

## บทที่ 2

### แนวความคิดและระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในต่างประเทศ

ในการศึกษากฎหมายมหาชนนั้น หากได้ทำการศึกษาในสาระสำคัญของแนวความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ทางกฎหมายมหาชนแล้วจะพบว่า ล้วนแล้วแต่เกี่ยวข้องกับเรื่องของอำนาจและการใช้อำนาจทั้งสิ้น ทั้งนี้ เนื่องมาจากว่า กฎหมายมหาชนนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน (ประชาชน) และในความสัมพันธ์นั้นมักจะปรากฏว่ารัฐเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะเหนือกว่าเอกชน (ประชาชน) เสมอเพราะรัฐเป็นผู้มีอำนาจมากกว่า จากเหตุที่รัฐเป็นผู้ที่มีอำนาจอยู่ในมือนี้เองจึงทำให้เกิดนักคิดต่าง ๆ ที่ได้สร้างแนวความคิดในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อมิให้รัฐกระทำการใด ๆ เกินขอบอำนาจหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครองโดยปราศจากอำนาจขึ้นมา

แนวความคิดและระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารที่จะกล่าวถึงในบทนี้ ก็เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากแนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนซึ่งต้องการที่จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเช่นกัน แต่แนวความคิดและระบบดังกล่าวนี้กว่าจะเกิดขึ้นมาได้ก็ต้องอาศัยพัฒนาการทางความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ทางกฎหมายมหาชนตั้งแต่เรื่องของทฤษฎีอำนาจอธิปไตย หลักความสูงสุดของรัฐสภา หลักนิติรัฐ ทฤษฎีความเป็นสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ เรื่อยมาจนถึงทฤษฎีการควบคุมมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ทฤษฎีเหล่านี้เองที่ประเทศทางยุโรปได้นำมาใช้เป็นหลักในการบริหารประเทศและใช้เป็นแนวทางในการจัดรูปแบบการใช้อำนาจรัฐในประเทศตนมาอย่างยาวนานจนกระทั่งในที่สุดแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนเหล่านั้นได้พัฒนาและหยั่งรากลึกลงในระบบการเมืองการปกครองของประเทศเหล่านั้น และประเทศเหล่านั้นก็ได้สร้างระบบของการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารขึ้นมาใช้ในประเทศของตนได้โดยปริยาย สำหรับประเทศทางยุโรปที่จะได้กล่าวถึงในบทนี้คือ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรีย

#### 2.1 แนวความคิดของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเกิดขึ้นมาจากพัฒนาการของทฤษฎีและแนวความคิดทางกฎหมายมหาชนซึ่งมีพื้นฐานมาจากความต้องการของสังคมที่ต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐนั่นเอง สำหรับทฤษฎีและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะกล่าวถึงในส่วนนี้ได้แก่ ทฤษฎีอำนาจ

อธิปไตย หลักความสูงสุดของรัฐสภา หลักนิติรัฐ ทฤษฎีความเป็นสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ และ ทฤษฎีการควบคุมมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตย

ก่อนที่จะเกิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยนั้น ได้มีพัฒนาการในเรื่องอำนาจในภาคพื้นยุโรปเรื่อยมากล่าวคือ ในยุคกรีก (Hellenistic Period) ตลอดจนยุคคลาสสิก (Classical Period) ประชาชนนับถือเทพเจ้าหลายองค์ เชื่อว่าเทวดามีอำนาจมากกว่ามนุษย์และชีวิตมนุษย์ต้องเป็นไปตามที่ชะตากำหนด ยุคต่อมาความคิดทางศาสนาเริ่มเข้ามามีอิทธิพล จึงเป็นช่วงของทฤษฎีเทวสิทธิ์ (Divine right theory) ซึ่งเชื่อกันว่าพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ ประทานดินแดนแก่มนุษย์ ประทานอำนาจปกครองดินแดน และบางครั้งก็ส่งตัวแทนมาใช้อำนาจปกครองแทนพระเจ้าเอง ทฤษฎีเทวสิทธิ์นี้มีสาระสำคัญว่า รัฐเกิดจากความประสงค์ของพระเจ้า มนุษย์มิใช่ผู้มีส่วนในการสร้างรัฐ ผู้ปกครองได้อำนาจปกครองรัฐมาจากพระเจ้า ผู้ใดฝ่าฝืนหรือขัดขืนอำนาจของผู้ปกครองรัฐผู้นั้นฝ่าฝืนโองการพระเจ้าถือว่ามีบาปและมีความผิด ประชาชนต้องเชื่อฟังผู้มีอำนาจในรัฐ โดยเคร่งครัด<sup>1</sup> ในยุคต่อมา นับแต่จักรวรรดิโรมันล่มสลายลงในปลายศตวรรษที่ 5 การอยู่รวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของแคว้นแคว้นต่าง ๆ ของจักรวรรดิโรมันตามหลักการ *Pax Romana* ก็สิ้นสุดลง แคว้นแคว้นต่าง ๆ เหล่านี้ได้ประกาศตัวเป็นอิสระไม่ขึ้นกับผู้ใด จึงมีแคว้นแคว้นที่เป็นอิสระเกิดขึ้นจำนวนมาก เกิดรูปแบบการปกครองแบบศักดินาสวามิภักดิ์ โดยกษัตริย์มีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าศักดินา โดยใช้วิธีการยกที่ดินให้ อย่างไรก็ตาม การล่มสลายของจักรวรรดิโรมันกลับทำให้ความเชื่อเกี่ยวกับศาสนาริสต์ซึ่งเริ่มได้รับความนิยมในช่วงปลายของจักรวรรดิโรมันเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง และจากการที่ศาสนจักรโรมันคาทอลิกมีการจัดองค์กรและโครงสร้างที่มีความเข้มแข็งและเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทำให้ศาสนจักรโรมันคาทอลิกกลายเป็นศูนย์อำนาจของยุโรปแทนจักรวรรดิโรมันที่ล่มสลายไป และมีการนำกฎหมายของศาสนจักร (Canon law) ไปใช้ในการปกครองของฝ่ายอาณาจักรตามคำสอนของศาสนาริสต์ที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดที่พระเจ้าผู้เป็นเจ้าของกำหนดขึ้น กฎหมายจึงเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์และอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ ซึ่งรวมทั้งอำนาจกษัตริย์ด้วย (หลัก Supremacy of law) สภาพการณ์เช่นนี้ดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องจนถึงปลายศตวรรษที่ 14 เมื่อฝ่ายอาณาจักรมีอำนาจมากขึ้น ประกอบกับเวลานั้นอยู่ในช่วงเริ่มต้นของยุคฟื้นฟูศิลปวิทยาการ (Renaissance) ที่มุ่งเน้นการคิดอย่างมีเหตุผล และขณะเดียวกันปรากฏว่าศาสนจักรโรมันคาทอลิกได้เข้าไปแทรกแซงกิจการภายในของทุกแคว้น ทำให้แคว้นแคว้นจำนวนมากไม่ประสงค์ให้สา-

<sup>1</sup> วิทยุ เครื่องาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2530), หน้า 13-14.

สนจักรเข้ามามีบทบาทในด้านการเมืองการปกครองอีกต่อไป ฝ่ายกษัตริย์พยายามที่จะลดอำนาจพระสันตปาปาและเชิดชูอำนาจของกษัตริย์ขึ้นจึงมีการพัฒนาแนวคิดเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการแยกตัวเองออกจากกรมเงาของศาสนจักรนั่นก็คือ ทฤษฎีว่าด้วยควมมีอำนาจสูงสุดของกษัตริย์ (The supremacy of the king) โดยฌอง โบแดง ต่อมาได้เกิดรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ขึ้นในสมัยศตวรรษที่ 16 โดยรัฐสมัยใหม่มีลักษณะที่สำคัญ คือ การยกย่อง “อำนาจอธิปไตยของรัฐ” ว่าเป็นอำนาจสูงสุดไม่อยู่ภายใต้อำนาจหรือกฎหมายใด ๆ (*Legibus soluta*) ขณะเดียวกันรัฐมีอำนาจตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่พลเมืองโดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับของผู้ใด (ซึ่งหมายถึงศาสนจักรนั่นเอง)<sup>2</sup> จะเห็นได้ว่าทฤษฎีอำนาจอธิปไตยที่เกิดขึ้นนี้เป็นทฤษฎีที่ปฏิเสธทั้งอำนาจภายนอกของจักรพรรดิและสันตปาปาและปฏิเสธอำนาจภายในรัฐของเจ้าศักดินาหรือองค์กรอื่น โดยสาระสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยมีดังนี้

