หรือการเข้าควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีละเลยการตรากฎหมายซึ่งมีภาระ

---

[2] ฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ (Negative Legislator) หรือฝ่ายนิติบัญญัติด้านกลับ.

[3] เนื่องจากในทางปฏิบัติของหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การแบ่งสันปันส่วนอำนาจทางการเมืองให้กระจายไปยังองค์กรฝ่ายต่าง ๆ (distribution of political power) โดยสภาพการแบ่งแยกอำนาจในระบอบประชาธิปไตยในความเป็นจริง คือการปันส่วนอำนาจแต่ละด้านออกเป็นหลาย ๆ ส่วน ซึ่งอำนาจแต่ละส่วนในด้านเดียวกันจะถูกใช้สำหรับกิจกรรมที่มีลักษณะต่างกัน โดยจะมีการกระจายแต่ละส่วนของอำนาจในทุกด้านไปให้กับองค์กรที่มีหน้าที่ในแต่ละฝ่ายอย่างสมดุลกัน ดังนั้น องค์กรฝ่ายตุลาการก็มีหน้าที่ในทางนิติบัญญัติอยู่ด้วยในบางลักษณะ ส่วนองค์กรฝ่ายบริหารก็มีหน้าที่ในทางตุลาการและหน้าที่ในทางนิติบัญญัติอยู่ด้วยในบางลักษณะเช่นกัน. ชาย ไชยชิต, ‘แนวคิดว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของ ฮันส์ เคลเซ่น’ (2564) 1 วารสารรัฐศาสตร์นิเทศมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1, 40-42.

[4] ชาย ไชยชิต, ‘แนวคิดว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของ ฮันส์ เคลเซ่น’ (2564) 1 วารสารรัฐศาสตร์นิเทศมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1, 43-47.

ผูกพันตามรัฐธรรมนูญ[5] แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศซึ่งยังมีข้อกังขาในด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและการคุ้มครองหลักประชาธิปไตย การสนับสนุนให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางบวกมากขึ้น อาจนำไปสู่การทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ฝ่ายนิติบัญญัติ และไม่ต้องมีความรับผิดชอบทางการเมืองดั่งเช่นฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญมิได้ทำหน้าที่เพียงช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ได้ก้าวล่วงเข้ามาเป็นฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ย่อมจะเกิดผลเสียต่อระบบกฎหมายอย่างแน่นอน หรือในกรณีที่ประเทศนั้นปกครองด้วยระบอบเผด็จการ ศาลรัฐธรรมนูญอาจกลายเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่รับรองการกระทำซึ่งไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบาลเผด็จการ และในบางกรณีศาลรัฐธรรมนูญยังแสดงบทบาทของการเป็นผู้ช่วงชิงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (the constituent power) และอำนาจนิติบัญญัติโดยปราศจากข้อสนับสนุนทางกฎหมาย ทั้งนี้ ประเด็นเรื่องขอบเขตการใช้อำนาจในการพิจารณาคดี ขอบเขตของผลคำวินิจฉัย รวมถึงระดับของการเข้าแทรกแซงอำนาจนิติบัญญัติของศาลรัฐธรรมนูญยังคงเป็นประเด็นที่ได้รับการอภิปรายและยังมีข้อถกเถียงถึงขอบเขตที่เหมาะสมอยู่ต่อไป[6]

2.1.2 หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint)

หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) เป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนาโดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญที่ใช้ในการอธิบายความสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย มีหน้าที่ผลักดันเจตจำนงทางการเมืองผ่านกระบวนการตรากฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีความ ชอบธรรมทางประชาธิปไตยสูง แต่เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ การควบคุมการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติจึงยังคงมีความจำเป็นอยู่สำหรับรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ยึดหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)[7] โดยหลักการดังกล่าวเริ่มมาจากคดี Marbury v. Madison ซึ่งได้มีการอธิบายถึงกรณีที่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางการเมืองของฝ่ายบริหาร ว่าศาลจะมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจตัดสินใจในทางบริหารของฝ่ายบริหารหรืออำนาจทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ เพียงไร โดยผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ได้อธิบายว่าหากมีการรับรองสิทธิเรียกร้อง ก็ย่อมหมายความว่าการรับรองมาตรการทางกฎหมายหรือช่องทางในการฟ้องร้องคดีด้วยเสมอ แต่เมื่อไรก็ตามที่การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นเรื่องอำนาจการตัดสินใจทางการเมืองโดยแท้ หรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจะต้องใช้อำนาจตัดสินใจด้วยตนเองโดยเฉพาะแล้วนั้น การคุ้มครองสิทธิ

---

[5] Brewer Carias, Allan-Randolph, *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study* (Cambridge University Press 2011) 31-32.

[6] เพิ่งอ้าง 34-35.

[7] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายถึงนิติรัฐ (Rechtsstaat) ว่า เป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบอบการปกครองที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจรัฐอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม โดยการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในนิติรัฐจะมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจรัฐ ต้องผูกพันตนกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และประการที่สอง รัฐจะต้องประกันและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมืองของตน ซึ่งลักษณะสำคัญ 2 ประการดังกล่าวเป็นลักษณะเบื้องต้นของรัฐที่ปกครองโดยยึดถือหลักนิติรัฐ ถึงแม้ว่าในทางทฤษฎียังไม่สามารถนิยามความหมายของนิติรัฐได้อย่างกระจ่างแจ้งก็ตาม. วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, อ่านกฎหมาย 2564) 257.

ขั้นพื้นฐานเช่นว่านั้นก็เป็นอันตกไป[8] กล่าวคือ การใช้อำนาจตัดสินใจในทางการเมืองจะเป็นกรณีที่กระทบต่อผลประโยชน์ของชาติในฐานะองค์รวม กรณีดังกล่าวนี้การตัดสินใจของฝ่ายบริหารให้ถือเป็นที่สุด และองค์กรตุลาการไม่สามารถตรวจสอบได้อีกต่อไป เช่น การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการระหว่างประเทศ การใช้กำลังทางทหารในสถานการณ์ฉุกเฉิน รวมถึงการดำเนินนโยบายสำหรับกิจการภายในประเทศ ซึ่งการใช้อำนาจของศาลต่อกรณีข้างต้นจะต้องตกอยู่ภายใต้หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ[9] จนในปัจจุบันศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายอเมริกัน ก็ได้ยึดหลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการมาโดยตลอด โดยหากกรณีที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเรื่องที่ฟ้องร้องต่อศาลนั้นเป็นเรื่องในการตัดสินใจในทางการเมืองซึ่งอยู่ในแดนอำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาจะไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาวินิจฉัย และปล่อยให้เป็นอำนาจในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ก็ได้รับแนวคิดของหลักการดังกล่าวเข้ามาใช้เช่นกัน หากแต่ยังมีประเด็นที่นักวิชาการกฎหมายเยอรมันยังคงอภิปรายและถกเถียงกันอยู่ว่าการรับหลักการดังกล่าวเข้ามาในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถรับเข้ามาใช้ได้ในระดับใด อย่างไรก็ตาม เป็นที่สังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีจะจำกัดอำนาจตนเองค่อนข้างมากในเรื่องที่เกี่ยวกับกิจการระหว่างประเทศ และกิจการทางเศรษฐกิจ แต่หากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้วศาลก็จะใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเต็มที่[10]

2.1.3 แนวคิดการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายว่าสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นที่ยุติและมีผลผูกพันในทางกฎหมาย จึงเกิดแนวความคิดที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญคือผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความเพื่อให้ความหมายสุดท้ายแก่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายนั้น จะสามารถเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายนั้นเป็นประเด็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และการตีความบทบัญญัตินั้นจะทำให้เกิดผลการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เสร็จเด็ดขาดไปจากศาลและสามารถยุติข้อพิพาทในทางกฎหมายได้ โดย

[8] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) 166 cited in Brugger, Winfried, Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison, JS 43 (2003), 320, 322. อ้างถึงใน ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 'ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ' (2557) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 100, 106.

[9] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 'ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ' (2557) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 100, 106.

[10] เพิ่งอ้าง 111-117.

