



## แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบ ร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ความจำเป็นในสังคมมนุษย์ที่จะต้องมีกฎเกณฑ์และกติกาใช้เป็นมาตรการควบคุมความประพฤติของสมาชิก เพื่อขจัดปัญหาและข้อขัดแย้งซึ่งอาจจะเกิดขึ้นต่อองค์การของสังคมได้อยู่ตลอดเวลา นั้น ในแต่ละสังคมต่างมีกระบวนการขจัดปัญหาและข้อขัดแย้ง โดยได้ถูกวิวัฒนาการมาจากเรื่องของแนวความคิด ทฤษฎี และรูปแบบแห่งการเมืองการปกครองที่เกี่ยวข้องกันอย่างมีนัยสัมพันธ์

วิวัฒนาการในเรื่องของแนวความคิดเกี่ยวกับการจัด “องค์กรทางการเมือง” เมื่อ 200 – 300 ปีก่อน ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปมีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์มีอำนาจสิทธิ์ขาดในการบริหารประเทศ นักปราชญ์การเมืองในยุโรปช่วงนั้นพยายามหารูปแบบในการจัดองค์กรทางการเมืองเพื่อจำกัดอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์ โดยมีแนวคิดในขณะนั้นแยกออกเป็น 2 แนวทาง<sup>1</sup>

แนวทางที่หนึ่ง การถ่วงดุลอำนาจพระมหากษัตริย์ด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) นำอำนาจเด็ดขาดของพระมหากษัตริย์มาแยกออกเป็นอำนาจต่าง ๆ และให้อำนาจเหล่านั้นใช้โดย “องค์กรทางการเมือง” มิให้รวมอยู่ที่พระมหากษัตริย์เพียงพระองค์เดียว เช่น แนวคิดของ Locke ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานำมาเป็นแบบโครงสร้างของระบบประธานาธิบดี โดยมีกระบวนการ check and balance และ

แนวทางที่สอง การพยายามจะอธิบายว่าพระมหากษัตริย์มิใช่เป็นเจ้าของอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจอธิปไตยแต่อำนาจเป็นของประชาชน หรือบางทฤษฎีอธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เช่น ความเห็นของ Rousseau ในเรื่องสัญญาประชาคม โดยแนวทางของความคิดที่สอง ได้พัฒนามาในรูปแบบที่มี “สภาผู้แทนราษฎร” และมีพระมหากษัตริย์เป็นฝ่ายบริหาร ระบบ “รัฐสภา” จึงเริ่มต้นขึ้น

อย่างไรก็ตามหลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง ค.ศ. 1945 (พ.ศ. 2488) เป็นต้นมา มีผู้ร่างรัฐธรรมนูญและนักวิชาการในยุโรปหันมาใช้แนวความคิด รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) ในการยกร่างรัฐธรรมนูญเพื่อปรับเปลี่ยนรูปแบบของระบบรัฐสภาที่เคย

<sup>1</sup> อมร จันทรสุมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) : ทางออกของประเทศไทย (กรุงเทพฯ : สถาบันนโยบายศึกษา โดยความสนับสนุนของมูลนิธิคอนราดอเดนาวร์), หน้า 39.

ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเด็ดขาด (omnipotence) แบบอำนาจเดี่ยว มาสู่ยุคใหม่ ของระบบรัฐสภาที่มีรูปแบบวิธีการและหลักวิชาการในการจัดองค์กรมากขึ้น<sup>2</sup>

ประเทศไทยก่อนการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กลุ่มคนที่อยู่ในแวดวงการเมืองการปกครองมีความเข้าใจความหมายของคำว่า “ประชาธิปไตย” ปะปนอยู่กับการเขียนรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องของการจัด “องค์กรทางการเมือง (ที่มาจาก การเลือกตั้ง)” และนักการเมืองที่มาจาก การเลือกตั้งมักจะมีข้อยุติสรุปว่า การเป็นประชาธิปไตย คือ การให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจสูงสุด<sup>3</sup> จากนั้นต่อมาเมื่อได้จัดทำรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้ก่อตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่โดยให้ใช้ อำนาจอธิปไตยทางด้านตุลาการ มีบทบาทในฐานะขององค์กรผู้ตรวจสอบและควบคุม ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตลอดจนพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดให้การดำเนินการขององค์กรตาม รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองเป็นไปตามครรลองแห่งความถูกต้องชอบธรรมตามที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยสมบูรณ์<sup>4</sup> เรียกชื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”

หน้าที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐสภาในการตรากฎหมายประเภท พระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ “ร่างพระราชบัญญัติหรือ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่ นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้น ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 93 หรือ ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตาม มาตรา 94 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสอง สภาารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสอง สภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภา ผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภา ที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

<sup>3</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

<sup>4</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ ฯ : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2545), หน้า i.

(2) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(3) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 93 หรือมาตรา 94 แล้วแต่กรณีต่อไป”<sup>5</sup> ซึ่งอาจจะถูกควบคุมและตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญด้วยหลักการที่ว่า รัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศสิ่งหนึ่งที่แสดงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือ กฎหมายใด ๆ ที่ใช้บังคับหรือจะใช้บังคับนั้น จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นแม่บทแห่งกฎหมายทั้งปวงมิได้ เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”<sup>6</sup> การศึกษาในเรื่องของการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มีแนวความคิดทางทฤษฎีที่จะศึกษาได้แก่

<sup>5</sup> มาตรา 262

<sup>6</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 2.

- แนวคิดและทฤษฎีของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
- แนวคิดว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายของรัฐสภา
- บทบาทองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย
- สาระสำคัญในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

## 2.1 แนวคิดและทฤษฎีของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายภายในทั้งปวงของรัฐ โดยกฎหมายนั้นไม่ว่าจะมีมาก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญหรือมีหลังจากที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่สำคัญไว้ มีผลทำให้องค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนสิทธิและเสรีภาพนั้นโดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ แม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ก็ตาม แต่องค์กรนิติบัญญัติก็ไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่เป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นหรือฝ่าฝืนต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกฎหมายดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้ทั่วไปไม่ใช่กฎหมายที่ตราสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่ง<sup>7</sup> การป้องกันมิให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยกระบวนการทางนิติบัญญัติของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องมีขั้นตอนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อการปกป้องสถานะของรัฐธรรมนูญที่มีเหนือกว่ากฎหมายภายในทั้งปวงของรัฐมิให้ถูกละเมิดในเรื่องของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งจะนำไปสู่การควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง โดยจะทำการศึกษา

- ทฤษฎีว่าด้วยความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- หลักการปกครองโดยกฎหมาย

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 277 – 278.

### 2.1.1 ทฤษฎีว่าด้วยความสูงสุดของรัฐธรรมนุญ

รัฐธรรมนุญเป็นบทบัญญัติสูงสุดเปรียบเสมือนเป็นแบบโครงสร้างแห่งรัฐว่ารัฐจะมีรูปแบบเช่นใด มีการปกครองระบบใด โดยทั่วไปแล้วจะกำหนดให้รัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดหรืออีกนัยหนึ่งคือ ความเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นจะเป็นสถานะของรัฐธรรมนุญ<sup>8</sup> โดยสถานะแห่งความสูงสุดของรัฐธรรมนุญประการหนึ่งที่ได้รับการกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดมีลำดับเหนือกฎหมายอื่นทั้งปวงและกฎหมายอื่นใดย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ ได้วางอยู่บน “หลักแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย” นั้นเองในเรื่องทฤษฎีว่าด้วยความสูงสุดของรัฐธรรมนุญในสถานะที่รัฐธรรมนุญเป็นกฎหมายสูงสุดจะได้ศึกษาถึง

- ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์
- ทฤษฎีสัญญาประชาคม
- ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายภาคพื้นยุโรป

#### 2.1.1.1 ทฤษฎี “กฎหมายบริสุทธิ์” (pure theory of law)<sup>9</sup>

ตามแนวความคิดของ Hans Kelsen มีอิทธิพลต่อการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนุญในระบบรวมศูนย์ (centralized system) หรือเรียกว่า รูปแบบยุโรป (European model) ตัวอย่างเช่น “ศาลรัฐธรรมนุญรูปแบบออสเตรีย” มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ Hans Kelsen เห็นว่ากฎหมายเป็นศาสตร์บริสุทธิ์โดยในเนื้อหาของกฎหมายเป็นวิทยาศาสตร์ที่ปลอดจากการประเมินค่าทางคำพิพากษา (judgement) ทางการเมือง (political) ทางศาสนา (religious) และทางศีลธรรม (moral) เป็นการแสดงออกถึงกฎหมายสารบัญญัติ (positive law) ที่อิสระจากความคิดในเชิงอุดมคติ (ideal) หรือในเชิงเป็นธรรม (right) ของกฎหมาย ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์จึงเป็นเรื่องมุ่งเน้นเฉพาะที่ตัวบทกฎหมาย

<sup>8</sup> วิษณุ เกรืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์สุทธิแสงการพิมพ์, 2530), หน้า 669.

<sup>9</sup> วุฒิชัย จิตตานุ, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนุญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือ รูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก, ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ ชุดที่ 4: “ศาลรัฐธรรมนุญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”, (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนุญ, 2548), หน้า 114 - 116.

มีความบริสุทธิ์ในตัวของมันเองซึ่งเป็นบรรทัดฐานสูงสุด (supreme norm) โดยแท้จริง มิใช่เป็นเรื่องของกฎหมายที่ควรจะเป็น (ought to be) ตามความคิดในทางอุดมคติหรือในทางเป็นนามธรรมของกฎหมายแต่อย่างใด การที่ Hans Kelsen พยายามจะชี้ให้เห็นว่ากฎหมายเป็นวิทยาศาสตร์ที่มีความบริสุทธิ์ในตัวกฎหมายและมีความเป็นไปได้โดยแท้จริงมิใช่กฎหมายที่ควรจะเป็น (ought) ในทางอุดมคตินั้น ในจุดนี้เอง นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเห็นว่า Hans Kelsen ต้องการจะกลั่นกรองวิธีการทางทฤษฎีกฎหมาย (methodology) แยกออกจากกรอบร่างกายได้อิทธิพลของศาสตร์อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางสังคมศาสตร์ เพื่อชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของทฤษฎีกฎหมายกับสังคมศาสตร์ว่า ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์จะมุ่งหมายชี้เฉพาะเนื้อหาของกฎหมายเป็นสำคัญในการวิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายเท่านั้น

ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ตามที่ Hans Kelsen เรียกว่า “บรรทัดฐานพื้นฐาน” (basic norm) หรือตามที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญรู้จักกันดีว่า “GRUNDNORM” อันเป็นบรรทัดฐานสูงสุด (supreme norm) ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญนั่นเอง และจากการที่รัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานสูงสุดจึงก่อให้เกิดลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานทางกฎหมาย (hierarchy of legal norms) โดยกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะก่อให้เกิดกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าเป็นลำดับชั้นตกดกกันไปอย่างเป็นระบบ ดังนั้น โดยลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายของกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าจะสมบูรณ์ในตัวได้ต่อเมื่อกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าให้อำนาจและกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจะมีผลสมบูรณ์ต่อเมื่อมีกฎหมายสูงสุดที่เป็นบรรทัดฐานสูงสุดให้อำนาจรับรองไว้ ด้วยเหตุนี้กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ตามแนวความคิดทฤษฎี “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” โดยมีที่มาจากทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์

### 2.1.1.2 ทฤษฎีสัญญาประชาคม

พื้นฐานตามแนวคิดของปรัชญาเมธีโคเรติอุส ในเรื่องของกฎหมายธรรมชาติที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่ การเกิดของสังคมมนุษย์ด้วยเหตุที่มนุษย์ต้องการพ้นจากสภาวะตามธรรมชาติเพราะมนุษย์ใคร่สังคม จึงได้มาทำข้อตกลงไว้ระหว่างกันก่อตั้งสังคมมนุษย์โดยข้อตกลงนี้เรียกว่า “สัญญาประชาคม”<sup>10</sup> ตามทฤษฎีสัญญาประชาคม

<sup>10</sup> วีระ โลจายะ, “สิทธิเสรีภาพของประชาชน”, ใน การสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law) เล่มที่ 2 หน่วยที่ 8-15 พิมพ์ครั้งที่ 29 (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาชิราษ, 2545), หน้า 470.

สามารถอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จากแนวความคิดของนักปราชญ์หลายคน เช่น Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau

### (1) สัญญาประชาคมกับ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes)

ตามแนวความคิดของ Hobbes มองว่า โดยสัญชาตญาณของมนุษย์มีความเห็นแก่ตัว โหดร้าย ไม่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน ต่างต้องระวังตนเองให้พ้นจากการ ถูกทำร้ายโดยอีกฝ่ายหนึ่ง ทุกคนต้องปกป้องและรักษาชีวิตของตนเพื่อให้ดำรงอยู่ต่อไปในสังคม โดยต่างฝ่ายต่างกำหนดกฎเกณฑ์ของตนเองและต่างเป็นผู้นำหน้าที่ตัดสินใจขัดแย้งของตนเองกับผู้อื่น การตกอยู่ในภาวะเช่นนี้ทำให้ทุกคนเปรียบเสมือนตกอยู่ในภาวะที่ต้องสงครามต่อกัน ภาวะดังกล่าวถือว่าเป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่มนุษย์ทุกคนมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะรักษาตัวเองให้รอดจากการคุกคาม การทำร้าย การประหัตประหาร อันเกิดจากการกระทำของผู้อื่นที่ล่วงละเมิดสิทธิของตน การที่ทุกคนสามารถกระทำการดังกล่าวได้ก็เพราะด้วยเหตุที่ทุกคนมีสิทธิตามธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งความเท่าเทียมกันนี้ได้นำความยุ่งยากมาสู่โดยก่อให้เกิดความขัดแย้งซึ่งกันและกัน เมื่อใดที่มนุษย์ต้องการสิ่งใดมาเป็นของตนก็ต้องต่อสู้เพื่อให้ได้มา โดยต่างคนต่างหวังอย่างเท่าเทียมกันว่าจะได้มาซึ่งสิ่งนั้น และในการต่อสู้เพื่อให้ได้มานี้ย่อมต้องมีผู้ผิหวังและผู้สมหวังปะปนกันไป ทุกคนต่างกลัวการผิหวัง โดยจะพยายามทุกวิถีทางที่จะทำให้ตนเองสมหวังด้วยการเอาชนะซึ่งกันและกันเป็นที่ตั้ง สภาวะเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดข้อพิพาทกันขึ้น ส่งผลต่อความมั่นคงและความปลอดภัยในชีวิตของทุกคน เมื่อมนุษย์ไม่มีสังคม ไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ มาควบคุมสภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ในการที่จะรักษาตัวเองให้อยู่รอด จึงทำให้สภาวะดังกล่าวแปรมาเป็นสภาวะทางสงคราม อย่างไรก็ตามก็ดีเพื่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงขจัดสภาวะแห่งสงครามให้หายไปและก่อให้เกิดสันติภาพขึ้น ในที่สุดแล้วทุก ๆ คนในประชาคมนั้นจะต้องร่วมกันก่อตั้งพันธสัญญาต่อกันขึ้นมาเพื่อให้ยับยั้งซึ่งกันและกัน กล่าวคือ ทุกคนต้องสละเสรีภาพส่วนที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพส่วนที่สละนี้จะมีค่าเท่ากับสิทธิของตนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด ต่างคนต่างรักษาสีทธิของตนแต่ทุกคนต่างก็เป็นปัจเจกชนไม่สามารถควบคุมการละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นการรักษาสีทธิส่วนนี้ของทุกคนจึงต้องรวมกันเข้าเป็นพลังอันมหาศาลเพื่อที่จะใช้รักษาสีทธิของทุกคนโดยผ่านรัฐ ผู้ที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่นจึงถูกลงโทษด้วยพลังอันเป็นอำนาจของรัฐนั่นเอง<sup>11</sup>

<sup>11</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 18 - 20.

รัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุก ๆ คนในประชาม  
นั้นและเป็นนิรันดรไม่มีอำนาจใดมาจำกัด ได้แต่เนื่องจากรัฐเป็นนามธรรมจึงจำเป็นต้อง  
มีบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนในการใช้อำนาจของรัฐ เรียกว่า รัฐอธิปัตย์ มาทำหน้าที่ดังกล่าว  
ทุก ๆ คนในประชามนั้นต้องยอมรับและเชื่อฟังรัฐอธิปัตย์โดยแนวคิดเช่นนี้สะท้อนให้เห็น  
ถึงสัญญาสวามิภักดิ์อันเป็นการ ส่งเสริมระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์  
(Ia Monarchie absolue)<sup>12</sup>

ผู้ปกครองที่ได้รับมอบอำนาจไปจากประชคมด้วยการปกครองแบบ  
สมบูรณาญาสิทธิราชย์ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองจึงต้องถือว่ายุติธรรมเสมอ สัญญา  
ประชามที่ประชาชนตกลงร่วมกันจัดทำขึ้นจึงเป็นรัฐธรรมนูญ เป็นที่มาของผู้ปกครอง  
และเป็นที่มาแห่งอำนาจของผู้ปกครองด้วย รัฐธรรมนูญมีที่มาจากสัญญาประชามโดย  
ประชาชนมีเจตนาร่วมกันทำขึ้นเช่นนี้จึงเป็นกฎหมายสูงสุด<sup>13</sup>

## (2) สัญญาประชคมกับจอห์น ล็อก (John Locke)<sup>14</sup>

ตามแนวความคิดของ Locke ในเรื่องธรรมชาติของมนุษย์  
ไม่แตกต่าง ไปจาก Hobbes กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนต่างคนต่างอยู่ ต่างมีเสรีภาพตามธรรมชาติ  
และต่างก็มุ่งแสวงหาความมั่นคงแห่งชีวิตของตนเอง แต่มีข้อแตกต่างกันอยู่ 2 ประการ คือ  
ประการที่หนึ่ง สภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ได้เป็นสภาวะต่อสู้แข่งขันเพื่อที่จะให้  
บรรลุถึงความปรารถนาของตนเองอย่างเด็ดขาดแต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาคมีสันติภาพ  
ทุก ๆ คนตระหนักถึงกฎหมายธรรมชาติ และเมื่อเกิดการขัดแย้งขึ้นต่อกันแล้วต่างก็บังคับกัน  
ตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง ประการที่สอง มีสองพันธ  
สัญญาที่ประชาชนทำขึ้น (แต่ Hobbes มองว่ามีเพียงพันธสัญญาเดียว) โดยพันธสัญญาแรก  
เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเองตรงกับแนวคิดของ Hobbes เพื่อหาหนทางแก้ไขความ  
ขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันและเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน กรณีพันธสัญญาที่สอง  
เป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐ โดยมีควมแตกต่างจาก Hobbes ซึ่งไม่ได้มองว่าการที่

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

<sup>13</sup> อัจฉนา พึ่งเย็น, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาล  
รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 37.

<sup>14</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและ  
กฎหมาย, หน้า 21 – 23.



ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐไปนั้นเป็นการที่ประชาชนเข้าทำพันธสัญญากับรัฐ แต่เป็นกรณีที่ประชาชนต้องหาคนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุก ๆ คนในประชาคมนั้น รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมุติขึ้นเพื่อใช้อำนาจดังกล่าวโดยมีตัวแทนที่เรียกว่ารัฐอธิปัตย์อันสะท้อนถึงระบบสวามิภักดิ์และเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ดังนั้น รัฐจึงมิใช่คู่พันธสัญญาเพราะรัฐมีอำนาจเหนือกว่าทุกคน ๆ คนในประชาคม

การที่ Locke มองว่ามีพันธสัญญาที่สองก็ด้วยเหตุผลที่ว่าพันธสัญญาแรกจะเกิดมรรคผลได้ต่อเมื่อประชาชนในประชาคมนั้นต้องยินยอมรับสภาพปกครองและเพื่อให้การยินยอมเป็นไปด้วยดี จึงต้องมีการควบคุมอำนาจของรัฐโดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งรัฐนั้นจะต้องให้การเคารพกฎหมายที่ตราออกมา ถ้ารัฐเป็นฝ่ายละเมิดกฎหมายประชาชนมีสิทธิที่จะบังคับกับรัฐได้ พันธสัญญาที่สองที่ประชาชนทำกับรัฐเช่นนี้รัฐมิได้อยู่เหนือประชาชนแต่อย่างใด แต่เป็นการเข้ามาเป็นคู่พันธสัญญาระหว่างรัฐกับประชาชนนั่นเอง และพันธสัญญาอย่างนี้จึงเป็นพันธสัญญาสหภาพ (Pactum Unionis)

การเกิดของรัฐในความคิดของ Locke หมายความว่า รัฐเกิดขึ้นมาเพราะเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมายที่เป็นกฎหมายแห่งรัฐโดยในเรื่องของการกระทำตามกฎหมายแห่งรัฐนี้จะมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงมีคุณค่าหรือลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ของรัฐทั้งหมด<sup>15</sup>

### (3) สัญญาประชาคมกับ จังจาส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau)

ความแนวคิดของ Rousseau ในจุดเริ่มต้นไม่แตกต่างกันกับ Hobbes กล่าวคือ ในสภาวะธรรมชาติทุกคนมีเสรีภาพแห่งการดำรงอยู่และเป็นนายของตัวเอง ไม่อยู่ใต้อาณัติของใครถ้าเขาไม่ยินยอม แต่ในสภาวะดังกล่าวทุกคนต่างไม่มีความปลอดภัย ขาดความมั่นคงในชีวิตและในเสรีภาพ ไม่มีหลักประกันที่แน่นอน เป็นสถานการณ์ที่บังคับให้ทุก ๆ คน จำต้องมารวมตัวกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของทุกคนในประชาคมนั้น โดยการทำสัญญาประชาคม Rousseau ยอมรับเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนว่ามีอย่าง ไม่จำกัดและทุกคนต่างก็พยายามใช้เสรีภาพตามธรรมชาติของตนอย่างไร้ขอบเขตก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตของแต่ละคน ทำให้มีความจำเป็นที่ทุกคนในประชาคมนั้นต้องหันหน้าเข้าหากันทำข้อตกลงวางกฎเกณฑ์แห่งการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นขึ้นมาเพื่อจำกัด

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

การใช้เสรีภาพอย่างไว้ขอบเขตของทุกคนเสรีภาพที่แท้จริงของ Rousseau คือ เสรีภาพที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของประชามัน ๆ เป็นเสรีภาพในฐานะพลเมือง (civil liberty)<sup>16</sup>

สัญญาประชาคมของ Rousseau เป็นสัญญาในเชิงศีลธรรม (le contract moral) ที่ก่อกำเนิดมาจากทุก ๆ คน ในประชามัน โดยแต่ละคนมีข้อผูกพันอยู่สองประการด้วยกัน กล่าวคือ ประการแรก เป็นข้อผูกพันกับตนเองและเป็นข้อผูกพันกับรัฐ ประการที่สอง สำหรับการเกิดเป็นข้อผูกพันกับรัฐนั้นถือว่าเป็นจุดกำเนิดหรือการสร้างรัฐให้เกิดขึ้นเพราะทุกคนต่างเข้าทำสัญญาประชามันนั้นไม่ใช่การที่ทุกคนมอบเสรีภาพของตนให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะแต่เป็นการมอบให้รัฐ รัฐจึงเป็นการรวมตัวกันของทุก ๆ คนในประชามัน โดยมีเจตนารมณ์ร่วมกันคือ อำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุก ๆ คน ซึ่งไม่สามารถจะจำหน่ายจ่ายโอนไปให้ผู้ใดได้ ไม่สามารถแบ่งแยกได้และจะจำกัดก็ไม่ได้เพราะอำนาจอธิปไตยนี้เป็นของทุกคนในประชามันก่อให้เกิดการปกครองที่เรียกว่า การปกครองในระบบประชาธิปไตยโดยตรง กล่าวคือ Rousseau ให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากเพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน<sup>17</sup>

ดังนั้นกฎหมายที่ตราขึ้นจึงหมายถึง การแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป โดยทุกคนมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดและแสดงออกถึงเจตจำนงทั่วไปและหากผู้ปกครองที่ได้รับอำนาจไปแล้ว ปฏิบัติตนไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคนในประชามัน ประชาชนมีอำนาจที่จะถอดถอนผู้ปกครองผู้นั้นได้ สัญญาประชาคมตามแนวความคิดของ Rousseau มองว่า การรวมตัวกันของทุกคนในประชามันก่อให้เกิดรัฐนั้นก็เนื่องมาจากการมีเจตนารมณ์ร่วมกันคือ อำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุก ๆ คน ก่อให้เกิดการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยสัญญาประชาคมเป็นเรื่องเจตจำนงของประชาชนเพื่อปกครองตนเอง มิใช่การมอบเจตจำนงของประชาชนไปให้แก่ผู้ใด<sup>18</sup>

จากแนวคิด Rousseau ที่ถือเป็นทฤษฎีแห่งสัญญาประชาคม เห็นได้ว่า จุดกำเนิดของรัฐเกิดจากทุกคนต่างรวมตัวเข้าทำสัญญาประชาคมมีเจตนารมณ์ร่วมกันคือ อำนาจอธิปไตยก่อให้เกิดระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ดังนั้นรัฐจึงก่อตัวกำเนิดขึ้นก่อนการเกิดของรัฐธรรมนุญ และเมื่อรัฐได้ก่อตัวขึ้นแล้วรัฐก็จะสร้าง

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23 - 24.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

<sup>18</sup> อัจฉนา พึ่งเย็น, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 37.

กฎเกณฑ์ที่ใช้ปกครองแห่งรัฐขึ้นมาเรียกว่ารัฐธรรมนูญ เป็นสถานะทางกฎหมายของรัฐ<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่รัฐใช้ในการปกครองแห่งรัฐ

### 2.1.1.3 ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายภาคพื้นยุโรป

ความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายตามธรรมชาติกับกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ต่างก็เป็นกฎหมายของรัฐ โดยรัฐมีรัฐธรรมนูญเป็นสถานะทางกฎหมายของรัฐ เป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่รัฐนั้นจะต้องปฏิบัติตาม ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงมีคุณค่าหรือลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎเกณฑ์อื่นของรัฐทั้งหมด<sup>20</sup> ทำให้เห็นถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่อง “ลำดับชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) ที่ถือกันว่ากฎหมายซึ่งมีอยู่หลายรูปแบบ ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่ควรกำหนดว่าอยู่สูงกว่ากฎหมายรูปแบบอื่น โดยทั่วไปแล้วจะกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ความเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นจะเป็นสถานะของรัฐธรรมนูญ<sup>21</sup>

แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายเริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ แต่ปรากฏชัดเจนขึ้นในสมัยกลาง เมื่อนักคิดในสมัยกลางมุ่งที่จะพิจารณาความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายธรรมชาติ (jus naturale) กับระบบกฎหมายบ้านเมือง (jus positivum) โดยให้กฎหมายธรรมชาติมีฐานะที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมือง กฎหมายบ้านเมืองซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติย่อมไม่มีผลใช้บังคับและไม่ผูกพันให้ต้องปฏิบัติ ดังนั้นสถานะของกฎหมายธรรมชาติซึ่งมีสถานะสูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองจึงส่งผลต่อระบบคิดในทางกฎหมาย 2 ประการ

- 1) ในแง่รูปแบบ ทำให้นักกฎหมายคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการบัญญัติรับรองหลักกฎหมายธรรมชาติไว้ในกฎหมายบ้านเมือง และ
- 2) ในแง่เนื้อหา ทำให้แนวคิดเรื่องสิทธิดั้งเดิมของมนุษย์ตกผลึก และทำให้รัฐต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกันและปัจเจกชนกับรัฐยิ่งขึ้น<sup>22</sup>

<sup>19</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย, หน้า 66.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

<sup>21</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 669.

