



ทฤษฎีเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

1. ทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution)

1.1 ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุด

อำนาจสูงสุดของกฎหมายเป็นลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญแตกต่างหรือมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ดังนั้นความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุดก็คือการมีฐานะที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งหมด ซึ่งอาจกล่าวได้ดังนี้

1.1.1 ด้วยความเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา การพิจารณาแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญจะต้องมีกระบวนการที่พิเศษและยากกว่ากฎหมายธรรมดา เช่น การพิจารณาแก้ไขกฎหมายธรรมดาจะต้องมีการประชุมรัฐสภาโดยกำหนดองค์ประชุมกึ่งหนึ่งเป็นอย่างน้อย แต่ถ้าวเป็นการประชุมพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดองค์ประชุมเป็น 2 ใน 3 เป็นต้น ฉะนั้นจึงแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยออกกฎหมายธรรมดาไม่ได้หรือการกำหนดเงื่อนไขเพื่อให้แก้ไขได้ยากไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น อาจกำหนดเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรีหรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ไม่ต่ำกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด
- (2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเป็นสามวาระ
- (3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อและต้องมีเสียงเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด
- (4) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอา

¹รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 มาตรา

เสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้วให้รอไว้สัปดาห์วัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และต้องมีเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด

(7) เมื่อการออกเสียงลงมติได้เป็นไปดังที่กล่าวข้างบนนี้แล้วให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายที่มาของรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากมีอยู่ 3 ทาง คือ¹

ก. ที่มาทางอเมริกา

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1776 เป็นต้นมา พวกอาณานิคมเดิมของอังกฤษในอเมริกาซึ่งได้รับเอกราช มีความนิยมในลัทธิรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรโดยให้มีวิธีการแก้ไขได้ยาก (rigid) เนื่องจากแต่เดิมพวกนี้ต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรซึ่งได้รับอิทธิพลจากอังกฤษโดยอังกฤษให้อำนาจนิติบัญญัติแก่อาณานิคม แต่มีเงื่อนไขว่าต้องขออนุญาตขอความแทรกไว้ด้วยว่า กฎหมายที่นิติบัญญัติในอาณานิคมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อไม่ขัดกับกฎหมายและจารีตประเพณีของอังกฤษ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญของพวกอาณานิคมยังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยผู้บัญญัติกฎหมายในอาณานิคมได้ ทำให้กฎหมายของพวกอาณานิคมที่ร่างขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญนี้เป็นกฎหมายที่มีการรองลงมา (Subordinate Legislation) เหตุนี้เองจึงเป็นแนวทางให้เกิดแนวความคิดที่จะแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นสองชั้นแก่นออเมริกัน โดยแบ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยากซึ่งเทียบเท่ากับธรรมนูญของพวกอาณานิคม และกฎหมายธรรมดาซึ่งเทียบเท่ากับกฎหมายที่นิติบัญญัติขึ้นในอาณานิคมนั่นเอง

ข. ที่มาทางปรัชญา

ความเห็นของนักปรัชญาแห่งศตวรรษที่ 18 ไม่นิยมในจารีตประเพณีแต่ชอบที่จะจัดทำกฎหมายให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน โดยที่ให้เห็นตัวอย่างในทางปฏิบัติซึ่ง

¹ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, 1:13-16.

ความจำเป็นของการบัญญัติรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรจากประเทศฝรั่งเศสในสมัยของการปฏิวัติ เมื่อ ค.ศ. 1789 ทั้งนี้เพื่อมิให้ฝรั่งเศสกลับไปสู่การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชอีก รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่แก้ไขได้ยากจึงเกิดขึ้นพร้อมกับหลักประชาธิปไตย นอกจากนี้ นักปรัชญาและนักรัฐศาสตร์ในสมัยนั้นยังมีความเห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นตัวแทนแห่งการรับรู้ซึ่งอำนาจอธิปไตยของชาติและเป็นการทำสัญญาทางสังคมใหม่ ซึ่งความเห็นเช่นนี้ก่อให้เกิดผลประการหนึ่งคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญมีค่าสูงกว่ากฎหมายธรรมดา อำนาจที่ถูกจัดตั้งขึ้น เช่น อำนาจนิติบัญญัติ จะมีขึ้นได้ก็ต่ออาศัยอำนาจจัดตั้งซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดแต่เดิมนั้นคือรัฐธรรมนูญ และอำนาจที่ถูกจัดตั้งขึ้นก็ต้องอยู่ภายในขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญด้วย

ค. ที่มาทางสหพันธรัฐ

การก่อตั้งสหพันธรัฐทำให้เกิดรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยากเนื่องจากวัตถุประสงค์สำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐก็เพื่อแบ่งแยกอำนาจระหว่างสหพันธรัฐหรือรัฐกลางกับรัฐแต่ละรัฐที่สมัครใจเข้าร่วมกัน ด้วยวัตถุประสงค์แห่งการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้เพื่อมิให้เกิดความยุ่งยากสับสนในภายหลัง จึงจำเป็นต้องกำหนดไว้อย่างแน่นอนชัดเจนมิให้มีการแก้ไขได้โดยง่าย

1.1.2 การละเมิดรัฐธรรมนูญโดยกำลังบังคับหรือด้วยการกระทำใด ๆ ย่อมทำให้ผู้ทำละเมิดนั้นมีความผิดร้ายแรง ด้วยข้อกำหนดเช่นนี้เป็นสิ่งที่ทำให้ผู้คิดจะละเมิดหรือล้มล้างรัฐธรรมนูญมีความเกรงกลัวต่อโทษซึ่งหนักและก็จะไม่กล้าที่จะกระทำลักษณะที่กล่าวนี้เป็น การแสดงความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญอันมีฐานะที่จะละเมิดมิได้

1.1.3 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมจะใช้บังคับมิได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญเนื่องจากบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติผู้บัญญัติกฎหมายเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

จึงเป็นเครื่องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

1.2 ลักษณะของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญมีความสูงสุดซึ่งเป็นลักษณะที่ทำให้แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้¹

1.2.1 พิจารณาจากแบบของรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญมีวิธีการที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ และอำนาจการตรวจสอบควบคุมกฎหมายอื่น ๆ หรือกฎหมายธรรมดา นั้นย่อมจะต้องมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายและวิธีการบัญญัติกฎหมาย รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติผู้ตราหรือออกกฎหมายต้องจัดทำกฎหมายด้วยความระมัดระวังมิให้มีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะรัฐธรรมนูญเป็นที่มาของกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ

1.2.2 พิจารณาจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศ การวางระเบียบการปกครองและสถาบันสูงสุดของประเทศ ส่วนกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ มีเนื้อหาที่แสดงการขยายความให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่และรายละเอียดเกี่ยวกับสถาบันที่กล่าวข้างต้น เสมือนกับเป็นเนื้อหาในส่วนปลีกย่อยขยายเนื้อหาสาระสำคัญใหญ่คือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

1.2.3 พิจารณาในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อให้บุคคลมีหลักประกันที่แน่นอน จึงต้องกำหนดให้มีการบัญญัติกฎหมายโดยเคารพต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ และผู้จัดทำกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ จะไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการเช่นกฎหมายธรรมดา

¹ สมภพ โทษะภิกข์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 59-60.

1.3 ที่มาของทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีนี้ได้เริ่มขึ้นจากความรู้สึกลึกซึ้งตามธรรมชาติที่ยกย่องและนับถือว่ากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เป็นกฎหมายสูงกว่าซึ่งเกิดขึ้นเพื่อรักษาความเป็นธรรมในสังคมและรับรองต่อสิทธิของประชาชน ได้เชื่อกันว่าประเพณีทางกฎหมายสูงกว่า (Higher Law) เกิดขึ้นเมื่อได้มีบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ ขึ้นในอีกระดับหนึ่งซึ่งฐานะต่ำกว่า แนวความคิดแต่เดิมนั้นเริ่มตั้งแต่สมัยกรีก-โรมันและได้วิวัฒนาการมาจนกระทั่งถึงแนวความคิดใหม่ในปัจจุบันซึ่งยังคงรักษาทฤษฎีนี้ไว้

กฎหมายธรรมชาติมาจาก *nómos* ในสมัยกรีก-โรมันดังที่กล่าวมาแล้วซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เปลี่ยนแปลงหรือเป็นกฎหมายแห่งจักรวาล ลัทธิสโตอิก (Stoicism) ได้ปฏิรูปความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติให้เป็นที่แพร่หลายออกไปจนเป็นที่ยอมรับกันว่า กฎหมายธรรมชาตินี้มีฐานะหรือศักดิ์ที่เหนือกฎเกณฑ์อื่น ๆ เป็นกฎหมายนิรันดร ไม่เปลี่ยนแปลงและผูกพันต่อทุกชาติทุกภาษาตลอดกาล ดังคำกล่าวของซีเซโร (Cicero) ในหนังสือ *เดอ รีพับลิกา (De Republica)* ว่า

กฎหมายที่แท้จริงนั้นคือ เหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกับธรรมชาติ แม้จะเข้าไปในทุกสิ่งทุกอย่าง เสมอเสมอเป็นนิรันดร เป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำ โดยคำสั่ง หรือห้ามไม่ให้กระทำความชั่วโดยขอรู้อวมองของมัน เป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ เราจะต้องไม่พยายามที่จะบัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ กฎหมายนี้เราไม่อาจที่จะลดขั้นให้มันต่ำท้อหรือวางเลิกล้มเสีย อันที่จริงแล้วไม่ว่าจะพิสดารหรือมวลงนก็ไม่มีอำนาจที่จะปลดปล่อยเราให้พลัดจากกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นต้องพึ่งบุคคลหรือสิ่งอื่นใดนอกจากตัวของเราเองที่จะ เป็นผู้แสดงออกว่ากฎหมายนั้นคืออะไร หรือคือความว่ากฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร กฎหมายนี้จะไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรม และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่เอเธนส์หรือเป็นอย่างหนึ่งในสมัยนี้ และเป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยต่อมา แต่ยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวไม่เปลี่ยนแปลงโดยอนันตกาล และผูกพันบังคับทุกชาติทุกภาษาตลอดจนทุกยุคทุกสมัย¹

¹ "True law is right reason, harmonious with nature, diffused among all, constant, eternal; a law which calls to duty by its commands and restrains from evil by its prohibitions... It is a sacred obligation not to attempt to legislate in contradiction to this law,

การวิวัฒนาการจากกฎหมายธรรมชาติของประเพณีทางกฎหมายสูงกว่าเกิดขึ้น
 ในกฎหมายของประเทศในโลกตะวันตกอันแนวความคิดทางการเมืองและกฎหมายปะปน
 กันไป ทราซิมมาซุส (Thrasymachus) , มาร์ซิกลิโอแห่งปาตัว (Marsiglio of
 Padua) , ฮอบบส์ (Hobbes) , เบนธัม (Bentham) และออสติน (Austin) ได้แสดง
 ให้เห็นว่า ประเพณีหนึ่งค่านึงถึงกฎหมายทั้งเป็นคำสั่งสำคัญที่มาจากองค์อธิปัตย์ผู้มีอำนาจ
 ให้มีกฎหมาย ส่วนโซโฟคลีสในแอนติกอน (Sophocles in Antigone) , ซีเซโร
 (Cicero) , เซนต์ ออกัสติน (St. Augustine)¹จอห์นแห่งซอลเบอรี (John of
 Salisbury) , เซนต์ โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) และผู้เชี่ยวชาญทาง
 รัฐธรรมนูญสมัยกลางคั้งเช่นแบรคตัน (Bracton) ได้แสดงให้เห็นอีกประเพณีหนึ่งโดย
 ยืนยันว่า ข้อความภายใน (content) ของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ค่อนข้างจะมากกว่า
 ที่มา (source) นั้นเป็นเกณฑ์ (touchstone) ของกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องตรงกันข้าม
 กับพวกปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (legal positivists) ผู้สนับสนุนประเพณีทาง
 กฎหมายสูงกว่าได้ปฏิเสธหลักโบราณที่ว่า ในความเป็นจริงผู้ปกครองยอมพอใจที่มีอำนาจ
 บังคับตามกฎหมาย (Quod principi placuit, legis habit vigorem) เป็นเหตุ
 ให้นักกฎหมายรัฐธรรมนูญสมัยกลางไม่คำนึงถึงความแตกต่างระหว่างรัฐบาลกับกฎหมาย
 และระหว่างอำนาจที่ชอบธรรมกับอำนาจที่ไม่ชอบธรรม ซึ่งมักจะมีการใช้อำนาจโดย
 มิชอบเกินขอบเขตที่ได้รับมอบอำนาจไป คั้งในกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจเกิน
 ขอบเขตทำให้เกิดความจำเป็นต่อการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติขึ้น

(cont.) not may it be derogated from not abrogated. Indeed by
 neither the Senate nor the people can we be released from this law,
 nor does it require any but oneself to be its exporitor or interpreter,
 nor is it one law at Rome and another at Athens, one now and another
 at a time, but one eternal and unchangeable law binding all nations
 through all time ..."

¹ Edgar Bodenheimer, Jurisprudence (Cambridge, Mass.: Harvard
 University Press, 1962), p. 22.

ต่อมาในศตวรรษที่ 16 หลักกรรมแห่งอำนาจอธิปไตย (Doctrine of Sovereignty) ได้ปรากฏขึ้นโดยมีลักษณะพิเศษของรัฐใหม่ที่ไม่เสื่อมสลายเป็นการคัดค้านต่อการจำกัดขอบเขตอำนาจซึ่งรัฐได้พบวิธีทางที่จะคัดค้านต่อการอ้างสิทธิของจักรพรรดิและของสงฆ์ วิธีทางจำกัดขอบเขตของประเทศ, คอมมอนลอร์และของตำแหน่งต่าง ๆ ภายในรัฐ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางสังคมด้วยวิธีรุนแรงโดยทั่วไป คำสั่งของรัฐได้ขยายวงกว้างออกไปด้วยความมีอำนาจเด็ดขาดมากกว่าเดิม อันแสดงถึงการวางรากฐานด้วยอำนาจของผู้ปกครอง มิใช่ด้วยอำนาจตามกฎหมาย ดังที่โฮมส์ ฮอบบส์ได้กล่าวว่า กฎหมายเป็นคำกล่าวของผู้ซึ่งมีสิทธิที่จะออกคำสั่งเหนือผู้อื่น และข้อเท็จจริงที่สำคัญเกี่ยวกับกฎหมายในสมัยนั้นก็คือ กฎหมายเป็นสิ่งที่ผู้มีอำนาจอธิปไตยได้สั่ง สิ่งที่อยู่ใต้อำนาจอธิปไตยอนุญาตก็คือ สิ่งที่เขาสั่ง¹ เมื่อลัทธิแห่งอำนาจเด็ดขาดได้กำหนดให้รัฐจัดตั้งรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญแล้ว ทฤษฎีหรือหลักกรรมแห่งอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดก็เริ่มล้มเหลวเพราะ ได้มีการใช้อำนาจปกครองโดยกษัตริย์ต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฮอบบส์ได้ยืนยันให้นางองค์กรเข้ามาแทนบุคคลในการถืออำนาจอธิปไตย ทำให้สภาประชาชนสามารถเข้ามามีบทบาทในการปกครองด้วย ประชาชนจึงยอมรับและเคารพต่อกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยสภาประชาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญได้เริ่มมีความสูงสุดด้วยเพราะ ในความศักดิ์สิทธิ์แห่งการยอมรับรัฐธรรมนูญสามารถทำให้สภาประชาชนหรือองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินอยู่ต่อไปได้ ระบอบราชาธิปไตยเหนือกฎหมายได้ถูกกำจัดไปโดยการอ้างพระผู้เป็นเจ้าของเจ้าเพื่ออภิบาลวงศ์กษัตริย์ ดังที่จูนิอุส บรูตัส (Junius Brutus) ได้กล่าวอ้างและเขายังกล่าวอีกด้วยว่า ประชาชนนำมาซึ่งกษัตริย์โดยยินดีที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงซึ่งกษัตริย์สัญญาที่จะปกครองอย่างยุติธรรมและเป็นไปตามกฎหมาย ประชาชนคือความสูงสุดที่ให้แกกษัตริย์ผู้ซึ่งพวกเขาตั้งขึ้นให้เป็นผู้ปกครองของเครือประเทศ (Commonwealth) แนวความคิดเช่นนี้ได้ส่งผลกระทบต่อมาในบทความ The Federalist No.78 ของแฮมิลตัน (Hamilton) ที่ว่า ผู้พิพากษา

1

A. D. Lindsay, The Modern Democratic State (London: Oxford University Press, 1962), pp. 213-214.

ควรจะพอใจต่อเจตนารมณ์ของประชาชนตามที่ปรากฏชัดในรัฐธรรมนูญถึงเจตนารมณ์ของ
ผู้แทนปวงชนคือผู้บัญญัติกฎหมาย ดังที่ปรากฏชัดในกฎหมายว่า "ผู้พิพากษาควรที่จะวาง
ระเบียบการตัดสินของเขาโดยกฎหมายพื้นฐานมากกว่าโดยกฎหมายซึ่งไม่เป็นพื้นฐาน"¹
และก็พบว่าเรื่องเดียวกันนี้ก็ปรากฏในคำกล่าวของมาร์แชลในคดีระหว่างมาร์เบอร์และ
แมคดีสัน ก่อนที่จะปรากฏบทความของแฮมิลตัน โดยมาร์แชลกล่าวว่า "ถ้าศาลเป็นผู้ปกป้อง
รักษารัฐธรรมนูญและ รัฐธรรมนูญเป็นความสูงสุดเหนือกฎหมายธรรมดาของฝ่ายนิติบัญญัติ
และต้องเป็นรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายธรรมดาที่คงบังคับใช้แก่คดีนั้น"²

แนวความคิดเกี่ยวกับการอ้างพระผู้เป็นเจ้าของเพื่อถ่วงดุลอำนาจได้เริ่มไปสู่
หลักนิติธรรม (the Rule of Law) แท้ ๆ เป็นลักษณะพิเศษและความสูงสุดแห่งกฎหมาย
ที่เป็นพระราชบัญญัติตั้งหลักธรรมเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของจอห์น ออสติน และอีกคำหนึ่ง
เริ่มเป็นทฤษฎีทางปรัชญาซึ่งพยายามที่จะหาฐานะแห่งอำนาจเด็ดขาดในความพยายามที่
จะทำให้ความสูงสุดแห่งกฎหมายสอดคล้องกับทฤษฎีประชาธิปไตย (Theory of
Democracy) ที่เป็นตัวกำหนดหลักธรรมแห่งอำนาจอธิปไตย รูปแบบของหลักธรรมนี้เริ่ม
ปรากฏในทฤษฎีแห่งเจตนารมณ์ทั่วไปของรูสโซ (Rousseau's theory of the general
will) อันเป็นจุดกำเนิดของอธิปไตยแห่งชาติในทฤษฎีของประเทศฝรั่งเศสและอธิปไตย
แห่งรัฐในทฤษฎีของประเทศเยอรมัน และเมื่อทฤษฎีแห่งอำนาจอธิปไตยเด็ดขาดได้ประสบ
ความล้มเหลว ก็ทำให้นักนิสิตศาสตร์สมัยกลางหันกลับไปสู่โครงสร้างของกฎหมายสูงกว่า
อีกครั้งหนึ่งโดยอาศัยโครงสร้างของกฎหมายสูงกว่าของกรีก-โรมันเป็นแนวทาง

ทฤษฎีในสมัยกลางนี้ได้รับเอาฐานะความสูงสุดของกฎหมายธรรมชาติที่ไม่อาจ
ถูกลบล้างได้มาเปรียบเทียบกับฐานะของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น (positive law) ทำให้

¹"They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by these which are not fundamental."

