



## บทที่ 2

### ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

#### 2.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้<sup>1</sup>

##### 2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ด้วยแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เป็นผลให้กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มิได้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กระทำได้ยาก หากศึกษารากฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นทางกฎหมายแล้วอาจแบ่งพัฒนาการ ดังนี้ คือ

##### 2.1.1.1 ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

กฎหมายธรรมชาติ หมายถึง กฎหมายที่เกิดจากธรรมชาติมีอยู่แล้วในธรรมชาติ และมีอำนาจบังคับตามกฎหมายธรรมชาติ และด้วยเหตุที่ธรรมชาติดียอมเป็นสิ่งสากล และอยู่เหนือมนุษย์ สำนักความคิดนี้จึงเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาติอยู่เหนือกฎหมายมนุษย์ และใช้ได้ไม่จำกัดเวลาและสถานที่

“ธรรมชาติ” (nature) นั้น ปรัชญาเมธีแต่ละคนต่างมีความเห็นต่างกันไป ดังนี้

(1) เดิมเข้าใจว่าธรรมชาติก็คือปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ เช่น ความร้อน แสงสว่าง นั่นเอง

<sup>1</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2546) หน้า 33

- (2) ต่อมาเริ่มมีผู้นำความคิดเรื่องธรรมชาติไปปะปนกับคตินิยมทางศาสนาและลัทธิต่าง ๆ จึงเกิดความคิดขึ้นว่า ธรรมชาติ คือ พระผู้เป็นเจ้าของ
- (3) ในที่สุดก็ได้มีผู้เห็นธรรมชาตินั้นคือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์เอง<sup>2</sup>

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติ มีบทบาทสำคัญในช่วงของพัฒนาการของยุคใหม่ ทั้งในทางรูปแบบ (Formal) ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ส่วนในทางเนื้อหา (Inhaltlich) ของกฎหมายธรรมชาตินั้น ถือว่ามีกฎเกณฑ์ที่สำคัญ ซึ่งยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลด้วยกัน และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และแนวคิดดังกล่าวอาจได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional laws) ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า อันเป็นการนำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายพื้นฐานในลักษณะดังกล่าวนี้เข้าไปมีบทบาทในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปอย่างมาก แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติจึงมีบทบาทในทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติในทางกฎหมายของประเทศไทย ภาคพื้นยุโรป<sup>3</sup>

### 2.1.1.2 ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract Theory)

ทฤษฎีสัญญาได้พัฒนาเอารูปแบบของสัญญามาใช้อธิบายการเกิดของรัฐ โดยดึงตัวอย่างจากคัมภีร์ไบเบิล เช่น ข้อตกลงระหว่างเดวิด ซึ่งเป็นวีรบุรุษในขณะนั้นกับชนเผ่าอิสราเอลที่เมืองเฮบรอน ก่อนที่จะได้รับการสถาปนาขึ้นเป็นกษัตริย์

นอกจากนี้ ความคิดเกี่ยวกับสัญญาได้เริ่มมามีบทบาทในคริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยพวก Puritan จากอังกฤษที่อพยพไปอเมริกา และเมื่อไปถึงก่อนที่จะเข้าเทียบท่าได้มีการตกลงทำ

<sup>2</sup> มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง , หลักกฎหมายมหาชน , <http://e-learning.mfu.ac.th/mflu/1601101/chapter0401.html>

<sup>3</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 23 - 24

สัญญาตั้งรกราก ด้วยการตั้งกฎเกณฑ์สำหรับประชาคมที่จะร่วมกันตั้งขึ้นมาใหม่ในรูปแบบของสัญญาที่รู้จักกันในนามของ Mayflower Compact

สำหรับพื้นฐานทางความคิดของแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญา พร้อมใจกันก่อตั้งประชาคมให้อยู่ภายใต้อำนาจศรัทธาที่ยังสืบสาวไปได้ถึงคำสอนในสมัยกลางเกี่ยวกับสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง โดยเนื้อหาของคำสอนนี้มีว่า ประชาชนจะยกคนใดคนหนึ่งเหนือตน คนผู้นั้นก็จะปกครองประชาชนตามอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมาย ให้ประกันสิทธิอันพึงมีพึงได้แก่ประชาชนและมีหน้าที่ส่งเสริมสนับสนุนพวกเขาเหล่านั้น ในขณะที่ลัทธิพวกที่ไม่นับถือพระเจ้าซึ่งกล่าวโดยสรุปก็คือ ผู้ปกครองมีหน้าที่พิทักษ์ความยุติธรรมสำหรับทุกคน

แต่เมื่อใดก็ตามที่ผู้ปกครองผู้นี้ผิดสัญญา ซึ่งเป็นเงื่อนไขสำหรับการเลือกตนขึ้นมาทำหน้าที่นี้หรือผู้ปกครองสับสนไม่รู้ว่าจะรักษาระเบียบแบบแผนได้อย่างไร ก็ยอมเป็นการชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยเหตุผลที่ผู้ปกครองผู้นี้จะปลดปล่อยประชาชนจากหน้าที่ที่จะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้ปกครองของตน ทั้งนี้ เพราะตัวผู้ปกครองนั่นเองที่เป็นฝ่ายเริ่มต้นในการทำลายความเชื่อถือและความภักดีซึ่งเป็นสายสัมพันธ์ระหว่างเขากับประชาชนให้ขาดสะบั้นลงไป<sup>4</sup>

ทฤษฎีสัญญาประชาคมมีนักคิดที่เสนอแนวความคิดนี้ที่สำคัญ คือ

#### (1) โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes)

โทมัส ฮอบส์ อธิบายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยว่า อำนาจอธิปไตยของรัฐเกิดขึ้นจากการที่ราษฎรมาเข้าทำสัญญากันตั้งขึ้นไว้ และเหตุนี้ประชาชนจึงต้องเชื่อฟังกฎหมายของรัฐ เรียกว่า ทฤษฎีสัญญาสมาพันธ (Pactum Subjectiones)

ฮอบส์ ได้อธิบายว่า มนุษย์นั้นในภาวะธรรมชาติมีลักษณะเป็นสัตว์เดียดฉาน เหมือนสัตว์หน้าขนหรือสุนัขป่า (homo homini lupus) มนุษย์มีธรรมชาติที่เห็นแก่ตัว เลว หยาบช้ำ และโหดร้าย ทุกคนต่างอยู่ในภาวะที่เกลียดกลัว และไม่ไว้ใจซึ่งกันและกัน ทุกคนต่างอยู่ในภาวะที่ทำสงครามต่อสู้แข่งฆ่ากันอยู่ตลอดเวลา (bellum omnium contra omnes)

<sup>4</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2551) หน้า 259 - 260

และในภาวะธรรมชาตินี้ไม่มีหลักความผิด – ถูก ชั่ว – ดี ไม่มีศีลธรรม ไม่มีกฎหมาย ทุกคนมีสิทธิเหนือทุกสิ่ง ผลประโยชน์ของใครก็เป็นมาตรการแห่งความชอบธรรม สำหรับคนคนนั้นโดยเหตุนี้มนุษย์ย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวรอดด้วยการใช้กำลังหรืออำนาจของตัวเองเข้าสู่หรือต่อต้านมนุษย์อื่นที่มาล่วงละเมิดตน

อย่างไรก็ดี ฮอบส์ ก็อธิบายต่อไปว่าโดยเหตุที่มนุษย์มีธรรมชาติเห็นแก่ตัวและแก่งแย่งต่อสู้กันตลอดเวลา เช่นนี้ทำให้มนุษย์เล็งเห็นได้ว่าการมีชีวิตภายใต้สภาพธรรมชาตินั้นเป็นชีวิตที่แสนสั้น และน่ารังเกียจ ด้วยสัญชาตญาณในการอยู่รอดประกอบเข้ากับการที่มนุษย์มีความสามารถทางสติปัญญาระดับหนึ่งในการคาดค่านวณว่าการมีชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาตินั้นเป็นทุกข์เสียยิ่งกว่าการยอมสละประโยชน์ตามธรรมชาติของตนเสีย แล้วมาร่วมทำสัญญาเข้ากันเป็นสังคมเพื่ออยู่ร่วมกันอย่างสันติ ดังนั้น มนุษย์จึงเข้าทำสัญญาประชาคม ยอมสละสิทธิทั้งปวงอันตนมีอยู่ตามธรรมชาติยกให้แก่ผู้หนึ่งเป็นผู้ปกครอง ให้ผู้ปกครองมีอำนาจเด็ดขาดสำหรับคอยควบคุมดูแลและบังคับ ตลอดจนลงโทษคนทั้งปวงเพื่อรักษาความสงบอย่างเต็มที่ภายใต้สังคมที่สงบสุข ไม่ต้องระแวงภัยต่อสู้เช่นฆ่ากันเหมือนอยู่ในภาวะสงครามตลอดเวลา เช่นนี้แหละ มนุษย์จึงจะสามารถมีชีวิตตามที่มนุษย์ปรารถนา คือ สามารถอยู่รอด มีกินมีใช้ มีทรัพย์สินตามที่จำเป็น สามารถใช้ความอุตสาหกรรมขยันหมั่นเพียรเพิ่มพูนกองทรัพย์สินของตน และแสวงหาความสุขสบายได้<sup>5</sup>

## (2) จอห์น ล็อก (John Locke)

จอห์น ล็อก เห็นว่ามนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้ เพราะสังคมประกอบขึ้นจากมนุษย์ สังคมจึงมีวัตถุประสงค์สุดท้าย คือ ความผาสุกและความสงบของมนุษย์ซึ่งเป็นสมาชิก แต่ในสภาพธรรมชาตินั้น เมื่อมีการละเมิดกฎธรรมชาติ (loi de nature) ไม่มีสภาพบังคับ (เพราะมนุษย์เท่าเทียมกันและมีเสรีภาพ) สิ่งนี้เองที่ทำให้ลายสภาพธรรมชาติที่ดีประการหนึ่ง และเมื่อสภาพธรรมชาติพัฒนามาถึงระยะหนึ่งก็เกิดความไม่เท่าเทียมกัน การเอารัดเอาเปรียบ เกิดความไม่สงบ มนุษย์จึงมีเจตนาที่จะเข้าร่วมสังคมและเจตนาที่ตรงกันของมนุษย์ทุกคนที่ต้องการหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัยนี้ ทำให้เกิดสัญญาสังคมขึ้น และมนุษย์แต่ละคนยินดีสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับตนเองเมื่อมีการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับนี้ให้

<sup>5</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2539) หน้า 188 - 189

สังคมแต่ผู้เดียว ดังนั้น สัญญาสังคมหรือสัญญาประชาคมจึงเกิดขึ้นจากการตกลงของมนุษย์ผู้มีอิสระ และมีจุดประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกของมนุษย์ แต่มนุษย์ไม่ได้สละเสรีภาพทั้งหมดให้สังคม คงให้เฉพาะเสรีภาพบางส่วนเพื่อความผาสุกร่วมกัน ล็อบคีย์ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง และต้องสร้างสถาบันการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพนี้<sup>6</sup>

### (3) จัง จากส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau)

รูสโซ เห็นว่า การที่มนุษย์ยินยอมมารวมเป็นสังคมนั้น ก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่น ๆ ทุกคนว่า " เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกัน ภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกับทุกคนไม่ใช่กับใครคนใดคนหนึ่ง โดยนัยนี้ เขาผู้นั้นไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเองและยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน " รัฐอธิปัตย์ของรูสโซจึงได้แก่ เจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนทั้งหมด (volonté générale) อันเป็นเจตนารมณ์ของสังคมไม่ใช่ของปัจเจกชนแต่ละคน ซึ่งเป็นสิ่งที่ละเมิดมิได้ลบล้างมิได้ โอนมิได้ แบ่งแยกมิได้ และสิ้นสูญเสื่อมคลาย และรูสโซเห็นว่า ต้องแยกเจตนารมณ์ร่วมกันออกจากเจตนารมณ์เอกฉันท์ (volonté unanime) เพราะเป็นไปได้ที่ทุกคนจะเห็นตรงกันหมด แต่เราต้องให้ความสำคัญกับทุกเสียง เพียงแต่ว่าเสียงข้างมากยอมแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันอย่างแท้จริง ดังนั้น เจตนารมณ์ร่วมกันนี้จึงอาจแตกต่างจากประโยชน์ส่วนบุคคลของสมาชิกแต่ละคนได้ แต่เป็นเจตนารมณ์สูงสุด รูสโซได้นำแนวความคิดสัญญาประชาคมนี้อมาสร้างทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (la souveraineté populaire) ซึ่งส่งผลที่สำคัญโดยสรุป คือ

1) ราษฎรแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกผู้ปกครอง เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งส่วนแห่งอำนาจอธิปไตยของตนอันนำมาซึ่งหลักการเลือกตั้งอย่างทั่วทั้งประเทศ (universal suffrage)

<sup>6</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 24 - 25

2) การมอบอำนาจของราษฎรให้ผู้แทนนั้นเป็นการมอบอำนาจในลักษณะที่เป็นผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อาณัติของราษฎรผู้เลือกตั้ง (mandat impératif)<sup>7</sup>

### 2.1.1.3 ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าว แต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามภาระหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์การตามขอบเขตภาระหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า " การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ " (funktionlle Gewaltenteilung) และ " การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล " (personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกร่องให้ภาระหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์การอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้รวมทั้งการกำหนดให้องค์การอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจนั้นหรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (Funktionlle Gewaltenteilung) และในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung) แล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจ

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 25

อื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ<sup>8</sup>

#### 2.1.1.4 หลักนิติรัฐ (Legal State)

นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่นับถือกฎหมายหรือยกย่องกฎหมายเป็นใหญ่โดยยอมรับว่ารัฐเป็นเครื่องมือของสังคมในการทำให้แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายเกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ หลักนิติรัฐ จึงเป็นการกำหนดบทบาทหรือหน้าที่ของรัฐที่มีต่อราษฎร

รากฐานของปรัชญามีมาตั้งแต่สมัยกรีก เมื่ออริสโตเติลเห็นว่ารัฐที่ดีต้องมาจากผู้นำที่ดี และผู้นำที่ดีจะต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งความคิดในเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของผู้ที่ยึดถือลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) จึงมีการให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอันมาก รัฐต้องเคารพต่อเสรีภาพของประชาชนโดยการยอมตนอยู่ใต้บังคับของกฎหมายโดยเคร่งครัด เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 49<sup>9</sup> ในเรื่องการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนทำไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้

<sup>8</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540** (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) หน้า 25 - 26

<sup>9</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 49 บัญญัติว่า “ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมืองการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายในการเวนคืนนั้น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การกำหนดค่าทดแทนตามวรรคหนึ่ง ต้องกำหนดให้อย่างเป็นธรรม โดยคำนึงถึงราคาซื้อขายกันตามปกติ การได้มา สภาพและที่ตั้งของอสังหาริมทรัพย์ และความเสียหายของผู้ถูกเวนคืน

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ไว้ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว ต้องคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

### นิติรัฐย่อมมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

1. ในประเทศนั้นกฎหมายย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องมีบทบัญญัติทางกฎหมายมารองรับ และต้องชอบด้วยกฎหมาย มีการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในประเทศด้วยการมีบทบัญญัติของกฎหมายมารองรับ
2. การใช้อำนาจของรัฐ จะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย องค์การตามอำนาจอธิปไตย ย่อมมีการตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน
3. จะต้องมีหลักประกันว่าผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครอง

หลักนิติรัฐก่อให้เกิดหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในระบบกฎหมาย ประกอบด้วยลักษณะ 2 ประการ คือ

1. บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ และโทษนั้นจะต้องเป็นโทษที่กฎหมายกำหนดให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ เจ้าพนักงานของรัฐจึงไม่สามารถใช้อำนาจตามอำเภอใจได้
2. บุคคลอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน นั่นคือจะถูกบังคับใช้กฎหมายโดยเท่าเทียมกัน การพิจารณาพิพากษาจะต้องเป็นไปโดยอิสระปราศจากการแทรกแซง<sup>10</sup>

นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ผู้ได้ปกครอง โดยให้อำนาจผู้ได้ปกครองที่จะฟ้องร้องยังเจ้าหน้าที่ทางศาลเพื่อขอให้ยกเลิก แก้อไข หรือเลิกบังคับใช้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิของเขา

ด้วยเหตุนี้ ระบอบนิติรัฐจึงได้รับการคิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนจากอำเภอใจของฝ่ายปกครอง การที่นิติรัฐจะเกิดได้จึงเป็น

การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทตามวรรคสาม และการเรียกคืน ค่าทดแทนที่ชดใช้ไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ”

<sup>10</sup> เกரியงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, เอกสารประกอบการสอน, หน้า



### 2.1.1.5 ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายภาคพื้นยุโรป

การก่อกำเนิดของแนวความคิดที่จะให้มีองค์กรของรัฐทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ นั้น มีความสัมพันธ์อย่างแยกไม่ออกกับข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ข้อความคิดดังกล่าวถือกำเนิดขึ้นในยุโรป และสหรัฐอเมริกา ในช่วงศตวรรษที่ 17 – 18 และพัฒนาเรื่อยมาได้กรอบในทางประวัติศาสตร์ และเงื่อนไขทางการเมืองของแต่ละประเทศ ทั้งนี้โดยที่พัฒนาการดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อกันและกันด้วย อาจกล่าวได้ว่าข้อความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นวัฒนธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นเอกลักษณ์ของชาติตะวันตก โดยเฉพาะ<sup>12</sup>

#### (1) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศอังกฤษ

แนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในภาคพื้นยุโรปในยุคใหม่มีบทบาทสำคัญมาจากประเทศอังกฤษ เมื่อ คริสต์ศักราช 1610 ผู้พิพากษา Sir Edward Coke ได้วินิจฉัยคดีของ นายแพทย์ Thomas Bonham โดยนายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภา (Ärztterkammer) และแพทยสภาได้พิพากษาลงโทษปรับนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทยสภา โดยคำปรับครั้งหนึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายของแพทยสภา Sir Edward Coke เห็นว่ากฎหมายที่เป็นพื้นฐานในคดีดังกล่าว (ข้อบังคับของแพทยสภา) ไม่อาจจะใช้บังคับได้ เพราะกฎหมายดังกล่าวขัดกับหลัก common law ที่ว่า "ไม่มีใครใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้ส่วนเสีย" (Niemand dürfe Richter in eigener Sache sein) เพราะในคดีของนายแพทย์ Bonham ประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภามีสิทธิที่จะได้รับเบี้ยปรับครั้งหนึ่งของเบี้ยปรับที่กำหนดในแต่ละคดี และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภาจึงมีผลประโยชน์ทางด้านเงิน

<sup>11</sup> โภคิน พลกุล , ชาญชัย แสวงศักดิ์ , หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม , พิมพ์ครั้งที่ 5 , 2549) หน้า 56

<sup>12</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , "ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ" ใน การรวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์. 2541 , หน้า 192

ความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประชาชนจะต้องมีอาวุธ อันได้แก่ สิทธิในการดำเนินการทางศาลต่ออการ

โดยตรงในคดีที่ที่บุคคลเหล่านั้นทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา ดังนั้น ในคดีดังกล่าวบุคคลเหล่านี้จึงไม่ได้เป็นเพียงผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังเป็น “ คู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีด้วย ” คำกล่าวที่รู้จักกันแพร่หลายเกี่ยวกับลำดับชั้นที่เหนือกว่าของ common law มาจากคำพิพากษาดังกล่าวที่ว่า common law มีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภา และในบางกรณีทำให้กฎหมายของรัฐสภาฉบับนั้นทั้งฉบับไม่มีผลบังคับ เพราะในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับความมีเหตุมีผล (common right and reason) หรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ ในกรณีเช่นนี้ common law ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภาและมีผลทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้

หลักการที่ได้รับการตัดสินจาก Edward Coke นั้น วางอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่าในเบื้องต้นนั้นรัฐสภามีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายและแก้ไขกฎหมาย แต่บนพื้นฐานดังกล่าว Coke เห็นว่ามีเงื่อนไขในเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายดังกล่าวโดยผู้พิพากษาและการไม่บังคับใช้กฎหมายในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาดังกล่าว ขัดแย้งกับ common law อย่างชัดเจน การที่ผู้พิพากษาสสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น Coke ได้แสดงถึงพัฒนาการของกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่ยุคกลาง โดยนำแนวคิดดังกล่าวมาให้เหตุผลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตามพัฒนาการในทางกฎหมายของอังกฤษ นับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 17 มิได้ยึดถือตามแนวความคิดของ Coke หากแต่ได้ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament หรือ Konzept der unbeschränkten Parlamentssouveränität) ตามหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภานั้น ไม่ยอมรับความมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา การที่ประเทศอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา อาจมีผลมาจากการต่อสู้กับระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ประสบผลสำเร็จในประเทศอังกฤษ ผลจากการต่อสู้ดังกล่าวทำให้รัฐสภาได้เรียกร้องให้พระมหากษัตริย์รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการออก Petition of Right ในปี คริสต์ศักราช 1627 และในปี คริสต์ศักราช 1689 ได้มีการออก Bill of Right อันเป็นกฎหมายสำคัญที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์<sup>13</sup>

The Bill of Rights แห่งปี คริสต์ศักราช 1689 นี้ มีฐานะเป็นกฎหมาย และนับว่าเป็นพื้นฐานที่เพียงพอสำหรับศาลทั้งหลายในระบบ Common Law ของ

<sup>13</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 27 - 28

อังกฤษ ที่จะนำมาขยายผลในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตลอดช่วงเวลากว่าสามศตวรรษที่ผ่านมา

แต่สำหรับปัจจุบัน เริ่มมีการตระหนักถึงปัญหาที่เกิดจากการปกครองภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of Law) หรือการปกครองโดยกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้เพราะภายใต้การปกครองโดยกฎหมายแบบของอังกฤษนั้น ผู้ออกกฎหมายหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ ดังที่มีคำกล่าวไว้ว่า สิ่งที่รัฐสภาอังกฤษทำไม่ได้ก็มีแต่เพียงการเปลี่ยนผู้หญิงให้เป็นผู้ชายและผู้ชายให้เป็นผู้หญิงเท่านั้น ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติของอังกฤษจึงมีอำนาจอันไม่จำกัดในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้รัฐบาลนำกฎหมายดังกล่าวมาเป็นพื้นฐานในการใช้อำนาจในการปกครองต่อไป ซึ่งหากพิจารณาให้ดีจะเห็นว่า ระบบดังกล่าวทำให้กฎหมายตกอยู่ภายใต้อำนาจทางการเมือง<sup>14</sup>

อย่างไรก็ดีถึงแม้ว่าแนวคิดในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญในเบื้องต้นจะได้รับการพัฒนาจากประเทศอังกฤษ แต่จนถึงปัจจุบันนี้แนวความคิดดังกล่าวมิได้มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด และในระบบกฎหมายของอังกฤษในปัจจุบันนี้ก็มิได้แยกลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนุญกับกฎหมาย<sup>15</sup>

## (2) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศเยอรมัน

ในเยอรมันแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนุญในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) ในช่วงเริ่มต้นของแนวความคิดรัฐธรรมนุญนิยมนั้น ได้มีการยอมรับแนวคิดของการมีกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) ซึ่งถึงแม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มียุทธธรรมนุญในความหมายของรัฐสมัยใหม่ก็ตาม แต่ก็มีกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ (die Thronfolgeregeln) ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองเมือง หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Religionsfreiheit) ในทางทฤษฎีกฎหมายของเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 17 – 18 มีปัญหาเกี่ยวกับเรื่องความมีผลผูกพันของกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) และเรื่องความ

<sup>14</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , กฎหมายรัฐธรรมนุญ , หน้า 55

<sup>15</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนุญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนุญ , หน้า 28

มีอธิปไตยสูงสุดของพระมหากษัตริย์ ในประเด็นปัญหาดังกล่าว กฎหมายพื้นฐานจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสำหรับปัญหาที่มาของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เกี่ยวกับอธิปไตยนั้นได้รับการอธิบายถึงเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานและขอบเขตของความผูกพันในทางกฎหมายของกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว ส่วนปัญหาที่เกี่ยวกับผลของการละเมิดรัฐธรรมนูญโดยผู้ปกครองเองได้นำไปสู่การถกเถียงกันในเรื่องของสิทธิในการต่อต้าน (Widerstandsrecht)