<sup>22</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ”, ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัจญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 192.

อย่างไรก็ดีในเรื่องพัฒนาการแนวคิดลำดับชั้นของกฎหมายเริ่มพัฒนาขึ้นในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในอังกฤษ จึงสมควรศึกษาที่มาและพัฒนาการดังกล่าวจากประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมัน ประเทศออสเตรีย และสหรัฐอเมริกา ตามลำดับดังนี้

### (1) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศอังกฤษ

เมื่อ ค.ศ. 1610 sir Edward Coke ผู้พิพากษาวิญญัตติจากเรื่องที่แพทยสภาได้พิจารณาลงโทษปรับนายแพทย์ Thomas Bonham ซึ่งเปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนต่อข้อบังคับของแพทยสภา โดยตามข้อบังคับของแพทยสภากำหนดให้ค่าปรับที่แพทยสภาได้พิจารณาปรับมานั้นให้ครึ่งหนึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายที่แพทยสภาจะได้รับ แต่ Sir Edward Coke เห็นว่า กฎหมายที่เป็นพื้นฐานในคดี (ข้อบังคับแพทยสภา) ไม่อาจใช้บังคับได้เพราะกฎหมายดังกล่าวขัดกับหลัก Common Law ที่ว่า “ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้ส่วนเสีย” โดยคดีของ Bonham นี้ ประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภามีสิทธิได้รับเบี้ยปรับครึ่งหนึ่งของเบี้ยปรับที่กำหนดไว้ในแต่ละคดี จึงมีผลประโยชน์ทางด้านเงินโดยตรงต่อการทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาในคดี ดังนั้น ประธานแพทยสภาและผู้พิพากษาของแพทยสภาจึงมิได้เป็นเพียงผู้พิพากษาเท่านั้นแต่ยังเป็นคู่ความฝ่ายหนึ่งในคดีด้วย คำกล่าวเกี่ยวกับลำดับชั้นที่เหนือกว่าของ Common Law มาจากคำพิพากษาดังกล่าวที่ว่า “Common Law มีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภา และในบางกรณีทำให้กฎหมายของรัฐสภาฉบับนั้นทั้งฉบับไม่มีผลบังคับเพราะเมื่อกฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับความมีเหตุผลหรือไม่สามารถปฏิบัติตามได้ กรณีเช่นนี้ Common Law ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภาและมีผลทำให้กฎหมายของรัฐสภาไม่มีผลบังคับใช้”<sup>23</sup>

การตัดสินใจของ Sir Edward Coke ได้วางหลักบนพื้นฐานที่ว่าแม้รัฐสภาก็จะมีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายและแก้ไขกฎหมายได้ก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็สามารถที่จะวางเงื่อนไขในการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายได้และก็จะชอบที่จะไม่บังคับใช้กฎหมายกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับหลักของ Common Law อย่างชัดเจน สิ่งใดที่ผู้พิพากษาสามารถที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น Coke ได้แสดงถึงพัฒนาการของกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ที่พัฒนามาตั้งแต่ยุคกลาง

<sup>23</sup> Christain Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Teilband I: Berichte, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 1986, S.14 อ้างถึงใน บรรณานุกรม สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 17 - 18.

โดยนำแนวคิดเช่นนี้มาให้เหตุผลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภา อย่างไรก็ตามพัฒนาการทางกฎหมายของอังกฤษนับแต่กลางศตวรรษที่ 17 มิได้ยึดถือตามแนวความคิดของ Coke หากแต่ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament หรือ Konzept der unbeschränkten Parlamentssoveränität)<sup>24</sup> เนื่องจากกรณีที่ประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรยึดมั่นในขนบธรรมเนียมประเพณีมากจนถึงกับใช้ธรรมเนียมประเพณีเป็นกฎหมาย ทำให้เกิดหลักสำคัญว่ารัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นยืดหยุ่นได้ตามกาลเวลา แก้ไขเปลี่ยนแปลงง่ายและไม่มีสภาพความเป็นกฎหมายสูงสุด แม้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีสถานะสูงสุดของอังกฤษซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ก็อาจถูกแก้ไขได้ง่ายโดยอำนาจเด็ดขาดและสูงสุดของรัฐสภา<sup>25</sup> ในการที่จะบัญญัติกฎหมายออกมามีบังคับใช้โดยผลของกฎหมายที่รัฐสภาออกเป็นกฎหมายแม่บทนั้น มีผลต่อกฎหมายลำดับรองที่ออกมาจากองค์กรอื่นซึ่งต้องอาศัยอำนาจการออกกฎหมายลำดับรองจากกฎหมายแม่บท การที่ประเทศอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอาจมีผลมาจากการต่อสู้กับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ประสบผลสำเร็จ ผลจากการต่อสู้ทำให้รัฐสภาเรียกร้องให้พระมหากษัตริย์รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการออก Petition of Right ในปี ค.ศ. 1627 และในปี ค.ศ. 1689 ได้มีการออก Bill of Right อันเป็นกฎหมายสำคัญที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์นั่นเอง

แนวความคิดในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถึงแม้จะได้รับการพัฒนาจากประเทศอังกฤษในช่วงแรก แต่ปัจจุบัน ไม่มีผลในทางปฏิบัติเนื่องจากเหตุผลที่ว่าระบบกฎหมายของอังกฤษนั้นมิได้แยกลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายทั่วไป

## (2) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศเยอรมัน<sup>26</sup>

แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติที่พัฒนาอยู่ในประเทศเยอรมันได้มีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) โดยในช่วงเริ่มต้นแนวความคิดเรื่องของรัฐธรรมนูญนิยมได้ให้การยอมรับต่อแนวคิดในการมีกฎหมายพื้นฐาน (Ieges fundamentals) แม้ว่าขณะนั้นจะยังไม่มี

<sup>24</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. (กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 18.

<sup>25</sup> วิญญู เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ หน้า 109 - 110.

<sup>26</sup> Christain Starck, เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

รัฐธรรมนูญในความหมายของรัฐสมัยใหม่ก็ตาม แต่มีกฎเกณฑ์ประเภทหนึ่งที่อยู่สูงกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ (die Thronfolgeregel) ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองเมือง หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Religionsfreiheit) ส่วนในเรื่องเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย Christian Wolff อธิบายในหนังสือ “Ius Nature Methodo Scientifica Pertractatum” ว่า เพราะกฎหมายพื้นฐานแห่งรัฐนั้นมิได้อยู่ในอำนาจของอำนาจนิติบัญญัติที่จะกำหนด (Disposition) ผู้ปกครองจึงไม่สามารถออกกฎหมายพื้นฐาน (Fundamentalgesetze) โดยอำนาจในการออกกฎหมายของผู้ปกครองได้ ต่อมามีการให้เหตุผลที่ชัดเจนจากแนวคิดดังกล่าวโดย Grotius และ Pufendorf Grotius ได้นำทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (die Souveräneitätslehre) เป็นพื้นฐานในการอธิบายโดย “อำนาจอธิปไตย” มิได้เป็นการขยายความเกี่ยวกับตัวผู้ปกครองในทางส่วนบุคคล แต่อำนาจอธิปไตยมีลักษณะเป็นอำนาจของรัฐซึ่งอาจแบ่งหรือถูกใช้โดยองค์กรต่าง ๆ ได้ ส่วนวิธีการแห่งอำนาจอธิปไตยเป็นเรื่องของกฎหมายพื้นฐาน (Ieges fundamentals) ที่จะต้องบัญญัติการจัดองค์กรของรัฐ สำนักกฎหมายธรรมชาติได้ทำให้เกิดความชัดเจนระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgebende Gewalt) ซึ่งอยู่เหนือกว่าอำนาจที่ได้ก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญ (die Von der Verfassung konstituierte Gewalt) การอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่าของผู้ปกครองภายใต้กฎหมายพื้นฐาน (Ieges fundamentals) จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่แสดงให้เห็นถึงความเป็นรัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญของเยอรมัน สำหรับ Pufendorf กล่าวไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำของผู้ปกครองซึ่งขัดแย้งกับหน้าที่ของผู้ปกครองตามกฎหมายพื้นฐานย่อมตกเป็นโมฆะและไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างถึงสิทธิในการให้บุคคลอื่นเชื่อฟัง

นอกเหนือจากแนวโน้มของพัฒนาการไปสู่รัฐที่ปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญและความเป็นนิติรัฐแล้ว ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของ Jean Bodin ยังมีบทบาทสำคัญในเยอรมัน โดยแนวคิดของ Bodin มีว่า อำนาจในการออกกฎหมายเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์เท่านั้น ความมีอำนาจสูงสุดจึงมาจากพระมหากษัตริย์ซึ่งอำนาจดังกล่าวยังต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ของพระเจ้า กฎหมายธรรมชาติ และกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมาทฤษฎีของ Bodin ได้ถูกนำมาสร้างเป็นสัญลักษณ์ในทางประชาธิปไตย ให้ความหมายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveränität) โดยได้ปฏิเสธความผูกพันต่ออำนาจสูงสุดทั้งหลาย

### (3) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศออสเตรีย<sup>27</sup>

สำนักกฎหมายของออสเตรียที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการแนวความคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุด โดยเฉพาะ Adolf Merkl และ Hans Kelsen โดย Merkl และ Kelsen ได้รวบรวมปัญหาเกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและบุคคลทั้งสองได้ให้เหตุผลทางทฤษฎีกฎหมาย ถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า แนวคิดของ Adolf Merkl กฎหมายนั้นเป็นระบบของลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจก่อให้เกิดกฎหมายที่ต่ำกว่าได้รับมอบอำนาจ ซึ่ง Merkl เรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการแห่งการบัญญัติกฎหมาย และกระบวนการในการบัญญัติกฎหมายจะต้องได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่าต่อไป ทั้งกฎหมายในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติ สำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติหากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติให้ทำหน้าที่อยู่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเช่นนี้แล้วย่อมแสดงว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายทั้งปวง

### (4) แนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา

อานานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกาได้นำแนวความคิดทางกฎหมายภาคพื้นยุโรปไปกำหนดกฎหมายในการอาศัยอยู่ร่วมกันในทวีปใหม่ อิทธิพลตามแนวความคิดของ Edward Coke ที่วินิจฉัยในคดีของนายแพทย์ Bonham เมื่อ ค.ศ. 1610 ได้กลายมาเป็นแนวคิดที่สำคัญในการประกาศความเป็นอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 ซึ่งคำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมืองโดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง จากคำปรารภของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐได้กล่าวไว้ว่า “We the People of the United States do ordain and establish this Constitution for the United States of America” ถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (die Idee der Volkssouveränität) ประสบความสำเร็จ

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 21 – 22.

ในทางปฏิบัติ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด (ประชาชน) ได้รับการก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และจากหลักดังกล่าวนี้เองเป็นผลให้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจจึงไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup>

แนวความคิดข้างต้นปรากฏชัดในปีค.ศ. 1788 โดย Alexander Hamilton ผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ได้สรุปเหตุผลสำคัญว่า ทำไมศาลควรจะทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ ซึ่งตามความเห็นของ Hamilton เห็นว่าเป็น “nature and reason of the thing” การให้ศาลเป็นองค์กรผู้มีอำนาจดังกล่าวเป็นการแสดงว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่อ่อนแอที่สุดด้วยเหตุนี้จึงเป็นอำนาจที่ได้รับความไว้วางใจในการให้คุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญของประชาชน ไม่มีหลักการใดที่ชัดเจนไปกว่าหลักการที่ว่าการกระทำนั้น ๆ ย่อมไม่มีผลบังคับ ฉะนั้นการบัญญัติกฎหมายซึ่งขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลบังคับใช้ หลักการดังกล่าวเท่ากับเป็นการปฏิเสธว่าผู้ได้รับมอบอำนาจอยู่ในฐานะที่สูงกว่าผู้มอบอำนาจ ภาระหน้าที่ที่แท้จริงของศาลคือการตีความกฎหมาย รัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นกฎหมายพื้นฐาน (fundamental Law) ดังนั้น รัฐธรรมนูญจะต้องได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาเช่นกัน<sup>29</sup> หลักว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถึงแม้จะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อ ค.ศ. 1787 แต่การนำแนวคิดดังกล่าวมาให้เกิดผลเกิดขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1803 ในคดี Marbury V. Madison ศาลฎีกาวางหลักว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาองเกรสตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้ เท่ากับศาลฎีกาได้ให้ความหมายบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า ศาลพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้ นับแต่นั้นมาศาลก็ตีความรัฐธรรมนูญเรื่อยมา<sup>30</sup> โดยที่รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ John Marshall ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดจึงได้ยืนยันอำนาจของศาลว่า รัฐธรรมนูญมีผลต่อการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหากการกระทำดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุด จึงไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีการแก้ไขเช่นกฎหมายธรรมดา กฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญจึง

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 .

<sup>29</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 22 - 23.

<sup>30</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 147 - 148 .



ไม่ใช่กฎหมาย นอกจากนี้ Marshall ได้ให้เหตุผลต่อไปว่า เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดอันเป็นกฎหมายที่เชื่อมโยงกับเจตจำนงของประชาชน รวมทั้งในรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่อยู่ในฐานที่ต่ำกว่าจึงต้องยอมหลีกทางให้แก่รัฐธรรมนูญ<sup>31</sup>

### 2.1.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การดำรงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ด้วยการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้นั้น มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์แห่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มาจากรากฐานตามแนวคิด เรื่องลำดับชั้นของกฎหมายที่ถือกันว่ากฎหมายนั้นมีหลายรูปแบบย่อมต้องมีรูปแบบหนึ่งที่ควรกำหนดว่าอยู่สูงกว่ารูปแบบอื่น ๆ อย่างไรก็ดีเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายก็ได้ถูกพัฒนาจากแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายโดยประกอบด้วยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักงานกฎหมายบ้านเมือง ทฤษฎีสัญญาประชาคม และพัฒนาการจากแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายด้วยกันเองในภาคพื้นยุโรป<sup>32</sup>

ในเรื่องของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดผลดังคำจำกัดความต่าง ๆ ที่อธิบายเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ประกอบด้วย ความหมายแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผลความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

#### 2.1.2.1 ความหมายแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่รัฐนั้นจะต้องปฏิบัติตามทำให้รัฐธรรมนูญมีคุณค่าหรือลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎเกณฑ์อื่นของรัฐทั้งหมด โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้

<sup>31</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 23.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14 - 17.

กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะไม่อาจบังคับใช้ได้ต่อไป<sup>33</sup> จึงมีผลทำ  
รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐมีลำดับศักดิ์อยู่เหนือกฎหมายอื่นใด

### 2.1.2.2 วัตถุประสงค์ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีลำดับชั้นสูงกว่ากฎหมายอื่นใด  
จึงจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมกฎหมายเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยมี  
วัตถุประสงค์ ดังนี้<sup>34</sup>

(1) เพื่อประโยชน์ของประชาชนโดยส่วนรวม มิให้ผู้มีอำนาจ  
บัญญัติกฎหมายโดยใช้อำนาจอย่างเกินขอบเขตด้วยการบัญญัติกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อ  
สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

(2) เพื่อประโยชน์แก่อำนาจสูงสุดในการปกครอง ด้วยการรักษา  
คุณภาพแห่งการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กร อันเป็นกระบวนการแห่งอำนาจทางการเมือง  
ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย เช่น ในประเทศที่มีรัฐรวมจะมี  
ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้มีการล่วงล้ำ  
หน้าที่ในระหว่างรัฐแต่ละรัฐที่รวมอยู่กับรัฐกลาง (Federal State) และในรัฐเดี่ยวก็เพื่อเป็น  
การป้องกันมิให้อำนาจธิปไตยแต่ละหน้าที่ก้าวท้าวซึ่งกันและกัน

(3) เพื่อคุ้มครองป้องกันรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐาน ใน  
การปกครองประเทศ ทั้งนี้เพื่อดำรงรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of the law)  
ของรัฐธรรมนูญไว้ เมื่อองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายซึ่งมีข้อความหรือเจตนารมณ์ขัด  
หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะต้องมีมาตรการในการป้องกันหรือการควบคุมให้กฎหมายหรือร่าง  
กฎหมายนั้น ไม่มีผลใช้บังคับหรือเสียเปล่าไป

<sup>33</sup> Ekkehart Stein, *Staatsrecht*, 14. Aufl., Tübingen 1993; S.13 อ้างถึงใน บรรณเจด  
สิงคะเนติ, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ ฯ : วิญญูชน, 2544), หน้า 24.

<sup>34</sup> วิจิตรรา ฟุ้งถัดดา, *ระบบควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ*, (วิทยานิพนธ์ปริญญา  
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 22.

### 2.1.2.3 ผลความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งมีผลเสียเปล่ามาแต่เริ่มต้นหรือทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา อนึ่งหลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ยังได้ก่อให้เกิดผลแห่งความผูกพันเพื่อความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีความสัมพันธ์กับบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ซึ่งเป็นกระบวนการอย่างหนึ่งในการสร้างกลไกเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญ ดังนี้<sup>35</sup>

1) กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

เป็นการประกันสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายทั้งปวงแล้วไม่ว่ากฎหมายนั้นจะมีอยู่ก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม กฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าหากยอมให้กฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไร้ผลไปและกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นอาจวางหลักเกณฑ์ใหม่ที่ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้แล้ว ซึ่งจะเป็นการขยายอำนาจให้กับองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในการตรากฎหมาย

ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป โดยรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวของรัฐธรรมนูญไว้เฉพาะมีความแตกต่างจากกฎหมายทั่วไป และที่สำคัญต้องกำหนดให้มีกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติจากองค์กรหรือสถาบันที่เรียกว่า judicial Review เข้ามาทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

2) การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐที่ก่อตั้งอำนาจแห่งรัฐและกำหนดกรอบการใช้อำนาจของรัฐรวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐและระหว่างรัฐกับประชาชน กฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับในรัฐล้วนมีกระบวนการที่ต้อง

<sup>35</sup> อัจฉนา พึ่งเย็น, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 38 - 39.

อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้นการที่จะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องสำคัญและจะต้องกระทำได้โดยยากยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายทั่วไป ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือเรื่องขององค์กรที่จะเข้ามามีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญภายใต้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีเรื่องอำนาจมองการก่อตั้งองค์กรสูงสุดที่จะมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญนั้น แต่องค์กรทั้งสามของอำนาจอธิปไตยที่ประกอบด้วย องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการนั้นมีฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจเป็นองค์กรที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้อย่างดีก็ทำได้แต่เพียงเป็นองค์กรที่เสนอแนะสภาพแห่งปัญหาและวางแนวทางในการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ในเรื่องของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงควรมีแนวความคิดจัดตั้งองค์กรพิเศษ ซึ่งมีที่มาจากอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ เนื่องจากองค์กรพิเศษนี้มีสถานะที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญชอบที่จะมีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

#### 2.1.2.4 การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่มีระบบ “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” และมีการสถาปนาให้รัฐธรรมนูญเป็น “กฎหมายสูงสุด” ซึ่งนอกจากรัฐธรรมนูญจะเป็นแม่บทของกฎหมายทั้งปวงแล้ว รัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างอำนาจหน้าที่ขององค์กรรัฐ ตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้นด้วย โดยมีทฤษฎีอธิบายสนับสนุนรากฐานแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสรุปได้ 5 ประการ<sup>36</sup> ดังนี้

##### 1. คำอธิบายเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย

รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ได้ปกครองต้องเคารพต่อรัฐธรรมนูญ คำอธิบายนี้อยู่ในปรัชญาของ ล็อก รูสโซ ปราชญ์ในคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาและตอนท้ายคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789

<sup>36</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 18 - 23.

2. คำอธิบายเชิงกระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญ : การมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนโดยวิธีพิเศษ

กระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยใช้วิธีพิเศษจากการมีส่วนร่วมของประชาชนไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมเช่นนี้ มักไม่ปรากฏในการตรากฎหมายธรรมดาของรัฐสภาตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญเช่นนี้จึงมีลักษณะอันเป็นพิเศษ โดยเห็นถึงความสำคัญที่ทำให้รัฐธรรมนูญต้องเป็นกฎหมายสูงสุด

3. คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ : การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและอำนาจอื่น

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุดโดยมีเหตุผลสนับสนุนอยู่ 2 ประการ

ประการแรก ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายทางกฎหมายโดยผู้เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบองค์กรและระบบกฎหมายอยู่เลย อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญและเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ เช่นนี้แล้วอำนาจดังกล่าวย่อมมีอยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นและมีอยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้น

ประการสอง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายเพื่อใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือกฎหมายทั้งหลายและองค์กรอื่น ๆ ที่ได้รับการก่อตั้งขึ้น โดยรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นย่อมได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองไม่ว่าจะเป็น ประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็ตาม

หลักการแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและอำนาจอื่น ทำให้เกิดผลสำคัญทางกฎหมายอย่างน้อย 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง เมื่ออำนาจในการก่อตั้งอำนาจทางการเมืองเป็นอำนาจสูงสุดไม่มีข้อจำกัดและเป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญจึงถูกจำกัดอำนาจโดยสภาพของรัฐธรรมนูญนั้น แสดงออกด้วยการกำหนดขอบอำนาจ การกำหนดกระบวนการ และการถูกกำหนดเนื้อเรื่องที่จะใช้อำนาจซึ่งรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้บัญญัติข้อจำกัดเหล่านี้ ดังนั้นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญจึงมีและใช้อำนาจอย่างถูกจำกัด และจะใช้อำนาจให้ขัดกับรัฐธรรมนูญมิได้ อีกทั้งการตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องตีความตามเจตนาของอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

ประการที่สอง อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและมีอยู่เหนือรัฐ ศาสตราจารย์ บูร์โค สรุปว่า อำนาจนี้อยู่นอกรัฐและมีอยู่ได้ทั้ง ๆ ที่ไม่มีรัฐ ไม่อยู่ใต้รัฐ ข้อพิพาทคือ รัฐธรรมนูญของหลายประเทศไม่ได้เกิดขึ้นโดยอำนาจการเมืองในรัฐ แต่เกิดจากอำนาจสูงสุดภายนอก เช่น รัฐธรรมนูญแคนาดาผู้ตราคือรัฐสภาอังกฤษ แต่อำนาจที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในรัฐที่ใช้ได้เหนือดินแดนและประชากรของรัฐเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจนี้เป็นอำนาจรัฐ

ประการที่สาม อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจต่อเนื่องจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดแต่เดิม หรือเรียกศัพท์ทางวิชาการว่า อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรที่อยู่สูงกว่าอำนาจนิติบัญญัติเพราะ ถ้าอำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรโดยรัฐธรรมนูญกับอำนาจนิติบัญญัติเป็นสิ่งเดียวกัน ก็เท่ากับยอมให้องค์กรเพียงองค์กรเดียวที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้นคือรัฐสภา สามารถขยายอำนาจของตนเหนืออำนาจอื่นได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด เป็นการทำลายคุณภาพขององค์กรและอำนาจที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น และจะทำลายรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุดด้วยเหตุดังกล่าวอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างและอยู่เหนือจากอำนาจนิติบัญญัติ ที่ไม่สามารถใช้อำนาจและวิธีการเดียวกันกับการออกและการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาเข้ามาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องมีองค์กรพิเศษที่อาจเลือกตั้งขึ้นใหม่หรือใช้อำนาจนิติบัญญัติจัดให้ประชุมร่วมกันโดยใช้วิธีการพิเศษ

#### 4. คำอธิบายเชิงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งองค์กรทางการเมืองและจัดการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้เกิดคุณภาพของอำนาจเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้มีมากเกินไปและเพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพความเสมอภาคของบุคคล โดยนัยนี้แล้วถ้าจะจำกัดอำนาจรัฐให้ได้ผล รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายใดทั้งหมด ดังนั้นความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามการอธิบายนี้จึงมีรากฐานมาจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

#### 5. คำอธิบายเชิงรูปแบบ

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและแบ่งสรรอำนาจระหว่างองค์กรนั้น ๆ ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญที่สุดและสูงสุดด้วย ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องทางเนื้อหา วิธีการร่าง อุดมการณ์ ฯลฯ

เมื่อวิเคราะห์ถึงความสำคัญของรัฐธรรมนูญที่อยู่ในสถานะอันเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว จึงมีความจำเป็นจะต้องให้การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยจัดสร้างกลไกเพื่อใช้ในการคุ้มครองอันได้แก่<sup>37</sup>

- 1) การกำหนดรูปแบบของรัฐธรรมนูญให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการห้ามมิให้ตัวบทกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
- 2) การมีบทบัญญัติให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา
- 3) การกำหนดเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญ
- 4) การกำหนดให้มีองค์การที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อขัดแย้งอำนาจในทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

### 2.1.3 หลักการปกครองโดยกฎหมาย

กฎหมายเป็น กฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการใช้อำนาจเหนือเอกชนเพื่อประโยชน์อันเป็นสาธารณะรวมทั้งกำหนดข้อห้ามเกี่ยวกับพฤติกรรมของประชาชนมิให้กระทำการรบกวนสังคม หากฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษ กฎหมายจึงมีสภาพบังคับที่ชัดเจนถัดมาจากรัฐธรรมนูญและเป็น บ่อเกิดของนิติสัมพันธ์ทุกชนิด<sup>38</sup> ในหัวข้อหลักการปกครอง โดยกฎหมายจะศึกษาเรื่องของ

- หลักนิติรัฐ และ
- หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

<sup>37</sup> นพดล เสงเจริญ, ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน. ใน รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย. (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544), หน้า 23.

<sup>38</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264 (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ). (นครปฐม : มิสเตอร์ ก๊อปปี้, 2547), หน้า 26.

### 2.1.3.1 หลักนิติรัฐ (Legal State)<sup>39</sup>

ทฤษฎีนิติรัฐ การ์เร่ เดอ มาลแบร์ (Carré de Malberg) เสนอแนวความคิดว่า รัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนได้ฝ่ายเดียวโดยที่เอกชนไม่ต้องให้ความยินยอม กฎหมายมหาชนให้อำนาจแก่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นเองก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลตามมาก็คือจะต้องมีการควบคุมการกระทำโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ (คำพิพากษาและคำสั่งศาล) หรือการกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร (กฎ คำสั่งทางปกครอง) ให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

หลักนิติรัฐมีสาระสำคัญอยู่ 3 ประการด้วยกัน คือ

(1) กฎหมายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมีความระมัดระวังอย่างชัดเจนพอสมควรว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรกรณีใดภายในขอบเขตอย่างไร โดยจะต้องไม่ให้อำนาจนั้นล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

(2) การกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและให้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

(3) การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการควบคุมไม่ให้การกระทำโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย ให้้องค์กรฝ่ายตุลาการที่มีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือมีอำนาจหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำโดยองค์กรรัฐฝ่ายบริหารที่ขัดต่อกฎหมาย ซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการนี้

<sup>39</sup> ชาลส์ แซวงส์คี้, ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 4 - 7.