ศาลรัฐธรรมนูญสามารถอธิบายไปในคำวินิจฉัยได้ว่าศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีความหมายอย่างไร[11] อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจในการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแต่องค์กรรัฐอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หากได้ตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเพื่อใช้อำนาจมหาชนไปตามการตีความของตนแล้วและไม่มีผู้ใดโต้แย้ง ก็ไม่มีข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมถือได้ว่าองค์กรรัฐดังกล่าวนั้นเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้ หรือกรณีที่เรื่องดังกล่าวมิได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมถือว่าองค์กรรัฐดังกล่าวเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้เช่นกัน ดังนั้น ผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญจึงอาจเป็นได้ทั้งศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรรัฐอื่น ๆ แล้วแต่กรณี

2.2 ส่วนประกอบของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันรัฐสภาและองค์กรอื่น ๆ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นประกอบด้วยความเป็นมาของเรื่องหรือคำกล่าวหา ข้อเท็จจริงที่ได้จากประเด็นที่พิจารณา ประเด็นแห่งคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ยกขึ้นมาอ้างอิง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมาย เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การสรุปผลทางกฎหมาย และคำบังคับ[12] ซึ่งมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าส่วนใดของคำวินิจฉัยที่จะส่งผลผูกพันต่อคู่ความในคดีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในส่วนของความเป็นมาของเรื่องหรือคำกล่าวหานั้น คือข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีที่ผู้ร้องได้กล่าวมาในคำร้อง ย่อมเป็นเพียงเหตุการณ์โดยทั่วไปที่ผู้ร้องกล่าวถึง เพื่อแสดงเหตุอันเป็นที่มาที่ไปของเรื่องที่เป็นเหตุให้ต้องนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล เพื่อให้ศาลได้ทราบที่มาที่ไปของคดีเท่านั้น ส่วนข้อเท็จจริงที่ได้จากประเด็นที่พิจารณาก็เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ผู้ร้องเขียนมาในคำร้องแล้วมีการสรุปออกมาเป็นข้อเท็จจริงที่จะนำมาสู่การพิจารณาวินิจฉัยเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่ใช่ส่วนที่มีผลผูกพันในคำวินิจฉัย และในส่วนของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ศาลปรับใช้ในคดีและการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมาย เป็นส่วนที่ศาลจำเป็นจะต้องระบุไว้ในคำวินิจฉัย เพื่อแสดงถึงบทบัญญัติกฎหมายอันเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจของศาล ที่จะเป็นการชี้ให้เห็นว่าศาลพิจารณาพิพากษาคดีจากฐานทางกฎหมาย มิใช่อำนาจประการอื่นหรืออำนาจที่ศาลสถาปนาขึ้นเอง และเมื่อศาลสรุปข้อเท็จจริงที่ได้จากประเด็นที่พิจารณาแล้ว ศาลก็จะนำข้อเท็จจริงที่สรุปได้นั้นมาปรับเข้ากับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยศาลจะต้องเขียนคำวินิจฉัยโดยนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีปรับเข้ากับบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ผลชี้ขาดคดี ซึ่งการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับบทบัญญัติกฎหมายนั้น ศาลจะต้องอาศัยการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งยังเป็นประเด็นที่ต้องศึกษากันต่อไปว่าการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นบรรทัดฐานแก่ศาลอื่นหรือองค์กรของรัฐอื่น ๆ ให้ต้องปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกระทำหรือไม่ แต่โดยสรุปแล้วส่วนของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายนั้น ประกอบไปด้วยประเด็นแห่งคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัย เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การสรุปผลทางกฎหมาย และคำบังคับ

---

[11] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ‘การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2550) 11-12.

[12] ธีระ สุธีวรางกูร, *คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, ภาพพิมพ์ 2560) 136.

ประเด็นแห่งคดีเป็นสิ่งที่ศาลจะต้องวินิจฉัยเพื่อให้ได้ผลแห่งคดีออกมาตามประเด็นที่ศาลได้ตั้งไว้ และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องพิจารณาประเด็นแห่งคดีนั้นในทุกประเด็น ซึ่งประเด็นแห่งคดีที่ศาลได้ตั้งไว้ย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมายว่าศาลได้พิจารณาในประเด็นนั้น ๆ ไปเป็นที่เรียบร้อยแล้ว นอกจากประเด็นแห่งคดีในคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันแล้ว เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยก็ย่อมมีผลผูกพันด้วยเช่นกัน แต่ไม่ใช่เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยทุก ๆ เหตุผลจะมีผลผูกพัน เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพัน (Bindungswirkung) คือเฉพาะส่วนที่เรียกว่า “เหตุผลที่เป็นสาระสำคัญ” (die tragenden Gründe)[13] *“ซึ่งหมายความถึงส่วนที่เป็นเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ตีความรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในการที่จะตัดสินชี้ขาดปัญหาแห่งคดี ที่ไม่อาจตัดไปได้ หากตัดออกไปแล้วย่อมทำให้ผลการวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมหรือไม่อาจวินิจฉัยให้ผลได้”*[14] ส่วนที่ไม่มีผลผูกพัน คือส่วนที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญในคำวินิจฉัย ซึ่งหมายความถึงส่วนที่เป็นข้อความที่ประกอบอยู่ในคำวินิจฉัยที่ไม่ใช่เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ตีความรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเพื่อตัดสินชี้ขาดปัญหาแห่งคดี และเป็นส่วนที่แม้ตัดออกไปแล้วก็ย่อมไม่ทำให้ผลการวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งอาจเรียกได้ว่า “ข้อความที่ไม่มีก็ได้”[15] ซึ่งได้แก่ ข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายที่ศาลถือโอกาสแสดงออกมาในคำวินิจฉัย โดยที่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของชุดเหตุผลและมิได้เป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างหลักกฎหมายกับผลการวินิจฉัย[16] ซึ่งข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายที่ไม่มีก็ได้ดังกล่าวนั้นในภาษาลาตินเรียกว่า “obiter dicta” ส่วนการสรุปผลทางกฎหมาย คือผลชี้ขาดของประเด็นแห่งคดีว่ามีผลอย่างไร การสรุปผลทางกฎหมายจึงเป็นหัวใจสำคัญของคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยที่เป็นผลผลิตของกระบวนการพิจารณาคดีของศาลในคดีนั้น ๆ ดังนั้น ย่อมเป็นส่วนที่มีผลผูกพันต่อคู่ความและบุคคลที่เกี่ยวข้อง และในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการออกคำบังคับได้ ศาลจะกำหนดคำบังคับไว้ในคำวินิจฉัย เพื่อให้คู่ความในคดีหรือองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลได้เช่นกัน ทั้งนี้ คำบังคับย่อมต้องเป็นส่วนที่ผูกพันคู่ความหรือองค์กรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3. การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติในต่างประเทศ

ตามที่กล่าวไปแล้วในหัวข้อก่อนว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นประกอบไปด้วยสิ่งใดบ้าง ซึ่งกล่าวได้ว่ามีทั้งส่วนที่ผูกพันและไม่ผูกพันตามกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม นอกจากส่วนประกอบของคำวินิจฉัยที่ปรากฏโดยทั่วไปตามที่ได้กล่าวมาในหัวข้อก่อนนั้น ยังมีส่วนที่ปรากฏในคดีโดยเฉพาะคดีที่พิจารณาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดส่วนที่เรียกว่า “ข้อเสนอแนะ” เอาไว้ในคำวินิจฉัยคดีกลุ่มนี้ด้วย ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะนำเสนอ

[13] บรรเจิด สิงคเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (วิญญูชน 2544), 300-302.

[14] อานนท์ มาเม้า, *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 185.

[15] เพิ่งอ้าง 186.

[16] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BVerfGE 96, 375 (404).