ความหมายของอธิปไตย (Souveränitätsbegriff) ได้รับการยอมรับจากกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) เท่าที่ได้มีการเน้นถึงอำนาจอธิปไตยของผู้ปกครอง กรณีจึงมีเหตุผลที่จะจำกัดอำนาจในการออกกฎหมายของมนุษย์ กฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า ดังกล่าวอาจให้เหตุผลได้ว่า คือ กฎหมายธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม การให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าวขาดความหนักแน่นในการบังคับใช้ โดยเหตุนี้เองจึงได้มีการอาศัยแนวคิดในเรื่องทางสัญญามาช่วยในการให้เหตุผล แนวคิดในเรื่องสัญญาจึงเป็นจุดเชื่อมโยงในทางความคิดของสัญญาในการปกครอง (Herrschaftsvertrag) อันเป็นสัญญาระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองนคร ด้วยเหตุนี้ กฎหมายพื้นฐาน (die Fundamentalgesetze) จึงได้รับการพิจารณาว่าเป็นสัญญาทางสังคม การจะรักษาสัญญาทางสังคมดังกล่าวได้จะต้องมีอำนาจซึ่งอยู่เบื้องหลังสัญญาดังกล่าว หลักความสูงสุดของสัญญา (der Vorrang der Verträge) ตามกฎหมายธรรมชาติจึงก่อตั้งขึ้นตามหลัก "pacta sunt servanda" ดังนั้น กฎหมายบัญญัติที่ขัดกับกฎหมายพื้นฐานจึงอาจไม่มีผลบังคับ

ในเรื่องเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย Christian Wolff ได้ อธิบายไว้ในหนังสือ "Ius Nature Methodo Scientifica Pertractatum" ว่า เพราะกฎหมายพื้นฐานของรัฐมิได้อยู่ในอำนาจที่จะกำหนด (Disposition) ของอำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้นผู้ปกครองจึงไม่สามารถออกกฎหมายพื้นฐาน (Fundamentalgesetze) โดยอำนาจในการออกกฎหมายของผู้ปกครองได้ การให้เหตุผลที่ชัดเจนจากแนวคิดดังกล่าวได้รับการอธิบายโดย Grotius และ Pufendorf โดย Grotius ได้นำทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (die Souveränitätslehre) เป็นพื้นฐานของการอธิบาย ซึ่งทำให้เกิดความชัดเจนในการให้ความหมายเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย โดยที่ Grotius เห็นว่า "อำนาจอธิปไตย" มิได้เป็นการขยายความเกี่ยวกับตัวผู้ปกครองในทางส่วนบุคคล หากแต่ Grotius เห็นว่า อำนาจอธิปไตยนั้นมีลักษณะเป็นอำนาจของรัฐ ซึ่งอาจแบ่งหรือถูกใช้โดยองค์กรต่าง ๆ ได้ ส่วนวิธีการแบ่งอำนาจอธิปไตยดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) ซึ่งจะต้องบัญญัติการจำกัดองค์กรของรัฐ สำนักกฎหมายธรรมชาติได้ทำให้เกิดความชัดเจนระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende

Gewalt) ซึ่งอยู่เหนือกว่าอำนาจที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญ (die von der Verfassung konstituierte Gewalt) การอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าของผู้ปกครองภายใต้กฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) เป็นจุดเริ่มต้นที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นรัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญของเยอรมัน สำหรับ Pufendorf ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การกระทำของผู้ปกครองซึ่งขัดแย้งกับหน้าที่ของผู้ปกครองตามกฎหมายพื้นฐาน ย่อมตกเป็นโมฆะ และไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างถึงสิทธิในการให้บุคคลอื่นเชื่อฟัง

นอกจากแนวโน้มของพัฒนาการไปสู่รัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญและความเป็นนิติรัฐแล้ว ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของ Jean Bodin ยังมีบทบาทสำคัญในเยอรมันซึ่งตามแนวคิดของ Bodin อำนาจในการออกกฎหมายนั้นเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์เท่านั้น ความมีอำนาจสูงสุดจึงมาจากพระมหากษัตริย์ ซึ่งอำนาจของพระมหากษัตริย์ดังกล่าวยังต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ของพระเจ้า กฎหมายธรรมชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาทฤษฎีของ Bodin ได้ถูกนำมาสร้างเป็นสัญลักษณ์ในทางประชาธิปไตย โดยการให้ความหมายอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveränität) โดยได้ปฏิเสธความผูกพันต่ออำนาจสูงสุดทั้งหลาย<sup>16</sup>

### (3) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศออสเตรีย

สำนักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศออสเตรียนั้น คือ สำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย (die Österreichische Schule der Rechtstheorie) โดยเฉพาะ Adolf Merkel และ Hans Kelsen โดย Merkel และ Kelsen ได้พยายามรวบรวมปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลทั้งสองได้ให้เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมายอธิบายถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามแนวความคิดของ Adolf Merkel เห็นว่า กฎหมายนั้นเป็นระบบที่ว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจ ซึ่ง Merkel เรียกว่า " ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย " (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 28 - 30

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย

ตามแนวความคิดสำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตเรียเห็นว่ากระบวนการในการบัญญัติกฎหมายได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย และกฎหมายที่ได้รับการมอบอำนาจก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับขั้นต่ำกว่าต่อไป กฎเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติว่า การทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติให้ทำหน้าที่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมแสดงได้ว่ารัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมาย<sup>17</sup>

#### (4) แนวคิดเรื่องลำดับขั้นของกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

อาณานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกาได้นำแนวความคิดในทางกฎหมายภาคพื้นยุโรปไปกำหนดกฎเกณฑ์ในการอาศัยอยู่ร่วมกันในทวีปใหม่ อิทธิพลของแนวความคิดของ Edward Coke ที่ได้วินิจฉัยในคดีของนายแพทย์ Bonhan เมื่อ คริสต์ศักราช 1610 ได้กลายมาเป็นแนวคิดที่สำคัญในการประกาศความเป็นอิสระภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม คริสต์ศักราช 1776 คำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมืองโดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง ซึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐได้กล่าวไว้ว่า " We the People of the United States do ordain and establish this Constitution for the United States of America " จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (die Idee der Volkssouveraenitaet) ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด (ประชาชน) ได้รับการก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและจากหลักดังกล่าวนี้เอง อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิรัฐจึงไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 30 - 31

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นปรากฏชัดในเอกสารหมายเลข 78 อันลือชื่อของ Alexander Hamilton ในปี คริสต์ศักราช 1788 โดย Hamilton เป็นผู้ร่วมร่าง รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาด้วย Hamilton ได้สรุปเหตุผลสำคัญว่า ทำไมศาลควรจะทำหน้าที่เป็นผู้ คุ่มครองรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ ซึ่งตาม ความเห็นของ Hamilton เห็นว่า เป็น "nature and reason of the thing" การให้ศาลเป็นองค์กรผู้ มีอำนาจดังกล่าวเป็นการแสดงว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่อ่อนแอที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงเป็น อำนาจที่ได้รับความไว้วางใจในการให้ความคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ตาม ความเห็นของ Hamilton เห็นว่า ไม่มีหลักการใดที่ชัดเจนไปกว่าหลักการที่ว่า การกระทำใด ๆ ของ เจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบอำนาจซึ่งขัดแย้งกับความมุ่งหมายของผู้มอบอำนาจ การกระทำนั้น ๆ ย่อม ไม่มีผลบังคับ เพราะฉะนั้น การบัญญัติกฎหมายซึ่งขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลบังคับใช้ หลักการดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธว่า ผู้ได้รับมอบอำนาจอยู่ในฐานะที่สูงกว่าผู้มอบอำนาจ Hamilton ได้กล่าวว่า ภาระหน้าที่ที่แท้จริงของศาลคือการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็น กฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ดังนั้น รัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการพิจารณาจากผู้ พิพากษาเช่นกัน

หลักว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถึงแม้จะ ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อ คริสต์ศักราช 1787 แต่การนำแนวคิด ดังกล่าวมาให้เกิดผลในทางปฏิบัติเกิดขึ้นเมื่อ คริสต์ศักราช 1803 ในคดี Marbury V. Madison โดยที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา คริสต์ศักราช 1787 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ศาลสูงสุด ของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยเหตุนี้ John Marshall ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดได้ยืนยันอำนาจของศาลว่า รัฐธรรมนูญมีผลต่อการ กระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หากการกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงเป็น กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุด ไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ดังนั้น กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่ขัดกับรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่กฎหมาย นอกจากนี้ Marshall ยังให้ เหตุผลว่าเพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดอันเป็นกฎหมายที่เชื่อมโยงกับ เจตนารมณ์ของประชาชน รวมทั้งในรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐทั้งหลายที่ ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ ต่ำกว่าจึงต้องยอมหลีกทางให้แก่รัฐธรรมนูญ<sup>18</sup>

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 31 - 33



อาจกล่าวได้ว่า คดี Marbury V. Madison เป็นการวางบรรทัดฐานสำหรับบทบาทของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรรัฐอื่นๆ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นบรรทัดฐาน (judicial review)<sup>19</sup>

## 2.1.2 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)<sup>20</sup>

หลักรัฐธรรมนูญนิยมพัฒนามาจากหลักกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด (Principle of the Supremacy of Law) ในสมัยกลาง ถือว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาจากพระเจ้าและเป็นสิ่งสูงสุดอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ จากแนวคิดดังกล่าวได้พัฒนากฎหมายให้เป็นที่อยู่เหนือหรือสูงกว่าอำนาจรัฐ

### 2.1.2.1 ความเป็นมาของหลักรัฐธรรมนูญนิยม

หลักรัฐธรรมนูญนิยมเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย โดยที่ 13 อาณานิคมในทวีปอเมริกาเหนือทำการปฏิวัติแยกตัวเป็นอิสระจากอังกฤษ และได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา เมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศสได้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญและเผยแพร่แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมไปทั่วโลก โดยเฉพาะการร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ถือเป็นความสำคัญอย่างมาก ประเทศที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองหรือประเทศที่ได้รับเอกราชใหม่ มักจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นอันดับแรก แม้แต่ในประเทศที่มีการปกครองแบบสังคมนิยมซึ่งมักจะปฏิเสธรัฐและกฎหมายก็ยังมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน แสดงให้เห็นว่าแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนั้นแพร่หลายเป็นสากล

<sup>19</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 81

<sup>20</sup> จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ , การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล , (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2548) , หน้า 22 - 25

(ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพ ในปีคริสต์ศักราช 1776 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ปี คริสต์ศักราช 1787 ส่วนประเทศฝรั่งเศสปฏิวัติใหญ่ ในปีคริสต์ศักราช 1789 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ในปีคริสต์ศักราช 1791)

### 2.1.2.2 วัตถุประสงค์ของหลักรัฐธรรมนูญนิยม

วัตถุประสงค์ของหลักรัฐธรรมนูญนิยมมี 3 ประการ คือ

#### (1) เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

“ สิทธิ ” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคล ในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

“ เสรีภาพ ” หมายถึง สถานการณ์ที่บุคคลมีความเป็นอิสระใน การที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความต้องการของตนเอง หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจ ในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล

ซึ่งวัตถุประสงค์หลักประการแรกของหลักรัฐธรรมนูญนิยม คือ การให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการแทรกแซงของบุคคลหรือองค์กรใด ๆ ที่ใช้อำนาจรัฐเข้าละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และเมื่อได้มีการบัญญัติรับรองแล้วก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ผูกพันองค์กรของรัฐที่ใช้ทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นรัฐบาล รัฐสภา หรือแม้กระทั่งศาลที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดผล ในทางปฏิบัติ

ความมุ่งหมายที่ต้องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญนี้เองที่ก่อให้เกิดกระบวนการที่ใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มี ขอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามมา กล่าวได้ว่า ถ้าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นเป้าหมายแล้ว การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐก็เป็นเครื่องมือที่จะทำให้บรรลุซึ่ง เป้าหมายที่วางเอาไว้