อาจจะเป็นองค์กรของรัฐ อีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

หลักนิติรัฐ จึงเป็นแนวคิดในการควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายบริหาร ต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ส่งเสริมสนับสนุนในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลให้กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นองค์กรฝ่ายตุลาการจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทได้อย่างเป็นอิสระเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแห่งการกระทำทางปกครอง

### 2.1.3.2 หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ตราภายใต้รัฐธรรมนูญจะต้องอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหลายเกิดขึ้นจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้เป็นลำดับ ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์และตามทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายภาคพื้นยุโรป ดังนั้นกฎหมายที่ตราขึ้นภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้จะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เนื้อหาแห่งกฎหมายต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ<sup>40</sup> โดยรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นบทบัญญัติแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นและกำหนดขั้นตอนตลอดจนวิธีการตรากฎหมายไว้ด้วย

อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ถูกจัดให้เป็นเครื่องกำหนดนิติสัมพันธ์ภายในรัฐ โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นตัวแทนของสัญญาประชาคมในการจัดตั้งและเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกฎหมายจึงเป็นที่มาของการใช้อำนาจรัฐในขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นขอบเขตแห่งการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐด้วยเช่นกัน ทำให้เห็นถึงความจำเป็นและความสำคัญที่กฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญคงไว้ซึ่งที่มาสูงสุดแห่งกฎหมายบนหลักแห่งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ว่าจะป็นเนื้อหาแห่งกฎหมายที่ต้องมีความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญและกระบวนการตรากฎหมายจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติและขั้นตอนแห่งรัฐธรรมนูญด้วย

<sup>40</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264 (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), หน้า (15).

## 2.2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายของรัฐสภา

องค์กรที่ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติหรือรัฐสภาตามหลักนิติรัฐ ซึ่งสามารถเชื่อมโยงถึงการใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐ กล่าวคือ บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จึงทำให้เห็นถึงความสำคัญประการหนึ่งของระบบรัฐสภา (parliamentary system) ซึ่งนับว่าเป็นระบบที่พัฒนามาโดยใช้ระยะเวลายาวนานที่สุดและเป็นระบบนิยมแพร่หลายในประเทศประชาธิปไตยมากที่สุด ระบบรัฐสภาถือกำเนิดในประเทศอังกฤษก่อนประเทศอื่นทำให้มีผู้เรียกว่าระบบอังกฤษ (British system หรือ English system) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ระบบประชาธิปไตยแบบตะวันตก (Western democracy)<sup>41</sup> ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึง

- การแบ่งแยกอำนาจตามหลักของรัฐธรรมนูญ
- การใช้อำนาจอธิปไตยผ่านผู้แทน
- หลักนิติธรรม
- รัฐสภากับการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย

### 2.2.1 การแบ่งแยกอำนาจตามหลักของรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกอำนาจเป็นศิลปะทางรัฐศาสตร์หรือศิลปะทางการเมือง จึงเป็นเพียงหลักเกณฑ์ที่ตั้งอยู่บนรากฐานของประสบการณ์ ซึ่งอาจมีการปรับปรุงหลักการแบ่งแยกอำนาจให้สอดคล้องกับเงื่อนไขต่าง ๆ ได้ โดยมีจุดมุ่งหมายมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากเกินไปจนเกิดการผูกขาดอำนาจ<sup>42</sup> ดังนั้น การแบ่งแยกอำนาจย่อมหมายถึง การแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจในลักษณะของการแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรของรัฐ เช่น หน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติแยกได้จากหน้าที่ของฝ่ายบริหาร โดยแต่ละองค์กรมีหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของตนได้พอสมควร ทั้งนี้ เพราะการแบ่งแยกอำนาจเป็นการ ป้องกันมิให้การใช้อำนาจอธิปไตยของชาติตกอยู่กับองค์กรในองค์กรหนึ่งไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม ขณะเดียวกันการแบ่งแยกหน้าที่ขององค์กรอาจกระทำให้สมดุล

<sup>41</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 253.

<sup>42</sup> วิจิตรา วิเชียรชม, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ, ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 8 ปี ศจ.ไพโรจน์ ชัยนาม, (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535), หน้า 166.

กันได้ด้วยวิธีที่เรียกว่าการตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) ดังเช่นในประเทศอังกฤษ แม้จะมีได้นำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้โดยตรงแต่ประเทศอังกฤษมีระบบการปกครองโดยอาศัยหลักความสูงสุดของรัฐสภา จึงทำให้สภานิติบัญญัติมีอำนาจมอบหมายให้องค์กรฝ่ายบริหารปฏิบัติการบางอย่าง ซึ่งกิจการนั้นอาจเป็นการให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้เอง<sup>43</sup> หรือรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ยังมีการให้อำนาจตุลาการเป็นเครื่องกำประกันสิทธิต่าง ๆ ของมลรัฐ มิให้รัฐบาลกลางใช้อำนาจล่วงล้ำก้าวเข้าไปในขอบเขตอำนาจของรัฐบาลของมลรัฐได้ ขณะที่ในประเทศฝรั่งเศสก็มีการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองออกจากฝ่ายตุลาการ โดยให้มีศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม เป็นต้น

### 2.2.2 การใช้อำนาจอธิปไตยผ่านผู้แทน<sup>44</sup>

การทำให้รัฐเกิดขึ้นจริงในทางการเมืองและสังคม มิใช่ว่าจะเกิดจากเจตนาของผู้ปกครองอย่างเดียว ต้องมีเงื่อนไขหลายประการประกอบกันทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการทหาร ทางเศรษฐกิจต้องมีการขยายทั้งการผลิตและการตลาดเกินกว่าการผลิตและการตลาดในยุคศักดินา กล่าวคือ การผลิตและการตลาดต้องมีศูนย์กลางอยู่ในเมือง และการค้าต้องเป็นการค้าระหว่างดินแดนและชาติมากขึ้น ในทางสังคมจะต้องมีความรู้สึกร่วมกันของพลเมืองว่าสถาบันผู้ปกครองเป็นศูนย์กลางของชาติ ในทางทหารการเพิ่มประสิทธิภาพในการรบด้วยอาวุธใหม่ ๆ การมีกองทัพเป็นการถาวรโดยไม่ต้องพึ่งพาการเกณฑ์กองทัพจากเจ้าศักดินา การก่อตั้งชุมชนต่าง ๆ เพื่อการป้องกันประเทศตามแนวชายแดนหรือขยายดินแดนและรักษาดินแดนนั้นไว้ได้ ฯลฯ สิ่งเหล่านี้ล้วนต้องใช้เวลานานับศตวรรษ เช่นเดียวกับการกำเนิดของรัฐสภาที่ต้องอาศัยเงื่อนไขทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมประกอบกัน โดยแต่ละชาติหรือประเทศก็มีข้อเท็จจริงอันเป็นบริบทที่แตกต่างกันไป อย่างไรก็ดี การก่อกำเนิดของรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ย่อมจะต้องมีประเทศเริ่มต้น และถูกนำไปพัฒนาให้เข้ากับรูปแบบของรัฐ ระบอบปกครอง ระบบรัฐบาลของประเทศนั้น ๆ ต่อไป

<sup>43</sup> อมร จันทรสุมบุรณ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545) หน้า 68 - 71.

<sup>44</sup> ไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์, บทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ, (วิทยานิพนธ์ปริญญารัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชารัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2547), หน้า 14 - 18.

บทบัญญัติแมกนาคาร์ตา ในรัชสมัยพระเจ้าจอห์น (John, ค.ศ. 1199 - 1216) เป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์การปกครองของอังกฤษ ถือกันว่าเป็นรากฐานของรัฐธรรมนุญ รัฐสภา และการปกครองระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ บทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญอยู่ที่การจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการเก็บภาษีอากร จะต้องได้รับความเห็นชอบจากมหาสภา ก่อน และกำหนดให้พระมหากษัตริย์เคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยให้การรับประกันสิทธิเสรีภาพและรับรองว่าจะไม่จับกุมเนรเทศ ยึดทรัพย์ หรือลงโทษอื่นใดต่อประชาชนจนกว่าจะมีคำพิพากษาตัดสินของผู้พิพากษาว่ามีความผิด โดยบทบัญญัติตามกฎหมายของประเทศ นอกจากนี้ ยังกำหนดขอบเขตอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

หลักการในบทบัญญัตินี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงอีกครั้งหนึ่งในรัชสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 3 (Henry III, ค.ศ. 1216 - 1265) ซึ่งเป็นโอรสของพระเจ้าจอห์น โดยสนับสนุนแนวความคิดเทวสิทธิ์ต้องการให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจเด็ดขาด พระองค์ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแมกนาคาร์ตา ทำให้เกิดความขัดแย้งกับพวกขุนนางอย่างรุนแรงถึงกับเกิดสงครามขึ้น ในช่วงปี ค.ศ. 1258 - 1265 ผู้นำฝ่ายขุนนางคือ ไชมอน เดอ มงฟอร์ด (Simon de Montfort) เชื้อสายฝรั่งเศสและเป็นเขยของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ยึดอำนาจจากพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ได้ในปี ค.ศ. 1265 สถาปนาเป็นพระมหากษัตริย์ขึ้นปกครองประเทศ และได้เรียกประชุมรัฐสภาขึ้น การประชุมคราวนี้มีได้มีเฉพาะพวกพระกับขุนนางเท่านั้น แต่ได้เลือกอัศวินสองคนในแต่ละแคว้น (Shire) และเลือกชาวเมืองสองคนในแต่ละโบโร (Borough) เข้าร่วมประชุมด้วย ซึ่งเรียกการประชุมครั้งนี้ว่า “การประชุมรัฐสภา” (Parliament Sessions) รัฐสภามีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาหารือแก่พระมหากษัตริย์ในการกำหนดนโยบาย การบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่ผู้แทนของเมืองมีสิทธิประชุม จึงนับเป็นการเริ่มต้นของการปกครองระบอบรัฐบาลโดยผู้แทน (Representative Government) แม้จะมีได้หมายความว่าประชาชนเป็นผู้เลือกตัวแทนโดยตรงและมีอำนาจควบคุมตัวแทนเหล่านั้นก็ตาม แต่การเข้ามีส่วนร่วมในลักษณะนี้เป็นการพิทักษ์ผลประโยชน์ส่วนบุคคลมากกว่าส่วนรวม

ในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 (Edward I, ค.ศ. 1295 - 1336) โอรสของพระเจ้าเฮนรีที่ 3 ได้เรียกประชุมรัฐสภาในปี ค.ศ. 1295 โดยมีพวกขุนนางฝ่ายสงฆ์และขุนนางระดับสูง ตัวแทนสามัญชนระดับอัศวิน และชาวเมืองร่วมด้วย ตัวแทนสามัญชนเหล่านี้ถือว่าได้รับมอบอำนาจจากประชาชนในท้องถิ่นตน ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายและต้องรายงานการปฏิบัติหน้าที่ให้ประชาชนในท้องถิ่นตนทราบ มีสมาชิกจัดเป็นสามกลุ่ม คือ

1. กลุ่มชนชั้นสูงหรือขุนนาง (Nobility)
2. กลุ่มพระ (Clergy)
3. กลุ่มสามัญชน (Commoners)

ต่อมาได้มีการแบ่งกลุ่มกันใหม่ โดยพวกพระชั้นผู้น้อย บารอน อัศวินชั้นผู้น้อย ได้นั่งร่วมประชุมกับสามัญชน ส่วนขุนนางกับพระชั้นผู้ใหญ่ซึ่งถือตัวว่าตนเป็นชนชั้นสูงได้นั่งประชุมกันอีกกลุ่มหนึ่ง ซึ่งต่อมาในปลายศตวรรษที่ 14 ได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบสองสภา คือ

- 1). สภาขุนนาง (House of Lords) ประกอบด้วย ขุนนางและพระเถระชั้นผู้ใหญ่
- 2). สภาสามัญ (House of Commons) ประกอบด้วย ผู้แทนสามัญชนและขุนนางชั้นผู้น้อย

รัฐสภาของอังกฤษได้พัฒนาเรื่องอำนาจหน้าที่ (Functions) ที่มาของสมาชิก (Parliamentary Elections) การเรียกประชุม (Sessions) เอกสิทธิ์ (Privilege) ของสมาชิกรัฐสภาและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการเรื่อยมาจนกระทั่งมีการโค่นล้มราชวงศ์สจวร์ต (Stuart) ซึ่งนับเป็นการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ของอังกฤษ (Glorious Revolution, ค.ศ.1688) เป็นยุคของการวางพื้นฐานการปกครองระบบรัฐสภาในปัจจุบันและเป็นการสิ้นสุดการปกครองของพระมหากษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) จึงเป็นผลเนื่องมาจากความพยายามที่ยาวนานที่จะสร้างกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุล (checks and balances) กับการปกครองตามอำเภอใจ โดยกษัตริย์ต้องรับฟังข้อคิดเห็นของรัฐสภา และจะจัดเก็บภาษีหรือมีกองทัพได้ก็ด้วยความยินยอมเห็นชอบของรัฐสภาเท่านั้น

ระบบการเป็นตัวแทน (Representation) เกิดขึ้นในอังกฤษอย่างค่อยเป็นค่อยไป ตามแนวความคิดเสรีนิยม (liberal) กล่าวคือ เป็นการป้องกันการใช้อำนาจเผด็จการของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มากกว่าที่จะเป็นไปตามแนวคิดประชาธิปไตย (Democratic) ในรูปแบบเสรีนิยม การเป็นตัวแทนเปรียบเสมือนผู้ดูแลผลประโยชน์ (trustee) ของมวลผู้เลือกตั้ง เป็นการตอบสนองมากกว่าที่จะถูกตรวจสอบโดยมวลผู้เลือกตั้ง การก่อเกิดของระบบการเป็นตัวแทนในลักษณะนี้ จึงเป็นที่มาของแนวคิดอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) ซึ่งอังกฤษถือปฏิบัติมาจวบจนทุกวันนี้

### 2.2.3 หลักนิติธรรม (The Rule of law)

กรอบความหมายกว้าง ๆ ของหลักนิติธรรม อริสโตเติล (Aristotle) เคยให้ความหมายว่าเป็นเรื่อง “ปัญญาที่ตัดขาดแล้วจากอารมณ์ความรู้สึก” (intelligence without passion) สำหรับความเข้าใจของผู้คนทั่วไปหลักนิติธรรมหมายถึง การตัดสินคดีตามความถูกต้องทางศีลธรรมอันเป็นการค้าประกันต่ออิสรภาพ ความเสมอภาค และความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวเนื่องสัมพันธ์ระหว่างผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยกันเองและระหว่างประชาชนต่อรัฐบาลที่เป็นผู้ปกครอง<sup>45</sup>

