



ระบบที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ

โดยทั่วไปแล้วนิยมแบ่งการควบคุมกฎหมายมิใช่รัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ระบบ ตามประเทศที่เป็นต้นแบบสองประเภท คือ

- 1) ระบบกระจายอำนาจหรือระบบอเมริกัน
- 2) ระบบรวมอำนาจหรือระบบออสเตรเลีย

1) ระบบกระจายอำนาจ (decentralized system) เป็นระบบการควบคุมที่มีสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบ มีลักษณะการใช้อำนาจกระจายไปให้องค์กรฝ่ายตุลาการในศาลยุติธรรมทุกศาล อันมีเบื้องหลังของการใช้อำนาจเช่นนี้จากหลักทางตรรกวิทยา และหลักการใช้อำนาจหน้าที่โดยปกติธรรมดาของศาลในการตีความและไข้บังคับกฎหมายด้วยเหตุผลดังนี้ *

ก. ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมาย เพื่อที่จะนำกฎหมายไปไข้บังคับแก่คดีที่ขึ้นสู่ศาลนั้นได้อย่างถูกต้อง

ข. หลักคุณสมบัติอันที่ปรากฏอย่างชัดเจนหลักหนึ่งในการตีความกฎหมาย ก็คือ เมื่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้นสองฉบับมีข้อความขัดแย้งกัน ผู้พิพากษาต้องไข้กฎหมายที่มีฐานะหรือคำบังคับแก่คดีตามหลักกฎหมายสูงกว่ามาก่อนกฎหมายต่ำกว่า (lex superior derogat legi inferiori) และรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา จึงต้องได้รับความเคารพและปฏิบัติตามจากประชาชนก่อนกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ

ค. การพิจารณาความขัดแย้ง ระหว่างกฎหมายสองฉบับที่มีฐานะหรือคำบังคับเท่าเทียมกัน ผู้พิพากษาจะต้องคำนึงถึงบรรทัดฐานตามประเพณีของหลักกฎหมายสองหลัก ได้แก่ กฎหมายที่บัญญัติขึ้น

ภายหลัง ย่อมต้องนำมาพิจารณาาก่อนกฎหมายที่มีอยู่เดิม (lex posterior derogat legi priori) ซึ่งเป็นการทำให้กฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นภายหลังยกเลิกกฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นก่อนโดยปริยาย และหลักกฎหมายพิเศษต้องนำมาพิจารณาาก่อนกฎหมายทั่วไป (lex specialis derogat legi generali) กฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายที่มีข้อความใช้บังคับทั่วไปไม่จำกัดเวลา สถานที่ เรื่องราวหรือบุคคล ส่วนกฎหมายพิเศษเป็นกฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นโดยมีข้อความเฉพาะกาล สถานที่ เรื่องราวหรือเฉพาะบุคคล เมื่อกฎหมายทั้งสองฉบับแย้งกันขึ้น โดยกฎหมายฉบับที่มีบัญญัติภายหลัง เป็นกฎหมายทั่วไป ก็คงถือหลักว่า กฎหมายที่มีบัญญัติภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปไม่บดบัง กฎหมายพิเศษที่มีบัญญัติขึ้นก่อน (lex posterior generalis no derogat legi priori specialis) เว้นแต่กฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นภายหลังอันเป็นกฎหมายทั่วไปจะมีข้อความแสดงให้เห็น ถึงเจตนารมณ์แจ้งชัดที่จะให้ยกเลิกกฎหมายพิเศษที่มีอยู่ก่อน และถ้ากฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นก่อนเป็น กฎหมายทั่วไป กฎหมายที่มีบัญญัติภายหลังเป็นกฎหมายพิเศษ ก็จะต้องใช้หลักว่า กฎหมายที่มีบัญญัติขึ้น ภายหลังยกเลิกกฎหมายที่มีบัญญัติขึ้นก่อนโดยปริยาย

ง. ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมต้องตัดสินคดีที่มีการใช้กฎหมายธรรมชาตจักรวรรดิรัฐธรรมนูญ โดยไม่เอาใจใส่หรือใช้กฎหมายธรรมชาตนั้น และจะต้องนำเอากฎเกณฑ์หรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาใช้บังคับแทน

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ใช้ระบบนี้โดยกว้างขวางจากพื้นฐานแห่งเหตุผลซึ่งที่ กล่าวแล้ว นอกจากนั้นประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษก่อนและประเทศอื่น ๆ ก็ได้รับไปใช้ต่อมา แต่แท้ที่จริงแล้วระบบกระจายอำนาจนี้เหมาะสมกับประเทศที่ใช้ระบบจารีต- ประเพณี (common law) เท่านั้น เนื่องจากประเทศเหล่านี้มีการยึดถือหลัก Stare decisis เมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลยุติธรรมสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยไว้อย่างไร ศาลชั้นต้นก็ต้อง วินิจฉัยคดีที่มีประเด็น เหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันต่อมาให้เป็นเช่นเดียวกันที่ศาลสูงสุดเคยวินิจฉัย มาแล้ว หลักนี้ใช้อย่างใดผลสำหรับเป็นเครื่องมือสร้างความผูกพันทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดการ ยอมรับนับถือตามคำวินิจฉัยในปัญหากฎหมายขั้รัฐธรรมนูญที่เคยมีมาแล้ว สำหรับประเทศที่ใช้

กฎหมายในรูปของประมวลกฎหมาย (civil law) บางประเทศได้ใช้ระบบนี้มาก่อนแล้วแต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จอย่างเพียงพอ เช่น ประเทศสาธารณรัฐเยอรมันและอิตาลี ก่อนใช้ระบบรวมอำนาจ ได้เคยใช้ระบบกระจายอำนาจในระหว่างปี ค.ศ. 1948 - 1956¹ นอกจากนั้นประเทศในกลุ่มสแกนดิเนเวียนี้ใช้ระบบกระจายอำนาจก็ปรากฏว่า บทบาทของศาลยุติธรรมสูงสุดและศาลยุติธรรมโดยทั่วไปจะไม่มีมากนัก ในเนื้อหาของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นที่รับรองต่อการใช้อำนาจโดยสมบูรณ์รอบคอบของผู้พิพากษาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมในประเทศเหล่านี้ หากได้มีความสำคัญเท่าใดไม่

อย่างไรก็ตาม การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญตามระบบกระจายอำนาจของกลุ่มประเทศคอมมอนลธว์ ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ซึ่งสาเหตุอาจเกิดจากการใช้หลัก Stare decisis เกิดปัญหาขึ้นเนื่องจากองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยกลับเป็นผู้ใช้อำนาจเกินขอบเขตเสียเอง จนทำให้อำนาจของศาลยุติธรรมอยู่นอกกว่าองค์กรอื่น ๆ ประเทศในทวีปยุโรปจึงเห็นว่าควรระงับขององค์กรอื่นเพื่อทำหน้าที่นี้แทน โดยจะต้องมีความสามารถถึงขนาดเช่นเดียวกับศาลยุติธรรมสูงสุดของสหรัฐอเมริกา จึงเกิดองค์กรเฉพาะหรือศาลพิเศษขึ้นด้วยความหวังว่าศาลพิเศษจะสามารถจัดหรือหลีกเลี่ยงความขัดแย้งและความไม่แน่นอนของผลการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้

2) ระบบรวมอำนาจ (centralized system) เป็นระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรเฉพาะเพียงองค์กรเดียว ระบบนี้ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรีย ค.ศ. 1920 ตามข้อเสนอของ ฮัน เคลเซน (Hans Kelsen) ด้วยความมุ่งหมายที่จะหาวิถีทางแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญอย่างมีประสิทธิภาพ และจากเหตุผลดังนี้

¹Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World,

(ก.) เหตุผลจากรากฐานทางความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Conception of the Separation of Powers) ระบบรวมอำนาจสามารถสะท้อนให้เห็นในทัศนคติเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจพื้นฐานที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างดอลันไม่น่าพึงพอใจของการใช้ระบบกระจายอำนาจซึ่งกระทบกระเทือนต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ซึ่งมีแนวโน้มอันมั่นคงยิ่งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและต่อความสูงสุดแห่งอำนาจอธิปไตย โดยผ่านนิติบัญญัติได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ไว้แทนประชาชนนั้น จึงได้ต่อต้านการใช้อำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และยังมีอาการอ้างว่า การที่ศาลยุติธรรมประกาศว่า กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติขัดรัฐธรรมนูญทำให้เป็นอันเสียเปล่า นั้น เป็นการกระทำของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (political act) จึงเป็นการก้าวล่วงอำนาจเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติระบบรวมอำนาจจึงเกิดขึ้น โดยผลจากการปฏิเสธอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ และทำให้มีองค์กรพิเศษเข้ามาแก้ปัญหาอันมีความแทนศาลยุติธรรม

(ข.) เหตุผลจากความล้มเหลวของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบกระจายอำนาจ เนื่องจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของศาลยุติธรรม โดยไม่คำนึงถึงความชอบธรรมอันทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหลายฉบับได้ถูกประกาศว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ตรงกับความเป็นจริง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเช่นนี้เป็นจุดเริ่มต้นให้เกิดความต้องการที่จะสร้างองค์กรพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อขจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของศาลยุติธรรม

(ค.) เหตุผลจากความผิดพลาดในการใช้หลัก Stare decisis ของระบบกระจายอำนาจซึ่งโดยหลักของ Stare decisis ศาลยุติธรรมอื่นจะต้องไม่นำกฎหมายที่ศาลยุติธรรมสูงสุดได้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญมาพิจารณาในคดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมนั้น แต่คนที่ได้ปฏิบัติจริงไม่ปรากฏว่า มีบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนในกฎหมายใดเลยว่าจะให้ผลของคำวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญผูกพันคดีอื่นได้เป็นการทั่วไป (erga omnes) หรือให้ประกาศตามแบบอย่าง เป็น

ทางการว่ากฎหมายชั่วคราวนั้นเป็นอันเสียเปล่า จึงทำให้มีความคิดเห็นแตกต่างกันขึ้นในกฎหมายฉบับเดียวกัน เช่นเมื่อมีปัญหากฎหมายชั่วคราวเกิดขึ้นในคดีที่ชั้นศาลยุติธรรมของมลรัฐและศาลนั้นได้วินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับนั้นชั่วคราวเป็นอันเสียเปล่า แต่ควยการมีระบบให้อุทธรณ์ฎีกาได้ คดีนี้จึงไปถึงศาลยุติธรรมสูงสุด เมื่อศาลยุติธรรมสูงสุดพิจารณาแล้วก็อาจกลับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมมลรัฐที่พิจารณาคดีนั้นมาแล้วได้คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมมลรัฐจึงอาจขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมสูงสุด ทำให้ประชาชนไม่สามารถแน่ใจได้ต่อคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมมลรัฐ ด้วยเหตุนี้เองประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (civil law) จึงไม่ยอมรับหลัก Stare decisis ที่อาจก่อความผิดพลาดและไม่แน่นอน และแม้ในประเทศที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหากฎหมายชั่วคราวบางประเทศ ก็ให้พยายามแก้ไขปัญหาคความผิดพลาดและไม่แน่นอนของการใช้หลัก Stare decisis เช่น ประเทศอูรุกวัย ก็พยายามแก้ไขโดยให้ศาลยุติธรรมสูงสุดเพียงศาลเดียวเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย โดยผู้พิพากษาศาลยุติธรรมชั้นต่ำกว่าถูกผูกพันที่จะต้องรอการพิจารณาคดีซึ่งมีการยกปัญหากฎหมายชั่วคราวขึ้นพิจารณานั้นไว้ชั่วคราว และเมื่อศาลยุติธรรมสูงสุดมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือชั่วคราวของคำวินิจฉัยนั้นก็มิได้มีผลในบังคับเป็นการทั่วไป เพียงแต่มีผลเฉพาะแก่คดีนั้นเท่านั้น (inter partes) ซึ่งก็คือการปฏิเสธหลัก Stare decisis นั้นเอง

ประเทศออสเตรียได้ก่อตั้งระบบรวมอำนาจในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นเมืองกรฟิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgerichtshof) ทำหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ นอกจากประเทศออสเตรียแล้วยังมีอีกหลายประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจ เช่น ประเทศเชคโกสโลวาเกียในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1920 และรัฐธรรมนูญใหม่ ค.ศ. 1968 ประเทศสเปนในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1931 ประเทศอิตาลีในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 มาตรา 134 - 137 รัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 No. 1

รัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1953 No.1 และกฎหมายธรรมดา ลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1953 No.87 ประเทศสาธารณรัฐเยอรมันในรัฐธรรมนูญบอนน์ ลงวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 มาตรา 93, 94, 99, 100, และกฎหมายธรรมดา ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1951 ประเทศสาธารณรัฐไชปรัสในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 สิงหาคม ค.ศ. 1960 ประเทศสาธารณรัฐเทอริกในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1961 และประเทศยูโกสลาเวีย ซึ่งเป็นประเทศล่าสุดที่ใช้ระบบรวมอำนาจ โดยเป็นประเทศภายใต้ระบบการปกครองแบบคอมมิวนิสต์เพียงประเทศเดียวที่มีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ระบบรวมอำนาจในประเทศยูโกสลาเวียถูกกำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1963 เมืองคุ้มครองคุ้มครองระดับสหพันธ์ เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิเศษสหพันธ์ (Special Federal Constitutional Court) และในระดับท้องถิ่นเรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญพิเศษ (Special Constitutional Courts) แต่สำหรับประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสในรัฐธรรมนูญปัจจุบันได้ใช้ระบบรวมอำนาจ โดยมีองค์กรทางการเมือง เรียกว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Le Conseil Constitutionnel) ทำหน้าที่วินิจฉัยเป็นองค์กรในรูปคณะกรรมการไม่ใช่ในรูปของศาลพิเศษ

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์มีลักษณะการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่พิเศษกว่าประเทศอื่น ๆ กล่าวคือ ได้รับเอาระบบกระจายอำนาจมาผสมผสานกับระบบรวมอำนาจ โดยระบบกระจายอำนาจใช้ในกังตอง (Canton) ต่าง ๆ ศาลยุติธรรมในกังตอง (Canton) มีอำนาจควบคุมที่จำกัดเฉพาะต่อกฎหมายที่ตราหรือบัญญัติขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติของกังตอง (Canton) ต่าง ๆ ส่วนในสหพันธ์นั้นศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัย การวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในสหพันธ์เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลพิเศษสหพันธ์ (Federal Tribunal) ในทางปฏิบัติประเทศนี้ได้ให้ความสำคัญแก่ระบบรวมอำนาจมากกว่ากระจายอำนาจ แต่อย่างไรก็ตาม ด้วยระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริงของสวิสเซอร์แลนด์ที่ประชาชนแสดงประชามติรับรองกฎหมายใดช่วยลบล้างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญลงไปตาม

ทำให้ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมีชั้นน้อยลงด้วย

ในเรื่องของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาในรายละเอียด ดังนี้

1. องค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย

1.1 ประเภทขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

1.1.1 องค์กรทางการเมือง (Political Organ)¹ เป็นองค์กรที่มีสมาชิกดำรงตำแหน่งโดยวิธีทางการเมือง เช่น เกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ องค์กรทางการเมืองนี้แบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

1) คณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จากการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง (Conseil d'Etat) ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 3 แห่งประเทศฝรั่งเศส ได้เริ่มขยายตัวไปสู่การควบคุมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติโดยองค์กรทางการเมือง เนื่องจากได้มีความเห็นกันว่า กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติมาแล้ว ไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใดองค์กรหนึ่งในสามองค์กรแห่งอำนาจอียิปโต แม้ว่าแต่เดิมได้เคยให้อำนาจการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแก่ศาลยุติธรรมก็ตาม² เพราะเหตุที่สภานิติบัญญัติประกอบด้วยตัวแทนของประชาชนผู้เป็นเจ้าของ

¹ André Tunc, "The Fifth Republic, The Legislative Power and Constitutional Review," American Journal of Civil Law (1960): 189-191.

² Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, pp. 35-36.

อำนาจอธิปไตยและการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นก็เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไปของประชาชน (*volonté générale*) ตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ค.ศ. 1789 ข้อ 6 ที่บัญญัติว่า "กฎหมายคือ การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลส่วนรวม" ออกรุ่นอื่น ๆ จึงไม่มีอำนาจโต้แย้ง แนวความคิดเห็นเช่นนี้เริ่มมีมาก่อนสมัยการปฏิวัติ ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งขณะนั้นการปกครองประเทศฝรั่งเศสตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษา ตุลาการเพราะกษัตริย์ได้ให้ความเคารพยำเกรงและเชื่อฟังผู้พิพากษามากกว่าองค์กรอื่นใด แต่ผู้พิพากษาก็ใช้อำนาจเกินขอบเขตก่อให้เกิดความเดือดร้อนโดยทั่วไป เหตุการณ์นี้เอง ทำให้มีการสร้างหลักปกครองโดยจำกัดอำนาจตุลาการในสมัยหลังการปฏิวัติตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1791 มาตรา 157 ห้ามตุลาการเข้าแทรกแซงต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร¹ และในกฎหมายเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญศาลยุติธรรม ค.ศ. 1790 ลักษณะ 2 มาตรา 11 บัญญัติห้ามศาลยุติธรรมว่า "ศาลทั้งหลายไม่อาจจะมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ไม่อาจจะขัดขวางหรือทำให้ระงับหรือกีดขวางซึ่งการปฏิบัติตามกฎหมายของสภานิติบัญญัติ มิฉะนั้นจะมีความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามหน้าที่" ซึ่งโทษตามความผิดที่กล่าวนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 127 ให้เพิกถอนสิทธิที่จะได้รับในฐานะที่เป็นพลเมือง (*dégradation civique*) การห้ามศาลยุติธรรมเข้าแทรกแซงต่อฝ่ายนิติบัญญัตินั้น มีเหตุผลเนื่องมาจากประเทศฝรั่งเศสมีโครงสร้างของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่เคร่งครัดประกอบด้วย การได้รับบทเรียนจากประสบการณ์ในอดีตของความล้มเหลวจากการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

¹Loewenstein, Political Power and the Governmental Process,

จากความไม่เหมาะสมและการถูกจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัย
 ความคุ้มครองนิติบัญญัติ¹ ทำให้ผู้คิดกันว่า ควรจะให้องค์กรใดมีอำนาจคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติ
 การจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติวินิจฉัยเองก็ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรม โดยอาจเข้าข้างฝ่ายตนเอง
 ได้หรือถ้าวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ลงมติให้ใช้เองนั้นขัดรัฐธรรมนูญก็จะเป็น
 การประจานการปฏิบัติหน้าที่อันบกพร่องของฝ่ายนิติบัญญัติเอง ดังเห็นในปี ค.ศ. 1799 อับเบ
 ซีเอแยส (Abbé Siéyès)² (นักการเมืองชาวฝรั่งเศสจึงได้เสนอความเห็นให้เมืองนคร
 ทางการเมือง ซึ่งเป็นกลางมีอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง) เพื่อทำ
 หน้าที่คุ้มครองป้องกันรัฐธรรมนูญจากการถูกเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และ
 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญขึ้นครั้งแรก เรียกว่า "ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ"
 ประกอบด้วยกรรมการหรือสมาชิกซึ่งสถานนิติบัญญัติเลือกตั้งจากบรรดาผู้ทรงคุณวุฒิเป็นที่เคารพ
 ของประชาชนและเป็นผู้อาวุโส ให้ความอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยควบคุมกฎหมายโดยไม่
 ขึ้นแก่องค์กรใด ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญนี้มีอำนาจกว้างขวางสามารถพิจารณาได้ไม่ว่าสภาตรีบุ๋น
 (Tribunat) จะร้องขอหรือไม่ก็ตาม

¹ คดีที่แสดงว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาความคุ้มครองฝ่ายนิติบัญญัติอีกต่อไป ก็คือ
 คดีที่ฟ้องจอมพลเปแตง กล่าวหาว่าร่วมมือกับเยอรมันนาซี โดยนายผู้控หารองคดีค้านว่า
 กฎหมายที่จัดตั้งศาลสูงพิเศษ (Haute-Cour de Justice) ขึ้นพิจารณานั้นขัดรัฐธรรมนูญ
 ค.ศ. 1875 ซึ่งถือว่ายังใช้อยู่ แต่ศาลสูงพิเศษโดยคำร้องนั้นโดยอ้างว่า ในฝรั่งเศสตุลาการ
 หรือศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาว่า บทกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่

² สมภพ โทกระกิตย์ "การควบคุมกฎหมายที่รัฐธรรมนูญ," หน้า 9.

