



การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ
ในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

นางสาวฐิติมา ประเสริฐ

รายงานวิชาการนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
การพัฒนานักบริหารระดับสูงสำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13
สถาบันพระปกเกล้า

พ.ศ. 2564

ลิขสิทธิ์ของสถาบันพระปกเกล้า



**การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนด
ของฝ่ายบริหาร**

โดย

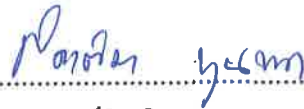
นางสาวฐิติมา ประเสริฐ

รหัสประจำตัว 64-13-25

สถาบันพระปกเกล้า

รายงานวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการ
ตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร


อาจารย์ที่ปรึกษา :


.....
(อาจารย์กิตติมา บุนนาค)

อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม :


.....
(อาจารย์วิหวัศ ชัยภาคภูมิ)

อนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง
สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13


.....
(ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย)
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

บทคัดย่อ

ชื่อผู้จัดทำ : นางสาวฐิติมา ประเสริฐ
 นักศึกษาหลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง
 สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13

ชื่อหัวข้อเอกสาร : การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร

อาจารย์ที่ปรึกษา : อาจารย์กิตติมา บุณนาค

อาจารย์ที่ปรึกษา (ร่วม) : อาจารย์วิทวัส ชัยภาคภูมิ

รายงานวิชาการส่วนบุคคล เรื่อง “การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร” มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล รวมทั้งศึกษากระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการทั้งสองกระบวนการ เพื่อเสนอแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ การศึกษาเรื่องดังกล่าวเป็นการดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลด้วยหลักการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ ตลอดจนรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมสภาที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดเพื่อจัดทำวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ และบทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก่อนการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาและภายหลังการอนุมัติของรัฐสภา ซึ่งจากการวิเคราะห์พบว่า ในการทำหน้าที่สนับสนุนภารกิจของวุฒิสภาของนิติกรสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาอาจมีการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ โดยการเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานวุฒิสภาของสมาชิกวุฒิสภา เพื่อส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ซึ่งเป็นขั้นตอนที่อยู่ในกระบวนการตราพระราชกำหนดของรัฐสภา และการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 231(1) ของรัฐธรรมนูญ โดยการที่สมาชิกวุฒิสภา ประธานวุฒิสภาหรือคณะกรรมการกิจการของวุฒิสภา

ริเริ่มเสนอเรื่องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อพิจารณาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นขั้นตอนที่อาจเกิดขึ้น ภายหลังกระบวนการพิจารณาพระราชกำหนดของรัฐสภาเสร็จสิ้นแล้ว ดังนั้น เพื่อเป็นการเตรียม ความพร้อมในพันธกิจของการสนับสนุนการขับเคลื่อนภารกิจด้านนิติบัญญัติและยกระดับการพัฒนา งานด้านกฎหมายและงานด้านวิชาการของวุฒิสภาและเพื่อการบรรลุวิสัยทัศน์ในการเป็นองค์กรหลัก ด้านนิติบัญญัติของประเทศที่มีสมรรถนะสูงในการสนับสนุนภารกิจวุฒิสภาเพื่อประชาชนและ ประโยชน์ส่วนรวมของสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา จึงได้เสนอแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการ สนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในกรณีดังกล่าว เพื่อให้สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาใช้เป็นเครื่องมือ ในการบรรลุพันธกิจและวิสัยทัศน์ต่อไป

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาเรื่อง “ การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ” สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี อันเนื่องมาจากความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากคณาจารย์ที่ปรึกษาหลักสูตรและวิทยากรที่ให้ความรู้ คำแนะนำ และความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ เป็นอย่างยิ่ง

ผู้ศึกษาขอขอบพระคุณ อาจารย์กิตติมา บุณนาค อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ให้ความรู้และข้อแนะนำซึ่งเป็นประโยชน์ในการจัดทำรายงานวิชาการทุกชั้นตอน และขอขอบคุณวิทยากรทุกท่านที่ให้ข้อมูลและคำแนะนำต่าง ๆ เพื่อประกอบการศึกษาและจัดทำรายงาน รวมทั้งเพื่อนร่วมอบรมทุกคนที่ให้กำลังใจ ตลอดจนเจ้าหน้าที่สถาบันพระปกเกล้าที่ได้ให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกในด้านต่าง ๆ ตลอดระยะเวลาการอบรมในหลักสูตรนี้

ผู้ศึกษาหวังว่า รายงานวิชาการนี้จะเป็นประโยชน์ในการสร้างความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด รวมทั้งเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดต่อไป

นางสาวฐิติมา ประเสริฐ
หลักสูตรการพัฒนานักบริหารระดับสูง
สำหรับข้าราชการรัฐสภาสามัญ รุ่นที่ 13
สถาบันพระปกเกล้า
พฤษภาคม 2565

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ก
กิตติกรรมประกาศ	ค
สารบัญ	ง
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา	2
1.3 ประเด็นการศึกษา	3
1.4 ขอบเขตการศึกษา	3
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง	5
2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล	5
2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separate of Power)	5
2.1.2 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (Checks and Balances)	7
2.2 การตราพระราชกำหนด	8
2.2.1 ความหมายและประเภทของพระราชกำหนด	8
2.2.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมที่เกี่ยวข้อง	12
2.2.3 กระบวนการตราพระราชกำหนด	14
2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด	25
2.3.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย	26
2.3.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง	31
2.3.3 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด	32
บทที่ 3 วิธีการศึกษา	38
3.1 วิธีการศึกษา	38
3.2 ขั้นตอนการศึกษา	39

บทที่ 4 ผลการศึกษา	40
4.1 บทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย	40
4.1.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ	41
4.1.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนด โดยฝ่ายตุลาการ	43
4.2 บทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย	44
4.2.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติ ของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา	45
4.2.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดภายหลัง การอนุมัติของรัฐสภา	45
4.3 แนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนภารกิจของวุฒิสภาที่เกี่ยวข้อง กับการพิจารณาพระราชกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการตรา พระราชกำหนดของและการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของพระราชกำหนด	47
4.3.1 แนวทางการสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ	48
4.3.2 แนวทางการสนับสนุนการเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติ แห่งพระราชกำหนด ตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ	51
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	53
บรรณานุกรม	57
ประวัติผู้ศึกษา	59

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สืบเนื่องจากพระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่ไม่ได้ตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา แต่เป็นกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นโดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separate of Power) อำนาจในตรากฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ มองเตสกีเออได้อธิบายไว้ว่า “ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ในมือของบุคคลคนเดียว เสรีภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะกรณีย่อมเป็นไปได้เสมอที่ผู้ซึ่งมีอำนาจทั้งสองอยู่ในมือจะออกกฎหมายแบบทรราชและบังคับใช้กฎหมายแบบทรราช” ดังนั้น การที่พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารและในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารนั้นเองก็เป็นฝ่ายที่เป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชกำหนดนั้น เสรีภาพจะมีได้หรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจที่นำมาสู่การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Checks and Balances) ของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ เพื่อให้เกิดความสมดุลของการใช้อำนาจไม่ให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดมีอิทธิพลสูงกว่าอำนาจอื่นกับการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วพบว่า ในกระบวนการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 - 174 นั้น รัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐสภาเข้ามาถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร โดยการให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเข้ามาเป็นผู้อนุมัติพระราชกำหนดเพื่อให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป หรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดเพื่อให้พระราชกำหนดนั้นตกไป โดยไม่ให้กระทบต่อกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้นตามมาตรา 172 และโดยการให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกก่อนการจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดว่า พระราชกำหนดนั้นได้ตราขึ้นโดยมีเงื่อนไขการตราไม่เป็นที่มาตรา 172 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ โดยให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย อันเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเสนอเรื่องความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารนั้นให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบตามมาตรา 173 นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 174 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในส่วนของกระบวนการตราพระราชกำหนดเช่นกันแล้วพบว่า

นอกจากพระราชกำหนดตามมาตรา 172 แล้ว ยังมีพระราชกำหนดอีกประเภทหนึ่ง คือ “พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา” ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดเหตุและเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวไว้แตกต่างจากพระราชกำหนดตามมาตรา 172 และได้กำหนดระยะเวลาในการนำเสนอพระราชกำหนดประเภทดังกล่าวไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบัญญัติของมาตรา 173 แล้ว จะพบว่า สมาชิกวุฒิสภาไม่สามารถเสนอความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราได้ ทั้งนี้ นอกจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว เมื่อรัฐสภาได้อนุมัติพระราชกำหนดและพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้ว ฝ่ายตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดได้ โดยการเสนอเรื่องของศาลที่จะใช้บทบัญญัติของพระราชกำหนดนั้นบังคับแก่คดี เมื่อศาลหรือคู่ความโต้แย้งว่ามีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 หรือโดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน เมื่อเห็นว่าบทบัญญัติของพระราชกำหนดนั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 231

จากความสัมพันธ์ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นต่อการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร โดยฝ่ายนิติบัญญัติและโดยฝ่ายตุลาการผ่านกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ผู้ศึกษาจึงประสงค์ที่จะศึกษาในรายละเอียดและวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารผ่านกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อจัดทำแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์การศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล รวมทั้งศึกษากระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.2.3 เพื่อเสนอแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

1.3 ประเด็นการศึกษา

มีการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ อย่างไร และในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยของนิติกรมีแนวทางอย่างไร

1.4 ขอบเขตการศึกษา

ขอบเขตด้านเนื้อหา

1. ศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล
2. ศึกษากระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ระยะเวลาในการศึกษา วันที่ 1 ตุลาคม 2564 – 31 มกราคม 2565

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษานี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยวิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากตำรา คู่มือ ผลงานทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการ รายงานการวิจัย รายงานการประชุมและบันทึกการประชุมของสภา รวมทั้งคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซต์ (Website) ที่เกี่ยวข้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล และกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด เพื่อวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ พระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล รวมทั้งศึกษากระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

1.6.2 ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนด และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย

1.6.3 มีแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุล

2.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separate of Power)

จอห์น ล็อกค์ (John Locke) นักปรัชญาการเมืองชาวอังกฤษ ได้กล่าวไว้ว่าอำนาจอธิปไตยแยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต จากการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของ จอห์น ล็อกค์ จะเห็นได้ว่าได้แยกอำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศออกมาเป็นอีกอำนาจหนึ่งต่างหาก โดยเห็นว่าอำนาจที่สำคัญที่สุด คือ อำนาจนิติบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ ส่วนอำนาจบริหารนั้น คือ อำนาจที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายและลงโทษผู้ฝ่าฝืน ซึ่งจอห์น ล็อกค์ เห็นว่ามีความสำคัญน้อยกว่าอำนาจนิติบัญญัติแต่ก็เป็นอำนาจที่ขาดไม่ได้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายที่สุดเป็นของ ชาร์ล เดอ มองเตสกีเออ (Charles de Montesquieu) ซึ่งเป็นนักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส คำสอนว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออเป็นคำสอนที่มีอิทธิพลยิ่งจนถึงปัจจุบัน หลักการสำคัญเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจปรากฏในหนังสือชื่อ “De l’esprit des lois (ว่าด้วยวิญญาณแห่งกฎหมาย)” โดยมองเตสกีเออเห็นว่าประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษยชาตินั้นได้ให้บทเรียนว่า “ใครก็ตามที่มีอำนาจเด็ดขาด คนผู้นั้นมักจะใช้อำนาจอย่างเกินเลยและมัวเมาในอำนาจเด็ดขาดนั้นเสมอ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอประมาทจะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดแบ่งอำนาจ โดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” ในบทที่ 6 ของหนังสือดังกล่าว มองเตสกีเออได้อธิบายว่าในรัฐแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจอยู่สามชนิด คือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจในการตัดสินคดี ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอยู่ในมือของบุคคลคนเดียว เสรีภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะกรณีย่อมเป็นไปได้เสมอที่กษัตริย์ซึ่งมีอำนาจทั้งสองอยู่ในมือจะออกกฎหมายแบบทรราชและบังคับใช้กฎหมายแบบทรราช และกรณีย่อมเป็นเช่นเดียวกันหากอำนาจในการตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจากอำนาจในการตรากฎหมายและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ถ้าหากอำนาจในการตรากฎหมายและอำนาจในการตัดสินคดีอยู่ในมือของบุคคลคนเดียว การใช้อำนาจก็ย่อมจะเป็นไปโดยอำเภอใจ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายเอง ถ้าหากอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกับอำนาจตัดสินคดีอยู่ในมือ

บุคคลคนเดียวกันเช่นอยู่ในมือผู้พิพากษา ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจในการกดขี่เข้มแข็งผู้คน และถ้าอำนาจทั้งสามอยู่ในมือของคน ๆ เดียวแล้ว ทุกสิ่งทุกอย่างก็ย่อมจบสิ้นลง ด้วยเหตุนี้ มองเตสกีเออจึงเสนอให้กษัตริย์ทรงมีแต่เฉพาะอำนาจบริหาร คือ อำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย แล้วให้สภาซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนของประชาชนและผู้แทนของขุนนางเป็นผู้มีอำนาจในการตรากฎหมาย ส่วนอำนาจในการตัดสินคดีนั้นให้เป็นหน้าที่ของศาล แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออในเรื่องนี้ถือเป็นต้นแบบของหลักการแบ่งแยกอำนาจในปัจจุบัน ทั้งนี้ในประเทศฝรั่งเศส หลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789 ชาวฝรั่งเศสได้นำเอาแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออบรรจุไว้ในประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ข้อ 16 ว่ารัฐใดก็ตามที่ไม่มี การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและไม่มี การแบ่งแยกอำนาจ ถือว่ารัฐนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ ใน ค.ศ. 1791 หลังการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศสสองปี รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับแรกก็ได้เดินตามแนวทางการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออ โดยบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรใช้อำนาจนิติบัญญัติ ให้รัฐบาลใช้อำนาจบริหาร และให้ศาลใช้อำนาจตุลาการ¹ กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของมองเตสกีเออ คือ การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เพื่อป้องกันมิให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งรวมอยู่ที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลเดียวอันอาจจะนำมาสู่การใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขตได้ และให้อำนาจแต่ละอำนาจนั้นหยุดยั้งหรือคานอีกอำนาจหนึ่งมิให้มีการใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขต กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ออกกฎหมาย ฝ่ายบริหารทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกมา ในส่วนการแบ่งแยกอำนาจกับระบบการเมืองการปกครองนั้น การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ส่วนนี้ หากเป็นการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด กล่าวคือ แบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ออกจากกันอย่างสิ้นเชิง โดยไม่มีความรับผิดชอบต่อกัน ก็จะนำมาสู่ระบบการปกครองแบบประธานาธิบดี เช่น ระบบประธานาธิบดีในสหรัฐอเมริกา ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน สภาไม่สามารถลงมติไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีได้ และประธานาธิบดีก็ไม่มีสิทธิที่จะยุบสภาเช่นกัน แต่หากเป็นการแบ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด คือ เป็นการแบ่งแยกอำนาจทั้ง 3 ออกจากกัน แต่ยังคงมีความรับผิดชอบต่อกันอยู่ จะนำมาสู่ระบบการปกครองแบบรัฐสภา เช่น ในประเทศไทย นายกรัฐมนตรีมาจากสภาผู้แทนราษฎร โดยความเห็นชอบของรัฐสภา สภาจึงมีสิทธิอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีก็มีสิทธิยุบสภาได้

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย.” เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.560 ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2558, หน้า 8-9.