²"If, then, the courts are to regard the Constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of legislature, the constitution, and not such ordinary act must govern the case to which they both apply."

เห็นถึงฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันของกฎหมายทั้งสองและจากความต้องการที่จะรักษาไว้ซึ่งฐานะความสูงสุดของกฎหมายธรรมชาติเป็นเหตุให้เกิดการจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมีแนวความคิดที่ลึกซึ้งและเป็นรากฐานของการควบคุมมิให้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ ดังที่จอห์น ล็อก ก็ยอมรับว่า อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติสามารถถูกจำกัดโดยกฎหมายธรรมชาติ และในศตวรรษที่ 17 เซอร์เอ็ดเวิร์ด คูก (Sir Edward Coke) ผู้พิพากษาซึ่งเป็นประธานแห่งศาลสูงอังกฤษ (the King's Bench) และ the House of Common Plea และได้เป็นสมาชิกสภาล่าง (House of Commons) ที่สำคัญคนหนึ่งได้พยายามต่อต้านกษัตริย์โดยนำเอารัฐสภาและกษัตริย์ไปอยู่ภายใต้กฎหมาย เขาได้ให้แนวความคิดไว้ในคดีบอนแฮมว่า กฎหมายของรัฐสภาที่ขัดต่อคอมมอนลอว์ต้องถูกตัดสินให้เป็นอันเสียเปล่า ซึ่งแนวความคิดนี้มีอิทธิพลทางประวัติศาสตร์ต่อทฤษฎีรัฐธรรมนูญอเมริกันอย่างมาก และหลักกรรมของคูก (The Cokian doctrine) นี้ ศาลสูงสุดสหรัฐได้นำไปใช้อ้างในคดีต่าง ๆ ดังเช่น คดีระหว่างโลอัน แอสเซอร์และโทเปกา [Loan Assor v. Topeka, 20 Wall. 655, 662 (1874)] แต่หลักกรรมนี้กลับไม่เป็นที่ยอมรับในกฎหมายอังกฤษ

1.4 ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของอเมริกัน

ตามประวัติศาสตร์ของทฤษฎีรัฐธรรมนูญอเมริกัน ปรากฏเอกสารฉบับหนึ่งซึ่งแสดงความเห็นของกฎหมายสูงกว่าเป็นรูปร่างขึ้น ก็คือ แมกนา คาร์ตา (Magna Carta) อันเป็นกฎบัตรของอังกฤษที่เกิดขึ้นเพื่อป้องกันสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนต่ออำนาจใช้อำนาจอันมิชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ กฎบัตรนี้มีผลบังคับต่อชาวอาณานิคมอังกฤษในอเมริกาที่จะมิให้บัญญัติกฎหมายของอาณานิคมโดยขัดต่อกฎบัตรนี้ แต่ในปี ค.ศ. 1765 ปรากฏว่า รัฐบาลที่แมซซาชูเซตส์ (Massachusetts) ได้บัญญัติพระราชบัญญัติการแสตมป์โดยฝ่าฝืนกฎบัตรนี้และฝ่าฝืนต่อสิทธิของชาวอังกฤษด้วย ผู้พิพากษาวิลเลียม แคชชิง (William Cashing) จึงได้โจมตีพระราชบัญญัติดังกล่าวและทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่มีผลใช้บังคับ ลักษณะความเป็นกฎหมายสูงกว่าของกฎบัตรแมกนา คาร์ตาต่อกฎหมายของพวกเขาอาณานิคมนี้เอง เป็นลักษณะอันสำคัญที่ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

ได้รับสืบทอดมา¹ ดังที่โรนัลด์ เจฟเฟอร์สันได้กล่าวไว้ว่า "รัฐธรรมนูญสูงกว่ากฎหมายอื่นเป็นการจัดข้อสงสัยทั้งหมดที่ว่าเป็นผลเพื่อกำจัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ ..."² และเขาก็ได้ประกาศให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งเมื่อพิจารณาตามรูปแบบของรัฐธรรมนูญแล้ว การเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญยอมทำให้กฎหมายต่าง ๆ และข้อตกลงทางกฎหมายทั้งหมดจะต้องบัญญัติหรือทำขึ้นภายในขอบเขตอำนาจของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา³

ในการอภิปรายเกี่ยวกับข้อกำหนดแห่งฟิลาเดลเฟียเมื่อปี ค.ศ. 1787 (the Philadelphia Convention debates of 1787) ได้มีการอภิปรายถึงปัญหาและมีการแนะนำให้สภาองเกรสเชิญผู้พิพากษามาเพื่อให้ความเห็นถึงการบังคับใช้กฎหมายแห่งชาติกรณีที่มีข้อสงสัย ซึ่งแมคสันได้ประกาศว่า "กฎหมายที่เกินอำนาจของรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการบัญญัติขึ้นโดยประชานั้นควรได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาเพื่อไม่ให้มีผลบังคับ" และที่สำคัญก็คือข้อความในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1789 มาตรา 6 วรรค 2 ก็ได้บัญญัติว่า "ให้รัฐธรรมนูญนี้ ... เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันให้ยึดถือตามนั้น ..." ⁴ จากการประกาศของแมคสันและข้อความในรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวชี้ให้เห็นว่า น่าจะเป็นผู้พิพากษาที่มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายของรัฐสภาให้ขัดรัฐธรรมนูญ

¹Mason and Beane, American Constitutional Law, p. 20.

²Wallace Mendelson, "Jefferson on Judicial Review: Consistency Through Change," The University of Chicago Law Review Vol.29 No.2 (Winter 1962): 334.

³Shapiro and Douglas S. Hobbs, The Politics of Constitutional Law, (Cambridge, Mass. : Winthrop Publishers, 1974), pp. 13-17.

⁴"This Constitution ... shall be the supreme law of the Land, and the judges in every states shall be bound thereby ..."

เพื่อรักษาความสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ แต่ก็ยังมีการถกเถียงกันอยู่ว่า ควรให้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดร่วมกับฝ่ายบริหารในการพิจารณาแก้ไขและยับยั้งกฎหมายของสภาของเกรตหรือไม หรือควรจะให้ผู้พิพากษาใช้อำนาจนั้นแล้วไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ๆ ผู้พิพากษาควรจะต้องอยู่ในวิถีทางแห่งความยุติธรรมตามเจตนารมย์แห่งรัฐธรรมนูญที่ต้องการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

คำตอบต่อปัญหาดังกล่าวได้ปรากฏชัดขึ้นเมื่อเกิดคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิสัน ซึ่งมาร์แชลได้ชี้ให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐเป็นกฎหมายพื้นฐาน เป็นกฎหมายสูงสุดและไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้โดยกฎหมายธรรมดา ข้อเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็คือ ทำให้กฎหมายนั้นไม่ได้รับการบังคับใช้ เช่นกฎหมายอีกต่อไป และเป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่จะไม่นำพาดอกกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัยของมาร์แชลเช่นนี้ ผู้พิพากษาโฮล์มส์ (Holmes) ได้ให้ข้อสังเกตว่า วิถีแห่งชีวิตของกฎหมายไม่ไต่จากรากฐานควยการวิเคราะห์ตามหลักตรรกวิทยา แต่หากเป็นไปตามประสบการณ์แห่งชาติอันยาวนานมากกว่า¹ และเอ็ดมอนด์ คาคัน (Edmond Cahn) โกสนับสนุนการวินิจฉัยของมาร์แชลโดยเขาเห็นว่าคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิสัน ทำให้การเปลี่ยนแปลงแนวความคิดทางรัฐธรรมนูญจากรูปแบบที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ให้ก้าวไปสู่การดัดแปลงที่เหมาะสมและจากความเพื่องันไปสู่การลงโทษที่เห็นได้โดยผู้พิพากษาได้ประสบความสำเร็จ ซึ่งจากข้อสนับสนุนการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลของนักกฎหมายต่าง ๆ มากมายนั้น ก็อาจสรุปได้ว่า คดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิสันนี้เปรียบเสมือนเป็นหลักของกฎหมายรัฐธรรมนูญอเมริกัน (the cornerstone of American Constitutional law) แต่เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยอาศัยประสบการณ์อันยาวนานในการที่จะให้ผู้พิพากษาเป็นผู้พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

¹Dean, Judicial Review and Democracy, pp. 32-33.

โดยทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและความกล้าหาญของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการตีความเพื่อรักษาความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญนี้ไว้ให้มีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญใหม่เกือบทั้งหมดของโลกตะวันตก ทำให้มีแนวโน้มที่จะเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากโดยการเปลี่ยนแปลงแก้ไขจะต้องกระทำด้วยกระบวนการพิเศษเท่านั้น ไม่สามารถถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยกฎหมายธรรมดาของฝ่ายนิติบัญญัติได้

1.5 ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผลตามทฤษฎีของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือทำให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญระทำการอันขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ และถ้าหากมีการขัดแย้งเกิดขึ้น การกระทำเช่นนั้นก็ย่อมจะต้องเป็นอันเสียเปล่าหรือไม่มีผลใช้บังคับ และเพื่อดำรงรักษาความศักดิ์สิทธิ์แห่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญไว้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยคำนึงถึงหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องด้วย

2. ทฤษฎีของออสติน

2.1 อำนาจอธิปไตยและกฎหมาย

จอห์น ออสติน (John Austin) ได้กล่าวถึงอำนาจสูงสุดของรัฐบาลปิตัยต์ ๓ ประการคือ อำนาจอธิปไตยและกฎหมายซึ่งในความหมายของออสติน ก็คือ คำสั่งของรัฐบาลปิตัยต์ที่ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน¹ ทฤษฎีนี้เกี่ยวข้องกับปัญหาของอำนาจอันชอบธรรม (authority) ไม่เกี่ยวข้องกับปัญหาการบังคับ (force) หรืออำนาจโดยทั่วไป (power)² ซึ่งในศตวรรษที่ 19 อำนาจอันชอบธรรมได้ปรากฏให้เห็นในประเทศอังกฤษ

¹ วิชาญ เกรืองาม, "ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง," วารสารบัณฑิตย เล่ม 34 ตอนที่ 3 (2520): 439.

² Lindsay, The Modern Democratic State, pp. 217-218.

โดยแผ่ขยายจากชนชั้นสูงของประเทศไปสู่ชนชั้นกลางและจากชนชั้นกลางไปสู่ชนชั้นกรรมกร
ได้สำเร็จ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะของประชาธิปไตยตามความเป็นจริง (de facto
sovereignty)

ประชาธิปไตยตามความเป็นจริงกับประชาธิปไตยตามกฎหมายแตกต่างกัน
โดยที่ประชาธิปไตยตามความเป็นจริงมีความเปลี่ยนแปลงในการรับรองอำนาจอันชอบ
ธรรมแต่ยังคงไม่มีความเปลี่ยนแปลงในเรื่องความรับผิดชอบต่อตัวบทกฎหมาย การรับรอง
อำนาจอันชอบธรรมนี้เป็นสิ่งช่วยจำกัดวงเขตแห่งอำนาจอธิปไตย ถึงแม้อสตินได้อ้างว่า
ไม่สามารถมีกฎหมายตามความรู้สึกที่แท้จริงแห่งอำนาจอธิปไตยโดยปราศจากการรับรอง
อำนาจอันชอบธรรม ตัวอย่างของอำนาจที่ได้รับการรับรอง เช่น เกี่ยวกับการบัญญัติ
กฎหมาย อำนาจในการประกาศใช้บังคับหรือตีความกฎหมาย และอำนาจในการใช้
กฎหมาย เป็นต้น

อสตินได้ศึกษาถึงหลักกรรมแห่งอธิปไตย (doctrine of sovereignty)
ซึ่งตามทฤษฎีของออร์ทอดอกซ์ (Orthodox) เห็นว่าอำนาจอธิปไตยนี้เป็นอำนาจที่ไม่
อาจแบ่งแยกได้ ออสตินได้นำเอาหลักจริยธรรมเข้ามาพิจารณาในการบัญญัติกฎหมาย
เพื่อให้เป็นที่ยอมรับกันและจากข้อถกเถียงที่ว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนมากเป็นหลัก
จริยธรรมที่เป็นอยู่ (positive morality) ไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริงนั้น เขาได้อ้างว่า
สังคมสร้างกฎหมายและข้อเท็จจริงเป็นเครื่องรักษาสังคมซึ่งเขาก็ไม่ได้แย้งในข้อนี้
เขาทำให้ปัญหาข้อถกเถียงนั้นหมดไปด้วยการแบ่งแยกกฎหมายแท้จริงออกจากกฎเกณฑ์อื่น ๆ

ความยากของหลักกรรมหรือทฤษฎีของอสตินเป็นไปโดยที่อสตินอ้างว่า
อำนาจอันชอบธรรมที่ได้รับการรับรองต่อวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายต้องเป็นเรื่องเฉพาะตัว
และเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยนั้น เขาได้กล่าวว่า "ถ้ามนุษย์ซึ่งมีความสูงส่งในการตัดสินใจ
โดยไม่ใช้ในลักษณะที่ต้องเชื่อฟังต่อสิ่งที่สูงส่งนั้น ย่อมได้รับการเชื่อฟังอย่างสม่ำเสมอ

จากคนส่วนใหญ่ในสังคม ผู้ถืออำนาจอธิปไตยเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจในสังคมนั้น และสังคม (รวมถึงความสูงสุดด้วย) ก็เป็นสังคมทางการเมืองและเป็นอิสระ"¹ สำหรับการบัญญัติกฎหมายที่เป็นไปได้ก็คือ ข้อเท็จจริงของการเชื่อฟังบุคคลคนเดียวหรือหลายคน มิใช่เชื่อฟังกฎหมาย และคำว่า"กฎหมาย"ตามความเชื่อของเขาก็เป็นคำที่แยกมาจากความเชื่อฟังบุคคลหลายคน กฎหมายทั้งหมดเป็นคำสั่งจากบุคคลหนึ่งซึ่งได้รับการเชื่อฟังจนเคยชินนั่นเอง ดังนั้นในเบื้องต้นของสังคมจึงแบ่งเป็นสองส่วน คือ บุคคลคนหนึ่งหรือหลายคนผู้ออกคำสั่ง และคนในบังคับผู้ต้องเชื่อฟังต่อคำสั่งนั้น

2. การควบคุมให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

ความแตกต่างระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายตามวัตถุประสงค์ (law properly so called) นั้น เป็นสิ่งที่อดสินชี้ให้เห็นเพื่อที่จะพยายามเข้าถึงการควบคุมมิให้มีการขัดรัฐธรรมนูญ เขาได้ยืนยันว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายทางศีลธรรมที่มีตัวตนอยู่ (positive morality) ซึ่งหมายถึงพื้นฐานแห่งอำนาจอธิปไตย (basis of sovereignty) ก่อให้เกิดความรู้สึกในจิตใจของประชาชนที่จะรักษารัฐธรรมนูญไว้ แต่เขาก็ไม่ได้เสนอให้องค์กรอื่นมีอำนาจควบคุมเช่นนั้นนอกเหนือไปจากองค์กรที่ถืออำนาจอธิปไตยสูงสุดหรือรัฐาธิปัตย์นั่นเอง

3. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Seperation of Powers)

แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเริ่มปรากฏเป็นที่โต้เถียงกันมาตั้งแต่ได้มีการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมา การปฏิวัติดังกล่าวได้ยึดถือว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งสำคัญยิ่งสำหรับการปกครองระบอบประชาธิปไตย เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ผู้ถืออำนาจอธิปไตยผูกขาดการใช้อำนาจไว้แต่ผู้เดียวโดยลักษณะสมบูรณาญาสิทธิราช ดังที่ปรากฏข้อความในปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ซึ่งสมัชชาแห่งชาติลงมติเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ในข้อ 16 ว่า

¹ Lindsay, The Modern Democratic State, p. 222.

