ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

อาทิตยาพันธ์ พันธ์ชมภู

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2557

DPU

Legal Problems on Functions and Powers of Constitutional Court

Artittayaphan Phanchompoo

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2014

DPU

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ
ชื่อผู้เขียน อาทิตยาพันธ์ พันธ์ชมภู
อาจารย์ที่ปรึกษา ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล
สาขาวิชา นิติศาสตร์
ปีการศึกษา 2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในหลายประการเพื่อทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังปรากฏในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” แต่ถึงแม้จะมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแล้ว แต่ในทางปฏิบัติก็ยังพบปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในหลายประการ โดยเฉพาะปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจหน้าที่ที่มิได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนอันเป็นหลักสากลที่ยอมรับกันในอารยะประเทศ

จากการศึกษาพบว่าปัญหาการตีความนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักปรัชญากฎหมายมหาชนและหลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้และสุดท้ายปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายมหาชน เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องและไม่ถูกต้องตามปรัชญาและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะประเทศไทยยึดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การตีความกลับไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย ปัญหาหลักเกิดจากความไม่เข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงหลักปรัชญาและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จึงควรมีการสอนวิชาการตีความกฎหมายในสถาบันการศึกษา เพื่อการบังคับใช้กฎหมายจะได้เป็นไปในแนวทางเดียวกันและจะทำให้การตีความกฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

2. ทบทวนและปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนมากขึ้น โดยควรทำการศึกษาวิจัยถึงแนวทางในการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยการศึกษาโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศและเจตนารมณ์ในการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญมาเป็นฐานในการพิจารณา ทั้งนี้ต้องให้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยด้วย

3. องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบของการกระทำทางนิติบัญญัติ และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีที่มีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงเกี่ยวกับการเมืองและการปกครองของประเทศซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ดังนั้นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อย 5 คน จากจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด และการคัดเลือกบุคคลผู้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรให้รัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมืองที่ถือเป็นตัวแทนประชาชนต้องมีบทบาทในการคัดเลือกบุคคลมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงการให้ความเห็นชอบเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพขององค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย

Thesis Title	Legal Problems on Functions and Powers of Constitutional Court
Author	Artitayaphan Phanchompoo
Thesis Advisor	Prof. Dr. Phaisith Phipatanakul
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

This study aims to investigate legal problems on functions and problems of the Constitutional Court. The Constitution of Thailand B.E.2550 states myriad functions and powers of the Constitutional Court to guarantee the supremacy of the Constitution as stated in Article 6 "The Constitution is the supreme law of the State. The provisions of any law, rule, or regulation, which are contrary to or inconsistent with this Constitution, shall be unenforceable." Even if the function and power of the Constitutional Court are clearly stated, many problems on the function and power of the Constitutional Court still occur in practice especially interpretations beyond the will of laws, examination on the constitutionality and constitutional amendments, over exercise of the power, and problems on public laws due to internationally unaccepted public law decisions of the Constitutional Court.

The results of the study indicate the problems are found as the followings: the interpretation beyond the will of law by the Constitutional Court is not in accordance with public law philosophy and procedure, power of the Constitutional Court to approve constitutionality on constitutional amendments which is the practice beyond the power granted by the Constitution, and agreement between public law and Constitutional Court decisions and lastly, problems affecting public law principle from unjustified public law decisions from the Constitutional Court such as legal principle, legal of state principle, rule of law principle, and supremacy of the Constitution.

After studied the problems on function and power of the Constitutional Court under the Constitution of Thailand B.E. 2550, some suggestions are made as the followings:

1. On the problem about interpretations beyond the will of laws not in accordance with public law philosophy and legal procedure that especially in Thailand where civil law system

is employed, but the interpretation is not following the system. This problem is based from a lack of true understanding of the public law philosophy and legal procedure. Therefore, law interpretation course should be added in educational institutes so the law enforcement will be in the same direction and Thai law interpretation with concrete principles will be reached.

2. Revision and amendment of the function and power of the Constitutional Court should be made clearer by conducting research on regulating the Constitutional Court with power to examine the constitutionality and constitutional amendments. This can be done by studying the structure of foreign Constitutional Courts and the founding will of the Constitutional Court as the ground of the revision and amendment. However, the revision and amendment must be under the principle of democracy.

3. The last suggestion is about the judges of the Constitutional Court. Because the Constitutional Court has the function and power to try cases concerning politics and administration which mostly are related to public law, the judges of the Constitutional Court, among all the judges, must be five persons who are specialized in public law. The selection of the judges of the Constitutional Court should be more involved by the parliament, not only to approve, as it is a political organization representing the citizen. This is to bring balance among the organizations as stated in the principle of the Separation of Power and to follow the principle of democracy.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จลุล่วง และมีความสมบูรณ์ได้ เพราะได้รับความอนุเคราะห์ความเมตตาและกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่ได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา และได้รับคำแนะนำ ข้อปรับปรุง ตลอดจนได้ให้ความรู้ในการเขียนวิทยานิพนธ์ ซึ่งผู้เขียนได้รับการเอาใจใส่จากท่านในการตรวจสอบ แก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่อง ทำให้สำเร็จลุล่วงเสร็จสมบูรณ์ด้วยดี ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงรองศาสตราจารย์ ดร.วีระ โลจายะ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้แนวทางและคำชี้แนะในการทำหัวข้อวิทยานิพนธ์ ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อรองศาสตราจารย์ ดร.ประเสริฐ ตัณศิริ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่ให้ความรู้วิธีการเขียนวิทยานิพนธ์ และให้ข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์ต่อการเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ และขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อรองศาสตราจารย์ ดร.ภูริชญา วัฒนรุ่ง กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ให้ข้อแนะนำ และคำชี้แนะที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จะสำเร็จลุล่วงมิได้ หากขาดข้อมูลและความคิดเห็นดีๆในห้องเรียนชั้นปริญญาโท จากเพื่อนๆ สาขากฎหมายมหาชน รหัส 54 ทุกท่าน โดยเฉพาะ คุณนฤมล แซ่โง้ว คุณปทิตตา อยู่เย็น ที่เอื้อเฟื้อข้อมูลและความคิดเห็นที่เป็นประโยชน์อย่างมากกับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ขอบคุณ นันฐชมสร โตฉาย ที่กรุณางานเอกสารให้เรียบร้อยสมบูรณ์

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ได้เลี้ยงดูอบรมสั่งสอน ขอกราบขอบพระคุณครูอาจารย์ทุกท่านที่ได้อบรมสั่งสอนประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ทำให้ผู้เขียนประสบความสำเร็จ ขออุทิศบุญกุศลและความดีทั้งปวงแด่ผู้มีพระคุณทุกท่าน

อาทิตยาพันธ์ พันธ์ชมภู

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย ..... ฆ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ ..... จ
กิตติกรรมประกาศ ..... ช
บทที่

1. บทนำ 1
   1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
   1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 6
   1.3 สมมติฐานของการศึกษา 6
   1.4 ขอบเขตของการศึกษา 7
   1.5 วิธีดำเนินการศึกษา 7
   1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 8
2. แนวความคิด ทฤษฎีและหลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน 9
   2.1 หลักปรัชญากฎหมายมหาชน 10
      2.1.1 สารบัญญัติทางกฎหมายเอกชน 11
      2.1.2 สารบัญญัติทางกฎหมายมหาชน 12
   2.2 ความหมายของกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ 13
      2.2.1 ความหมายของกฎหมายมหาชน 15
      2.2.2 ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญ 16
   2.3 แนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับระบบกฎหมาย 19
      2.3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System) 19
      2.3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System) 20
      2.3.3 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) 22
   2.4 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบศาล 25
      2.4.1 ระบบศาลเดี่ยว (Unite de jurisdiction) 25
      2.4.2 ระบบศาลคู่ (Dualist de jurisdiction) 27
   2.5 ระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศไทย 29

สารบัญ

บทที่		หน้า
	2.5.1 ระบบกฎหมายของประเทศไทย	29
	2.5.2 ระบบศาลของประเทศไทย	30
	2.6 แนวคิดพื้นฐานหลักการใช้และการตีความกฎหมาย	31
	2.6.1 หลักการใช้และการตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์	33
	2.6.2 หลักการใช้และการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์	39
	2.6.3 หลักการใช้และการตีความกฎหมายของประเทศไทย	46
	2.7 การตีความ “รัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายมหาชน	47
	2.8 หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ	49
	2.9 แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชน	51
	2.9.1 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)	51
	2.9.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ	54
	2.9.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)	60
	2.9.4 หลักนิติรัฐ (The Legal of State)	66
	2.9.5 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)	72
	2.9.6 หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot)	78
	2.9.7 หลักประชาธิปไตย (Democracy)	82
	2.9.8 หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest)	86
	2.9.9 หลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน	90
	2.9.10 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	93
3.	อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยกับต่างประเทศ	98
	3.1 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี	98
	3.1.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี	98
	3.1.2 สถานะโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี	103
	3.1.3 เขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี	105
	3.1.4 เขตอำนาจและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี	110

สารบัญ

บทที่ **หน้า**

3.1.5 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี 114
3.2 บทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 117
3.2.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 117
3.2.2 สถานะโครงสร้างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 124
3.2.3 เขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส 127
3.2.4 เขตอำนาจและอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส 131
3.2.5 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส 133
3.3 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรกี 137
3.3.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศตุรกี 137
3.3.2 สถานะโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี 137
3.3.3 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี 139
3.3.4 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 140
3.4 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย 142
3.4.1 สถานะและโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย 142
3.4.2 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 143
3.5 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 144
3.5.1 สถานะโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 145
3.5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 146
3.5.3 อำนาจการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ 153
3.5.4 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศไทย 161

สารบัญ

บทที่ **หน้า**

3.6 ข้อเท็จจริงและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 165
3.6.1 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุปในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 165
3.6.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุปในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 169
4. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ 175
4.1 ปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย 175
4.1.1 วิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 175
4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหาการตีความที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย 180
4.2 ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 183
4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 183
4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 191
4.3 ปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 193
4.3.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ 193
4.3.2 ผลกระทบต่อหลักประชาธิปไตย 194
4.3.3 ผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ 194
4.3.4 ผลกระทบต่อหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ 194
4.3.5 ผลกระทบต่อหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม 195
4.3.6 แนวทางแก้ไขปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชน 196

สารบัญ

บทที่ **หน้า**

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ 198

5.1 บทสรุป 198

5.2 ข้อเสนอแนะ 199

บรรณานุกรม 202

ประวัติผู้เขียน 212

DPU

บทที่ 1
บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ศาลรัฐธรรมนูญ จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สืบเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550[1] เพื่อเป็นองค์กรตุลาการ ที่มีหน้าที่ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีความสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเป็นศาลที่ถูกตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะคือ การรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีหน้าที่สำคัญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติเป็นหลักใหญ่ อำนาจหน้าที่ของ

---

[1] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลงตามประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เล่ม 131 ตอนพิเศษ 84 ง ราชกิจจานุเบกษา 26 พฤษภาคม 2557 แต่ยังคงให้ศาลทั้งหลาย คงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมายและประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เพื่อความสงบเรียบร้อยในการปกครองประเทศ จึงให้ยกเลิกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 5/2557 ลงวันที่ 22 เดือน พฤษภาคม พุทธศักราช 2557 เรื่อง การสิ้นสุดชั่วคราวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และให้ใช้ข้อความตามประกาศฉบับนี้

1. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นหมวด 2

2. คณะรัฐมนตรีรักษาการ สิ้นสุดลง

3. วุฒิสภา ยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่ ณ วันที่ประกาศฉบับนี้มีผลบังคับใช้

4. ศาลทั้งหลาย คงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามบทกฎหมายและประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

5. องค์กรอิสระ และองค์กรอื่น ตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 22 พฤษภาคม พุทธศักราช 2557

พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา

หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ รวมถึงรัฐธรรมนูญยังบัญญัติให้ความสำคัญสูงสุดแก่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 216[2] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไว้ว่า "คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ" ด้วยเหตุนี้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะอำนาจในการถ่วงดุลอำนาจหน้าที่ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่และตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ของแต่ละองค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ

โดยที่กฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรของรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ และเพื่อให้องค์กรแต่ละองค์กรสามารถทำหน้าที่ ได้อย่างถูกต้องชอบธรรมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ด้านตุลาการ (Judicial Power) โดยมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในเบื้องต้นของบทที่ 1 นี้ผู้เขียนขอกล่าวโดยสังเขป ถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

(1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(4) การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการกระทำการใดเพื่อให้คนมีส่วนโดยตรง หรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่

(5) การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป

(6) การวินิจฉัยมติ หรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิ และเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

---

[2] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 วรรคห้า "คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ."

(7) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

(8) การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่

(9) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พุทธศักราช 2550[3]

ดังที่ได้กล่าวข้างต้นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้รวมถึงอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญก็เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งภารกิจของการตีความรัฐธรรมนูญนั้น อาจกล่าวได้ว่าเป็นการทำให้ได้มาซึ่งผลอันถูกต้องและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความแน่นอนในการใช้กฎหมาย[4] และทำให้การตีความเป็นสิ่งที่คาดหมายได้

อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ภารกิจอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญแล้ว ประเด็นปัญหาในเรื่องของการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญก็ยังเป็นเรื่องที่เป็นปัญหามายาวนาน โดยเฉพาะปัญหาการตีความนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งจะพบว่าในบางคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยออกมานั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น คำวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ส่วนหนึ่งผู้เขียนจะศึกษาถึงปัญหาการตีความนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยวิเคราะห์จากคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ตามหลักทฤษฎีและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนและด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นปัญหาต่อมาในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ คือปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้เป็นประเด็นทางวิชาการอย่างมาก ภายหลังที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยคดีที่ 18-22/2555 ออกมา ว่าองค์กรตุลาการหรือศาลรัฐธรรมนูญนี้สามารถพิจารณาหรือตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวนี้ผู้เขียนทำการศึกษาถึงเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และแนวคิดทฤษฎีโครงสร้างของ

---

[3] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ก (2554). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. หน้า 4-5.

[4] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ก (2555). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 156.

ศาลรัฐธรรมนูญ ว่ามีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ที่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวนี้จำเป็นที่จะต้องศึกษาและทบทวนถึงบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้ศึกษาถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยได้แยกศึกษาใน 4 ประเทศ คือ ประเทศโรมาเนีย ประเทศตุรกี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน โดยพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศ ว่าได้บัญญัติปัญหาในกรณีนี้อย่างไร ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศได้บัญญัติเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ไม่เหมือนกัน โดยแยกพิจารณาของแต่ละประเทศดังนี้คือ

1. ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญและมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กรณีนี้คือประเทศตุรกี และ ประเทศโรมาเนีย

2. ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญหรือตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ได้แก่ประเทศฝรั่งเศส

3. ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาตรวจสอบโดยอาศัยฐานอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายธรรมดา กรณีนี้ได้แก่ ประเทศเยอรมัน

ทั้งนี้การศึกษาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศที่กล่าวมาข้างต้นเพื่อศึกษาหาข้อดี ข้อเสียและวิธีการของแต่ละประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยเพื่อให้เกิดความชัดเจน และเหมาะสมต่อระบบการปกครอง และประเพณีการปกครองของไทย ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญที่ตั้งขึ้นมาเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ประเด็นปัญหาสุดท้ายที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ คือปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ประเด็นนี้สืบเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ผู้เขียนเห็นว่าเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาถึงปัญหาผลกระทบ

ต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ

ฉะนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยตีความรัฐธรรมนูญตามภารกิจอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว การยึดหลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนจึงมีความสำคัญในการใช้อำนาจหน้าที่ของศาล ทั้งนี้เพื่อเป็นกรอบและหลักในการตีความเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักการตีความ หลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรมและหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น โดยต้องคำนึงถึงระบบกฎหมายและระบบศาลเป็นสำคัญด้วย ทั้งนี้เพื่อไม่ให้ส่งผลกระทบต่อหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในอนาคต

ประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมุ่งศึกษาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 โดยได้ศึกษาถึงหลักกฎหมาย ระบบศาลและระบบกฎหมายของไทย รวมถึงหลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนแล้วนั้น ด้วยความเคารพในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนพบว่าคำวินิจฉัยของศาลไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชน และเห็นว่าประเด็นดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนและทฤษฎีหลักปรัชญากฎหมายมหาชน จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาเพื่อหาแนวทางแก้ไข และปรับปรุงปัญหาดังกล่าวนี้ เพื่อให้เกิดความเหมาะสม มีประสิทธิภาพ และเพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีความสอดคล้องต่อระบบกฎหมาย ระบบศาลและหลักกฎหมายมหาชน ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการมอบอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับได้จริง

เมื่อได้พิจารณาศึกษาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสามประการดังกล่าวข้างต้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เห็นถึงปัญหา และแนวทางแก้ไขเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญบางประการ เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นประโยชน์ต่อแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่สามารถทำหน้าที่ได้โดยสมบูรณ์แบบ และเป็นองค์กรที่สร้างความน่าเชื่อถือศรัทธาและเป็นสากลในระบอบการปกครองต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงหลักการ แนวคิด และทฤษฎีการตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) และซีวิลลอว์ (Civil Law) และหลักเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

2. เพื่อศึกษาถึงปัญหาบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและต่างประเทศ เฉพาะอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3. เพื่อให้ทราบถึงปัญหาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาการตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 และผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

4. เพื่อศึกษาบทสรุป และหาแนวทางแก้ไขและปรับปรุงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้สภาพบังคับของกฎหมาย มีประสิทธิภาพ เหมาะสมและเพื่อทำให้คำวินิจฉัยของศาลเกิดผลบังคับในทางปฏิบัติและมีผลเป็นการแก้ปัญหาของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดความชอบธรรม

1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วนั้น แต่จากการศึกษาก็ยังพบว่าอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังพบปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ที่ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมหาชนและวิธีคิดในระบบกฎหมายมหาชนซึ่งแตกต่างจากกฎหมายเอกชน

จากการศึกษาปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย ประเทศตุรกี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมัน พบว่าแนวทางของแต่ละประเทศไม่เหมือนกันและบางประเทศการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติไว้ชัดเจนให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่สามารถตรวจสอบได้ จึงเกิดสมมุติฐานว่าหากมีการนำแนวทางของประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาเป็นแนวทางประกอบกับระบบการปกครองของประเทศไทยแล้วน่าจะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหา

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้อย่างเหมาะสม รวมถึงอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยอรรถคดีในประเด็นการตีความที่ยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และจากการศึกษาการตีความของต่างประเทศแล้วพบว่าแต่ละประเทศต่างมีแนวทางไม่เหมือนกันโดยขึ้นอยู่กับระบบศาล ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งหากเราคำนึงถึงหลักปรัชญากฎหมายมหาชน และนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนที่ถูกต้องก็สามารถที่จะนำเอาแนวทางของแต่ละประเทศมาประยุกต์ให้สอดคล้องและเหมาะสมได้

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

มุ่งเน้นศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและผลกระทบอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยจะศึกษาในสามปัญหากล่าวคือ ประเด็นปัญหาแรก ปัญหาการตีความนอกเหนือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาที่สอง ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และปัญหาสุดท้ายที่จะศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้คือ ปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาการตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 และผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

โดยได้ทำการศึกษาถึงวิธีการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะหลักการตีความรัฐธรรมนูญโดยมุ่งเน้นแนวทาง และนิติวิธีในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่สอดคล้องกับระบบศาลและระบบกฎหมายของไทย และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย และต่างประเทศโดยเฉพาะปัญหาว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พร้อมยกตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับต่างประเทศในกรณีอย่างเดียวกัน มาวิเคราะห์ปัญหาและสรุปข้อเสนอแนะในประเด็นปัญหาดังกล่าว

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการวิจัยเอกสาร(Documentary Research) ทั้งหมด ตำราทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์ และสาขาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง งานวิจัย วิทยานิพนธ์ บทความที่เกี่ยวข้อง ความเห็นของนักนิติศาสตร์และข้อมูลจาก Website ต่าง ๆ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงหลักการ แนวคิด และทฤษฎีการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) และหลักเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

2. ทำให้ทราบถึงปัญหาบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและต่างประเทศ เฉพาะอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

3. ทำให้ทราบถึงปัญหาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาการตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 และผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

4. หาแนวทางแก้ไข และปรับปรุงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้สภาพบังคับของกฎหมาย มีประสิทธิภาพ เหมาะสม และเพื่อทำให้คำวินิจฉัยของศาลเกิดผลบังคับในทางปฏิบัติและมีผลเป็นการแก้ปัญหาของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพและเกิดความชอบธรรม

บทที่ 2
แนวความคิด ทฤษฎีและหลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน

ก่อนที่จะศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวความคิด ทฤษฎีและหลักพื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ปรัชญากฎหมายมหาชน เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงหลักการที่ถูกต้อง รวมถึงจะทำให้พบถึงปัญหาและเกิดความเข้าใจเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักการและแนวความคิดอันเป็นสากลที่นานาอารยประเทศยอมรับหรือไม่

เนื่องจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งศึกษาถึงปัญหาการตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัญหาทั้งสามประการดังกล่าวเป็นเรื่องที่สำคัญและเป็นปัญหาโดยตรงกับการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญต้องอยู่บนพื้นฐานที่ถูกต้องตามแนวคิด ทฤษฎีและปรัชญากฎหมายมหาชน

ดังนั้นการศึกษาถึงหลักการ แนวความคิด ทฤษฎีและปรัชญากฎหมายมหาชนนั้นเพื่อให้เห็นว่าหลักการในการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการที่ถูกต้องและเหมาะสมเป็นเช่นไร ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไปในบทที่ 3 ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยกับต่างประเทศ

ด้วยเหตุผลที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นควรว่าปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น จำเป็นที่จะต้องศึกษาและทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดพื้นฐาน หลักการและปรัชญากฎหมายมหาชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 หลักปรัชญากฎหมายมหาชน

นิติปรัชญาทางกฎหมายมหาชน หมายถึง การสร้างดุลยภาพ ระหว่างผลประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์ของส่วนรวม หรือ ประโยชน์สาธารณะ (Interest General) อีกนัยหนึ่ง คือ เป็นการประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน[5]

นิติปรัชญาของกฎหมายมหาชน มีสาระสำคัญ 3 สาระ คือ

(1) สาระที่หนึ่ง ได้แก่ สาระบัญญัติ เนื้อหาของกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ สาระสำคัญของกฎหมายมหาชน คือ ทำอย่างไรจึงจะประสานประโยชน์เอกชน กับประโยชน์สาธารณะให้อยู่ในภาวะสมดุลที่ดีที่สุด

(2) สาระที่สอง ได้แก่ อำนาจรัฐ เกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐ และการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือ องค์กรของรัฐ ทำหน้าที่ในการประสานผลประโยชน์

(3) สาระที่สาม ได้แก่ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และวิธีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยวิธีการต่างๆ เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของเอกชน และประโยชน์ส่วนรวม

สังคมปัจจุบันเป็นสังคมที่มีความขัดแย้งกันระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ และมีความขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวม นิติปรัชญาของกฎหมายมหาชน คือ การประสานผลประโยชน์ของเอกชน และประโยชน์ส่วนรวม รัฐจำเป็นต้องใช้ปรัชญากฎหมายมหาชน เพราะเป็นปรัชญาที่คำนึงถึงประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะ

นันทวัฒน์ บรมานันท์ อธิบายว่า[6] กฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่รวบรวมกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐ (les pouvoirs publics) หรือระหว่างนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (les personnes publiques) กับเอกชน ในขณะที่กฎหมายเอกชนนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน เช่น กฎหมายแพ่ง

ปรัชญากฎหมายเอกชน[7] คือ เน้นความยุติธรรมที่เท่าเทียมกัน และตั้งอยู่บนเสรีภาพของคู่กรณี ส่วนรัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงกรรมการผู้ควบคุมดูแลกติกา เพื่อให้คู่กรณีในกฎหมายเอกชนปฏิบัติไปตามกฎเกณฑ์แห่งตัวบทกฎหมายในเรื่องที่เอกชนผูกนิติสัมพันธ์เรื่องนั้นๆ กล่าวคือนิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชนนั้น มุ่งต่อประโยชน์ของเอกชนด้วยกัน

---

[5] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก (ม.ป.ป.). *หลักกฎหมายมหาชน*. สืบค้นเมื่อ 13 กรกฎาคม 2557, จาก http://e-book.ram.edu/e-book/indexstart.htm

[6] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก (2551). *บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 190*. สืบค้นเมื่อ 13 กรกฎาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net

[7] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม.

นิติปรัชญาทางกฎหมายมหาชนนั้นแตกต่างจากนิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชน กล่าวคือ นิติปรัชญาของกฎหมายมหาชนมุ่งประสานผลประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์ส่วนรวมให้อยู่ในภาวะสมดุลที่ดีที่สุด จุดมุ่งหมาย คือ ทำอย่างไรจึงจะรักษาสมดุลของประโยชน์ทั้งสอง นิติปรัชญาทางกฎหมายเอกชนนั้นมุ่งต่อประโยชน์ของเอกชนด้วยกัน ด้วยเหตุที่นิติปรัชญาของกฎหมายทั้งสองนี้ต่างกัน จึงมีผลทำให้สารบัญญัติหรือเนื้อหาของกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันไปด้วย ก่อนอื่นต้องเข้าใจว่ากฎหมายมหาชนเป็นเครื่องมือรัฐ เป็นกฎหมายที่รัฐตราขึ้นมาเพื่อการบริหารบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ และรัฐเป็นผู้จัดตั้งสถาบันทางกฎหมายขึ้นโดยมุ่งหมายให้สถาบันทางกฎหมายเป็นกลไกของรัฐในการชี้ขาดและสร้างสภาพบังคับของกฎหมาย

2.1.1 สารบัญญัติทางกฎหมายเอกชน

สารบัญญัติทางกฎหมายเอกชน หรือ เนื้อหาของกฎหมายเอกชนนั้นโดยเฉพาะกฎหมายแพ่งได้มีการพัฒนาการต่อเนื่องมาเป็นเวลานานแล้ว การจัดทำ Corpus Juris Civilis ซึ่งถือเป็นประมวลกฎหมายแพ่งฉบับแรกของโลก ได้มีการจัดทำขึ้นตั้งแต่สมัยโรมันในรัชสมัยของจักรพรรดิจัสติเนียน ประมวลกฎหมายดังกล่าวนี้ได้มีการศึกษามีการวิพากษ์วิจารณ์โดยนักนิติศาสตร์อย่างต่อเนื่องมาเป็นเวลานานนับพันปี จึงทำให้กฎหมายแพ่งมีความสมบูรณ์อย่างมากจนถึงขนาดใช้เป็นแม่บทในการจัดทำประมวลกฎหมายที่มีชื่อเสียงของโลกหลายเล่มด้วยกัน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (เมื่อปี ค.ศ. 1804) ต่อมา ได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายอื่นตามมาอีก 4 เล่ม และการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ปี ค.ศ. 1900) นั้นถือว่าเป็นความสมบูรณ์สูงสุดทางนิติศาสตร์ทางกฎหมายแพ่ง

ในขณะที่กฎหมายเอกชน หรือ กฎหมายแพ่งได้รับการศึกษา มีการสอนกันอย่างกว้างขวางในมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงของยุโรปนั้น กฎหมายมหาชนเองกลับไม่มีการสนใจศึกษาในฐานะที่เป็นกฎหมายโดยตรงเลย ทั้งนี้ด้วยเหตุสองประการ คือ

ประการแรก กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่จำกัดอำนาจรัฐและผู้ปกครอง จึงเป็นเรื่องอันตรายที่จะศึกษาในยุคทรราชย์ครองเมือง

ประการที่สอง เป็นความเห็นกันมาโดยตลอดว่า เรื่องการเมืองการปกครองนั้นไม่ใช่เรื่องกฎหมาย แต่เป็นศิลปะของการปกครองซึ่งมีการถ่ายทอดกันในหมู่ผู้ใกล้ชิดเท่านั้น

ดังนั้นพัฒนาการของสารบัญญัติกฎหมายมหาชนจึงขาดความต่อเนื่อง โดยเฉพาะช่วงยุคกลาง (Middle Ages) ในยุคศักดินาสวามิภักดิ์ซึ่งอำนาจในการปกครองนั้นขึ้นอยู่กับบรรดาเจ้าผู้ปกครองแว่นแคว้น ในยุคดังกล่าวนี้ศาสตราจารย์ทางกฎหมายมหาชนหลายท่านเรียกว่าเป็นยุคที่กฎหมายเอกชนครอบงำกฎหมายมหาชน

จนกระทั่ง มาถึงยุคหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส (ค.ศ. 1789) สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงได้รับการให้ความสำคัญขึ้นมาอย่างมากและหลักในเรื่องนิติรัฐ หรือรัฐที่ปกครองโดยหลักการตามกฎหมายก็เป็นที่ยอมรับในอารยประเทศทั่วไป ดังนั้น กฎหมายมหาชนซึ่งมีปรัชญาสำคัญอยู่ที่การประสานผลประโยชน์ของเอกชนกับประโยชน์สาธารณะ จึงพัฒนาอย่างรวดเร็ว ทั้งนี้ก็เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั่นเอง[8]

2.1.2 สารบัญญัติทางกฎหมายมหาชน

ในประเทศที่มีระบบศาลในกฎหมายมหาชน (ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลภาษีอากร ฯลฯ) ซึ่งเป็นประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปนั้นนอกจากจะมีการแยกระบบศาลแล้ว หลักกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้ในการพิจารณาคดีในกฎหมายมหาชนก็แตกต่างจากหลักกฎหมายสารบัญญัติในกฎหมายเอกชนด้วย ตัวอย่างเช่น เรื่องสัญญาทางปกครอง นั้น มีหลักกฎหมายแตกต่างจากสัญญาในกฎหมายเอกชนโดยสิ้นเชิง เช่น ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้นต้องถือหลักการเปลี่ยนแปลงไม่ได้ของสัญญาจนกว่าคู่กรณีทุกฝ่ายจะยินยอม แต่ในสัญญาทางปกครองนั้นถือว่าประโยชน์สาธารณะ และบริการสาธารณะมีความสำคัญเหนือสิ่งอื่นใด ดังนั้นถ้าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ฝ่ายปกครองก็สามารถเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวได้ โดยไม่ต้องให้เอกชนคู่สัญญาให้ความยินยอมเสียก่อน และการเปลี่ยนแปลงสัญญาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองก็ย่อมจะมีผลบังคับ

กล่าวโดยสรุป เหตุที่หลักกฎหมายเอกชนต่างจากหลักกฎหมายมหาชน ก็เพราะปรัชญาที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย 2 ประเภท นี้ต่างกันนั่นเอง กล่าวคือ

ปรัชญาของกฎหมายเอกชน เน้นความยุติธรรมที่เท่าเทียมกัน และตั้งอยู่บนเสรีภาพของคู่กรณี ส่วนรัฐและหน่วยงานของรัฐเป็นเพียงกรรมการผู้ควบคุมดูแลกติกา เพื่อให้คู่กรณีในกฎหมายเอกชนปฏิบัติไปตามกฎเกณฑ์แห่งตัวบทกฎหมายในเรื่องที่เอกชนผูกนิติสัมพันธ์เรื่องนั้นๆ

ปรัชญาของกฎหมายมหาชน มุ่งเน้นความยุติธรรมที่สมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะที่รัฐและหน่วยของรัฐต้องรับผิดชอบเพื่อส่วนรวมอย่างหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพของเอกชนอีกอย่างหนึ่ง

ศาลในกฎหมายมหาชนจึงต้องหาจุดที่พอเหมาะพอดีของดุลยภาพที่ดูเสมือนจะขัดกันระหว่างประโยชน์ของสาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนนี้ให้ดี กล่าวคือต้องไม่ให้หนักไปข้างใดข้างหนึ่งจนเกินไป เพราะถ้าคุ้มครองเอกชนมากเกินไป ประโยชน์สาธารณะก็จะเสียหายหรือไม่

---

[8] แหล่งเดิม.

สามารถบรรลุจุดมุ่งหมายในทำนองกลับกัน ถ้าให้เอกสิทธิ์แก่รัฐมากเกินไป สิทธิเสรีภาพของเอกชนก็ถูกกระทบกระเทือน กฎหมายมหาชนก็จะกลายเป็นกฎหมายอภิสิทธิ์ของรัฐไป[9]

2.2 ความหมายของกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญ

คำว่า “กฎหมาย” โดยทั่วไปหมายถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดแบบแผนความประพฤติของคนในสังคมซึ่งเป็นการให้ความหมายอย่างกว้าง ๆ โดยในทางวิชาการได้มีการให้คำนิยามคำว่า “กฎหมาย” แตกต่างกันออกไปตามสำนักความคิด ดังนี้

สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) ซิเซโร (Cicero 106-43 ก่อนคริสตกาล) นักปรัชญาชาวโรมันกล่าวว่า “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้องสอดคล้องกลมกลืนกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสรรพสิ่ง เป็นกฎหมายที่สั่งบังคับให้เราปฏิบัติหน้าที่ของเรา ห้ามเรากระทำชั่ว และเหนี่ยวรั้งเราให้พ้นจากความชั่ว สุจริตชนย่อมไม่เพิกเฉยต่อบทบัญญัติและข้อห้ามของกฎหมายนี้ ...การแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ต่อกฎหมายนี้จะกระทำมิได้...กฎหมายนี้จะไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์และเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงโรม เป็นกฎหมายที่บังคับกับทุกชาติและทุกยุคสมัย..”

แนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติจึงเชื่อว่ากฎหมายคือเหตุผลเป็นกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ กล่าวคือกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ เกิดมามีเองโดยมนุษย์ไม่ได้ทำขึ้นเป็นกฎหมายอยู่เหนือรัฐและใช้ได้ไม่จำกัดกาลเทศะ[10] โดยมนุษย์สามารถเข้าใจหรือค้นหาหลักเกณฑ์ของกฎหมายธรรมชาติได้ด้วยเหตุผล กล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ ซึ่งมนุษย์เข้าถึงได้ด้วยเหตุผล เป็นกฎหมายที่ใช้ได้ไม่จำกัดสถานที่และเวลา รัฐต้องเคารพกฎหมายนี้ กล่าวคือกฎหมายของรัฐจะมีสภาพบังคับต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ

สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ (Historical School of Law) กล่าวว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่สั่งสมมาจากพัฒนาการของสังคมตามแนวคิดของซาวิญยี (Friedrich carl von Savigny ค.ศ. 1779-1861) นักกฎหมายเยอรมัน กฎหมายเกิดขึ้นและพัฒนาไปตามประวัติศาสตร์ของแต่ละชนชาติ หน้าที่ของ นักกฎหมายแต่ละยุคคือการทำให้เนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกับจิตใจของชนชาติ สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน[11]

---

[9] แหล่งเดิม.

[10] หยุด แสงอุทัย ก (2545). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.* หน้า 14.

[11] จรัญ โฆษณานันท์. (2538). *นิติปรัชญา.* หน้า 194.

สำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Legal Positivism) จอห์น ออสติน (John Austin ค.ศ. 1790-1859) นักปรัชญาชาวอังกฤษ กล่าวว่า “กฎหมายคือคำสั่งของรัฏฐาธิปัตย์”[12] กล่าวคือ กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองซึ่งบัญญัติขึ้นโดยรัฐเป็นกฎหมายที่แท้จริงและมีความสมบูรณ์ในตัวเองไม่มีกฎหมายอื่นที่เหนือกว่า[13] ทั้งนี้กฎหมายตามความหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมักปรากฏอยู่ในรูปแบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ดังนั้น ความหมายของคำว่า “กฎหมาย” จึงแตกต่างออกไปตามสำนักความคิดแต่ละสำนัก อย่างไรก็ดี ปัจจุบันภายใต้อิทธิพลของสำนักกฎหมายบ้านเมืองซึ่งเป็นสำนักกฎหมายที่ยึดถือว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของคนในสังคมนั้นต้องปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ประเทศส่วนใหญ่ในยุคปัจจุบันจึงตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความชัดเจนแน่นอนทั้งต่อผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้อยู่ภายใต้กฎหมายทำให้ทั้งสองฝ่ายต่างได้รับรู้ถึงสิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดต่างได้ยอมรับกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่ากฎเกณฑ์หรือกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความแน่นอนชัดเจนมากกว่า แต่ไม่ได้หมายความว่าจะปฏิเสธกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเสียทีเดียว เพราะยังปรากฏว่าในกลุ่มประเทศที่ยึดกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นหลักนั้นก็ยังยอมรับกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จารีตประเพณี[14]

ส่วนคำว่า “มหาชน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายว่าคนจำนวนมาก คนส่วนใหญ่หรือชนจำนวนมากในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Public” หรือ “Publicque” ในภาษาฝรั่งเศสมีที่มาจากภาษาลาตินว่า “res publica” คำว่า res ในภาษาลาตินหมายถึงสิ่งของ ส่วนคำว่า “publica” หมายถึงของประชาชนร่วมกัน สาธารณะ รัฐ หรือกลุ่มสังคม ดังนั้นความหมายของคำว่า “res publica” ในทางภาษาศาสตร์ จึงหมายความว่าสิ่งของสาธารณะหรือสิ่งที่เป็นประโยชน์ร่วมกันของคนในสังคมซึ่งตรงกับคำในภาษาฝรั่งเศสว่า La chose publicque[15]

ดังนั้นในเบื้องต้นเราอาจให้ความหมายของกฎหมายมหาชนว่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนส่วนใหญ่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสาธารณะ ซึ่งในทางวิชาการมีนักกฎหมายได้ให้ความหมายของคำว่า “กฎหมายมหาชน” ไว้ดังนี้

---

[12] สมยศ เชื้อไทย ก (2550). *นิติปรัชญาเบื้องต้น*. หน้า 131.

[13] แหล่งเดิม. หน้า 131.

[14] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*. หน้า 19.

[15] แหล่งเดิม. หน้า 20.

2.2.1 ความหมายของกฎหมายมหาชน

โมริซ ดูแวร์แซ อธิบายว่า กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับสถานะและอำนาจของผู้ปกครอง ทั้งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ส่วนกฎหมายเอกชนคือกฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ ทางกฎหมายระหว่างผู้อยู่ใต้การปกครองด้วยกันเอง[16]

อัลเปียน (Ulpian) นักกฎหมายชาวโรมันได้ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนไว้ว่า “บทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของส่วนรวมของบ้านเมืองโรมันบทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายมหาชน ส่วนบทบัญญัติใดที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน บทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายเอกชน” (Publicum isu est quod ad statum rei Romance spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem) ในความเห็นของอัลเปียน กฎหมายมหาชนคือกฎหมายที่เกี่ยวกับรัฐโรมันในขณะที่กฎหมายเอกชนเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของเอกชนแต่ละคน[17]

กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนว่า คือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของรัฐหรือส่วนรวมและยังหมายความรวมถึงกฎเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนซึ่งมีฐานะที่ไม่เทียมกัน[18]

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า กฎหมายมหาชนหมายถึง กฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐกับประชาชน หรือระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันบนพื้นฐานของความไม่เทียมกัน โดยรัฐในฐานะผู้มีอำนาจปกครองนั้นมีอำนาจอยู่เหนือประชาชน กฎหมายมหาชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจ (รัฐ) บังคับให้ประชาชนต้องปฏิบัติตาม ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะมีบทลงโทษตามมา ต่างกับกฎหมายเอกชนซึ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น กฎหมายเอกชนจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับบุคคลสองฝ่ายที่มีความเท่าเทียมกันในการแสดงเจตนาเข้ามาทำปฏิสัมพันธ์ทางกฎหมาย หัวใจของกฎหมายเอกชนคือความเท่าเทียม จึงมีสุภาษิตกฎหมายเอกชนว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ก็สามารถทำได้” ส่วนหัวใจของกฎหมายมหาชนคืออำนาจ จึงมีสุภาษิตกฎหมายมหาชนว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ก็ไม่สามารถทำได้” ซึ่งหมายความว่า การกระทำใดของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สร้างนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายได้ให้อำนาจ

---

[16] โภคิน พลกุล ก (2525). *หลักกฎหมายมหาชน* (เอกสารประกอบการบรรยาย). อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 21.

[17] หัสวุฒิ วิทิตวิริยะกุล. (ม.ป.ป.). *ทฤษฎีว่าด้วยการแบ่งแยกขอบเขตของกฎหมาย: ระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน.* อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 21.

[18] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ก (2551). *กฎหมายปกครอง.* หน้า 21.

แก่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ถ้ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยไม่มีอำนาจ การกระทำนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย[19]

ภูริชญา วัฒนรุ่ง อธิบายว่า "กฎหมายมหาชนนั้นคือกฎหมายที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับการปกครองประเทศ"[20] ซึ่งเมื่ออธิบายพิจารณาประกอบกับคำอธิบายของศาตราจารย์เบนัวส์ แห่งมหาวิทยาลัยเมืองแรนส์ (Rennes) ประเทศฝรั่งเศสได้อธิบายว่า "ในทุกสังคมที่ได้มีการจัดการปกครองและไม่ว่าจะเป็นการปกครองในรูปแบบใด หากมีการจัดการปกครองที่ถือได้ว่าเป็นระบบแล้ว ย่อมจะมีการแยกแยะการใช้กฎหมายออกเป็นกฎหมายสำหรับผู้ปกครองใช้กับผู้ใต้ปกครองอย่างหนึ่งกับกฎหมายที่ราษฎรผู้อยู่ใต้ปกครองใช้ระหว่างราษฎรด้วยกันเองอีกอย่างหนึ่ง" จากคำอธิบายของนักวิชาการดังกล่าวข้างต้น พอสรุปความหมายของกฎหมายมหาชนได้ดังนี้ "กฎหมายมหาชน" หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรในลักษณะที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีเอกสิทธิ์หรือมีสถานะเหนือกว่าราษฎรซึ่งเป็นเอกชน อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับการปกครอง หรือ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองของรัฐนั่นเอง

2.2.2 ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitution Law) หมายถึงบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดรูปแบบของรัฐรูปแบบ การปกครอง โครงสร้างอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดด้วยกัน ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดกับประชาชน ตลอดจนการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ไพโรจน์ ชัยนาม ได้ให้ความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญไว้ว่า "เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่กำหนดหรือวางระเบียบสถาบันการเมืองของรัฐ"[21]

ประยูร กาญจนดุล[22] ได้อธิบายว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการวางระเบียบการปกครองรัฐในทางการเมืองโดยกำหนดโครงสร้างของรัฐระบอบ

---

[19] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 22.

[20] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ข (ม.ป.ป.). *ปรัชญาและหลักการกฎหมายมหาชน*. หน้า 19.

[21] ไพโรจน์ ชัยนาม. (2524). *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*. หน้า 66.

[22] มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. (2554). *วิชาทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน LW 540* (เอกสารประกอบการเรียนการสอนระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ ปีการศึกษา 2554 ภาคเรียนที่ 1)

การปกครอง การใช้อำนาจอธิปไตยและการดำเนินงานของสถาบันสูงสุดของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวย่อ ๆ คือกำหนดวิธีการปกครองหรือระบอบการเมืองของรัฐ"

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ให้ความหมายกฎหมายรัฐธรรมนูญหมายถึง "บรรดากฎเกณฑ์ แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองทางปกครองของรัฐไม่ว่าจะกำหนดรูปแบบการปกครอง โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับประชาชนโดยเฉพาะเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน"[23]

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญจะกำหนดการจัดอำนาจและองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในรัฐ กล่าวคือ กฎหมายรัฐธรรมนูญจะครอบคลุมการจัดองค์กร การดำเนินการ อำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวต่อกันและต่อประชาชน โดยปกติสาระของกฎหมายรัฐธรรมนูญจะปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเป็นหลัก ยังมีกฎเกณฑ์อื่นที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ไม่ได้รวมอยู่ในรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งขยายรัฐธรรมนูญในรายละเอียด อาทิเช่น กฎหมายเลือกตั้ง นอกจากนั้นกฎหมายรัฐธรรมนูญยังประกอบด้วยหลักเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ จารีตประเพณี หรือแม้แต่คำพิพากษาของศาลในกฎหมายมหาชน อาทิ ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง"[24]

รัฐธรรมนูญ (Constitution) มักมีผู้ให้ความหมายว่า "รัฐธรรมนูญหมายถึงกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ" ซึ่งความหมายดังกล่าวเป็นการบอกถึงสถานะหรือลำดับชั้นของกฎหมายรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายแห่งรัฐเท่านั้น แต่ไม่ได้บ่งบอกถึงความหมายที่แท้จริงในลักษณะเนื้อหาหรือสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้นในทางวิชาการจึงมีความหมายของรัฐธรรมนูญ ไว้ 3 ความหมาย ดังนี้[25]

1. รัฐธรรมนูญตามเนื้อหา

รัฐธรรมนูญตามเนื้อหาหรือรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง หมายถึงบรรดากฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐ โดยกฎเกณฑ์นั้นอาจรวบรวมอยู่ในรูปของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หรืออยู่ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลากหลายฉบับที่ไม่ได้มีชื่อเรียกว่า "รัฐธรรมนูญ" ก็ได้ เช่นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรืออยู่ในรูปของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น

---

[23] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 106.

[24] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก (2537). *กฎหมายมหาชน, การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย.* หน้า 20.

[25] สมยศ เชื้อไทย ข (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.* หน้า 3-8.

จารีตประเพณี หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาล กฎเกณฑ์ทั้งหลายล้วนแล้วแต่เป็นรัฐธรรมนูญตามความหมายนี้หากเป็นกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมือง การปกครองของรัฐ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญตามเนื้อหาหรือรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างนั้น มีความหมายเช่นเดียวกับ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “รัฐธรรมนูญ” ตามเนื้อหาหรือรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้าง กับ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” เป็นสิ่งเดียวกัน

2. รัฐธรรมนูญตามแบบพิธี

รัฐธรรมนูญตามแบบพิธีหรือรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบ หมายถึง กฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐที่รวบรวมไว้อย่างเป็นระบบในเอกสารลายลักษณ์อักษรฉบับหนึ่งที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” โดยมีกระบวนการจัดทำเป็นพิเศษที่แตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดา

กฎเกณฑ์แบบแผนในการจัดระเบียบทางการเมืองของรัฐที่จะเป็นรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีจึงได้ประกอบไปด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ 1) กฎเกณฑ์นั้นต้องบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และ 2) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั้นต้องมีกระบวนการจัดทำพิเศษที่แตกต่างจากกระบวนการจัดทำกฎหมายธรรมดา ดังนั้นกฎเกณฑ์แบบแผนในการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐใดที่ไม่ได้บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่ปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายธรรมดา จารีตประเพณี หรือคำพิพากษาของศาล ย่อมไม่ถือว่ากฎเกณฑ์นั้นเป็นรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้นักกฎหมายจึงเรียกรัฐธรรมนูญตามแบบพิธีว่า “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร”

สำหรับประเทศอังกฤษซึ่งมีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีหรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญตามแบบพิธี แต่อย่างไรก็ดีประเทศอังกฤษก็มีรัฐธรรมนูญตามเนื้อหาหรือมีกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติ คำพิพากษาของศาล จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ[26]

3. รัฐธรรมนูญตามอุดมคติทางการเมือง

รัฐธรรมนูญในความหมายนี้ย่อมผันแปรไปตามอุดมการณ์ทางการเมืองที่ยึดถือเป็นอุดมคติในการปกครองรัฐ หากยึดถือลัทธิเสรีประชาธิปไตยหรือลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมเป็นกติกาพื้นฐานในการปกครอง รัฐธรรมนูญตามลัทธินี้ย่อมหมายถึงกฎเกณฑ์แบบแผนที่ว่าด้วยการจัดระเบียบทางการเมืองการปกครองของรัฐที่มุ่งจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฉะนั้นกฎเกณฑ์การปกครองรัฐที่จะเป็นรัฐธรรมนูญตามลัทธิรัฐธรรมนูญ

---

[26] สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนันท์. (2553). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 15.

นิยมได้จะต้องประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 2 ประการคือ 1) การจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง และ 2) การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังที่ข้อ 16 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสบัญญัติไว้ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดแจ้ง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” ซึ่งการไม่มีรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ย่อมหมายถึงการไม่มีรัฐธรรมนูญตามลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนั่นเอง[27]

2.3 แนวคิด ทฤษฎีพื้นฐานเกี่ยวกับระบบกฎหมาย

การศึกษาถึงปัญหาการตีความกฎหมายและปัญหาเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เกิดความเข้าใจในระบบกฎหมายของไทยและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน จำเป็นที่จะต้องศึกษาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายอื่นที่ใช้อยู่ในโลก เพื่อที่จะทำให้เกิดความรู้ ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบกฎหมายได้ในระดับหนึ่ง โดยในวิทยานิพนธ์เล่มนี้จะศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งเป็นระบบใหญ่เท่านั้น

2.3.1 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law System)

หรือเรียกกันว่า “ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร” หรือ “ระบบกฎหมายจารีตประเพณี” ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้มีการรวบรวมเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายคอมมอนลอว์จึงเกิดจากจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล คำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็นที่มาของกฎหมาย กล่าวคือเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลได้วินิจฉัยไปแล้วคำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อๆ มา ซึ่งจะพิพากษาคดีที่มีประเด็นอย่างเดียวกันเหมือนๆ กัน เป็นกรณีที่พิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป ระบบนี้มีแหล่งกำเนิดและวิวัฒนาการในประเทศอังกฤษเป็นแห่งแรกเนื่องจากมีประวัติศาสตร์ในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนการปกครองในระบบศักดินา ทำให้ท้องถิ่นแต่ละท้องถิ่นต่างพิจารณาข้อพิพาท พิพากษาโดยใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้น โดยไม่ทราบว่าท้องถิ่นอื่นพิพากษาว่าอย่างไร สิทธิและหน้าที่ของบุคคลจะมีมากน้อยเพียงใดจึงอยู่ที่สถานะของบุคคลตามท้องถิ่น พระมหากษัตริย์ในฐานะผู้พิพากษาสูงสุด และเป็นที่มาของความยุติธรรมซึ่งพยายามรวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลางจึงได้จัดตั้งศาลหลวงขึ้นมาเอง และส่งผู้พิพากษาเดินทางหมุนเวียนไปพิพากษาคดีทั่วราชอาณาจักรและผู้พิพากษาก็ได้สร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งเป็นสามัญ (Common)

---

[27] แหล่งเดิม. หน้า 19.

เป็นลักษณะเดียวกันใช้บังคับในทุกส่วนราชอาณาจักร เป็นกฎหมายคอมมอนลอว์โดยสรุปการเกิดขึ้นของคอมมอนลอว์ มี 2 แนวทางคือ

ประการที่ 1 หลักเกณฑ์จารีตประเพณีทั่วไปที่ได้มีอยู่แล้วในแต่ละท้องถิ่น ผู้พิพากษาเป็นแต่แสดงหลักเกณฑ์นั้นๆ แล้วนำมาปรับแก่คดีเท่านั้น

ประการที่ 2 ผู้พิพากษาได้สร้างคอมมอนลอว์ขึ้นโดยคำพิพากษาและศาลได้ยอมรับเป็นบรรทัดฐานที่เรียกว่า“Judge Made Law” ด้วยเหตุนี้คำพิพากษาของศาลจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย และกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องและถือว่าเป็นข้อยกเว้นของคำพิพากษาของศาลและจารีตประเพณีซึ่งเป็นลักษณะกฎหมายทั่วไปของประเทศ[28]

ซึ่งพอกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ “Common Law” คือหลักกฎหมายที่ศาลหลวงของอังกฤษได้เคยวางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดี ในอดีตคอมมอนลอว์จึงเป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดีจึงเรียกกันว่าเป็น “Judge Made Law” บ้าง เป็น “Case Law” บ้าง โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมากและถือเอาคำพิพากษาของศาลสูงที่ได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกันเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง

ประเทศที่เป็น “แม่แบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือ ประเทศอังกฤษซึ่งในอดีตอังกฤษเคยมีอาณานิคมหรือดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองของอังกฤษกระจายอยู่ทั่วโลก เมื่อประเทศเหล่านั้นเป็นเอกราชจากอังกฤษ ก็ยังคงใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการและส่วนใหญ่ยังคงใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ต่อไป เช่น สหรัฐอเมริกา แคนาดา อินเดีย ปากีสถาน มาเลเซีย สิงคโปร์ ออสเตรเลียประเทศต่าง ๆ ในแอฟริกา ที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ ฯลฯ[29]

2.3.2 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law System)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้พัฒนาขึ้นในอาณาจักรโรมันที่ยึดถือจารีตประเพณีตั้งแต่สมัยบรรพกาลในการปฏิบัติและตัดสินข้อพิพาทกันอย่างเคร่งครัด จนกระทั่งพลเมืองของชาวโรมันที่เรียกว่า “Plebian” ได้รวมตัวเรียกร้องให้มีการนำจารีตประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดและรับรู้กันในเฉพาะชนชั้นสูงที่เรียกว่า “Patrician” มาบันทึกไว้ในที่เปิดเผยให้สาธารณชนรับรู้ได้โดยทั่วไปด้วยการจารึกบนแผ่นศิลาจำนวน 12 แผ่น หรือที่รู้จักกันดีในนามของ “กฎหมาย 12 โต๊ะ”

ในช่วงแรกกฎหมายนั้นใช้บังคับกับชาวโรมันเท่านั้น จึงทำให้ระบบกฎหมายนี้มีชื่อว่า “Corpus Juris Civillis)” ต่อมาอาณาจักรโรมันได้แผ่ขยายอาณาเขตส่งผลให้กฎหมายชาวโรมันไม่สามารถถือได้ว่าได้ใช้กับชาวโรมันเท่านั้น แต่ได้แผ่ขยายดินแดนในการมีผลบังคับใช้

---

[28] สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://e-book.ram.edu/e-book/l/LW104(49)/LW104(49)-1-3.pdf

[29] ชาญชัย แสวงศักดิ์ ก (2553). *กฎหมายมหาชน ความเป็นมาและทฤษฎีและหลักการที่สำคัญ*. หน้า 11.

อย่างกว้างขวาง จนถึงช่วงที่อาณาจักรโรมันได้ล่มสลายด้วยการรุกรานและมีชัยชนะเหนือของชนเผ่าเยอรมัน กฎหมายโรมันจึงได้หยุดการพัฒนาลงนับแต่นั้น

กฎหมายโรมันได้กลับมามีอิทธิพลอีกครั้งในราวศตวรรษที่ 13 ที่ระบบการค้า และการศึกษามีการขยายตัวมากขึ้น ความขัดแย้งระหว่างอาณาจักรกับศาสนจักรที่ได้ขยายอิทธิพลในช่วงที่กฎหมายโรมันล่มสลายลงนั้น มีความชัดเจนและรุนแรงมากขึ้น ความต้องการในการระงับความขัดแย้งดังกล่าวจึงได้หันมาให้ความสนใจต่อกฎหมายโรมันของชนชั้นกลางและนักวิชาการในรั้วมหาวิทยาลัยด้วยความเชื่อมั่นว่ากฎหมายจะเป็นเครื่องมือที่อำนวยความก้าวหน้าและรักษาความมั่นคงและจัดวางระเบียบแบบแผนแก่สังคมและสามารถมีความยิ่งใหญ่ได้เหมือนสมัยโรมัน[30]

จึงอาจกล่าวได้ว่า ซีวิลลอว์ (Civil Law) เป็นระบบกฎหมายซึ่งได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน ลักษณะพื้นฐานของซีวิลลอว์คือเป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นระบบประมวล และมิได้ตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาล ระบบกฎหมายดังกล่าวจึงได้ยึดถือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบ่อเกิดหลักของกฎหมาย และระบบศาลมักจะใช้วิธีพิจารณาโดยระบบไต่สวน และศาลจะไม่ผูกพันตามคำพิพากษาในคดีก่อนๆ

สรุปได้ว่าระบบประมวลกฎหมายมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมัน (Roman Law) ระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างมาก จึงได้มีการตราประมวลกฎหมาย (Codes) ขึ้นใช้บังคับเพื่อวางหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปและสามารถนำไปปรับใช้ในกรณีต่างๆ ได้

ประเทศที่เป็น “แม่แบบ” ของระบบกฎหมายนี้คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ตลอดจนประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น อิตาลี สเปน โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ ซึ่งในอดีตประเทศเหล่านี้เคยมีอาณานิคมหรือดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองกระจายอยู่ทั่วโลก เมื่อประเทศเหล่านั้นเป็นเอกราชก็ยังคงใช้ภาษาของอดีตเจ้าอาณานิคมเป็นภาษาราชการ และส่วนใหญ่ยังคงใช้ระบบประมวลกฎหมายต่อไป เช่นประเทศลาตินอเมริกาในอเมริกากลาง และอเมริกาใต้ประเทศต่าง ๆ ในแอฟริกาที่ใช้ภาษาฝรั่งเศสเป็นภาษาราชการ ตลอดจนประเทศที่ไม่เคยอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปแต่ได้ตัดสินใจใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และไทย[31]

---

[30] กิตติศักดิ์ ปรกติ ก (ม.ป.ป.). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.” *ดุลพาห,* 41(1). หน้า 51.

[31] ชาญชัย แสวงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 11.

2.3.3 ความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)[32]

อุดม รัฐอมฤต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้แยกความแตกต่างของระบบกฎหมายทั้งสองไว้พอสังเขปดังนี้

1. ระบบคอมมอนลอว์ หลักกฎหมายโดยทั่วไปเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยตัดสินคดีของศาลสูงหรือ Case Law ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ หลักกฎหมายโดยทั่วไปของประเทศจัดทำในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือประมวลกฎหมาย (Code) และทำให้ความสำคัญของคำพิพากษาของศาลสูงแตกต่างกันไป ในระบบคอมมอนลอว์ มีผลให้ยึดคำพิพากษานั้นเป็นแนวทางในการตัดสินคดีต่อ ๆ ไป (Precedent) ในขณะที่ระบบซีวิลลอว์ถือว่าศาลสูงเป็นเพียงผู้แปลหรือตีความกฎหมาย

2. ระบบคอมมอนลอว์ ยอมรับคำพิพากษาของศาลสูงที่เป็นบรรทัดฐานมาใช้เป็นหลักกฎหมายในการศึกษาในขณะที่ระบบซีวิลลอว์ จะสอนและศึกษาทฤษฎีของกฎหมายที่เป็นเหตุเป็นผลของหลักกฎหมายเป็นที่มาของตัวบทกฎหมายไม่ว่ากฎหมายจะอยู่ในรูปประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติ นอกจากนี้ยังมีการแยกหลักกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกัน เมื่อเทียบกับระบบคอมมอนลอว์ มิได้แยกกฎหมายเป็นสาขามหาชนหรือสาขาเอกชนส่วนใหญ่ยังใช้หลักกฎหมายแพ่งทั่วไปที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงมาใช้กับคดีทั้งที่คู่กรณีเป็นเอกชนด้วยกัน หรือในระหว่างรัฐกับเอกชน

3. ในระบบคอมมอนลอว์ จะใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือศาลยุติธรรมเพียงระบบเดียวในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในกฎหมายต่างๆ ได้ในทุกกรณี ทั้งในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนไม่ว่าจะอยู่ในเรื่องกฎหมายแพ่งหรือในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมในกฎหมายอาญา หรือในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนในคดีปกครอง ส่วนระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ส่วนใหญ่ใช้ระบบศาลคู่ คือศาลยุติธรรมในอำนาจหน้าที่ศาลทั่วไปในคดีแพ่งและคดีอาญา และมีศาลอื่นนอกจากศาลยุติธรรมพิจารณาคดีพิพาทระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน เช่น ศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม

4. ในระบบคอมมอนลอว์ ศาลในคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไปจะใช้ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ศาลจะทำหน้าที่กรรมการคนกลางคอยดูแลให้ทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอยู่ในกติกาเท่านั้น แต่ในระบบซีวิลลอว์ใช้ระบบค้นหาความจริง (Inquisitorial System) ซึ่งผู้พิพากษาจะมีบทบาทอย่างมากในการดำเนินกระบวนพิจารณา เช่น การซักถามข้อเท็จจริงที่จำเป็น

---

[32] อุดม รัฐอมฤต. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/content/file_1379301427.pdf.