ในส่วนหลักการแบ่งแยกอำนาจในประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กฤษฎีกา และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

ทั้งนี้ ในส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ มีดังนี้

อำนาจนิติบัญญัติ

มาตรา 133 ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อนและจะเสนอได้ก็แต่โดย ...

มาตรา 136 เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติและลงมติเห็นชอบแล้ว ให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อวุฒิสภา ...

อำนาจบริหาร

มาตรา 158 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน

อำนาจตุลาการ

มาตรา 188 การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญ และกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง

2.1.2 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุล (Checks and Balances)

ในส่วนหลักการแบ่งแยกอำนาจกับการถ่วงดุลอำนาจนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น นำมาสู่การถ่วงดุลอำนาจหรือการคานกันและกันของอำนาจทั้ง 3 เพื่อให้เกิดความสมดุลของการใช้อำนาจ ไม่ให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดมีอิทธิพลสูงกว่าอำนาจอื่น ดังต่อไปนี้

(ก) การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจก็ต่อเมื่อได้รับอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบผู้ที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี สามารถตั้งกระทู้ถาม และอภิปรายไม่ไว้วางใจ เป็นการถ่วงดุลอำนาจบริหาร ฝ่ายตุลาการต้องวินิจฉัยคดี

ตามกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น และการที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่อนุมัติงบประมาณ และสามารถถอดถอนตุลาการระดับสูงออกจากตำแหน่ง หรือในบางประเทศการแต่งตั้งตุลาการระดับสูงต้องได้รับความเห็นชอบจากสภา เป็นการถ่วงดุลอำนาจตุลาการ

(ข) การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหาร

นายกรัฐมนตรีสามารถยุบสภาได้ ซึ่งทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสิ้นสุดวาระก่อนกำหนด แต่ฝ่ายบริหารก็ต้องสิ้นสุดลงไปพร้อมกัน เป็นการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ และการที่ฝ่ายบริหารสามารถขอพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้กระทำความผิด หรือในประเทศสหรัฐอเมริกาประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยความยินยอมของสภา เป็นการถ่วงดุลอำนาจตุลาการ

(ค) การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายตุลาการ

ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตีความว่ากฎหมายที่ออกโดยสภานั้นบังคับใช้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยสภาและกรณีที่ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการพิจารณาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พิจารณาการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม เป็นการถ่วงดุลอำนาจนิติบัญญัติ และการที่ศาลทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานหรือการบังคับใช้กฎหมายว่าถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ รวมถึงการพิจารณาถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พิจารณาการขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม และการพิจารณาข้อพิพาททางปกครอง เป็นการถ่วงดุลอำนาจบริหาร

2.2 การตราพระราชกำหนด

2.2.1 ความหมายและประเภทของพระราชกำหนด

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 172 - 174 สามารถให้คำนิยามหรือความหมายของพระราชกำหนดได้ว่า “พระราชกำหนด (Emergency Decree) หมายถึง กฎหมาย ที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นให้ใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีเพื่อนำมาใช้ในกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ หรือเพื่อนำมาใช้ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน” ซึ่งจากความหมายดังกล่าวทำให้จำแนกพระราชกำหนดได้เป็น 2 ประเภท คือ

(ก) พระราชกำหนด (ทั่วไป) (มาตรา 172) เป็นกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอให้ตราเป็นพระราชกำหนด เพื่อนำมาใช้ในยามที่มีเหตุซึ่งคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ (มาตรา 172 วรรคสอง) ภายใต้เงื่อนไขว่าการตราพระราชกำหนดนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ ทั้งนี้เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเห็นว่าหากเสนอกฎหมายดังกล่าวเป็นร่างพระราชบัญญัติให้รัฐสภาพิจารณาจะต้องใช้เวลาพอสมควร ซึ่งไม่ทันกาลกับการแก้ปัญหาสำคัญของประเทศและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชนได้ คณะรัฐมนตรีจึงเลือกตราพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารมาใช้ในการดังกล่าวแทนการเสนอเป็นร่างพระราชบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาตามปกติ อย่างไรก็ตาม คณะรัฐมนตรีจะต้องนำพระราชกำหนดมาเสนอให้รัฐสภาพิจารณาเพื่ออนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป ทั้งนี้ ในการพิจารณาว่าการตราพระราชกำหนดฉบับใดเป็น “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” นั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาว่า การตราพระราชกำหนดใดต้องด้วยกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ หากคณะรัฐมนตรีเห็นว่าการตราพระราชกำหนดฉบับใดเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้แล้วถือว่าเป็นที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรี ในประเด็นดังกล่าวได้ เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 173 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า เหตุที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจะเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้เฉพาะกรณีที่พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง คือ พระราชกำหนดนั้นไม่ได้ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขการตราว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะเท่านั้น

ในส่วนการพิจารณาว่า พระราชกำหนดฉบับใดตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการตราว่าเป็นไปเพื่อการใดนั้น คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้พิจารณาและให้เหตุผลไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชกำหนด ซึ่งเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราได้ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาความหมายของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้คำอธิบายและยกตัวอย่างเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดแต่ละประเภทไว้

โดยได้เรียก “เงื่อนไขการตราพระราชกำหนด” ว่าเป็น “เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย” ของการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ดังนี้²

คำว่า “เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ” หมายความว่า ประเทศตกอยู่ในภาวะสงคราม เช่น ถูกรุกรานจากอริราชศัตรูหรือเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นภายในประเทศ เช่น ราษฎรต่างเชื้อชาติหรือต่างศาสนาทำการรบพุ่งกัน และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นใช้บังคับนั้น มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะทำการขบไล่ อริราชศัตรูหรือระงับสงครามกลางเมือง

คำว่า “เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ” หมายความว่า ได้มีภัยอันตรายต่อความสงบเรียบร้อยขึ้น เช่น เกิดการกบฏหรือการจลาจล และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้น มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะปราบปราม คณะผู้ก่อการกบฏหรือการจลาจล

คำว่า “เพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ” หมายความว่า มีภัยอันตรายคุกคามประเทศในทางเศรษฐกิจ เช่น ฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ มีคนว่างงานมาก และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายในอันที่จะพยุงฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือขจัดปัญหาว่างงานของประชาชน

คำว่า “เพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ” หมายความว่า ได้มีภัยพิบัติสาธารณะเกิดขึ้นแล้วหรือใกล้จะเกิดขึ้น เช่น มีน้ำท่วม แผ่นดินไหว โรคระบาด อัคคีภัยร้ายใหญ่ ๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นภัยต่อประชาชน และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะขจัดภัยพิบัตินั้นให้หมดสิ้นไป

นอกจากการให้ความหมายและคำอธิบายเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของการตราพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ยังได้อธิบายเกี่ยวกับความในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง อีกด้วยว่า พระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นจะต้องกำหนดมาตรการที่เป็นประโยชน์แก่การที่จะดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย ดังนั้นแม้ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ เพื่อรักษาความปลอดภัยประเทศ หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ แต่ถ้ามาตรการที่พระราชกำหนดฉบับนั้นกำหนดไว้ไม่เป็นประโยชน์แก่

² วรพจน์ วิศวตพิชญ์. (2536). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535. ใน **รพีสาร ฉบับพิเศษ (วันรพี 2536) บทวิเคราะห์วิจารณ์คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญพระราชกำหนดนิรโทษกรรม (98)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเช่นว่านี้เลย กล่าวคือ ไม่สามารถรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือไม่สามารถปกป้องภัยพิบัติสาธารณะได้เลย พระราชกำหนดฉบับนั้นก็ “ไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง” ทั้งนี้ เจื่อนไขแห่งการตราพระราชกำหนดดังกล่าวนั้น ผู้เขียนมิได้เพิ่มเติมเข้าไปในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตามอำเภอใจ หากแต่สกัดมาจากความในมาตรานี้แน่นอน โดยเฉพาะจากข้อความที่ว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะ ...” ซึ่งแสดงให้เห็นอยู่ในตัวว่ามาตรการในพระราชกำหนดนั้นต้องเป็นมาตรการที่ประจักษ์แก่วิญญูชนว่าสามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ได้ อนึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในวงวิชาการกฎหมายมหาชนในนานาอารยประเทศว่า ในกรณีที่องค์กรของรัฐองค์กรใดก็ตามใช้อำนาจตามกฎหมายออกมาตรการใดมาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่ง หากเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนตั้งแต่แรกเริ่มแล้วว่ามาตรการนั้นไม่อยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายที่ตั้งไว้ได้เลย ต้องถือว่าองค์กรของรัฐองค์กรนั้นใช้อำนาจตามอำเภอใจ³

ทั้งนี้ ในหมายเหตุท้ายพระราชกำหนดจะมีการให้เหตุผลประกอบการตราพระราชกำหนดไว้ ซึ่งจะมีการกล่าวไว้ด้วยว่า พระราชกำหนดฉบับนั้นต้องด้วยเงื่อนไขการตราในประเภทใด ซึ่งบางพระราชกำหนดต้องด้วยเงื่อนไขการตราเพียงประการเดียวและบางพระราชกำหนดอาจต้องด้วยเงื่อนไขการตราหลายประการ เช่น พระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพอากาศกระทรวงกลาโหม ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562⁴ เป็นพระราชกำหนดที่ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขการตรา “เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ” เพียงประการเดียว พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อแก้ไขปัญหา เยียวยา และฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 พ.ศ. 2563⁵ เป็นพระราชกำหนดที่ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขการตรา “เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ และป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ” อันเป็นพระราชกำหนดที่ตราขึ้นภายใต้เงื่อนไขการตราหลายประการ

(ข) พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา (มาตรา 174) เป็นกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอให้ตราเป็นพระราชกำหนดในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน

³ เพิ่งอ้าง, หน้า 99 – 100.

⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 103 ก วันที่ 30 กันยายน 2562.

⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 30 ก วันที่ 19 เมษายน 2563.

ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา กับพระราชกำหนด (ทั่วไป) พบความแตกต่างในประเด็นเรื่องเหตุและเงื่อนไขแห่งการตรา กำหนดเวลาในการเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภา และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ดังนี้

1) เหตุและเงื่อนไขแห่งการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา คือ มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วน และลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน ในขณะที่พระราชกำหนด (ทั่วไป) คือ เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

2) กำหนดเวลาที่คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภา ในกรณีพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา คือ ภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาในกรณีที่เป็นการตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุม ในขณะที่พระราชกำหนด (ทั่วไป) มาตรา 172 วรรคสาม ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้อย่างแน่ชัด แต่ใช้ถ้อยคำว่า “โดยไม่ชักช้า” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างและเป็นการให้คณะรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจในการเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภาในเวลาที่เหมาะสม

3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด เมื่อพิจารณาความในมาตรา 173 ที่ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาเพื่อส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่า พระราชกำหนด (ทั่วไป) เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง หรือไม่แล้ว จะพบว่า รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้สิทธิสมาชิกเสนอความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราแต่อย่างใด

2.2.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมที่เกี่ยวข้อง

(ก) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีการให้ความหมายของคำว่า “พระราชกำหนด” ไว้อย่างชัดเจน แต่มีการบัญญัติถึงพระราชกำหนดไว้ในหมวด 8 คณะรัฐมนตรี จำนวน 3 มาตรา คือ มาตรา 172 มาตรา 173 และมาตรา 174 ดังนี้

“มาตรา 172 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบต่อกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดและพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษาในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา และการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ

มาตรา 173 ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใดสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดนั้น ไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับเรื่อง และให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

มาตรา 174 ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

ให้นำความในมาตรา 172 วรรคสาม วรรคสี่ วรรคห้า วรรคหก และวรรคเจ็ด มาใช้บังคับแก่พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม แต่ถ้าเป็นการตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุมจะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

(ข) ข้อบังคับการประชุมสภา

ข้อบังคับการประชุมสภาที่มีการกำหนดขั้นตอนเกี่ยวกับการพิจารณาพระราชกำหนดไว้มีอยู่ในข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2560 ดังนี้

ข้อ 143 เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วน

การพิจารณาพระราชกำหนดตามมาตรา 172 และมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญ ให้วุฒิสภาพิจารณาและลงมติว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว

เมื่อวุฒิสภามีมติอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดตามวรรคสองแล้ว ให้ประธานวุฒิสภาแจ้งให้คณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรทราบ

2.2.3 กระบวนการตราพระราชกำหนด

การที่พระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งจะมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติหรือไม่นั้น ประกอบด้วยกระบวนการหลัก 2 กระบวนการ คือ การตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหารและการพิจารณาพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนี้

(ก) การตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหาร

เมื่อมีเรื่องที่ต้องตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและเป็นเรื่องที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะร่วมกันยกร่างพระราชกำหนด เมื่อยกร่างเสร็จแล้วรัฐมนตรีที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องยกร่างพระราชกำหนดนั้น ๆ ก็จะเสนอร่างพระราชกำหนดต่อรองนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีตามลำดับเพื่อนำร่างพระราชกำหนดนั้น เข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ

ต่อไป ทั้งนี้ เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นชอบพระราชกำหนดแล้ว นายกรัฐมนตรีก็จะนำร่างพระราชกำหนดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการประกาศใช้พระราชกำหนด และนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็จะมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ (ในขณะที่หากเมื่อพระราชกำหนดนั้นได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา มาตรา 172 วรรคห้า ตอนท้าย บัญญัติให้ พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป) ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ซึ่งบัญญัติว่า “...พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้” อาจเกิดข้อสงสัยว่า องค์กรโตเป็นผู้มีอำนาจตราพระราชกำหนดกันแน่ระหว่าง “พระมหากษัตริย์” กับ “คณะรัฐมนตรี” (ฝ่ายบริหาร) ต่อประเด็นดังกล่าว ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายไว้ว่า⁶ พระมหากษัตริย์ คือ องค์กรมีอำนาจตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ อย่างไรก็ตามในการปกครองระบบรัฐสภา (Parliamentary System) นั้น พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของรัฐไม่ต้องทรงรับผิดชอบในทางกฎหมายหรือในทางการเมือง ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3 ที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ มิได้”⁷ ดังนั้น พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญได้ก็แต่โดยทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล เท่านั้น (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3)⁸ ในกรณีของการตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจนี้ได้ก็ต่อเมื่อคณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำและยินยอม (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 172 วรรคสอง) จริ่งอยู่เมื่อคณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้ทรงตราพระราชกำหนด พระมหากษัตริย์อาจจะทรงตั้งเตือนและทักท้วงคณะรัฐมนตรีได้ตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบบประชาธิปไตย แต่ถ้าคณะรัฐมนตรียืนยันตามเดิม พระมหากษัตริย์ก็ต้องทรงยอม เพราะความรับผิดชอบทางกฎหมายและทางการเมืองตกอยู่ที่คณะรัฐมนตรี คำแนะนำของคณะรัฐมนตรีนี้ ในทางตำรากฎหมายมหาชนเรียกว่า “คำแนะนำที่ทำให้องค์กรผู้รับคำแนะนำจำต้องยอมทำตามคำแนะนำ” (Avis Conform) อันต่างจากคำแนะนำที่องค์กรผู้รับคำแนะนำจะทำตามคำแนะนำหรือไม่ก็ได้ (Avis Simple) และในทางกฎหมายแล้วถือว่า องค์กรที่ให้คำแนะนำที่ทำให้องค์กรผู้รับคำแนะนำจำต้องยอมปฏิบัติตามที่

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2536). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535, หน้า 100 – 101.

⁷ ปัจจุบันตรงกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 6

⁸ ปัจจุบันก็ตรงกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 3

แนะนำ คือ องค์การผู้มีอำนาจที่แท้จริงตามกฎหมาย ดังนั้น จึงต้องถือว่าคณะรัฐมนตรีซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นองค์การผู้ถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดเป็นองค์การผู้มีอำนาจที่แท้จริงตามรัฐธรรมนูญในอันที่จะตราพระราชกำหนด และถ้าพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดใดตามคำแนะนำขององค์กรอื่นนอกเหนือจากคณะรัฐมนตรี พระราชกำหนดนั้นย่อม “ไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง”

เมื่อได้มีการประกาศพระราชกำหนดในราชกิจจานุเบกษาแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องนำพระราชกำหนดนั้นเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นโดยไม่ชักช้า เพื่อให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไปหรือให้ตกไป ทั้งนี้รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเวลาไว้อย่างแน่ชัดว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนด (ทั่วไป) ต่อรัฐสภาภายในกี่วัน แต่ในทางปฏิบัตินายกรัฐมนตรีจะเสนอพระราชกำหนดต่อรัฐสภาในวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือในวันราชการหลังจากวันหยุดราชการทันที เพื่อให้ไม่เป็นการชักช้า เช่น พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อแก้ไขปัญหา เยียวยา และฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคมที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 พ.ศ. 2563 มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันอาทิตย์ที่ 19 เมษายน 2563 นายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือส่งพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวมาให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาในวันที่ 21 เมษายน 2563 ซึ่งแม้ช่วงเวลาดังกล่าวจะอยู่ในระหว่างการปิดสมัยประชุมของรัฐสภา นายกรัฐมนตรีก็ได้เสนอพระราชกำหนดนั้นมาให้รัฐสภาพิจารณาในทันทีภายหลังจากได้มีการประกาศพระราชกำหนดในราชกิจจานุเบกษาแล้ว อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการประชุมรัฐสภานั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้ในหนึ่งปีมีสมัยประชุมสามัญของรัฐสภาสองสมัย⁹ เพื่อกำหนดช่วงเวลาให้รัฐสภาทำการประชุมสภาผู้แทนราษฎร การประชุมวุฒิสภา หรือการประชุมร่วมกันของรัฐสภา เพื่อพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ทางด้านนิติบัญญัติ โดยในปัจจุบันเป็นสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา ปีที่ 3 ของสภาผู้แทนราษฎรชุดที่มีพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา เป็นนายกรัฐมนตรี¹⁰ ซึ่งมีสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่งในระหว่างวันที่ 22 พฤษภาคม 2563 ถึงวันที่ 18 กันยายน 2564 และขณะนี้ได้มีพระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง พ.ศ. 2564 แล้ว ดังนั้น ช่วงเวลาตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2564 ถึงวันที่ 31 ตุลาคม 2564 (หากได้มีพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมรัฐสภาสมัยสามัญ

⁹ มาตรา 121 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในปีหนึ่งให้มีสมัยประชุมสามัญของรัฐสภาสองสมัย ๆ หนึ่งให้มีกำหนดเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวัน แต่พระมหากษัตริย์จะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ขยายเวลาออกไปก็ได้”

¹⁰ ปีที่ 1 สมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง วันที่ 22 พฤษภาคม 2562 – วันที่ 18 กันยายน 2562
 สมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง วันที่ 1 พฤศจิกายน 2562 – วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2563
 ปีที่ 2 สมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง วันที่ 22 พฤษภาคม 2563 – วันที่ 18 กันยายน 2563
 สมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง วันที่ 1 พฤศจิกายน 2563 – วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2564

ประจำปีครั้งที่สอง พ.ศ. 2564) จึงเป็นช่วงเวลาที่เราเรียกว่า “นอกสมัยประชุม” ซึ่งในการเสนอพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีในสมัยประชุมสามัญดังกล่าว รัฐสภาสามารถพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นได้ แต่หากคณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณาในช่วงเวลานอกสมัยประชุม รัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคสาม บัญญัติว่า “... ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ...” ซึ่งจากความดังกล่าวมีการกำหนดเงื่อนไขให้คณะรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า “การรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า” หรือไม่ ดังนั้น หากคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่า “ไม่เป็นการชักช้า” คณะรัฐมนตรีก็จะไม่ดำเนินการให้มีการเรียกประชุมสามัญวิสามัญ

ตัวอย่าง การเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณานอกสมัยประชุมสามัญ โดยคณะรัฐมนตรีไม่ดำเนินการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญ เช่น พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อแก้ไขปัญหา เยียวยา และฟื้นฟูเศรษฐกิจและสังคม ที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 พ.ศ. 2563 พระราชกำหนดการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ประกอบการที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 พ.ศ. 2563 พระราชกำหนดการรักษาเสถียรภาพของระบบการเงินและความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ พ.ศ. 2563 และ พระราชกำหนดว่าด้วยการประชุมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2563 ได้มีการตราขึ้นเมื่อวันที่ 19 เมษายน 2563 ซึ่งอยู่นอกสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง และคณะรัฐมนตรีได้เสนอพระราชกำหนดทั้ง 4 ฉบับต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในวันที่ 21 เมษายน 2563 โดยคณะรัฐมนตรีไม่ได้ดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณาพระราชกำหนดดังกล่าว ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรได้อนุมัติพระราชกำหนดรวม 4 ฉบับ เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2563 ถึงวันอาทิตย์ที่ 31 พฤษภาคม 2563 และวุฒิสภาได้อนุมัติพระราชกำหนดเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2563 และวันอังคารที่ 2 มิถุนายน 2563

ตัวอย่าง การเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณานอกสมัยประชุมสามัญ โดยคณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญ เช่น พระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพอากาศ กองทัพอากาศ ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562 ได้มีการตราขึ้นเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2562 ซึ่งอยู่นอกสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง และคณะรัฐมนตรีได้เสนอพระราชกำหนดต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2562 และหลังจากนั้นคณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการเพื่อให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเพื่อพิจารณา

พระราชกำหนดดังกล่าว โดยสภาผู้แทนราษฎรได้อนุมัติพระราชกำหนดเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2562 และวุฒิสภาได้อนุมัติพระราชกำหนดเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2562¹¹

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการเสนอพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีนอกสมัยประชุมสามัญให้รัฐสภาพิจารณานั้น ทั้งพระราชกำหนด (ทั่วไป) และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราดำเนินการไปในแนวทางเดียวกัน เพราะมาตรา 174 วรรคสอง ได้บัญญัติให้นำมาตรา 172 วรรคสาม มาใช้บังคับแก่พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราด้วย อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการเสนอพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราในสมัยประชุมนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 174 วรรคสอง บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “... แต่ถ้าเป็นการตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุม จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา” นั้น เป็นบทบัญญัติที่เขียนไว้เป็นการเฉพาะว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องนำเสนอพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในเวลาที่กำหนด เพื่อให้ตัวแทนประชาชน คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ได้พิจารณาพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งฝ่ายบริหารได้ตราออกมาใช้บังคับแล้วนั้นให้เร็วที่สุด เพราะพระราชกำหนดดังกล่าวมีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ซึ่งมีข้อสังเกตว่า มีการใช้คำว่า “นำเสนอ” โดยไม่ใช้คำว่า “เสนอ” อย่างเช่นในมาตรา 172 วรรคสาม และมีการกำหนดเวลาในการนำเสนอพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราต่อสภาผู้แทนราษฎร โดยมิได้มีการบัญญัติถึงกำหนดเวลาในการนำเสนอพระราชกำหนดดังกล่าวต่อวุฒิสภา ทั้งนี้ ในทางปฏิบัตินายกรัฐมนตรีจะมีหนังสือเสนอพระราชกำหนดต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภามาพร้อมกัน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในมาตรา 172 วรรคสาม ซึ่งเป็นกรณีพระราชกำหนด (ทั่วไป) ที่บัญญัติว่า “ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ...” คำว่า “รัฐสภา” นี้ หมายถึง สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มิใช่การเสนอต่อรัฐสภาในการประชุมร่วมกันของรัฐสภา ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 156 ของรัฐธรรมนูญ จะระบุถึงกรณีที่รัฐสภาประชุมร่วมกันไว้ ซึ่งไม่มีการพิจารณาพระราชกำหนด ประกอบกับเมื่อพิจารณาความในมาตรา 172 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “... ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้พระราชกำหนดนั้นตกไป” จะพบว่า เป็นการเสนอพระราชกำหนดต่อสภาผู้แทนราษฎรและต่อวุฒิสภาแยกกันในแต่ละสภา โดยสภา

¹¹ ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การอนุมัติพระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วน ของกองทัพบก กองทัพอากาศกองทัพอากาศ ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562

ทั้งสองไม่ต้องพิจารณาพระราชกำหนดตามลำดับตั้งเช่นการพิจารณาพระราชบัญญัติ (ในทางปฏิบัติ วุฒิสภาจะพิจารณาพระราชกำหนดหลังจากสภาผู้แทนราษฎร) ดังนั้น ในการเสนอพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา นายกรัฐมนตรีจะมีหนังสือเสนอพระราชกำหนดจำนวน 2 ฉบับ ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเสนอพระราชกำหนดต่อสภาผู้แทนราษฎร และถึงประธานวุฒิสภา เพื่อเสนอพระราชกำหนดต่อวุฒิสภา

(ข) การพิจารณาพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

1) การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎร

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรีแล้ว และโดยที่ มาตรา 172 วรรคเจ็ด บัญญัติว่า “การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา และการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ” ซึ่งแม้ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 จะไม่ได้มีการกำหนดเรื่องเกี่ยวกับการพิจารณาพระราชกำหนดไว้ว่า เมื่อได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วนอย่างเช่นข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562¹² แต่ในทางปฏิบัติประธานสภาผู้แทนราษฎรก็จะบรรจุพระราชกำหนดเข้าระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเป็นเรื่องด่วนในทันทีที่ได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ทั้งนี้ หากก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 173 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นดังกล่าวไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรชุดที่ 25 ปีที่ 1 (พ.ศ.2562) ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 142 คน เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 ไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ภายหลังจากที่ได้บรรจุพระราชกำหนดดังกล่าวเข้าระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 1 ครั้งที่ 19 (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง) วันพุธที่ 5 กันยายน 2562 แล้ว และผลจากการส่งความเห็นไปให้

¹² ข้อ 143 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ “เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วน”

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยดังกล่าวสภาผู้แทนราษฎรจึงต้องรอการพิจารณาพระราชกำหนดไว้ก่อน จนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 13/2562 ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2562 ว่าการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนา และคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษา ความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัยสาธารณะตามเงื่อนไขการตราที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ และเมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 25 ปีที่ 1 ครั้งที่ 5 (สมัยสามัญประจำปีครั้งที่สอง) วันพุธที่ 20 พฤศจิกายน 2562 จึงได้พิจารณาพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและ คุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 และอนุมัติพระราชกำหนดนั้น

ในการพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะมีวิธีการ พิจารณาไม่เหมือนกับการพิจารณาพระราชบัญญัติที่จะมีการพิจารณารายละเอียดในเนื้อหาของ บทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติซึ่งเป็นเนื้อหาของพระราชบัญญัตินั้นได้ แต่ประเด็นที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาได้มีเพียงประเด็นเดียวว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นเท่านั้น โดยจะไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาของพระราชกำหนดไม่ได้ ทั้งนี้ หากสมาชิกเห็นว่าเนื้อหาในบทบัญญัติมาตราใดหรือกระบวนการตราในส่วนใดไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใด ซึ่งรวมถึงเหตุในการตราพระราชกำหนดว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็น รีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามมาตรา 172 วรรคสอง ซึ่งสมาชิกไม่สามารถส่งความเห็นให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 173 สมาชิกก็สามารถใช้ดุลพินิจตามหน้าที่และอำนาจ ที่รัฐธรรมนูญกำหนด ไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นได้ แต่สุดท้ายแล้วผลของการพิจารณา พระราชกำหนดจะเป็นอย่างไรก็ขึ้นอยู่กับผลการลงมติของสมาชิกของสภานั้น ๆ ว่าจะอนุมัติ พระราชกำหนดหรือไม่ เนื่องจากพระราชกำหนดเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีเงื่อนไขแห่ง ความสมบูรณ์ของพระราชกำหนดอยู่ที่การให้ความเห็นชอบหรือการอนุมัติของฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการไม่อนุมัตินั้น รัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับการไม่อนุมัติพระราชกำหนด ของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีสมาชิกเป็นผู้แทนจากปวงชนชาวไทยมากกว่าการไม่อนุมัติของวุฒิสภา กล่าวคือ หากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นจะมีผลให้พระราชกำหนดนั้นตกไปทันที โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาของวุฒิสภา ตามที่มาตรา 172 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้า สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ ... ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป ...” และจากควมมีผลของการไม่อนุมัติ พระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรนี้ จึงนำมาสู่แนวปฏิบัติของวุฒิสภาตลอดมาที่จะไม่พิจารณา พระราชกำหนดก่อนสภาผู้แทนราษฎร

นอกจากนี้ มาตรา 172 วรรคสี่ ยังได้กำหนดผลของการตกไปของพระราช กำหนดที่มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ให้บทบัญญัติของกฎหมาย

ที่มีอยู่ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกด้วยพระราชกำหนดนั้น มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล ซึ่งก็คือวันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 172 วรรคหก ตอนท้าย เช่น ในพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 คณะรัฐมนตรีในสมัยพลเอก เปรม ติณ สูลานนท์ ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ได้ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2529 ขึ้น โดยเพิ่มมาตรา 29 (3) เพื่อเก็บภาษีรถยนต์ที่ใช้น้ำมันดีเซลหรือก๊าซเป็น เชื้อเพลิงเพิ่มขึ้นเป็นสี่เท่าของอัตราที่กำหนดไว้ เพื่อป้องกันมิให้มีการเพิ่มจำนวนรถที่ใช้น้ำมันดีเซล หรือก๊าซเป็นเชื้อเพลิง และเพื่อเป็นการประหยัดเงินตราต่างประเทศในการนำเข้าน้ำมันเชื้อเพลิง ดังกล่าว ซึ่งภายหลังปรากฏว่า สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว ดังนั้น เมื่อได้มีการ ประกาศประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การไม่อนุมัติพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ รถยนต์ พ.ศ. 2522 พ.ศ. 2529 ในราชกิจจานุเบกษา ในวันถัดจากวันประกาศดังกล่าว มาตรา 29 (3) ที่ เพิ่มขึ้นโดยพระราชกำหนดก็จะมีผลใช้บังคับ และบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ก่อนที่จะมีการ แก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนั้น ก็จะมีผลใช้บังคับต่อไป กล่าวคือ มาตรา 29 ก็จะมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับ เพียง (1) และ (2) เท่านั้น

ที่กล่าวมานั้น เป็นเรื่องการไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดนั้นแล้ว สภาผู้แทนราษฎรอาจจะต้องอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นอีกครั้งหนึ่ง (การยืนยันพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎร) หากวุฒิสภา พิจารณาแล้วไม่อนุมัติพระราชกำหนด โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดจำนวนคะแนนเสียงในการยืนยัน การอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นจำนวนคะแนนเสียงที่แตกต่างจากการลงมติเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของ สภาผู้แทนราษฎรในครั้งแรกและของวุฒิสภา ซึ่งเป็นการลงมติอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดที่ให้ถือ เสียงข้างมากเป็นประมาณ¹³ ตามหลักของคะแนนเสียงจากการลงมติทั่วไป

ผลทางกฎหมายของพระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติแล้ว มาตรา 172 วรรคห้า ตอนท้าย บัญญัติว่า “... ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป” กล่าวคือ ให้พระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นบังคับใช้และต่อมาเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติอนุมัติ พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ เสมือนเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม แม้พระราชกำหนดจะมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ แต่ก็ยังคงใช้ชื่อว่า “พระราชกำหนด” ทั้งนี้ เมื่อพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ และมีลำดับศักดิ์กฎหมาย เดียวกัน ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงสามารถตราพระราชบัญญัติมาแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก

¹³ มาตรา 120 วรรคสอง บัญญัติว่า “การลงมติวินิจฉัยข้อปรึกษาให้ถือเสียงข้างมากเป็นประมาณ เว้นแต่ ที่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ”

พระราชกำหนดนั้นได้ เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2558 ในขณะที่เดียวกันฝ่ายบริหารก็สามารถตราพระราชกำหนดมาแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติหรือประมวลกฎหมายได้ เช่น พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2564 ทั้งนี้ เพราะพระราชกำหนด พระราชบัญญัติ และประมวลกฎหมายเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกัน นอกจากนี้ ฝ่ายบริหารก็ยังสามารถตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดได้ เช่น พระราชกำหนดพิทักษ์อัตราศุลกากร (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2559 พระราชกำหนดการประมง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดใด ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะแจ้งให้คณะรัฐมนตรีและวุฒิสภาทราบ ในส่วนการแจ้งผลการพิจารณาพระราชกำหนดต่อคณะรัฐมนตรีนั้นจะเป็นการแจ้งต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อแจ้งผลการพิจารณาพระราชกำหนดไปยังคณะรัฐมนตรีผู้เสนอพระราชกำหนดและเพื่อแจ้งผลให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการประกาศผลการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดจะต้องรอผลการพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภาด้วย ในส่วนของวุฒิสภานั้น ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนด พระราชกำหนดนั้นก็ตกไป วุฒิสภาไม่จำเป็นต้องพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด เพราะถึงแม้ว่าวุฒิสภาจะพิจารณาอนุมัติก็ไม่ส่งผลเปลี่ยนแปลงให้พระราชกำหนดฉบับนั้นสามารถใช้บังคับเป็นกฎหมายได้อีกต่อไป แต่ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนด วุฒิสภาจะต้องพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป โดยหากวุฒิสภาอนุมัติก็จะมีผลให้พระราชกำหนดนั้นได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา แต่ถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติและเมื่อได้แจ้งไปยังประธานสภาผู้แทนราษฎรแล้ว สภาผู้แทนราษฎรก็จะพิจารณายืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดนั้นอีกครั้งหนึ่ง โดยหากสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร พระราชกำหนดนั้นก็ตกไป แต่ถ้าคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งก็ถือว่าพระราชกำหนดนั้นได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา

2) การพิจารณาพระราชกำหนดของวุฒิสภา

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ในการเสนอพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา นายกรัฐมนตรีจะมีหนังสือเสนอพระราชกำหนดจำนวน 2 ฉบับ ถึงประธานสภาผู้แทนราษฎร เพื่อเสนอพระราชกำหนดต่อสภาผู้แทนราษฎร และถึงประธานวุฒิสภาเพื่อเสนอพระราชกำหนดต่อวุฒิสภา ทั้งนี้ เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับพระราชกำหนดจากนายกรัฐมนตรีแล้ว ประธานวุฒิสภา

จะดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 172 วรรคเจ็ด¹⁴ และข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562 ข้อ 143 วรรคหนึ่ง¹⁵ โดยการบรรจุพระราชกำหนดนั้นเข้าระเบียบวาระการประชุมวุฒิสภาเป็นเรื่องด่วน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติวุฒิสภาจะไม่พิจารณาพระราชกำหนดก่อนสภาผู้แทนราษฎร แต่จะรอให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาพระราชกำหนดนั้นก่อน เนื่องจากหากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดจะมีผลให้พระราชกำหนดนั้นตกไปทันทีตามมาตรา 172 วรรคสาม โดยที่วุฒิสภาไม่จำเป็นต้องพิจารณาพระราชกำหนดนั้น เพราะการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติของวุฒิสภาจะไม่มีผลต่อพระราชกำหนดนั้นแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนด วุฒิสภาก็จะพิจารณาและลงมติว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป¹⁶ โดยหากวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดเช่นเดียวกับที่สภาผู้แทนราษฎรอนุมัติพระราชกำหนดนั้นแล้ว ก็ถือว่าพระราชกำหนดนั้นได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาและมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป และนายกรัฐมนตรีก็จะประกาศการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในราชกิจจานุเบกษา ทั้งนี้ หากวุฒิสภาพิจารณาแล้วลงมติไม่อนุมัติพระราชกำหนด ประธานวุฒิสภาก็จะแจ้งให้คณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรทราบ¹⁷ ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรจะต้องพิจารณาพระราชกำหนดนั้นอีกครั้งหนึ่ง เพื่อยืนยันว่าจะอนุมัติพระราชกำหนดนั้นหรือไม่ ซึ่งหากสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร พระราชกำหนดนั้นก็มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไปตามมาตรา 172 วรรคห้า แต่ถ้าคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่ง พระราชกำหนดนั้นก็จะตกไปตามมาตรา 172 วรรคสาม ทั้งนี้ ในอดีตวุฒิสภาเคยไม่อนุมัติพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2552¹⁸ ซึ่งเป็นพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีในสมัยนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เพื่อกำหนดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตสำหรับน้ำมันและผลิตภัณฑ์น้ำมันให้สูงขึ้นเพื่อให้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากสินค้าดังกล่าวเป็นรายได้ของรัฐมากขึ้น แต่ภายหลังสภาผู้แทนราษฎรได้ยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวด้วยคะแนนเสียง

¹⁴ มาตรา 172 วรรคเจ็ด บัญญัติว่า “การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนด จะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ”

¹⁵ ข้อ 143 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ “เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับพระราชกำหนดจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้บรรจุเข้าระเบียบวาระการประชุมเป็นเรื่องด่วน”

¹⁶ ข้อ 143 วรรคสอง กำหนดให้ “การพิจารณาพระราชกำหนดตามมาตรา 172 และมาตรา 174 ของรัฐธรรมนูญ ให้วุฒิสภาพิจารณาและลงมติว่าจะอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าว”

¹⁷ ข้อ 143 วรรคสาม กำหนดให้ “เมื่อวุฒิสภามีมติอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดตามวรรคสองแล้ว ให้ประธานวุฒิสภาแจ้งให้คณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรทราบ”

¹⁸ การประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 1 (สมัยวิสามัญ) วันจันทร์ที่ 22 มิถุนายน 2552

มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร¹⁹ จึงทำให้พระราชกำหนดดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

นอกจากนี้ ในกรณีก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนด หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง มาตรา 173 บัญญัติให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ปรากฏว่าในการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 ของคณะรัฐมนตรี สมัยพลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนี้ ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร เพื่อขอให้ส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดดังกล่าวไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ทั้งนี้ ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยพระราชกำหนดดังกล่าว วุฒิสภาก็ต้องรอการพิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวเพื่อรอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นด้วย เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง มาตรา 173 วรรคสาม บัญญัติให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาพระราชกำหนดนั้นต่อไป เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้นนั้น เป็นคำวินิจฉัยที่มีผลย้อนหลัง คือ ย้อนหลังไปทำให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น ซึ่งหมายความว่า ถ้าพระราชกำหนดนั้นไปยกเลิกหรือไปแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายใด ก็ต้องถือว่าไม่มีการยกเลิกหรือไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นมาตั้งแต่ต้น กฎหมายที่ถูกยกเลิกหรือแก้ไขโดยพระราชกำหนดที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 172 วรรคหนึ่ง จึงมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดไป เพราะพระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับ เสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการออกมालะ เที่ยบได้กับว่าเป็นโมฆะทั้งฉบับตามภาษาในกฎหมายแพ่ง²⁰ อย่างไรก็ตาม ในการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 พ.ศ. 2562 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศและความปลอดภัยสาธารณะ

¹⁹ การประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 23 ปีที่ 2 ครั้งที่ 3 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันพุธที่ 19 สิงหาคม 2552

²⁰ บวรศักดิ์ อวรรณโณ. (2563) คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2563. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 486.

ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่งแล้ว²¹ และภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัยดังกล่าว สภาผู้แทนราษฎรก็ได้พิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการพัฒนาและคุ้มครองสถาบันครอบครัว พ.ศ. 2562 และต่อมาวุฒิสภาก็ได้ พิจารณาอนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวเช่นกัน ส่งผลให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็น พระราชบัญญัติต่อไปตามมาตรา 172 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญ

2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (The Principle of the Constitutionality of Legislation) เป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ ซึ่ง“หลักนิติรัฐ” (Rechtsstaatsprinzip หรือ Legal State Principle) หรือ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของ ราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด และยังเป็น หลักที่มีความสัมพันธ์กับหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอย่างใกล้ชิด หลักดังกล่าวจะมีผล บังคับได้จริงก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลหรือองค์กร ตุลาการ²² ซึ่งหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review of Legislation) เป็นเครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมาย สูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในส่วนพัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกัน กล่าวคือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้ เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวขยายขอบเขตไปยังการ คุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลมาควบคุมความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยเห็นว่าตามหลักการแบ่งแยก อำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยก อำนาจเรียกร้องว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับ รัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ย่อมมีความอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการ

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2562

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2542). สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, หน้า 65, 134.