ความคิดเห็นของซีเอแยส์ได้ถูกคัดค้านโดยนักการเมืองหลายคนที่เกรงว่าลูกขุนดังกล่าวจะมีอำนาจมากกว่าองครักษ์อื่น ๆ และอาจใช้อำนาจโดยมิชอบยับยั้งการกระทำของสภานิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ง่าย แต่ต่อมาไม่นานนักความคิดเห็นของซีเอแยส์ก็ได้รับการสนับสนุนมากขึ้น และในสมัยของพระเจ้านโปเลียนที่ 1 ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญก็ได้ถูกเปลี่ยนชื่อเป็น "สภาเซนาตพิทักษ์รัฐธรรมนูญ" (Napoleon I's Sénat Conservateur of the Constitution) ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 100 คน ไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำกฎหมาย มีหน้าที่เฉพาะในการพิจารณาและสั่งให้กฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ เป็นอันเสียเปล่า ถ้าเห็นว่ขัดรัฐธรรมนูญ¹ แต่การปฏิบัติหน้าที่ของสภานี้ก็ไร้ผล สภาเซนาตพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่เคยวินิจฉัยให้กฎหมายฉบับใดเป็นอันเสียเปล่า เพราะขัดรัฐธรรมนูญที่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากสภานี้ได้ตกเป็นเครื่องมือเสริมอำนาจของกษัตริย์ให้มากยิ่งขึ้นโดยทำทุกอย่างตามความประสงค์ของกษัตริย์ด้วยความเกรงกลัวต่ออิทธิพลของกษัตริย์ผู้มีอำนาจแก่งตั้งและถอดถอนสมาชิกของสภาได้ ในสมัยของพระเจ้านโปเลียนที่ 3 รูปแบบของสภานี้ก็ยังคงถูกเปลี่ยนแปลงไป² ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 14 มกราคม ค.ศ. 1852 ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 4 ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ได้ใช้ชื่อองค์กรทางการเมืองซึ่งทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญว่า "คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ" (Constitutional Committee) และในมาตรา 91, 92 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว³ ได้บัญญัติให้กฎหมายที่

¹ ศักดิ์ ไทวัฒน์, กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้ง (พระนคร : [ม.ป.ท.] , 2499), หน้า 177.

² Loewenstein, Political Power and the Governmental Process, p.25.

³ Marcel Waline, "The Constitutional Council of the French Republic," American Journal of civil Law (1963) : 197 - 200 ; Friedrich, Constitutional Government and Democracy, p. 231.

ผ่านออกมาโดยสมัชชาแห่งชาติถูกส่งไปยังสภาแห่งสาธารณรัฐก่อน หากเห็นว่าชั่วคราวรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการรัฐธรรมนูญก็จะได้รับอนุญาตให้พิจารณา และกฎหมายนั้นก็จะได้มีการผ่านให้ใช้ บังคับโดยสมัชชาแห่งชาติ เมื่อได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ สมัยนี้ก็ยังไม่มีบทบาทสำคัญนัก เพิ่งมาเริ่มบทบาทอย่างจริงจังสมัยที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่ง สาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958¹ ตามบทบัญญัติ มาตรา 34 ให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ (Le Conseil Constitutionnel) ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายโดยประสงค์ได้ เป็นส่วนสำคัญของเครื่องมือแห่งรัฐในการดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ ซึ่งรูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มิได้คลอมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

ประเทศที่ให้อำนาจองค์กรทางการเมืองในรูปของคณะกรรมการ เป็นผู้วินิจฉัยควบคุม กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ได้แก่

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฝรั่งเศสเป็นประเทศต้นกำเนิดของการให้อำนาจ องค์กรทางการเมืองที่เป็นอิสระในรูปของคณะกรรมการ เป็นผู้วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ ขัดรัฐธรรมนูญจากการเสนอแนะของซีเอแอส จนกระทั่งเป็นที่ยอมรับและปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบันดังที่กล่าวมาแล้ว รูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีความเหมาะสม มากสำหรับประเทศฝรั่งเศสเมื่อพิจารณาถึงแนวความคิดทางการเมือง และประวัติความเป็นมา ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศส ทำให้หลายประเทศมีความสนใจและนำ มาใช้ในประเทศของตนบ้างซึ่งประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่รับเอารูปแบบของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญมาใช้ในระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ประเทศสาธารณรัฐเวียดนาม ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของ สาธารณรัฐเวียดนามมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นผู้วินิจฉัย ตามมาตรา 85 และ 87

¹Barry Nicholas, "Loi, Règlement and Judicial Review in the Fifth Republic," Public Law Review (Spring 1970) : 259 - 274.

แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1956

ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 150 (1) ใหม่มีกณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (The Constitutional Committee) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 109 เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่อาจมีขึ้นในการพิจารณาภาคีของศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมต้องตัดสินตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดถวาย

2) รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แนวความคิดที่ให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นจากเกรงว่า รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้แทนของประชาชนและมีหน้าที่จัดทำหรือบัญญัติกฎหมายยอมจะทราบได้คือว่า กฎหมายฉบับใดมีข้อความแย้งหรือขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่แต่เหตุผลที่กล่าวอ้างเช่นนี้ ไม่มีน้ำหนักเพียงพอ เพราะถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัติทราบอยู่แล้วว่า ในร่างกฎหมายฉบับใดมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ ก็คงจะไม่ยอมผ่านกฎหมายออกมาไซ้บังคับ ปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก็คงไม่เกิดขึ้นให้ต้องมาวินิจฉัยกันอย่างแน่นอน อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศที่ให้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหภาพอัฟริกาใต้ มีบทบัญญัติให้สภานิติบัญญัติทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดสำหรับการควบคุมกฎหมาย¹ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1954 มาตรา 27 (3) บัญญัติให้สภาประชาชนแห่งชาติซึ่งเป็นสภานิติบัญญัติของจีนเป็นผู้ใช้อำนาจและมีหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ² ประเทศโปรตุเกส

¹สมภพ โทตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 67

²เกษชาติ วงศ์โกมลเกษ (แปล), รัฐธรรมนูญนานาชาติ, งานแปลของสภาวิจัยแห่งชาติ ฉบับที่ 30 (กรุงเทพฯ: สภาวิจัยแห่งชาติ, 2516), หน้า 87.

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 คุ้มครองสิทธิในการตีความไว้ให้แก่รัฐสภา¹ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญปารากวัย มาตรา 126 และสำหรับประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มาตรา 83 แห่งรัฐธรรมนูญโคโคญูตีให้การตีความเช่นนี้มีกฎหมายตัวอย่างเกี่ยวกับกฎหมายสำหรับแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ต้องได้รับพระราชวินิจฉัยของพระมหากษัตริย์ และความตกลงใจของรัฐสภาในสมัยประชุมสามัญสองสมัย (มาตรา 81)

1.1.2 ศาลยุติธรรม การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรมเกิดขึ้นโดยความเห็นว่าเป็นผู้บัญญัติซึ่งได้รับมอบอำนาจให้เป็นผู้บัญญัติกฎหมายตามเจตนารมณ์ของประชาชน โคโคญูตีกฎหมายอันมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมเป็นการแสดงเจตนาที่เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ได้รับมอบหมาย ฝ่ายตุลาการโดยศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตีความ และใช้กฎหมายก็ย่อมต้องมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายนั้น เพราะถือว่า การวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง และศาลยุติธรรมก็เป็นองค์กรที่เหมาะสม เนื่องจากมีความเป็นอิสระและนอกระบบราชการ ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรแรกที่มีบทบาทในระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นองค์กรที่เริ่มก่อตั้งระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ในสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ทำให้ระบบกระจายอำนาจการควบคุมโดยศาลยุติธรรมแผ่ขยายกว้างขวางออกไปในประเทศต่าง ๆ จากการตัดสินคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคสันโดย จอห์น มาร์แชล เมื่อปี ค.ศ. 1803 ได้วางรากฐานอันสำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญ²

¹ พิพัฒน์ จักรางกูร, "กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ", วารสารทนายความ ฉบับพิเศษ "วันทนายความ" (กุมภาพันธ์ 2509) : 55.

² วิษณุ เครืองาม, "เรื่องของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา", วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 1 (กันยายน 2517) : 15

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมีบัญญัติโดยแจ้งชัด ศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยว่า กฎหมายใด ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ กฎหมายที่ขยายข้อความในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ ถ้ารัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ แต่กฎหมายที่แย้งหรือตรงกันข้ามกับข้อความในรัฐธรรมนูญ ย่อมตกเป็นอันเสียเปล่า

ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากผลทางตรรกวิทยาแห่งศตวรรษทางความคิดของชาวยุโรป และประสบการณ์ของชาวอาณานิคมซึ่งได้สร้างสรรให้ชาวยุโรปมีจิตใจที่ยอมรับความเป็นเลิศของทฤษฎีกฎหมายที่แน่นอน ตลอดจนความเชื่อสัจยและเป็นธรรมของศาลยุติธรรมที่ทำให้คนอเมริกันยอมรับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม¹

ในยุโรปสมัยแรก ๆ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจสูงสุด จึงไม่มีการให้อำนาจฝ่ายตุลาการเข้าแทรกแซงได้ แต่เมื่อวิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนเจริญมากขึ้นจนเกิดความเคลื่อนไหวในโลกแห่งกฎหมายจากรูปแบบแห่งการให้อำนาจสูงสุดแก่ฝ่ายนิติบัญญัติไปสู่หลักการแบ่งแยกอำนาจ ศาลยุติธรรมจึงได้อำนาจเข้ามาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ โดยอ้างกระบวนการแห่งความยุติธรรม (Due Process) เพื่อป้องกันสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อำนาจที่ศาลยุติธรรมอ้างนี้ ถ้าพิจารณาตามประวัติศาสตร์แล้วอาจเห็นได้ว่าอำนาจตัดสินข้อพิพาทต่าง ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการนั้นเกิดขึ้นก่อนอำนาจอื่น ๆ ตั้งแต่สมัยที่กฎข้อบังคับยังไม่มีใช้บังคับในชุมชนในประเทศอังกฤษสมัยกลางก็ได้ศาลยุติธรรมตีความกฎหมายได้โดยอิสระ และในศตวรรษที่ 17 ผู้พิพากษาและคนอื่น ๆ ก็ได้อ้างสิทธิของศาลยุติธรรมในการตีความการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาศัยคอมมอนลอว์ (common law) เป็นพื้นฐาน² โดยผู้เห็นว่า ศาลสูงของอังกฤษมีสิทธิที่จะทักสินว่า การกระทำของรัฐสภาเป็นกฎหมาย

¹ Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, p. 25.

² Friedrich, Constitutional Government and Democracy, p. 222.

หรือไม่ ความเห็นของคุณทำให้เขาเกิดขัดแย้งกับนักทฤษฎีเจมส์ (James) จึงไม่เป็นที่ยอมรับ ในอังกฤษ จนกระทั่งสิ้นศตวรรษที่ 18 นักคิดเกี่ยวกับระบบตุลาการอเมริกันจึงได้รับอิทธิพล ทางความคิดของคุณ ถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นคอมมอนลอว์ที่สำคัญยิ่งและตกทอดสืบมาในระบบ กฎหมายอเมริกันปัจจุบันด้วย

ตัวอย่างของการใช้ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรม ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหรือที่ปรากฏเป็นคดีของประเทศต่าง ๆ อาจกล่าวได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่มีระบบการควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมในลักษณะที่แจ่มชัด ซึ่งศาลยุติธรรมอยู่ในฐานะผู้ถืออำนาจ โดยเจตนาอย่างหนึ่งของศาลยุติธรรมสูงสุด¹ จากกรณีวินิจฉัยโดยผู้พิพากษา จอห์น มาร์แชล ในคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิสสัน ได้ปลุกเร้าความคิดของนักกฎหมายและทำให้เกิดการ วิพากษ์วิจารณ์ถึงระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ดังเช่นในบทความ Federalist No. 78 ของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) ได้แสดงให้เห็นว่า การตีความกฎหมายนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่มีลักษณะพิเศษของศาลยุติธรรมรัฐธรรมนูญต้องได้ รับการดูแลโดยผู้พิพากษาซึ่งจะต้องวินิจฉัย โดยยึดกฎหมายมูลฐาน (fundamental laws) หรือ รัฐธรรมนูญมากกว่ายึดกฎหมายธรรมดา² แฮมิลตัน กล่าวว่า "ตุลาการโดยหน้าที่ตาม ธรรมชาติจะเป็นผู้ที่มีอำนาจน้อยที่สุดเสมอ เกี่ยวกับสิทธิทางการเมืองของรัฐธรรมนูญ เพราะ ตุลาการจะมีส่วนในการกลั่นแกล้งหรือทำให้ผู้อื่นเสียหายได้น้อยที่สุด"³ คำกล่าวนี้เป็นการ

¹ วรวิทย์ กนิษฐะเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 43.

² Pritchett, The Federal System in Constitutional Law, pp. 32-33.

³ Friedrich, Constitutional Government and Democracy, p. 187;

Loewenstein, Political Power and the Governmental Process, pp.

สนับสนุนให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยโดยสอดคล้องกับกติระหว่างมาร์เบอร์ และเมคสัน และหลังจากนั้นไม่นานก็เกิดคดีอีกหนึ่งคือ กติระหว่างแมค กัลลอค และแมรีแลนด์ [McCulloch v. Maryland (1819)] ซึ่งศาลยุติธรรมก็ได้ยึดหลักการแห่งคดีแรกเป็นพื้นฐานในการตัดสิน

บทบาทของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเริ่มจากอำนาจในการตีความเกี่ยวกับการอธิบายถึงวิธีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขทาง เศรษฐกิจและทาง เทคนิคเพื่อขยายอำนาจของรัฐบาลสหรัฐโดยไม่จำกัดเปลี่ยนแปลงในถ้อยคำที่แท้จริงแห่งรัฐธรรมนูญ¹ และในที่สุดก็ใช้อำนาจสืบต่อไปด้วยการอ้างว่าศาลยุติธรรมสูงสุดเป็นองค์กรที่ช่วยทำให้สิทธิมนุษยชนยังคงดำรงอยู่ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาคืออำนาจในการประกาศให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเป็นอันเสียเปล่าไป ซึ่งเท่าที่ผ่านมาระหว่างปี ค.ศ. 1789 - 1970 นั้น ศาลสูงสุดได้ใช้อำนาจวินิจฉัยอย่างกว้างขวางโดยประกาศให้กฎหมายของสหรัฐจำนวนถึง 97 ฉบับ และกฎหมายของรัฐ อีกจำนวน 737 ฉบับ รวมทั้งกฎหมายของรัฐอีก 90 ฉบับ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ² การอ้างและใช้อำนาจของศาลยุติธรรมอย่างกว้างขวางเช่นนี้ ประชาชนาธิบดีที่ไอคอร์ รุสเวลต์ ไม่เห็นด้วยและได้ต่อต้านศาลสูงสุดในการตัดสินคดี "the horse-and-buggy" ซึ่งตัดสินโดย the "nine old men" รุสเวลต์กล่าวว่า การตัดสินคดีนี้เป็นการตัดสินที่กึกก้องอย่างอันครายต่อโครงสร้างทางสังคมและเศรษฐกิจ ซึ่งดำเนินไปอย่างรวดเร็วแต่อย่างไรก็ตาม การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกายังคงถือได้ว่าเป็นแบบอย่างของการควบคุมโดยศาลยุติธรรมให้แก่ประเทศอื่น

¹ Wheare, Modern Constitutions, pp. 105 - 106.

² Pritchett, The Federal System in Constitutional Law,

ประเทศแคนาดา โดยเหตุที่ประเทศแคนาดาเคยเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ และต้องยอมรับการไม่มีนิติกรรมนิยม ภูมิ หรือกฎหมายโดยรัฐสภาของประเทศแคนาดา ให้มีข้อความขัดต่อกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษ ทำให้ประเทศแคนาดาต้องยอมรับความสูงกว่า แห่งกฏบัตรของอังกฤษ ดังนั้นเมื่อหลุดพ้นจากการเป็นอาณานิคม จึงได้ยอมรับสืบต่อมาให้ รัฐธรรมนูญของแคนาดาเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย

องค์กรผู้รับผิดชอบในการตีความรัฐธรรมนูญในสมัยเริ่มของประเทศแคนาดา ได้แก่ คณะกรรมการตุลาการของสภาสูงสุดอังกฤษ (The Judicial Committee of the British Privy Council) คณะกรรมการมีไรศาลซึ่งพิจารณากฎหมายทั้งหมด แต่ทำหน้าที่ เพียงถวายคำแนะนำแก่กษัตริย์เกี่ยวกับการอุทธรณ์กฎหมายของอาณานิคม และประเทศอาณานิคม ซึ่งในทางปฏิบัติประเทศแคนาดาก็ถือว่า เป็นศาลยุติธรรมสูงสุดของแคนาดา ปัญหาของแคนาดา ในช่วงนั้นก็คือ ศาลสูงสุดนี้ถูกผูกพันให้คงศักดิ์ตามสภาสูงโดยไม่มีความเป็นอิสระในการ พิจารณา แม้คณะกรรมการนี้จะได้รับการปรับปรุงทางรัฐธรรมนูญด้วยการยกขึ้นเป็นคณะกรรมการ ตุลาการ (Judicial Committee) ก็ตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1949 คณะกรรมการนี้ก็ถูก ยกเลิกไป¹ และในปัจจุบันปัญหาการควบคุมกฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญจึงตกเป็นอำนาจหน้าที่ ของศาลยุติธรรมสูงสุดของแคนาดาอย่างแท้จริง

ประเทศโบลิเวีย ในกลุ่มประเทศลาตินอเมริกาโบลิเวียเป็นประเทศแรกที่สามารถ จำแนกให้เห็นรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญได้อย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1851 มาตรา 82² ให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย

¹William Eaton, "Canadian Judicial Review and the Federal Distribution of Power," American Journal of Comparative Law Reader (1958): 114-11

²Thomas M. Frank, Comparative Constitutional Process (London: Sweet & Maxwell, 1968), pp. 78 - 79.

