

บทที่ 2

แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐ และอำนาจของศาลยุติธรรม ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยกษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในทางการเมือง การปกครอง ไม่ว่าจะเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในยุโรป หรือแม้แต่ประเทศไทยเองก็ตาม ย่อมก่อให้เกิดกลุ่มทางชนชั้นต่าง ๆ ในสังคม ซึ่งเมื่อได้แบ่งกลุ่มชนชั้นในสังคมอย่างกว้าง ๆ แล้วยังอาจแยกได้เป็นสองกลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มชนชั้นผู้ปกครอง ซึ่งได้แก่ กษัตริย์และขุนนาง กับกลุ่มชนชั้นผู้ถูกปกครอง ซึ่งได้แก่ สามัญชนหรือประชาชนนั่นเอง เมื่อการปกครองโดยกษัตริย์ที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Monarchy) ในการปกครองโดยอำนาจสูงสุดอยู่ที่คนเพียงคนเดียว หรือกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มเดียว ประกอบกับปัจจัยทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองหลายประการ ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงสภาพไปจากสังคมดั้งเดิม อาทิเช่น มีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมศักดินา ซึ่งมีวิธีการผลิตโดยผูกติดอยู่กับที่ดินเป็นหลักมาเป็นการผลิต และการค้าสมัยพาณิชย์นิยม (mercantilism)¹ สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมนำไปสู่ความขัดแย้งของกลุ่มชนชั้นต่าง ๆ ในสังคม โดยเฉพาะคู่ความขัดแย้งระหว่างชนชั้นผู้ปกครองกับชนชั้นผู้ถูกปกครองในกลุ่มประเทศต่าง ๆ ในยุโรป สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมจะต้องมีผู้คิดหาทางออกให้สังคม เพื่อให้พ้นจากสภาวะการณ์ทางการเมืองการปกครอง ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และเหตุนี้เองจึงเป็นที่มาของแนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐเพื่อมิให้รัฐใช้อำนาจจนเกินขอบเขต ซึ่งจะเป็นการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ส่วนที่ 1 แนวคิดในการจำกัดอำนาจรัฐ

1. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

การพิจารณาถึงความหมายของกฎหมายธรรมชาติ หากจะเริ่มต้นด้วยการพิจารณาถึงความหมายทั่ว ๆ ไปแล้วนั้น กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายซึ่งบุคคลบางกลุ่มอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ กล่าวคือเกิดขึ้นมาเองโดยมนุษย์ไม่ได้บัญญัติขึ้นเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือกฎหมายบัญญัติของรัฐ และใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ² หรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ในอุดมคติ ซึ่งอยู่เหนือกว่ากฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นโดยถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีที่มาจากกฎธรรมชาติของสรรพสิ่ง ซึ่งอาจค้นพบได้โดยการใช้เหตุผล

¹ บราวค็อกซ์ อูวเรนโธ. กฎหมายมหาชน : วิชาและการทบทวนปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538, หน้า 42.

² พุค แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518, หน้า 130.

แต่หากจะมีการพิจารณาความหมายของกฎหมายธรรมชาติ ในทางอุดมคติแล้ว จะเห็นได้ว่าการโยงเรื่องกฎหมายธรรมชาติให้เข้ากับปัญหาเรื่องเสรีภาพกับความเสมอภาค ด้วยการพิจารณาว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์แห่งอุดมคติที่มีขึ้น เพื่อจัดระเบียบให้เกิดความสมดุลอย่างมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ระหว่างปัจเจกชนกับกลุ่มส่วนรวม และระหว่างเสรีภาพส่วนบุคคลกับความเสมอภาคของทุกคน³

1.1. รากฐานความคิดทางการเมืองและกฎหมาย

นับตั้งแต่จักรวรรดิโรมันได้ล่มสลายลงในศตวรรษที่ 5 ยุโรปก็ได้เข้าสู่สังคมศักดินา ภายใต้การครอบงำของศาสนจักรโรมันคาทอลิก ที่มีสังฆราชแห่งกรุงโรมเป็นประมุข เซนต์ ออกุสติน (St. Augustine) ได้พัฒนาและเปลี่ยนแปลงกฎหมายธรรมชาติให้สอดคล้องกับหลักคำสอนในคริสต์ศาสนา โดยนำแนวคิดในเรื่องบาปโดยกำเนิด (Original sin) ของมนุษย์และแนวคิดความเชื่อของคริสต์ศาสนามาแทนที่เหตุผล ในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของจักรวาล กล่าวคือ สถาบันทางสังคมของมนุษย์กำเนิดจากบาปของมนุษย์ที่ไม่เชื่อฟังหลักธรรมคำสั่งสอนของพระเจ้า ดังนั้นมนุษย์จึงมีบาปมาแต่ดั้งเดิมโดยมักจะไม่กระทำความดีโดยสมัครใจ แต่จะต้องมีการบังคับ โดยรัฐเป็นองค์กรที่จะทำหน้าที่ปกป้องสันติภาพและบังคับให้มนุษย์ทำความดี ภายใต้การแนะนำและความคุมของศาสนจักร เนื่องจากศาสนจักรเป็นองค์กรในการทำหน้าที่ไต่ถามให้แก่มนุษย์ จึงมีภาระหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น หรือแม้แต่มกฎหมายธรรมชาติให้สอดคล้องหรือใกล้เคียงกับหลักธรรมคำสั่งสอนของพระเจ้า ด้วยเหตุนี้ศาสนจักรจึงต้องมีอำนาจสูงกว่ารัฐ โดยลักษณะเช่นนี้ เซนต์ ออกุสติน จึงเสนอความคิดว่ากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายศาสนาเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับไม่ได้ และดังนั้นจึงบังคับให้รัฐต้องอยู่ภายใต้อิทธิพลของศาสนา⁴

นักบวชและนักปรัชญาคนสำคัญ ซึ่งเป็นผู้วางรากฐานความคิดทางการเมืองและกฎหมายของสำนักความคิดนี้คนต่อมาก็คือ เซนต์ โทมัส อควินัส (St. Thomas Aquinas) ผู้สร้างงานนิพนธ์ชิ้นสำคัญเรื่อง Summa Theologica ซึ่งเป็นการเชื่อมวิธีคิดแบบเหตุผลนิยม (Rationalism) และเจตนิยม (Voluntarism)⁵ เข้าด้วยกัน โดยนำปรัชญาของอริสโตเติล (Aristotle) มาสังเคราะห์กับปรัชญาทางคริสต์ศาสนา ซึ่งอควินัส ได้เชื่อมโยงเรื่องเหตุผลเข้ากับเจตจำนง (Will) ของพระเจ้า โดยถือว่าเหตุผลที่สมบูรณ์ถูกต้องมากกว่า ซึ่งใช้เป็นเครื่องมือในการค้นหากฎหมายธรรมชาตินั้น ปรากฏอยู่ในเหตุผลของพระเจ้า (Divine Reason) หรือเจตจำนงของพระเจ้า ซึ่งถือว่ามีความบริสุทธิ์ถูกต้องมากกว่าเหตุผลของมนุษย์ ซึ่งอาจมีความผิดพลาดได้ สำหรับอควินัสแล้ว หลักธรรมและโองการหรือเจตจำนงของพระเจ้า คือที่มาของกฎหมายธรรมชาติ (Christian

³ โกวิน พหลกุล. "เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน" มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525, หน้า 14, 21.

(เอกสารอ้างอิง)

⁴ จรัญ โฆษณานันท์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532, หน้า 136.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

Natural Law)⁶ โดยถือว่ารัฐเป็นสถาบันทางสังคมของมนุษย์ที่เกิดขึ้นมาจากธรรมชาติ เนื่องจากความจำเป็นขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่ต้องรวมตัวอยู่กันเป็นชุมชน ดังนั้นรัฐคืออาณาจักรของพระเจ้าที่ยังไม่สมบูรณ์แบบ รัฐจึงมีหน้าที่ทำให้มนุษย์สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างสันติสุขและนำทางให้มนุษย์ประกอบความดีร่วมกัน รัฐจึงมิใช่สิ่งที่ชั่วร้ายอีกต่อไป

1.2. ความยุติธรรมตามธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ

หลักการของกฎหมายธรรมชาติตามแนวคิดในยุคกลาง (ศตวรรษที่ 5-16) ถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายสูงสุดที่จะมีการเปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายบัญญัติของฝ่ายบ้านเมืองไม่ได้ แต่ขณะที่แนวคิดกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 17-18 นั้น เป็นยุคแห่งการอาศัยหลักเหตุผลตามธรรมชาติ เพื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีการใช้หลักเหตุผลตามธรรมชาติวิพากษ์วิจารณ์การกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุผลของชนชั้นผู้ปกครอง ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถืออำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Monarchy) และใช้อำนาจล้นละเมิดสิทธิตามธรรมชาติของชนชั้นผู้ถูกปกครองมากขึ้น

แนวคิดในเรื่องสิทธิ (the concept of rights) จึงเกิดขึ้นจากการต่อสู้เพื่อเสรีภาพของมนุษย์ และในยุคนี้ได้เปลี่ยนแนวคิดจากการให้ความสำคัญแก่ศาสนจักรมาเป็นการให้ความสำคัญแก่ปัจเจกชน (Individual) ซึ่งมีสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์จึงเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอน หรือถูกยกเลิกเพิกถอนได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ ทั้งสิ้น ซึ่งกลายมาเป็นหลักการที่นักปรัชญาทั้งหลายในยุคนี้ได้ยกขึ้นอ้างเป็นหลักในการต่อสู้ปกป้องสิทธิที่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ อาทิ เช่น สิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพ ซึ่งในทางเศรษฐกิจได้มีการยืนยันถึงหลักการสิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

ในบรรดาสิทธิต่าง ๆ กล่าวคือ สิทธิในชีวิต สิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพนั้น จอห์น ล็อก (John Locke) ถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งหมายถึงสิทธิหรือกรรมสิทธิที่ถือครองหรือได้มาโดยผลของการเป็นมนุษย์ สิทธิดังกล่าวมีลักษณะเป็นสิทธิตามธรรมชาติในความหมายที่ว่า ฐานที่มาของสิทธิคือธรรมชาติของมนุษย์นั่นเอง⁷ แนวคิดพื้นฐานเรื่องธรรมชาติของมนุษย์เกิดจากความเชื่อที่ว่า มนุษย์เกิดมาเท่าเทียมกันและพระเจ้าซึ่งเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมา ได้ให้สิทธิบางอย่างแก่มนุษย์อันเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และไม่มีใครอาจล่วงละเมิดได้ สำหรับ ล็อก แล้วกรรมสิทธิจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์มีอยู่ก่อนที่จะเข้ามารวมเป็นสังคม และถือว่าสิทธิหรือกรรมสิทธิในทรัพย์สินจัดว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อย่างหนึ่งที่ล็อก ได้เน้นความสำคัญเป็นพิเศษ ดังนั้นข้อจำกัดที่สำคัญของอำนาจรัฐก็คือ การคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ แนวคิดของ ล็อก ตั้งอยู่บนรากฐานความเชื่อที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีเหตุผล การมีชีวิตในสังคม การกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน หรือการปกครองโดยการใช้อำนาจรัฐเหล่านี้ ย่อมจะต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับหลักเหตุผล ความชอบธรรมของการใช้

⁶ พินัส หักนิยามนท์. "ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ" *ศึกษาร*, ปีที่ 3, (เมษายน 2523), หน้า 51.

⁷ Donnelly, Jack. "Human Rights as Natural Rights" *Human Rights Quarterly*, Vol.4, No.3, Summer (1982), p.391.