ที่จะตีความรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ อันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือ การทำให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง²³

จากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (the separation of power) ที่เกิดขึ้นจากนักปรัชญาและได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ นั้นได้ต่อยอดเรื่องความสำคัญขององค์กรตุลาการและบทบาทหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว แนวคิดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องให้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกคือต้องการให้มีการตรวจสอบและถ่วงดุล (check and balance) วัตถุประสงค์ดังกล่าวมีขึ้นเพื่อให้อำนาจของฝ่ายหนึ่งสามารถยับยั้งหรือควบคุมฝ่ายอื่นได้²⁴ ดังนั้น องค์กรตุลาการตามแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในฐานะผู้ตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร²⁵

ดังนั้น หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ การควบคุมไม่ให้กฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กร ฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ต้องการตุลาการนั้น ๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร²⁶

2.3.1 ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอาจแยกออกได้หลายลักษณะขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่นำมาพิจารณา ดังนี้

(ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมายกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังบังคับใช้เป็นกฎหมาย (ช่วงเวลาของการตรวจสอบ) เป็นการนำช่วงเวลาในการตรวจสอบมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยแยกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบ

²³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2544) รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า, หน้า 20.

²⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 102 – 103.

²⁵ อานนท์ มาเม้า. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 28.

²⁶ สมยศ เชื้อไทย. (2557) หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 178.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมายกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังใช้บังคับเป็นกฎหมาย

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมาย

“การตรวจสอบก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า “ex ante review” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนที่กฎหมายจะนำออกใช้บังคับ (before the law has entered into force)²⁷ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ จึงได้แก่กฎหมายก่อนใช้บังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งก็คือ ร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาเสร็จแล้ว แต่ยังไม่ใช้บังคับเป็นกฎหมาย

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังใช้บังคับเป็นกฎหมาย

“การตรวจสอบหลังใช้บังคับเป็นกฎหมาย” หรือที่เรียกว่า “ex post review” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังจากการที่กฎหมายได้นำออกใช้บังคับแล้ว (in force)²⁸ ดังนั้น วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบจึงได้แก่กฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งก็คือ กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้วและมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วนั่นเอง

(ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (ลักษณะของการตรวจสอบ) เป็นการนำลักษณะของการตรวจสอบที่องค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง อันเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ได้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยด้วยหรือไม่มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ซึ่งอาจแยกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม

“การตรวจสอบแบบนามธรรม” หรือที่เรียกว่า “abstract review” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเป็นการตรวจสอบที่ไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นรูปธรรมเกิดขึ้นเป็นข้อโต้แย้งหรือเป็นประเด็นปัญหาที่นำมาสู่การตรวจสอบ²⁹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจตรวจสอบมิได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอันเกิดจากบทบัญญัติ

²⁷ Aalt Willem Heringa, Philipp Kiiver, *Constitution Compared : An Introduction to Comparative Constitution Law*, 3rd Edition (Combridge: Intersentia, 2012), pp. 161 – 162. อ้างใน อานนท์ มาเม้า. (2558). *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ*. หน้า 86.

²⁸ เฟ็งอ้าง.

²⁹ เฟ็งอ้าง.

แห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยเลย แต่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติหรือกฎหมายดังกล่าวโดยการนำเอาบทบัญญัติของร่างกฎหมายหรือกฎหมายนั้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

“การตรวจสอบแบบรูปธรรม” หรือที่เรียกว่า “concrete review” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยเป็นการตรวจสอบที่มีข้อเท็จจริงอันเป็นรูปธรรมเกิดขึ้นเป็นข้อโต้แย้งหรือเป็นประเด็นปัญหาที่นำมาสู่การตรวจสอบ³⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว โดยองค์กรผู้มิอำนาจตรวจสอบได้อาศัยข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งอันเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ได้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัยด้วยอีกทางหนึ่ง นอกเหนือจากการนำเอาบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่แล้ว ทั้งนี้ นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล³¹

(ค) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของเนื้อหากฎหมายกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกระบวนการตรากฎหมาย (ขอบเขตแห่งการตรวจสอบ) เป็นการนำขอบเขตแห่งการตรวจสอบว่าองค์กรผู้มิอำนาจตรวจสอบสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้เพียงใดมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยแยกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเนื้อหากฎหมายกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกระบวนการตรากฎหมาย

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเนื้อหากฎหมาย

“การตรวจสอบเนื้อหา” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นการตรวจสอบต่อเนื้อหาหรือข้อความในกฎหมาย การตรวจสอบเนื้อหาหรือข้อความของกฎหมายในกรณีนี้จะมีขึ้นในช่วงที่ยังไม่ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายหรือในช่วงที่ประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วก็ได้³² ในกรณีตรวจสอบก่อนการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย กระบวนการ

³⁰ เฟ็งอ้าง.

³¹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. (2544) รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ. หน้า 105.

³² สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2557). คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, หน้า 37.

ตรวจสอบย่อมเกิดขึ้นในระหว่างที่กฎหมายนั้นเป็นเพียงร่างกฎหมาย การตรวจสอบจึงเป็นการตรวจสอบที่เนื้อหาหรือข้อความในร่างกฎหมายนั่นเอง ส่วนในกรณีตรวจสอบหลังประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว นั้นย่อมแสดงว่าเป็นการตรวจสอบต่อเนื้อหาหรือข้อความในกฎหมายที่ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติและประกาศใช้บังคับต่อสาธารณชนแล้ว³³

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายกระบวนการตรากฎหมาย

“การตรวจสอบกระบวนการ” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เป็นการตรวจสอบต่อกระบวนการตรากฎหมายหรือต่อวิธีการ ขั้นตอนในกระบวนการนิติบัญญัติ การตรวจสอบกระบวนการตราในกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าการดำเนินการกระบวนการในขั้นตอนเกี่ยวกับการตรากฎหมายเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁴ ทั้งนี้โดยทั่วไปเมื่อกฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว จะไม่อนุญาตให้มีการตรวจสอบกระบวนการในการตรากฎหมายภายหลังจากที่มีการประกาศใช้บังคับแล้ว เนื่องจากเพื่อความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว³⁵ ทั้งนี้ เพราะการตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายเป็นกระบวนการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องในความรับผิดชอบของผู้มีอำนาจที่เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายโดยตรงและเป็นเรื่องที่อยู่ในวงงานของฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ เพราะฉะนั้น จึงควรตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวให้แล้วเสร็จก่อนที่กฎหมายจะผ่านผู้มีอำนาจเกี่ยวข้องหรือผ่านวงงานนิติบัญญัติออกมา มีผลบังคับในระบบกฎหมาย หากไม่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมายในระหว่างการตรา ย่อมเท่ากับว่าผู้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องไม่ยกประเด็นว่ากระบวนการตรากฎหมายมีปัญหาเพื่อนำไปสู่การตรวจสอบ ดังนั้น เมื่อกฎหมายผ่านออกมาแล้วจากฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่ตั้งใจหรือยกว่ามีปัญหาในชั้นการทำงานของตน กฎหมายนั้นก็ควรผ่านออกมาใช้ได้โดยบริบูรณ์ โดยไม่ควรให้มีการหยิบยกว่ามีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการตราภาษานั้นขึ้นมาตรวจสอบอีก และระบบกฎหมายไทยที่ผ่านมาก็คงจะไม่ยอมให้มีผู้สามารถโต้แย้งหรือตรวจสอบปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตราภาษ่อีกจากที่ประกาศใช้บังคับกฎหมาย เว้นแต่กรณีที่เกี่ยวข้องกัน คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญยอมให้มีการตรวจสอบกระบวนการตราในภายหลัง เช่น การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับ³⁶

(ง) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบบังคับตรวจกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจ (ลักษณะของการเสนอเรื่อง)

³³ อานนท์ มาเม้า. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. หน้า 88.

³⁴ สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2557). คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 37.

³⁵ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. (2542). เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 1 เล่มที่ 1, หน้า 46.

³⁶ อานนท์ มาเม้า. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. หน้า 88.

เป็นการนำเอาลักษณะการเสนอเรื่องมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา โดยแยกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายออกเป็น 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบบังคับตรวจหรือแบบอัตโนมัติ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจหรือแบบสมัครใจ

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบบังคับตรวจหรือแบบอัตโนมัติ

“การตรวจสอบแบบบังคับตรวจ” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่บังคับให้ต้องตรวจสอบกฎหมายทุกครั้งก่อนการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งเท่าที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริง กฎหมายที่ถูกบังคับให้ต้องตรวจทุกครั้งนั้น จะเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญมากต่อรัฐธรรมนูญหรือเป็นส่วนขยายที่มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับรัฐธรรมนูญ³⁷ ดังนั้น ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องมีหน้าที่ต้องส่งกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวเสมอ โดยผู้มีสิทธิเสนอเรื่องไม่มีดุลพินิจในการที่จะเลือกส่งเรื่องหรือไม่ส่งเรื่องไปยังองค์กรผู้มิอำนาจตรวจสอบเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจหรือแบบสมัครใจ

“การตรวจสอบแบบไม่บังคับตรวจ” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ไม่ได้บังคับให้ต้องตรวจสอบกฎหมายทุกครั้งก่อนการประกาศใช้กฎหมาย โดยปกติกฎหมายสามารถประกาศใช้บังคับได้ทันทีเมื่อจบสิ้นกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งไม่จำเป็นต้องบังคับให้ผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นก่อนประกาศใช้ระบบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการยื่นเสนอต่อองค์กรผู้มิอำนาจตรวจสอบในบางโอกาสหรือบางกรณีเท่านั้น ขึ้นอยู่กับการยื่นเสนอให้ตรวจสอบหรือไม่³⁸

(จ) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจายกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์ (ลักษณะของศาลหรือองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ)

1) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบกระจาย

“การตรวจสอบแบบกระจาย” หรือที่เรียกว่า “decentralized system” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลทุกศาล (any court) มีอำนาจ

³⁷ เฟ็งอ้าง, หน้า 87.

³⁸ เฟ็งอ้าง.

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้³⁹ ดังนั้น ในกรณีการตรวจสอบแบบนี้ ศาลระดับล่างซึ่งไม่ใช่ศาลสูงสุดหรือศาลฎีกา ย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ด้วย⁴⁰

2) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรวมศูนย์

“การตรวจสอบแบบรวมศูนย์” หรือที่เรียกว่า “centralized system” หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรกึ่งตุลาการ (quasi – judicial body) ขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบ⁴¹ การตรวจสอบแบบนี้แสดงให้เห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไม่ว่าจะเกิดขึ้นในที่ใดหรือองค์กรใดเห็นปัญหานั้น ก็ต้องนำเสนอปัญหาดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรกึ่งตุลาการ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้พิจารณาวินิจฉัย⁴²

2.3.2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง

(ก) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

“มาตรา 173 ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง และให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาแต่ต้น

³⁹ Aalt Willem Heringa, Philipp Kiiver, supra note 61, pp.161 – 162. อ้างใน อานนท์ มาเม้า. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. หน้า 86.

⁴⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2535). คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์. ใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรวม 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (31) กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴¹ Aalt Willem Heringa, Philipp Kiiver, supra note 61, pp.161 – 162. อ้างใน อานนท์ มาเม้า. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. หน้า 86.

⁴² ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2535). คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์. ใน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรวม 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (32).

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

(ข) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี

“มาตรา 212 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ในระหว่างนั้น ให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความตามวรรคหนึ่ง ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ในคดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าวหรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ”

(ค) บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยการเสนอของผู้ตรวจการแผ่นดิน

“มาตรา 231 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 230 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณี ดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

...”

2.3.3 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

ในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดนั้น ในระหว่างที่พระราชกำหนดยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ ได้แก่การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 173 ในขณะที่หากพระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้ว จะเป็นการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 หรือมาตรา 231 แล้วแต่กรณี ดังนี้

(ก) การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 173

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนด วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ คือ เงื่อนไขการตราพระราชกำหนด อันได้แก่ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ทั้งนี้ โดยที่พระราชกำหนดเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีผลบังคับใช้ทันทีเมื่อฝ่ายบริหารประกาศพระราชกำหนดนั้นในราชกิจจานุเบกษา ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนดในส่วนของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดนั้น จึงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังบังคับใช้เป็นกฎหมาย คือ หลังจากที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยการประกาศราชกิจจานุเบกษาแล้ว โดยผู้มีสิทธิเสนอ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก และให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ทั้งนี้ การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจสอบโดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขในการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนดดังกล่าว ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดนั้นซึ่งวิธีการตรวจสอบโดยการตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง มิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ นี้ เป็นตรวจสอบว่าการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ ทั้งนี้ เมื่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณี ได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาแล้ว สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะต้องรอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนผลของการตรวจสอบในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับมาแต่ต้น ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดจำนวนคะแนนเสียงของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวข้างต้น ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ซึ่งเป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของรัฐสภานั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตรวจสอบเนื้อหาหรือบทบัญญัติของพระราชกำหนดในกรณีนี้ได้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ด้วยเหตุนี้จึงยังไม่มีองค์กรใดที่มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบไว้โดยตรง ซึ่งกรณีดังกล่าวจะแตกต่างจากระบบของประเทศ

ฝรั่งเศสในการตรวจสอบเนื้อหาของรัฐกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวางแนวทางไว้ในคำวินิจฉัยว่า รัฐกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้สัตยาบันอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุด โดยเป็นไปตามหลักองค์กรผู้ทำคำสั่ง คือ รัฐกำหนดมาจากฝ่ายปกครอง จึงเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะตรวจสอบรัฐกำหนด การตรวจสอบเนื้อหาของรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดนั้น ผู้ฟ้องจะต้องฟ้องเพื่อขอให้เพิกถอนด้วยเหตุว่ารัฐกำหนดนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ทำเกินขอบอำนาจที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากรัฐกำหนดดังกล่าวและจะต้องฟ้องคดีภายใน 60 วันนับแต่วันที่รัฐกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับ โดยผลของการฟ้องคดีต้องเป็นไปเพื่อเพิกถอนรัฐกำหนดเท่านั้น การตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุดจะเป็นไปเพื่อพิจารณาว่า รัฐกำหนดที่ออกมานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และมีการออกรัฐกำหนดสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ หรือไม่ ซึ่งข้อแตกต่างนี้ทำให้ต้องทบทวนว่าประเทศไทยสมควรที่จะทำการบัญญัติกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาของพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบหรือไม่ อย่างไร⁴³

(ข) การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก้คดี มีวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก้คดี ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ พระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้ว อันเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังบังคับใช้เป็นกฎหมาย โดยผู้มีสิทธิเสนอ ได้แก่ ศาลหรือคู่ความ ซึ่งคำว่า “ศาล” นี้ ได้แก่ “ผู้พิพากษา” หรือ “ตุลาการ” ในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ที่ใช้หรือจะต้องใช้พระราชกำหนดพิจารณาคดี ในส่วน “คู่ความ” นั้น ก็ขึ้นอยู่กับประเภทของคดี กล่าวคือ ใน “คดีแพ่ง” หรือ “คดีอาญา” หรือ “คดีในศาลทหาร” โดยหลักแล้วคู่ความในคดีก็คือ โจทก์หรือจำเลย สำหรับ “คดีปกครอง” โดยหลักแล้วคู่ความในคดีก็คือ ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี⁴⁴ ทั้งนี้กรณีที่ศาลเห็นเองว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็สามารถส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ถ้ามีคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโต้แย้งอยู่ ศาลก็จะใช้กฎหมายนั้นบังคับแก้คดีไปตามความเห็นของตนทันทีไม่ได้ จะต้องรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นเช่นนั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วย

⁴³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2549). การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 152-153.