### 2.1.1.1 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแบบดั้งเดิม

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยในเริ่มแรกนั้นเกิดมาจากแนวความคิดของ ฌอง โบแดง (Jean Bodin ค.ศ.1530-1596) โดยทฤษฎีอำนาจอธิปไตยนี้ปรากฏในหนังสือชื่อ “สาธารณรัฐใน 6 บรรพ” (*six livres de la République* 1576) โดยได้ให้ความหมายไว้ค่อนข้างชัดว่า “สาธารณรัฐ” (*res publica*) คือ สิทธิในการปกครองกลุ่มบุคคลหลาย ๆ กลุ่ม และที่เป็นส่วนรวมของกลุ่มเหล่านี้คือ อำนาจอธิปไตย (*puissance souveraine*) พร้อมกันนั้น โบแดงก็ให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยต่อไปว่า ปราศจากขอบเขต ถาวร (*perpétuelle*) และสูงสุดด้นพัน (*absolue*) และอำนาจนี้แสดงออกโดยการ “ออกหรือเลิกกฎหมาย”<sup>3</sup> ซึ่งแสดงให้เห็นว่า โบแดงเห็นว่าคุณลักษณะสำคัญของรัฐอยู่ที่การบัญญัติกฎหมาย อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นคุณสมบัติที่สำคัญเพราะเป็นลักษณะที่แสดงออกซึ่งความเป็นอธิปไตยของรัฐ นอกจากนี้ อำนาจอธิปไตยนั้นยังเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐซึ่งไม่ถูกจำกัดโดยอำนาจอื่นภายนอกคือ จักรพรรดิและสันตปาปา และภายในรัฐนั้นองค์กรอัยการก็มีอำนาจสูงสุดเหนือเจ้าศักดินาทั้งหลาย โดยนัยนี้สาระสำคัญของอำนาจอธิปไตยก็คือ อำนาจบังคับบัญชาและคำสั่งบังคับบัญชาจะต้องดำเนินการจากเจตจำนงขององค์กรอัยการโดยตรง

<sup>2</sup> บันทึก เรื่อง หลักนิติรัฐ โดยฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2547) หน้า 1.  
แหล่งที่มา : <http://law.payap.ac.th/Book/The%20Rule%20of%20Law.pdf> [1 ตุลาคม 2549]

<sup>3</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิชาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 30.

ดังนั้นเมื่อกฎหมายคือคำสั่งบังคับบัญชาขององค์อธิปัตย์แล้ว องค์อธิปัตย์ผู้มีอำนาจสูงสุดจึงอยู่เหนือกฎหมายเพราะตนเป็นผู้ออกและยกเลิก

ทั้งนี้ โบแดงเห็นว่าแม้อำนาจอธิปไตยจะกำเนิดจากสังคมมนุษย์แต่เมื่อเกิดแล้วก็เป็นผู้ปกครองโดยไม่อาจเรียกกลับมาและไม่มีข้อจำกัด นอกจากนี้ โบแดงยังได้เสนอต่อไปด้วยว่า อำนาจอธิปไตยภายนอกของรัฐแสดงออกโดยการที่กษัตริย์สามารถทำสงครามและสันติภาพได้โดยไม่ต้องขอความเห็นจากใคร และที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ โบแดงเริ่มแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกรรมสิทธิ์ โดยถือว่าไม่ใช่ทุกสิ่งเป็นขององค์อธิปัตย์ แต่ในทางตรงกันข้ามองค์อธิปัตย์ต้องเคารพกรรมสิทธิ์ของบุคคล มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ นอกจากนี้ โบแดงยังแบ่งประเภทรัฐบาลตามข้อเท็จจริงที่ว่าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่ใคร โดยถือว่าเป็นระบอบกษัตริย์ถ้าอำนาจอธิปไตยอยู่ที่เจ้าชายคนเดียว เป็นระบอบขุนนาง (aristocratie) ถ้าคนเพียงส่วนน้อยปกครองคนส่วนใหญ่โดยอำนาจอธิปไตย และเป็นระบอบประชาธิปไตยถ้าคนส่วนใหญ่ทั้งหมดรวมกันออกคำสั่งโดยอำนาจอธิปไตยร่วมกันนั้นต่อปัจเจกชนแต่ละคน และโบแดงเห็นว่าระบอบกษัตริย์ดีที่สุดที่สุดเพราะเหตุผลทางประวัติศาสตร์โดยเฉพาะ การสืบราชสมบัติทำให้เกิดความต่อเนื่อง (continuité) ของระบบการปกครอง แต่โบแดงก็วางข้อจำกัดไว้ว่า กษัตริย์ต้องไม่ใช่อำนาจตามอำเภอใจ ต้องไม่ปกครองประเทศเหมือนถือว่าเป็นสมบัติส่วนตัว ต้องไม่นำความหมายมาสู่ราชสมบัติ และต้องรักษากรรมสิทธิ์ของเอกชน และศาลปาร์เลอมอง (Parlements) จะทำหน้าที่เป็นผู้รักษากรรมสิทธิ์ที่ว่านั้น<sup>4</sup>