#### (2) เพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

กระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายนั้นเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้บรรลุซึ่งเป้าหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่วางไว้ การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐจึงถือเป็นวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งที่สำคัญของหลักรัฐธรรมนูญนิยมด้วย

เนื่องจากรัฐมีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายหรือนิติบุคคล แต่ถึงอย่างไรก็เป็นสถานะทางนามธรรมเท่านั้น รัฐจึงมีอำนาจที่จะกระทำกิจการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นที่จะต้องให้บุคคลธรรมดาเข้ามาดำเนินกิจการต่าง ๆ แทนรัฐ ซึ่งอาจจะทำในรูปของบุคคลธรรมดาเพียงคนเดียว หรือในรูปของคณะบุคคลหรือองค์กรของรัฐ เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามในนามของรัฐและแทนรัฐ โดยกฎหมายนั้นถือว่าการกระทำทั้งหลายที่บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวได้กระทำลงไปภายในขอบเขตและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วนั้น ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธินั้นย่อมตกแก่รัฐและหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่ประการใดก็เป็นหน้าที่ของรัฐมิใช่หน้าที่โดยส่วนตัวของบุคคลที่กระทำการแทนรัฐ

การกระทำของรัฐจะต้องมีลักษณะสำคัญสามประการประกอบด้วย

1. เป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ
2. เป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐอันได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่
3. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นต้องเป็นการกระทำที่ทำลงไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม

แต่โดยที่การกระทำดังกล่าวจะอย่างไรก็ดีเป็นการกระทำที่กระทำไปโดยบุคคลธรรมดาหรือกลุ่มบุคคล ซึ่งอาจจะมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ต้องการปิดเบื้องการใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือพวกพ้อง จึงอาจทำให้การกระทำดังกล่าวกระทำไปโดยทุจริตได้ หรือแม้หากไม่มีเจนาทุจริตแต่อาจมีการบกพร่องในการใช้อำนาจ

รัฐก็อาจทำให้การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นก็จำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของบุคคลหรือองค์กรของรัฐเหล่านั้นว่ามีความถูกต้องภายใต้กรอบแห่งกฎหมายหรือไม่

" การควบคุม " หมายถึง การตรวจสอบการใช้อำนาจประการหนึ่ง และการเยียวยาโดยรัฐอีกประการหนึ่ง

" การตรวจสอบ " หมายถึง การสอดส่อง การสอบสวน การดูให้ถูกต้อง ก่อนการกระทำใด ๆ ของรัฐ ว่าได้ดำเนินการดีหรือไม่ ถูกต้องหรือไม่ ลักษณะนี้เป็นการป้องกันไม่ให้มีการละเมิดกฎหมายได้

ในส่วนของ การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ มิให้เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดนั้น ถือเป็นหัวใจของหลักรัฐธรรมนูญนิยมในปัจจุบันเพราะถือว่าเป็นกระบวนการที่จะทำให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนขึ้นในความเป็นจริง โดยการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่ดีจะต้องมีกลไกให้องค์กรภายนอกองค์กรที่ใช้อำนาจนั้นได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเพราะจะทำให้เกิดความเป็นกลางในการตรวจสอบและโปร่งใส และในสังคมประชาธิปไตยปัจจุบันมักจะเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมากขึ้น

### (3) เพื่อเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาล

หลักรัฐธรรมนูญนิยมมีวัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งเพื่อสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาล เพราะเมื่อพิจารณาว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องการคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลแต่ละคนหรือปัจเจกชนแล้วนั้น ทั้งนี้ โดยผ่านกระบวนการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐว่าอยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมายหรือไม่ แต่การจะให้รัฐดำรงอยู่ได้นั้นจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของประชาชนทุกคนหรือมหาชนด้วยหรือที่เรียกกันทั่วไปว่าประโยชน์สาธารณะ อันถือเป็นภารกิจหลักประการหนึ่งของรัฐที่จะต้องดำรงไว้ซึ่งประโยชน์สุขของมหาชน และการที่จะทำให้รัฐบาลสามารถปฏิบัติภารกิจของรัฐไปได้อย่างราบรื่น และมีความมั่นคงในการบริหารประเทศ จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาลเพื่อจะได้มีรัฐบาลที่มีความมั่นคง และประชาชนโดยทั่วไปก็จะเกิดความมั่นใจในแนวทางหรือนโยบายในการบริหารประเทศของรัฐบาล ประโยชน์สาธารณะ หรือประโยชน์มหาชนก็จะได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกับประโยชน์ของปัจเจกชน

### 2.1.3 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of law) หมายถึงภาวะสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นสถานะของกฎหมายนั้น ๆ ว่า ในลำดับสูงเหนืออื่นใดทั้งปวง ลำดับเช่นนี้มีผู้เรียกว่าศักดิ์ของกฎหมายหรือชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) เพราะในบรรดากฎหมายที่มีอยู่มากมายหลายรูปแบบนั้นย่อมมีความแตกต่างลดหลั่นกันอยู่เป็นธรรมดาตามความประสงค์ของผู้มีอำนาจออกกฎหมาย ถ้าจะให้กฎหมายทั้งหลายเท่าเทียมกันหมดแล้วก็คงจะมีกฎหมายรูปแบบเดียวจะได้จัดให้อยู่ในลำดับเดียวกันทั้งหมด แต่ที่ต้องมีหลายรูปแบบก็เพราะผู้มีอำนาจออกกฎหมายทราบดีว่า เนื้อหาของกฎหมายแต่ละเรื่องมีน้ำหนักแตกต่างกัน บางเรื่องสำคัญมาก บางเรื่องสำคัญน้อย เรื่องที่สำคัญมากก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายรูปแบบหนึ่งเปรียบเสมือนภาชนะชั้นดีที่ควรรองรับอาหารประเภทหนึ่ง เรื่องที่สำคัญน้อยก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งหรือประเภทหนึ่ง เปรียบเสมือนภาชนะชั้นรองลงมาและในบรรดากฎหมายทุกรูปแบบทุกประเภทหรือภาชนะทั้งปวงนั้น ต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่กำหนดว่าอยู่สูงกว่ากฎหมายรูปแบบอื่น เปรียบเสมือนภาชนะชั้นดีเลิศกว่าภาชนะทั้งปวง<sup>21</sup>

รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยนั้น จะดำรงอยู่ได้ก็แต่ในรัฐซึ่งมีวิธีการที่จะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะหากผู้ปกครองใช้อำนาจปกครองตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนต่าง ๆ ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะยังไม่ได้มีการยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอย่างเป็นทางการก็ไม่ต่างอะไรกับการที่ได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญไปแล้วนั่นเอง เพราะถ้าหากว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งในส่วนที่เป็นการจัดระเบียบการปกครองของรัฐ คือ ในส่วนที่ว่าด้วยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระบวนการในการเข้าดำรงตำแหน่งขององค์กรเหล่านั้นของบุคคลธรรมดา และบทบัญญัติที่กำหนดความสัมพันธ์ทางสิทธิหน้าที่ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ด้วยตนเองและกับเอกชน ตลอดจนบทบัญญัติในส่วนที่เป็นการรับรองไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนและหลักการต่าง ๆ ที่จะประกันไว้ซึ่งสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ นั้น ตามแนวคิดที่ว่าด้วยนิติรัฐอาจจะถูกล่วงละเมิดโดยบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายธรรมดาที่ขัดแย้งหรือล่วงละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเหล่านั้นยังคงมีผลบังคับใช้

<sup>21</sup> วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ ฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์ , พิมพ์ครั้งที่ 3 , 2530) หน้า 669

อยู่ได้โดยไม่อาจโต้แย้งหรือเพิกถอนเสียได้ ก็ย่อมเท่ากับเป็นการยอมรับอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในอันที่จะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้อยู่ตลอดเวลาเท่าที่ตนประสงค์ โดยวิธีการเช่นเดียวกันกับการตรากฎหมายธรรมดา ๆ โดยทั่วไป<sup>22</sup>

### 2.1.2.1 ความหมายแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางทฤษฎีนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการของความขัดแย้งในทางรูปแบบ (des formelle Kollisionsprinzip) (กล่าวคือเป็นความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น) และการทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา (spätere Vernichtigkeit) หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งเช่นกัน กล่าวคือ เรื่องของความผูกพัน (Verbindlichkeit) และเรื่องของการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ<sup>23</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับความมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายนั้นยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุด หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดนอกเหนือจากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ต่าง

<sup>22</sup> สมยศ เชื้อไทย , คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (กรุงเทพฯ ฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , 2535) หน้า 48

<sup>23</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 33

ลำดับชั้นกันแล้ว ในอีกด้านหนึ่งย่อมเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่าง ๆ ย่อมอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกฎเกณฑ์หลักสำหรับการตรากฎหมายการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเป็นกรณีที่เป็นไปได้ การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการตรากฎหมายธรรมดา ระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ องค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>24</sup>

#### 2.1.2.2 วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแล้วรัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนเอาไว้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ใช้อำนาจปกครองกระทำการใดอันเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญนี้ได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงมีผลผูกพันกับองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม แต่อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติแล้ว การดำเนินการใด ๆ ขององค์กรหรือสถาบันทางการเมืองอาจจะเกิดการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้ การที่จะดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ จึงต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรหรือสถาบันทางการเมืองให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและการที่จะยืนยันได้ว่าศักดิ์แห่งกฎหมายหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญมีจริงหรือไม่ ก็โดยการตรวจสอบค่า (valeurs) แห่งกฎเกณฑ์ทั้งหลาย

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องสำคัญซึ่งมีการจัดรูปแบบไว้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับแนวความคิดทางทฤษฎีทางกฎหมายและแนวความคิดในการจัดองค์กร การ

<sup>24</sup> ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ , เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 4 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ , หน้า 2

ให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้วินิจฉัย เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil Constitutionnel) การให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย และการให้ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย<sup>25</sup>

การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศหากมีกรณีที่มีความขัดหรือแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ก่อให้เกิดผลคือกฎหมายใดหากขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักการสำคัญซึ่งไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้อันประการหนึ่งคือการสร้างระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติงานขององค์กรต่าง ๆ เช่น การจัดให้มีกระบวนการประชาธิปไตย การวางระบบการตรวจสอบถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง, การมีศาลปกครองเพื่อตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยงานรัฐ และการมีศาลรัฐธรรมนูญเพื่อตรวจสอบควบคุมกระบวนการต่าง ๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นต้น กระบวนการเหล่านี้จะเป็นกลไกที่สร้างขึ้นใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เพื่อให้ระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยสามารถดำเนินไปภายใต้ระบบการควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพและแก้ไขปัญหาเรื่องการขาดกลไกควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอันเป็นข้ออ่อนที่มีมาแต่เดิมของระบอบการปกครองแบบนี้<sup>26</sup>

### 2.1.2.3 ผลความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับการมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายนั้นยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดนอกเหนือจากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันแล้ว ในอีกด้านหนึ่งย่อมเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่าง ๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่อย่างไรก็ตามการที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการออกกฎหมายการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติเป็นกรณีที่เป็นไปได้ การมีลำดับชั้นของกฎหมายและ

<sup>25</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 21 - 22

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 222 - 223



รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงที่สุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา ระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และเงื่อนไขประการสุดท้ายคือ องค์การของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>27</sup>

การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดทำให้เกิดผล ดังนี้<sup>28</sup>

1. รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายใน (domestic law) กฎหมายทั้งปวงไม่ว่าที่มีมาก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และเพื่อเป็นหลักประกันว่าความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ไม่ถูกละเมิด จึงจำเป็นต้องมีองค์กรหรือสถาบันทำหน้าที่ดูแลรักษารัฐธรรมนูญและมีอำนาจตรวจสอบ รวมทั้งวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจริงหรือไม่ กระบวนการเช่นนี้เรียกว่า Judicial Review โดยมีหลักว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นทางการเรียกว่า “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ” (control of constitutional validity of legislation) ดังจะได้กล่าวถึงในบทต่อไป

