

ปัญหาทางด้านนิติวิธีเกี่ยวกับการนำหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ ในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย

กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร

วิทยาลัยการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา

E-mail: kritz.wo@ssru.ac.th

บทคัดย่อ

บทความวิจัยชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เกี่ยวกับการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่ามีความสอดคล้องกับนิติวิธีที่ได้กำหนดไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศึกษาวิเคราะห์ผ่านแนวคิดสำคัญสามเรื่องคือ ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และหลักการทางรัฐธรรมนูญ

ผลจากการศึกษาพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่ปรากฏในมาตรา 5 วรรคสองว่ามีลักษณะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยมิได้รวมถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย แต่ในทางความเป็นจริงกลับปรากฏคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในบางคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วย จึงเกิดปัญหาการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดนิติวิธีเอาไว้เป็นการเฉพาะแล้วในมาตรา 5 วรรคสอง

ผู้วิจัยเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาในสองประการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญต้องหยิบยกบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสองขึ้นวินิจฉัยทุกครั้งที่มีการอุดช่องว่างและต้องตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายให้ครอบคลุมถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย ข้อเสนอประการที่สอง ควรมีการยกเลิกหรือแก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสองให้มีความชัดเจนและมีลำดับขั้นตอนการอุดช่องว่างสอดคล้องกับนิติวิธีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ : การอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ, ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข, จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ, หลักการทางรัฐธรรมนูญ

Methodological Problems in the Application of Constitutional Principles to Fill Constitutional silences by the Thai Constitutional Court

Kritz. Wongvisadethorn

College of Politics and Government, Suan Sunandha Rajabhat University

E-mail: kritz.wo@ssru.ac.th

Abstract

This research aims to examine whether the decisions of the Thai Constitutional Court concerning the filling of silences in the Constitution are consistent with the juridical methods prescribed by the Constitution itself. The study focuses on three key concepts: the Thai constitutional tradition of democratic governance with the King as Head of State, constitutional customary laws, and constitutional principles.

The study finds that the Constitutional Court has interpreted Thailand's constitutional tradition of democratic governance with the King as Head of State, as stipulated in Section 5 paragraph 2, as having the character of constitutional customary law, without encompassing constitutional principles. In practice, however, certain Constitutional Court decisions reveal that the Court has invoked constitutional principles to fill gaps in constitutional provisions. This practice creates tensions or inconsistencies with Section 5 paragraph 2, which prescribes a specific constitutional methodology for such gap-filling.

The researcher proposes two solutions. First, the Constitutional Court should rely on Section 5 paragraph 2 in all instances of constitutional gap-filling and interpret Thailand's democratic governance tradition in line with the provision's purpose, allowing it to encompass constitutional principles. Second, Section 5 paragraph 2 should be repealed or revised to clarify its meaning and establish gap-filling procedures consistent with constitutional methodology.

Keywords: Filling constitutional silences, Thai constitutional tradition of democratic governance with the King as Head of State, constitutional customs, constitutional principles

บทนำ

ความสำคัญและสภาพปัญหา

ช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ คือ กรณีที่ต้องนำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับเรื่องใด แต่องค์กรผู้บังคับใช้รัฐธรรมนูญไม่อาจค้นหบทบัญญัติมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นได้ โดยหากกล่าวเฉพาะจงกับกรณีเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวซึ่งก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องทำการแก้ปัญหาโดยการการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยการค้นหาแบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (constitutional norms) ที่อาจจะไม่ปรากฏอยู่ในรูปแบบลายลักษณ์อักษรเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติที่เกิดขึ้นได้ ตามนิติวิธีของระบบกฎหมายนั้น ๆ หรือตามที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน พบว่ามีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติวิธีในการอุดช่องว่างเอาไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 5 วรรคสอง ความว่า

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องผูกพันต่อบทบัญญัติมาตราดังกล่าวในฐานะบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการและประเภทของแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่จะนำมาอุดช่องว่างของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญต้องนำสิ่งที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มาใช้เพื่ออุดช่องว่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น

อย่างไรก็ตามแม้ความหมายและลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ยังมีข้อถกเถียงในทางวิชาการเป็นมาก แต่ในทางปฏิบัตินั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายถึงความหมายและลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ เอาไว้ในลักษณะเดียวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยมีได้หมายรวมถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วยแต่อย่างใด ทั้งนี้ บัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 วรรคสี่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ส่งผลให้ลักษณะและขอบเขตของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ตามคำวินิจฉัยนี้ผูกพันต่อองค์กรรัฐทั้งหลายต้องยึดถือตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายไว้

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาจากการสำรวจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ พบว่ามีการนำเอาหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการอุดช่องว่างอยู่หลายครั้งหลายครา กรณีเช่นนี้นี้อย่อมเกิดปัญหาในทางนิติวิธีและการบังคับใช้รัฐธรรมนูญขึ้นว่า การอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาของศาลรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญที่ชัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสอง และอาจส่งผลต่อโครงสร้างและหลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้ โดยปัญหาดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏงานวิชาการหรืองานวิจัยเพื่อค้นหาคำตอบและแนวทางการในการแก้ปัญหาเอาไว้แต่อย่างใด จึงกลายเป็นช่องว่างทางความรู้ที่สำคัญและรอคอยวิธีการแก้ปัญหาบนพื้นฐานของความคิดในทางวิชาการ ดังนั้นงานวิจัยชิ้นนี้จึงพยายามเข้าไปอธิบายและแก้ปัญหาดังกล่าวบนพื้นฐานของนิติวิธีและทฤษฎี

ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดความสอดคล้องต้องตรงกันทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ อันยังประโยชน์ต่อการบังคับใช้รัฐธรรมนูญบนฐานของความเข้าใจอันถูกต้องต่อไป

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

1. นิติวิธีทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ในทางวิชาการมีการจำแนกรูปลักษณะของช่องว่างกฎหมายออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557: 284-289)

หนึ่ง ช่องว่างของกฎหมายที่ต้องอาศัยการตีความ (intra verba legis) อันเป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน กำกวมหรืออาจแปลความได้หลายนัย ซึ่งบางครั้งอาจเป็นเจตจำนงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะมอบอำนาจดุลพินิจให้องค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายตีความเพื่อการบังคับใช้กฎหมายอย่างยืดหยุ่นเหมาะสมแก่ความเป็นธรรมตามกรณี อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ากรณีเช่นนี้อาจมิใช่ช่องว่างแห่งกฎหมายอย่างแท้จริงเพราะมีบทบัญญัติที่ยังสามารถนำมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงได้ เพียงแต่ถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัตินั้นมีความไม่ชัดเจน กำกวมหรืออาจมีผลได้หลายนัย จึงเป็นแต่เพียงการตีความกฎหมายตามปกติเท่านั้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นพ้องด้วยว่ากรณีนี้ไม่ใช่ช่องว่างแห่งกฎหมาย

สอง ช่องว่างโดยแท้หรือช่องว่างกฎหมายแบบเปิด (praeter verba legis) คือ กรณีที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงได้ จึงต้องมีการค้นหบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายมาปรับใช้เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างถูกต้อง สมเหตุสมผลและเป็นธรรม

สาม ช่องว่างแบบต้องการข้อยกเว้น (contra verba legis) คือ กรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้แก้ข้อเท็จจริงได้อยู่แล้ว แต่หากปรับใช้บทบัญญัติเช่นนั้นแล้วจะเกิดผลที่น่าประหลาด (absurd) หรือไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย กรณีย่อมถือว่าเป็นการขาดบทบัญญัติที่สร้างข้อยกเว้นในการบังคับใช้แก้ข้อเท็จจริงนี้ไว้ จึงถือเป็นช่องว่างแห่งกฎหมายอย่างหนึ่งด้วย

1.1 วิธีกรอุดช่องว่างกฎหมาย

ในการตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมายในทางนิติศาสตร์มีข้อพิจารณาอยู่สองกรณีด้วยกันได้แก่ (หยุด แสงอุทัย, 2552: 129) **กรณีแรก** กฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการในการอุดช่องว่างของกฎหมายเอาไว้เป็นการเฉพาะ และ**กรณีที่สอง** มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนวิธีการหรือที่เรียกว่าบทบัญญัติที่กำหนดนิติวิธีเอาไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองที่กำหนดวิธีการและลำดับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ว่า

“เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

กรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนวิธีการอุดช่องว่างเอาไว้เป็นการเฉพาะ ผู้บังคับใช้กฎหมายย่อมผูกพันตนต่อการใช้กฎหมายตามนิติวิธีที่บทบัญญัติกำหนดไว้ แต่สำหรับกรณีที่มิได้มีบทบัญญัติกำหนดนิติวิธี

ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเอาไว้เป็นการเฉพาะ มีประเด็นที่สมควรต้องพิจารณาว่าจะสามารถนำวิธีการอุดช่องว่างตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง มาใช้บังคับในฐานะบทกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติวิธีและการอุดช่องว่างของกฎหมายได้หรือไม่ โดยมีความเห็นอยู่สองแนวทางด้วยกันได้แก่

แนวทางแรกเห็นว่าสามารถนำบ่อเกิดและนิติวิธีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ได้ในฐานะนิติวิธีโดยทั่วไป

แนวทางที่สอง เห็นว่า ต้องอุดช่องว่างกฎหมายตามแนวคิดพื้นฐานและธรรมชาติของกฎหมายประเภทนั้น ๆ โดยมีลำดับการใช้บรรทัดฐานในการอุดช่องว่างแตกต่างจากที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติวิธีการใช้การตีความรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ย่อมมีข้อที่ต้องคำนึงถึง และมีความแตกต่างจากการใช้กฎหมายในประเภทอื่น ๆ อยู่มาก

1.2 แนวคิดพื้นฐานของการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายมหาชน

ปัญหาทางรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับเรื่องในทางการเมืองเสมอ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557: 297) การใช้การตีความรัฐธรรมนูญจึงมีข้อยุ่งยากซับซ้อนแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ นอกจากนี้ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายมหาชน การใช้และการตีความย่อมมีพื้นฐานที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชนในบางประการอย่างชัดเจน เช่น ในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนนั้น บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในขณะที่กฎหมายมหาชนนั้นมีพื้นฐานที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีที่บทบัญญัติกฎหมายมิได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจมหาชนไว้อย่างชัดเจน กรณีย่อมต้องถือว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ทั้งหลายย่อมไม่มีและไม่อาจใช้อำนาจกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพหรือหน้าที่ของประชาชนได้เลย เป็นไปตามหลักการทางกฎหมายมหาชนที่เรียกว่า “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” ซึ่งสืบสาวมาจากแนวคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกว่าหลักนิติรัฐ (État de droit) โดยมีข้อเรียกร้องประการหนึ่งว่า องค์กรเจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้อำนาจโดยมีฐานที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ไม่อาจอ้างกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นที่มาของอำนาจได้ นอกจากนี้การคิดคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ก็เป็นประเด็นสำคัญในทางกฎหมายมหาชนที่ผู้ใช้หรือผู้ตีความต้องคำนึงถึงด้วยเสมอ ซึ่งแนวคิดพื้นฐานเหล่านี้ไม่ปรากฏในกฎหมายเอกชนแต่อย่างใด ดังนั้น รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายมหาชนย่อมต้องนำแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายมหาชนมาใช้ในการตีความและอุดช่องว่างด้วยเสมอ