ผลการศึกษาเปรียบเทียบว่าองค์กรตุลาการผู้ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในต่างประเทศนั้นมีทัศนะและแนวปฏิบัติต่อประเด็นของการกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัยไว้อย่างไร โดยจะศึกษาเปรียบเทียบลักษณะการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อฝ่ายนิติบัญญัติในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐเกาหลี รวมถึงการให้ข้อเสนอแนะของศาลสูงสุดต่อฝ่ายนิติบัญญัติของสหรัฐอเมริกาเพื่อจะนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยต่อไป

3.1 การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภาเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht)[17] เป็นองค์กรตุลาการซึ่ง ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน รวมถึงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ตามที่กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ (The basic law)[18] หรือตามที่รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BverfGG) กำหนดไว้ โดยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ (Centralization Judicial Review) กล่าวคือ มีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เพียงศาลเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ซึ่งเป็นระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบเดียวกับที่ประเทศไทยใช้

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ มีคำวินิจฉัยในคดีอันเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ปรากฏว่ามีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้กำหนดข้อเสนอแนะเอาไว้ในคำวินิจฉัย กล่าวคือ ในคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เห็นว่าบทบัญญัติในกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เลือกที่จะไม่วินิจฉัยให้บทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวเป็นโมฆะ แต่กลับมีคำวินิจฉัยให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปทำการแก้ไขกฎหมายให้ถูกต้องต่อไป[19] หรือในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เห็นว่าบทบัญญัติในกฎหมายไม่ถึงกับขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพียงแต่บทบัญญัติดังกล่าวนั้นมีความผิดพลาดบางประการ ซึ่งอาจจะกระทบต่อหลักการที่สำคัญในรัฐธรรมนูญได้ แต่ความผิดพลาดดังกล่าวไม่ถึงกับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (noch verfassungsgemäß) ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ก็จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไปปรับปรุงกฎหมาย โดยกำหนดเวลาที่แน่นอนให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อทำการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้แล้วเสร็จ ซึ่งเรียกการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอแนะแก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ (Apellentscheidung)[20] กรณีดังกล่าวปรากฏในคดี Wahlkreiseinteilung[21] โดยประเด็นข้อพิพาทใน คดีนี้ คือ ปัญหาที่ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง (Bundestagswahlgesetz) ที่ได้กำหนดเขตเลือกตั้งไม่สอดคล้องกับจำนวนประชากรในแต่ละเขตนั้น ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดกับหลักความเสมอภาคในการเลือกตั้งหรือไม่ ศาล

[17] ศาลรัฐธรรมนูญในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht) ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ.

[18] กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์ (The basic law) เป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.

[19] Schulte, Martin, DVBl. 103 (1988), 1200, 1201; Ossenbühl, Fritz, FS BVerfG (2001), Band 1, 33, 46 f.; Schneider, Hans-Peter, NJW (1980), 2103, 2110.

[20] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ (เชิงอรรถที่ 9) 125.

[21] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BVerfGE 16, 130 ff.

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้วินิจฉัยว่า แม้การแบ่งเขตเลือกตั้งจะมีปัญหาความถูกต้องตรงกันกับสัดส่วนจำนวนประชากรจริง แต่ความผิดพลาดดังกล่าวยังไม่ถึงกับขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เพราะความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเลือกตั้งดังกล่าวนั้นยังไม่ถึงขนาดที่เห็นได้อย่างชัดแจ้ง จึงถือว่าบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องไปปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเลือกตั้งภายในสมัยนิติบัญญัติที่เหลืออยู่ เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต[22] ซึ่งการใช้อำนาจเตือนหรือออกข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์และเป็นที่ถกเถียงกันในแวดวงวิชาการกฎหมายเยอรมันในเชิงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นมีความถูกต้อง เหมาะสม และชอบธรรมต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ โดยความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแน่นอน เพราะเป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ จำกัดอำนาจดุลพินิจในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers) ในขณะที่ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่าการที่กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นมีปัญหาต่าง ๆ หรือมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ อาจพิพากษาให้กฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นโมฆะตั้งแต่แรกก็ได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการทำลายดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติลงอย่างสิ้นเชิง และอาจมีผลเสียต่อส่วนรวมมากกว่าการปล่อยให้กฎหมายดังกล่าวมีผลอยู่ต่อไปก็เป็นได้ และปล่อยให้การแก้ไขเนื้อหาของกฎหมายยังเป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติเองอยู่อย่างเดิม ทั้งนี้ ในแวดวงวิชาการกฎหมายเยอรมันก็ยังไม่มีความเห็นที่เป็นที่ยุติว่าการใช้อำนาจดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯนั้นสามารถยอมรับได้หรือไม่ โดยเฉพาะในประเด็นที่ว่ากรณีดังกล่าวเป็นการก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาหรือไม่[23]

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯได้วินิจฉัยชี้ขาดคดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วศาลเห็นว่าบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวนั้นเป็นโมฆะ และยังกำหนดต่อไปในคำวินิจฉัยว่า ศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวนั้นควรจะกำหนดไว้ว่าอย่างไร เช่น ในคดี Schwangerschaftsabbruch II[24] โดยประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้คือ ปัญหาที่ว่ารัฐบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมัน และรัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ที่ผ่านความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้วมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเนื้อหาในรัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นการกำหนดให้ผู้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้วินิจฉัยว่า รัฐบัญญัติทั้งสองนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและให้มีผลเป็นโมฆะ และในคำวินิจฉัยนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้กำหนดรายละเอียดอันเป็นหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว โดยศาลกำหนดหลักเกณฑ์การให้คำปรึกษาของผู้เชี่ยวชาญสำหรับการยุติการตั้งครรภ์ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง รวมถึงรายละเอียดของหน่วยงานที่ให้คำปรึกษาเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ด้วย[25] คำวินิจฉัยดังกล่าวได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้ก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเท่ากับเป็นการ

[22] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ (เชิงอรรถที่ 9) 127.

[23] เพิ่งอ้าง 129.

[24] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BVerfGE 88, 203.

[25] ก่อนหน้านี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายยุติการตั้งครรภ์มาแล้ว ในคดี Schwangerschaftsabbruch I คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ BVerfGE 39, 1.

ละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากการกำหนดรายละเอียดวิธีการต่าง ๆ ที่ปรากฏในเนื้อหาของกฎหมายนั้นเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะเป็นผู้ออกแบบกฎหมายให้สอดคล้องกับนิตินโยบาย (Legal Policy) และความเป็นไปของสังคม ซึ่งการกระทำดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เท่ากับเป็นการก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย อย่างไรก็ตาม นักวิชาการบางคนเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาของผู้เชี่ยวชาญในการยุติการตั้งครรภ์นั้นเป็นเพียงการให้ความเห็นโดยทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ เท่านั้น ไม่มีผลผูกพันรัฐสภาให้ต้องตรากฎหมายตามที่ศาลเสนอไว้ เพราะหากรัฐสภาเห็นว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในรูปแบบอื่นเป็นสิ่งที่เหมาะสม และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐสภาก็สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ตามที่เห็นสมควรได้[26]

3.2 การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภาเกาหลีใต้

ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี เป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมถึงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Court Act) ได้กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่เอาไว้ โดยสาธารณรัฐเกาหลีมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมอำนาจ (Centralization Judicial Review) เช่นเดียวกับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทย

การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีนั้น ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอยู่บ้าง โดยเฉพาะคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยปรากฏในลักษณะของการให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวปรากฏในคดีอายุความฟ้องคดีในการปฏิเสธความเป็นบิดา[27] ซึ่งเกิดขึ้นจากการที่ประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐเกาหลี ได้กำหนดบทสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าเด็กที่เกิดจากภรรยาที่ตั้งครรภ์ในระหว่างสมรสให้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรของสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่สามีสามารถปฏิเสธความเป็นบิดาของบุตรดังกล่าวได้ หากปรากฏว่าศาลได้พิพากษาว่าสามีนั้นมิใช่บิดาของเด็ก โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดอายุความในการยื่นฟ้องสำหรับการปฏิเสธความเป็นบิดาเอาไว้ โดยบิดาจะต้องฟ้องดำเนินคดีกับเด็กหรือมารดาภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการเกิดของเด็ก ปรากฏว่าได้มีผู้ฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดาต่อศาลยุติธรรม แต่ได้ฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการเกิดของเด็กไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงได้โต้แย้งต่อศาลว่าบทบัญญัติที่กำหนดอายุความในการยื่นฟ้องสำหรับการปฏิเสธความเป็นบิดาดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจึงส่งคำร้องดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้บิดาจะต้องฟ้องดำเนินคดีกับเด็กหรือมารดาภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการเกิดของเด็กเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการกำหนดระยะเวลาที่ทำให้ยากหรือเป็นไปไม่ได้ที่จะใช้สิทธิฟ้องคดี ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับ

[26] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (เชิงอรรถที่ 11) 69-70.