"สังคมใดไม่มีหลักประกันสิทธิโดยแท้จริงและไม่มีการแยกอำนาจโดยแท้จริง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ"¹ ปรัชญาฉบับนี้แสดงให้เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจเป็นสาระสำคัญของประชาธิปไตย หลักการเพื่อประกันต่อสิทธิเช่นนี้ได้ถูกนำมาใช้ในการปฏิวัติของอเมริกา และสืบหอคต่อมาเมื่ออิทธิพลของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันด้วย

3.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ

3.1.1 แนวความคิดทั่วไป ด้วยความประสงค์ที่จะป้องกันมิให้ผู้หนึ่งผู้ใดหรือองค์กรหนึ่งขององค์กรใดถือและใช้อำนาจทั้งหมดเพียงฝ่ายเดียว จึงก่อให้เกิดหลักการแบ่งแยกอำนาจขึ้นโดยแนวความคิดที่ว่า หากผู้หนึ่งผู้ใดหรือองค์กรหนึ่งขององค์กรใดผูกขาดอำนาจไว้แล้วใช้อำนาจเกินขอบเขตเพื่อกดขี่ข่มเหงประชาชนก็จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องถูกกระทบกระเทือนได้ และเพื่อหลีกเลี่ยงระบอบการใช้อำนาจเช่นนี้ ในศตวรรษที่ 18 จึงได้มีการเคลื่อนไหวทางการเมืองเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง² ซึ่งเอ็มมานูเอล คานท์ (Immanuel Kant) เป็นคนแรกที่สังเกตเห็นว่า อำนาจที่แตกต่างกันมีลักษณะตรงกันในรูปแบบของระบบการปฏิบัติทางตรรกวิทยา ทำให้การแบ่งแยกอำนาจเป็นไปโดยอ้างเหตุผลในทางตรรกวิทยาเป็นสำคัญ จึงสรุปได้ว่าทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจตามวัฒนธรรมทางตะวันตกสอดคล้องกับหลักตรรกวิทยาของอริสโตเติล³

¹เค็อน บุนนาค, "การแยกอำนาจ," วารสารนิติศาสตร์ 9ฉบับที่ 3 (2521): 16; หยุท แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2520), หน้า 63.

²Maurice Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel (Paris: Presses Universitaires de France, 1968), pp.184-185.

³Carl J. Friedrich, Constitutional Government and Democracy (Boston: Ginn and Company Founded, 1950), p. 183.

สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ¹

1) ให้มีองค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจคนละฝ่ายแยกจากกัน นั่นคือองค์กรรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร และศาลยุติธรรมหรือองค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ

2) ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายมีอิสระ ไม่อยู่ในบังคับต่อกัน แต่มีการควบคุมซึ่งกันและกันเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้อำนาจมากเกินไป

3) ให้ผู้ใช้อำนาจได้รับตำแหน่งหน้าที่ของตนมาจากประชาชน

จอห์น ลอคได้เป็นผู้ประดิษฐ์ทฤษฎีนี้ขึ้นในเบื้องต้นแรก จากการที่เขาแก้ตัวให้กับการปฏิวัติเมื่อปี ค.ศ. 1688 เกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติ เขาพิจารณาว่า² กฎหมายไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาอย่างถาวร และผู้บัญญัติกฎหมายอาจพยายามหลีกเลี่ยงตนเองให้พ้นจากการเชื่อฟังตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้น ในลักษณะที่ลอคพิจารณานี้ เขามุ่งหมายที่จะให้มีความสมดุลย์กันในรัฐธรรมนูญของอังกฤษ และมองเตสกีเออร์ก็ได้ยกขึ้นกล่าวถึงชั้นแห่งหลักการใหม่และเป็นสากลทางรัฐธรรมนูญ คือหลักกรรมหรือทฤษฎีของการแบ่งแยกอำนาจโดยสนับสนุนว่าเป็นการแบ่งแยกอำนาจของรัฐบาลที่ชาวอังกฤษเป็นเจ้าของเสรีภาพของพวกเขา มองเตสกีเออร์ได้ไปอยู่ในประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1732 ซึ่งขณะนั้นอังกฤษเป็นประเทศที่มีเสรีภาพมากกว่าประเทศอื่น ๆ เขาได้เห็นด้วยกับแนวความคิดของลอคและเป็นผู้คนคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจในยุคของรัฐธรรมนูญใหม่ โดยในปี ค.ศ. 1784 เขาได้เขียนหนังสือชื่อ "เจตนารมณ์

¹ เค็อน บุนนาค, "การแยกอำนาจ," หน้า 25.

² Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution, 5th ed.

(London: University of London Press, 1959), p. 20.

ของกฎหมาย" (De l'Esprit des Lois)¹ อธิบายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทั่ว ๆ ไป และบางตอนก็กล่าวถึงรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษด้วย เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น เขาได้กล่าวว่า ทุกประเทศมีอำนาจอยู่สามอย่างคือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ (Puisseance de législativo) ได้แก่บัญญัติกฎหมาย แก้ไข และยกเลิกกฎหมาย (2) อำนาจที่จะปฏิบัติกิจการต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (Puisseance exécutrice du droit des gens) อันได้แก่อำนาจที่พระมหากษัตริย์ หรือข้าราชการทำสัญญาสันติภาพหรือประกาศสงคราม ส่งหรือรับทูต ออกคำสั่งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยป้องกันการรุกราน และ (3) อำนาจที่จะปฏิบัติกิจการต่าง ๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายเอกชน (Puisseance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil) ได้แก่ อำนาจพิจารณาลงโทษทางอาญาและพิจารณาข้อออกเถียงของเอกชน² แม้จะมีผู้กล่าวว่ามองเตสกีเอร์ได้เข้าใจรัฐธรรมนูญอังกฤษในสมัยนั้นผิดไป แต่แนวความคิดของเขาที่แสดงให้เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งสำคัญสำหรับ

¹ Ibid., pp. 21-22.

² "In every State there are three kinds of Powers, the legislative power, the power executing the matters which fall within the civil law. Through the first, the Prince or Magistrate makes the laws for the time being or for all time, and amends or repeals those previously made. Through the second he makes war and peace, sends and receives ambassadors, establishes order, prevents invasions. Through the third he punishes crimes and judges the disputes of private individuals. This last is called the Judicial Power, and the second is known as the Executive Power."

เสรีภาพของประชาชนนั้น ได้เป็นที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปและเป็นแนวความคิดที่สำคัญในสมัยของการปฏิวัติฝรั่งเศสด้วย

รัฐธรรมนูญในประเทศส่วนมากได้แยกอำนาจออกเป็นสามคือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ (2) อำนาจบริหาร และ (3) อำนาจตุลาการ คล้ายคลึงกับแนวความคิดของมองเตสกีเออร์ แต่สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีนคณะชาติ ค.ศ. 1747 ได้แยกออกเป็น 5 อำนาจคือเพิ่มอำนาจในการสอบไล่ (Examination yuan) และอำนาจการควบคุมของสภา (Control yuan) อีกสองอำนาจนอกเหนือจากสามอำนาจที่กล่าวข้างต้น นอกจากนั้นในคำร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญบางเล่มกลับเห็นว่าควรแบ่งเป็นสองอำนาจเท่านั้น¹ คือ อำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย และอำนาจที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยเห็นว่าอำนาจตุลาการเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนั่นเอง

ในแต่ละอำนาจจะต้องมีความเป็นอิสระในการใช้อำนาจ ซึ่งประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความอิสระนี้ในขอบเขตที่ต่างกันโดยพิจารณาว่าควรแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดหรือไม่ ซึ่งที่ใช้กันอยู่มี 2 ระบบ คือ ระบบที่แยกอำนาจออกไปโดยเด็ดขาด ก็จะมีอิสระในการใช้อำนาจมาก ดังเช่นที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศในทวีปอเมริกาซึ่งความจริงในทางปฏิบัติยังคงมีความเชื่อมโยงกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารโดยผ่านพรรคการเมือง และให้ฝ่ายบริหารเข้าไปชี้แจงต่อคณะกรรมการของสภานิติบัญญัติได้ และอีกระบบหนึ่งแยกอำนาจไม่เด็ดขาด ให้มีการถ่วงดุลย์และคานอำนาจซึ่งกันและกัน ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจยับยั้งฝ่ายบริหารโดยลงมติไม่ไว้วางใจ และฝ่ายบริหารมีอำนาจยุบสภานิติบัญญัติได้ ดังเช่นที่ใช้อยู่ในประเทศไทย

¹H. Berthélemy, Traité élémentaire de Droit administratif, 13^e ed. (Paris: n.p., 1933), pp. 10-13.

3.1.2 แนวความคิดของนักปรัชญาต่าง ๆ ตั้งแต่เริ่มแรกของการกล่าวถึง อำนาจอธิปไตย ก็ได้มีนักปรัชญาหลายท่านได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับหลักการแบ่ง แยกอำนาจ เริ่มจากมาร์ซึลแห่งปาตู (Marsile de Padoue) ในหนังสือชื่อ เคอ- ฟังเซอร์ ปาซีส์ (Defensor Pacis) ในปี ค.ศ. 1377 ต่อมาคือ ฌ็อง โบแดง (Jean Bodin) ชาวฝรั่งเศส โบแดงได้เขียนหนังสือชื่อ เคอ ลา เรปูบลิกา (De la République)¹ อธิบายชี้แจงไว้ว่า อำนาจอธิปไตยแยกเป็นหลายแขนงด้วยกัน แต่เขา มิได้แบ่งชัดเจนไปว่าแยกแขนงเป็นอะไรบ้าง ปุฟเฟนดอร์ฟ (Puffendorf) นักปราชญ์ ชาวเยอรมันผู้มีชื่อเสียงโด่งดังได้พิจารณาและตอบปัญหานี้โดยเขียนหนังสือชื่อ เคอ ชูร์ นาตูเร เอ เจนติอุม (De Jure naturae et gentium) อธิบายชี้แจงแยกแขนง ต่าง ๆ ของอำนาจอธิปไตยออกเป็น 7 แขนง คือ (1) อำนาจนิตินบัญญัติ (2) อำนาจ วางโทษในกรณีฝ่าฝืนกฎหมาย (3) อำนาจตุลาการ (4) อำนาจทำสงครามหรือสงบศึก หรือทำสนธิสัญญา (5) อำนาจแต่งตั้งรัฐมนตรีและข้าราชการ (6) อำนาจเก็บภาษี และ (7) อำนาจจัดการศึกษา ทั้งโบแดงและปุฟเฟนดอร์ฟได้ถูกจัดให้เป็นนักปรัชญา ที่สังกัดสำนักศึกษากฎหมายแห่งธรรมชาติและมนุษย์ (École du droit de la nature et des gens) โดยอริสโตเติลนักปรัชญาชาวกรีก ซึ่งปรากฏในหนังสือชื่อ โพลิติกเกอ (Politique) ของเขากล่าวให้เห็นว่านักปรัชญาทั้งสองท่านนี้ต่างก็ได้อธิบายเกี่ยวกับการแยกอำนาจอธิปไตยไว้ แต่การแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้มิได้มีใช้อยู่ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญ ของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันส่วนมากได้รับอิทธิพลจากนักปรัชญาสำคัญสองท่านคือ จอห์น ล็อค นักปรัชญาชาวอังกฤษ และมองเตสกีเออร์ นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส

ในหนังสือชื่อ ทรีตีส์ ออน กอฟเวิร์นเม้น (Treaties on Government) ของจอห์น ล็อค ได้ชี้ให้เห็นว่า จะต้องมีการแยกอำนาจนิตินบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร เพราะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรในการที่บุคคลคนเดียวทั้งมีบัญญัติกฎหมายและใช้กฎหมายเองด้วย เนื่องจากสิ่งนี้ทำให้กฎหมายขาดคุณลักษณะที่จะเป็นกฎหมายไป ในเมื่อผู้บัญญัติกฎหมาย

¹ เค็อน บุนนาค, "การแยกอำนาจ," : 18.

อาจใช้วิธีบัญญัติกฎหมายนั้นเองเพื่อออกคำสั่งหรือกำหนดมาตรการเป็นราย ๆ ไป โดยกระทำได้ตามอำเภอใจ สำคัญเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของลอคมีอยู่สองประการ คือ¹

1) การแบ่งอำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจบัญญัติหรือตราฎเกณฑ์ทั่วไปแยกออกจากอำนาจฝ่ายบริหารและอำนาจสหพันธ์ (federative power) และ

2) กำหนดให้มีความเกี่ยวพันระหว่างหน้าที่และความมั่นคงของอำนาจเหล่านั้น ลอคได้กล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจธิปไตยออกเป็นสามอำนาจในหนังสือชื่อ เอสเสย์ ออน ซีวิล กอฟเวิร์นเมนต์ (Essay on Civil Government) กล่าวคือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ (2) อำนาจบริหาร และ (3) อำนาจทำสงคราม ทำสันติภาพ หรือทำสนธิสัญญา โดยยังไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการ แต่ต่อมาได้มีการปฏิบัติในประเทศ อังกฤษ ครอมเวลล์ (Cromwell) ผู้นำการปฏิวัติได้นำเอาทฤษฎีของลอคมาใช้เป็นครั้งแรกในอังกฤษ ครอมเวลล์ได้แสดงความคิดเห็นว่าอำนาจธิปไตยต้องแยกเป็นสามอำนาจ คือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ (2) อำนาจบริหาร และ (3) อำนาจตุลาการ เขาได้นำเอาความคิดเห็นเช่นนี้ไปบัญญัติไว้ในธรรมนูญการปกครองของอังกฤษในสมัยนั้น จึงถือได้ว่าทฤษฎีของลอคเป็นรากฐานของวิถีทางในการปกครองสมัยครอมเวลล์ (the Cromwellian Instrument of Government) และเป็นแนวความคิดที่สำคัญแก่มองเตสกีเออร์นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสอีกด้วย

มองเตสกีเออร์ได้ยืนยันว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเป็นการแบ่งแยกอำนาจของรัฐบาลที่ชาวอังกฤษเป็นเจ้าของเสรีภาพของพวกเขาเอง มองเตสกีเออร์ได้เขียนหนังสือเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยได้แนวความคิดมาจากลอค แต่แยกอำนาจตุลาการ

¹ Friedrich, Constitutional Government and Democracy, pp.174-176.

ออกเป็นอิสระ ซึ่งลอคคินได้แยกไว้ให้เห็นชัด ในบรรพที่ 11 ของหนังสือดังกล่าวซึ่งว่าด้วย ความเกี่ยวพันระหว่างกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดเสรีภาพในทางการเมืองกับรัฐธรรมนูญการปกครอง เขาได้อธิบายถึงอำนาจต่าง ๆ ของอำนาจอธิปไตยไว้ โดยเหตุผลของเขา เกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมีอยู่สองประการ คือ

1) ถ้าไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระจากกันแล้ว เสรีภาพของประชาชนก็จะมีไม่ได้ เพราะถ้าองค์กรเพียงองค์กรเดียวใช้อำนาจทุกอย่างแล้ว องค์กรนั้นก็จะมีอำนาจจนเกินขอบเขต จึงทำให้ต้องจับและกำหนดให้อำนาจหนึ่งยับยั้งอีกอำนาจหนึ่ง (Le pouvoir arrête le pouvoir)

2) กฎหมายจะใช้บังคับตามวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติขึ้นและประชาชนจะเคารพตอกฎหมายก็แต่เฉพาะกรณีที่มีการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหากไม่มีแล้วการใช้กฎหมายก็จะมีลักษณะที่เลือนลอย ใช้กฎหมายกันได้ตามอำเภอใจ

ข้อความในหนังสือดังกล่าวที่ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของหลักประกันคือสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีปรากฏดังนี้¹

เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนคนเดียวกันหรือองค์กรเจ้าหน้าที่เดียวกัน อีสรภาพย่อมไม่อาจมีได้ เพราะจะเกิดความหวาดกลัวเนื่องจากกษัตริย์หรือสภาเดียวกันอาจบัญญัติกฎหมายแบบทรราชย์

เช่นเดียวกัน เสรีภาพจะไม่มีอยู่ ถ้าอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและบริหาร ถ้าหากรวมอยู่กับนิติบัญญัติ ชีวิตและอีสรภาพของคนในบังคับจะอยู่ภายใต้การควบคุมแบบพลการเพราะตุลาการอาจประพฤติอย่างรุนแรงและกดขี่

¹ เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน, หน้า 350;

William Ebenstein, Great Political Thinkers-Plato to the Present, 3d ed. (New York, Chicago, San Francisco, Toronto: Holt, Rinehart and Winston, 1960), pp. 427-428.