ประเทศโคลัมเบีย ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม
สูงสุดในประเทศโคลัมเบีย เริ่มมีใช้เมื่อ ปี ค.ศ. 1910¹ และได้ถูกนำไปใช้ในประเทศคิวบา
 ไฮติ และเวเนซุเอลา

ประเทศสาธารณรัฐคิวบา การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศ
 สาธารณรัฐคิวบา ใช้ระบบเช่นเดียวกับประเทศโคลัมเบีย โดยได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ
 มาตรา 83 อย่างแจ่มชัดให้ศาลยุติธรรมสูงสุดมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยว่า กฎหมาย กฎีกา
 และกฎข้อบังคับต่าง ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่กรณีที่จะต้องใช้บังคับแก่คดีต่าง ๆ

ประเทศเม็กซิโก ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศเม็กซิโก
 ใช้วิธีประนีประนอมโดยหมายอัมปาโร (amparo) ทดสอบกฎหมายว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่²
 ลักษณะสำคัญของกระบวนการ เป็นการถอดทวนกฎหมายของฝ่ายมหาชนโดยตรง และผู้ร้องขอจะ
 ต้องพิสูจน์ถึงอันตราย และความเสียหายที่ตนได้รับ เพื่อให้ศาลยุติธรรมได้พิจารณาวินิจฉัย
 ศาลยุติธรรมจะใช้อำนาจวินิจฉัยโดยอาศัยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ค.ศ. 1917 มาตรา 103 ซึ่งให้
 อำนาจพิจารณาภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 107 วรรค 2 คือ การตัดสินของศาลจะกระทบ
 กระเทือนเอกชนเท่านั้น และต้องตัดสินกำหนดค่าเสียหายเฉพาะคดีนั้น โดยจะอ้างบทกฎหมาย
 ใดที่จะเป็นเหตุให้มีการฟ้องร้องกันอีกต่อไป ไม่ได้ นอกจากนั้นศาลยังให้ยกข้อบกพร่องในคำฟ้องนั้น
 เสียได้หากคำฟ้องอ้างถึงกฎหมายที่ศาลยุติธรรมสูงสุดหรือศาลฎีกาได้ตัดสินว่าขัดรัฐธรรมนูญแล้ว
 โดยในการตัดสินของศาลสหพันธ์เม็กซิโก นั้นได้ใช้วิธีการอัมปาโร (amparo) ตามกฎหมาย
 วิธีพิจารณาอัมปาโร ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1936

¹V.S. Deshpande, Judicial Review of Legislation (Lucknow:
 Law Times Press, 1977), pp. 104 - 105.

²J.A.C. Grant, "Judicial Control of Legislation," American
 Journal of Comparative Law (1958): 109.

ประเทศสหสาธารณรัฐไนจีเรีย ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมาย
มิให้ขัดรัฐธรรมนูญของประเทศสหสาธารณรัฐไนจีเรีย แบ่งเป็น ศาลสูง (High Court)
และศาลสูงสุด (Supreme Court)¹ ซึ่งจะใช้อำนาจควบคุมใน 3 กรณีด้วยกันตาม
รัฐธรรมนูญ มาตรา 115 คือ

(1) หากมีการตีความปัญหารัฐธรรมนูญสหพันธ์ หรือรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐต่าง ๆ
เกิดขึ้นเกี่ยวกับสาระสำคัญของกฎหมายกรณีที่มีคู่ความร้องขอ ศาลก็จะดำเนินการเสนอไปยัง
ศาลสูง (High Court) ที่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งศาลสูงอาจเลือกพิจารณาอย่างใดอย่างหนึ่ง
คือ ก) ถ้ามีความเห็นว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาสาระของกฎหมายนั้น ก็จะนำขึ้นสู่ศาลสูงสุด
(Supreme Court) ให้พิจารณาต่อไป หรือ ข) ถ้าเห็นว่า เป็นปัญหาที่ไม่เกี่ยวกับกฎหมาย
นั้น ก็จะส่งกลับไปยังศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ต่อไป

(2) กรณีที่มีการตีความปัญหารัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในศาลสูงของภาค และศาลเห็นว่า
เป็นปัญหาเกี่ยวกับสาระสำคัญของกฎหมาย ในกรณีที่มีคู่ความร้องขอ ศาลสูงอาจเสนอปัญหานั้น
ไปยังศาลสูงสุดให้พิจารณา

(3) เมื่อมีการเสนอปัญหาไปยังศาลสูงสุด และศาลสูงสุดได้พิจารณาแล้ว ย่อมผูกพัน
ศาลซึ่ง เสนอปัญหานั้นต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดนั้น

ประเทศคูเวต รัฐธรรมนูญแห่งคูเวต ค.ศ. 1962 มาตรา 180 ได้กล่าวถึงระบบ
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์กรศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยตามบทบัญญัติ
มาตรา 173

¹Frank, Comparative Constitutional Process, p. 116.

ประเทศสาธารณรัฐไอร์แลนด์ ศาลยุติธรรมซึ่งได้รับอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมาย มีให้คำรัฐธรรมนูตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐไอร์แลนด์นั้น ได้แก่ ศาลสูง (High Court) และศาลสูงสุด (Supreme Court) มีการควบคุมโดยแยกพิจารณาในศาลสูง และพิจารณาอุทธรณ์ในศาลสูงสุด

ประเทศญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่นซึ่งยอมรับ เมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1946 ให้มีผลใช้บังคับใน วันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1947 มาตรา 81 ได้บัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมสูงสุดในการควบคุมกฎหมายมีให้คำรัฐธรรมนูไว้ว่า "ศาลสูงสุดเป็นศาลแห่งหนทางสุดท้ายกี่ยวอำนาจที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ คำสั่ง กฎข้อบังคับ หรือ การกระทำของข้าราชการ"¹ รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นฉบับใหม่ของญี่ปุ่น ซึ่งร่างโดยนายพลแมคอาเธอร์ (Gen. Mac Arther) โดยเอาแบบอย่างระบบการควบคุมกฎหมาย มีให้คำรัฐธรรมนูโดยศาลยุติธรรมของสหรัฐอเมริกาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ²

สมัยที่ไ้รัฐธรรมนูญเมจิ (Meiji) ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจควบคุมกฎหมายของสภาไดเอต (Diet) มีให้คำรัฐธรรมนูรวมทั้งศาลปกครองด้วย แต่ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองมีอำนาจควบคุมคำสั่งได้ ภายใต้การมอบหน้าที่ทางนิติบัญญัติ ซึ่งกระทำเกินกว่าอำนาจที่ได้รับมอบไป นักกฎหมายรัฐธรรมนูญกลุ่มหนึ่งได้ศึกษาในเรื่องนี้เพื่อความแน่ใจว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมีให้คำรัฐธรรมนู แคบลงของการศึกษาก็ไม่ได้รับความสนใจ เนื่องจากอิทธิพลทางความคิดของ ศาสตราจารย์ ทัทซูกิชิ มินโนเบ (Tatsukichi Minobe) ซึ่งพยายามให้อำนาจอย่างมากแก่สภาไดเอตเท่าที่จะสามารถเป็นไปได้ภายใต้รัฐธรรมนูญเมจิ

¹ Nathaniel L. Nathanson, "Constitutional Adjudication in Japan," American Journal of Comparative Law Reader (1958): 159.

² Deshpande, Judicial Review of Legislation, p. 110.

มิโนเบกล่าวว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจเป็นที่สูงที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับหนึ่ง เป็น
 ปฏิบัติต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลยุติธรรมไม่สามารถปฏิเสธที่จะดำเนินการตามการตีความ
 รัฐธรรมนูญของสภาโคเอเทไค ค่ายเหตุผลที่มิโนเบ อ้างว่า กฎหมายของสภาโคเอเทเป็น
 ภัยความแจ่มชัดที่ปรากฏให้เห็นได้ของ เจตนารมณ์สูงสุดแห่งรัฐ¹ ดังนั้นเมื่อมีการแก้ไข
 รัฐธรรมนูญจึงมีการโต้เถียงกันมากในช่วง ปี ค.ศ. 1945 - 1946 เกี่ยวกับการให้อำนาจ
 นี้แก่ศาลยุติธรรม แม้ว่าเท่าที่ผ่านมาในปี ค.ศ. 1930 และต้นปี ค.ศ. 1940 ได้มีการกระทำ
 ผิดของฝ่ายนิติบัญญัติในลักษณะที่กดขี่ก็ตาม ในที่สุดโดยผลงานของศาสตราจารย์ เคนโซ
 ทากายานากิ (Kenzo Takayanagi) ซึ่งเขียนไว้ใน ปี.ค.ศ. 1920 และ 1930 เกี่ยวกับภ
 ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญตามแบบอเมริกัน ที่ปรากฏออกมาด้วยความยากลำบากนั้น
 ได้มีอิทธิพลทำให้ประเทศญี่ปุ่นรับเอาแบบอย่างของ ระบบอเมริกันมาใช้ทั้ง ๆ ที่เป็นประเทศ
 ใช้ประมวลกฎหมาย

สำหรับปัญหาว่า ศาลยุติธรรมชั้นต้นสามารถใช้อำนาจชี้ เหน้เกี่ยวกับศาลสูงสุด
 ไคหรือไม่นั้นจากคดีหลายคดีในคดีของญี่ปุ่นได้ให้คำตอบเป็นที่รับรองว่า รัฐธรรมนูญโคเอเทไค
 ให้เป็นหน้าที่ส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมธรรมดาที่จะใช้อำนาจนี้ด้วย ดังที่มีการยืนยันในหลักการ
 ให้ศาลชั้นต้นใช้อำนาจนี้ได้ในคำพิพากษาของศาลสูงสุด เมื่อ วันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950
 (Supreme Court Judgement, February 1, 1950, 4 Keishu 88) แต่การ
 ใช้อำนาจของศาลยุติธรรมทั้งศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดจะใช้โดยไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของศาล
 ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีไม่ได้ นั่นคือ การใช้อำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของ
 ศาลยุติธรรมจะใช้ได้เฉพาะที่จำเป็นแก่การวินิจฉัยคดีธรรมดาเท่านั้น

¹Hideo Tanaka, The Japanese Legal System (Tokyo: University
 of Tokyo Press, 1976), pp. 686 - 687.

ประเทศอินเดีย ภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่ของอินเดีย ปี ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติให้มีองค์กรศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยนั้นถือเป็นศาลสูง (High Court) และศาลสูงสุด (Supreme Court) เท่านั้น¹ ส่วนศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจชี้ขาด เมื่อมีการยกปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นสู่ศาลใด ๆ ถ้าเป็นศาลชั้นต้นและมีความเห็นว่า กฎหมายฉบับที่จะใช้บังคับกับแก่คดีนั้นขัดรัฐธรรมนูญศาลชั้นต้นนั้นจะต้องเสนอเรื่องไปยังศาลสูงในเขตอำนาจที่ศาลชั้นต้นนั้นตั้งอยู่เพื่อให้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหา (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1908 มาตรา 133 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ค.ศ. 1973 มาตรา 395)

ประเทศสาธารณรัฐจีน สาธารณรัฐจีนมีศาลยุติธรรมโดยสภาตุลาการเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย สภาตุลาการนี้เป็นองค์กรตุลาการสูงสุดของรัฐได้รับอำนาจโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 171 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่มีปัญหาว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ให้สภาตุลาการ (Council of Grand Justices) เป็นผู้ตีความ"

ประเทศมาเลเซีย ศาลสูงของมาเลเซียเป็นผู้มีอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลนี้เป็นศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่พิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างมลรัฐหรือระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐตามรัฐธรรมนูญ โดยให้ความเห็นกรณีที่มีปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญเมื่อประชุมแห่งสหพันธรัฐขอให้วินิจฉัย²

ประเทศฟิลิปปินส์ ศาลยุติธรรมสูงสุดในฟิลิปปินส์เป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์

¹ Deshpande, Judicial Review of Legislation, p. 111.

² กองการคดี กระทรวงยุติธรรม, "ระบบศาลและการกฎหมายในมาเลเซีย,"



คดีที่มีปัญหาว่า สนธิสัญญากฎหมาย ระเบียบ หรือคำสั่งของฝ่ายบริหารขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่¹

แนวความเห็นคัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย

สำนักทางความคิดโดยทั่วไปที่คัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 2 สำนัก คือ²

ก. สำนัก self - restraint สำนักนี้ได้เน้นให้เห็นถึงความไม่เหมาะสมที่เกิดจากตัวผู้พิพากษาเอง ในส่วนที่เกี่ยวกับข้อเสียดังกล่าวและความเสียหายอันจะเกิดแก่ภาพพจน์ของผู้พิพากษา โดยสำนักนี้อ้างเหตุผลว่า ปัญหาการขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้เป็นเรื่องเหนือวัตถุประสงค์แห่งความสงบเรียบร้อยของประชาชน หากผู้พิพากษาศาลการเข้าไปเกี่ยวข้องกับคดีก็จะเป็นที่ถกเถียงกันถึงสถานภาพของผู้พิพากษาได้ เพราะปัญหาความสงบเรียบร้อยเป็นเรื่องสำหรับนักการเมืองไม่ใช่เรื่องสำหรับผู้พิพากษาจะเข้าไปเกี่ยวข้อง อีกทั้งผู้พิพากษาศาลการก็ใช้อำนาจในตัวเองอยู่แล้วโดยจารีตประเพณีทางศาลการ การที่ศาลยุติธรรมโดยผู้พิพากษาเข้าไปเกี่ยวข้องก็จะทำให้ความน่าเคารพนับถือในตัวผู้พิพากษาและในสถาบันศาลการที่มีอยู่นั้นหมดไป จึงไม่ควรอย่างยิ่งที่จะให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัย

ข. สำนัก activism สำนักนี้เห็นว่าผู้พิพากษาที่มีความกล้าหาญอาจคำนึงถึงผลประโยชน์ที่จะบรรลุความสำเร็จจากสิทธิในการโต้แย้งกฎหมายว่าขัดรัฐธรรมนูญ โดยอ้างสิทธิอันชอบธรรมที่จะวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอันทำให้กระทบกระเทือนต่อความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคม ผู้พิพากษานี้เหล่านั้นก็อาจพิจารณาโดยขาดความรอบคอบ ด้วยความต้องการที่จะขจัด

¹ ประมวล ชันชื้อ, "ระบบศาลและการกฎหมายในฟิลิปปินส์," : 56.

² Pritchett, The Federal System in Constitutional Law, pp.

กฎหมายซึ่งเห็นว่าจะมีผลต่อความโน้มเอียงทางเศรษฐกิจ และสังคมจนไม่คำนึงถึงว่า กฎหมายนั้นมีข้อความชัดรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ สำนักความคิดนี้ได้อ้างตัวอย่างการใช้อำนาจในลักษณะเช่นนี้ของศาลยุติธรรมจากคดีระหว่างลอชเนอร์ กับ รัฐนิวยอร์ก [Lochner v. New York (1905)] และเฟอร์แมน กับ รัฐจอร์เจีย [Furman v. Georgia (1972)]

นอกจากเหตุผลของสำนักความคิดทั้งสองแล้ว ยังมีเหตุผลอื่น ๆ ของฝ่ายซึ่งคัดค้านต่อการให้อำนาจศาลยุติธรรมวินิจฉัยอีกหลายประการสรุปรวบรวมได้ดังนี้

1) การให้อำนาจศาลยุติธรรมวินิจฉัย เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลยุติธรรมมีอำนาจเพียงในการตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่มีอำนาจพิจารณาการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นโดยได้รับมอบอำนาจตามรัฐธรรมนูญ หากให้ศาลยุติธรรมพิจารณาความสมบูรณ์ของกฎหมายได้ก็เท่ากับให้อำนาจศาลยุติธรรมเข้าไปก้าวภายในการบัญญัติกฎหมายอันจะเป็นผลทำให้องค์การศาลยุติธรรมมีอำนาจสูงกว่าองค์กรอื่น ๆ (proud pre - eminence) ซึ่งแม้แต่ผู้พิพากษา กับสัน (Gibson) ¹ แห่งศาลสูงสุดในรัฐเพนซิลวาเนีย (Pennsylvania) สหรัฐอเมริกาเองก็ยังได้ให้ความเห็นว่าการแย่งชิงอำนาจนิติบัญญัติของผู้พิพากษา ซึ่งความจริงแล้วถ้าหากเกิดความผิดพลาดเกี่ยวกับกฎหมายขึ้น ก็สามารถทำให้ถูกต้องโดยผ่านทางกรให้ประชาชนใช้สิทธิออกเสียงแสดงประชามติ (Referendum) ได้ หรืออาจโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ดังเช่น ในสหรัฐอเมริกาที่สภาสองเกรสและประธานาธิบดีพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยคดีเกี่ยวกับบทแก้ไขการเก็บภาษีปี ค.ศ. 1913 (The income - tax amendment) ² เพื่อประโยชน์ของมหาชน

¹Dean, Judicial Review and Democracy, pp. 20 - 21.