⁴⁴ ชีระ สุธีวรานุ. (2563). ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49 ฉบับที่ 4, หน้า 679.

รัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจ ซึ่งวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดี เป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และยังไม่มีการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น โดยศาลจะต้องส่งความเห็นของศาลเองหรือความเห็นที่คู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่นั้นชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งในระหว่างนั้นศาลสามารถดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่จะต้องรอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในส่วนเนื้อหาของและเป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรม ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีนี้ รัฐธรรมนูญบัญญัติผลในการพิจารณาคำโต้แย้งของคู่ความไว้ว่า ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำโต้แย้งของคู่ความไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็ได้ และบัญญัติผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้คดีทั้งปวง แต่ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว ดังนั้น หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตราใดของกฎหมายมีข้อความชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 5 กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายนั้นยังคงมีอยู่แต่ห้ามนำไปใช้บังคับ ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดของกฎหมายมีข้อความชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว เว้นแต่ในคดีอาญาให้ถือว่าผู้ซึ่งเคยถูกศาลพิพากษาว่ากระทำความผิดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยมาตรา 5 นั้น เป็นผู้ไม่เคยกระทำความผิดดังกล่าว หรือถ้าผู้นั้นยังรับโทษอยู่ก็ให้ปล่อยตัวไป แต่ทั้งนี้ไม่ก่อให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องค่าชดเชยหรือค่าเสียหายใด ๆ

(ค) การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 231

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยการเสนอของผู้ตรวจการแผ่นดิน วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ได้แก่ พระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้ว จึงเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังบังคับใช้เป็นกฎหมาย โดยผู้มีสิทธิเสนอ ได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดเงื่อนไขว่าเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้จะต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ตามอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 230 ด้วย โดยการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบไม่บังคับตรวจ ซึ่งวิธีการตรวจสอบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 231 (1)) เป็นการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

โดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
ในส่วนของเนื้อหาและเป็นการตรวจสอบแบบนามธรรม ซึ่งในส่วนองวิธีการตรวจสอบนั้น
รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย
วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
โดยผู้ตรวจการแผ่นดิน รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติผลการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
กฎหมายโดยการเสนอของผู้ตรวจการแผ่นดินไว้ แต่บัญญัติเพียงแต่ให้ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดิน
เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของ
รัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติ
ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

บทที่ 3

วิธีการศึกษา

ในการศึกษาเรื่อง “การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร” ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เพื่อศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล รวมทั้งศึกษากระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตลอดจนวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อเสนอแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยผู้ศึกษาได้กำหนดกรอบและขอบเขตในการดำเนินการศึกษา สรุปได้ดังนี้

3.1 วิธีการศึกษา

3.1.1 การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research)

กำหนดวิธีการวิจัยโดยการใช้กระบวนการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารหรืองานวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยการทบทวนแนวคิด ทฤษฎี และวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

3.1.2 เครื่องมือที่ใช้ในการศึกษา

การศึกษาในรายงานฉบับนี้ เป็นการศึกษาเอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการศึกษา โดยเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2562 ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562 มติการประชุมสภาผู้แทนราษฎร มติการประชุมวุฒิสภา กฎหมาย กฎ ระเบียบ มติ คณะรัฐมนตรี นโยบายรัฐบาล ข้อมูลข่าวสารด้านสังคม การเมือง เศรษฐกิจ เป็นต้น จากสื่อทุกแขนงที่เกี่ยวข้อง และเอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) เช่น รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความทางวิชาการ คู่มือต่าง ๆ เอกสารวิชาการ ตำราทางวิชาการ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์

3.2 ขั้นตอนการศึกษา

การศึกษาและเก็บรวบรวมข้อมูลครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้ดำเนินการศึกษาโดยมีขั้นตอน ดังนี้

3.2.1 ศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบและถ่วงดุล จากแนวคิด ทฤษฎี และวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งศึกษาและรวบรวมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับการประชุมสภา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ดังนี้

(ก) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(ข) ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562

(ค) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

3.2.2 ศึกษารายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความวิชาการ คู่มือ เอกสารวิชาการ ตำรา วิชาการ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้อง

3.2.3 ศึกษาข้อเท็จจริงที่ทำให้ทราบถึงระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

3.2.4 การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้ศึกษาจะวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และเอกสารต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ ตลอดจนรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับการประชุมสภา และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด และข้อเท็จจริงที่ทำให้ทราบถึงระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในกระบวนการดังกล่าว พร้อมทั้งจัดทำแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

บทที่ 4

ผลการศึกษา

ในบทนี้ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยนำแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 มาดำเนินการศึกษาตามวิธีการศึกษาในบทที่ 3 พร้อมทั้งได้จัดทำแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนภารกิจของสมาชิกวุฒิสภาเกี่ยวกับการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ดังนี้

4.1 บทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากกระบวนการตราพระราชกำหนดที่ผู้ศึกษาได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.2.3 ซึ่งเป็นกระบวนการที่เริ่มต้นตั้งแต่การเสนอร่างพระราชกำหนดให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาจนกระทั่งถึงการที่พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติหรือไม่ ตามมาตรา 172 วรรคห้า ซึ่งกระบวนการตราพระราชกำหนดตามขอบเขตดังกล่าว ประกอบด้วย การตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหารและการพิจารณาพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อดังกล่าว โดยเริ่มต้นตั้งแต่การเสนอร่างพระราชกำหนดของรัฐมนตรีที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ยกพระราชกำหนดนั้น ๆ ให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งร่างพระราชกำหนดนั้นอาจสิ้นสุดลงในชั้นของฝ่ายบริหารนั่นเอง โดยการที่คณะรัฐมนตรีไม่เห็นชอบกับร่างพระราชกำหนด อันส่งผลให้ร่างพระราชกำหนดนั้นตกไป ทั้งนี้ ในกรณีที่ร่างพระราชกำหนดนั้นได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีได้นำร่างพระราชกำหนดขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยและนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็จะมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ (มาตรา 172 วรรคหนึ่ง) แต่ยังไม่มียกเว้นเป็นพระราชบัญญัติ (มาตรา 172 วรรคห้า) ด้วยเหตุดังกล่าว คณะรัฐมนตรีจึงต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นให้รัฐสภาโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ดังนั้น ในชั้นการพิจารณาพระราชกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐสภา การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรหรือการไม่ยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวุฒิสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด ก็อาจทำให้พระราชกำหนดนั้นสิ้นสุดลงหรือตกไปได้เช่นกัน นอกจากนี้ ในชั้นการ

พิจารณาของรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาก็อาจเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อส่งความเห็นที่ว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง จะส่งผลให้พระราชกำหนดนั้นไม่มีผลใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น ซึ่งก็คือ การที่พระราชกำหนดนั้นสิ้นสุดลงหรือตกไปนั่นเอง จากที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าในทุกขั้นตอนของกระบวนการตราพระราชกำหนดที่อาจทำให้พระราชกำหนดสิ้นสุดลงหรือตกไป หรือทำให้พระราชกำหนดไม่มีผลใช้เป็นพระราชบัญญัติได้ต่อไปนั้น เป็นขั้นตอนที่เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ซึ่งในส่วนของการไม่เห็นชอบร่างพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีและทำให้ร่างพระราชกำหนดนั้นตกไปและไม่เป็นพระราชกำหนดนั้น เป็นการตรวจสอบกันภายในฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีนั่นเอง ซึ่งผู้ศึกษาจะไม่นำมาวิเคราะห์ในหัวข้อนี้ ทั้งนี้ ในส่วนขั้นตอนที่ทำให้พระราชกำหนดสิ้นสุดลงหรือตกไป หรือทำให้พระราชกำหนดไม่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติได้ต่อไปในส่วนอื่น ๆ ตามที่ได้กล่าวข้างต้นนั้น ผู้ศึกษาจะได้นำมาวิเคราะห์ให้เห็นถึงการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการกระบวนการตราพระราชกำหนด โดยแบ่งออกเป็น 2 หัวข้อ ดังนี้

4.1.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อฝ่ายบริหารซึ่งไม่มีหน้าที่ตรากฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ตราพระราชกำหนดขึ้นและมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว เท่ากับฝ่ายบริหารได้มาทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในการตราพระราชกำหนดขึ้นมาใช้บังคับกับประชาชน อย่างไรก็ตาม เมื่อหน้าที่ตรากฎหมายไม่ใช่หน้าที่ของฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ฝ่ายบริหารนำพระราชกำหนดนั้นมาเสนอให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจอย่างแท้จริงในการตรากฎหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น อันเป็นการให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดนั้นมาใช้บังคับแก่ประชาชน ซึ่งการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเพียงการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด โดยไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชกำหนดนั้น ถือเป็น การตรวจสอบการทำหน้าที่นิติบัญญัติของฝ่ายบริหารและไม่ใช่การที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่นิติบัญญัติแต่อย่างใด เพราะไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงเนื้อความใดของบทบัญญัติในพระราชกำหนดนั้นได้ สิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทำได้ในกระบวนการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร คือ การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดเท่านั้น ซึ่งในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภานั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณา

อนุมัติหรือไม่อนุมัติได้อย่างกว้างขวาง โดยอาจจะพิจารณาจากสิ่งที่เป็นสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร เช่น เหตุแห่งการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีว่า “เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” ตามมาตรา 172 วรรคสอง ซึ่งสมาชิกของทั้งสองสภาไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบประเด็นดังกล่าวได้ ตามมาตรา 173 หรือเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่มีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ หรือเนื้อหาที่เป็นบทบัญญัติของพระราชกำหนดซึ่งก่อนที่พระราชกำหนดจะมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัตินั้นไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ ซึ่งประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้เปิดช่องให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบได้ แต่โดยอำนาจในการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาแต่ละคนสามารถใช้สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติอันเป็นผลให้เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารได้ อย่างไรก็ตาม การออกเสียงลงคะแนนอนุมัติพระราชกำหนดหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาแต่ละคนนี้ จะมีผลถึงขนาดเป็นการไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับจำนวนคะแนนเสียงที่ไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น ๆ นอกจากนี้ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก็มีผลต่อพระราชกำหนดต่างกัน กล่าวคือ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของวุฒิสภาไม่ได้ทำให้พระราชกำหนดนั้นตกไปทันทีอย่างเช่นการไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 172 วรรคสาม แต่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของวุฒิสภายังผลให้สภาผู้แทนราษฎรจะต้องพิจารณาพระราชกำหนดอีกครั้งหนึ่งหลังจากได้อนุมัติพระราชกำหนดมาแล้วครั้งหนึ่ง เพื่อเป็นการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดนั้นหรือจะไม่อนุมัติพระราชกำหนดตามวุฒิสภาซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดจำนวนคะแนนเสียงในการยืนยันการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะต้องมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร จากที่กล่าวมานี้จะเห็นว่า ภายในฝ่ายนิติบัญญัติเองอำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดในขั้นที่สุดของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ ในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวข้างต้นสามารถกระทำได้ในพระราชกำหนดทั้งสองประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไปตามมาตรา 172 และพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตราตามมาตรา 174