ทุกสิ่งทุกอย่างจะถึงซึ่งอวสาน ถ้าหากคุณหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นชนชั้นสูงหรือประชาชนจะใช้อำนาจทั้งสามเหล่านี้ คือ อำนาจบัญญัติกฎหมาย อำนาจบริหารนโยบายสาธารณะ และอำนาจพิจารณาคดีของบุคคล

ดังนั้นหลักประกันต่อเสรีภาพของบุคคลก็คือ ให้ผู้ถืออำนาจแต่ละฝ่ายต้องพึ่งพาอาศัยและควบคุมซึ่งกันและกันในลักษณะของการถ่วงดุลย์อำนาจ ซึ่งผู้อยู่ภายใต้อำนาจจะได้รับความคุ้มครองให้พ้นจากการใช้อำนาจในทางที่มิชอบ แต่มิให้อำนาจเหล่านั้นขึ้นต่อกัน คือให้เป็นอิสระจากกัน

3.2 การแบ่งแยกอำนาจในประเทศต่าง ๆ

ประเทศที่ใช้ระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจในรูปลักษณะต่าง ๆ โดยขึ้นอยู่กับทฤษฎีทางการเมืองของแต่ละประเทศ ซึ่งอาจกล่าวได้ดังนี้

ประเทศสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด ไม่ให้แต่ละอำนาจก้าวล้ำซึ่งกันและกันโดยต่างฝ่ายก็มีอิสระจากกัน เริ่มจากรัฐธรรมนูญซึ่งร่างขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1787 และสืบเนื่องต่อ ๆ มา ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของสหรัฐอเมริกานี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการป้องกันมิให้ประธานาธิบดีซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐและเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารมีอำนาจควบคุมเหนือสภาองเกรส¹ โดยให้ทั้งสององค์กรมีอำนาจที่อยู่ในฐานะเท่าเทียมกัน

ในการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดเช่นนี้ ได้มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่สำคัญยกเว้นไว้สองประการ คือ²

¹ Jennings, The Law and the Constitution, p. 26.

² ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, 1:263-267.



1) แม้ว่าประธานาธิบดีจะไม่ปัสสิทธิเสนอร่างกฎหมาย แต่ก็ยังมีสิทธิสำคัญอย่างหนึ่ง คือสิทธิยับยั้งร่างกฎหมายที่รัฐสภาได้ลงมติแล้ว (veto)¹ มิให้ประกาศใช้บังคับได้โดยส่งกลับคืนไปให้รัฐสภาพิจารณาใหม่ และการพิจารณาครั้งหลังนี้ทำให้ร่างพระราชบัญญัติเดิมจะมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อสมาชิกของรัฐสภาได้ลงมติเห็นด้วยเป็นจำนวนสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด สิทธินี้ทำให้ประธานาธิบดีสามารถต่อต้านรัฐสภาซึ่งเป็นปรปักษ์ก่อนนโยบายของประธานาธิบดี เพราะการปฏิบัติตามนโยบายต้องอาศัยกฎหมายที่สภาองเกรสบัญญัติขึ้นด้วย

2) การให้สภาสูงหรือสภาผู้แทนรัฐ (Senate) เป็นผู้ให้ความยินยอมเห็นชอบแก่ประธานาธิบดีในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่บริหารชั้นสูง เช่น รัฐมนตรีหรือทูตต่าง ๆ ซึ่งตามธรรมเนียมประเพณีแล้ว สภาสูงจะไม่ขัดข้องและการกำหนดให้การให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ ของประธานาธิบดีต้องได้รับอนุมัติจากสภาสูงซึ่งมีจำนวนสมาชิกเห็นชอบด้วยไม่น้อยกว่าสองในสาม²

แม้ว่าสภาองเกรสและฝ่ายบริหารจะต่างไม่ขึ้นแก่กัน แต่ในทางปฏิบัติแล้วคงต้องมีการติดต่อกันอยู่เสมอ เพราะลักษณะของการใช้อำนาจแต่ละอำนาจมีความเกี่ยวข้องกัน ดังเช่น การให้ฝ่ายบริหารเข้าไปชี้แจงแสดงความเห็นต่อคณะกรรมการธิการของสภา หรือการที่ประธานาธิบดีมีสาส์น (message) เป็นทางการไปยังสภาเพื่อแจ้งเรื่องราวต่าง ๆ หรือแนะนำให้พิจารณาปัญหาที่จำเป็นและมีประโยชน์ เป็นต้น

แมคสันได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจว่า การถ่วงดุลย์อำนาจเป็นสิ่งสำคัญ และการถ่วงดุลย์และคานอำนาจนี้ไม่เป็นการขัดแย้งต่อหลักการ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1789 มาตรา 1 ข้อ 7 วรรค 2.

² รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 มาตรา 2 ข้อ 2 วรรค 2.

แห่งรัฐธรรมนูญ องค์การที่วางศูนย์กลางที่สำคัญที่สุดก็คือโดยศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง ภายใต้เจตนาของผู้อภิพากษามาร์แชลโคถึ้อสิทธิแห่งอำนาจการประกาศมิให้การกระทำของประธานาธิบดีและของสภาองเกรสที่ขัดรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับโดยให้เป็นอันเสียเปล่าไป

ในหนังสือชื่อ คองเกรสชั่นแนล กอฟเวอร์นเมนท์ เอ สตาดี อิง ออเมริกัน โพลิติกส์ (Congressional Government, a study in American Politics) ของวูดโรว์ วิลสัน (Woodrow Wilson) ได้คัดค้านการแยกอำนาจในสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่า การแยกอำนาจเป็นส่วนเล็ก ๆ ที่ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบได้อย่างมาก แต่อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดในสหรัฐอเมริกา ก็ยังคงใช้อยู่ตอมาจนถึงปัจจุบัน

ประเทศฝรั่งเศส ทฤษฎีนี้มีใช้อยู่ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับของฝรั่งเศส เพื่อเป็นการป้องกันการประกาศของฝ่ายตุลาการมิให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและการกระทำของฝ่ายบริหารมีค่าบังคับ ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเป็นเรื่องที่สำคัญในการปฏิบัติของฝรั่งเศส และได้ปรากฏทฤษฎีความเสมอภาคกันของระบบรัฐธรรมนูญและการแบ่งแยกอำนาจเป็นรูปแบบคลาสสิกในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ.1789 มาตรา 16 และรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1799, 1800 (The Constitution of 22 frimaire, Year VIII, and the administrative reorganisation of 28 pluviôse, Year VIII) ได้มีการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ แต่ก็ไม่ได้ให้อำนาจศาลแพ่งในการควบคุมการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เหตุที่ฝรั่งเศสถือการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ เช่นนี้ก็เพราะว่าในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชชนั้น รัฐสภา (Parliament) ซึ่งทำหน้าที่ตุลาการ (ไม่ใช่รัฐสภาปัจจุบันหรือที่เรียกว่า Parliament อย่างประเทศอังกฤษซึ่งทำหน้าที่นิติบัญญัติ) ได้เข้า

เกี่ยวข้องกับภาระกระทำของข้าราชการ เรียกตัวข้าราชการไปฟ้องร้องเสมอ ๆ จึงทำให้งานปกครองกับศาลมีข้อขัดแย้งกันแต่นั้นมา ฉะนั้นเมื่อเกิดการปฏิวัติขึ้นจึงได้ถือหลักไม่ยอมให้ศาลยุติธรรมเข้าไปเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในทางปกครอง กฎหมายตามคำชี้แจงของนักปฏิวัติฝรั่งเศสแบ่งเป็นสองจำพวก¹ คือ กฎหมายแพ่งและกฎหมายการเมือง กฎหมายแพ่งหมายถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ส่วนกฎหมายการเมืองหมายถึงความเกี่ยวพันระหว่างเอกชนกับชุมชนหรือระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ที่จัดให้มีเพื่อกำเนินงานปกครองในชุมชนนั้น ๆ ซึ่งคล้ายกฎหมายมหาชนในปัจจุบัน ศาลยุติธรรมมีหน้าที่เฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดีกรณีพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น ไม่มีอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับกฎหมายการเมืองเพราะหากให้ศาลเข้าเกี่ยวข้องก็จะทำให้เสรีภาพในชุมชนนั้นเสื่อมเสียไป เรื่องนี้นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสอธิบายว่าเป็นการปฏิบัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เมื่อตุลาการแยกออกจากฝ่ายบริหารแล้ว ศาลยุติธรรมก็ไม่ควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทในทางปกครอง แต่แม้จะไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้าเกี่ยวข้องก็ตามก็ยังคงจำเป็นต้องมีเจ้าหน้าที่พิเศษที่มีอิสระตามสมควรเพื่อพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครองซึ่งก็ได้แก่ศาลปกครองในปัจจุบันนั่นเอง

ส่วนความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจตุลาการกับอำนาจนิติบัญญัตินั้น ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเคารพต่อคำพิพากษาของศาลโดยจะหยิบยกคำพิพากษาของศาลขึ้นถกเถียงในสภานิติบัญญัติไม่ได้ และฝ่ายตุลาการก็ไม่มีอำนาจรบกวนนิติบัญญัติขึ้นไต่บังคับเอง แต่ต้องตัดสินใจไปตามตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ ไม่ว่าจะเห็นด้วยกับกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่ก็ตาม ผู้พิพากษาจึงไม่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อความในกฎหมายหรือวินิจฉัยความสมบูรณ์ของกฎหมาย เพราะถือว่าเป็นการก้าวล่วงต่ออำนาจนิติบัญญัติซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

¹ เลื่อน บุณนาค, "การแยกอำนาจ," :98-99.

ประเทศอิตาลี จากการปกครองระบบฟาสซิสต์ซึ่งผ่านเข้าสู่รูปแบบทางรัฐธรรมนูญ นั้น นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอิตาลีเคยสามารถแสดงได้ว่าระบบฟาสซิสต์ก็ได้เป็นสิ่งที่ผิดไปจากหลักอันแท้จริงของรัฐบาลอิสระตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจและในปัจจุบันอิตาลีปกครองโดยระบบรัฐสภาซึ่งทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการปกครองโดยระบบนี้

อำนาจอธิปไตยของประเทศอิตาลีแบ่งเป็น 3 รูปแบบ¹ คือ อำนาจนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐสภา² อำนาจบริหารโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐและคณะรัฐมนตรี³ และอำนาจตุลาการโดยผู้พิพากษา⁴ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ ตุลาการศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่อิตาลีมีองค์กรพิเศษทำหน้าที่นี้ซึ่งได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)

ประเทศออสเตรเลีย ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่ใช้ในประเทศออสเตรเลีย ค้างปรากฏในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1900 แก้ไขปี ค.ศ. 1946 มาตรา 1 ให้อำนาจนิติบัญญัติของคอมมอนเวลธ์เป็นของรัฐสภาแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Parliament) ซึ่งประกอบด้วยพระราชินี สภาสูงและสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 61 ให้อำนาจบริหารของคอมมอนเวลธ์เป็นของพระราชินีและปฏิบัติโดยรัฐบาลทั่วไป (Governor-General) ดังเป็นผู้แทนของพระราชินี และในมาตรา 71 ให้อำนาจตุลาการของคอมมอนเวลธ์เป็นของศาลสูงสุดแห่งรัฐบาลกลาง (Federal Supreme Court) ซึ่งเรียกว่า the High Court of Australia)

¹Amos J. Pcaslec, Constitutions of Nations, 2d ed., Vol. II (the Hague, Netherlands: Martinus Nijhoff, 1956), pp. 480-481.

²รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1948 มาตรา 55, 70.

³รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1948 มาตรา 83, 85, 92.

⁴รัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1948 มาตรา 102, 108.

ออสเตรเลียได้ใช้หลักการถ่วงดุลอำนาจตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจโดยให้ศาลสูงสามารถควบคุมให้กฎหมายของรัฐสภาอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ¹ เช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกา

ประเทศเบลเยียม รัฐธรรมนูญของประเทศเบลเยียม มาตรา 26 ให้พระมหากษัตริย์ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกัน มาตรา 27 ให้อำนาจบริหารไว้แก่พระมหากษัตริย์ภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในมาตรา 30 ศาลยุติธรรมเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ

ประเทศสวีเดน ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของประเทศสวีเดนมีลักษณะที่ผิดแปลกไปจากประเทศอื่น ๆ รัฐสภามีฐานะกึ่งกษัตริย์ผู้ทรงอำนาจเด็ดขาดสืบต่อกันมาจนกระทั่งถึงศตวรรษที่ 17 และ 18 ระบบรัฐธรรมนูญได้วางรากฐานเหนือระบบกษัตริย์และผู้แทนผู้ แม้จะได้เริ่มมีคณะรัฐมนตรีซึ่งรับผิดชอบต่อรัฐสภาก็ตาม อำนาจปกครองของสวีเดนเริ่มแยกจากอำนาจบริหาร ขณะที่อำนาจบริหารของกษัตริย์อยู่ภายใต้ระบบความรับผิดชอบของรัฐสภาโดยเป็นไปตามกฎหมาย

ประเทศสาธารณรัฐเยอรมัน อำนาจอธิปไตยของสาธารณรัฐเยอรมันเป็นไปเพื่อรักษาลิทธิมูลฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งเป็นอำนาจบริหารใช้โดยรัฐบาลสหพันธ์ซึ่งประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี² อำนาจนิติบัญญัติ³ ใช้โดยสภาล่าง (Bundestag) และสภาสูง (Bundesrat) และอำนาจตุลาการเป็นของผู้พิพากษา⁴ โดยมีองค์กรผู้ใช้

¹ รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1900 แก้ไขปี ค.ศ. 1946 มาตรา 76(i).

² รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 62.

³ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 70-73, 45(2) และ 50.

⁴ รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 92.

อำนาจตุลาการคือ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ศาลสูงสุดสหพันธ์ ศาลสหพันธ์ และศาลมลรัฐ มีการควบคุมซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจต่าง ๆ เช่น ศาลกลางอาจแสดงความไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ได้โดยการเลือกผู้สืบทอดตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมด และโดยการร้องขอให้ประธานาธิบดีสหพันธ์ถอดถอนนายกรัฐมนตรี ซึ่งประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตามคำร้องขอ [มาตรา 67(1) แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน] หรือการที่ฝ่ายบริหารเข้าแทรกแซงต่ออำนาจของสภาที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (มาตรา 59 ก.) หรือการให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตุลาการตีความรัฐธรรมนูญเมื่อมีปัญหาขัดแย้งระหว่างองค์กรสูงสุดสหพันธ์และฝ่ายอื่น ๆ กับรัฐธรรมนูญ [มาตรา 93(1)]

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน รูปแบบการปกครองของสาธารณรัฐประชาชนจีนตามรัฐธรรมนูญได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยแบ่งเป็นอำนาจนิติบัญญัติโดยสภาประชาชนแห่งชาติ (National People's Congress)¹ อำนาจบริหารโดยประธานคณะกรรมการสภาสาธารณรัฐประชาชน (Chairman of the People's Republic)² และอำนาจตุลาการโดยศาลประชาชนสูงสุด (Supreme People's Court) ศาลประชาชนในส่วนภูมิภาคและศาลประชาชนเฉพาะ³

ประเทศสาธารณรัฐจีน คร.ซุนยัตเซ็นได้เสนอแนะแนวความคิดให้ใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 5 อำนาจ คือ (1) อำนาจนิติบัญญัติ (2) อำนาจบริหาร (3) อำนาจตุลาการ (4) อำนาจในการสอบไล่ (ได้แก่การคัดเลือกผู้ทรงคุณความรู้เข้าเป็นข้าราชการเพื่อให้ดำรงตำแหน่งสูง) และ (5) อำนาจในการควบคุม (เพื่อ

¹รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ.1954 มาตรา 21-25.

²รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ.1954 มาตรา 39.

³รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ.1954 มาตรา 73.

ทำหน้าที่สื่อคส่องควบคุมผู้ทรงอำนาจต่าง ๆ ในวงราชการ) แนวความคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 ด้วยใ้ให้คณะฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Yuan) เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ¹ คณะฝ่ายบริหาร (Executive Yuan) เป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร² คณะตุลาการ (Judicial Yuan) เป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ³ คณะฝ่ายสอบไล่ (Examination Yuan) เป็นผู้ใช้อำนาจในการสอบไล่⁴ และคณะฝ่ายควบคุม (Control Yuan) เป็นผู้ใช้อำนาจในการควบคุม⁵

ประเทศสหพันธมลายา รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธมลายา ค.ศ. 1957 มาตรา 44 บัญญัติให้อำนาจนิติบัญญัติของสหพันธ์ได้รับการใช้โดยรัฐสภา มาตรา 49 รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจบริหารให้ไว้แก่ย้งคี่เปอรตัวนอกองซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐ และสำหรับอำนาจตุลาการให้ศาลยุติธรรมสูงสุดและศาลล่างเป็นผู้ใช้อำนาจ

3.3 การแบ่งแยกหน้าที่ (Seperation of Functions)

ตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่มีผู้เข้าใจว่า อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกได้เป็นสามอำนาจนั้น ความจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยไม่สามารถแบ่งแยกออกได้⁶ และจากรูปแบบการปกครองที่แพร่หลายในประเทศต่าง ๆ ก็คือแบบรัฐสภานั้น ทำให้เห็นได้ว่าทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมิได้แยกอำนาจออกจากกันอย่างเด็ดขาด แท้ที่จริงแล้วทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไปก็คือ การแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐให้องค์กรหลายฝ่ายปฏิบัติกันเอง และตัวปัจจัย

¹ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 62.

² รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 53.

³ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 77.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 83.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 90.

⁶ จัง จากส์ รุสโซ, สัญญาประชาคม, หน้า 194.