²Loewenstein, Political Power and the Governmental Process,

2) ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจวินิจฉัยไม่สามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้โดยอิสระ เนื่องจากการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาที่มาจากกรแต่งตั้ง ทำให้พรรคการเมืองที่สนับสนุนผู้พิพากษานั้นอาจเข้ามามีส่วนในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายเพื่อให้กฎหมายของฝ่ายนี้กับบัญญัติตกเป็นอันเสียไป การที่พรรคการเมืองเข้ามามีส่วนเช่นนี้ ย่อมทำให้การวินิจฉัยของศาลยุติธรรมขาดความยุติธรรมไป

3) ในบางกรังการพิจารณาวินิจฉัยของผู้พิพากษาอาจปราศจากความรอบคอบ เนื่องจากเชื่อตามความเห็นของคณะฝ่ายเดียว ทำให้การมองปัญหาเป็นไปในมุมแคบ จึงอาจเกิดความผิดพลาดในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ง่าย

4) การที่ศาลยุติธรรมทุกประเภทมีอำนาจวินิจฉัยอาจทำให้ขาดความแน่นอน และขาดความน่าเชื่อถือ เนื่องจากเมื่อศาลยุติธรรมชั้นต้นตัดสินแล้วก็อาจเปลี่ยนแปลงโดยศาลสูงกว่าได้ ดังนั้น หากจะให้อำนาจศาลยุติธรรมก็ควร จะให้เป็นอำนาจของศาลสูงสุดเท่านั้น ไม่ควรรวมถึงศาลชั้นต้นด้วย

5) การให้อำนาจศาลยุติธรรมวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา ทำให้ศาลยุติธรรมกลายเป็นเครื่องสนับสนุนให้สหรัฐมีอำนาจเหนือสหรัฐต่าง ๆ โดยเฉพาะแต่การมีอำนาจเหนือกฎหมายของมลรัฐ เท่านั้นแต่ยังรวมถึง รัฐธรรมนูญของมลรัฐด้วย ทั้งนี้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 4 ว่า "มลรัฐจะจัดทำกฎหมายหรือนำกฎหมายจากัดสิทธิหรือความคุ้มครองประชาชนในสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับไม่ได้ มลรัฐจะจากัดเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินโดยปฏิบัติตามกระบวนการแห่งกฎหมายไม่ได้" เป็นบทบัญญัติที่จำกัดอำนาจของมลรัฐให้ย่อยลง

6) การใช้อำนาจวินิจฉัยของศาลยุติธรรมเป็นอุปสรรคต่อการบัญญัติกฎหมาย เพื่อสนองต่อการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจที่กำลังขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทั้งนี้เคยมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายว่าด้วย track - system เป็นกฎหมายที่ขัดต่อเสรีภาพในการทำ

สัญญาของประชาชน หรือคำวินิจฉัยที่ไม่ยอมรับรู้อันถึงการจัดตั้ง ระบบประกันภัย โดยอ้างเหตุผลว่า มีกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดของบุคคลอยู่แล้ว หรือกรณีไม่รับรู้ต่อกฎหมายเกี่ยวกับการผูกขาดในรูปของทรัสต์และการส่งเสริมสหพันธ์กรรมกร (Sherman Anti - trust Act, Clayton Act) หรือกรณีที่สำคัญยิ่งเกี่ยวกับโครงการนิวเดิล

(New Deal) ของประธานาธิบดีแฟรงกลิน ดี รูสเวลต์ ระหว่าง ปี ค.ศ. 1935 - 1936 ศาลยุติธรรมได้มีคำพิพากษาไม่รับรู้ต่อกฎหมายของสภาของ เกรสที่ไคบัญญัติขึ้นตามโครงการดังกล่าวซึ่งเป็นโครงการเกี่ยวกับการปฏิรูปสังคมและโครงสร้างทางเศรษฐกิจในส่วนของ การให้แรงงานหญิงและเด็ก การกำหนดชั่วโมงการทำงาน การกำหนดค่าจ้างแรงงาน และอื่น ๆ การใช้อำนาจของศาลยุติธรรมในกรณีเช่นที่กล่าวนี้ ทำให้ประชาชนรู้สึกว่าเป็นการก้าวท้าวโดยผ่านบริหารและนิติบัญญัติมากเกินไปจนก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่ประชาชนอย่างรุนแรง ทั้งนี้ เมื่อประธานาธิบดีรูสเวลต์ได้รับเลือกตั้งอีกครั้งหนึ่ง จึงไม่มีการปรับปรุงแก้ไขใช้อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมที่ละน้อยโดยมิได้เข้าไปล่วงเกินต่อศาลยุติธรรมสูงสุด และในปลาย ปี ค.ศ. 1937 ศาลยุติธรรมได้เริ่มรับรู้ต่อมาตรการใหม่ทางเศรษฐกิจและสังคมมากขึ้น ศาลยุติธรรมในสหรัฐอเมริกาจึงใช้อำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญน้อยลง

1.1.3 ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญ จากการให้เหตุผลต่าง ๆ คัดค้านการใช้ อำนาจวินิจฉัยของศาลยุติธรรม และจากพฤติกรรมที่ศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกาได้ใช้อำนาจวินิจฉัยในระหว่าง ปี ค.ศ. 1880 - 1936 ได้ก่อให้เกิดแนวความคิดที่จะให้องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยแทนศาลยุติธรรมในการจัดทำรัฐธรรมนูญหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 นักวิชาการทางรัฐธรรมนูญในยุโรปได้เสนอแนวความคิดที่จะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญด้วยองค์กรศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็เป็นที่ยอมรับกันในหลายประเทศโดยให้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศนั้น ๆ ด้วย

ประเทศออสเตรีย ระบบของออสเตรียในรูปแบบเริ่มแรกภายใต้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1920 (Bundesverfassung of October 1, 1920) ได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญ (The Verfassungsgerichtshof) เป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย เพื่อให้เป็นศูนย์รวมที่แสดงถึงความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ และควยการเห็นความบกพร่องของการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้ทำให้ออสเตรียบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1929 อย่างแจ่มชัดไม่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจนี้ โดยในมาตรา 89 วรรค 1 ได้บัญญัติว่า "การควบคุมเกี่ยวกับความถูกต้องโดยสมบูรณ์ของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้บังคับนั้นไม่ได้อยู่ภายในอำนาจของศาลยุติธรรม" (Review of the validity of duly promulgated laws is not within the powers of the courts) นอกจากนี้ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมยังจะต้องไม่ใช่กฎหมายซึ่งยังเป็นปัญหาอยู่ โดยต้องรอฟังคำพิพากษาในเบื้องต้นแรกของศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อนด้วย

ประเทศสหสาธารณรัฐเยอรมัน ในยุคเริ่มศตวรรษที่ 19 ประเทศสหสาธารณรัฐเยอรมันมีกฎหมายบัญญัติถึงหน้าที่ และสิทธิของบุคคลบางประเภทในปัญหาการควบคุมเกี่ยวกับภาษีและการพิจารณาในชั้นต้น แต่ยังไม่มีการควบคุมกฎหมายหรือการกระทำของฝ่ายปกครองมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เมื่อมีเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการประกาศอิสรภาพ ใน ปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศสตลอดจนการมีทฤษฎีของมองเตสกีเออร์เกิดขึ้น ทำให้ฟอนสไตน์ (Frichur Von Stein) และฟอนราโดวิท (Joseph Maria Von Radowitz) ผู้เชี่ยวชาญทางรัฐธรรมนูญเยอรมันได้พยายามปรับปรุงในเรื่องของสิทธิ และหน้าที่ของประชาชนชาวเยอรมัน เพื่อให้แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยได้แพร่หลายไป มีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญเก่าที่มีการแบ่งชั้นระหว่างรัฐและเอกราชมากเกินไป แต่ยังไม่มียระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เพียงมีการให้ผู้พิพากษาเป็นเครื่องมือช่วยให้ประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อได้ยอมรับกันว่าประเทศจะคงมีกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นหลักสำคัญในการปกครองและมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ก็ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ต

(Frankfurt) เมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1849 แต่ยังไม่ประสบความสำเร็จ จนกระทั่ง สมัยของบิสมาร์ค (Bismarck) จึงมีรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1871 (The Bismarck Constitution) บัญญัติรับรองสิทธิในชุมชนโดยให้ขอบเขตเสรีภาพของประชาชนถูกกำหนด โดยกฎหมายเฉพาะเรื่อง¹ ทำให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญปรากฏให้เห็นชัดเจนขึ้น แต่ก็ยังไม่มียุติบัญญัติให้องคมนตรีทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายเยอรมัน จึงได้สร้างทฤษฎีขึ้นหลายทฤษฎี เพื่อแสดงให้เห็นว่า การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ที่กระทำโดยศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการรับรองตามรูปแบบนั้นย่อมได้รับการนับถืออย่างมั่นคง ความเห็นเช่นนี้ลาบานด์ (Laband) ไม่เห็นด้วยและได้คัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย โดยเขาได้ตั้งทฤษฎี ชื่อ Promulgation Theory มีสาระแสดงให้เห็นว่า ผู้พิพากษาศาลฎีกา ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายและมาตรา 2 แห่ง รัฐธรรมนูญบิสมาร์ค เป็นผลให้ผู้พิพากษาศาลฎีกา ในการประกาศกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเรียบร้อยแล้ว กฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นตามข้อมติของ รัฐธรรมนูญ ทฤษฎีของลาบานด์ ยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ผู้พิพากษาจึงยังคงได้รับการยอมรับให้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายของแต่ละรัฐให้เป็นความถูกต้องประสงค์ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักร และปัญหาทาง รัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายนั้นก็มักมีการยกขึ้นพิจารณาเสมอ เพราะรัฐธรรมนูญบิสมาร์คยังประกันสิทธิประชาชนได้ไม่แน่นอนนัก เพราะยังไม่มียุติบัญญัติ อำนาจวินิจฉัยที่แน่นอนตามรัฐธรรมนูญ องคมนตรีวินิจฉัยโดยได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เริ่มมีในสมัยของรัฐธรรมนูญไวมาร์ ตามมาตรา 19 ศาลรัฐธรรมนูญ (Reich Staatsgerichtshof) ได้ถูกกำหนดให้เป็นองคมนตรีมีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งทางรัฐธรรมนูญ

¹Heinrich Negel, "Judicial Review in Germany," American Journal of Comparative Law Reader (1958):124 - 126; Friedrich, Judicial Review of Legislative Acts, pp. 223 - 224.

ของมลรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ¹ เนื่องจากเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐบาลกับผู้อำนาจ ไม่ใช่เรื่องระหว่างบุคคลซึ่งเป็นเอกชนทั่วไป อันเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรม จึงได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (Federal Constitutional Court) ขึ้นให้มีฐานะเป็นศาลสูงสุด มีใช้เป็นศาลอุทธรณ์สำหรับคดีที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และในรัฐธรรมนูญบอห์น ค.ศ. 1949 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มาตรา 93 ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมีหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ ในเรื่องของความตรงกันของกฎหมายสหพันธรัฐและกฎหมายมลรัฐกับรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ และเรื่องของสิทธิหน้าที่ของรัฐบาลสหพันธรัฐกับรัฐสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญ

ประเทศอิตาลี สมัยเดิมประเทศอิตาลีให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏผลไม่เป็นที่น่าพอใจ เนื่องจากศาลยุติธรรมได้ตีความไม่ตรงตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มาตรา 134 จึงบัญญัติให้เมืองกรศาลรัฐธรรมนูญ (Cour Constitutionnelle) เพื่อพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างอำนาจของรัฐในการรวมกันระหว่างรัฐอิตาลีเดิมกับภาคต่าง ๆ และระหว่างภาคต่าง ๆ ด้วยกันเอง มีศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดทำหน้าที่ตามกฎหมายในการประเมินขอบเขตและตีความข้อความตามบรรทัดฐานแห่งรัฐธรรมนูญ โดยกลุ่มเอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือศาลยุติธรรมเป็นผู้ยกปัญหาขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ²

ประเทศสาธารณรัฐเยอรมนี สิทธิเสรีภาพของประชาชนชาวเยอรมันที่ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 มาตรา 11 ซึ่งบัญญัติให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพ

¹ Loewenstein, Political Power and the Governmental Process, p. 251.

² Deshpande, Judicial Review of Legislation, p. 109.

มุตรฐานของประชาชนจะกระทำได้อีกแต่โดยกฎหมายที่สอดคล้องกับบทบัญญัติ และความ
 มุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเตอร์กกีมีขึ้นเพื่อเป็น
 หลักการทางกฎหมายพื้นฐานอันผูกมัดองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ
 รวมทั้งหน่วยงานฝ่ายปกครองและประชาชนด้วย ทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และ
 การกระทำขององค์กรอื่น ๆ นั้น ชัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ (มาตรา 8) ในการควบคุม
 กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนี้ ประเทศสาธารณรัฐเตอร์กกีได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็น
 องค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย แต่มีกฎหมายอยู่ 8 ฉบับ ที่รัฐธรรมนูญถือว่า บทบัญญัติแห่ง
 รัฐธรรมนูญไม่มีความหมายที่จะทำให้กฎหมายเหล่านั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่
 1) กฎหมายว่าด้วยความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการศึกษา ลงวันที่ 3 มีนาคม
 ค.ศ. 1924 หมายเลขที่ 430 2) กฎหมายหมวก (Hat Law) ลงวัน 25 พฤศจิกายน
 ค.ศ. 1925 หมายเลขที่ 671 3) กฎหมายว่าด้วยการปิดคอนแวนต์และหตุ่มฝังศพ และ
 การยกเลิกผู้รักษาคอนแวนต์ฝังศพ และกฎหมายว่าด้วยการยกเลิกและห้ามมิให้มีบรรดาศักดิ์
 บางอย่าง ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1925 4) การแต่งงานตามความใน มาตรา 110
 ของกฎหมายแพ่ง ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1962 หมายเลขที่ 743 5) กฎหมายว่าด้วย
 การไร้โทษสากล ลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1928 หมายเลขที่ 1288 6) กฎหมาย
 ว่าด้วยการไร้ตัวอักษรเตอร์กกี ลงวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 1928 หมายเลขที่ 1353
 7) กฎหมายว่าด้วยการยกเลิกบรรดาศักดิ์และการเรียกบุคคลว่า อีเฟนดี เนย์ปารลา
 ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1934 หมายเลขที่ 2590 และ 8) กฎหมายว่าด้วยการ
 ห้ามแต่งกายบางประการ ลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 1934 หมายเลขที่ 2596 นอกจากนี้
 ยังได้ห้ามฟ้องร้องในปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญต่อกฎหมายที่ประกาศใช้ในระหว่างวันที่ 29
 พฤษภาคม ค.ศ. 1960 ถึงวันที่ 6 มกราคม ค.ศ. 1961 เพื่อจัดตั้งระบอบการปกครองแบบ
 ประชาธิปไตยพร้อมด้วยความคุ้มครองเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมายอื่น ๆ
 ของสาธารณรัฐเตอร์กกี และห้ามแม่แก่การอ้างว่ากฎหมายเหล่านั้นขัดรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็น

การคัดค้านกฎหมายต่อศาลยุติธรรม (มาตราชั่วคราว 4 วรรค 3 ของตอน 5 บทชั่วคราว)

ประเทศสเปน รัฐธรรมนูญแห่งสเปน ค.ศ. 1931 มาตรา 121 ได้กำหนดตามระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยมีศาลพิเศษเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย ศาลพิเศษของสเปนตามมาตรานี้ คือ ศาลประกันรัฐธรรมนูญ จัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาการร้องซึ่งมีผู้ยกข้อหาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่¹

ประเทศเชโกสโลวาเกีย การวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศเชโกสโลวาเกีย เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ (Tribunal Constitutionnel) ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่า²

(1) บรรดากฎหมายใดซึ่งขัดกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ และขัดกับบทกฎหมายที่แก้ไขหรือเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันเสียเปล่า

(2) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บรรดาบทกฎหมายแห่งสาธารณรัฐเชโกสโลวาเกียได้เป็นไปตามเงื่อนไขต่าง ๆ แห่งมาตรา 1 หรือไม่

ประเทศศรีลังกา เมื่อเริ่มใช้ระบบการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ประเทศนี้ได้ให้สภาผู้แทนเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย³ ต่อมา มีกฎบัตรตุลาการ (The Charter of Justice) ใน ปีค.ศ. 1833 ได้เปลี่ยนองค์กรผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยเป็นให้ศาลยุติธรรมแทน โดยเหตุผลแห่งอำนาจทางธรรมชาติในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมทำให้ศาลมีอำนาจสอบถามเกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายหรือระเบียบการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ดังที่เคมมีคดี [Bribery Commissioner v. Ranasinghe (1964)] ตัดสินโดยเฟอร์นันโด

¹ วิชาญ บุญยง, "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ," วารสารนิติศาสตร์ 18 เล่ม 1

(2490): 189 - 190.

² เรื่องเดียวกัน.

³ Chittharanjan Felix Amesasinghe, The Law of Ceylon

(Colombo: Lake House Printers and Publishers, 1970), p. 75.

(H.N.G. Fernando) ผู้พิพากษาศาลสูงสุด แต่ในปัจจุบันแนวความคิดทางรัฐธรรมนูญของศรีลังกาในการให้อำนาจวินิจฉัยแก่ศาลยุติธรรมได้เปลี่ยนไป โดยเห็นว่า เป็นไปไม่ได้ที่จะยอมให้ศาลยุติธรรมไม่ใช้กฎหมาย โดยอ้างว่าขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาไม่มีอำนาจประกาศใช้กฎหมายของสมาชิกแห่งชาติซึ่งบังคับไม่ได้ (invalid) และไม่มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1972 มาตรา 49 (3) และ 39 (1) จึงได้บัญญัติให้ปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญของชั้นศาลพิเศษ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ¹ (The Constitutional Court of Sri Lanka)

ประเทศสวีเดน องค์การผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในประเทศสวีเดน คือ ศาลรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า the Lagrad

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ในเขตพื้นที่ของสวิสเซอร์แลนด์มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษสหพันธ์ (Federal Tribunal) ทำหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ส่วนในกิ่งตองต่าง ๆ ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย แต่ในทางปฏิบัติประเทศสวิสเซอร์แลนด์ถือความสำคัญของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลพิเศษมากกว่า เพราะใช้ในสหพันธ์ซึ่งเป็นแกนกลางของประเทศที่มีฐานะเหนือกว่ากิ่งตองต่าง ๆ

ประเทศโปแลนด์ โปแลนด์เป็นประเทศหนึ่งที่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัย

ประเทศยูโกสลาเวีย รัฐธรรมนูญแห่งยูโกสลาเวีย ค.ศ. 1963 บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญพิเศษสหพันธ์ (Special Federal Constitutional Court) วินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธ์ และมีศาลรัฐธรรมนูญพิเศษ (Special Constitutional Court) ในระดับท้องถิ่น

¹ L.J.M. Cooray - Peiris, "Fundamental Rights, Judicial Review and the Constitutional Court of Sri Lanka," LAWASIA Vol. 1 No. 1 (N.S.) (1979): 30.

1.2 องค์ประกอบ

1.2.1 องค์ประกอบขององค์กรทางการเมือง

1.2.1.1 องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่ละชุดมีองค์ประกอบที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. ประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง และโดยการเลือกตั้ง ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 มาตรา 91¹ ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง คือ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ประธานสภาแห่งชาติ (National Assembly) ประธานสภาแห่งสาธารณรัฐ (Council of Republic) และตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยการเลือกตั้ง 7 คน ซึ่งเลือกตั้งโดยสภาแห่งชาติทุก ๆ สมัยประชุมประจำปี โดยกลุ่มการเมืองต่าง ๆ ในสภาได้เลือกผู้แทนส่งมาตามส่วนสัดส่วนจากบุคคลนอกสภา และเลือกตั้งโดยสภาแห่งสาธารณรัฐ อีก 3 คน

ข. ประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง และโดยการแต่งตั้ง ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 56² ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง คือ บุคคลที่เคยดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมาแล้ว เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตลอดชีพ และตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยแต่งตั้ง คือ บุคคลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ โดยสภาแห่งชาติและโดยสภาแห่งสาธารณรัฐ จำนวนฝ่ายละ 3 คน รวมเป็น 9 คน

¹Loewenstein, Political Power and the Governmental Process, pp. 253 - 254.