1.3 การอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

การอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อพิจารณาเบื้องต้นเช่นเดียวกับการอุดช่องว่างกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ผู้มีหน้าที่บังคับใช้รัฐธรรมนูญต้องสำรวจเสียก่อนว่ามีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดวิธีการในการอุดช่องว่างเอาไว้หรือไม่ โดยหากไม่ปรากฏบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวย่อมต้องพิจารณาจากนิติวิธีในการอุดช่องว่างกฎหมายทั่วไปประกอบกับแนวคิดพื้นฐานอันเป็นการเฉพาะในทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล หลักความเสมอภาคหรือหลักการทางกฎหมายมหาชนอื่น ๆ ประกอบการอุดช่องว่างด้วยเสมอ สอดคล้องกับคำอธิบายของวรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2557: 294-295) ที่เห็นว่านิติวิธีการใช้และการอุดช่องว่างกฎหมายมหาชนควรเริ่มจากการใช้บังคับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรทั้งทางตรงและโดยการเทียบเคียงเป็นอย่างยิ่ง (analogy)

เสียก่อนจึงจะไปค้นหากฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับตามลำดับ เนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกิดจากการจัดการปกครองที่มีเหตุผลทางเทคนิคหลายประการ มาจากการปรุงแต่งของนักกฎหมาย หรืออาจมีที่มาจากแนวคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมืองและการปกครองซึ่งมีเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้ใช้กฎหมายสมควรใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยการเทียบเคียงให้หมดสิ้นเสียก่อนจึงจะค้นหากฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรบังคับใช้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดนิติวิธีในการอุดช่องว่างเอาไว้แล้ว ผู้บังคับใช้รัฐธรรมนูญย่อมผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญที่จะต้องดำเนินการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญตามวิธีการเช่นนั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอาร์เจนตินา Article R(3) ซึ่งได้บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานนี้จะต้องได้รับการตีความตามเจตนารมณ์ คำปฏิญาณแห่งชาติที่ปรากฏในนี้ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สืบต่อมา” ดังนั้นองค์กรที่ต้องบังคับใช้รัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐอาร์เจนตินาย่อมต้องผูกพันตนในการตีความและอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัตินี้ โดยจะนำวิธีการตีความอื่น ๆ มาใช้บังคับมิได้

2. นิติวิธีในการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีบทบัญญัติที่กำหนดนิติวิธีในการอุดช่องว่างเอาไว้ใน มาตรา 5 วรรคสอง ความว่า

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

พิจารณาจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว คำว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด” ก็คือสิ่งที่เรียกว่า “ช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง ดังนั้นวิธีการในการอุดช่องว่างดังกล่าว รัฐธรรมนูญกำหนดว่าให้นำ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตามคำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มิใช่คำศัพท์ที่ประชาชนทั่วไปจะเข้าใจความหมายได้ และยิ่งไปกว่านั้นถ้อยคำดังกล่าวนี้ก็ไม่ใช่ศัพท์ทางนิติศาสตร์ที่นักนิติศาสตร์ทั้งหลายจะความเข้าใจได้โดยง่าย ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาความหมายที่แท้จริงของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ โดยพิจารณาทั้งความเห็นในทางวิชาการและที่ปรากฏตามความเป็นจริงในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

2.1 ข้อพิจารณาโดยสังเขปเกี่ยวกับความหมายและลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามความเห็นในทางวิชาการ

หากพิจารณาจากความเห็นในทางวิชาการ เราสามารถจำแนกการให้ความหมายและลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ (เกษม วงศ์วิเศษ, 2556: 107-111)

กลุ่มที่หนึ่งพิจารณาในความหมายอย่างแคบ มองว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ คือสิ่งเดียวกันกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ ได้แก่ ประการแรกเป็นองค์ประกอบภายนอก กล่าวคือ ต้องเป็นการประพฤติปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเป็นเวลา

ชำนาน และประการที่สองเรียกว่าองค์ประกอบภายใน คือ ความรู้สึกสำนึกอย่างมั่นคงของผู้ปฏิบัติว่าตนผูกพันให้ประพฤติปฏิบัติเช่นนั้น (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2557 : 140)

กลุ่มที่สองพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง มีความเห็นว่า ประเพณีการปกครองประเทศไทย เป็นคำที่กว้างซึ่งอาจหมายรวมถึง ธรรมเนียมปฏิบัติและกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังรวมไปถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งประเพณีการปกครองประเทศไทย ตามแนวคิดกลุ่มนี้เป็นชื่อเรียกกว้าง ๆ ของกลุ่มของกฎเกณฑ์ที่จะนำมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยไม่ยึดติดกับคำว่า “ประเพณี” ว่าต้องหมายถึงจารีตประเพณีเท่านั้น

อนึ่ง คำว่า “หลักการทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional principles) หมายถึง แบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะนามธรรม (abstract) เป็นการทั่วไป (general) เป็นเครื่องมือในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในการตีความหรืออุดช่องว่าง ซึ่งเป็นส่วนช่วยให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญบรรลุเป้าหมายสูงสุดอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชน (พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, 2564 : 51) โดยส่วนใหญ่มักนิยมเรียกหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วยชื่อที่แตกต่างกันออกไป เช่น “หลักกฎหมายทั่วไปทางรัฐธรรมนูญ” “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป” หรือ “หลักทั่วไปทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจอนุมานตามความรับรู้ของนักนิติศาสตร์ไทยโดยทั่วไปว่าใกล้เคียงกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” (general principle of law) ที่ปรากฏในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะมีความแตกต่างอยู่บ้างตามธรรมชาติของกฎหมายเอกชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ตาม โดยบทความวิจัยนี้ขอใช้คำว่าหลักการทางรัฐธรรมนูญซึ่งสอดคล้องตรงกับลักษณะที่แท้จริงของแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) ประเภทนี้ที่สุด