[27] Case on the Statute of Limitation for Action of Denial of Paternity, 9-1 KCCR 193, 95Hun-Ka14 et al., March 27, 1997.

รัฐธรรมนูญต่อไป โดยในคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ข้อเสนอแนะแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly)[28] ในการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้มีระยะเวลาที่เหมาะสม ศาลได้ให้ตัวอย่างกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิสที่กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บิดารู้ว่าไม่ได้เป็นบุตรของตน แต่มิให้เกินกว่าห้าปีนับแต่เด็กเกิดโดยปราศจากเหตุผลพิเศษประการอื่นอันเป็นเหตุที่ทำให้ไม่อาจฟ้องคดีได้ แต่อย่างไรก็ตาม การให้ข้อเสนอแนะดังกล่าวเป็นการให้ความเห็นในลักษณะข้อเสนอแนะทั่วไป (advisory opinion) ทั้งที่เดิมศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีไม่เห็นด้วยกับการให้ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัย[29]

นอกจากนี้ ยังปรากฏกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในบางส่วน แต่การให้กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเสียไปทั้งฉบับอาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวยังคงมีผลต่อไปได้ และให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายต่อไป[30] ดังตัวอย่างกรณีคดีรัฐบัญญัติสัญชาติ[31] คดีดังกล่าวเกิดจากกฎหมายสัญชาติของสาธารณรัฐเกาหลีในขณะนั้นยึดถือการให้สัญชาติเป็นไปตามระบบสายโลหิตของบิดา กล่าวคือ เดิมบุคคลใดที่มีบิดาเป็นชาวเกาหลีใต้แต่มารดาเป็นชาวต่างชาติผู้นั้นจึงจะได้รับสัญชาติของสาธารณรัฐเกาหลี กลับกันหากบุคคลใดมีมารดาเป็นชาวเกาหลีใต้แต่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติผู้นั้นไม่มีสิทธิได้รับสัญชาติของสาธารณรัฐเกาหลี แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการกำหนดกฎหมายสัญชาติใหม่ โดยกำหนดให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติแต่มีมารดาเป็นชาวเกาหลีใต้ และบุคคลดังกล่าวนั้นเกิดก่อนกฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ใช้บังคับภายในระยะเวลา 10 ปี มีสิทธิได้รับสัญชาติของสาธารณรัฐเกาหลีได้ กรณีดังกล่าวจึงมีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคต่อบุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติแต่มีมารดาเป็นชาวเกาหลีใต้ แต่เกิดก่อนระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้สิทธิ ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ข้อความดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าหากกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปทั้งหมด จะทำให้บทบัญญัตินั้นสิ้นผลไป ย่อมก่อให้เกิดผลเสียต่อบุคคลผู้มีสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับต่อไป แต่ให้ข้อเสนอแนะแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติว่าจะต้องไปดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไปได้ และศาลกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายใน

---

[28] สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (National Assembly) คือรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติของสาธารณรัฐเกาหลี.

[29] Jin - Su Yune, 'Recent Decisions of the Korean Constitutional Court on Family Law' (2001) 1 Journal of Korean Law 133, 144.

[30] วรรณา สุพรรณธะธิดา, 'ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้' (2551) 28 วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 82, 97.

[31] Nationality Act Case, 12-2 KCCR 167, 97Hun-Ka12, August 31, 2000.

ระยะเวลาที่กำหนดด้วย ได้แก่กรณีคดีความผิดอาญาในการทำแท้ง[32] โดยคดีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีได้มีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดความผิดอาญาอันเกี่ยวกับการทำแท้งนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวสิ้นผลไปในทันที หากแต่กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยศาลได้กำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติต้องแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2563 และศาลยังกำหนดอีกว่าหากสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่สามารถผ่านร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้บทบัญญัติดังกล่าวที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลไปทันที

จะเห็นได้ว่ากรณีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลี ที่ศาลชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลได้ให้ข้อเสนอแนะเป็นการให้แนวทางแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติว่าควรแก้ไขกฎหมายในรายละเอียดอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการให้ข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายซึ่งเป็นรายละเอียดอันเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ และศาลมิใช่ที่ปรึกษากฎหมายหรือผู้ดำเนินการด้านนิตินโยบาย ศาลมีอำนาจเพียงชี้ขาดว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในทางกลับกันฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายที่จะต้องใช้ดุลพินิจในการกำหนดกฎเกณฑ์ทางสังคมเพื่อที่จะสนองต่อนิตินโยบายที่เหมาะสมที่สุดแก่สังคมต่อไป ดังนั้น การที่ศาลเข้าไปเสนอแนะถึงรายละเอียดในการแก้ไขกฎหมายก็เท่ากับเป็นการก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ส่วนกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญให้มีผลสิ้นไปในอนาคต และกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป หรือการที่ศาลกำหนดให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่กำหนด หากพ้นกำหนดไปแล้วก็ให้บทบัญญัติกฎหมายนั้นสิ้นผลไป ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงเหตุผลในทางปฏิบัติ มิใช่การคำนึงถึงเพียงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ ในกรณีกฎหมายที่เคยถูกบังคับใช้มาอย่างยาวนานจะต้องหายไปจากระบบกฎหมายในทันทีเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความสับสนต่อการปฏิบัติตนของคนในสังคมและต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย อันเนื่องมาจากยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ รองรับกับกรณีที่จะเกิดขึ้นตามมาหลังจากที่บทบัญญัติดังกล่าวสิ้นสภาพไปทันที การกระทำของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวมิได้เป็นการก้าวล่วงอำนาจดุลพินิจในการกำหนดรายละเอียดการตรากฎหมาย และมิได้ก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะแก้ไขหรือไม่แก้ไขกฎหมายนั้น เพียงแต่หากสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่แก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัติดังกล่าวก็เพียงสิ้นผลไปเท่านั้น

3.3 การให้ข้อเสนอแนะของศาลสูงสุด (Supreme Court) ต่อรัฐสภาอเมริกัน

ในส่วนนี้จะได้แสดงถึงผลการศึกษาเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในเรื่องการให้ข้อเสนอแนะขององค์กรตุลาการในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายอีกระบบหนึ่ง คือ ระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และมีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายอำนาจ (Decentralized Judicial Review) ระบบดังกล่าวกำหนดให้ศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาล้วนมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ด้วยตนเอง ซึ่งเป็นระบบที่ตรงข้ามกับระบบที่ประเทศไทยใช้ แต่เนื่องจากเพื่อให้เห็นถึงทัศนะและแนวปฏิบัติขององค์กร

[32] Case on the Crimes of Abortion, 2017Hun-Ba127, April 11, 2019.

ตุลาการในประเทศที่เป็นต้นแบบของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และประสบความสำเร็จต่อการจัดการในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ จนเป็นประเทศที่ถือว่ายึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเข้มแข็งอีกประเทศหนึ่งในโลก ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้นำเสนอแนวคิดการให้ข้อเสนอแนะขององค์กรตุลาการต่อฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่จะขอเปรียบเทียบเฉพาะศาลในระดับสหพันธ์ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็คือ ศาลสูงสุด (Supreme Court) ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของระบบศาลในระดับสหพันธ์ และทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่สภาคองเกรส (United States Congress) ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในระดับสหพันธ์ของประเทศตราขึ้นด้วย โดยในช่วง 2 ศตวรรษที่ผ่านมา สถาบันการเมืองที่สำคัญของสหรัฐอเมริกาทั้งสามสถาบัน กล่าวคือ ประธานาธิบดี สภาคองเกรส และศาลสูงสุด ต่างก็พยายามแสดงบทบาทโดยการใช้อำนาจที่มีของตนเพื่อแสดงให้เห็นบทบาทที่โดดเด่นของแต่ละองค์กร ซึ่งในบางครั้งก็ทำให้เห็นภาพของการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรในลักษณะขัดแย้งกันอยู่บ้าง[33] เช่น ในกรณีที่ศาลสูงสุดตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แล้วปรากฏว่าสภาคองเกรสไม่เห็นด้วยกับการตีความบทบัญญัติดังกล่าว โดยหากสภาคองเกรสยังคงยืดมั่นในเจตจำนงที่จะตรากฎหมายที่เห็นว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญออกมาบังคับใช้ ก็จะเห็นการที่สภาคองเกรสตอบโต้การตีความกฎหมายของศาลสูงสุดด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สามารถตรากฎหมายที่ศาลเคยชี้ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ หรือเพื่อให้เกิดผลตามเจตจำนงประการใดประการหนึ่งตามที่สภาคองเกรสต้องการให้เกิดขึ้น แม้ว่าจะขัดกับคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ก็ตาม[34]

---

[33] ‘การเมือง โครงสร้างทางการเมืองของสหรัฐฯ’ (เว็บไซต์สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงวอชิงตัน) < https://thaiembdc.org/th/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%87/> สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2565.