²Ambassade de France, The French Constitution, French Text and English Translation (New York: Ambassade de France, 1963), pp.48-49.

ด. ประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโยกการแต่งตั้ง¹ และโดยการเลือกตั้ง
ได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเวียดนาม ค.ศ. 1956 มาตรา 86
ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญหนึ่งคนแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีด้วยความยินยอมของสภาผู้แทน
ราษฎร ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโยกการแต่งตั้งอีก 4 คน จากผู้พิพากษาหรือนักกฎหมายที่
มีตำแหน่งสูง ซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง และตุลาการรัฐธรรมนูญโดยการเลือกตั้ง คือ
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 4 คน เลือกตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎร

ง. ประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญโยกการแต่งตั้ง ได้แก่คณะตุลาการ
รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี มาตรา 109 (2), (3) ซึ่งประกอบด้วยตุลาการ
รัฐธรรมนูญ 9 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดี จำนวน 3 คน แต่งตั้งจากบุคคลที่สมัคร
แห่งชาติคัดเลือก อีก 3 คนแต่งตั้งตามคำแนะนำของประธานศาลสูงแห่งสาธารณรัฐ

1.2.1.2 องค์ประกอบของรัฐสภา ประกอบด้วยสมาชิกสภา ซึ่งมาจาก
การเลือกตั้ง รัฐสภาอาจจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นโดยเฉพาะ เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยควบคุม
กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการนี้ ก็จะประกอบด้วยกรรมการซึ่งมาจากสมาชิก
สภาหรืออาจพิจารณาวินิจฉัยเองในที่ประชุมรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกของรัฐสภา

1.2.2 องค์ประกอบของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรผู้ทำหน้าที่
วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้^{รัฐธรรมนูญ}ขัดรัฐธรรมนูญประกอบด้วยผู้พิพากษาศาลาการโดยอาทิที่มีจำนวนมากน้อย
ต่างกันตามแต่จะกำหนดในแต่ละประเทศ ดังเช่นในสหรัฐอเมริกาสมัยที่วินิจฉัยก็ระหว่างมาร์เบอร์
และแมกสัน มีผู้พิพากษา 5 ตำแหน่งทำหน้าที่วินิจฉัย คือ ประธานศาลยุติธรรมสูงสุด
1 ตำแหน่ง และผู้พิพากษา อีก 4 คน ต่อมาได้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติตุลาการ (Judiciary
Act) ให้มีศาลยุติธรรมเพิ่มมากขึ้น จำนวนผู้พิพากษารวมทั้งประธานศาลยุติธรรมสูงสุดที่เข้า
รวมเป็นองค์ประกอบในศาลยุติธรรมสูงสุด (Supreme Court) จึงเพิ่มเป็น 7 คน โดย

¹Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel,
p.649; André Hauriou, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques
(Paris: Editions Montchrestien, 1968), p. 832.

ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมสูงสุดด้วยความรับรองของสภาสูง การคัดเลือกผู้พิพากษาดังกล่าว เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมสหรัฐอเมริกาได้รับความเชื่อถือ¹ ซึ่งในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะเสนอรายชื่อบุคคลที่เห็นสมควรไปยังสภาสูง โดยบุคคลเหล่านั้นไม่จำเป็นต้อง เป็นนักกฎหมายแต่จะต้องรู้กฎหมาย² สภาสูงจะตั้งคณะกรรมการสอบสวนและสืบประวัติความเป็นมาของบุคคลเหล่านั้นโดยละเอียด และหากสภาสูงลงมติเห็นชอบโดยเสียงข้างมาก³ก็จะส่งรายชื่อกลับไปยังประธานาธิบดีเพื่อลงนามแต่งตั้ง เป็นทางการ แต่งตั้งผู้พิพากษาโดยประธานาธิบดีนั้น เป็นการกระทำในฐานะประมุขของประเทศ มิใช่ในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหาร และเพื่อให้เป็นไปตามหลักการคานและคุดยอำนาจ การแต่งตั้งผู้พิพากษาจึงต้องได้รับการรับรองโดยสภาสูงอันเป็นการแสดงว่า การแต่งตั้งผู้ใช้อำนาจตุลาการควรได้รับความเห็นชอบทั้งจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติด้วย สำหรับในปัจจุบันศาลยุติธรรมสูงสุดของสหรัฐอเมริกาประกอบด้วยประธานศาลสูงสุดและผู้พิพากษา รวมเป็น 9 คน ประเทศญี่ปุ่นเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งที่จะขอลดอายุให้เห็นถึงองค์ประกอบของศาลยุติธรรมผู้มีอำนาจวินิจฉัยความคุ้มครองกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมของญี่ปุ่นจะคงได้รับการออกเสียงลงคะแนนเห็นชอบจากประชาชนก่อนทุก 10 ปี หรือทุกระยะเวลาหนึ่ง โดยประธานศาลสูงสุดและผู้พิพากษาศาลสูงสุดต้องได้รับการออกเสียงลงคะแนนเห็นชอบจากประชาชนทั่วประเทศ ในขณะที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งกระทำเมื่อใดที่มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาเหล่านั้นแล้ว ที่ให้มีการออกเสียง เช่นนี้ เพราะประสงค์ให้การแต่งตั้งผู้พิพากษาได้รับความเห็นชอบจากประชาชนส่วนใหญ่ด้วย ในทางปฏิบัติการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดได้คัดเลือกจากผู้พิพากษาอาชีพ จากผู้ประกอบอาชีพนายความ และจากผู้ประกอบอาชีพต่าง ๆ (เช่นอัยการ, ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย และข้าราชการพลเรือน) จำนวนอย่างละ 5 คน รวมเป็น 15 คน

¹ เสดา มีชานนท์, "ภารกิจของผู้พิพากษาอเมริกัน," วารสารกฎหมาย 12(กรกฎาคม 2508): 36.

² วิษณุ เครืองาม, "เรื่องของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา," : 26 - 27.

³ วิษณุ เครืองาม, "ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาคำรงคนเป็นอิสระได้อย่างไร," วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 31 ตอน 2 (2517): 259.

ส่วนประธานศาลสูงสุดต้องมาจากศาลสูงสุดของโลกหรือโอซากา¹ และสำหรับประเทศสาธารณรัฐจีน สภาตุลาการผู้มีอำนาจวินิจฉัยประกอบด้วยประธาน 1 คน และรองประธานอีก 1 คน ซึ่งได้แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐกับผู้พิพากษา อีก 17 คน ภายใต้งานและยินยอมของสภาควบคุม² ตามมาตรา 79 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐจีน ส่วนศาลสูงสุดของสหรัฐเม็กซิโก ประกอบด้วยผู้พิพากษา 21 คน และผู้พิพากษาสมทบ 5 คน แต่งตั้งโดยประธานาธิบดีและสภาสูง รับรอง (มาตรา 94, 96)

1.2.3 องค์ประกอบของศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญ โดยหลักเกณฑ์ทั่วไปแล้ว ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มาจากการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งจากบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่าง ๆ ให้มีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรทางการเมืองใด ๆ เพื่อรักษาความยุติธรรมตามกฎหมายได้อย่างเต็มที่ และควรกำหนดวิธีพิจารณาวินิจฉัยแยกจากศาลยุติธรรม ตัวอย่างแห่งองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ดังนี้

ประเทศออสเตรีย ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย (The Austrian Verfassungsgerichtshof) ³ ประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 14 คน (เป็นกรรมการหรือผู้พิพากษาสำรอง 6 คน) เป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการเสนอชื่อโดยประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐตามวัตถุประสงค์ของคณะรัฐมนตรี จำนวน 8 คน (กรรมการหรือผู้พิพากษาสำรอง 3 คน) และ

¹ จาร์ส เชมะจารุและไพศาล กุมาลยิวสัย, "รายงานการเดินทางไปปฏิบัติงานศาล ณ ประเทศญี่ปุ่น," วารสารกฎหมาย 22 เล่ม 5 (กันยายน-ตุลาคม 2518): 30.

² ยบ.0203", "ระบบศาลและการกฎหมายในสาธารณรัฐจีน," วารสารกฎหมาย 15 เล่ม 5 - 6 (กันยายน-ธันวาคม 2511): 77.

³ Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, p. 66.

ผู้พิพากษาที่ได้รับการเสนอชื่อโดยประธานาธิบดีสหพันธ์ โดยเลือกจากรายชื่อที่สภาทั้งสองของรัฐสภาเสนออีกจำนวน 6 คน (กรรมการหรือผู้พิพากษาสำรอง 3 คน)

ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน (The German Bundesverfassungsgericht) ประกอบด้วยผู้พิพากษาของศาลสหพันธ์ และของศาลอื่นรวมสองคณะ ๆ ละ 8 คน จำนวนหนึ่งของผู้พิพากษาทั้งหมดได้รับเลือกโดยสภามุณฑล (Bundestag) หรือสภาล่าง และอีกครึ่งหนึ่งโดยสภามุณฑล (Bundesrat) หรือสภาสูง ซึ่งผู้พิพากษาเหล่านี้ต้องไม่เป็นสมาชิกของทั้งสองสภาหรือรัฐบาลสหพันธ์ หรือองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่คล้ายคลึงกันในมลรัฐต่าง ๆ ทั้งนี้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 94 (1) ผู้พิพากษาเหล่านี้ได้รับการคัดเลือกโดยหลักการอันมุ่งหมายที่จะเปิดโอกาส และเพื่อสนับสนุนแก่ผู้มีวิริยะกำปรปัญญากว้าง ๆ กับการพิจารณาตามหลักจรรยา วัฒนธรรมและการเมืองที่แตกต่างกัน

ประเทศอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี (The Italian Corte Costituzionale) ประกอบด้วยผู้พิพากษา จำนวน 15 คน จากบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อโดยประธานาธิบดีสหพันธ์ โดยรัฐสภาและโดยศาลสูงคดีแพ่ง - อาญา - ปกครอง ซึ่งทั้งสามฝ่ายเลือกมาฝ่ายละ 5 คน ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 134

ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1961 มาตรา 145 อาจแบ่งองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันออกได้เป็น 2 ประเภท คือ¹

1) ผู้พิพากษาซึ่งเป็นกรรมการประจำ จำนวน 15 คน มาจาก

ก. ผู้พิพากษาอาชีพซึ่งได้รับเลือกโดยศาลยุติธรรมสูงสุด จำนวน 4 คน

¹ สมภพ โทตระภิกข์, "การควบคุมกฎหมายที่ชี้รัฐธรรมนูญ," : 15.

ข. ประธานและกรรมการกฤษฎีกา อธิบดีกรมอัยการสาธารณสุข และอธิบดีกรมอัยการศาลยุติธรรมสูงสุด ผู้ทำรายงานการประชุม ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของคณะกรรมการกฤษฎีกา จำนวน 3 คน

ค. บุคคลที่ได้รับเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 3 คน

ง. บุคคลที่ได้รับเลือกโดยสภาสูงหรือวุฒิสภา จำนวน 2 คน

จ. บุคคลที่ได้รับเลือกโดยประธานาธิบดี จำนวน 2 คน

ฉ. ประธานและกรรมการศาลตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 1 คน

2) ผู้พิพากษาซึ่งเป็นกรรมการสำรอง จำนวน 5 คน มาจาก

ก. บุคคลซึ่งได้รับคัดเลือกโดยศาลยุติธรรมสูงสุด จำนวน 2 คน

ข. บุคคลซึ่งได้รับคัดเลือกโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ฝ่ายละ 1 คน

ประเทศสเปน ศาลประกันรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสเปนประกอบด้วย ประธานซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยรัฐสภา และผู้พิพากษาศาลประกันรัฐธรรมนูญได้รับการคัดเลือกมาจากผู้พิพากษาอาชีพประจำศาลต่าง ๆ สมาชิกรัฐสภา นักปราชญ์ทางกฎหมาย ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย และอื่น ๆ¹

ประเทศเซโกสโลวาเกีย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งเซโกสโลวาเกีย (Tribunal Constitutionnelle) ประกอบด้วยผู้พิพากษา 7 คน ประธานและผู้พิพากษาอีก 2 คน

¹พิชญ บุญยง, "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ," : 190.

ได้รับเลือกโดยประธานาธิบดี จากรายชื่อที่สภาสูง สภาล่าง และรัฐสภาโรเทเนีย (Diète subcarpatique) เสนอขึ้นมา ส่วนผู้พิพากษา 4 คน ที่เหลือนั้น ศาลยุติธรรมสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้เลือกศาลละ 2 คน โดยมีเงื่อนไขว่าผู้พิพากษาเหล่านี้จะเป็นสมาชิกรัฐสภาไม่ได้

ประเทศสวีเดน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสวีเดน (the Lagrad) ประกอบด้วยผู้พิพากษา 4 คน มาจากศาลยุติธรรมสูงสุด 3 คน และมาจากศาลปกครองสูงสุด 1 คน

ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ศาลพิเศษสหพันธ์สวิสเซอร์แลนด์ (Federal Tribunal) ประกอบด้วยผู้พิพากษา 26 คน ซึ่งไม่ใช่ผู้พิพากษาอาชีพ แต่เป็นบุคคลที่ได้รับเลือกโดยสมัชชาแห่งสหพันธ์ (the Federal Assembly)

ประเทศโปแลนด์ ผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งโปแลนด์ มีจำนวน 7 คน สภาล่าง สภาสูง และรัฐสภาเสนอมาศาลละ 1 คน ผู้พิพากษาอีก 4 คน เสนอขึ้นมาโดยศาลยุติธรรมสูงสุดและศาลสูงคดีปกครอง

ประเทศยูโกสลาเวีย รัฐธรรมนูญ มาตรา 217 วรรค 1 อนุ 2 มาตรา 164 วรรค 1 อนุ 6 และมาตรา 234 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งยูโกสลาเวีย ประกอบด้วยประธานและผู้พิพากษา รวม 10 คน ซึ่งได้รับเลือกโดยสมัชชาแห่งสหพันธ์ (Federal Assembly) ตามวัตถุประสงค์ของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

1.3 วาระในการดำรงตำแหน่ง

1.3.1 วาระในการดำรงตำแหน่งขององค์กรทางการเมือง ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวาระในการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญ อาจแยกกล่าวได้เป็น 3 ประการ คือ

ก. ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง จะดำรงตำแหน่งอยู่ครบเท่าที่ยังปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนั้น ๆ เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 คือ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ก็จะดำรงตำแหน่งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญครบเท่าที่ยังคงเป็นประธานาธิบดีอยู่ หรือตุลาการรัฐธรรมนูญที่เคยดำรงตำแหน่งทางการเมืองมาก่อนตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 56 วรรค 2 ก็เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้ตลอดชีพ

ข. ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยการแต่งตั้งควรมีวาระการดำรงตำแหน่ง เท่ากับวาระการดำรงตำแหน่งของผู้ที่แต่งตั้ง หรืออาจกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งแน่นอนตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 56 วรรค 1 บัญญัติให้ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยการแต่งตั้งดำรงตำแหน่งโดยมีวาระ 9 ปีและต้องแต่งตั้งใหม่ จำนวน 1 ใน 3 ทุก 3 ปี และรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 110 (1) บัญญัติให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปี

ค. ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยการเลือกตั้ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง เท่ากับวาระการดำรงตำแหน่งของผู้ที่เลือกตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเวียดนาม ค.ศ. 1956 มาตรา 86

สำหรับวาระการดำรงตำแหน่งของรัฐสภา หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น มีวาระตามสมัยที่กำหนดสำหรับการเลือกตั้งแต่ละคราว ประเทศใดที่มีการกำหนดให้เลือกตั้งทั่วไปทุก ๆ 4 ปีวาระการดำรงตำแหน่งของรัฐสภาก็คือ 4 ปี นั่นเอง

1.3.2 วาระในการดำรงตำแหน่งของศาลยุติธรรม ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม
มีวาระในการดำรงตำแหน่งซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 แบบ คือ

ก. ตลอดชีพ การกำหนดให้ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจควบคุมกฎหมาย

มิให้ข้าราชการมีวาระในการดำรงตำแหน่งใดตลอดชีพนั้น ก็เพื่อเป็นการให้ความเป็นอิสระ และมีความมั่นคงแก่ผู้พิพากษาโดยไม่ต้องเกรงกลัวต่ออิทธิพลใด ๆ หรือเกรงกลัวว่าจะถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ ประเทศที่กำหนดวาระในการดำรงตำแหน่งเช่นนี้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐจีน

ข. กำหนดเกษียณอายุ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ถอนพ้นจากตำแหน่งตามกำหนดเกษียณอายุ จะมีวาระในการดำรงตำแหน่งตั้งแต่เริ่มได้รับการแต่งตั้งไปจนกระทั่งถึงเวลาปลดเกษียณอายุ ประเทศที่กำหนดเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกำหนดให้ผู้พิพากษาถูกปลดเกษียณเมื่ออายุครบ 70 ปี

1.3.3 วาระในการดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลพิเศษ

ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญมีวาระในการดำรงตำแหน่ง เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม นอกจากนั้นยังมีกำหนดช่วงเวลาการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญด้วย ดังเช่น ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน มีผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 4 คน ในแต่ละสภาคำรงตำแหน่งตลอดชีพ ส่วนที่เหลืออีก 4 คน ดำรงตำแหน่ง 4 ปี หรือ 8 ปี¹ ประเทศสาธารณรัฐเตอร์กี ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งตั้งแต่เริ่มดำรงตำแหน่งจนกระทั่งอายุครบ 65 ปี

1.4 การพ้นจากตำแหน่ง

1.4.1 การพ้นจากตำแหน่งขององค์กรทางการเมืองในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ
การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ

¹ Edward Mc Whinney, "Judicial Restraint and the West German Constitutional Court," Harvard Law Review Vol.75 No.1 (November 1961): 17.

ก. กรณีปกติ ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยตำแหน่ง เมื่อพ้นจากตำแหน่งก็ทำให้พ้นจากตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ผู้ที่ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง เมื่อพ้นจากตำแหน่งประธานาธิบดีก็พ้นจากตำแหน่งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญไปด้วย หรือประธานสภาผู้แทน เมื่อพ้นจากตำแหน่งประธานสภาผู้แทนก็พ้นจากตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน และตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นโดยการแต่งตั้งหรือเลือกตั้ง เมื่อหมดวาระการดำรงตำแหน่งก็ทำให้พ้นจากตำแหน่งไป หากกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาแน่นอน หรือหากกำหนดวาระตามสมัยที่กำหนดสำหรับการเลือกตั้งทั่วไปแต่ละคราว ก็จะพ้นจากตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญเมื่อครบกำหนดครุณษะเวลาดังนั้น หรือเมื่อมีการเลือกตั้งทั่วไปครั้งใหม่ แล้วแต่กรณี

ข. กรณีพิเศษ โดยทั่วไปการพ้นจากตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีพิเศษขึ้นอยู่กับเหตุ 3 ประการ คือ¹

1) ตาย การตายทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้อีกต่อไป

2) ลาออกจากตำแหน่ง เมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ใดขอลาออกจากตำแหน่ง ย่อมแสดงว่าตุลาการรัฐธรรมนูญผู้นั้นไม่สนใจที่จะปฏิบัติหน้าที่ถวายความรับผิดชอบต่อไป จึงไม่ควรบังคับหรือฝืนใจให้เขาคงดำรงตำแหน่งอยู่ ซึ่งอาจนำมาซึ่งการใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ทำให้เกิดความเป็นธรรมได้

3) ต้องคำพิพากษาโทษให้จำคุก โทษจำคุกถือว่าเป็นโทษทางอาญาต่อความผิดซึ่งกระทบกระเทือนสังคมส่วนรวม เมื่อตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ใดต้องคำพิพากษาโทษให้จำคุก

¹ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 421.