ตัวอย่างของหลักการทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักนิติรัฐนิติธรรม หลักประชาธิปไตย หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ซึ่งมีความแตกต่างจากธรรมเนียมปฏิบัติ (constitutional conventions) และกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (constitutional customary laws) ประการสำคัญตรงที่ หลักการทางรัฐธรรมนูญหากพิจารณาในทางเนื้อหาจะมีลักษณะเป็นนามธรรม และใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างทั่วไป เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความได้สัดส่วนสามารถนำไปบังคับใช้กับการใช้อำนาจอธิปไตยได้ในทุกกรณี แต่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (constitutional convention) ที่ว่าเมื่อร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีไม่สามารถผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรได้ นายกรัฐมนตรีต้องลาออกนั้น จะนำมาใช้เป็นการทั่วไปกับกรณีร่างพระราชบัญญัติเรื่องอื่น ๆ มิได้ จึงเป็นการนำมาใช้ได้อย่างเฉพาะเจาะจงหรือเป็นรูปธรรม ซึ่งแตกต่างอย่างชัดเจนกับหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ใช้ได้อย่างทั่วไปแก่ข้อเท็จจริงในหลายกรณี

กล่าวโดยสรุป ตามความเห็นในทางวิชาการ คำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มีความเป็นไปได้ว่าอาจหมายถึงแบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (constitutional norms) เหล่านี้ คือ กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญและหลักการทางรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามต้องไม่ลืมว่า สิ่งเหล่านี้เป็นมุมมองและข้อเสนอทางวิชาการเท่านั้น เราจึงควรพิจารณาควบคู่กันกับความหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญด้วย

2.2 ความหมายของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่ปรากฏในวินิจัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับคำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ปรากฏตัวในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมาตั้งแต่พุทธศักราช 2540 เรื่อยมาจนถึงฉบับปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ภายใต้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมานั้น ยังไม่เคยปรากฏความหมายและลักษณะที่ชัดเจนของถ้อยคำดังกล่าว จนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายความหมายและลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเอาไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 ดังนี้

“...สำหรับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งจะต้องนำมาใช้บังคับแก่การกระทำหรือกิจกรรมทางรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ตามมาตรา 5 บรรดาของรัฐธรรมนูญนั้น ถึงแม้จะไม่มีนิยามศัพท์ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็พอจะอนุมานความหมายเบื้องต้นได้ว่ามีองค์ประกอบ 4 ประการ ตามเนื้อความที่ปรากฏอยู่ในชื่อเรียกนั้นเอง กล่าวคือ

(1) หมายถึงประเพณีการปกครอง ที่ยึดถือปฏิบัติกันมานานจนเป็นประเพณีที่ดั่งามในทางการเมืองการปกครอง มิใช่ประเพณีในกิจการด้านอื่น

(2) ต้องเป็นประเพณีการปกครองของประเทศไทยที่เป็นที่ยอมรับนับถือกันว่าดั่งามในประเทศไทย อันควรแก่การถนอมรักษา และสืบสานให้มั่นคงต่อไป มิใช่ประเพณีการปกครองของประเทศอื่น ลัทธิอื่น หรืออุดมการณ์อื่น

(3) ประเพณีการปกครองของประเทศไทยดังกล่าว หมายถึง ประเพณีที่ถือปฏิบัติกันในวาระสมัยที่ประเทศมีการปกครองอยู่ในระบอบประชาธิปไตย เท่านั้น และ

(4) ประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยนั้น หมายถึงระบอบเสรีประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มิใช่ประชาธิปไตยรูปแบบอื่น ทฤษฎีอื่น หรืออุดมการณ์อื่น ตัวอย่างที่ขัดแย้งขององค์ประกอบข้อนี้ได้แก่ ประเพณีการปกครองโดยธรรมที่องค์พระมหากษัตริย์จะต้องทรงใช้พระราชอำนาจโดยธรรม และทรงดำรงพระองค์อยู่ในทศพิธราชธรรม เพื่อให้สำเร็จผลเป็นประโยชน์ส่วนรวมแก่ประเทศชาติ และความผาสุกของประชาชนโดยรวม...”

กล่าวโดยสรุปศาลรัฐธรรมนูญได้ให้นิยามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยฯ ในลักษณะของ “กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” เนื่องด้วยสอดคล้องกับองค์ประกอบที่สำคัญ 2 ประการคือ ประการแรกเป็นองค์ประกอบภายนอกที่เกิดจากการยึดถือปฏิบัติมาอย่างยาวนาน และประการที่สองอันเป็นองค์ประกอบภายใน คือ การยึดถือปฏิบัติมาอย่างยาวนานเช่นว่านั้น ได้รับการยอมรับนับถือกันว่าดั่งามในประเทศไทย ดังนั้น หากพิจารณาตามลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเท่าที่กล่าวมาเมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับแก่กรณีใด ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยโดยการค้นหากฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้เท่านั้น ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาตามโครงสร้างตรรกะของถ้อยคำ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจนำเอาหลักการ

ทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้เพื่ออุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้ เนื่องด้วยศาลรัฐธรรมนูญมิได้มองประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มีขอบเขตรวมไปถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย

3. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของศาลรัฐธรรมนูญ

จากการสำรวจในเบื้องต้นพบปัญหาว่า แม้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยบางฉบับจะกล่าวถึงประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ และนำกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นการสอดคล้องกับแนวทางในการตีความและการให้ความหมายของประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ก็ตาม แต่ทว่ากลับปรากฏคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอยู่หลายฉบับที่มีการนำเอาหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยไม่กล่าวถึงหรือไม่ได้หยิบยกนำเอาบทบัญญัติในทางนิติวิธีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อประกอบการวินิจฉัยในการอุดช่องว่างตามนิติวิธีที่กำหนดไว้ ซึ่งต้องถือว่าเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติที่นอกเหนือไปจากนิติวิธีที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสองบัญญัติไว้ เป็นกรณีที่อาจถือได้ว่าเป็นการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงมีปัญหาคิดคำนึงถึงในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติว่า เมื่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเสียเอง จะมีสภาพบังคับหรือผลผูกพันเช่นไร และจะมีแนวทางในการแก้ปัญหาย่างไรต่อไป เพื่อให้การอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ขอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลบังคับได้ ซึ่งเป็นสภาพปัญหาสำคัญที่สมควรได้รับการศึกษาวิจัยด้วยระเบียบวิธีในทางนิติศาสตร์

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไทย
2. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับแนวทางในการแก้ปัญหการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ระเบียบวิธีวิจัย

1. งานวิจัยชิ้นนี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยใช้แบบบันทึกข้อมูลและแบบฟอร์มการสรุปข้อมูล เพื่อประมวลผลและสังเคราะห์ด้วยทฤษฎีหมาย ระเบียบข้อบังคับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2540 ถึงปัจจุบัน (15 ตุลาคม พ.ศ. 2568)

2. งานวิจัยนี้มีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สืบค้นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญศาลตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 จนถึงปัจจุบัน (15 ตุลาคม พ.ศ. 2568) จากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและราชกิจจานุเบกษา และค้นคว้าตำรา รวมถึงงานเขียนทางนิติศาสตร์ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ (constitutional

norms) จากห้องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รวมถึงฐานข้อมูลบทความออนไลน์ อาทิ JSTOR, Springer, SAGE

ผู้วิจัยดำเนินการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับแบบแผนเชิงบรรทัดฐานทางรัฐธรรมนูญ (constitutional norms) ที่นำมาเป็นเครื่องมือในการตีความช่องว่างรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และหลักการทางรัฐธรรมนูญ ควบคู่ไปกับการดำเนินการสำรวจคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทุกฉบับภายในขอบเขตแห่งการศึกษาเพื่อค้นหาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการอุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หลังจากนั้น ดำเนินการวิเคราะห์แบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญ (constitutional norms) ที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยนำมาใช้ในการอุดช่องว่างว่ามีสอดคล้องกับลักษณะของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ โดยผลที่ได้จากการศึกษานำมาสู่การอภิปรายผลการศึกษาและเสนอแนวทางในการแก้ปัญหาต่อไป

ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัยพบว่า มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอยู่หลายฉบับที่มีประเด็นเกี่ยวกับการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอยู่ เช่น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ... มีข้อความขัดหรือแย้งหรือขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ข้อเท็จจริงในคดีมีว่า ผู้ร้องได้ร้องว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ... มาตรา 28 ได้บัญญัติให้มติดคณะรัฐมนตรีมีผลเป็นการยุบเลิกรัฐวิสาหกิจ ซึ่งบางประเภทตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการออกกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า

“...ข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาหลักในการยกเลิกกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้มีบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายไว้ การจะพิจารณาว่าข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป ประกอบกับจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจมีที่มาของการจัดตั้งหลายประเภท เช่น จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศของคณะปฏิวัติ พระราชกฤษฎีกา เป็นต้น ซึ่งการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในการยกเลิกกฎหมาย ตามหลักกฎหมายทั่วไป การยกเลิกกฎหมายอาจกระทำได้ทั้งการยกเลิกกฎหมายโดยตรงและการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตาม การยกเลิกกฎหมายไม่ว่าจะยกเลิกทั้งฉบับหรือบางส่วนจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า

การที่มาตรา 28 บัญญัติไว้ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นอันยกเลิกไปนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต้องเป็นไปตามเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น ซึ่งเป็นเงื่อนไข และเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจึงถูกยกเลิกโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ... มาตรา 28 นี้ ... ก็จะเป็นการยกเลิกกฎหมายโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเดียวกัน...จึงเห็นว่า ข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” (หมายเหตุขีดเส้นใต้โดยผู้วิจัย)

ในคดีนี้เป็นเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการยกเลิกกฎหมายขึ้นพิจารณาโดยตรงในฐานะกฎหมายในการวินิจฉัยผลแห่งคดี จึงนับเป็นครั้งแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญไทย นำหลักการทางรัฐธรรมนูญ (ซึ่งศาลเรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไป) มาใช้เพื่ออุดช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแล้ววินิจฉัยว่า กฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีมิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏตามคำวินิจฉัยว่า ศาลได้หลักการดังกล่าวนี้มาอย่างไร เพียงแต่อ้างว่ามีหลักการเช่นว่านี้

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ก้าวขึ้นไปอีกขั้นหนึ่งในนำหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ศาลได้นำหลักการทางรัฐธรรมนูญอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะเป็นการสร้างข้อยกเว้น โดยมีรายละเอียดบางส่วนบางตอนดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยขอเขตการใช้บังคับตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ

ข้อเท็จจริงมีว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ตามความในมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หากบุคคลใดไม่ไปเลือกตั้ง ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยมีปัญหาว่า มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นไม่ต้องแจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ตามมาตรา 68 ดังกล่าวนี ศาลรัฐธรรมนูญมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า บุคคลผู้มีหน้าที่ในการไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 นี้ จะใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ด้วยหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า

“ในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยมีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างใดในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่มีถึงพระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณนิติธาดา ที่เห็นว่าพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 มีบัญญัติในมาตรา 11 ว่า

“พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงตนอยู่ในฐานะเหนือการเมือง”

รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบัน (คือ ฉบับ พ.ศ. 2540 ในขณะนั้น) มีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคติการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงตนอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้อำนาจนั้นอีก ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศ์ซึ่งควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายเหียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์

ด้วยเหตุผลดังกล่าว เพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 71 ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ (หมายเหตุว่าตัวอักษรหนาโดยผู้วิจัย)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งยุบพรรคไทยรักษาชาติ

ข้อเท็จจริงโดยสรุปในคดีมีว่า พรรคไทยรักษาชาติได้แจ้งเสนอรายชื่อทุลกระหม่อมหญิงอุบลรัตนราชกัญญา สิริวัฒนาพรรณวดี เป็นนายกรัฐมนตรีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 160 คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยมีคำสั่งให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติด้วยเหตุล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยนำหลักการทางรัฐธรรมนูญที่เคยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 คือ “หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์” มาปรับใช้ในคดีนี้ด้วยโดยตีความประกอบกับ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ที่ปรากฏในมาตรา 5 วรรคสอง ในลักษณะที่เป็นแบบแผนเชิงบรรทัดฐาน (norm) คนละประเภทกัน

อภิปรายผลการวิจัย

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับ ศาลรัฐธรรมนูญมีการนำเอาหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 ศาลนำหลักการทางรัฐธรรมนูญหรือที่ศาลเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมาย” มาใช้ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นข้อเท็จจริงหรือวัตถุในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งไม่ปรากฏบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตราอื่นใดที่กำหนดเรื่องในประเด็นดังกล่าวไว้ กรณีจึงเป็นการที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะปรับใช้แก่กรณีใดได้ โดยผลของมาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในขณะนั้นศาลรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการอุดช่องว่างดังกล่าวนี้โดยการนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการอุดช่องว่าง ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ศาลต้องนำกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ทว่าในคดีศาลรัฐธรรมนูญกลับหยิบยกนำเอาหลักการทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการอุดช่องว่าง เนื่องจาก หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการยกเลิกกฎหมายไม่ได้มีลักษณะเป็นแนวประเพณีปฏิบัติที่ยึดถือกันมาและผู้ประเพณีปฏิบัติยึดถือและผูกพันเช่นนั้นอันเป็นลักษณะของกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อความคิด หรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่อยู่เบื้องหลังอันเป็นส่วนช่วยให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญอย่างมีประสิทธิภาพหรือที่เรียกว่า “หลักการทางรัฐธรรมนูญ” ดังนั้นในคำวินิจฉัยนี้จึงเป็นกรณีการอุดช่องว่างบทบัญญัติที่ไม่ได้นำเอาประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ มาใช้บังคับ ซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับอยู่โดยตรง จึงต้องถือว่าเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีนิติวิธีไม่สอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 7 ซึ่งบังคับอยู่ในขณะที่ทำการวินิจฉัยคดีอยู่นั่นเอง

สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 นักวิชาการบางท่านมองว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ศาลหยิบยกนำเอาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัย (วรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2567 : 9–11) อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาให้ถึงที่สุดแล้วจะพบว่า จริงอยู่ที่ศาลในคดีได้บรรยายถึงแนวปฏิบัติขององค์พระมหากษัตริย์ที่ได้ทรงไปใช้สิทธิเลือกตั้ง แต่การหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นกล่าวหาใช้การนำมาเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการตัดสินคดีโดยตรงไม่ หากแต่เป็นเพียงข้อเท็จจริงชี้แนะ (persuasive fact) ให้เห็นถึงการดำรงพระองค์อยู่เหนือการเมืองของพระมหากษัตริย์ แบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่แท้จริงที่ถูกนำมาใช้โดยตรงเพื่อตัดสินคดีคือ “หลักการเกี่ยวกับการดำรงตนอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์” ซึ่งเป็น ข้อความคิด หรือกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่อยู่เบื้องหลัง ซึ่งเป็นส่วนช่วยให้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญที่ยึดถือกันอยู่ในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ จึงเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญหาใช่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ และยิ่งไปกว่านั้น ผู้วิจัยมีข้อสังเกตอีกด้วยการใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ยังมีลักษณะเป็นการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญประเภทที่เรียกว่า “ช่องว่างที่เกิดจากการขาดข้อยกเว้น” (contra verba legis) กล่าวคือรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้แต่หากนำไปใช้บังคับแก่ทุกกรณีจะขัดต่อเจตนารมณ์หรือก่อให้เกิดผลที่นำประหลาด ซึ่งในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญสร้างบทยกเว้นของมาตรา 68 จึงการเป็นการเพิ่มเติมเนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไปด้วยในเวลาเดียวกัน ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหลักการทางรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยนี้ ศาลกล่าวถึงที่มาเอาไว้ด้วย กล่าวคือ ศาลพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในฉบับที่ผ่านมาและบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น แล้วทำการสกัดหรือค้นหาหลักการทางรัฐธรรมนูญจาก

โครงสร้างและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเอง ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญนำหลักการทางรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้เพื่ออุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยนี้ จึงเป็นการอุดช่องว่างที่ไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเช่นกัน

การแยกต่างหากออกจากกันอย่างชัดเจนระหว่างประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตยฯ และหลักการทางรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นอย่างเด่นชัดในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาโดยมีการอ้างและใช้ประเพณีการปกครองฯ ตามมาตรา 5 วรรคสอง แต่ทว่าศาลรัฐธรรมนูญกลับมีการบังคับใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญ คือ **หลักการพื้นฐานว่าด้วยการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์** อันหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างมาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ประกอบการพิจารณาคดีร่วมกับประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ด้วยอีกประการหนึ่ง ซึ่งในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญอ้างและบังคับใช้ทั้งหลักการทางรัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตยฯ ทั้งสองประเภทแยกจากกัน ทำให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้อุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 วรรคสอง กล่าวคือ ศาลไม่ได้นำเอาประเพณีการปกครองในระบบประชาธิปไตยฯ แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นมาใช้เป็นเครื่องอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญ แต่ศาลกลับนำหลักการทางรัฐธรรมนูญซึ่งไม่ถือเป็นประเพณีการปกครองฯ ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความไว้มาเป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วย กรณีจึงต้องถือว่าเป็นการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

ประเด็นต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเอาไว้เป็นเนื้อความอย่างเดียวกันว่า *“คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ”* จึงมีปัญหว่าหากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเสียเอง ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันต่อองค์กรอื่น ๆ หรือไม่อย่างไร ผู้วิจัยเห็นว่าต้องพิจารณาตามหลักการพื้นฐานสามเรื่องประกอบกัน คือ หลักเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเองของอำนาจตุลาการ (res judicata) หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมาย (legal certainty) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเด็ดขาดผูกพันทุกองค์กรอันเป็นไปตามหลักเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตัวเองของอำนาจตุลาการ (res judicata) ซึ่งมีผลผูกพันในลักษณะทางเนื้อหาด้วย (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2568 : 90) ดังนั้น แม้ในแง่นิติวิธีในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นมิติในเชิงรูปแบบจะมีปัญหาเรื่องการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่คำวินิจฉัยในแต่ละเรื่องย่อมมีเนื้อหาที่ผูกพันและกระทบต่อองค์กรของรัฐหรือประชาชนได้ เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่าเราไม่อาจถือว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีปัญหาขัดรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับนิติวิธีในการอุดช่องว่างเพียงอย่างเดียวสิ้นผลไป หรือไม่มีผลบังคับผูกพันองค์กรรัฐต่าง ๆ ได้เลย เพราะปัญหาดังกล่าวซึ่งเป็นปัญหาในทางรูปแบบ อาจไม่กระทบต่อสาระสำคัญในทางเนื้อหาของคดีก็เป็นได้ การที่เราถือว่าคำวินิจฉัยที่มีความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นสาระสำคัญต่อคดีทำให้ผลผูกพันที่เกิดขึ้นสิ้นผลไปในทันทีย่อมขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายอย่างรุนแรง และขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่เรียกร้องการชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบและประโยชน์ที่เกิดขึ้นอย่างสมเหตุสมผล

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติอาจใช้อำนาจออกกฎหมายเพื่อแก้ไขหรือทำให้ผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีปัญหาทางนิติวิธีสิ้นผลไปหรือเปลี่ยนแปลงไปในแนวทางที่ถูกต้องได้ (over rule) (กมลชัย รัตนสากววงศ์, 2549 : 143) แต่ทั้งนี้ต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้ายหรือกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่เรียกร้องประการหนึ่งว่า การออกกฎหมายต้องไม่มีผลย้อนหลังในทางที่เป็นโทษหรือกระทบสิทธิของประชาชนนั่นเอง

ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหา 2 ประการใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่

ข้อเสนอประการแรกเกี่ยวกับนิติวิธีในการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญ

การแก้ปัญหาในระยะสั้นเกี่ยวกับนิติวิธีในการใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา 5 วรรคสองในรัฐธรรมนูญนั้น สามารถแก้ปัญหาได้โดยวิธีการดังนี้

(1) ในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลต้องหยิบยกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสองขึ้นอ้างในคำวินิจฉัยทุกครั้ง เพื่อประโยชน์ในการแสดงให้เห็นว่ามีช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในการวินิจฉัยคดี และศาลรัฐธรรมนูญกำลังจะพิจารณาอุดช่องว่างนี้ในการวินิจฉัยคดี การที่ตลอดมาศาลรัฐธรรมนูญไม่หยิบยกบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสองขึ้นว่าในคดี ทำให้เกิดความคลุมเครือเป็นอันมากว่าได้ปรากฏช่องว่างแห่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นในคดีนี้จริงหรือไม่ และรูปลักษณะแห่งช่องว่างนั้นมีลักษณะเช่นใด การที่ศาลไม่ชี้ให้เห็นประเด็นนี้ย่อมเสี่ยงต่อการสร้างสภาวะหลีกเลี่ยงไม่บังคับใช้บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรทั้งที่สามารถจะบังคับได้ แต่กลับไปใช้รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแทนโดยเสมือนว่ามีช่องว่างเกิดขึ้นทั้งที่ไม่ได้ปรากฏขึ้นจริง จึงอาจนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง และ

(2) ศาลรัฐธรรมนูญควรตีความและวินิจฉัยคำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ให้สอดคล้องกับภารกิจหรือหน้าที่ของบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสอง ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดนิติวิธีในการอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญควรตีความคำว่าประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ให้สามารถทำหน้าที่สมดังความมุ่งหมายในการอุดช่องว่างได้ กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญควรพิจารณาประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ในความหมายอย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมทั้งกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย

ปัจจุบันการที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ในลักษณะอย่างแคบ คือให้หมายถึงเฉพาะกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น ย่อมขัดต่อหลักการตีความเจตนารมณ์และหลักการตีความให้มีผลใช้บังคับได้ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ผู้วิจัยจึงเสนอว่าเมื่อมีกรณีที่ต้องอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น นอกจากศาลจะต้องหยิบยกมาตรา 5 วรรคสองขึ้นเพื่อประกอบการวินิจฉัยเพื่อแสดงให้เห็นรูปลักษณะของช่องว่างที่เกิดขึ้นในคดีแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญควรอธิบายและขยายขอบเขตการ

ตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ ให้ครอบคลุมถึงหลักการทางรัฐธรรมนูญด้วย โดยอธิบายว่า หลักการทางรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ข้อเสนอประการที่สองเกี่ยวกับบทบัญญัติว่าด้วยนิติวิธี

ผู้วิจัยเห็นว่าอันที่จริงแล้วบทบัญญัติมาตรา 5 วรรคสองที่กำหนดเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วยการนำเอาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ ได้สร้างปัญหาในทางวิชาการและในทางปฏิบัติมาโดยตลอด นับเนื่อง มาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาแล้ว นั้นแสดงว่า บทบัญญัติใน ลักษณะนี้ก่อให้เกิดปัญหาไม่เพียงแต่การบังคับใช้หลักการทางรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงด้านอื่น ๆ ด้วย เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วเพื่อแก้ปัญหาในระยะยาวอาจมีข้อเสนอได้สองรูปแบบดังนี้

(1) สมควรยกเลิกข้อความในลักษณะที่เป็นการกำหนดนิติวิธีอย่างตายตัว ในมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ เพราะเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา กฎหมายพื้นฐานสหพันธรัฐเยอรมนี หรือรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ก็ไม่พบว่า มีบทบัญญัติในลักษณะกำหนดตายตัวในเชิงนิติวิธีเช่นนี้ไว้ แต่ศาลก็สามารถอุดช่องว่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และมีความยืดหยุ่นเป็นอย่างยิ่งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือโครงสร้าง และหลัก พื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญได้อย่างถูกต้องและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือ

(2) แก้ไขบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสอง โดยกำหนดประเภทแบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่จะใช้ในการอุดช่องว่างและลำดับในการบังคับใช้อย่างชัดเจน คล้ายคลึงกับที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในแง่แบบแผนเชิงบรรทัดฐานที่ศาล รัฐธรรมนูญสามารถนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างได้ และความชัดเจนในแง่ลำดับขั้นตอนในการนำแบบแผนเชิง บรรทัดฐานเหล่านั้นมาใช้ก่อนหลัง อย่างไรก็ตาม ในแง่นี้ต้องพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดรอบคอบ โดยอาศัยทฤษฎีและปรัชญาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญมาทำการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัตินี้ เนื่องด้วยเรา ไม่อาจนำนิติวิธีการอุดช่องว่างตามที่ปรากฏในทางกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนมาใช้ในการอุดช่องว่าง รัฐธรรมนูญได้อย่างสมบูรณ์หรือแทนที่กันได้อย่างพอเหมาะพอเจาะ นอกจากนี้ในแง่ลำดับการใช้กฎหมายนั้น ฐานความคิดของกฎหมายมหาชนเรียกร้องความชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย จึงควรแก้ไขลำดับการใช้เมื่อไม่ อาจนำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญปรับใช้ในทางตรงได้แล้ว ก็ต้องพยายามนำบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาปรับใช้โดย การเทียบเคียงเป็นอย่างยิ่งให้สิ้นกระแสความเสียก่อน จึงจะอนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญไปค้นหาบรรทัดฐานที่ ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ ผู้วิจัยจึงเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 5 วรรคสองดังนี้

มาตรา 5 วรรคสอง

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้พิจารณาโดยอาศัยเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ ใกล้เคียงเป็นอย่างยิ่งแทน หากไม่มีบทบัญญัติเช่นนั้นให้พิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณี และหากไม่มี จารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยไปตามหลักการทางรัฐธรรมนูญ”

การกำหนดแบบแผนเชิงบรรทัดฐานในทางรัฐธรรมนูญและลำดับการอุดช่องว่างเอาไว้ตามข้อเสนอ
นี้ ย่อมสามารถแก้ปัญหาความไม่แน่นอนชัดเจนของกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะใช้ในการอุด
ช่องว่างและป้องกันไม่ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจอย่างกว้างขวางในการอ้างหรือหยิบยกแบบแผนเชิงบรรทัด
ฐานที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับตามอำเภอใจได้อีกด้วย

เอกสารอ้างอิง

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2549). วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ. *การบรรยายพิเศษ เรื่อง
วิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- กฤษณ์ วงศ์วิเศษธร. (2556). *มนต์เสน่ห์เกี่ยวกับกฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ*. [วิทยานิพนธ์ปริญญา
โท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. TU Digital Collections. [https://digital.library.tu.ac.th/
tu_dc/frontend/Info/item/dc:100026](https://digital.library.tu.ac.th/tu_dc/frontend/Info/item/dc:100026).
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2568). *สภาพบังคับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 74 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่า
ด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2562 ข้อ 44 และข้อ 45*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาล
รัฐธรรมนูญ.
- บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2567). *ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
ทรงเป็นประมุข. บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ เล่ม 2*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. (2564). *รัฐธรรมนูญอังกฤษ : โครงสร้าง ที่มา หลักการสำคัญและความเป็นพลวัต.
รอบโลกรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2557). *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โครงการ
ตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2552). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. (พิมพ์ครั้งที่ 17). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.