อำนาจรัฐในทางปกครองนั้นจะต้องเกิดจากความยินยอมของประชาชนฝ่ายข้างมาก และผู้ที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ในทางปกครองก็จะต้องใช้อำนาจของตนตามที่ประชาชนได้ให้ความยินยอม เพื่อทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคน มิฉะนั้นประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะต่อต้าน หรือปฏิวัติพระราชย์ได้⁸

1.3. สถานะและบทบาทของกฎหมายธรรมชาติ

การปรากฏตัวของกฎหมายธรรมชาติตั้งแต่ยุคโบราณจนถึงยุคปัจจุบัน อาจตีความได้ว่าเป็นการแสดงออก ซึ่งความบังคาลใจของมนุษย์ที่มุ่งมันจะค้นหาหลักการอันสูงส่งสำหรับกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น⁹ วิชาการของปรัชญากฎหมายธรรมชาตินี้จึงเปรียบได้กับประวัติศาสตร์ของมนุษยชาติ ในความพยายามที่จะค้นหาหลักความยุติธรรมที่แท้จริง ในฐานะเป็นหลักอุดมคติของกฎหมาย หรือความพยายามที่จะค้นหาหลักอุดมคติซึ่งจะใช้ประสานความขัดแย้งพื้นฐานในสังคมมนุษย์ อาจกล่าวได้ว่า การกำเนิด การดำรงอยู่ และพัฒนาการของกฎหมายธรรมชาติ แสดงบทบาทที่เปรียบได้กับสัญลักษณ์ของความขัดแย้ง หรือความไม่สมบูรณ์ในสังคมมนุษย์ที่ปรากฏอยู่¹⁰ ซึ่งแสดงออกถึงสองบทบาทในมิติแห่งเงื่อนไขที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประการแรก ในยุคสมัยที่บ้านเมืองวุ่นวายสับสนหรือมีปัญหาเรื่องการใช้อำนาจรัฐอย่างไม่เป็นระบบ จนทำให้ต้องมีการเรียกร้องหรืออ้างอิงกฎหมายอุดมคติขึ้น เพื่อยืนยันต่อรัฐในฐานะผู้ออกกฎหมายและผู้ใช้อำนาจปกครองต่อประชาชน ในแง่กฎหมายธรรมชาตินี้มักถูกนำขึ้นกล่าวอ้างเสมอจากชนชั้นผู้ถูกปกครอง ซึ่งถูกกดขี่ข่มเหง เพื่อการขบถและต่อต้านอำนาจรัฐที่ตนเห็นว่าไม่เป็นธรรม กฎหมายธรรมชาติในบทบาทนี้จึงเป็นเสมือนกฎหมายอุดมคติที่คุ้มครองและคำประกันต่อสิทธิเสรีภาพแก่ปัจเจกชนทั่วไป แต่ในบทบาทประการที่สอง กฎหมายธรรมชาติได้ถูกสร้างขึ้นและใช้เพื่อรองรับความชอบธรรมของการใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงโดยชนชั้นผู้ปกครอง หรือได้ถูกนำมาอ้างเพื่อใช้เป็นเหตุผลสนับสนุนความชอบธรรมในการใช้อำนาจปกครองของรัฐ ดังเช่นการอ้างอำนาจในการตีความกฎหมายธรรมชาติของฝ่ายศาสนจักรในยุคกลาง หรือการอ้างอำนาจของกษัตริย์ว่ามีที่มาจากพระเจ้าและใช้อำนาจนั้นในฐานะตัวแทนของพระเจ้า เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ตลอดประวัติศาสตร์ของกฎหมายธรรมชาติได้ถูกนำมาอ้างเพื่อสนับสนุนความชอบธรรมและเหตุผลของฝ่ายต่าง ๆ เสมอมาทั้งจากชนชั้นผู้ปกครอง และชนชั้นผู้ถูกปกครอง จากบทบาทดังกล่าว กฎหมายธรรมชาตินี้จึงมีลักษณะที่แสดงให้เห็นความแตกต่างที่ตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิงระหว่างข้อสองข้อ กล่าวคือ ข้อปฏิบัติและข้ออนุรักษนิยม¹¹ กฎหมายธรรมชาตินี้ยังคงดำรงอยู่เพื่อเรียกร้องให้มีการถกเถียงถึงบทบาทดังกล่าวเสมอมาจนถึงปัจจุบัน

⁸ บราวท์กัตต์ อูวรดนเอน. กฎหมายมหาชน : วิชาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคเก่า ๆ. หน้า 48.

⁹ พอลส์ ทักเนียนนท์. ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ หน้า 36.

¹⁰ จรัญ โสภณพันธ์. นิติปรัชญา. หน้า 136.

¹¹ Stone, Julius. *Human Law and Human Justice*. Sydney: Maitland Publications, 1966. p.37.

1.4. วิวัฒนาการและอิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติ

วิวัฒนาการของกฎหมายธรรมชาตินับตั้งแต่ยุคกรีกโบราณเป็นต้นมา มีวัตถุประสงค์อยู่สองประการ กล่าวคือ ประการแรก ในระหว่างยุคกรีกโบราณและยุคกลางกฎหมายธรรมชาติถูกใช้เป็นพื้นฐานทางทฤษฎีสำหรับสังคมนางอย่างที่ต้องยอมรับกันโดยไม่มีข้อโต้แย้ง และถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่มนุษย์บัญญัติขึ้น ประการที่สอง กฎหมายธรรมชาติถูกใช้เป็นมาตรฐานสำหรับชี้ให้เห็นความแตกต่างระหว่างกฎหมายบ้านเมืองที่เป็นธรรมกับไม่เป็นธรรม

กล่าวสำหรับทฤษฎีของปรัชญากฎหมายธรรมชาติในยุคปัจจุบัน เป็นการแสวงหามาตรฐานหรือค่านิยมทางสังคมที่มีความเหมาะสมตามกาลเวลาและสถานที่ ซึ่งจะใช้เป็นเครื่องนำทางให้แก่กฎหมายบัญญัติกฎหมายธรรมชาติในยุคปัจจุบันจึงมีใช้หลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว เปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่เป็นมาตรฐานที่มีเนื้อหาสาระเปลี่ยนไปตามความเหมาะสมกับเงื่อนไข และปัจจัยของสังคมในแต่ละยุคสมัย

สำหรับอิทธิพลของกฎหมายธรรมชาติ ได้นำไปสู่การให้ความสำคัญของเนื้อหากฎหมายที่เป็นธรรม และยืนยันว่ามีใช้เพียงอำนาจหรือกำลังเท่านั้นที่เป็นตัวสร้างกฎหมายหรือความถูกต้อง ซึ่งในส่วนนี้เท่ากับเป็นการขีดกฎหมายในลักษณะของความเป็นกลไกต่อต้านเผด็จการหรือการกดขี่ และยังเป็นการสนับสนุนหลักเรื่องความเสมอภาคของบุคคลต่อหน้ากฎหมาย หรือการมีส่วนร่วมในการแก้ไขความบกพร่องของบทลงโทษในกฎหมายอาญา ให้คลายความทารุณโหดเหี้ยม หรือมีมนุษย์ธรรมมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม การต่อสู้เพื่อให้หลุดพ้นจากการกดขี่ข่มเหงจากอำนาจหรือความไม่เป็นธรรมในสังคม โดยอาศัยแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติหรือสิทธิตามธรรมชาตินี้เอง สิ่งก็ตามมาก็คือ เอกสารแห่งการประกาศคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคลที่เป็นลายลักษณ์อักษร และมีความแน่นอนตายตัวนับตั้งแต่ The Bill of Rights. ของอังกฤษเมื่อปี ค.ศ.1689, A Declaration of Rights. ของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ.1776, Declaration of the Rights of Men and Citizens. ของฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 ซึ่งต่อมาได้รับการบัญญัติเป็น UN's Universal Declaration of Human Rights. ในปีค.ศ.1948¹² จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติที่มีหลักการอันสูงส่งและเลื่อนลอยอยู่บนฟ้า ได้กลับกลายเป็นหลักปฏิบัติในวิถีชีวิตของมนุษย์ในสังคม อิทธิพลที่สำคัญของกฎหมายธรรมชาติก็คือ การพัฒนามากฎหมายให้มีความเหมาะสมตามความจำเป็นของสังคมในแต่ละยุคสมัย และเหนือสิ่งอื่นใดกฎหมายธรรมชาติ คือสัญญาลักษณ์แห่งการต่อสู้เพื่อสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคอย่างสมบูรณ์ของมนุษยชาติทั้งหมด

¹² จรัญ โจนธนาบดี. กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เก็บถาวรจาก 2475 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพฯ: กลุ่มประสานงานศาสนาเพื่อสังคม, 2528, หน้า 20.

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ได้ปรากฏแนวคิดที่ชัดเจนและเป็นที่ยกเถียงกันมากนับตั้งแต่การปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ.1789 เป็นต้นมา ในการปฏิวัติดังกล่าวถือได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นสิ่งสำคัญยิ่งสำหรับการปกครองในระบบประชาธิปไตย เพื่อเป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักการเช่นนี้ก็ได้นำมาใช้บ้างในการปฏิวัติของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1776 ซึ่งสืบทอดต่อมาและมีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันด้วย จากหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะก้าวล่วงเข้าไป เพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายระบุให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และสามารถกระทำการภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เท่านั้น

2.1. รากฐานความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

สืบเนื่องจากแนวคิดที่จะป้องกันมิให้ผู้ถืออำนาจบุคคลหนึ่งบุคคลใดถือ และใช้อำนาจทั้งหมด แต่เพียงฝ่ายเดียว จึงก่อให้เกิดหลักการแบ่งแยกอำนาจขึ้น โดยมีรากฐานความคิดที่ว่าหากบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือองค์กรหนึ่งองค์กรใดผูกขาดอำนาจไว้ โดยที่ไม่มีมีองค์กรใด ๆ ในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจนั้น และได้ใช้อำนาจจนเกินขอบเขตเพื่อกดขี่ข่มเหงประชาชนแล้ว ก็จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกกระทบกระเทือนได้ ผลที่ตามมาคือประชาชนย่อมขาดหลักประกัน และความมั่นคงแห่งการดำเนินชีวิตตามปกติในสังคม ดังนั้นเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว ในศตวรรษที่ 18 จึงได้มีการเคลื่อนไหวทางการเมืองเพื่อเรียกร้องเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยการให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง

มงเตสกีเยอ (Montesquieu) เห็นว่าหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นไม่ได้อยู่ที่การปกครองแบบประชาธิปไตย แต่อยู่ที่รูปแบบของรัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด ซึ่งเขามีความเห็นเช่นเดียวกับ ล็อก ที่ว่าบุคคลหนึ่งบุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจ ย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบได้เสมอ ดังนั้นเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ จึงจำเป็นต้องจัดระบบการปกครองในลักษณะที่ให้ผู้ถืออำนาจอีกบุคคลหนึ่ง ถ่วงดุลหรือยับยั้งการใช้อำนาจที่เกินขอบเขตของผู้ถืออำนาจคนอื่น ๆ ได้ การควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบดังกล่าว จึงต้องใช้วิธีการแบ่งแยกอำนาจและตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจในระหว่างผู้ถืออำนาจด้วยกัน สำหรับมงเตสกีเยอแล้วการควบคุมการใช้อำนาจทางการเมืองนั้น จะต้องกระทำโดยการแบ่งแยกอำนาจออกกฎหมายให้อยู่ในอำนาจขององค์กรคนละองค์กร กับองค์กรที่ถืออำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และจะต้องให้องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย แยกเป็นอิสระจากองค์กรที่ทำหน้าที่ออกกฎหมาย และบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ การแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจบริหาร และแยกอำนาจตุลาการออกเสียจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร เมื่อได้มีการแบ่งแยกอำนาจตามหลักการเช่นนี้แล้ว หลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็ย่อมเกิดขึ้นได้

2.2. วิวัฒนาการและอิทธิพลของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

แนวความคิดเรื่องการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจภายในรัฐนั้น มงเตสกีเออ ได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจาก จอห์น ล็อก เป็นอย่างมาก ซึ่งจะเห็นได้จากความเห็นที่เขามีร่วมกันกับ ล็อก ที่ว่าบุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจ ย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบได้เสมอ ซึ่ง ล็อก อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติว่า กฎหมายมีได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาอย่างถาวร และผู้บัญญัติกฎหมายอาจพยายามหลีกเลี่ยงตนเอง เพื่อให้พ้นจากการเชื่อฟังตามกฎหมายที่บัญญัติขึ้น¹³ ซึ่ง มงเตสกีเออ ได้พัฒนาแนวคิดดังกล่าวให้ปรากฏเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนยิ่งขึ้น เกี่ยวกับการถ่วงดุลและการคานอำนาจจนปรากฏเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีอิทธิพลทางความคิดทางการเมืองการปกครองมาจนถึงปัจจุบัน