จึงทำให้สถานะความเชื่อถือที่จะให้ความเป็นธรรมโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวมนั้น
 เสียไป

นอกจากเหตุโดยทั่วไปทั้งสามนี้แล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญยังอาจพ้นจากตำแหน่ง
 ในกรณีพิเศษโดยการถูกถอดถอน เนื่องจากเหตุเฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น
 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 110 (3) ซึ่งบัญญัติว่าการถอดถอน
 ตุลาการรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้ เว้นไว้แต่โดยการพิจารณาความผิด (โดยสมาชิกแห่งชาติ)
 หรือตอฆโฆษาญา หรืออีกเหตุหนึ่งที่ทำให้พ้นจากตำแหน่ง คือ ผิดข้อห้ามของการดำรงตำแหน่ง
 ตุลาการรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 110 (2)
 ที่ห้ามไว้ว่าตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นสมาชิกพรรคการเมืองหรือมีส่วนร่วมในกิจการเมืองไม่ได้

สำหรับการพ้นจากตำแหน่งของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุม
 กฎหมายมิให้ใช้รัฐธรรมนูญนั้น มีอยู่สองกรณี คือ เมื่อหมดอายุตามวาระซึ่งกำหนดไว้แน่นอน
 คือ 4 ปี หรือ 6 ปี และเมื่อถูกยุบสภา

1.4.2 การพ้นจากตำแหน่งของศาลยุติธรรม กรณีที่จะทำให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม
 พ้นจากตำแหน่งอาจแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือ

1) ตาย ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ดำรงตำแหน่งตลอดชีพ ซึ่งยังไม่ครบเกษียณอายุ
 เมื่อตายก็ย่อมพ้นจากตำแหน่ง เพราะไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ เช่นเดียวกับกรณีของตุลาการ
 รัฐธรรมนูญ

2) ครบเกษียณอายุ ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่ดำรงตำแหน่งโดยมีกำหนดเกษียณอายุ
 เมื่อครบเกษียณอายุตามที่กำหนดไว้ ก็จะปลดเกษียณอายุหรือพ้นจากตำแหน่ง

3) ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง เป็นกรณีพิเศษ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้พิพากษาศาลยุติธรรม
 ต้องได้รับความคุ้มครองมิให้ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่ง เพื่อให้มีเสถียรภาพและความเป็นอิสระ
 ในที่การปฏิบัติหน้าที่ แต่ก็มียกเว้นที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอาจถูกถอดถอนได้โดยจะต้องบัญญัติ

ไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน มาตรา 81 บัญญัติว่า

ผู้พิพากษาดำรงตำแหน่งอยู่ตลอดชีวิต การถอดถอนผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งจะกระทำไม่ได้ เว้นแต่จะต่องโฆษาตามคำพิพากษาหรือได้รับโฆษทางวินัยหรือมีร่างกายและจิตใจไม่เหมาะสม การพักราชการ การย้าย หรือการลดเงินเดือน ผู้พิพากษาจะกระทำไม่ได้ เว้นไว้แต่จะใดดำเนินการตามกฎหมาย

1.4.3 การพ้นจากตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลพิเศษจะพ้นจากตำแหน่งในกรณีปกติและกรณีพิเศษ ดังนี้

ก) กรณีปกติ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปจะพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุ 3 ประการ คือ

- 1) ตาย การตายเป็นเหตุปกติสำหรับผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งตลอดชีพ ดังเช่นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมัน
- 2) หมดวาระการดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ดำรงตำแหน่งตามวาระที่กำหนดแน่นอน เมื่อหมดกำหนดเวลาแน่นอนนั้นแล้วก็จะพ้นจากตำแหน่ง ดังเช่น ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมันซึ่งมีวาระการดำรงตำแหน่งมีกำหนด 4 ปีหรือ 8 ปี เมื่อดำรงตำแหน่งครบตามกำหนดนั้นแล้ว ก็ย่อมต้องพ้นจากตำแหน่งไป แต่อาจได้รับเลือกอีกได้ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญของสวิสเซอร์แลนด์มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปีเมื่อดำรงตำแหน่งครบ 6 ปีก็จะพ้นจากตำแหน่งไป และจะมีการเลือกผู้พิพากษาเข้ามาใหม่ และผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเซโกสโลวาเกียดำรงตำแหน่ง 10 ปีเมื่อหมดวาระก็พ้นจากตำแหน่งเช่นกัน

3) ครบเกษียณอายุ กรณีกำหนดเกษียณอายุของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญไว้ เมื่อผู้พิพากษานั้นอายุครบตามเกษียณก็จะพ้นจากตำแหน่ง ดังเช่น รัฐธรรมนูญ

แห่งสาธารณรัฐ เคอร์กี ค.ศ. 1961 มาตรา 146 วรรค 1 บัญญัติให้ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ออกตามเกษียณอายุเมื่ออายุ 65 ปี

ข) กรณีพิเศษ ในรัฐธรรมนูญของบางประเทศได้บัญญัติให้ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งในกรณีพิเศษโดยถูกถอดถอนเนื่องจากเหตุ 2 ประการคือ

- 1) ต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดอาญา หรือ
- 2) ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเหตุที่สุขภาพไม่อำนวย

ประเทศสาธารณรัฐ เคอร์กีได้บัญญัติกรณีเช่นนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 146 วรรค 2 โดยบัญญัติว่า

ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญหมดสภาพการเป็นผู้พิพากษา หากต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดอาญาที่ตองให้พ้นตำแหน่งผู้พิพากษา หากมีหลักฐานปรากฏชัดเจนว่าผู้พิพากษาคคนใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเหตุที่สุขภาพไม่อำนวย ผู้พิพากษานั้นต้องพ้นตำแหน่งตามมติของคณะผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ควบคู่กันเสี่ยงข้างมากอย่างเด็ดขาด

1.5 อำนาจหน้าที่

1.5.1 อำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง

ก) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่สำคัญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ การวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความหมายแยกได้เป็น 2 ความหมาย คือ¹

1) ในส่วนเกี่ยวกับผลประโยชน์ของประชาชน มีความหมายเป็นการป้องกันต่อผู้การใช้อำนาจในทางที่มีขอบของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งมี

¹ Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, pp. 652 - 653.

ความมุ่งหมายที่จะทำให้เกิดความมั่นใจว่า การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่ทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิมนุษยชนและแก่การรับรองเสรีภาพของมหาชนโดยรัฐธรรมนูญ

2) ในส่วนเกี่ยวกับผลประโยชน์ของความต้อการสาธารณะ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเป็นการยืนยันในหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรแห่งอำนาจอธิปไตยซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันมิให้มีการก้าวล่วงซึ่งกันและกันระหว่างองค์กรต่าง ๆ แห่งอำนาจอธิปไตย

ในการใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่นี้ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มักเป็นกรณีที่เกิดปัญหาขึ้นในการที่จะใช้กฎหมายบังคับแก่คดีที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับความเห็นเป็นรายงานคำขอของศาลยุติธรรมเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัย ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเวียคนาม ค.ศ. 1956 มาตรา 87 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1972 มาตรา 105(1) และ 109(1) ข้อ 1 แต่ในบางประเทศก็ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในขณะที่ยังเป็นร่างกฎหมายว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก่อนที่จะนำร่างกฎหมายนั้นไปประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งจะพบได้จากในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส (ฉบับ ค.ศ. 1958) มาตรา 61 รัฐธรรมนูญของประเทศซีเรีย และรัฐธรรมนูญของประเทศฟินแลนด์¹

นอกจากอำนาจหน้าที่สำคัญที่กล่าวมาแล้ว ในบางประเทศคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ประการอื่นอีกด้วย อำนาจหน้าที่ประการอื่นนี้ได้แก่

(ก) การตัดสินประเด็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการออกเสียงแสดงประชามติและการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 59, 60)

¹ สมภพ โทตระกิตย์, "การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ," :4-5.

(ข) การควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ
(รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 58)

(ค) การให้ความเห็นเกี่ยวกับคดีที่มีการฟ้องร้องในขอบเขตของ
เรื่องการใช้รัฐธรรมนูญ เช่น การพิจารณาความผิดของประธานาธิบดี (Impeachment)
ตามบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส หรือการพิจารณาความผิดของข้าราชการ
ตามบทบัญญัติมาตรา 109(1) ข้อ 2 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

(ง) การยุบพรรคการเมือง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี
มาตรา 109(1) ข้อ 3

✓ ข) รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่หลักของรัฐสภาหรือฝ่าย
นิติบัญญัติ คือ การตราหรือบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เพื่อนำมาใช้บังคับในรัฐนั้น ๆ โดย
คำนึงถึงการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของประชาชนส่วนรวม และการควบคุมฝ่าย
บริหารให้ปฏิบัติและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ซึ่งอาจกระทำ
โดยการตั้งกระทู้ถามหรือลงมติไม่ไว้วางใจต่อฝ่ายบริหาร แต่อำนาจหน้าที่ในการควบคุม
กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งหากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาหรือ
ฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ถือเป็นอำนาจหน้าที่พิเศษนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่หลักดังที่กล่าวข้างต้น

1.5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่หลัก
คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่เกิดจากข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชนซึ่งเป็นคดี
ธรรมดา แต่คาร์ล ลูเวนสไตน์ (Karl Loewenstein) นักกฎหมายชาวเยอรมันได้ให้
ความเห็นไว้ว่า อำนาจหน้าที่ในชั้นเบื้องต้นของศาลยุติธรรมมีอยู่ด้วยกัน 3 ประการ คือ

ก) การให้คำแนะนำและควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร

ข) การควบคุมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ไม่ว่า
จะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาโดยตรงหรือกฎหมายของฝ่ายรัฐบาลก็ตาม

ค) การวินิจฉัยคดี การตัดสินชี้ขาดข้อตกลงที่ขัดแย้งกันในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ถืออำนาจฝ่ายต่าง ๆ

ได้มีการกล่าวกันว่า อำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญตามลักษณะ เช่นนี้ของศาลยุติธรรมเป็นสิทธิตามกฎหมายของผู้พิพากษาศาลฎีกาและเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ของตุลาการในการควบคุมดูแลให้มีการเคารพและปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมายที่อยู่ในฐานะหรือศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น จึงไม่เป็นการให้อำนาจฝ่ายตุลาการเหนืออำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจหน้าที่นี้ของศาลยุติธรรมจึงเป็นที่ยอมรับในบางประเทศด้วยเหตุผลจากความน่าเคารพในสิทธิของศาลยุติธรรม ดังคำกล่าวของแอมิลตันว่า "perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void" และด้วยความอิสระของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรม (the rule of law) อันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในแบบแผนของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ให้ศาลสูงสุดและศาลยุติธรรมทุกศาลเป็นผู้พิทักษ์เสรีภาพและทรัพย์สินของประชาชนชาวอเมริกัน ทั้งที่ศาลยุติธรรมสูงสุดสหรัฐได้เคยตีความข้อกำหนดในบทแก้ไขที่ 5 และ 14 แห่งรัฐธรรมนูญว่า "ไม่มีผู้ใดจะถูกกีดกันทางด้านชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินโดยปราศจากกระบวนการยุติธรรมทางกฎหมาย" ซึ่งศาลยุติธรรมถือว่า กระบวนการยุติธรรมทางกฎหมายสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของประชาชนได้ เช่นในคดีระหว่างพาวเวลล์และรัฐอลาบามา (Powell v. Alabama) เมื่อปี ค.ศ. 1932 ซึ่งศาลได้ตัดสินให้ข้อกล่าวหาในคดีถูกฉกฉกรรจ์เป็นอันใช้บังคับไม่ได้เนื่องจากได้ปฏิเสธสิทธิของบุคคลในการที่จะได้รับการป้องกันโดยสถาบันตามรัฐธรรมนูญ

ศาลยุติธรรมในบางประเทศมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแทนการวินิจฉัยเมื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว เช่น ศาลยุติธรรมสูงสุดของสหภาพพม่า ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947 (รัฐฉาน) มาตรา 157

นอกจากอำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมดังที่กล่าวมาแล้ว ศาลยุติธรรมของบางประเทศก็มีอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ด้วย เช่น ศาลยุติธรรมสูงสุดสหรัฐหรือศาลสูงสุดของรัฐบาลกลางแห่งสหรัฐอเมริกา มีอำนาจหน้าที่อื่นในการพิจารณาวินิจฉัยคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับบุคคลที่เกิดขึ้นโดยคู่ความระหว่างรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่ง หรือคดีระหว่างรัฐบาลรัฐหนึ่งกับอีกรัฐหนึ่ง คดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน และคดีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลสหรัฐหรือรัฐบาลกลาง สำหรับศาลยุติธรรมของสาธารณรัฐจีนก็มีอำนาจหน้าที่อื่น ๆ เช่นกัน อันได้แก่ อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนอกเหนือจากคดีแพ่งและอาญารวมทั้งคดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการ ตลอดจนการตีความกฎหมายและคำสั่งต่าง ๆ ด้วย (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน มาตรา 77 และ 78)

อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่ถือหลักความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญและยึดมั่นในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว เป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง การจะให้องค์กรตุลาการเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมได้ง่ายจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายตุลาการโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์และความจำเป็นของประชาชนโดยรวม จึงมีการเสนอให้จำกัดขอบเขตแห่งอำนาจวินิจฉัยของศาลยุติธรรมซึ่งอาจกระทำได้ 2 วิธีคือ

- 1) จำกัดขอบเขตอำนาจโดยมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายวิธีการพิจารณาของศาลยุติธรรมเพื่อจำกัดการใช้อำนาจไว้
- 2) จำกัดขอบเขตอำนาจโดยตัวผู้พิพากษาเอง¹ ในลักษณะคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ในการจำกัดขอบเขตอำนาจของผู้พิพากษาเองในการพิจารณาคดีธรรมดา เช่น การที่ผู้พิพากษาพิจารณาดอนตัวเองไม่เข้าเกี่ยวข้องกับคดีที่ตนมีผลประโยชน์ได้เสียหรือ

¹Forkosch, Constitutional Law, pp. 59 - 60.

เกี่ยวพันในคดีนั้น

1.5.3 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษได้รับการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ดังนั้นอำนาจหน้าที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษ ก็คือ การควบคุมกฎหมายให้มีข้อความสอดคล้องหรือเป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ลักษณะการบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจหน้าที่แก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษนี้มีรายละเอียดแตกต่างกันบ้างในแต่ละประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลีย ค.ศ. 1920 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความหมายของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ กรณีที่มีปัญหาขัดรัฐธรรมนูญโดยมีศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองร้องขอให้พิจารณา หรือโดยปรากฏแก่ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ได้ ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกฎหมายโดยช่วยแก้ปัญหาดังกล่าวที่เกิขึ้นจากการที่ผู้ถืออำนาจต่างฝ่ายต่างอ้างสิทธิที่มีในการกระทำทางการเมืองตามกฎหมายบนบรรทัดฐานแห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลีตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 137 คืออำนาจหน้าที่ในการประกาศว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีสามารถใช้ดุลยพินิจที่จะประกาศว่า ปัญหาที่ยกขึ้นสู่ศาลนั้นไม่มีมูล (infondata) หรือจะประกาศว่า กฎหมายนั้นไม่มีค่าบังคับตามรัฐธรรมนูญก็ได้¹ และปัญหาเดียวกันนี้อาจได้รับการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งในแง่มุมที่ต่างกันออกไปซึ่งกระบวนการพิจารณาในครั้งใหม่นั้นอาจปรากฏผลด้วยการประกาศว่า กฎหมายนั้นไม่เป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ก็ได้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเตอร์กิก ค.ศ. 1961 มาตรา 147 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาควบคุมบรรดากฎหมายและระเบียบข้อบังคับภายในของสมาชิกสภาแห่งชาติให้เป็นไป

¹Giovanni Cassandro, "The Constitutional Court of Italy,"

⁸ American Journal of Comparative Law (1959): 147 - 158.

ตามรัฐธรรมนูญ และสำหรับศาลรัฐธรรมนูญของสวีเดน (the Lagrad) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสวีเดนให้อำนาจหน้าที่พิจารณากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่า ขัดรัฐธรรมนูญก็มีคำวินิจฉัยโดยให้คำแนะนำแห่งศาลยุติธรรม (Riksdag) ว่า กฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันทำให้ศาลยุติธรรมควรจะต้องบอกปิดการดำเนินคดีตามกฎหมายนั้นเสีย

ศาลรัฐธรรมนูญบางประเทศไม่แต่เพียงให้อำนาจหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเท่านั้น ยังรวมไปถึงอำนาจหน้าที่วินิจฉัยควบคุมขณะที่เป็นร่างกฎหมายด้วย ดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญประเทศศรีลังกา ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1972 มาตรา 65 และ 55 ซึ่งกรณีของการพิจารณาร่างกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า หากร่างกฎหมายฉบับใด คณะรัฐมนตรีมีความเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ ก็อาจจะเสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาชี้ขาดภายใน 48 ชั่วโมง และศาลรัฐธรรมนูญของศรีลังกาได้เคยใช้อำนาจนี้พิจารณาร่างกฎหมาย 2 ฉบับเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1977 คือ The Sri Lanka

Banking Corporation Bill และ The Temple Lands Abolition of Service Tenure Bill

อำนาจหน้าที่อื่น ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญบางประเทศ คือ

- ก) พิจารณาฎกกระทวง (Ordinance) ของรัฐบาลที่ขัดต่อกฎหมาย (รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย)
- ข) พิจารณาคดีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศตามบทบัญญัติของกฎหมายพิเศษแห่งสหพันธรัฐ (รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย)

¹Cooray - Peiris, "Fundamental Rights, Judicial Review and the Constitutional Court of Sri Lanka," : 60.