ต่อการนำไปสู่การตัดสินที่ถูกต้องและเป็นธรรม ไม่ปล่อยให้คู่ความแต่ละฝ่ายใช้ความสามารถในทางคดีชิงไหวชิงพริบเพื่อให้ศาลเชื่อตนมากกว่าคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม

5. ในระบบคอมมอนลอว์ จะเน้นการศึกษาและฝึกอบรมนักกฎหมายไปในทางเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ (เป็น Barrister หรือ Solicitor) เพื่อเข้าสู่การทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษา พนักงานอัยการหรือทนายความ ทั้งในทางคดีและการเป็นนิติกร หรือตำแหน่งหน้าที่อื่นที่ใช้ความรู้ทางกฎหมาย แต่ระบบซีวิลลอว์ผู้ประกอบวิชาชีพต้องศึกษาภาควิชาการในมหาวิทยาลัยเป็นพื้นฐานก่อนที่ต้องผ่านการฝึกอบรมในการประกอบวิชาชีพอีกชั้นหนึ่ง หากต้องการประกอบวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม

สมยศ เชื้อไทย เนื้อหาของระบบกฎหมายทั้งสองอาจเหมือนกันหรือแตกต่างกันก็ได้ แต่แตกต่างกันที่นิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความคิด วิธีคิด การใช้ และการตีความกฎหมาย การแบ่งแยกหมวดหมู่ของกฎหมาย ฯลฯ) ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้[33]

1. ทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ระบบประมวลกฎหมายเริ่มต้นจากจารีตประเพณี ซึ่งถูกปรุงแต่งให้เจริญขึ้นเรื่อย ๆ โดยในระยะแรก จักรวรรดิโรมันได้รวบรวมเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน “กฎหมายสิบสองโต๊ะ” และต่อมาได้นำเอากฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายของนิติศาสตร์ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลมารวบรวมไว้ในประมวลกฎหมายของพระเจ้าจัสติเนียน นักกฎหมายในระบบประมวลกฎหมายจึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นระบบเหตุผลที่ถูกต้องและเป็นกฎหมายทั่วไป

ส่วนระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเริ่มต้นจากจารีตประเพณีเช่นกันแต่มิได้มีการนำมารวบรวมไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังเช่นในระบบประมวลกฎหมาย กฎหมายลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เพิ่งจะเริ่มมีขึ้นในระยะก่อนคริสต์ศตวรรษที่ 15 บ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายเกือบทั้งหมดมาจากคำพิพากษาของศาลหลวง มิใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นเพียงกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่อง นักกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จึงมีทัศนคติต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าเป็นกฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลหลวงที่เป็นบรรทัดฐาน

2. ทัศนคติต่อคำพิพากษา

ในระบบประมวลกฎหมาย คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงคำอธิบายในการใช้ตัวบทกฎหมายที่นำมาปรับใช้แก่คดี โดยทั่วไปจึงถือว่าคำพิพากษามิใช่บ่อเกิดของกฎหมาย นักกฎหมาย

---

[33] สมยศ เชื้อไทย. (ม.ป.ป.). *คำอธิบายความรู้กฎหมายทั่วไป*. อ้างถึงใน ชาญชัย แสวงศักดิ์ ก เล่มเดิม. หน้า 13-15.

จึงอาจวิพากษ์วิจารณ์คำพิพากษาของศาลได้ว่าไม่สอดคล้องกับตัวบทกฎหมาย ดังนั้นคำพิพากษาใหม่จึงอาจจะวางหลักเกณฑ์หรือให้เหตุผลเสียใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไปจากแนวคำพิพากษาเดิมเพื่อให้สอดคล้องกับตัวบทกฎหมายก็ได้

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือกันว่าคำพิพากษาของศาลหลวงจะเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย คำพิพากษาในคดีต่อมาในกรณีอย่างเดียวกันย่อมต้องตัดสินตามแนวคำพิพากษาของศาลหลวงในคดีก่อนๆ เสมอ การศึกษากฎหมายจึงศึกษาจากคำพิพากษาของศาลหลวงนั่นเอง

3. ทัศนคติต่อจารีตประเพณีและศีลธรรม

ในระบบประมวลกฎหมาย กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นผลมาจากการนำจารีตประเพณี และหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วมาบันทึกไว้ จารีตประเพณีและหลักกฎหมายก็เกิดเหตุผลตามธรรมดาที่มีอยู่ในจิตใจของสามัญชนและเหตุผลที่ปรุงแต่งขึ้น ความรู้สึกว่ากฎหมายเป็นปฏิปักษ์ต่อศีลธรรม และจารีตประเพณีจึงมีน้อย นักกฎหมายในระบบนี้ยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่คู่เคียงกับจารีตประเพณีและเป็นสิ่งค้ำจุนศีลธรรมด้วย ดังนั้นกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีและศีลธรรม จึงเป็นสิ่งซึ่งประกอบซึ่งกันและกัน

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีทัศนคติว่าจารีตประเพณี ศีลธรรม และกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นคนละเรื่องกัน ไม่เกี่ยวข้องกัน และอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อกันได้

4. การใช้และการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในระบบประมวลกฎหมายยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายหลักและเป็นกฎหมายทั่วไปนั้นมี “กำลังภายใน” ที่สามารถจะนำไปใช้ปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ทุกกรณีที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายนั้น ๆ นักกฎหมายจึงอาจตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยนัยต่างๆ ได้โดยพิจารณาตามเหตุผลในตัวบทกฎหมายนั้นๆ หรือบางครั้งก็อาจใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (Analogy) กับบทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงได้ด้วย

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าหลักกฎหมายเกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลหลวง ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องเท่านั้น ดังนั้นการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงมีวิธีการพิเศษที่เรียกว่า “การตีความตามตัวอักษร” (Literal Interpretation) ที่มีลักษณะผูกมัดผู้ตีความให้ติดอยู่กับตัวอักษรในมาตราซึ่งอ่านอยู่เฉพาะหน้าและไม่อาจนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปใช้โดยวิธีเทียบเคียงได้

5. วิธีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในระบบประมวลกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการบัญญัติกฎหมายทั่วไปในบางเรื่องและรายละเอียดในบางเรื่อง หากไม่อาจวางหลักเกณฑ์ทั่วไปให้สามารถ

ครอบคลุมได้ทุกกรณี ก็จะมีบททั่วไปเพื่อให้ผู้ใช้กฎหมายมีดุลพินิจในการใช้กฎหมาย ให้เหมาะสมกับความเป็นธรรมในแต่ละคดีได้

2.4 แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับระบบศาล

การจะเข้าใจในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน รวมถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องรู้ถึงระบบศาลตามหลักสากล เพราะเหตุที่ว่าอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน และการทำหน้าที่ของศาลนั้นจำเป็นต้องคำนึงถึงระบบศาลเป็นสำคัญด้วย

2.4.1 ระบบศาลเดี่ยว (Unite de jurisdiction)[34]

เป็นระบบที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจตีความกฎหมายและพิจารณาตัดสินคดีทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นคดีอาญา แพ่ง ปกครอง หรือไม่ว่าจะเป็นเรื่องอะไรก็ตาม ดังนั้นในเรื่องของกฎหมายมหาชน ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจในการค้นหาตีความให้ความหมายของกฎหมายมหาชน

ส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้ระบบนี้จะเป็นประเทศในกลุ่มกฎหมายแองโกลอเมริกัน เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และบางประเทศในกลุ่ม Civil Law เช่น ญี่ปุ่น ซึ่งได้รับอิทธิพลในการจัดระบบศาลจากอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ในประเทศเหล่านี้แม้จะมีการจัดตั้งองค์กรฝ่ายบริหารใช้อำนาจกึ่งตุลาการเพื่อพิจารณาคดีปกครองก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็มีอำนาจที่จะพิจารณาได้อีก เหตุผลในการจัดระบบศาลเดี่ยวนั้น เพราะมีเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษถือเป็นแม่แบบของระบบศาลเดี่ยว ประวัติศาสตร์ของอังกฤษนั้นแต่เดิมใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นซึ่งแตกต่างกันไปตามแต่ละท้องถิ่น กระจายไปทั่วดินแดนต่างๆ ต่อมาพวกนอร์มันเข้ายึดครองจึงบังคับใช้จารีตประเพณีท้องถิ่นควบคู่ไปกับศาลศักดินา พระมหากษัตริย์ในฐานะที่มาของความยุติธรรม จึงมีพระประสงค์ให้ใช้กฎหมายเดียวกันทั้งอาณาจักร เพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและเป็นการขจัดอิทธิพลของเจ้าศักดินา ประชาชนก็ให้ความสนใจศาลของพระมหากษัตริย์มากขึ้น เพราะความมีประสิทธิภาพและคำพิพากษาสามารถบังคับได้ทั่วทั้งอาณาจักรที่เรียกว่า Common Law ต่อมาศาล Common Law จึงมีอำนาจทั่วไปแทนศาลศักดินา ด้วยเหตุนี้ประวัติศาสตร์อังกฤษจึงเป็นประวัติศาสตร์แห่งการพยายามรวมอำนาจศาลเข้าเป็นแห่งหนึ่งแห่งเดียวโดยการที่ศาลของพระมหากษัตริย์พยายามกลืนอำนาจศาลอื่นจนเป็นผลสำเร็จ ช่วงนี้จึงเป็นการขยายอำนาจศาล และรวมอำนาจพิจารณาคดีมาสู่ศาลพระมหากษัตริย์เพียงคนเดียว จนกระทั่งในเวลาต่อมาก็มีการตั้งศาลพิเศษขึ้นมา คือ ศาล Equity โดยอ้างพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่มาของความยุติธรรม เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในการพิจารณาคดีของศาล Common Law จึงใช้ศาล

---

[34] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 299.

Equity เป็นเครื่องมือในการขยายพระราชอำนาจมากกว่าจะเป็นการให้ความยุติธรรมจริงๆ จึงเกิดความขัดแย้งกันขึ้น ดังนั้น ประวัติศาสตร์ของอังกฤษจึงเป็นประวัติศาสตร์ของความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการแยกศาลออกเป็นศาลยุติธรรม (โดยความสนับสนุนของรัฐสภา) กับศาล Equity (โดยความสนับสนุนของกษัตริย์) ซึ่งกษัตริย์ใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการขยายอำนาจ จนเป็นผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน จนในที่สุดรัฐสภาจึงออกมาต่อต้านและได้บังคับให้เลิกศาลพิเศษและให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตัดสินคดีทุกประเภท

นอกจากนี้ อาจเป็นไปได้ว่าการตีความทฤษฎีการแยกอำนาจอธิปไตยอย่างเคร่งครัด เช่น ในสหรัฐอเมริกาก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งในการใช้ระบบศาลเดี่ยว ดังจะเห็นได้จากระบบศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาถือหลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเด็ดขาด ศาลมีอำนาจอิสระและมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีค่อนข้างมาก แม้แต่การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ ก็เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น

โภคิน พลกุล ได้อธิบายว่าระบบศาลเดี่ยวคือระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง โดยให้ผู้พิพากษาซึ่งมีคุณสมบัติและความรู้ทางกฎหมายเป็นการทั่วไป (Generalist) เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์[35] (Common Law) เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แบบเดียวกับอังกฤษเหตุผลของระบบศาลเดี่ยวอยู่ที่ว่า บุคคลมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย และต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวและขึ้นศาลเดียวกัน ระบบนี้จึงไม่มีความแตกต่างระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครอง ซึ่งหมายถึงเจ้าหน้าที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐ โดยถือว่าทั้งเอกชนและฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์อันเดียวกัน จึงต้องถูกพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรมซึ่งเป็นระบบหลักเพียงระบบเดียวที่มีถึงชั้นศาลฎีกาและอยู่ในสังกัดของฝ่ายตุลาการหรือกระทรวงยุติธรรม ศาลปกครองจึงมิได้แยกออกเป็นเอกเทศ แต่ล้วนอยู่ในระบบศาลยุติธรรมโดยเป็นส่วนหนึ่งหรือแผนกหนึ่งของศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง หรือคดีประเภทอื่น ผู้พิพากษาในคดีปกครอง ในระบบศาลเดี่ยวนี้จึงมีคุณสมบัติและความรู้ในทางกฎหมายเป็นการทั่วไป

---

[35] โภคิน พลกุล ข (2544). *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*.

2.4.2 ระบบศาลคู่ (Dualist de jurisdiction)[36]

ระบบศาลคู่ เป็นระบบศาลที่ให้อำนาจการตัดสินคดีมีมากกว่าหนึ่งศาลนอกจากจะมีศาลยุติธรรมที่มีอำนาจตัดสินคดีทั่วไปแล้ว ก็ยังมีศาลปกครองซึ่งจะพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ ศาลยุติธรรมไม่ได้มีอำนาจในคดีทุกประเภท ศาลยุติธรรมมีหน้าที่ตัดสินคดีในกฎหมายเอกชนเท่านั้น ถ้าเป็นคดีอื่นๆ ในกฎหมายมหาชนต้องใช้ศาลพิเศษตัดสิน จะเห็นได้ว่าในระบบนี้ศาลปกครอง เป็นศาลพิเศษที่แยกออกจากศาลยุติธรรม ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่นี้ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบ Civil law โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบของระบบศาลคู่

เหตุที่ต้องมีการแยกออกเป็นศาลคู่เพราะว่าประเทศที่ใช้ระบบศาลแบบนี้มักจะมีการแยกประเภทของกฎหมายเป็นเอกชนกับกฎหมายมหาชน ซึ่งรากฐานแนวคิดในกฎหมายเอกชนแตกต่างจากแนวคิดในกฎหมายมหาชน ดังนั้น จะให้ศาลยุติธรรมที่มีหน้าที่ในการพิพากษาคดีทั่วไปมาพิพากษาคดีปกครองไม่ได้ เพราะแนวคิดในทางกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน แต่แนวคิด ในกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน เรื่องวัตถุประสงค์ก็แตกต่างกัน เพราะในกฎหมายเอกชนมีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ของคู่กรณีซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนบุคคล แต่สำหรับวัตถุประสงค์ในกฎหมายมหาชนเพื่อประโยชน์สาธารณะของคนส่วนใหญ่ ดังนั้นองค์กรที่ทำหน้าที่จึงต้องแยกจากกัน

การที่จะเข้าใจถึงระบบศาลคู่นั้น ควรที่จะศึกษาถึงประวัติการเกิดขึ้นของระบบศาลคู่นี้เสียก่อนซึ่งประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศต้นแบบของการใช้ระบบศาลคู่ ประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศสจะตรงกันข้ามกับอังกฤษ เพราะฝรั่งเศสเคยชินกับการแยกอำนาจศาล แยกประเภทคดีของศาลหลายประเภท

โดยแต่ก่อนนั้นฝรั่งเศสใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมตัดสินปัญหาทุกคดี มีการแย่งอำนาจกันระหว่างกษัตริย์และศาล ต่อมากษัตริย์จึงสร้างระบบกำกับอำนาจศาลขึ้นมา โดยจัดตั้งองค์กรในรูปคณะกรรมการที่เป็นอิสระจากพระมหากษัตริย์ ซึ่งต่อมาได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบศาลปกครองภายใต้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat)

เนื่องจากภายหลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ปรากฏว่าศาลยุติธรรมพยายามเข้ามาแทรกแซงฝ่ายบริหารมากเกินไป จึงเกิดการแย่งชิงอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายศาลยุติธรรม ฝ่ายยุติธรรมไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจมากขึ้น ก็พยายามผลักอำนาจในการพิจารณาคดีให้ขึ้นกับศาลยุติธรรม ในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองก็ไม่ยินยอม เพราะถือว่าถ้าทำเช่นนั้นก็เท่ากับฝ่ายตุลาการมาก้าวก่ายฝ่ายบริหาร จนกระทั่งมีการออกรัฐบัญญัติ

---

[36] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 300.

ห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาข้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และยังมีรัฐบัญญัติที่ห้ามศาลยุติธรรมพิพากษาคดีปกครองไม่ว่าประเภทใดๆ ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมมิให้ยุ่งเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง จนในปี พ.ศ. 1799 สมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 1 เป็นจักรพรรดิจึงมีการแยกศาลทั้งสองออกจากกันอย่างเด็ดขาด โดยหลักการประมุขของรัฐทรงสิทธิเด็ดขาดที่จะตัดสินคดีปกครองด้วยตนเอง โดยที่ประมุขของรัฐให้อำนาจสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีปกครองนั้นแล้วเสนอผลการวินิจฉัยให้ประมุขของรัฐพิจารณาสั่งการต่อไป

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าคำวินิจฉัยตัดสินของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐนั้นเป็นเพียงความเห็นที่จะต้องนำไปให้ประมุขของรัฐเห็นชอบอีก ซึ่งประมุขของรัฐอาจจะไม่เห็นชอบด้วยก็ได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติประมุขของรัฐมักจะเดินตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเสมอ แต่เพื่อหลีกเลี่ยงอำนาจที่อาจเกิดขึ้นตามอำเภอใจของประมุข ในเวลาต่อมาจึงเริ่มมีการแยกตัวเป็นอิสระของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ โดยการออกรัฐบัญญัติออกมาว่าให้แยกอำนาจสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐออกมาจากศาลยุติธรรม อย่างเด็ดขาด สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีอำนาจตัดสินคดีเองในนามของประชาชนฝรั่งเศส คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจึงมิใช่เป็นเพียง “ความเห็น” เช่นที่เคยเป็นมาต่อไป หากเป็น “คำพิพากษาคดีปกครอง” อย่างแท้จริง นับเป็นการก้าวเข้าสู่ยุคการมอบอำนาจเด็ดขาดให้พิพากษาคดีอย่างแท้จริง คำพิพากษาของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐไม่ต้องไปให้ฝ่ายบริหารให้ความเห็นชอบอีก ตรงนี้คือความยุติธรรมที่ถูกมอบให้โดยฝ่ายบริหารที่ไม่มายึดหน่วงอีกต่อไป (Justice Eleguee)

โภคิน พลกุล อธิบายความหมายของระบบศาลคู่ไว้ว่า

ระบบศาลคู่ คือระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีแพ่งและคดีอาญาเป็นหลักเท่านั้น ส่วนการพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองให้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งมีระบบศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดของตนเอง มีระบบผู้พิพากษาและองค์กรบริหารงานบุคคลเป็นเอกเทศต่างหากเป็นอิสระจากระบบศาลยุติธรรมโดยผู้พิพากษาศาลปกครองจะมีคุณสมบัติเฉพาะและมีความเชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครองเป็นพิเศษ ระบบนี้ใช้อยู่ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น ฝรั่งเศส เบลเยี่ยม อิตาลี เยอรมัน ออสเตรีย สวีเดน และฟินแลนด์[37]

ประเทศที่ใช้ระบบ “ศาลคู่” แบ่งออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ คือ

(1) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองมีหน้าที่พิจารณาคดีปกครองเพียงอย่างเดียว แต่ไม่มีอำนาจหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลได้แก่ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและประเทศออสเตรีย

---

[37] โภคิน พลกุล ข เล่มเดิม.

(2) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมโดยมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองแก่สถาบันซึ่งเรียกว่า “สภาแห่งรัฐ” หรือ “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ” (Council of State หรือ Conseil d’Etat) ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ 2 อย่าง คือเป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองด้วย ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยี่ยม ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศลักเซ็มเบอร์ก ประเทศอิตาลี ประเทศกรีซ ประเทศอียิปต์ ฯลฯ

(3) ประเทศที่จัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมโดยศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ 3 อย่าง คือให้คำปรึกษารัฐบาลเกี่ยวกับการร่างกฎหมาย ปัญหาข้อกฎหมายและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองด้วย ได้แก่ประเทศสวีเดน และฟินแลนด์ เป็นต้น

2.5 ระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศไทย

2.5.1 ระบบกฎหมายของประเทศไทย

เนื่องจากเป็นที่เห็นชัดว่าหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศไทยนั้นเป็นหลักกฎหมายที่จัดทำขึ้นในรูปของประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นการดำเนินการตามแนวทางอย่างเดียวกับประเทศที่อยู่ในระบบประมวลกฎหมาย ประเทศไทยมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความต่างๆ รวมทั้งมีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของพระราชบัญญัติ (Statutes) ดังนั้นจึงมีการแยกสาขากฎหมายเป็นสาขากฎหมายมหาชนกับสาขากฎหมายเอกชน มีระบบการศึกษาที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเหมือนกับประเทศในภาคพื้นยุโรปทั้งหลายที่มีประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเป็นหลัก

ประเทศไทยมิได้ถือว่าคำพิพากษาของศาลสูงเป็นที่มาของหลักกฎหมายเช่นอย่างในกฎหมายอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา ในประเทศไทยนั้น คำพิพากษาของศาลสูงเป็นเพียงการแปลหรืออธิบายหรือตีความตัวบทกฎหมายที่เป็นปัญหาเท่านั้น และที่สำคัญอย่างยิ่งก็คือการเลือกระบบกฎหมายเป็นระบบ Civil Law แทนที่จะเป็นระบบ Common Law สำหรับระบบกฎหมายประเทศไทยนั้น ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นผู้ตัดสินพระทัยในเรื่องนี้ เมื่อปี พ.ศ. 2440 (นอกเหนือจากการที่ก่อนหน้านั้นได้ทรงตั้งองค์กรในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบ Civil Law องค์กรที่สำคัญดังกล่าวนั้นคือ Council of State เมื่อปี พ.ศ. 2417 ซึ่งปัจจุบันคือคณะกรรมการกฤษฎีกา)

อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินการทางกฎหมายของบ้านเราจากเหตุที่ได้กล่าวแล้ว แต่ต้นว่าประเทศที่ใช้ระบบ Common Law ทั้งหมดเรียกได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ ซึ่งเผอิญเป็นภาษาที่คนไทยมีความรู้ความเข้าใจได้ดีมากกว่าภาษาต่างประเทศอื่นๆ ดังนั้นการศึกษาเพิ่มเติมก็ดี การอาศัยการศึกษาจากตำรากฎหมายต่างประเทศก็ดี ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นภาษาอังกฤษซึ่งจะเป็น

วิชาการในทางระบบกฎหมาย Common Law ทั้งสิ้นและได้ส่งผลให้การศึกษาในมหาวิทยาลัย และแนวความคิดที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย Common Law ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อผู้ปฏิบัติงานในทางกฎหมายของประเทศไทยอยู่เป็นเวลานาน แต่นั่นก็ไม่ได้ทำให้ระบบกฎหมาย Civil Law ที่พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตั้งขึ้นไว้เปลี่ยนไปเป็นระบบ Common Law แต่อย่างใด[38]

2.5.2 ระบบศาลของประเทศไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า[39] ระบบศาลของไทยไม่ได้เดินตามแนวทางของฝรั่งเศสหรืออังกฤษหรือประเทศใดประเทศหนึ่ง จึงอาจถือได้ว่าประเทศไทยใช้ระบบผสม คือ ผสมระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส กล่าวคือ ศาลยุติธรรมยังมีอำนาจในการตัดสินคดีต่างๆ อยู่ เว้นแต่ในบางเรื่องที่กำหนดให้องค์กรอื่นมีอำนาจการวินิจฉัยตัดสินคดี

ดังนั้น คดีความทุกอย่างศาลยุติธรรมจะเป็นผู้พิจารณา แต่ก็มีบางกรณีที่ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจตัดสิน เช่น คดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจตีความว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะในรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญคือ ตุลาการรัฐธรรมนูญ (ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) และยังมีรัฐสภา องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติอีก โดยศาลยุติธรรมจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยว โดยเมื่อมีคดีเข้ามาสู่ศาลหากคู่ความอ้างหรือศาลเห็นเองว่าบทกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญให้ศาลส่งเรื่องให้ตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดหรือไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่หากศาลยุติธรรมเห็นว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญก็ไม่จำต้องส่งเรื่องให้ตุลาการรัฐธรรมนูญ

สำหรับประเทศไทยในขณะที่ยังอยู่ในช่วงของการเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง ประเทศไทยยังไม่มีศาลปกครองอย่างเต็มรูปแบบ แม้คดีปกครองต่างๆ จะให้คณะกรรมการกฤษฎีกาทำความเห็นให้แก่คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเห็นชอบ อย่างไรก็ตามคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยังไม่ใช่ศาลปกครอง เพราะยังไม่สามารถสั่งการตามคำวินิจฉัยได้เองจะต้องเสนอคำวินิจฉัยแก่นายกรัฐมนตรีเพื่อให้วินิจฉัยสั่งการ แต่ก็ถือว่าเป็นรูปแบบศาลปกครองของฝรั่งเศสในสมัยเริ่มแรก ในช่วงที่คำวินิจฉัยยังต้องให้ประมุขแห่งรัฐสั่งการก่อนที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐจะได้วิวัฒนาการมาเป็นศาลปกครอง จึงอาจกล่าวได้ว่าขณะที่ยังอยู่ในช่วงการเตรียมศาลปกครองยังไม่ถือว่ามีศาลปกครอง ระบบศาลของประเทศจึงเป็นระบบศาลเดี่ยว แต่หากเมื่อใดมีศาลปกครองสมบูรณ์แล้วจึงจะกลายมาเป็นระบบศาลคู่ ถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเกี่ยวกับการจัดระบบศาลไทย

---

[38] อักขราทร จุฬารัตน. (2542). *การตีความกฎหมาย.* หน้า 22-24.

[39] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 302.

แม้ว่าในอดีตไทยจะใช้ระบบศาลเดี่ยวก็ตาม แต่ในเรื่องการตีความเราไม่ได้เดินตามระบบศาลเดี่ยว เพราะเรามีเรื่องบางเรื่องที่ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการตีความ เช่น รัฐธรรมนูญ และหากมีคดีปกครองเกิดขึ้นก็จะมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณารับเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับเรื่องคดีความทางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน ระหว่างรัฐกับคนที่ทำงานให้รัฐแต่คำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้นยังไม่ถือว่าสามารถทำคำวินิจฉัยได้ด้วยตนเองอย่างเด็ดขาดคือยังต้องกลับไปให้ฝ่ายบริหารเห็นชอบอีกในฐานะเป็นประธานคณะกรรมการ ดังนั้นเราจึงบอกว่าสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามิใช่รูปแบบของศาลปกครองของฝรั่งเศสในปัจจุบันแต่เหมือนกับรูปแบบในอดีตที่ฝ่ายบริหารเข้ามาควบคุมคำตัดสิน เราเรียกว่า ความยุติธรรมที่ถูกยึดหน่วงไว้โดยฝ่ายบริหาร (La justice retenue)

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีการตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนหรือระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเอง และได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น เมื่อ พ.ศ. 2542 เป็นครั้งแรก

จึงทำให้ในปัจจุบันประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศสโดยคดีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเอกชนนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนข้อพิพาทในทางปกครองย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ในส่วนรูปแบบของศาลปกครองนั้นจะมีอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดีมากกว่ารูปแบบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้นถูกควบคุมโดยฝ่ายบริหาร แต่ในรูปแบบของศาลฝ่ายบริหารจะไม่สามารถเข้ามาก้าวก่ายการดำเนินการของศาลได้ เรียกระบบนี้ว่าความยุติธรรมที่ไม่ถูกยึดหน่วง (La justice deleguee)

2.6 แนวคิดพื้นฐานหลักการใช้และการตีความกฎหมาย

“การตีความกฎหมายคือการค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายโดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึกให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม[40]

ข้อสังเกตประการสำคัญของการตีความกฎหมายก็คือการตีความกฎหมายไม่ใช่การสร้างหรือบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่แต่เป็นเพียงการให้ความหมายที่ชัดแจ้งแก่บทบัญญัติ

---

[40] ธานินทร์ กรัยวิเชียร ก (2551, 29 มีนาคม). *ความสำคัญของการตีความกฎหมายในวิชาชีพกฎหมาย. งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 “100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์.”*

ของกฎหมายเท่านั้น" "การตีความกฎหมายไม่ใช่เป็นการสร้างหรือตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ ไม่ใช่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายแต่เป็นการให้ความกระจ่างในสิ่งที่ไม่ชัดเจน เพราะความคลุมเครือของถ้อยคำที่ใช้หรือถ้อยคำที่ใช้เข้าใจได้หลายแง่มุม ทั้งนี้โดยแปลความหมายถึงสิ่งที่ถ้อยคำมิได้กล่าวไว้ชัดเจนโดยตรงด้วยการอาศัยตรรกะและเทคนิคการตีความ

การให้ความหมายจากตัวถ้อยคำนั้นอาจเรียกได้ว่าเป็นการแปลความ ส่วนการพิเคราะห์ความหมายทั้งจากถ้อยคำและความมุ่งหมายเรียกได้ว่าเป็นการตีความ อย่างไรก็ดีตามที่มีการใช้กันอยู่นั้นก็ปะปนหรือแทนกันในความหมายเดียวกันโดยไม่ได้แยก ในภาษาอังกฤษก็มีการใช้ทั้งคำว่า Interpretation และ Construction ในความหมายของการตีความ แต่หากจะแยกแยะก็มักใช้คำว่า Interpretation เมื่อเป็นการตีความโดยไม่ขยายความ ส่วน Construction จะเป็นการตีความอย่างกว้างโดยมุ่งหมายที่จะให้การตีความนั้นเกิดผลในทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย"

"การตีความกฎหมาย คือการตี "ถ้อยคำ" ของกฎหมายให้ได้เป็น "ข้อความ" ที่จะนำไปใช้วินิจฉัยชี้ขาดคดีข้อพิพาท คำว่า "ตี" เป็นกิริยาอาการอย่างหนึ่ง เมื่อใช้กับถ้อยคำก็คือการทำความหมายของถ้อยคำให้ชัดแจ้ง "การตีความหมาย" และ "การแปลความ" แม้จะมีความหมายใกล้เคียงมาก แต่ก็มีข้อแตกต่างกันอยู่ "การแปลความ" เป็นการกระทำตรงไปตรงมาไม่ต้องขบคิดค้นหาอะไรมาก ความในภาษาหนึ่งเป็นอย่างไร แปลไปสู่อีกภาษาหนึ่งให้ตรงกันก็ใช้ได้ แต่การตีความนั้นกระเดียดไปในทางไขความ คือขบคิดค้นหาอะไรที่ปกปิดอยู่ลึกลับให้เปิดเผยกระจ่างแจ้งออกมา ทำนองเดียวกับตีปริศนา แม้จะมีส่วนเหมือนกัน แต่ก็มีส่วนที่แตกต่างกันอยู่ ส่วนที่เหมือนกันอยู่ที่ต่างก็เป็นการเลือกสรรคำตอบที่ถูกต้อง แต่การตีปริศนานั้นเป็นการทายปริศนา ซึ่งเป็นเรื่องเดาที่ประกอบด้วยความบังเอิญมีลักษณะการสุ่มเสี่ยงเป็นส่วนสำคัญ ส่วนการตีความกฎหมายนั้นจะเรียกว่าทายหรือเดาคำตอบทางกฎหมายไม่ได้เป็นอันขาดเพราะการตีความนั้นจะต้องเป็นการใช้เหตุใช้ผลตามหลักตรรกวิทยา และสามัญสำนึกเพื่อนำไปสู่ผลสรุปที่ถูกต้องที่ดีที่เป็นธรรม ไม่ใช่ทายหรือเดา[41]

เราอาจสรุปความหมายของการตีความได้ว่า เป็นการขบคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก เพื่อให้ได้มาซึ่ง "ข้อความ" ของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือ เหมาะสมและเป็นธรรม

---

[41] ชาญชัย แสวงศักดิ์ ข (2543, เมษายน). *หลักการตีความกฎหมายกับกรณีศึกษา: ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกและปัญหาลักษณะต้องห้ามของผู้รับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภากรณี "เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ."* หน้า 3.

การตีความจึงมีลักษณะที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

(1) การตีความกฎหมายจะต้องตีความจากบทบัญญัติถ้อยคำของกฎหมาย

(2) การตีความเป็นการขบคิดค้นหาคำตอบทางกฎหมายอย่างใช้เหตุใช้ผล ไม่ใช่การทายหรือเดาสุ่ม

(3) การตีความเป็นการใช้สติปัญญาอย่างมุ่งต่อวัตถุประสงค์ ถ้าเทียบกับการยิงปืนก็คือการยิงเป้า คือเป็นการยิงที่ตั้งใจเล็งให้ตรงเป้าหมาย ไม่ใช่ยิงขึ้นฟ้าเพื่อให้เกิดเสียงสนั่นหวั่นไหวสนุกๆ ไปเท่านั้นเอง การตีความกฎหมายจึงเป็นการขบคิดค้นหาให้ได้ซึ่ง “ความหมายของถ้อยคำ” ที่เป็น “ข้อความ” ที่จะนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้ได้ผลที่ถูกต้องและเป็นธรรม”[42]

ธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้ให้ความหมายของการตีความกฎหมายไว้ว่า

“การตีความกฎหมาย คือ การค้นหาหรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นเพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม”[43]

การตีความกฎหมาย หมายถึง การคิดค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายโดยวิธีใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก เพื่อให้ได้มาซึ่ง “ข้อความ” ของกฎหมายที่จะนำไปใช้วินิจฉัยคดีข้อพิพาทได้อย่างถูกต้อง คือเหมาะเจาะเหมาะสมและเป็นธรรมหรือหมายถึงการค้นหาความหมาย (Meaning) และนัยสำคัญ (Significance) ซึ่งอยู่เบื้องหลังของถ้อยคำที่บุคคลบางคนมีเจตนาจะกล่าว แต่หมายถึงสิ่งที่ต้องการกล่าวจริงๆ และวัตถุ (Object) การตีความกฎหมายก็ต้องใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ในการตีความจะไปเอาสิ่งอื่นมาตีความไม่ได้ จารีตประเพณีหลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่ใช่วัตถุแห่งการตีความ[44]

2.6.1 หลักการใช้และการตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ ให้คำอธิบายหลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ[45]พอสรุปได้ดังนี้

ในระบบกฎหมายของอังกฤษ คำว่า “ตีความ” มีศัพท์กฎหมายใช้อยู่ 2 คำ คือ “Interpretation” และ “Construction” คำทั้งสองนี้มีความหมายแตกต่างกัน คำว่า “Interpretation” มีความหมายแต่เพียงเป็นการให้ความหมายธรรมดาของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

---

[42] แหล่งเดิม. หน้า 4.

[43] คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ. (2553, กรกฎาคม-สิงหาคม). “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม.” *จุลนิติ,* 4(4).

[44] สมยศ เชื้อไทย ค (2551). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป.* หน้า 171-173.

[45] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. (2549). *การตีความกฎหมาย.* หน้า 6-9.

ซึ่งไม่แน่นอนหรือเคลือบคลุมว่ามีผลในกฎหมายอย่างไร ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ เมื่อมีปัญหาอันเป็นประเด็นพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรในคดีใด การที่ศาลปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้นย่อมเป็นเรื่อง “Interpretation” ถ้าหากเป็นกรณีที่ศาลจะต้องแปลความหมายของถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายก่อนที่จะปรับบทกฎหมายนั้นเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีนั้นย่อมเป็นเรื่องของ “Construction”

ลอร์ด เดนนิง (Lord Denning)[46] ได้เคยกล่าวไว้ในคดี Seaford Court Estates, Ltd. V. Asher. (1949) 2 K.B. 489 ว่า:

“การที่กฎหมายตราไว้โดยมีความหมายไม่แน่นอนหรือเคลือบคลุมนั้นก็เพราะเราจะต้องระลึกอยู่เสมอว่า ผู้บัญญัติกฎหมายเองก็เป็นปุถุชน ซึ่งไม่อาจจะเล็งเห็นข้อเท็จจริงอันสลับซับซ้อน ซึ่งจะเกิดเป็นกรณีพิพาทขึ้นในภายภาคหน้า หรือแม้ว่าอาจที่จะเล็งเห็นได้ก็เป็นเรื่องพ้นวิสัยที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีเหล่านั้นทั้งหมดอย่างปราศจากความเคลือบคลุม”

การที่มีข้อยุ่งยากในการตีความ ส่วนมากก็สืบเนื่องมาจากถ้อยคำที่ใช้ในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเอง อำนาจหน้าที่สำคัญของศาลยุติธรรมอังกฤษ ก็คือการค้นหาเจตนารมณ์ของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ

หลักแห่งการหาเจตนารมณ์ของรัฐสภามี 3 ประการคือ

(ก) หลักการตีความตามตัวอักษร (The Literal Rule)

(ข) หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden Rule) และ

(ค) หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The Mischief Rule)

หลักการตีความทั้งสามประการนี้แตกต่างกันและไม่เป็นการแน่นอนว่าศาลจะใช้หลักใดในการตีความ บางเรื่องศาลใช้หลักใดหลักหนึ่งใน 3ประการนี้ บางคดีศาลใช้หลักการตีความทั้งสามประการ

ซึ่งหลักการตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ที่แยกมาใน 3 ประการ สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. หลักการตีความตามตัวอักษร (The Literal Rule)

อักขราทร จุฬารัตน ได้อธิบายว่าในระบบ Common Law การตีความกฎหมายที่รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ศาลจะต้องตีความภายในกรอบของตัวบทกฎหมาย เนื่องจากศาลไม่ได้เป็นผู้สร้างหลักกฎหมายนั้นขึ้นมาเองไม่เหมือนกับการทำหน้าที่ของ

---

[46] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 7.

ศาลสูงในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่เกิดจากข้อพิพาททั่วไป ซึ่งในกรณีนี้ศาลสูงจะเป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย[47]

แนวทางตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) ผู้พิพากษาหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะแปลถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาด้วยการอาศัยความหมายธรรมดาหรือความหมายปกติ (Ordinary Sense) ของถ้อยคำนั้นๆ เป็นสำคัญไม่คำนึงถึงว่าผลของการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดาเหล่านั้น จะมีเหตุมีผล (Sensible) มากน้อยเพียงใด วิธีการตีความตามอักษรนี้จึงเป็นการพิจารณาความหมายของภาษามากกว่าที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ

มีคดีเป็นจำนวนมากที่ศาลตัดสินโดยยึดมั่นในหลักการตีความตามตัวอักษร ซึ่งก่อให้เกิดผลประหลาดและเป็นไปในทางที่ไม่น่าจะเป็น (A Manifest Absurdity) หลักการตีความตามตัวอักษรจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากนักกฎหมายอังกฤษ โดยส่วนใหญ่เห็นว่าการที่ยึดมั่นในถ้อยคำของตัวบทกฎหมายนั้นน่าจะอยู่บนสมมติฐานที่ผิด เนื่องจากถ้อยคำนั้นก่อให้เกิดผลประหลาด ศาลอังกฤษจึงปรับปรุงหลักในการตีความกฎหมายโดยไม่เคร่งครัดกับตัวอักษร แต่คำนึงถึงผลที่เป็นไปได้อย่างสมเหตุสมผล ตามหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศและหลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนประกาศใช้กฎหมายฉบับนั้นเป็นเครื่องช่วยตีความ[48]

ตัวอย่างคดีที่ศาลสูงอังกฤษตัดสินคดีโดยใช้หลัก “Literal Rule” ได้แก่[49]

คดี R v Harris เมื่อปี ค.ศ. 1836 (พ.ศ. 2379) ที่มีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดไว้สำหรับผู้ที่ “Stab, cut or wound another person” ซึ่งในคดีนี้ปรากฏว่าในการต่อสู้กัน นาง Harris ได้กัด (Bite) จมูกของเพื่อนเธอและได้กัดนิ้วของนายตำรวจที่เข้ามาห้ามปรามอีกด้วย มีปัญหาว่านาง Harris กระทำความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ ในคดีนี้ศาลตัดสินว่านาง Harris ไม่มีความผิด เนื่องจากถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทนั้นแสดงให้เห็นว่าจะต้องเป็นการใช้สิ่งที่เป็นอาวุธ (Weapon) ซึ่งในกรณีที่เกิดขึ้นเป็นการใช้ฟันกัดศาลไม่ถือว่าเป็นการใช้อาวุธ

คดีที่สองคือคดี National Society for the Prevention of Cruelty of Children v. Scottish National Society for the Prevention of Cruelty to Children ซึ่งสมาคมการกุศลทั้งสองแห่งนี้โต้เถียงกันในการเรียกร้องตามสิทธิในพินัยกรรม อันเกิดขึ้นจากการที่ผู้ทำพินัยกรรมซึ่งอาศัยอยู่ที่เมือง Edinborough และมีผลประโยชน์ของตนทั้งหมดอยู่ใน Scotland ได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สิน

---

[47] อักขราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 30.

[48] แหล่งเดิม. หน้า 39-40.

[49] ชาญชัย แสวงศักดิ์ ข เล่มเดิม. หน้า 17.

ของตนให้แก่ National Society (for the Prevention of Cruelty of Children) ศาลตัดสินว่าหากมีพยานหลักฐานมาแสดงให้เห็นได้ว่าผู้ที่ทำพินัยกรรมใช้คำว่า “National Sociery” นั้นต้องการจะหมายถึง Scottish National Society ก็ย่อมจะทำได้ ถ้าหากว่าไม่มีสมาคมการกุศลอื่นใดที่มีชื่อว่า “National Society” หรือว่าได้เขียนชื่อนั้นไปโดยความผิดหลงแต่เมื่อในกรณีผู้ทำพินัยกรรมได้ใช้ถ้อยคำซึ่งตรงกับชื่อที่เป็นชื่อของสมาคมหนึ่งที่มีอยู่จริงแล้ว ย่อมไม่สามารถที่จะอธิบายได้ว่าการใช้ถ้อยคำนั้นเป็นการใช้ในลักษณะที่เข้าใจผิด จึงต้องถือว่า National Society for the Prevention of Cruelty to Children เป็นผู้รับทรัพย์สินตามพินัยกรรมดังกล่าว ในเรื่องนี้ผู้พิพากษาที่ร่วมตัดสินได้แสดงความคิดเห็นในภายหลังยอมรับว่าการชี้ขาดเช่นนั้นย่อมเป็นการผิดไปจากเจตนาความตั้งใจของผู้ทำพินัยกรรม

2. หลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The Golden Rule)

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ ให้คำอธิบายในเรื่องนี้พอสรุปได้ว่าหลักนี้มีสาระสำคัญว่า ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความไปในทางที่จะละเว้นไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา[50]

ในกรณีที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นอาจแปลความหมายไปเป็นสองนัย หรือมากกว่านั้น ศาลย่อมจะตีความไปในทางที่มีความหมายอันสมควร และมิใช่ไปในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือบังเกิดผลประหลาด ตัวอย่างเช่น มาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติ “The Offence against the Person Act, 1861 บัญญัติไว้ว่า “Whosoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife shall be guilty of bigamy” มีปัญหาในคดี R.v. Allen (1872) L.R. C.R.36 คำว่า “Marry” มีความหมายว่าสัญญาทำการสมรสโดยสมบูรณ์ หรือว่ามีความหมายว่าเข้าสู่พิธีสมรส ซึ่งเป็นที่เห็นได้ชัดว่า ในความผิดฐานทำการสมรสซ้อน (Bigamy) การสมรสครั้งที่สองจะเป็นการสมรสที่สมบูรณ์ไม่ได้ ดังนั้น การให้ความหมายของคำว่า “Marry” ว่าเป็นการทำสัญญาที่สมบูรณ์ย่อมเป็นไปไม่ได้ จึงต้องใช้ความหมายที่สอง คือเข้าสู่พิธีสมรสนั่นเอง

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นมีความหมายตามตัวอักษรเพียงประการเดียว แต่ศาลก็ยังไม่ยอมตีความตามความหมายนั้น ถ้าหากการตีความตามตัวอักษรนั้นจะทำให้เกิดผลประหลาดในแง่ขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป ตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่หลักหนึ่งว่า “ไม่มีผู้ใดที่พึงได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดของตนเอง” ในคดีหนึ่งคือ Re Sigsworth (1935) ในคดีนั้นบุตรฆ่ามารดาของตนเองเพื่อหวังมรดกของมารดาในฐานะที่ตนเป็นทายาทโดยธรรม กฎหมายที่ให้บุตรผู้สืบสันดานเป็นทายาทโดยธรรมนี้คือ The Administration of Estates Act, 1925 ในกฎหมายฉบับนี้ถือว่า บุตรผู้ตายเป็นผู้สืบสันดานเจ้ามรดกแล้ว ย่อมมีสิทธิ

---

[50] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 10.

ได้รับมรดกของเจ้ามรดกโดยไม่มีข้อแม้ใดๆ แม้กระนั้นก็ตามศาลอังกฤษยังตัดสินว่าจำเลยซึ่งเป็นผู้สืบสันดานฆ่าบุพการีของตน ผู้ซึ่งเป็นเจ้ามรดกไม่มีสิทธิได้รับมรดกของเจ้ามรดกนั้นเพราะถ้าจะถือเถนตรงตามกฎหมายฉบับนี้ ก็จะขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “ไม่มีผู้ใดที่พึงได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดของตนเอง”

อักขราทร จุฬารัตน[51] อธิบายหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศว่า มีสาระสำคัญว่าการตีความถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะต้องตีความไปในทางที่จะละเว้นไม่ให้เกิดผลอันไม่พึงปรารถนา ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายต้องตีความในทางที่เป็นไปได้สมเหตุสมผลและไม่เกิดผลประหลาด

Lord Denning มีความเห็นว่าหลัก Golden Rule มีลักษณะเป็นแนวทางการตีความเพื่อไม่ให้การใช้หลักการตีความตามตัวอักษรก่อให้เกิดผลที่ประหลาดหรือไม่สมเหตุสมผล ในกรณีนี้ศาลจึงน่าที่จะต้องใช้วิธีตีความถ้อยคำที่เป็นปัญหาให้ต่างไปจากความหมายของถ้อยคำปกตินั้นได้ อาจมองได้ว่าหลัก Golden Rule เป็นหลักการตีความเสริมประกอบหลัก Literal Rule ไม่ใช่เป็นหลักการตีความที่เป็นอิสระแยกต่างหากหลักหนึ่งอย่างแท้จริง

หลักการตีความแบบเล็งผลเลิศนี้ ในบางกรณีรับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลตีความเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาศัยเหตุผลอื่นนอกจากถ้อยคำและความหมายธรรมดาแห่งถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเอง ซึ่งศาลไม่สมควรจะมีอำนาจจะกระทำได้เช่นนั้น[52]

3. หลักการตีความโดยอาศัยเหตุที่มีการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นเป็นเครื่องมือช่วยตีความ (The Mischief Rule)

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ พอสรุปได้ดังนี้[53]

ในกรณีที่มีข้อบกพร่องอยู่ก่อนแล้วในกฎหมาย และต่อมามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแก้ไข ศาลย่อมจะตีความกฎหมายใหม่ไปในทางที่แก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่ก่อนออกกฎหมายใหม่นั้น

หลักการตีความหลักที่ 3 นี้คดี Heydon’s Case (1584) 3 Co Rep. 7 A. ได้ให้อรรถาธิบายไว้ว่ามีข้อพิจารณาที่สำคัญ 4 ประการด้วยกัน คือ

(1) ก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติฉบับนั้นใช้บังคับคอมมอนลอว์ มีอยู่ประการใด

(2) มีข้อบกพร่องประการใดที่คอมมอนลอว์ มิได้ให้ช่องทางแก้ไขไว้

---

[51] อักขราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 16.

[52] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 11.

[53] แหล่งเดิม. หน้า 11.

(3) รัฐสภาได้ให้ทางแก้ไขข้อบกพร่องนั้นไว้ประการใด และ

(4) เหตุผลแห่งการแก้ไขข้อบกพร่องนั้นมีประการใด

ตัวอย่างเช่น คำว่า “A Single Woman” ในพระราชบัญญัติ The Affiliation Proceedings Act, 1957 มีความหมายไม่เฉพาะแต่หญิงที่มิได้ทำการสมรสเท่านั้น หากแต่มีความหมายรวมตลอดถึงหญิงที่ทำการสมรสแล้ว แต่มีบุตรกับชายชู้ และไม่มีช่องทางที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดกับชายชู้นั้นด้วย โดยที่พระราชบัญญัติดังกล่าวออกมาเพื่ออุดช่องโหว่ของกฎหมายที่มิได้มีบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้ ดังนั้นการตีความคำว่า “A Single Woman” ในคดี Kruhlak v Kruhlak (1985) 2 Q.B. 32 ศาลอังกฤษจึงตีความว่า “A Single Woman” ให้หมายรวมถึงกรณีหญิงดังกล่าวด้วย

สรุปได้ว่าทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วเป็นหลักการตีความกฎหมายอังกฤษในระบบคอมมอนลอว์ซึ่งมีหลักการ 3 หลัก คือ Literal, Golden Rule และ Mischief Rule ซึ่งยังคงเป็นหลักการตีความกฎหมายอังกฤษและประเทศต่างๆ ที่อยู่ในระบบ Common Law

การตีความกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์นี้ ณรงฤทธิ์ เพชรฤทธิ์[54] ได้สรุปความไว้ว่า การตีความกฎหมายนั้น สำหรับระบบคอมมอนลอว์ หมายถึงการตีความที่ใช้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรพิเศษที่เรียกว่า Statute เท่านั้น จะไม่ใช้กับหลักกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลที่เรียกว่า Precedent แต่จะใช้การวินิจฉัยให้เหตุผลทางกฎหมายที่เรียกว่า “Induction” และการให้เหตุผลแบบยกตัวอย่างรวมทั้งการให้เหตุผลแบบเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Reasoning by Analogy) โดยการแยกแยะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น จนสามารถวินิจฉัยได้ว่าอะไรคือประเด็นสาระสำคัญของคดีที่เรียกว่า Ratio Decidendi

ในระบบคอมมอนลอว์นั้น การตีความกฎหมายอันเป็นที่รู้จักกันมานาน คือการตีความตามตัวอักษรที่เรียกว่า “Literal Interpretation” หมายความว่าศาลอังกฤษจะตีความกฎหมายได้ต่อเมื่อถ้อยคำในกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความคลุมเครือ ไม่ชัดเจน หรือ กำกวม ดังนั้นหากถ้อยคำมีความหมายชัดเจนอยู่ในตัวแล้ว ศาลจะตีความกฎหมายไม่ได้ ต้องปรับใช้กฎหมายไปตามนั้น แม้ผลที่ออกมาจะมีลักษณะเป็นที่เหลวไหล (Absurd) หรือไม่ยุติธรรม (Unjust) ก็ตามก็เป็นเรื่องของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องไปแก้ไขกฎหมายนั้น อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่น่าขบคิดอย่างยิ่ง คือ เป็นไปได้หรือไม่ที่ถ้อยคำหรือข้อความจะมีความหมายได้เพียงหนึ่งความหมายซึ่งเป็นความหมายธรรมดาๆ เนื่องจากว่าในตัวบทกฎหมายย่อมมีถ้อยคำธรรมดาและถ้อยคำที่มีความหมายทางกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งหากมิใช่นักกฎหมายที่ร่ำเรียนมาทางนี้แล้วคนธรรมดายากที่จะเข้าใจนอกจากนี้แล้วคำหนึ่งๆ อาจมีได้สองความหมาย คือความหมายที่เป็นแก่นหรือ

---

[54] ณรงฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (ม.ป.ป.). “การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง.” *วารสารยุติธรรมปริทัศน์*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://elib.coj.go.th/Article/courtP5_5_6.1.pdf.

สาระสำคัญของความหมาย (Core Meaning) ซึ่งบุคคลใดก็ตามที่อ่านแล้วย่อมเข้าใจได้ทันทีว่าหมายถึงอะไร กับความหมายที่ยังไม่ชัดเจนยังมีความสลัวๆ อยู่ (Penumbra Meaning)

นอกจากนี้ คำเดียวอาจมีความหมายได้ทั้งความหมายธรรมดา (Ordinary Meaning) และความหมายในทางนิติศาสตร์ (Juridical Meaning) ก็ได้ ดังนั้น ถ้อยคำดังกล่าวอาจมีความหมายชัดแจ้งตามความหมายธรรมดาแต่ยังไม่ชัดแจ้งตามความหมายนิติศาสตร์ เช่นคำว่า “การกระทำ” ถ้าเป็นความหมายธรรมดาทั่วไปเข้าใจนั้นหมายถึง การเคลื่อนไหวอวัยวะของร่างกาย แต่ในทางกฎหมายอาญา “การกระทำ” มีความหมายรวมถึงการไม่เคลื่อนไหวร่างกายด้วย ซึ่งก็ยังแบ่งอีกว่าเป็นการงดเว้นการกระทำหรือการละเว้นการกระทำซึ่งให้ผลในทางกฎหมายต่างกัน เป็นต้น ดังนั้น หากศาลยึดหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดประกอบกับเชื่อหลัก Plain Meaning Rule แล้วศาลก็อาจวินิจฉัยคดีคลาดเคลื่อนได้ นักกฎหมายอังกฤษบางท่านได้เห็นข้อบกพร่องของการตีความแบบนี้ เช่น ท่าน Sir Carleton Kemp Allen ซึ่งกล่าวว่า “เป็นอันตรายอย่างยิ่งที่จะตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด เนื่องจากอาจก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่ขัดต่อสามัญสำนักอย่างเห็นได้ชัดหรือขัดต่อเจตนารมณ์ทั่วไปของกฎหมาย”

2.6.2 หลักการใช้และการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์

หลักการตีความในระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ใช้อยู่ในประเทศภาคพื้นยุโรปเป็นส่วนใหญ่ เช่นประเทศอิตาลี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน แม้ว่าประเทศเหล่านี้จะใช้ภาษาที่แตกต่างกันแต่ก็มีนิติวิธีในการใช้และการตีความกฎหมายที่สอดคล้องกัน อาจจะมีแตกต่างกันเพียงการแยกแยะรายละเอียด แต่โดยหลักใหญ่ทั่วไปแล้วจะตรงกัน หลักการตีความกฎหมายที่สำคัญในระบบ Civil Law มีอยู่สองประการคือ (1) หลักการตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation) เป็นการตีความกฎหมายที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรเช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบ Common Law ต่างกันตรงที่ว่าหลักการตีความตามตัวอักษรในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบ Civil Law ไม่ได้ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะถ้อยคำเพียงประการเดียวเท่านั้นแต่จะตีความหมายของถ้อยคำในกฎหมายโดยการพิจารณาถ้อยคำตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไปพร้อมๆ กัน และ (2) หลักการตีความตามเหตุผลทางตรรกะ (Logical Interpretation)[55]

เนื่องจากในระบบซีวิลลอว์ บ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก คือ ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเชื่อว่าตัวบทกฎหมายมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลในตัวของมันเอง กฎหมายเป็นหลักทั่วไปเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมายจะนำบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในประเด็นข้อพิพาทนั้น ซึ่งเรียกว่าการตีความกฎหมาย

[55] อักขราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 63-64.

ส่วนจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลำดับรอง ซึ่งอาจใช้คู่เคียงเสริมหรือตัดทอนตัวบทกฎหมายก็ได้ ในบางครั้งจารีตประเพณีถูกนำมาใช้เพื่อทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ในระบบซีวิลลอว์นั้นคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรมในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทโดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างนั้นด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมซึ่งแฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น นอกจากนี้ความเห็นของนักกฎหมายต่อคำพิพากษาที่อยู่ในรูปของหมายเหตุท้ายคำพิพากษาก็มีความสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงทัศนะหรือมุมมองของตนที่มีต่อคำพิพากษานั้นๆด้วย กฎหมายจึงไม่ใช่ตัวบทบัญญัติแต่คือหลักการแห่งเหตุผลที่ดำรงอยู่ในตัวบทกฎหมายนั้นเอง การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษรโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทบัญญัตินั้นพร้อมกันไปด้วย[56]

หลักการตีความในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงให้ความสำคัญกับประเทศที่เป็นแม่แบบระบบกฎหมาย จึงเน้นศึกษาหลักการตีความของประเทศฝรั่งเศสและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นหลัก

1. หลักการตีความกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ ให้คำอธิบายเกี่ยวกับการตีความกฎหมายของฝรั่งเศสไว้ พอสรุปได้ว่า การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสแตกต่างออกไปตามประเภทและลักษณะของกฎหมาย ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 4 ประเภทด้วยกันคือ[57]

ก. การตีความตามหลักไวยากรณ์หรือตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation)

ข. การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (Logical Interpretation)

ค. การตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย (Historical Interpretation)

ง. การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (Teleological Interpretation)

(1) การตีความตามหลักไวยากรณ์หรือตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation)

หลักการตีความประเภทนี้ได้แก่ การตีความตามตัวอักษรที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย ถ้อยคำที่ใช้ในตัวบทมีความหมายตามธรรมดาของถ้อยคำนั้นๆ เอง โดยมิต้องใฝ่หาเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายหรือพิจารณาความเป็นธรรมในด้านสังคมก็ดี ในด้านศีลธรรมก็ดี ทั้งนี้เพราะหลักนี้ถือว่าตัวบทกฎหมายมีข้อความแจ้งชัดอยู่ในตัว

---

[56] ณรงฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (ม.ป.ป.). “การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง.” *วารสารยุติธรรมปริทัศน์*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://elib.coj.go.th/Article/courtP5_5_6.1.pdf.

[57] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 29-35.

ถ้าการตีความตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดอาจตีความได้ตามหลักการตีความ ข้อนี้ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักการตีความข้ออื่นอีกต่อไป ตรงกันข้าม ถ้าการตีความตามตัวอักษรไม่ได้ผล ผู้ตีความก็จะต้องพิจารณาหลักการตีความข้ออื่นๆ ต่อไปว่าหลักใดจะเป็นหลักการตีความที่ถูกต้องในเรื่องนั้นๆ

(2) การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (Logical Interpretation)

โดยที่การตีความตามตัวอักษรนั้นอาจมีผลหลายประการคือ

(ก) ตัวบทกฎหมายใช้ปรับกับพฤติการณ์แห่งคดีได้โดยตรง หรือ

(ข) อาจมีปัญหาว่าตัวบทกฎหมายนั้นตีความได้เป็นสองนัย ปัญหาต่อไปจึงอยู่ที่ว่าควรเลือกตีความโดยนัยใด หรือ

(ค) ตัวบทกฎหมายนั้นไม่ค่อยครอบคลุมถึงพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเลย

ดังนั้น การตีความโดยอาศัยหลักตรรกวิทยานี้จะนำมาใช้ในกรณีใด ย่อมแล้วแต่ว่าผลของการใช้หลักการตีความตามตัวอักษรเป็นประการใดประการหนึ่งในสามประการดังกล่าวข้างต้นกล่าวคือ

ประการแรก ถ้าตัวบทกฎหมายใช้ปรับกับพฤติการณ์แห่งคดีได้โดยตรงก็มีปัญหาว่าผู้บัญญัติกฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำผิดพลาดจนทำให้เกิดผลประหลาดหรือไม่ ในกรณีที่จะทำให้เกิดผลประหลาดดังกล่าว ศาลฎีกาประเทศฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า ศาลไม่จำเป็นต้องตีความกฎหมายตามตัวอักษรหากการตีความเช่นนั้นจะทำให้เกิดผลประหลาด

ประการที่สอง ถ้าตัวบทกฎหมายนั้นอาจตีความได้เป็นสองนัยซึ่งมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสบัญญัติว่า “ศาลจะปฏิเสธไม่พิพากษาคดีโดยอ้างว่ากฎหมายเคลือบคลุมไม่ได้” ศาลจะต้องหาความหมายโดยนัยหนึ่งมาใช้บังคับให้ได้ตามหลักการตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา โดยปกติศาลอาศัยการเทียบเคียงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นปัญหานั้นกับบทบัญญัติอื่นๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประการที่สาม ถ้าตัวบทกฎหมายนั้นไม่ครอบคลุมถึงพฤติการณ์แห่งคดีนั้นเลย ในกรณีเช่นนี้ แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้ปรับแก่พฤติการณ์แห่งคดีโดยตรง มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็ยังบังคับให้ศาลวินิจฉัยคดีนั้นอยู่นั่นเอง

(3) การตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย (Historical Interpretation)

หลักการตีความประเภทนี้ มุ่งประสงค์ที่จะใฝ่หาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายโดยศึกษาและวิจัยจากประวัติของกฎหมายฉบับนั้นๆ หลักนี้ใช้ได้ในการตีความกฎหมายโดยทั่วไปยกเว้นกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวกับภาษีอากรซึ่งต้องตีความโดยเคร่งครัดและจะตีความให้เป็นโทษแก่จำเลยและผู้ที่ต้องเสียภาษีไม่ได้ เครื่องมือสำคัญในการตีความโดยอาศัยประวัติ

กฎหมายก็คือ “Travauxpre Paratoires” อันได้แก่รายงานการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรและรายงานการอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นๆ ในสภานิติบัญญัติ

ธานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวว่า ในประเทศฝรั่งเศสถึงกับมีการพิมพ์รายงานการประชุมร่างกฎหมายควบคู่กันไปกับตัวบทบัญญัติชนิดเทียบกันไปหน้าต่อหน้าเลยทีเดียว (Travaux Préparatoires) ซึ่งการพิจารณาเช่นนี้จะช่วยให้การตีความเป็นไปสมเจตนารมณ์ในการร่างและตรงกับความเป็นจริงที่สุด การพิจารณาแต่ตัวอักษรโดยไม่สนใจเจตนารมณ์ย่อมจะทำให้การตีความกฎหมายผิดเพี้ยนได้[58]

(4) การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (Teleological Interpretation)

การตีความโดยอาศัยประวัติศาสตร์กฎหมายย่อมใช้ได้ดีสำหรับกฎหมายซึ่งออกใช้ใหม่ๆ เพื่อที่จะใฝ่เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในการร่างกฎหมายนั้นๆ อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาล่วงไป ภาวะและเหตุการณ์ในสังคมก็แปรเปลี่ยนไป เจตนารมณ์อันแท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายที่มีอยู่ในขณะบัญญัติไม่อาจนำมาใช้ตีความกฎหมายฉบับนั้นเสียแล้ว เพราะเหตุการณ์ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังการบัญญัติกฎหมายหลายชั่วคนนั้น ผู้บัญญัติอาจไม่คาดคิดเลยก็ได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งใช้บังคับมาเป็นเวลาเกือบ 200 ปีแล้ว การที่จะใฝ่หาเจตนารมณ์ของผู้ร่างย่อมไร้ประโยชน์

สำหรับการตีความโดยอาศัยความเป็นธรรมนั้น กล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าเป็นการตีความโดยขยายความตัวบทกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นนอกเหนือเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายด้วยเหตุผลที่ว่า บทบัญญัติของประมวลกฎหมายนั้นโดยปกติก็บัญญัติไว้อย่างกว้างๆ มีความยืดหยุ่นได้ เพื่อให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจด้วยการพิจารณาถึงสภาวะในสังคมและความเป็นธรรมประกอบในขณะที่พิจารณาพิพากษาคดี การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรมนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “Extensive” หรือ “Progressive Interpretation”

หลักการตีความโดยอาศัยความเป็นธรรมนี้จะนำมาใช้เฉพาะกรณีที่ไม่อาจนำหลักการตีความโดยอาศัยหลักไวยากรณ์ ตรรกวิทยา และประวัติกฎหมายมาใช้ได้ การตีความโดยอาศัยความเป็นธรรมทำให้ศาลยุติธรรมมีบทบาทในการสร้างกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเป็นเวลานับร้อยๆ ปียังคงใช้บังคับได้โดยไม่ล่วงสมัย และศาลยุติธรรมเองก็ไม่ผูกพันอยู่กับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติและหลักการตีความนี้อีกเช่นกันที่มีผลทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายเปลี่ยนแปลงไปตามสภาวะของสังคมซึ่งแปรเปลี่ยนไป[59]

---

[58] ธานินทร์ กรัยวิเชียร ข (2556). “การตีความกฎหมายไทยโดยอิงหลักกฎหมายอังกฤษบางเรื่องมีปัญหาอย่างไร และควรแก้ไขปัญหาอย่างไร.” *ดุลพาห,* 60(1).