อย่างไรก็ดี แนวความคิดของ ฌอง โบแดง ที่ให้กษัตริย์เป็นองค์อธิปัตย์ ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยมีอำนาจสูงสุดนั้นทำให้เกิดสภาพสังคมในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (absolute monarchy) ซึ่งปรากฏอย่างเด่นชัดในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ซึ่งได้ตรัสไว้ว่า “รัฐคือตัวข้า” (L'état, c'est moi) ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นี้ทำให้ประชาชนไม่พอใจเนื่องจากเกิดการใช้พระราชอำนาจตามอำเภอใจของกษัตริย์โดยการเก็บภาษีจากประชาชนตามพระราชประสงค์ เกิดการกระทบสิทธิและประโยชน์ของชนชั้นกลางที่มีการศึกษา นักปรัชญาจึงต้องหาแนวคิดใหม่เพื่อเป็นทางออกให้กับปัญหาที่เกิดขึ้นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งในเวลาต่อมา แนวความคิดในการแยกรัฐและอำนาจอธิปไตยออกจากตัวบุคคลก็ได้เกิดขึ้น ซึ่งการแยกรัฐและอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจในทางการเมืองออกจากตัวผู้ปกครองนี้ ก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ<sup>5</sup>

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 30-31.

<sup>5</sup> ธนิต ภูริเวทย์, “หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 24.



ประการแรก “รัฐ” ซึ่งเป็นสถาบันนามธรรมที่เป็นเจ้าของอำนาจการเมืองที่เรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” นั้นต้องถูก “สมมติ” ให้มีสภาพบุคคล (legal personality) แทนภัยศรัีย ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่สวรรคตได้ ดังนั้นรัฐในแนวความคิดภาคพื้นยุโรปจึงเป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนโดยสภาพ ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศและในกฎหมายภายใน ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้ “รัฐ” เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแทนตัวบุคคลธรรมดาได้นั่นเอง และ

ประการที่สอง แนวคิดเรื่องรัฐทำให้เกิดการพัฒนาหรือเกิดผลแห่งแนวความคิดย่อยออกไปได้อีก 3 แนวทาง คือ ประชาธิปไตย สังคมนิยม และเผด็จการ

จากการสมมติให้รัฐเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแทนบุคคลนี้เองจึงทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่จะมาทำการใช้อำนาจอธิปไตย “แทน” รัฐชั่วคราวเนื่องจากรัฐเป็นเพียงสถาบันนามธรรมเท่านั้น รัฐบาลจึงได้เกิดขึ้นโดยผ่านวิธีการในการเข้ามาสู่การเป็นผู้ใช้อำนาจ ซึ่งผลจากความคิดนี้ได้พัฒนามาสู่ทฤษฎีสัญญาประชาคมในเวลาต่อมา

ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social contract) เริ่มก่อตัวขึ้นมาตั้งแต่ยุคกลาง แต่ก็มีได้แพร่หลายมากนัก จนกระทั่ง โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes ค.ศ.1588-1679) ได้ใช้แนวความคิดดังกล่าวเป็นเครื่องอธิบายความคิดความเชื่อทางการเมืองของเขาในศตวรรษที่ 17 โดยงานเขียนชื่อ Leviathan ในปี 1651 ทั้งนี้โดย ฮอบส์ มิได้คิดค้นขึ้นมาใหม่เสียเลยทีเดียว แต่ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของนักปรัชญาชาวกรีก กฎหมายโรมัน คำสอนศาสนาคริสต์นิกาย และแนวความคิดด้านมานุษยวิทยา รวมทั้งอิทธิพลของการปกครองระบบฟิวดัล เป็นตัวกำหนดสัญญาประชาคมขึ้นมา<sup>6</sup> โดยความคิดของฮอบส์นั้นเชื่อว่า มนุษย์เห็นแก่ตัวและโหดร้าย สังคมเกิดจากการขัดแย้งและต้องการให้มีผู้ตัดสินและคุ้มครองคนแต่ละคน ดังนั้น สังคมจึงเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้น ไม่ใช่สิ่งที่มีมาตามธรรมชาติ รัฐเกิดขึ้นเพื่อปกป้องคน โดยคนต่างทำสัญญายอมสละเสรีภาพเพื่อพบความสงบไม่ต้องรบราฆ่าฟันกัน เมื่อคนทำสัญญากันเช่นนี้คนแต่ละคนต้องเคารพสัญญา สังคมนั้น และต้องเคารพรัฐผู้รับมอบอำนาจไปจากคน ฮอบส์เรียกสัญญานี้ว่า Leviathan และรัฐที่เกิดจากสัญญานี้มีสภาพเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย (imperium absolutum) สูงสุด เพื่อให้รัฐสามารถรักษาความสงบได้ อำนาจอธิปไตยที่ว่านั้นไม่มีข้อจำกัดไม่ว่าทางกฎหมายหรือทางศีลธรรม<sup>7</sup> ประเด็นหลักของฮอบส์ คือ มนุษย์ต้องการความมั่นคงในชีวิต (และทรัพย์สิน) จึงยอมที่จะมอบสิทธิเสรีภาพของตนให้แก่องค์อธิปัตย์ ซึ่งจะเป็นบุคคลเดียวหรือหมู่คณะหรือสถาบันองค์กรก็ไม่สำคัญ ที่สำคัญ

<sup>6</sup> Baker, Ernest, Social Contract (New York : Oxford University Press, 1962), p.433. อ้างถึงใน ธนิต ภูริเวทย์, “หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดและทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย,” หน้า 30.

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, อ้างแล้ว, หน้า 32.

คือ ต้องมีอำนาจอธิปไตยที่จะจัดการปกครองเพื่อให้เกิดระเบียบและความมั่นคงในชีวิตและทรัพย์สินของผู้ถูกปกครอง<sup>8</sup>

นักปรัชญาที่สำคัญคนต่อมาในเรื่องสัญญาประชาคม แต่กลับมีความเห็นตรงข้ามกับฮอบส์ คือ จอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ.1632-1704) ซึ่งมีความคิดว่า ก่อนมารวมกันเป็นสังคม มนุษย์ในสภาพธรรมชาติเป็นมนุษย์ที่สงบ มีจิตใจงดงาม ช่วยเหลือกันและกัน มนุษย์ทุกคนเท่าเทียมกันและมีเสรีภาพเต็มที่ สังคมในธรรมชาติของล็อกมีสังคมเดียว คือ ครอบครัว กรรมสิทธิ์เองก็เป็นสิ่งที่มนุษย์มีอยู่ก่อนเข้ามารวมเป็นสังคม แต่การที่มนุษย์เข้ามารวมกันเป็นสังคมก็เพราะในสภาพธรรมชาตินั้นเมื่อมีการละเมิดกฎหมายธรรมชาติ (loi de nature) ซึ่งไม่มีสภาพบังคับ (เพราะมนุษย์เท่าเทียมกันและมีเสรีภาพ) เป็นการทำลายสภาพธรรมชาติที่ดีประการหนึ่ง และการเข้ามารวมเป็นสังคมนั้นก็เพื่อช่วยให้มนุษย์แลกเปลี่ยนสิ่งของที่ตนต้องการได้กว้างขวางและมากขึ้น และเมื่อสภาพธรรมชาติพัฒนามาถึงระยะหนึ่ง ก็เกิดความไม่เท่าเทียมกัน การรังแก การเอาเปรียบกัน เกิดความไม่สงบ เกิดความไม่มั่นคง ไม่มีใครคุ้มครองทรัพย์สินให้ มนุษย์จึงตกลงเข้ามารวมกันเป็นสังคม ณ จุดนี้เอง และเจตนาที่ตรงกันของมนุษย์ทุกคนที่ต้องการหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัยนี้เอง ทำให้เกิดสัญญาสังคมขึ้น และมนุษย์แต่ละคนยินดีสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับตนเองเมื่อมีการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับนี้ให้สังคมแต่ผู้เดียว ดังนั้นสัญญาสังคมหรือสัญญาประชาคมจึงเกิดขึ้นจากการตกลงของมนุษย์ผู้มีอิสระและมีจุดประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกของมนุษย์ แต่มนุษย์ไม่ได้สละเสรีภาพทั้งหมดให้สังคม คงให้เฉพาะเสรีภาพบางส่วนเพื่อความผาสุกร่วมกัน แต่ยังคงรักษาเสรีภาพตามธรรมชาติอื่นไว้ ดังนั้น “อำนาจของสังคมจึงไม่มีขอบเขตเกินไปกว่าความผาสุกร่วมกัน” สัญญาสังคมนี้อาจเกิดขึ้นโดยปริยาย แต่ต้องมี และรัฐบาลจะเป็นรัฐบาลได้ก็โดยความยินยอมของผู้ถูกปกครองเท่านั้น<sup>9</sup> ซึ่งกลายเป็นหลักของระบบการปกครองอังกฤษและของสหรัฐอเมริกาในสมัยต่อมา<sup>10</sup>