2. ผลประการแรกทำให้เกิดผลประการที่สองตามมาว่านอกจากการละเมิดรัฐธรรมนูญอาจเกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการออกกฎหมายต่าง ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ฝ่ายบริหารเองก็อาจทำการต่าง ๆ ขัดรัฐธรรมนูญได้ เช่น การมีมติหรือคำสั่งต่าง ๆ เจ้าพนักงานของรัฐอาจทำผิดรัฐธรรมนูญ รัฐบาลอาจทำหนังสือสัญญาต่างประเทศที่ขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ในบางประเทศกระบวนการที่เรียกว่า Judicial Review จึงครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวด้วย ซึ่งค่อนข้างจำเป็นสำหรับประเทศที่ใช้ระบบแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเด็ดขาดเพราะสภาไม่อาจเข้าไปตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ เมื่อไม่มีมาตรการควบคุมทางการเมืองก็ต้องสร้างมาตรการทางกฎหมายขึ้น และเมื่อมีมาตรการทางกฎหมายแล้วก็ต้องให้เป็นอำนาจขององค์กรที่เป็นกลางที่สุด และตรวจสอบได้ทั้งการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารพร้อมกัน ส่วนการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายตุลาการนั้น เนื่องจากว่าฝ่ายตุลาการเป็นผู้ตีความกฎหมายไม่ได้เป็นฝ่ายทำการใดที่กระทบกระเทือนต่อ

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 37

<sup>28</sup> วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 667 - 679

ประชาชนโดยตรงอย่างฝ่ายสภาและฝ่ายบริหาร นอกจากนั้นคำวินิจฉัยของศาลเป็นเรื่องของความเห็นและดุลพินิจอิสระ จึงไม่มีการตรวจสอบหรือควบคุมเป็นพิเศษเพราะอาจตรวจสอบได้เป็นปกติตามสายงานหรือลำดับชั้นของศาลในการพิจารณาพิพากษาคืออยู่แล้ว จึงสามารถเลี้ยงไปตัดสินใหม่ออกความเห็นใหม่ให้องค์กรที่มีอำนาจศาลพิพากษาใหม่ โดยไม่ต้องระบุว่าคำพิพากษาของศาลล่างขัดรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีการตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนั้น ในการใช้อำนาจ Judicial Review จะไม่มีการออกกฎหมายให้ใหม่แทนกฎหมายเก่าที่มีคำวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) และจะไม่มีการสั่งใหม่แทนคำสั่งเก่าหรือแทนหนังสือสัญญาเก่าของฝ่ายบริหารที่ทำกับต่างประเทศและถูกวินิจฉัยว่าใช้ไม่ได้ คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบหรือควบคุมจะเพียงแต่ชี้ให้เห็นความขัดรัฐธรรมนูญซึ่งเกิดผลตามมาว่าใช้บังคับไม่ได้เท่านั้น ส่วนที่ว่าที่ถูกที่ควรจะต้องเป็นอย่างไรองค์กรนี้จะไม่แสดงหนทางให้เพราะเท่ากับว่าเป็นการแทรกแซงอำนาจขององค์กรอื่น การทำเช่นนั้นจะกลายเป็นการก้าวล่วงเกินกว่าการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ข้อนี้ต่างกับการที่ศาลสูงวินิจฉัยแก้หรือกลับคำวินิจฉัยของศาลล่างที่ศาลสูงเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ เพราะศาลสูงจะพิพากษาใหม่สั่งการใหม่ได้เลย โดยไม่มีปัญหาเรื่องการก้าวก่ายอำนาจเพราะเป็นอำนาจเดียวกันและเป็นการควบคุมกันตามปกติในความเห็นทางกฎหมายตามระบบงานตุลาการปกติอยู่แล้ว

ในประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภาการควบคุมฝ่ายบริหารมีวิธีการที่ค่อนข้างหลากหลายกว่าวิธีที่ใช้ในระบบประธานาธิบดี กล่าวคือ ในเบื้องต้น ถ้าเป็นเรื่องของดุลพินิจทางบริหาร (executive discretion) หรือปัญหาทางการเมือง (political question) เรื่องความเหมาะสมความควรไม่ควร การควบคุมจะเป็นเรื่องของรัฐสภาตามหลักการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่เกี่ยวกับองค์กรอื่น ส่วนการกล่าวหาว่าฝ่ายบริหารทำผิดรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (เช่นกรณีของอังกฤษ) นั้น ศาลย่อมมีอำนาจทำได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายจำกัดว่าเป็นอำนาจของผู้อื่นโดยเฉพาะ ในอังกฤษแม้จะถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา แต่ก็ถือว่าฝ่ายบริหารต้องอยู่ใต้กฎหมายซึ่งรวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย ศาลทั่วไปจึงมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่าการกระทำของฝ่ายบริหารชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยไม่ต้องกล่าวถึงคำว่า unconstitutional ข้อที่ศาลอังกฤษต้องระวังมีเพียงว่าเรื่องนั้น ๆ เกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่เรื่องของดุลพินิจทางบริหาร (executive discretion) ในประเทศที่มีศาลปกครองอำนาจเช่นนี้อาจเป็นของศาลปกครองโดยเฉพาะ เพราะประเด็นเรื่องการทำของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย ซึ่งรวมทั้งรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นประเด็นในทางกฎหมายปกครองว่าด้วยการควบคุมอำนาจฝ่ายบริหาร (รวมทั้งฝ่ายปกครอง) แต่ที่แปลกคือในเยอรมันตะวันตก ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยว่าการกระทำของฝ่ายตุลาการขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็เป็นเรื่องขององค์กร

คณะผู้พิพากษาและอื่น ๆ ซึ่งมีชื่อเสียงของ “ ความเห็นในทางคดีหรือการตัดสิน ” (legal judgment)

3. เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเองก็ทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา

#### 2.1.2.4 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับความคุ้มครองพิเศษโดยกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมีกรอบในการแก้ไขและการแก้ไขเพิ่มเติมยังทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา จึงอาจกล่าวได้ว่า

เครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) ประกอบด้วยเครื่องมือดังต่อไปนี้ (1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (Widerstandrecht) (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung) (4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

(1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassung Sänderung)

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงความ เป็นเหตุผล ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัด ขอบเขตของอำนาจรัฐทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและ การกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีพื้นฐานและอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติ ของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของ รัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่า บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ และด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรจะแก้ไขให้ยากกว่า บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติสามารถจะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เช่นเดียวกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กรณีดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมาย

ธรรมนูญ แต่โดยที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้วิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมนูญ โดยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้เป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt) ต่อปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ Emmanuel Siéyès มีความเห็นโดยพิจารณาจากสภาพการณ์ของประเทศฝรั่งเศสในช่วงปี ค.ศ. 1789 ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและปัญหาในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนทั่วไปไม่สามารถจะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้เพราะองค์กรตัวแทนดังกล่าวเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งจากรัฐธรรมนูญ การจะแก้ไขรัฐธรรมนูญตามความเห็นของ Siéyès จะต้องกระทำโดยองค์กรตัวแทนพิเศษซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างมากของชาติ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญในยุคต่อมาได้ยอมให้องค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยกำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องได้รับเสียงข้างมากตามที่กำหนดไว้ เช่น ได้รับเสียงข้างมาก 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของสมาชิกวุฒิสภา เป็นต้น หากรัฐธรรมนูญฉบับใดไม่ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมนูญ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการทำให้กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากสำหรับองค์กรนิติบัญญัตินั้นเป็นการกำหนดขอบเขตความผูกพันขององค์กรของรัฐต่อรัฐธรรมนูญ

## (2) การให้สิทธิในการต่อต้าน (das Widerstandrecht)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมีความสำคัญอย่างไรและหลักการดังกล่าวมีผลอย่างไรต่อทฤษฎีนิติรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการตั้งคำถามถึงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญ ความมั่นคงของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความผูกพันขององค์กรของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จึงเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิการต่อต้าน ซึ่งอย่างน้อยที่สุดย่อมมีความสำคัญในทางทฤษฎี สิทธิในการต่อต้านได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische Staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองซึ่งปกครองโดยไม่ชอบแต่เห็นว่าการใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจกระทำได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยพระราช ในทางทฤษฎีเห็นว่าวัตถุประสงค์และความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของผู้ปกครองนั้นมีขอบเขตอยู่ที่ความเชื่อฟังของผู้ผู้นั้นได้ปกครอง แต่ในทางปฏิบัติมีปัญหาที่จะพิจารณาว่า กรณีนั้นเกินขอบเขตที่กำหนดไว้หรือไม่ เฉพาะในกรณีที่รุนแรงจริง ๆ เท่านั้นที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจแบบเผด็จการโดยผู้ปกครอง ซึ่งกรณีนี้การใช้สิทธิในการต่อต้านย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากมีปัญหาในเรื่องการใช้สิทธิในการต่อต้านในทางปฏิบัติซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับว่าการใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้องอย่างชัดแจ้งนั้นซึ่งจะทำ

ให้เกิดสิทธิในการต่อต้านนั้นอาจเกิดขึ้นได้หรือไม่ ด้วยเหตุนี้สิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญของประเทศในยุโรปตะวันตกจึงแยกออกจากการควบคุมอำนาจที่ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างของการบัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญเยอรมัน และไทย ตามรัฐธรรมนูญเยอรมันได้บัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ในมาตรา 20 (4) ว่า " ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการดำเนินการอื่น ๆ ไม่อาจกระทำได้ " ส่วนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตรา 65 ว่า " บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ "

### (3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจอ่อมเรียกชื่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจอรัฐ การแบ่งแยกอำนาวดังกล่าวนี้ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมอำนาจอรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลัก checks and balances ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่การทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาให้ปรากฏอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา คริสต์ศักราช 1787 ความเป็นไปได้ของหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจนำไปใช้ได้อย่างหลากหลาย หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดี (ein präsidialsystem) ย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้รัฐสภา (ein parlamentarisches Regierungssystem) สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจอ่อมขึ้นอยู่กับว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้น ๆ มีประสิทธิผลต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจอรัฐหรือไม่

### (4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

พัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่งฝ่ายที่เห็นด้วยกับการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีความเห็นว่าศาลสามารถทำให้เกิด

ความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้เองมีขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ตามความเห็นของ Siéyès ได้เรียกร้องว่าการคุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้นได้กระทำโดยศาล รัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลมาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยฝ่ายที่เห็นว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ย่อมมีความอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการที่จะตีความ รัฐธรรมนูญ อันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายคือการทำให้อำนาจของศาล กลายเป็นการใช้อำนาจในทางการเมือง

การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยการให้ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงของศตวรรษที่ 19 นั้น หลักการดังนี้มีได้เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศในภาคพื้นยุโรป ในขณะที่ในอังกฤษยังคงถือหลักอธิปไตยของรัฐสภา (Parlamentssouveränität) ในฝรั่งเศสด้วยผลของเหตุการณ์ในทางการเมืองได้มีการแยกรัฐธรรมนูญกับปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของพลเมือง (Charten) ออกจากกันและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของบทบัญญัติดังกล่าวในทางปฏิบัติมิได้เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจนและอำนาจของตุลาการเป็นอำนาจที่ไม่เข้มแข็งนัก ในขณะที่ในประเทศเยอรมันอำนาจในการปกครองของกษัตริย์มีข้อจำกัดโดยตัวแทนของประชาชน ระบบรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่สร้างให้อำนาจทั้งสองอยู่ในภาวะที่สมดุลกันและเป็นโครงสร้างที่หลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ดังนั้น ในประเทศเยอรมันจึงไม่มีความเป็นไปได้ในการพัฒนาหลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาล<sup>29</sup>

## 2.2 ระบบศาลรัฐธรรมนูญกับระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>29</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 37 - 41

รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศบทบัญญัติของกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ หากขัดหรือแย้งบทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ การบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะกระทำได้ยาก หากกระทำได้อาจต้องโดยวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายธรรมดา การมีศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นหนทางในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

### 2.2.1 ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เมื่อใดที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าตนเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หรือบัญญัติให้เห็นโดยอ้อมว่าตนเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยการห้ามบทบัญญัติกฎหมายอื่นขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญเมื่อนั้นย่อมเกิดอำนาจในการพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและอำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายอื่นขัดรัฐธรรมนูญอำนาจนี้อาจมีอยู่ขัดแย้งด้วยการมอบให้องค์กรหรือสถาบันใดเป็นผู้ใช้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (ออสเตรีย อิตาลี เยอรมันตะวันตก) ศาลป้องกันรัฐธรรมนูญ (สเปน) สภารัฐธรรมนูญ (ฝรั่งเศส) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ (ไทย)<sup>30</sup>