[34] ยกตัวอย่างเช่น กรณีคดี Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112 (1970). คดีนี้มีที่มาเนื่องจากในช่วงดังเวลาที่คดีเกิดขึ้น สหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้มีอายุ 18 ปี จะต้องเข้ารับการเกณฑ์ทหาร หากแต่รัฐธรรมนูญในขณะนั้นกำหนดให้บุคคลผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องมีอายุ 21 ปีขึ้นไป ซึ่งทำให้บุคคลผู้ต้องไปเกณฑ์ทหารเพื่อประเทศชาตินั้นกลับไม่มีสิทธิในการเลือกตั้ง จึงเกิดการประท้วงต่อต้านสงครามและต่อต้านการเกณฑ์ทหารในสหรัฐอเมริกา สภาคองเกรสจึงแก้สถานการณ์โดยการผ่านร่างรัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิการเลือกตั้ง ค.ศ. 1970 (Voting Right Act of 1970) ที่กำหนดให้สิทธิเลือกตั้งแก่บุคคลที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไป ในการเลือกตั้งทุกระดับ และกำหนดข้อห้ามในการใช้เกณฑ์ทดสอบความรู้เพื่อพิจารณาให้สิทธิเลือกตั้ง แต่อย่างไรก็ตาม มลรัฐโอเรกอนไม่เห็นด้วยและคัดค้านกฎหมายฉบับดังกล่าว จนเกิดการฟ้องคดีต่อศาล โดยในคดีนี้ศาลสูงสุดได้วินิจฉัยว่าสภาคองเกรสมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อกำหนดให้สิทธิการเลือกตั้งแก่บุคคลผู้มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ได้เฉพาะกรณีการเลือกตั้งระดับชาติ หากแต่ไม่สามารถกำหนดให้สิทธิดังกล่าวในกรณีการเลือกตั้งในระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่นได้ อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่ศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าว สภาคองเกรสก็ได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อขยายสิทธิเลือกตั้งแก่ให้พลเมืองสหรัฐที่มีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ ทั้งในส่วนของการเลือกตั้งระดับชาติ มลรัฐ และท้องถิ่น จนกระทั่งมีการให้สัตยาบันและประกาศใช้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1971 จะเห็นได้ว่ากรณีนี้สภาคองเกรสได้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สามารถตรากฎหมายที่ศาลเคยชี้ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญออกมาบังคับใช้ได้ หรือ กรณีคดี Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793) ที่ศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยกำหนดให้มลรัฐจอร์เจียชำระหนี้ให้แก่นาย Alexander Chrisholm ซึ่งเป็นพลเมืองของมลรัฐเซาท์ แคโรไรนา ทั้งที่มลรัฐจอร์เจียได้มีการโต้แย้งในประเด็นที่ว่ามลรัฐจอร์เจียนั้นมีอำนาจอธิปไตยของมลรัฐ และมิได้ตกอยู่ภายใต้การบังคับของศาลแห่งสหพันธ์

จากตัวอย่างคดีที่กล่าวมาจะพบความแตกต่างของลักษณะของการใช้อำนาจระหว่างศาลสูงสุดกับสภาคองเกรสที่มีความแตกต่างกับกรณีของประเทศไทย เนื่องจากบริบทในทางการเมืองของประเทศไทยซึ่งมีมุมมองต่อองค์กรตุลาการว่าเป็นองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือและคนทั่วไปให้ความเคารพ หากองค์กรตุลาการมีคำวินิจฉัยต่อบุคคลใดหรือองค์กรใดที่เป็นคู่ความในคดีแล้ว บุคคลหรือองค์กรนั้นมักจะปฏิบัติตามอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยง โดยเหตุนี้เมื่อศาลรัฐธรรมนูญไทยมีคำวินิจฉัยหรือคำสั่งใด ๆ ต่อรัฐสภาแล้ว รัฐสภาก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในทุกกรณี ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยหรือคำสั่งนั้นจะมีข้อกังขาถึงความชอบด้วยเหตุและผลตามหลักกฎหมาย ทั้งที่หากสืบสาวกลับไปถึงฐานที่มาแห่งอำนาจทั้งรัฐสภาและศาลก็จะพบว่า รัฐสภาที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติและศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นฝ่ายตุลาการ ต่างก็เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชน ที่แต่ละฝ่ายมีอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของตน และจะต้องตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติระหว่างศาลสูงสุดและสภาคองเกรสที่ต่างยึดถือว่าตนก็สามารถใช้อำนาจภายในขอบเขตของตนได้ และถ้าหากองค์กรหนึ่งเห็นว่าอีกองค์กรหนึ่งก้าวล่วงการใช้อำนาจของตนแล้ว ก็พร้อมที่จะปฏิเสธการใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งเพื่อยืนยันความชอบธรรมในการใช้อำนาจของตนตามรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น จากบริบทในทางการเมืองและการยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างศาลสูงสุดกับรัฐสภาอย่างเข้มแข็งของสหรัฐอเมริกา ส่งผลให้ประเด็นการให้ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาคองเกรสในสหรัฐอเมริกานั้นเป็นที่ยุติแล้วว่าศาลสูงสุดไม่มีอำนาจในการให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาคองเกรสได้ โดยที่ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธอำนาจในการให้ข้อเสนอแนะของศาลด้วยตนเอง ในคดี Muskrat v. United States, 219 U.S. 346 (1911) คดีดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากกสภาคองเกรสได้ตรากฎหมายที่ให้สิทธิแก่ชาวพื้นเมืองในอเมริกาฟ้องสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลยต่อศาลได้ ในกรณีที่ประสงค์จะโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จัดสรรที่ดินให้แก่ชนพื้นเมือง ต่อมาเมื่อมีการฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาล ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธไม่รับคดีนี้ไว้พิจารณา โดยให้เหตุผลว่าแม้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะได้กำหนดให้จำเลยในคดีคือสหรัฐอเมริกา แต่เพียงการขอให้ศาลพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่านั้น โดยไม่ได้มีข้อพิพาทเกิดขึ้นจริง[35] ซึ่งเท่ากับว่าหากศาลมีคำวินิจฉัยไปก็เป็นการให้ข้อเสนอแนะ มิใช่การพิพากษา

ปรากฏว่าต่อมาสภาคองเกรสดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการแก้ไขเพื่อจำกัดอำนาจของศาลสูงสุดในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่มลรัฐถูกฟ้องโดยพลเมืองของมลรัฐอื่น หรือโดยพลเมืองของรัฐต่างชาติ และเมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ประกาศใช้แล้ว ส่งผลให้คดีที่ศาลสูงสุดใช้อำนาจในการตีความว่าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีที่มลรัฐถูกฟ้องโดยพลเมืองของมลรัฐอื่น หรือโดยพลเมืองของรัฐต่างชาติ ซึ่งอยู่ในระหว่างการพิจารณาวินิจฉัยของศาลสูงสุด ได้แก่คดี Brailford v. Georgia คดี Hollingsworth v. Virginia และคดี Moultrie v. Georgia นั้นศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยยกฟ้องในคดีดังกล่าวทั้งหมด โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายว่าด้วยองค์กรตุลาการปี 1789 ที่ให้อำนาจองค์กรตุลาการในการพิจารณาอรรถคดีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ.