4.1.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนด โดยฝ่ายตุลาการ

ในขั้นตอนก่อนการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา รัฐธรรมนูญ มาตรา 173 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติให้ "... สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา จำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็น เพื่อวินิจฉัย และให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดนั้นไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ" ซึ่งความว่า "พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง" นั้น หมายความว่า พระราชกำหนดที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีนั้นไม่ได้เป็นการตราขึ้นเพราะเป็นกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งกรณีดังกล่าว เป็นเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่ง กำหนดไว้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากเหตุที่สมาชิกของทั้งสองสภาส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้แล้ว จะพบว่ามีเหตุเพียงเรื่องเดียวเกี่ยวกับเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติ โดยสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาสามารถส่งพระราชกำหนดนั้นให้ฝ่ายตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบได้ ซึ่งการตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดในส่วนนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ได้เป็นผู้ตรวจสอบเอง แต่เป็นผู้ริเริ่มหรือส่งเรื่องดังกล่าวให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบ ซึ่งฝ่ายตุลาการโดยศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถตรวจสอบได้เองหากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาไม่เสนอเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตรวจสอบและถ่วงดุล ในกระบวนการตราพระราชกำหนด โดยการที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาส่งเรื่องให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามเงื่อนไขการตรา พระราชกำหนดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่นี้ จึงเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการ ตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายตุลาการด้วยการเสนอเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นผล มาจากการเข้าชื่อความเห็นต่อประธานสภาของสมาชิก ทั้งนี้ ประเด็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติเสนอเรื่องให้ ฝ่ายตุลาการตรวจสอบการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารได้ตามมาตรา 173 นั้น มีเพียงเรื่องเดียว คือ เรื่องเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อาจเสนอให้ฝ่ายตุลาการ ตรวจสอบเหตุในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ในประเด็นเรื่อง การเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามมาตรา 172 วรรคสอง และในประเด็นเนื้อหาซึ่งก็คือ บทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ของพระราชกำหนดนั้นได้โดยมาตรา 173 ดังนั้น การตรวจสอบและถ่วงดุล การตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการจากการริ

เสนอเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัตินี้ กระทำได้เฉพาะในพระราชกำหนดทั่วไปตามมาตรา 172 แต่ไม่อาจกระทำได้ในพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตราตามมาตรา 174 เนื่องจากในมาตรา 173 นั้นเองได้กำหนดเหตุที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจะเข้าชื่อเสนอความเห็นได้เฉพาะแต่กรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา 174 วรรคสอง ก็ไม่ได้อนุโลมให้นำเอาความในมาตรา 173 มาใช้บังคับด้วยแต่อย่างใด

4.2 บทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

ในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายตามมาตรา 210 (1) ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับพระราชกำหนดในรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่า มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในประเด็นเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดปรากฏอยู่ในมาตรา 173 ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในชั้นที่พระราชกำหนดนั้นยังอยู่ในระหว่างกระบวนการตราพระราชกำหนดซึ่งพระราชกำหนดนั้นยังไม่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ประเด็นการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการไว้แล้วในหัวข้อ 4.1.2 นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้วไม่พบส่วนที่กล่าวถึงพระราชกำหนดโดยตรง แต่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีตามมาตรา 212 และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยการเสนอของผู้ตรวจการแผ่นดินตามมาตรา 231 ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งสองกรณีดังกล่าวมีกฎหมายเป็นวัตถุในการตรวจสอบ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายที่สิ้นสุดกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยผ่านการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายบริหารและการพิจารณาพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว อันเป็นพระราชกำหนดที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งโดยรูปแบบการร่างกฎหมายจะไม่มี การเปลี่ยนชื่อพระราชกำหนดนั้นเป็นพระราชบัญญัติ แต่จะคงเรียกพระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติ และมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้วว่า “พระราชกำหนด” เพื่อให้รู้ว่ากฎหมายฉบับนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร ด้วยเหตุนี้ พระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้ว จึงเป็นกฎหมายที่อาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 212 และมาตรา 231 (1)

จากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่อาจขึ้นได้กับพระราชกำหนดในกรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้ศึกษาจึงแบ่งการตรวจสอบและถ่วงดุลที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ดังนี้

4.2.1 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา

การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ ทั้งนี้ เมื่อฝ่ายบริหารโดยคณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติโดยไม่ชักช้า ซึ่งก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใด สมาชิกของทั้งสองสภาอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดได้ ซึ่งผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ในเรื่องนี้ไว้ในหัวข้อ 4.1.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการแล้ว

4.2.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดภายหลังการอนุมัติของรัฐสภา

การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ คือ เป็นพระราชกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว พระราชกำหนดนั้นจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายประเภทหนึ่งที่สามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในสถานะที่เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี

(ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี โดยการเสนอเรื่องของศาล (มาตรา 212)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี โดยการเสนอหรือส่งเรื่องของศาลที่จะใช้พระราชกำหนดเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีต่อศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ที่จะริเริ่มให้ศาลส่งความเห็นในเรื่องว่าบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดใดที่จะใช้บังคับแก่คดีต้องด้วยมาตรา 5⁴⁵ (บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ) คือ ศาลที่จะใช้บทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนั้นบังคับคดีหรือคู่ความในคดีนั้น ซึ่งคำว่า “ศาล” นี้ ได้แก่ “ผู้พิพากษา” หรือ “ตุลาการ” ในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ที่ใช้หรือจะต้องใช้พระราชกำหนดพิจารณาคดี ในส่วน “คู่ความ” นั้นก็ขึ้นอยู่กับประเภทของคดี กล่าวคือ ใน “คดีแพ่ง” หรือ “คดีอาญา” หรือ “คดีในศาลทหาร”

⁴⁵ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

โดยหลักแล้วคู่ความในคดีก็คือ โจทก์หรือจำเลย สำหรับ “คดีปกครอง” โดยหลักแล้วคู่ความในคดีก็คือ ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ถูกฟ้องคดี⁴⁶ จะเห็นได้ว่า ผู้ริเริ่มในการที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี ตามมาตรา 212 จึงอาจเป็นศาลหรือตุลาการในระบบศาลต่าง ๆ ทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร หรือประชาชนซึ่งเป็นคู่ความในคดีต่าง ๆ ดังนั้น การตรวจสอบพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารตามมาตรา 212 จึงมีฝ่ายตุลาการหรือประชาชนเป็นผู้ริเริ่มเรื่องดังกล่าว นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีในกรณีพระราชกำหนดแล้วจะพบว่า บทบัญญัติของพระราชกำหนดซึ่งก็คือ เนื้อหาของพระราชกำหนดนั้น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาในหัวข้อ 4.2.1 จะพบว่า ไม่อาจเสนอเนื้อหาหรือบทบัญญัติของพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่อนุมัติให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ เพราะสิ่งที่เสนอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในกรณีดังกล่าวได้ มีเพียงเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดซึ่งเป็นส่วนของกระบวนการตราพระราชกำหนดเท่านั้น

(ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 231 (1))

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดินนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติว่าบุคคลใดสามารถเป็นผู้ริเริ่มในการเสนอเรื่องได้บ้าง แต่ให้ “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” เป็นผู้ที่มีหน้าที่และอำนาจในการเสนอเรื่องว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ คือ บทบัญญัติของพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไป (พระราชกำหนดซึ่งรัฐสภาได้อนุมัติแล้วหรือพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยการให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ต่อประเด็นดังกล่าว เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าผู้ที่จะริเริ่มเสนอเรื่องเป็นใครได้บ้างอย่างเช่นกรณีการเสนอเรื่องศาลตามมาตรา 212 ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 4.2.2 (ก) ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า บุคคลใดที่เห็นว่าบทบัญญัติของพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไปมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็สามารถเสนอเรื่องเพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณา ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินจะเห็นด้วยหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับวินิจฉัยที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้แก่ผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยหากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นด้วยว่า

⁴⁶ ชีระ สุธีวรานุ. (2563). ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับ. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49 ฉบับที่ 4 , หน้า 679.

บทบัญญัติของพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไปมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็อาจเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินนั้นเองให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย แต่หากผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาแล้วไม่เห็นด้วยก็อาจไม่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ “บุคคลใด” ตามที่กล่าวข้างต้น อาจเป็น “สมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา คณะกรรมการ กลุ่มบุคคลใดหรือประชาชน” ก็ได้ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 231 (1) แล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า ความว่า “... มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ...” เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างซึ่งจะทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจอย่างมากในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไปไปบทบัญญัติใดเป็นบทบัญญัติที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4.3 แนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนภารกิจของวุฒิสภาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพระราชกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

จากบทวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามหัวข้อที่ 4.1 และ 4.2 แล้วจะพบว่า ความรู้และความเข้าใจในเรื่องการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด จะส่งผลให้นิติกรสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาดำเนินการสนับสนุนกระบวนการดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับพระราชกำหนดในวุฒิสภาได้อย่างถูกต้องและเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ โดยที่ในการสนับสนุนการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในวุฒิสภานั้น อาจมีกรณีที่จะต้องดำเนินการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดในประเด็นเกี่ยวกับเรื่องเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ตามมาตรา 173 ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา อาจเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานวุฒิสภาว่า พระราชกำหนดซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอมายังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัตินั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ เห็นว่าเป็นพระราชกำหนดที่ไม่ได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมในการทำหน้าที่สนับสนุนสมาชิก

วุฒิสภาและประธานวุฒิสภาในการเสนอเรื่องดังกล่าว และการดำเนินการต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นภายหลัง จากที่ศาลรัฐธรรมนูญรับความเห็นดังกล่าวไว้พิจารณาจนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ผู้ศึกษาจึงจะเสนอแนวทางการสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นส่วนที่อาจเกิดขึ้นในการ ตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการตามบทวิเคราะห์หัวข้อ 4.1.2 และการตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ พระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาตามบทวิเคราะห์หัวข้อ 4.2.1 นอกจากนี้ จากบทวิเคราะห์หัวข้อ 4.2.2 การตรวจสอบและถ่วงดุลในกระบวนการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 231 (1)) ซึ่งสมาชิกวุฒิสภา ประธานวุฒิสภา คณะกรรมาธิการต่าง ๆ อาจเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไปบทบัญญัติใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษาจึงจะเสนอแนวทางการสนับสนุนการเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน พิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

4.3.1 แนวทางการสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ

แนวทางปฏิบัติของนิติกรในหัวข้อนี้เป็นแนวทางการสนับสนุนการดำเนินการ ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ศึกษาได้แบ่งแนวทางการสนับสนุนการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวออกเป็น 3 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่หนึ่ง แนวทางการดำเนินการก่อนการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

ขั้นตอนที่สอง เป็นแนวทางการดำเนินการในระหว่างการพิจารณาเพื่อตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

ขั้นตอนที่สาม เป็นแนวทางการดำเนินการภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดแล้ว

ทั้งนี้ ก่อนที่นิติกรจะดำเนินการตามแนวทางทั้งสามขั้นตอนนี้ดังกล่าวข้างต้น นิติกร จะต้องดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งฉบับก่อน โดยเน้นประเด็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

ตามมาตรา 173 เพื่อให้ทราบและเข้าใจบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากเป็นข้อกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญของแนวทางการดำเนินการในหัวข้อนี้ นอกจากนี้ นิติกรจะต้องดำเนินการศึกษาและวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด เพื่อให้ทราบและเข้าใจประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยพิจารณาและวินิจฉัยไว้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(ก) แนวทางการดำเนินการก่อนการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

สืบเนื่องจากเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง เป็นประเด็นสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ดังนั้น นิติกรจึงควรมีความเข้าใจในเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดในแต่ละประเภทเป็นอย่างดีโดยการศึกษาจากตำรากฎหมายหรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เคยพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดเกี่ยวกับเรื่องใดเป็นไปตามเงื่อนไขตราพระราชกำหนดในกรณีใด เพื่อประโยชน์ในการจัดทำร่างหนังสือเสนอความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาต่อประธานวุฒิสภา ทั้งนี้ ในการจัดทำร่างหนังสือดังกล่าว นิติกรควรศึกษาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 173 มาตรา 210 โดยในการร่างคำร้อง (หนังสือขอเสนอความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 173) มีแนวทางการดำเนินการ ดังนี้

- 1) นิติกรผู้ร่างคำร้องจะต้องทราบประเด็นที่สมาชิกจะเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 173 ก่อนว่าเป็นประเด็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดใด และเป็นประเด็นใดที่ทำให้พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามที่มาตรา 172 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้
- 2) เมื่อทราบประเด็นแล้วต้องศึกษาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนั้น
- 3) เมื่อทราบประเด็นที่ต้องการเสนอความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวแล้ว นิติกรต้องจัดทำร่างคำร้องโดยการระบุเรื่องอันเป็นเหตุให้สมาชิกต้องเสนอความเห็น พร้อมทั้งข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ในการระบุเหตุ ข้อเท็จจริง หรือพฤติการณ์ดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดนั้น อาจจะทำกระทำได้โดยการสรุปข้อเท็จจริงโดยการเรียบเรียงความเป็นมาของพระราชกำหนด กระบวนการพิจารณาพระราชกำหนด และข้อเท็จจริงในส่วนที่เป็นปัญหาที่ทำให้เกิดการเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

ให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดดังกล่าว จากนั้นต้องระบุมาตราของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเหตุในคำร้อง โดยการระบุบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับปัญหาความชอบด้วยเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ทั้งนี้ จากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ได้ระบุข้างต้น จะต้องสรุปความเห็นของสมาชิกว่า เห็นว่าพระราชกำหนดตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดใด พร้อมให้เหตุผลสนับสนุนความเห็นดังกล่าว

4) ในตอนท้ายของคำร้องต้องมีคำขอที่ระบุความประสงค์ให้ศาลดำเนินการอย่างไรพร้อมทั้งเหตุผลสนับสนุนโดยชัดแจ้ง โดยการระบุประเด็นที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าเป็นประเด็นใด พร้อมอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประเด็นและเหตุผลโดยสรุปที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดนั้นด้วย

5) สมาชิกผู้เสนอความเห็นต้องลงลายมือชื่อท้ายคำร้อง ซึ่งในกรณีของคำร้องที่เป็นหนังสือขอเสนอความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต้องมีสมาชิกร่วมลงลายมือชื่อตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญมาตรา 173 บัญญัติไว้ด้วย กล่าวคือ ต้องมีสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ดังนั้น นิติกรจะต้องทราบข้อเท็จจริงในประเด็นเรื่องจำนวนสมาชิกด้วยว่า ณ ตอนนั้น มีสมาชิกทั้งหมดเท่าไร เพื่อนำเรียนสมาชิกผู้เป็นหลักในการเสนอความเห็นในการหาผู้ร่วมลงลายมือชื่อเสนอความเห็นนั้น