หลักการแบ่งแยกอำนาจของ มงเตสกีเออ นี้ นับเป็นการเสนอหลักการที่สำคัญยิ่งในทางการเมืองการปกครอง วัตถุประสงค์หลักของหลักการแบ่งแยกอำนาจก็คือ การถ่วงดุลและการคานอำนาจในทางการเมืองการปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการละเมิดอำนาจของรัฐ กล่าวสำหรับอิทธิพลของหลักการแบ่งแยกอำนาจของ มงเตสกีเออ ได้ปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ.1787 ซึ่งนำหลักการแบ่งแยกอำนาจของ มงเตสกีเออ ไปใช้อย่างเคร่งครัดและยังคงมีอิทธิพลมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งได้รับการยอมรับกันอย่างกว้างขวางว่าเป็นรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดหลักการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนฉบับหนึ่ง นอกจากนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจยังมีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ค.ศ.1791 เป็นต้น

3. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

สภาวะสูงสุดของกฎหมายเป็นลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญแตกต่างหรือมีสถานะทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดา ความเป็นกฎหมายสูงสุด (supremacy of law) หมายถึง สภาวะสูงสุดของกฎหมายซึ่งแสดงให้เห็นสถานะของกฎหมายนั้น ๆ ว่าอยู่ในลำดับสูงเหนือกฎหมายอื่นใดทั้งปวง¹⁴ ซึ่งอาจเรียกว่า "ศักดิ์" ของกฎหมายหรือ "ชั้นของกฎหมาย" (hierarchy of law) ก็ได้

3.1. ที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเกี่ยวกับที่มาของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ ได้เริ่มต้นจากความคิดตามธรรมชาติที่ยอมรับและถือว่ากฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) เป็นกฎหมายซึ่งมีสถานะสูงกว่ากฎหมายใด ๆ ทั้งปวง รวมทั้งกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้น และเหนือสิ่งอื่นใดกฎหมายที่มนุษย์บัญญัติขึ้นดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งมีสถานะที่สูงกว่ามิได้ กฎหมายธรรมชาติเกิดขึ้นและดำรงอยู่เพื่อ

¹³ Jennings, Ivor, Sir. *The Law and the Constitution*. London: Hodder and Stoughton Ltd. 1959, p. 20.

¹⁴ วิษณุ เครืองาม. *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530, หน้า 689.

รักษาความเป็นธรรมในสังคม และเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อป้องกันมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ

กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เปลี่ยนแปลงหรือเป็นกฎหมายแห่งจักรวาล กฎหมายธรรมชาติจึงผูกพันต่อทุกชาติ ทุกภาษาตลอดกาล ซึ่งแนวความคิดนี้ เริ่มตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ และได้วิวัฒนาการมาจนถึงแนวคิดสมัยใหม่ในปัจจุบัน

3.2. ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

โดยหลักการแล้ววิธีทางที่จะปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อที่จะป้องกันการใช้อำนาจกดขี่ข่มเหงตามอำเภอใจของรัฐ และเป็นหลักการที่ให้หลักประกันในการมีส่วนร่วมกำหนดเจตนารมณ์ของประชาชน ในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพเพียงใดก็ตาม แต่หากรัฐธรรมนูญซึ่งได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าว อยู่ในสภาวะที่ถูกแก้ไขเพิ่มเติม เปลี่ยนแปลง หรือถูกล่วงละเมิดโดยรัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐได้อยู่ตลอดเวลา และปราศจากวิธีการในการที่จะป้องกันมิให้มีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น ดังนั้นหลักในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหลักประกันในการมีส่วนร่วมกำหนดเจตนารมณ์ของประชาชน ก็คงมีอาจที่จะเกิดขึ้นได้

3.2.1. สถานะของรัฐธรรมนูญ

การที่จะดำรงรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ หลักการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ เพื่อให้คงสภาพแห่งการเป็นหลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่ได้ รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องยอมรับในหลักการว่าด้วยคามมีอยู่ของศักดิ์ของกฎหมาย หรือชั้นของกฎหมาย (hierarchy of law) ที่มีรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะที่สูงหรือเหนือกว่ากฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายใน กฎหมายทั้งปวงไม่ว่าจะมีมาก่อน หรือหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันของความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ที่จะไม่ให้ถูกละเมิดโดยรัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ จึงจำเป็นต้องมีองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่ดูแลรักษารัฐธรรมนูญ และมีอำนาจตรวจสอบ รวมทั้งวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.2.2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยวิธีการพิเศษ

เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั่นเอง ก็ได้ถูกกำหนดให้มีกระบวนการพิเศษที่แตกต่างไปจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา โดยหลักการแล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา ซึ่งสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น (pouvoir constitue) หรือเป็น

อำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ และทราบเท่าที่รัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ยังคงดำรงอยู่เท่านั้น ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจคนละชนิดกันกับอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ซึ่งเป็นอำนาจที่จัดตั้งรัฐธรรมนูญ และดำรงอยู่ได้โดยอิสระไม่ขึ้นกับตัวรัฐธรรมนูญ

3.2.3. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จะเกิดขึ้นไม่ได้เลย หากมีการกระทำที่ขัดหรือแย้ง หรือละเมิดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว โดยเฉพาะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกิดจากรัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยปราศจากองค์กรในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่นนี้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ย่อมเป็นแต่เพียงลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้อย่างสวยงามในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่หาอาจเกิดผลที่แท้จริงในทางปฏิบัติไม่ ดังนั้นเพื่อให้หลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ได้มีผลในทางปฏิบัติที่เป็นจริง จึงต้องมีองค์กรหรือสถาบันที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบและวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีกระบวนการในการควบคุมตรวจสอบและผลของคำวินิจฉัยอย่างเป็นระบบ ซึ่งอาจจะเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรที่ไม่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ หรือการควบคุมตรวจสอบ โดยองค์กรทางการเมือง และการควบคุมตรวจสอบ โดยองค์กรที่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ

4. หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat หรือ L'Etat de Droit หรือ The Rule of Law) หากพิจารณาตามตัวอักษรในเบื้องต้นแล้วอาจหมายถึง หลักแห่งกฎหมาย ซึ่งมีความหมายโดยทั่ว ๆ ไปว่าประชาชนจะต้องเชื่อฟังกฎหมายและถูกปกครองด้วยกฎหมายและหากพิจารณาในแง่ของทฤษฎีการเมืองและกฎหมายแล้ว หลักนิติรัฐอาจหมายถึง การที่รัฐบาลจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมาย และอยู่ภายใต้กฎหมาย กล่าวสำหรับพัฒนาการของหลักนิติรัฐได้เริ่มเกิดขึ้นครั้งแรกในเยอรมัน และได้มีวิวัฒนาการโดยเป็นที่ยอมรับมากขึ้นในอังกฤษตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 และถือเป็นหลักกฎหมายประเพณีของอังกฤษที่ปฏิบัติสืบเนื่องกันมาจนถึงปัจจุบัน ในเยอรมันหลักนิติรัฐหมายถึง รัฐที่การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเสมอ โดยการควบคุมจากอำนาจศาลที่เป็นอิสระไม่ขึ้นอยู่ฝ่ายใด¹⁵ นิติรัฐในความหมายนี้จึงหมายถึง แนวคิดที่มุ่งคุ้มครองปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต่อการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง¹⁶

นิติรัฐ มีเป้าหมายสุดท้ายอยู่ที่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเป็นหลักประกันแห่งความเป็นธรรมภายในรัฐ และภายในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ เช่นนี้การใช้อำนาจ

¹⁵ Zimmerli, H. Christopher. "Human Rights and The Rule of Law in Southern Rhodesia" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.20, (April 1971), pp. 243-244.

¹⁶ ประยูร กาญจนกุล. "นิติรัฐ" *รวมคำแปล, สุทธิกา, ธรรมศาสตร์, คณะวาริชคดี จัดพิมพ์*, 2528, หน้า 20.

รัฐในนิติรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ หรืออาศัยอำนาจตามกฎหมาย และจะต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น นิติรัฐจึงเปรียบเสมือนวิถีการหรือลักษณะของการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม กล่าวคือ เป็นรูปแบบที่จะทำให้เกิดความมั่นคงในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต่อการใช้อำนาจของรัฐ หรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคล มาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย¹⁷

ในสังคมแห่งสิทธิและเสรีภาพภายใต้หลักนิติรัฐที่จะต้องสร้างสรรค์ และดำรงไว้ซึ่งเงื่อนไขที่จะส่งเสริมศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในฐานะปัจเจกชน ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ดังกล่าวไม่เพียงเป็นแต่การยอมรับในสิทธิทางแพ่งและสิทธิในทางการเมืองเท่านั้น แต่หากหมายรวมถึงการสถาปนาเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การศึกษา และวัฒนธรรม ทั้งนี้ในหลักการใหญ่ ๆ ย่อมหมายถึง การละเว้นจากการบัญญัติกฎหมายย้อนหลังที่มีโทษในทางอาญา และการไม่มีการเลือกปฏิบัติในทางกฎหมาย

กล่าวโดยสรุปสาระสำคัญของหลักนิติรัฐแล้ว สืบเนื่องมาจากรากฐานความคิดทางปรัชญาการเมืองของแนวคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่เชื่อมั่นและถือมั่นในคุณค่าและความสามารถที่จะพัฒนาไปสู่คุณค่านั้นได้ด้วยตัวของมนุษย์เองแต่ละคน ถ้าได้รับโอกาสที่จะเลือกวิถีทางในการดำเนินชีวิตของตนไปได้โดยเสรี หลักนิติรัฐจึงเปรียบเสมือนหลักอุดมคติทางกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาขึ้นมา เป็นหลักนำเพื่อคุ้มครองปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยกฎหมายจากทรวาษย์หรือเผด็จการใด ๆ ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐมิให้กระทำการตามอำเภอใจ หลักการดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติธรรม ดังนั้นประชาชนจึงมีสิทธิและเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ โดยเฉพาะสิทธิในการดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรม บทบาทของหลักนิติรัฐจึงเป็นไปเพื่อการรับใช้เป้าหมายเรื่องการบัญญัติกฎหมายที่เป็นธรรมแก่ประชาชน และที่สำคัญคือการส่งเสริมศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ในฐานะปัจเจกชนที่มีความเสมอภาคกันในคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ ซึ่งพึงได้รับการปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นชนชั้นผู้ปกครองหรือชนชั้นผู้ถูกปกครอง

ส่วนที่ 2 อำนาจของศาลยุติธรรมในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

1. ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในนานาประเทศ

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวโดยทั่วไปแล้วจะเกี่ยวกับการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดใช้บังคับไม่ได้เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้มีพัฒนาการมายาวนานในอดีตด้วยเหตุผลทางการเมืองที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ปัญหารากฐานที่รัฐทุกรัฐต้องประสบปัญหาหนึ่งก็คือ ทำอย่างไรจึงจะให้ผู้ปกครองมีอำนาจพอที่จะดำเนินการปกครองไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ และในขณะเดียวกันก็ต้อง

¹⁷ กมธชัย วัฒนเสถารวงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองและอื่น, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, หน้า 92.

ไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนผู้ถูกปกครองด้วย ซึ่งข้อยุติของปัญหานี้เท่าที่รัฐต่าง ๆ ได้ค้นหา หรือได้มาก็คือ รัฐธรรมนูญ¹⁸ ซึ่งบัญญัติวางหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) โดยให้มีองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระแยกออกจากกันในการทำหน้าที่ อันมีลักษณะเป็นทั้งการให้และการจำกัดอำนาจรัฐในขณะเดียวกัน ทั้งนี้โดยการทำหน้าที่ให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ (The supreme law of the land) การกระทำต่าง ๆ ของรัฐจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ ซึ่งกฎหมายธรรมดาที่ออกมาใช้บังคับจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายนี้ไม่ได้ สำหรับปัญหาที่ว่า จะให้องค์กรใดเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจหน้าที่ ในการควบคุมมิให้การกระทำของรัฐขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การธำรงไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ๆ กล่าวโดยทั่วไปแล้ว นิยมแบ่งการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ออกเป็นสองระบบ คือ¹⁹

- ระบบกระจายอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ
- ระบบรวมอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

1.1. ระบบกระจายอำนาจ (Decentralized System) ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากการยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จึงมีความเห็นกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายธรรมดาที่ออกมาจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยที่ในการใช้บังคับกฎหมายกับคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น และอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ศาลต่าง ๆ อยู่ในภาวะที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ที่จะต้องพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญบ้าง ตามระบบนี้เป็นระบบที่ให้อำนาจในการควบคุมความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ แก่ศาลทุกศาล ซึ่งอาจเรียกได้อีกแบบหนึ่งว่า ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบสหรัฐอเมริกา โดยมีลักษณะการกระจายอำนาจไปให้แก่องค์กรฝ่ายตุลาการ ในศาลยุติธรรมทุกศาล กล่าวคือ องค์กรศาลทุกศาล มีอำนาจในการพิจารณาปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ตามโอกาสแห่งการพิจารณาคดีปกติ²⁰

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรศาลยุติธรรม ซึ่งวินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นอย่างเด่นชัดเป็นครั้งแรกในคดี มาร์เบอร์รี่ และ แมดิสัน (Marbury v. Madison) ในปี ค.ศ.1803 กรณีดังกล่าว ศาลสูงสุด (U.S. Supreme Court) แห่งสหรัฐ

¹⁸ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ *นิติศาสตร์*, ปีที่ 10, (2522), หน้า 523.

¹⁹ วิจิตรา หึงส์คิตา, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523, หน้า 82.

²⁰ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ *กฎหมายปกครอง*, เล่ม 1, ตอน 2, (สิงหาคม 2525), หน้า 379.

อเมริกาได้วินิจฉัยว่า กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญต้องเป็นโมฆะโดยไม่มีสภาพเป็นกฎหมายมาแต่เริ่มแรก โดยจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ได้ให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายของสภาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะ เมื่อทุกองค์การต้องเคารพความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีพันธะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกัน กรณีเป็นหน้าที่ขององค์การศาลที่จะพิจารณาว่ากฎหมายเป็นอย่างไร ดังนั้นในการใช้กฎหมายศาลจึงพิพากษาแสดงว่ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบกระจายอำนาจ โดยมีสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบดังกล่าวนี้ได้มีประเทศต่างๆ ที่เคยเป็นอาณานิคมของอังกฤษมาก่อน อาทิเช่น แคนาดา ออสเตรเลีย และอินเดีย ได้รับเอาไปใช้ก่อนประเทศอื่น ๆ สำหรับญี่ปุ่น ได้รับเอาระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบกระจายอำนาจมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ.1947 หรือแม้กระทั่งระบบการพิจารณาคอร์ตตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ ในยุโรปบางประเทศ ก็มีรูปแบบที่คล้ายคลึงกับระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบกระจายอำนาจ เช่น เดนมาร์ก นอร์เวย์ และสวีเดน²¹

1.2. ระบบรวมอำนาจ (Centralized System) ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ที่จะต้องมีการจัดตั้งองค์กรเพื่อวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ ในระบบนี้เป็นระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรเฉพาะเพียงองค์กรเดียวซึ่งได้รับการจัดตั้งให้เป็นองค์กรพิเศษในการวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญระบบนี้ได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรีย ค.ศ.1920²² ซึ่งอาจเรียกได้อีกแบบหนึ่งว่า ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบออสเตรีย ซึ่งสืบเนื่องมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) ในภาคพื้นทวีปยุโรปที่มีความเข้มงวดในหลักการดังกล่าวสูงกว่าในสหรัฐอเมริกา²³ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรตุลาการ โดยมีแนวคิดว่าการที่ศาลตีความกฎหมายและพิพากษาให้กฎหมายเป็นโมฆะนั้น เป็นการกระทำทางการเมือง (political act) ซึ่งเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ และอยู่นอกขอบเขตขององค์กรตุลาการ

ในระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแบบรวมอำนาจนี้ มีความเห็นว่าการให้ศาลธรรมดามีอำนาจวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องสำคัญใน

²¹ วรพจน์ วิเศษพิชญ์, การพิจารณาคอร์ตตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ หน้า 544-545.

²² วิจิตรา พุ่มศักดิ์, ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ, หน้า 82.

²³ Cappelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, New York/Indianapolis Bobbe-Merrill, 1971, p.54.

ระดับประเทศ การให้ศาลทุกระดับวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนจากคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ประกอบกับความรู้ความสามารถและทัศนคติของผู้พิพากษาในแต่ละศาลมีความแตกต่างกันมาก จึงเห็นควรจัดตั้งองค์กรพิเศษเฉพาะเพียงองค์กรเดียวที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญโดยตรงในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และระบบการปกครองประเทศ โดยกำหนดให้องค์กรพิเศษที่จัดตั้งขึ้นโดยเฉพาะนี้มีอำนาจชี้ขาดปัญหาดังกล่าว และสามารถที่จะพิพากษาให้เพิกถอนบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้โดยตรง และมีผลเป็นการทั่วไปที่จะผูกพันทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ

ระบบนี้มีที่นับเป็นครั้งแรกในประเทศออสเตรเลีย เมื่อปี ค.ศ.1920 และมีการยอมรับกันอย่างแพร่หลาย โดยการนำไปใช้ในหลาย ๆ ประเทศ อาทิเช่น สเปน อิตาลี ฝรั่งเศส และเยอรมัน เป็นต้น องค์กรพิเศษนี้อาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันโดยเรียกกันว่าศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัจจุบันองค์กรพิเศษดังกล่าวได้กลายสภาพเป็นศาลสูงสุดในคดีรัฐธรรมนูญไปโดยปริยาย ส่วนศาลอื่น ๆ ก็คงมีเขตอำนาจของตนต่อไป ตราบเท่าที่มีข้อปัญหาในคดีรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กลายเป็นองค์กรในการยับยั้งการปะทะกันระหว่างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อีกด้วย

2. องค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

2.1. ศาลยุติธรรม

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการกระจายอำนาจในการควบคุมไปยังองค์กรตุลาการโดยทั่ว ๆ ไปนี้ องค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยตามปกติก็คือ ศาลยุติธรรม ที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาในคดีแพ่งและคดีอาญาอยู่ตามปกติไม่ว่าจะอยู่ในลำดับขั้นต้น หรือชั้นอุทธรณ์ฎีกาตามกระบวนการพิจารณาความ ซึ่งล้วนแต่มีความชอบธรรมที่จะใช้อำนาจควบคุมกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น²⁴ และมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยชอบ โดยอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ซึ่งศาลยุติธรรมต่าง ๆ มีอำนาจและความชอบธรรมในการวินิจฉัยชี้ขาดได้ โดยเท่าเทียมกันทั้งสิ้น

กล่าวสำหรับ องค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย ตามเจตนารมณ์ของประชาชนแล้ว กลับได้บัญญัติกฎหมายอันมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ย่อมเป็นการแสดงเจตนาที่เกินไปจากขอบเขตแห่งอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากประชาชน ดังนั้นองค์กรตุลาการโดยศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตีความกฎหมาย และใช้บทบัญญัติของกฎหมายในการปรับแก้คดีที่เกิดขึ้น ศาลยุติธรรมก็ย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่าการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือ

²⁴ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 120.

แย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง และศาลยุติธรรมก็เป็นองค์กรที่เหมาะสมในการใช้อำนาจดังกล่าว สืบเนื่องจากมีความเป็นอิสระและปราศจากการใช้อำนาจแทรกแซง โดยองค์กรใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรแรก ที่มีบทบาทในระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ²⁶ โดยถือว่าเป็นองค์กรแรกที่มีอำนาจเป็นหลักมาแต่ดั้งเดิม²⁶ ที่เริ่มก่อตั้งระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การที่ศาลยุติธรรมได้อำนาจในการเข้ามาวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการอ้างกระบวนการแห่งความยุติธรรม เพื่อปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อำนาจดังกล่าวนี้หากพิจารณาจากมิติในทางประวัติศาสตร์แล้ว จะเห็นได้ว่าอำนาจในการพิจารณาและตัดสินข้อพิพาทต่าง ๆ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตุลาการนั้นได้เกิดขึ้นก่อนอำนาจอื่น ๆ ตั้งแต่สมัยที่กฎเกณฑ์ในการใช้บังคับแก่สังคมยังไม่มีกำหนดที่ชัดเจน โดยในอังกฤษในสมัยกลางก็มีการให้อำนาจแก่ศาลยุติธรรมตีความกฎหมาย และใช้บังคับกฎหมายได้โดยอิสระ ซึ่งในศตวรรษที่ 17 เซอร์ เอ็ดเวิร์ด ค็อก (Sir Edward Coke) ประธานตุลาการในศาลหลวง (King's Bench)²⁷ และผู้พิพากษาคนอื่น ๆ ก็ได้อ้างสิทธิและอำนาจของศาลยุติธรรมในการตีความ การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ โดยอาศัยคอมมอน ลอว์ (Common Law) เป็นรากฐานในการตีความกฎหมายดังกล่าว²⁸ ปรากฏการณ์ทั้งศตวรรษที่ 18 ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงได้รับการพัฒนาอย่างเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา จอห์น มาร์แชล ในคดีระหว่าง มาร์เบอร์ และแมตสัน ในปี ค.ศ.1803 ซึ่งนอกจากจะเป็นที่มาของการสถาปนาระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรมขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกแล้ว ก็ยังคงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมที่สนับสนุนให้อำนาจของศาลยุติธรรมดังกล่าวนี้ ดำรงอยู่ได้และมีอิทธิพลอยู่ในสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศในปัจจุบันอีกด้วย

2.2. รัฐสภา

แนวคิดที่กำหนดให้อำนาจแก่รัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นจากการอ้างเหตุผลที่ว่า รัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้แทนในการแสดงเจตนาของประชาชนและมีหน้าที่จัดทำหรือบัญญัติกฎหมาย ดังนั้นย่อมจะทราบได้ดีว่ากฎหมายฉบับใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่เหตุผลที่กล่าวอ้างเช่นนี้ยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอ กล่าวคือ หากรัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติทราบว่าในร่างกฎหมายฉบับใดมีข้อความขัดหรือ

²⁶ Cappellotti, Mauro. *Judicial Review in the Contemporary World*. pp. 35-36.

²⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, หน้า 288.

²⁷ บริติช เกซเนทท์. ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง. กรุงเทพฯ: วิวัฒนาการ, 2538, หน้า 82.

²⁸ Friedrich, Carl J. *Constitutional Government and Democracy*. Boston: Ginn and Company Founded. 1950, p.222.

แย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็คงจะไม่ยอมให้กฎหมายดังกล่าวผ่านสภาออกมาบังคับใช้กับประชาชนเป็นแน่ และปัญหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็คงไม่เกิดขึ้นให้ต้องมาวินิจฉัยกันอย่างแน่นอน

อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศที่กำหนดให้รัฐสภาหรือองค์กรนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น สหภาพอัฟริกาใต้ ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดให้สภานิติบัญญัติทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุด สำหรับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไปรตุเกสตามรัฐธรรมนูญได้สงวนสิทธิในการตีความไว้ให้แก่รัฐสภา สำหรับเบลเยียม ถือว่ากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติจะเป็นกฎหมายที่ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจึงถือเป็นหลักปฏิบัติว่าศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายในกรณีดังกล่าว และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งถือว่าการที่สมาชิกสภานิติบัญญัติปฏิบัติตนว่าจะจะซื่อสัตย์และรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้สมาชิกสภานิติบัญญัติมีหน้าที่จะต้องระมัดระวังไม่จัดทำกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ²⁹ แต่สำหรับอังกฤษ ซึ่งไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ แต่ถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) รัฐสภาจึงเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตราหรือบัญญัติกฎหมายของประเทศ อำนาจตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษไม่มีขอบเขตจำกัดและไม้อาจถูกจำกัดโดยกฎหมายใด ๆ ดังนั้นศาลยุติธรรมจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่า กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้น เป็นกฎหมายที่ขัดกับกฎหมายที่มีค่าเป็นรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลใช้บังคับ และไม่อำนาจวินิจฉัยถึงความสมบูรณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น³⁰ กรณีจึงถือว่ากฎหมายเมื่อผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาแล้วถือว่าใช้บังคับได้เสมอ นอกจากรัฐสภาจะมีการบัญญัติกฎหมายในภายหลังเพื่อยกเลิกกฎหมายที่มีมาก่อน³¹ แต่การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ของประเทศในค่ายคอมมิวนิสต์นั้น โดยปกติกลุ่มประเทศเหล่านี้ มิได้มีการสร้างองค์กรหรือกลไกในการตรวจสอบว่ามีการออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในสหภาพโซเวียต บุลกาเรีย โปแลนด์ รุมาเนีย เชคโกสโลวาเกีย ต่างถือว่าสภานิติบัญญัติเป็นสถาบันสูงสุดของประเทศและไม่ยินยอมให้สถาบันอื่นใดมีอำนาจวินิจฉัยความถูกต้องของการปฏิบัติหน้าที่ของสภานิติบัญญัติ และต้องถือว่าการปฏิบัติหน้าที่ของสภานิติบัญญัติของประเทศในค่ายคอมมิวนิสต์นั้น ขอบด้วยกฎหมายทุกประการ³²

2.3. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

สืบเนื่องจากแนวคิดของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) ซึ่งเห็นว่าการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้น โดยการกระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายไปยังองค์กรศาลยุติธรรมต่าง ๆ ทุกศาล ภายใต้การตีความรัฐธรรมนูญ โดยการเปิดช่องให้มี

²⁹ วิจิตรา พึ่งศักดิ์ตา. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ. หน้า 83-84.

³⁰ สมภาพ โทระกิตย์. การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ *นิติศาสตร์*. เล่ม 2, ตอน 1, (มิถุนายน 2513), หน้า 3.

³¹ วิษณุ เกรืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 880.

³² Cappelletti, Mauro. *Judicial Review in the Contemporary World*, p. 10. และ สมภาพ โทระกิตย์. การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ หน้า 4.

การพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นเช่นเดียวกับในสหรัฐอเมริกาและในประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอร์ นั้น เป็นระบบที่ออสเทรีย ไม่สามารถลอกเลียนแบบเพื่อนำมาปรับใช้แก่ประเทศของตนได้ ด้วยเหตุที่ว่าออสเทรียมีระบบศาลและระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากประเทศเหล่านั้น จึงไม่อาจนำมาปรับใช้แก่กันได้นั่นเอง ประกอบกับการวินิจฉัยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมนั้น ย่อมเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของ มงเตสกิเออ ที่ว่าอำนาจรัฐจะต้องถูกแบ่งแยกออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และจะต้องมอบหมายอำนาจแต่ละอำนาจให้องค์กรซึ่งแตกต่างกัน และเป็นอิสระจากกันเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และจากแนวคิดดังกล่าวได้เริ่มขยายตัวไปสู่การควบคุมกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรทางการเมือง ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายที่ผ่านกระบวนการพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติมาแล้วดังนั้นจึงไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใดองค์กรหนึ่งในสามองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย แม้ว่าอำนาจดั้งเดิมในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมก็ตามแต่เนื่องจากเหตุผลที่ว่าองค์กรนิติบัญญัติประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และการที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายออกมาเพื่อบังคับใช้ในสังคมนั้น ก็เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของประชาชน จึงทำให้มีแนวคิดที่ว่า ควรจะให้องค์กรใดมีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งการที่จะให้องค์กรนิติบัญญัติวินิจฉัยเองก็เกรงว่าจะเกิดความไม่เป็นธรรม โดยอาจวินิจฉัยเข้าข้างฝ่ายตนเองก็ได้ หรือกรณีที่มีวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งองค์กรนิติบัญญัติผ่านการพิจารณาเพื่อใช้บังคับนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะเป็นการประจานการปฏิบัติหน้าที่อันบกพร่องของตนเองได้

ดังนั้น ในออสเตรีย เยอรมัน ฝรั่งเศส และอีกในหลาย ๆ ประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรป จึงมีแนวคิดในการสร้าง และกำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยประสงค์ที่จะให้เป็นส่วนสำคัญของเครื่องมือแห่งรัฐ เพื่อดำรงสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในการเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปแบบของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ และยังคงใช้กันตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

3. ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

นับตั้งแต่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2475 จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นระบอบการปกครองที่มีรากฐานแห่งอำนาจมาจากประชาชน และการดำเนินการปกครองโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติและข้อจำกัดซึ่งได้บัญญัติไว้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่มุ่งหมายจะให้ใช้บังคับเป็นการถาวรแล้ว ล้วนแต่ได้นำเอาหลักนิติรัฐและหลักการแห่งประชาธิปไตยซึ่งเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญในการจัดองค์กรของรัฐเสรีประชาธิปไตยมาบัญญัติรองรับไว้อย่างครบถ้วนเพื่อให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการป้องกันมิให้รัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว เช่นนี้ รัฐธรรมนูญ

จึงต้องได้รับการคุ้มครองมิให้มีการกระทำที่เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ ผลที่ตามมาคือความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมกฎหมายและการกระทำใด ๆ เพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศไทย

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ เป็นกฎหมายที่ได้รับการกำหนดไว้ในสถานะที่สูงสุดอยู่เหนือบทบัญญัติแห่งกฎหมายธรรมดาทั้งปวง และการกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่ได้บัญญัติหรือได้กระทำลงโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น โดยรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับก็ได้กำหนดหลักประกันให้กับสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นนี้ไว้ด้วย กล่าวสำหรับในระยะเริ่มแรกนั้นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นถึงความจำเป็น และความสำคัญของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพื่อรักษาและคุ้มครองมิให้รัฐธรรมนูญฉบับแรกถูกละเมิด ซึ่งปรากฏตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ.2475 มาตรา 31 วรรคสอง บัญญัติว่า "สิ่งใดซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมาการราษฎร หรือกระทำไปโดยธรรมนูญไม่อนุญาตให้ทำได้ ให้ถือว่าการนั้นเป็นโมฆะ" บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังปรากฏถ้อยคำที่ยังไม่ชัดเจนนัก ทั้งยังไม่ปรากฏเป็นการชัดเจนว่าคำว่า "สิ่งใด" ในมาตราดังกล่าวหมายถึง สิ่งใดบ้างและมีความหมายกินความไปถึงอะไรบ้าง แต่ทั้งนี้ในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาก็ได้มีบทบัญญัติที่มีข้อความที่ชัดเจนยิ่งขึ้น กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 มาตรา 61 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแย้งรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ" และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 มาตรา 87 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้" ซึ่งบทบัญญัตินี้เหมือนกันนี้ ก็ได้รับการบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในฉบับต่าง ๆ ตลอดมา³³

อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ.2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ซึ่งรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ มิได้มีฉบับใดที่บัญญัติถึงวิธีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดไว้แต่อย่างใดและที่สำคัญคือมิได้มีการกำหนดถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ ปรากฏกระทั่งสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ยุติลงและได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ.2488 เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2488 องค์กรศาลยุติธรรมก็ได้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ศาลยุติธรรมจึงเป็นองค์กรแรกในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหานี้ แต่กรณีก็มีเป็นไปโดยราบรื่นนักเนื่องจากกรณีที่ศาลยุติธรรมได้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหานั้น ได้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้นระหว่างองค์กรตุลาการโดยศาลยุติธรรมกับองค์กรนิติบัญญัติโดยรัฐสภา ดังนั้นเพื่อให้การธำรงรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงในระบอบการปกครองของประเทศ ผลที่ตามมาจากการนี้คือได้มีการจัดตั้งสถาบันทางการเมืองที่มีความเป็นกลางขึ้นโดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยปัญหานี้โดยเฉพาะ และได้บัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 มาตรา 88 บัญญัติว่า "ในการที่ศาล

³³ โปรดดู รัฐธรรมนูญฯ 2480 มาตรา 95, รัฐธรรมนูญฯ 2482 มาตรา 178, รัฐธรรมนูญฯ 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2485 มาตรา 113, รัฐธรรมนูญฯ 2511 มาตรา 174, รัฐธรรมนูญฯ 2517 มาตรา 8, รัฐธรรมนูญฯ 2521 มาตรา 5 และรัฐธรรมนูญฯ 2534 มาตรา 5

จะใช้บทกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 87 ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นไว้ชั่วคราวแล้วรายงานความเห็นเช่นนั้นตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ให้แจ้งให้ศาลทราบ” ส่วนมาตรา 88 วรรคสอง บัญญัติว่า “คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด และให้ศาลปฏิบัติตามนั้น” ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติถึง องค์การผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ นั้นเอง³⁴

อนึ่งเมื่อพิจารณาถึง “องค์กร” ในการพิจารณาวินิจฉัยกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยแล้ว ก็จะพบว่ามีการอ้างอำนาจขององค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวต่าง ๆ กัน ดังนี้

3.1. ศาลยุติธรรม

สำหรับประเทศไทยแล้ว ในรัฐธรรมนูญฉบับมิได้มีบทบัญญัติที่ปรากฏแน่ชัดในการกำหนดว่าองค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมก็มักจะอ้างอำนาจในการวินิจฉัยดังกล่าวเสมอมา กล่าวคือ ในสมัยที่ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 ศาลยุติธรรมได้อ้างอำนาจในการวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยอาศัย มาตรา 58 และ 60 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 456/2478 ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การวินิจฉัยกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรม ได้รับการยืนยันอีกครั้งหนึ่ง เมื่อศาลฎีกาได้มีคำตัดสินในคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดและความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมากขึ้นในประเทศไทย จึงเป็นที่เห็นได้ว่าองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรผู้มีอำนาจดั้งเดิม สำหรับประเทศไทยแล้ว อาจกล่าวได้ว่าองค์กรดังกล่าวคือ องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม

3.2. รัฐสภา

การวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยรัฐสภานั้นปรากฏให้เห็นน้อยมาก ส่วนใหญ่รัฐสภามักจะใช้อำนาจวินิจฉัยในขณะที่ยังไม่ผ่านร่างกฎหมายหรือในขณะที่รัฐสภากำลังพิจารณากฎหมาย อาทิเช่น การประชุมรัฐสภา ครั้งที่ 2/2512 เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2512 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติควบคุมค่าเช่าเคหะและที่ดิน กับพระราชบัญญัติควบคุมอัตราค่าเช่าเคหะและที่ดิน ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 มาตรา 121 หรือไม่ ซึ่งที่ประชุมได้ลงมติว่า พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ และที่ประชุมก็ได้มีการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในเวลาต่อมาเพื่อมิให้ขัดต่อรัฐ

³⁴ วิจิตร ทึ่งศักดิ์. ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายรัฐธรรมนูญ. หน้า 158.