[35] เหตุผลที่ศาลสูงสุดอ้างว่าจะต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นจริงเท่านั้นจึงจะถือว่าเข้าเงื่อนไขในการรับคำร้องในคดีวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้นั้น ก็เนื่องมาจากตามระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเฉพาะกรณีรูปธรรม (Concrete review) เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากระบบของประเทศไทย

คดี ซึ่งหากศาลให้ความเห็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดีนี้แล้ว ความเห็นของศาลจะไม่มีสถานะเป็นคำวินิจฉัยซึ่งไม่มีผลผูกพันคู่ความในคดีและเป็นกรณีที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลตามรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ ความชัดเจนในการปฏิเสธการใช้อำนาจให้ข้อเสนอแนะของศาลสูงสุดยังปรากฏในกรณีที่จอห์น เจย์ (John Jay) ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุด และผู้พิพากษาคนอื่น ๆ ได้มีจดหมายตอบโต้กับประธานาธิบดีวอชิงตัน (Washington) และโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ ปฏิเสธอำนาจในการให้ความเห็นทางกฎหมาย โดยมีการอ้างถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและกล่าวถึงอำนาจของประธานาธิบดีในการขอความเห็นจากหน่วยงานต่าง ๆ ว่าไม่รวมถึงศาล แต่จำกัดอยู่เพียงหน่วยงานในฝ่ายบริหารเท่านั้น[36]

4. การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภาในประเทศไทย

ศาลรัฐธรรมนูญของไทยเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดี ออกคำวินิจฉัย และคำสั่งในคดีต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญได้รับความสนใจจากทั้งนักวิชาการ สื่อมวลชน และประชาชนทั่วไปเป็นอย่างมาก เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน รวมถึงระบบการเมืองการปกครองในภาพรวมของประเทศ แต่ในปัจจุบันประชาชนได้เห็นถึงความเปลี่ยนแปลงของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งแตกต่างจากในอดีต เนื่องจากในปัจจุบันคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนอกจากจะมีการกำหนดส่วนประกอบต่าง ๆ ในคำวินิจฉัยแล้ว ยังพบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดข้อเสนอแนะมาในคำวินิจฉัยด้วย โดยเฉพาะในคดีที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การปรากฏตัวของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 โดยเหตุของคำวินิจฉัยดังกล่าวเกิดจากแพทย์คนหนึ่งได้ถูกเจ้าพนักงานตำรวจจับกุมและกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ซึ่งเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302[37] และนำไปสู่การจับกุมและแจ้งข้อกล่าวหาแก่ผู้เข้ารับบริการ

และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งแบบแบบรูปธรรม (Concrete review) และแบบนามธรรม (Abstract review); ดูประกอบ อานนท์ มาเม้า, ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 86.

[36] พิชชาพร สุทธิรอด, ‘การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 149.

[37] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 302 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

เพื่อยุติการตั้งครรภ์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301[38] โดยแพทย์คนดังกล่าวเห็นว่าบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นบทบัญญัติในหมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก ได้แก่ มาตรา 301 มาตรา 302 และมาตรา 305 เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ต่อมาแพทย์คนดังกล่าวจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของบทบัญญัติดังกล่าว ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย และได้กำหนดประเด็นที่ต้องวินิจฉัยไว้ 3 ประเด็น ได้แก่

ประเด็นที่หนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28 หรือไม่

ประเด็นที่สอง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และมาตรา 28 และมาตรา 77 หรือไม่

และประเด็นที่สาม ไม่ว่ากรณีที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม สมควรมีมาตรการปรับปรุงกฎหมายหรือไม่ อย่างไร

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 วินิจฉัยเป็นสามประเด็นตามประเด็นแห่งคดีที่ศาลได้ตั้งไว้ ซึ่งในประเด็นที่หนึ่งและสองศาลได้วินิจฉัยพอจะสรุปใจความได้ว่า บทบัญญัติ มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ส่วนบทบัญญัติ มาตรา 305 นั้นไม่เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และในประเด็นที่สาม ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลา 60 ปีแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาการทำแท้งเถื่อนในสังคมที่ทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตร่างกายของหญิงจำนวนมากและทำให้เกิดปัญหาสังคมจากความไม่พร้อมของหญิงและเด็กที่เกิดมาอีกมากมาย ในขณะที่ปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์ได้พัฒนาขึ้นมาก สามารถให้บริการดูแลรักษารองรับการตัดสินใจ ใช้สิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงในช่วงเวลาที่เหมาะสมได้อย่างสะดวกปลอดภัยแล้ว ประกอบกับยังไม่ได้มีมาตรการคุ้มครองผู้ปฏิบัติงานทางการแพทย์ที่ครอบคลุมและเหมาะสม ศาลรัฐธรรมนูญจึงให้ “ข้อเสนอแนะ” ว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะพบว่านอกจากศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงความชอบรัฐธรรมนูญของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 และมาตรา 305 ในประเด็นที่หนึ่งและสองแล้ว ในประเด็นที่สามศาลรัฐธรรมนูญเลือกที่ให้ข้อเสนอแนะแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนที่เพิ่มเข้ามาจากส่วนประกอบ

[38] ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 บัญญัติว่า “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

โดยทั่วไปตามหลักการทำคำวินิจฉัย จึงเกิดเป็นประเด็นอันควรแก่การวิเคราะห์และวิจารณ์ว่าข้อเสนอแนะในประการที่สามตามคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีผลผูกพันรัฐสภาให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่

4.1 ผลผูกพันในทางกฎหมายของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ถือเป็นสิ่งใหม่ที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้กำหนดเอาไว้ในคำวินิจฉัย ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายไทยได้ไม่นาน ดังนั้น หากจะพิจารณาถึงผลผูกพันในทางกฎหมายของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จำเป็นจะต้องย้อนกลับไปพิจารณาถึงแนวคิดการให้ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในต่างประเทศ ที่เกิดขึ้นก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะได้มีการกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัย จากการศึกษาพบว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบในหลาย ๆ ด้านให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญไทย ก็ได้เคยมีการกำหนดข้อเสนอแนะของศาลไว้ในคำวินิจฉัยในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเช่นกัน ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในคดี Wahlkreiseinteilung ที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นประเด็นแห่งคดีนั้นมีความผิดพลาดแต่ไม่ถึงกับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไปปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าวภายในสมัยนิติบัญญัติที่เหลืออยู่ ซึ่งเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดเวลาที่แน่นอนให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อตรากฎหมายให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ยังปรากฏข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ในคดี Schwangerschaftsabbruch II โดยศาลได้วินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาของเยอรมันและรัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญและให้มีผลเป็นโมฆะ และศาลได้ให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติว่าควรแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอย่างไร โดยได้เสนอแนะไปถึงรายละเอียดการให้คำปรึกษาของผู้เชี่ยวชาญสำหรับการยุติการตั้งครรภ์ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง รวมถึงรายละเอียดของหน่วยงานที่ให้คำปรึกษาเพื่อการยุติการตั้งครรภ์ อันเป็นรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในกฎหมายดังกล่าว ซึ่งได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯได้ก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตาม ประเด็นของข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ทั้งกรณีกำหนดให้มีการปรับปรุงกฎหมาย และในส่วนของการกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์ในกฎหมายนั้น ในแวดวงวิชาการกฎหมายเยอรมันก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าจะผูกพันต่อรัฐสภาเยอรมันหรือไม่ อย่างไร

ในส่วนของการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้น ก็ปรากฏในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีเช่นกัน กล่าวคือ ในคดีอายุความฟ้องปฏิเสธความเป็นบิดา ที่ศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้บิดาจะต้องฟ้องดำเนินคดีกับเด็กหรือมารดาภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้ถึงการเกิดของเด็กเพื่อปฏิเสธความเป็นบิดานั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัยโดยการให้แนวทางแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติในการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้มีระยะเวลาที่เหมาะสม โดยได้เสนอแนะตัวอย่างกฎหมายของสมาพันธรัฐสวิสที่กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่บิดารู้ว่าไม่ได้เป็นบุตรของตน แต่มิให้เกินกว่าห้าปีนับแต่เด็กเกิดโดยปราศจากเหตุผลพิเศษประการอื่นอันเป็นเหตุที่ทำให้ไม่อาจฟ้องคดีได้ ทั้งที่แต่เดิมก็เคยปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีไม่เห็นด้วยกับการให้ข้อเสนอแนะในลักษณะดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นการให้ความเห็นในลักษณะข้อเสนอแนะทั่วไป (Advisory Opinion) นอกจากนี้ยังปรากฏในกรณีคดีรัฐบัญญัติ