ตลอดจนควบคุมให้เป็นไปตามคำสั่งของผู้มีอำนาจเด็ดขาดเพื่อความสงบสุขและระเบียบต่าง ๆ ยังคงอยู่ ที่ใดไม่มีกฎหมายก็จะมีรัฐตามธรรมชาติที่อยู่ในลักษณะซึ่งมนุษย์ต่างเป็นศัตรูต่อกัน¹ ชีวิตมนุษย์ก็จะโกล่เกลียว ชนขึ้น และโหดร้าย จึงจำต้องมีการป้องกันสังคมจากสภาพเช่นนี้ด้วยการกำหนดให้มีและรักษาไว้ซึ่งกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ

หลักนิติธรรมได้ปรากฏขึ้นในประเทศอังกฤษหลังสงครามกุหลาบ (The English Wars of the Roses) เพื่อต้องการให้อำนาจของกษัตริย์และข้าราชการบริพารได้รับมาจากกฎหมายและถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาและให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลที่มีอิสระ จากการศึกษาถึงหลักนิติธรรมในอังกฤษของ เอ.วี.ไดซี (A.V. Dicey) เขาได้เห็นว่า รัฐธรรมนูญของอังกฤษเข้าไปเกี่ยวข้องกับสิทธิของเอกชนเกือบจะโดยสมบูรณ์ เขาได้ให้จินตนาการสำหรับรัฐธรรมนูญที่เลิศโดยหลักธรรมแห่งการปล่อยให้กระทำโดยเสรี (the doctrine of laissez-faire)

หลักความสูงสุดแห่งรัฐสภาอังกฤษเป็นผลมาจากการใช้หลักนิติธรรมในอังกฤษ โดยทำให้รัฐสภามีอำนาจกว้างขวางมาก แต่สำหรับในประเทศอื่น ๆ ส่วนใหญ่แล้วได้มีการจำกัดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติโดยรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นหลักนิติธรรมที่ได้ผลมากที่สุด ระบบของรัฐบาลซึ่งกระจายอำนาจทางการเมืองออกไปโดยรัฐธรรมนูญลักษณะอักษรและหลักนิติธรรมนั้นเป็นสิ่งที่จะใช้อำนาจตรวจสอบหรือควบคุมได้อย่างคล่องตัวที่เกี่ยวข้อง

แบรคตันซึ่งเป็นผู้พิพากษาของศาลที่เรียกว่า King's Bench ในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 3 (King Henry III) ได้แสดงผลการวิเคราะห์ของเขาว่า การแก้ไขต่อต้านการปกครองที่กดขี่เพียงสิ่งเดียวก็คือ การไว้ใจและเชื่อมั่นในการแก้แค้นของพระเจ้าซึ่งไม่น่าสงสัยเลยที่อาจปฏิบัติโดยผ่านตัวแทนของประชาชน ซึ่งทำให้มีการควบคุม

¹Jennings, The Law and the Constitution, p. 44.

ต่อการกระทำของกษัตริย์ตามเอกสารที่เรียกว่า the De Legibus อันสืบต่อไปสู่ กฎบัตรแมกนา คาร์ตา กฎบัตรนี้ได้รับการทำให้สมบูรณ์และประกาศใช้ในสมัยของ คุณและเริ่มซึมซาบเข้าสู่คอมมอนลอว์ ก่อให้เกิดกฎหมายธรรมชาติของมวลมนุษยชาติ ดังคำกล่าวของโรสโก เพาวนค์ (Rosco Pound)¹

ในประเทศต่าง ๆ ส่วนมากได้หาทางบรรลุดังความต้องการจำกัดอำนาจ ต่าง ๆ โดยให้มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐาน ควบคู่การอาศัยหลักนิติธรรมและในการป้องกันรักษาอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ภายใต้หลักนิติธรรม ก็จำเป็นจะต้องมีการควบคุมการกระทำของผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่าย มิให้ละเมิดหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ

5. ทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

5.1 หลักหรือมูลฐานของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นโดยอาศัยทฤษฎี กฎหมายธรรมชาติเป็นพื้นฐาน แต่เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติไม่สามารถให้ เนื้อหาสาระแก่กฎเกณฑ์ที่แน่นอนได้ และไม่มีเครื่องมือที่จะทำให้ทฤษฎีปรากฏผลได้ อย่างจริงจัง จึงทำให้ทฤษฎีนี้ถูกยกเลิกไปในบางประเทศ ซึ่งช่วงนี้เองที่กฎหมาย ฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ได้รุ่งเรืองขึ้น แต่ต่อมาไม่นานประชาชนก็ได้เห็น ว่าระบบโพสิทีวิซึม (Positivism) ที่ใช้กันอยู่นั้นได้จำกัดประโยชน์บางส่วนของประชาชน ที่มีตามกฎหมายแต่เดิมจนไม่สามารถสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างน่าพอใจ ควบคู่กันเองทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติจึงได้ถูกนำกลับมาใช้อีกครั้งหนึ่งในสมัยของ

¹William Seagle, Welt-Geschichte Des Rechts (München: Verlag C.H.Beck München, 1951), pp. 251-316.

การสร้างประมวลกฎหมายอาชญากรรมที่ 19 ซึ่งตั้งแต่สมัยนาซี-ฟาสซิสต์ได้มีการทำให้
 กระหมวกสะท้อนต่อความเชื่อสัตย์ในฝ่ายนิติบัญญัติ ประชาชนจึงเริ่มให้ฝ่ายตุลาการพิจารณา
 วินิจฉัยควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติได้ เพื่อเป็นการยืนยันในหลักการต่อสู้กับการใช้อำนาจเกิน
 ขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติอย่างแข็งขัน โดยดำเนินการเป็นขั้นตอน ดังนี้

ขั้นแรก ให้มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพ
 ของประชาชนตลอดจนการประกันต่อสังคมด้วย

ขั้นที่สอง ทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (rigid) โดยยกฐานะให้รัฐธรรมนูญ
 เป็นกฎหมายสูงสุดและมีคุณค่าเท่าเทียมเหมือนเป็นเอกสารศักดิ์สิทธิ์

ขั้นสุดท้าย ได้แบ่งแยกความหมายการประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ
 รัฐธรรมนูญออกจากฝ่ายนิติบัญญัติ โดยให้ผู้พิพากษาหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้
 พิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดแทน

จากการต่อสู้กับการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการ
 ดังกล่าว ทำให้โครงสร้างของรัฐธรรมนูญใหม่และการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ
 ซึ่งประกอบด้วยความคิดที่ยังไม่เห็นผลและเป็นนามธรรมของกฎหมายธรรมชาติได้ปรากฏ
 รูปร่างขึ้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง และรัฐธรรมนูญใหม่ก็เกิดขึ้นโดยมี
 ลักษณะผสมประสานระหว่างกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง มีกฎหมาย
 ธรรมชาติซึ่งถูกจัดวางอยู่บนจุดยืนทางประวัติศาสตร์และความเป็นจริงที่เกิดขึ้นใหม่ใน
 แนวความคิดทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ

เมื่อปี ค.ศ. 1803 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดีระหว่างมาร์เบอร์
 และแมคสัน อันเป็นผลทำให้ทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญปรากฏเด่นชัดขึ้น
 โดยมีองค์กรศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ที่แท้จริงซึ่งไม่เพียงแต่ตั้งอยู่บนพื้นฐาน
 การวิเคราะห์ทางตรรกวิทยาของจอห์น มาร์แชล เท่านั้น แต่ยังตั้งอยู่บนพื้นฐานของ

ประสมการอันยาวนานของสหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากนี้ในบทความชื่อ Number 78 of the Federalist ของแฮมิลตันก็ยืนยันให้เห็นว่า ศาลยุติธรรมเป็นเครื่องช่วยป้องกันรัฐธรรมนูญโดยการจำกัดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจจนเกินขอบเขต¹ แม้ได้เคยปรากฏรายงานในคดีเฮย์เบิร์น (Hayburn) ปี ค.ศ. 1792 ว่า ศาลยุติธรรมได้ปฏิเสธโดยอ้างว่าไม่มีการกำหนดหน้าที่ของศาลในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายเช่นนี้ก็ตาม แต่ในปัจจุบันศาลยุติธรรมโดยทั่วไปกลับได้แสดงว่าเป็นเจ้าของอำนาจดังกล่าวอย่างแท้จริง

การใช้อำนาจนี้ของศาลยุติธรรมในช่วงหลังปี ค.ศ. 1890 ได้ก่อให้เกิดการตรวจสอบที่ทรงอำนาจภาพเหนือวิถีทางของสภานิติบัญญัติทุกสภาในสหรัฐอเมริกาทั้งในด้านการตรวจสอบขอความของกฎหมายให้ตรงกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญและตรวจสอบในศาลให้ตรงกับความคิดทางสังคมและเศรษฐกิจโดยอาศัยความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกัน ดังที่เคยปรากฏในคดีระหว่างลอชเนอร์และนิวยอร์ก (Locher v. New York) ซึ่งผู้พิพากษาโฮล์มส์ (Holmes) ได้แสดงความเห็นจากจิตใจของคนไว้ว่า คดีนี้ต้องได้รับการวินิจฉัยชี้ขาดตามปรัชญาทางเศรษฐกิจด้วย²

อาจกล่าวได้ว่าปัจจัยที่เป็นตัวประสานกันทำให้เกิดเป็นทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้น ก็คือ³ การให้เสรีภาพแก่ประชาชน

¹Dean, Judicial Review and Democracy, pp. 22-23.

²Alfred H. Kelly and Winford A. Harbison, The American Constitution, 3d ed. (New York: W.W. Norton and Company, 1955), p.539.

³Shapiro and Hobbs, The Politics of Constitutional Law, p. 13; Mason and Beane, American Constitutional Law, pp. 17-18.

โดยได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้หลักการ
แบ่งแยกอำนาจ การปกครองโดยระบบรัฐบาลกลาง (federalism) และกระบวนการ
ยุติธรรมตามกฎหมาย (due process of law) ทั้งนี้สหรัฐอเมริกาถือว่าเรื่องสิทธิ
เสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่ง เพราะตามระบอบประชาธิปไตยประชาชนควร
เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นจึงต้องมีการสร้างรัฐธรรมนูญให้เป็น
กฎหมายสูงสุดและบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ส่วนการ
จะรักษาไว้ซึ่งความสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น จากการอภิปรายถึงธรรมเนียมปฏิบัติของ
ฟิลาเดลเฟีย (the Philadelphia Convention of 1787) มีข้อนำพิจารณาว่า
เมื่อเกิดความสงสัยในเรื่องความถูกต้องของกฎหมายแห่งชาติ (National
Legislation) นั้น สภาคองเกรสอาจจะให้ผู้พิพากษาแสดงความคิดเห็นได้ แม้จะไม่
มีการปฏิเสธที่ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติตามอำนาจดังกล่าวแต่ก็มีการยืนยันว่า การให้
ผู้พิพากษามีอำนาจวินิจฉัยให้กฎหมายของสภาคองเกรสเป็นอันเสียเปล่านั้นเป็นการ
ละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งจะทำให้ผู้พิพากษาหลงตัวกลายเป็นรัฐบุรุษ
(making statesmen of judges) ดังคำกล่าวของเอลบริดจ์ เกรรี (Elbridge
Gerry) และอำนาจนี้ก็ไม่ใช่อำนาจอันชอบธรรมอย่างแน่ชัดทีเดียว

จึงเกิดปัญหาโต้เถียงกันอย่างกว้างขวางว่าการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้
ขัดรัฐธรรมนูญของศาลนั้นเป็นอำนาจที่แท้จริงโดยรัฐธรรมนูญหรือไม่ สภาคองเกรส
อาจบัญญัติลงโทษเพื่อเป็นการกลั่นแกล้งและประธานาธิบดีอาจยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่าน
ออกมาโดยสภาคองเกรสหรือศาลมีอำนาจมาควบคุมกฎหมายของสภาคองเกรสได้
อย่างไร ปกติแล้วปัญหาเหล่านี้มีคำตอบอย่างแจ่มชัดในรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อเราสงสัยว่า
ศาลสูงสุดมีอำนาจวินิจฉัยหรือไม่ และเราพบว่ารัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้แน่นอนดังเช่น
มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาบัญญัติให้ทราบเพียงว่า อำนาจตุลาการถูกมอบ
ให้แก่ศาลสูงสุดและศาลชั้นต่ำกว่าทั้งหลาย ดังนั้นผู้ศึกษารัฐธรรมนูญจึงเกิดความประหลาดใจ

ต่อมบัญญัติ เช่นนี้ เพราะ เป็นจุดที่ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กันมากกว่า ที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้ก็เป็นการแสดงเจตนาได้ว่าต้องการต่อต้านการวินิจฉัยควบคุมตามรัฐธรรมนูญของศาล นอกจากนั้นประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังได้ปฏิบัติเสถียรตลอดมาที่จะให้ฝ่ายตุลาการมีส่วนร่วมับประธานาธิบดีตั้งเป็นสถาบันพิจารณาแก้ไขกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ดียังมีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายท่านได้วิจารณ์ยืนยันอย่างมุ่งมั่นด้วยเจตนาที่จะให้มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาล และนักวิจารณ์บางท่านก็เห็นว่า การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เช่นนี้เป็นผลของการแย่งชิงอันยิ่งใหญ่ที่เริ่มขึ้นโดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดชื่อ จอห์น มาร์แชล และได้ต่อเนื่องขยายไปโดยไม่สิ้นสุด

ความเห็นของนักนิติศาสตร์ต่าง ๆ เกี่ยวกับทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น พอจะยกตัวอย่างที่สำคัญ ๆ ได้ดังนี้

1) ศาสตราจารย์ คอวิน (Professor Corwin) ได้ให้ข้อคิดเห็นว่า ศาลมีหน้าที่รักษาไว้ซึ่งเสรีภาพโดยการตีความการกระบวนกรควบคุมกฎหมายเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติละเมิดรัฐธรรมนูญ¹ สำหรับผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าการควบคุมกฎหมายโดยศาลยุติธรรมตั้งอยู่บนพื้นฐานแห่งหลักการทั่วไปที่แน่นอน คือ (1) หลักการให้รัฐบาลอยู่ภายใต้กฎหมาย (2) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (3) ลัทธิรวม (federalism) และ (4) หลักปฏิญญาว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) การวิเคราะห์เช่นนี้ทำให้เกิดความหวาดหวั่นกันว่า การให้อำนาจตุลาการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้นจะเป็นสิ่งนำไปสู่ความสูงสุดของตุลาการ (judicial supremacy)

2) อเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) ได้สนับสนุนต่อการให้อำนาจศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยได้เขียนบท

¹ Edward S. Corwin, American Constitutional History edited by Alpheus T. Mason and Gerald Garvey (New York, Evanston, and London: Harper & Row, Publishers, 1964), p. 210.

ความชื่อ The Federalist, No. 78 คอปปี้กฎหมาย เคารพต่อสิทธิของศาลที่จะประกาศให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีผลทางกฎหมาย

3) โรเบิร์ต ยาทส์ (Robert Yates) ได้วิจารณ์สนับสนุนว่า อำนาจนี้ควรมอบให้แก่ผู้พิพากษา ทั้งนี้เพื่อเป็นแบบอย่างให้รัฐบาลดำเนินการให้เป็นไปตามรูปแบบที่น่าพอใจแก่ผู้พิพากษาศาลการเหล่านั้น

4) โทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) เขาไม่เคยปฏิเสธอำนาจของศาลสูงสุดที่จะพิจารณาความถูกต้องของกฎหมายของสภาองเกรส แต่สำหรับการคัดค้านคดีที่ผูกพันต่อประธานาธิบดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ทางบริหารอย่างแท้จริงแล้ว เจฟเฟอร์สันไม่ยอมรับ กัง เช่นกฎหมายเกี่ยวกับการปลุกปั่นคนต่างด้าวให้ก่อการกบฏ (Alien-Sedition Law) ผู้พิพากษามีสิทธิที่จะพิจารณาการปรับและจำคุกเพราะเป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาโดยรัฐธรรมนูญ แต่ตามที่เชื่อว่ากฎหมายนี้ไม่ใช่รัฐธรรมนูญซึ่งฝ่ายบริหารก็ยังต้องผูกพันที่จะใช้อำนาจคล้อยตามไปด้วยเพราะอำนาจในการบริหารก็เป็นอำนาจที่ได้รับมอบมาให้แก่ฝ่ายบริหารโดยรัฐธรรมนูญเช่นกันนั้น ย่อมเป็นเครื่องแสดงความหมายว่า สาขาต่าง ๆ แห่งอำนาจอธิปไตยที่ทำงานประสานกันควรได้รับการตรวจสอบซึ่งกันและกัน

5) เจมส์ วิลสัน (James Wilson) , โอลิเวอร์ เอลส์เวิร์ท (Oliver Ellsworth) และจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ทั้งสามได้วางจุดมุ่งหมายเพื่อยกฐานะศาลสูงสุดขึ้นตามหลักการแห่งการวินิจฉัยโดยศาลการ (doctrine of judicial review) ในการประชุมให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1788 (Ellsworth of Connecticut) ได้มีการประกาศว่า¹

¹Mason and Beane, American Constitutional Law, p. 18.