ก) พิจารณาข้อขัดแย้งทางกฎหมายของมลรัฐกับกฎหมายของสหพันธรัฐ (รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมัน)

ง) พิจารณาเลือกตั้งประธานาธิบดีสหพันธรัฐ และคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย แต่สำหรับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมันให้มีอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

จ) พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ของพรรคการเมือง (รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมัน)

ฉ) พิจารณาข้อกล่าวหาว่าประธานาธิบดี รัฐมนตรีของสหพันธรัฐหรือมลรัฐเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยละเมิดกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ พิจารณาในฐานะเป็นศาลสูงสุด (High Council) คดีที่ประธานาธิบดี รัฐมนตรี ผู้พิพากษาศาลสูงสุด กรรมการกฤษฎีกา ผู้พิพากษาศาลตรวจเงินแผ่นดิน อธิบดีกรมอัยการ สาธารณรัฐ อธิบดีกรมอัยการประจำศาลฎีกา หรือ อธิบดีกรมอัยการศาลทหาร หรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเป็นจำเลยตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเตอร์กี และพิจารณาข้อกล่าวหาว่าประธานสภาสูงหรือสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมัน

ช) พิจารณาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญของบรรดาข้าราชการชั้นสูงของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ กรณีที่จิตใจละเมิดกฎหมาย (รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย)

ซ) พิจารณาข้อพิพาทในเรื่องเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือศาลปกครองกับศาลยุติธรรม หรือศาลยุติธรรมกับศาลอื่น (รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย)

ฌ) พิจารณาคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐบาลสหพันธรัฐ รัฐบาลมลรัฐหรือเทศบาล ซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจของศาลยุติธรรม (รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย)

ฎ) พิจารณาปัญหาการไต่มาหรือสิ้นสุดของสมาชิกภาพของสภาผู้แทนราษฎร (รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมัน)

ฎ) พิจารณาการยึดทรัพย์สินต่าง ๆ (รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐเยอรมัน)

2. กระบวนการในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้ไม่เพียงแต่ต้องการปัจจัยในค่านองคร้อย่างเดียว แต่จะต้องประกอบด้วยกระบวนการในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญด้วย อันมีขั้นตอนจากการเริ่มการวินิจฉัย หรือการยกปัญหาขึ้นกล่าวเข้าสู่วิธีการวินิจฉัยปัญหา จนกระทั่งมีคำวินิจฉัยปัญหานั้นเพื่อใช้บังคับต่อไป

2.1 ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหา

ในระบบกระจายอำนาจ เมื่อคู่ความใดนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม เพื่อให้ศาลพิจารณาคดีนั้น ศาลจะต้องพิจารณาเลือกใช้กฎหมายมาปรับแก้คดี เมื่อคู่ความในคดีเห็นว่ากฎหมายนั้นมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ และร้องขอต่อศาลให้พิจารณา หรือหากศาลเห็นเองว่ากฎหมายที่จะต้องใช้ปรับแก้คดีนั้นมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมที่รับคดีนั้นก็จะมีวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเสียก่อน หากวินิจฉัยแล้วเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะปฏิเสธไม่ยอมใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่คดีนั้น เช่น คดีระหว่างสหรัฐอเมริกาและบัทเลอร์ (United States v. Butler) ในสหรัฐอเมริกาที่ศาลยุติธรรมเห็นปัญหาเอง และได้ยกปัญหานั้นขึ้นวินิจฉัย นอกจากคู่ความในคดีเป็นผู้เริ่มการวินิจฉัยหรือยกปัญหาขึ้นกล่าวอ้างแล้วยังมีองค์กรอื่น ๆ อีกที่ไ้รับสิทธิเช่นนี้ ในระบบกระจายอำนาจอันจะรวบรวมกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

ก) คู่ความในคดีหรือผู้เสียหายหรือผู้มีส่วนได้เสีย ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยตามข้อนี้ ดังที่ได้เกริ่นให้เห็นแล้วข้างต้น ซึ่งนอกจากสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็มีอีกหลายประเทศที่ให้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่บุคคลดังกล่าว เช่น ประเทศสาธารณรัฐไนจีเรีย มาตรา 115 แห่งรัฐธรรมนูญไนจีเรีย บัญญัติถึงกรณีที่คู่ความร้องขอต่อศาลชั้นต้น ซึ่งศาลชั้นต้นนั้นจะดำเนินการเสนอไปยังศาลสูงที่มีอำนาจวินิจฉัย หรือหากร้องขอต่อศาลสูงของภาค ศาลสูงนั้น

อาจเสนอปัญหาไปยังศาลสูงสุดให้วินิจฉัย ประเทศเวทให้สิทธิรัฐบาลและผู้มีส่วนได้เสียที่จะเริ่มหยิบยกปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 173 วรรค 2 และประเทศสหรัฐเม็กซิโก ให้สิทธิผู้เสียหายร้องขอให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยตามวิธีการอัมบาโร (amparo) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ 1) รับรองให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ และ 2) รับรองให้ความคุ้มครองแก่อำนาจของสหพันธรัฐและมลรัฐต่าง ๆ เมื่ออำนาจของแต่ละฝ่ายถูกละเมิดโดยสหพันธรัฐหรือมลรัฐ จนเป็นที่เสียหายแก่ประโยชน์ของประชาชน

ข) รัฐบาล ประเทศที่ให้รัฐบาลมีสิทธิเสนอปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นให้ศาลยุติธรรมพิจารณาได้แก่ ประเทศเวท

ค) ประมุขแห่งรัฐ ประเทศมาเลเซียให้สิทธิประมุขสหพันธ์เป็นผู้หยิบยกปัญหาให้ศาลสูงวินิจฉัยชี้ขาด และประเทศสหภาพมาตามรัฐธรรมนูญแห่งรัฐฉาน ค.ศ. 1947 มาตรา 157 (1) บัญญัติว่า ประธานาธิบดีอาจใช้ดุลพินิจส่งร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อประธานาธิบดีไปยังศาลสูงสุด เพื่อวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาว่า ร่างพระราชบัญญัติหรือบทบัญญัติใดในร่างนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นการให้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่ประธานาธิบดีในกรณีวินิจฉัยควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ง) ประชาชน ในประเทศโคลัมเบียเมื่อปี ค.ศ. 1910 ประชาชนชาวโคลัมเบียได้ใช้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยโดยรวมตัวกันต่อต้านกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งขณะนั้นตามรัฐธรรมนูญได้ให้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่ประธานาธิบดี เมื่อเห็นว่ากฎหมายฉบับใดขัดรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์แล้ว ศาลยุติธรรมสูงสุดจะต้องพิจารณาความสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติปรากฏว่า กฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากที่สุดได้เริ่มจากฝ่ายบริหาร หรือประธานาธิบดี ซึ่งมีอำนาจคัดค้านในเบื้องต้นนั่นเอง จึงทำให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทในการใช้สิทธิหยิบยกปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นให้วินิจฉัย

ส่วนระบบรวมอำนาจนั้น ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยโต้แย้งองค์กรหลายฝ่ายด้วยกัน ดังนี้

1) ศาลยุติธรรม ประเทศที่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย มักจะให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัย ดังเช่น ประเทศสาธารณรัฐ เกาหลีใต้ ศาลยุติธรรมเป็นผู้หยิบยกปัญหาขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1972 มาตรา 105(1) โดยบัญญัติให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดปัญหาว่า กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นกรณีที่มีคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม และเมื่อศาลยุติธรรมจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่คดี หากศาลยุติธรรมเห็นว่ากฎหมายนั้นมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญก็จะส่งความเห็นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยปัญหานั้นเสียก่อน สำหรับประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลพิเศษเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยบางประเทศก็ให้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่ศาลยุติธรรม ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งแต่เดิมให้องค์กรทางการเมืองที่กำหนดในรัฐธรรมนูญเป็นผู้เริ่มการวินิจฉัยโดยยื่นฟ้องร้องกล่าวหาเข้ามายังศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะเจาะจง (review principaliter) คือ Bundesregierung (Federal Executive) กรณีร้องขอให้พิจารณาควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดย Landesgesetze (Lander) และ Landesregierungen (Government of the Lander) กรณีร้องขอให้พิจารณาควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐ การใช้สิทธิดังกล่าวไม่มีกำหนดอายุความ ต่อมานักกฎหมายออสเตรเลียเห็นว่า การใช้ระบบเกิมนั้นไร้ประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้มีสิทธิเสนอปัญหามีเพียงสององค์กรที่กล่าวนั้นเท่านั้น และยังมีวิธีการร้องขอในฐานะที่เป็นปัญหาหลัก ซึ่งทำให้การพิจารณาควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมีความหมายแคบเพราะกำหนดขึ้นเฉพาะเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐและฝ่ายนิติบัญญัติของแลนเคอร์ (Lander) ก้าวกว่าอำนาจที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญซึ่งกันและกันอันมีผลเพียงช่วยประกันให้ฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธรัฐและของแลนเคอร์ เคารพในขอบเขตตามรัฐธรรมนูญของกันและกันเท่านั้นหาได้มีผลถึงการป้องกัน

มิให้กฎหมายวิครอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนควยไม่ อีกทั้งการใช้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยของทั้งสององค์กรนี้ก็เป็นจุดพิงที่จะยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหากองค์กรดังกล่าวใช้จุดพิงไม่ยื่นคำร้องบ่อยครั้งก็จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีโอกาสพิจารณาปัญหากฎหมายข้รัฐธรรมนูญได้อย่างเต็มที่ เป็นการไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ คั้งนั้นในปี ค.ศ. 1929 จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงระบบการฟ้องร้องเดิมไปบ้างโดยเพิ่มบทบัญญัติมาตรา 140 ให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทในการใช้สิทธิเริ่มการวินิจฉัย คือ ศาลคดีแพ่งและคดีอาญาสูงสุด (Oberster Gerichtshof) กับอีกองค์กรหนึ่งคือศาลคดีปกครองกลาง (Verwaltungsgerichtshof) แต่การใช้สิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาของศาลคดีแพ่งและศาลคดีอาญาสูงสุดกับศาลคดีปกครองกลางนี้จะกระทำได้อเมื่อปัญหากฎหมายข้รัฐธรรมนูญเป็นปัญหาซึ่งตามธรรมชาติย่อมเกิดขึ้นได้ในการพิจารณาพิพากษาคดีธรรมดาทั่วไปคือเมื่อองค์กรทั้งสองจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้บังคับแก่คดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของตน หากเห็นว่ากฎหมายนั้นมีข้อความข้รัฐธรรมนูญก็มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยเสียก่อนได้เช่นเดียวกับที่กล่าวข้างต้น ซึ่งออสเตรียเรียกวิธีการนี้ว่า คอนครีต นอร์เมน คอนโทรล (konkrete normenkontrolle) และการใช้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยนี้้องค์กรทั้งสองไม่มีอำนาจใช้จุดพิง แต่มีหน้าที่ปฏิเสธไม่นำกฎหมายที่ยังมีข้อสงสัยว่าข้รัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแก่คดีจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเรียบร้อยแล้ว อย่างไรก็ตามแม้ออสเตรียได้พยายามขจัดข้อบกพร่องเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยไปไ้บ้าง แต่ข้อบกพร่องบางส่วนยังคงมีอยู่เพราะการให้สิทธิหีบยกปัญหาแก่ศาลคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นการให้เฉพาะศาลชั้นสูงสุดไม่รวมถึงศาลชั้นต้นด้วยและเช่นเดียวกับที่ให้สิทธิเฉพาะแก่ศาลคดีปกครองกลางไม่รวมถึงศาลคดีปกครองทุกศาล ทำให้ศาลชั้นต้นและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองต้องบังคับใช้กฎหมายไปโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อโต้แย้งใด ๆ ซึ่งอาจก่อให้เกิดความผิดพลาดและไม่เป็นธรรมขึ้นได้ ประเทศสาธารณรัฐเยอรมันและอิตาลีจึงได้



พยายามขจัดปัญหาข้อบกพร่องนี้ให้หมดไปโดยสมบูรณ์ด้วยการให้ผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมทุกศาลทั้งศาลสูงและศาลชั้นต้น ไม่จำเป็นต้องนำกฎหมายที่คนเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแก่คดี และให้มีสิทธิเสนอปัญหาทางรัฐธรรมนูญไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาไม่ว่าปัญหานั้นจะเกี่ยวข้องกับคดีธรรมดาหรือไม่ก็ตาม ซึ่งถ้าหากไม่เกี่ยวข้องกับคดีธรรมดาก็สามารถเสนอปัญหาได้ตามกระบวนการ เฉพาะที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹

2) ศาลคดีปกครอง ประเทศออสเตรเลียให้ศาลคดีปกครองกลางเป็นผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยคดีที่ไต่ถ่วงมาแล้ว

3) ประเทศแห่งรัฐ ประเทศสาธารณรัฐ เคอร์กีให้ประธานาธิบดีอาจฟ้องร้องให้มีการยกเลิกกฎหมายเนื่องจากเหตุที่กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือระเบียบข้อบังคับของมหาสมัชชาแห่งชาติหรือบทใดบทหนึ่ง หรือมาตราใดมาตราหนึ่ง ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1961 มาตรา 149 ประธานาธิบดีจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยในสาธารณรัฐ เคอร์กี ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยก็ให้สิทธิแก่ประธานาธิบดีเป็นองค์กรหนึ่งซึ่งสามารถเริ่มการวินิจฉัยในระบบป้องกันตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 61 วรรค 2 ซึ่งบัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรีหรือประธานสภาใดสภาหนึ่งส่งร่างกฎหมายไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย และสำหรับประเทศฟินแลนด์ซึ่งมีการวินิจฉัยก่อนประกาศใช้บังคับ เป็นกฎหมาย เช่นกันก็ได้ให้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่ประเทศแห่งรัฐ โดยประเทศแห่งรัฐจะไม่ทรงลงนามประกาศใช้กฎหมายหากทรงพิจารณาเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ และอาจขอให้สถานีนิติบัญญัตินำไปพิจารณาใหม่หรือส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่เสียก่อน

4) สถานีนิติบัญญัติ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้ประธานสภาแห่งสาธารณรัฐ

¹ รัฐธรรมนูญฉบับนี้แห่งสาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 100(1) และรัฐธรรมนูญแห่งอิตาลี ค.ศ. 1948 No.1 มาตรา 2.

ควยเสียงข้างมากเกินกว่ากึ่งหนึ่ง (มาตรา 92) สามารถเริ่มหยิบยกปัญหาร่างกฎหมาย
 ชั้รัฐธรรมนูญขึ้นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาคำรัฐธรรมนูญมาตรา 61 วรรค 2 ดัง
 ที่กล่าวแล้ว ประเทศซีเรียให้สมาชิกสภานิติบัญญัติกลุ่มหนึ่งซึ่งอาจกำหนดให้มีจำนวนไม่น้อยกว่า
 30 คน หรือ 1 ใน 3 เข้าชื่อร้องขอให้ประธานสภาดำเนินการส่งร่างกฎหมายที่เห็นว่าชั้
 รัฐธรรมนูญไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก่อนประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย¹
 ประเทศสาธารณรัฐเตอร์กี นอกจากให้สิทธินี้แก่ประธานาธิบดีและศาลยุติธรรมแล้ว ยังให้
 สิทธิแก่สภาแห่งรัฐ กลุ่มรัฐสภาของพรรคการเมือง หรือ 1 ใน 6 ของสมาชิกทั้งหมดของ
 สภาแต่ละสภาในคดีเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และสวัสดิภาพรวมไปถึงพรรคการเมืองที่ได้รับ
 คะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าร้อยละ 10 ของบัตรที่ใช้ได้ในการออกเสียงเลือกตั้งครั้งสุดท้าย หรือ
 พรรคการเมืองที่มีอยู่ในสมัชชาแห่งชาติด้วย และประเทศสาธารณรัฐเยอรมันก็ให้สมาชิกสภา
 ผู้แทนราษฎร (Bundestag) จำนวน 1 ใน 3 มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญบนัน
 มาตรา 93(2)

5) ฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้สิทธิ
 นี้ควยนอกเหนือจากประธานาธิบดีและประธานสภาแห่งสาธารณรัฐที่กล่าวมาแล้ว ประเทศ
 สาธารณรัฐเยอรมันให้รัฐบาลสหพันธ์และรัฐบาลมลรัฐมีสิทธิเริ่มการวินิจฉัย เช่นเดียวกับที่ให้
 สิทธิแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 1 ใน 3 นั้นเอง และสำหรับประเทศอิตาลีก็ได้ให้
 สิทธิเริ่มการวินิจฉัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยองค์กรฝ่ายบริหารของแคว้นต่าง ๆ (giunte
 regionali) มีสิทธินี้ในกรณีที่แคว้นหนึ่งอ้างว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแห่งชาติหรือของ
 แคว้นนั้นได้ละเมิดขอบเขตอำนาจของแคว้นนั้นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และให้ฝ่ายบริหาร
 กลาง (Central Executive) เป็นผู้มีสิทธินี้กรณีที่ฝ่ายบริหารกลางอ้างว่า กฎหมายของแคว้น
 ไคแคว้นหนึ่งชั้รัฐธรรมนูญ

¹ สมภพ โทตระภิกข์, "การควบคุมกฎหมายที่ชั้รัฐธรรมนูญ," : 4 - 5.