สัญชาติ ที่มีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการตรากฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ โดยกำหนดให้บุคคลที่มีบิดาเป็นชาวต่างชาติ แต่มีมารดาเป็นชาวเกาหลีใต้ และบุคคลดังกล่าวนั้นเกิดก่อนกฎหมายสัญชาติฉบับใหม่ใช้บังคับภายในระยะเวลา 10 ปี มีสิทธิได้รับสัญชาติเกาหลีใต้เช่นเดียวกับบุคคลที่มีบิดาเป็นชาวเกาหลีใต้ และมารดาเป็นต่างด้าว โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าหากกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไปทั้งหมด จะทำให้บทบัญญัตินั้นสิ้นผลไป ย่อมก่อให้เกิดผลเสียต่อบุคคลผู้มีสิทธิตามบทบัญญัติดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยให้บทบัญญัติดังกล่าวมีผลบังคับต่อไป แต่ให้ข้อเสนอแนะแก่สภานิติบัญญัติแห่งชาติว่าจะต้องไปดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต่อไป

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวคิดการให้ข้อเสนอแนะขององค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กลับปรากฏว่าแนวคิดในเรื่องดังกล่าวนั้น เป็นที่ยุติแล้วว่าศาลสูงสุดไม่มีอำนาจให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาคองเกรสได้ เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างแข็งขัน รวมถึงการยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเข้มข้นในสหรัฐอเมริกา จึงทำให้องค์กรตุลาการอย่างศาลสูงสุดเลือกที่จะไม่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเด็ดขาด ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ และศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเกาหลีต่างก็เคยให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติไว้ในคำวินิจฉัย ซึ่งปรากฏเป็นข้อเสนอแนะในรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป แต่พบว่าปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม พบว่าการให้ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นยังคงเป็นประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงอยู่ถึงผลผูกพันของข้อเสนอแนะดังกล่าวในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐเกาหลีใต้ก็ยังไม่อาจสรุปได้ว่าการให้ข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นบรรทัดฐานที่สามารถยอมรับได้แต่ประการใด แต่ในส่วนของระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ศาลสูงสุดปฏิเสธไม่เข้าไปใช้อำนาจในการให้ข้อเสนอแนะแก่สภาคองเกรสโดยเด็ดขาด จึงเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ยังมิได้มีการยอมรับบทบาทและสถานะของข้อเสนอแนะที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคำวินิจฉัยอันเป็นผลผลิตขององค์กรตุลาการ ซึ่งประกอบไปด้วย ความเป็นมาของเรื่องหรือคำกล่าวหา ข้อเท็จจริงที่ได้จากประเด็นที่พิจารณา ประเด็นแห่งคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ยกขึ้นมาอ้างอิง การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับกฎหมาย เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การสรุปผลทางกฎหมาย และคำบังคับ เห็นว่าส่วนของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพันทางกฎหมายนั้น ได้แก่ ประเด็นแห่งคดีที่ศาลจะต้องวินิจฉัย เหตุผลประกอบคำวินิจฉัย การสรุปผลทางกฎหมาย และคำบังคับ โดยในส่วนของเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยที่จะมีผลผูกพันทุกฝ่าย จะผูกพันเฉพาะส่วนที่เป็น “เหตุผลที่เป็นสาระสำคัญ” (die tragenden Gründe) และส่วนที่ไม่ผูกพันคือส่วนที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุผลที่เป็นสาระสำคัญในคำวินิจฉัย กล่าวคือ เป็นข้อความที่ประกอบอยู่ในคำวินิจฉัย ที่ไม่ใช่เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ตีความรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายในการที่จะตัดสินชี้ขาดปัญหาแห่งคดี และเป็นส่วนที่แม้ตัดออกไปแล้ว ก็ย่อมไม่ทำให้ผลการวินิจฉัยเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม ซึ่งได้แก่ ข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายที่ศาลถือโอกาสแสดงออกมาในคำวินิจฉัย โดยที่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของชุดเหตุผลและมิได้เป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างหลักกฎหมายกับผลการวินิจฉัย ซึ่งข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายดังกล่าวนั้นในภาษาลาตินเรียกว่า “obiter dicta”

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ดังนั้น ในส่วนของ “ข้อเสนอแนะ” ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งในทางทฤษฎีก็ไม่ได้ปรากฏว่าเป็นส่วนที่มีผลผูกพันต่อคู่ความหรือผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคดี ประกอบกับแนวคิดการให้ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและในสาธารณรัฐเกาหลี ก็ยังเป็นประเด็นถกเถียงกันในทางวิชาการของทั้งสองประเทศอยู่ว่าจะมีผลผูกพันรัฐสภาหรือไม่เพียงไร ประกอบกับประเทศที่เป็นต้นแบบการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเข้มแข็งอย่างสหรัฐอเมริกา ก็ปฏิเสธการใช้อำนาจดังกล่าวอย่างแข็งขัน จนกระทั่งเป็นที่ยุติแล้วว่าองค์กรตุลาการในสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจในการให้ข้อเสนอแนะต่อฝ่ายนิติบัญญัติในคำวินิจฉัยได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าข้อเสนอแนะที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นส่วนที่ไม่มีผลผูกพันต่อคู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง และย่อมไม่ผูกพันรัฐสภาให้ต้องปฏิบัติตามเช่นกัน

ในประเด็นต่อมาที่สมควรยกขึ้นกล่าวเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะสำหรับประเด็นการมีข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นั่นคือศาลรัฐธรรมนูญสมควรมีอำนาจในการกำหนดข้อเสนอแนะในคำวินิจฉัยได้หรือไม่ อย่างไร และอำนาจในการกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัยนั้นมีข้อควรระวังอย่างไร โดยประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่ในปัจจุบันมีการถกเถียงในทางวิชาการในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการจะตอบประเด็นดังกล่าวได้นั้น จำเป็นจะต้องสืบสาวไปถึงแนวคิดในเรื่องการถ่วงดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา ซึ่งเมื่อย้อนกลับไปสืบสาวถึงแนวคิดในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ที่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของฮันส์ เคลเซ่น โดยถือว่า ศาลรัฐธรรมนูญคือผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ลบล้างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ มิใช่ผู้ทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในทางบวก ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในการสร้างสรรค์กฎหมายตามที่รัฐสภาเห็นว่าสมควรตราขึ้น เพื่อบังคับใช้กับประชาชนหรือเพื่อสนองนโยบายในการบริหารกิจการบ้านเมือง โดยจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการ จึงมีหน้าที่เพียงการประกาศความถูกผิดของกฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และมิใช่หน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาถึงความเหมาะสมว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ควรแก้ไขปรับปรุงหรือไม่ หรือควรมีเนื้อหาอย่างไร เพราะการทำหน้าที่ออกแบบกฎหมายเพื่อตอบสนองต่อนิตินโยบายนั้น เป็นอำนาจอิสระของรัฐสภา ถึงแม้ว่าในปัจจุบันเริ่มมีแนวคิดการให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางบวก โดยการทำหน้าที่ช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ได้สำเร็จลุล่วงก็ตาม แต่การใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางบวกของศาลรัฐธรรมนูญไทยยังจำเป็นต้องอภิปรายถึงขอบเขตอย่างถี่ถ้วน ประกอบกันไปกับบริบทในทางการเมืองของประเทศไทยที่ปฏิเสธไม่ได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในหลายครั้งในลักษณะที่เกิดความเคลือบแคลงสงสัยว่าเป็นเครื่องมือในทางการเมือง รวมทั้ง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่จะต้องยึดถือหลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ (Judicial self-restraint) เพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจของตนให้อยู่ในกรอบตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนด โดยไม่เข้าไปใช้อำนาจในแดนของ

การตัดใจหรือการสร้างเจตจำนงในทางการเมืองซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร และถึงแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่เป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจในการตีความว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับในรัฐนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่การทำหน้าที่ดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญก็จำกัดเฉพาะในกรณีที่เป็นประเด็นปัญหาที่ขึ้นไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น และศาลมีหน้าที่ตีความบทบัญญัติกฎหมาย วินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เสร็จเด็ดขาด สามารถยุติข้อพิพาทในทางกฎหมายได้ มิใช่เป็นการตีความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดควรแก้ไขปรับปรุงหรือไม่ หรือควรมีเนื้อหาอย่างไร ซึ่งมิใช่อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ มิใช่ที่ปรึกษากฎหมายที่มีอำนาจหน้าที่ในการแนะนำว่าบทบัญญัติกฎหมายใดที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแล้วควรจะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงหรือไม่

อย่างไรก็ตาม มิใช่ว่าในระบบกฎหมายไทยจะไม่มีการกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรตุลาการในการกำหนดข้อเสนอแนะอันเป็นความเห็นของศาลไว้ในคำพิพากษาเสียเลย โดยปรากฏว่ามีการกำหนดให้อำนาจดังกล่าวแก่ศาลปกครองในบทบัญญัติมาตรา 69 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดถึงองค์ประกอบของคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสิ่งใดบ้าง ซึ่งใน มาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนด “ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี” ไว้ในคำพิพากษาได้ ซึ่งการกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น ศาลปกครองมักจะกำหนดไว้ในคำพิพากษาเมื่อศาลได้วินิจฉัยประเด็นแห่งคดีและกำหนดผลคำพิพากษาตามที่กฎหมายให้อำนาจแล้ว แต่ไม่ปรากฏว่าศาลได้ใช้อำนาจตามกฎหมายเข้าไปกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งนอกเหนือจากเพื่อให้เป็นไปตามคำบังคับในคำพิพากษา ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ศาลปกครองในการเสนอแนะไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดี เนื่องจากอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดผลคำพิพากษาไม่อาจลงไปถึงรายละเอียดในหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับคดีได้ ศาลจึงทำได้เพียงการให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาเท่านั้น[39] นอกจากนี้ การใช้อำนาจตุลาการของศาลปกครองในการพิพากษาคดี หรือการให้ข้อเสนอแนะนั้น เป็นการใช้อำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองที่ได้รับมาจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งแตกต่างจากการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการในการ

[39]เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.693/2559 กรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการตำรวจนายหนึ่งกระทำขึ้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองก็ไม่มีอำนาจในการสั่งการไปยังหน่วยงานผู้ออกคำสั่งว่าจะต้องดำเนินการต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นตำรวจนายดังกล่าวอย่างไร ศาลปกครองจึงได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามผลแห่งคำพิพากษาว่าให้ผู้ถูกฟ้องคดีหรือผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการในเรื่องต่าง ๆ มิให้ส่งผลกระทบกระเทือนกับการดำรงตำแหน่งปัจจุบันและสิทธิตามกฎหมายของผู้ฟ้องคดี.

ควบคุมตรวจสอบรัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมือง รวมถึงศาลทุกศาลในระบบกฎหมาย ดังนั้น หากจะเปรียบเทียบการให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญกับกรณีของศาลปกครองนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจคนละระดับกัน ฐานอำนาจที่ใช้และลักษณะอำนาจก็แตกต่างกัน

ฉะนั้น การใช้อำนาจใด ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะมีผลต่อรัฐสภาจึงจำเป็นจะต้องใช้ความระมัดระวังเป็นอย่างมาก ประกอบกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้รับมอบหมายให้ตรวจสอบองค์กรในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นสถาบันการเมืองระดับประเทศย่อมทำให้การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนเข้าไปเกี่ยวข้องกับประเด็นในทางการเมืองอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจที่กระทบต่อระบบการเมืองการปกครอง ประโยชน์สาธารณะ และสิทธิเสรีภาพโดยรวมของประชาชน ดังนั้น การกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีข้อควรระวังที่จำต้องพินิจพิเคราะห์ให้ถี่ถ้วนยิ่งขึ้นไปว่า ถ้าหากองค์กรรัฐสภาไม่มีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะยืนหยัดในเจตจำนงของตนแล้ว การให้ข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญอาจนำไปสู่บรรทัดฐานที่เกิดขึ้นใหม่ในระบบการเมืองไทยได้ ซึ่งถ้าหากเป็นเช่นนั้นแล้วย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความหวังที่จะทำให้ระบอบนิติรัฐประชาธิปไตยเจริญงอกงามในประเทศไทยย่อมเป็นไปได้ยากยิ่งกว่าเดิม ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงบทบาทในการเป็นฝ่ายนิติบัญญัติในทางลบ หลักการจำกัดอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการ รวมถึงบทบาทการเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ก็พบว่าแนวคิดดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงกรอบอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จำกัดอยู่เฉพาะการตีความบทบัญญัติกฎหมายที่ทำให้เกิดผลการวินิจฉัยชี้ขาดคดีที่เสร็จเด็ดขาดในทางกฎหมายได้เท่านั้น ประกอบกับบริบททางการเมืองของประเทศไทยที่ยังคงมีประเด็นปัญหาในเรื่องของดุลอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับรัฐสภาอยู่ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อเป็นการยุติปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตทั้งต่อระบบกฎหมายและระบบการเมืองของประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ควรกำหนดข้อเสนอแนะไว้ในคำวินิจฉัย และควรทำหน้าที่เพียงการประกาศความถูกผิดของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่ไปก้าวล่วงถึงความเหมาะสมว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ว่าควรแก้ไขปรับปรุงหรือไม่ หรือควรมีเนื้อหาอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และศาลเห็นควรกำหนดระยะเวลาให้รัฐสภาแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายในระยะเวลาที่กำหนด กรณีดังกล่าวศาลอาจให้ข้อเสนอแนะได้ เนื่องจากคำนึงถึงเหตุผลในทางปฏิบัติ ในกรณีกฎหมายที่เคยถูกบังคับใช้มาอย่างยาวนานจะต้องหายไปจากระบบกฎหมายในทันทีตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดความสับสนต่อการปฏิบัติตนของคนในสังคมและต่อผู้บังคับใช้กฎหมาย อันเนื่องมาจากยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใด ๆ รองรับกับกรณีที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นเพื่อป้องกันสุญญากาศทางกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถกำหนดข้อเสนอแนะในการแก้ไขกฎหมายในลักษณะดังกล่าวแก่รัฐสภาได้ โดยมิได้ก้าวล่วงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติว่าจะแก้ไขหรือไม่แก้ไขกฎหมายนั้น เพียงแต่หากรัฐสภาไม่แก้ไขบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด บทบัญญัตินั้นก็เพียงสิ้นผลไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

ภาษาไทย

ธีระ สุธีวรางกูร, *คำวินิจฉัยและผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, ภาพพิมพ์ 2560).

บรรเจิด สิงคเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2563).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย* (วิญญูชน 2546).

- -*คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, อ่านกฎหมาย 2564).

สมบัติ ธำรงธัญวงศ์, *การเมืองอเมริกา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, เสมาธรรม 2552).

อานนท์ มาเม้า, *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).

ภาษาต่างประเทศ

Brewer Carias, Allan-Randolph, *Constitutional courts as positive legislators: a comparative law study* (Cambridge University Press 2011).

รายงานผลการวิจัย

ภาษาไทย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน' (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2550).

บทความวารสาร

ภาษาไทย

ชาย ไชยชิต, 'แนวคิดว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของ ฮันส์ เคลเซ่น' (2564) 1 วารสารรัฐศาสตร์นิเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, 'ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ' (2557) 1 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 100.

วรรณา สุพรรณธะธิดา, 'ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้' (2551) 28 วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 82.

ภาษาต่างประเทศ

Jin - Su Yune, 'Recent Decisions of the Korean Constitutional Court on Family Law' (2001) 1 Journal of Korean Law 133.

วิทยานิพนธ์

ภาษาไทย

พิชชาพร สุทธิรอด, 'การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายอเมริกันและระบบกฎหมายเยอรมัน' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

'การเมือง โครงสร้างทางการเมืองของสหรัฐฯ' (เว็บไซต์สถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงวอชิงตัน) <https://thaiembdc.org/th/%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A3%E0%B9%80%E0%B8%A1%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%87/> สืบค้นเมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2565.