ถ้าสหรัฐอเมริกาอยู่เหนืออำนาจต่าง ๆ แล้ว การบัญญัติกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญ
ไม่ให้อำนาจโดยชอบก็ทำให้กฎหมายนั้นเสียไป และอำนาจตุลาการหรือผู้พิพากษา
แห่งชาติซึ่งพิทักษ์ความยุติธรรมเป็นอำนาจอิสระที่จะประกาศให้กฎหมายเสียไป
ในกรณีที่เกี่ยวกับมลรัฐ ถ้าใครบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นการแย่งชิงกันเหนือรัฐบาลทั่วไป
กฎหมายนั้นก็เสียไป และผู้พิพากษาที่ซื่อตรงและมีอิสระก็จะประกาศให้กฎหมาย
นั้นเป็นอันเสียเปล่า

อย่างไรก็ตามจอห์น มาร์แชลล์ยังคงเป็นผู้ที่ยืนยันหลักการนี้ได้อย่างชัดเจน
ที่สุด ทำให้เห็นถึงองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ
โดยที่รัฐธรรมนูญยังมิได้มีบทบัญญัติปรากฏขึ้นก่อนเลย ดังที่เขาได้กล่าวในที่ประชุมสุดท้ายบน
แห่งเวอร์จิเนีย (the Virginia Ratifying Convention) ว่า

ถ้าสภาองเกรสบัญญัติกฎหมายที่ไม่ประกันต่อสิทธิตามอำนาจที่ระบุไว้ กฎหมายนั้น
ก็ควรได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญซึ่งผู้พิพากษาต้อง
รักษาไว้ ... ผู้พิพากษาคงจะประกาศให้กฎหมายนั้นเป็นอันเสียเปล่า

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ผู้พิพากษาได้ยอมรับทฤษฎีแห่งนิติศาสตร์โดยทั่วไป
ทฤษฎีนี้ได้ปฏิเสธความสามารถของศาลยุติธรรมในการสร้างกฎหมาย และทฤษฎีที่แพร่
หลายทฤษฎีหนึ่งก็คือ ทฤษฎีของกฎหมายที่ได้รับการรับรอง ("received law") ซึ่ง
ถือว่าผู้พิพากษาไม่ได้สร้างหรือวางหลักกฎหมาย แต่เป็นเพียงผู้ค้นพบและใช้กฎหมาย
โดยตรง ส่วนปัญหาทางรัฐธรรมนูญสามารถได้รับการแก้ไขโดยการใช้อำนาจหน้าที่ที่เหมาะสม
ในรัฐธรรมนูญ ผลสำคัญของความคิดใหม่เกี่ยวกับหน้าที่ของศาลยุติธรรมก็คือ การ
ขยายตัวอย่างกว้างขวางเพื่อไปสู่การยับยั้งการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมที่วินิจฉัย
ให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอันเสียเปล่าไปเป็นจำนวนหลายร้อยฉบับในช่วงที่เกิด
ปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจโดยผลจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในสหรัฐอเมริกา
กฎหมายเหล่านั้นฝ่ายนิติบัญญัติพยายามตราขึ้นเพื่อใช้แก้ปัญหาคงกล่าว แต่ก็ต้องประสบ
ความล้มเหลวโดยส่วนหนึ่งเป็นสาเหตุมาจากการใช้อำนาจเช่นนี้ของศาลยุติธรรม

เหตุการณ์นี้ทำให้หลายประเทศเห็นกันว่า องค์การศาลยุติธรรมไม่เหมาะสมที่จะใช้อำนาจตามทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และโน้มเอียงไปสู่การเมืองการพิเศษทางรัฐธรรมนูญมากขึ้น แต่ก็ยังคงคำนึงถึงหลักของคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมกิสันซึ่งเป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นชัดถึงทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญด้วย

1.2 หลักของคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมกิสัน (Marbury v. Madison)

ปัญหาในคดีนี้เกิดขึ้นจากวิลเลียม มาร์เบอร์ (William Marbury) ใ้ข้ออ้างถึงหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิพากษา (justice of the peace) ในมณฑลโคลัมเบีย (District of Columbia)¹ ซึ่งคดีนี้โดยก่ขึ้นเป็นปัญหาสำคัญโดยมาร์เบอร์ขอให้ศาลสูงสุดออกหมายบังคับ (mandamus) ถึงเจมส์ แมกิสัน (James Madison) ซึ่งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศเพื่อให้ส่งมอบคำสั่งที่เกี่ยวกับการมอบหมายหน้าที่นั้นตามรายละเอียดที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น การที่อ้างอำนาจศาลโดยอาศัยพระราชบัญญัติตุลาการ ค.ศ. 1789 (the Judiciary Act of 1789) พิจารณาปัญหานี้ ทำให้ในหลาย ๆ คดีได้รับการรับรองโดยหลักการและธรรมเนียมปฏิบัติของกฎหมาย ด้วยเหตุที่คดีเริ่มขึ้นในศาลสูงสุดผลของหมายนั้นจึงนำไปสู่การปฏิบัติของการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นด้วย ผู้พิพากษามาร์แชลซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดได้ชี้ชัดให้เห็นว่า การพิจารณาในชั้นเริ่มต้นกำหนดโดยรัฐธรรมนูญไม่ได้อำนาจถึงคดีประเภทนี้ แต่พระราชบัญญัติตุลาการ (the Judiciary Act) เป็นความพยายามของสภาองเกรสที่จะขยายขอบเขตการพิจารณาของศาลออกไปเหนือขอบเขตที่กำหนดโดยรัฐธรรมนูญ การพยายามเช่นนี้จึงสามารถเป็นไปได้โดยแท้จริงก็โดยแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่ใช่โดยกฎหมายธรรมดา ศาลได้เผชิญกับปัญหาสำคัญเป็นครั้งแรกที่เกี่ยวกับความขัดแย้งอย่างแจ้งชัดระหว่าง

¹Morris D. Forkosch, Constitutional Law (Brooklyn: The Foundation Press, 1963), pp. 32-34.

กฎหมายของสภาองเกรสกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาร์แชลได้ตัดสินจากหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญ
ลายลักษณ์อักษรว่า "กฎหมายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันเสียเปล่า"

(A law repugnant to the constitution is void.)

เบเวริดจ์ (Beveridge) วุฒิสมาชิกท่านหนึ่งได้เขียนชีวประวัติของจอห์น
มาร์แชล โดยกล่าวว่า การตีความพระราชบัญญัติตุลาการของมาร์แชล เป็นความตั้งใจ
ที่จะขยายอำนาจพิจารณาขั้นต้นของศาลด้วยความกล้าหาญซึ่งนับเป็นสิ่งที่แปลกใหม่¹
ความจริงแล้วกฎหมายฉบับนี้ไม่น่าจะขัดรัฐธรรมนูญมาก่อนเพราะโอลิเวอร์ เอลส์เวิร์ธ
(Oliver Ellsworth) วุฒิสมาชิกท่านหนึ่งซึ่งเคยเป็นกรรมการในการประชุมร่าง
รัฐธรรมนูญและเคยดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดมาก่อนมาร์แชลเป็นผู้ร่างขึ้น และ
ยิ่งกว่านั้นผู้ร่วมงานตุลาการกับมาร์แชลคือ ผู้พิพากษาแพทเทอร์สัน (Paterson) ซึ่ง
เคยเป็นกรรมการในการประชุมร่างรัฐธรรมนูญและเป็นสมาชิกของคณะกรรมการ
ตุลาการสภาสูง (the Senate Judiciary Committee) ยังเป็นผู้เสนอกฎหมาย
ฉบับนี้ด้วย จึงน่าจะทำให้เห็นว่าไม่น่าเป็นไปได้จริง ๆ ที่ทั้งสองท่านนี้ได้สนับสนุนต่อ
กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญฉบับนี้

ความคิดเห็นของมาร์แชลได้ถูกใจอย่างมากในระยะแรก ๆ แม้จะเป็นที่
ยอมรับกันต่อมามากมายก็ตาม พวกของเจฟเฟอร์สันได้กล่าวโจมตีความคิดเห็น
ในคดียี้ว่าเป็นกลอุบายอันชาญฉลาดของนักการเมืองพวกเฟดเอร์ลิสต์ (Federalist)
ที่เจ้าเล่ห์ และโดยพวกเฟดเอร์ลิสต์บนบัลลังก์แห่งศาลสูงสุด โดยเหตุแห่งความ
พ่ายแพ้การเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1800 พวกนี้จึงไปตั้งหลักมั่นในวงการศาลยุติธรรมและ
ตอบโต้โดยจู่โจมต่อผู้แทนที่ได้รับเลือกตั้งตามเจตนารมณ์ของประชาชนโดยไม่หันให้รู้ตัว

¹Albert J. Beveridge, The Life of John Marshall, (Boston:
Houghton Mifflin, 1919), p. 128.

และควยกลไก เจฟเฟอร์สันเองก็โต้กล่าวว่า ศาลสูงสุดเป็นองค์กรที่ปราศจากควม
รับผิดชอบทำงานใหญ่เหมือนเป็นงานที่หนัก แต่ผลงานมีน้อย สำหรับนักวิจารณ์คดีนี้
ส่วนมากได้มองตรงไปที่ข้อบกพร่องเกี่ยวกับกระบวนการและอำนาจของศาลในการ
ตัดสินตลอดจนถึงเหตุผลอันลำเอียงที่มาร์แชลกล่าวอ้าง และที่สำคัญก็คือได้โจมตีหลัก
การวินิจฉัยให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญที่ประกาศโดยศาล การที่ศาลแสดงความคิดเห็น
เช่นนี้เป็นเพียงการแสดงความคิดเห็นนอกประเด็น (obiter)¹ ศาลไม่จำเป็นต้อง
ตัดสินว่ากฎหมายชั่วคราวจะหลีกเลี่ยงการตีความเช่นนี้ควย

ถ้อยคำในรัฐธรรมนูญหรือการถกเถียงกันในการประชุมร่างรัฐธรรมนูญและ
ทฤษฎีเกี่ยวกับรัฐบาลภายใต้รัฐธรรมนูญหลายลักษณะอักษรมิได้สนับสนุนต่อการอ้างเหตุผล
ของมาร์แชล แต่การให้เหตุผลของเขาเกี่ยวกับการวินิจฉัยให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ
นั้นเป็นรากฐานแห่งการสันนิษฐานเอาเองทั้งหมด เพราะมาร์แชลถือว่าไม่ว่ากฎหมาย
ของสภาองเกรสจะชั่วคราวหรือไม่ก็ยังสามารถนำมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดได้
มาร์แชลโต้กล่าวถึงอำนาจรัฐบาลที่ตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญว่าถูกจำกัดและกำหนดขอบเขต
โดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้ขอบเขตจำกัดเช่นนี้ไม่อาจถูกทำให้ผิดพลาด
หรือถูกล้มได้ ซึ่งความจริงแล้วทฤษฎีรัฐบาลที่ถูกจำกัดอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญลาย-
ลักษณ์อักษร ก็คือความหมายที่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งชั่วคราวเป็นอันเสีย
เปล่าไปนั่นเอง² มันไม่มีทางสายกลางระหว่างการให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญ
ที่สุดมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยกฎหมายธรรมดาได้
กับให้รัฐธรรมนูญมีฐานะเท่าเทียมกันกับกฎหมายธรรมดาของฝ่ายนิติบัญญัติ สามารถถูก

¹ Alfred Rupert Neale Cross, Precedent in English Law

(London: Oxford at the Clarendon Press, 1968), p.37.

² Dean, Judicial Review and Democracy, p. 20.

เปลี่ยนแปลงแก้ไขได้เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติพอใจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข

นักวิจารณ์บางคนได้ยืนยันว่า เหตุผลของมาร์แชลไม่ได้เป็นการขยายอำนาจวินิจฉัยของศาลเพื่อควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นเพียงประกาศหลักการทั่วไปว่า รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายพื้นฐานและเป็นเพียงการประกาศว่า การกระทำของรัฐบาลที่ขัดรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันเสียเปล่า นั่นคือ การอ้างเหตุผลของมาร์แชลไม่ได้นำมาซึ่งข้อสรุปว่า อำนาจยกเลิกกฎหมายนั้นเป็นของศาลยุติธรรม ดังนั้นจึงยังเป็นปัญหาอยู่ต่อไปซึ่งในปี ค.ศ. 1825 ผู้พิพากษาภิบบสัน (Gibson) แห่งศาลสูงสุดเพนซิลวาเนียได้ปฏิเสธความมีอยู่แห่งความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาที่เหมาะสมสำหรับศาลยุติธรรมจะแก้ไข [Eakin v. Raub, 12 Sergeant and Rawle (Pa.) 330 (1825) (dissenting)] โดยให้เหตุผลว่า ตามประวัติศาสตร์นั้น หน้าที่ของศาลคอมมอนคอล์ก็คือ การตีความกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่พิเคราะห์ (scan) อำนาจของผู้บัญญัติกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่เพียงแต่ไม่มีการอนุญาตตามรัฐธรรมนูญอย่างแจ่มชัดแก่อำนาจที่มีแบบอย่างมาก่อนของศาลเท่านั้น แต่การปฏิบัติของศาลเช่นนี้ยังอาจเป็นการละเมิดฐานะอันเท่าเทียมและประสานกันขององค์กรทั้งสามแห่งรัฐบาลโดยการกำหนดให้ศาลยุติธรรมอยู่ในฐานะที่มีความเป็นเลิศกว่าอันน่าภูมิใจ ก็บสันเห็นว่างานวินิจฉัยให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจทางการเมือง ซึ่งการให้ศาลมีอำนาจนี้ได้ก็เป็นการแย่งชิงอำนาจนิติบัญญัติ ความผิดพลาดของฝ่ายนิติบัญญัติสามารถทำให้ถูกต้องได้โดยผ่านการปฏิบัติตามธรรมเนียมแห่งสิทธิที่จะออกเสียงได้โดยทฤษฎีของรัฐบาลอเมริกันที่ประชาชนมีความฉลาด สามารถและมีอำนาจจัดการกิจการของตนเองได้ ที่บีสันกล่าวเช่นนี้อาจเป็นการโต้แย้งต่อการวินิจฉัยให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญของศาลเพนซิลวาเนียมิใช่โต้แย้งต่อการวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐโดยตรง แต่เขาก็ยังถูกมองเสมอว่าโจมตีต่ออำนาจควบคุมกฎหมายของศาลสูงสุดอย่างกว้างขวาง

จอห์น มาร์แชลได้พิจารณาเห็นว่า รัฐธรรมนูญสหรัฐมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับอำนาจควบคุมกฎหมายในลักษณะขัดขวางแต่ในทางซีกกันก็มีข้อความอันนำมาซึ่งอำนาจนี้อย่างแจ่มชัดโดยรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลการแก้ศาลสหรัฐ ดังนั้นมันจึงน่าจะเป็นขอบเขตและหน้าที่สำคัญของศาลยุติธรรมที่จะกล่าววากฎหมายคืออะไร นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญยังได้ประกาศตัวเองว่าเป็นกฎหมายพิเศษ เป็นกฎหมายพื้นฐานและสำคัญยิ่งถึงปรากฏในมาตรา 6 ให้ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ในวิถีทางของศาลที่จะทำให้เกิดที่ระหว่งคูกรณีเสรีจลินลงนั้น ศาลย่อมต้องตกลงใจได้ว่ากฎหมายคืออะไร ซึ่งถ้าพบว่ามี ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายสองฉบับ ศาลก็ต้องตัดสินใจใช้กฎหมายฉบับหนึ่งในระหว่างกฎหมายที่ซีกกันนั้นเพื่อบังคับแก่คดี นี่เป็นหน้าที่อันสำคัญยิ่ง และหากกรณีกฎหมายของสภาองเกรสขัดรัฐธรรมนูญ ตามกฎเกณฑ์ที่ได้รับมาจากมาตรา 6 คือ รัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายธรรมดาเช่นนั้น ก็ต้องใช้รัฐธรรมนูญบังคับแก่คดี มาร์แชลจึงได้อ้างเหตุผลนี้ซึ่งเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญลายลักษณะอักษรทั้งหมด ซึ่งมีผลให้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญยอมเป็นอันเสียเปล่า และศาลก็เช่นเดียวกันกับองค์กรอื่น ๆ ที่จะต้องผูกพันตามรัฐธรรมนูญด้วย เขายืนยันว่าการปฏิเสธข้อสรุปนี้เป็นการกลับมูดฐานอันสำคัญของรัฐธรรมนูญลายลักษณะอักษรทั้งหมด เพราะฝ่ายนิติบัญญัติควรจะได้รับอำนาจทางปฏิบัติทุกอย่างและอำนาจที่แท้จริงควยการคลใจสิ่งเดียวกันโดยยอมรับการจำกัดอำนาจของแต่ละฝ่าย และควรยึดมั่นต่อสถาบันการเมืองที่สำคัญที่สุดซึ่งได้แก่รัฐธรรมนูญลายลักษณะอักษรด้วย

5.3 หลักที่เกยปฏิบัติสืบเนื่องมาและเจตนาของผู้ก่อตั้ง

หลังจากคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิสันแล้ว หลักการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก็ยังคงมีอยู่โดยความหมายเดิมหรือไม่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเลย มีการขยายความให้กระจ่างชัดถึงอำนาจศาลในการวินิจฉัย เช่นนี้ปรากฏในบทความ

ของแฮมิลตันกล่าวสนับสนุนว่า ศาลเป็นเครื่องป้องกันรัฐธรรมนูญเพื่อต่อต้านการล่วงล้ำขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ การจำกัดอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญได้รับการปกป้องรักษาไว้โดยผ่านศาลยุติธรรมผู้ซึ่งมีหน้าที่ประกาศให้กฎหมายทั้งหมดที่ขัดแนวทางอันศักดิ์แห่งรัฐธรรมนูญเป็นอันเสียเปล่า

ได้มีกฎหมายของสภาองเกรสฉบับหนึ่งบัญญัติให้ศาลเคลื่อนที่กลาง (federal circuit courts) ตัดสินเกี่ยวกับคำบังคับของคำร้องขอเงินเลี้ยงชีพจากสงคราม และในปี ค.ศ. 1792 มีการฟ้องเป็นคดีเฮย์เบิร์น (Hayburn's Case) ศาลเคลื่อนที่บอกปิดที่จะรับฟ้องคดีโดยอาศัยมูลฐานแห่งเหตุผลว่า ไม่ใช่หน้าที่ที่ศาลได้รับมอบหมาย ต่อมาปี ค.ศ. 1794 ปรากฏในคดีระหว่างสหรัฐอเมริกาและเยล โทดด์ (United States v. Yale Todd) โดยศาลสูงสุดจะเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นความพยายามที่จะขัดรัฐธรรมนูญ แม้ว่าคดีนี้ได้แสดงให้เห็นเพียงอำนาจการควบคุมกฎหมายตามรัฐธรรมนูญที่ถูกจำกัดมากหรือการป้องกันตนเองของศาลโดยเจตนาที่ยึดมั่นต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจสำหรับคดีที่เกี่ยวข้องถึงหน้าที่ของตุลาการก็ตาม