ธรรมนูญและนอกจากนี้ยังมีกรณีให้รัฐสภาได้ตีความโดยลงมติว่า ข้อบังคับการประชุมปรึกษาของสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2513 ข้อ 30 ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 มาตรา 125, 126, 127 และ 128 ในการประชุมรัฐสภาครั้งที่ 1/2513 เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2513 และครั้งที่ 2/2513 เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2513 ตามลำดับ

แต่หากพิจารณาจากมิติในแง่สายลักษณะอักษรของรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญของไทยเกือบทุกฉบับ มักจะมีบทบัญญัติในการกำหนดให้สิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญแก่องค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งมักจะมีข้อความไปในทำนองเดียวกันว่า “รัฐสภาทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญนี้” เสมอ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 มาตรา 62, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 86, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 มาตรา 94, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 มาตรา 177, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 มาตรา 112, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 มาตรา 173 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517 มาตรา 163 เป็นต้น ส่วนในรัฐธรรมนูญไทยสามฉบับ ซึ่งส่วนใหญ่มักปรากฏในรูปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรในระหว่างที่คณะปฏิวัติรัฐประหารต่าง ๆ ได้ทำการยึดอำนาจการปกครองแล้วมีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไปพรากก่อน เพื่อที่จะรอให้มีการร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อไป ซึ่งในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรนี้เองที่คณะปฏิวัติรัฐประหาร มักจะสงวนอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญนี้ไว้แก่รัฐสภา หรือนัยหนึ่งคือสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสมอ โดยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดว่าการกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งได้แก่ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2515 มาตรา 23 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2520 มาตรา 31 และล่าสุดคือธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2534 มาตรา 31 โดยทั้งสามฉบับมีบทบัญญัติอย่างเดียวกันว่า “ในกรณีที่มีปัญหาว่าการกระทำหรือการปฏิบัติใดขัดหรือแย้ง หรือไม่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด” สำหรับบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้หากทำให้เข้าใจได้ว่า ไม่ได้เป็นการกำหนดมาตรการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นการกำหนดมาตรการในการควบคุมการกิจการ (การกระทำหรือการปฏิบัติ) ซึ่งเป็นผลจากการกระทำของฝ่ายบริหาร เช่น การวินิจฉัยว่านายกรัฐมนตรีสั่งการตาม มาตรา 27 ถูกต้องหรือไม่ เป็นต้น

3.3. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคือ องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยมีลักษณะเป็นองค์กรหรือศาลทางการเมือง ซึ่งสืบเนื่องมาจากการมีอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเมือง ด้วยความต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างองค์กรนิติบัญญัติกับ

องค์การตุลาการ จึงทำให้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นในรัฐธรรมนูญ เพื่อให้มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะ ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้มีการจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 มาตรา 88 กล่าวคือ เมื่อศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ให้ศาลรอการพิจารณาคดีพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และให้ศาลส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อ พิจารณาวินิจฉัยเสียก่อน ส่วนปัญหาที่เกี่ยวกับศาลในกรณีที่จะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบังคับแก่คดีใด ๆ นั้น ศาลยังคงมีอิสระเสมอในกรณีดังกล่าว สำหรับเหตุผลในการก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็โดยเหตุที่ การวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ควรจะให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือ องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัย เพราะจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ซึ่งกันและกันอันเป็น การขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้นจึงควรจัดให้มีองค์กรที่เป็นอิสระและเป็นกลางในการทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว

4. ความเป็นมาของการควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

หากพิจารณาจากองค์กรผู้มีอำนาจ ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยแล้ว อาจจะได้เห็นว่าประเทศไทยได้มีการระบบการควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยใช้ทั้งระบบการกระจายอำนาจโดยกำหนดให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม และระบบการรวมอำนาจโดยกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว

เริ่มจากระบบกระจายอำนาจ ในการควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการอ้างอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งได้อ้างอำนาจวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว เมื่อปี พ.ศ.2478 ในคำพิพากษาคดีที่ 456/2478 โดยการให้เหตุผลว่า การพิจารณาคดีพิพากษารรคคดีเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมโดยเฉพาะ และโดยเหตุที่ศาลมีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีพิพากษารรคคดี ซึ่งสามารถก่อให้เกิดความเป็นธรรมได้ ปรากฏตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 มาตรา 58 และ60 โดยในคดีดังกล่าวมีประเด็นที่ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่า กฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 104 ตามที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญา พ.ศ.2470 ขัดหรือแย้งกับวิธีแห่งรัฐธรรมนูญย่อมต้องเป็นโมฆะ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 บัญญัติว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่อรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ" แต่ปรากฏว่าศาลฎีกาในคดีนี้ ได้พิพากษาคลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ผลที่ตามมาจึงทำให้การอ้างอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรม ไม่ประสบความสำเร็จอย่างเด่นชัดนัก ประกอบกับในคดีดังกล่าวยังไม่สามารถก่อให้เกิดผลสะท้อนในทางการเมือง การปกครองของประเทศไทยในขณะนั้น และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจต่อปัญหานี้เท่าที่ควรนัก

ปัญหาเกี่ยวกับระบบการควบคุมกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลยุติธรรม ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ทั้งจากนักวิชาการด้านกฎหมายและนักการเมือง เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ.2489 ในคดี

เกี่ยวกับการฟ้องให้ลงโทษบุคคลผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตาม พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ.2488 ขึ้น โดยศาลฎีกาได้ตัดสินตามคำพิพากษาศาลฎีกาอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 โดยมีประเด็นหลักในการวินิจฉัยว่า ในเมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดว่าใครเป็นผู้มีอำนาจแสดงว่ากฎหมายซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นโมฆะได้ ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจที่จะชี้ขาดกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าเป็นโมฆะ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ได้ ดังนั้นจึงเป็นที่เห็นได้ว่ากำเนิดและรากฐานที่แท้จริงขององค์กรผู้ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นคือ องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมนั่นเอง

5. กำเนิดและฐานที่มาของศาลยุติธรรมในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การกล่าวอ้างอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เกิดขึ้นครั้งแรกในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 456/2478 ซึ่งเป็นการอ้างอำนาจในการวินิจฉัยโดยศาลอุทธรณ์

ตราบกระทั่ง ศาลฎีกาได้อ้างอำนาจในการวินิจฉัยปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกครั้งหนึ่ง โดยคำพิพากษาศาลฎีกาอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าในคดีนี้ เป็นกำเนิดและเป็นการวางรากฐานแห่งที่มาของอำนาจศาลยุติธรรม ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้วางรากฐานให้กับหลักการสำคัญที่ได้ก่อตัวขึ้นมา ซึ่งกลายเป็นบรรทัดฐานให้กับผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ในฐานะองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม ซึ่งได้ถือปฏิบัติสืบเนื่องกันมาโดยตลอด

ทั้งนี้ สืบเนื่องจากในปี พ.ศ.2488 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พ.ศ. 2488 เมื่อวันที่ 8 ตุลาคม 2488³⁶ และได้มีการจับกุมบุคคลหลายคนมาดำเนินคดีเพื่อลงโทษตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งทำให้มีปัญหาเกิดขึ้นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติให้ลงโทษการกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติด้วยนั้น จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะหรือไม่และปัญหาคือองค์กรใดจะเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้กำหนดเกี่ยวกับองค์กรผู้ที่มีอำนาจไว้แต่อย่างใด

หากแต่ศาลยุติธรรม ก็ได้อ้างอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรแรกว่า ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุผล 3 ประการ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ดังต่อไปนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 58 ฉะนั้น การที่จะดูว่าอะไรเป็นกฎหมายคือ เป็นกฎหมายที่ใช้ได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาล เพราะถ้าศาลไม่มีอำนาจดู ศาลก็ย่อมไม่รู้ว่าจะอะไรเป็นกฎหมายหรือไม่เป็น และศาลจะดำเนินการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายได้อย่างไร ประการที่สอง การ

³⁶ วิชา มหากุณ. ศาลยุติธรรมและการพิพากษาคดี. กรุงเทพฯ:วิมุก 21 สันปฐ จำกัด, 2538, หน้า 103.

ปกครองระบอบรัฐธรรมนูญของเรา แบ่งอำนาจเป็น 3 ประเภทคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ละอำนาวย่อมมีอำนาจยังและกำกับเป็นการควบคุมกันอยู่ ซึ่งเป็นหลักประกันในความมั่นคง เมื่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีอำนาจทางนิติบัญญัติออกกฎหมายมาแล้ว ศาลซึ่งมีอำนาจทางฝ่ายตุลาการต้องปฏิบัติตามไม่ว่าศาลจะเห็นว่ากฎหมายนั้นสมควรหรือไม่ก็ตามแต่ในขณะเดียวกัน ถ้าสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลก็มีอำนาจแสดงความไม่ถูกต้องนั้นได้ เหตุผลประการสุดท้ายก็คือ เมื่อมีรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ไว้แล้ว เช่นนี้ก็ต้องมีผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ มิฉะนั้นมาตรา 61 นี้ ก็จะไม่มียุทธศาสตร์ กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรออกมาเอง จะกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรชี้ขาดว่า เป็นกฎหมายดีหรือไม่อย่างไรได้ จะว่าทางฝ่ายบริหารมีอำนาจชี้ที่ไม่ได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร เช่นนี้ใครเล่าจะมีอำนาจนอกจากศาล ศาลเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรมเป็นการบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน บุคคลทั้งหลายย่อมหวังในความยุติธรรมของศาลเป็นที่ตั้ง และก็เมื่อมีบทกฎหมายอันออกมาดีแต่เสรีภาพ และขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ จะไม่ให้ศาลมีอำนาจแสดง เพื่อให้ความยุติธรรมแก่บุคคลผู้เกี่ยวข้องหรือทางศาลไม่ประสงค์ จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของทางฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ก็ไม่มีความหวังจะหลีกเลี่ยงได้ในกรณีเช่นนี้

เหตุผลจากคำพิพากษาของศาลฎีกาทั้ง 3 ประการข้างต้น เป็นไปทำนองเดียวกันกับคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ในคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมดิสัน เมื่อปี ค.ศ.1803 (พ.ศ.2346) ซึ่งประธานศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา จอห์น มาร์แชล ในขณะนั้น ได้ยืนยันว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาย่อมเป็น "โมฆะ" และในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ก็มีได้มีบทบัญญัติให้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหานี้ตกแก่องค์กรของรัฐองค์กรใดเป็นพิเศษไม่ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475³⁶

ในคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 นี้ ศาลฎีกาเห็นว่าอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ และการพิจารณาวินิจฉัยว่าบทกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ย่อมเป็นอำนาจของศาล แม้

³⁶ โภคิน พลกุล, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 48.

จะมีบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 62 บัญญัติว่า “ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ก็ตาม แต่ศาลฎีกาเห็นว่าบทบัญญัติของมาตราดังกล่าว ไม่เป็นการตัดอำนาจของศาลยุติธรรมในการตีความรัฐธรรมนูญ และพิจารณาวินิจฉัยในปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด

และจากหลักการดังกล่าวนี้เอง เมื่อมีกรณีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่นำมาปรับใช้ บังคับแก่คดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลยุติธรรมไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นใดก็ตาม ต่างยืนยันไปในทิศทางเดียวกันว่า ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรตุลาการ ย่อมมีอำนาจอันชอบธรรมในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาดังกล่าวจะตกไปอยู่แก่องค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยเฉพาะ

อาจกล่าวได้ว่าหลักการที่มีสาระสำคัญ โดยมีรากฐานมาจากคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 นี้ คืออำนาจในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไป หรือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาวดังกล่าวย่อมเป็นอำนาจทั่วไปของศาล (Inherent Jurisdiction)³⁷ กล่าวโดยนัยนี้แล้วศาลยุติธรรมไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นใด ย่อมมีอำนาจอิสระในการใช้และตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้โดยเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ด้วยเหตุผลที่ศาลฎีกาได้ยกขึ้นกล่าวอ้างในคำพิพากษาในคดีดังกล่าวที่ว่า ศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจและหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ก่อนที่ศาลจะพิพากษาชี้ขาดข้อเท็จจริงในคดีได้นั้น ศาลก็ต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นเสียก่อนว่า สิ่งใดเป็นกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในคดีที่พิพาทกันอยู่นั้นได้ และการที่จะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในคดีที่พิพาทกันอยู่นั้น ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าศาลจะต้องแปลความหรือตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเสียก่อนเสมอ การที่ศาลยุติธรรมวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผลที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก็คือ การที่ศาลได้ใช้อำนาจตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีปัญหา และตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ ไปในขณะเดียวกันด้วย เพื่อที่จะทำความเข้าใจ และนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาปรับใช้บังคับกับคดีที่เกิดขึ้นได้อย่างถูกต้อง

6. อำนาจของศาลยุติธรรมในการควบคุมกฎหมายมิให้ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จากบรรทัดฐานคำพิพากษาคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 จึงเปรียบเสมือนกับการวางรากฐานของอำนาจศาลยุติธรรม ในการควบคุมกฎหมายมิให้ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในคดีต่าง ๆ ต่อมาภายหลังดังนี้

³⁷ จรัญ ภักดีธนากุล. “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ” อุดมพร. เล่ม 1, ปีที่ 27, (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2523), หน้า 73.

1. กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า ให้องค์กร (พิเศษ)ใดเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งส่วนใหญ่มักจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับต่าง ๆ ภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหาร ศาลยุติธรรมไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นใดก็จะยึดถือบรรทัดฐานในคดีนี้ และยืนยันว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเสมอมา ดังได้กล่าวมาแล้วว่าเมื่อมีปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่ตราขึ้นนั้นศาลจะต้องนำมาปรับบังคับใช้กับคดีข้อพิพาทต่าง ๆ ที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาตัดสินของศาล ในกรณีเช่นนี้ศาลย่อมมีอำนาจ (อิสระ) อย่างเต็มที่ในการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับที่เป็นปัญหานั้นทั้งในส่วนที่เป็นเนื้อหาของกฎหมาย และในส่วนที่เป็นแบบพิธีในการบัญญัติกฎหมายด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจวินิจฉัย และกระบวนการชี้ขาดกฎหมายไว้เป็นพิเศษแล้ว เช่นนี้ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจดังกล่าว ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าอำนาจดั้งเดิม³⁸ ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมเป็นหลัก หรืออาจกล่าวได้ว่าอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจทั่วไปของศาลนั่นเอง ซึ่งปรากฏให้เห็นหลักการข้างต้นได้ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2494, 766/2505, 222/2506, 225/2506, 562/2508, 1602-1603/2509, 1240/2514 โดยต่างยืนยันถึงหลักที่ว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากรัฐธรรมนูญมิได้ก่อตั้งองค์กรและกระบวนการชี้ขาดกฎหมายไว้เป็นพิเศษ

2. กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติกำหนดให้อำนาจ ในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการก่อตั้งองค์กรและกระบวนการชี้ขาดกฎหมายไว้โดยเฉพาะ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ให้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยปัญหาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ศาลยุติธรรมได้วางบรรทัดฐานเป็นคดีแรกในคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536 ว่า กรณีมีปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆที่ถูกยกเลิกไปแล้ว กรณีดังกล่าวก็ไม่ใช่อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่มีเป็นหลักมาแต่ดั้งเดิม ซึ่งถือเป็นอำนาจทั่วไปของศาลเช่นเดียวกัน หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการขยายและยอมรับมาจากหลักการในข้อ 1 ซึ่งจะได้วิเคราะห์ต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้

3. กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติ กำหนดให้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยการก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจงว่า ให้เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม ก็จะพบเสมอว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ ต่างบัญญัติไว้เป็นแนวทางในทำนองเดียวกันว่า ในกรณีที่ศาลจะต้องนำเอาบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาบังคับแก่คดีใด ๆ นั้น ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมี "ข้อความ"³⁹ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ ก็ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ แล้วส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชี้ขาดในปัญหาดัง

³⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 288.

³⁹ โปรดดู รัฐธรรมนูญฯ 2489 มาตรา 87, รัฐธรรมนูญฯ 2492 มาตรา 178, รัฐธรรมนูญฯ 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 มาตรา 13, รัฐธรรมนูญฯ 2511 มาตรา 174, รัฐธรรมนูญฯ 2517 มาตรา 8, รัฐธรรมนูญฯ 2521 มาตรา 5 และ รัฐธรรมนูญฯ 2534 มาตรา 5 (ฉบับปัจจุบัน)

กล่าวเสียก่อน เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดเป็นอย่างไรแล้วศาลจึงจะพิจารณาพิพากษาคดีที่รอการพิจารณาไว้ั้นต่อไปได้

อนึ่ง แต่เดิมนั้นรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ มักจะบัญญัติกำหนดว่า ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่หลักการใหม่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเพิ่มเติมว่า ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเอง หรือคู่ความโต้แย้งโดยศาลเห็นว่ามิเหตุผลอันสมควรว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เช่นนี้เองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จึงมีลักษณะที่เอื้อต่อการนำกฎหมายขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ทั้งนี้เพราะศาลไม่จำเป็นต้องเห็นเองว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จึงส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเหมือนอย่างในอดีตเท่านั้น หากแต่ในกรณีที่มีคู่ความโต้แย้งว่า กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁴⁰ เช่น คู่ความในคดียกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในคำให้การในคดีของตน โดยศาลเพียงแต่เห็นว่า “มิเหตุผลอันสมควร” ว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁴¹ ก็เพียงพอที่จะให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราวและส่งความเห็นดังกล่าวนั้นเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยต่อไป⁴²

อย่างไรก็ตาม คู่ความในคดีไม่อาจที่จะฟ้องคดีได้โดยตรงเพื่อขอให้ศาลยุติธรรมพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดใช้บังคับมิได้ เพราะเหตุขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ คู่ความในคดีทำได้แต่เพียงการยกประเด็นขึ้นประกอบในคำฟ้องหรือคำให้การ เพื่อให้ศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่กรณีเช่นนี้ศาลยุติธรรมไม่ว่าในระดับชั้นใดที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีอยู่ในขณะนั้น สามารถยกปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญขึ้นพิจารณาได้เองเสมอ

ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมก็ยังคงเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้อยู่นั่นเอง กล่าวคือ

ก. ศาลยุติธรรม ย่อมเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งจะนำมาปรับบังคับใช้แก่คดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากศาลนั้นเองมีความเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญทุกประการ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวไปได้เลย โดยไม่ต้องส่งเรื่องไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดแต่อย่างใด ซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลในกรณีดังกล่าวนี้ย่อมเป็นที่สุดและไม่ถูกตรวจสอบทบทวนโดยองค์กรอื่นใดอีก และคู่ความหรือบุคคลใด ๆ ก็ไม่มีสิทธินำเรื่องนั้นมาให้องค์กร

⁴⁰ ฌคดี เลิศไพฑูริย์, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ:นิติธรรม, 2536, หน้า 58-59.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

⁴² โปรดดูรัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 208.

อื่นใดที่ชัดเป็นอย่างอื่นอีกได้⁴³ เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของการดำเนินการพิจารณาตามปกติของศาล
นั้นเอง กรณีดังกล่าวปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 843-848/2500 (ประชุมใหญ่)

ข. กรณีที่ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ นั้น หากศาลยุติธรรมซึ่งกำลังพิจารณาพิพากษาคดีอยู่ใน
ศาลนั้นเอง มีความเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะนำมาปรับบังคับใช้แก่คดีที่กำลังพิจารณาอยู่นั้น เป็นบท
บัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความถูกต้องและสอดคล้องตามรัฐธรรมนูญทุกประการ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าว
องค์การนิติบัญญัติได้ตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องและไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนในกระบวนการการนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญ
ได้กำหนดไว้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นโมฆะ เพราะรูปแบบพิธีในการ
ร่างและออกใช้ (form of procedure) ขัดแย้งหรือฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁴ ศาลย่อมไม่มีหน้าที่ที่จะต้อง
ส่งเรื่องไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้ย่อมไม่อยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐ
ธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดได้ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับในอดีตที่ผ่านมา ต่างกำหนดให้คณะตุลาการรัฐ
ธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดก็เฉพาะกรณีมีปัญหาว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายมี "ข้อความ" (content) ขัดหรือแย้งต่อ
รัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งศาลจะไม่นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ในการทำคำพิพากษาชี้ขาดในคดีที่
อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลได้

อนึ่ง หลักการดังกล่าว ได้ถูกขยายหลักเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ
ในการพิจารณาวินิจฉัยกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะได้นำร่างพระราชบัญญัติ
นั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ จะเป็นการควบคุม
กฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมาย เฉพาะแต่ในกรณีที่ "เนื้อหา" ของ
ร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้
ขยายอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมถึงการควบคุม "รูปแบบ" พิธีในการร่างและออกใช้
กฎหมาย ซึ่งหมายความว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ จะต้องผ่านกระบวนการการนิติบัญญัติและขั้นตอนตามที่รัฐ
ธรรมนูญได้กำหนดไว้ด้วย⁴⁵ ก่อนการประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป ซึ่งกรณีตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับ
ปัจจุบัน การวินิจฉัยข้างต้นจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมอีกต่อไป

จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า แม้กรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งคณะตุลาการรัฐ
ธรรมนูญในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่อำนาจในการตีความบทบัญญัติ
แห่งรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลเอง แต่มิใช่เป็นการตี
ความในประเด็นที่ว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ก็ยังคงเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมอยู่นั่นเอง

⁴³ วิจารณ์ กักต้อนกุล, "ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ" หน้า 77.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75.

⁴⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ, หน้า 58.

7. ความชอบธรรมของศาลยุติธรรมในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

การที่จะคงหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้มีผลในทางปฏิบัติที่เป็นจริงนั้น กล่าวสำหรับประเทศไทยแล้วคงมีอาจปฏิเสธได้ว่า อำนาจในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งอาจจะมีผลกระทบหรือล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ดำเนินการไปภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐองค์กรหนึ่งที่มีหลักประกันแห่งความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีเสมอมา โดยการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ แม้กระทั่งในขณะประเทศอยู่ในสถานการณ์ของความไม่สงบเรียบร้อย กล่าวคืออยู่ในระหว่างการปกครองภายใต้คณะปฏิวัติรัฐประหาร และใช้อำนาจเบ็ดเสร็จโดยคณะบุคคลดังกล่าวก็ตาม ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับต่าง ๆ ที่คณะปฏิวัติรัฐประหาร เป็นผู้จัดทำมีขึ้นในขณะที่ยังมีการร่างและประกาศใช้ รัฐธรรมนูญฉบับถาวรนั้น มักปรากฏเป็นบทบัญญัติที่ชัดเจนในทำนองเดียวกันว่า ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีเสมอ เพื่อเป็นหลักประกันในความเป็นอิสระแก่ศาลยุติธรรม

หากพิจารณาถึงความชอบธรรมของศาลยุติธรรม ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว อาจกล่าวได้ว่าศาลยุติธรรมเป็นเพียงองค์กรเดียวในอีกสององค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐคือองค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหาร หรือแม้กระทั่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้มีการก่อตั้งขึ้นตาม รัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ ด้วย ที่ไม่ถูกยกเลิกหรือสิ้นสุดลงไปพร้อมกับรัฐธรรมนูญที่คณะปฏิวัติรัฐประหารได้ประกาศยกเลิกไปด้วย ซึ่งมักปรากฏเสมอตามแถลงการณ์หรือประกาศคณะปฏิวัติรัฐประหาร เมื่อได้เข้าควบคุมอำนาจทางการเมืองการปกครองสำเร็จแล้ว หากแต่สิ่งหนึ่งที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับการยกเลิกรัฐธรรมนูญ และการสิ้นสุดขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหารก็คือ ยอมมอบให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม ยังคงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษารอคดีไปตามปกติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเสมอ พิจารณาในแง่นี้จะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะเป็นการปกครองโดยคณะปฏิวัติรัฐประหารใด ๆ ก็ตามแต่คณะปฏิวัติรัฐประหารก็ยังคงให้ความสำคัญในหลักประกันแห่งความเป็นอิสระของศาลยุติธรรมอยู่เสมอ และนอกจากนี้เมื่อคดีต่าง ๆ ได้ขึ้นไปสู่การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลยุติธรรมแล้ว ก็ยังไม่เคยปรากฏว่าคณะปฏิวัติรัฐประหารได้เข้าแทรกแซงการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแต่อย่างใด ซึ่งยังคงให้ศาลยุติธรรมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ต่อไป⁴⁶

กล่าวโดยเฉพาะรูปธรรมที่ชัดเจนสำหรับความชอบธรรมของศาลยุติธรรม ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศไทยแล้ว แม้จะอยู่ภายใต้การใช้อำนาจเบ็ดเสร็จของคณะปฏิวัติรัฐประหารก็ตาม ศาลยุติธรรมก็ได้พิสูจน์ถึงหลักแห่งความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี และสามารถดำรงตนอยู่ได้ทั้งในสถานการณ์ของการปฏิวัติรัฐประหาร และในสถานการณ์ปกติภายใต้ระบอบรัฐ

⁴⁶ สืบรับ สัจจวาณิช, "อิสระของตุลาการ" บทโดยพิเศษ, เล่ม 29, ตอน 4, (2516), หน้า 970.