[59] แหล่งเดิม. หน้า 34.

อักขราทร จุฬารัตน ได้อธิบายหลักการตีความของฝรั่งเศสไว้เช่นเดียวกันว่า ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศแม่แบบที่สำคัญของกลุ่มกฎหมายประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) โดยถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดในการตีความหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสแตกต่างออกไปตามประเภทและลักษณะของกฎหมาย แยกพิจารณาได้เป็น 4 ประเภทด้วยกันคือ[60] การตีความตามหลักไวยากรณ์หรือตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation) การตีความโดยอาศัยตรรกวิทยา (Logical Interpretation) การตีความโดยอาศัยประวัติกฎหมาย (Historical Interpretation) และการตีความโดยอาศัยความเป็นธรรม (Teleological Interpretation)[61]

2. หลักการตีความกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

อักขราทร จุฬารัตน อธิบายว่า[62] ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีหลักการตีความหรือแนวทางในการตีความคือจะพิจารณาจากถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กันไปกับการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่ก็มีการกำหนดทฤษฎีที่ใช้เป็นแนวทางในการตีความที่มีชื่อเรียกอาจไม่ตรงกับในประเทศอื่นในกลุ่ม Civil Law ด้วยกัน แต่มีเนื้อหาสาระเป็นอย่างเดียวกันหลักการตีความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันคือหลัก Subjective และ Objective Interpretation

หลัก Subjective Interpretation นั้นคือการมุ่งค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายของผู้ร่างกฎหมายโดยที่อาจทราบได้หรือค้นได้จากกระบวนการจัดทำกฎหมายซึ่งจะตรงกับวิธีการ Historical Interpretation นั่นเอง ส่วนหลัก Objective Interpretation นั้นเป็นหลักที่ใช้ในการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายในด้านวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย (Objectively) ในลักษณะเป็นส่วนที่แยกต่างหากจากเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย เพราะถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายย่อมไม่ใช่เจตนาของผู้ร่างกฎหมาย เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าไม่อาจตัดสินได้ว่าเจตนาของผู้ร่างกฎหมายแต่ละฉบับออกมาใช้บังคับต้องผ่านขั้นตอนและวิธีการที่มีผู้ส่วนเกี่ยวข้องในการคิดและแสดงเจตนามากมายและเปลี่ยนแปลงไปตลอด จนอาจกล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นไม่น้อยเป็นผลจากการประนีประนอมของผู้มีส่วนในการร่าง จนไม่อาจทราบได้ว่าเป็นเจตนาของผู้ใด ในประเทศประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหลัก Objective Interpretation ได้รับการยอมรับมากกว่าหลัก Subjective Interpretation แต่ก็มีการใช้หลักทั้งสองร่วมกันอยู่บ่อย ๆ เหมือนกัน[63]

---

[60] อักขราทร จุฬารัตน. เล่มเดิม. หน้า 64.

[61] แหล่งเดิม. หน้า 64.

[62] แหล่งเดิม. หน้า 74.

[63] แหล่งเดิม. หน้า 76.

ศาลประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันสามารถจะพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายต่างไปจากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่ตรากฎหมายได้ โดยถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเป็นเจตนารมณ์ ที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระจากผู้บัญญัติกฎหมาย และสามารถพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายในขณะที่ตีความ มิใช่ในขณะที่มีการตรากฎหมายฉบับนั้น ทำให้ศาลประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันสามารถตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะที่เกิดข้อพิพาท[64]

หลักการตีความของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ประกอบ หุตะสิงห์ ก็ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับหลักการตีความกฎหมายของเยอรมันไว้ พอสรุปได้ดังนี้[65]

1. ทฤษฎีต่างๆในการตีความกฎหมาย

จุดประสงค์ของการตีความ คือแปลความหมายของบทกฎหมายให้ชัดแจ้งซึ่งถือเป็นหลักกฎเกณฑ์ได้ กฎหมายสมัยก่อน เช่น กฎหมายโรมันโบราณ เป็นต้น ได้ถือเอาแต่ความหมายของถ้อยคำเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความ การตีความบทกฎหมายโดยเพ่งเล็งแต่เพียงความหมายของถ้อยคำเท่านั้น ย่อมเป็นการเหมาะสมสำหรับความเป็นอยู่ของกฎหมายสมัยก่อนเพราะวิชากฎหมายครั้งนั้นยังไม่เจริญ ไม่มีความยุ่งยากและกว้างขวางเหมือนอย่างที่เป็นอยู่ในเวลานี้ เพราะฉะนั้นเพื่อจะให้เกิดความแน่นอนขึ้นในการใช้กฎหมาย บุคคลในสมัยนั้นจึงได้หันเข้าหาความแน่นอนแห่งถ้อยคำที่ใช้ในบทกฎหมาย แต่เมื่อวิชากฎหมายเจริญขึ้น จึงได้เกิดมีหลักของการตีความโดยเพ่งเล็งถึงความมุ่งหมายของกฎหมายขึ้น (Willens Interpretation) เมื่อกฎหมายโรมันได้ถูกนำมาเผยแพร่ในประเทศเยอรมัน หลักอันนี้จึงได้รับความนิยมในประเทศเยอรมันด้วย และคงเป็นหลักที่นักนิติศาสตร์โดยเสียงข้างมากยังคงยึดถืออยู่ในเวลานี้ แต่ความมุ่งหมายหรือที่เรียกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคืออะไร จะค้นหาได้โดยวิธีใดนั้น เป็นข้อที่ทุ่มเถียงกันในระหว่างนักนิติศาสตร์ ซึ่งจะขอยกความเห็นที่สำคัญมากล่าวไว้พอเป็นแนวทางดังต่อไปนี้

1.1) ทฤษฎีอำเภอจิตต์ (Subjective Theory)

ทฤษฎีในการตีความบทกฎหมายซึ่งเก่าแก่และเป็นความเห็นของนักนิติศาสตร์ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันฝ่ายข้างมากตลอดจนบัดนี้ ก็คือ “ทฤษฎีอำเภอจิตต์” ซึ่งกล่าวว่าหน้าที่ของผู้ที่จะตีความบทกฎหมาย ค้นหาความคิดความเห็นของผู้บัญญัติกฎหมายซึ่งได้บรรยายออกมาเป็นถ้อยคำในบทกฎหมายนั้น ทฤษฎีนี้ยึดถือประวัติเดิมแห่งกฎหมายเป็นหลักสำคัญในการตีความโดยกล่าวว่าความมุ่งหมายแห่งบทกฎหมายนั้นๆ จะรู้ได้ก็ต่อเมื่อรู้ถึงความคิดความเห็นและความมุ่ง

---

[64] ธานินทร์ กรัยวิเชียร ข เล่มเดิม.

[65] ประกอบ หุตะสิงห์. (2512). “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน.” *วารสารนิติศาสตร์,* 1(3). หน้า 71-75. อ้างใน ชาญชัย แสวงศักดิ์ ข เล่มเดิม. หน้า 31.

ประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายในเวลาที่บัญญัติกฎหมายนั้นขึ้น คือเจตนาอันแท้จริงของผู้บัญญัติกฎหมายนั้นเองจะชี้ให้เห็นถึงความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ทฤษฎีอำเภอจิตต์นี้ ได้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านเห็นพ้องด้วยทั้งในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและออสเตรีย หลักอันนี้ได้มีบทบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย มาตรา 6 ซึ่งยังเป็นกฎหมายที่คงใช้อยู่ในเวลานี้ว่า “ในการใช้กฎหมายนั้นจะเข้าใจเป็นอย่างอื่นไม่ได้นอกจากที่จะปรากฏจากความหมายอันแท้จริงแห่งถ้อยคำซึ่งเกี่ยวเนื่องกันและจากเจตนาอันชัดแจ้งแห่งผู้บัญญัติกฎหมาย” ส่วนในประมวลกฎหมายแพ่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้นหาได้มีบัญญัติไว้ดังนี้ไม่ คงปล่อยไว้ให้เป็นโอกาสของพวกนักนิติศาสตร์ทั้งหลายที่จะค้นหาวิธีและหลักเกณฑ์ในการตีความบทกฎหมายนี้ตามความคิดเห็นของตน

1.2) ทฤษฎีอำเภอการณ์ (Objective Theory)

ทฤษฎีในการตีความบทกฎหมายตามหลักกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นทฤษฎีที่สำคัญคู่กันไปกับทฤษฎีอำเภอจิตต์ก็คือทฤษฎีอำเภอการณ์ ทฤษฎีอำเภอการณ์นี้ได้เกิดขึ้นภายหลังทฤษฎีอำเภอจิตต์ โดยนักนิติศาสตร์บางท่านมาคิดเห็นว่าการตีความบทกฎหมายโดยถือเอาเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายนั้นได้แยกขาดตอนออกจากความมุ่งหมายหรือเจตนาของกฎหมายแล้ว ฉะนั้นในการตีความบทกฎหมาย หาใช่เจตนาของผู้บัญญัติกฎหมายไม่ที่จะต้องยึดถือเป็นหลัก แต่ต้องเพ่งเล็งถึงความมุ่งหมายของบทกฎหมายนั้นเอง ความมุ่งหมายหรือที่เรียกว่าเจตนาของกฎหมายนั้นจะค้นหาได้จากถ้อยคำสำนวนซึ่งผู้บัญญัติกฎหมายได้วางไว้แล้ว โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ทั่วๆ ไปที่เป็นอยู่เฉพาะหน้า ถึงแม้ว่าจะเห็นได้โดยแจ้งชัดแล้วก็ตามว่าความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นเป็นอย่างอื่น ทฤษฎีอำเภอการณ์ถือหลักว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นได้ถูกตัดขาดตัดตอนออกจากผู้บัญญัติแล้ว โดยการประกาศออกใช้เป็นกฎหมายนั้นเอง การประกาศนี้ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอิสระขึ้นในตัวเอง ซึ่งเจตนาและความเห็นนี้ย่อมมีส่วนถูกต้องอยู่บ้างในบางกรณี คือในเมื่อผู้พิพากษามีปัญหาอยู่เฉพาะหน้า ซึ่งจำเป็นจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปนอกเหนือกว่าที่ผู้ร่างกฎหมายได้มีเจตนาไว้ เช่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาจำเป็นต้องแปลกฎหมายให้มีความหมายกว้างขวางกว่าที่ผู้ร่างได้มีเจตนาในเวลาร่าง แต่กรณีเช่นนี้หาใช่เป็นเรื่องการตีความกฎหมายไม่ แต่กลายเป็นเรื่องการเติมช่องว่างในกฎหมายไป เพราะฉะนั้นทฤษฎีอำเภอการณ์จึงเอาเรื่องการตีความบทกฎหมายไปปะปนกับเรื่องการเติมช่องว่างในกฎหมายอยู่บ้าง

2.6.3 หลักการใช้และการตีความกฎหมายของประเทศไทย[66]

วงการศาลไทยได้ยึดหลักการตีความของอังกฤษนับแต่มีการปฏิรูปกฎหมายไทยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ตลอดมาจนถึงปัจจุบันนี้

หลักการตีความกฎหมายไทย ซึ่งศาสตราจารย์พระยานิติศาสตร์ ไพศาลย์ ได้เรียบเรียงไว้ในหนังสือ “หลักวินิจฉัยกฎหมาย” เมื่อ พ.ศ. 2463 หน้า 5 ว่า “...กฎหมายไม่ยอมให้ใครเอาคำนอกเหนือพระราชบัญญัติมาวินิจฉัย เพราะกฎหมายถือว่าถ้อยคำที่ใช้ในพระราชบัญญัติเป็นสำคัญ ผู้ร่างต้องได้มีความหมายตามที่เขียนไว้ ความในใจของผู้ร่างประการใดไม่สู้สำคัญ...”

หลักการตีความดังกล่าวนี้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าศาลไทยได้ยึดถือหลักการตีความของอังกฤษอย่างชนิดที่เรียกว่าเป็นการประทับรอยพิมพ์โดยแท้ กล่าวคือศาลจะต้องยึดมั่นในถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายนั้นเองเป็นสำคัญ ในการใฝ่หาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหากพิจารณาตามหลักการตีความของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายแล้ว ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการตีความได้อย่างกว้างขวางกว่าอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลไม่จำต้องพิจารณาแต่เพียงถ้อยคำที่ใช้ในบทกฎหมายเท่านั้น หากแต่จะเสาะหาเจตนารมณ์อันแท้จริงของฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการที่พิจารณาต้นร่างของกฎหมายฉบับนั้นด้วย

เหตุที่ศาลไทยตีความตามระบบกฎหมายอังกฤษนั้นทั้งๆ ที่ประเทศไทยใช้ระบบประมวลกฎหมายนั้น อธิบายได้ว่าก่อนที่ประเทศไทยจะได้ปฏิรูประบบกฎหมายในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว กรณีที่ระบบกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติอันเกี่ยวด้วยพาณิชย์ในเรื่องใด ก็ได้มีข้อตกลงกับนานาชาติว่าประเทศไทยจะนำกฎหมายอังกฤษมาปรับใช้ก่อน นับแต่นั้นมากฎหมายอังกฤษก็เริ่มมีอิทธิพลในกฎหมายไทยและเพิ่มขึ้นเป็นลำดับเมื่อประเทศไทยได้ส่งนักกฎหมายชั้นนำไปศึกษายังประเทศอังกฤษ และเมื่อวงการกฎหมายและศาลไทยได้ว่าจ้างนักกฎหมายอังกฤษมาเป็นที่ปรึกษาทางราชการตลอดจนแต่งตั้งนักกฎหมายเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาและกรรมการร่างกฎหมาย นอกจากนี้ยังได้มีการนำกฎหมายอังกฤษหลายลักษณะมาเป็นหลักในการบัญญัติกฎหมายไทย เช่น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 กฎหมายลักษณะสัญญา กฎหมายลักษณะตั๋วเงินและอื่น ๆ [67]

ปัจจุบันหลักการตีความของศาลไทยยังเป็นแบบผสมผสานยังไม่มีลักษณะการตีความเฉพาะของไทยเอง ซึ่งก็ยังเป็นปัญหาว่าศาลไทยควรยึดถือหลักการตีความกฎหมายระบบใด ซึ่งในเรื่องนี้นั้นก็มีความเห็นของนักกฎหมายหลายๆ ท่าน อาทิเช่น ศาสตราจารย์

---

[66] ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. เล่มเดิม. หน้า 52.

[67] แหล่งเดิม. หน้า 45-46.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวว่า[68] “เรื่องที่สำคัญที่สุดของศาลในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายจะต้องปฏิบัติเพื่อใฝ่หาเจตนารมณ์ของผู้ร่างโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกฎหมายไทยเป็นระบบประมวลกฎหมาย มิใช่คอมมอนลอว์”

อักขราทร จุฬารัตน กล่าวว่า “เพราะเหตุใดประเทศไทยซึ่งอยู่ในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law จึงมีนิติวิธี (Juristic Method) ในการใช้และการตีความกฎหมายที่แตกต่างไปจากชาวสังคมกฎหมาย Civil Law ทั้งหลายและนั่นคือสิ่งที่จะช่วยอธิบายให้เห็นว่าทำไมการใช้และการตีความกฎหมายบ้านเราจึงเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาบ้านเมืองมาโดยตลอด”

2.7 การตีความ “รัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายมหาชน

โดยทั่วไปแล้วการตีความกฎหมายมหาชนนั้นจะต้องพึงระลึกเสมอว่ากฎหมายมหาชนมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน เช่น ในแง่บุคคลที่ก่อนิติสัมพันธ์ เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์และนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่อยู่สูงสุดของรัฐ คือ รัฐธรรมนูญ นอกจากจะต้องนำหลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายมาช่วยในการตีความแล้วยังต้องพิจารณาตามเกณฑ์ดังต่อไปนี้[69]

ประการแรก การตีความ “รัฐธรรมนูญ” ต้องคำนึงถึง “เจตนารมณ์” ของรัฐธรรมนูญ ในที่นี้คือ เจตนารมณ์ของกฎหมาย (Ratio Regis) มิใช่เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญปัญหาก็คือว่าจะทราบได้อย่างไรว่าอะไรคือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับต่างย่อมมีเจตนารมณ์ของตนเองซึ่งเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญจะเป็นกรอบของการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นขึ้นมา ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ปรากฏเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในคำปรารภของรัฐธรรมนูญดังนี้ “...ภายหลังจากนั้นสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญโดยมีสาระสำคัญเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น ตลอดทั้งปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองให้มีเสถียรภาพ และประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้โดยคำนึงถึงความคิดเห็นของประชาชนเป็นสำคัญ” เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเดินตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) หนึ่งในหลักการที่สำคัญของรัฐธรรมนูญในระบบประชาธิปไตยก็คือการรับรองสิทธิเสรีภาพ บทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพให้ประชาชนในรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นหัวใจสำคัญของรัฐธรรมนูญ การตีความกฎหมายฉบับใดก็ตามต้องคำนึงถึงเรื่องดังกล่าวอย่างยิ่ง กล่าวคือต้องเป็นการตีความโดยสอดคล้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

---

[68] แหล่งเดิม. หน้า 63.

[69] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 296-298.

ให้ประชาชนมิใช่เป็นการลิดรอนหรือจำกัด เพราะการรับรองสิทธิเสรีภาพถือว่าเป็นหลักการจำกัดลิดรอนสิทธิเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นซึ่งเป็นกรอบของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องพึงระวังดังปรากฏในมาตรา 26 ที่บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ดังนั้นการตีความกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายเพื่อใช้อำนาจตามกฎหมายไปก่อนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนจะต้องตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับการรับรองสิทธิเสรีภาพมิใช่เป็นการละเมิดลิดรอนสิทธิเสรีภาพ

ประการที่สอง การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ ความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญหมายถึง ความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจะต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญต้องหลีกเลี่ยงการตีความที่ทำให้บทบัญญัติอื่นไร้ผลบังคับ ถ้าบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งอาจตีความได้หลายนัย ให้หลีกเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติอื่นใช้บังคับไม่ได้ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสองบทบัญญัติขัดกัน ให้พิจารณาว่าบทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะ และให้ถือหลักว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lex specialis derogate legi generali) ในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และไม่ปรากฏว่าบทกฎหมายดังกล่าวอยู่ในฐานะที่เป็นอิสระแก่กันผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องยอมรับให้มีการเลือกใช้บังคับบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้ เช่น ความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดทางละเมิดอาจดำรงอยู่ได้ และในหลายกรณีเราไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดตามสัญญากับความรับผิดทางละเมิดได้ว่าบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดในเรื่องใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะเรื่องใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป ดังนี้ผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถเลือกบังคับการตามสิทธิใดโดยอาศัยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้

นอกจากบทกฎหมายสองบทจะสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายเฉพาะและบทกฎหมายทั่วไป หรือต่างดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศต่อกันแล้ว ในการใช้กฎหมายสิ่งที่จะต้องคำนึงอีกประการหนึ่งคือกรณีข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายสองบท โดยที่ผลในทางกฎหมายแตกต่างกัน ได้แก่กรณีที่บทกฎหมายบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อนและบทกฎหมายอีกบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ในกรณีเช่นนี้ผู้ใช้กฎหมายจะต้องเลือกใช้บทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ทั้งนี้ตามหลักที่ว่า “กฎหมายที่ออกมา

ภายหลังย่อมตัดกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน" (Lex posterior derogate legi generali)

ประการที่สาม การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความมั่นคงในนิติฐานะของรัฐธรรมนูญ หมายความว่าในการตีความรัฐธรรมนูญต้องทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างแท้จริงมิใช่ทำให้เกิดความไม่มั่นใจในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เช่น ก่อให้เกิดความแคลงใจในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ประชาชนไม่มีความมั่นใจในบทบัญญัติที่รับรองสิทธิเสรีภาพ ในรัฐธรรมนูญและในที่สุดนำมาซึ่งกระแสการต่อต้านและไม่ยอมรับรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่าง เมื่อต้องการตีความกฎหมายปกครองอันหนึ่งเป็นกฎหมายมหาชนอันหนึ่งนั้น ในแง่กฎหมายปกครองนั้น หลักการใช้กฎหมายย่อมเป็นไปตามหลักการเดียวกัน กล่าวคือ การปรับใช้กฎหมายย่อมต้องปรับใช้กฎหมายแก่กรณีตามบทบัญญัติตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น แต่การปรับใช้กฎหมายปกครองนั้นย่อมต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครอง กล่าวคือต้องสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายโดยมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ หรือโดยปราศจากเหตุผลสมควร และในส่วนที่เป็นกฎหมายที่ก่อภาระหรือหน้าที่แก่ประชาชน เช่น กฎหมายภาษีอากร ย่อมต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ กล่าวคือต้องตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจกระทำการใดๆในลักษณะมีอำนาจเหนือประชาชนเว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยแจ้งชัด อาจกล่าวได้ว่าหลักการเหล่านี้เป็นความมุ่งหมายทั่วไปของบทกฎหมายปกครอง การตีความกฎหมายปกครองในส่วนที่อาจกระทบสิทธิของประชาชนจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด แต่การตีความกฎหมายปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ย่อมต้องเป็นไปตามหลักความมีประสิทธิภาพในการบริหารจัดการงานทางปกครองเป็นสำคัญ

2.8 หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

นอกจากหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นแล้ว ในทางตำราได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ ได้แก่[70]

---

[70] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก (2551, 29 มีนาคม). *การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน* (งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 "100ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์)."

1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือจะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกันไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

2) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลใช้บังคับเต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกันเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้นคือการตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่นการขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นต้น

3) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการตีความรัฐธรรมนูญองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนและจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ จะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ (หรือที่เราเข้าใจกันในเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ) เช่นศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระมัดระวังว่าแม้ตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไรแต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่มีความเหมาะสมในทางนิตินโยบายไม่ได้เพราะเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

4) หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหา ทางรัฐธรรมนูญนั้นผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หลักการข้อนี้กำหนดว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทาง

มหาชนให้แก่ราษฎร เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจัดระบบโครงสร้างทางการเมือง เป็นเครื่องมือในทางกฎหมายในการกำหนดรูปแบบการปกครอง การใช้กฎหมายลูก และองค์กรทางการแบ่งแยกอำนาจ การตีความรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายมหาชนและต้องอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เป็นการสร้างหลักกฎหมายใหม่รวมถึงต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากการตีความที่ขัดต่อหลักนิติวิธี ความสำคัญอันหนึ่งที่ผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงผลกระทบจากการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่ตีความที่เป็นการทำลายหลักกฎหมายโดยเฉพาะหลักกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบโครงสร้างทางการเมืองการปกครองประเทศ โดยที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หากการตีความที่ไม่ถูกต้องผลของการตีความนั้นอาจส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายและหลักการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย

2.9 แนวคิดพื้นฐาน ทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชน

2.9.1 หลักรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

ระบบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นอุดมการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 โดยเรียกร้องให้มีรัฐธรรมนูญจำกัดอำนาจของรัฐและควบคุมการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของรัฐธรรมนูญนิยมมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรและมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุด โดยมีศาลทำหน้าที่เป็นองค์กรประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในแง่กฎหมายมหาชนระบบรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวความคิดเรื่องเทคนิคในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรกำหนดรูปแบบการปกครองและสร้าง กลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารงานของรัฐ[71]

[72]แนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญนิยมเป็นกระแสความคิดซึ่งเน้นการจัดทำรัฐธรรมนูญด้วยลายลักษณ์อักษร ในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรกเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประการที่สอง

---

[71] สมยศ เชื้อไทย ง (2555). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. หน้า 55.

[72] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข (2545). *รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม* (บทความกฎหมายมหาชนจาก www.pub-law.net. เล่ม 5). หน้า 319.

เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้สังคม และประการสุดท้าย คือการเสริมสร้างเสถียรภาพให้กับรัฐบาล โดยสามารถอธิบายเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญพอสังเขป ดังนี้คือ

1. การจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน นั้นถือเป็นจุดประสงค์หลักสำหรับแนวความคิดของรัฐธรรมนูญนิยม ทั้งนี้เพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นไปตามอำเภอใจของผู้ปกครองจนอาจก่อให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายต่อประชาชน ซึ่งเป้าหมายสุดท้ายคือการให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะไม่ถูกละเมิดจากรัฐ แต่หากมีการละเมิดประชาชนก็สามารถอ้างยันต่อรัฐเพื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองและคุ้มครองได้

2. การสร้างความเป็นธรรมในสังคม คือการสร้างความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย โดยนำรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎเกณฑ์สูงสุดของประเทศมาคุ้มครองผู้ที่อ่อนแอกว่าในสังคม ทั้งนี้เนื่องจากความเป็นจริงนั้นมนุษย์ยังคงมีสภาพความเป็นอยู่และฐานะที่แตกต่างกันเป็นอย่างมาก และบุคคลที่มีฐานะที่สูงกว่ามักจะเอาเปรียบบุคคลที่มีฐานะต่ำกว่า ดังนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องคุ้มครองคนด้อยโอกาสในสังคมเพื่อสร้างความเสมอภาคและความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น

3. การสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล วัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้มีขึ้นเพื่อต้องการให้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกลไกที่ทำให้การบริหารบ้านเมืองเป็นไปด้วยความเรียบร้อยต่อเนื่อง และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมโดยประสงค์จะแก้ไขข้อบกพร่องของการกำหนดโครงสร้างการปกครองให้มีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อเป็นพื้นฐานของการจัดตั้งรัฐบาลที่ดีอันนำไปสู่การบริหารบ้านเมืองด้วยความมีประสิทธิภาพ และดำเนินการไปด้วยความโปร่งใส

ซึ่งทฤษฎีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้ประกอบด้วยแนวคิดอันเป็นรากฐานทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่มีส่วนในการวางรากฐานทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมเป็นอย่างมาก ประกอบไปด้วยหลักและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนดังนี้[73]

1) ทฤษฎีสัญญาประชาคม แนวคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติถือได้ว่าเป็นต้นกำเนิดแนวคิดสัญญาประชาคม โดยแนวคิดดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของนักปราชญ์หลายท่านดังนี้

นักปราชญ์ท่านแรกคือ โทมัส ฮอปส์ (Thomus Hobbes) ฮอปส์ มองสภาวะตามธรรมชาติว่าสังคมโหดร้ายทุกคนแก่งแย่งชิงดีซึ่งกันและกันทำให้เกิดความวุ่นวายเนื่องจากทุกคนใช้สิทธิและเสรีภาพของตนอย่างเต็มที่ และสิทธิและเสรีภาพของแต่ละคนมีไม่เท่ากัน คนเข้มแข็ง

---

[73] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 120.

ย่อมมีมากกว่าคนอ่อนแอดังนั้นคนในสังคมจึงหลีกเลี่ยงสภาวะเช่นนี้โดยทุกคนต้องทำพันธะสัญญาซึ่งกันและกันมอบอำนาจสิทธิขาดให้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลในการปกครองคนในสังคมเพื่อให้สังคมสงบสุข

นักปราชญ์ท่านต่อมาคือจอห์น ล็อค (John Locke) นักปรัชญาชาวอังกฤษได้มีความเห็นอันสนับสนุนแนวคิดกฎหมายธรรมชาติโดยเขาได้ให้ความเห็นว่า “รัฐทั้งหลาย โดยธรรมชาติย่อมมีกฎแห่งธรรมชาติปกครองอยู่ซึ่งผูกพันบุคคลทุกคนด้วยเหตุผลอันได้แก่กฎหมาย ที่ทำให้มนุษย์มีความเท่าเทียมกันมีอิสรภาพที่จะไม่มีใครได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิต แก่เสรีภาพ และแก่ทรัพย์สินจากบุคคลอื่น” จากความเห็นดังกล่าวพบว่า ล็อค ได้ใช้ปรัชญาแบบเหตุผลมาวิเคราะห์สังคมการเมืองโดยแนวคิดที่ว่ามนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้และการที่มนุษย์มารวมตัวกันตามธรรมชาติเนื่องด้วยมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้นมนุษย์จึงตกลงรวมตัวกันเป็นสังคมทำให้เกิดสัญญาสังคมขึ้น (Social Contract) โดยมนุษย์แต่ละคนยินดีที่จะสละสิทธิเสรีภาพในการที่จะบังคับกันเองเมื่อมีการละเมิดสิทธิมาเป็นการบังคับโดยกฎหมายทั้งนี้ไม่ได้เป็นการสละสิทธิเสรีภาพทั้งหมดให้สังคมคงให้แต่เฉพาะสิทธิเสรีภาพบางประการเพื่อความผาสุกร่วมกันของสังคม

ชาวฝรั่งเศส จัง จ๊ากรุสโซ (Jean Jacques Rousseau) ซึ่งเป็นผู้ได้รับอิทธิพลกฎหมายธรรมชาติมาพอ ๆ กับล็อคโดยเขาได้กล่าวสนับสนุนแนวคิดกฎหมายธรรมชาติไว้ใน “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” ว่า “โดยสัญญาประชาคมมนุษย์ดำรงอยู่ในทางการเมืองชั่วชีวิตเราสามารถเคลื่อนไหวและมีเจตจำนงเสรีโดยมีกฎหมายบัญญัติไว้...ทั้งนี้เป็นไปตามธรรมชาติ”จากแนวคิดดังกล่าวรุสโซได้แสดงให้เห็นว่าสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นลักษณะตามธรรมชาติของมนุษย์แต่เมื่อเกิดกรรมสิทธิ์อันนำมาซึ่งความไม่เสมอภาคของมนุษย์ มนุษย์จึงต้องหารูปแบบการปกครองใหม่โดยให้แต่ละคนทำสัญญาซึ่งเป็นเจตนาร่วมกัน (General Will) ของสังคมไม่ใช่ของปัจเจกบุคคลแต่ละคนเพื่อกำหนดหลักประกันให้เพียงพอแก่สิทธิเสรีภาพอันเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติจึงส่งผลให้ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินได้รับการคุ้มครองจากสังคม

จากแนวคิดข้างต้นจึงถือได้ว่าแนวคิดของสิทธิตามธรรมชาตินั้นมีอิทธิพล ต่อการรับรองสิทธิและเสรีภาพตามสัญญากล่าวคืออำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและเสรีภาพที่ปัจเจกชนพึงมีต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นจากเจตนารมณ์ร่วมกันของคนในสังคมนั้น ๆ ที่ยอมสละสิทธิตามธรรมชาติบางประการให้ผู้ปกครองออกกฎเกณฑ์มาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคมได้ ทั้งนี้กฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นนั้นจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีความสอดคล้องกับธรรมชาติและกฎเกณฑ์ตามสัญญาอันเกิดจากแนวคิดสัญญาประชาคมนี้เองได้กลายเป็นรากฐานประการสำคัญในระบอบการปกครองในยุคปัจจุบันที่สมาชิกทุกคนร่วมตกลงกันสร้างกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการ

ปกครองสังคมนั้น ๆ ซึ่งถือเป็นการมีส่วนร่วมของประชาชนที่จะกำหนดเจตจำนงในการปกครองตนเองขึ้น

เมื่อรัฐธรรมนูญเกิดจากสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบบการเมืองการปกครองของสังคมนั้นๆ ขึ้นรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้นๆ โดยสมาชิกในสังคมยินยอมอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคมดังนั้นประชาชนย่อมจะได้รับความคุ้มครองในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินจากสังคมร่วมกันทั้งยังเป็นการนำมาซึ่งระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่สะท้อนถึงเจตนาร่วมกันของประชาชนที่มุ่งหมายให้รัฐทำหน้าที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและขณะเดียวกันประชาชนก็อาจถูกรัฐจำกัดขอบเขตการใช้สิทธิและเสรีภาพภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้เช่นกัน

อมร จันทรสมบูรณ์[74] ได้สรุปและวิเคราะห์การเกิดขึ้นและวิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดของระบบรัฐธรรมนูญนิยมไว้ว่า “เป็นการเขียนรัฐธรรมนูญโดยอาศัยการศึกษาวิเคราะห์จะถูกนำไปแปลงเป็นกลไกและรูปแบบการจัดองค์กรทางการเมืองและมาตรการประกอบที่สำคัญๆ ตลอดจนรูปแบบและการจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันใหม่ที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานของการบริหารประเทศ”

ดังนั้น แนวความคิดของระบบรัฐธรรมนูญนิยมมิได้จำกัดอยู่ที่การเขียนบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่จะต้องประกอบด้วยการเขียนหลักการและเนื้อหาสาระอันเป็นกลไกและองค์กรที่จะนำไปสู่เป้าหมายอีกด้วย นอกจากนั้นยังต้องมีการออกกฎหมายมากำหนดกลไกในรายละเอียดเพื่อให้เกิดประสิทธิผลตามหลักการและเนื้อหาสาระที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย แนวความคิดดังกล่าวนี้ได้ถูกนำเสนอในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญไทยฉบับปฏิรูปการเมืองเมื่อปี พ.ศ. 2540 ซึ่งได้กลายเป็นรัฐธรรมนูญไทยฉบับ พุทธศักราช 2540 ที่ใช้บังคับอยู่เกือบ 10 ปี (2540-2549)

2.9.2 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นแนวคิดที่ยอมรับกันว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายมีสถานะในทางศักดิ์ และลำดับชั้นของกฎหมายอยู่ในระดับสูงที่สุดของรัฐและในกรณีที่มีกฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ส่งผลให้กฎหมายอื่นที่มาขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ หากได้พิเคราะห์โดยทฤษฎีความบริสุทธิ์แห่งกฎหมายที่ว่ากฎเกณฑ์ที่ใช้อำนาจออกกฎหมายอื่น ย่อมสูงกว่ากฎเกณฑ์ที่ออกมา[75] และจากการที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎเกณฑ์ที่มีที่มาจากอำนาจสูงสุดในการ

---

[74] สมยศ เชื้อไทย ง เล่มเดิม. หน้า 59.

[75] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข เล่มเดิม.

ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและเป็นกฎเกณฑ์ที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองในการปกครองรัฐและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตลอดจนการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกฎเกณฑ์ทั้งหลาย กล่าวคือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด[76]

ที่มาอันเป็นแนวคิดของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ได้มีแนวคิดที่อธิบายถึงทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนพัฒนาการในการยืนยันถึงแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายที่ส่งผลให้เป็นหลักกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญคือ

1. ฌอง ฌาคส์ รุสโซ (Jean Jacques Rousseau) มองว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบบการเมืองการปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

2. โทมัส ฮ็อบส์ (Thomas Hobbes) ได้อธิบายว่า[77] การที่มนุษย์ต่างยอมสละเสรีภาพและสิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่งเป็นผู้ปกครอง โดยเชื่อว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ซึ่งในทัศนะของฮอบส์ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองนั้นไม่อาจมีกฎหมายใดที่อยุติธรรมได้เลย ทั้งนี้เพราะมนุษย์ที่เข้าทำสัญญาประชาคมเข้าเป็นข้าแผ่นดินนั้นย่อมโอนอำนาจของตนให้แก่รัฏฐาธิปัตย์แล้ว ดังนั้นจึงเท่ากับข้าแผ่นดินทั้งหลายเองเป็นผู้บัญญัติกฎหมายเอง โดยคนแต่ละคนนั้นต้องเคารพสัญญาที่ทำขึ้นและเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจไป เมื่อเป็นเช่นนี้สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นเป็นรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาของผู้ปกครองและเป็นที่มาของอำนาจผู้ปกครองด้วย ดังนั้นรัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน

3. นักบุญ โทมัส อะควีนัส (Thomas Aquinus) นักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลางได้ให้แนวความคิดรากฐานที่สำคัญมาจากเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย โดยได้จำแนกกฎหมายออกเป็น 4 ชนิดด้วยกัน คือ [78]กฎหมายนิรันดร กฎหมายธรรมชาติ กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ และกฎหมายมนุษย์ โดยนักบุญ โทมัส อะควีนัส ได้แก้ปัญหาในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งมีปัญหามาแต่โบราณว่าความยุติธรรมตามธรรมชาติกับความยุติธรรมที่มนุษย์สมมติขึ้นนั้น ควรจะมีความสัมพันธ์กันอย่างไร โดยนักบุญ โทมัส อะควีนัส ได้เน้นว่ากฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ ถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์ย่อมไม่มีคุณค่าจะนับเป็นกฎหมาย ซึ่งการนี้เองเป็นการเน้นหลักกฎหมายลำดับสูงกว่าโดยแสดงว่ากฎหมายธรรมชาติและ

---

[76] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 18.

[77] บรรเจิด สิงคะเนติ ก (2544). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. หน้า 15.

[78] ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). *นิติปรัชญา*. หน้า 147.

กฎหมายศักดิ์สิทธิ์เป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมืองของมนุษย์ ถ้ากฎหมายบ้านเมืองขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ หรือขัดต่อกฎหมายศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายนั้นย่อมไร้ผล

สาเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดตามที่ได้ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีมาแล้วนั้นสิ่งที่บ่งบอกถึงการเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นพิจารณาได้ดังนี้

(1) เนื้อหา หรือ บทบัญญัติ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญที่บ่งบอกถึงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ข้อที่ 16 บัญญัติว่า “สังคมใดไม่มีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยจะถือว่ามีรัฐธรรมนูญไม่ได้” จากข้อ 16 ของคำประกาศดังกล่าวจะเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยเป็นสาระสำคัญที่ต้องปรากฏหรือบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ถึงกับกล่าวไว้เลยว่าถ้าไม่ปรากฏทั้งสองเรื่องดังกล่าวในรัฐธรรมนูญแล้วก็ไม่สมควรที่จะเรียกว่ารัฐหรือประเทศนั้นได้อยู่เลย ทั้งสองเรื่องจึงเป็นเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่ต้องปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ[79]

(2) รูปแบบของรัฐธรรมนูญ อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

โดยรูปแบบพิจารณาจาก “ชื่อ” ถ้ากฎหมายใดมีชื่อเรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” “ธรรมนูญ” ก็สามารถเข้าใจได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ การอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนัยนี้เป็นการอธิบายความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างกว้างที่สุด โดยไม่มีคำนึงว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ว่าจะมีที่มาจากประชาชนหรือการรัฐประหารก็ไม่มีความแตกต่างกันในสถานะทางกฎหมาย กล่าวคือมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายอยู่สูงสุดเหมือนกัน ในระบอบประชาธิปไตยต่างยอมรับว่ารัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุดได้นั้นไม่ใช่เพียงแต่ชื่อเท่านั้น แต่ยังมีหลายๆ ปัจจัยที่อธิบายว่าเพราะเหตุใดรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด ในทางกลับกันก็มีรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญที่มิได้มาจากประชาชนแต่มาจากคณะบุคคลที่เรียกว่า “คณะรัฐประหาร” “คณะปฏิวัติจัดทำขึ้น” อันที่จริงรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไม่มีสถานะความเป็นกฎหมายอยู่เลย ถ้าพิจารณาจากหลักการและแนวคิดในระบอบประชาธิปไตยแต่มีการยอมรับจากบางฝ่ายว่ารัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญเหล่านี้เป็นกฎหมายและมีลำดับศักดิ์อยู่สูงสุดในระบบกฎหมาย โดยถือว่าเป็นคำสั่งคำบังคับของรัฏฐาธิปัตย์ เมื่อใช้บังคับกับประชาชนได้ก็ถือว่าเป็นกฎหมาย

จากแนวคิดทฤษฎีที่อธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญข้างต้นจะเห็นว่ามีเพียงรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยหรือรัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากเจตจำนงของปวงชนเท่านั้นที่สอดคล้องกับหลักการที่ได้อธิบายมา เช่น ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทฤษฎี

---

[79] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 145.

สัญญาประชาคม เนื้อหา และรูปแบบของรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญที่มาจากคณะกลุ่มบุคคลที่ก่อการปฏิวัติ การรัฐประหาร จะเป็นกฎหมายสูงสุดก็ได้เพียงแค่ชื่อหรือรูปแบบเท่านั้น

(3) ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

1. กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายในกฎหมายทั้งปวงไม่ว่ามีที่มาก่อนหรือหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้[80] ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้”[81] ซึ่งเป็นการรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

John Marshall ผู้พิพากษาศาลสูงของสหรัฐอเมริกากล่าวไว้ในคดีประวัติศาสตร์ในทางรัฐธรรมนูญตอนหนึ่งว่า “...เราจะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของกฎหมายอื่นทั้งหลายมีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่นทั้งหลายและไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยอาศัยกระบวนการเดียวกันกับกระบวนการตรากฎหมายธรรมดา หรือเราจะถือว่ารัฐธรรมนูญมีค่าบังคับเสมอกับกฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งผลก็คือหากฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตจำนงที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแล้วก็สามารถทำตามอำเภอใจของตนทุกเวลา...)” จากคำกล่าวของ John Marshall แสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญโดยเฉพาะประเทศที่ปกครองระบอบประชาธิปไตย[82] ซึ่งกล่าวได้ว่าถ้ายอมให้กฎหมายอื่นในระบบกฎหมายมีสถานะเหนือกว่าหรือขัดแย้งใช้บังคับได้ เท่ากับเป็นการขยายอำนาจให้กับฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นอันตรายต่อปวงชนในชาติหากฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ

สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยนั้น จะดำรงอยู่ได้ก็แต่ในรัฐซึ่งมีวิธีการที่จะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครองเท่านั้น ทั้งนี้เพราะหากผู้ปกครองใช้อำนาจปกครองตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนต่างๆ ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้ว่าจะยังไม่ได้มีการยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นอย่างเป็นทางการก็ไม่ต่างอะไรกับการได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญไปแล้วนั่นเอง[83] ด้วยเหตุนี้เพื่อ

---

[80] วิษณุ เครืองาม. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 669.

[81] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6.

[82] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 147.

[83] สมยศ เชื้อไทย ง เล่มเดิม. หน้า 65.

ประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้มีความมั่นคงก่อให้เกิดผลที่ตามมาที่สำคัญ โดยสรุปคือ[84]

ก. รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไป

ข. ต้องกำหนดให้มีวิธีการในการพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไปที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีการแบ่งอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ อำนาจของแต่ละฝ่ายถูกกำหนดขอบเขตอำนาจไว้โดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดดังกล่าวโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติก็ถูกจำกัดมิให้ออกกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามกรอบการใช้อำนาจดังกล่าวไม่เพียงพอต่อการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติจำเป็นจะต้องมีองค์กรผู้ควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็คือองค์กรตุลาการนั่นเอง

อย่างไรก็ตามพัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เป็นประเด็นที่มีความขัดแย้งทางความคิดอย่างยิ่ง โดยฝ่ายที่เห็นด้วยกับการที่จะให้ศาลเข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น มีความเห็นว่า ศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวนี้ได้ขยายขอบเขตเพื่อให้ความคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลมาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็อ้างถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน โดยฝ่ายนี้ที่เห็นว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจหนึ่งใช้อำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ย่อมมีอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการตีความรัฐธรรมนูญ ความอันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือ การทำให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง[85]

2. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยาก

การทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นการแสดงถึงความเป็นเหตุผลระหว่างรัฐกับประชาชนภายในรัฐ ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐ

---

[84] แหล่งเดิม. หน้า 66.

[85] บรรเจิด สิงคะเนติ ก เล่มเดิม. หน้า 31.

และจำกัดขอบเขตอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น และด้วยเหตุนี้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรแก้ไขให้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่นๆ[86]

ด้วยเหตุผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมกระทำได้ยากโดยองค์กรหรือวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่นๆ ซึ่งเรียกสภาพนี้ว่า “ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (La rigidite Constitutionelle)[87] ซึ่งในส่วนของรัฐธรรมนูญแก้ไขยากนั้นอาจเป็นเพราะว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีความประสงค์จะดำรงหลักการสำคัญบางประการในรัฐธรรมนูญเอาไว้ จึงวางหลักในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเอาไว้ให้มีวิธีการที่พิเศษต่างไปจากกฎหมายธรรมดา หรืออาจมีบางมาตราที่ไม่สามารถแก้ไขได้โดยวิธีการใดๆ นอกจากการปฏิวัติ (Revolution) รัฐประหาร อันเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้นเสีย[88] แต่ในทางปฏิบัติแล้วการจะแก้รัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับการแก้ยากแก้ง่ายแต่ยังขึ้นอยู่กับอุปนิสัยและแนวปฏิบัติทางการเมืองของแต่ละรัฐด้วย ถ้าหากสถานการณ์ทางการเมืองและสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ที่วางเอาไว้ในรัฐธรรมนูญ ในที่สุดกฎเกณฑ์นั้นก็จะต้องถูกแก้ไขอย่างแน่นอน มิฉะนั้นจะกลายเป็นรัฐธรรมนูญแต่เพียงในนามเท่านั้นไม่สามารถนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้เลย

อย่างไรก็ตาม หากแม้ว่ามีความจำเป็นจะต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ ในทางปฏิบัติรัฐธรรมนูญจะมอบอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญซึ่งโดยปกติแล้วก็คือองค์กรนิติบัญญัตินั่นเอง โดยอาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ แตกต่างไปจากกฎหมายธรรมดาหรืออาจบัญญัติกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา แต่เรียกร้องคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมากกว่ากรณีกฎหมายธรรมดาได้[89]

---

[86] แหล่งเดิม. หน้า 29.

[87] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 17.

[88] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 148.

[89] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข (ม.ป.ป.). *ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ* (90 ปี สัญญา ธรรมศักดิ์). หน้า 197-198.

2.9.3 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)[90]

หลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเพราะบุคคลหรือองค์กรเดียวผูกขาดการใช้อำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ จึงอาจทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครอง ถูกกดขี่ดังที่ ลอร์ด แอ๊กตั้น (Lord Action) ได้กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มิชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มิชอบอย่างแน่นอน” (Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely) ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองมิอาจบังเกิดขึ้นได้และจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคมเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการผูกขาดการใช้อำนาจโดยวิธีที่มิชอบ จึงได้เกิดแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจขึ้นโดยมองเตสกิเออ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสเขาได้เสนอแนวคิดในการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามอำนาจคืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการเพื่อทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้

ทั้งนี้เพราะทั้งสามอำนาจมิได้มีการแบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาดหากแต่มีการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (Checks and Balances) ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดและเป็นฝ่ายดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจจากการใช้อำนาจทั้งปวงแต่เพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้มองเตสกิเออได้เสนอแนวคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกันซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เนื่องจากเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจให้แตกต่างกันนั้นถือได้ว่าเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐมิให้มีอำนาจมากเกินไปจนสามารถใช้อำนาจมากระทบสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลได้

Montesquieu ชี้ให้เห็นในหนังสือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เล่ม 11 บทที่ 6 ซึ่งเป็นข้อความที่มีการอ้างอิงกันอย่างกว้างขวางเมื่อมีการกล่าวถึงแนวความคิดของมองเตสกิเออ ซึ่งมีใจความว่า

---

[90] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ข เล่มเดิม.

ในแต่ละรัฐย่อมมีอำนาจ 3 แบบด้วยกัน กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ “หากมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารอยู่ในบุคคลคนเดียว หรือองค์กรใช้อำนาจรัฐระดับสูงเพียงองค์กรเดียวแล้ว เสรีภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากย่อมเป็นที่เกรงกันว่า กษัตริย์เพียงพระองค์เดียวนั้น หรือสภาซีเนทเพียงสภาเดียวนั้น จะออกกฎหมายทรราชย์เพื่อใช้บังคับมันแบบทรราชย์

นอกจากนี้แล้ว เสรีภาพก็ไม่อาจจะเกิดได้เช่นกัน หากมิได้มีการแยกอำนาจตุลาการออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร หากตุลาการรวมอยู่กับฝ่ายนิติบัญญัติก็จะทำให้อำนาจเหนือชีวิตและเสรีภาพของพลเมืองเป็นไปตามอำเภอใจ เพราะเหตุที่ตุลาการเป็นผู้ตรากฎหมายเสียเอง หากตุลาการเป็นพวกเดียวกับฝ่ายบริหาร ก็จะทำให้ตุลาการมีอำนาจแบบผู้กดขี่ทุกอย่างย่อมสูญเสียไป หากมนุษย์คนเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันของผู้ถืออำนาจหรือของขุนนางหรือแม้กระทั่งของประชาชน สามารถใช้อำนาจทั้งสามประการนี้ได้ กล่าวคือ มีอำนาจที่จะตรากฎหมาย ดำเนินการให้เป็นไปตามมติสาธารณะ และตัดสินคดีอาชญากรรมหรือความขัดแย้งระหว่างปัจเจกบุคคล”[91]

จึงอาจกล่าวได้ว่า การแบ่งแยกอำนาจตามความเห็นของ Montesquieu คือการมอบอำนาจอธิปไตยเป็น 3 ลักษณะ อันประกอบด้วยรัฐบาลซึ่งทำหน้าที่ด้านการบริหาร บ้านเมืองรัฐสภาในฐานะองค์กรด้านนิติบัญญัติ ซึ่งจะต้องทำหน้าที่ด้านออกกฎหมาย และศาลยุติธรรมในฐานะองค์กรด้านตุลาการ ที่ทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีต่างๆ ภายใต้แห่งระบบการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ระหว่างทั้ง 3 องค์กร นี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับอำนาจตุลาการนั้น โดยลักษณะแล้ว สมควรเป็นอำนาจที่มีอิสระ และจะไปอยู่ร่วมกับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้โดยเด็ดขาด[92]

บรรเจิด สิงคะเนติ อธิบายว่า [93]ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบ และยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (Check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่

---

[91] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ข (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*. หน้า 430.

[92] ภาสพงษ์ เรณุมาศ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1111

[93] บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 25.

รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ ซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ สามารถแยกบทบาทและอำนาจหน้าที่รวมถึงความเกี่ยวกันของทั้งสามองค์กรได้พอสังเขปดังนี้ คือ

1. อำนาจบริหาร[94] คือ อำนาจในการบริหารจัดการรัฐ และบริหารกิจการสาธารณะของรัฐให้เป็นไปตามนโยบายตามที่แถลงไว้กับประชาชนและตัวแทนของประชาชนทั้งยังมีหน้าที่ในการดูแลความปลอดภัยให้กับประชาชนซึ่งอาจเกิดจากภยันตรายทั้งภายในและภายนอกประเทศ นอกจากนี้ยังต้องดำเนินการให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งผู้ใช้อำนาจบริหารจะต้องมาจากการเลือกตั้งของประชาชนซึ่งอาจเรียกว่า รัฐบาล หรือคณะรัฐมนตรี ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจบริหาร ในฐานะรัฐบาล หรือที่เรียกกันว่า การกระทำทางรัฐบาล คือ กิจกรรมที่มีลักษณะสำคัญๆ ที่ปฏิบัติไปเพื่อความเป็นอยู่มั่นคงของรัฐและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ โดยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้วินิจฉัยสั่งการ การวางแผนนโยบายการบริหารประเทศและรับผิดชอบร่วมกัน จะมอบหมายให้องค์กรใดรับไปวินิจฉัยและปฏิบัติการแทนเหมือนกิจการทางการปกครองหาได้ไม่ อย่างไรก็ดี กิจการที่ฝ่ายบริหารกระทำไปในฐานะรัฐบาลต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำหนดอำนาจของรัฐบาลไว้ เช่น การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การกำหนดนโยบาย และการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

ลักษณะการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง คือ การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน กิจกรรมอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับกับการบริการสาธารณประโยชน์ การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครองนั้น ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎ หรือประกาศกระทรวง ทั้งนี้จะโดยทำเป็นคำสั่ง หรือ การปฏิบัติการทางปกครองก็ได้ ในการนี้ผู้มีอำนาจบริหารสามารถมอบอำนาจให้องค์กรอื่นรับไปดำเนินการต่อได้

2. อำนาจนิติบัญญัติ คืออำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งโดยหลักการตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้น เห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ดังนั้นการออกกฎเกณฑ์หรือกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับประชาชนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนหรือตัวแทนจากประชาชน ซึ่งก็คือรัฐสภา นั่นเอง นอกจากอำนาจในการออกกฎหมายแล้วรัฐสภายังมีหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินการของฝ่ายบริหาร รวมถึงยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบการกระทำต่างๆของรัฐบาล เมื่ออำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจในการออกกฎหมายและเป็นอำนาจในการตรวจสอบและควบคุมการดำเนินการของฝ่ายบริหารแล้ว ลักษณะในการใช้

---

[94] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ค (2550). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย.* หน้า 236.

อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติถึงอยู่ในรูปของความเห็นชอบของผู้แทนปวงชน ในการแสดงออกถึงการยอมรับหรือไม่ยอมรับกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ฝ่ายบริหารกำหนดและหมายรวมถึงกฎหมายต่างๆ ที่จะนำมาบังคับใช้กับประชาชนด้วย แม้แต่การแสดงออกความไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจผู้บริหารของรัฐเองด้วยก็ตาม ซึ่งการเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบนี้จะดำเนินการด้วยการอภิปรายและการลงมติในที่ประชุมของผู้แทนปวงชนหรือกล่าวได้ว่าคือรัฐสภานั่นเอง อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติจะมีหลักสำคัญ 3 ประการ คือ[95]

1) หลักธรรมาธิปไตย หมายถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาถึงความเป็นตัวแทนผลประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ที่แท้จริง มีกระบวนการตัดสินใจบนรากฐานของฝ่ายข้างมากที่มีเหตุผล มีคุณธรรม มีฐานอ้างอิงและรักษาประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ตลอดจนสร้างกฎหมายที่ยุติธรรม

2) หลักรัฐธรรมนูญ หมายถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นจะต้องคำนึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รับรองโดยชัดแจ้งไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งในกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทั้งกระบวนการตรากฎหมาย และเนื้อหาสาระของกฎหมาย

3) หลักการมีกฎหมายที่ดี หมายถึงกฎหมายนั้นจะต้องไม่มีผลบังคับย้อนหลัง มีประกาศให้ทราบโดยทั่วกัน ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่น ไม่บังคับในสิ่งที่เป็นไปไม่ได้ ไม่เปลี่ยนแปลงบ่อย ไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง

3. อำนาจตุลาการ คืออำนาจบังคับใช้และตีความกฎหมาย ตลอดจนการชี้ขาดข้อพิพาทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน ข้อพิพาทระหว่างประชาชนด้วยกันเอง หรือแม้แต่ข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐก็ตาม ซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดนี้จะต้องกระทำด้วยความเป็นธรรมตามกฎหมาย ปราศจากอคติ และมุ่งให้เกิดความยุติธรรมอย่างสูงสุด ลักษณะของการใช้อำนาจตุลาการจะอยู่ในลักษณะของคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือคำพิพากษา เพื่อให้ผู้ถูกปกครองและผู้ปกครองปฏิบัติ หรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง หรืออาจเป็นกรณีชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความยุติธรรมระหว่างคู่กรณีก็เป็นได้

แม้ว่าศาลจะถือว่าเป็นองค์กรที่มีอิสระในการใช้อำนาจวินิจฉัยคดี แต่การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลต้องอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือจะต้องเป็นไปตาม

---

[95] นภดล เฮงเจริญ ก (2548). “กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.” รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 4 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.” หน้า 255-257.

ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติ ทั้งยังต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนบนพื้นฐานของความยุติธรรมด้วย[96]

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเรื่องของการใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรซึ่งในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การใช้อำนาจแต่ละองค์กรจะเป็นไปในลักษณะการคานดุลอำนาจระหว่างกันซึ่งพออธิบายความสัมพันธ์ของแต่ละองค์กรได้ดังนี้

1) ความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ

ตามหลักการแล้วอำนาจในการจัดทำกฎหมายนั้น ถือเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในกรณีที่กฎหมายที่ออกมานั้นมีข้อความไม่ชัดเจนหรือต้องมีการพิจารณาว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้นย่อมต้องพิจารณาถึงองค์กรที่จะมีหน้าที่ควบคุมกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาว่าคือองค์กรใด ซึ่งจากประเด็นดังกล่าวนี้ได้มีการยอมรับถึงแนวคิดที่ให้ศาลมีอำนาจในการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา ดังที่ปรากฏในคดีบรรทัดฐาน คือ Marbury v. Madison ที่ได้วางหลักไว้ว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาคองเกรสตราขึ้นนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้ซึ่งเป็นการตัดสินทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง[97] โดยคดีดังกล่าวได้แสดงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจคือ โดยหลักแล้วองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการออกกฎหมาย ดังนั้น การจะให้ผู้ออกกฎหมายเป็นผู้ตีความกฎหมายที่ตนออกมาเสียเองถือว่าเป็นการรวบอำนาจนิติบัญญัติและตุลาการไว้ที่องค์กรนิติบัญญัติแต่ผู้เดียวซึ่งหาเป็นการสมควรไม่เนื่องจากจะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้นจึงถือได้ว่าศาลเป็นองค์กรที่ตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยทางกฎหมายเพื่อป้องกันระบบเผด็จการรัฐสภาได้ (Tyranny by Assembly)

ในส่วนของประเทศไทยพัฒนาการเกี่ยวกับการให้ศาลมีอำนาจพิพากษาถึงความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งได้ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 โดยศาลฎีกาเห็นว่าพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 ในส่วนที่กำหนดโทษในการกระทำที่ได้กระทำลงก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับถือเป็นโมฆะ แม้ว่ารัฐธรรมนูญปี 2475 จะมิได้บัญญัติให้ผู้ใดเป็นผู้ชี้ขาดความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ก็ต้องมีผู้ชี้ขาดในเรื่องนี้ มิฉะนั้นจะทำให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 ที่ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ มีข้อความแย้งหรือขัดรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นให้เป็นโมฆะ” หามีผลใช้บังคับไม่และเมื่อศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายแล้ว ดังนั้นการจะดูว่าอะไรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้หรือไม่จึงเป็น

---

[96] บรรเจิด สิงคะเนติ ค (2551). *การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว* (รายงานผลการวิจัย). หน้า 28-29.

[97] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 147-148.

ของศาล ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการออกกฎหมายโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ[98]

2) ความสัมพันธ์ของอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้น ได้ยึดถือหลักสำคัญประการหนึ่งคือการรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งมิได้ถือว่าเป็นการคุ้มครองตัวผู้พิพากษาหรือยอมให้อำนาจเบ็ดเสร็จแก่ผู้พิพากษาในการพิพากษาคดีตามอำเภอใจ แต่เป็นการรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาให้เป็นไปตามกฎหมายและนำกฎหมายที่มีอยู่มาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงแห่งคดีด้วยความรอบคอบให้เป็นไปตามกฎหมายโดยวิจารณญาณแห่งวิชาชีพของตน เพื่อรักษาและปกป้องความยุติธรรมให้ดำรงอยู่ ในการพิจารณาของศาลนั้นหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการที่ฝ่ายปกครองเข้ามาเป็นจำเลยในคดีซึ่งอำนาจที่ฝ่ายปกครองได้กระทำลงถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น จึงเห็นว่าองค์กรศาลหาได้มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีทางปกครองอันเป็นการกระทำที่เกิดจากอำนาจบริหารไม่ ซึ่งเป็นการยึดถือตามหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในทางตุลาการและหน้าที่ในทางปกครอง หากเป็นการกระทำนอกเหนือจากการกระทำผิดทางอาญาของตัวข้าราชการแล้ว ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้[99] จึงอาจกล่าวได้ว่า คดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลยไม่อาจถูกพิจารณาในศาลยุติธรรมได้

กล่าวโดยสรุปถึงความสัมพันธ์ของอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการนั้นมีลักษณะการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance) เพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจเหนือหรือมีอำนาจเหนือกว่าอำนาจอื่น อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงแล้วเป็นการยากที่จะให้อำนาจทั้งสามเป็นอำนาจที่มีดุลยภาพเท่าเทียมกันโดยสิ้นเชิง อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่ต้องมิใช่อยู่เหนือในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือจะต้องมีมาตรการที่เป็นหลักในการดำเนินการตามอำนาจในแต่ละองค์กรที่ชัดเจนและมีการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน[100]

---

[98] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ก (ม.ป.ป.). *ความเป็นจริงกับการแบ่งแยกอำนาจ, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์.* หน้า 385-387.

[99] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ้างถึงใน สุรพล นิติไกรพจน์. (2536, 4 กันยายน). "ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจกับการห้ามศาลพิจารณาคดีที่ฝ่ายปกครองเป็นจำเลย." *หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน.*

[100] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 274.

2.9.4 หลักนิติรัฐ (The Legal of State)

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครองที่ในสังคมรัฐต่างเรียกร้องให้มี ให้ปรากฏและบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ หลักดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับทางทฤษฎีอำนาจอธิปไตยทั้งในทางลบและในทางบวก กล่าวคือในทางลบนั้นเป็นหลักที่โต้แย้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิมของ ฌอง โบแดง ซึ่งเป็นผู้เรียกอำนาจสูงสุดในการปกครองว่าอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยว่า ปราศจากขอบเขต ถาวร สูงสุดล้นพ้นและแสดงออกโดยการออกและยกเลิกกฎหมาย อำนาจอธิปไตยจึงแบ่งแยกมิได้ และเป็นนิรันดร์ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยจึงอยู่เหนือกฎหมาย[101]

คำว่า นิติรัฐ นั้นได้มีผู้ให้คำจำกัดความไว้หลายประการด้วยกันดังต่อไปนี้

กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า

“นิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstat) เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชนและกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ รัฐไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรกเมื่อรัฐเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนรัฐหาอาจกระทำการฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สองคือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้นรัฐไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อประชาชนได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย”[102]

Robert von Mohl,Carl Welcker และ Johann Christoph von Aretin ได้กล่าวถึงคำว่า “นิติรัฐ” ซึ่งอาจให้ความหมายของคำว่า “นิติรัฐ” ว่าหมายถึงรัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรูปที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคม

---

[101] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ก เล่มเดิม. หน้า 103.

[102] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 279-280.

เป็นการทั่วไป จากการให้ความหมายดังกล่าวอาจสรุปได้ว่านิติรัฐก็คือรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข[103]

หยุด แสงอุทัย[104] ได้ให้คำจำกัดความของ “ความคิดเรื่องนิติรัฐ” ว่าเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิปัจเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือยอมตนอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มีบทบาทให้ราษฎรเป็นองค์กร (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรงหรือโดยใช้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้นกรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ[105] ได้ให้คำจำกัดความของ “นิติรัฐ” ว่า รัฐที่กำหนดเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ในรัฐดังกล่าวนี้การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น

มานิตย์ จุมปา ได้ให้คำจำกัดความของ “นิติรัฐ” ว่า คือรัฐภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใดๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจ[106]

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่าหลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

1. องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กร

---

[103] บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 23.

[104] หยุด แสงอุทัย ข (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. หน้า 123-124.

[105] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ค (2534). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ:รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. หน้า 157.

[106] มานิตย์ จุมปา. (2548). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป*. หน้า 66.

ของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร้ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครองหลักการดังกล่าวนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครอง มีผลก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้วการกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร้องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนในกระบวนการพิจารณาต่างๆ ของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่าง ๆ ก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair) ด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้ความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้น เรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้าน

ตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย[107]

2. องค์ประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ

ลำพังแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่าง ๆ นั้นยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้งๆ ที่จะต้องคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ทุกกรณีดังที่เข้าใจผิดพลาดกันอยู่ในวงการกฎหมายไทยแต่อย่างใดไม่ การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้เนื้อเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน โดยหลักทั่วไปแล้วในกรณีที่บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษอาญาก็กระทำไม่ได้

นอกจากหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาจะเรียกร้องการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจ ที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่าบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลักนิติรัฐที่ปรากฏในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงมีสองมิติ คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน แต่ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่เป็นสังคมรัฐหรือรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat) สิทธิขั้นพื้นฐานยังมี

---

[107] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค (ม.ป.ป.). *หลักนิติรัฐและนิติธรรม*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431

ลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น สำหรับอีกมิติหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรโดยตรง

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไปโดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมในนิติรัฐ รัฐไม่อาจใช้มาตรการใดๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วยเหตุนี้แนวความคิด The end justifies the means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับนิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมายจะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้ หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่าทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะคาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ การใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้วในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้าม การกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อหลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตกต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้นๆ ด้วย[108]

อย่างไรก็ตามหลักนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรของรัฐ หลักนี้ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนดังต่อไปนี้[109]

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักการนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎร เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่ง

---

[108] แหล่งเดิม.

[109] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ง (ม.ป.ป.). *ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (เอกสารประกอบการเรียนการสอน, หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่น 14 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

กฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง “ตามหลักการนี้ทำให้ฝ่ายบริหารผูกพันต่อกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎหมาย” ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำแบ่งออกเป็น 2 ด้านใหญ่ๆ

1) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ องค์กรทางปกครองจะทำการใดๆ จะต้องมีฐานะทางกฎหมายรองรับตลอดเวลา ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” นั้น ต้องเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาหรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน กล่าวคือ กฎหมายที่จะตราขึ้นมาเพื่อจำกัดสิทธิจะต้องเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ฝ่ายปกครองจะอ้างจารีตประเพณีมาเป็นฐานที่มาของการใช้อำนาจไม่ได้ แต่ฝ่ายปกครองจะทำการใดที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนอาจจะไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับก็ได้ แต่ต้องไม่ทำตามอำเภอใจเพราะต้องอยู่ภายใต้หลักความเสมอภาค

2) หลักการกระทำต้องไม่ขัดต่อกฎหมายที่มีอยู่ หลักนี้มุ่งคุ้มครองความเป็นเอกภาพของกฎหมาย ฝ่ายปกครองต้องได้รับผลร้ายจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” มีความหมายกว้าง กล่าวคือ เป็นกฎหมายทั้งหมดที่มีอยู่ รวมถึง กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย

(2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ตามหลักนี้ หมายความว่ากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพได้ในกรณีใด ภายในขอบเขตอย่างใดและจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งเสรีภาพเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะหรือกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพอีกประการหนึ่ง “ตามหลักนี้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ”

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักนี้หมายความว่าการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่งคำบังคับบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและมีกระบวนการพิจารณาที่เปิดเผยเป็นธรรม รับฟังคู่ความและใช้เหตุผลในคำวินิจฉัยชี้ขาด

กล่าวโดยสรุป หลักการของนิติรัฐอาจแยกพิจารณาได้ 2 ลักษณะ คือในแง่เนื้อหาและในแง่รูปแบบ ในแง่เนื้อหา ได้แก่ หลักสิทธิขั้นพื้นฐานมีค่าสูงสุด หลักเจ้าหน้าที่มีอำนาจจำกัดหรือรุกล้ำสิทธิขั้นพื้นฐานได้เท่าที่จำเป็นพอสมควรแก่เหตุ (หลักสัดส่วนในการใช้อำนาจ) หลักชดเชย

ความเสียหายอันเกิดจากการกระทำไม่ชอบของรัฐ (หลักความยุติธรรม) ส่วนในแง่รูปแบบ ได้แก่ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักแบ่งแยกอำนาจหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เป็นต้น

2.9.5 หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

คำว่าหลักนิติธรรมนั้น วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศอังกฤษความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรต้องถูกปกครองโดยมนุษย์แต่ควรจะต้องถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น[110] ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ “The Common Wealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ที่นิยมระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่ แนวความคิดเรื่อง The Rule of Law ที่พัฒนาเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนนี้ โดยปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Megna Carta) ค.ศ. 1215 อันเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ และได้รับการพัฒนาต่อมาจนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายและเป็นที่ยอมรับไปทั่วโลกโดยศาสตราจารย์ เอ.วี. ไดซีย์ (Alberl Venn Dicey) แห่งมหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ดที่มีชื่อเสียงคนหนึ่งของอังกฤษในปลายรัชสมัยของสมเด็จพระนางเจ้าวิคตอเรียมหาราชีนีนาถ ไดซีย์ ได้ให้ความหมายของ The Rule of Law ไว้อย่างกระจ่างชัด โดยกล่าวว่า The Rule of Law มีความสำคัญ 3 ประการ คือ[111]

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราชย์ กล่าวคือ บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมายเท่านั้น การนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นย่อมเป็นการไม่ชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในสายตาของกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใดๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใคร มีสถานะอย่างไร ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญ (ของอังกฤษ) นั้นมิใช่ที่มาแห่งกฎหมายแต่เป็นผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย กล่าวคือการที่บุคคลมีสิทธิ มีเสรีภาพประการต่างๆ นั้นหาใช่เพราะรัฐธรรมนูญยอมรับไม่ หากแต่เพราะมีศาลยุติธรรมรับบังคับให้

ความหมายทั้ง 3 ประการของ “The Rule of Law” ตามที่ไดซีย์ให้อรรถาธิบายนี้ได้รับทั้งการสนับสนุนและวิพากษ์วิจารณ์ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

---

[110] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม.

[111] ธานินทร์ กรัยวิเชียร ค (2552). *หลักนิติธรรม.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.qsds.go.th/EthicsWeb/cd_ebook3/e-book/e-book9/index.html

กล่าวโดยรวม Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาล และฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์อื่นใดในการตรากฎหมาย

การที่ Dicey อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมในแง่ที่คนทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้ศาลเดียวกันตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ส่งผลให้ Dicey ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา ทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้วบรรดาข้าราชการต่างๆ ที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้

นอกจากนี้แล้ว บรรดาสิทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรนั้นย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่ กล่าวในทางทฤษฎีแล้ว รัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษ จึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และย่อมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตาม ไม่พึงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล ในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนามาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปเลย

แน่นอนว่าในทางทฤษฎีเมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภานั้นเองจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรากฎหมายจำกัด ตัดทอนสิทธิของบุคคลเสียโดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษไม่ได้เป็นเช่นนั้นเพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้นโดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับการสนับสนุนของรัฐบาลและพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมากสนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้วผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งถัดมาย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้วการตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับเจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั้นเองที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทางหลักๆของการตรากฎหมายและเมื่อกล่าวว่ารัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบอบประชาธิปไตยที่พัฒนามาในอังกฤษย่อมต้องเข้าใจว่ารัฐสภาย่อมทรงอำนาจสูงสุดในหมู่องค์กรต่างๆของรัฐ แต่ในที่สุดแล้วในทางการเมืองก็อยู่ใต้ประชาชน ดังนั้นในประเทศอังกฤษการจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีตประเพณีที่รับสืบต่อกันมา ในประเทศที่สิทธิเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติเช่นประเทศอังกฤษนี้ ย่อมไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเลยที่จะต้องบัญญัติกฎเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นนิติรัฐ หรือบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นมาตรา ๆ ไป[112]

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมาแนวคิดเรื่อง “The Rule of Law” ตามหลักกฎหมายอังกฤษนี้ได้รับการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางและในเชิงลึกมากขึ้นแทบทั่วทุกมุมโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในโลกเสรี นักกฎหมายส่วนมากก็ถือเอา “The Rule of Law” เป็นอุดมการณ์ร่วมกันเพื่อต่อต้านลัทธิทรราชย์ และปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล มีการขยายหลัก “The Rule of Law” ออกไปให้ครอบคลุมถึงการเสริมสร้างเกียรติศักดิ์ของมนุษย์และการคุ้มครองรักษาสิทธิมนุษยชนทุกแง่ทุกมุม แม้แต่ในคำปรารภของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่รับรองและประกาศโดยข้อมติสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เอ(111) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 ก็ยังกล่าวถึง “The Rule of Law” ไว้ด้วยว่า “...เป็นการจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยนิติธรรม ถ้าไม่ประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบังคับ ให้หาทางออกอันเป็นที่พึ่งสุดท้าย ด้วยการก่อความไม่สงบเพื่อต่อต้านทรราชย์และการกดขี่...) ดังนั้นปัญหาต่างๆ ที่อยู่ในข่าย

---

[112] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ค เล่มเดิม.

ของ “The Rule of Law” จึงมิใช่เฉพาะแต่เรื่องระบบทรราชย์ดังที่ปรากฏมาแต่เดิม แต่ยังครอบคลุมไปถึง เรื่องต่างๆ ที่กระทบกระเทือนสิทธิมนุษยชนประการอื่นด้วย เป็นต้นว่าการแบ่งแยกชนชั้นหรือเชื้อชาติในสังคมและการจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนา[113]

ปัจจุบันการให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรมอาจจะแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ตำราต่างๆ ก็ไม่ได้อธิบายความแตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

กำชัย จงจักรพันธ์ ให้ความหมาย “หลักนิติธรรม”[114] ว่า หลักนิติธรรมหมายถึงหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมายอันหมายความรวมถึง การบัญญัติกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการยุติธรรม จะต้องไม่ฝ่าฝืนหรือขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม หรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย หลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายจะถูกล่วงละเมิดมิได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรมขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลก็คือจะใช้บังคับไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง หลักนิติธรรม คือหลักที่อยู่เหนือกฎหมายทั้งปวง อยู่เหนือแม้กระทั่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีองค์ประกอบหรือสาระสำคัญคือ

1. กฎหมายต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไป
2. กฎหมายจะบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาและมีโทษย้อนหลังหรือมีโทษย้อนหลังหนักกว่าเดิมไม่ได้
3. ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยบริสุทธิ์อยู่จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาเด็ดขาดว่ามีความผิด
4. หลักความเป็นอิสระและเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการ
5. รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจและต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายให้ไว้เท่านั้น
6. กฎหมายต้องไม่ยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไว้ล่วงหน้าโดยเฉพาะ

---

[113] ธานินทร์ กรัยวิเชียร ค เล่มเดิม.

[114] กำชัย จงจักรพันธ์ ก (ม.ป.ป.). *หลักนิติธรรม.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.oja.go.th/new2011.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้จำแนกสาระสำคัญของหลักนิติธรรมได้ดังนี้[115]

1. การปฏิบัติตามกฎหมายของทุกองค์กรของรัฐ (Supremacy of Low) ไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ อันเป็นเรื่องของการจัดกลไกการใช้อำนาจรัฐ (Machinery of Government) โดยแต่ละองค์กรจะมีขอบเขตข้อจำกัดการใช้อำนาจต่างๆ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างกัน และจะไม่มีองค์กรใดมีอำนาจเหนือกฎหมาย

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการเบื้องต้นเพื่อมิให้อำนาจรวมอยู่ในบุคคลเดียวกันจนเกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีการคาน และดุลกัน อันจะเป็นการเปิดช่องให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบได้ง่าย

3. การมีกฎหมายที่ดี (Good Law) อันจะเกี่ยวข้องในหลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย

4. การชอบด้วยกฎหมายของการปกครอง (Administrative Legality) ในการปกครองฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจในการใช้บังคับกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชน ดังนั้นในการใช้อำนาจใด ๆ ต่อเอกชน รัฐบาลจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานให้ใช้อำนาจนั้นได้ และต้องใช้อำนาจนั้นให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย การใดที่ทำไปไม่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องถูกเปลี่ยนแปลงเพื่อให้การเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชน ซึ่งในการนี้จะต้องอยู่ในบังคับการตรวจสอบทางกฎหมาย และการตรวจสอบทางการเมืองตามลักษณะที่เหมาะสม

5. ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) ประชารัฐนั้นจัดตั้งขึ้นเพื่อรักษาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน โดยเอกชนทุกคนต้องเสียสละทรัพย์สินอันเป็นภาษีให้แก่ การดำเนินงานรัฐ และในกรณีที่จำเป็นอาจถูกเกณฑ์แรงงานหรือทรัพย์สินอื่นเพิ่มเติม ความจำเป็น ของรัฐ แต่ก็ตั้งอยู่บนฐานของความเท่าเทียมกันในความสามารถที่จะเสียสละส่วนนี้มิใช่ผู้จะต้องสูญเสียประโยชน์เฉพาะตนมากกว่าผู้อื่น (Worsing off) ดังนั้นในกรณีที่รัฐ (โดยเจ้าหน้าที่) ก่อให้เอกชนเสียหายในการปฏิบัติหน้าที่หรือในการรักษาประโยชน์มหาชนอันใดที่จำต้องทำให้เอกชนคนใดเสียหาย รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้นให้ตามที่เป็นธรรมในภาระที่อยู่ร่วมกันเป็นประชารัฐ

6. การมีสิทธิร้องคดีต่อศาล การควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารนอกจากการวางกลไกการใช้อำนาจโดยวิธีทางการเมืองแล้ว เมื่อยอมรับว่าการใช้อำนาจทุกประเภทจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จึงจะต้องมีการตรวจสอบทางกฎหมายโดยองค์กรอิสระเพื่อให้

---

[115] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ข (2525, สิงหาคม). “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ.” *วารสารกฎหมายปกครอง*. หน้า 27.

มั่นใจได้ว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายจริง การร้องคดีต่อศาลในกรณีที่เห็นว่ามีการใช้อำนาจผิดกฎหมาย จึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันสำหรับสังคมที่ยึดหลักนิติธรรม หากรัฐสภาตรากฎหมายโดยผิดหลักเกณฑ์ตามหลักรัฐธรรมนูญ ก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ หรือหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดกฎหมายก็อาจนำคดีไปสู่การพิจารณาของศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองได้

7. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน การพิทักษ์สิทธิเสรีภาพพื้นฐานของเอกชนเป็นเป้าหมายในการจัดการปกครองเป็นประชารัฐ การใช้อำนาจนิติบัญญัติ การใช้อำนาจบริหาร และการใช้อำนาจตุลาการ ล้วนแต่มีความมุ่งหมายเพื่อพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งนั้น การที่กล่าวกันว่าศาลเป็นที่พึ่งสุดท้าย (Last Resort) หมายความว่าศาลเป็นองค์กรสุดท้ายที่ประชาชนก็มีโอกาสให้เข้ามาตัดสินปัญหานี้ตามลำดับของการใช้อำนาจ แต่มิใช่ศาลเป็นองค์กรเดียวที่พิทักษ์สิทธิเสรีภาพประชาชน

Joseph Rez ค.ศ. 1977 กล่าวว่า หลักนิติธรรม หากเป็นเพียงการปกครองโดยกฎหมายก็ไม่มีความหมาย แต่ต้องมีหลักทั่วไปเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานบางอย่างและเห็นว่าหลักนิติธรรมอย่างน้อยต้องประกอบด้วยหลักการต่อไปนี้[116]

1. บทบัญญัติจะต้องไม่ใช้บังคับย้อนหลังและต้องเปิดเผยและชัดเจน
2. กฎหมายจะต้องมีความมั่นคงตามควร
3. บทกฎหมายจะต้องเป็นไปตามแนวทางของหลักทั่วไปที่เปิดเผย มั่นคงและชัดเจน
4. ความอิสระขององค์กรตุลาการจะต้องมีการคุ้มครอง
5. มีกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Natural justice) ตามแนวของกฎหมายอังกฤษอีกนัยหนึ่งก็คือ (due process of law)นั่นเอง
6. ศาลจะต้องมีอำนาจตรวจสอบทางกฎหมาย (Review) ถึงความชอบด้วยกฎหมายของบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือการกระทำต่างๆ ของฝ่ายปกครอง
7. บุคคลต้องสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลได้โดยง่าย โดยไม่ควรมีพิธีการยุ่งยากเกินควร ตลอดจนค่าใช้จ่ายมากเกินไป และระยะเวลาพิจารณาคดีไม่นานเกินไป
8. องค์กรป้องกันอาชญากรรมไม่ควรมีดุลพินิจที่บิดเบือนกฎหมาย

องค์การสหประชาชาติ ให้นิยามคำว่า หลักนิติธรรม หมายถึงหลักการในการปกครอง (Principle of Governance) ซึ่งแต่ละบุคคล สถาบัน องค์กร หน่วยงาน รวมทั้งรัฐต่างๆ ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองนั้น มีความตระหนักรู้ และมีจิตสานึกในความรับผิดชอบที่จะต้องปฏิบัติ ตามกฎหมาย

---

[116] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ค (2526). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่มที่ 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. หน้า 58-59.

หรือกฎเกณฑ์ (Law) ที่ได้ร่วมกันสร้าง และต่างยอมรับว่าเป็นกฎที่ได้บัญญัติขึ้นโดยความยุติธรรม มิใช่เป็นไปตามอำเภอใจของใครคนใดคนหนึ่ง ตลอดจนมีผลบังคับใช้ต่อทุกคน และทุกองค์กรอย่างเท่าเทียม เสมอภาค และเป็นธรรม รวมทั้งมีความสอดคล้องกับหลักการ และมาตรฐานสิทธิมนุษยชนอันเป็นสากล องค์การสหประชาชาติ[117]

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ ให้นิยามคำว่า หลักนิติธรรม หมายถึงในสังคมที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย โดยหลักนิติธรรม เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดในการบริหารบ้านเมือง สังคมที่ยึดถือหลักนิติธรรมคือสังคมที่ปกครองโดยหลักกฎหมาย หรือสังคมที่กฎหมายเป็นใหญ่ อันแตกต่างจากระบอบอัตตาธิปไตยที่ทุกสิ่งทุกอย่างเป็นไปตามใจของผู้มีอำนาจ หรืออนาธิปไตยที่ทุกสิ่งทุกอย่างขึ้นอยู่กับอำเภอใจของแต่ละคน หลักนิติธรรมจึงมีความหมายเป็น 2 นัย กล่าวคือ กฎหมายต้องมีความเป็นธรรม คือ ต้องมีความชัดเจน แน่นอนและต้องสามารถจัดสรรสิทธิประโยชน์ของบุคคลอย่างเป็นธรรม นอกจากนี้กฎหมายจะต้องบังคับใช้อย่างเสมอภาค เท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ ประชาชนในสังคมไม่ว่ายากดีมีจนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเดียวกันอย่างเสมอภาค

ธานินทร์ กรัยวิเชียร ให้นิยาม หลักนิติธรรม ก็คือ หลักการพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญในระบอบประชาธิปไตยที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิ แห่งมนุษยชนทุกแง่ทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราชย์ หากมีข้อพิพาทใดๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าระหว่างรัฐกับเอกชน หรือเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาด และโดยยุติธรรม ตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม[118]

2.9.6 หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Uebermassverbot)

หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือเรียกอีกชื่อว่า “หลักความได้สัดส่วน” (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkit) ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่นับว่าเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นๆ ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนี้หลักความได้สัดส่วนยังเป็นหลักที่มีความสำคัญสำหรับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย

---

[117] แหล่งข้อมูลออนไลน์ http://www.oja.go.th/new2011.

[118] แหล่งเดิม.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ[119] อธิบาย “หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างกว้าง” ว่าหมายถึงมาตรการของรัฐที่กระทบกระเทือนถึงขอบเขตที่ได้รับความคุ้มครองตามสิทธิขั้นพื้นฐาน ในแง่หนึ่งถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิโดยชอบตามรัฐธรรมนูญ แต่อีกแง่หนึ่งอาจเป็นการละเมิดสิทธิโดยมิชอบก็ได้ เป็นเรื่องความขัดแย้งระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานกับมาตรการของรัฐเพื่อความผาสุกของส่วนรวม ซึ่งฝ่ายใดควรจะมีน้ำหนักมากกว่ากัน และการชั่งน้ำหนักดังกล่าวนี้ต้องยึดหลักว่า “จะต้องไม่เกินกว่าเหตุ” หลักการนี้แยกพิจารณาได้เป็นหลักการย่อยตามแนวของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม ในการออกกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจะเลือกใช้ได้แต่วิธีการที่สามารถส่งผลให้บรรลุเป้าหมายที่ได้วางไว้จริงๆ จึงจะเรียกได้ว่าวิธีการหรือมาตรการนั้นๆ เป็นมาตรการที่เหมาะสม

(2) หลักความจำเป็น หากการที่จะดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้สามารถใช้มาตรการที่อ่อนกว่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดมาได้โดยไม่เสียหาย ก็ถือว่ามาตรการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกมานั้นขัดต่อหลักความเป็นจริง

(3) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบ มีเกณฑ์ว่าผลกระทบที่มีต่อปัจเจกบุคคลควรจะอยู่ในสัดส่วนที่สมเหตุสมผลกับประโยชน์ส่วนรวมจะได้รับ การชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของการละเมิดสิทธิ กับความสำคัญและความจำเป็นที่ให้ความชอบธรรมแก่มาตรการนั้น จะต้องคำนึงว่าผลของการดำเนินมาตรการนั้นจะต้องไม่เกินขอบเขตที่อาจคาดหมายให้ผู้ถูกกระทบสามารถรับได้

บรรเจิด สิงคะเนติ[120] อธิบาย “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” พอสรุปได้ดังนี้

สาระสำคัญของหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนมีหลักที่เป็นสาระสำคัญอยู่ 3 หลัก กล่าวคือหลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit) และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne)

1. หลักความเหมาะสม (Geeignetheit) หมายถึงมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ได้ มาตรการอันใดอันหนึ่งจะเป็นมาตรการที่ไม่เหมาะสมหากมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ได้ หรือการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวนั้นเป็นไปด้วยความยากลำบาก

---

[119] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ง (2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. 2535), น.165-167.

[120] บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 32.

2. หลักความจำเป็น (Erforderlickeit) หมายถึงมาตรการหรือวิธีการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดได้และเป็นมาตรการหรือวิธีการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด ดังนั้นหากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์นั้นได้ และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการที่รัฐได้เลือกใช้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามาตรการที่รัฐนำมาใช้มิได้เป็นไปตามหลักความจำเป็น

3. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessigkeit im engeren Sinne) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างวัตถุประสงค์ (Zweck) และวิธีการ (Mittel) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมีความหมายว่ามาตรการอันใดอันหนึ่งจะต้องไม่อยู่นอกเหนือขอบเขตของความสัมพันธ์ระหว่างวิธีการดังกล่าวกับวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ กล่าวคือเป็นการพิจารณาความสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่ถูกกระทบกับผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดจากการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวจะต้องอยู่ในสัดส่วนที่สมดุลกัน แต่หากกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลมากแต่ประโยชน์สาธารณะที่เกิดจากการกระทบสิทธิดังกล่าวมีเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กรณีนี้ย่อมถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ได้อธิบาย “หลักความสมควรแก่เหตุ” พอสรุปได้ว่า[121] หลักความพอสมควรแก่เหตุถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะนิติกรรมทางปกครองที่เป็นภาระแก่ผู้รับนิติกรรมทางปกครอง (belastende Verwaltungsakte) จะต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่ใช้กับเป้าหมายหรือผลที่ฝ่ายปกครองต้องการด้วย (die Zweck-Mittel Relation) มาตรการที่กำหนดเป็นการกระทำไปสู่เป้าหมายนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างกว้าง (die Verhaeltnismaessigkeit i.w.S.) ซึ่งหมายความว่ามาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้นั้น หรือที่เรียกว่าความสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ หลักการนี้โดยเนื้อหาแล้วจะต้องปรับเข้ากับเกณฑ์การพิจารณาดังต่อไปนี้

(1) มาตรการที่ใช้จะถือว่าเหมาะสม (geeignet) เมื่อสามารถบรรลุเป้าหมายที่ต้องการได้

(2) มาตรการที่เหมาะสมนี้จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็น (notwending, erfoderlich) หากใช้มาตรการอื่น จะเป็นการกระทบกระเทือนถึงสิทธิของผู้รับนิติกรรมทางปกครองหรือประโยชน์ส่วนรวมมากกว่ามาตรการที่จำเป็นดังกล่าว

(3) มาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้อย่างสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ (Verhaeltnismaessig i.e.S.) โดยต้องไม่อยู่นอกเหนือความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

---

[121] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ข (2540). *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน* (ในรวมบทความเนื่องในโอกาสรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล). หน้า 59.

ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการป้องกันควันเสียจากโรงงานเพื่อมิให้ควันเสียรบกวนผู้อื่นข้างเคียง หากกำหนดให้สร้างปล่อยควันไฟสูง 30 เมตร จะป้องกันควันเสียมิให้รบกวนผู้อื่นได้ แต่ถ้ากำหนดให้สร้างปล่องควันไฟสูงเพียง 15 เมตร จะต้องสร้างที่กรองควันเสียด้วยซึ่งจะเสียค่าใช้จ่ายสูง ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกมาตรการให้สร้างปล่อยควันไฟสูง 30 เมตร จึงเป็นมาตรการที่สมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบแล้ว

วรเจตน์ ภาคีรัตน์[122] อธิบายถึง “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” พอสรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจ ถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากันกับบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญ โดยได้แบ่งแยกหลักความพอสมควรแก่เหตุเป็น 3 ส่วน ดังนี้

(1) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง “เหมาะสม” ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ หลักความเหมาะสมนี้เรียกร้องความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการที่รัฐใช้จำกัดหรือลิดรอนสิทธิของประชาชนกับผลที่จะได้รับจากการใช้มาตรการนั้น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งมีผลล่วงละเมิดแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คำถามแรกที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องถามตนเองก็คือ มาตรการต่างๆ ที่ได้กำหนดขึ้นและตราไว้ในกฎหมายนั้น อยู่ในวิสัยที่จะทำให้ผลที่ตนต้องการบรรลุได้หรือไม่ กฎหมายใดก็ตามที่กำหนดมาตรการซึ่งเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ ย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้นไม่เหมาะสม

(2) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมาย จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์กรนิติบัญญัติเลือกมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้แล้ว ย่อมถือว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อหลักความจำเป็น

(3) มาตรการที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น ต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบด้วย องค์กรนิติบัญญัติต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไปอันเนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น

---

[122] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ จ (2543, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์,* 30(2). หน้า 187-189.

ตามความเห็นของนักวิชาการที่กล่าวมาข้างต้น พอสรุปได้ว่า หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน (The Principle of Proportionality) เป็นหลักการหนึ่งที่ป้องกันการใช้อำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หลักความพอสมควรแก่เหตุ ถือเป็นหลักกฎหมายที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่รัฐแม้จะมีอำนาจหน้าที่แต่ก็ไม่อาจจะใช้อำนาจเกินขอบเขตหรือตามอำเภอใจได้นั่นเอง

2.9.7 หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่มีพัฒนาการมายาวนานในทางประวัติศาสตร์ เป็นระบบการปกครองชนิดหนึ่งซึ่งการปกครองเป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง การปกครองแบบประชาธิปไตยจึงหมายถึงการปกครองตนเองของผู้อยู่ภายใต้การปกครองหรือการมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาจากประชาชนหรือโดยความยินยอมของประชาชน จึงกล่าวได้ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองซึ่งประชาชนเป็นทั้งผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง โดยมีรากฐานอยู่บนความคิดของเสรีภาพ (Liberty) และความเสมอภาค (Equality) ซึ่งอาจแบ่งสาระสำคัญของหลักประชาธิปไตยได้ดังนี้

1. อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveraenitaet)[123]

ตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองที่ปกครองโดยประชาชน อำนาจรัฐทั้งหลายจึงมีความเชื่อมโยงไปถึงประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยตรงในการเลือกตั้งและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ อำนาจรัฐ (Staatsgewalt) ในที่นี้หมายถึงอำนาจในการปกครองของรัฐซึ่งเป็นอำนาจดั้งเดิมและเป็นอำนาจในการปกครองของรัฐที่ถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้อำนาจรัฐจึงเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งสำหรับการมีอยู่ของรัฐนอกเหนือจากอาณาเขตของรัฐ (Staatsgebiet) และพลเมืองของรัฐ (Staatsvolk) ซึ่งเป็นสาระสำคัญของความเป็นรัฐ

ตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้นโดยแท้จริงแล้วก็คือผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริงตามทฤษฎีประชาธิปไตย มีการถกเถียงกันเรื่อง “เจตจำนงของประชาชน” ว่าหมายถึงอะไรและอาจเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 อ้างถึงความคิดของ Rousseau เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่าเจตจำนงของประชาชนก็คือเจตจำนงทั่วไป (Volontegenerale) เจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน เจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนมักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว เจตจำนงของทุกคนคือจำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชนนั่นเอง

---

[123] บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 20.

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าเจตจำนงของประชาชนก็คือผลของการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่แตกต่างของปัจเจกบุคคลแต่ละคน ซึ่งมีผลประโยชน์แตกต่างกัน กระบวนการที่จะก่อให้เกิดการประนีประนอมจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้บุคคลแต่ละคนเข้าร่วมได้ ด้วยเหตุนี้ผลของการประนีประนอมจึงต้องมาจากผู้เกี่ยวข้องจำนวนมากที่สุด ดังนั้นความคิดเห็นของฝ่ายข้างมากจึงตรงกับเจตจำนงของประชาชนมากที่สุด

ฝ่ายที่ 3 เจตจำนงของประชาชนก็คือผลของการประนีประนอม ซึ่งเป็นการดึงเอาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันจนที่สุดซึ่งให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องมีการเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมเดียวกันด้วย ทั้งนี้เพราะปัญหาในสังคมมิอาจตัดสินโดยฝ่ายข้างมากในสังคมเสมอไป ด้วยเหตุนี้จึงมีหลักประกันสิทธิของฝ่ายข้างน้อยด้วย เพราะมีส่วนในสังคมเท่าเทียมกับฝ่ายข้างมาก

ปัญญา อุดชาชน อธิบายเรื่อง ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน[124] ว่าด้วยอิทธิพลของจัง จ๊าค รุสโซ (Jean Jaque Rousseau) เกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติและการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนได้แพร่หลายไปสู่ประเทศต่างๆ โดยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดนำการปกครองประเทศเป็นของประชาชนมิใช่อยู่กับคนใดคนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยตามสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ประชาชนทุกคนย่อมไม่สามารถเข้าร่วมกันใช้อำนาจอธิปไตยทุกคนได้ จึงมีการเลือกผู้แทนของตนเองโดยมอบอำนาจ และความไว้วางใจให้กับผู้แทน ดังนั้นการเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจึงเป็นหลักการสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น (Abraham Lincon) ประธานาธิบดีคนที่ 16 ของสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความหมายของคำว่าประชาธิปไตยว่าเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชนและเพื่อประชาชน ในพิธียกย่องวีรชนในสงครามกลางเมือง เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1863 ณ สุสานแห่งชาติเกตติสเบอร์ก (The Gettysburg National Cemetery)

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนดังกล่าวมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1948 บัญญัติว่าอิตาลีเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตย เป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์

---

[124] ปัญญา อุดชาชน ก (ม.ป.ป.). “กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ.” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*. สืบค้นเมื่อ 14 กรกฎาคม 2557, จาก http://www.kpi.ac.th

ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้[125]

2. หลักประชาธิปไตยแบบเสรี (freiheitliche Demokratie)

ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรีตรงกันข้ามกับประชาธิปไตยแบบเบ็ดเสร็จ (totalitare Demokratie) ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรี เป็นลักษณะของสังคมที่ยอมรับความหลากหลาย กล่าวคือเป็นสังคมที่ยอมรับความหลากหลายทางความคิดต่อการนำเสนอเพื่อแก้ปัญหาใดปัญหาหนึ่ง และด้วยเหตุนี้ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรีจึงจำเป็นต้องมีการถกเถียงกันในทางความคิดเพื่อให้ได้ข้อสรุปที่สังคมยอมรับ ลักษณะของประชาธิปไตยแบบเสรีจึงต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น รับรองเสรีภาพในการชุมนุม รับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือกลุ่มบุคคล และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องรับรองเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเพื่อแสดงออกซึ่งเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนสังคมประชาธิปไตยแบบเสรี จึงเป็นสังคมที่ยอมรับความแตกต่าง ยอมรับความขัดแย้ง การโต้แย้งกันบนพื้นฐานของสันติวิธี

3. หลักเสียงข้างมาก

การปกครองแบบประชาธิปไตยนั้น เป็นการปกครองโดยหลักเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip) การปกครองโดยเสียงข้างมากมิได้เป็นเครื่องสะท้อนว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากเป็นสิ่งที่ถูกต้อง แต่สิ่งที่สะท้อนจากการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากอย่างน้อยที่สุดคือการไม่มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ เพราะเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยกับวิธีการดังกล่าว และพร้อมที่จะรับผิดชอบต่อตนเอง ดังนั้น หลักเสียงข้างมากจึงเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานในการตัดสินใจในระบอบประชาธิปไตย ระบบการสร้างเจตจำนงของรัฐ โดยวิธีการประชาธิปไตยจึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยพื้นฐานของเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ ซึ่งการใช้หลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากนั้นนำมาใช้ในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน รวมทั้งนำมาเป็นหลักเกณฑ์ในการลงมติของรัฐสภาด้วย หลักเสียงข้างมากยังมีความเกี่ยวกันกับระบบหลายพรรคการเมือง (Mehrparteiensystem) การให้เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง (Gruendungsfreiheit) และความเสมอภาคในโอกาสของพรรคการเมือง หลักพื้นฐานของประชาธิปไตยดังกล่าว จึงเป็นประชาธิปไตยที่อาศัยพรรคการเมืองเป็นตัวแทนของประชาชนในการสร้างเจตจำนงของรัฐหรือ ที่เรียกว่า “ประชาธิปไตยโดยพรรคการเมือง”

---

[125] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนในมาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตย เป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้.

4. ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน

การปกครองในระบบรัฐสภานั้นตามหลักพื้นฐานแล้ว รัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน จากหลักพื้นฐานดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรที่ใช้อำนาจรัฐอื่นๆ จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา ซึ่งตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยทางรัฐสภา รัฐบาลจึงมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา และในขณะเดียวกันการบริหารงานของรัฐบาลย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐสภา[126]

ประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในระบบรัฐสภา รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยยิ่งกว่าองค์กรอื่นๆ เพราะเป็นองค์กรที่ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ซึ่งก่อให้เกิดหลักสำคัญ 2 ประการคือ

1. หลักเงื่อนไขของรัฐสภา (Parlamentsvorbehalt) หมายความว่าการกำหนดกฎเกณฑ์ในปัญหาต่างๆ ที่มีความสำคัญจะต้องรับการกำหนดโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาเอง ปัญหาหรือกฎเกณฑ์ที่มีความสำคัญดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาไม่อาจมอบอำนาจในการกำหนดในเรื่องดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ ตัวอย่างเช่น กรณีของกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารไปเป็นผู้กำหนดผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารไปเป็นผู้กำหนดเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของบุคคลได้ ในกรณีเช่นนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้กำหนดหลักการสำคัญด้วยตนเอง ส่วนรายละเอียดต่างๆ จึงอาจมอบให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดได้

2. หลักความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย (ein unterbrochene Legitimationskette)

หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยเรียกร้องความสัมพันธ์ในทางความชอบธรรมที่ไม่ขาดสาย โดยถือว่าประชาชนนั้นไม่เพียงแต่เป็นผู้ถืออำนาจรัฐในความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐทั้งหมดจะถูกใช้เพื่อประชาชน และมุ่งหมายเพื่อผลประโยชน์ของประชาชนเท่านั้น แต่ยังมีความหมายว่าการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้นจะต้องมีความเกี่ยวพันเชื่อมโยงไปถึงประชาชนด้วย โดยความสัมพันธ์พื้นฐานเช่นนี้จักก่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนั้นๆ และเพื่อให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยต่อองค์กรอื่นหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดำเนินภารกิจของรัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยหลักความสัมพันธ์ในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายมาเป็นจุดเชื่อมโยงองค์กรของรัฐกับประชาชน ความเกี่ยวพันในหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่ไม่ขาดสายนี้เรียกร้องให้องค์กรที่ได้รับเลือกมาจาก

---

[126] บรรเจิด สิงคะเนติ ข เล่มเดิม. หน้า 23.

ประชาชนโดยตรงเป็นองค์กรที่สามารถแต่งตั้งองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการเข้าไปใช้อำนาจองค์กรของรัฐองค์กรอื่นๆ ได้

หลักความเกี่ยวกันต่อความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยอย่างไม่ขาดสาย มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นหลักประกันว่า การใช้อำนาจของรัฐโดยผ่านองค์กรต่างๆ นั้นมีพื้นฐานมาจากประชาชน และดำรงอยู่ในลักษณะที่เชื่อมโยงไปถึงประชาชนได้ เพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายดังกล่าว การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องกระทำโดยองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (หรือองค์กรที่ผ่านการเลือกมาจากประชาชน)

2.9.8 หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of interest)

คำว่า Conflict of Interest มีผู้ให้คำแปลเป็นภาษาไทยไว้ว่า “การขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “การขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม” หรือ “การขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลประโยชน์ส่วนบุคคล” หรือ “ประโยชน์ทับซ้อน” หรือ “ผลประโยชน์ทับซ้อน” หรือ “ผลประโยชน์ขัดกัน” หรือบางท่านแปลว่าผลประโยชน์ขัดแย้ง[127]

หลักในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมหรือที่มาจากศัพท์ในภาษาอังกฤษที่ว่า Conflict of Interest ได้มีมานานแล้วในประเทศอังกฤษ มีธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการดำรงตนของสมาชิกรัฐสภาในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ แต่ไม่มีกฎหมายเฉพาะ เพราะเชื่อว่าสมาชิกรัฐสภาเป็นบุคคลผู้ทรงเกียรติและมีความรู้สูง อย่างไรก็ตามแนวคิดดังกล่าวเริ่มเปลี่ยนแปลงไปเพราะมีคดีอื้อฉาวเกี่ยวกับการรับสินบนของสมาชิกรัฐสภาและบุคคลอื่นๆ ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1994 นายกรัฐมนตรีจอห์น เมเจอร์ ได้จัดตั้งคณะกรรมาธิการว่าด้วยมาตรฐานการดำเนินชีวิตสาธารณะขึ้น (The Committee on Standards in Public Life) เพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบมาตรฐานความประพฤติของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะและผลจากการทำงานของคณะกรรมาธิการดังกล่าว ประมวลจรรยาบรรณสำหรับสมาชิกรัฐสภา (Code of Conduct for Members of Parliament) ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1996

---

[127] กำชัย จงจักรพันธ์ ข (ม.ป.ป.). *การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://elib.coj.go.th/managecourt/data/mc2554_15_3.pdf.

ที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์สาธารณะของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ[128]

ทฤษฎีนี้มีวิวัฒนาการมาจากแนวความคิดสำคัญดังนี้คือ

ประการที่หนึ่ง มาจากแนวความคิดที่ว่ารากฐานของรัฐสมัยใหม่จะแยกคนซึ่งเป็นผู้ปกครองออกจากรัฐที่เป็นสถาบันซึ่งแนวความคิดนี้ต้องการให้ผู้ปกครองรัฐมีสองสถานะ คือ สถานะที่หนึ่งอยู่ในฐานะส่วนตัว โดยการกระทำใดที่ทำไปในฐานะส่วนตัวการกระทำนั้นไม่ผูกพันรัฐ สถานะที่สองอยู่ในฐานะตำแหน่งหน้าที่ของผู้ปกครองรัฐผู้ปกครองรัฐย่อมมีภาระหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติแทนรัฐและใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคลทั่วไปได้

ประการที่สอง มาจากแนวความคิดเรื่องบทบาทและหน้าที่แห่งความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะแนวความคิดนี้คือเมื่อผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีภาระหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบและต้องดำรงตนให้เป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ดังนั้นจึงเป็นผู้ที่จำเป็นต้องมีมาตรฐานจริยธรรมที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป

ประการที่สาม มาจากแนวความคิดของความถูกต้องตามกฎหมายของการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวซึ่งแนวความคิดนี้กฎหมายจะเป็นผู้กำหนดบทบาทสำคัญในการวางมาตรฐานในการควบคุมไม่ให้คนในสังคมแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวมากเกินไปจนไปก้าวก่ายหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลอื่นโดยหลักการดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของคนในสังคมนั้นและในขณะเดียวกันก็จะต้องป้องกันไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวด้วย

วัตถุประสงค์ของการควบคุมการขัดกันแห่งผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะคือเพื่อลดทอนอิทธิพลอันไม่ถูกต้องของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะที่อาจจะใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวและเพื่อป้องกันเรื่องการทุจริตเชิงนโยบาย

สำหรับประเทศไทยอิทธิพลของแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นปรากฏครั้งแรกอยู่ในรัฐธรรมนูญของไทย กล่าวคือหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปีพุทธศักราช 2475 เป็นต้นมาประเทศไทยได้รับเอาแนวความคิดการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ซึ่งแนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดที่ได้แฝงทฤษฎีว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนกับผลประโยชน์สาธารณะของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะไว้ด้วย ปรากฏหลักฐานครั้งแรกในการร่าง

---

[128] คริษฐา ดาราศร. (2548). *ปัญหาการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์สาธารณะ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). หน้า 110.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งกำหนดห้ามสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรับตำแหน่งหรือหน้าที่ใดจากรัฐ หน่วยราชการของรัฐหรือหน่วยงานใด ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐโดยมีประโยชน์ตอบแทนหรือดำรงอยู่ซึ่งตำแหน่งเช่นว่านั้น ทั้งนี้ นอกจากตำแหน่งรัฐมนตรีหรือข้าราชการการเมืองอื่นหรือตำแหน่งที่รัฐมนตรีต้องดำรงโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือตำแหน่งที่รัฐสภา วุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้แต่งตั้ง หรือตำแหน่ง หรือหน้าที่เป็นผู้สอนในมหาวิทยาลัยหรือสถานศึกษาชั้นอุดมศึกษา[129]

อย่างไรก็ตามประเทศไทยได้รับแนวคิดเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวมมาจากต่างประเทศ แต่เพิ่งได้รับการสนใจมากขึ้นเป็นลำดับเนื่องจากประเด็นทางการเมืองที่สำคัญในหลายๆ ประเด็นในปลายสมัยนายกรัฐมนตรี พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า Conflict of Interest มีผู้ให้ความหมายและเหตุผลของหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไว้หลายๆ ความหมายและหลายเหตุผลด้วยกัน เช่น

วิชา มหาคุณ[130] ให้ความหมายการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมหรือผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) มีลักษณะดังนี้

1. การเป็นปฏิปักษ์อันมิอาจลงรอยกันได้ ระหว่างหน้าที่กับผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่แห่งความเชื่อถือและไว้วางใจของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ

2. สถานการณ์ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีผลประโยชน์ส่วนตัวอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อิทธิพลทางการเมือง

3. ความไม่สอดคล้องกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ

การแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวแม้ได้รับการคุ้มครองตามหลักเสรีภาพของปัจเจกบุคคล แต่การแสวงหาประโยชน์ส่วนบุคคล อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการพิจารณาหรือใช้ดุลพินิจของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ จึงต้องขยายขอบเขตความซื่อสัตย์ของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะให้ปลอดจากอิทธิพล หรือสิ่งล่อใจอันไม่เหมาะสมเพื่อปกป้องการตัดสินใจของบุคคลเหล่านั้นให้มีความเป็นอิสระ และไม่มีส่วนได้เสียอันเป็นการป้องกันความลับของทางราชการ การรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ และความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

---

[129] คริษฐา ดาราศร. (ม.ป.ป.). *การบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิกรัฐสภาในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ (Conflict of Interest).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1166.

[130] วิชา มหาคุณ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.oja.go.th/new2011/document/.../conflict%20of%20interest.ppt..

นิยม รัฐอมฤต เขียนว่า “ผลประโยชน์ทับซ้อน หรือผลประโยชน์ขัดกันคือสถานการณ์ที่บุคคล เช่น ทนายความ นักการเมือง หรือผู้บริหาร หรือผู้อำนวยการของบริษัท มีผลประโยชน์ทางวิชาชีพ หรือส่วนตัวแข่งกับตำแหน่งที่ได้รับความไว้วางใจ การมีผลประโยชน์ แข่งกันเช่นว่าทำให้การทำหน้าที่โดยไม่ลำเอียงทำได้ยาก แม้ว่าจะไม่มีหลักฐานการกระทำที่ไม่เหมาะสม การมีผลประโยชน์ทับซ้อนอาจทำให้เกิดภาพของความไม่เหมาะสมที่อาจบ่อนทำลายความไว้วางใจในความสามารถของบุคคลที่จะกระทำอย่างเหมาะสม ...ยิ่งกว่านี้ ผลประโยชน์ทับซ้อนอาจหมายถึงสถานการณ์ที่ปัจเจกบุคคล หรือบริษัทอยู่ในฐานะที่จะแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งวิชาชีพ หรือตำแหน่งราชการเพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือบริษัท...”[131]

Dr. Michael McDonald[132] จาก The University of British Columbia ชี้ให้เห็นองค์ประกอบสามอย่าง ในเรื่องผลประโยชน์ทับซ้อน คือ

1. มีผลประโยชน์ส่วนตัว โดยทั่วไปอยู่ในรูปของเงินหรืออาจเป็นอย่างอื่น เช่น ดอกเบี้ย หรือสิทธิประโยชน์กับคนในครอบครัว ซึ่งประกอบกับส่วนประกอบที่สอง

2. อำนาจหน้าที่ ที่จะต้องรับผิดชอบในฐานะมืออาชีพที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างดีต่อลูกค้า นายจ้าง ฯลฯ อำนาจหน้าที่นี้ควรจะมาก่อนผลประโยชน์ส่วนตน

3. การที่ผลประโยชน์ทับซ้อน แทรกแซงวิจารณญาณมืออาชีพเหล่านั้น ลูกค้าก็ดี นายจ้างก็ดี หวังว่ามืออาชีพเหล่านั้นจะเป็นอิสระและชัดเจน วิจารณญาณไม่บิดเบือนไป แต่เขาไม่ทำอย่างนั้นจึงเกิดผลประโยชน์ทับซ้อน

วรากรณ์ สามโกเศศ[133] เขียนในมติชนออนไลน์ วันที่ 12 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ว่า ในสภาวะปกติบุคคลอาจตัดสินใจและใช้วิจารณญาณต่างๆ ได้ตามใจชอบอย่างไม่มีใครไปว่ากล่าวได้ เช่น เปลี่ยนงาน แต่เมื่อตนเองเป็นผู้รับผิดชอบในหน้าที่แล้ว การกระทำส่วนตัว เช่น เปลี่ยนงานนั้นก็อาจก่อให้เกิดผลเสียแก่องค์การที่ตนเองทำงานอยู่ได้ เช่น ทำงานให้แก่ภาครัฐในการร่างสัญญา ควบคุมการทำงานของคู่สัญญา และลาออกเปลี่ยนไปทำงานให้แก่บริษัทคู่สัญญาเมื่อร่างสัญญานั้นเสร็จสิ้นลง การกระทำอย่างนี้เข้าข่าย COI : Conflict of Interest (เป็นการขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวกับภาครัฐ) เพราะอาจมีข้อสงสัยว่าได้มีการร่างสัญญาที่รู้เห็นเป็นใจกับคู่สัญญาจนฝ่ายรัฐเสียประโยชน์

---

[131] นิยม รัฐอมฤต. (2551, 18 กันยายน). “ผลประโยชน์ทับซ้อน (conflict of interest).” *ประชาชาติธุรกิจ*, 32(4037).

[132] สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.ethics.ubc.ca/people/mcdonald/conflict.htm

[133] วรากรณ์ สามโกเศศ. (ม.ป.ป.). “ผลประโยชน์ทับซ้อน=คอรัปชั่น.” สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.dpu.ac.th/laic/page.php?id=6036

สมบัติ พฤฒิพงศภัค อธิบายว่า[134] หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest) คือหลักที่ว่า หากบุคคลใดมีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับเรื่องหรือผลประโยชน์ใด บุคคลนั้นไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้น ผลก็คือเมื่อบุคคลใดมีผลประโยชน์หลายอย่างและผลประโยชน์เหล่านั้นขัดแย้งกัน บุคคลนั้นจึงไม่ควรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องหรือตัดสินใจในเรื่องหรือผลประโยชน์นั้นเลยไม่ว่าจะมีเหตุผลดีเหมาะสมเพียงใดก็ตาม

2.9.9 หลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

นิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมาย หมายความถึง ความคิด และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน กล่าวคือทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป รวมตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้จนกระทั่งวิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีทำกฎหมายให้งอกงามหรือเปลี่ยนไปตามกาลเวลา โดยที่นิติวิธีเหล่านี้แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวกฎหมาย โดยไม่จำต้องบัญญัติ แม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้แต่มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ถ้าเราจะเทียบตัวบทกฎหมายเป็นคน ตัวบทคือร่างกายนิติวิธีก็คือวิญญาณ[135] ซึ่งแต่ละระบบกฎหมายมีนิติวิธีของตนเองทั้งระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์

(Method Juridique) คือ[136] “แบบแผนของการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในแนวทางของกฎหมาย” หรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า นิติวิธีเป็นการมองปัญหาหรือเป็นการพิจารณาเรื่องที่เกิดขึ้นหรือที่มีอยู่จากมุมมองของนักกฎหมาย หรือจากทัศนะของนักกฎหมายเรื่องอย่างเดียวกันหรือวัตถุอย่างเดียวกันหากมองจากทัศนะที่ต่างกันย่อมได้ผลสรุปต่างกันไปตามแบบแผนของแต่ละทัศนะนั้น

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน[137] หมายถึง “วิธีการคิดวิเคราะห์ หรือ การพิจารณาปัญหาอย่างเป็นระบบในเรื่องกฎหมายมหาชนตามแบบแผนของกฎหมายมหาชน” นั่นเอง

วิธีการคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในเรื่องของกฎหมายมหาชนมีอยู่ 2 ระดับ กล่าวคือ ประการแรก เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์ทั่วไปสำหรับนักกฎหมายมหาชนทุกสาขา ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็น “วิธีคิดหลักในกฎหมายมหาชน” ประการที่สอง คือ เป็นการคิดวิเคราะห์ในทางกฎหมายมหาชนใน

---

[134] สมบัติ พฤฒิพงศภัค. (ม.ป.ป.). *หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน (ห้องสมุดอิเลคทรอนิกส์สำนักงานศาลยุติธรรม).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.library.coj.go.th/

[135] กิตติศักดิ์ ปรกติ ข (2551). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์ และคอมมอนลอว์.* หน้า 15.

[136] ภูริชญา วัฒนรุ่ง ก เล่มเดิม.

[137] แหล่งเดิม.

ลักษณะที่อยู่ในฐานะใดฐานะหนึ่ง เช่น เป็นผู้บัญญัติกฎหมาย เป็นผู้พิพากษา ฯลฯ เป็นต้น ซึ่งเรียกวิธีคิดวิเคราะห์ในฐานะใดฐานะหนึ่งว่า “นิติวิธีเฉพาะ” และเป็น “นิติวิธีในเรื่องของกฎหมายมหาชน”

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบาย ว่า “นิติวิธี (méthode jurique) หมายความถึง[138] วิธีการที่จะคิดวิเคราะห์เป็นระบบในทางกฎหมาย ดังนั้น เมื่อนำมาใช้ในกฎหมายมหาชน นิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงหมายถึงวิธีการที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในกฎหมายมหาชนนั่นเอง และวิธีการคิดนี้ย่อมหมายถึงวิธีคิดในระดับทั่วไปและระดับเฉพาะตามฐานะของนักกฎหมายนั้นๆ ในระบบกฎหมาย นิติวิธีทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนเองอาจจำแนกเป็นนิติวิธีหลักประการหนึ่งกับนิติวิธีประกอบอีกประการหนึ่ง นิติวิธีหลักนั้นเราจะต้องยึดว่าเป็นหัวใจสำคัญหรือกุญแจไขเข้าสู่โลกกฎหมายมหาชนเลยทีเดียว ส่วนนิติวิธีประกอบนั้น เป็นวิธีคิดวิธีวิเคราะห์ที่จะช่วยให้เราสามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็ว ถูกต้อง แม่นยำขึ้น”

นิติวิธีหลักมี 2 นิติวิธี คือ นิติวิธีเชิงปฏิเสธกล่าวคือ ปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง และนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ กล่าวคือกฎหมายมหาชนมีหลักการของตนเองที่สร้างขึ้นมาจากความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะด้านหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนอีกด้านหนึ่ง

[139]นิติวิธีเชิงปฏิเสธคือ การปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง เหตุผลเพราะในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือปัจเจกชน และมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐและฝ่ายมหาชน คู่กรณีนิติสัมพันธ์รัฐหรือหน่วยงานรัฐดำเนินการทุกอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะมีนิติสัมพันธ์ที่เหนือกว่าเอกชนเป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายมหาชน ฝ่ายมหาชนสามารถบังคับการตามเจตนาของตนได้ แต่ตามหลักกฎหมายเอกชนถือว่าเอกชนทุกฝ่ายเสมอภาคและเท่าเทียมกันตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยใจสมัครอันเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนา การใช้หลักกฎหมายเอกชนในกฎหมายมหาชนก็เท่ากับได้มีการนำหลักความเสมอภาคในกฎหมายเอกชนมาใช้ทั้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และนำมาใช้ระหว่างรัฐหรือฝ่ายมหาชนซึ่งกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับเอกชนอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าเป็นการปฏิเสธความสำคัญของประโยชน์สาธารณะที่มีเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล การไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับในกฎหมายมหาชนโดยตรงได้แก่ การปฏิเสธการใช้บังคับกฎหมายเอกชนแก่นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน และการอาศัยแนวคิดของกฎหมายเอกชนเป็นฐานในการสร้างกฎหมายมหาชน โดยการนำหลัก

---

[138] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ง (2539). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี*. หน้า 291-293.

[139] แหล่งเดิม. หน้า 294-330.

กฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชนนั้น จะต้องนำมาดัดแปลงให้เข้ากับความจำเป็นพิเศษของกฎหมายมหาชน เพราะถ้านำมาใช้โดยตรงเหมือนในกฎหมายเอกชนแล้ว จะไม่มีทางเหมาะกับสภาพบริการสาธารณะเลย

นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ หมายถึง การประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นหัวใจของนิติวิธีกฎหมายมหาชน คือ กฎหมายมหาชนที่สามารถสร้างดุลยภาพ (équilibre) ของสองสิ่งที่ดูเหมือนจะขัดแย้งและส่วนทางกันให้ได้ คือประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หากให้ความสำคัญด้านใดหนึ่งมากเกินไปจนเสียดุลจะเกิดสภาพการณ์ 2 ลักษณะคือ ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากไป กฎหมายมหาชนลักษณะนี้ก็จะกลายเป็นกฎหมายอภิสิทธิ์ของฝ่ายมหาชน เพิ่มอำนาจฝ่ายมหาชนขึ้นลดการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และยอมรับการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ลักษณะที่สอง ให้ความสำคัญแก่สิทธิเสรีภาพเอกชนมากเกินไป เท่ากับรัฐลงไปให้เท่ากับเอกชนเห็นประโยชน์สาธารณะเหมือนกับประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลแต่ละคน การประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายมหาชนจึงต้องพิเคราะห์เหตุผล ความจำเป็น วิธีการดำเนินการ และประสิทธิภาพของฝ่ายมหาชน ไปพร้อมๆ กับสัดส่วนการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนเสมอ ดังตัวอย่างเรื่องการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางมหาชนที่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย การชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งเรื่องสัญญาทางมหาชน ที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิหรือหน้าที่มากกว่าเอกชนคู่สัญญาธรรมดา โดยฝ่ายมหาชนมีเอกสิทธิ์ในสัญญาทางมหาชนที่เลิกสัญญาหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หากมีเหตุไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้นแต่เพื่อมิให้การบริการสาธารณะหยุดลงไม่ต่อเนื่องหน้าที่ ฝ่ายมหาชนต้องชดเชยให้แก่เอกชน และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางมหาชน และความรับผิดของฝ่ายมหาชน[140]

นิติวิธีประกอบ หมายถึงวิธีการคิดวิเคราะห์เพื่อช่วยให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีได้รวดเร็วยิ่งขึ้นและมีความถูกต้อง เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์โดยอาศัยการเปรียบเทียบกฎหมายและอาศัยการวิเคราะห์กฎหมายโดยพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา เพื่อที่จะทำให้สามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักของกฎหมายมหาชนได้อย่างรวดเร็ว ถูกต้อง เที่ยงตรงยิ่งขึ้น และเพื่อที่จะทำให้สามารถใช้นิติวิธีสร้างหลักกฎหมายมหาชน หรือสามารถใช้นิติวิธีหลักในการตีความกฎหมายมหาชนได้อย่างถูกต้อง เหมาะสมกับสภาพสังคม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน คือ การประสานให้เกิดความสมดุลที่ดีที่สุดระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

---

[140] แหล่งเดิม. หน้า 331-367.

นิติวิธีประกอบ สามารถศึกษาได้สองรูปแบบคือ นิติวิธีทางประวัติศาสตร์กฎหมาย และนิติวิธีทางสังคมวิทยากฎหมาย นิติวิธีทางประวัติศาสตร์กฎหมาย เป็นการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอดีต ว่าเป็นอย่างไร มีวิวัฒนาการอย่างไร และปัจจุบันเป็นอย่างไร รวมทั้งศึกษาถึงหลักเหตุผลของบทบัญญัติของเก่าและของใหม่เพื่อให้ทราบถึง ความแตกต่างและพัฒนาการทางกฎหมาย การศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย จะเป็นการศึกษากฎเกณฑ์ทุกอย่างทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยการศึกษาในลักษณะที่กฎหมายเป็นความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของคนในสังคมและความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมของสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมาย ซึ่งมาจากการเปรียบเทียบกฎหมายและการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน ซึ่งผลของการเปรียบเทียบกฎหมายนี้จะทำให้นักกฎหมายสามารถสร้างกฎหมายมหาชนที่ดีและเหมาะสมกับสภาพสังคมของตนเอง

ส่วนการศึกษานิติวิธีสังคมวิทยา กฎหมาย เป็นวิธีการที่มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์และหน้าที่ของกฎหมายที่มีต่อสังคม รวมไปถึงเหตุการณ์ทางสังคมที่มีผลก่อให้เกิดกฎหมาย และผลที่กฎหมายก่อให้เกิดกับสังคม ซึ่งเป็นการศึกษาโดยมุ่งเน้นค้นหาความเป็นจริงทางสังคมที่มีอิทธิพลหรือปัจจัยที่มีผลต่อกฎหมาย หรือการค้นหาความเป็นจริงที่กฎหมายนั้นเป็นอยู่ เพื่อเป็นการช่วยอธิบายให้เห็นสภาพของกฎหมายตามความเป็นจริงในสังคม ซึ่งประโยชน์ของวิธีการศึกษาทางสังคมวิทยากฎหมาย มีประโยชน์หลายประการ คือ เป็นเครื่องมือในการค้นหาความจริงที่สามารถใช้อธิบายพฤติกรรมของคนในสังคม ตลอดจนเป็นเครื่องมือในการช่วยให้การใช้กฎหมายมีความเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือช่วยในการพัฒนากฎหมายกฎเกณฑ์ของกฎหมายทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งมักเป็นกฎหมายมหาชนถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนให้เกิดดุลยภาพกัน[141]

2.9.10 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

1) หลักการทั่วไปในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หมายถึงการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำบทบัญญัติหรือเนื้อหาแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าโดยแก้ไขบทบัญญัติหรือเนื้อหาที่ปรากฏอยู่แล้ว หรือเป็นการเพิ่มเติมบทบัญญัติหรือเนื้อหาใหม่ที่ไม่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาก่อน[142] ทั้งนี้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่นกรณีของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 291

---

[141] แหล่งเดิม. หน้า 369-413.

[142] กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2554). *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 39.

รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยมิใช่เป็นเพียงกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศเท่านั้น แต่เป็นกลไกในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองและเป็นหลักประกันต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย รัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยจึงเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองบ้านเมือง ดังนั้นจึงต้องมีความมั่นคงพอสมควร เปลี่ยนแปลงบ่อยๆ ไม่ได้และจะต้องมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดมีฐานะเหนือกว่ากฎหมายทั้งหลาย ทั้งนี้เพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ

อย่างไรก็ตามความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น มิใช่หมายความว่าจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้เลย เพราะรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับสภาพการณ์ทางการเมืองของประเทศอย่างใกล้ชิด จึงต้องสามารถเปลี่ยนแปลง แก้ไขได้ตามสมควรโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญของประเทศที่กำลังพัฒนาไปสู่ระบอบประชาธิปไตย มิเช่นนั้นจะทำให้มีการล้มล้างรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย แต่อย่างไรก็ดี การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยปกติย่อมกำหนดไว้ให้แก้ไขยากกว่ากฎหมายธรรมดา ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่งคงพอสมควรนั่นเอง[143]

2) อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยปกติเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็มักจะกำหนดให้องค์กรนิติบัญญัติที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายตามปกติอยู่แล้วเป็นผู้มีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปในขณะเดียวกันด้วย

อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้เป็นอำนาจที่รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoir Coustitue) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือได้รับมอบมาจากองค์กรผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญอีกชั้นหนึ่ง ดังนั้นอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงไม่ได้เป็นอำนาจที่จะใช้ได้โดยไม่มีขอบเขตจำกัด หากแต่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดแห่งรัฐธรรมนูญนั้นเอง กล่าวคือแม้ว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้เป็นอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจในอันที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยไม่ได้กล่าวถึงข้อจำกัดไว้แต่ย่อมเป็นที่เข้าใจได้ว่าในการใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นองค์กรผู้มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมย่อมไม่อาจใช้อำนาจที่ได้รับมอบนี้เกินเลยไป จนถึงขนาดที่จะเปลี่ยนแปลงหรือล้มเลิกหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของตัวบทบัญญัติทั้งหลายของรัฐธรรมนูญหรือทำลายสถาบันต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น จนมีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญด้วยนั้น เพราะในกรณีเช่นนี้ย่อมเท่ากับว่าองค์กรซึ่งมีแต่เพียงอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้แย่งชิงอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญมาจากองค์กรที่ได้สถาปนารัฐธรรมนูญดังกล่าวขึ้น และทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญเสียเองเช่นเดียวกันกับในกรณีที่มีการยกเลิก

---

[143] สมยศ เชื้อไทย จ (ม.ป.ป.). “รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับการแก้ไข.” *วารสารนิติศาสตร์,* 19(1). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.tulawcenter.org/knowledge/content/240

รัฐธรรมนูญฉบับเดิม และสถาปนาฉบับใหม่ขึ้นภายหลังการปฏิวัติหรือรัฐประหารนั่นเอง[144] ลักษณะเช่นนี้คือการปฏิวัติโดยสันติวิธี ดังที่ฮิตเลอร์ ได้เคยกระทำต่อรัฐธรรมนูญไวมาร์ของเยอรมันเป็นบทเรียนให้ชาวเยอรมันต้องจดจำจนกระทั่งทุกวันนี้

จากแนวความคิดที่ว่าอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาจากอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญซึ่งนอกจากจะทำให้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องถูกจำกัดโดยเนื้อหาสาระบางประการของรัฐธรรมนูญแล้ว อำนาจดังกล่าวนี้ยังอาจจะถูกจำกัดโดยกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งได้ถูกกำหนดขึ้นโดยองค์กรผู้ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญให้เป็นกระบวนการพิเศษที่มีลักษณะแตกต่างไปจากการบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาอีกประการหนึ่งด้วย

3) วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[145]

ในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น อาจกระทำได้สองวิธีการ คือวิธีการแรกให้รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้ดำเนินการแก้ไข แต่โดยวิถีทางและขั้นตอนตามที่แตกต่างไปจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาอื่นๆ วิธีการพิเศษเหล่านี้เช่นการกำหนดให้คะแนนเสียงที่จะลงตามวาระต่างๆ ของการพิจารณาต้องกระทำโดยเสียงข้างมากที่กำหนดไว้เป็นพิเศษยิ่งกว่าเสียงข้างมากธรรมดาเช่นเป็นจำนวนสองในสามหรือสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภา หรือการกำหนดให้การพิจารณาลงมติในแต่ละวาระต้องทิ้งช่วงเวลาห่างกันยาวนานกว่าการพิจารณากฎหมายธรรมดา เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนและกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ได้แสดงความคิดเห็นและวิพากษ์วิจารณ์ข้อเสนอหรือการตัดสินใจแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นได้อย่างเต็มที่ หรือวิธีการหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรนิติบัญญัติและมอบหมายให้ทำหน้าที่แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ องค์กรดังกล่าวนี้จะเป็นองค์กรที่มีที่มาจากการแต่งตั้งหรือจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรงย่อมขึ้นอยู่กับว่ารัฐนั้นจะใช้ระบอบการปกครองที่ให้ความสำคัญแก่ประชาชนในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจมากน้อยเพียงใด

ในการตัดสินใจว่าจะให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น องค์กรผู้มีอำนาจตัดสินใจอาจจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติตามปกติ เช่นรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญเบลเยียม ปี 1831 หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 หรือประชาชนโดยการแสดงประชามติ และข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญและในส่วนที่เป็นกระบวนการในการแก้ไขเพิ่มเติมที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดานี้จะเป็นข้อกำหนดที่จำกัดอำนาจของฝ่ายเสียงข้างมากในองค์กรนิติบัญญัติลงไว้ภายในขอบเขต

---

[144] สมยศ เชื้อไทย. อ้างถึงใน หยุด แสงอุทัย ค (2536). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.*

[145] สมยศ เชื้อไทย จ เล่มเดิม.

ที่แน่นอนคือไม่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจนถึงขนาดที่จะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ได้

หากพิจารณาในเชิงทฤษฎี อาจแบ่งวิธีในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกได้เป็น 2 ประเภท[146]ได้แก่ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากระบวนการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยมีข้อดีคือ เป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้มั่นคง แต่ในขณะเดียวกันมีข้อเสียซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถแก้ไขให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันท่วงที และในขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย ซึ่งกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมสามารถทำได้เช่นเดียวกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดานั้น แม้จะมีข้อดีซึ่งทำให้สามารถแก้ไขเพิ่มเติมได้เท่าทันเหมาะสมต่อสภาพการณ์ซึ่งเปลี่ยนแปลงไป แต่อาจทำให้รัฐธรรมนูญถูกแก้ไขเพิ่มเติมไปเพื่อช่วงชิงความได้เปรียบทางการเมืองของฝ่ายที่มีเสียงข้างมากในช่วงเวลานั้นๆ จนทำให้รัฐธรรมนูญขาดความแน่นอน อาจมีผลให้หลักการสำคัญต่างๆ ตลอดจนสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการประกัน

ดังนั้นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญในนานาประเทศต้องพิจารณาอย่างลึกซึ้งในการกำหนดวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ ความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างความจำกัดและความยืดหยุ่นของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (A proper balance between rigidity and flexibility) เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงเพียงพอแต่ต้องสามารถปรับปรุงให้เหมาะสมกับการพัฒนาประเทศให้เป็นไปตามสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้

ปัญหาสำคัญในเชิงทฤษฎีที่ต้องพิจารณาคือ หากมิได้มีการกำหนดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะสามารถแก้ไขเพิ่มเติมนั้นสามารถทำได้เพียงใด มีข้อจำกัดอย่างไรหรือไม่[147]

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวย่อมถูกแก้ไขเพิ่มเติมได้ แต่หากรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมไว้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ โดยประเด็นนี้มีผู้อธิบายว่าหากไม่ได้กำหนดเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ การแก้ไขก็จะทำไม่ได้ หากมีการแก้ไขย่อมเท่ากับเป็นการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่[148] อย่างไรก็ตามมีผู้โต้แย้งว่าแม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้

---

[146] ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย. (2552). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่องการจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ*. หน้า 47.

[147] ปุนเทพ ศิรินุพงศ์. (2555). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ* (รายงานผลการวิจัย). หน้า 4.

[148] วิษณุ เครืองาม. เล่มเดิม. หน้า 733.

มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ แต่การตีความว่ารัฐธรรมนูญฉบับนั้นแก้ไขไม่ได้ ย่อมไม่ถูกต้องโดยขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมาย และในทางการเมือง ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจใดที่จะบังคับคนรุ่นหลังให้ต้องผูกพันกับระบอบการปกครองที่ตายตัวท่ามกลางฐานะความเป็นอยู่ของประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป[149] ส่วนที่ว่าด้วยข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น หากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่าห้ามมีการแก้ไขในเรื่องใดๆ ย่อมหมายความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องนั้นๆ ไม่สามารถดำเนินการได้ด้วยวิถีทางแห่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดห้ามเปลี่ยนแปลงระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และรูปของรัฐในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

DPU

[149] ไพโรจน์ ชัยนาม. (2554). *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*. หน้า 197 และ 207.

บทที่ 3
อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยกับต่างประเทศ

จากการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีต่างๆ อันเป็นหลักพื้นฐานทางกฎหมายมหาชน หลักการตีความกฎหมายมาในบทที่ 2 เพื่อให้ทราบถึงปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสามประเด็นปัญหาตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 1 แล้วนั้น จำเป็นที่ต้องศึกษาเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจชัดเจนถึงอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้นมีขอบเขตเพียงใด เพื่อให้ได้ทราบว่าอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะปัญหาการตีความกฎหมาย ปัญหาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ และปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นไปตามนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนตามที่ได้กล่าวมาในบทที่ 2 หรือไม่

การศึกษาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามวิทยานิพนธ์เล่มนี้ มุ่งประสงค์ที่จะศึกษาให้เข้าใจอย่างถ่องแท้ถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศควบคู่ไปด้วย เพื่อจะได้ศึกษาถึงวิธีการ แนวทาง และหลักกฎหมายของต่างประเทศว่าแตกต่างหรือมีความเหมือนกับประเทศไทยอย่างไร โดยในบทที่ 3 นี้จะศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศใน 4 ประเทศ คือประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมัน ประเทศโรมาเนีย และประเทศตุรกี

3.1 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

3.1.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

รัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีฉบับปัจจุบันประกาศใช้หลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 1949 ใช้ชื่อภาษาเยอรมันว่า Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland ใช้ตัวย่อว่า GG มีสภาพบังคับใช้สูงสุดทางกฎหมาย กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ และเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดโครงสร้างในการปกครองประเทศ หลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน องค์กรในรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านั้น

ประเทศเยอรมันเป็นสหพันธรัฐ ปัจจุบันประกอบด้วยมลรัฐต่าง ๆ รวม 16 มลรัฐ ปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นสาธารณรัฐและสังคมรัฐ อำนาจรัฐทั้งหมดมาจากประชาชน โดยการเลือกตั้งและการให้ความเห็นชอบ และใช้อำนาจรัฐโดยผ่านองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันกับกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการผูกพันตามบทกฎหมายและกฎหมาย (มาตรา 20 I II III GG) หากมีบุคคลใดกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองดังกล่าวและไม่มีวิถีทางอื่นจะช่วยป้องกันได้ ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะต่อสู้ขัดขวางการกระทำของบุคคลเหล่านั้น (มาตรา 20 IV GG)[150] ซึ่งสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญเยอรมันประกอบหลักสำคัญ 4 ประการคือ

1) กระบวนการเลือกตั้ง

ยึดในหลักการเลือกตั้งว่าเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนทั่วประเทศ ประชาชนมีอิสระในการเลือกตั้ง มีความเสมอภาคในการเลือกตั้งและการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งกระทำโดยลับ ผู้แทนราษฎรที่ได้รับการเลือกตั้งมาเป็นผู้แทนของประชาชนชาวเยอรมันทั่วทั้งประเทศ โดยไม่อยู่ภายใต้คำสั่งใดๆ หรือการมอบหมายงานของผู้หนึ่งผู้ใด หากแต่ปฏิบัติหน้าที่ผู้แทนราษฎรภายใต้ความสำนึกในหน้าที่ของตนเอง (มาตรา 38I GG) คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องอายุ 18 ปี บริบูรณ์ ส่วนผู้มีสิทธิรับสมัครเลือกตั้งนั้นจะต้องบรรลุนิติภาวะ (21 ปีบริบูรณ์) (มาตรา 38 II GG) สำหรับหลักเกณฑ์การเลือกตั้งนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง (Bundeswahlgesetzใช้ชื่อย่อว่า BWG) ซึ่งยึดถือหลักการว่าคะแนนเสียงของประชาชนทุกคนจะต้องมีผลต่อการจัดสรรที่นั่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและประสานกับความนิยมสูงสุดในตัวบุคคลของแต่ละเขตเลือกตั้ง ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐมีผู้แทนราษฎรได้ 500 คน ก็จะแบ่งเขตเลือกตั้งเป็น 250 เขตเลือกตั้งหรือกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้แทนราษฎรในสภาผู้แทนราษฎร

การตรวจสอบการเลือกตั้งนั้น เป็นเรื่องของสภาผู้แทนราษฎรที่จะวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือไม่ การโต้แย้งคัดค้านมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องนี้ให้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (มาตรา 41 I IIGG)

อนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของประเทศเยอรมันถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั่วทั้งประเทศ มิใช่ตัวแทน ตัวการของเขตเลือกตั้งหนึ่งเขตการเลือกตั้งใด ในทางนิตินัยผู้แทนราษฎรจะไม่ถูกบีบบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่พรรคการเมืองที่ตนสังกัดอยู่ต้องการ พรรคการเมืองที่ตนสังกัดอยู่นั้นจะขอเปลี่ยนตัวผู้แทนราษฎรไม่ได้ และถึงแม้ว่าพรรคการเมืองนั้น

---

[150] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ค (2540, มีนาคม). *ศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา*. หน้า 1.

จะต้องห้ามในเวลาต่อมาโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐก็ตามความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในนามพรรคการเมืองนั้นก็หาสิ้นสุดลงด้วยไม่

2) การถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ

2.1 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติต่อฝ่ายบริหารสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการเลือกนายกรัฐมนตรี (Bundeskanzler) (มาตรา 63 GG) และอาจเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้ แต่จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้สรรหาบุคคลอื่นมาเป็นนายกรัฐมนตรีแทนได้โดยมีเสียงสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรเรียกว่า “Konstruktives Misstrauensvotum” อำนาจปลดนายกรัฐมนตรีในการลงมติอภิปรายไม่ไว้วางใจนี้เป็นอำนาจของประธานาธิบดี (มาตรา 67 I GG) แต่สภาผู้แทนราษฎรจะเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีสหพันธรัฐคนใดคนหนึ่งไม่ได้ เพราะรัฐมนตรีสหพันธรัฐมิได้รับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาที่ปรึกษาของสหพันธรัฐแต่อย่างใด แต่อาจขอให้นายกรัฐมนตรีแนะนำประธานาธิบดีถอดถอนรัฐมนตรีผู้ที่ประพฤติตนไม่เหมาะสมได้

สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่เลือกประธานาธิบดีของสหพันธรัฐซึ่งเป็นประมุขของประเทศแต่ไม่มีสถานะในการบริหารราชการแผ่นดิน อย่างไรก็ตามในทางตำราเห็นว่าประธานาธิบดีมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmaessigkeit) ในการแต่งตั้งข้าราชการระดับสูงของสหพันธรัฐและตำแหน่งทางการเมืองและผู้พิพากษาของศาลสหพันธรัฐด้วยซึ่งอาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐวินิจฉัยได้ ตามหลักกฎหมายเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (eine rechtliche Pruefungsbefugnis) เช่น กระบวนการตรากฎหมายชอบหรือไม่ แต่จะต้องตีความอย่างจำกัด อำนาจบางอย่างก็ถูกจำกัด เป็นการใช้อำนาจผูกพันของประธานาธิบดี เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีต่างๆ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ การลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพราะเป็นกิจการในทางการเมือง

สภาที่ปรึกษาและสภาผู้แทนราษฎรยังมีอำนาจในการตรากฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณแผ่นดิน (Haushaltplan) ของฝ่ายบริหาร

2.2 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติต่อฝ่ายตุลาการ สภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาของสหพันธรัฐเป็นองค์กรที่คัดเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐรวมทั้งสิ้นจำนวน 16 คน (มาตรา 94 I GG) สภาผู้แทนราษฎรของสหพันธรัฐอาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐพิจารณาพิพากษาให้ผู้พิพากษาแห่งสหพันธรัฐ (ศาลปกครองสูงสุด ศาลยุติธรรมสูงสุด ศาลแรงงานสูงสุด ศาลภาษีอากรสูงสุด ศาลสังคมสูงสุดและผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ) พ้นจากตำแหน่งหรือให้ไปดำรงตำแหน่งอื่น ในกรณีที่ผู้พิพากษาแห่งสหพันธรัฐผู้ใด

ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งหรือนอกเหนือตำแหน่ง อันเป็นการขัดต่อหลักต่างๆ ในรัฐธรรมนูญหรือกฎระเบียบของรัฐธรรมนูญมลรัฐ (มาตรา 98 III GG)[151]

2.3 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายนิติบัญญัติ[152]

อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ค่อนข้างจะถูกจำกัดมาก อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเปิดโอกาสให้นายกรัฐมนตรีสหพันธรัฐยื่นคำร้องให้มีการลงมติไม่ไว้วางใจตนเองได้ และถ้านายรัฐมนตรีไม่ได้คะแนนเสียงไว้วางใจเกินกึ่งหนึ่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐแล้ว นายกรัฐมนตรีอาจแนะนำให้ประธานาธิบดียุบสภาได้ภายใน 21 วัน ในระหว่างนั้นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องรีบหานายกรัฐมนตรีคนใหม่ให้ได้เพื่อมิให้ประธานาธิบดียุบสภา (มาตรา 68 GG) ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหาตัวนายกรัฐมนตรีคนใหม่ไม่ได้ และประธานาธิบดีใช้อำนาจดุลพินิจไม่ยุบสภา คณะรัฐมนตรีก็จะอยู่โดยเป็นฝ่ายข้างน้อยในสภา (Minderheitsregierung) ซึ่งจะเข้ากรณีที่รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้ประกาศสภาวะฉุกเฉินในการตรากฎหมายได้ 6 เดือน (มาตรา 81 III GG)

2.4 การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายตุลาการ

ในการสรรหาผู้พิพากษาศาลสูงสุดต่างๆ ของสหพันธรัฐ รัฐมนตรีสหพันธรัฐในกระทรวงที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับศาลเฉพาะเรื่องนั้นๆ ร่วมกับคณะกรรมการสรรหาผู้พิพากษาที่เรียกว่า Richterwahlausschuss ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับศาลเฉพาะเรื่องนั้นๆ ของมลรัฐต่างๆ กับกรรมการที่สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐเลือกให้ทำหน้าที่โดยมีจำนวนเท่ากัน (มาตรา 95 IVGG)

ในการสรรหาผู้พิพากษาศาลต่างๆ ในมลรัฐทั้งหลายรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐต่างๆ จะร่วมกับคณะกรรมการสรรหาผู้พิพากษาในศาลมลรัฐดำเนินการคัดเลือกผู้พิพากษาดังกล่าว

3. องค์กรตรวจสอบฝ่ายบริหาร

สภาผู้แทนราษฎรของสหพันธรัฐ มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารทางการเมืองโดยเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีของสหพันธรัฐได้ แต่จะต้องสรรหาผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทน โดยมีเสียงสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมาก ซึ่งเรียกว่า “konstruktivesMisstrauensvotum” เพราะในอดีตที่ผ่านมานั้นการยอมให้เปิดอภิปรายนายกรัฐมนตรีได้

---

[151] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ง (2538). *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทยเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป)). หน้า 39.

[152] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ค เล่มเดิม. หน้า 9-10.

โดยไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวจะทำให้ฝ่ายค้านล้มคณะรัฐมนตรีได้ค่อนข้างง่ายและมีการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีบ่อยครั้งมาก การกำหนดให้มีการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีในเชิงสร้างสรรค์ดังกล่าวนับเป็นความก้าวหน้าในทางการเมืองที่ทำให้คณะรัฐมนตรีมีเสถียรภาพมากกว่าระบบเดิม โดยอำนาจในการถอดถอนนายกรัฐมนตรีเป็นของประธานาธิบดีและมีผลให้คณะรัฐมนตรีทุกคนพ้นจากตำแหน่งไปด้วย (มาตรา 67GG)

3.1) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มีอำนาจในการตรวจสอบฝ่ายบริหารในกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เมื่อประชาชนผู้เสียหายได้ยื่นคำร้องทุกข์ที่เรียกว่า Verfassungsbeschwerde เงื่อนไขและกระบวนการในการร้องทุกข์เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgerichtsgesetz หรือใช้ชื่อย่อว่า BVerfGG) (มาตรา 93I4a GG)

3.2) ศาลปกครองสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht) มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารในกรณีที่ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง (Rechtverordnungen) ว่ากระทำภายในขอบเขตและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้หรือไม่ (มาตรา 80 GG) ถ้าตราโดยมิชอบเกินขอบเขตของอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้ไว้ ศาลปกครองสหพันธรัฐมีอำนาจตรวจสอบในปัญหาข้อกฎหมายได้ (มาตรา 47(5) VwGO) โดยทั่วไปศาลปกครองชั้นสูงในมลรัฐก็มีอำนาจตรวจสอบ (มาตรา 47VwGO)

3.3) สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (Der Bundesrechnungshof) เป็นองค์กรที่อิสระทำนองผู้พิพากษา มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของฝ่ายบริหารโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะต้องเสนอบัญชีการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินรายได้และหนี้สินในปีงบประมาณนั้นๆ ให้สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินตรวจสอบก่อนเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร และสภาที่ปรึกษาของสหพันธรัฐ (มาตรา 114GG)

3.4) ประธานาธิบดี ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่แน่ใจว่าตนจะมีเสียงสนับสนุนข้างมากจากสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธรัฐเหมือนเดิมอยู่อีกหรือไม่ นายกรัฐมนตรีอาจยื่นคำร้องขอให้มีการลงมติไม่ไว้วางใจตนเองได้ และถ้าตนได้รับคะแนนเสียงไว้วางใจน้อยกว่ากึ่งหนึ่งแล้วย่อมเป็นอำนาจดุลพินิจของประธานาธิบดีที่จะปล่อยให้นายกรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินด้วยคะแนนเสียงสนับสนุนจากสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างน้อย หรือใช้ดุลพินิจยุบสภาให้มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ (มาตรา 68GG) นอกจากนี้ยังเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในทางตำราว่าประธานาธิบดียังมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmaessigkeitskontrolle) ในบรรดากิจการต่างๆ ที่เสนอมาให้ตนลงนามหรือแต่งตั้งตำแหน่งข้าราชการสำคัญๆ ตามที่ได้กล่าวแล้ว

4) หลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

บทบัญญัติเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้รับอิทธิพลมาจากการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ (1918-1919) ประชาชนเยอรมันยังอ้างสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งการกระทำของรัฐ โดยนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาหรือตีความในชั้นศาลได้ ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนหลักการใหม่โดยถือว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นมีผลบังคับใช้ได้โดยตรง (unmittelbare Wirkung) มีลักษณะของสิทธิในเชิงซ้อนเป็นทั้งสิทธิในภาวะวิสัย (Objective Grundelemente) ของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยโดยยึดถือหลักนิติรัฐและเป็นสิทธิของปัจเจกชนด้วย (subjective Recht)

3.1.2 สถานะโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1) สถานะของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นองค์กรระดับรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการ เราอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีสถานะในทางกฎหมาย 2 ประการ กล่าวคือเป็น “ศาล” ประการหนึ่งและเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” อีกประการหนึ่ง

ในฐานะที่เป็นศาล ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการมีการจัดโครงสร้างองค์กรภาระหน้าที่ และวิธีพิจารณาทำนองเดียวกับศาลอื่น ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นศาลจึงสามารถนำมาบังคับใช้กับศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วย อาทิเช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ก็เมื่อมีคำร้องตัดสินคดีโดยความเป็นอิสระและผูกพันตนเฉพาะกฎหมายเท่านั้น คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม ในบางกรณีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเสมือนเป็นกฎหมาย (Gesetzeskraft) อนึ่งถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลในทางการเมือง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มิใช่องค์กรที่มีความสามารถในการก่อตั้งเจตจำนงทางการเมืองได้ ภารกิจหลักของศาลรัฐธรรมนูญอยู่ที่การวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่เป็นผู้ร่างหรือตรากฎหมายเอง

ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan) ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรอิสระไม่เป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้รับงบประมาณเฉพาะของตนเอง สามารถติดต่อกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ ได้โดยตรง ทั้งนี้โดยมีประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการและพนักงานของศาล นอกจากนี้

ศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถออกข้อกำหนดภายในใช้บังคับในวงงานของศาลรัฐธรรมนูญได้เอง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะที่แตกต่างจากผู้พิพากษาศาลอื่นๆ สถานะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนนิติสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษาเยอรมันจึงสามารถนำมาปรับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ในฐานะที่เป็นบทสำรองเท่านั้น ในทางหนังสือรัฐการหรืองานรัฐพิธีศาลรัฐธรรมนูญได้รับการจัดลำดับให้อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับองค์กรสูงสุดตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่นๆ อนึ่ง ในระบบกฎหมายเยอรมันองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตุลาการมีเฉพาะแต่ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลอื่นถึงแม้จะใช้อำนาจตุลาการเช่นกัน ก็ไม่มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในแง่ความสัมพันธ์กับศาลอื่นๆ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลอื่นและยกคำพิพากษาของศาลอื่นได้ แต่กระนั้นก็ตามระบบกฎหมายเยอรมันก็ไม่ได้ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นศาลสูงสุด เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบคำพิพากษาและยกคำพิพากษาของศาลได้เฉพาะกรณีที่คำพิพากษาของศาลอื่นขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่มีอำนาจตรวจสอบการใช้และการตีความกฎหมายของศาลอื่นที่ไม่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ[153]

2) โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ[154]

2.1) องค์คณะในแง่การจัดองค์การ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้แบ่งองค์คณะ (Senat) ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 องค์คณะ แต่ละองค์คณะประกอบด้วย ตุลาการองค์คณะละ 8 คน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงมีตุลาการทั้งสิ้น 16 คน การแบ่งองค์คณะออกเป็น 2 องค์คณะดังกล่าวเป็นการแบ่งโดยเด็ดขาด ทั้งนี้โดยบทบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน จะกำหนดอำนาจหน้าที่ ภาระความรับผิดชอบของแต่ละองค์คณะว่าองค์คณะใดจะรับผิดชอบพิจารณาข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญประเภทใดที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงมีลักษณะเป็น “ศาลคู่แฝด” เพราะเปรียบเสมือนมี 2 ศาลซ้อนอยู่ในศาลเดียว ลักษณะดังกล่าวจะเห็นได้ชัดเจนจากการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีการระบุไว้ตั้งแต่แรกว่าตุลาการที่ได้รับแต่งตั้งสังกัดอยู่ในองค์คณะใด

---

[153] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ฉ (2546). *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย.* หน้า 22.

[154] แหล่งเดิม. หน้า 23-24.

2.2) ที่ประชุมใหญ่ การพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่อยู่ในความรับผิดชอบขององค์คณะใด ย่อมเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดขององค์คณะนั้น องค์คณะอีกองค์คณะหนึ่งไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยขององค์คณะที่รับผิดชอบได้ ในกรณีที่องค์คณะใดองค์คณะหนึ่งมีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างจากคำวินิจฉัยที่องค์คณะอีกองค์คณะหนึ่งเคยวินิจฉัยไว้แล้ว และต้องการวินิจฉัยคดีที่อยู่ในเขตอำนาจขององค์คณะตนให้แตกต่างไป องค์คณะนั้นต้องเสนอเรื่องให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Plenum) วินิจฉัยชี้ขาดที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน ที่ประชุมใหญ่ดังกล่าวมีภารกิจหลักในการธำรงรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากภารกิจดังกล่าวแล้วที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ คือ

1) อำนาจในการตราข้อกำหนดภายใน (Geschaftsordnung) ขึ้นใช้บังคับ

2) มีมติเสนอชื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่าง ในกรณีที่ไม่มีการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างโดยองค์กรที่รับผิดชอบภายใน 2 เดือน นับตั้งแต่วันที่ตุลาการคนเดิมพ้นจากตำแหน่ง

3) มีมติกำหนดอาจหน้าที่ขององค์คณะให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

4) พิจารณาเสนอให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ปลดตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือขับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่ง

2.3) องค์คณะย่อย (Kammer) เนื่องปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมีจำนวนมาก ดังนั้นนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1986 จึงได้มีการจัดตั้งองค์คณะย่อยขึ้น เพื่อแบ่งเบาภาระขององค์คณะ องค์คณะย่อยประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญองค์คณะย่อยละ 3 คน องค์คณะย่อยมีภาระหน้าที่ในการตรวจสอบคำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญว่าเข้าเงื่อนไขที่จะรับไว้พิจารณาหรือไม่

3.1.3 เขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (Grundgestz) อย่างชัดแจ้ง และรวบรวมไว้ในบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในมาตรา 13 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (Gesetz ueber das Bundesverfassungsgericht 1951 ใช้ชื่อย่อว่า BV erfGG) ซึ่งรวบรวมไว้ทั้งสิ้น 16 อนุมาตรา โดยมีวัตถุประสงค์ในการรวมศูนย์อำนาจในการพิจารณาพิพากษาหรือทำคำวินิจฉัยในประเด็นเรื่องความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งหลายให้มีความเป็นที่สุด และการตีความเป็น

อันหนึ่งอันเดียวกันของกฎหมายสูงสุดของประเทศ[155] และศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ (Enumerationsprinzip) ศาลรัฐธรรมนูญจึงแตกต่างจากศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่มีอำนาจทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทในทางมหาชนที่ไม่มีลักษณะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หรือข้อพิพาททั้งหลายทั้งปวงตามกฎหมายเอกชนและกฎหมายอาญาตามลำดับ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาพิพากษาจึงเป็นอำนาจที่ได้รับการกำหนดเอาไว้เป็นเรื่อง ๆ ทั้งโดยพิจารณาจากเนื้อหาของข้อพิพาทหรือกระบวนการใช้สิทธิเรียกร้องเป็นสำคัญ[156]

เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 93 ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการทั่วไป กล่าวคือบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปวินิจฉัยในกรณีที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญได้ทุกเรื่อง จึงเป็นที่ยอมรับกันในหมู่นักวิชาการว่าอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญย่อมจำกัดอยู่เพียงเท่าที่กฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น (Enumerationsprinzip)[157]

ในทางวิชาการอาจแบ่งประเภทของเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันไว้เป็น 5 ประเภท ดังนี้

(1) คดีที่มีข้อพิพาทขัดแย้งกันขององค์กรของรัฐข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐต่างๆ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกัน มีดังนี้

1) ข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐต่างๆ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่การจัดระเบียบทางกฎหมายของสหพันธรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มลรัฐเป็นผู้ดำเนินการในนามของสหพันธรัฐ และมีการควบคุมดูแลโดยสหพันธรัฐ (Bundesaufsicht) ในกรณีที่มีความคิดเห็นแตกต่างกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐต่างๆ กรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกยื่นคำร้องจะเป็นรัฐบาลสหพันธรัฐและรัฐบาลของมลรัฐนั้น

---

[155] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ง เล่มเดิม. หน้า 35.

[156] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ฉ เล่มเดิม. หน้า 24.

[157] อิสระ นิติทัณฑ์ประภาส, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี. (2546). *ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน* (รายงานผลการวิจัย). หน้า 50.

2) ข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐ และมลรัฐต่างๆ หรือระหว่างมลรัฐต่างๆ ด้วยกันหรือภายในมลรัฐเดียวกัน ในกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลอื่นใดได้ กล่าวคือ จะฟ้องต่อศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้

3) ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญภายในมลรัฐเดียวกันในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งในปัจจุบันนี้มีกฎหมายของมลรัฐสเลสวิก-โฮลสไตน์ (Schleswig-Holstein) กำหนดให้ข้อพิพาทระหว่างองค์กรภายในมลรัฐและการควบคุมกฎหมายอย่างนามธรรม (abstrakte Normenkontrolle) อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ

4) ข้อพิพาทระหว่างองค์กรต่างๆ ในระดับสหพันธรัฐด้วยกัน ในกรณีที่องค์กรต่างๆ ในระดับสหพันธรัฐตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอื่นที่ก่อตั้งขึ้นโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีข้อพิพาทกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญองค์กรต่างๆ เหล่านี้อาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐตีความรัฐธรรมนูญได้ กรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกยื่นคำร้องจะเป็นได้เพียงประธานาธิบดี สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ (Bundestag) สภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐ(Bundesrat) คณะกรรมาธิการตามมาตรา 45 GG รัฐบาลสหพันธรัฐหรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยระเบียบของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐหรือระเบียบของสภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเคยวินิจฉัยไว้ว่า พรรคการเมืองจะใช้สิทธิทางศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าสิทธิของตนตามมาตรา 21 GG ถูกละเมิดก็โดยผ่านองค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นนี้เท่านั้น โดยใช้ช่องทางเรื่องข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

(2) การตรวจสอบผลบังคับของกฎหมายต่างๆ (Rechtsnorm) ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่หรือที่เรียกกันว่าการควบคุมกฎหมาย (ธรรมดา) มิได้ขัดรัฐธรรมนูญ

(2.1) ขั้นตอนที่มาของการใช้อำนาจตรวจสอบความมีผลบังคับของกฎหมายต่าง ๆ

ก. รัฐบาลสหพันธรัฐ รัฐบาลมลรัฐต่างๆ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐจำนวนหนึ่งในสาม มีคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกัน หรือมีข้อสงสัยว่ากฎหมายของสหพันธรัฐ หรือกฎหมายของมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือกฎหมายของมลรัฐสอดคล้องกับกฎหมายของสหพันธรัฐหรือไม่ หรือที่เรียกกันว่าการควบคุมกฎหมายอย่างนามธรรม (sog. Abstrakte Normenkontrolle)

ข. ในกรณีที่ศาลต่างๆ เห็นว่ากฎหมายที่ตนพิจารณาปรับใช้อยู่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐหรือกฎหมายของมลรัฐขัดต่อกฎหมายของสหพันธรัฐศาลนั้นจะต้องหยุดพิจารณาคดีดังกล่าว แล้วส่งปัญหานั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐพิจารณาวินิจฉัยหรือเรียกกันว่าการควบคุมกฎหมายอย่างรูปธรรม (sog. Konkrete oder inzidente Normenkontrolle)

ค. ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธรัฐด้วยหรือไม่ตามความหมายของมาตรา 25 GG ซึ่งหากเป็นกฎหมายของสหพันธรัฐด้วยแล้วก็จะมีผลโดยตรงต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนศาลที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องจะต้องหยุดพิจารณาคดีดังกล่าว แล้วส่งปัญหานั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐพิจารณาวินิจฉัย

ง. ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันว่ากฎหมายในอดีตก่อนมีการสถาปนาสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมัน มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐต่อไปหรือไม่ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ สภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐรัฐบาลสหพันธรัฐ รัฐบาลมลรัฐต่างๆ หรือศาลต่างๆ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐให้พิจารณาวินิจฉัยในปัญหานั้น

(2.2) เพื่อให้การตีความกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอย่างเป็นเอกภาพ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐต่างๆ จะตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ หรือแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐอื่นๆ ศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐนั้นจะต้องเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย

(2.3) ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐประชุมร่วมกัน (gemeinsamen Ausschuss) เพื่อจะแก้ไขกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะกระทำได้ก็แต่โดยได้รับความเห็นจากศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ว่าการแก้ไขดังกล่าวนั้นศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐคงปฏิบัติหน้าที่ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะต้องมีมติด้วยเสียงข้างมากของผู้พิพากษาที่อยู่ในการประชุมพิจารณานั้น เรียกกันว่า เป็นรูปแบบของการควบคุมกฎหมายในเชิงป้องกัน (praeventive Normenkontrolle)

(2.4) คำร้องทุกข์โต้แย้งคำวินิจฉัยของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐในเรื่องความสมบูรณ์ของการเลือกตั้ง การได้มาหรือการสิ้นสุดซึ่งสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

(3) การไต่สวนถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าพรรคการเมืองใดมีวัตถุประสงค์และดำเนินการภายในขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นอันตรายต่อความดำรงอยู่ของสหพันธรัฐสาธารณรัฐ หรือไม่ เป็นอันตรายต่อความดำรงอยู่ของสหพันธรัฐรัฐบาลสหพันธรัฐ หรือรัฐบาลมลรัฐในกรณีที่พรรคการเมืองจำกัดกิจกรรมของพรรคภายในมลรัฐนั้น ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐพิจารณาวินิจฉัยว่าพรรคการเมืองดังกล่าวเป็นพรรคการเมืองที่มิชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

(4) คำร้องต่างๆ เกี่ยวกับสถานะของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาถึงการเสียสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่

(4.1) ในกรณีที่ประธานาธิบดีสหพันธรัฐกระทำการโดยเจตนาละเมิดรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ หรือกฎหมายอื่นๆ ของสหพันธรัฐสมาชิกของแต่ละสภาจำนวนหนึ่งในสี่เข้าชื่อกันเสนอคำร้องนั้นต่อสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ หรือสภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐแล้วแต่กรณีให้พิจารณาสภาดังกล่าวจะยกคำร้องได้จะต้องมีคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกของสภานั้น แล้วเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเพื่อไต่สวนพิจารณาต่อไป หากได้ความจริงตามคำร้องศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมีอำนาจสั่งให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้ และระหว่างพิจารณาก็อาจใช้มาตรการชั่วคราวต่อประธานาธิบดีโดยให้งดเว้นปฏิบัติหน้าที่ประธานาธิบดีได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติกำหนดอย่างชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ

(4.2) ในกรณีที่ผู้พิพากษาในศาลระดับสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุดต่างๆ ของประเทศประพฤติปฏิบัติตนฝ่าฝืนหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ หรือระเบียบต่างๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐหรือมลรัฐและไม่ว่าจะกระทำในตำแหน่งหรือนอกตำแหน่งหน้าที่ราชการ หากสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของสมาชิกทั้งหมดเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐพิจารณาวินิจฉัยให้ผู้พิพากษาศาลระดับสหพันธรัฐนั้นพ้นจากตำแหน่งได้ และหากเป็นการกระทำโดยเจตนาก็ให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ได้รับเงินบำเหน็จบำนาญ มลรัฐต่างๆ ก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันนี้กับผู้พิพากษาของมลรัฐโดยให้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเรียกว่าคำร้องเกี่ยวกับกรณีผู้พิพากษา (Richteranklage)

(4.3) บุคคลใดใช้สิทธิขั้นพื้นฐานดังต่อไปนี้โดยมิชอบได้แก่ เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเสรีภาพในการสอน เสรีภาพในการชุมนุมหรือการรวมตัวกันเป็นสมาคม ความลับทางจดหมาย ไปรษณีย์ การสื่อสาร การใช้กรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในการลี้ภัยโดยการนำมาต่อสู้กับระเบียบพื้นฐานของการปกครองประเทศในระบอบเสรีประชาธิปไตย สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวของผู้นั้นจะสูญสิ้นไปตามมาตรา 18 แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ รัฐบาลสหพันธรัฐ หรือรัฐบาลมลรัฐ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐให้ไต่สวนถึงข้อเท็จจริง ดังกล่าวและพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้กับบุคคลนั้น ซึ่งอาจจะถูกต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้

(5) คำร้องทุกข์โต้แย้งคัดค้านการกระทำของรัฐ ประชาชนหรือองค์การปกครองตนเองที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อาจยื่นคำร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำของรัฐไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของเขา หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน

ในกระบวนพิจารณาคดีในชั้นศาลต่างๆ ของตน แต่คำร้องทุกข์นี้จะยื่นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการดำเนินการทางศาลถึงที่สุดแล้ว และจะต้องยื่นภายในกำหนดระยะเวลา หรือเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่าสิทธิในการปกครองตนเองขององค์การปกครองตนเองตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ถูกกระทบกระเทือนโดยการกระทำของมลรัฐหรือสหพันธรัฐ ในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐมิได้เปิดช่องให้นำคดีขึ้นสู่ชั้นศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐได้และจะต้องยื่นภายในกำหนดระยะเวลาเช่นกัน แล้วแต่กรณีเรียกคำร้องทุกข์นี้ว่า Verfassungsbeschweerde[158]

3.1.4 เขตอำนาจและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

1) เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐเยอรมันในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญเยอรมันมิได้บัญญัติเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ไว้โดยชัดแจ้งเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันพิจารณาจากโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมายซึ่งจัดตั้งศาลหรือองค์กรเฉพาะขึ้นมามีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพียงองค์กรเดียว

ระบบกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเป็นระบบกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งพออธิบายลักษณะของระบบกฎหมายซึ่งศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้พอสังเขปดังนี้

ระบบกฎหมายซึ่งจัดตั้งศาล หรือองค์กรเฉพาะขึ้นมามีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพียงองค์กรเดียวหรือที่เรียกว่าระบบยุโรป (European Model) นั้นเฉพาะแต่องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นซึ่งโดยทั่วไปมักจะเรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศที่กำหนดการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบแบบยุโรป เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความต่อไปว่า แม้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยแจ้งชัดให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา เนื่องจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบแบบยุโรปนั้น ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะศาลพิเศษซึ่งไม่ได้มีเขตอำนาจทั่วไป (General Jurisdiction) แต่มีเพียงเขตอำนาจจำกัดหรือเขตอำนาจเฉพาะ (Limited and Special Jurisdiction) ซึ่งหมายความว่าในระบบนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำและบรรทัดฐานทางกฎหมายในทุกกรณี แต่จะ

---

[158] กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ง เล่มเดิม. หน้า 35.

มีได้ก็เฉพาะเท่าที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเขตอำนาจไว้ให้มีโดยชัดแจ้งเท่านั้น ทั้งนี้ย่อมสอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายตามสุภาษิตที่ว่า “การกล่าวถึงสิ่งหนึ่งย่อม หมายถึงการปฏิเสธอีกสิ่งหนึ่ง” (Expressio unius est exclusion alterius) ซึ่งพิจารณาได้ว่าเมื่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้งว่าสามารถตรวจสอบการกระทำทางกฎหมาย เช่น รัฐบัญญัติ หรือรัฐกำหนดได้ ดังนั้นเมื่อการกระทำทางกฎหมายในลักษณะการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมิได้ถูกกำหนดเอาไว้ในรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่อนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจดังกล่าว กรณีเช่นนี้ ไม่สามารถอาศัยการตีความตามหลัก “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (A fortiori) เพื่ออธิบายเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากขัดต่อลักษณะพื้นฐานขององค์กรศาลรัฐธรรมนูญที่มีเขตอำนาจเฉพาะ[159]

ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเขตอำนาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้สามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

อย่างไรก็ตามเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในหลายๆ ประเทศ จะกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” เอาไว้ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้ถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นย่อมต้องทำในรูปของกฎหมาย ซึ่งหากตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เพียงอาศัยฐานแห่งบทบัญญัติดังกล่าว โดยไม่ต้องมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจเฉพาะแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกแต่อย่างใด ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งนั้น มีข้อโต้แย้งหลายประการ ได้แก่ แม้จะใช้ชื่อว่ากฎหมาย แต่สถานะของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการบัญญัติกฎหมายปกตินั้นแตกต่างกัน กล่าวคือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีสถานะที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายธรรมดา นอกจากนั้นดังได้กล่าวมาแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ ซึ่งหมายความว่า การไม่มีเขตอำนาจในกรณีใดๆ เลยเป็นหลักในการพิจารณาเขตอำนาจศาล โดยการมีเขตอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้นั้นถือเป็นเพียงกรณียกเว้นเท่านั้น ดังนั้นการตีความบทบัญญัติซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ไม่สามารถที่จะตีความขยายความให้รวมไปถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ตามหลักการตีความกฎหมายที่ว่า “ข้อยกเว้นต้องตีความโดยเคร่งครัด” (Exception est strictissimac interpretationis)

---

[159] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 27.

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มาตรา 79 ที่กำหนดว่า “กฎหมายพื้นฐานจะถูกแก้ไขได้ก็แต่โดยกฎหมาย (Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geandert warden) ซึ่งต้องประกาศอย่างชัดเจนว่ามีการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน” เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำในรูปของกฎหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้[160]

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับอำนาจตามกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 มาตรา 93 ให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ ได้ แต่ในมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรงซึ่งมาตรา 93 (1) และ (2) บัญญัติไว้เพียงให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐ ส่วนเรื่องขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงในมาตรานี้

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 คดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถตีความรวมถึงขอบเขตความหมายของคำว่า “กฎหมายสหพันธ์ (Bundesrecht)” แต่เข้าใจได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตีความขอบเขตของคำว่ากฎหมายสหพันธ์ไม่ได้หมายความถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดาของสหพันธ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกฎหมายที่แสดงออกในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานดังเช่นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าตนมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้[161]

2) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

[162]ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน วางหลักว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งกระบวนการ และเนื้อหาว่า

---

[160] แหล่งเดิม. หน้า 29.

[161] ปฐมพงษ์ คำเขียว. (2556). “การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ.” *รัฐสภาสาร,* 61(1).

[162] เอกสารประกอบคำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา แหล่งข้อมูลออนไลน์ www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/.../b_4.ppt.

การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ แต่ศาลจะตีความข้อห้ามอย่างจำกัด ไม่ตีความไปในทางที่จะทำให้รัฐธรรมนูญนั้นแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้เลย

ในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้บัญญัติไว้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบกับอำนาจของมลรัฐในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือกระทบต่อหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1) หรือหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ หลักสาธารณรัฐ หลักสหพันธรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักสังคมรัฐและหลักนิติรัฐ (มาตรา 20) นั้นไม่สามารถกระทำได้ ตัวอย่างคดี Klass ลงวันที่ 15 ธ.ค. 1970

[163]คดีในคดี Klass ปรากฏข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่ามีการตรากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 17 ในส่วนของสิทธิในความเป็นส่วนตัวเกี่ยวกับการติดต่อสื่อสาร โดยอนุญาตให้มีการจำกัดสิทธิในความเป็นส่วนตัวตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 10 รับรองไว้ได้เพื่อปกป้องระเบียบเสรีประชาธิปไตยหรือความมั่นคงของสหพันธ์ หรือมลรัฐ โดยสามารถออกกฎหมายอนุญาตให้มีการกำหนดมาตรการสอดส่องเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวได้โดยไม่ต้องแจ้งแก่ผู้ถูกจำกัดสิทธิ และให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรซึ่งถูกแต่งตั้งโดยรัฐสภาแทนการตรวจสอบโดยศาล

กฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้พิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขัดต่อหลักการพื้นฐานที่เป็นบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้กล่าวคือ ข้อจำกัดความเป็นส่วนตัวในการติดต่อสื่อสาร และการให้องค์กรซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่แทนศาลนั้นละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติรัฐ

มติเสียงข้างมากของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้ละเมิดต่อบทบัญญัติหรือหลักการชั่วนิรันดร์ซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ กล่าวคือ การตรวจสอบโดยองค์กรที่รัฐสภาแต่งตั้งขึ้นนั้นเป็นการประกันที่เพียงพอในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 79(3) นั้นควรต้องตีความอย่างแคบเนื่องจากถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักการทั่วไปที่จะต้องไม่ขัดขวางผู้ตรากฎหมายในการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นในส่วนหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญก็ตาม โดยการตีความดังกล่าวจึงอธิบายต่อไปว่า มาตรา 79(3) นั้นห้ามแต่เพียงการยกเลิกหลักการ ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ และสร้างระบอบเผด็จการขึ้นโดยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ยังคงรักษาไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานดังกล่าวในคดีนี้ศาลได้พัฒนาหลักประชาธิปไตยที่ป้องกันตนเองได้เพื่ออธิบายว่ารัฐธรรมนูญมีเป้าหมายเพื่อให้คุณค่าของระบบเสรีประชาธิปไตยดำรงอยู่ จึงจำเป็นต้องได้รับการป้องกันและต้องอนุญาตให้รัฐใช้วิธีการที่

---

[163] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 34.

เหมาะสมเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยถือว่ากรณีนี้มาตรการสอดส่องถือว่าเป็นสิ่งจำเป็นในการรับมือกับองค์การลับอันอาจมีวัตถุประสงค์ต่อต้านรัฐ ดังนั้นวิธีการที่กำหนดไว้จึงเป็นการเหมาะสมแล้ว

จะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นศาลจะคำนึงว่าการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นกระทบต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้หรือไม่ เช่น หลักนิติรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ เป็นต้น ซึ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้นั้น ศาลจะพิจารณาว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยเหมาะสม จำเป็น และได้สัดส่วนหรือไม่

3.1.5 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี

หลักการตีความรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนั้น เดิมได้มีความเห็นของ Prof. K. Hesse ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ว่า "...วิธีการตีความกฎหมายแบบดั้งเดิม คือ 1) การตีความตามตัวอักษร 2) การตีความตามระบบ 3) การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และ 4) การตีความตามประวัติความเป็นมา ไม่เป็นการเพียงพอที่จะเป็นแนวทางในการตีความรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการตีความตามตัวอักษรบางครั้งไม่สามารถบอกความหมายแน่นอนได้ว่าจะใช้ตามความหมายทั่วไปหรือใช้ในฐานะเป็นศัพท์กฎหมายที่มีความหมายพิเศษ เช่น คำว่ากฎเกณฑ์ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ปรากฏว่ามีการตีความกันใช้หลายทางด้วยกัน

การตีความตามระบบ ก็ยังมีการปฏิบัติต่าง ๆ กันไปแล้วแต่ว่าจัดบทบัญญัติที่จะตีความนั้นเข้าในระบบของกฎหมายนั้น ๆ หรือจัดเข้าตามเนื้อหาของข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ เช่น ถ้าจะยกตัวอย่างกฎหมายแรงงานจะเห็นได้ชัดมาก กล่าวคือตามตัวบทกฎหมายแรงงานเป็นอย่างหนึ่งแต่ทางปฏิบัติอาจเป็นอีกอย่างหนึ่ง

การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจะต้องถามว่าบทบัญญัติที่จะตีความนั้นมีความหมายอย่างไร แต่ไม่ได้บอกถึงวิธีที่จะหาความหมายของบทบัญญัตินั้นๆ นอกจากนั้นยังมีปัญหาว่าการตีความต่างๆ เหล่านี้จะนำมาเกี่ยวโยงสัมพันธ์กันได้อย่างไร และจะต้องใช้วิธีการใดถ้าหากว่าการตีความต่างวิธีนำมาซึ่งผลที่แตกต่างกัน.."[164]

ต่อมา K. Hesse ได้ให้ความเห็นว่าการที่จะใช้เฉพาะการตีความตามวิธีดั้งเดิมนั้นเท่ากับเป็นมองข้ามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการตีความไป เพราะวิธีการเหล่านี้ไม่คำนึงถึง

---

[164] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ จ (ม.ป.ป.). "การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ." *วารสารนิติศาสตร์,* 19(1). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.tulawcenter.org/knowledge/content/240.

โครงสร้างภายในและข้อจำกัดของการตีความเอง ทำให้ได้ผลที่ไม่เต็มเม็ดเต็มหน่วย สำหรับ K. Hesse นั้นชี้ให้เห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญ ก็คือการใช้รัฐธรรมนูญนั่นเอง สิ่งที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญนั้นยังไม่มีความกระจ่างชัดพอ รัฐธรรมนูญหรืออีกนัยหนึ่งก็คือตัวผู้ร่างรัฐธรรมนูญเอง แท้ที่จริงแล้วยังไม่ได้ตัดสินใจในเรื่องที่เป็นปัญหาขึ้นมา รัฐธรรมนูญเพียงแต่ให้จุดต่างๆ ที่จะต้องยึดถือพิจารณาก่อนที่จะมีการตัดสินใจในปัญหานั้นๆ อีกทีหนึ่ง จุดพิจารณาต่างๆ เหล่านี้เมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงตามเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ก็จะทำให้ได้ภาพที่มีความแจ่มชัดขึ้นเนื่องจากมีเนื้อหาที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น

การตีความในลักษณะเช่นนี้จึงมีลักษณะสร้างสรรค์ เพราะเนื้อหาของกฎเกณฑ์ที่จะต้องมีการตีความนั้น จะมีความสมบูรณ์เป็นรูปธรรมขึ้นมาได้ก็โดยอาศัยการตีความนี้เอง แต่ทั้งนี้และทั้งนั้นก็ยังมีข้อแม้ว่าผู้ดำเนินการตีความนั้นยอมผูกมัดตัวเองอย่างเคร่งครัด กับกฎเกณฑ์ที่ต้องการตีความนั้นๆ ในประเด็นนี้ Prof. B. Stein Staatstech, 6, Aufl., S.301 แย้งว่าการใช้รัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เป็นการตัดสินกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือผู้ร่างรัฐธรรมนูญยังไม่ได้ตัดสินเสมอไป แม้แต่กรณีที่รัฐธรรมนูญได้ตัดสินไปแล้ว Stein ก็ยังเห็นว่าเป็นประโยชน์และจำเป็นที่จะนำมาประกอบการพิจารณาสำหรับกรณีที่ยังไม่มีการตัดสิน การใช้รัฐธรรมนูญจึงไม่ควรจำกัดอยู่เพียงเฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญยังไม่ได้ตัดสินไปเท่านั้น

วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของ K. Hesse.

ก. เงื่อนไขในการตีความรัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความจะต้องมีการทำความเข้าใจเนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะต้องตีความ และก่อนที่ผู้ตีความจะทำความเข้าใจได้นั้น ผู้ตีความจะต้องมีการคาดการณ์ล่วงหน้า ประกอบกับจะต้องมีปัญหาที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้นด้วย

ประการแรก ผู้ตีความจะต้องมีการคาดการณ์ล่วงหน้า เนื่องจากผู้ตีความไม่สามารถที่จะแยกเนื้อหาของกฎเกณฑ์สถานการณ์ที่เป็นจริงในทางประวัติศาสตร์ได้ สถานการณ์ที่เป็นจริงคือสิ่งที่ดำเนินไปแล้วและเป็นตัวกำหนดความคิดรู้และการคาดการณ์ของผู้ตีความ ซึ่งผู้ตีความสามารถทำความเข้าใจเนื้อหาของกฎเกณฑ์ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้โดยการคาดการณ์ล่วงหน้า และผู้ตีความมีโอกาสที่จะคาดถึงความหมายทั้งหมดของกฎเกณฑ์ในบทบัญญัตินั้นๆ และเมื่อมีการศึกษาเจาะลึกในเรื่องนั้นๆ ลงไป ก็จะเป็นการตรวจสอบการคาดการณ์ดังกล่าว ซึ่งเมื่อถึงขั้นนี้ก็อาจจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการคาดการณ์ไปเรื่อยๆ จนกว่าจะแน่ใจว่าประมาณการที่ได้นั้นเท่ากันทุกประการกับความหมายอันแท้จริง

ประการที่สอง การตีความต่อเมื่อมีปัญหาที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้นโดยการนำกฎเกณฑ์บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาเทียบเคียงกับปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น การกำหนดขอบเขตเนื้อหาของ

กฎเกณฑ์กับการใช้กฎเกณฑ์นี้จะเกิดขึ้นพร้อมกัน กล่าวคือไม่สามารถจะแบ่งลำดับขั้นตอนการเกิดก่อนหลังได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าจะไม่มีการตีความรัฐธรรมนูญหากไม่มีปัญหาที่เป็นรูปธรรมเกิดขึ้น นอกจากนี้ ในการที่จะทราบปัญหาได้ก็จะต้องทำความเข้าใจปัญหาด้วยซึ่งอาจเกิดจากการคาดการณ์ล่วงหน้าของผู้ตีความ และในการทำความเข้าใจกฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญและการทำความเข้าใจตัวปัญหา ยังจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานทางทฤษฎีรัฐธรรมนูญด้วย

ข. วิธีการทำให้กฎเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญเป็นรูปธรรม วิธีการตามหลักการนี้คือต้องหาประเด็นของเรื่องให้พบและนำมาพิจารณาในแง่ของการเห็นด้วยและการคัดค้านจนนำไปสู่การตัดสินใจที่ชัดแจ้งและแม่นยำ โดยพิจารณาในแง่บทบัญญัติเองและสิ่งที่ถูกกระทบจากตัวบทบัญญัติทั้งหมด ดังนี้

(1) ตัวบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ อาจทำความเข้าใจได้โดยอาศัยวิธีการตีความแบบดั้งเดิมคือ การตีความตามประวัติความเป็นมา ตามระบบและตามตัวอักษร ซึ่งการตีความทั้งสามวิธีนี้สามารถช่วยให้เข้าใจความหมายต่างๆ ของศัพท์ได้ดีขึ้น ส่วนการตีความตามเจตนารมณ์สามารถช่วยชี้ทิศทางของปัญหาได้ แต่ไม่อาจให้คำตอบที่เป็นน่าพอใจได้ เพราะความหมายของตัวบทบัญญัติจะกำหนดได้แน่นอนก็ต่อเมื่ออาศัยปัจจัยอื่นๆ หรือสิ่งช่วยมาประกอบการพิจารณา เช่น คดีคล้ายๆ กันที่มีการวินิจฉัยไปแล้ว และหลักเกณฑ์ที่ตายตัวของรัฐธรรมนูญเอง แต่ทั้งสองสิ่งนี้ก็ไม่ผูกมัดเสมอไปว่าอะไรคือความเข้าใจที่ถูกต้องในบทบัญญัติที่จะมีการตีความ

(2) สิ่งที่ถูกกระทบจากตัวบทบัญญัติทั้งหมด การศึกษาสิ่งที่ถูกกระทบจากตัวบทบัญญัติทั้งหมด ทำให้สามารถมองเห็นปัญหาได้อย่างรอบด้าน และช่วยให้การตีความมีเหตุผลและตรวจสอบได้ง่ายขึ้น ไม่ใช่ถือความอย่างเถรตรงตามกฎเกณฑ์อย่างเดียว

(3) หลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้แก่

(3.1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราแต่ละหมวดมีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน การตีความรัฐธรรมนูญจะพิจารณามาตราใดมาตราหนึ่งไม่ได้ จะต้องดูโยงกันไปถึงส่วนอื่นๆ ทั้งหมดและจะต้องตีความแต่ละมาตราไม่ให้ขัดกันเอง

(3.2) หลักความคล้องจองเพื่อผลในทางปฏิบัติ กรณีที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิสองอย่างในเวลาเดียวกัน เช่นระหว่างเสรีภาพในการพูด กับสิทธิส่วนบุคคลตามกฎหมายทั่วไป หรือระหว่างเสรีภาพในการรวมตัวกัน กับเสรีภาพในการเดินทาง ซึ่งการรวมตัวกันอาจทำให้กีดขวางทางจราจร ขัดกับเสรีภาพของบุคคลที่จะสัญจรไปมา ในการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญจะนำความสำคัญระหว่างสิทธิหรือเสรีภาพทั้งสองมาชั่งน้ำหนักแล้วตีความวินิจฉัยตัดสินเข้าข้างใดข้างหนึ่งไม่ได้ แต่จะต้องใช้วิธีการตีเส้นขอบเขตของสิทธิทั้งสองเพื่อให้แต่ละฝ่ายมีโอกาสได้ใช้สิทธิมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้โดยเป็นไปตามความจำเป็น

(3.3) หลักแห่งความถูกต้องตามหน้าที่ ตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ รัฐธรรมนูญได้กำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจทั้งสามและมอบหมายอำนาจหน้าที่ต่างๆ ให้ทำร่วมกัน "องค์กรที่ทำหน้าที่ตีความกฎหมายจะต้องทำหน้าที่เฉพาะภายในขอบเขตที่ตนได้รับมอบอำนาจเท่านั้น จะตีความให้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่ไม่ได้ หลักนี้ใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับศาลรัฐธรรมนูญเป็นพิเศษ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หลักความถูกต้องตามหน้าที่จึงห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความในทางที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการสร้างสรรค์ของฝ่ายนิติบัญญัตินอกเหนือไปจากขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือตีความให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามารับบทบาทบัญญัติกฎหมายเสียเอง"[165]

(3.4) หลักการตีความต้องส่งผลให้มีการประสานความสัมพันธ์อันดีระหว่างองค์กรของรัฐ ในกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเกี่ยวกับการเสริมสร้างหรือรักษาไว้ซึ่งความเป็นเอกภาพหรือความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางการเมือง แนวทางในการตีความจะต้องคำนึงถึงประเด็นเหล่านี้เป็นพิเศษ กล่าวคือ จะต้องมีผลเป็นการช่วยเสริมสร้างหรือรักษาความเป็นเอกภาพระหว่างองค์กรไว้แต่หากการรักษาความเป็นเอกภาพจะได้โดยวิธีการซึ่งไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หลักนี้ก็ไม่สามารถนำมาเป็นเกณฑ์ในการปฏิบัติ เพราะมิฉะนั้นเท่ากับว่าการตีความรัฐธรรมนูญได้กระทบความชอบธรรมของตัวรัฐธรรมนูญเอง

(3.5) หลักอำนาจบังคับของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นมาซึ่งต้องใช้บังคับตลอดไป พอเวลาเปลี่ยนแปลงอาจทำให้เงื่อนไขต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปด้วย ในการแก้ไขปัญหาตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญ จึงต้องคำนึงด้วยว่าเมื่อมีการตีความแล้ว บทบัญญัติต่างๆ ของรัฐธรรมนูญจะยังสามารถมีอำนาจบังคับได้อย่างเต็มที่

3.2 บทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส

3.2.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส[166]

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน คือ ฉบับปี ค.ศ. 1958 (พ.ศ. 2501) เกิดขึ้นจากการที่ประเทศต้องประสบกับปัญหาทางด้านความมั่นคงและปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างมาก รัฐสภาในขณะนั้นจึงได้มอบอำนาจในการตารัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อแก้ปัญหาของประเทศให้กับรัฐบาลของนายพลชาร์ลส เดอ โกลล์ (Charles De Gaulle) โดยรัฐสภาได้วางกรอบของรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไว้ 5 ประการ คือ

---

[165] แหล่งเดิม.

[166] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข (2540). *ศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย.* หน้า 1-2.

1. การลงคะแนนเสียงเป็นที่มาเพียงประการเดียวของอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารต้องมาจากการเลือกตั้ง ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

2. อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติจะต้องแยกจากกันเพื่อให้รัฐบาลและรัฐสภาสามารถทำหน้าที่ที่ตนรับผิดชอบได้เต็มที่

3. รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

4. อำนาจตุลาการต้องเป็นอิสระเพื่อเป็นหลักประกันของการเคารพต่อเสรีภาพขั้นพื้นฐานดังที่ระบุไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789

5. รัฐธรรมนูญต้องบัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาคมที่เป็นเมืองขึ้นของฝรั่งเศส

จากกรอบ 5 ประการดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ถูกร่างขึ้นโดยคณะนักวิชาการซึ่งมีนายมิเชล เดอเบร (Michel Debre) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในขณะนั้นเป็นประธานเมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จและได้ผ่านการรับรองจากคณะรัฐมนตรีแล้วก็ได้เสนอให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติ ซึ่งผลปรากฏว่าเสียงส่วนใหญ่ของผู้มาออกเสียงแสดงประชามติเห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญ จึงได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นี้ ได้ผ่านการแก้ไขปรับปรุงหลายครั้งเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ของประเทศและของโลก ณ วันนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ประกอบด้วยสาระสำคัญที่สมควรนำมาพิจารณาดังต่อไปนี้

1) ฝ่ายบริหาร ประกอบด้วย ประธานาธิบดี และรัฐบาล

(1) ประธานาธิบดี ทำหน้าที่เป็นประมุขของรัฐและเป็นผู้นำในการบริหารประเทศ ประธานาธิบดีได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนทั่วประเทศ (มาตรา 6) โดยผู้สมัครรับเลือกตั้งรายใดได้คะแนนเสียงจากผู้มาใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งเกินกว่าครึ่งหนึ่งให้ถือว่าผู้นั้นได้รับเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดและจะได้รับการเลือกตั้งทันที ส่วนในกรณีที่ไม่มีผู้ใดได้รับเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาด จะต้องทำการลงคะแนนรอบที่สองภายในสองสัปดาห์โดยผู้ที่จะมีสิทธิเข้าแข่งขันรอบที่สอง คือ ผู้ที่ได้คะแนนสูงที่สุด 2 คนแรกในการเลือกตั้งครั้งแรก (มาตรา7) และมีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี โดยประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่ดังนี้

1. อำนาจหน้าที่ในการรักษาไว้ซึ่งรัฐธรรมนูญ เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของชาติ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของดินแดนและการเคารพต่อสนธิสัญญาต่าง ๆ รวมถึงการดูแลให้หน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ตามปกติและต่อเนื่อง (มาตรา 5)

2. แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งในกรณีรัฐบาลยื่นใบลาออก (มาตรา 8)

3. แต่งตั้งรัฐมนตรีและให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของนายกรัฐมนตรี (มาตรา 8)

4. เป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี (มาตรา 9)

5. เป็นผู้ลงนามประกาศใช้รัฐบัญญัติที่รัฐสภาได้ตราขึ้น (มาตรา 10)

6. ขอให้รัฐสภาพิจารณาร่างรัฐบัญญัติทั้งฉบับหรือบางมาตราในร่างรัฐบัญญัติที่รัฐสภาได้เสนอต่อประธานาธิบดีเพื่อลงนามประกาศใช้ (มาตรา 10)

7. จัดให้มีการออกเสียงแสดงประชามติตามคำร้องขอของรัฐบาลในร่างรัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ การเปลี่ยนแปลงนโยบายเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือต่อบริหารสาธารณะ

8. อำนาจในการยุบสภา (มาตรา 12)

9. เป็นผู้ลงนามประกาศใช้รัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้ว (มาตรา 13)

10. อำนาจในการแต่งตั้งข้ารัฐการพลเรือนและทหาร (มาตรา 13)

11. อำนาจในการแต่งตั้งทูต (มาตรา 14)

12. เป็นจอมทัพ (มาตรา 15)

13. อำนาจพิเศษ เป็นอำนาจซึ่งประธานาธิบดีจะใช้ได้ในกรณีที่สถาบันของรัฐความเป็นอิสระของชาติ ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของดินแดนหรือการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างรุนแรง ซึ่งการดำเนินการตามปกติของสถาบันการเมือง ตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง การใช้อำนาจพิเศษนี้จะต้องใช้ในระยะเวลาที่สั้นที่สุด และจะต้องปรึกษากับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และศาลรัฐธรรมนูญก่อน (มาตรา 16)

14. อำนาจในการให้การอภัยโทษ (มาตรา 17)

15. อำนาจในการให้สัตยาบันแก่บรรดาสนธิสัญญา (มาตรา 52)

16. เป็นผู้มีสิทธิเสนอแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน (มาตรา 56)

17. อำนาจในการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติ ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา (มาตรา 61)

18. เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ (มาตรา 64)

19. เป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ (มาตรา 65)

(2) รัฐบาล ได้แก่ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี (มาตรา 8) จากผู้นำที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรหรือจากบุคคลที่ประธานาธิบดีและรัฐสภาให้ความไว้วางใจซึ่งอาจเป็นบุคคลที่มิได้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรก็ได้ ส่วนรัฐมนตรีก็ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจากการเสนอชื่อของนายกรัฐมนตรี ซึ่งจะมีจำนวนเท่าใดก็ขึ้นอยู่กับหน้าที่และความสมดุลทางการเมืองในระหว่างพรรคการเมืองที่ร่วมเป็นรัฐบาล รัฐธรรมนูญห้ามไม่ให้รัฐมนตรีเป็นสมาชิกรัฐสภาในขณะเดียวกัน แต่สามารถดำรงตำแหน่งที่ได้รับการเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยอำนาจหน้าที่เฉพาะของนายกรัฐมนตรีมีดังต่อไปนี้

1. เป็นผู้กำหนดและชี้นำทิศทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันชาติ ควบคุมการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้งใช้อำนาจในการตรากฎหมายที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร การแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและทหาร (มาตรา 21)

2. ทำหน้าที่แทนประธานาธิบดีในการเป็นประธานในที่ประชุมสภากลาโหมและคณะกรรมการป้องกันประเทศ (มาตรา 21)

3. ทำหน้าที่ประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรีแทนประธานาธิบดีโดยจะต้องมีการมอบหมายอย่างชัดแจ้งและมีวาระการประชุมที่กำหนดไว้แน่นอน (มาตรา 21)

4. เพิ่มวันประชุมรัฐสภาได้ แต่จะต้องปรึกษาหารือกับประธานสภาที่จะขอให้มีการเพิ่มวันประชุม (มาตรา 28)

5. ขอให้รัฐสภาเปิดประชุมสมัยวิสามัญได้ (มาตรา 29)

6. ขอให้รัฐสภาประชุมลับ (มาตรา 33)

7. เสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา (มาตรา 39)

โดยแยกอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลไว้ในกรณีดังต่อไปนี้

1. กำหนดและชี้นำนโยบายของประเทศ (มาตรา 20)

2. ขอให้ประธานาธิบดีจัดให้มีการออกเสียงแสดงประชามติในร่างกฎหมายที่สำคัญ (มาตรา 11)

3. ตรากฎอัยการศึก (มาตรา 36)

4. ตรากฎหมายที่ไม่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 34 แต่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร (มาตรา 37)

5. ตรารัฐกำหนด (มาตรา 38)

6. เสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา (มาตรา 39)

7. แปรญัตติร่างรัฐบัญญัติ (มาตรา 44)

8. รับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา (มาตรา 49)

กล่าวโดยสรุปสำหรับฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 จะเห็นได้ว่าได้ให้อำนาจกับประธานาธิบดีในการมีส่วนร่วมบริหารประเทศร่วมกับรัฐบาลโดยประธานาธิบดีจะมีอำนาจมากกว่ารัฐบาลและยังมีอำนาจพิเศษซึ่งเป็นอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด

2) ฝ่ายนิติบัญญัติ ประกอบด้วย วุฒิสภา และสภาผู้แทนราษฎร[167]

(1) วุฒิสภา(Senat) เป็นตัวแทนขององค์กรกระจายอำนาจและประชาชนชาวฝรั่งเศสที่อยู่นอกสาธารณรัฐ (มาตรา 24) ประกอบด้วยวุฒิสมาชิกจำนวน 321 คน ซึ่งได้รับเลือกตั้งทางอ้อมจากคณะผู้เลือกตั้งของทุกจังหวัดอันประกอบด้วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาภาค สมาชิกสภาจังหวัดและตัวแทนของสภาเทศบาล วุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี แต่จะต้องถูกปรับเปลี่ยนสมาชิกจำนวน 1 ใน 3 ทุก 3 ปี

วุฒิสภาทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างกฎหมาย รวมทั้งตรวจสอบการบริหารงานของรัฐบาล

(2) สภาผู้แทนราษฎร (Assemblee Nationale) ประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 577 คน ได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน (ผู้แทนราษฎร 1 คน ต่อประชาชน 100000 คน) โดยประชาชนจะเลือกตั้งผู้แทนของตนในเขตเลือกตั้งเขตละ 1 คน ด้วยวิธีการลงคะแนนสองรอบเช่นเดียวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดี กล่าวคือ ในรอบแรก ผู้ใดได้คะแนนเกินกว่าครึ่งหนึ่งของผู้มาลงคะแนน ก็จะได้รับเลือกตั้ง หากไม่มีผู้ใดได้เสียงข้างมากก็ให้ทำการเลือกตั้งในรอบที่สองโดยให้ผู้สมัครที่ได้รับคะแนนสูงสุดสองคนแรกมาแข่งกันใหม่ และผู้ที่จะได้รับเลือกตั้งคือผู้ได้รับคะแนนสูงสุด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี

เช่นเดียวกับวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่ในการร่างกฎหมาย และตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล

โดยรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาไว้ดังต่อไปนี้

1. อำนาจในด้านนิติบัญญัติ รัฐสภาทำหน้าที่ในการเสนอร่างกฎหมาย และพิจารณาร่างกฎหมาย จนกระทั่งถึงการอนุมัติร่างกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้กำหนดขอบเขตในการตรากฎหมายที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาไว้ในมาตรา 34 ซึ่งระบุประเภทต่างๆ ของกฎหมายที่จะตราโดยรัฐสภาเอาไว้ ส่วนกฎหมายลักษณะอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุไว้ว่าเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะตารัฐธรรมนูญก็ได้ให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นผู้ตราดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 37

---

[167] แหล่งเดิม. หน้า 5-6.

2. อำนาจในการควบคุมฝ่ายบริหารโดยรัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร สามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ (มาตรา 49) ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่ไว้วางใจรัฐสภา นายกรัฐมนตรีจะต้องนำคณะรัฐมนตรีลาออกต่อประธานาธิบดี (มาตรา 50) และนอกจากนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีได้แสดงถึงความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อแผนงานหรือนโยบายทางการเมืองทั่วไปของรัฐบาลและสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วย นายกรัฐมนตรีจะต้องนำคณะรัฐมนตรีลาออกต่อประธานาธิบดีเช่นกัน (มาตรา 49 และ 50) จะเห็นได้ว่า อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมายถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญ ซึ่งให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากกว่าและนอกจากนี้ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็สามารถควบคุมฝ่ายบริหารได้น้อย จึงทำให้ฝ่ายบริหารอยู่ในสถานะที่สำคัญกว่าเพราะประธานาธิบดีมีอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรได้ (มาตรา 12) ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรวจสอบได้เฉพาะนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี

3) องค์กรทางการเมืองอื่น[168]

3.1) ศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionel) ประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 9 คน มีวาระดำรงตำแหน่ง 9 ปี และไม่อาจได้รับแต่งตั้งใหม่ได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีการเปลี่ยนแปลงผู้พิพากษาจำนวน 1 ใน 3 ทุก 3 ปี ผู้พิพากษาจำนวน 9 คน ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจำนวน 3 คน จากประธานสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 3 คน และจากประธานวุฒิสภา จำนวน 3 คน และนอกจากนี้ อดีตประธานาธิบดีทุกคนเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญตลอดชีพโดยตำแหน่ง (มาตรา 56)

3.2) ศาลอาญาชั้นสูง (la Haute Cour de justice) ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนเท่าๆ กัน ทำหน้าที่พิจารณาความผิดที่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้กระทำลงในกรณีที่ทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง (มาตรา 67 และ 68)

3.3) ศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ (le Cour de Justice de la Republique) ประกอบด้วยผู้พิพากษาจำนวน 15 คน โดย 12 คน มาจากการคัดเลือกจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาจำนวนเท่าๆ กัน และอีก 3 คนมาจากผู้พิพากษาศาลฎีกา ทำหน้าที่พิจารณาความผิดที่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีกระทำความผิดทางอาญาต่อการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ (มาตรา 68-1 ถึง 68-3)

---

[168] แหล่งเดิม. หน้า 7.

4) ระบบการออกเสียงแสดงประชามติ มีการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมของรัฐด้วยการออกเสียงแสดงประชามติใน 3 กรณีด้วยกันคือ

4.1) การแสดงประชามติต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 89 มาตรา 89 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศส ได้บัญญัติถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเริ่มต้นโดยนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภาเสนอคำแนะนำในประเด็นใด จากนั้นก็จะต้องมีการนำข้อความที่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งสภาทั้งสองจะต้องมีความเห็นตรงกันต่อข้อความที่จะขอแก้ไขเพิ่มเติมก่อน จากนั้นประธานาธิบดีจะต้องนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านการพิจารณาจากสภาทั้งสองมาให้ประชาชนออกเสียงแสดงประชามติให้ความเห็นชอบก่อนที่จะมีการบังคับใช้ต่อไป

4.2) การแสดงประชามติต่อร่างกฎหมายตามมาตรา 11 มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีที่จะจัดให้มีการออกเสียงแสดงประชามติในร่างกฎหมายที่สำคัญๆ ดังต่อไปนี้

(ก) ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบองค์กรของรัฐ อันได้แก่ ร่างกฎหมายว่าด้วยการจัดองค์กรของรัฐ ร่างกฎหมายที่กำหนดองค์ประกอบหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลหรือของรัฐสภา รวมทั้งร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง และร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารขององค์กรกระจายอำนาจส่วนท้องถิ่น

(ข) ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบในข้อตกลงของประชาคมยุโรป อันได้แก่ บรรดาข้อตกลงทั้งหมดที่ประเทศฝรั่งเศสทำกับประเทศสมาชิกประชาคมยุโรป

(ค) การให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาที่ถึงแม้ว่าจะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่ก็อาจกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันต่างๆ ได้

4.3) การแสดงประชามติต่อดินแดนของประเทศตามมาตรา 53 มาตรา 53 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญมิได้ใช้คำว่า “การออกเสียงแสดงประชามติ” โดยตรง แต่บัญญัติเอาไว้ว่าห้ามมิให้มีการโอน แลกเปลี่ยน หรือรวมดินแดนโดยมิได้รับความยินยอม (Consentement) ของประชาชนผู้เกี่ยวข้องซึ่งเมื่อพิจารณาจากทฤษฎี และแนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า ไม่มีวิธีใดที่จะได้รับรู้ความต้องการของประชาชนดีไปกว่าการออกเสียงแสดงประชามติของประชาชนผู้เกี่ยวข้อง

3.2.2 สถานะโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส[169]

1. สถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitionnel) ได้สถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ทั้งนี้โดยได้รับการบัญญัติไว้ในหมวด 7 ตั้งแต่มาตรา 56 ถึงมาตรา 63 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญโดยตรง คำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกโต้แย้งต่อไปได้และมีผลผูกพันองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐบาล อำนาจปกครองและอำนาจตุลาการตามมาตรา 62 หากพิจารณาในแง่นี้ย่อมต้องถือว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นศาลด้วย แม้จะไม่เต็มรูปเหมือนศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันหรือสาธารณรัฐออสเตรีย เนื่องจากในบางกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจให้ความเห็นซึ่งไม่ใช่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตลอดจนมีอำนาจในการจัดการดำเนินการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการออกเสียงประชามติอันมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจปกครองอยู่ด้วย

2. โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส[170]

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ของฝรั่งเศสที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นั้น มิได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลและไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว ส่วนการเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกรัฐสภาเท่านั้น

โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นแสดงให้เห็นถึงการผสมผสานและความขัดแย้งในตัวของตัวเอง กล่าวคือ การแต่งตั้งบุคคลใดเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นดุลพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้ง แต่เมื่อแต่งตั้งไปแล้วตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงในการทำงานและไม่อยู่ใต้อาณัติของผู้แต่งตั้ง เนื่องจากมีสถานะและวาระการดำรงตำแหน่งที่เหมาะสม โดยโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสแบ่งออกเป็น

---

[169] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ช (2540). *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย.* หน้า 89.

[170] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ค (ม.ป.ป.). *ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส (ตอนที่ 2).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/article/ac180844b.html,

2.1) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท ประเภทแรกเป็นประเภทที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 9 คน ประเภทที่สองเป็นประเภทที่เป็นโดยตำแหน่ง (Membres de droit) คือ บรรดาอดีตประธานาธิบดีของฝรั่งเศสทุกคน ตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทแรกจำนวน 4 คนนั้นได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งจากองค์กรสูงสุดของรัฐ 3 องค์กร คือ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานวุฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้โดยไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายฉบับใดได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอายุหรือการสำเร็จการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ไว้ และไม่ปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดกระบวนการคัดเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎรจึงมีดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ สำหรับตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทที่เป็นโดยตำแหน่ง คือ อดีตประธานาธิบดีนั้น หากยังคงมีตำแหน่งใดทางการเมืองเช่น เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ฯลฯ บุคคลนั้นจะต้องสละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่ยังคงทำหน้าที่ในทางการเมืองอยู่ (Obligation de reserve)

โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อดีตประธานาธิบดีที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจยุ่งเกี่ยวในทางการเมืองได้ หรือกล่าวได้ว่าเป็นการเกษียณอายุในทางการเมืองได้ จึงปรากฏในทางปฏิบัติว่าอดีตประธานาธิบดีส่วนใหญ่มักจะปฏิเสธตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ มีเพียง Rene Coty ซึ่งเป็นอดีตประธานาธิบดีในช่วงที่สาธารณรัฐที่สี่เท่านั้นที่ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วน Vincent Auriol อดีตประธานาธิบดีฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่สี่อีกคนหนึ่ง แม้จะได้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญแต่ก็ได้สละภารกิจดังกล่าวในปี ค.ศ. 1960 ส่วนอดีตประธานาธิบดีที่ดำรงตำแหน่งในช่วงสาธารณรัฐที่ห้า คือ ตั้งแต่สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นต้นมานั้น ไม่ปรากฏว่าได้เข้าไปทำหน้าที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญเลย อดีตประธานาธิบดีบางท่านเช่น General Charlesde Gaulles ได้แสดงเจตนาสละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน บางท่านเช่น Valery Giscard d'Estaing แม้จะไม่ได้แสดงเจตนาดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง แต่ก็ไม่ได้เข้าประชุมปรึกษาคดีในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลย อย่างไรก็ตาม Giscard d'Estaing ได้แถลงต่อสื่อมวลชนว่าตนไม่ได้สละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่จะพิจารณาเป็นรายคดีไป ว่าคดีใดที่ตนเห็นสมควรตนก็จะเข้าร่วมการพิจารณาด้วย ซึ่งถ้อยแถลงดังกล่าวก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก เนื่องจาก d'Estaing ยังคงมีบทบาทในทางการเมืองอยู่หลังจากที่พ้นจากจากตำแหน่งประธานาธิบดีแล้ว แม้กระนั้นในการประชุมปรึกษาคดี d'Estaing ก็ไม่เคยเข้าประชุมเลย แต่ขอลาประชุมเสมอ ในทางปฏิบัติจึงไม่มีกรณีที่จะต้องพิจารณาความมีส่วนได้เสียในคดีของ d'Estaing ส่วนอดีตประธานาธิบดีในสาธารณรัฐที่ห้าอีกคนหนึ่งคือ Francios Mitterand ก็ไม่ได้ปฏิบัติภารกิจ

ในฐานะตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นกัน ถึงแม้ว่า Mitterand จะไม่ได้แสดงเจตนาสละตำแหน่งดังกล่าวอย่างชัดเจน เนื่องจาก Mitterand มีปัญหาด้านสุขภาพ และเสียชีวิตในเวลาต่อมา อย่างไรก็ตามมีการคาดหมายกันว่า หาก Mitterand ไม่ป่วย Mitterand ก็คงจะปฏิบัติทำนองเดียวกับ de Gaulle คือ แสดงเจตนาสละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งปฏิเสธไม่รับค่าตอบแทนการดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญเช่นกัน[171]

ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา 56 วรรค 3 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ก็ได้ขยายความเรื่องดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจากบรรดาตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งประเภทที่ได้รับการแต่งตั้งและโดยตำแหน่งซึ่งการคัดเลือกตัวบุคคลที่จะแต่งตั้งให้เป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นดุลพินิจของประธานาธิบดีและไม่มีหลักเกณฑ์ใดๆ ทั้งสิ้น โดยปกติแล้วประธานาธิบดีจะแต่งตั้งประธานจากตุลาการรัฐธรรมนูญประเภทที่ได้รับการแต่งตั้งและส่วนใหญ่อีกเช่นกันที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งประธานจากบุคคล 1 ใน 3 คนที่ตนเองเป็นผู้แต่งตั้งให้เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ[172]

3. สถานะในทางกฎหมายของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร มีสถานะเสมือนหนึ่งผู้พิพากษา ความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญเหล่านี้เห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว 9 ปี ในกรณีที่ตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งดังกล่าวถึงแก่กรรมในระหว่างดำรงตำแหน่ง ให้คัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญคนใหม่แทน แต่ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญคนใหม่อยู่ในตำแหน่งเท่าวาระที่เหลืออยู่ของผู้ที่ตนแทน อย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เข้าไปดำรงตำแหน่งแทนนั้นอาจได้รับคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญได้อีกครั้งหนึ่ง หากวาระการดำรงตำแหน่งที่ตนเข้าไปแทนนั้นน้อยกว่า 3 ปี สำหรับตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งนั้นจะอยู่ในตำแหน่งจนสิ้นอายุ[173]

มาตรา 57 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี หรือสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ขยายข้อห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งอื่นๆออกไปอีก คือ

---

[171] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ช เล่มเดิม. หน้า 90.

[172] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ค เล่มเดิม.

[173] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ช เล่มเดิม. หน้า 92-93.

ห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร ตลาดจนตำแหน่งในสภาเศรษฐกิจและสังคม ในกรณีที่บุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญดำรงตำแหน่งต่างๆ ดังกล่าวให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งจะสละตำแหน่งที่ขัดกับการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าว หากไม่ปรากฏว่าบุคคลผู้นั้นแสดงเจตนาสละตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญภายในแปดวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง อย่างไรก็ตามการห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งที่ขัดกับความเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญหาได้มีความหมายเลยไปถึงขนาดที่ห้ามมิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญลงสมัครรับเลือกตั้งเพื่อดำรงตำแหน่งที่ขัดกับความเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ตุลาการรัฐธรรมนูญอาจลงสมัครรับเลืองตั้งเพื่อเป็นประธานาธิบดีหรือเป็นสมาชิกรัฐวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ โดยไม่จำเป็นต้องลาออกจากการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน เพียงแต่เมื่อได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้นั้นจะต้องตัดสินใจว่าตนจะดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไปหรือจะดำรงตำแหน่งที่ตนได้รับเลือกตั้ง

ในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ต่อตำแหน่งหรือต่อความเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดให้ตุลาการรัฐธรรมนูญต้องดำรงตนให้สมแก่เกียรติศักดิ์แห่งการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญและห้ามกระทำการใดๆ อันอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นอิสระแห่งตน (Obligation de reserve) ตุลาการรัฐธรรมนูญจะแสดงความเห็นให้ปรากฏต่อสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องที่เคยเป็นหรืออาจจะเป็นคดีไม่ได้ อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามที่มิให้ตุลาการรัฐธรรมนูญแสดงความเห็นนี้ไม่ครอบคลุมถึงการสอนในมหาวิทยาลัย และการให้ความเห็นเป็นการส่วนตัวโดยไม่มีค่าตอบแทน

3.2.3 เขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศส

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจใน 2 ลักษณะคือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดทางตุลาการประการหนึ่ง และอำนาจในการวินิจฉัยในลักษณะให้คำปรึกษาอีกประการหนึ่งอำนาจทั้งสองลักษณะนี้อาจแยกได้ออกเป็น 5 ประการใหญ่ๆ คือ อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาและรัฐบาล อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดการเลือกตั้งและสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อำนาจในการดำเนินการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการออกเสียงประชามติ และอำนาจในการให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจในยามฉุกเฉินของประธานาธิบดี ซึ่งจะได้พิจารณาเป็นลำดับไปโดยสังเขปดังนี้[174]

[174] แหล่งเดิม. หน้า 94-98.

1) อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานทางกฎหมาย

ลักษณะที่โดดเด่นของระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรทัดฐานทางกฎหมายในฝรั่งเศสอยู่ตรงที่การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะต้องเป็นการควบคุมตรวจสอบก่อนที่กฎเกณฑ์นั้นจะได้รับการประกาศใช้เป็นกฎหมาย ภายหลังจากการประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสย่อมไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบกฎเกณฑ์นั้นได้อีก เราอาจแยกอำนาจในการควบคุมตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ออกเป็นประเภทย่อยได้ ดังนี้คือ

ก) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

การควบคุมตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการควบคุมตรวจสอบแบบบังคับ กล่าวคือ เมื่อมีการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแล้วก่อนที่จะนำเอารัฐบัญญัติฯ หรือข้อบังคับแล้วแต่กรณีไปประกาศใช้บังคับ ให้นายกรัฐมนตรีหรือประธานแห่งสภาซึ่งตราข้อบังคับแล้วแต่กรณีไปประกาศใช้บังคับ ให้นายกรัฐมนตรีหรือประธานแห่งสภาซึ่งตราข้อบังคับแล้วแต่กรณีนำร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาฯ เสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้เสร็จภายในหนึ่งเดือน ในกรณีเร่งด่วน รัฐบาลอาจขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้เสร็จภายในแปดวันก่อนมีคำวินิจฉัยกฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมยังไม่มีผลบังคับใช้

ข) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ

การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบไม่อัตโนมัติหรือไม่บังคับ จึงต่างจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะควบคุมตรวจสอบรัฐบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องจากประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างน้อยหกสิบคนหรือสมาชิกวุฒิสภาอย่างน้อยหกสิบคนร้องขอ

ค) การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพันธกรณีระหว่างประเทศ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 54 ก่อนที่จะมีการให้สัตยาบันหรืออนุญาตให้มีการตกลงทำสัญญาระหว่างประเทศ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา อาจยื่นคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้

ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสัญญาที่จะไปตกลงกับต่างประเทศได้ มีข้อสังเกตว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ขยายสิทธิในการยื่นคำร้องให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหกสิบคนในการขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบรัฐบัญญัติที่มอบอำนาจให้ประธานาธิบดีให้สัตยาบันในสัญญาระหว่างประเทศหรือมอบอำนาจให้รัฐบาลทำความตกลงระหว่างประเทศได้อีกด้วย

2) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาและรัฐบาล

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสมอบอำนาจในการตรากฎหมายให้ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติคือ รัฐสภาและฝ่ายบริหารคือรัฐบาล ในกรณีที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจตรากฎหมายซึ่งแท้ที่จริงแล้วเป็นของอีกองค์กรหนึ่ง องค์กรที่ถูกก้าวล่วงอำนาจย่อมเสนอเรื่องให้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดได้

3) อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา และอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดความชอบด้วยกฎหมายของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 59 ทั้งนี้โดยกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ วันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 บัญญัติให้บุคคลที่มีชื่ออยู่ในบัญชีเลือกตั้งและผู้สมัครมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านผลการเลือกตั้งภายในสิบวันนับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง ในทางปฏิบัติมีการร้องคัดค้านการเลือกตั้งจำนวนมากจนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ออกข้อกำหนดวิธีพิจารณาเกี่ยวกับการคัดค้านการเลือกตั้งมาใช้บังคับ ทั้งนี้โดยได้กำหนดกระบวนวิธีพิจารณาในรายละเอียด มีข้อสังเกตว่าไม่มีกฎหมายฉบับใดระบุว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องตัดสินคดีคัดค้านการเลือกตั้งให้เสนอภายในระยะเวลาเท่าใด แต่ในทางปฏิบัติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยกรณีดังกล่าวภายในหกเดือนนับแต่มีการร้องคัดค้าน

สำหรับอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นปรากฏอยู่ในกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญวันที่ 24 ตุลาคม 1958 โดยคณะตุลาการมีอำนาจวินิจฉัยตามคำร้องขององค์กรผู้เสนอเรื่องว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีลักษณะต้องห้ามอันไม่สามารถได้รับการเลือกตั้งได้ภายหลังจากที่บุคคลนั้นได้รับเลือกตั้งแล้วหรือไม่ นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจวินิจฉัยตามคำร้องขององค์กรผู้เสนอเรื่องว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ใดดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่อื่นใดอันขัดต่อการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและจะต้องพ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือไม่

4) อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการลงประชามติ

การใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ไม่ได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตุลาการเท่านั้น แต่ยังมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองตลอดจนมีลักษณะเป็นการให้คำปรึกษาแนะนำอีกด้วย ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 58 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแลให้การเลือกตั้งประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นไปด้วยความเรียบร้อย รวมทั้งมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องคัดค้านโต้แย้ง ตลอดจนประกาศผลการลงคะแนนและมาตรา 60 กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการดำเนินการตลอดจนดูแลกระบวนการลงประชามติให้เป็นไปอย่างเรียบร้อย และให้มีอำนาจประกาศผลการลงประชามติด้วย

ในส่วนของอำนาจจัดการและดำเนินการเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจแต่งตั้งบุคคลให้เป็นผู้ไปดูแลการเลือกตั้งในพื้นที่ต่างๆ ได้ สำหรับการลงประชามตินั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลเกี่ยวกับการใช้เครื่องมือประชาสัมพันธ์อย่างเป็นทางการได้ นอกจากนี้หากปรากฏว่าในระหว่างเวลาหาเสียงเลือกตั้ง ผู้สมัครรับเลือกตั้งประธานาธิบดีคนใดคนหนึ่งถึงแก่กรรม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจสั่งเลื่อนการเลือกตั้งออกไปก็ได้

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งประธานาธิบดี และวินิจฉัยคำร้องคัดค้านการประกาศบัญชีรายชื่อดังกล่าวซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อได้มีการประกาศผลการเลือกตั้งประธานาธิบดี และผลการลงประชามติแล้ว หากมีการร้องคัดค้านโต้แย้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจวินิจฉัย ชี้ขาดและคำวินิจฉัยชี้ขาดนั้นให้เป็นที่สุดด้วย

5) อำนาจในการให้ความเห็นแก่ประธานาธิบดีในกรณีที่จะต้องใช้อำนาจฉุกเฉิน

ในกรณีที่เกิดภาวะวิกฤตขึ้นในรัฐอันเป็นสถานการณ์ฉุกเฉิน ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจในการกำหนดมาตรการใดๆ ทางกฎหมายที่อาจไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ หากประธานาธิบดีจำเป็นที่จะต้องใช้อำนาจฉุกเฉินเช่นว่านี้ ประธานาธิบดีจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ให้ความเห็นดังกล่าวและให้มีการประกาศความเห็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในรัฐกิจจานุเบกษา

นอกจากนี้ หากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐ มาตรา 16 ประธานาธิบดีฯ จะต้องขอความเห็นชอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยเงื่อนไขในการใช้อำนาจของตนมีอยู่ครบถ้วนและเนื้อหาของมาตรการที่ตนจะใช้นั้นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 หรือไม่

3.2.4 เขตอำนาจและอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[175]

1) เขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 89 ที่บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 89 “การริเริ่มให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตามข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีและของสมาชิกรัฐสภา

ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอประธานาธิบดีหรือที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาทั้งสองในเนื้อความอย่างเดียวกัน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลใช้บังคับหลังได้ต่อเมื่อประชาชนได้มีการออกเสียงประชามติเห็นชอบแล้ว

อย่างไรก็ตาม ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยประธานาธิบดีอาจไม่ต้องนำมาให้ประชาชนออกเสียงประชามติก็ได้ หากประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐตัดสินใจที่จะเสนอให้ที่ประชุมร่วมกันของสภาทั้งสองเป็นผู้พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้น ในกรณีนี้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนนเสียงมากกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งสองสภาที่ออกเสียงลงคะแนน ในกรณีนี้ให้สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่เป็นสำนักงานของที่ประชุมร่วมกัน

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อบูรณภาพแห่งดินแดน จะกระทำมิได้

การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐบาลแบบสาธารณรัฐไม่อาจกระทำได้

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้มีสิทธิเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญคือประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสมาชิกวุฒิสภา ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาด้วยคะแนนเสียงข้างปกติในแต่ละสภา ต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปผ่านการลงประชามติ แต่ถ้าหากร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเสนอโดยประธานาธิบดี ให้นำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปผ่านความเห็นชอบของที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 แทนการลงประชามติได้ และต้องนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปผ่านการลงประชามติ แต่ถ้าหากร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นเสนอโดย

[175] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ง (2549). *คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958*. หน้า 136-139.

ประธานาธิบดี ให้นำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นไปผ่านความเห็นชอบของที่ประชุมร่วมกันของทั้งสองสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 แทนการลงประชามติได้[176]

จากบทบัญญัติมาตรา 89 รัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ผ่านการลงประชามติมาแล้ว

ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศสบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติก่อนประกาศใช้ และตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อนให้สัตยาบัน ไม่มีที่ใดในรัฐธรรมนูญกำหนดให้เขตอำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่ก็ไม่ปรากฏถึงการบัญญัติห้ามคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ให้มีเขตอำนาจดังกล่าวแต่อย่างใด[177]

คำวินิจฉัยที่ 62-20 ลงวันที่ 6 พ.ย. 1962[178] มีประเด็นที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่ โดยนายพลเดอ โกลล์ เกี่ยวกับการได้มาซึ่งประธานาธิบดี ซึ่งร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่แก้ไขให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไปได้นำไปให้ประชาชนลงประชามติตามบทบัญญัติมาตรา 11 C ซึ่งอนุญาตให้ประธานาธิบดีอาจเสนอร่างให้ประชาชนลงประชามติได้ก็แต่เฉพาะกฎหมายเท่านั้น และไม่ได้เป็นกระบวนการที่ถูกบัญญัติให้นำมาใช้กับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะแล้วตามมาตรา 89 C แต่อย่างใด กรณีนี้ประธานวุฒิสภาจึงได้เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมมิได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่[179]

และอีกหนึ่งคำวินิจฉัยที่เป็นการยืนยันว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือคำวินิจฉัยที่ 2003-469 ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 สมาชิกรัฐสภาได้เสนอร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ

---

[176] เอกสารประกอบคำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา แหล่งข้อมูลออนไลน์ www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/.../b_4.ppt.

[177] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 27.

[178] เอกสารประกอบคำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา แหล่งข้อมูลออนไลน์ www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/.../b_4.ppt.

[179] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 27.

องค์การกระจายอำนาจซึ่งได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาตามกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้โดยโต้แย้งว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังคงยืนยันว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม โดยได้อธิบายว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจจำกัดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ซึ่งมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญกำหนดเขตอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (Lois Organiques) และกฎหมายปกติ (Lois Ordinaries)

ดังนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจอาศัยเขตอำนาจตามมาตรา 61 เพื่อเป็นฐานในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Lois Constitutionnelles) ได้นอกจากนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดๆ ของรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงบทบัญญัติว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบ ดังนั้นคณะตุลาการจึงไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณา[180]

3.2.5 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส

การตีความรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส มีหลักเกณฑ์วิธีการเดียวกันกับการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นๆ ซึ่งมี 3 หลักใหญ่ๆ คือ

(1) เมื่อความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมายชัดเจนให้แปลความตามนั้น

(2) เมื่อภาษาที่ใช้ในกฎหมายไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือให้แปลความตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นยิ่งกว่าถ้อยคำตามตัวอักษร

(3) เมื่อเกิดกรณีช่องว่างของกฎหมาย ผู้พิพากษาต้องอาศัยจารีตประเพณี และความเป็นธรรมในการตัดสินคดี

นอกจากนี้แล้วยังมีหลักเกณฑ์วิธีการตีความกฎหมายอื่นที่ช่วยค้นหาความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายคือ การตีความโดยพิจารณาผลที่มุ่งหมาย (Telelogical Method) การตีความตามประวัติศาสตร์ (The Historical Method of Interpretation) การตีความตามหลักตรรกวิทยา (Logical Interpretation) และมีสิ่งช่วยในการตีความกฎหมายโดยการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ตรากฎหมายคือ Travaux Preparatoires ได้แก่หลักฐานในกระบวนการก่อนหน้านี้ที่กฎหมายประกาศใช้ซึ่งหลักฐานเช่นนี้ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า Travaux Preparatoires ซึ่งแปลว่างานขั้นเตรียมการ เช่น คำแถลงในสภาของรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและเหตุผลในการเสนอกฎหมาย การอภิปรายในสภาและบันทึกการประชุมของคณะกรรมาธิการของสภาที่พิจารณาร่างกฎหมายฉบับนั้น บันทึกการประชุมร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมาธิการ เป็นต้น ซึ่งในการพิจารณาวินิจฉัย

---

[180] แหล่งเดิม. หน้า 28.

คดีรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้อาศัยเอกสารจากงานขั้นเตรียมการในการค้นหาความหมายของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ[181]

นอกจากนี้ในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยคดีนั้น “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสพยายามใช้เทคนิคเดียวกับสภาแห่งรัฐ ในการสร้าง [182]“หลักกฎหมายทั่วไป” (Principles Foundamentaux) ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติที่ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง แต่เป็น “หลักกฎหมาย” ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือสภาแห่งรัฐได้มาจากการสกัดจากหลักทั้งหลายในระบบกฎหมาย” คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเข้ามามีบทบาทในฐานะผู้สร้างหลักกฎหมายมหาชน โดยการอ้างบทบัญญัติบางมาตราของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเรื่องบางเรื่องไว้มาตั้งเป็นหลักทั่วไปสำหรับใช้วินิจฉัยทุกเรื่อง เช่น ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ซึ่งบัญญัติว่า สาธารณรัฐยืนยันในหลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย โดยไม่อาจเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างในเผ่าพันธุ์ เชื้อชาติ หรือศาสนาได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตั้งเป็นหลักทั่วไปเรื่องความเสมอภาคและนำไปเป็นหลักในการวินิจฉัยคดี เช่น คำวินิจฉัยที่ 78-100 C.C. ลงวันที่ 17 มกราคม 1979, Rec. p.23 เรื่องร่างกฎหมายที่ให้บุคคลมีสิทธิเลือกตั้งตัวแทนนายจ้างเข้าไปในศาลแรงงานตามจำนวนลูกจ้าง ซึ่งทำให้นายจ้างแต่ละคนมีสิทธิไม่เท่าเทียมกันขัดกับหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญ จึงประกาศใช้ไม่ได้คำวินิจฉัยที่ 85-196 C.C. ลงวันที่ 8 สิงหาคม 1985, Rec. p.63 เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาของนิวคาเลโดเนีย และ คำวินิจฉัยที่ 86-208 C.C. ลงวันที่ 1 และ 2 กรกฎาคม 1986, Rec. p.78 เกี่ยวกับการเลือกตั้ง ส.ส. ในเรื่องการแบ่งเขตเลือกตั้งของรัฐบาลตามกฎหมายเลือกตั้งไม่ว่าระดับท้องถิ่นหรือระดับชาติ (เช่น เลือก ส.ส. หรือ ส.ว.) หรือตัวกฎหมายเลือกตั้งเองที่ทำให้การแบ่งเขตเลือกตั้งมีจำนวนประชากรห่างกันมาก จนทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในจำนวนผู้แทนขัดกับหลักความเสมอภาคประกาศใช้ไม่ได้

ในประเทศฝรั่งเศสตามที่ได้กล่าวมาในข้อก่อนหน้านี้ถึงอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งหน้าที่ประการสำคัญอันหนึ่งคือการควบคุมมิให้กฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติขัดกับรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยเทคนิคการตีความว่ากฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ใน 4 รูปแบบหลักๆ คือ

---

[181] อนงนาต ชีวานันทกุล. (2551). *การตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษากรณีการตีความที่แตกต่างจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). หน้า 48.

[182] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข เล่มเดิม. หน้า 153.

(1) การวินิจฉัยว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

(2) การวินิจฉัยว่ากฎหมายทั้งฉบับขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(3) การวินิจฉัยว่ากฎหมายบางส่วนสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งคือกฎหมายบางส่วนขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญนั่นเอง

(4) การวินิจฉัยว่ากฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวน

โดยใน 3 รูปแบบแรกกล่าวได้ว่าเป็นการพิจารณาโดยทั่วไปว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติหรือขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าขัดหรือแย้ง เป็นการขัดหรือแย้งทั้งฉบับหรือบางส่วน แต่ในส่วนของการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนนี้เป็นรูปแบบการวินิจฉัยที่ถือว่าเป็นเทคนิคเฉพาะของตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส กล่าวคือแม้ว่าผลการพิจารณาจะกำหนดว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยว่า “กฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขแห่งข้อสงวนของการตีความ หรือการเคารพต่อการตีความของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ”[183] ซึ่งสามารถพิจารณาได้เป็น 3 กรณี คือ

1) การตีความว่าบทบัญญัติที่ร้องขอนั้นไม่มีผลในทางกฎหมาย ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจอาศัยเทคนิคการตีความเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขหรือข้อสงวนว่า “บทบัญญัติของกฎหมายที่ได้รับร้องขอให้วินิจฉัยนั้นไม่มีผลทางกฎหมาย” หรือ “ในบรรดาการตีความกฎหมายเท่าที่สามารถตีความได้ ก็เลือกการตีความที่ไม่ทำให้กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ” เช่น

กรณีที่รัฐธรรมนูญปี 1958 มาตรา 38 ได้บัญญัติให้รัฐบาลสามารถขออนุญาตต่อรัฐสภาเพื่อตรารัฐกำหนด ในเรื่องที่โดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจการตรารัฐบัญญัติของรัฐสภาได้ ปรากฏว่าในการพิจารณาร่างบัญญัติได้มอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด สมาชิกรัฐสภาได้โต้แย้งว่าร่างกฎหมายดังกล่าวได้มอบอำนาจให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับระบบพิเศษเกี่ยวกับการเกษียณอายุ ซึ่ง ณ วันเวลาที่มีมติร่างกฎหมายนั้นเรื่องดังกล่าวมิได้มีการกำหนดในโครงการที่จะดำเนินการแล้ว เป็นเหตุให้ร่างกฎหมายดังกล่าวไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอจึงขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 38 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าปรากฏจากข้อความในบทบัญญัติของกฎหมายว่าการอนุญาตให้รัฐบาลตรารัฐกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับเงินบำนาญ ไม่ใช่กรณีที่เกี่ยวกับการเกษียณอายุ

---

[183] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2550). “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 36(1). หน้า 41.

ดังนั้น ภายใต้เงื่อนไขการตีความดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตที่ชัดเจนเพียงพอแล้ว จึงไม่มีกรณีที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

2) การตีความเพิ่มเติมจากบทบัญญัติของกฎหมายอันทำให้บทบัญญัติที่ร้องขอให้พิจารณานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากการตีความว่าบทบัญญัติที่ร้องขอให้พิจารณานั้นไม่มีผลทางกฎหมายแล้ว อีกเทคนิคการตีความของตุลาการรัฐธรรมนูญก็คือการตีความเพิ่มเติมหรือการขยายความเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เช่น

กรณีมาตรา 29 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองการเลิกจ้างด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ ซึ่งบัญญัติไว้เพียงว่า สหภาพที่นำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อประโยชน์แก่ลูกจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบ “โดยจดหมายลงทะเบียนตอบรับ” ปรากฏว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความว่า “จดหมายที่จะแจ้งไปยังลูกจ้างตามบัญญัติดังกล่าวจะต้องระบุทุกรายละเอียด ที่เป็นประโยชน์กับลูกจ้างเกี่ยวกับสถานะและวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ ขอบเขตการยอมรับของลูกจ้าง และสิทธิที่จะได้รับทราบตลอดระยะเวลาของการดำเนินการ... และการยอมรับโดยปริยายของลูกจ้างไม่สามารถนำมากล่าวอ้างได้” ซึ่งจะเห็นได้ว่ารายละเอียดต่างๆ ดังกล่าวไม่มีการกำหนดในบทบัญญัติของกฎหมายเลย แต่ด้วยเทคนิคการตีความ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เพิ่มเติมหรือขยายความบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

3) การตีความโดยการกำหนดหรือแสดงให้ชัดเจนซึ่งรูปแบบหรือแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายให้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เทคนิคประการสุดท้ายที่ตุลาการรัฐธรรมนูญใช้วินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คือการตีความโดยการให้แนวทางในการบังคับใช้กฎหมายที่จำเป็นเพื่อให้กฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่น

กรณีบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์ ได้กำหนดให้คณะกรรมการกำกับเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์มีอำนาจลงโทษปรับผู้ที่กระทำผิดฝ่าฝืนกรณีที่รัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนดความรับผิดเป็นเงินตามจำนวนที่กำหนด ซึ่งเป็นโทษทางปกครอง ในขณะที่การกระทำความผิดดังกล่าวผู้กระทำยังอาจได้รับโทษปรับที่เป็นโทษทางอาญาอีกด้วย จึงไม่สอดคล้องกับหลักที่ว่า “บุคคลไม่อาจที่ถูกลงโทษสองครั้งสำหรับการกระทำเดียวกัน” นอกจากนี้มาตรา 8 สิทธิมนุษยชนและพลเมืองยังได้กำหนดว่า “กฎหมายต้องกำหนดโทษเท่าที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น ซึ่งคำว่า “โทษ” ตามบทบัญญัติดังกล่าวมิได้หมายถึงโทษที่มีการลงโทษโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แต่หมายรวมถึงโทษที่ได้มีการลงโทษโดยองค์กรอื่น (ตามที่กฎหมายกำหนด) ที่มิใช่องค์กรตุลาการด้วย

ดังนั้น กรณีตามรัฐบัญญัติเกี่ยวกับตลาดหลักทรัพย์นี้ จึงทำให้ผู้ฝ่าฝืนรัฐบัญญัติต้องได้รับโทษซ้ำซ้อนกันระหว่างโทษปรับทางปกครองและโทษปรับทางอาญาได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กำหนด

แนวทางการบังคับใช้รัฐบัญญัติดังกล่าวในคำวินิจฉัยว่า “จำนวนเงินค่าปรับตามที่ได้ลงโทษจะต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินค่าปรับที่สูงที่สุดของโทษใดโทษหนึ่งที่ได้รับ” และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กล่าวในคำวินิจฉัยเพิ่มเติมอีกว่า “ศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีจะต้องเป็นผู้ทำหน้าที่ดูแลการเคารพต่อแนวทางการบังคับใช้รัฐบัญญัติ” ตามแนวทางที่ได้ตีความด้วย ซึ่งในคดีต่อๆ มา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้เรียกร้องให้ศาลปกครองและศาลยุติธรรมควบคุมว่าได้มีการบังคับใช้กฎหมายที่สอดคล้องกับการตีความตามที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้แนวทางไว้หรือไม่[184]

3.3 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศตุรกี

3.3.1 สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญประเทศตุรกี

รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับปี ค.ศ. 1982 ยังคงมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบันนี้ มีการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วหลายครั้ง รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับนี้เป็นผลสืบเนื่องโดยตรงมาจากการรัฐประหารที่นำโดยคณะทหาร ซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบันและในขณะนี้ประเทศตุรกีได้ทำการปฏิรูปรัฐธรรมนูญฉบับนี้เมื่อปี ค.ศ. 2010[185] ซึ่งประเทศตุรกีเป็นอีกหนึ่งประเทศที่สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญอย่างชัดแจ้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง รวมทั้งเพิกถอนสิทธิทางการเมืองของผู้บริหารพรรคการเมืองเป็นระยะเวลา 5 ปี

3.3.2 สถานะโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

รัฐธรรมนูญฉบับปี 1982 มาตรา 146 แก้ไขเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2553 ประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิ้น 17 คน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 146 ดังนี้

มาตรา 146 (ตามที่ได้แก้ไข ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982)

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกสิบเจ็ดคน

สภาใหญ่แห่งชาติตุรกีต้องเลือกตั้งโดยลับเพื่อหาสมาชิกสองคนจากสามผู้ชิงตำแหน่งเพื่อที่จะได้รับการเสนอชื่อ และจากประธานาธิบดี สมาชิกศาลแพ่ง สำหรับตำแหน่งที่ว่างแต่ละตำแหน่งและสมาชิกหนึ่งคนจากสามคนที่ถูกเสนอชื่อโดยหัวหน้าเนติบัณฑิตยสภาจาก

---

[184] แหล่งเดิม. หน้า 44-46.

[185] วิศรุต คิดดี. (2554, พฤษภาคม-มิถุนายน). “ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010.” *จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ,* 13(3). หน้า 12-13.

เหล่าทนายอิสระ การเลือกตั้งนี้จะถูกดำเนินการโดยสภาใหญ่แห่งชาติตุรกี สำหรับตำแหน่งที่ว่างแต่ละตำแหน่ง จะต้องใช้เสียงส่วนใหญ่สองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดในการเลือกตั้งแรก และจำต้องใช้มติเอกฉันท์สำหรับการเลือกตั้งที่สอง หากการเลือกตั้งครั้งที่สองไม่สามารถเกิดเสียงเอกฉันท์ได้ จะต้องให้มีการจัดการเลือกตั้งครั้งที่สามขึ้นระหว่างผู้เข้าได้รับเสนอชื่อที่ได้รับคะแนนมากที่สุดสองอันดับแรกในการเลือกตั้งครั้งที่สอง สมาชิกที่ได้รับคะแนนสูงสุดในการเลือกตั้งครั้งที่สามถือว่าเป็นผู้ได้รับเลือกตั้ง

ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐต้องแต่งตั้งสมาชิกสามคนจากศาลสูงอุทธรณ์ สองคนจากสภารัฐหนึ่งคนจากศาลสูงทหารอุทธรณ์ และหนึ่งคนจากศาลสูงปกครองทหาร จากสามผู้ถูกเสนอชื่อสำหรับแต่ละตำแหน่งที่ว่าง โดยการประชุมทั่วไปจากประธานและสมาชิกสมาชิกสามคนโดยอย่างน้อยสองคนต้องจบนิติศาสตร์ จะถูกผู้ถูกเสนอชื่อสามคนสำหรับตำแหน่งว่างโดยสภาการศึกษาสูงจากสมาชิกผู้ทำการสอนซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกของสภา ในด้านกฎหมาย เศรษฐกิจ และรัฐศาสตร์ สมาชิกสี่คนจากผู้บริหารระดับสูง นักกฎหมายอิสระ ผู้พิพากษากลุ่มแรกและอัยการรัฐหรือผู้เสนอรายงานการประชุมของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการเลือกตั้งที่ถูกจัดขึ้นในการประชุมทั่วไปตามกำหนดของศาลสูงอุทธรณ์ สภารัฐ ศาลสูงปกครองทหาร ศาลพาณิชย์ และสภาการศึกษาสูง สำหรับการเสนอชื่อผู้เข้าชิงสำหรับการเป็นสมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญ สามคนที่ได้รับคะแนนเลือกตั้งมากที่สุดจะได้รับพิจารณาสำหรับแต่ละตำแหน่งที่ว่าง ในการเลือกตั้งที่ถูกจัดขึ้นเพื่อหาสามคนผู้ถูกเสนอรายชื่อโดยประธานเนติบัณฑิตยสภาจากนักกฎหมายอิสระ สามคนที่ได้รับคะแนนเลือกตั้งมากที่สุดจะได้รับการเสนอชื่อ

เพื่อที่จะมีคุณสมบัติที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญ สมาชิกของผู้ทำการสอนต้องดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ นักกฎหมายต้องทำอาชีพนักกฎหมายมาอย่างน้อยยี่สิบปี ผู้บริหารระดับสูงจะต้องสำเร็จการศึกษาระดับมหาวิทยาลัยขึ้นไปและทำงานยี่สิบปีในด้านบริการสาธารณะ และผู้พิพากษาประเภทแรกและอัยการรัฐต้องมีประสบการณ์ทำงานอย่างน้อยยี่สิบปีโดยรวมช่วงที่ถูกเสนอชื่อด้วย ทุกคนต้องมีอายุมากกว่าสี่สิบห้าปี

ศาลรัฐธรรมนูญต้องเลือกประธานศาลมาคนหนึ่งและผู้ช่วยประธานอีกสองคนจากสมาชิกเพื่อที่จะดำรงตำแหน่งวาระสี่ปี โดยใช้การลงคะแนนลับและต้องได้เสียงเป็นเอกฉันท์ของเสียงสมาชิกทั้งหมด ผู้ที่ดำรงตำแหน่งจนหมดวาระไปแล้วสามารถได้รับเลือกเข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่อีกครั้งได้

สมาชิกศาลรัฐธรรมนูญห้ามทำหน้าที่ในตำแหน่งอื่นทั้งของรัฐและเอกชน ยกเว้นหน้าที่หลักของตน[186]

[187]มาตรา 147 สมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับเลือกในวาระสิบสองปี สมาชิกจะไม่ได้รับการเลือกใหม่ สมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดจะเกษียณเมื่ออายุเกินหกสิบห้าปีบริบูรณ์ การแต่งตั้งสมาชิกคนอื่นๆ ให้กับสำนักงานอื่นๆ ที่หมดวาระก่อนอายุเกษียณและประเด็นอื่น ๆ จากสถานภาพส่วนบุคคลจะต้องประกาศตามกฎหมาย

สมาชิกในศาลรัฐธรรมนูญจะสิ้นสุดหน้าที่โดยอัตโนมัติในกรณีที่สมาชิกได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดจากการกล่าวหาการยกฟ้องจากการดำเนินคดีและจากการตัดสินจากเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดในศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีการยอมรับว่าบุคคลนั้นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้เนื่องจากภาวะเจ็บป่วยทางกาย

3.3.3 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี

รัฐธรรมนูญตุรกีได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 148 ฉบับปี 1982 แก้ไขเพิ่มเติมในวันที่ 12 กันยายน 2553 ไว้ดังนี้

[188]มาตรา 148 (ตามที่ได้แก้ไข ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) ศาลรัฐธรรมนูญต้องตรวจสอบความเป็นรัฐธรรมนูญทั้งรูปแบบและเนื้อหาของกฎหมาย กฤษฎีกาบังคับกฎหมายและกฎวิธีการดำเนินการของสภาใหญ่แห่งชาติตุรกี แต่ตัดสินคำร้องส่วนบุคคล การแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องได้รับการตรวจสอบและยืนยันว่าด้วยรูปแบบของมัน อย่างไรก็ตามกฤษฎีกาบังคับใช้กฎหมายที่ออกมาในกรณีรัฐอยู่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน กฎอัยการศึกหรือในภาวะสงครามไม่จำเป็นต้องส่งให้กับศาลรัฐธรรมนูญเพื่อยืนยันความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรูปแบบและเนื้อหา

การยืนยันว่าด้วยรูปแบบของกฎหมายนั้น จะพิจารณายืนยันได้เพียงว่าเสียงส่วนใหญ่ที่จำเป็นได้เกิดขึ้นในการลงคะแนนที่แล้วหรือไม่ การยืนยันการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น จะพิจารณายืนยันได้เพียงว่าเสียงส่วนใหญ่ที่จำเป็นได้เกิดขึ้นในการเสนอร่างและการลงคะแนนหรือไม่ และว่าข้อห้ามการโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการเร่งรัดได้รับการตรวจสอบหรือไม่ การยืนยันว่าด้วยรูปแบบสามารถถูกร้องขอได้โดยประธานาธิบดีของสาธารณรัฐหรือโดยหนึ่งส่วนห้าของสมาชิกสภาใหญ่แห่งชาติตุรกี คำขอการบอกล้างที่เกี่ยวกับข้อบกพร่องของรูปแบบไม่สามารถทำได้เมื่อ

---

[186] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ข (ม.ป.ป.). *รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 146*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

[187] รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 147, แหล่งเดิม.

[188] รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 147, แหล่งเดิม.

ผ่านระยะเวลาสิบวันนับจากวันประกาศใช้กฎหมายไปแล้ว และศาลอื่นๆ ก็ไม่อาจสามารถอุทธรณ์แก่ศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกรณีความบกพร่องในรูปแบบนี้ได้

(ย่อหน้าถูกเพิ่ม ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) ประชาชนสามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้ในกรณีที่หนึ่งในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่อยู่ภายใต้การประชุมยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนซึ่งถูกรับรองโดย รัฐธรรมนูญได้ถูกละเมิดโดยองค์กรของรัฐ ในการยื่นคำร้องนั้น การเยียวยากฎหมายสามัญต้องถูกใช้

(ย่อหน้าถูกเพิ่ม ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) วิธีกระบวนการและหลักการที่เกี่ยวกับการยื่นคำร้องถูกกำหนดโดยกฎหมาย

(ตามที่ได้ถูกแก้ไข ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) ศาลรัฐธรรมนูญด้วยอำนาจที่มีในฐานะศาลฎีกาสามารถพิจารณาข้อกล่าวหาที่เกี่ยวกับหน้าที่ของศาล ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐ โฆษกของสภาใหญ่แห่งชาติตุรกี สมาชิกของสภารัฐมนตรี ประธานและสมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลสูงอุทธรณ์ สภารัฐ ศาลสูงทหารชั้นอุทธรณ์ ศาลสูงปกครองทหาร สภาสูงผู้พิพากษาและอัยการ ศาลพาณิชย์ หัวหน้าอัยการรัฐ และรองหัวหน้าอัยการรัฐ

(ย่อหน้าถูกเพิ่ม ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) ผู้บัญชาการของเจ้าพนักงานทั่วไป ผู้บัญชาการกองทัพบก เรือและอากาศ และผู้บัญชาการตำรวจภูธรจะถูกไต่สวน ณ ศาลฎีกาสำหรับข้อกล่าวหาใดที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่

หัวหน้าอัยการรัฐของศาลสูงชั้นอุทธรณ์และรองหัวหน้าอัยการรัฐของศาลสูงชั้นอุทธรณ์จะทำหน้าที่เป็นอัยการในศาลฎีกา

(ตามที่ได้ถูกแก้ไข ณ วันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2010 หมายเลขพระราชบัญญัติ 5982) คำร้องที่เกี่ยวกับการตรวจสอบอำนาจศาลสามารถแย้งกับคำตัดสินของศาลฎีกาได้ คำตัดสินของสภาถือเป็นที่สิ้นสุด

ศาลรัฐธรรมนูญต้องทำหน้าที่อื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญมอบไว้เช่นกัน

3.3.4 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ประเทศตุรกีเป็นกรณีรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ กล่าวคือศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1961 ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสิ้น 17 คน มีวาระดำรงตำแหน่ง 12 ปี ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และเกษียณอายุ 65 ปี หน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี[189] โดยในรัฐธรรมนูญประเทศตุรกี ฉบับที่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1961 ซึ่งถูกแก้ไขในปี ค.ศ. 1971 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 147 ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ศาลได้อาศัยเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 5 คดี ต่อมาภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1982 ในมาตรา 148(1) ก็ยังคงกำหนดเขตอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกระบวนการของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

มาตรา 148 (แก้ไขเพิ่มเติมในวันที่ 12 กันยายน 2553) คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (Constitutional Amendment) ได้แต่อำนาจหน้าที่ดังกล่าวต้องตรวจสอบได้เฉพาะรูปแบบ (Form) เท่านั้น กระบวนการร้องขอให้ตรวจสอบดำเนินการได้โดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐหรือสมาชิกรัฐสภา 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมด (The Grand National Assembly) จำนวน 550 คน ภายใน 10 วันก่อนประกาศใช้บังคับ

รูปแบบ (From) ดังกล่าวคือ กระบวนการพิจารณาของรัฐสภา เช่น องค์ประชุม วิธีการลงคะแนนเสียงและมติเสียงส่วนใหญ่ เป็นต้น หากกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้านรูปแบบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นว่ามีกระบวนการตราชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำวินิจฉัยถือว่าเด็ดขาดจะอุทธรณ์ต่อไปอีกไม่ได้[190]

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี เป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งอำนาจศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2010) มาตรา 148

---

[189] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 24.