6) เมื่อนิติกรร่างคำร้องเสร็จแล้ว ให้เสนอต่อผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นเพื่อพิจารณาและมีความเห็นต่อไป ทั้งนี้ เมื่อร่างคำร้องดังกล่าวได้รับความเห็นชอบของผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นแล้ว จึงเสนอต่อสมาชิกผู้ซึ่งมอบหมายให้จัดทำร่างคำร้องนั้นพิจารณาต่อไป

(ข) แนวทางการดำเนินการในระหว่างการศึกษาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อประธานวุฒิสภาส่งความความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว หากศาลรัฐธรรมนูญไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาก็จะมีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวไม่รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วแจ้งให้กับประธานวุฒิสภาทราบ ซึ่งนิติกรเจ้าของเรื่องผู้รับผิดชอบพระราชกำหนดนั้น ๆ จะต้องจัดทำบันทึกกราบเรียนประธานวุฒิสภาเพื่อทราบคำสั่งและพิจารณานำเรื่องดังกล่าวแจ้งให้ที่ประชุมทราบต่อไป ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องไว้พิจารณานั้น ในระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอาจมีหนังสือขอให้ประธานวุฒิสภาจัดทำคำชี้แจงหรือเสนอความเห็นหรือให้ส่งเอกสารเพิ่มเติมเป็นหนังสือไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อได้รับหนังสือจากศาลรัฐธรรมนูญแล้วนิติกรเจ้าของเรื่องจะต้องจัดทำบันทึกกราบเรียนประธานวุฒิสภา เพื่อทราบและพิจารณาประเด็นตามหนังสือที่ศาลรัฐธรรมนูญส่งมา ทั้งนี้ หากประธานวุฒิสภาพิจารณาแล้วมี

ความเห็นประการใดหรืออนุญาตให้ส่งเอกสารใดเพิ่มเติม นิติกรเจ้าของเรื่องจะต้องร่างหนังสือเพื่อตอบกลับประเด็นต่าง ๆ ไปยังศาลรัฐธรรมนูญ โดยเสนอให้ผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นพิจารณา และประธานวุฒิสภาพิจารณาและลงนามต่อไป

(ค) แนวทางการดำเนินการภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดแล้ว

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องที่ประธานวุฒิสภาส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเกี่ยวกับความเห็นของสมาชิกวุฒิสภาในประเด็นเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดใดแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับพระราชกำหนดนั้นมายังประธานวุฒิสภา ซึ่งเมื่อนิติกรเจ้าของเรื่องผู้รับผิดชอบพระราชกำหนดนั้นได้รับหนังสือดังกล่าวแล้ว นิติกรเจ้าของเรื่องจะต้องจัดทำบันทึกกราบเรียนประธานวุฒิสภาเพื่อทราบและพิจารณานำเรื่องดังกล่าวแจ้งให้ที่ประชุมทราบต่อไป นอกจากนี้ นิติกรควรศึกษาและวิเคราะห์คำวินิจฉัยนั้นในประเด็นต่าง ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลต่อกระบวนการตราพระราชกำหนดของรัฐสภาอย่างไร นอกจากนี้ ควรเก็บรวบรวมผลการศึกษาและวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดดังกล่าวไว้ เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการวิเคราะห์ติดตามและประเมินสถานการณ์เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่อาจจะเกิดขึ้นอีกในอนาคตต่อไป

4.3.2 แนวทางการสนับสนุนการเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนด ตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากการเสนอเรื่องปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดของสมาชิกวุฒิสภา ประธานวุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการเป็นการเสนอเรื่องเพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาว่า บทบัญญัติของพระราชกำหนดที่รัฐสภานุมัติแล้ว หรือพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติแล้วหรือพระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับทั่วไปนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินจะเป็นผู้พิจารณาและใช้ดุลพินิจว่าจะส่งเรื่องในประเด็นที่สมาชิกวุฒิสภา ประธานวุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการ เห็นว่ามีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ โดยหากเห็นว่าควรส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเป็นผู้ดำเนินการส่งเรื่องและความเห็นในเรื่องดังกล่าวตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ในส่วนการสนับสนุนการเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนด ตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ ของสมาชิกวุฒิสภา ประธานวุฒิสภา หรือคณะกรรมการ igiturอาจดำเนินการสนับสนุนโดยการร่างหนังสือเสนอความเห็น

ดังกล่าวโดยการจัดทำเป็นหนังสือราชการทั่วไป โดยมีเนื้อหาตาม (ก) โดยต้องระบุประเด็นสำคัญว่า
บทบัญญัติของพระราชกำหนดในส่วนหรือมาตราใดที่เห็นว่ามีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วย
รัฐธรรมนูญและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตราใด

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการศึกษาเรื่อง “การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร” ในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีผลการศึกษาตามบทวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวและแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนภารกิจของสมาชิกวุฒิสภาเกี่ยวกับการเสนอเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. ในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกอบด้วย การตรวจสอบและถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติและโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งในทุกขั้นตอนของกระบวนการตราพระราชกำหนดที่อาจทำให้พระราชกำหนดสิ้นสุดลงหรือตกไป หรือทำให้พระราชกำหนดไม่มีผลใช้เป็นพระราชบัญญัติได้ต่อไปนั้น เป็นขั้นตอนที่เกิดการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎร การไม่ยืนยันการอนุมัติของสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวุฒิสภาไม่อนุมัติพระราชกำหนด ตามมาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ และการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด โดยการเข้าชื่อเสนอความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก เพื่อส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย ตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ

2. ในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเพียงการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด โดยไม่มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชกำหนดได้ อันถือเป็นการตรวจสอบการทำหน้าที่นิติบัญญัติของฝ่ายบริหารและไม่ใช้การที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่นิติบัญญัติแต่อย่างใด เพราะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อความใดของบทบัญญัติในพระราชกำหนดนั้นได้ ทั้งนี้ ในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภานั้น สมาชิกสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งรวมถึงการพิจารณาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนด “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” ตามมาตรา 172 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญและเนื้อหาหรือบทบัญญัติของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา ซึ่งเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดและเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าว

เป็นประเด็นที่ฝ่ายตุลาการไม่อาจตรวจสอบได้ และรวมถึงการพิจารณาเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ซึ่งแม้จะไม่มีสมาชิกเสนอความเห็นเพื่อส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่สมาชิกสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาจากประเด็นเรื่องดังกล่าวเพื่ออนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นได้ ทั้งนี้ การไม่อนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาก็มีผลต่อพระราชกำหนดต่างกัน ซึ่งเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นว่าภายในฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจในการตรวจสอบและถ่วงดุลการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารในชั้นที่สุดของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนี้ การตรวจสอบและถ่วงดุลการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้น กระทำได้ทั้งในพระราชกำหนดทั่วไปและพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตรา ในขณะที่การตรวจสอบและถ่วงดุลการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการตามมาตรา 173 ไม่อาจกระทำได้กับพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีและเงินตรา

3. ในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการนั้น เหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาส่งเรื่องให้ฝ่ายตุลาการ โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ได้ มีเพียงเรื่องเดียวในเรื่องที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เป็นผู้ตรวจสอบเอง แต่เป็นผู้ริเริ่มและส่งเรื่องดังกล่าวให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบ ซึ่งฝ่ายตุลาการเองก็ไม่สามารถตรวจสอบได้เองหากฝ่ายนิติบัญญัติไม่เสนอเรื่องมาให้ตรวจสอบ ดังนั้น มาตรา 173 จึงเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายตุลาการ ด้วยการริเริ่มของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งกระทำได้ในพระราชกำหนดทั่วไปเท่านั้น

4. ในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ประกอบด้วย การตรวจสอบและถ่วงดุลก่อนการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภามาตรา 173 ซึ่งเป็นส่วนที่อยู่ในกระบวนการตราพระราชกำหนด และการตรวจสอบและถ่วงดุลภายหลังการอนุมัติพระราชกำหนดของรัฐสภา ซึ่งพระราชกำหนดก่อนและหลังการอนุมัติของรัฐสภานี้ รัฐธรรมนูญให้สถานะทางกฎหมายไว้ต่างกันและกำหนดวิธีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ต่างกันด้วย กล่าวคือ สถานะของพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของรัฐสภา มีสถานะเป็นพระราชกำหนดที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ในขณะที่พระราชกำหนดที่รัฐสภาอนุมัติแล้วนั้น มีสถานะเป็นพระราชกำหนดที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ ตามมาตรา 172 วรรคห้า ในส่วนวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น พระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายตุลาการตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดด้วยการริเริ่มของฝ่ายนิติบัญญัติได้ตามมาตรา 173 ในขณะที่พระราชกำหนดที่มีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้อนุมัติแล้วและเป็นกฎหมายที่มีสถานะเป็นพระราชบัญญัติ

รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในมาตรา 212 และ มาตรา 231 ซึ่งเมื่อพระราชกำหนดที่รัฐสภานุมัติแล้วถือเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเป็น พระราชบัญญัติแล้ว บทบัญญัติของพระราชกำหนดดังกล่าวจึงถูกตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญโดยฝ่ายตุลาการได้ด้วย

5. การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดภายหลังการอนุมัติของรัฐสภา ประกอบด้วย การตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี โดยการ เสนอเรื่องของศาล ตามมาตรา 212 และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 231 (1) ทั้งนี้ เรื่องที่เหมือนกันของการตรวจสอบทั้งสองกรณีดังกล่าว คือ ฝ่ายตุลาการ โดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบ และวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ ได้แก่ บทบัญญัติหรือเนื้อหาของ พระราชกำหนดซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่อาจตรวจสอบได้ในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการ ในส่วนที่แตกต่างกันของการตรวจสอบทั้งสองกรณีดังกล่าว คือ ผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ในส่วนประเด็นแห่งการตรวจสอบนั้น ในกรณีของการ ตรวจสอบตามมาตรา 231 (1) ซึ่งคือ การตรวจสอบบทบัญญัติของพระราชกำหนดว่ามีปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นประเด็นที่มีความกว้างขวางและครอบคลุมประเด็น แห่งการตรวจสอบในกรณีของการตรวจสอบตามมาตรา 212 ซึ่งเป็นการตรวจสอบบทบัญญัติ ของพระราชกำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 5 หรือไม่ด้วย

6. จากการวิเคราะห์การตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการตราพระราช กำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด ผู้ศึกษาพบเรื่อง ที่อาจเกี่ยวข้องกับภารกิจของวุฒิสภาในส่วนของกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตราพระราชกำหนดโดยฝ่ายตุลาการและในการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดก่อนการอนุมัติของวุฒิสภา ตามมาตรา 173 จึงได้เสนอแนวทางการสนับสนุนการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ยังพบเรื่อง ที่อาจ เกี่ยวข้องกับภารกิจของวุฒิสภาในส่วนของกระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารในกระบวนการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดภายหลังการอนุมัติของรัฐสภา ในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้ บังคับทั่วไป โดยการเสนอเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ จึงได้ เสนอแนวทางการสนับสนุนการเสนอเรื่องให้ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดตามมาตรา 231 (1) ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อให้

แนวทางทั้งสองเรื่องดังกล่าวเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับนิติกรในการสนับสนุนภารกิจของวุฒิสภาที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพระราชกำหนดของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการตราพระราชกำหนดและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด โดยแนวทางปฏิบัติดังกล่าวประกอบด้วย ขั้นตอนการดำเนินการ 3 ขั้นตอน คือ 1) ขั้นตอนการดำเนินการก่อนการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด 2) การดำเนินการในระหว่างการพิจารณาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด 3) การดำเนินการภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดแล้ว โดยมีรายละเอียดปรากฏตามหัวข้อ 4.3.1 และหัวข้อ 4.3.2

บรรณานุกรม

หนังสือ

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2549). **การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตรา
พระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติ
จากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2563). **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2563**.
กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2542). **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**.
พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ. (2544). **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติ
พันธกิจตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร : สถาบันพระปกเกล้า.
- สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2557). **คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 7.
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- สมยศ เชื้อไทย. (2557) **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- อานนท์ มาเม้า. (2558). **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร :
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

วารสาร

- ธีระ สุธีวรารังกูร. (2563). **ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
หลังการประกาศใช้บังคับ**. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 49 ฉบับที่ 4.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2542). **เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ**. วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 1 เล่มที่ 1.

บทความในหนังสือ

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2536). ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535. ใน **รพีสารฉบับพิเศษ (วันรพี 2536) บทวิเคราะห์วิจารณ์คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญพระราชกำหนดนิรโทษกรรม, (98) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.**

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2535). คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์. ใน **คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรวม 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, (31) กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.**

เอกสารอื่น ๆ

ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2562

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2562

ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง การอนุมัติพระราชกำหนดโอนอัตรากำลังพลและงบประมาณบางส่วนของกองทัพบก กองทัพอากาศกระทรวงกลาโหม ไปเป็นของหน่วยบัญชาการถวายความปลอดภัยรักษาพระองค์ซึ่งเป็นส่วนราชการในพระองค์ พ.ศ. 2562

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 136 ตอนที่ 103 ก วันที่ 30 กันยายน 2562.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนที่ 30 ก วันที่ 19 เมษายน 2563.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย.” **เอกสารประกอบการบรรยาย วิชา น.560 ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน ภาคการศึกษาที่ 1 ปีการศึกษา 2558.**

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ - สกุล	นางสาวฐิติมา ประเสริฐ
ตำแหน่งปัจจุบัน	นิติกรเชี่ยวชาญ
คุณวุฒิการศึกษา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ชื่อหน่วยงาน	สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา
สถานที่ติดต่อ	1111 ถนนสามเสน แขวงถนนนครไชยศรี เขตดุสิต กทม. 10300
หมายเลขโทรศัพท์	ที่ทำงาน : 0-2831-9452