ทฤษฎีกฎหมายอเมริกาอธิบายคำว่า “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) มิได้ปรากฏแพร่หลายเช่นในประเทศอังกฤษแต่มีวลีคำว่า “ความเป็นเลิศของกฎหมาย” (Supremacy of Law) “รัฐบาลภายใต้กฎหมาย” (government under law) “รัฐบาลแห่งกฎหมายมิใช่ของบุคคล” (Government of laws and not of men) หรือแม้แต่จะมีความหมายกว้างอย่าง “กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย” (due process of law) เข้ามาแทนที่ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์กว้าง ๆ ของการปกป้องปัจเจกบุคคลจากผู้ถือครองอำนาจในรัฐ อย่างไรก็ตามนิยามความหมายกว้าง ๆ ของ “หลักนิติธรรม” หมายถึงหลักแห่งการเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย รัฐต้องประกอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้กฎหมายมิใช่โดยตัวบุคคล กฎเกณฑ์ที่รัฐตราใช้เป็นกฎหมายต้องมีความเป็นกลางและความชัดเจนแน่นอน โดยหลักนี้แสดงออกให้ปรากฏ เช่น ความมีอิสระของตุลาการ การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารอันจำกัด ความเสมอภาคของบุคคลเบื้องหน้ากฎหมาย กระบวนการที่ยุติธรรม (due process) หรือ กระบวนการที่ถูกจัดตั้งให้ตรวจสอบทบทวนการกระทำในทางบริหารโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial review of administrative action)<sup>46</sup> เป็นต้น

ส่วนประเทศอังกฤษ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) มีความหมายเพื่อต้องการให้อำนาจของกษัตริย์ที่ได้รับมาจากกฎหมายถูกจำกัดด้วยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยรัฐสภาและให้มีการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลที่มีอิสระ กล่าวโดยสรุปหลักนิติธรรมเป็นหลักที่บุคคลทุกคนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและศาลเดียวกัน ระบบการปกครองเป็นสิ่งที่มียุ่ตามธรรมชาติและอยู่ใกล้ชิดกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนมิใช่มาจากการ

<sup>45</sup> จรัญ โฆษณานันท์, นิติปรัชญา (Legal Philosophy), พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ ฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2545), หน้า 336.

<sup>46</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 338.

ใช้อำนาจ<sup>47</sup> กระบวนการที่เป็นธรรมของกฎหมาย การเคารพเชื่อฟังต่อกฎหมาย สิ่งเหล่านี้ได้รับการแสดงออกให้ปรากฏโดยผ่านกระบวนการใช้อำนาจแห่งศาลหรือตุลาการที่มีอิสระในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษที่ยึดหลัก “อำนาจอธิปไตยของรัฐสภา” ถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นของรัฐสภาแต่ผู้เดียวและกฎหมายที่ออกก็สูงสุดด้วยเพราะ ประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่อยู่เหนือกฎหมายนั้น ๆ อย่างไรก็ตามแม้รัฐสภาจะมีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายได้ก็ตาม แต่รัฐสภาก็ไม่สามารถขยายอำนาจของตนให้เหนืออำนาจอื่นได้โดยไม่มีที่สิ้นสุด ด้วยเหตุอันเนื่องมาจากคำกล่าวซึ่งรู้จักกันแพร่หลายเกี่ยวกับลำดับชั้นที่เหนือกว่าที่มาจากคำพิพากษาของศาลที่ว่า common law มีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภาและในบางกรณีทำให้กฎหมายของรัฐสภานั้นทั้งฉบับไม่มีผลบังคับเพราะ ในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาขัดแย้งกับความมีเหตุผล (common right and reason) หรือไม่ปฏิบัติตามได้ ในกรณีเช่นนี้ common law ย่อมมีอิทธิพลต่อกฎหมายของรัฐสภาและมีผลทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ จึงเห็นได้โดยชัดว่า หลักนิติธรรม (The Rule of law) ในอังกฤษสามารถนำมาใช้เพื่อถ่วงดุลต่อหลักความสูงสุดของรัฐสภาได้โดยการตรวจสอบของศาลนั่นเอง

#### 2.2.4 รัฐสภากับการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย

มีลักษณะเป็นการควบคุมโดยองค์กรรัฐสภาซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมายหรือในชั้นควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนกฎหมายจะมีผลใช้บังคับไปจนถึงกฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว แต่ถูกกลับส่งมาให้รัฐสภาตีความอีกครั้ง ลักษณะแห่งการควบคุมโดยองค์กรรัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติ ประกอบด้วย<sup>48</sup>

- 1) การควบคุมโดยกระบวนการตรากฎหมาย
- 2) การควบคุมโดยบังคับให้มีการปรึกษา
- 3) การควบคุมโดยการยับยั้งการออกกฎหมาย
- 4) การควบคุมโดยการตีความกฎหมายของรัฐสภา

<sup>47</sup> วิชา มหาคุณ, การใช้เหตุผลทางกฎหมาย. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2533), หน้า 26.

<sup>48</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติ, ใน เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน (Public Law) เล่มที่ 2 หน่วยที่ 8 - 15. พิมพ์ครั้งที่ 29, (นนทบุรี : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2545), หน้า 539 - 544.

#### 2.2.4.1 การควบคุมโดยกระบวนการตรากฎหมาย

การพิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติโดยทั่วไปจะมีกัน 3 วาระ คือ ในวาระแรก เป็นการพิจารณาในหลักการของกฎหมายว่าสมควรให้มีการตรากฎหมายหรือไม่ ชั้นนี้ทั้งฝ่ายผู้เสนอและสภาจะพิจารณารายละเอียดในทุกแง่มุมรวมถึงความเหมาะสมและความถูกต้องทางกฎหมาย ซึ่งแน่นอนสำหรับปัญหาว่ากฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ย่อมเป็นประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่งในการพิจารณาเสมอเพราะองค์กรนิติบัญญัติได้รับมอบให้มีอำนาจในการตรากฎหมายก็ต้องระมัดระวังโดยใช้อำนาจที่ได้รับมอบให้ถูกต้อง ไม่เช่นนั้นจะเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ ส่วนองค์กรบริหารนั้นถือว่าเป็นองค์กรหลักในการเสนอกฎหมาย องค์กรบริหารก็จะต้องคำนึงอย่างมากในเรื่องของกฎหมายที่เสนอมว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างไรหรือไม่เช่นกัน เพราะถ้าหากผิดพลาดไปแล้วก็จะถูกฝ่ายค้านโจมตีได้ง่าย

เมื่อสภารับหลักการให้ดำเนินการตรากฎหมายในเรื่องใด โดยปกติถ้ามิใช่กฎหมายที่ง่ายมากก็จะมีการส่งให้คณะกรรมการพิจารณา เมื่อคณะกรรมการตรวจแก้พิจารณาทบทวนในความเหมาะสมและความสอดคล้องต้องกันระหว่างผู้เสนอและความเห็นของสมาชิกสภาผู้แปรญัตติแล้ว ก็จะนำกลับเข้าสู่การพิจารณาของสภาเป็นรายละเอียดในแต่ละมาตราอันเป็นการพิจารณาในวาระที่ 2 จากนั้นเมื่อพิจารณาไปจนจบแล้ว (อาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบางอย่างได้ในชั้นนี้) สภาก็จะพิจารณาทบทวนรวบยอดอีกครั้งว่าจะให้ผ่านเป็นกฎหมายหรือไม่ โดยออกเสียงลงมติเป็นการอนุมัติหรือไม่อนุมัติทั้งฉบับ ถ้าสภาอนุมัติอันเป็นการพิจารณาในวาระที่ 3 ก็จะครบกระบวนการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ อนึ่งในระหว่างวาระที่ 3 จะมีการพิจารณากันทั้งโดยวิธีการร่างกฎหมายและวิธีการการเมือง (political control) โดยทั้งฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาลสามารถแปรญัตติแก้ไขให้สอดคล้องกับความต้องของตนได้เสมอ

การควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยกระบวนการตราภาษมนับว่ามีความสำคัญประการหนึ่งที่องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารได้สละเวลาให้กับกระบวนการตรากฎหมายเพราะจะต้องยับยั้งตนเองโดยคำนึงถึงรัฐธรรมนูญตลอดเวลา และคอยตรวจสอบคัดค้านอีกฝ่ายหนึ่งตามกระบวนการวิธีการทางการเมืองด้วย ซึ่งวิธีการนี้เป็นการดีที่สุดเนื่องจากได้ป้องกันตั้งแต่ก่อนกฎหมายใช้บังคับโดยจะไม่ก่อให้เกิดผลเสียหายและการยุติปัญหาเป็นไปด้วยวิธีการทางการเมือง ซึ่งจะแก้ปัญหาต่าง ๆ ได้ง่ายกว่าการก่อความขัดแย้งกันระหว่างองค์กรของรัฐ



#### 2.2.4.2 การควบคุมโดยบังคับให้มีการปรึกษา

วิธีการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบางประเทศกำหนดให้มีการส่งไปให้บางองค์กรพิจารณาให้ความเห็นเสียก่อนในลักษณะเป็นการปรึกษา ซึ่งการปรึกษาเช่นนี้จะเป็นบทบังคับตามวิธีการในรัฐธรรมนูญ (compulsory) หรือโดยความสมัครใจ (voluntary) ก็ได้ เช่นในสวีเดน มีองค์กรประเภทหนึ่งเรียกว่าคณะกรรมการกฎหมาย (Lagard) ประกอบด้วย ผู้พิพากษาจากศาลยุติธรรมชั้นสูง (Husta domstolen) 3 คน และผู้พิพากษาจากศาลปกครองชั้นสูง (Regeringsrätten) 1 คน ซึ่งผู้พิพากษาในศาลนั้น ๆ เลือกขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายหรือบททวนการตีความในประเด็นเกี่ยวกับความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ส่วนในฝรั่งเศส การร่างกฎหมายจะส่งมาให้ กองเซช เดตาด์ (Conseil d'Etat) เทียบได้คล้ายกับคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทย ทำการพิจารณาก่อนเสมอ ในการนี้กองเซช เดตาด์ อาจพิจารณาแก้ไขและมีข้อสังเกตได้ สำหรับบรรดาร่างรัฐบัญญัติหรือ Loi (เทียบได้กับพระราชบัญญัติ) และเดครีต (decret) คือ กฎหมายเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราโดยไม่อยู่ในอำนาจของรัฐสภานั้น รัฐธรรมนูญบังคับว่าต้องส่งให้ กองเซช เดตาด์ พิจารณาทุกครั้ง แม้ว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารจะไม่เชื่อตาม แต่ก็ยังเป็นวิธีการควบคุมอย่างหนึ่งเช่นกัน<sup>49</sup>

#### 2.2.4.3 การควบคุมโดยการยับยั้งการออกกฎหมาย

ผู้ประกาศใช้กฎหมายมักจะมีอำนาจยับยั้งไม่ยอมประกาศใช้กฎหมาย แม้ว่าร่างกฎหมายจะผ่านการพิจารณาและเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรมาแล้วก็ตาม ในระบบรัฐสภาที่มีประมุขผู้เป็นกลางแยกต่างหากจากองค์กรบริหาร อำนาจนี้จะขึ้นของประมุขผู้เป็นกลาง<sup>50</sup> กรณีจึงเป็นการควบคุมทางการเมืองอย่างหนึ่งโดยองค์กรจากภายนอก เช่น ในอิตาลี ฟินแลนด์ และฝรั่งเศส ถือว่าประธานาธิบดีมีหน้าที่เป็นผู้ประกันการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ หากประธานาธิบดีไม่เห็นด้วยในนโยบายของกฎหมายโดยเหตุผลทั่วไปแล้ว การไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ประธานาธิบดียับยั้งการประกาศใช้กฎหมายได้ (รัฐธรรมนูญอิตาลี มาตรา 90 รัฐธรรมนูญฟินแลนด์ มาตรา 19

<sup>49</sup> Z. Nedjati & T.E. Trice, English and Continental Systems of Administrative Law 63-64 (1978) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 540.

<sup>50</sup> Hans Kelsen, General Theory of Law and State 301 (1961) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 540.

และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 10) ส่วนในอังกฤษเห็นว่าในทางทฤษฎีแม้ว่ารัฐสภาจะมีอำนาจสูงสุด แต่การได้รับความเห็นชอบจากษัตริย์ก็เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการตรากฎหมาย (Queen-in-Parliament) ดังนั้น กษัตริย์จึงอาจไม่ให้ความเห็นชอบที่จะประกาศใช้พระราชบัญญัติก็ได้ อนึ่งรัฐธรรมนูญของแทบทุกประเทศจะถือปฏิบัติว่าอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายกรณีนี้ไม่เด็ดขาด ถ้ารัฐสภายืนยันร่างกฎหมายนั้นโดยคะแนนเสียงพิเศษเป็นเสียงข้างมากตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ร่างกฎหมายนั้นก็ต้องประกาศใช้บังคับ แม้ว่าประมุขผู้เป็นกลางหรือผู้นำขององค์กรบริหารจะไม่เห็นชอบด้วยกับร่างกฎหมายนั้นก็ตาม

สำหรับประเทศไทยอาจแยกวิธียับยั้งร่างกฎหมายได้ 2 กรณี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กรณีที่หนึ่ง ยึดถือระบบให้พระมหากษัตริย์ที่ทรงเป็นประมุขมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”<sup>51</sup> และ กรณีที่ 2 ให้นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้นำขององค์กรบริหารสามารถยับยั้งร่างกฎหมายได้ตามรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็น เช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”<sup>52</sup> โดยระงับการทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยไว้ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามนายกรัฐมนตรีไม่สามารถเก็บร่างพระราชบัญญัติที่เห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ได้เอง และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว กรณีไม่มีข้อห้ามที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจยับยั้งร่างกฎหมายอีกครั้งหนึ่งในเรื่องอื่น เช่น ความเหมาะสม เป็นต้น

<sup>51</sup> มาตรา 94

<sup>52</sup> มาตรา 262 (3)

#### 2.2.4.4 การควบคุมโดยการตีความกฎหมายของรัฐสภา

วิธีการนี้มีแนวความคิดในฝรั่งเศสสมัยยุคการปฏิวัติเปลี่ยนแปลง การปกครองมาเป็นระบบสาธารณรัฐ ทั้งรูโซ และมองเตสกีเออ เห็นว่ากฎหมายที่ตราโดย รัฐสภาต้องได้รับความเคารพสูงสุด ผู้พิพากษาเป็นเพียงผู้ใช้บังคับตัวบทกฎหมายกับคดีความ ต่าง ๆ ผู้พิพากษาจะตีความกฎหมายโดยสร้างกฎหมายขึ้นเองไม่ได้ ทั้งนี้เนื่องจากแต่เดิมนั้น ศาลได้อาศัยการตีความกฎหมายเข้าไปสร้างหลักกฎหมายมากมายจนก้าวก่ายการบริหาร<sup>53</sup> จากความรู้สึกรู้สึกที่ต่อต้านองค์กรตุลาการรุนแรงเช่นนี้เป็นเหตุให้ประเทศฝรั่งเศสส่งเสริมการสร้างประมวลกฎหมายให้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่แน่นอนมากที่สุดและห้ามศาลตีความกฎหมาย ในกรณีที่ศาลมีปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำในกฎหมายให้ศาลมีคำขอต่อรัฐสภาเพื่อให้ รัฐสภาตีความให้ได้ แต่วิธีการในการมีคำขอต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาตีความก่อให้เกิดความ ไม่สะดวก เนื่องจากการประชุมของรัฐสภาจัดประชุมกันแต่ละครั้งเป็นไปโดยยากและอาจไม่ ยอมรับความผิดพลาดของตนเอง อย่างไรก็ตามวิธีที่ดีที่สุดแล้วก็เกิดแนวความคิดว่ากฎหมายเมื่อ ประกาศใช้บังคับแล้วย่อมมีผลต่อสาธารณะและมีเจตนารมณ์ของตนเองจะนำกลับไปถาม สภาใหม่ว่ากฎหมายมีความหมายอย่างไรย่อมไม่ชอบ

การควบคุม โดยองค์กรนิติบัญญัติจึงเป็นกระบวนการที่ควบคุมและ ตรวจสอบทั้งร่างกฎหมายก่อนใช้บังคับไม่ว่าจะเป็นกระบวนการตรากฎหมาย การบังคับให้ มีการปรึกษา การยับยั้งการออกกฎหมาย และกฎหมายหลังจากที่ประกาศใช้บังคับแล้วแต่ถูก ส่งกลับมาให้รัฐสภาตีความอีกครั้ง

สำหรับประเทศไทยในรัฐธรรมนูญฉบับแรกได้แก่ พระราช บัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ยอมรับหลักความ มีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญจึงเป็นอำนาจของสภา ผู้แทนราษฎร และรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาก็คือ รัฐธรรมนูญฉบับที่ 2 พ.ศ. 2475 บัญญัติไว้ โดยชัดแจ้งในมาตรา 62 “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความ รัฐธรรมนูญ” จากนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 บัญญัติตาม เช่นนั้น โดยมติในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้ต้องมีเสียงไม่ต่ำกว่ากึ่งจำนวนสมาชิกทั้ง สองสภา ตามมาตรา 86 และในขณะเดียวกันได้บัญญัติให้ม็องคร็กรเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยกรณี บทบัญญัติกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 88 ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจาก การระงับการขยายอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะเข้ามาพิจารณาปัญหาทางรัฐธรรมนูญ เรียกว่า

<sup>53</sup> M. Cappelletti & W.Cohen, *Comparative Constitutional Law* op.cit: p.26. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน หน้า 542.

“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา จนกระทั่งต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้เปลี่ยนรูปแบบองค์กรใหม่จาก “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรในรูปแบบศาลที่ใช้อำนาจตุลาการ เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”<sup>54</sup> โดยศาลรัฐธรรมนูญไทยเป็นระบบรวมศูนย์โดยสมบูรณ์มีระบบกลไกทางกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนและหลักการตรวจสอบหลัง อันประกอบด้วยการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรมและบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรมที่ศาลรัฐธรรมนูญไทย ใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย<sup>55</sup>

### 2.3 บทบาทขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

จากแนวความคิดของหลัก “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น H.G. Heunruch เห็นว่า เป็นที่มาของบรรทัดฐานในเรื่องลำดับชั้นแห่งหลักกฎหมาย (Hierarchy of Legal Norms) ระหว่างกฎหมายที่มีลำดับชั้นศักดิ์สูงกว่าและต่ำกว่า อีกทั้งเป็นการแสดงถึงข้อแตกต่างของกฎหมายเอกชนและมหาชน ได้ชัดเจนยิ่งขึ้น ทั้งแนวความคิดของบรรทัดฐานในเรื่องลำดับชั้นแห่งหลักกฎหมายนี้เองที่ประเทศต่างๆ ได้นำไปปรับใช้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรว่า บทบัญญัติหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้<sup>56</sup> การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นแม่บทแห่งกฎหมายทั้งปวงจึงจำเป็นต้องจัดให้มีองค์กรขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งในแต่ละประเทศบทบาทขององค์กรทำหน้าที่ดังกล่าวมีความแตกต่างกันออกไป โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม

กลุ่มที่ 1 การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลรัฐธรรมนูญก็ตาม

กลุ่มที่ 2 การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการหรือองค์กรที่มีใช้ศาล

<sup>54</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*, หน้า 2.

<sup>55</sup> วุฒิชัย จิตदानุ, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก, ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4: “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”*, หน้า 129.

<sup>56</sup> วุฒิชัย จิตदानุ, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด”. *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 4, 11 (พฤษภาคม – สิงหาคม, 2545) : หน้า 30.

### 2.3.1 การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ทำให้มีความจำเป็นต้องปกป้องพิทักษ์ให้ดำรงไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล จากการศึกษาค้นคว้าของ Dr. Dimitri Giotto (2001) พบว่ารูปแบบของศาลที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดมีอยู่ 2 รูปแบบ<sup>57</sup> คือ

รูปแบบที่ 1 ได้แก่ รูปแบบของศาลยุติธรรมเช่น ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา  
รูปแบบที่ 2 ได้แก่ รูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญเช่น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย หรือศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น

#### 2.3.1.1 ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นเป็นรูปแบบโดยศาลสูงของสหรัฐอเมริกา (American Model) ที่มีพื้นฐานจากความคิดของ John Marshall จากคดี The Marbury Case ค.ศ. 1803 เนื่องจากศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งปวงอยู่แล้ว ดังนั้น เมื่อมีประเด็นข้อขัดแย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดไปในคราวเดียวกัน ในทางปฏิบัติแล้วศาลฎีกาหรือศาลสูงในสังกัดศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด รูปแบบนี้มีหลายประเทศยังนิยมใช้อยู่ในปัจจุบัน เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา โบลิเวีย คิวบา เม็กซิโก ไนจีเรีย คูเวต ญี่ปุ่น อินเดีย เป็นต้น<sup>58</sup> หนึ่งในรูปแบบที่ให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะไม่มีกลไกทางกฎหมายตามหลักการตรวจสอบก่อนหรือการตรวจสอบร่างกฎหมาย บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลยุติธรรมจะมีเพียงการตรวจสอบกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้วไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>59</sup>

<sup>57</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

<sup>58</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 4 - 5.

<sup>59</sup> วุฒิชัย จิตตานุ, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก, ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4 : “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”, หน้า 115 - 116.

### 2.3.1.2 ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีทางรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่แก้ไขปัญหารัฐธรรมนูญตามแนวคิดของ Hans Kelsen ปรากฏขึ้นเป็นรูปแบบโดยประเทศออสเตรียได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเริ่มแรกในปี ค.ศ. 1920 ภายใต้หลักความคิด “หลักความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ” ตามทฤษฎีหลักกฎหมายพื้นฐานหรือ GRUNDNORM ของ Hans Kelsen และก่อให้เกิดบรรทัดฐานลำดับชั้นแห่งหลักกฎหมาย (Hierorchy of legal Norms) ขึ้นในที่สุด โดยแยกอำนาจหน้าที่ออกจากศาลยุติธรรม มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะคดีรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้เท่านั้น ต่อมาได้เป็นที่ยอมรับในหลายประเทศ เช่น เยอรมัน อิตาลี สเปน สวีเดน สวิตเซอร์แลนด์ แอฟริกาใต้ และเกาหลีใต้ เป็นต้น<sup>60</sup>

อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดระบบกลไกพื้นฐานทางกฎหมายที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “หลักการตรวจสอบก่อน” และ “หลักการตรวจสอบหลัง” เพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญและเป็นบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด<sup>61</sup> มีแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายเป็นรากฐานอยู่เบื้องหลังทฤษฎีดังกล่าว

สำหรับประเทศไทย ในอดีตระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ถูกนำไปใช้โดยองค์กรศาลยุติธรรมในศาลชั้นฎีกา และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติและนำรูปแบบศาลพิเศษหรือ “ศาลรัฐธรรมนูญ”<sup>62</sup> มาใช้ในปัจจุบันที่มีกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งหลักการตรวจสอบก่อนและการตรวจสอบหลัง เป็นการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรมและเชิงรูปธรรมโดยจะกล่าวในบทต่อไป

<sup>60</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 5.

<sup>61</sup> วุฒิชัย จิตตานุ, กลไกทางกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญระบบรวมศูนย์ (Centralized System) หรือรูปแบบยุโรป (European Model) ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก, ใน รวบรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4 : “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”, หน้า 118.

<sup>62</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 2.

### 2.3.2 คณะกรรมการหรือองค์กรที่มีชี้อศาล

โดยผลแห่งการปฏิเสชาอำนาจขององค์กรตุลาการในการที่ศาลมีอำนาจตีความกฎหมายและพิจารณาให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นโมฆะเห็นกันว่าเป็นการกระทำทางการเมือง (Political act) อันเป็นการก้าวก้าอำนาจนิติบัญญัติและอยู่นอกขอบเขตขององค์กรตุลาการ<sup>63</sup> จึงทำให้เกิดการก่อตั้งองค์กรเฉพาะที่ไม่ใช่ศาลทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแทนองค์กรศาลยุติธรรมที่เป็นระบบกระจายศูนย์หรือกระจายอำนาจไม่ว่าจะเป็นรูปแบบคณะกรรมการสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและ/หรือคณะกรรมการกลุ่มรูปแบบอื่น ๆ<sup>64</sup>

#### 2.3.2.1 คณะกรรมการสภารัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

รูปแบบเป็นองค์กรเฉพาะมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองเนื่องจากกรรมการที่ทำหน้าที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกระบวนการทางการเมือง หรืออาจเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่แล้ว เรียกชื่อว่า “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” หรือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” สำหรับรูปแบบนี้ใช้อยู่หลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เวียดนาม เป็นต้น<sup>65</sup>

<sup>63</sup> C.G.Haines, The American Doctrine of Judicial Supremacy 476 (2 nd ed. 1932); Andre Tunc, “The Fifth Republic, The Legislative Power, and Constitutional Review” 9 Am.J.Comp.Li 335-336 (1960) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 557.

<sup>64</sup> ข้อมูลจาก Dr. Ame Mavcic. (๒๐๐๒) Type Document:<http://www.us-rs.com/review/en/tablenps.php?stat=1&srt=6.2002>.,<http://www.us-rs.com/review/en/tablenps.php?stat=1&srt=7.2002>.<http://www.us-rs.com/review/en/tablenps.php?stat=1&srt=8.2002>  
<http://www.us-rs.com/review/en/tablenps.php?stat=1&srt=9.2002>.<http://www.us-rs.com/review/en/tablenps.php?stat=1&srt=10.2002>. อ้างถึงใน วุฒิชัย จิตตานู, “บทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 4, 11 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2545) : หน้า 43 - 44.

<sup>65</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 4.

### 2.3.2.2 คณะกรรมการเป็นกลุ่มรูปแบบอื่นๆ

รูปแบบเป็นองค์กรเฉพาะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะกรรมการวิสามัญของรัฐสภา เป็นต้น สำหรับรูปแบบนี้ใช้อยู่ในยุโรป ได้แก่ ฟินแลนด์ ในตะวันออกกลาง ได้แก่ บาห์เรน คูเวต โอมาน ในแอฟริกา ได้แก่ คองโก เอธิโอเปีย ดูนีเซีย จิมบับเว เป็นต้น<sup>66</sup>

องค์กรทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีทั้งการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ที่เป็นศาลยุติธรรมมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบหรือศาลรัฐธรรมนูญมีประเทศออสเตรเลียเป็นต้นแบบ และการควบคุมโดยคณะกรรมการที่เรียกว่า คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการเป็นกลุ่มที่เรียกว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะกรรมการวิสามัญของรัฐสภา แต่ละประเทศมีความแตกต่างกันไปตามลักษณะขององค์กร

## 2.4 สาระสำคัญในการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่อยู่ในกระบวนการตรากฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติเป็นการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เรียกว่าการควบคุมตรวจสอบก่อน หากเป็นการควบคุมโดยองค์กรตุลาการรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญจะมีทั้งการควบคุมตรวจสอบก่อนและการควบคุมตรวจสอบหลัง แตกต่างจากการควบคุมโดยองค์กรตุลาการรูปแบบศาลยุติธรรมที่มีเฉพาะการควบคุมตรวจสอบหลังจากที่กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น

กระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายสามารถที่จะควบคุมตรวจสอบว่า (1) ร่างกฎหมายมีวิธีการตราโดยผ่านขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมายหรือเป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายถูกต้องตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ (2) ร่างกฎหมายนั้นมีเนื้อหาข้อความหรือวัตถุประสงค์ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร<sup>67</sup>

<sup>66</sup> The Concourts.net [Online], Available form. <http://www.concourts.net>. [2005, September 10].

<sup>67</sup> สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 10 - 11.



### 2.4.1 แบบพิธีการตรากฎหมาย

คือขั้นตอนและวิธีการที่แสดงเจตนารมณ์แทนรัฐในรูปของกฎหมายซึ่งมีผลผูกพันเสมือนกับว่ารัฐได้แสดงเจตนารมณ์ด้วยตนเอง ดังนั้น หากบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งได้ถูกบัญญัติขึ้น โดยไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนหรือผิดไปจากแบบพิธีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเป็นแบบพิธีที่มีความสำคัญมิอาจละเลยได้แล้ว ย่อมไม่อาจถือได้ว่าการบัญญัติกฎหมายขึ้นเช่นนั้นเป็นการแสดงเจตนาผูกพันต่อรัฐและทำให้มีผลเสียไปทั้งฉบับ<sup>68</sup> ในเรื่องแบบพิธีการตรากฎหมายที่ใช้อำนาจการตราโดยองค์กรนิติบัญญัติประกอบด้วย

- ขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมาย
- รูปร่างของกฎหมาย

#### 2.4.1.1 ขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมาย

บทบัญญัติซึ่งกำหนดขั้นตอนในการตรากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องปฏิบัติมีอยู่หลายขั้นตอน ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายที่ตรารับบังคับใช้ไม่มีโอกาสที่จะผิดพลาดในส่วนที่มีความสำคัญมิอาจละเลยได้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือหากมีโอกาสที่จะผิดพลาดก็เป็นการผิดพลาดน้อยที่สุด การผ่านร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเพื่อให้บังคับใช้เป็นกฎหมายได้นั้น สามารถจะสรุปเป็นหลักเกณฑ์โดยประกอบด้วยขั้นตอนที่แตกต่างกันอยู่ 4 ขั้นตอน<sup>69</sup> คือ

**ขั้นตอนที่หนึ่ง** การริเริ่มนำเสนอกฎหมาย ซึ่งกระทำได้เฉพาะบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีสิทธิริเริ่มนำเสนอกฎหมาย เช่น ประมุขแห่งรัฐ คณะรัฐมนตรี สมาชิกแห่งองค์กรนิติบัญญัติ หรือผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง เป็นต้น และจะต้องนำเสนอโดยถูกต้องตามเงื่อนไขและข้อจำกัดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย

**ขั้นตอนที่สอง** การพิจารณาร่างกฎหมายที่ถูกนำเสนอเข้าสู่ในชั้นการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติโดยชอบแล้วอาจแยกพิจารณาเป็น 3 วาระ

<sup>68</sup> กนิษฐา เชี่ยววิทย์, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 22 - 23.

<sup>69</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

วาระแรก เป็นการพิจารณาในหลักการของร่างกฎหมายโดยรวมถึงความจำเป็นและสาระสำคัญตามที่เสนอมา จากนั้นจะมีการลงมติว่าองค์กรนิติบัญญัติจะรับร่างกฎหมายไว้พิจารณาในรายละเอียดต่อไปหรือไม่ ถ้ามีมติไม่รับในขั้นนี้ ร่างกฎหมายก็จะตกไป

วาระสอง ถ้าองค์กรนิติบัญญัติมีมติให้รับร่างกฎหมายไว้พิจารณา (ซึ่งจะเป็นการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมาย โดยจะแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งทำหน้าที่พิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งจะแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายในชั้นกรรมาธิการนี้หรือไม่ก็ได้) โดยจะเป็นการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายนั้น ๆ ว่าจะมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมในส่วนใดบ้างหรือไม่ ซึ่งการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมายในวาระสองไม่มีการลงมติอันเป็นผลให้ร่างกฎหมายผ่านการพิจารณาหรือตกไป จะมีก็แต่เพียงการลงมติว่าจะให้มีการแก้ไขร่างกฎหมายอย่างไรหรือไม่เท่านั้น

วาระสาม เป็นขั้นตอนแห่งการลงมติครั้งสุดท้ายที่มีผลให้ร่างกฎหมายนั้นผ่านไปเพื่อรอที่จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายต่อไปได้หรือไม่

ขั้นตอนที่สาม การประกาศใช้บังคับกฎหมาย หมายถึง การนำร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติแล้วให้ประมุขแห่งรัฐลงนามเพื่อประกาศให้ร่างกฎหมายนั้นมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์นำไปใช้บังคับต่อไป

ขั้นตอนที่สี่ การลงประกาศโฆษณา กฎหมายเมื่อได้รับการประกาศใช้บังคับแม้ว่าจะมีสถานะเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์แล้วก็ตาม หากไม่ได้มีการลงประกาศโฆษณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ อย่างเป็นทางการให้ประชาชนทราบโดยทั่วกันย่อมไม่อาจจะนำมาใช้บังคับให้เป็นผลร้ายต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนคนหนึ่งคนใดได้ แต่ในทางตรงข้ามถ้าบทบัญญัติกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วแม้จะยังไม่ได้รับการลงประกาศโฆษณาอย่างเป็นทางการก็ตาม หากกฎหมายนั้นได้กำหนดหน้าที่ให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตอบสนองต่อสิทธิประโยชน์ของปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองแล้วปัจเจกชนผู้ทรงสิทธิประโยชน์โดยกฎหมายดังกล่าว ชอบที่จะกล่าวอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ยังไม่ได้ลงประกาศโฆษณาขึ้นใช้ยื่นต่อองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายซึ่งประกาศใช้บังคับไปแล้วได้เสมอ

#### 2.4.1.2 รูปร่างของกฎหมาย

หมายถึง ลักษณะแห่งการปรากฏตัวของกฎหมายโดยองค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ทาง

สิทธิหน้าที่ระหว่างปัจเจกชนพลเมืองของรัฐด้วยกันหรือระหว่างปัจเจกชนกับองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือให้อำนาจองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการล่วงล้ำต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้<sup>70</sup>

ผู้ร่างกฎหมายในชั้นแรกก็ดี กรรมการร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ดี จะต้องพิจารณาว่าจะร่างกฎหมายในรูปแบบใด ถ้าจะร่างเป็นพระราชบัญญัติแล้วก็สามารถมีบทบัญญัติต่าง ๆ โดยมีข้อความตามที่เห็นสมควรเพราะพระราชบัญญัตินั้นจะบัญญัติอะไรก็ได้ เว้นแต่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น<sup>71</sup>

ร่างกฎหมายที่เป็นเรื่องใหญ่ แทนที่จะใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติ” ก็ให้ใช้ชื่อว่า “ประมวลกฎหมาย” ถ้าหากเป็นกรณีการรวบรวมกฎหมายเรื่องเดียวกันไว้ด้วยกัน ก็จะต้องจัดให้เป็นหมวดเป็นหมู่เป็นระบบให้ดูแล้วเรียบร้อยและมีข้อความทั่วถึงซึ่งกันและกัน<sup>72</sup> ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีเช่นว่านี้ ก็จะต้องตราพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายนั้น ๆ อีกฉบับหนึ่ง มีความว่าให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พุทธศักราช 2477 หรือให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พุทธศักราช 2477 ต่อท้ายพระราชบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด

#### 2.4.2 เนื้อหาของกฎหมาย

การที่จะพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่ามีเนื้อหาสาระใดถูกรับรองหรือขัดแย้งตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ในฐานะที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและจำกัดการใช้อำนาจรัฐในการตรากฎหมายขึ้นมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่นั้น โดยหลักการมีมาตรฐานที่ใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบซึ่งพิจารณาได้จากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่ประกอบกันขึ้นเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้รวมไปถึงหลักการ

<sup>70</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 33.

<sup>71</sup> หยุค แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542) หน้า 172.

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 172.

ต่าง ๆ ที่อยู่เบื้องหลังแห่งตัวบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นประกอบกับคุณค่าทางสังคมที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะปกป้องรักษาไว้ด้วย<sup>73</sup>

อย่างไรก็ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้กฎหมายจะต้องมีเนื้อหาสอดคล้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถจำแนกได้เป็น 3 ส่วน คือ<sup>74</sup>

ส่วนที่หนึ่ง บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงทำให้ตรากฎหมายได้

ส่วนที่สอง บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย

ส่วนที่สาม วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

#### 2.4.2.1 บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงทำให้ตรา กฎหมายได้

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญจะปล่อยให้มีการใช้ดุลยพินิจอย่างอิสระเพื่อพิจารณาว่า กรณีใดควร จะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นใช้บังคับหรือไม่ แต่สำหรับในบางกรณีแล้วรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญในเรื่องของการตรากฎหมายหากไม่จำกัดการใช้ดุลยพินิจเสียเลยก็จะทำให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ จึงทำให้รัฐธรรมนูญต้องกำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงไว้ ถ้ามื้อใดมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้จึงจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งตามนั้นได้<sup>75</sup> เช่น การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธจะตราเป็นกฎหมายเฉพาะได้ต่อเมื่อเป็นกรณีการชุมนุมสาธารณะและเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะหรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการณีสงคราม...ฯลฯ...ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 วรรคสอง

ดังนั้นหากรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีข้อเท็จจริงอย่างใดเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงจะตรากฎหมายได้ หากไม่มีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญเพื่อตรากฎหมายเกิดขึ้นก่อน แต่ได้มีการตรากฎหมายขึ้นทำให้กฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

<sup>73</sup> กนิษฐา เชื้อววิทย์, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 34.

<sup>74</sup> มานิตย์ จุมปา, รวมบทความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 68.

<sup>75</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

### 2.4.2.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย

หากจะมีการตรากฎหมายขึ้น บทบัญญัติที่ประกอบกันเป็นเนื้อหาของกฎหมายต้องสอดคล้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บท โดยบทบัญญัติอันเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 ส่วน<sup>76</sup> ประกอบด้วย

(1) ส่วนแรก เรื่องเกี่ยวกับรัฐและการจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ ได้แก่ บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับอาณาเขตของรัฐ รูปแบบรัฐ รัฐบาล ประมุขแห่งรัฐ องค์ประกอบที่มาของเจ้าหน้าที่ รวมตลอดถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้น หากบทกฎหมายใดที่ตราขึ้นมา มีเนื้อหาเป็นการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตแห่งรัฐ รูปแบบรัฐ รูปแบบรัฐบาล รูปแบบประมุข หรือเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบขององค์กรต่าง ๆ เหล่านั้น ให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดบทบัญญัติให้อำนาจเช่นนั้นไว้โดยชัดแจ้งแล้ว บทกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับมิได้

(2) ส่วนสอง เรื่องเกี่ยวกับบทบัญญัติที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและหลักประกันต่าง ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและให้การคุ้มครองไว้ โดยให้เกิดผลที่เป็นจริงได้ในทางปฏิบัติ หากบทกฎหมายใดที่ตราขึ้นมามีเนื้อหาในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพรวมทั้งหลักประกันต่าง ๆ แตกต่างไปจากที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองไว้ และรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ บทกฎหมายที่ตราขึ้นนั้นย่อมขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเช่นกัน

### 2.4.2.3 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ ความมุ่งหมายหรือผลสุดท้ายทำให้บรรลุเมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ภายใต้แห่งหลักนิติรัฐ (Legal State) การตรากฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ที่มาจากรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดเงื่อนไขทางด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะตราขึ้นมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ เช่น เพื่อความสงบเรียบร้อยหรือเพื่อสวัสดิภาพของประชาชน ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 วรรคสอง เป็นต้น<sup>77</sup> ดังนั้นการตรากฎหมายฉบับใด

<sup>76</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 68 - 69.

<sup>77</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 69.

ฉบับหนึ่งขึ้นบังคับใช้โดยองค์กรนิติบัญญัติและเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะต้องมี วัตถุประสงค์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย

สาระสำคัญแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างกฎหมายที่สามารถที่จะควบคุมตรวจสอบในเรื่องของแบบพิธีการตรากฎหมายซึ่ง ประกอบด้วยขั้นตอนและกระบวนการตรากฎหมาย รูปแบบหรือรูปร่างของกฎหมาย ตลอดจนการควบคุมตรวจสอบในเรื่องเนื้อหาของกฎหมายซึ่งประกอบด้วย บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงทำให้ตรากฎหมายได้ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมาย และวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

## บทสรุป

การศึกษาแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในบทที่ 2 เพื่อนำเสนอในเรื่องของหลักความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายตามทฤษฎีว่าด้วยความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นกฎหมายแห่งรัฐมีสถานะใน ลำดับชั้นสูงสุด ในการปกครองของประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร หลักการ ปกครองโดยกฎหมายซึ่งกฎหมายที่บังคับใช้จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตลอดจน กระบวนการตรากฎหมายและการควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมาย โดยรัฐสภา บทบาทของ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย สำหรับในเรื่อง ของร่างกฎหมายที่จะเสนอเข้าสู่การพิจารณาจากรัฐสภา เริ่มตั้งแต่กระบวนการในการร่าง กฎหมาย รูปแบบของร่างกฎหมาย รวมทั้งเนื้อหาของร่างกฎหมาย ทั้ง 3 ขั้นตอนดังกล่าว จะดำเนินการ โดยขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้ย่อมเป็นสิ่งจำเป็นและเป็นพื้นฐาน สำคัญเพื่อป้องกันการบัญญัติหรือออกกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศจะเป็นเครื่องมือบัญญัติถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญให้มีบทบาท และอำนาจหน้าที่มีทั้งกลุ่มรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มรูปแบบศาลสูงพิเศษ หรือกลุ่ม รูปแบบคณะกรรมการสภารัฐธรรมนูญและกลุ่มรูปแบบอื่น ๆ เพื่อควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและหรือร่างกฎหมาย ทั้งนี้จะได้กล่าวถึงบทบาทและ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญในต่างประเทศ โดยเฉพาะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในบทที่ 3 ต่อไป