ปัญหาที่ว่าใครควรจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นปัญหาสำคัญเพราะเท่ากับเป็นการให้อำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภาใช้บังคับไม่ได้ กฎหมายนั้นอาจยกเว้นโดยคณะผู้ชำนาญการทางนิติศาสตร์ผ่านคณะรัฐมนตรีเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิและในที่สุดก็ไปสู่ประมุขของประเทศเพื่อตราเป็นกฎหมาย กระบวนการนี้เกี่ยวข้องกับคนเป็นอันมากที่สำคัญคือผ่านการพิจารณาของรัฐสภาผู้ใช้อำนาจอธิปไตยสำคัญยิ่งในประเทศ การที่จะมีใครชี้ขาดได้ว่ากฎหมายที่ผ่านกระบวนการผู้คนและการใช้อำนาจดังกล่าวตกเป็นอันไร้ผลย่อมเป็นปัญหาสำคัญในทางการเมืองไม่น้อยกว่าปัญหาในทางกฎหมาย ในเรื่องนี้ปรากฏว่าแต่ละประเทศได้คำนึงถึงอย่างรอบคอบเพราะเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและมีผลกระทบทางการเมืองสูง ทั้งไม่ใช่เพียงสักแต่ว่ามอบให้องค์กรใดมีอำนาจเท่านั้น หากแต่ต้องพิจารณาเลยไปถึงคุณสมบัติ ความเหมาะสม ความพร้อม ของผู้เป็นตุลาการในองค์กรนั้นอีกด้วยว่าสามารถทำหน้าที่วินิจฉัยเช่นนี้ได้

<sup>30</sup> วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 685

ตีเพียงใด ศาสตราจารย์ คาพเพลเลตี(Mauro Cappelletti) ได้วิจัยโดยสำรวจวิธีปฏิบัติในนานาประเทศทั้งอดีตและปัจจุบันแล้วสรุปได้ว่าในเรื่องขององค์กรผู้มีอำนาจนี้แบ่งออกได้เป็นสองระบบ ดังนี้<sup>31</sup>

### 2.2.1.1 ระบบกระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized System)

การปกครองตามหลักการกระจายอำนาจเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์กรอื่นนอกจากองค์กรส่วนกลางเพื่อจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความอิสระตามสมควรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของส่วนกลางเพียงแต่อยู่ในควบคุมกำกับเท่านั้น<sup>32</sup>

หลักการตามระบบนี้<sup>33</sup> ศาลเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการที่มีอยู่แล้วและทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ในทางกฎหมายอยู่แล้ว ศาลทั้งหลายจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหาในชั้นพิจารณาของศาลนั้น ๆ ในขณะนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ที่เรียกว่า "กระจายอำนาจ" เพราะอำนาจ Judicial review กระจายไปยังศาลทุกศาลสุดแต่ว่าเกิดปัญหาให้ต้องพิจารณาขึ้นในศาลใด เช่น ศาลคดีเด็ก ๆ ศาลแขวง ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลภาษีอากร ศาลทหาร ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา ฯลฯ ระบบนี้อาจเรียกได้หลายอย่าง เช่น ระบบอำนาจศาลทั่วไปหรือระบบอเมริกันที่เรียกว่าระบบอเมริกันเพราะระบบนี้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกเมื่อพุทธศักราช 2346 (คริสต์ศักราช 1803) ในคดีระหว่าง มาร์บิวรี และ แมดิสัน (Marbury v. Madison) และนับแต่นั้นเป็นต้นมาศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลสหรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่อำนาจเช่นนี้กระจายไปสู่ศาลทั่วไปและเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการตามปกติ เช่นเดียวกับการชี้ขาดข้อกฎหมายในคดีแพ่งและคดีอาญาอื่น ๆ แต่เมื่อคู่ความไม่พอใจคำชี้ขาดก็ย่อมอุทธรณ์ฎีกาต่อไปได้จนถึงศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งจะเป็นปรากฏการณ์สำคัญด้านสุดท้ายที่จะรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไว้มิให้ถูกละเมิดได้

เหตุผลระบบนี้ให้เหตุผลว่า ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการหรืออำนาจอธิปไตยในการพิจารณาพิพากษาคดีอยู่แล้ว ในการนี้ศาลต้องนำ "กฎหมาย" มาปรับแก้คดี ศาลจึงต้อง

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 686 - 687

<sup>32</sup> เกரியไกร เจริญธนาวัฒน์ , เอกสารประกอบการสอนการควบคุมฝ่ายปกครอง คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 23

<sup>33</sup> วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 687 - 692



ตรวจสอบว่าอะไรเป็นกฎหมายอะไรไม่เป็นกฎหมาย ถ้าศาลเห็นว่าสิ่งที่เป็นประเด็นอยู่ในขณะนั้น ไม่ใช่กฎหมายเพราะขัดรัฐธรรมนูญจะให้ศาลใช้สิ่งนั้นต่อไปได้อย่างไร แม้จะให้ส่งต่อไปให้องค์กรอื่นวินิจฉัยก็ไม่ปรากฏองค์กรใดที่เหมาะสมอีกแล้วจะให้ส่งไปยังคณะรัฐมนตรีหรือรัฐสภาอย่างนั้น หรือ ระบบกระจายอำนาจนี้จึงเกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญ (ไม่มีบทบัญญัติให้องค์กรอื่นมีอำนาจ) อาศัยเหตุผลทางตรรกวิทยา (รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีทำไม่ได้ ก็ต้องให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจ) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (การชี้ขาดว่ากฎใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นอำนาจตุลาการ จึงต้องแยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร)

ที่มารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ระบุไว้ชัดเจนว่าองค์กรใดเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการตัดสินว่าการกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหารก็ดี ของรัฐสภาของรัฐบาลกลางก็ดี หรือสภาของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง เป็นการกระทำที่ “ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ” หรืออีกนัยหนึ่งขัดแย้งต่อบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งในรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าพิจารณาจากข้อเขียนหรือคำแถลงของสมาชิกบางคนที่มาประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญก็พออนุมานได้ว่าที่ประชุมของผู้แทนแห่งรัฐรับโดยปริยายในเวลาร่างรัฐธรรมนูญว่าองค์กรอันทรงไว้ซึ่งอำนาจดังกล่าวคือศาลนั่นเอง รัฐธรรมนูญหมวด 6 มาตรา 2 บัญญัติว่า

“ ให้รัฐธรรมนูญนี้ และบรรดากฎหมายสหรัฐที่จะบัญญัติขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้ และบรรดาสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้น หรือจะทำขึ้นตามอำนาจแห่งสหรัฐเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันตั้งแต่วันนั้น ไม่ว่าจะมิบบทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแห่งมลรัฐกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นก็ตาม ”

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญนี้ได้ทิ้งปัญหาไว้ว่าใครจะเป็นผู้วินิจฉัยว่ากฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลอเมริกาก็ได้อ้างว่าศาลควรจะเป็นผู้วินิจฉัยและคนส่วนใหญ่ก็ได้ยอมรับให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยตลอดมานับแต่ พุทธศักราช 2346 (ค.ศ. 1803) จนถึงปัจจุบันคดีบรรทัดฐานในเรื่องนี้คือ คดีระหว่าง มาร์บิวรี และ แมดิสัน (Marbury v. Madison) ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า

ในปี พุทธศักราช 2344 (คริสต์ศักราช 1801) ในคืนสุดท้ายที่อยู่ในตำแหน่งประธานาธิบดีสหรัฐ จอห์น อัดัมส์ ได้ลงนามแต่งตั้งสมาชิกจากพรรค Federalists จำนวน 42 นาย ซึ่งเป็นพรรคที่พ่ายแพ้ในการเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ แต่หนังสือแต่งตั้งบางฉบับได้หายไปไม่ปรากฏว่ามีการประทับตราเพื่อให้ใช้บังคับได้ ในบรรดาหนังสือแต่งตั้งที่ไม่มีการประทับตรานี้ มีหนังสือที่แต่งตั้งให้ วิลเลียม มาร์บิวรี เป็นตุลาการศาลประจำกรุงวอชิงตัน ดี.ซี.

รวมอยู่ด้วย พรรคบริบลิกันของ โธมัส เจฟเฟอร์สัน ซึ่งได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งและได้เป็นประธานาธิบดีคนต่อมาต่อจากอดัมส์ แค้นเคืองการแต่งตั้งตุลาการเหล่านี้ของประธานาธิบดีอดัมส์ ยิ่งนัก เพราะเห็นว่าเป็นการฉวยโอกาสแต่งตั้งในคืนสุดท้ายแห่งการดำรงตำแหน่ง เมื่อตนเข้ารับตำแหน่งจึงไม่ยอมประทับตราเพื่อให้การแต่งตั้งที่ อดัมส์ ทำค้างไว้ไม่สมบูรณ์

ต่อมา วิลเลียม มาร์บิวรี ยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดสหรัฐ ฯ เพื่อให้ศาลออกหมายสั่งให้ เจมส์ เมดิสัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคนใหม่ส่งมอบตำแหน่งตุลาการที่ประธานาธิบดีคนก่อนได้แต่งตั้งตนไว้ จอห์น มาแชล ซึ่งเป็นประธานศาลสูงสุดตั้งประเด็นไว้ในคำพิพากษาเมื่อ พุทธศักราช 2346 (คริสต์ศักราช 1803) ว่า

- (1) มาร์บิวรีมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับตำแหน่งดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งก็ได้วินิจฉัยว่ามีสิทธิ
- (2) คำสั่งศาลที่ให้มีการคืนตำแหน่งให้ มาร์บิวรี มีผลบังคับตามสิทธิของเขาหรือไม่ ซึ่งวินิจฉัยว่ามี
- (3) ประเด็นสุดท้ายศาลมีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่งดังกล่าวหรือไม่

ศาลวินิจฉัยว่า ไม่มี ทั้งนี้โดยการวินิจฉัย รัฐบัญญัติตุลาการ (คริสต์ศักราช 1789) ในส่วนที่บัญญัติให้อำนาจศาลในการออกหมายบังคับฝ่ายบริหารได้ว่าใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน และเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติว่าองค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยด้วยเหตุผลที่ว่า

- (ก) การวินิจฉัยเช่นนี้เป็นอำนาจตุลาการ
- (ข) เมื่อการกระทำที่ศาลเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารแล้วจะส่งเรื่องนี้กลับไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้อย่างไร จึงต้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นกลางเป็นผู้วินิจฉัย
- (ค) ศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมายจึงอยู่ในฐานะที่จะรู้ว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมาย เมื่อกฎหมายหรือการกระทำนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ชอบด้วยกฎหมาย

สรุปแล้ว จอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐในสมัยนั้นได้ยืนยันอำนาจตุลาการของศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า “ ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐเป็นโมฆะ ” คำพิพากษานี้ได้สร้างลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้น 2 ประการ คือ ยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งกฎหมายธรรมดาจะมีข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยศาลย่อมอ้างอำนาจนั้นได้

ผลดีและผลเสียของระบบกระจายอำนาจมีผลดีดังนี้

- (1) เป็นความสะดวกประหยัดและง่ายเพราะใช้องค์กรที่มีอยู่แล้วคือศาลให้ทำหน้าที่นี้โดยไม่ต้องตั้งองค์กรใหม่
- (2) ผู้พิพากษาเป็นผู้มีความรู้ทางวิชาการด้านกฎหมายมีประสบการณ์ด้านคดีมาก การให้เหตุผลมีหลักเกณฑ์ทางวิชาการเป็นที่น่าเชื่อถือกว่าองค์กรอื่น
- (3) ระบบตุลาการมีความเป็นกลางและความเป็นอิสระมีหลักประกันการใช้ดุลพินิจอิสระในตัวเองปลอดจากการถูกแทรกแซงโดยองค์กรอื่น ๆ หรือนักการเมือง
- (4) การที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่มักเป็นประเด็นกล่าวอ้างหรือต่อสู้ในทางคดีเมื่อมีคดีไปสู่ศาล จึงควรให้วินิจฉัยไปพร้อมกันกับเนื้อหาคดีเดิมในชั้นศาลไม่ต้องหยุดการพิจารณาและส่งเฉพาะประเด็นรัฐธรรมนูญไปให้องค์กรอื่น