การตัดสินคดีของศาลในระยะแรก ๆ เกี่ยวกับพระราชบัญญัติตุลาการนั้น ผู้พิพากษาซึ่งเคยเกี่ยวข้องกับสภาองเกรสโดยมีส่วนร่วมประชุมร่างรัฐธรรมนูญสามารถแสดงหลักฐานสำคัญในความเชื่อว่า รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้ มาตรา 25 ของกฎหมายฉบับนี้ มีใจความว่า เมื่อศาลมลรัฐตัดสินต่อต้านต่อคำบังคับของกฎหมายหรือสนธิสัญญาสหรัฐหรือสนับสนุนคำบังคับของกฎหมายมลรัฐที่คัดค้านดังเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญแล้ว การตัดสินเช่นนั้นก็สามารถถูกตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งและอาจถูกกลับหรือได้รับการยืนยันในศาลสูงสุดได้ จึงเป็นเรื่องที่ชัดเจนว่ามาตรานี้ไม่เพียงแต่มีบทบัญญัติสำหรับการวินิจฉัยกฎหมายมลรัฐให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยศาลสูงสุดเท่านั้น แต่ยังมีบทบัญญัติสำหรับการวินิจฉัยกฎหมายแห่งสภาองเกรสด้วย เพราะถ้าศาลมลรัฐตัดสินว่ากฎหมายของสภาองเกรสขัดรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลสูงสุดวินิจฉัยคำตัดสินนั้นอีกครั้งหนึ่งก็อาจยืนยันเห็นด้วยว่า กฎหมายของสภา
 กองเกรสเป็นอันเสียเปล่า หรืออาจกลับคำตัดสินของศาลมลรัฐและสนับสนุนต่อความ
 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแห่งสภากองเกรสก็ได้ แต่แม้รูปร่างรัฐธรรมนูญ
 มากที่สุด ดังเช่น ผู้พิพากษาเลิร์นเนค แชนด์ (Learned Hand) ก็ได้คัดค้านการตี
 ความเช่นนี้ แชนด์ได้ไตร่ตรองปัญหาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมากกว่า 50 ปี
 ขณะที่เขาเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐ (federal judge) และได้ปฏิเสธการที่มาตรา 25
 ของกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจทั่วไปแก่ศาลสูงสุดในการควบคุมกฎหมายของสภากองเกรส
 เขาเห็นว่าข้อบัญญัตินี้ใช้แก่มลรัฐเท่านั้น เพื่อป้องกันมลรัฐจากการรบกวนของอำนาจ
 ผู้แทนต่อรัฐบาลแห่งชาติและป้องกันมลรัฐจากข้อบกพร่องที่จะถือตามอำนาจของแต่ละฝ่าย
 เองโดยการจำกัดอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การไม่อนุญาตให้ศาลสูงสุดมีอำนาจเข้าเกี่ยว
 ข้องเห็นอกรตีขัดแย้งทางกฎหมายอื่น ๆ เช่นนี้เป็นเรื่องสำคัญโดยเหตุผลว่า ถ้าให้ศาล
 ใช้บทบัญญัตินี้แล้ว หลักการตีความกฎหมายตามปกติก็กลายเป็นความหมายพิเศษของสิ่ง
 หนึ่งซึ่งใช้เป็นข้อยกเว้นของสิ่งอื่น ๆ ไปด้วย มาตรานี้จึงน่าจะเป็นเพียงการกำหนดให้ศาล
 สูงสุดทบทวนต่อการตัดสินของศาลมลรัฐได้ และน่าจะเป็นการปฏิเสธอย่างแข็งขันต่อ
 การให้อำนาจทั่วไปแก่ศาลธรรมดาในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายของสภากองเกรส¹
 แชนด์ได้ตีความพระราชบัญญัติตุลาการ (The Judiciary Act) คล้ายกับที่ตีความ
 ประโยคสำคัญที่สุดในมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งประกาศให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย
 สูงสุดของประเทศและผูกพันต่อผู้พิพากษามลรัฐ ต่อรัฐธรรมนูญมลรัฐ และต่อกฎหมาย
 ต่าง ๆ แม้จะมีการขัดแย้งกันก็ตาม ขณะที่มาร์แชลลคิดว่า มาตรานี้ให้อำนาจศาลที่จะ
 ตัดสินคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และสนธิสัญญาของรัฐบาลกลาง แสดงถึงอำนาจ

¹ Learned Hand, The Bill of Rights (Cambridge, Mass.:

Harvard University Press, 1958), pp. 5-6.

ศาลสูงสุดที่จะพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐบาลกลางและกฎหมายของมลรัฐ แต่สำหรับแฮนค็อกกลับเห็นว่า มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติสำหรับการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายของสภาองเกรสมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติตุลาการก็เป็นการมุ่งที่จะต่อต้านในชั้นของมลรัฐ มิใช่ให้อำนาจทั่วไปแก่ศาลสูงสุด มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงว่าให้ผู้ที่พิกษามลรัฐต้องผูกพันในการปกป้องรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งสนธิสัญญาของรัฐบาลกลางเสมือนว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เช่นเดียวกับที่พระราชบัญญัติตุลาการ มาตรา 25 บัญญัติเพียงสำหรับการวินิจฉัยทบทวนของศาลสูงสุดต่อคำตัดสินของศาลมลรัฐ

ศาสตราจารย์เฮอเบิร์ต เวชสเลอร์ (Herbert Wechsler) มีความเชื่อที่ตรงข้ามกับแฮนค็อก เวชสเลอร์เห็นว่าบทบัญญัติทั้งสองสนับสนุนต่อการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย เหตุผลของเขาก็คือ มาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญควร เป็นคำสั่งที่ศาลสูงสุดและศาลมลรัฐต้องผูกพันด้วย แต่เขายังประหลาดใจต่อการที่มาตรานี้กล่าวถึงเฉพาะศาลมลรัฐ มิได้กล่าวถึงศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลางด้วย

ต่อปัญหาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยนั้น เอ็ดวาร์ด เอส คอว์นิน (Edward S. Corwin) ได้เขียนบทสรุปไว้ว่า¹ "สมาชิกส่วนใหญ่ที่สำคัญซึ่งมีอิทธิพลที่สุดในอนุสัญญา ปี ค.ศ. 1787 คิดกันว่า รัฐธรรมนูญป้องกันสิทธิของศาลในสหรัฐอเมริกาที่จะพิจารณาคำบังคับของกฎหมายแห่งสภาองเกรสภายใต้รัฐธรรมนูญโดยมีเหตุผลอย่างไม่ต้องสงสัย" แต่เราอาจพิจารณาปัญหานี้ลึกลงไปว่าถ้ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งให้ศาลได้รับอำนาจพิจารณาในคำบังคับของกฎหมายแห่งสภาองเกรสแล้ว ปัญหาสำคัญอีกหลายปัญหาจะถูกขจัดไปได้หรือไม่ การบัญญัติเช่นนี้

¹ Edward S. Corwin, The Constitution of the United States of America, (Washington: U.S. Government Printing Office, 1953), p. 556.

ควรมีความหมายอะไรที่แน่นอนหรือควรจะให้ผู้พิพากษามีอำนาจนี้โดยจำกัดขอบเขตหรือไม่ โดยพิจารณาเท่าที่จำเป็นเฉพาะส่วนที่ใช้บังคับในการตัดสินคดีของศาลเท่านั้น¹ และก็อาจจะมีวิธีทางอื่นที่ดีกว่าการให้ผู้พิพากษามีอำนาจนี้ก็ได้

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไ้บัญญัติให้อำนาจควบคุมกฎหมายแก่ศาลโดยแจ้งชัดอันไม่จำเป็นต้องตีความเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่การวินิจฉัยควบคุมให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญนั้นก็ไม่ใช่สิ่งที่ย่างเลย ผู้สนับสนุนการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายจึงต้องอ้างเหตุผลอื่น ๆ อีกด้วย ดังเช่นในคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมดิสัน (Marbury v. Madison), คดีระหว่างมาร์ตินและฮันเตอร์ส เลสส์ (Martin v. Hunter's Lesse) และคดีระหว่างเฟรทเชอร์และเพค (Fletcher v. Peck) ได้อ้างมาแล้วโดยเทียบเคียงความสัมพันธ์ระหว่างมาตรา 3 และมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญ ตามหลักฐานและข้อสรุปของการตีความโดยศาลยุติธรรม ในคำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาลที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมาแต่ก่อนของมลรัฐและรัฐบาลกลาง และในปรัชญาทางการเมืองของผู้ก่อกำเนิดรัฐธรรมนูญก็ได้ยึดหลักการพื้นฐานสำหรับการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญตลอดมาเพื่อให้คงรักษาไว้ซึ่งประเพณีโบราณของกฎหมายพื้นฐานซึ่งประกอบขึ้นเป็นรากฐานของกฎหมายสูงกว่าแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญอเมริกัน

6. หลักความสูงสุดแห่งรัฐสภา (The Supremacy of Parliament)

ตามหลักนี้ ปฏิเสธการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเหตุผลว่ากฎหมายทั้งหลายมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดอยู่แล้ว จึงไม่มีองค์กรใดสามารถวินิจฉัยให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตกเป็นอันไร้ผลได้

¹Henry Rottschaefer, American Constitutional Law (St. Paul, Minn.: West Publisher, 1939), p. 22.

รัฐสภาอังกฤษเป็นต้นกำเนิดแห่งหลักความสูงสุดแห่งรัฐสภา มีประวัติศาสตร์ที่แบ่งออกได้เป็น 4 สมัย¹ สมัยแรก คือ สภาระยะกลาง เป็นรัฐสภาแบบอย่าง (Model Parliament) ประชุมสภาครั้งแรกปี ค.ศ. 1275 โดยมีประชาชนเข้าร่วมประชุมด้วยเป็นครั้งแรก ได้แก่สมัยของพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 สมัยที่สอง คือ สมัยทิวคอร์ทและสจวต์ ได้เกิดการกระทบกระทั่งระหว่างพระราชอำนาจพิเศษของกษัตริย์กับผู้ที่มีสิทธิพิเศษในรัฐสภา สมัยที่สาม คือ รัฐสภาระหว่างการปฏิวัติของประชาชน ค.ศ. 1688 ซึ่งเป็นช่วงสำคัญที่ทำให้หลักความสูงสุดแห่งรัฐสภาปรากฏขึ้น และสมัยที่สี่ คือ รัฐสภาหลังจากมีพระราชบัญญัติแก้ไขเปลี่ยนแปลงกรรเลือกตั้งครั้งแรก ค.ศ. 1832 จนกระทั่งถึงปัจจุบัน

6.1 ลักษณะพิเศษของรัฐสภาอังกฤษ

รัฐสภาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ให้บัญญัติกฎหมาย อาจมีสภาเดียวหรือประกอบด้วยสภาสองสภาแล้วแต่รูปแบบทางการเมืองของแต่ละประเทศ แต่สำหรับรัฐสภาอังกฤษมีลักษณะพิเศษกว่าประเทศอื่น ๆ ทำให้รัฐสภามีอำนาจสูงสุดคือประกอบด้วยองค์กร 3 ฝ่าย ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร สภาขุนนางหรือวุฒิสภา และประมุขของประเทศ

6.2 ลักษณะความสูงสุดแห่งรัฐสภา

ความสูงสุดแห่งรัฐสภาเกิดขึ้นเนื่องจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองเกี่ยวกับการเรียกร้องอำนาจอธิปไตยโดยสมาชิกรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภามีอำนาจเต็มที่ กังที่ฝ่ายรัฐสภาในทวีปยุโรปสมัยศตวรรษที่ 15-18 สามารถควบคุมฝ่ายบริหารและการกระทำ

¹ส. อมาตยกุล, "ความเป็นมาของรัฐสภาอังกฤษ," วารสารรัฐสภาสาร 4ฉบับที่ 40 (2499):21.

ของตุลาการได้¹ และในการปฏิวัติของประชาชนในประเทศอังกฤษเมื่อปี ค.ศ. 1688 (The Glorious Revolution) สมาชิกรัฐสภาอังกฤษได้เรียกร้องให้มีอำนาจอธิปไตย และเมื่อประสบความสำเร็จ รัฐสภาอังกฤษก็ได้รับยกย่องให้มีอำนาจสูงสุดโดยอาศัย แนวความคิดของคุก (Coke) ทำให้สามารถบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับอย่างไม่มีขอบเขต จำกัด แต่ครอมเวลล์ (Cromwell) และสานุศิษย์ของเขาไม่เห็นด้วยและพยายามให้มีกฎหมายพื้นฐานมาจากอำนาจรัฐสภา ซึ่งเซอร์ ฟรานซิส เบคอน (Sir Francis Bacon) และแบลคสโตน (Blackstone) ก็เห็นเช่นเดียวกับครอมเวลล์ แต่ต่อมา ภายหลัง เมื่อมีคณะรัฐมนตรีรับผิดชอบทางการเมืองแทนประมุขของประเทศแล้ว กฎเกณฑ์ แห่งการจำกัดอำนาจรัฐสภาก็เลิกใช้ไป² รัฐสภาจึงยังคงความมีอำนาจสูงสุดเช่นเดิม

ลักษณะของความสูงสุดแห่งรัฐสภา อาจกล่าวได้ดังนี้

- 1) การไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งได้โดยอำนาจอื่นใด ไม่มีองค์กรใดที่ได้รับ การรับรองโดยกฎหมายอังกฤษที่จะสามารถมีสิทธิขัดล้างหรือไม่สนใจต่อกฎหมายของ รัฐสภาได้³ นอกจากนั้นกฎหมายที่รัฐสภานับบัญญัติขึ้นยังมีลักษณะหรือฐานะของความสูงสุด เท่าเทียมกันหมด รัฐธรรมนูญต่างกับกฎหมายอื่น ๆ ก็เพียงแต่การเป็นกฎหมายที่มีบัญญัติ เกี่ยวกับการปกครองประเทศ ส่วนฐานะนั้นไม่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น ๆ เลย
- 2) รัฐสภามีอำนาจสูงสุดโดยองค์กรหรือสถาบันอื่นไม่สามารถมีอำนาจสูงสุด เช่นนี้ได้ ถึงแม้ผู้กล่าวกันทั่วไปว่า รัฐสภาอังกฤษสามารถทำทุกอย่างได้ ยกเว้นการ

¹ John Henry Merryman, The Civil Law Tradition (Stanford, California: Stanford University Press, 1969), p. 140.

² Carl J. Friedrich, Judicial Review of Legislative Acts, p.223.

³ ความเห็นของไดซี่ (Dicey)

แปลงเพศชายให้เป็นหญิงหรือแปลงเพศหญิงให้เป็นชายเท่านั้น

6.3 ผลของการที่รัฐสภามีอำนาจสูงสุด

หลักความสูงสุดแห่งรัฐสภามีผลต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะดังนี้

ก) ทำให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะแก้ไขง่าย (flexible) เพราะรัฐสภาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายทั้งหมดและรัฐธรรมนูญก็มีฐานะเท่าเทียมกับกฎหมายอื่น ๆ รัฐสภาซึ่งมีอำนาจสูงสุดก็ย่อมจะบัญญัติกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ นั้นให้มีผลทำให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ หรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ง่ายเพราะเป็นกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นเอง

ข) ทำให้กฎหมายทุกฉบับที่รัฐสภาบัญญัติขึ้น ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ผลของความสูงสุดแห่งรัฐสภาที่กล่าวนี้เป็นผลจากหลักความสูงสุดแห่งรัฐสภาของอังกฤษซึ่งมีบางประเทศได้ยอมรับและนำไปใช้ในประเทศของตน แต่ไม่ยอมรับในหลักการที่จะให้รัฐสภามีอำนาจสูงสุด ในบางประเทศก็ยอมรับในหลักการนี้แต่ไม่ยอมรับผลของหลักการดังกล่าวด้วย

6.4 ขอบข่ายอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

แม้ว่าในปัจจุบันหลักความสูงสุดแห่งรัฐสภายังคงใช้อยู่ในประเทศอังกฤษก็ตาม แต่ในข้อเท็จจริงแล้ว อำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษอาจถูกยับยั้งโดยนิตินัย กล่าวคือ

ก) การอ้างว่าขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายธรรมชาติ เช่น ในปี ค.ศ. 1776 รัฐสภาอังกฤษบัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อบังคับต่อชาวอาณานิคมอย่างไม่เป็นธรรม และชาวอเมริกันได้อ้างว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อกฎหมายธรรมชาติหรือขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

ข) การยับยั้งโดยพระราชอำนาจของกษัตริย์ เนื่องจากพระมหากษัตริย์เป็นที่เคารพยำเกรงแก่สมาชิกรัฐสภา แม้ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐสภาก็ตาม แต่เป็นผู้ได้รับการสนับสนุนจากประชาชน เมื่อพระองค์ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายของรัฐสภาที่อาจทรงใช้สิทธิยับยั้งได้ แต่การยับยั้งเช่นนี้ รัฐสภาที่อาจฝ่าฝืนได้

ค) การยับยั้งโดยประเพณี ใค้มีประเพณีว่า รัฐสภาจะบัญญัติกฎหมายขึ้นแก้ไขยกเลิกกฎหมายที่รัฐสภาชุดก่อนได้บัญญัติไว้แล้วในเวลาอันใกล้เคียงกันไม่ได้ แต่การยับยั้งข้อนี้ ในทางปฏิบัติใช้ไม่ค่อยได้ผล เนื่องจากรัฐสภาที่อาจฝ่าฝืนได้เช่นกันเพราะไม่มีสภาพบังคับ