ธรรมนูญอย่างต่อเนื่องเสมอมา⁴⁷ และในขณะเดียวกันศาลยุติธรรมก็พยายามบรรเทาผลร้ายนั้นลง โดยการตีความรัฐธรรมนูญ และกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้ทอนผลร้ายลงไปมาก⁴⁸ ซึ่งจากบทบาทดังกล่าว องค์การตุลาการหรือศาลยุติธรรม จึงยืนอยู่บนตำแหน่งที่เหมาะสมที่สุดในฐานะของสถาบันที่ทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรม⁴⁹ ของบรรดากฎหมายที่ออกมาซึ่งอาจจะมีผลขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะที่องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร หรือแม้กระทั่งองค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็ตาม ต่างถูกยกเลิกละและสิ้นสุดลงไปพร้อม ๆ กับรัฐธรรมนูญ หากคงเหลือไว้แต่องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมเท่านั้น ที่คณะปฏิวัติรัฐประหารยังยอมรับให้คงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีได้ตามกฎหมาย รวมทั้งการยอมรับในความมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี ตลอดจนความเป็นสถาบันหรือองค์กรที่มีความต่อเนื่องอย่างยาวนาน โดยปราศจากการแทรกแซงจากภายนอก⁵⁰ และจากอำนาจทางการเมืองขององค์กรหรือคณะบุคคลอื่น ๆ มาตลอดประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทย

8. ผลของคำวินิจฉัยกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

องค์กรผู้มีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุม และชี้ขาดปัญหากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทยนั้น อาจมีได้ทั้งองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทั่ว ๆ ไป และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติก่อตั้งขึ้นโดยเฉพาะ สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันนั้น ปรากฏว่ามีบทบัญญัติในส่วนของผลของการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้เป็นสองกรณีเช่นเดียวกัน กล่าวคือ กรณีกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เป็นโมฆะ และกรณีกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นใช้บังคับมิได้

8.1. โมฆะ

เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ผลที่เกิดขึ้นก็คือบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นเป็น “โมฆะ” กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้น ๆ เมื่อขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ก็จะไม่มีความเป็นกฎหมายที่จะนำมาบังคับใช้แก่คดีใด ๆ ได้ ด้วยเหตุที่ผลของคำวินิจฉัยย้อนหลังไปทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ไม่มีอยู่เลยมาตั้งแต่ต้น ดังนั้นการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำลงโดย

⁴⁷ เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ:เจริญวิทยการพิมพ์, 2529, หน้า 281.

⁴⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 286.

⁴⁹ Kuria, Kaman and Ojwang, J. B. "Judge and the Rule of Law in the Framework of Politics : the Kenya Case" *Public Law*, Autumn, (1979), p.254.

⁵⁰ Hayek, F.A. *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo:N.B.R. Printing Press, 1955, p.43.

อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับนั้น ๆ มาก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ถือว่าเสียไปด้วยโดยหลักทั่วไปแล้วเมื่อศาลยุติธรรมได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม่ยอมนำมาปรับบังคับใช้แก่คดีนั้น ๆ ก็จะมีผลผูกพันเฉพาะแต่คู่ความในคดีเท่านั้น โดยมีผลตั้งแต่วันที่ตีพิพากษาคดีหรือมีคำสั่ง หรือได้อ่านในศาลโดยเปิดเผย ในทำนองเดียวกันบุคคลภายนอกซึ่งไม่ได้เป็นคู่ความในคดีที่ศาลได้มีคำวินิจฉัย ย่อมไม่อาจนำคำวินิจฉัยดังกล่าวไปใช้ยืนยันกับบุคคลอื่น ๆ และในศาลในคดีอื่น ๆ ก็ไม่จำเป็นต้องยึดถือหรือผูกพันตามคำวินิจฉัยเช่นนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145⁵¹ เว้นแต่กรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนโดยเฉพาะเจาะจงว่า ให้นำเอาคำวินิจฉัยดังกล่าวไปใช้ยืนยันบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้

อย่างไรก็ตาม การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีผลเป็นโมฆะนั้น มีหลักการพื้นฐานที่ว่าผู้พิพากษาจะต้องไม่ก้าวล่วงไปกว่าการไม่นำเอากฎหมายที่ตนพิจารณาแล้วเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาใช้บังคับแก่คดีที่ได้ยื่นฟ้องมาของตน และจากความเชื่อที่ว่าผู้พิพากษาไม่ได้เป็นผู้สร้างกฎหมาย เพียงแต่เป็นผู้ประกาศความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมต่อปัญหาดังกล่าว จึงมิได้มีผลผูกพันต่อบุคคลภายนอกเป็นการทั่วไปด้วย หากแต่มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล (inter partes) เท่านั้น⁵² กรณีอาจมีปัญหากว่าเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลแต่ละศาลซึ่งอาจมีความเห็นและผลของคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันได้ ซึ่งปัญหานี้สามารถขจัดลงได้โดยอาศัยหลัก Stare decisis ซึ่งมีผลบังคับว่าเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลสูงได้มีคำพิพากษาคดีไปอย่างไรแล้ว ศาลล่างต้องพิพากษาคดีที่มีประเด็นเหมือนหรือคล้ายคลึงกันให้มีผลอย่างเดียวกัน ทั้งนี้โดยอาศัยหลักที่ว่า ศาลล่างต้องถือตามแนวบรรทัดฐานที่ศาลสูงได้วางไว้⁵³ ซึ่งถึงที่สุดแล้วปัญหาที่ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะถูกอุทธรณ์ฎีกาไปสู่องค์กรตุลาการที่เหนือขึ้นไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลฎีกา ซึ่งคำพิพากษาคดีของตนย่อมมีผลผูกพันให้ศาลล่างอื่น ๆ ต้องถือตาม

⁵¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 145 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้อธิว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่ตีพิพากษาหรือมีคำสั่ง จนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรือตลึง ด้หักมิ

ถึงแม้ศาลจะได้กล่าวไว้โดยทั่วไปว่าให้ใช้คำพิพากษาบังคับแก่บุคคลภายนอก ซึ่งมีได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยก็ดี คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 142 (1), 245 และ 274 และในข้อต่อไปนี้

(1) คำพิพากษาเกี่ยวกับฐานะหรือความสามารถของบุคคล หรือคำพิพากษาซึ่งได้มีลักษณะเป็นบุคคล หรือคำสั่งเรื่องล้มละลายเหล่านี้ บุคคลภายนอกจะยกขึ้นอ้างถึงหรือจะใช้ยืนยันแก่บุคคลภายนอกก็ได้

(2) คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินใด ๆ เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจใช้ยืนยันแก่บุคคลภายนอกได้ เว้นแต่บุคคลภายนอกนั้น จะพิสูจน์ได้ว่าตนมีสิทธิดีกว่า

⁵² วรพจน์ วิศุทธวิธย์. "การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ" หน้า 570.

ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้ว คำวินิจฉัยของศาลฎีกาในปัญหาที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยนัยหนึ่งจึงมีผลผูกพันได้เป็นการทั่วไป (erga omnes)⁵³ โดยไม่จำกัดเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ในการใช้อำนาจวินิจฉัยความเป็นโมฆะของกฎหมายนี้ ศาลจะไม่เพิกถอนผลบังคับของกฎหมายที่พิจารณาวินิจฉัยแล้วเห็นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ประกาศความเป็นโมฆะที่มีอยู่แล้วของกฎหมายนั่นเอง

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติ ให้ผลของการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะนั้น มีเพียง 3 ฉบับคือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 มาตรา 31, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 มาตรา 61 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 มาตรา 95 เป็นต้น

8.2. ใช้บังคับมิได้

เมื่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอัน "ใช้บังคับมิได้" กล่าวคือ ไม่ได้ว่าเป็น "โมฆะ" หากเป็นแต่เพียง "โมฆียะ" ซึ่งอาจเพิกถอนหรือสลายเสียได้เท่านั้น⁵⁴ เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดถูกวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ผลที่เกิดขึ้นก็คือจะทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับได้อีกต่อไป โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีผลบังคับต่อไปในอนาคต และไม่มีผลย้อนหลังไปกระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดแล้ว โดยหลักการทั่วไปแล้ว การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ ย่อมมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะแต่คู่ความในคดีนั้นเท่านั้น บุคคลภายนอกที่มีใช้คู่ความในคดีต้องถูกผูกพันด้วย

รัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติถึงผลในกรณีดังกล่าวปรากฏตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 มาตรา 88, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 มาตรา 179, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2495 มาตรา 114, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 มาตรา 175, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517 มาตรา 225, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2521 มาตรา 191 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 มาตรา 206 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนั่นเอง

อาจสรุป ณ ที่นี้ได้ว่า ในทางทฤษฎีแล้ว คำพิพากษาคดีที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จะไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่ความในคดีด้วย และข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นก็คือ เมื่อคำพิพากษานั้นได้ตัดสินออกมา คำพิพากษาคดีดังกล่าวก็จะมีผลเป็นการวางหลักใช้บังคับกับ

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 551.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 572.

บุคคลทั่วไปด้วย กรณีเช่นนี้เท่ากับว่าเป็นการวางหลักกฎหมายอยู่ในตัว และหลักการอันนี้จะมีผลใช้บังคับตราพบเท่าที่ยังมีได้มีคำพิพากษาคดีใดมาสืบล้างคำพิพากษาในคดีเดิม⁵⁵

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ย่อมมีผลผูกพันได้เป็นการทั่วไป และบทบัญญัติของกฎหมายฉบับที่ไม่ได้นำมาใช้บังคับแล้ว เพราะองค์กรผู้มีอำนาจได้เคยวินิจฉัยมาแล้วว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น ก็ยังมีสถานะเป็นกฎหมายอยู่นั่นเอง เพียงแต่ไม่มีผลบังคับใช้ได้ทางปฏิบัติ (law in book or dead law) เท่านั้น⁵⁶ ซึ่งขึ้นอยู่กับเจตนาของร่างกฎหมายว่า ถ้าส่วนที่เป็นโมฆะสามารถแยกออกได้จากส่วนที่เหลือโดยสิ้นเชิง และเห็นได้ชัดอีกเช่นกันว่า ส่วนที่สมบูรณ์ควรที่จะมีผลบังคับใช้ได้ แม้ว่าอีกส่วนหนึ่งจะมีผลบังคับไม่ได้ก็ตาม ดังนี้ส่วนที่สมบูรณ์จึงยังใช้บังคับได้ต่อไป⁵⁷ หมายความว่าไม่ว่าองค์กรผู้มีอำนาจองค์กรใด เมื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวก็ไม่มีผลทำให้กฎหมายเสียไปทั้งฉบับ ทั้งนี้ส่วนที่มีได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ยังมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับได้เสมอ โดยหลักการแล้วการวินิจฉัยดังกล่าว ย่อมไม่มีผลเป็นการทำลายตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยว่า “โมฆะ” หรือ “ใช้บังคับไม่ได้” ก็ตาม

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁵⁵ อนุญ วุฒิวงศ์, “อำนาจตุลาการภายใต้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา บทบัญญัติ ฉบับที่ 37, ตอน 4 (2523) หน้า 501.

⁵⁶ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ, “การพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ โดยองค์กรตุลาการ” หน้า 551.

⁵⁷ อนุญ วุฒิวงศ์, “อำนาจตุลาการภายใต้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา” หน้า 503.