อย่างไรก็ตาม ระบบนี้มีผลเสียหรือข้อคัดค้านดังนี้

- (1) การให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้วินิจฉัยเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเพราะเท่ากับเปิดทางให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ นักกฎหมายชาวอเมริกันเคยวิจารณ์ว่าระบบอเมริกันเกิดจากการที่ผู้พิพากษาต้องการแย่งชิงอำนาจนิติบัญญัติปกติแล้วหากฝ่ายนิติบัญญัติผิดพลาดประชาชนจะเป็นผู้ตัดสิน แต่ถ้าฝ่ายตุลาการผิดพลาดไม่มีทางที่ประชาชนจะควบคุมได้เลย
- (2) การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาการเมืองไม่ใช่ปัญหากฎหมายธรรมดา หากยอมให้ศาลทำหน้าที่นี้ก็เท่ากับเปิดทางให้ศาลเล่นการเมืองเพราะอาจมีเรื่องวิวาทกับรัฐสภาหรือพรรคการเมืองผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น

(3) ผู้พิพากษามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับการทำงานเช่นนี้ เพราะมีความเป็น “ นักกฎหมาย ” เกินไปอาจเถรตรงถือตามถ้อยคำสำนวนในต้วบทกฎหมาย ในขณะที่การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องอาศัยความรู้ทางเศรษฐศาสตร์ การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและอื่น ๆ

(4) การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไปทำให้ขาดความเป็นเอกภาพ แต่ละศาลอาจตัดสินไม่เหมือนกัน เช่น กฎหมายฉบับเดียวกันศาลหนึ่งอาจเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญแต่อีกศาลหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นไม่ขัด ในระบบคอมมอน ลอว์ อย่างสหรัฐอเมริกาอาจพอแก้ปัญหานี้ได้เพราะมีหลัก stare decisis ซึ่งหมายความว่าศาลล่างต้องถูกผูกมัดให้ตัดสินตามศาลสูง แต่ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายคำพิพากษาของศาลสูงไม่อาจผูกมัดศาลล่างได้เสมอไป การกระจายอำนาจจึงทำให้ลักลั่นกันหามาตรฐานได้ยาก

อิทธิพลระบบกระจายอำนาจเป็นระบบ judicial review ที่เก่าที่สุดและเกิดขึ้นก่อนระบบอื่น ในปัจจุบันยังคงใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกา นอร์เว สวีเดน ญี่ปุ่น ส่วนบางประเทศ เช่น เยอรมันตะวันตก อิตาลี และไทย เคยใช้ระบบนี้อยู่ระยะหนึ่งแล้วเปลี่ยนไปใช้ระบบอื่น

### 2.2.1.2 ระบบรวมศูนย์อำนาจ (Centralized System)

การจัดองค์กรของรัฐโดยใช้หลักการรวมอำนาจอาจแบ่งแยกได้ดังนี้

#### (1) หลักการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง (Concentration)

อำนาจในการตัดสินทั้งหมดจะอยู่ที่รัฐบาลในส่วนกลางทั้งสิ้นไม่มีการมอบอำนาจการตัดสินบางระดับบางเรื่องไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลที่ถูกส่งออกไปประจำอยู่ในภูมิภาค หรือที่เรียกว่า “ ราชการบริหารส่วนกลาง ” ซึ่งได้แก่บรรดากระทรวง ทบวง กรมทั้งหลาย

#### (2) หลักการกระจายการรวมศูนย์อำนาจการปกครองหรือการแบ่งอำนาจการปกครอง (deconcentration)

คือการที่รัฐบาลในส่วนกลางมอบอำนาจตัดสินใจในบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกส่งไปประจำในภูมิภาค ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่

ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาลส่วนกลางที่เรียกว่า " ราชการบริหารส่วนภูมิภาค " ซึ่งได้แก่จังหวัดและอำเภอ<sup>34</sup>

ระบบรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียว มีดังนี้ คือ<sup>35</sup>

หลักการตามระบบนี้อำนาจควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะอยู่ที่องค์กรเดียว ซึ่งอาจเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีอยู่แล้วตามปกติ เช่น ศาลฎีกา (แทนที่จะเป็นศาลอื่น ๆ ทุกศาล) หรืออาจตั้งขึ้นใหม่โดยเฉพาะเพื่อการนี้ก็ได้ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เหตุผล ระบบนี้ให้เหตุผลว่าการกระจายอำนาจนี้ไปยังศาลต่าง ๆ เป็นการเปิดทางให้ผู้พิพากษาอาชีพเล่นการเมืองและอาจเป็นเป้าหมายการเมืองให้ถูกโจมตีได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลหรือพรรคการเมืองผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น (ในกรณีที่รัฐบาลเสนอได้) และรัฐสภาผู้พิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวฝ่ายที่สนับสนุนระบบรวมอำนาจ ยืนยันว่าการให้ศาลทำหน้าที่นี้เป็นการขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจและเป็นการทำกิจกรรมทางการเมือง (political act) ทั้งทำให้คำวินิจฉัยขาดระเบียบและเอกภาพ นอกจากนี้การฝากปัญหาสำคัญของประเทศไว้ที่ผู้พิพากษาอาชีพเป็นเรื่องอันตรายเพราะความคิดอ่านอาจถูกจำกัดอยู่ในวงแคบไม่ทันต่อความต้องการของสังคม

ที่มา เมื่อกล่าวถึงที่มาของระบบรวมอำนาจมักนึกถึงออสเตรเลียเพราะระบบรวมอำนาจที่ใช้อยู่ในเวลานี้มีรูปแบบและการจัดองค์กรอย่างออสเตรเลียเป็นส่วนใหญ่ แต่แท้จริงแล้วฝรั่งเศสก็เป็นเจ้าตำรับหรือที่มาด้วยทางหนึ่งเพียงแต่วิธีการควบคุมแตกต่างออกไปดังนี้

(1) ระบบรวมอำนาจแบบฝรั่งเศส หลักกฎหมายสูงสุดเป็นที่รู้จักในฝรั่งเศสมาก่อนแล้วและอันที่จริงก่อนที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยซ้ำ นักกฎหมายฝรั่งเศสสมัยก่อนปฏิวัติใหญ่อธิบายว่าคำสั่งของพระมหากษัตริย์เป็นกฎหมายสูงสุด แต่ในทางปฏิบัติผู้พิพากษามักเข้าไปก้าวก่ายแทรกแซงอำนาจของสภา รัฐบาลและพระมหากษัตริย์อยู่เสมอ เมื่อปฏิวัติใหญ่แล้วรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช

<sup>34</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ , เอกสารประกอบการสอนการควบคุมฝ่ายปกครอง , หน้า 23

<sup>35</sup> วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , หน้า 692 - 697

2334 (คริสต์ศักราช 1791) มาตรา 157 จึงได้บัญญัติห้ามตุลาการเข้าแทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พุทธศักราช 2333 (คริสต์ศักราช 1790) มาตรา 11 ก็ได้บัญญัติว่า " ศาลทั้งหลาย... ไม่อาจขัดขวางหรือทำให้การปฏิบัติตามกฎหมายของรัฐสภาหยุดชะงักลง มิฉะนั้นจะเป็นความผิดฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ " ความผิดฐานนี้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 127 ให้เพิกถอนสิทธิในฐานะพลเมือง ที่เป็นเช่นนี้เพราะประสบการณ์อันเข้มเข็งสมัยก่อนปฏิวัติใหญ่ที่ศาลมีอำนาจมากเกินไปนั่นเอง นอกจากนี้เมื่อฝรั่งเศสยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วบทบาทของศาลก็ต้องลดตามไปด้วย ในช่วงเวลานั้นเองที่เกิดช่องว่างขึ้นว่า ควรจะให้ใครเข้ามาพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและควบคุมมิให้รัฐสภาออกกฎหมายฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2338 (คริสต์ศักราช 1795) นั้นเอง แอบเบ ซีเอแยส (Abbe Siéyès) นักการเมืองคนสำคัญผู้หนึ่งได้เสนอให้จัดตั้งองค์การทางการเมืองขึ้นใหม่ให้เป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาลและศาลเพื่อทำหน้าที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดนี้ เรียกว่า " คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ " ความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็นสภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (Sénat Conservateur de la Constitution)

สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีอำนาจมากแต่ในทางปฏิบัติสภานี้เกือบไม่มีโอกาสใช้อำนาจแต่อย่างใด เพราะไม่เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลขัดรัฐธรรมนูญเลยทั้งที่สาธารณชนเห็นว่าน่าจะขัด ในเวลาต่อมาระบบสภาสูงนี้ล้มเลิกไปและฝรั่งเศสว่างเว้นไม่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอย่างหลายปี จนมีการตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (Comité constitutionnel) ขึ้นตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 (คริสต์ศักราช 1946) พื้นฐานความคิดของการตั้งคณะกรรมการนี้ คือ ต้องการประสานประโยชน์ทุกฝ่าย และยืนอยู่บนความคิดว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การควบคุมจึงจำกัดอยู่เพียง " ร่างกฎหมาย " เท่านั้น มิใช่กฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ทั้งเคารพเจตนารมณ์ของสภาในฐานะเป็นเจตน์จำนงทั่วไปของประชาชน (volonté générale) คือถ้าเห็นว่าร่างกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญก็จะส่งร่างกฎหมายนั้นกลับไปให้สภาพิจารณา ถ้าสภายืนยันก็แสดงว่าเจตน์จำนงของประชาชนเป็นเช่นนั้นร่างกฎหมายนั้นจะใช้ไม่ได้จนกว่าจะแก้ไขรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับร่างกฎหมายดังกล่าวเป็นการแสดงว่าเจตน์จำนงคนรุ่นใหม่สำคัญกว่าของคนรุ่นเก่า แต่ก็ไม่ละลาบละล้วงข้ามความสำคัญของรัฐธรรมนูญไปง่าย ๆ โดยอัตโนมัติดังกรณีของบางประเทศ ในเวลาต่อมาสภานี้ก็เปลี่ยนชื่อเป็นสภารัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ 5 พุทธศักราช 2501 (คริสต์ศักราช 1958)

สภารัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสจึงมีวิวัฒนาการหรือความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน แต่เมื่อพัฒนามาจนเป็นสภารัฐธรรมนูญในขณะนี้ก็ได้มีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นหลายประการที่สำคัญคือเป็นองค์กรที่มุ่งกำกับควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาดังเห็นได้จากการมีอำนาจควบคุม " เฉพาะ " มิให้ร่างกฎหมาย เช่นกฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายว่าด้วยการห้ามรัฐมนตรีเป็นสมาชิกรัฐสภา และข้อบังคับการประชุมสภาทั้งสองชาติรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้มุ่งที่จะให้มีอำนาจควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญดังกรณีที่พบเห็นทั่วไปในประเทศอื่น ๆ ทั้งอาจกล่าวได้ว่าไม่ได้เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังในอีกหลายประเทศ สภารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ว่ากฎหมายที่ออกมาใช้บังคับแล้วขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ วิธีการเช่นนี้เรียกว่าเป็นการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย (pre - publication control of constitutionality of legislation) มิใช่การควบคุมหลังประกาศใช้ (post - publication control) สภารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสและองค์กรอื่นทำนองนี้ที่เคยมีมาก่อนอาจเป็นที่มาหรือแบบอย่างของระบบรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียว แต่ตัวอำนาจหน้าที่และบทบาทขององค์กรนี้ไม่ได้เป็นตัวอย่างแพร่หลายเท่าใดนัก โดยทั่วไปจึงยกให้ศาลรัฐธรรมนูญในออสเตรเลียเป็นต้นแบบของระบบองค์กรควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญแบบรวมอำนาจทั้ง ๆ ที่มีความเป็นมาสั้นกว่า