อดสตินได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการยับยั้งอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษว่า แท้ที่จริงแล้วความมีอำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย เมื่อใดที่รัฐสภาบัญญัติกฎหมายเพื่อรื้อถอนสิทธิมากเกินไป ประชาชนก็อาจไม่เลือกสมาชิกรัฐสภาชุดนั้นเข้ามาทำหน้าที่นิติบัญญัติอีก หรือไม่ก็อาจไม่ปฏิบัติหรือเคารพกฎหมายนั้นและอาจก่อการปฏิวัติขึ้น ซึ่งใคร่เรียกการยับยั้งเช่นนี้ว่า ขอรังยับยั้งอันเนื่องมาจากภายนอก รัฐสภา (External Limitation) และสำหรับขอรังยับยั้งอันเนื่องมาจากภายใน รัฐสภาที่อาจเกิดขึ้นได้โดยสมาชิกสภาผู้แทนที่นิยมเสรีภาพอาจคัดค้านไม่ให้บัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อหลักนิติธรรม

7. หลักอำนาจสูงสุดของพรรคคอมมิวนิสต์

ในระบบกฎหมายของประเทศสังคมนิยมไม่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยเหตุผลที่แตกต่างไปจากประเทศทางเสรีนิยมทั่วไป ประเทศฝรั่งเศสได้ปฏิเสธการให้อำนาจฝ่ายตุลาการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายโดยเหตุผลที่ว่า การแทรกแซงของฝ่ายตุลาการในกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นความคิดที่ขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างแท้จริง สำหรับประเทศทางสังคมนิยมไม่ยอมรับการควบคุมกฎหมาย

มิให้ข้าราชการรรมนุษย์โดยเหตุที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งหลักกรรมของชนชั้นกลาง (bourgeois doctrine) อันเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ ประเทศเหล่านี้ถือว่าอำนาจทั้งหลายถูกรวมเข้าไว้ในองค์กรสูงสุดขององค์กรหนึ่งซึ่งได้รับอำนาจโดยตรงจากประชาชนผู้เป็นต้นกำเนิดแห่งอำนาจทั้งหลาย (the source of all powers) โดยเหตุนี้กฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นโดยองค์กรสูงสุด เช่นในประเทศสหภาพสาธารณรัฐโซเวียตก็คือ โซเวียตสูงสุดหรือสภาประชาชน ซึ่งสมาชิกได้รับเลือกตั้งมาโดยประชาชนให้เป็นผู้แทนในการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยทั้งหมด จึงเป็นกฎหมายที่ชอบแล้วทั้งนี้จากหลักการแห่งเอกภาพของอำนาจและความสูงสุดแห่งประชาชนภายใต้ระบบสังคมนิยม จึงโน้มเอียงไปสู่ผลที่ว่า อาจไม่มีการปฏิบัติการควบคุมให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรที่เหนือกว่ารัฐสภา แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า รัฐธรรมนูญของประเทศสังคมนิยมทั้งหลายได้ละเลยต่อปัญหาการควบคุมกฎหมายมิให้ข้าราชการรรมนุษย์

ในแนวความคิดทางตะวันตกและตะวันออกเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างกัน ในยุโรปตะวันตกนั้นรัฐธรรมนูญถูกก่อตั้งขึ้นเป็นองค์กรแห่งกฎเกณฑ์และหลักการที่ถาวรส่วนมากซึ่งแสดงความหมายในรูปแบบแห่งรัฐที่มีคุณค่าเป็นพื้นฐานและได้ตั้งเป้าหมายไว้เพื่อที่จะทำให้กลายเป็นจริงขึ้นมา ลักษณะเช่นนี้ต่างไปจากประเทศสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตและประเทศสังคมนิยมอื่นที่ถือหลักอำนาจสูงสุดเป็นของพรรคคอมมิวนิสต์ ซึ่งมุ่งหมายก่อตั้งรัฐธรรมนูญขึ้นให้เป็นเครื่องมือเสริมเหนือเศรษฐกิจอันสะท้อนให้เห็นถึงผลสำเร็จในทางเศรษฐกิจศาสตร์สังคมนิยม รัฐธรรมนูญตามความหมายของเนื้อหาและรูปแบบดังกล่าวนี้กำหนดขึ้นโดยอำนาจบังคับบัญชาทางการเมืองเกี่ยวกับการปฏิบัติการปกครองและประมวลกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรอันสะท้อนให้เห็นได้อย่างจริงจัง จึงอาจเป็นไปได้ว่า พระราชกฤษฎีกาหรือพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นนั้นอาจเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมที่เป็นอยู่ และรัฐธรรมนูญก็อาจได้รับการแก้ไขตามรูปแบบในภายหลังเมื่อความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นเรียบร้อยแล้วนั้นได้รับ

การให้สัตยาบันอย่างจริงจังภายใต้กระบวนการที่เห็นพ้องกันสำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ¹

แม้ประเทศสังคมนิยมจะถือว่าพรรคคอมมิวนิสต์เป็นองค์กรสูงสุดที่อาจตรากฎหมายออกมาให้มีผลเปลี่ยนแปลงต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมที่เป็นอยู่ก็ตาม แต่ประเทศเหล่านี้ก็รับรองปัญหาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และแก้ปัญหาโดยใช้วิธีที่ตรงตามหลักการพื้นฐานของระบบของเขา ดังเช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพโซเวียต ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ.1936 มาตรา 14 บัญญัติให้อำนาจของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตที่มีองค์กรสูงสุดแห่งอำนาจรัฐและองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแทนนั้นประกอบด้วยอำนาจในการควบคุมให้ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตและให้ประกันต่อความตรงกันของรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพสาธารณรัฐ (Union Republics) กับรัฐธรรมนูญของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยม (U.S.S.R.) มาตรานี้เป็นเพียงบทบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญโซเวียตได้สร้างขึ้นสำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ใค้อ้างถึงโซเวียตสูงสุดแห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต (U.S.S.R.) ที่แน่นอนซึ่งเป็นองค์กรที่เปรียบเทียบคร่าว ๆ ใค้กับรัฐสภาของประเทศทางตะวันตกและอ้างถึงสภาพีรีซีเคียมของโซเวียต (Presidium) ซึ่งเป็นองค์กรรวมองค์กรหนึ่งที่ประกอบด้วยสมาชิกอันได้รับเลือกจากสภาโซเวียตเอง จำนวน 33 คน ในช่วงเวลาสั้น ๆ ของโซเวียตสูงสุดนั้น สภาพีรีซีเคียมของโซเวียตใค้ปฏิบัติอำนาจที่รวมถึงการควบคุมเห็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐที่อ้างถึงในมาตรา 14 นั้น อาจจะเหมือนกับองค์กรในมาตรา 64 และ 72 แห่งรัฐธรรมนูญโซเวียตซึ่งก็คือ สภาแห่งคณะรัฐมนตรีของสหภาพ

¹ รอซมารีน (Rozmaryn) ใค้กล่าวถึงกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในประเทศสังคมนิยมว่า การยึดมั่นต่อความต้องการตามรูปแบบของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นไปอย่างไม่วอหวั่นไหว ไอ เอ็น กูซเนตซอฟ (I.N.Kuznetsov) ใค้ให้ข้อสังเกตว่าแม้จะเป็นการแก้ไขรัฐธรรมนูญในเรื่องเล็กน้อยที่สุด ก็ควรถูกนำเข้าสู่สภาโซเวียตสูงสุดเองทุกครั้ง

สาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต (Council of Ministers of the U.S.S.R.)
และรัฐมนตรีแต่ละคนของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียตที่แต่งตั้งโดยโซเวียต
สูงสุด

ตามมาตรา 49 (เอ็ฟ) ให้อำนาจแก่สภาวิธีซีเคียมแห่งโซเวียตสูงสุดของ
สหภาพที่จะลงกฎ (ordinances) และคำสั่งของคณะรัฐมนตรีแห่งสหภาพสาธารณรัฐ
สังคมนิยมโซเวียตและของคณะรัฐมนตรีแห่งโซเวียตสูงสุด ถ้ากฎหรือคำสั่งนั้นไม่ตรง
กับกฎหมายซึ่งรวมถึงรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายที่แน่นอนฉบับหนึ่งด้วย มาตรา 49 ไม่ได้
มุ่งหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของคณะรัฐมนตรี
เท่านั้น แต่มุ่งหมายที่จะอุดช่องโหว่แห่งกฎหมาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพื่อคุ้มครอง
ป้องกันรัฐธรรมนูญในส่วนของเนื้อหาตนเอง

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญของสหภาพสาธารณรัฐ
สังคมนิยมโซเวียตฉบับปัจจุบันมีความแตกต่างจากระบบที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญเดิม
ฉบับปี ค.ศ. 1923 โดยฉบับปัจจุบันให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง คือ
คณะกรรมการบริหารกลางของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต (the Central
Executive Committee of the U.S.S.R.) ซึ่งเหมือนกับโซเวียตสูงสุดใหม่
แต่ภายใต้รัฐธรรมนูญเกิมนั้นมอบหมายให้องค์กรฝ่ายตุลาการพิจารณาควบคุมเหนือ
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 43 ให้ศาลพิเศษสูงสุด
แห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต (Supreme Tribunal) มีหน้าที่ให้ความเห็น
ต่อการร้องขอของคณะกรรมการบริหารกลาง เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ
พระราชกฤษฎีกาของสหภาพสาธารณรัฐ (the Republics of the Union) แต่ไม่มี
อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจการตัดสินชี้ขาดเป็นของคณะกรรมการบริหารกลางโดยไม่ต้อง
ผูกพันตามความเห็นของศาลพิเศษสูงสุด

ดังนั้นจากข้อความของมาตรา 14 และลักษณะทางการเมืองที่ซัดเซงขององค์กรต่าง ๆ ที่ได้เกิดขึ้นด้วยงานหนักที่ต้องพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญนั้น ทำให้เห็นว่าการเป็นอำนาจหน้าที่วินิจฉัยในลักษณะของการควบคุมทางการเมือง ไม่ใช่กระทำโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งโรซมารีนก็ได้กล่าวเน้นว่า ประเทศสังคมนิยมทั้งหลาย (ยกเว้นยูโกสลาเวีย) ไม่ไว้วางใจต่อทั้งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและศาลพิเศษ นอกจากนั้นเขายังชี้แนะว่า สถานการณ์เช่นนี้ควรอยู่ในประเด็นเพียงเพื่อให้กฎหมายเข้าสู่อำนาจบังคับได้ภายหลังที่มีรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1936 ไม่ใช่กฎหมายที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญ (Lois préconstitutionnelles) ซึ่งเมื่อกฎหมายภายหลังนั้นมีอำนาจบังคับก็จะทำให้รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไปโดยอัตโนมัติภายใต้กฎเกณฑ์ที่ว่า กฎหมายภายหลังยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ก่อน (lex posterior derogat legi priori)¹ แต่กระนั้นโรซมารีนก็ยังให้ข้อสังเกตว่า ในประเทศสังคมนิยมนั้นนักกฎหมายและแม่แต่นักการเมืองบางคนก็ยังคงเสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ อันเป็นที่น่าพอใจในการเริ่มแนะนำถึงการควบคุมดังกล่าว ดังจะเห็นว่าในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของประเทศรูมาเนีย ค.ศ.1965 แม้จะไม่ให้อำนาจนี้แก่ศาลยุติธรรมเหมือนที่ยอมรับในประเทศยูโกสลาเวียก็ตาม แต่มาตรา 53 แห่งรัฐธรรมนูญรูมาเนียก็ได้จัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Committee) ภายในรัฐสภาเอง ซึ่งคณะกรรมการนี้เลือกโดยรัฐสภามีจำนวนสูงสุด 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด และอาจประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะซึ่งไม่ใช่สมาชิกของรัฐสภาก็ได้ โดยคณะกรรมการนี้มีหน้าที่ต้องส่งรายงานและความเห็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายให้แก่สมัชชาใหญ่แห่งชาติ (Great National Assembly) และให้อำนาจเกี่ยวกับการเริ่มต้นหรือร้องขอขององค์กรที่กระทำตามกฎหมายแห่งกระบวนการทางรัฐสภาในประเทศฟินแลนด์ซึ่งเป็นประเทศทางตะวันตกประเทศหนึ่งก็มีคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในรัฐสภาโดยคณะกรรมการนี้ประกอบด้วยสมาชิก 17 คนจากฝ่ายนิติบัญญัติ ให้อำนาจวินิจฉัยปัญหาทางรัฐธรรมนูญซึ่งยกขึ้นกล่าวในการบัญญัติกฎหมาย

¹Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, p.10.

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต ในภายหลังอาจใช้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญแทนมากขึ้นโดยมีกระบวนการพิเศษ ภายในองค์อำนาจของโซเวียตสูงสุด แม้รัฐธรรมนูญของโซเวียตอาจบัญญัติให้แก้ไขยาก แต่ทางปฏิบัติการควบคุมระหว่างองค์กรนั้น ก็มีคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนรวมถึงสภาฟรีซีที่เกี่ยวด้วยที่อาจตัดสินว่า รัฐธรรมนูญตามรูปแบบนั้นใกล้เคียงกับสภาพทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลง เช่น ในคดีหนึ่งองค์กรนี้สามารถผ่านพระราชบัญญัติที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญออกมาได้เอง และพระราชบัญญัตินี้ก็จะได้รับการเสนอให้รับรองในภายหลัง ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วไม่เคยมีการปฏิเสธการกระทำของโซเวียตสูงสุดหรือพรรคคอมมิวนิสต์เลย ส่วนกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในความหมายตามรูปแบบนั้น จะเป็นผลได้โดยโซเวียตสูงสุดหลังจากที่องค์กรอื่นได้ปรับปรุงแก้ไขมาแล้ว แต่สำหรับการควบคุมกฎหมายที่ใช้ตามมาตรา 14 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1936 นั้น ไม่ได้บัญญัติจากค้ำหน้าที่ควบคุมตามลำดับชั้นเฉพาะของกฎหมาย แต่มีข้อควรสังเกตถึงฐานะพิเศษของสหภาพโซเวียตคือมีองค์กรหลายองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ กฎหมายตามลำดับชั้นเฉพาะจึงสัมพันธ์กับองค์กรซึ่งเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายนั้น และสัมพันธ์กับการปกครองโดยลำดับชั้นที่เกี่ยวข้องกันด้วย กล่าวคือกฎหมาย (Laws) ผ่านออกมาโดยโซเวียตสูงสุดแห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต พระราชกฤษฎีกา (decrees) เกิดจากสภาฟรีซีเยี่ยมแห่งโซเวียตสูงสุดและคำสั่ง (orders) เกิดจากสภาคณะรัฐมนตรี (Council of Ministers) แห่งสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต โดยเหตุนี้จึงเห็นได้ว่า องค์กรตามมาตรา 14 (ก) ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ก็เป็นองค์กรเหมือนกับที่ผ่านกฎหมายออกมานั้นเอง จึงเป็นการควบคุมภายในองค์กรของรัฐส่วนใหญ่มหาชนได้สร้างขึ้นให้เป็นองค์กรสูงสุดนั่นเองอันเป็นไปตามหลักการพื้นฐานของระบบคอมมิวนิสต์ที่ต้องการให้เจตนารมณ์ของประชาชนอย่างแจ่มชัดแสดงออกโดยพรรคคอมมิวนิสต์หรือโซเวียตสูงสุดในสหภาพสาธารณรัฐสังคมนิยมโซเวียต หรือสมัชชาประชาชน (Popular Assembly) หรือสมัชชาแห่งชาติในประเทศอื่น

ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศส่วนใหญ่ในคอมมอนเวลธได้ให้ศาลยุติธรรม
 ประกาศว่า กฎหมายของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ต้องได้รับการเชื้อฟังเพราะกฎหมาย
 เกินขอบอำนาจ (ultra vires) หรือนอกเหนืออำนาจของรัฐสภานั้น เป็นการจำกัด
 อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการให้ศาลสามารถตัดสินเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายซึ่ง
 ศาลสูงสุดไคองอำนาจประกาศว่ากฎหมายของสภาองเกรสไม่มีค่าบังคับเพราะขัด
 รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีประเทศต่าง ๆ อีกหลายประเทศที่ศาลยุติธรรมไคอง
 อำนาจควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ ดังเช่น ประเทศแคนาดา ออสเตรเลีย อินเดีย ปากีสถาน
 ลังกา กานาและสหพันธ์มาเลเซีย เป็นต้น ส่วนประเทศทางภาคพื้นทวีปยุโรปส่วนใหญ่
 นั้นไค้อธิษฐานว่า อำนาจนิติบัญญัติที่ไค้เกินเลยไปนั้นเป็นเรื่องระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ
 กับผู้เลือกฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาทำหน้าที่บัญญัติกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องของศาลยุติธรรมที่จะ
 เข้ามาวินิจฉัยควบคุม เพราะศาลยุติธรรมเองก็ไค้ไค้พิจารณาตนเองในความสามารถ
 ที่จะจำกัดอำนาจนิติบัญญัติว่าอยู่ภายในขอบเขตอำนาจของตนหรือไม่ แต่แม้ว่าจะไค้
 เห็นด้วยกับการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมมิไค้มีการละเมิดรัฐธรรมนูญ
 ประเทศเหล่านี้ก็ไค้ไค้เห็นด้วยกับหลักความสูงสุดแห่งรัฐสภาซึ่งอาจเป็นด้วยความเห็น
 ที่ว่า รัฐสภาเป็นสถาบันแรกที่เหมาะสมที่สุดเพื่อกระทำการ เป็นผู้พิทักษ์หรือคุ้มครอง
 รัฐธรรมนูญไค้¹ และก็มีไค้เห็นด้วยกับหลักอำนาจสูงสุดของพรรคคอมมิวนิสต์ซึ่งก็อาจ
 เป็นด้วยเหตุผลในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ประเทศเหล่านี้จึงหันไปพึ่งองค์กรพิเศษหรือ
 องค์กรทางการเมืองกันเป็นส่วนมาก

¹Loewenstein, Political Power and the Governmental Process,