6) กลุ่มเอกชนหรือผู้เสียหาย ในประเทศอาเซียนนอกจากศาลยุติธรรมและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้มีสิทธิหยิบยกปัญหากฎหมายขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญแล้วยังมีอีกองค์กรหนึ่งซึ่งสามารถใช้สิทธิเริ่มการวินิจฉัยโดยเสนอปัญหานี้ขึ้นได้ คือ กลุ่มเอกชนหรือผู้เสียหาย ในกรณีที่กฎหมายใดมีข้อความโง่เขลาอย่างที่กล่าวมาแล้ว เมื่อก่อสิทธิมูลฐานของกลุ่มเอกชนหรือบุคคลผู้จะต้องเสียหายนั้นอย่างแท้จริง

7) มหาวิทยาลัย ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเตอร์กีกี ค.ศ. 1961 มาตรา 149 ให้มหาวิทยาลัยเป็นองค์กรหนึ่งในหลายองค์กรที่กล่าวมาแล้วมีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยโดยอาจฟ้องร้องให้มีการยกเลิกกฎหมายเนื่องจากเหตุที่ขัดรัฐธรรมนูญได้

2.2 วิธีการเสนอปัญหา

ในเรื่องของวิธีการเสนอปัญหาหรือเริ่มการวินิจฉัยนั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 วิธี คือ

2.2.1 วิธีการต่อสู้ป้องกัน (by way of defense) เมื่อบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายฉบับใดหรือถูกบังคับให้กระทำความผิดคำสั่งของฝ่ายปกครองซึ่งตนเห็นว่ากฎหมายหรือการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นขัดรัฐธรรมนูญ (บุคคลนั้นก็มิได้มีสิทธิที่จะต่อสู้ป้องกันตนโดยให้ถ้อยแถลงต่อศาลยุติธรรมว่ากฎหมายหรือการกระทำที่เขาถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนนั้นมีข้อความหรือเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากศาลยุติธรรมพิจารณาเห็นด้วยตามถ้อยแถลงนั้น ศาลก็จะปฏิเสธไม่ยอมให้บังคับตามกฎหมายหรือการกระทำนั้นแก่คดีที่ขึ้นสู่ศาล ดังนั้นปัญหาที่จะให้พิจารณาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีนี้จึงไม่อาจเป็นปัญหาหลัก (principal issue) ได้ แต่จะต้องเสนอเป็นปัญหาอันถือเป็นส่วนหนึ่งของคดีธรรมดาที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรม โดยจะหยิบยกขึ้นให้พิจารณาได้ต่อเมื่อกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีนั้น ๆ ไม่ใช่จะยกกฎหมายฉบับใดก็ได้ขึ้นเสนอเป็นปัญหาให้พิจารณาวินิจฉัย อีกทั้งวิธีการร้องขอก็ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยก็สามารถใช้สิทธิ

ร้องขอได้ เมื่อศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยได้รับคำร้องให้พิจารณาก็จะพิจารณาปัญหานั้นเพียงเท่าที่
จำเป็นในการพิจารณาพิพากษาคดีธรรมค่านั้น ๆ เท่านั้นและหากคู่ความไม่พอใจในคำวินิจฉัย
ของศาลก็อาจอุทธรณ์คัดค้านได้ ปัญหานี้อาจได้รับการพิจารณาวินิจฉัยจนถึงขั้นที่สุดโดยศาล
ยุติธรรมสูงสุด วิธีการนี้เป็น การควบคุมตามเนื้อหา (review incidenter) ซึ่งใช้ในระบบ
กระจายอำนาจของสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีประเทศที่ใช้ระบบกระจายอำนาจอื่น ๆ อีกหลาย
ประเทศได้ใช้ระบบของวิธีการเสนอปัญหาคล้ายคลึงกัน เช่น ประเทศแคนาดา นอร์เวย์ สวีเดน
เดนมาร์ก และญี่ปุ่น เป็นต้น

2.2.2 วิธีการฟ้องร้องกล่าวหา (by way of action) หรือในการควบคุมโดย
ปัญหาหลัก (review principaliter) เป็นวิธีการที่ใช้ตามรูปแบบดั้งเดิมของออสเตรเลียใน
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ (โดยการเสนอปัญหาเข้ามาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา
วินิจฉัยในรูปเฉพาะเจาะจง (Antrag) มีใช้กรณีที่มักเกิดพิพาทธรรมดาเกิดขึ้น แต่ปัญหาที่เสนอ
ขึ้นมาให้พิจารณามีฐานะเป็นปัญหาหลัก (principal issue) มีความเป็นเอกเทศแยกต่าง
หากจากคดีธรรมดา โดยไม่จำเป็นต้องเกิดคดีพิพาทหรือคดีธรรมดาของคู่กรณีใด ๆ เริ่มการ
วินิจฉัยสามารถ ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาได้โดยตรง และศาล
รัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจวินิจฉัยได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอให้พิจารณา)

ในระยะต่อ ๆ มาประเทศออสเตรเลียเองก็ได้เริ่มให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาท
เป็นผู้เริ่มการวินิจฉัย การเสนอปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่เกิดจากคดีธรรมดาจึงมีมากขึ้น
ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจอื่น ๆ ก็ใช้วิธีการเสนอปัญหาโดยวิธีการฟ้องร้องกล่าวหา
ที่คล้ายคลึงกันนี้ เช่น ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน และประเทศอิตาลี แม้จะมีศาลยุติธรรม
เข้ามามีบทบาทเสนอปัญหาก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัด
รัฐธรรมนูญเองได้ จะต้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วิธีการเสนอปัญหาเช่นนี้จึงยังคง
เป็นวิธีการเสนอปัญหาโดยฟ้องร้องกล่าวหาเพราะศาลรัฐธรรมนูญยังคงต้องพิจารณาปัญหานี้
ในฐานะ เป็นปัญหาหลักอยู่นั่นเอง

2.3 การพิจารณาวินิจฉัย

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในระบบกระจายอำนาจมีการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาโดยศาลยุติธรรมซึ่งได้รับความเห็นที่เสนอมาจากองค์กรผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยในรูปลักษณะของการกล่าวอ้างเพื่อต่อสู้ป้องกันหรือโดยที่ศาลยุติธรรมเห็นเองอันเกิดขึ้นในคดีธรรมดาที่ฟ้องร้องให้ศาลยุติธรรมตัดสิน ปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นในระหว่างที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณา ศาลยุติธรรมซึ่งพิจารณาคดีนั้นอยู่จะต้องวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นเสียก่อน โดยการพิจารณาวินิจฉัยจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอันมีจุดหมายสูงสุดเพื่อป้องกันรักษาไว้ซึ่งสิทธิ เสรีภาพของประชาชนส่วนรวมและของบุคคลผู้ถูกกล่าวหาในคดีนั้นให้พ้นจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติและการกระทำในทางที่มีขอบทั้งหลาย¹ ซึ่งสิทธิ เสรีภาพนี้เป็นสิทธิพื้นฐานที่ได้รับการประกันและรับรองไว้ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญและยึดมั่นในหลักเกณฑ์ของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ การพิจารณาวินิจฉัยของศาลยุติธรรมจะกระทำเฉพาะเท่าที่จำเป็นสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีธรรมดาที่ขึ้นสู่ศาลนั้น ตัวอย่างของการพิจารณาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม อาจกล่าวให้เห็นได้จากการพิจารณาของศาลยุติธรรมสูงสุดสหรัฐอเมริกา ศาลยุติธรรมสูงสุดจะมีการประชุมโดยประธานศาลสูงสุดจะกล่าวนำอภิปรายแสดงความคิดเห็น ต่อจากนั้นจะเป็นการอภิปรายของผู้พิพากษาตั้งแต่อาวุโสสูงสุดจนถึงอาวุโสน้อยที่สุด แล้วจึงมีการลงมติจากผู้พิพากษาอาวุโสน้อยที่สุดไปจนถึงอาวุโสมากที่สุดและประธานศาลสูงสุดเป็นคนสุดท้าย² เหตุที่กำหนดให้มีการลงมติเช่นนี้เพราะเกรงว่า การลงมติของ

¹Shapiro and Hobbs, The Politics of Constitutional Law, p. 16.

²วิญญู เครื่องงาม, "เรื่องของศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา", :38.

ผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุดหรือประธานศาลสูงสุดจะเป็นการชักจูงโน้มน้าวให้ผู้พิพากษาอาวุโสน้อย
 คล้อยตาม การลงมติถือคะแนนเสียงข้างมาก 5 ใน 9 เป็นมติที่มีผลบังคับกับผู้พิพากษาที่ไม่
 เห็นด้วยก็อาจทำความเห็นแย้งได้ และเมื่อลงมติแล้วก็จะมีการร่างคำวินิจฉัยโดยยึดหลักว่า
 ถ้าประธานศาลสูงสุดลงมติเห็นด้วยกับฝ่ายเสียงข้างมาก ประธานศาลสูงสุดจะเป็นผู้กำหนด
 ว่า ผู้พิพากษาคณะใดจะเป็นเจ้าของสำนวนร่างคำพิพากษา ถ้าประธานศาลสูงสุดลงมติเห็นด้วย
 กับเสียงฝ่ายข้างน้อยและเพิ่มกับผู้พิพากษาอาวุโสสูงสุดของฝ่ายข้างมากจะเป็นผู้กำหนด
 ผู้พิพากษาของศาลสูงสุดทุกคนมีสิทธิร่างคำพิพากษาของตนเอง แต่คำพิพากษาที่ดีถือว่าเป็น
 บรรทัดฐานของศาลสูงสุดก็คือ คำพิพากษาที่ร่างโดยผู้พิพากษาฝ่ายเสียงข้างมากเจ้าของ
 สำนวน ตัวอย่างที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาเคยพิจารณาวินิจฉัยไว้ ได้แก่ คดีระหว่างเกรก
 สกอตต์และแอสตันฟอร์ด (Dred Scott v. Standford) มีโรเจอร์ แทนี (Roger Tany)
 เป็นประธานศาลสูงสุด ได้ตัดสินไว้เมื่อปี ค.ศ. 1857 โดยมติ 5 ต่อ 2 วินิจฉัยว่า คนผิว
 ดำหรือนิโกรมิใช่พลเมืองของสหรัฐอเมริกาตามความหมายในรัฐธรรมนูญ จึงมิได้รับความ
 คุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ โดยเหตุผลว่า เกรก สกอตต์ (Dred Scott) เป็นทาสมิใช่พลเมือง
 ตามความหมายของรัฐธรรมนูญ และแม้สกอตต์จะเป็นไทแก่ตัว ความเป็นคนผิวดำก็ยังคงกีด
 กันความเป็นพลเมืองอยู่ คำวินิจฉัยนี้เองที่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกผิวอันเป็นปัญหาที่รัฐบาล
 สหรัฐอเมริกายังแก้ไม่ตกอยู่ในปัจจุบัน สำหรับคดีระหว่างเพลสซีและเฟอร์กูสัน [Plessy v.
Ferguson (1896)] มีมอร์สัน อาร์ เวท (Morson R. Wate) เป็นประธานศาลสูงสุด
 ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1875 ที่มีบัญญัติให้ชนผิวขาวซึ่งไม่ใช่ผู้แทน
 ของหน่วยรัฐบาลปฏิบัติต่อชนผิวดำโดยเสมอภาคกันนั้นขัดรัฐธรรมนูญ คดีนี้มีผู้พิพากษาฮัลลัน
 (Halan) ได้ทำความเห็นแย้งไว้ และคดีระหว่างบราวน์และกระทรวงศึกษาธิการ [Brown
v. Board of Education (1955)] มีเอิร์ล วอร์เรน (Earl Woren) เป็นประธาน
 ศาลสูงสุดวินิจฉัยโดยมติเอกฉันท์ว่า การแบ่งแยกชั้นเรียนระหว่างเด็กผิวขาวและผิวดำ
 เป็นการขัดรัฐธรรมนูญ¹

¹ เรื่องเดียวกัน: 17 - 23.

การที่ศาลยุติธรรมวินิจฉัยเห็นว่ากฎหมายฉบับที่เป็นปัญหานั้นขัดรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมก็จะปฏิเสธไม่ยอมใช้กฎหมายนั้นบังคับแก่คดีซึ่งทำให้ต้องยกปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นพิจารณา รัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่บัญญัติไว้แจ้งชัดให้ศาลยุติธรรมปฏิเสธการใช้บังคับกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญแก่คดีที่ขึ้นสู่ศาล ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศบาวาเลีย ค.ศ. 1919 มาตรา 72 รัฐธรรมนูญของประเทศรามาเนีย ค.ศ. 1923 มาตรา 103 ฉบับ ค.ศ. 1938 มาตรา 75 รัฐธรรมนูญของประเทศโปรตุเกส ค.ศ. 1933 มาตรา 122 และของประเทศไอร์แลนด์ ค.ศ. 1937 มาตรา 34 นอกจากนั้นยังได้ปรากฏตามข้อเท็จจริงในประเทศนอร์เวย์เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1893 ว่า ศาลยุติธรรมในกรุงคริสติเนียได้ปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับใช้กฎหมายซึ่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าทดแทนเพราะเป็นการขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 104, 105 ของนอร์เวย์ที่ห้ามมิให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีค่าทดแทน

✓ กรณีที่ปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นในศาลยุติธรรมชั้นต้น และศาลมีคำวินิจฉัยแล้วคู่ความไม่พอใจคำวินิจฉัยนั้น ก็สามารถจะอุทธรณ์ต่อไปและการพิจารณาวินิจฉัยก็อาจจะดำเนินไปถึงชั้นสุดท้ายโดยสิ้นสุดลงที่ศาลยุติธรรมสูงสุดซึ่งถือว่าเป็นอันเสร็จเด็ดขาด แต่ในบางประเทศการพิจารณาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะไม่เกิดขึ้นในศาลชั้นต้นโดยเหตุที่ศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ศาลยุติธรรมชั้นต้นก็มีฐานะเป็นเพียงองค์กรผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาเท่านั้น ดังเช่น ประเทศอินเดีย และบางประเทศก็ให้มีการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะในศาลสูงซึ่งทำให้คดีสิ้นสุดโดยไม่มี การอุทธรณ์ฎีกาต่อไป ดังเช่นในประเทศมาเลเซีย เป็นต้น

สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยในระบบรวมอำนาจโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยนั้น เมื่อได้มีการใช้สิทธิเสนอปัญหาให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว ผู้มีอำนาจวินิจฉัยดังกล่าวจะต้องตรวจดูคำฟ้องของผู้เสียหายหรือรายงานความเห็นและคำขอให้พิจารณาของศาลยุติธรรมว่า ระบุประเด็นเกี่ยวกับปัญหา

กฎหมายชั่วคราวหรือประเพณีโต้เถียงในคดีซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการใช้กฎหมาย บังคับแก่คดีและ ระบุถึงบทกฎหมายซึ่งในความเห็นของศาลยุติธรรมทำให้เกิดความสงสัย ว่าต้องควบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ แล้วแต่กรณี การพิจารณาวินิจฉัยปัญหาจะต้อง คำนึงถึงหลักเกณฑ์ เช่น เกี่ยวกับในระบบกระจายอำนาจประกอบกับหลักการเคารพในสิทธิ มนุษยชน หลักอำนาจอธิปไตยของประชาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความรับผิดชอบ ของหน่วยงานของรัฐบาลต่อรัฐสภา หลักความอิสระของศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ โดยนำเอาความรู้ในศาสตร์ต่าง ๆ มาร่วมกันใช้เป็นกฎเกณฑ์เนื้อหาของ การตีความเพื่อแก้ปัญหาค้างกล่าว¹ และในระหว่างการพิจารณานั้นบางประเทศก็ให้สิทธิบุคคล ภายนอกและคู่ความในคดีธรรมดามาร้องสอดเข้ามาและอาจให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหานี้ ดังเช่นประเทศออสเตรเลียที่ให้สิทธินี้ เช่นเดียวกับที่ให้สิทธิแก่รัฐบาลสหพันธรัฐหรือรัฐบาล แลนเคอร์ (Lander) กรณีที่มีการอ้างว่ากฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐบาลสหพันธรัฐ หรือรัฐบาลมลรัฐได้ตราขึ้นโดยมีข้อความชั่วคราว

เมื่อผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้พิจารณาแล้ว จะต้องทำคำวินิจฉัยที่แสดงถึงรายละเอียด แห่งกรณีและคำขอให้ตีความของผู้เสียหายหรือของศาลยุติธรรมหรือผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัย ของกรณีอื่น (กรณีศาลยุติธรรมเป็นผู้ขอให้พิจารณา การทำคำวินิจฉัยต้องแสดงถึงรายงาน ความเห็นของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับปัญหาค้างกล่าวด้วย) และรายละเอียดของคำวินิจฉัย ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญผู้วินิจฉัยพร้อมเหตุผลประกอบความเห็น นั้นด้วย โดยอาจมีกำหนดเวลาให้ทำคำวินิจฉัยในแต่ละประเทศแตกต่างกันไป เช่น ประเทศสาธารณรัฐเตอร์กี ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 151 วรรค 3 ให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้รับความเห็นของศาลยุติธรรม ประเทศศรีลังกา

¹Hugo J.Hahn, "Trends in the Jurisprudence of the German Federal Constitutional Court," American Comparative Law Journal Vol. 16 No. 4 (1968): 572.

ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 65 ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายใน 2 สัปดาห์¹ นอกจากนั้นโดยทั่วไปแล้วประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจมักจะกำหนดให้มีขั้นตอนของการประกาศหรือโฆษณาคำวินิจฉัยในหนังสือแจ้งข่าวของทางราชการ เช่นเดียวกับหนังสือราชกิจจานุเบกษาเสียก่อน จึงจะมีผลใช้บังคับได้

การพิจารณาวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญขององค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยในระบบทั้งสองดังกล่าวมาข้างต้น มีข้อแตกต่างกัน กล่าวคือ ในระบบกระจายอำนาจ ไม่จำเป็นต้องมีบทกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการพิจารณาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมก็สามารถใช้อำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่ระบบรวมอำนาจจะต้องมีกฎหมายธรรมนูญไว้อย่างแจ่มชัด ดังจะเห็นได้จากในประเทศสาธารณรัฐเยอรมันที่ต้องมีกฎหมายธรรมนูญลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1951 และในประเทศอิตาลีต้องมีกฎหมายลงวันที่ 11 มีนาคม ค.ศ. 1953 เป็นต้น

2.4 ข้อปลดเปลื้องของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ปัญหาอันสำคัญยิ่งที่ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญทั้งสองระบบจะต้องเผชิญก็คือ การหลีกเลี่ยงอันตรายที่ไม่อาจแก้ไขได้อันจะเกิดขึ้นแก่กลุ่มบุคคลหรือบุคคลผู้ซึ่งเกี่ยวข้องกับในคดีที่เกิดปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้น ขณะที่คดีนั้นยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาหรือยังไม่มีคำพิพากษาคดีถึงที่สุด อันตรายดังกล่าวเป็นอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้โดยไม่สามารถชดเชยต่อความเสียหายได้ค้ำยเงิน ดังนั้นข้อปลดเปลื้องของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการแก้ไขเยียวยาที่มีประสิทธิภาพและเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างการคุ้มครองป้องกันการละเมิดสิทธิขึ้น

¹Cooray - peiris, "Fundamental Rights, Judicial Review and the Constitutional Court of Sri Lanka," : 32 - 33.

มูลฐานของส่วนรวมหรือประชาชน ข้อปลดเปลื้องของประเทศที่ใช้ระบบกระจายอำนาจ หรือประเทศส่วนใหญ่ในระบบคอมมอนลอว์ (common law) ที่มีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยมักจะทำโดยให้ผู้พิพากษาออกหมายหรือคำสั่งต่าง ๆ เพื่ออำนวยให้สามารถวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ในเวลาอันรวดเร็ว และสำหรับประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจหรือประเทศส่วนมากในระบบที่ใช้ประมวลกฎหมายที่มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยก็มีข้อปลดเปลื้องโดยการให้ร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นผลทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งพักการใช้อำนาจระทำการอย่างรุนแรงของรัฐหรือสั่งพักการใช้บทลงโทษตามกฎหมายที่มีข้อสงสัยว่าขัดรัฐธรรมนูญไว้ชั่วคราวระหว่างการพิจารณาคดีขั้นสุดท้าย แต่ข้อปลดเปลื้องนี้มักจะใช้ในส่วนเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายปกครองที่ขัดรัฐธรรมนูญ เช่นที่ใช้อยู่ในประเทศอิตาลีกรณีที่มีการกล่าวโทษทางอาญาซึ่งบุคคลถูกปฏิบัติเสรีสิทธิมนุษยฐานโดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและมีปัญหาขึ้นว่าเป็นการกระทำที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลีอาจสั่งพักการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่กระทำละเมิดต่อสิทธิมนุษยฐานของบุคคลนั้นได้ ในปัจจุบันข้อปลดเปลื้องของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยการสั่งพักการใช้อำนาจรุนแรงของรัฐหรือพักการใช้บทลงโทษตามกฎหมายที่มีข้อสงสัยว่าขัดรัฐธรรมนูญไว้ชั่วคราวนั้นได้รับการรับรองมากขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย