



### ที่มาแห่งหลักการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

จากเหตุแห่งการใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายไปอย่างเกินขอบเขตโดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วยการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติออกมาใช้บังคับโดยมีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ และจากคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคสันคิงกล่าว ทำให้เกิดทฤษฎีแห่งการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ (the Doctrine of Judicial Review) ซึ่งวางรากฐานอยู่บนทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ เพื่อเป็นการให้สิทธิที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอันไม่เป็นธรรมหรือขัดรัฐธรรมนูญในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังนี้<sup>1</sup>

ก. วิธีการจัดทำหรือบัญญัติกฎหมาย ในการบัญญัติกฎหมายธรรมดานั้น จะต้องเคารพต่อบทบัญญัติและหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการบัญญัติกฎหมายโดยไม่ถูกต้องตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น มีสมาชิกลงคะแนนเสียงน้อยกว่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ทำให้กฎหมายนั้นขัดรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้เป็นปัญหาน้อย เพราะวิธีการบัญญัติกฎหมายมักจะไม่เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรง

ข. ในส่วนของข้อความ ได้แก่การที่กฎหมายธรรมดาของฝ่ายนิติบัญญัติมีข้อความลบล้างหรือเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เช่น มีข้อความจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมักเกิดขึ้นจากกรณีหลังนี้เพราะเป็นผลกระทบกระเทือนต่อประชาชนโดยตรง

---

<sup>1</sup> สมภพ โทกระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: นำ้เขียวการพิมพ์, 2512), หน้า 58.

ที่มาแห่งทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ซึ่กัรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้เป็น 5 ประการคือ

### 1. ทฤษฎีทางการเมือง

ตั้งแต่สังคมยุคดั้งเดิมของมนุษย์ได้เกิดขึ้นโดยการรวมตัวกันเข้าเป็นชุมชนต่าง ๆ นั้น ได้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหรือระเบียบข้อบังคับควบคุมประพฤติของมนุษย์ในสังคมเพื่อให้ อยู่ร่วมกันได้อย่างปกติสุข กฎเกณฑ์ในเบื้องต้นซึ่งเป็นที่ยอมรับกันนั้นเกิดจากความรู้สึกทาง ธรรมชาติเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมหรือชุมชนนั้น ๆ เริ่มจากการปกครองตนเองของ ประชาชนไปสู่การยินยอมมอบอำนาจให้บุคคลผู้หนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งใช้อำนาจปกครองแทน อำนาจ นี้ก็คือ อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ทั่วไปของประชาชน โทมัส ฮอบบส์ (Thomas Hobbes) ได้ตั้งทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งสรุปได้ว่า ประชาชน ได้ตกลงหรือมีสัญญาประชาคมมอบอำนาจอธิปไตยให้บุคคลผู้หนึ่งหรือกลุ่มหนึ่ง เป็นผู้ใช้แทนเพื่อ ป้องกันและสงวนรักษาไว้ซึ่งชีวิตและความปลอดภัยของประชาชนโดยยอมที่จะตกอยู่ในอำนาจ ส่วนกลางตามสัญญาโอนอำนาจซึ่งฮอบบส์ได้กล่าวว่า เป็นสัญญาที่ประชาชนทำขึ้นระหว่างพวก ของตนเอง ไม่ได้ทำกับผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนนั้น นอกจากนั้นฮอบบส์ยังได้กล่าวถึงลักษณะ ของอำนาจอธิปไตยว่ามี 3 ลักษณะ คือ<sup>2</sup>

(1) เป็นอำนาจที่เป็นอมตะ (Immortal Authority) เมื่อได้มีการมอบอำนาจ ให้แก่บุคคลหรือคณะบุคคลไปแล้ว จะมาเปลี่ยนรูปแบบของรัฐบาลหรือเรียกร่องสิทธิคืนไม่ได้

(2) เป็นอำนาจที่แบ่งแยกไม่ได้ (Inalienable Authority) ผู้ใช้อำนาจ อธิปไตยอาจจะมอบอำนาจให้องค์กรอื่นทำในบางเรื่อง แต่องค์กรเหล่านั้นต้องใช้อำนาจใน นามของผู้มีอำนาจอธิปไตย

<sup>1</sup> รonald เจริวพันธ์, "รูปแบบทางคณิตศาสตร์เรื่องอำนาจอธิปไตยและสัญญา ประชาคมของโทมัส ฮอบบส์," วารสารนิติศาสตร์ 9 (มิถุนายน-สิงหาคม 2520): 34.

<sup>2</sup> เรื่องเดียวกัน: 35-36.

(3) เป็นอำนาจที่สมบูรณ์แบบไม่มีขอบเขต (Absolute Authority) เป็นอำนาจรวมศูนย์ (Authoritative Centralism) ไม่มีศาลหรือตุลาการใด ๆ จะประกาศว่าเป็นการใช้อำนาจที่ผิด (No Judicial Review)

ในสมัยกรุงโรมนั้น ลักษณะแห่งอำนาจธิปไตยแสดงออกโดยมีเจ้าหน้าที่ประเภทหนึ่งทำหน้าที่ป้องกันสิทธิและผลประโยชน์ของประชาชน แต่เจ้าหน้าที่ดังกล่าวมิใช่เป็นผู้แทนราษฎรและไม่เคยพยายามให้มีการบัญญัติกฎหมายใหม่ ๆ ขึ้นโดยไม่ผ่านความเห็นชอบของประชาชน<sup>2</sup>

ข้อตกลงที่ทำให้เกิดอำนาจธิปไตยนี้ นักปรัชญาชาวอังกฤษในศตวรรษที่ 17 ชื่อจอห์น ล็อก (John Locke) ได้แสดงความเห็นว่า ความเกี่ยวพันที่จะนำมนุษย์ไปสู่ข้อตกลงทางสังคมได้นั้นก็โดยมนุษย์ตกลงจำกัดอยู่ในสังคมการเมืองสังคมหนึ่งนานเท่าที่จะสามารถรักษาพื้นฐานของสังคมนั้นเองหรือรักษาสหิตตามธรรมชาติได้<sup>3</sup> ซึ่งย่อมหมายถึงว่ามนุษย์จำเป็นต้องได้รับหลักประกันสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหลักประกันนี้มีพื้นฐานขึ้นอยู่กับการจำกัดการใช้อำนาจทางการเมืองของผู้ถืออำนาจหรือใช้อำนาจแทนประชาชนเพื่อป้องกันมิให้ผู้รับมอบอำนาจธิปไตยใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงเห็นกันว่าควรมีการแบ่งแยกให้องค์กรผู้ใช้อำนาจออกเป็นหลายฝ่ายเพื่อให้มีการถ่วงดุลย์และคานอำนาจซึ่งกันและกัน ทำให้เกิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หรือแบ่งแยกหน้าที่ (Separation of Function)<sup>4</sup> ซึ่งเป็นแนวความคิดของมองเตสกีเอร์ (Montesquieu) ที่ได้รับมาจากจอห์น ล็อกอีกต่อหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นพื้นฐานของการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากมาตรา 16 แห่ง

<sup>1</sup>อำนาจรวมศูนย์ คือ อำนาจที่เกิดขึ้นโดยมีความมุ่งหมายเพื่อที่จะทำให้การขัดแย้งระหว่างผลประโยชน์ลดน้อยลงเพราะเอาอำนาจรวมไว้ที่ส่วนกลาง

<sup>2</sup>จิ้ง จากส์ รุสโซ, สัญญาประชาคม แปลโดย จินดา จินตนเสรี (กรุงเทพมหานคร: แผนกการพิมพ์พิชิต, 2517), หน้า 203.

<sup>3</sup> Samuel A. Pleasants, The Bill of Rights (Columbus, Ohio: Charles E. Merrill Books, 1966), p. 4.

<sup>4</sup>วรวิทย์ กนิษฐะเสน, กฎหมายมหาชน (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521), หน้า 9-10.

คำประกาศว่าควยสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ซึ่งมีใจความว่า สังคมที่ไม่มีหลักประกันทางสิทธิ และไม่ได้มีการบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญ

ในทฤษฎีทางการเมืองนั้นรัฐธรรมนูญเป็นผลของเจตนารมณ์ทั่วไปอย่างชัดเจนของประชาชนทั้งปวง เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยถือว่่าเป็นกฎหมายพื้นฐานของสังคม การตรากฎเกณฑ์แบบแผนของสังคมรวมทั้งกฎหมายต่าง ๆ ต้องอยู่ภายในระบบเดียวกันโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกรอบ ทำให้รัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นเครื่องมือพื้นฐานสำหรับควบคุมอำนาจทางการเมืองทั้งในการบัญญัติกฎหมายและในการปกครองรัฐต่าง ๆ จากการทำหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานของการปกครองในระบบรัฐธรรมนูญจึงทำให้รัฐธรรมนูญแบ่งแยกรัฐออกได้เป็นสามส่วนซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป คือ ฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ รัฐบาลประกอบด้วยฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารซึ่งมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงต้องมีการควบคุมเพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้ปรากฏผลสนับสนุนการควบคุมเช่นนี้เป็นที่แพร่หลายครั้งแรกในสหรัฐอเมริกาโดยมิได้เป็นความคิดที่เกิดขึ้นใหม่ของจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ผู้ซึ่งตัดสินคดีที่เป็นการสนับสนุนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ หากแต่การวินิจฉัยควบคุมเช่นนี้เป็นผลทางตรรกวิทยาของความคิดทางยุโรปหลายศตวรรษแล้วและจากประสบการณ์ของชาวอาณานิคมต่าง ๆ ซึ่งทำให้ชาวอเมริกันยอมรับและพร้อมเป็นพิเศษที่จะกำหนดให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสำคัญยิ่ง รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขยาก (rigid) เนื่องจากแนวความคิดที่ถือความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญเหนือกฎหมายธรรมดา (Supremacy of Constitution) ไม่อยู่ในอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขโดยกฎหมายธรรมดา แต่อาจถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยกระบวนการแก้ไขพิเศษได้เท่านั้น ในทางตรงกันข้าม รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของอังกฤษก็ยังคงเป็นรัฐธรรมนูญที่แก้ไขง่าย (flexible)

ความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญอเมริกันปรากฏชัดแจ้งในมาตรา 6 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1789 ว่า "รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ... จะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันด้วยเหตุนี้ ..." ("This Constitution ... shall be the supreme Law of the Land., and the Judges in every State



shall be bound thereby." ซึ่งจอห์น มาร์แชลได้ตีความให้เห็นความสำคัญพื้นฐานและนำมาซึ่งการเปลี่ยนแปลงทางมูลฐานใหม่ นอกจากนั้นรัฐธรรมนูญอเมริกันยังก่อให้เกิดอำนาจหน้าที่แก่ตุลาการที่จะไม่นำพาต่อกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ ดังที่ปรากฏในคดีระหว่างมาร์เบอร์และแมคคิน ซึ่งประธานศาลสูงสุดสหรัฐจอห์น มาร์แชล เป็นผู้ตัดสิน โดยคดีนี้สืบเนื่องมาจากในปี ค.ศ. 1801 ก่อนที่การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจะได้เป็นที่ยอมรับกันในสหรัฐอเมริกา นั้น สมาชิกพรรคเฟเดอรัลลิสต์ (Federalist) ส่วนใหญ่ในสภาของเกรส (Congress) ได้จัดตั้งตำแหน่งตุลาการใหม่จำนวนหนึ่ง ซึ่งในคืนสุดท้ายแห่งการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีของจอห์น อัดัมส์ (John Adams) เขาได้เสนอชื่อสมาชิกพรรคจำนวน 42 คน ซึ่งพ่ายแพ้ในการเลือกตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1800 ให้เข้าดำรงตำแหน่งตุลาการ หนังสือแต่งตั้งตุลาการใหม่นี้บางฉบับสูญหายไปเนื่องจากความรีบร้อนของผู้นำส่งในการนำหนังสือไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อประทับตราสำคัญ การมอบหมายตำแหน่งหน้าที่จึงทำไม่ทันภายในคืนสุดท้ายนั้น เมื่อโทมัส เจฟเฟอร์สัน (Thomas Jefferson) แห่งพรรครีพับลิกัน (Republican) ชนะเลือกตั้งและได้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีต่อจากอดัมส์นั้น เจมส์ แมคคิน (James Madison) ได้รับตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศในวันต่อมา แมคคินได้พบคำสั่งแต่งตั้งวิลเลียม มาร์เบอร์ (William Marbury) เป็นผู้พิพากษาศาลประจำมลฑลโคลัมเบีย โดยคำสั่งนั้นอยู่ในที่ทำงานของเขา มาร์เบอร์ได้ขอให้แมคคินส่งมอบคำสั่งดังกล่าว แต่แมคคินปฏิเสธ มาร์เบอร์จึงยื่นฟ้องต่อศาลสูงสุดสหรัฐ เพื่อบังคับให้แมคคินส่งมอบคำสั่งนั้นให้แก่ตนโดยเขาเชื่อมั่นตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติตุลาการ ค.ศ. 1789 (the Judiciary Act of 1789) ซึ่งเขาอ้างว่าให้อำนาจศาลสูงสุดพิพากษาคดีเช่นนี้ในชั้นต้นได้

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจฟเฟอร์สันไม่พอใจต่อการแต่งตั้งตุลาการใหม่ของอดัมส์ เพราะเห็นว่าเป็นการฉวยโอกาสแต่งตั้งในคืนสุดท้ายแห่งการดำรงตำแหน่ง<sup>1</sup> ประธานศาลจอห์น มาร์แชล ซึ่งได้รับแต่งตั้งโดยอดัมส์และเป็นผู้ตัดสินคดีนี้ ได้พยายามหลีกเลี่ยงการปะทะกันระหว่างศาลยุติธรรมกับประธานาธิบดีและสภานิติบัญญัติ โดยวินิจฉัยว่า

1) มาร์เบอร์ได้รับสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายตามคำสั่งแต่งตั้งนั้น

<sup>1</sup> วิชาญ เกรียงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 225-226 ; สมภพ โทตระภิกย์, "การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ," วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 2 ตอน 1 (มิถุนายน 2513): 6-7.

2) คำสั่งศาลมีผลบังคับตามสิทธิของมาร์เบอร์ที่จะให้มีการคืนตำแหน่งแก่เขา

3) ศาลไม่มีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่งได้ เนื่องจากตามพระราชบัญญัติตุลาการในส่วนที่บัญญัติให้อำนาจศาลยุติธรรมในการออกหมายบังคับฝ่ายบริหารได้ตกเป็นอันเสียเปล่าเนื่องจากชักรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ โดยอาศัยหลักสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรว่า "กฎหมายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันเสียเปล่า"<sup>1</sup>

("A law repugnant to the constitution is void.") และเมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจวินิจฉัย ด้วยเหตุผลดังนี้

ก. การวินิจฉัยกฎหมายเช่นนี้เป็นอำนาจของตุลาการหรือศาลยุติธรรม (มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา)

ข. เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารแล้ว การที่จะส่งเรื่องนั้นกลับไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารวินิจฉัยก็เป็นสิ่งไม่ถูกต้องเนื่องจากเป็นเจ้าของการกระทำนั้นเอง จึงต้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นกลางวินิจฉัย

ค. อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมคือการใช้กฎหมาย ศาลจึงต้องอยู่ในฐานะที่จะทราบได้ว่า สิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่ ดังนั้นถ้ากฎหมายหรือการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมจึงต้องประกาศให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำพิพากษาของจอห์น มาร์แชลได้ยืนยันให้เห็นว่า ศาลยุติธรรมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นอันเสียเปล่าและคำพิพากษาดังกล่าวยังทำให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยนั้นเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปด้วย

ความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญแก้ไขยากกับรัฐธรรมนูญแก้ไขง่ายและความจำเป็นของการเลือกระหว่างอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น ได้รับการอธิบายด้วยการพิสูจน์ทางตรรกวิทยาที่สำคัญ เป็นหลักฐานตามคำพิพากษาที่ได้ประกาศว่า ให้รัฐธรรมนูญเป็นเลิศเหนือความเกี่ยวข้อง

1

Howard E. Dean, Judicial Review and Democracy (New York: Random House, 1967), p. 17.

ทางกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญหรือจะเลือกให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยกฎหมายธรรมดา หรืออาจพิจารณาเลือกระหว่างการให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) มีฐานะสูงกว่าและไม่เปลี่ยนแปลงโดยกฎหมายธรรมดา ก็กับการให้รัฐธรรมนูญมีฐานะอยู่ในระดับเดียวกับกฎหมายธรรมดาซึ่งทำให้สามารถได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขโดยองค์กรทางฝ่ายนิติบัญญัติด้วยกฎหมายธรรมดา

การตัดสินคดีมาร์เบอร์และแมกสัน ของมาร์แชลล์ด้วยการแสดงถึงความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญเหนือกฎหมายอื่น ๆ และถึงอำนาจตุลาการที่จะไม่นำพาท่อกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการเปลี่ยนแปลงใหม่ครั้งสำคัญ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญใหม่ในปัจจุบันเกือบทั้งหมดของประเทศทางตะวันตกมีแนวโน้มเป็นแบบแก้ไขยากมากกว่าแก้ไขง่าย และนอกจากนั้นความประสงค์ที่จะประกันต่อความสูงสุดแห่งกฎหมายพื้นฐานได้ถูกมองไปในความหมายที่ต่างกันตามประสบการณ์แห่งท้องถิ่นของแต่ละรัฐ เช่น แนวโน้มที่มองผู้ฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้รับเลือกตั้งโดยประชาชนเพื่อยืนยันต่อหลักการที่สูงกว่า (higher principles) ขณะที่แนวโน้มอื่นให้ความไว้วางใจต่อตุลาการ อย่างไรก็ตามก็มีการตรวจสอบความคล้ายคลึงกันทางประวัติศาสตร์ (ดังเช่น การพยายามมุ่งไปสู่การกำหนดความหมายและการบังคับใช้ของกฎหมายสูงกว่า) และความแตกต่างทางประวัติศาสตร์ (ดังเช่น ในเรื่องความไว้วางใจที่เกิดขึ้นในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้เผชิญหน้ากับฝ่ายตุลาการ) นั้น ควรจะเป็นวิถีทางเข้าสู่การอธิบายความขัดแย้งระหว่างระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญหลายระบบในปัจจุบันได้

## 2. ความเข้าใจต่อกฎหมายสูงกว่า

### 2.1 กฎหมายสูงกว่าในสมัยโบราณ<sup>1</sup>

ในกฎหมายเอเธนส์ได้ก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่าง กฎหมาย (nómos) ความรับผิดชอบต่อกฎหมายในความรู้สึกที่เคร่งครัด กับ พระราชกฤษฎีกา (pséphisma) ซึ่งตรงกับคำว่า decree ในปัจจุบัน ความจริงแล้ว nómoi อาจเปรียบเทียบได้กับกฎหมายรัฐธรรมนูญสมัยนี้นั่นเอง เพราะ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐและสามารถถูกแก้ไข

<sup>1</sup>Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World (New York: the Bobbes-Merrill Company, 1971), p. 28-29.

เปลี่ยนแปลงได้เพียงโดยกระบวนการพิเศษเท่านั้น เช่นเดียวกับกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ  
 นั้นเอง มีนักศึกษากฎหมายกรีกสมัยโบราณซึ่งเป็นที่รู้จักแพร่หลายคนหนึ่งได้เขียนไว้ว่า ปรากฏ  
 ความเห็นของสาธารณะแก่รัฐกรีกทั้งหลายว่า กฎหมาย หรือ *nómos* ควรจะเป็นบางสิ่งที่  
 แน่นนอนและพ้นไปจากความไม่แน่นอนของชีวิตทางการเมืองและจากสิ่งกระตุ้นที่ไร้เหตุผลของที่  
 ประชุมสภา ดังนั้นกระบวนการคิดหาทางแก้ไข *nómoi* ในนครเอเธนส์จึงซับซ้อนมาก และการ  
 แก้ไขกฎหมายก็เป็นเรื่องที่เขาจริงเอาใจอย่างยิ่งโดยได้รับการประกันด้วยความระมัดระวัง  
 เป็นพิเศษ บุคคลผู้เสนอแก้ไขจะต้องมีความรับผิดชอบสูงต่อความไม่เหมาะสมที่ปรากฏขึ้นภาย  
 หลังของการเสนอแก้ไขนั้น ด้วยเหตุนี้อำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงกฎหมายจึงไม่ขึ้นอยู่กับอำเภอใจ  
 ของเสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุมสภาประชาชน (the *ecclesia*) ความคิดเช่นนี้เป็นผลสะท้อน  
 ในทางปรัชญาของนักคิดที่สำคัญที่สุดแห่งยุคนั้น ดังเช่น เพลโต (Plato) ที่เชื่อว่า กฎหมายควร  
 สะท้อนถึงแบบแผนของวัตถุที่ยั่งยืนได้ เป็นความสูงสุดและไม่ปรับตัวไปสู่ผลประโยชน์อันเปลี่ยน  
 แปลงของมนุษย์หรือฐานะของมนุษย์ สำหรับอริสโตเติล (Aristotle) แล้ว กฎหมายเป็น  
 บรรทัดฐานที่อยู่เหนือกิเลสมนุษย์ และที่น่าสังเกตุก็คือ เขาได้วางกฎเกณฑ์ของหลักความสูงสุด  
 แห่งกฎหมายและหลักความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม<sup>1</sup>

แต่กระนั้นที่ประชุมสภาประชาชนก็มีอำนาจบัญญัติกฎหมายเป็นอำนาจของตนเองโดย  
 ตรง ส่วนการตัดสินใจของสภาประชาชนไม่ได้อ้างรูปแบบแห่ง *nómoi* แต่ได้อ้างพระราชกฤษฎีกา  
 (*psephísma*) ซึ่งมีขอบเขตของสาระอันกว้างขวางประกอบด้วยแบบของผลบังคับทั่วไป  
 ผูกพันต่อชาวเมืองทั้งหมด ดังเช่นกฎหมายธรรมคาในปัจจุบัน โดยตัวพระราชกฤษฎีกาเองนั้น  
 ต้องเป็นกฎหมายทั้งในรูปแบบและเนื้อหาอันไม่สามารถขัดแย้งกับแบบแผนที่มีอยู่แล้ว (*existing*  
*nómoi*) ได้

ผลของการไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือขัดรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาที่ออกมาจาก  
 สภา *ecclesia* แบ่งเป็น 2 ด้าน คือ ด้านหนึ่งทำให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญาแก่บุคคล

1

Edward S. Corwin, The "Higher Law" Background of American  
 Constitutional Law (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1955), p. 7.



ผู้เสนอพระราชกฤษฎีกานั้นคือความเสียหายต่าง ๆ โดยต้องยกขึ้นกล่าวอ้างแก่สาธารณะที่เรียกว่า graphè paranómon ภายใน 1 ปี และอีกคำหนึ่งให้ถือเสมือนว่าพระราชกฤษฎีกานั้นเป็นอันไม่มีค่าบังคับตามหลักที่กล่าวอ้างโดยเดโมสเทเนส (Demosthenes) ว่า กฎหมาย (nómos) อยู่เหนือพระราชกฤษฎีกา (pséphisma) ที่ขัดแย้ง ผู้พิพากษาเอเธนส์ต้องวินิจฉัยตามกฎหมายและผูกพันตามพระราชกฤษฎีกาเฉพาะที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเท่านั้น

ความแตกต่างระหว่างกฎเกณฑ์ของมนุษย์ที่ไม่แน่นอนและกฎอันไม่เปลี่ยนแปลงของกฎหมายกรีกเกี่ยวกับจักรวาล ธรรมชาติ และสิ่งที่หยั่งรู้ได้นั้น กลายเป็นลักษณะสำคัญโดยมันคงแห่งความคิดทางตะวันตก ด้วยความแตกต่างระหว่าง jus gentium กับ jus civile<sup>2</sup> ทำให้โซโฟคลีส (Sophocles) , เพลโต (Plato) , อริสโตเติล (Aristotle) , ซีเซโร (Cicero) , นักปรัชญาสโตอิก (Stoic) และนักนิติศาสตร์โรมันมีแนวโน้มสนับสนุนความคิดแห่งกฎหมายนิรันดร์และไม่เปลี่ยนแปลงที่ผูกพันทุกชาติทุกภาษาตลอดกาล ("... one eternal and unchangeable law binding all nations through all time ...")

## 2.2 กฎหมายสูงกว่าในสมัยกลาง

ตามทัศนะของนักคิดสมัยกลาง เช่น ออกัสติน (Augustine) , ไอซีเคอร์แห่งเซอวิลล์ (Isidore of Seville) , แกรเทียน (Gratian) และคนอื่น ๆ เห็นว่า ความเข้าใจต่อกฎหมายสูงกว่าของกรีก-โรมันถือเป็นเรื่องสำคัญต่อความคิดสมัยกลางและต่อเนื้อหาทางทฤษฎีที่สำคัญต่าง ๆ ในข้อเขียนของโทมัส อควินัส (Thomas Aquinas) ได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายธรรมชาติได้รับความเข้าใจว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของแหล่งกำเนิดจากสวรรค์ต่อแบบแผนอื่น ๆ ทั้งหมดซึ่งต้องอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายนี้ ข้อเขียนนี้สอดคล้องกับที่นักนิติศาสตร์รุ่นใหม่คนหนึ่งได้เขียนไว้ว่า "การกระทำของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งละเมิดต่อขอบเขตจากศักดิ์ที่

<sup>1</sup>Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, p. 30.

<sup>2</sup>ปรีดี เกษมทรัพย์, ความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์ หรือ กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: เจริญวิทยการพิมพ์, 2520), หน้า 54.

กำหนดให้โดยกฎหมายธรรมชาตินั้นย่อมได้รับการประกาศให้เป็นอันเสียเปล่า" (the act of the sovereign which violated the limits placed by natural law was declared null and void.) ผู้พิพากษาซึ่งมีหน้าที่ใช้กฎหมายได้ถูกผูกพันที่จะต้องพิจารณาให้เป็นอันเสียเปล่าทั้งการกระทำของฝ่ายบริหารและกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ แม้การกระทำนั้นจะเป็นของสันตปาปา (Pope) หรือจักรพรรดิ (Emperor) ก็ตาม 004666

ทฤษฎีทางกฎหมายในสมัยกลางได้แสดงถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายสองแบบไว้อย่างแจ่มชัด คือ แบบ *jus naturale* ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดและถูกทำลายไม่ได้ กับแบบ *jus positivum* ซึ่งจะต้องเป็นไปตามแบบ (former) ความแตกต่างเช่นเดียวกันนี้ได้รับความสนใจโดยทฤษฎีต่าง ๆ ของสำนักกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 17 และ 18 จากช่วงเวลาของกรอเทียส (Grotius) ไปจนถึงรุสโซ (Rousseau) โดยสำนักกฎหมายธรรมชาติได้ยืนยันความมีอยู่ของสิทธิที่มีเนื้อหา (inmate rights) ซึ่งจับต้องและทำลายไม่ได้ รวมทั้งความมีอยู่ของการจำกัดขอบเขตและกฎเกณฑ์ที่ผูกพันต่อผู้บัญญัติกฎหมายเองด้วย ความเข้าใจเช่นนี้ได้ฝังรากลึกในความคิดสมัยกลางโดยรับรองให้อำนาจฝ่ายนิติบัญญัติสามารถถูกจำกัดได้โดยกฎหมายธรรมชาติ แม้จะมีความสูงสุดอย่างเด็ดขาดซึ่งสามารถทำทุกอย่างได้ยกเว้นการเปลี่ยนเพศจากชายเป็นหญิงหรือจากหญิงเป็นชาย (Parliament can do anything except transform a man into a woman and a woman into a man.) ก็ตาม<sup>1</sup>

บทความสำคัญของโธมัส อควีนาส ใน the *Summa Theologica* ได้ยืนยันต่อปัญหาของสภาพที่แท้จริงซึ่งผู้พิพากษาได้เผชิญกับกฎหมายอันไม่เป็นธรรมหรือกฎหมายซึ่งเขาวินิจฉัยว่าขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายธรรมชาตินั้นย่อมเป็นอันเสียเปล่าและไม่มีผลบังคับผูกพันใด ๆ ปัญหาความขัดแย้งระหว่างกฎหมายที่เป็นอยู่หรือกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) กับกฎหมายธรรมชาติ (natural law) นั้น ผู้พิพากษาต้องเลือกระหว่าง

<sup>1</sup>A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9th ed, (London: Macmillan and Co., Ltd., 1950), p.43.

การใช้กฎหมายทั้งสองนั้นซึ่งผู้พิพากษาต้องเลือกกฎหมายที่เป็นอยู่หรือกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง เพราะมีความชัดเจนและแน่นอนมากกว่าที่จะเลือกกฎหมายธรรมดาซึ่งขาดความชัดเจนทั้งบทลงโทษและการจัดการใด ๆ ก็ได้ปล่อยให้นักปรัชญาวางกฎเกณฑ์ของกฎหมายธรรมดาไป ฝ่ายเดียว

ปัญหาความแตกต่างระหว่างกฎหมายทั้งสองยังคงมีอยู่ต่อมาจนช่วงเวลาใกล้ชดกับสมัยปัจจุบัน จึงได้มีการกำหนดวิธีที่จะเอากฎหมายทั้งสองมารวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน กฎเกณฑ์ของกฎหมายธรรมดาที่สร้างขึ้นเองก็ยังแตกต่างกันในความคิดของแต่ละบุคคลและสิ่งที่แตกต่างกันนี้ก็ได้มีผู้นำไปบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและแผ่ขยายไปใช้ในรัฐต่าง ๆ แต่สำหรับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและอังกฤษแล้ว ถ้าพิจารณาเพียงคร่าว ๆ ก็จะเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างแนวความคิดเดิมตามทฤษฎีกฎหมายสูงกว่าและแนวความคิดใหม่ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยนั้นมีความใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง

### 3. ลักษณะของรัฐสภาและอำนาจอธิปไตยของประชาชนในฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสได้ยึดมั่นอย่างจริงจังต่อแนวความคิดว่า องค์กรฝ่ายตุลาการไม่ควรได้รับอำนาจวินิจฉัยกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมายสูงกว่า รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1799, 1852, 1946 และ 1958 ได้ยอมรับความเป็นไปได้ของการควบคุมกฎหมายให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และแม้กระทั่งในปัจจุบันก็ยังเป็นสิ่งที่ดีที่สุดทางทฤษฎี แต่ฝรั่งเศสได้มอบอำนาจนี้ให้แก่องค์กรทางการเมือง

ในช่วงสมัยเดิมของฝรั่งเศสได้มีความพยายามที่จะยืนยันถึงกฎเกณฑ์มูลฐานที่แน่นอน รัฐสภาและศาลสูงที่ตั้งขึ้นในเมืองต่าง ๆ ของฝรั่งเศสได้อ้างอำนาจและหน้าที่ที่จะตรวจสอบกฎหมายและพระราชกฤษฎีกาซึ่งส่งมาให้พิจารณามีให้มีข้อความใดในกฎหมายและพระราชกฤษฎีกานั้นขัดแย้งต่อกฎหมายพื้นฐานของประเทศ ด้วยการทำงานของรัฐสภาฝรั่งเศสทำให้มีการกำหนดหลักอันหนึ่งซึ่งมีผลสำคัญต่อมองเตสกีเออร์และหลักนี้ได้แสดงให้เห็นความคล้ายคลึงกันที่มีลักษณะเด่นต่อแนวความคิดใหม่ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ หลักที่กล่าวนี้เป็นทฤษฎีของการกระทำเกินอำนาจตามความพอใจ (heureuse impuissance) ของกษัตริย์ที่จะละเมิดกฎหมายพื้นฐาน และการที่ผู้บัญญัติกฎหมายตามอำนาจอธิปไตยไม่สามารถทำให้เกิดความพอใจ

(happy powerlessness) หรือเป็นปัญหาที่เราเรียกในปัจจุบันว่ากฎหมายชักรัฐธรรมนูญ

แม้ว่าจะเป็นที่ยอมรับให้ศาลยุติธรรมประกาศจำกัดอำนาจกษัตริย์และลบล้างกฎหมายที่ชักรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สภาประชาชน (Conseil des Parties) ก็สามารถนำปัญหานั้นขึ้นพิจารณาอีกครั้งหนึ่งได้โดยอาจกลับคำตัดสินของศาลยุติธรรมที่ส่งไปโดยมิชอบได้ อย่างไรก็ตามก็ได้ปรากฏว่าผู้พิพากษาศาลสูงได้ถือสิทธิเข้าแทรกแซงต่อการกระทำขององค์กรอื่น ๆ ของรัฐไกลเกินไปเสมอ ซึ่งบางครั้งผู้พิพากษากระทำไปเพื่อต้องการทรัพย์สินเป็นของตนเองหรือเพื่อรักษาทรัพย์สินของตนไว้ มีการซื้อขายตำแหน่งบ้าง ใช้อำนาจหน้าที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแจ่มชัดแก่คู่ความ เมื่อเหตุการณ์เป็นดังนี้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนแห่งอำนาจอธิปไตยของประชาชนจึงได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการมีผู้คุ้มครองป้องกันสิทธิพื้นฐานของประชาชนที่ดีที่สุดในอดีตไปถึงการพัฒนาของการควบคุมกฎหมายมิให้ชักรัฐธรรมนูญในภาคพื้นทวีปยุโรปด้วย และได้ร่วมกันคัดค้านต่อแนวความคิดในฝรั่งเศสที่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจควบคุมการกระทำขององค์กรสูงสุดโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนแห่งอำนาจอธิปไตยของชาติ

#### 4. ประเทศอังกฤษและอาณานิคม

ประเทศอังกฤษ ใฝ่สนับสุนนแนวความคิดของความสูงสุดแห่งรัฐสภา (Supremacy of Parliament) อย่างมั่นคงเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส แต่ก่อนประเทศฝรั่งเศสประมาณหนึ่งศตวรรษโดยเหตุผลที่ต่างกัน และอาณานิคมอเมริกันก็ได้รับช่วงแนวความคิดนี้ไปใช้ประโยชน์กระทั่งถึงช่วงเวลาแห่งการปฏิวัติและหลังจากนั้นด้วย

พอลล็อก (Pollock) ได้ยืนยันถึงอิทธิพลของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติและได้อธิบายถึงความไร้ผลของสถาบันทางกฎหมาย (failure of the bench and bar) ที่ยอมรับอิทธิพลเช่นนี้ เขากล่าวว่า<sup>1</sup> ไม่น่าเชื่อเลยว่าหลักซึ่งแพร่หลายสำหรับการเมืองในยุโรปและได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นพื้นฐานธรรมดาแห่งอำนาจโดยผู้คัดค้านที่เก่งที่สุดของอาณาจักรและของสังฆราช ควรเป็นผู้คงแก่เรียนในอังกฤษที่พ้นจากอิทธิพลใด ๆ นั้นทำไมนักปราชญ์แห่งกฎหมายคอมมอนลอว์จึงไม่อ้างอิงกฎหมายธรรมชาติอย่างแจ่มชัด

ก่อนหน้าศตวรรษที่ 17 ประเพณีเกี่ยวกับตุลาการอังกฤษมีแนวโน้มเพื่อกำหนดบทบาทอันเป็นรองต่อหน้าที่ของกษัตริย์และรัฐสภาโดยได้ถือว่ากฎหมายไม่ใช่สิ่งที่ถูกสร้างขึ้น หากแต่

<sup>1</sup>Mauro Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, p. 36.



เป็นสิ่งที่ถูกค้นคว้าหาหรือประกาศ คอมมอนลอว์เป็นกฎหมายพื้นฐานและแม้จะไม่ได้รับการประกอบให้สมบูรณ์โดยผู้บัญญัติกฎหมาย ผู้บัญญัติกฎหมายนั้นก็ไม่สามารถละเมิดต่อกฎหมายนั้นได้ด้วยเหตุนี้กษัตริย์และรัฐสภาจึงไม่อาจแทรกแซงโดยการถอนคืนกฎหมายตามอำเภอใจได้

ประเพณีนี้เองที่คุก (Coke) ได้รับช่วงมาใช้เป็นอาวุธในการต่อต้านการกระทำตามอำเภอใจของกษัตริย์เจมส์ที่ 1 คุกกล่าวว่า ผู้พิพากษาเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจควบคุมกฎหมายได้ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้คงแก่เรียนในศาสตร์แห่งกฎหมายอันยากยิ่ง โดยเหตุที่ศาสตร์นี้ต้องการเวลาในการศึกษาและประสบการณ์อันยาวนานจึงจะสามารถบรรลุถึงความรู้ความเข้าใจได้

นอกจากนั้นเขายังได้ยืนยันในหลักการแห่งความสูงสุดทางประเพณีของคอมมอนลอว์เหนืออำนาจของรัฐสภา (the traditional supremacy of the common law over the authority of Parliament) อีกด้วย ดังที่เขาแถลงไว้ในคดีบอนแฮม (Bonham) ปี ค.ศ. 1610 ว่า ในหลาย ๆ คดีที่คอมมอนลอว์จะควบคุมการกระทำของรัฐสภาและบางครั้งก็คัดค้านให้การกระทำนั้นเสียไปอย่างเด็ดขาด เพราะการที่กฎหมายของรัฐสภาต่อต้านสิทธิและเหตุผลตามปกติหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อสิทธิและเหตุผลดังกล่าว คอมมอนลอว์จะควบคุมกฎหมายนั้นและคัดค้านให้กฎหมายเช่นนั้นเป็นอันเสียไป<sup>1</sup> เขาได้กล่าวอ้างถึงฟอร์เตสคิว (Fortescue) ลิทเทิลตัน (Littleton) และคนอื่น ๆ ว่าได้ตกลงกันให้กฎหมายประกอบด้วยส่วนประกอบสามส่วน คือ (1) คอมมอนลอว์ (2) พระราชบัญญัติ และ (3) จารีตประเพณี (custom) ซึ่งแยกออกจากคอมมอนลอว์ แต่คอมมอนลอว์ตรวจแก้และอนุญาตหรือไม่อนุญาตต่อทั้งพระราชบัญญัติและจารีตประเพณี เพราะถ้ามีความเป็นปฏิปักษ์ขึ้นในพระราชบัญญัติหรือความไร้เหตุผลในจารีตประเพณีแล้ว คอมมอนลอว์ก็จะไม่อนุญาตและปฏิเสธต่อพระราชบัญญัติหรือจารีตประเพณีนั้น

ปัญหาที่สำคัญก็คือ ใครควรเป็นผู้ควบคุมและสืบให้รู้แน่ถึงความเป็นปฏิปักษ์หรือไร้เหตุผลเช่นนั้น และใครควรเป็นผู้ประกันความสูงสุดแห่งคอมมอนลอว์ต่อต้านกับการใช้อำนาจตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจชิปไทยและรัฐสภา ซึ่งคุกได้ให้คำตอบปัญหานี้อย่างชัดเจนว่า

<sup>1</sup>Edward S. Corwin, The Constitution And What It Means Today

(New Jersey: Princeton University Press, 1973), p. 173.

การควบคุมและการประกันดังกล่าวเป็นงานที่หนักของผู้พิพากษา เป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะตีความกฎหมายโดยอิสระจากผู้บัญญัติกฎหมายและสถาบันอื่น ๆ ขณะที่อิทธิพลแห่งหลักของคุกในคดียอนแฮม (Bonham) เป็นที่ถกเถียงกันนั้น คุกก็ได้สะท้อนให้เห็นท่าทีของผู้พิพากษาแห่งคอมมอนลอว์หลายท่านโดยปราศจากข้อสงสัย และได้มีการรักษาความรู้สึกยี่งออย่างมั่นคงในหลักการแห่งคอมมอนลอว์ที่เกิดขึ้นนานมาแล้วให้อยู่ในฐานะความสูงสุดต่อพระราชบัญญัติใหม่ ๆ

แม้ว่าการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (the Glorious Revolution of 1688) ได้ทำให้ชัยชนะของความสูงสุดแห่งฝ่ายนิติบัญญัติในอังกฤษได้ปรากฏชัดขึ้นก็ตาม แต่อาณานิคมอเมริกันก็ยังได้รับช่วงความคิดของคุกที่จะรักษาความเป็นรองของกษัตริย์และรัฐสภาต่อกฎหมายสูงกว่า และความคิดว่าผู้พิพากษาเคยชินต่อการตีความและไม่นำพาท่อกฎหมายที่ละเมิดกฎหมายสูงกว่า โดยผลที่ปรากฏสืบเนื่องตลอดมาได้แสดงให้เห็นว่าสิ่งเหล่านี้เป็นประโยชน์ยิ่ง ดังเช่นที่เจมส์ โอทิส (James Otis) ได้อ้างคดียอนแฮมต่อต้านกับหมายอนุเคราะห์ (writ of assistance) หลังจากที่มิอัสระแล้ว และเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติแห่งมลรัฐต่าง ๆ พยายามลบล้างข้อข้อผูกพันเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพด้วย

สำหรับประเทศอังกฤษแล้ว การปฏิวัติดังกล่าวได้กระตุ้นต่อการพัฒนาหลักใหม่ของการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ คณะบุคคลจากบริษัทเอกชนตลอดจนถึงนิติบุคคลซึ่งปกครองตนเองได้รับสิทธิที่จะกระทำการเพียงภายในขอบเขตของกฎบัตรและรัฐธรรมนูญของเขาทั้งนี้โดยอยู่ภายใต้กฎหมายอังกฤษ จากหลักการนี้เองทำให้ได้ข้อสรุปว่า การกระทำทุกอย่างที่ละเมิดต่ออำนาจที่ได้รับมาจากส่วนรวมย่อมเป็นอันเสียเปล่า (null and void) และไม่สามารถได้รับการบังคับใช้โดยศาลได้ สำหรับอาณานิคมอังกฤษมักปรากฏเสมอว่ากิจการค้าธุรกิจต้องดำเนินไปภายใต้กฎบัตรของกษัตริย์ซึ่งเสมือนเป็นรัฐธรรมนูญของพวกอาณานิคมเนื่องจากมีผลผูกพันต่อกฎหมายของอาณานิคมและเป็นตัวกำหนดโครงสร้างกฎหมายพื้นฐานของพวกอาณานิคมด้วย บ่อยครั้งที่รัฐธรรมนูญเหล่านี้ได้กำหนดอย่างแจ่มชัดว่า "ชาวอาณานิคมสามารถผ่านกฎหมายของตนเองออกมาได้ ถ้าเพียงกฎหมายเหล่านั้นมีเหตุผลและไม่ขัดต่อกฎหมายแห่งสหราชอาณาจักรอังกฤษเท่านั้น" ข้อกำหนดเช่นนี้ได้แสดงความหมายอย่างชัดแจ้งว่า กฎหมายไม่ควรขัดต่อเจตนารมณ์แห่งอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาอังกฤษโดยเหตุผล

ของความสูงที่สุดแห่งกฎหมายอังกฤษและรัฐสภา เป็นผลให้ในคดีจำนวนมาก สภาองมนตรีของ กษัตริย์ถือว่ากฎหมายของอาณานิคมไม่สามารถเป็นกฎหมายได้ถ้าค้านต่อกฎบัตรของอาณานิคม หรือต่อกฎหมายของสหราชอาณาจักร ดังเช่นในคดีวินโธโรปและเลชเมียร์ (Winthrop v. Lechmere, 1727) และคดีฟิลลิปส์และแซเวจ (Philips v. Savage, 1737)

กฏแห่งเหตุแห่งหลักการของความสูงที่สุดแห่งรัฐสภาและความสูงที่สุดแห่งกฎหมายที่เป็นอยู่ หรือกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (positive law) ซึ่งถูกนำเข้ามาในอังกฤษด้วยการปฏิวัติปี ค.ศ. 1688 นั้น ทำให้ผลที่เกิดขึ้นในอเมริกาแตกต่างไปจากในอังกฤษโดยที่ผลในอังกฤษนั้นเพื่อกำจัด การควบคุมทุกอย่างเหนือค้ำบังคับของกฎหมายให้พ้นไปจากผู้พิพากษา

เมื่ออาณานิคมอังกฤษในอเมริกาได้ประกาศอิสรภาพในปี ค.ศ. 1776 สิ่งแรกอันหนึ่ง ที่พวกอาณานิคมกระทำก็คือ การนำเอารัฐธรรมนูญใหม่ซึ่งประกอบด้วยกฎหมายพื้นฐานของรัฐ อิสระใหม่นั้นเข้ามาแทนกฎบัตรเก่า และเมื่อแต่เดิมพวกเขาถือว่ากฎหมายที่ขัดกฎบัตรและ กฎหมายของสหราชอาณาจักรก็ย่อมได้รับการพิจารณาให้เป็นอันเสียเปล่าโดยผู้พิพากษา ดังนั้น กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญใหม่ของรัฐอิสระก็ควรถือว่าเป็นอันเสียเปล่าด้วยเช่นกัน

##### 5. การวิวัฒนาการของความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ

แม้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจะมีรูปแบบที่ผันแปรต่างกันในแต่ละประเทศ และแต่ละช่วงเวลาก็ตาม แต่การควบคุมนี้ก็เป็ผลของแบบอย่างที่มีการวิวัฒนาการปกติก่อโลก ทางตะวันตกส่วนมากทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ การวิวัฒนาการของความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญเริ่มด้วยช่วงเวลาแห่งความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) การกระทำของกษัตริย์และรัฐสภาเป็นไปภายใต้อำนาจของกฎหมาย สูงกว่าแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ต่อมาได้เกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (the Glorious Revolution) ในอังกฤษและการปฏิวัติในฝรั่งเศสอีกศตวรรษหนึ่งต่อมา ก็ได้เข้าสู่ยุคแห่งความยุติธรรมที่เป็นอยู่หรือความยุติธรรมตามกฎหมายนั่นเอง (positive or legal justice) ซึ่งยุคนี้ได้แสดงลักษณะของยุคด้วยความเป็นเอกของกฎหมายลายลักษณ์ อักษรและฝ่ายนิติบัญญัติของประชาชน รวมถึงความไม่สามารถสัมพัทธ์ (Relative Powerlessness) ของทั้งผู้พิพากษาและทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่จะควบคุมความเป็นเอก

เช่นนี้ได้ เราอาจเรียกยุคนี้ว่าเป็นยุคแห่งหลักการตามกฎหมาย (principle of legality) ที่อาศัยสถาบันบางสถาบัน เช่น ศาลสูงสุด (Cour de Cassation) และศาลปกครอง (Conseil d'Etat) เป็นเครื่องมือที่จะทำให้หลักการนี้ปรากฏผลขึ้น

ในปัจจุบันจตุรกรแห่งความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นในความรู้สึกที่รวมรูปแบบของความยุติธรรมตามกฎหมาย (legal justice) และความมีตัวตนของความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) เข้าด้วยกันด้วยความต้องการป้องกันเจตนารมณ์อันถาวร ซึ่งก็คือว่าอำเภอใจชั่วคราวของประชาชนนั้นได้ทำให้รัฐใหม่ ๆ หลายรัฐยืนยันอีกครั้งหนึ่งในหลักการแห่งกฎหมายสูงกว่าโดยผ่านรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เราจึงสามารถมองเห็นส่วนประกอบของความคิดรวบยอด (concept) ทั้งสามส่วนได้ คือ (1) ความสูงสุดแห่งกฎหมายสูงกว่าอันแน่นอน (2) ความต้องการจัดวางกฎหมายสูงกว่าไว้ในรูปแบบเป็นลายลักษณ์อักษร และ (3) การให้ผู้พิพากษาเป็นเครื่องมือบังคับใช้รัฐธรรมนูญเพื่อต่อต้านกฎหมายธรรมดาซึ่งที่ปรากฏขึ้นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา

ช่วงเวลาที่ปรากฏความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญขึ้นนั้น ไม่ได้เป็นพื้นฐานที่ปราศจากเหตุผลเลย หลักการตามกฎหมายก็ปรับปรุงแก้ไขจากการแปลความคิดของกฎหมายธรรมชาติที่ใช้ให้เหตุผลในการตัดสินคดีของศาลสมัยก่อน ๆ แล้วความเป็นกฎหมายก็ได้พิสูจน์ตัวเองจนกระทั่งปรากฏเป็นความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 20 และลัทธิรัฐธรรมนูญใหม่ก็เป็นประเภทหนึ่งของบทสรุปแนวความคิดเกี่ยวกับภาวะประสานระหว่างภาวะที่เป็นอยู่กับภาวะแย้งของเฮเกิล (Hegel)<sup>1</sup> ตามการสร้างขึ้นเป็นรูปร่างของเฮเกิล (Hegelian synthesis) ซึ่งพยายามไขบทเรียนจากประสบการณ์ให้เกิดความยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญและขณะเดียวกันก็หลีกเลี่ยงอันตรายที่เคยปรากฏขึ้นมาแล้วในอดีตด้วย

<sup>1</sup> เอ็ม เจ ฮาร์มอน, ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน แปลโดย  
เสน่ห์ จามริก (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), หน้า 428-429.