(2) ระบบรวมอำนาจแบบออสเตรเลีย แม้ฝรั่งเศสจะเริ่มดำเนินการตั้งองค์กรพิเศษเพื่อควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนชาติอื่น แต่ก็มีได้มีอิทธิพลโดยตรงต่อประเทศอื่น ๆ เท่าไรนัก เพราะลักษณะพิเศษของสภารัฐธรรมนูญซึ่งพัฒนามาจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญและคณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญไม่อาจนำไปใช้เป็นแบบอย่างได้ ทั้งเป็นเรื่องของการควบคุมร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้มากกว่าการควบคุมกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว แต่ความเป็นมาขององค์กรดังกล่าวและการจัดระเบียบองค์กรให้เห็นว่าแยกจากศาลยุติธรรมเป็นที่พอใจของนักกฎหมายออสเตรเลียผู้หนึ่งชื่อ เคลเสน (Hans Kelsen) เป็นอย่างมาก เคลเสนไม่นิยมระบบองค์กรทางการเมืองและการตั้งคณะกรรมการขึ้นวินิจฉัยอย่างของฝรั่งเศส เพราะเป็นการสร้างองค์กรขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากเกินไป คือต้องการคุมอำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมายเป็นสำคัญ แต่เคลเสนต้องการให้ระบบควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือคุ้มครองประชาชนให้รอดพ้นจากถูกบังคับใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ จึงเสนอให้ตั้งองค์กรพิเศษเป็นแบบศาลแต่ให้มีอำนาจรวมอยู่ที่ศาลเดียว มีความเป็นอิสระ มีหลักประกันการทำงานว่าจะไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง เป็นการนำเอาข้อดีของระบบอเมริกันมาใช้ แต่ป้องกันมิให้เกิดผลเสียดังในระบบอเมริกัน เช่นไม่ใช่ผู้พิพากษามีอาชีพหากแต่ใช้ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย การเมือง และเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน และรวมอำนาจอยู่ที่องค์กร

เดียวไม่กระจายไปยังหลายองค์กร รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย พุทธศักราช 2463 (คริสต์ศักราช 1920) ยอมรับข้อเสนอนี้ และตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกเรียกว่า “ Verfassungsgerichtshof ” และเป็นแบบอย่างให้กับหลายประเทศในเวลาต่อมา ระบบรวมอำนาจนี้บางครั้งเรียกว่าระบบออสเตรเลีย

ผลดีผลเสีย ระบบรวมอำนาจทำให้กระบวนการวินิจฉัยปัญหา รัฐธรรมนูญเสียเวลาลิ้นเปลืองและผลของคำวินิจฉัยถูกมองว่าเป็นการประสานประโยชน์ทางการเมืองมากเกินไป บางครั้งก็ถูกหาว่าเป็นอำนาจอธิปไตยที่สี่ แยกจากนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ แต่ก็มีผลดีคือทำให้สถาบันตุลาการเด่นขึ้นไม่มัวหมอง หรือถูกครหา ดังที่เคลเสนเคยให้เหตุผลไว้ ทั้งการตั้งองค์กรพิเศษก็เป็นการประนีประนอมประสานประโยชน์ทุกฝ่ายได้ดี คำวินิจฉัยก็มีเอกภาพไม่ลักลั่นกัน ส่วนข้อเสียนั้นนักกฎหมายที่เสนอระบบนี้ก็พยายามดัดแปลงแก้ไขเช่นข้อที่ว่าสิ้นเปลืองก็แก้โดยหาทางให้องค์กรใหม่นี้ทำหน้าที่อื่นด้วย เช่นการวินิจฉัยปัญหาการเลือกตั้ง และปัญหาการเมืองอื่น ๆ เป็นต้น

อิทธิพล ระบบรวมอำนาจมีอิทธิพลมากในเวลาต่อมา เช่นเป็นที่ยอมรับในรัฐธรรมนูญอิตาลี เยอรมันตะวันตก ไชปรัส ตุรกี ยูโกสลาเวีย หลายประเทศได้นำไปดัดแปลงจนเกิดเป็นระบบย่อยขึ้น เช่น มาเลเซีย (ให้ศาลสูงสุดมีอำนาจศาลเดียว) แคนาดา (ให้คณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรีเป็นผู้มีอำนาจ แต่ต่อมาให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจ) เกาหลีใต้ (ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจ) บางประเทศก็นำระบบอเมริกันหรือระบบกระจายอำนาจไปผสมรวมกับระบบออสเตรเลียหรือระบบรวมอำนาจ เช่น ตามรัฐธรรมนูญสวิตเซอร์แลนด์ การวินิจฉัยในระดับมลรัฐ (Canton) ว่ากฎหมายขัดกับกฎหมายสูงสุดของมลรัฐหรือไม่เป็นอำนาจศาลยุติธรรมตามแบบกระจายอำนาจ แต่การวินิจฉัยในระดับรัฐบาลกลางของสหพันธ์ว่ากฎหมายใดของมลรัฐขัดกับกฎหมายสูงสุดของสหพันธ์หรือไม่เป็นอำนาจของศาลพิเศษแห่งสหพันธ์แต่ผู้เดียวตามแบบรวมอำนาจ แม้ตามรัฐธรรมนูญไทยเองก็เป็นระบบผสมมิใช่ระบบออสเตรเลียเสียทีเดียวนัก เพราะเริ่มต้นจะต้องมีคดีฟ้องร้องกันในศาลก่อน และเมื่อคดีอยู่ในอำนาจของศาลใดศาลนั้นก็มีความวินิจฉัยตามระบบกระจายอำนาจแบบอเมริกัน ถ้าศาลเห็นว่าการกฎหมายนั้นไม่ขัดรัฐธรรมนูญเรื่องก็จบอยู่แค่นั้น ข้อนี้แสดงว่าศาลใช้อำนาจ judicial review เบื้องต้นได้ต่อเมื่อศาลเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญจึงจึงทำความเห็นส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถึงที่สุด ตรงนี้ก็แสดงว่าเราใช้ระบบรวมอำนาจแบบออสเตรเลีย เมื่อนำมาใช้ร่วมกันก็เป็นระบบผสมนั่นเอง



กล่าวโดยสรุปแล้วระบบรวมอำนาจอาจใช้อำนาจต่าง ๆ เป็นผู้ทำหน้าที่ได้หลายรูปแบบดังนี้

(1) องค์การทางการเมือง เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญเวียดนามใต้ พุทธศักราช 2499 (คริสต์ศักราช 1956) รัฐธรรมนูญเกาหลีใต้ พุทธศักราช 2515 (คริสต์ศักราช 1972)

(2) ศาลสูงสุด เช่นไนจีเรีย มาเลเซีย ไต้หวัน

(3) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะศาลพิเศษ เช่น ออสเตรเลีย ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2463 (คริสต์ศักราช 1920) เยอรมันตะวันตก อิตาลี ตุรกี สเปนตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2474 (คริสต์ศักราช 1931) ศรีลังกา ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2515 (คริสต์ศักราช 1972) สวิตเซอร์แลนด์ โปแลนด์ ยูโกสลาเวีย

อนึ่ง เมื่อพิจารณาถึงความเป็นมาของประเทศต่าง ๆ ในเรื่องนี้พบว่าหลายประเทศที่เปลี่ยนแปลงระบบและองค์การวินิจฉัยเพื่อแสวงหาสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับตน เช่น แม้ออสเตรเลียจะเป็นเจ้าแห่งความคิดเรื่องแยกศาลรัฐธรรมนูญออกมาต่างหากจากศาลยุติธรรม แต่โดยผลของการจัดระบบศาลในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญกลายเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรม แต่แยกเป็นแผนกกฎหมายมหาชนและถือเป็นศาลสูงสุดฝ่ายกฎหมายมหาชน ในขณะที่ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดของศาลยุติธรรม แผนกกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาอันเป็นคนละแผนกกัน แต่การจัดประเภทเช่นนี้ก็มิได้ทำให้ระบบที่เคลือบวางไว้ถูกกระทบมากนักเพราะผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญก็จำกัดอยู่ในสายงานกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ มิใช่โยกย้ายผู้พิพากษาในศาลแพ่ง ศาลอาญา หรือศาลฎีกาในแผนกกฎหมายเอกชนมาปฏิบัติหน้าที่ได้ ในอิตาลีรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเคยให้ใช้ระบบอเมริกัน แต่ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2491 (คริสต์ศักราช 1948) มาตรา 134 กำหนดให้ใช้ระบบรวมอำนาจแบบออสเตรเลียและตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ในเยอรมันศาลยุติธรรมมีอำนาจโดยปริยายตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2414 (คริสต์ศักราช 1871) หรือที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับบิสมาร์ค (Bismarck) ต่อมาตามรัฐธรรมนูญไวมาร์และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พุทธศักราช 2492 (คริสต์ศักราช 1949) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจ ในศรีลังกา เดิมเคยให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจ แต่ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2515 (คริสต์ศักราช 1972) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจ แม้ในประเทศไทยเอง ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 ศาลยุติธรรมก็เคยอ้างว่ามีอำนาจ ต่อมาตามรัฐธรรมนูญระยะหลังเช่นฉบับ พุทธศักราช 2521 ให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้ามามีอำนาจ เป็นต้น

## 2.2.2 วิธีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายถึง อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบกฎหมายหรือร่างกฎหมายเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีสถานะสูงกว่ากฎหมายอื่นใดและในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สามารถแยกการควบคุมนี้ โดยพิจารณาช่วงเวลาในการตราบทบัญญัติของกฎหมาย คือ

### 2.2.2.1 การควบคุมกฎหมายก่อนใช้บังคับ<sup>36</sup>

เป็นการควบคุมตั้งแต่<sup>37</sup> กฎหมายยังอยู่ในกระบวนการตราและยังไม่ประกาศใช้บังคับในประเทศฝรั่งเศส มีหลักการว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่มาจากเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน ดังนั้น จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้แทนของปวงชนได้ แต่การควบคุมร่างกฎหมายที่ยังไม่มีการลงนามโดยประมุขแห่งรัฐและยังไม่ประกาศใช้สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดกับหลักการดังกล่าว การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คริสต์ศักราช 1958 กำหนดให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ กฎหมายธรรมดา พันธกรณีระหว่างประเทศและข้อบังคับการประชุมสภา สามารถถูกตรวจสอบได้โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ กลไกทางกฎหมายในการตรวจสอบดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อเป็นการ “ ป้องกัน ” มิให้กฎหมายหรือข้อบังคับเหล่านั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionality)

### 2.2.2.2 การควบคุมกฎหมายหลังใช้บังคับ

เมื่อกฎหมายได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมายและประกาศใช้แล้ว หากต่อมาปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดได้ เป็นวิธีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญวิธีการหลักของศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่

<sup>36</sup> สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ , ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ , หน้า 102 - 104

<sup>37</sup> สิทธิพร เสภาภายน , การควบคุมการตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ , (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย , 2549) , หน้า 60

การควบคุมกฎหมายหลังใช้บังคับเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายยังมีการตรวจสอบอีก 2 ลักษณะ คือ

- (1) การควบคุมแบบนามธรรม (abstract)
- (2) การควบคุมแบบรูปธรรม (concrete)

#### (1) การควบคุมแบบนามธรรม (abstract control)

การควบคุมตรวจสอบ<sup>38</sup> ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะที่เป็นนามธรรม คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่เป็นการทั่วไปโดยมิใช่เป็นกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีหนึ่งคดีใดซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการพิจารณาของศาลหรือเรียกว่าการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยไม่ต้องมีคดีเกิดในศาล

ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใดจะเข้าสู่การพิจารณาของศาลในระบบรวมศูนย์การควบคุมตรวจสอบไว้ที่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดการตรวจสอบแบบนามธรรมนี้ได้ก็ต่อเมื่อมีการนำเสนอเข้ามาโดยเฉพาะจากบุคคลหรือองค์กรของรัฐองค์กรหนึ่งองค์กรใด ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นองค์กรผู้มีอำนาจกระทำได้ ภายใต้เงื่อนไขและวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

#### (2) การควบคุมแบบรูปธรรม (concrete control)

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในลักษณะที่เป็นรูปธรรม คือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลกำลังจะใช้บังคับแก่คดีในคดีที่อยู่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล

---

<sup>38</sup> สิทธิพร เสาภายน , การควบคุมการตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ , หน้า 62

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ  
กฎหมายเมื่อมีคดีเป็นข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยมีการโต้แย้งว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้น  
หรือกฎหมายที่ศาลจะใช้ในกระบวนการพิจารณาคดีนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