[190] ปัญญา อุดชาชน ข (ม.ป.ป.). *อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ, ศาลรัฐธรรมนูญ*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก institute.constitutionalcourt.or.th/index.php?option

3.4 บทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย

3.4.1 สถานะและโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนีย

รัฐธรรมนูญของประเทศโรมาเนีย ฉบับปัจจุบัน คือ The Constitution of 1991 ซึ่งได้มีการแก้ไขล่าสุด เมื่อปี ค.ศ. 2003 จากการ Referendum เมื่อวันที่ 18-19 ตุลาคม ค.ศ. 2003 ในส่วนของอำนาจหน้าที่และโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 142-147 ดังนี้

มาตรา 142[191]

(1) ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ยืนยันอำนาจสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

(2) ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยผู้พิพากษาเก้าคน ให้ปฏิบัติงานร่วมกันวาระละเก้าปี โดยไม่สามารถปฏิบัติงานอีกวาระหรือไม่สามารถต่ออายุวาระการทำงานได้

(3) ผู้พิพากษาสามคนให้ได้รับแต่งตั้งจากสภาผู้ช่วย สามคนจากสมาชิกวุฒิสภาและอีกสามคนจากประธานาธิบดีโรมาเนีย

(4) ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญต้องเลือกประธานโดยการเลือกตั้งลับ โดยมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละสามปี

(5) ศาลรัฐธรรมนูญต้องเริ่มวาระใหม่ทุกสามปีโดยผู้พิพากษาหนึ่งในสาม โดยทำตามหลักการกฎหมายจัดระเบียบของศาล

มาตรา 143[192] ผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญต้องสำเร็จการศึกษาด้านกฎหมายและมีความสามารถทางวิชาชีพสูงและมีประสบการณ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีทางศาลหรือด้านวิชาการอย่างน้อย 18 ปี

มาตรา 144[193] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่มีสมรรถสัมพันธ์กับสำนักงานรัฐหรือเอกชนใด ๆ เว้นเสียแต่ในกรณีของกิจกรรมทางวิชาการ

มาตรา 146[194] ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจดังต่อไปนี้

(ก) ตัดสินความเป็นรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนการประกาศใช้กฎหมายโดยการแจ้งต่อประธานาธิบดี ประธานสภาของหนึ่งในสองสภา รัฐบาล ศาลยุติธรรมสูงสุด อัยการรัฐสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 50 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 25คน รวมถึงผู้ดำรงตำแหน่งในการเริ่มพิจารณารัฐธรรมนูญ

---

[191] รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2003 มาตรา 142, http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf.

[192] รัฐธรรมนูญโรมาเนีย, มาตรา 143, http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf.

[193] รัฐธรรมนูญโรมาเนีย, มาตรา 144, http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf.

[194] รัฐธรรมนูญโรมาเนีย, มาตรา 146, http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf.

(ข) ตัดสินความเป็นรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ เพื่อแจ้งประธานสภาของหนึ่งในสองสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 50 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 25 คน

(ค) ตัดสินความเป็นรัฐธรรมนูญของระเบียบข้อบังคับของรัฐสภาโดยการแจ้งต่อประธานสภาของหนึ่งในสองสภา โดยกลุ่มสมาชิกรัฐสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 50 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 25 คน

(ง) ตัดสินการร้องเรียนว่าด้วยการขัดรัฐธรรมนูญของกฎหมายและบทบัญญัติ ที่เสนอต่อศาลหรืออนุญาโตตุลาการพาณิชย์ การร้องเรียนว่าด้วยการขัดรัฐธรรมนูญอาจจะถูกนำขึ้นสู่ศาลโดยตรงได้ด้วยอัยการรัฐ

(จ) ยุติข้อพิพาทของประเด็นที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญระหว่างหน่วยงานรัฐ ตามคำร้องของประธานาธิบดีโรมาเนีย ประธานสภาของหนึ่งในสองสภา นายกรัฐมนตรี คณะผู้พิพากษาชั้นสูง

(ฉ) ดูแลการปฏิบัติตามกระบวนวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีโรมาเนียและยืนยันการส่งคืนบัตรเลือกตั้ง

(ช) ยืนยันสถานการณ์ที่กำหนดสภาวะการดำรงตำแหน่งชั่วคราวของประธานาธิบดีโรมาเนีย และรายงานผลต่อรัฐสภาและรัฐบาล

(ซ) ให้ความคิดเห็นแนะนำในกรณีการปลดประธานาธิบดีโรมาเนียออกจากตำแหน่ง

(ฌ) ให้ความคิดเห็นแนะนำสำหรับหน่วยงานและการจัดให้มีการลงประชามติและยืนยันการส่งคืนประชามติ

(ญ) ตรวจสอบการปฏิบัติตามในกรณีมีเงื่อนไขสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยประชาชน

(ฎ) ตัดสินคำร้องว่าด้วยการขัดรัฐธรรมนูญของพรรคการเมือง

(ฏ) ปฏิบัติหน้าที่อื่นๆ ที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายจัดระเบียบของศาล

3.4.2 อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโรมาเนียในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญโรมาเนียฉบับปี ค.ศ. 1991 แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2003 มาตรา 146(a) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ โดยก่อนที่รัฐสภาจะประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมอยู่ในบังคับต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเสียก่อน[195] กล่าวคือก่อนที่รัฐสภาจะเริ่ม

[195] รัฐธรรมนูญโรมาเนีย, มาตรา 146, http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf.

กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นต้องส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน และข้อเสนอริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะเข้าสู่รัฐสภาได้ต้องประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปด้วย[196]

อนึ่ง ในปี ค.ศ. 2003 นั้นศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าข้อเสนอริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากละเมิดข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ต่อมารัฐสภาได้อนุมัติการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และภายหลังมีผู้ยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่ากรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาได้อนุมัติแล้ว เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่เพียงในเชิงป้องกัน โดยตรวจสอบแต่เพียงในชั้นข้อเสนอริเริ่มแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น[197]

3.5 บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายหลายประการไม่ว่าจะเป็นการล้มล้างรัฐบาลที่มี พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี การยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็น “รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน” ที่มีเนื้อหาดีที่สุดในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองไทยการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549 โดยได้กำหนดให้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญขึ้น และท้ายที่สุดก็ได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหาร ก็จะมีที่มาของกระบวนการจัดทำยกร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดไว้โดยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวซึ่งได้ประกาศใช้ ซึ่งเจตนารมณ์สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญ 2549 คือมุ่งหมายให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่[198]

---

[196] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม. หน้า 25.

[197] แหล่งเดิม. หน้า 25.

[198] สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2550). “ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า,* 3.

การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีจุดมุ่งหมายที่จะนำพาประเทศไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ จัดให้มีการเลือกตั้ง แก้ปัญหาและข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่ก่อให้เกิดการผูกขาดอำนาจรัฐและการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม การเมืองที่ขาดความโปร่งใส ขาดคุณธรรมและจริยธรรม ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ล้มเหลว และการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองและส่งเสริมอย่างเต็มที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงมีเจตนารมณ์และหลักการสำคัญในด้านต่างๆ ได้แก่

(1) การคุ้มครอง ส่งเสริม และการขยายสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างเต็มที่

(2) การลดการผูกขาดอำนาจรัฐและขจัดการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม

(3) การทำให้การเมืองมีความโปร่งใส มีคุณธรรมและจริยธรรม

(4) การทำให้ระบบตรวจสอบมีความเข้มแข็งและทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3.5.1 สถานะโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204[199] กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งกับและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 8 คน รวมเป็น 9 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลต่อไปนี้

1. ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 3 คน

2. ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวน 2 คน

3. ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 ของรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 คน

4. ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 ของรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 คน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205

---

[199] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 204.

และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 208 ได้กำหนดให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี และให้ดำรงตำแหน่งได้วาระเดียว

3.5.2 อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้[200]

1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับ

1.1) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีสถานะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติทั่วไป กล่าวคือก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยรัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องส่งร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญนั้น ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141

1.2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 กำหนดให้การเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติสามารถเสนอได้ใน 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบเกี่ยวกับเนื้อหาว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการตรวจสอบเกี่ยวกับรูปแบบหรือกระบวนการตรากฎหมายว่าเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่

1.3) การพิจารณาวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติว่ามีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 149

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติใดๆ จะต้องเริ่มต้นเสนอไปสภาผู้แทนราษฎรก่อน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วจึงเสนอร่าง พระราชบัญญัติต่อไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ อย่างไรก็ดี ในขั้นตอนหากวุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎรถือว่าวุฒิสภาได้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน และส่งกลับคืนให้สภาผู้แทนราษฎรหรือหากวุฒิสภาแก้ไข

---

[200] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ค (2550). *ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ*. หน้า 65-103.

เพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัตินั้น แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วยกับการแก้ไข และต่อมาได้มีการตั้งคณะกรรมาธิการร่วมกันเพื่อพิจารณาแล้ว แต่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วย ในกรณีเช่นนี้ถือว่ามีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน และระหว่างที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ สภาผู้แทนราษฎรจะยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ต่อเมื่อระยะเวลา 180 วันได้ล่วงพ้นไปแล้ว เว้นแต่จะเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรอาจยกขึ้นพิจารณาใหม่ได้ทันที ดังนั้นในระหว่างที่มีการยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินี้ รัฐธรรมนูญห้ามมิให้คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ตามที่บัญญัติไว้

อนึ่ง การห้ามมิให้เสนอร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ให้นำมาบังคับใช้กับการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม ทั้งนี้ ตามมาตรา 140 วรรคสอง

1.4) การพิจารณาวินิจฉัยร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 155 รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎรวุฒิสภา หรือรัฐสภา แล้วแต่กรณี ให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้ว

กรณีที่พระราชบัญญัติได้ประกาศใช้บังคับแล้ว หากต่อมาปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีการควบคุมกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยกำหนดให้มีช่องทางการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ 4 กรณี คือ

2.1) การพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 211 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 211 บุคคลใดที่จะใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญได้นั้นจะต้องปรากฏว่ามีคดีเกิดขึ้นในศาลก่อน ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร หรือศาลอื่น และไม่ว่าคดีจะอยู่ระหว่างการพิจารณาในชั้นศาลใดก็ตาม หากศาลเห็นเองหรือคู่ความในคดีนั้นโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี

ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สามารถร้องต่อศาลนั้นเพื่อขอให้ส่งความเห็นดังกล่าวไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ในกรณีนี้ศาลจะต้องรอพิจารณาพิพากษาคดีไว้เป็นการชั่วคราว เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจ นิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น ส่วนบรรดากฎ ระเบียบ หรือประกาศต่างๆ นั้นเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 211

2.2) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 245 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(1) แตกต่างจากการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 กล่าวคือ กรณีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(1) นี้ไม่จำเป็นต้องเป็นคดีความกันในศาลก่อนเหมือนกับกรณีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211

การเสนอเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยของผู้ตรวจการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(1) โดยหลักการแล้วเป็นกรณีที่มีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจพิจารณาและสอบสวนโดยไม่มีการร้องเรียนได้ ทั้งนี้เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 244 บัญญัติให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการแผ่นดิน

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(1) มีความหมายเดียวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 ซึ่งหมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น ส่วนบรรดากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจะต้องเสนอให้ศาลปกครองพิจารณาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 245(2)

2.3) การพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นผู้เสนอ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 255 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่มีผู้ร้องเรียนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257(2) มีความหมายเดียวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 และมาตรา 245(1) ซึ่งหมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา หรือกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนดที่ได้รับการพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว เป็นต้น ส่วนบรรดากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดนั้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จะต้องเสนอให้ศาลปกครองพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245(3)

2.4) การพิจารณาวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ และวิธีการยื่นคำร้องให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 บัญญัติให้อำนาจกับคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอให้พระมหากษัตริย์ทางตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติ ภายใต้เงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ดังนี้

(1) เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง) และ

(2) เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง)

เมื่อพระราชกำหนดมีผลบังคับใช้แล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นต่อไป ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดนั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

4) การวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย หรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 วรรคเจ็ด กำหนดมาตรการเพื่อตรวจสอบกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมาธิการ ว่ามีการเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่ โดยให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา เสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามีการกระทำดังกล่าว ก็จะทำให้การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำดังกล่าวสิ้นผลไป

5) การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 11 เป็นหมวดที่ว่าด้วย “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” โดยแบ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มี 4 องค์กร คือ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันแและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

(2) ส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ มี 3 องค์กร คือ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ดังนั้น ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้นั้น จึงต้องเป็นปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นความขัดแย้งระหว่างองค์กรต่างๆ ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเท่านั้น มิใช่กรณีการมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรใดองค์กรหนึ่งว่ามีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่

สำหรับปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กับศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ให้ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย

6) การวินิจฉัยเกี่ยวกับการคุ้มครองหลักประชาธิปไตยภายในพรรคการเมืองและการปกป้องคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

6.1) การวินิจฉัยมติ หรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งต่อหลักพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 65 บัญญัติให้สิทธิกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยมติ หรือข้อบังคับของพรรคการเมืองว่าขัดต่อสถานะ และเป็นการคุ้มครองสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะผู้แทนของปวงชนชาวไทย เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย เหนือประโยชน์ของพรรคการเมืองที่ตนสังกัดอยู่ สำหรับการพิจารณาวินิจฉัยว่ามติ หรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดหรือแย้งต่อหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือไม่นั้น เป็นการคุ้มครองสมาชิกพรรคการเมืองและประชาชนโดยทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจากพรรคการเมืองเป็นสถาบันทางการเมืองที่สำคัญในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ดังนั้นการดำเนินกิจการของพรรคการเมือง หรือการกำหนดข้อบังคับของพรรคการเมืองจึงต้องไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

6.2) การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 106 (7) บัญญัติให้สิทธิกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ถูกพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการ

เป็นสมาชิกพรรคการเมือง (ซึ่งมีผลเท่ากับว่าต้องสิ้นสุดการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย) อุทธรณ์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อคัดค้านว่ามติของพรรคการเมืองดังกล่าวขัดต่อสถานะ และการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข จึงถือว่าเป็นการคุ้มครองสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนปวงชนชาวไทย

6.3) การพิจารณาวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 บัญญัติให้สิทธิกับบุคคลในการปกป้องคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กล่าวคือ หากทราบว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือการกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็มีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวหรือสั่งยุบพรรคการเมือง

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 237 เป็นบทบัญญัติเพื่อปกป้องคุ้มครองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดสภาพบังคับโดยสั่งเพิกถอนสิทธิการเลือกตั้งให้หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองที่มีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย ให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งกระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาหรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และรัฐธรรมนูญได้บัญญัติโดยการถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68

7) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรีและกรรมการการเลือกตั้ง

7.1) การวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 61

7.2) การวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182

7.3) การวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 233

8) การวินิจฉัยหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้อำนาจกับศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาว่า หนังสือสัญญาใดที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190

9) อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

3.5.3 อำนาจการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ

จากการที่ได้ศึกษาถึงทฤษฎีเกี่ยวกับระบบกฎหมาย ระบบศาล หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาในบทที่ 2 แล้วนั้น เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ใน มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” ซึ่งมาตรการที่สำคัญในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้พ้นจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ปกครอง นั้นมี 2 มาตรการด้วยกัน คือ 1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ 2. การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา

ซึ่งระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้บัญญัติหลักการการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ลักษณะคือ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก่อนประกาศใช้ กับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญหลังประกาศใช้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 141 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และมาตรา 154 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 185 ว่าด้วยการตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดมาตรา 211 ว่าด้วยการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดี มาตรา 245(1) ว่าด้วยการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เสนอเรื่องโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน มาตรา 257(2) ว่าด้วยการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เสนอเรื่องโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และมาตรา 212 ว่าด้วยการตรวจสอบบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เสนอเรื่องโดยบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ

การคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคงพอสมควรและเพื่อป้องกันรัฐธรรมนูญมิให้ถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตามอำเภอใจของผู้ปกครอง ดังนั้นรัฐธรรมนูญจึงต้องกำหนดกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นอำนาจพิเศษแตกต่างจากการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา เพราะหากรัฐธรรมนูญสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ด้วยวิธีการเช่นเดียวกันกับกฎหมายธรรมดาแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้อย่างง่ายดายและตลอดเวลาตามที่ตนประสงค์

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักและวิธีการในการดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไว้ในมาตรา 291 ดังนี้[201]

(1) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรหรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคนตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอ

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้

(2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมและให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ

(3) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(4) การพิจารณาในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย

การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตราให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ

(5) เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

---

[201] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 291.

(6) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

(7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ภายใต้ระบบกฎหมายและโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ยึดถือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเคารพหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงถือว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น ถือว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ ดังนั้นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญ เรื่องใดก็ตามที่ไม่ได้บัญญัติไว้ย่อม หมายความว่ารัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ให้เรื่องดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถรับกรณีใดขึ้นพิจารณานอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้ แม้จะกล่าวว่าวัตถุประสงค์เบื้องต้นของการจัดตั้งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจอ้างเพียงเหตุผลดังกล่าวเพื่อตีความโดยเทียบเคียงหรือพิจารณาจากนิตินโยบายเพื่อเป็นเกณฑ์ในการขยายแดนอำนาจของตน ถึงแม้ว่าปัญหาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญก็ตาม[202]

จากทฤษฎีที่กล่าวมาในบทที่ 2 และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ในหลายประการดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น พบว่าประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในรูปแบบและเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบในกระบวนการตราและเนื้อหาของร่างกฎหมายนั้น อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

ทั้งนี้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ปรากฏข้อเท็จจริงว่าประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นของสมาชิก

---

[202] สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 264 และมาตรา 266* (รายงานผลการวิจัย). หน้า 5-6.

รัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณา คือคำร้องของผู้ร้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 154 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมร่างพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 291 บัญญัติว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้ ... (2) ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ... (7) เมื่อการลงมติได้เป็นไปตามที่กล่าวแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย และให้นำบทบัญญัติมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่ารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะในหมวด 15 มาตรา 291 โดยบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการตาม (1) ถึง (7) ว่าให้ต้องทำเป็นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ ทั้งมาตรา 291(7) ได้บัญญัติให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการตราพระราชบัญญัติ เฉพาะมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม ไม่ได้บัญญัติให้นำมาตรา 154 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการควบคุมการตราพระราชบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยมาใช้บังคับ ดังนั้นเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกันแล้ว กรณีตามคำร้องนี้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154วรรคหนึ่ง (1) ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้วินิจฉัยได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำร้อง[203]

คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 เป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกระบวนการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการและลักษณะไว้เฉพาะแล้วตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ซึ่งมีความแตกต่างจากร่างกฎหมายธรรมดา จึงไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมาเป็นฐานในการรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยที่สอดคล้องตามอำนาจหน้าที่และกรอบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

อย่างไรก็ตามหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ภายหลังที่ได้มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ถึงอำนาจของ

---

[203] คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554, สืบค้นจาก

http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=674&Itemid=1.

ศาลรัฐธรรมนูญในการรับวินิจฉัยกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าได้ดำเนินไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ได้มีความเห็นจากนักวิชาการออกมาให้ความเห็นถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประการดังกล่าวว่าแท้จริงแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงขอหยิบยกความเห็นจากนักวิชาการมากล่าวไว้ในที่นี้ เพื่อประกอบการพิจารณาถึงหลักทฤษฎีทางกฎหมายด้วย

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า “มาตรา 291 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน[204] อันเป็นมาตราเดียวในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบทั้งรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย”[205]

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า “...ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลเฉพาะและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ไม่ได้เขียนระบุไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบหรือให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เป็นหลักทั่วไปในประเทศต่างๆอยู่แล้วจริงๆ การตัดสินศาลรัฐธรรมนูญแบ่งเป็นสองเรื่อง เรื่องแรก คือ มีอำนาจหรือไม่ เรื่องที่สอง คือ มีอำนาจแล้ววินิจฉัยอย่างไร ซึ่งการวินิจฉัยอย่างไร ก็อยู่ที่หลักฐานกับข้อกฎหมายด้วย ทั้งข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายในเรื่องของอำนาจ ตามหลักการแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่มีตรงไหนที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมาตรวจสอบได้ ซึ่งแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติ คือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะฉะนั้น ออกพระราชบัญญัติมา ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบได้ว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยกัน แล้วการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ต้องขัดรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว แต่โดยทั่วไปไม่มีตรงไหนเขียนไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบหรือให้เห็นชอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ..”[206]

บรรเจิด สิงคะเนติ[207] ได้เขียนข้อพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไว้สรุปได้ดังนี้ ตามที่รัฐสภาได้พิจารณาร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่..) พ.ศ. .... และต่อมาได้มีการร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญว่ากรณีดังกล่าวเข้าข่ายตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ นั้น ในประเด็นปัญหา

---

[204] ฉบับปัจจุบัน หมายถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

[205] นันทวัฒน์ บรมานันท์ จ บทความจาก http://www.pub-law.net/ ครั้งที่ 331.

[206] ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, ไทยรัฐออนไลน์ 23 พ.ย. 2556.

[207] บรรเจิด สิงคะเนติ ง (ม.ป.ป.). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.manager.co.th/Daily/ViewNews.

ดังกล่าวมีข้อพิจารณาในทางวิชาการเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ดังนี้ 1. หลักพื้นฐานของระบบเสียงข้างมากกับศาลรัฐธรรมนูญ 2. “องค์กรที่รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ” กับ “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” 3. “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1. หลักพื้นฐานของระบบเสียงข้างมากกับศาลรัฐธรรมนูญ การนำศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายไทยนับตั้งแต่มีการปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 1 โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 นั้นเป็นการนำแนวคิดของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมาใช้ในระบบกฎหมายไทย โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันนั้นถือได้ว่าเป็นสัญลักษณ์ของการปฏิรูประบบการเมืองแบบรัฐสภาที่ถือระบบเสียงข้างมากเป็นใหญ่ การปฏิรูปการเมืองหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ของประเทศเยอรมันจึงเป็นการสร้างดุลยภาพระหว่างระบบเสียงข้างมากโดยพรรคการเมืองกับการเคารพหลักการของรัฐธรรมนูญ โดยการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการรักษาดุลยภาพดังกล่าว ทั้งนี้ เพราะประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) นั้นแตกต่างจากประเทศที่ถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament)

ดังนั้น ประเทศเสรีประชาธิปไตยที่ใช้ระบบรัฐสภาและถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะต้องมีการตรวจสอบเสียงข้างมากของรัฐสภาว่าอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ สำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of Constitution) และมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐสภาว่าอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทยตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ต่างเป็นรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการตรวจสอบถ่วงดุลกับเสียงข้างมากในสภา เพราะเสียงข้างน้อยในสภาไม่สามารถถ่วงดุลกับเสียงข้างมากในสภาได้ กรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายจึงให้เสียงข้างน้อยจำนวน 1 ใน 10 ของสมาชิกสภาสามารถส่งเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ (มาตรา 154) กล่าวโดยสรุป รัฐที่ถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” รัฐสภาโดยเสียงข้างมากย่อมต้องมีขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้และกรณีที่มีปัญหาว่ารัฐสภาโดยเสียงข้างมากกระทำการเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัย ทั้งนี้เพื่อปกป้อง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ”

2. “องค์กรที่รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ” กับ “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” โดยหลักทั่วไปแล้วองค์กรทั้งหลายที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญย่อมเป็นองค์กรที่รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและย่อมต้องถูกผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร

และองค์กรตุลาการ รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายย่อมเป็นองค์กรที่รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและต้องถูกผูกพันตามรัฐธรรมนูญ แต่หากเป็น “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” องค์กรนั้นย่อมมีความชอบธรรมในการที่กำหนดหลักการของรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญที่เคยมีมาได้

ในกรณีของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” ย่อมหมายถึง สภาร่างรัฐธรรมนูญ ประชาชนและพระมหากษัตริย์ กล่าวคือเมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญร่างรัฐธรรมนูญแล้วเสร็จจึงนำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ประชาชนลงประชามติ หลังจากนั้นจึงเสนอร่างเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่การแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้เป็นการแก้ที่จะนำไปสู่การก่อตั้ง “องค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ” ใหม่หากแต่กระทำโดย “องค์กรผู้รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ” (ฝ่ายนิติบัญญัติ) และเมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วจึงเสนอร่างให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่สิ่งที่ขาดหายไปจากกระบวนการดังกล่าวคือ การออกเสียงประชามติของประชาชน เนื่องจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้จะนำไปสู่การยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ ซึ่งจะมีผลทำให้สภาร่างรัฐธรรมนูญในครั้งต่อไปจะเป็น “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” ด้วยเหตุนี้เองกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้จึงขัดกับกระบวนการในการสร้าง “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ” ซึ่งจะต้องผ่านการลงประชามติของประชาชนก่อนจึงจะชอบด้วยกระบวนการ นอกจากนี้การที่บัญญัติให้พระมหากษัตริย์สามารถใช้สิทธิในการยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านประชามติของประชาชนแล้วเป็นการบัญญัติที่ขัดกับหลักการของการเป็น “องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ”

3. “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291(1) วรรคสองของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้” หลักการดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็น “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กล่าวคือ โดยกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่ว่าด้วยวิธีการใดๆ ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวได้ ผลของ “หลักการที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” อย่างน้อยก่อให้เกิดผล 2 ประการ ดังนี้

ก. ลำดับชั้นหรือคุณค่าของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แม้ว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่เป็นกฎหมายสูงสุดแล้วก็ตาม แต่เฉพาะในส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วยกันยังสามารถแยกออกเป็น 2 ระดับ กล่าวคือ ระดับที่ 1 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และ ระดับที่ 2 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ในความหมายนี้บทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมมีสถานะเหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 หรือมีคุณค่า

เหนือกว่าบทบัญญัติในระดับที่ 1 ดังนั้นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในระดับที่ 1 ให้มีผลกระทบต่อบทบัญญัติในระดับที่ 2 ย่อมไม่อาจกระทำได้

ข. การควบคุมตรวจสอบได้โดย "ศาลรัฐธรรมนูญ" โดยที่ประเทศที่ถือ "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" และกำหนดให้มี "ศาลรัฐธรรมนูญ" เป็นองค์กรในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น

ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเสมือนองค์กรในการปกป้อง "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" การปกป้อง "หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ" โดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมปกป้องได้ทั้ง "ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้" และ "ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้" กล่าวคือ "ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้" นั้นเป็นการปกป้องบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ใน "ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้" นั้นเป็นการปกป้องมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิให้กระทบกับหลักดังกล่าว และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบอย่างเข้มข้นเพื่อมิให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อหลักดังกล่าว

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์[208] ให้ความเห็นทางวิชาการไว้ว่า "ระบบรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศอาจมีคำตอบที่แตกต่างกันไปว่าด้วยเขตอำนาจขององค์กรตุลาการต่อการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งย่อมแตกต่างไปตามพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ตลอดจนโครงสร้างกลไกของรัฐธรรมนูญที่ล้วนแต่เป็นเอกลักษณ์ของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการต้องคำนึงถึงสถานะของตนในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญอยู่เสมอว่า บรรดาการใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆ ต้องอยู่ในกรอบและเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง องค์กรตุลาการที่มีลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญ อันเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจจำกัด และเฉพาะซึ่งการพิจารณาเขตอำนาจนั้นต้องเป็นไปเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจะมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดแจ้งเท่านั้น ถ้าหากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเขตอำนาจขององค์กรตุลาการให้สามารถตรวจสอบแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ย่อมหมายความว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญไม่ประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าว โดยถือว่าเป็นเอกสิทธิ์ขององค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

---

[208] ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. เล่มเดิม.

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งเขตอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ไม่ว่าจะอาศัยช่องทางของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายการตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว หรือแม้แต่การอาศัยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้ามาตรวจสอบการกระทำของบุคคลอันมีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือการได้มาซึ่งอำนาจอันมิได้เป็นไปโดยวิถีทางตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดตามมาตรา 68

ดังนั้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อนึ่ง การที่ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 68 เพื่อเข้ามาวินิจฉัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญก่อตั้งเขตอำนาจของตนเองขึ้นโดยที่ไม่ได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด”[209]

3.5.4 หลักเกณฑ์วิธีการตีความรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบซีวิลลอว์ หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ยอมรับกันในระบบซีวิลลอว์จะเริ่มด้วยการตีความตามหลักภาษา (Grammartical Interpretation) ทั้งนี้เพราะตัวบทกฎหมายเป็นวัตถุของการตีความ ถ้าตัวบทกฎหมายไม่มีความชัดแจ้งอย่างแท้จริงแล้วซึ่งตามปกติแล้วไม่ค่อยจะมีการตีความกฎหมายจะหยุดอยู่เพียงที่การพิจารณาหลักภาษาอย่างเดียวหาไม่ได้ แต่ผู้ตีความจะต้องตรวจสอบความถูกต้องของความหมายอย่างแท้จริงของ ตัวบทกฎหมายที่กำลังตีความนั้นต่อไปอีก ตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้[210]

1. สำรวจเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าคืออะไร การตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Teleological Interpretion) มิใช่การค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่าง แต่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย

2. สำรวจประวัติความเป็นมาของกฎหมายซึ่งก็คือการตีความตามประวัติความเป็นมาของกฎหมาย (Historical Imterpretation) และ

---

[209] แหล่งเดิม.

[210] คณิต ณ นคร. (2553). “ศาลรัฐธรรมนูญกับการตีความกฎหมาย.” *จุลสารสถาบันสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย,* 1(1).

3. สุดท้ายคือ การตรวจสอบความถูกต้องของความหมายของกฎหมายที่ต้องตีความโดยพิจารณาความสัมพันธ์อย่างเป็นระบบของกฎหมายในกรณีนี้เรียกว่า (Systematical Interpretation)

โดยการตรวจสอบความถูกต้องของความหมายของกฎหมายตามหลักการตีความต่าง ๆ ที่กล่าวมา ย่อมทำให้ผลการตีความของผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งของศาลมีความเป็นภาวะวิสัย (Objective) และทำให้คำพิพากษาของศาลมีเหตุผล สร้างความน่าเชื่อถือศรัทธาให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับประชาชน

รัฐธรรมนูญก็เป็นกฎหมาย การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ชอบที่จะตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้วเช่นกัน

การตีความรัฐธรรมนูญ[211] หมายถึง การแปลบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ โดยค้นหาความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ การตีความรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ ยังคงยึดถือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพียงแต่ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อความไม่ชัดเจนพอ หรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไป ซึ่งอาจไม่ตรงตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การตีความรัฐธรรมนูญยังครอบคลุมถึงการพิจารณาวินิจฉัย โดยนำกฎเกณฑ์ต่างๆ มาใช้ประกอบในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง

โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ยาก เนื่องจากต้องคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญเป็นหนทางหนึ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติเป็นรูปธรรม โดยไม่ต้องรอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม หรือต้องถูกยกเลิกไปเมื่อมีปัญหาข้อโต้แย้งหรือข้อสงสัยตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น การตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดผลดีในทางปฏิบัติเพื่อให้มีข้อยุติโดยเร็วและเป็นที่สุด แต่อย่างไรก็ดี การตีความรัฐธรรมนูญต้องกระทำโดยระมัดระวังอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่เป็นกรอบในการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด โดยการตีความรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1) กฎเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นกรอบในการตีความรัฐธรรมนูญที่ควรถือเป็นหลักการพื้นฐานคือ

ประการแรก การทำความเข้าใจให้ถ่องแท้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นส่วนที่บ่งบอกถึงหลักการเหตุผล และจุดมุ่งหมายในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นๆ

ประการที่สอง การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงบทบัญญัติทั้งหมดในมาตราเดียวกัน ในมาตราที่เกี่ยวข้อง ในหมวดเดียวกัน และทั้งบริบทของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เข้าใจรัฐธรรมนูญ

---

[211] นภดล เฮงเจริญ ข (2545, ธันวาคม). *การตีความรัฐธรรมนูญ.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net.

ในภาพรวม และสามารถตีความรัฐธรรมนูญได้อย่างเป็นเอกภาพไม่ขัดแย้งกัน เนื่องจากในบริบทเดียวกันแล้วหากใช้ถ้อยคำที่ต่างกันออกไป แสดงถึงนัยของการแปลความหมายที่ต้องแตกต่างกันออกไปด้วย

ประการที่สาม การตีความรัฐธรรมนูญต้องละเว้นไม่ตีความให้เกิดผลประหลาด หรือเกิดผลอันไม่พึงปรารถนา ซึ่งเป็นไปตามหลักความสมเหตุสมผลที่การบัญญัติกฎหมายนั้นขึ้นมาแต่ละฉบับมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้กฎหมายสามารถเกิดผลที่ใช้บังคับได้

ประการที่สี่ ในกรณีที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญตีความได้สองทาง ทางหนึ่งมีผลให้รัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ อีกทางหนึ่งทำให้รัฐธรรมนูญไร้ผลบังคับก็ให้ถือตามแนวทางที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับได้ เนื่องจากการบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นมาก็เพื่อให้สามารถใช้บังคับได้มากที่สุด

ประการที่ห้า ศาลรัฐธรรมนูญไทยน่าจะพิจารณาวินิจฉัยเกินคำขอได้ แม้บางประเด็นจะไม่ได้ขอมาในคำร้องก็ตาม การวินิจฉัยให้สิ้นกระแสความนั้นมีประโยชน์ในแง่องค์กรที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำวินิจฉัยสามารถนำไปปฏิบัติได้โดยไม่ต้องไปตีความคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอีกว่ามีผลในทางปฏิบัติอย่างไร

ประการที่หก การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หมายถึง ผลของการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ไปกระทบหลักอื่นๆ ให้เสียไป

ประการที่เจ็ด ในคดีรัฐธรรมนูญ หากมีข้อสงสัยในข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน จะต้องตีความเป็นประโยชน์แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน และหากเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องตีความอย่างแคบ

2) หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ[212] การตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงหลักดังต่อไปนี้ด้วย

(1) หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือจะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกันไม่ตีความให้บทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

(2) หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติในกรณีที่เกิดการขัดแย้งกันระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลใช้บังคับเต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกันเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือการตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลง

---

[212] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก เล่มเดิม.

ไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่นการขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพ ในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัวเป็นต้น

3) หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญองค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนและจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ (หรือที่เราเข้าใจกันในเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ)เช่นศาลรัฐธรรมนูญจะต้องระมัดระวังว่าแม้ตนมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติตนก็ไม่มีอำนาจในอันที่จะปฏิบัติภารกิจในการตรากฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไรแต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะตนเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่มีความเหมาะสมในทางนิตินโยบายไม่ได้เพราะเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

4) หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญหลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้นผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

5) หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลักการข้อนี้กำหนดว่าในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญพึงเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้นเว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบายไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ราษฎร

เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการจัดระบบโครงสร้างทางการเมือง เป็นเครื่องมือในทางกฎหมายในการกำหนดรูปแบบการปกครองการใช้กฎหมายลูก และองค์กรทางการแบ่งแยกอำนาจ การตีความรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายมหาชนและต้องอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย และการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เป็นการสร้างหลักกฎหมายใหม่ รวมถึงต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดจากการตีความที่ขัดต่อหลักนิติวิธีความสำคัญอันหนึ่งที่ผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงผลกระทบจากการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องไม่ตีความที่เป็นการทำลายหลักกฎหมายโดยเฉพาะหลักกฎหมายมหาชน

ซึ่งเป็นที่เข้าใจโดยทั่วไปว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบโครงสร้างทางการเมืองการปกครองประเทศ โดยที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หากการตีความที่ไม่ถูกต้องผลของการตีความนั้นอาจส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายและหลักการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตย

3.6 ข้อเท็จจริงและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.6.1 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุปในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551

ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและประธานกรรมการการเลือกตั้งส่งคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยการสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) รวมสองคำร้อง

เนื่องจากคำร้องทั้งสองมีประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวข้องกันศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2551ให้รวมการพิจารณาคำร้องทั้งสองเข้าด้วยกัน

คำร้องที่หนึ่ง ประธานวุฒิสภามีหนังสือส่งคำร้องของนายเรืองไกร ลีกิจวัฒนะสมาชิกวุฒิสภาและคณะสมาชิกวุฒิสภารวม 29 คนผู้ร้องที่ 1 ฉบับลงวันที่ 2 มิถุนายน 2551 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 91 มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และวรรคสามและมาตรา 267 ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบสรุปได้ว่า

ผู้ถูกร้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในฐานะนายกรัฐมนตรีจึงอยู่ในบังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 267 ที่บัญญัติไว้ว่านายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วนบริษัทหรือองค์การที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็มิได้ด้วย แต่ปรากฏว่าผู้ถูกร้องได้เป็นพิธีกรให้กับบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด หลายรายการซึ่งคำว่า “พิธีกร” เป็นการดำรงตำแหน่งใดหรือเป็นลูกจ้างซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ผู้ถูกร้องทราบเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ดีอยู่แล้วแต่ยังคงปฏิบัติขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ตลอดเวลาและได้มายุติบทบาทพิธีกรต่อเมื่อมีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งมิได้มีอำนาจที่จะตักเตือนเนื่องจากรัฐธรรมนูญมาตรา 182(7) กำหนดให้ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเมื่อได้กระทำการต้องห้ามตามมาตรา 267 เพื่อดำเนินการตรวจสอบความสิ้นสุดลงซึ่งความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องในฐานะนายกรัฐมนตรีผู้ร้องที่ 1 จึงใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 91 ให้ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่

คำร้องที่สองประธานกรรมการการเลือกตั้งส่งคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งผู้ร้องที่ 2 ฉบับลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2551 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 91 มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และมาตรา 267 ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบสรุปได้ว่า

เมื่อวันที่ 17 เมษายน 2551 นายเรืองไกร ลีกิจวัฒนะ ได้มีหนังสือร้องเรียนต่อประธานกรรมการการเลือกตั้งว่าผู้ถูกร้องขณะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้ร่วมเป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไปบ่นไป” และรายการอื่นๆ ของบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด อันเป็นบริษัทของเอกชนที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันซึ่งปรากฏต่อสาธารณชนหลายครั้งทางสื่อมวลชนอันเป็นการกระทำอันต้องห้ามตามมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งทำให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามมาตรา 182(7) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 นับแต่วันที่กระทำการอันต้องห้าม

ผู้ร้องที่ 2ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนสอบสวนแล้วข้อเท็จจริงรับฟังได้ความว่าบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด ก่อตั้งในปี 2537 มีนายศักดิ์ชัย แก้ววรรณีสกุล เป็นกรรมการผู้จัดการโดยมีวัตถุประสงค์รับจ้างจัดทำรายการต่างๆ เพื่อการโฆษณาการบันเทิงประชาสัมพันธ์และการส่งเสริมการขายทางสถานีวิทยุกระจายเสียงโทรทัศน์สิ่งตีพิมพ์และสื่อโฆษณาทุกชนิด ในปี 2553 นายศักดิ์ชัย แก้ววรรณีสกุล ได้เชิญผู้ถูกร้องเข้าทำหน้าที่พิธีกรในรายการ “ชิมไปบ่นไป” ออกอากาศทางสถานีโทรทัศน์ไอทีวี ซึ่งผู้ถูกร้องได้รับทำหน้าที่พิธีกรดังกล่าวเรื่อยมาโดยได้รับค่าตอบแทนการเป็นพิธีกรครั้งละ 5,000 บาท และบางครั้งได้รับเงินเพิ่มซึ่งเป็นค่าจัดซื้อวัตถุดิบในการทำอาหารที่ออกรายการประมาณ ครั้งละ1,000 - 2,000 บาท และในขณะที่ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรียังได้รับทำหน้าที่เป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไปบ่นไป” และรายการยกโขยง 6 โมงเช้า ให้แก่บริษัทเฟซมีเดีย จำกัด แต่ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าผู้ถูกร้องได้รับเงินค่าตอบแทนจากบริษัทหรือไม่ สำหรับรายการ “ชิมไปบ่นไป” ได้มีการนำรูปใบหน้านายกรัฐมนตรีและรูปจมูกชมพู่ โดยเขียนชื่อผู้ถูกร้องลงโฆษณาเป็นสัญลักษณ์ทางการค้ารูปการ์ตูนซึ่งกลายเป็นสัญลักษณ์ประจำรายการที่มีผลในการจดจำของผู้ชมโดยทั่วไปทั้งนี้รูปการ์ตูนดังกล่าวจะมีปรากฏในรายการเป็นระยะๆ อยู่ตลอด คณะกรรมการสืบสวนสอบสวนเสียงข้างมากจึงเห็นควรส่งเรื่องที่ผู้ถูกร้องเข้าไปทำหน้าที่เป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไปบ่นไป” และรายการยกโขยง 6 โมงเช้าของบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด ไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยว่าการเป็นพิธีกรในรายการดังกล่าวเป็น

การดำรงตำแหน่งในห้างหุ้นส่วนบริษัทหรือองค์การที่ดำเนินการโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันอันจะทำให้ความเป็นนายกรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามความในมาตรา 182 (7) และมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 หรือไม่

ผู้ร้องที่ 2 ได้พิจารณาแล้วเห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการสืบสวนสอบสวน จึงมีมติให้ส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยว่าความเป็นนายกรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงหรือไม่

ประเด็นเบื้องต้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องทั้งสองเรื่องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และมาตรา 267 ประกอบ มาตรา 182 วรรคสามและมาตรา 91 หรือไม่

กรณีตามคำร้องปรากฏว่าผู้ร้องที่ 1 เป็นสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 29 คน ซึ่งเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาได้เข้าชื่อร้องต่อประธานวุฒิสภาและผู้ร้องที่ 2 เป็นคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ส่งคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงหรือไม่กรณีจึงเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญมาตรา 182 วรรคสามประกอบมาตรา 91 แล้วศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องดังกล่าว

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 267 เพราะเหตุผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งใดในบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบริษัทดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาประการแรกที่ต้องวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซมีเดีย จำกัดหรือไม่ พิจารณาแล้วเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ซึ่งบัญญัติห้ามนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นลูกจ้างของบุคคลใดเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นไปโดยชอบป้องกันมิให้เกิดการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์อันจะก่อให้เกิดสถานการณ์ขาดจริยธรรมซึ่งยากต่อการตัดสินใจทำให้ต้องเลือกอย่างใดอย่างหนึ่งระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งคำนึงถึงประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์สาธารณะการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่จึงขัดกันในลักษณะที่ประโยชน์ส่วนตัวจะได้มาจากการเสียไปซึ่งประโยชน์สาธารณะ

การทำให้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวบรรลุผล จึงมิใช่แปลความคำว่า “ลูกจ้าง” ในรัฐธรรมนูญมาตรา 267 เพียงหมายถึงลูกจ้างตามความหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือตามกฎหมายภาษีอากรเท่านั้น เพราะกฎหมายแต่ละ

ฉบับย่อมมีเจตนารมณ์แตกต่างกันไปตามเหตุผลแห่งการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ทั้งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ และยังมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์แตกต่างจากกฎหมายดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้นคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่นโดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไปซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ว่าหมายถึง “ผู้รับจ้างทำการงาน” “ ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” โดยมิได้คำนึงว่าจะมีการทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างสินจ้างหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างอื่นหากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำการงานแล้วย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง”ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ทั้งสิ้น

ข้อเท็จจริงได้ความจากการไต่สวนผู้ถูกร้องว่าหลังจากผู้ถูกร้องเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแล้ว ผู้ถูกร้องยังคงเป็นพิธีกรในรายการ “ชิมไปบ่นไป” และ “ยกโขยง 6 โมงเช้า” ให้แก่บริษัทเฟซมีเดีย จำกัด เมื่อพิเคราะห์ถึงลักษณะกิจการงานที่บริษัทเฟซมีเดีย จำกัด ได้กระทำร่วมกันกับผู้ถูกร้องมาโดยตลอดเป็นเวลาหลายปีโดยบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด ทำเพื่อมุ่งค้าหากำไรมิใช่เพื่อการกุศลสาธารณะและผู้ถูกร้องก็ได้รับค่าตอบแทนอย่างสมฐานะและภารกิจ เมื่อได้กระทำในระหว่างที่ผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีจึงเป็นการกระทำและนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในขอบข่ายที่มาตรา 267 ประสงค์จะป้องปรามเพื่อมิให้เกิดผลประโยชน์ทับซ้อนกับภาคธุรกิจเอกชนแล้ว กรณีถือได้ว่าผู้ถูกร้องเป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด เป็นการกระทำอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องจึงสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182วรรคหนึ่ง (7) โดยไม่จำต้องวินิจฉัยในปัญหาว่าผู้ถูกร้องดำรงตำแหน่งใดในบริษัทเฟซมีเดีย จำกัด หรือไม่อีก

ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าผู้ถูกร้องกระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 มีผลให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายสมัคร สุนทรเวช นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) และเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่านายกรัฐมนตรีผู้ถูกร้องกระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 เป็นเหตุให้ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวและเมื่อความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญมาตรา 182 จึงเป็นเหตุให้รัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 180 วรรคหนึ่ง (1) แต่ด้วยความเป็นรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีเป็นการสิ้นสุดลงเฉพาะตัวทำให้รัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีที่เหลือจึงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 181

3.6.2 ความเป็นมาและข้อเท็จจริงโดยสรุปในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

พลเอกสมเจตน์ บุญถนอมกับคณะนายวันธงชัย ชำนาญกิจ นายวิรัตน์ กัลยาศิริ นายวรินทร์ เทียมจรัส นายบวร ยสินธร กับคณะยื่นคำร้องรวมห้าคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าคำร้องทั้งห้ามีประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องเดียวกันเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนพิจารณาจึงมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกันโดยในส่วนของฝ่ายผู้ร้องให้เรียกพลเอกสมเจตน์ บุญถนอมกับคณะผู้ร้องที่ 1 นายวันธงชัย ชำนาญกิจ ผู้ร้องที่ 2 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ผู้ร้องที่ 3 นายวรินทร์ เทียมจรัส ผู้ร้องที่ 4 และนายบวร ยสินธรกับคณะผู้ร้องที่ 5 และฝ่ายผู้ถูกร้องให้เรียกประธานรัฐสภาในฐานะรัฐสภาผู้ถูกร้องที่ 1 คณะรัฐมนตรีผู้ถูกร้องที่ 2 พรรคเพื่อไทยผู้ถูกร้องที่ 3 พรรคชาติไทยพัฒนาผู้ถูกร้องที่ 4 นายสุนัย จุลพงศธรกับคณะผู้ถูกร้องที่ 5 และนายภราดร ปริศนานันทกุล กับคณะผู้ถูกร้องที่ 6 โดยข้อเท็จจริงในคำร้องสรุปได้ว่าผู้ถูกร้องที่ 2 ถึงผู้ถูกร้องที่ 6 ได้ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ต่อผู้ถูกร้องที่ 1 ฝ่ายผู้ร้องเห็นว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 291 เป็นบทบัญญัติว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังนั้นการที่ฝ่ายผู้ถูกร้องเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงมีผลให้เป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ถือเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่ง (1) มีคำสั่งให้ฝ่ายผู้ถูกร้องเลิกการกระทำใดๆ เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (2) มีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 ซึ่งเป็นผู้ยื่นร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ (3) มีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารของพรรคผู้ถูกร้องที่ 3 และพรรคผู้ถูกร้องที่ 4 เป็นเวลาห้าปีนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่ง

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเบื้องต้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำของบุคคลหรือพรรคการเมืองผู้กระทำการตามมาตรา 68 วรรคหนึ่งยื่นคำร้องขอให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้สองช่องทางคือหนึ่งเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและสองยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวโดยอำนาจหน้าที่ใน

การตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง นี้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ส่วนอัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้นหาได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่เมื่อผู้ร้องได้เคยเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบแล้วยังไม่ได้ผลเป็นที่พอใจจึงชอบที่จะใช้สิทธิประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้รับคำร้องทั้งห้านี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 17 (2) และดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป

ประเด็นพิจารณาวินิจฉัย

ประเด็นที่หนึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 68 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ที่จะใช้สิทธิให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้โดยให้มีสิทธิสองประการคือ ประการที่หนึ่งเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ และประการที่สอง สามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวได้เพราะอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการในกรณีที่ผู้ร้องใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง นี้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ อัยการสูงสุดเพียงแต่มีหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นและยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น หาได้ตัดสิทธิของผู้ร้องที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่ แม้ผู้ร้องได้เสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบแล้วก็ไม่ตัดสิทธิผู้ร้องที่จะใช้สิทธิในประการที่สองยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ การแปลความดังกล่าวนี้สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ในมาตรา 68 ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นไปเพื่อรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 ที่ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใดๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้” การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำที่อาจเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้นั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่และยังไม่บังเกิดผลจึงจะสามารถวินิจฉัยสั่งให้เลิกการกระทำนั้นได้หาไม่แล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 วรรคสอง ก็จะพ้นวิสัยไม่สามารถใช้บังคับได้ทั้งสิทธิพิทักษ์

รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้มีหลักการสำคัญมุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และการเข้าสู่อำนาจในการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นมาตรการในการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อจะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและการล้มล้างรัฐธรรมนูญมิให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วย่อมสุดวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้ ดังนั้นประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา 68 วรรคสองย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาและวินิจฉัยได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคสอง

ประเด็นที่สองการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

เห็นว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิดรัฐธรรมนูญโดยถือว่ามีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไปไม่ได้ที่จะให้องค์กรนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญนั้นเองกลับไปแก้รัฐธรรมนูญนั้น เหมือนการใช้อำนาจแก้ไขกฎหมายธรรมดาสำหรับประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายโดยทั่วไป

การตารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตามแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291

ประเด็นที่สามการกระทำของผู้ถูกร้องเป็นการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 วรรคหนึ่งหรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291 มีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้มีวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นรายมาตราเพื่อปฏิรูปการเมืองและปรับปรุงโครงสร้างทางการเมืองขึ้นใหม่ให้มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ไว้เพื่อเป็นช่องทางในการแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากข้อบกพร่องในตัวรัฐธรรมนูญเองหรือปัญหาจากข้อเท็จจริงทางการเมืองที่ต้องมีการแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบและมีความสอดคล้องต่อเนื่องในคราวเดียวกันหากพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช .... ที่มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เพื่อให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งกำลังเข้าสู่การลงมติในวาระที่สามจะเห็นได้ว่ากระบวนการดังกล่าวยังไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญดังที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง อีกทั้งขั้นตอนการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญยังมิได้เป็นรูปธรรมการกล่าวอ้างของผู้ร้องจึงเป็นการคาดการณ์ล่วงหน้าซึ่งยังไม่ปรากฏผลประการใดและยิ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา291 (1) วรรคสอง ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของการแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐจะเสนอมิได้” ประกอบกับบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช.... ให้เหตุผลว่า “จะยังคงรักษาระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไว้ตลอดไป” และในบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาตรา 291/11 วรรคห้า ก็ยังบัญญัติคุ้มกันเพื่อรับรองการร่างรัฐธรรมนูญที่จะไม่กระทบถึงสาระสำคัญแห่งรัฐว่า “ร่างรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์จะกระทำมิได้” และหากร่างรัฐธรรมนูญมีลักษณะตามวรรคห้าดังกล่าว “ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป” ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 291/11 วรรคหก

อย่างไรก็ตามหากสภาร่างรัฐธรรมนูญได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือ

เปลี่ยนแปลงรูปของรัฐหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขบทบัญญัติในหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์แล้ว ทั้งประธานรัฐสภาและรัฐสภาก็มีอำนาจยับยั้งให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไปได้รวมทั้งหากบุคคลใดทราบว่ามีกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวก็ยังมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าวในทุกช่วงเหตุการณ์ที่บุคคลนั้นทราบตราบเท่าที่รัฐธรรมนูญมาตรา 68 ยังมีผลใช้บังคับประการสำคัญเมื่อพิจารณาคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงและการไต่สวนของศาลจากฝ่ายผู้ถูกร้องอาทิ นายสมศักดิ์ เกียรติสุรนนท์ ประธานรัฐสภา นายอัชพร จารุจินดา ผู้แทนคณะรัฐมนตรี นายยงยุทธ วิชัยดิษฐ ผู้แทนพรรคเพื่อไทย นายชุมพล ศิลปอาชา ผู้แทนพรรคชาติไทยพัฒนาและนายภราดร ปริศนานันทกุล ล้วนต่างเบิกความถึงเจตนารมณ์ในการดำเนินการเพื่อให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ว่ามิได้มีเจตนารมณ์ที่จะกระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ และผู้ถูกร้องทั้งหมดยังแสดงถึงเจตคติอันตั้งมั่นว่าจะดำรงคงไว้ซึ่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอยู่เช่นเดิม

พิจารณาแล้วจึงเห็นว่าข้อเท็จจริงยังรับฟังไม่ได้ว่าการกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหกเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ข้อกล่าวอ้างทั้งหมดจึงคงเป็นเพียงการคาดการณ์หรือเป็นความห่วงใยต่อสถาบันพระมหากษัตริย์และการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้งยังห่างไกลต่อการที่จะเกิดเหตุตามที่กล่าวอ้าง การกระทำของผู้ถูกร้องทั้งหก จึงฟังไม่ได้ว่ามีเจตนาล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 68 วรรคหนึ่ง จึงให้ยกคำร้องในประเด็นนี้

เมื่อได้วินิจฉัยเป็นดังนี้แล้วจึงไม่จำต้องวินิจฉัยในประเด็นว่าหากกรณีเป็นการกระทำที่เข้าข่ายตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง จะถือเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่อีกต่อไป

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงให้ยกคำร้องทั้งห้าคำร้อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 เป็นข้อเท็จจริงและผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ผู้เขียนจะนำไปศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้

DPU

บทที่ 4
วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

จากการที่ได้ศึกษามาในเรื่องของแนวคิด ทฤษฎี หลักพื้นฐานทั่วไปทางกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ซึ่งพอทำให้ทราบถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาการตีความ และอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รวมถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้ว คงพอจะทำให้เข้าใจถึงบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญประเทศไทยและต่างประเทศ ในประเด็นปัญหาและข้อเท็จจริงที่มีความเหมือนและแตกต่างกันไป วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าว โดยนำเอาหลักทฤษฎี แนวคิด มาวิเคราะห์ถึงสภาพปัญหาว่าเป็นอย่างไร เพื่อให้เกิดความเข้าใจในทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายอย่างถูกต้อง

4.1 ปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

4.1.1 วิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551

จากข้อเท็จจริงโดยสรุปในคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ที่กล่าวไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.6 แล้วนั้น ก่อนที่จะวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาที่เป็นหัวใจสำคัญในคำวินิจฉัยฉบับนี้ จำเป็นที่ต้องศึกษาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 265 เสียก่อน กล่าวคือบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 265 บัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ในเรื่องการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ อยู่ในหมวด 12 ว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บริบทของรัฐธรรมนูญทั้งสองมาตรานี้ได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยเรื่อง “การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์” โดยเจตนารมณ์ของมาตรา 265 เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์ป้องกันมิให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาในฐานะผู้แทนปวงชนชาวไทยมีการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ในการตรากฎหมาย รวมทั้งควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐและนโยบายของ

คณะรัฐมนตรีที่แถลงต่อรัฐสภา โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 265 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติข้อห้ามไว้อย่างชัดเจนว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องไม่ดำรงตำแหน่งหรือหน้าที่ใดในหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือตำแหน่งสมาชิกสภาท้องถิ่น ผู้บริหารท้องถิ่น หรือข้าราชการส่วนท้องถิ่น... และไม่รับเงินหรือประโยชน์ใดๆ จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ...

เจตนารมณ์ตามมาตรา 267 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบมาตรา 265 เห็นว่าความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ไม่ประสงค์ให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งใดในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทหรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหากำไรหรือรายได้มาแบ่งกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดก็มิได้ด้วย

การพิจารณาหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญมาตรา 265 ประกอบ มาตรา 267 นั้น ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบใน 3 ประการดังนี้ คือ

1. บุคคลที่รัฐธรรมนูญกำหนดห้ามมิให้กระทำการดังกล่าว
2. ลักษณะของการกระทำที่ต้องห้าม และ
3. การกระทำที่ต้องห้ามนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์

หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามที่ได้ศึกษามาในบทที่ 2 ซึ่งสามารถสรุปหลักการสำคัญของหลักดังกล่าวได้ดังนี้ คือต้องเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนบุคคล ซึ่งอาจละเมิดต่อจริยธรรม และกฎหมายเนื่องจากผลประโยชน์ระดับรองได้เข้าแทรกแซงการใช้ดุลพินิจหรือกระบวนการตัดสินใจ ทำให้ผู้พิจารณาต้องละทิ้งคุณธรรมในการปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ อันทำให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของสถาบันหรือองค์กร ซึ่งเป็นผลประโยชน์หลัก หรืออาจสรุปง่ายๆ ได้ว่า ผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อนนี้ หมายถึงสถานการณ์ที่ผู้มีตำแหน่งและอำนาจในการตัดสินใจ ไม่ใช้อำนาจอย่างอิสระเป็นกลางเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเนื่องจากมีผลประโยชน์ส่วนตัวเข้ามาเกี่ยวข้อง

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 265 ประกอบมาตรา 267 และหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการพิจารณาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมาตรา 265 แล้วนั้น สามารถวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 ได้ดังนี้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ประเด็นปัญหาสำคัญไม่ใช่อยู่ที่ศาลรัฐธรรมนูญตีความลักษณะของการจ้างแรงงานแต่เพียงอย่างเดียว แต่สิ่งที่ขาดหายไปในคำวินิจฉัยฉบับนี้คือองค์ประกอบสำคัญของการกระทำนั้นว่ามีลักษณะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือไม่

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ว่า คำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 จึงมีความหมายกว้างกว่าคำนิยามของกฎหมายอื่นโดยต้องแปลความตามความหมายทั่วไปซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ว่าหมายถึง “ผู้รับจ้างทำการงาน ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” โดยมิได้คำนึงว่าจะมีการทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้างสินจ้างหรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างอื่นหากมีการตกลงเป็นผู้รับจ้างทำการงานแล้วย่อมอยู่ในความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 267 ทั้งสิ้นและการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ผู้ร้องก็ได้รับค่าตอบแทนอย่างสมฐานะและภารกิจ เมื่อได้กระทำในระหว่างที่ผู้ร้องดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีจึงเป็นการกระทำและนิติสัมพันธ์ที่อยู่ในขอบข่ายที่มาตรา 267 ประสงค์จะป้องปรามเพื่อมิให้เกิดผลประโยชน์ทับซ้อนกับภาคธุรกิจเอกชน...”

เมื่อพิเคราะห์การตีความของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้กับหลักการตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 265 ประกอบ 267 ตามองค์ประกอบที่ผู้เขียนได้ยกมาข้างต้น ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เห็นว่าการตีความในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและคำวินิจฉัยที่ว่าการกระทำและนิติสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 267 ซึ่งหมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญมองว่าการเป็นลูกจ้างและได้รับเงินตอบแทนนั้น เพียงพอที่จะส่งผลให้การทำหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีแปรเปลี่ยนไปตามหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว

ในกรณีนี้เมื่อพิจารณาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 265 ประกอบมาตรา 267 และหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำที่จะเป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือผลประโยชน์ทับซ้อนนั้น จะต้องมีลักษณะเป็นการรับผลประโยชน์ตอบแทนไม่ว่าจะมากหรือน้อย หรือผลประโยชน์อื่นใด และการรับนั้นส่งผลกระทบกับการใช้อำนาจและการตัดสินใจและมีอิทธิพลที่จะเอื้อประโยชน์ส่วนตัวถึงขั้นที่จะส่งผลกระทบต่อการทำหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย กรณีดังกล่าว การเป็นลูกจ้างของ นายสมัคร สุนทรเวช ผู้เขียนเห็นว่าลำพังเพียงการรับจ้างเป็นพิธีกรในรายการทำอาหารและได้รับค่าตอบแทนนั้น ไม่ได้มีลักษณะถึงขนาดที่จะส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแปรเปลี่ยนไปแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยในหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์เมื่อปี พ.ศ. 2544 ตามคำวินิจฉัยที่ 4/2544 วันที่ 6 กุมภาพันธ์ 2544 “.. เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 208 มีเจตนารมณ์ที่จะป้องกันมิให้มีการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์ของส่วนบุคคล โดยปิดกั้นมิให้รัฐมนตรีอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไปแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตน หรือเพื่ออำนวยประโยชน์ให้แก่ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท

ที่ตนมีส่วนได้เสีย หรือที่ตนดำรงตำแหน่งอยู่อีกทั้งเพื่อให้รัฐมนตรีอุทิศเวลาและทุ่มเทกำลังให้กับการบริหารราชการแผ่นดิน อันเป็นภารกิจสำคัญที่รัฐธรรมนูญมอบหมายอย่างเต็มที่ ดังนั้น ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ จึงต้องเป็นนิติบุคคลที่ประกอบการหรือมีการดำเนินการอยู่ตามปกติอันอาจจะนำไปสู่การขัดกันของผลประโยชน์ หรือทำให้รัฐมนตรีต้องแบ่งเวลาจากการบริหารราชการแผ่นดินมาให้ มิใช่นิติบุคคลที่เลิกกิจการ หรือไม่ได้ประกอบกิจการใดๆ แล้ว"

หลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์หรือผลประโยชน์ทับซ้อนนี้ ในประเทศฝรั่งเศส ศาลฎีกาแผนกคดีอาญา ลงวันที่ 9 มีนาคม 2005[213] ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าข้อเท็จจริงในคดี จำเลยซึ่งมีตำแหน่งรองนายกเทศมนตรีให้ความเห็นชอบในการที่เทศบาลเมืองลีล (Lille) จะจ่ายเงินอุดหนุนสมาคม Philolille (วัตถุประสงค์ด้านวัฒนธรรมและปรัชญา) ต่อมามีการประชุมสภาที่ปรึกษาเมืองลีลโดยจำเลยไม่ได้อยู่ในที่ประชุมและมิได้ร่วมโหวต สภาโหวตให้อุดหนุนเงินสมาคมดังกล่าวจำนวน 15,000 ยูโร (100,000 ฟรังซ์)

จำเลยให้การต่อสู้ว่า ตนเพียงให้ความเห็นแต่มิได้ร่วมโหวตแต่พยานหลักฐานในชั้นศาลสามารถฟังได้ว่า

1. จำเลยเป็นผู้บริหารของบริษัท SLPG ซึ่งเป็นบริษัทที่มีผลประกอบการไม่ดี
2. ปรากฏใบเสร็จรับเงินของบริษัท SLPG จำนวนเงินประมาณ 109,271 ฟรังซ์ ค่าจ้างในการส่งเอกสารที่จ่ายโดยสมาคม Philolille
3. จำเลยมีผลประโยชน์ทางการเงินในเรื่องที่จะเข้าไปตรวจสอบดูแลบริษัท

ศาลฎีกาพิพากษาลงโทษจำเลยโดยให้เหตุผลว่าแม้เพียงการให้ความเห็นก็เพียงพอที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดแล้ว

และอีกตัวอย่าง ในคำพิพากษาคดีอาญา ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1999[214] ข้อเท็จจริงในคดีจำเลยซึ่งมีตำแหน่งรองประธานสภาที่ปรึกษาจังหวัด (Department) เข้าร่วมโหวตในสภาที่ปรึกษาอนุมัติให้สภาจังหวัดจ่ายเงินอุดหนุนแก่สมาคม

จำเลยให้การต่อสู้ว่า การโหวตในสภาที่ปรึกษาไม่เพียงพอที่จะถือว่า เป็นการตรวจสอบดูแลหรือการสอดส่องดูแล

---

[213] ฐานันท์ วรรณโกวิท. (ม.ป.ป.). "ประสบการณ์จากการฝึกอบรมเส้นทางคอร์รัปชั่น ณ มหาวิทยาลัยตูลูส 1 กาปิโตส สาธารณรัฐฝรั่งเศส." *วารสารยุติธรรมปริทัศน์*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.library.coj.go.th

[214] แหล่งเดิม.

แต่พยานหลักฐานในชั้นศาลสามารถฟังได้ว่า

1. สมาคมที่ได้รับเงินอุดหนุนนั้น บริหารโดยลูกชายของจำเลย
2. สมาคมนั้นมิได้มีอยู่จริง
3. เงินอุดหนุนดังกล่าวถูกแบ่งเป็นสองส่วน ส่วนแรกส่งไปให้สมาคมดังกล่าว อีกส่วนหนึ่งถูกส่งไปยังบริษัทที่บริหารงานโดยจำเลย

ศาลฎีกาตัดสินลงโทษจำคุกจำเลย และมีคำสั่งให้คืนเงินพร้อมดอกเบี้ยและจ่ายค่าปรับ ส่วนลูกชายและภริยาจำเลยมีความผิดตามสนธิสัญญาต่อต้านการคอร์รัปชั่น ซึ่งมีการอนุวัติการโดยประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส ถูกลงโทษจำคุก และจ่ายค่าปรับ (ในอัตราที่สูงกว่าที่จำเลย) โดยศาลสร้างหลักที่ว่า การเข้าร่วมในการตัดสินใจมีผลเทียบเท่าการตรวจสอบดูแลและการสอดส่องดูแลตามกฎหมาย (เนื่องจากกฎหมายในเรื่องนี้ต้องการปกป้องความซื่อสัตย์สุจริตในการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ เพื่อไม่ให้สังคมเกิดความแคลงใจ หรือผลประโยชน์ทับซ้อน) (Conflict of Interest)

คดีสุดท้ายที่ถือเป็นคดีประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศส ที่ตัดสินความผิดของบุคคลทางการเมืองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่มีผลประโยชน์ทับซ้อน คือ เมื่อวันที่ 4 กันยายน 2011 นายฌาค ชีรัค อดีตประธานาธิบดีฝรั่งเศสถูกฟ้องต่อศาลคดีคอร์รัปชั่นโดยกล่าวหาว่าสมัยดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีกรุงปารีส ตั้งแต่ปี 1977-1995 เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงินซื้อตำแหน่งในสภาเทศบาลให้กับลูกพรรค R.P.R ทั้งที่ไม่มีตำแหน่งนั้นจริงๆ อีกข้อหาคือการนำเงินส่วนกลางไปจ้างพนักงานมาทำงานในพรรค R.P.R โดยในขณะดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีฝรั่งเศส นายฌาค ชีรัค มีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตัวเองพ้นผิด อีกทั้งผลักดันให้มีการดำเนินคดีนี้ภายหลังพ้นตำแหน่งประธานาธิบดีฝรั่งเศส โดยอ้างความต่อเนื่องของการปกครอง

วันที่ 15 ธันวาคม 2544[215] ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุก 2 ปี อดีตประธานาธิบดีฌาค ชีรัค แห่งฝรั่งเศสในวัย 79 ปี ตามความผิดในข้อหาทุจริตคอร์รัปชั่นในการใช้อิทธิพลเข้าไปก้าวก่ายกองทุนและยักยอกเงิน ในช่วงระหว่างปี 2533-2538 ขณะดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีกรุงปารีส แต่โทษจำคุกนั้นให้รอลงอาญาไว้ก่อน

ทั้ง 3 คดี ที่ตัดสินในศาลฝรั่งเศส เป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นลักษณะความสัมพันธ์ที่เป็นผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) ไม่ว่าประโยชน์นั้นจะเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือไม่ก็ตาม ก็เข้าข่ายผิดกฎหมาย ดังเช่นคดีที่ยกมานี้เป็นเรื่องการจ้างงานโดยไม่มีการจ้างกันจริง การให้ความเห็นที่เอื้อเฟื้อต่อกิจการของตนเองหรือเครือญาติ การเข้าร่วมตัดสินใจก็มีผลเทียบเท่า

---

[215] สำนักข่าวแห่งชาติ กรมประชาสัมพันธ์. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://thainews.prd.go.th

การตรวจสอบดูแลสอดส่องตามกฎหมาย ซึ่งหลัก (Conflict of Interest) นี้ต้องการปกป้องความซื่อสัตย์สุจริตในการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่ต้องการความเคลือบแคลงหรือผลประโยชน์ทับซ้อน

เมื่อได้ศึกษาในเรื่องของการขัดกันแห่งผลประโยชน์ทั้งแนวคำพิพากษาของศาลไทยและคดีของประเทศฝรั่งเศสแล้วนั้น การตีความตามคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 เมื่อพิเคราะห์จากหลักทฤษฎีว่าด้วยการขัดกันแห่งผลประโยชน์ เห็นว่าการตีความดังกล่าวไม่ได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แท้จริง และคำวินิจฉัยดังกล่าวอาจเป็นบรรทัดฐานในการตีความว่าด้วยหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่ผิดไปในอนาคตได้และเห็นว่าการตีความในกรณีเช่นนี้ขัดต่อหลักการตีความรัฐธรรมนูญ เพราะสิ่งที่สำคัญประการหนึ่งในการตีความรัฐธรรมนูญนั้นคือการที่ศาลจะต้องพิจารณาถ้อยคำและความมุ่งหมายไปพร้อมๆ กัน และการตีความนั้นจะต้องตีความไปในทางที่ทำให้ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐสามารถบังคับได้จริงและเป็นบรรทัดฐานที่ถูกต้อง การตีความที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย อาจกลายเป็นการสร้างหลักกฎหมายใหม่ที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ ผู้มีอำนาจตีความจำเป็นต้องตีความโดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ หลักการ และถ้อยคำ สิ่งที่สำคัญที่สุดในระบบการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะต้องไม่เป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหาการตีความที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการตีความกฎหมายของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยนั้นทำให้พบเห็นจุดเด่น จุดด้อย ของการตีความในระบบกฎหมาย ปัญหาการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นเรื่องหนึ่งที่มีการโต้แย้ง และไม่ได้มีแนวทางเดียวกันของระบบกฎหมายทั้งสองระบบ คือ ระบบ Common Law และระบบ Civil Law โดยที่หลักกฎหมายของอังกฤษ ในระบบ Common Law นั้น ดังที่กล่าวมาแล้วนั้นว่าผู้พิพากษาจะอ้างอิงรายงานการประชุมร่างกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ มาประกอบการพิจารณานั้นเป็นการต้องห้าม ศาลจะต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายนั้นเองว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนาอย่างไร แต่ในระบบ Civil Law นั้นถือว่าการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดของศาล โดยถือว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างมีความสำคัญเท่าๆ กันกับกฎหมายที่ตราขึ้น

สำหรับการตีความของประเทศไทยนั้น ปัจจุบันยังคงยึดหลักผสมผสานระหว่างระบบซีวิล์ลอว์ (Civil Law) และ คอมมอนลอว์ (Common Law) และค่อนข้างจะโน้มเอียงไปในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งที่ประเทศไทยของเราเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งจาก

การได้ศึกษาเปรียบเทียบแล้วหลักการตีความของกฎหมายฝรั่งเศสโดยอาศัยหลัก Travaux Preparatories ถือเป็นแนวทางที่ควรนำมาพิจารณาสร้างระบบการตีความของเราเองได้

ซึ่งหลักการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ของอังกฤษ การพิจารณาว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์อย่างไรต้องพิจารณาในขณะที่ตรากฎหมายนั้นใช้บังคับ แต่ในระบบประมวลกฎหมาย ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี สามารถพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายต่างไปจากเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่ตรากฎหมายได้ โดยถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเป็นเจตนารมณ์ที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระจากผู้บัญญัติกฎหมาย และสามารถพิเคราะห์เจตนารมณ์ของกฎหมายในขณะที่ตีความไม่ใช่ในขณะที่มีการตรากฎหมายฉบับนั้น ซึ่งศาลสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี สามารถตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงพฤติการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนั้น

สำหรับประเทศไทยนั้น เห็นควรว่าเนื่องจากสภาพการเมือง การปกครองที่แตกต่างจากเยอรมันและอังกฤษ ปัญหาการตีความกฎหมายโดยเฉพาะการตีความรัฐธรรมนูญนั้นมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายการเมืองค่อนข้างมาก การตีความตรงนี้ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะให้สอดคล้องกับสภาพการเมืองการปกครอง และระบบกฎหมาย รวมถึงการเคารพหลักภารกิจตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญต้องอยู่ภายในกรอบแห่งรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียมกัน การค้นหาเจตนารมณ์ตรงนี้แน่นอนว่าการค้นหาเจตนารมณ์แบบประเทศเยอรมนีนั้น ส่วนหนึ่งเหมาะสมและสอดคล้องกับระบบกฎหมายและนิติวิธีของ Civil Law หรือในระบบประมวลกฎหมายเพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและสอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายในตัวเองเป็นเอกเทศไม่ขึ้นกับผู้บัญญัติกฎหมายในขณะที่บัญญัติกฎหมายนั้น

สำหรับประเทศไทยหลักการตรงนี้ยังไม่สอดคล้องกับสภาพการเมืองการปกครองในประเทศไทย ด้วยเหตุผลที่ในเยอรมันนั้น ปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญค่อนข้างที่ยึดแนวหลักการเคารพภารกิจองค์กรอื่นค่อนข้างสูง ดังนั้น การค้นหาเจตนารมณ์ของประเทศไทยจึงต้องยึดถือทั้งแนวทางของเยอรมันและฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการวางแนวทางการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายของไทยกล่าวคือ แม้จะถือว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นเป็นเจตนารมณ์ที่เป็นเอกเทศจากผู้บัญญัติกฎหมาย แต่ยังคงต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของผู้บัญญัติกฎหมายประกอบด้วย ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจของแต่ละองค์กรมีความสมบูรณ์

จากปัญหาการตีความที่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของศาลรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยที่ 12-13/2551 นั้นเห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญยังมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้มีอำนาจตีความจะต้องคำนึงถึงหลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน โดยการตีความจะต้องคำนึงถึงระบบกฎหมาย ระบบศาล นิติวิธีของระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งในเรื่องการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ

นี้ นายนภดล เฮงเจริญ อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้เสนอการตีความรัฐธรรมนูญไว้โดยมีสาระสำคัญโดยการแบ่งเป็นเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นกรอบในการตีความ ซึ่งได้แก่การทำความเข้าใจในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ การตีความโดยคำนึงถึงบริบทของรัฐธรรมนูญ การละเว้นไม่ตีความให้เกิดผลประหลาด การเลือกตีความไปในทางที่มีผลใช้บังคับได้และต้องคำนึงถึงเอกภาพของรัฐธรรมนูญด้วย

และสิ่งที่จำเป็นและสำคัญที่สุดประการหนึ่งในการตีความรัฐธรรมนูญของผู้มีอำนาจตีความในระบบ Civil law หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น การตีความที่นอกเหนือเจตนารมณ์หรือไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์นั้น อาจเป็นผลให้เป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่เป็นการกระทบต่อหลักดุลยภาพระหว่างองค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยได้ ทั้งนี้ผู้มีอำนาจตีความจะต้องคำนึงถึงหลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

เนื่องจากปัญหาการตีความกฎหมายยังคงเป็นปัญหาหลักของผู้ศึกษากฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย ที่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในหลักการตีความกฎหมายที่ถูกต้อง ตามที่นักวิชาการสามท่านได้พูดถึงปัญหาการตีความกฎหมายไว้อย่างน่าสนใจ ผู้เขียนขอหยิบยกความเห็นของทั้งสามท่านซึ่งได้ให้ความเห็นทางวิชาการไว้ในบทความ “หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม” มาเพื่อให้เห็นปัญหาและเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาการตีความดังนี้

ท่านศาตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวว่า “ปัญหาสำคัญที่สุดในการตีความกฎหมายไทยซึ่งทำให้เกิดปัญหาตามมา ก็คือการตีความกฎหมายยังไม่ได้รับการให้ความสำคัญอย่างเพียงพอและในหลักสูตรของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยต่างๆ ในประเทศไทยแทบจะไม่มีการสอนวิชาการตีความกฎหมายเลยไม่ว่าในระดับปริญญาตรีหรือในระดับการศึกษาที่สูงขึ้นไป รวมทั้งในระดับเนติบัณฑิต ทำให้ปัจจุบันมีปัญหาในการตีความกฎหมายทั้งในแง่ของการบริหารราชการแผ่นดินและในแง่ของคำพิพากษาของศาลที่มีผลประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึกและความเป็นธรรม”

ศาตราจารย์ (พิเศษ) ดร.อักขราทร จุฬารัตน กล่าวว่า “สภาพปัญหาต่างๆ ไม่เฉพาะแต่ปัญหาเรื่องการตีความกฎหมาย มีสาเหตุมาจากการที่เราไม่รอบรู้อย่างแท้จริงและไม่รู้ซึ้งในศาสตร์ต่างๆ ยกตัวอย่างเช่น หลักประชาธิปไตย..” ในส่วนของการใช้และการตีความกฎหมายสิ่งหนึ่งที่เป็นข้อสังเกตคือเราไม่ค่อยมีตรรกะ ไม่ได้เรียนตรรกะกันในมหาวิทยาลัย เหตุผลเป็นเรื่องสำคัญต้องเรียนและศึกษามากกว่าปัจจุบัน ท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.อักขราทร จุฬารัตน กล่าวต่อว่า ระบบการศึกษาของเราจะต้องให้ผู้ศึกษามีความรู้ลึกซึ้งในประวัติศาสตร์สากล ความเป็นมา วิวัฒนาการ ตรรกศาสตร์ ปรัชญา การนำเอาทฤษฎีทางกฎหมายของต่างประเทศต่างๆ มาประยุกต์

ให้สอดคล้องกับสภาพสังคมเศรษฐกิจ การเมืองการปกครองของไทยมากกว่าการสอนให้ท่องจำกฎหมาย

ศาสตราจารย์ กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่า “สาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายที่ไม่ถูกต้องนั้น ประการหนึ่ง คือเกิดจากการเรียนการสอนทางนิติศาสตร์ของประเทศไทยที่เน้นการเรียนการสอนแบบให้ท่องจำตัวบทกฎหมาย คำพิพากษาศาลโดยไม่ดูเหตุผลของคำพิพากษานั้น ทำให้ไม่รู้ว่าอะไรคือที่มาหรือเหตุผลที่แท้จริงของกฎหมาย...”

ดังนั้นเพื่อให้เกิดความรู้ ความเข้าใจในการตีความกฎหมายอย่างแท้จริงและถูกต้อง และเพื่อประโยชน์ในการศึกษาและลดปัญหาการตีความกฎหมายในอนาคต ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการสอนวิชาการตีความกฎหมายในสถาบันการศึกษา เพื่อการบังคับใช้กฎหมายจะเป็นไปในแนวทางเดียวกัน และจะทำให้การตีความกฎหมายไทยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน

4.2 ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายหลังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 กรณีรับคำร้อง ที่ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดให้ตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และกำหนดกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เป็นกระบวนการที่มีลักษณะตามมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งในคำวินิจฉัยที่เป็นประเด็นปัญหาในคำวินิจฉัยฉบับนี้คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนั้นเพื่อพิจารณาตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ก่อนจะพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ผู้เขียนได้สรุปข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ไว้ในบทที่ 3 ข้อ 3.6 และนำมาวิเคราะห์ในข้อ 4.2.1 ดังนี้

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

ในประเด็นปัญหาที่สอง วิทยานิพนธ์เล่มนี้มุ่งศึกษาเฉพาะประเด็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้หรือไม่

การวิเคราะห์ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนได้ศึกษาปัญหาการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศและได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ทั้งทฤษฎีและแนวคิดในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ

ว่าอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติใดหรือทฤษฎีใดในการเข้าไปตรวจสอบ เพื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ซึ่งพอสรุปแนวทางของแต่ละประเทศได้ดังนี้

1) ประเทศโรมาเนีย เป็นประเทศที่รัฐธรรมนูญแห่งโรมาเนียมีบทบัญญัติอย่างชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ โดยรัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ. 1991 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2003 รัฐธรรมนูญมาตรา 146(a) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และสามารถตรวจสอบได้ทั้งกระบวนการตราและเนื้อหาของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ทั้งก่อนและหลังการพิจารณาของสภา แต่ห้ามพิจารณาหลังจากที่ได้ลงประชามติแล้ว

2) ประเทศตุรกี เป็นอีกประเทศหนึ่งที่รัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982 มาตรา 148(1) บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่บัญญัติข้อจำกัดในการตรวจสอบไว้ให้สามารถตรวจสอบได้เฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบ

3) ประเทศฝรั่งเศส ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศสบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติก่อนประกาศใช้และตรวจสอบความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาก่อนให้สัตยาบัน รัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บัญญัติให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศสก็ไม่ถึงกับบัญญัติห้ามคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ให้มีเขตอำนาจดังกล่าวแต่อย่างใด

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่แม้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งให้คณะตุลาการไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ตีความวางบรรทัดฐานที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญกล่าวคือ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจให้คณะตุลาการมีเขตอำนาจ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมไม่มีอำนาจพิจารณา โดยหลักนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบยุโรป คือ ศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะศาลพิเศษไม่ได้มีเขตอำนาจทั่วไป มีแต่เพียงเขตอำนาจจำกัดหรือเขตอำนาจเฉพาะนั่นเอง เช่นคำวินิจฉัยที่ 62-20 DC ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1962 วินิจฉัยว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบโดยประชามติได้และคำวินิจฉัยที่ 2003-469 DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 วินิจฉัยว่ากฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 2003 ซึ่งเสนอเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีผลต่อการกระจายอำนาจของสาธารณรัฐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติธรรมดาเมื่อมีคำร้องยื่นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใต้เงื่อนไขที่มาตรา 61 กำหนดไว้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้รับอำนาจทั้งจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 หรือจากมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

มาตรา 61[216] “ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและก่อนที่จะมีการบังคับการใช้ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมก่อนเพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกันก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคนหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีที่เป็นไปตามทั้งสองวรรคข้างต้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งเดือน แต่ถ้ารัฐบาลร้องขอว่าเป็นเรื่องเร่งด่วน ให้ร่นระยะเวลาดังกล่าวเหลือแปดวันได้

ในกรณีเช่นเดียวกัน การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยจะมีผลทำให้ระยะเวลาในการประกาศใช้กฎหมายสะดุดหยุดอยู่

4) ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ไม่มีบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาตรวจสอบโดยอาศัยฐานอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายธรรมดา ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับอำนาจตามกฎหมายพื้นฐาน ค.ศ. 1949 มาตรา 93 ให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องต่างๆ ได้ แต่ในมาตรานี้ไม่ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ซึ่งมาตรา 93(1) และ (2) บัญญัติไว้เพียงให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์หรือกฎหมายมลรัฐ ส่วนเรื่องขอบเขตการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงในมาตรานี้

---

[216] นันทวัฒน์ บรมานันท์ ง เล่มเดิม. หน้า 61.

อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ได้มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 2004 คดีความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แม้ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมสามารถตีความรวมถึงขอบเขตความหมายของคำว่า “กฎหมายสหพันธ์ (Bundesrecht)” แต่เข้าใจได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความขอบเขตของคำว่ากฎหมายสหพันธ์ไม่ได้หมายความถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดาของสหพันธ์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงกฎหมายที่แสดงออกในการแก้ไขหรือเพิ่มเติมเนื้อหาของกฎหมายพื้นฐานดังเช่นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าตนมีเขตอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้

สำหรับประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยสามารถแยกการตรวจสอบออกเป็นสองลักษณะดังนี้คือ

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหากฎหมาย ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้วว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบเนื้อหากฎหมายได้ทั้งในกรณีที่เป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้และตรวจสอบหลังประกาศใช้ ยกเว้นมาตรา 185 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด ในกรณีนี้ถือเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายในมาตรานี้ได้

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยกระบวนการตรา เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วว่าตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายได้เฉพาะกรณีที่เป็นการตรวจสอบก่อนประกาศใช้ตามมาตรา 141 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และมาตรา 154 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ และในกรณีเป็นการตรวจสอบหลังประกาศใช้ตามมาตรา 185 ที่ว่าด้วยการตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดเท่านั้น

ส่วนมาตรา 211 มาตรา 212 มาตรา 245(1) และมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) เป็นการตรวจสอบหลังการประกาศใช้เพื่อความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับไม่อาจหยิบยกประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรามาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้

เมื่อพิจารณาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้และไม่ได้บัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้ง เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งประเทศฝรั่งเศส ซึ่งในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 กรณีที่ประธานรัฐสภาได้ส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 ว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำตามมาตรา 291 (1)-(7) โดยต้องทำเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม มิใช่ทำเป็นร่างพระราชบัญญัติ และ มาตรา 291 (7) ก็ให้นำเฉพาะมาตรา 150 และมาตรา 151 มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 154 (1) ให้ยกคำร้อง คำวินิจฉัยฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้มีการบัญญัติไว้เฉพาะแล้ว ไม่อาจนำบทบัญญัติการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติมาเป็นฐานในการรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมไว้ตรวจสอบได้

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่ 2003-469 DC ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2003 ที่เห็นว่ารัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังได้วินิจฉัยเพิ่มเติมว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ได้รับอำนาจทั้งจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 หรือจากมาตราอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญให้มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องที่ผู้ร้องยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญมาพิจารณาวินิจฉัย โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 68 โดยถือเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการสั่งการตรวจสอบสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยประชาชน เพื่อตรวจสอบว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่อยู่ในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมที่ผ่านความเห็นชอบในวาระที่สอง และรอการลงมติในวาระที่สามนั้น มีลักษณะเป็นการล้มการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขหรือไม่

การตีความของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นอำนาจในการรับคำร้องมาเพื่อตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนั้น ศาลรัฐธรรมนูญของไทยมีอำนาจเพียงใดและรัฐธรรมนูญมาตรา 68 ได้บัญญัติเปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพียงใดนั้น ประเด็นนี้ผู้เขียนขอหยิบยกนิติวิธีในระบบกฎหมายสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี มาเปรียบเทียบเพื่อชี้ให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยสามารถนำหลักการนี้มาเพื่อตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมได้เช่นเดียวกับเยอรมันหรือไม่

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญเยอรมัน กำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” (Laws) เอาไว้และศาลรัฐธรรมนูญตีความว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เพียงอาศัยฐานแห่งบทบัญญัติดังกล่าวโดยไม่ต้องมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่กำหนดเขตอำนาจเฉพาะต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกแต่อย่างใด

ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี มาตรา 79 ที่กำหนดว่า “กฎหมายพื้นฐานจะถูกแก้ไขได้ก็แต่กฎหมาย (Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geandert warden) ซึ่งต้องประกาศอย่างชัดเจนว่ามีการแก้ไข หรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐาน” เมื่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องทำในรูปของกฎหมาย ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงย่อมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ จึงเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ตีความขอบเขตของคำว่า “กฎหมาย” นั้นไม่ได้หมายถึงเฉพาะกฎหมายธรรมดา แต่รวมถึงรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย การตีความของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเป็นการยอมรับหลักการแก้ไขและกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นอย่างเดียวกันกับร่างกฎหมายธรรมดา ฉะนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว นอกจากรัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้โดยชัดแจ้งแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีการบัญญัติหลักการตรวจสอบไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญมาตรา 141 และมาตรา 254 แล้ว ส่วนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในบทบัญญัติมาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญและไม่ได้บัญญัติให้มีการนำมาตรา 141 หรือมาตรา 254 มาใช้บังคับกับกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งนี้ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554 ตามที่กล่าวมาข้างต้น

เมื่อพิจารณาจากหลักการตรงนี้ เห็นว่าแตกต่างจากนิติวิธีของประเทศเยอรมัน นอกจากนี้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 32/2553 ที่ตีความคำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึง กฎหมายในความหมายของรัฐธรรมนูญคือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือโดยองค์กรอื่นที่เทียบเท่าและมิใช่โต้แย้งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วยกัน

คำวินิจฉัยดังกล่าวนี้ จึงเป็นการชี้ชัดกับคำว่า “กฎหมาย” ทางนิติวิธีของเยอรมัน เมื่อพิจารณาจากทฤษฎีและโครงสร้าง แนวคำวินิจฉัยของศาลทำให้เข้าใจได้ว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้อยู่สถานะเดียวกับคำว่า บทบัญญัติ หรือกฎหมายธรรมดาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหานี้ก็ยังมีแนวความคิดจากนักวิชาการหลายฝ่ายที่ให้ความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้แตกต่างกัน ผู้เขียนจึงขอหยิบยกมาเพื่อประกอบกับแนวความคิดทางทฤษฎีและมุมมองทางกฎหมายที่จะเป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงอำนาจการตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ปัญญา อุดชาชน ให้ความเห็นทางวิชาการว่า “ด้วยเหตุจากการที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยผ่านกลไกต่างๆ เช่น สภาร่างรัฐธรรมนูญ และจากหลักนิติรัฐ (The Legal State) ที่โลกสากลยอมรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ศาลรัฐธรรมนูญไทยซึ่งได้จัดตั้งขึ้นตามแนวคิดของ Hans Kensen บิดาแห่งศาลรัฐธรรมนูญโลกและส่งผลให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนี ต่อมาโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันนีก็เป็นแม่แบบในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไทยประกอบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยก็เป็นผลผลิตของสภาร่างรัฐธรรมนูญและการออกเสียงประชามติ เพราะฉะนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้”

บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า “การควบคุมตรวจสอบได้โดย “ศาลรัฐธรรมนูญ” โดยที่ประเทศที่ถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” และกำหนดให้มี “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น

ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นเสมือนองค์กรในการปกป้อง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” การปกป้อง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” โดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมปกป้องได้ทั้ง “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” และ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” กล่าวคือ “ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” นั้นเป็นการปกป้องบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ใน“ส่วนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” นั้นเป็นการปกป้องมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิให้กระทบกับหลักดังกล่าว และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ส่วนของบทบัญญัติ

ของรัฐธรรมนูญที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้นั้นศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเข้าไปควบคุมตรวจสอบอย่างเข้มข้นเพื่อมิให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญไปกระทบต่อหลักดังกล่าว"

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า "เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ไม่ปรากฏบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งเขตอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ไม่ว่าจะอาศัยช่องทางของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย การตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว หรือแม้แต่การอาศัยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการเข้ามาตรวจสอบการกระทำของบุคคลอันมีลักษณะเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือการได้มาซึ่งอำนาจอันมิได้เป็นไปโดยวิถีทางตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดตามมาตรา 68

ดังนั้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อนึ่ง การที่ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 68 เพื่อเข้ามาวินิจฉัยกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นไปโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และเป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญก่อตั้งเขตอำนาจของตนเองขึ้นโดยที่ไม่ได้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด"

ปริญญา เทวานฤมิตรกุล อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า "...ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลเฉพาะและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ไม่ได้เขียนระบุไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบหรือให้ความเห็นชอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้เป็นหลักทั่วไปในประเทศต่างๆ อยู่แล้วจริงๆ การตัดสินศาลรัฐธรรมนูญแบ่งเป็นสองเรื่อง เรื่องแรก คือ มีอำนาจหรือไม่ เรื่องที่สอง คือ มีอำนาจแล้ววินิจฉัยอย่างไร ซึ่งการวินิจฉัยอย่างไร ก็อยู่ที่หลักฐานกับข้อกฎหมายด้วยทั้งข้อเท็จจริงกับข้อกฎหมายในเรื่องของอำนาจตามหลักการแล้วการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ไม่มีตรงไหนที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญมาตรวจสอบได้ ซึ่งแตกต่างจากร่างพระราชบัญญัติ คือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะฉะนั้นออกพระราชบัญญัติมาศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบได้ว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยกัน แล้วการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ต้องขัดรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว แต่โดยทั่วไปไม่มีตรงไหนเขียนไว้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบหรือให้เห็นชอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญ"

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ให้ความเห็นทางวิชาการว่า "มาตรา 291 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อันเป็นมาตราเดียวในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม

รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบทั้งรูปแบบของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือเนื้อหาของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้เลย”

จากแนวคิดทฤษฎีโครงสร้างศาลรัฐธรรมนูญไทย อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 และแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อนคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ผู้เขียนเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก พิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ประการที่สอง พิจารณาจากทฤษฎีและอำนาจที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ที่ได้บัญญัติชัดเจนในเรื่องอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ ที่ได้บัญญัติกระบวนการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญออกจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดา

4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยเขตอำนาจหน้าที่ของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ตามที่ได้ศึกษาจากทฤษฎีโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญไทย และอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้เขียนได้ยกเหตุผล 2 ประการว่าเพราะเหตุใดศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ยังเป็นปัญหาทางวิชาการ ที่ยังมีแนวความเห็นเป็น 2 ฝ่าย ถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ และจากการศึกษาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ทำให้เห็นความเหมือนและความแตกต่างของบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศที่ได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ที่ต่างก็พัฒนาหลักการ โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ แนวคิด ที่เป็นเอกลักษณ์และสอดคล้องกับประวัติศาสตร์การปกครองในแบบของประเทศนั้นๆ ทำให้เห็นถึงข้อดี ข้อเสีย และแนวทางบางประการ ที่ผู้เขียนนำมาเพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยได้ดังนี้ กล่าวคือ

ภายใต้การปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบ Civil law เคารพต่อ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ที่ย้ำให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร มาตรการสำคัญที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กล่าวคือ ตามลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายลำดับรองลงมาทั้งหมด ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ และกฎหมายของหน่วยการปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ ข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบังคับตำบล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครและข้อบัญญัติเมืองพัทยา จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กล่าวคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมีวิธีการและรูปแบบที่พิเศษและยากกว่ากฎหมายธรรมดา

ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางปกครอง ระบบกฎหมาย และโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะ อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติเขตอำนาจหน้าที่ไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้ชัดเจน เช่นในกรณีดังกล่าวเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ภายหลังจากที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ทำให้พบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางให้มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ในส่วนนี้ให้เกิดความชัดเจน ซึ่งหากประสงค์จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในกรณีนี้ก็เขียนให้ชัดแจ้งในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ว่าจะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบ และสามารถตรวจสอบได้เพียงใด เช่นเดียวกับประเทศโรมาเนียหรือประเทศตุรกี และหากไม่ประสงค์ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบก็บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้เพื่อขจัดปัญหาการตีความที่อาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในอนาคต

4.3 ปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555

4.3.1 ผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

เนื่องจากประเทศไทยปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจในการการใช้อำนาจอธิปไตยในการปกครองประเทศโดยการใช้อำนาจผ่านทางองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดดุลยภาพทางการปกครองเพื่อไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยอำนาจทั้งสามองค์กรนี้ต้องสามารถถ่วงดุลตรวจสอบซึ่งกันและกันภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ได้ให้อำนาจแต่ละองค์กรไว้

องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งโดยหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยนั้น อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน การออกกฎหมายต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชนหรือโดยผ่านตัวแทนคือรัฐสภานั่นเอง ซึ่งอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัตินี้เป็นการใช้อำนาจโดยความเห็นชอบของประชาชน

องค์กรตุลาการเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการบังคับใช้และตีความกฎหมายและมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น ไม่ว่าจะเป็นการชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน ระหว่างประชาชนด้วยกันเอง โดยการทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการนี้ต้องมุ่งถึงความถูกต้องและผดุงความยุติธรรมอย่างสูงสุด และโดยหลักการของอำนาจฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันในการสร้างความชอบด้วยกฎหมาย จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่การใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายตุลาการนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นอย่างมาก

ที่สำคัญอำนาจลักษณะหนึ่งของอำนาจฝ่ายตุลาการนอกจากจะต้องผูกพันตนต่อสิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญคือต้องไม่ใช้อำนาจมหาชนในการตีความกฎหมายและวินิจฉัยข้อพิพาทต่างๆ ที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลต้องอยู่บนพื้นฐานหลักความชอบด้วยกฎหมาย และต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย และเนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลและองค์กรอื่นของรัฐตามมาตรา 216 ซึ่งหมายความว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดเด็ดขาดมีผลผูกพันบุคคลหรือองค์กรผู้เป็นคู่กรณีในเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยรวมทั้งองค์กรอื่นของรัฐ บุคคลหรือองค์กรผู้เป็นคู่กรณีหรือองค์กรของรัฐอื่นๆ ไม่สามารถโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไปยังองค์กรอื่นใดได้อีก แม้กระทั่งต่อศาลรัฐธรรมนูญเอง

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ที่ได้อธิบายมาในบทวิเคราะห์ที่ 4.1 และ 4.2 ข้างต้น ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยทั้งสองยังไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจดังที่กล่าวมาข้างต้น

4.3.2 ผลกระทบต่อหลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐเพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้นโดยแท้จริงตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ประชาชนจึงเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐโดยตรงในการเลือกตั้งและเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอ้อมโดยผ่านองค์กรของรัฐต่างๆ การตีความของศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ถือเป็นการไม่ยอมรับอำนาจอธิปไตยที่ประชาชนมอบให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้อำนาจทำหน้าที่แทน คำวินิจฉัยดังกล่าวจึงไม่เป็นไปตามหลักประชาธิปไตย

4.3.3 ผลกระทบต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักประการสำคัญอันหนึ่งของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นั้นคือการทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยากเป็นเครื่องมือหนึ่งในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่การตีความของศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่คุ้มครองถึงหลักการนี้ เป็นเหตุที่ทำให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญขาดความน่าเชื่อถือและไม่ชัดเจน จนอาจนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้มีความชัดเจนขึ้น ทั้งที่องค์กรตุลาการมีฐานะหนึ่งในการคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ และตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจของแต่ละองค์กรถูกกำหนดขอบเขตไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ถูกจำกัดห้ามไม่ให้ออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในขณะเดียวกันอำนาจตุลาการก็จะต้องไม่ตีความอันก่อให้เกิดความความขัดแย้งต่อหลักการของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้หมายความว่าให้ศาลทำหน้าที่แทนฝ่ายนิติบัญญัติโดยการอาศัยดุลพินิจในการตีความเป็นผลให้เจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติผิดไป ซึ่งอำนาจตุลาการต้องส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญเกิดความมั่นคงและน่าเชื่อถือตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด โดยการเคารพในภารกิจของอำนาจอธิปไตยทั้งสามองค์กร อีกทั้งประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย Civil Law หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักการเคารพภารกิจของแต่ละองค์กรถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง

4.3.4 ผลกระทบต่อหลักการขัดกันแห่งผลประโยชน์ (Conflict of Interest)

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความหมายของการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวมหรือผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) นั้นหมายถึงการเป็นปฏิปักษ์อันมิอาจลงรอยกันได้ ระหว่างหน้าที่กับผลประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่แห่งความเชื่อถือ

และไว้วางใจของผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะ สถานการณ์ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งสาธารณะมีผลประโยชน์ส่วนตัวอันเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่หรือการใช้อิทธิพลทางการเมือง ความไม่สอดคล้องกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลกับประโยชน์ส่วนรวมของบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่สาธารณะ กล่าวอีกนัยหนึ่ง “การกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์” จะต้องเป็นการรับผลประโยชน์จากบุคคลใดๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจจะกระทำการหรือไม่กระทำการใดในตำแหน่งหน้าที่ของตนอันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐไปโดยมิชอบ (Abuse of Power)

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 ที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในข้อ 4.2 นั้น เห็นว่าการรับเงินตอบแทนจากการเป็นพิธีกรในรายการทำอาหารนั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในการทำหน้าที่ในฐานะนายกรัฐมนตรีของนายสมัคร สุนทรเวช เลย กล่าวคือ หาได้มีความเกี่ยวข้องกันอย่างมากเพียงพอที่จะบั่นทอนความมั่นใจของประชาชนในการรับผลประโยชน์ตอบแทนและไม่ได้ส่งผลกระทบมากพอกับการตัดสินใจใดๆ ในการดำรงตำแหน่งหน้าที่นายกรัฐมนตรีในอันที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์สาธารณะ

การตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 จึงมีลักษณะเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาใหม่ ส่งผลให้ความหมายของการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ผิดไป และยังส่งผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลเกินสมควร การตีความเช่นนี้จึงไม่สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law)

4.3.5 ผลกระทบต่อหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 และจากที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในเรื่องการขัดกันแห่งผลประโยชน์ไปแล้วนั้น ผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญส่งผลให้ความเป็นนายกรัฐมนตรีของนายสมัคร สุนทรเวช สิ้นสุดลง

ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวหาได้เป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมแต่อย่างใด กล่าวคือ ตามหลักนิติรัฐนั้นหมายถึงหลักการปกครองโดยกฎหมาย มิใช่ปกครองตามอำเภอใจและเป็นระบบที่สร้างขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นหลักในการป้องกันและแก้ไขเยียวยาการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การใช้อำนาจรัฐทุกชนิดต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย การตีความนอกเหนือเจตนารมณ์ของกฎหมายตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 นั้น หาได้เป็นไปตามหลักนิติรัฐแต่อย่างใดและการตีความของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังไม่เป็นไปเป็นตามหลักนิติธรรม กล่าวคือการตีความ

ดังกล่าวไม่ได้แสวงหาความยุติธรรมโดยอาศัยตัวบทกฎหมายในการค้นหาความหมายของหลักการขัดกันประโยชน์อย่างถูกต้องแท้จริง

ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3[217] ที่ได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วย

4.3.6 แนวทางแก้ไขปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญที่ส่งผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชน

เนื่องจากประเทศไทยปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หลักกฎหมายมหาชนเป็นหลักการพื้นฐานที่มีความสำคัญในการปกครองประเทศ เป็นหลักการที่เกี่ยวกับโครงสร้างการปกครอง การบริหาร เป็นกลไกที่สำคัญต่อระบบการปกครอง การเคารพหลักกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญต่อโครงสร้างการปกครอง การตีความกฎหมายของผู้มีอำนาจในการตีความนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักพื้นฐานของกฎหมายและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนอย่างเคร่งครัด เพื่อให้ผลของการตีความนั้นมีผลบังคับได้ในทางปฏิบัติ เพราะโดยหลักของการตีความกฎหมายนั้นก็เพื่อแปลความหมายของกฎหมายเพื่อให้เกิดผลและบังคับใช้กฎหมายนั้นได้โดยไม่ขัดต่อหลักกฎหมาย

ปัญหาการตีความทางรัฐธรรมนูญ หลักการที่สำคัญในการตีความทางกฎหมายมหาชนนั้น ผู้มีอำนาจในการตีความควรต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญในระบบกฎหมายมหาชนโดยแท้ เพราะการตีความรัฐธรรมนูญมีความเชื่อมโยงทั้งทางการเมือง การปกครอง และระบบกฎหมาย ความรู้ความเข้าใจของผู้มีอำนาจในการตีความกฎหมายมหาชนจึงเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง โดยปัญหาการตีความกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้ตีความกฎหมายมองข้ามความสำคัญของระบบกฎหมายไทย นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ทำให้การตีความหลายต่อหลายคดีไม่เป็นไปตามหลักนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน และไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทย

เมื่อพิจารณาถึงปัญหาตรงนี้ ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญต่อระบบโครงสร้างการเมืองการปกครองของไทย และเมื่อคำนึงถึงหลักประชาธิปไตยการคานและดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว เพื่อป้องกันการ “ก้าวล่วง” การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ ควรให้รัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันทาง

---

[217] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม.”

การเมืองที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน เป็นตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย มีอำนาจหน้าที่โดยชอบในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญ คือเป็นผู้ที่มีอำนาจตีความกฎหมาย โดยเฉพาะการตีความกฎหมายมหาชน จำเป็นอย่างยิ่งที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างมาก ดังนั้นการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องคัดเลือกบุคคลที่มีความรู้ ความเข้าใจหลักกฎหมายมหาชนอย่างถ่องแท้

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในการแก้ไขปัญหาการการตีความของศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้เกิดดุลยภาพตามหลักประชาธิปไตยที่แท้จริง จึงเสนอแนวทางแก้ไข 2 ประการ ดังนี้ คือ

1. บัญญัติในรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐสภาซึ่งเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชน ตามหลักประชาธิปไตยในฐานะที่เป็นตัวแทนของประชาชนมีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกบุคคลผู้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงการให้ความเห็นชอบเท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพขององค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย

2. คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจและความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อย 5 คน จากจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมดเนื่องจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญมีความเกี่ยวข้องกับสถาบันทางการเมืองซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องของกฎหมายมหาชนนั่นเอง

บทที่ 5
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากการศึกษาถึงปัญหาบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายมหาชน รวมทั้งปรัชญากฎหมายมหาชน ทำให้ทราบถึงปัญหาบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญบางประการที่ไม่สอดคล้องและไม่เป็นไปตามหลักทฤษฎีที่เป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับจากนานาอารยะประเทศ รวมถึงปัญหาอำนาจหน้าที่ที่ไม่ได้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ดังเช่น ปัญหาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งจากการที่ผู้เขียนได้ศึกษา ค้นคว้า หลักการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ทำให้ทราบว่าอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าวนี้เป็นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทย และไม่ได้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ปัญหาการตีความกฎหมายและปัญหาผลกระทบต่อหลักกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นอีกสองปัญหาที่ผู้เขียนได้ศึกษาและพบว่าการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีตามที่ได้ยกมาศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่ได้สอดคล้องกับทฤษฎีปรัชญากฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

ดังนั้น วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และจากการศึกษาพบปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในสามประการ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ได้นำมาวิเคราะห์ และศึกษาเปรียบเทียบกับบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ ประเด็นปัญหาทั้งสามประการนี้ได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ไว้ในบทที่ 3 คือ ศึกษาถึงบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศในประเด็นการตีความและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างรัฐธรรมนูญ

แก้ไขเพิ่มเติม และบทที่ 4 ได้ทำการวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางแก้ไขในแต่ละประเด็นปัญหาไว้ในวิทยานิพนธ์เล่มนี้แล้วนั้น

จากการศึกษาถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ทำให้มองเห็นสภาพปัญหาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนตระหนักว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการปกครองของประเทศ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ศึกษามาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ หากได้รับการปรับปรุงแก้ไขเกี่ยวกับโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของตุลาการ การคัดเลือกผู้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ บทบาทอำนาจหน้าที่ รวมถึงหลักเกณฑ์ในการตีความรัฐธรรมนูญและการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามหลักกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน เชื่อได้ว่าสภาพปัญหาดังกล่าวอาจหมดไปได้ ซึ่งจะส่งผลและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาประชาธิปไตยที่แท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และได้ศึกษาถึงโครงสร้างบทบาทอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศแล้วนั้น ทำให้เห็นถึงข้อดีและข้อเสียของแต่ละประเทศ วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงได้มีข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญดังนี้

5.2.1 ประเด็นปัญหาการตีความของศาลรัฐธรรมนูญ การตีความรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องพิจารณาพื้นฐานของกฎหมาย โดยต้องพิจารณาหลักกฎหมายและนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน ทฤษฎีรากฐานของกฎหมาย ระบบกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน การพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและตัวบทนั้นๆ ว่ามีเป้าหมายอย่างไรและต้องคำนึงถึงผลที่เป็นรูปธรรมจากการตีความด้วย โดยต้องพิจารณาว่าเมื่อตีความกฎหมายแล้วจะเกิดผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ มีผลบังคับได้ในทางปฏิบัติอย่างไรด้วยและไม่ควรให้เกิดสภาวะสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย

เนื่องจากปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ มีความเกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติและมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงเกี่ยวกับการเมืองและการปกครองของประเทศ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อย 5 คน จากจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด เพื่อให้การพิจารณาคดีที่ส่วนใหญ่

เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและปัญหาทางการเมือง ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความถูกต้องและชอบธรรมมากขึ้น

นอกเหนือจากที่จะต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายมหาชนอย่างน้อย 5 คน แล้วนั้น ความสำคัญในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาถึงทฤษฎีต่างๆ ทางกฎหมายมหาชน เห็นว่าองค์กรฝ่ายตุลาการ เป็นองค์กรหนึ่งที่มีหน้าที่สำคัญตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ มีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นลักษณะของการคานและดุลอำนาจระหว่างกัน ตามหลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ควรให้สถาบันทางการเมืองที่ความเชื่อมโยงหรือกล่าวโดยง่ายคือให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการคัดเลือกและสรรหาบุคคลผู้มาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยตัวแทนที่ประชาชนเลือกไปทำหน้าที่แทน นั่นก็คือรัฐสภาที่ถือเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนโดยแท้ ควรมีบทบาทสำคัญในการทำหน้าที่เป็นผู้คัดเลือกและให้ความเห็นชอบผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างองค์กรทั้งสามและเป็นไปตามหลักประชาธิปไตย ซึ่งแนวทางดังกล่าวจะช่วยลดปัญหาการล่วงล้ำการทำหน้าที่ขององค์กรอื่นได้

5.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น อำนาจในตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้หรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาใน 2 ประการ คือ ลักษณะของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้นให้ปรากฏออกมาโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งบางประเทศมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ และบางประเทศไม่ได้มีการบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งและบางประเทศศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้แต่ด้วยการตีความการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ทำให้ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้

อย่างไรก็ตามจากการศึกษาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศแล้ว พบว่าโครงสร้าง แนวคิด ทฤษฎีและที่มาของแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน ต่างมีข้อดี และข้อเสียเมื่อเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทยแล้ว ผู้เขียนขอเสนอแนวทางของประเทศที่มีความชัดเจนในการให้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้อำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง ซึ่งแนวทางนี้สามารถแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนได้และเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติรัฐ เพราะเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหนึ่งในทางปกครอง การใช้อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องมี

กฎหมายให้อำนาจไว้เช่นเดียวกับหน่วยงานหรือองค์กรอื่นของรัฐ แต่ความเหมาะสมจะเป็นอย่างไรนั้น ทั้งนี้ก็ขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายและเจตนารมณ์ของประชาชนด้วย

ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนตระหนักเห็นความสำคัญขององค์กรฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์หนึ่งในการตรวจสอบการทำหน้าที่องค์กรอื่นภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญเป็นหลักสำคัญสูงสุด จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้การปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจจะต้องดำรงอยู่เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นปัญหาทางกฎหมายในวิทยานิพนธ์เล่มนี้นั้นสามารถแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องและเป็นไปตามครรลองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้ โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เรื่องแปลกใหม่แต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องที่สามารถนำมาปรับปรุงให้เกิดความชัดเจนและลดปัญหาความขัดแย้งทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในขณะนี้ได้

บรรณานุกรม

DPU

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2551). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน

_____. (2540). *ความชอบด้วยกฎหมาย ความมิชอบด้วยกฎหมาย และบังคับทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองตามกฎหมายเยอรมัน* (ในรวมบทความเนื่องในโอกาสรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนดุล). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

_____. (2538). *ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทยเสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป)).

_____. (ม.ป.ป.). *สรุปสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณเยอรมัน. รัฐธรรมนูญต่างประเทศ เอกสารเผยแพร่ในวงงานวุฒิสภา.* กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย สำนักงาน เลขาธิการวุฒิสภา.

กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2544). *การจัดทำและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: องค์การค้าของคุรุสภา.

กำชัย จงจักรพันธ์. (ม.ป.ป.). *การขัดกันของผลประโยชน์ส่วนตนและผลประโยชน์ส่วนรวม.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://elib.coj.go.th/managecourt/data/mc2554_15_3.pdf.

_____. (ม.ป.ป.). *หลักนิติธรรม.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.oja.go.th/new2011

กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2546). *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิล ลอว์และคอมมอน ลอว์.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____ (ม.ป.ป.). “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.” *ดุลพาห,* 41(1).

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2545). *รัฐธรรมนูญในแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net. เล่ม 5).* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

_____. (2547). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และ กฎหมาย.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน

_____. (2555). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

คริษฐา ดาราศร. (2548). *ปัญหาการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิกรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์สาธารณะ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

_____. (ม.ป.ป.). *การบังคับใช้ประมวลจริยธรรมของสมาชิกรัฐสภาในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ศึกษาเฉพาะกรณีการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ (Conflict of Interest).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1166.

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2554. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=674&Itemid=1

คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ. (2553, กรกฎาคม-สิงหาคม). "หลักการตีความกฎหมายตามครรลองของหลักนิติรัฐและนิติธรรม." *จุลนิติ,* 4(4).

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสนต์. (2525, สิงหาคม). "การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ." *วารสารกฎหมายปกครอง.*

_____. (ม.ป.ป.). *ความเป็นจริงกับการแบ่งแยกอำนาจ* (หนังสืออนุสรณ์งานพระราชเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์).

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543). *หลักการตีความกฎหมายกับกรณีศึกษา: ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรก และปัญหาลักษณะต้องห้าม ของผู้รับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภากรณี "เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ".* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2543, เมษายน). *หลักการตีความกฎหมายกับกรณีศึกษา: ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกและปัญหาลักษณะต้องห้ามของผู้รับสมัครเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภากรณี "เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ."*

_____. (2550). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เชาวนะ ไตรมาศ. (ม.ป.ป.). ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.asp?PublawIDs=704.

ฐานันท์ วรรณโกวิท. (ม.ป.ป.). "ประสบการณ์จากการฝึกอบรมเส้นทางคอร์รัปชั่น ณ มหาวิทยาลัยตูลูส 1 กาปิโตส สาธารณรัฐฝรั่งเศส." *วารสารยุติธรรมปริทัศน์.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.library.coj.go.th

ณรงฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. (ม.ป.ป.). “การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง.” *วารสารยุติธรรมปริทัศน์.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://elib.coj.go.th/Article/courtP5_5_6.1.pdf.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ. (2549). *การตีความกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 3) โครงการตำราครุทางนิติศาสตร์ ชุดที่ 1 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. กรุงเทพฯ: ชวนพิมพ์.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2556, กันยายน-ตุลาคม). “การตีความกฎหมายไทยโดยอิงหลักกฎหมายอังกฤษ.” *วารสารและจุลสารของรัฐสภา จุลนิติ,* 10(5). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก dl.parliament.go.th.

_____. (2552). *หลักนิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.qsds.go.th/EthicsWeb/cd_ebook3/e-book/e-book9/index.html

_____. (2551, 29 มีนาคม). *ความสำคัญของการตีความกฎหมายในวิชาชีพกฎหมาย. งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 “100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์”*

ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย. (2552). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เรื่องการจัดทำ และแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ.* นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง.

นพดล เฮงเจริญ. (2545, ธันวาคม). *การตีความรัฐธรรมนูญ.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net.

_____. (2548). “กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.” *รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 4* “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน.”

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). *บทบรรณาธิการ ครั้งที่ 190.* สืบค้นเมื่อ 13 กรกฎาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net

_____. (2548). *ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ.* กรุงเทพฯ: พี เพรส.

_____. (ม.ป.ป.). *วิธีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (ตอนที่2).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=405,

_____. (ม.ป.ป.). *ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส (ตอนที่ 2).* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/article/ac180844b.html,

_____. (ม.ป.ป.). *สรุปสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญต่างประเทศ* (เอกสารเผยแพร่ในวงงานวุฒิสภา). กรุงเทพฯ: ศูนย์บริการข้อมูลและกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา.

นิยม รัฐอมฤต. (2551, 18 กันยายน). “ผลประโยชน์ทับซ้อน (conflict of interest).” *ประชาชาติธุรกิจ,* 32(4037).

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2540). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2543). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่อง หลักความเสมอภาค.* กรุงเทพฯ: องค์การค้าคุรุสภา.

_____. (2544). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2551). *การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือ เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว* (รายงานผลการวิจัย).

_____. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2539). *กฎหมายมหาชนเล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (ม.ป.ป.). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.manager.co.th/Daily/ViewNews.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2526). *คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่มที่ 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ.* กรุงเทพฯ.

_____. (2536). *กฎหมายมหาชน 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2537). *กฎหมายมหาชน, การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2539). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (ม.ป.ป.). “ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.” *วารสารนิติศาสตร์,* 14(3).

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. และนันทชัย เพียรสนอง. (2548). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2534). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ:รัฐธรรมนูญเยอรมัน.* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____.(2535). *คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.

_____. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2555). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

_____. (ม.ป.ป.). "การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ." *วารสารนิติศาสตร์,* 19(1). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.tulawcenter.org/knowledge/content/240.

ปฐมพงษ์ คำเขียว. (2556). "การตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ." *รัฐสภาสาร,* 61(1).

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2543). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ปัญญา อุดชาชน. (ม.ป.ป.). "กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ." *วารสารสถาบันพระปกเกล้า*. สืบค้นเมื่อ 14 กรกฎาคม 2557, จาก http://www.kpi.ac.th

_____. (ม.ป.ป.). อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ, ศาลรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก institute.constitutionalcourt.or.th/index.php?option

ปูนเทพ ศิรินุพงศ์. (2555). *การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,

ไพโรจน์ ชัยนาม. (2554). *สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1 ความนำทั่วไป*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ภาสพงษ์ เรณุมาศ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1111

ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (ม.ป.ป.). *ปรัชญาและหลักการกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

_____. (ม.ป.ป.). *หลักกฎหมายมหาชน*. สืบค้นเมื่อ 13 กรกฎาคม 2557, จาก http://e-book.ram.edu/e-book/indexstart.htm

โภคิน พลกุล. (2544). *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.

มนตรี รูปสุวรรณ, กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์, ฤทัย หงส์สิริ, มานิตย์ จุมปา และคมสันต์ โพธิ์คง. (2542). *เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน

มหาวิทยาลัยรามคำแหง. (ม.ป.ป.). *LW104*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://e-book.ram.edu/e-book/l/LW104(49)/LW104(49)-1-3.pdf

มานิตย์ จุมปา. (2548). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 146. *สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ*. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2003 มาตรา 142, สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.cdep.ro/legislatie/eng/vol65eng.pdf

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2540). *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย*. กรุงเทพฯ:วิญญูชน.

_____.(2543, มิถุนายน). “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มาตร” ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2).

_____. (2546). *วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับรัฐธรรมนูญไทย*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2550). *การเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อปปี้.

_____. (2551). “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน.” *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 8(2).

_____. (2551, 29 มีนาคม). *การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน* (งานวิชาการรำลึก ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 “100ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์).”

_____. (ม.ป.ป.). *ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ* (90 ปี สัญญาธรรมศักดิ์).

_____. (ม.ป.ป.). *ปรัชญาและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (เอกสารประกอบการเรียนการสอน, หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน รุ่น 14 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.).

_____. (ม.ป.ป.). *หลักนิติรัฐและนิติธรรม.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1431

วรากรณ์ สามโกเศศ. (ม.ป.ป.). “ผลประโยชน์ทับซ้อน=คอรัปชั่น.” สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.dpu.ac.th/laic/page.php?id=6036

วิชา มหาคุณ. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.oja.go.th/new2011/document/.../conflict%20of%20interest.ppt..

วิศรุต คิดดี. (2554, พฤษภาคม-มิถุนายน). “ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010.” *จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ,* 13(3).

วิษณุ เครืองาม. (2523). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

_____. (2530). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.

_____. (2540). *การตีความรัฐธรรมนูญ* (หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทางเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์).

_____. (2551, กันยายน). *หลักการตีความกฎหมายมหาชน.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. (ม.ป.ป.). *เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 264 และ 266* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญศึกษา สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2536). *ตุลาการรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2550). “ความเป็นมาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.” *วารสารสถาบันพระปกเกล้า,* 3.

สมบัติ พฤฒิพงศภัค. (ม.ป.ป.). *หลักผลประโยชน์ขัดกันหรือผลประโยชน์ทับซ้อน* (ห้องสมุดอิเลคทรอนิกส์สำนักงานศาลยุติธรรม). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.library.coj.go.th/

สมยศ เชื้อไทย. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

_____. (2535). *คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.* กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.

_____. (2551). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2555). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (ม.ป.ป.). “รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับการแก้ไข.” *วารสารนิติศาสตร์,* 19(1). สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.tulawcenter.org/knowledge/content/240

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2550). *ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: พี เพรส.

_____. (2550). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: พี เพรส.

_____. (2551). *10 ปี ศาลรัฐธรรมนูญไทย: สู่ทศวรรษใหม่ของนิติรัฐไท.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

_____. (ม.ป.ป.). *รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 146.* สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

สุรพล นิติไกรพจน์, วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, วรเจตน์ ภาคีรัตน์, บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร. (2546). *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน

สุริยา ปานแป้น และอนุวัฒน์ บุญนัน. (2553). *คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2538). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน

_____. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.* กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2547). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อนงนาต ชีวานันทกุล. (2551). *การตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษากรณีการตีความที่แตกต่างจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ* (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

อรุณ ภาณุพงศ์. (2551, กันยายน). *หลักการตีความกฎหมายมหาชน.* กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

อักขราทร จุฬารัตน. (2542). *การตีความกฎหมาย.* กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.

อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ และพรชัย เลื่อนฉวี. (2546). *ระบบศาลรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่โดยเปรียบเทียบกับระบบศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมนี* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.

อุดม รัฐอมฤต. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก
http://www.senate.go.th/w3c/senate/pictures/content/file_1379301427.pdf

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2550). “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส.” *วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 36(1).

เอกสารประกอบคำบรรยายสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก www.thethaibar.or.th/thaibarweb/fileadmin/DAM/2555/.../b_4.ppt

สืบค้นเมื่อ 12 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.ethics.ubc.ca/people/mcdonald/conflict.htm

ภาษาต่างประเทศ

Andrei Marmor. (2005). *Interpretation and Legal Yherory* (Second edition). Great Birtain: Page Bros Ltd, Norfolk.

Eva Steiner. (2002). *French Legal Method.* New York: Oxford University Press.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาวอาทิตยาพันธ์ พันธ์ชมภู
ประวัติการศึกษา	พ.ศ. 2544 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2550 เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์

DPU