นักปรัชญาที่สำคัญอีกท่านหนึ่ง ผู้มีความคิดในเรื่องสัญญาประชาคมซึ่งต่อมาแนวคิดของเขานั้นได้กลายเป็นหัวใจของทฤษฎีกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมาจนถึงปัจจุบัน ก็คือ ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau ค.ศ.1712-1778) ผลงานที่สำคัญของเขาก็คือ “เรื่องสัญญาประชาคม” (du contrat social 1762) จากหนังสือเล่มนี้รูสโซแสดงให้เห็นว่าเขามีความคิดว่า

<sup>8</sup> วิชัย ดันศิริ, วิวัฒนาการของระบอบประชาธิปไตย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 43.

<sup>9</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว, หน้า 51-52.

<sup>10</sup> วิชัย ดันศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 45.

มนุษย์เกิดมาโดยอิสระและเท่าเทียมกัน สภาพธรรมชาติจึงเป็นสภาพที่มนุษย์คล้ายสัตว์และมีความต้องการน้อยมาก เมื่อเกิดกรรมสิทธิ์ของมนุษย์แต่ละคนขึ้นมา จึงทำให้เกิดความไม่เสมอภาคของมนุษย์และมีความจำเป็นต้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ซึ่งทำให้มีการจัดตั้งรูปแบบการปกครองขึ้นเพื่อคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของนครวยจากคนจน จึงต้องตั้งสังคมขึ้นใหม่ที่เกิดจากความยินยอมพร้อมใจกันของมนุษย์ ไม่ใช่ใช้กำลัง การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมารวมกันเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิด “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ขึ้น สัญญานี้เป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่น ๆ ทุกคนว่าจะยอมมอบอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม สังคมที่เกิดจากสัญญานี้เป็นสังคมที่เสมอภาคเท่าเทียมกันหมดเพราะแต่ละคนสละสิทธิเสรีภาพให้ทุกคน จึงเท่ากับคนได้รับเท่ากับสิ่งที่ตนสละ ฉะนั้น สมาชิกแต่ละคนของสังคมจึงต้องมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย ในสังคมตามสัญญานี้ กฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของแต่ละคนได้<sup>11</sup> นอกจากนี้ อำนาจอธิปไตยตามความเห็นของรูสโซไม่สามารถจะมอบให้ผู้อื่นผู้ใดได้ ประชาชนทุกคนมีส่วนในการใช้อำนาจนี้ เพื่อแสดงออกในเรื่องเจตนารมณ์ทั่วไปและการออกกฎหมายสำหรับให้ผู้บริหารนำไปปฏิบัติ ดังนั้นแม้จะมีผู้แทนราษฎรในสภา แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นไม่มีอำนาจเด็ดขาดในการกำหนดเจตนารมณ์ ประชาชนนั้นแหละยังคงมีอำนาจอธิปไตยแม้ว่าจะมีผู้แทนราษฎรในสภาก็ตาม<sup>12</sup>

จากทฤษฎีสัญญาประชาคมของรูสโซนี่เองได้แตกแขนงก่อให้เกิดทฤษฎีสำคัญทางการเมืองขึ้นอีกสองทฤษฎี คือ

ก.ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน

ข.ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ

ก.ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน : ผู้ให้กำเนิดทฤษฎีนี้คือฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) จากแนวความคิดเรื่องสัญญาประชาคมที่รูสโซมองว่าอำนาจอธิปไตยมีอยู่ในตัวมนุษย์ทุกรูปทุกนาม เมื่อมนุษย์สมัครใจสละสภาพธรรมชาติมารวมกันเป็นหมู่เหล่าจนเกิดเป็นสังคมขึ้น มนุษย์ก็ได้ทำสัญญาหรือก่อพันธะผูกพันกันโดยชัดแจ้งหรือปริยายว่าจะมอบอำนาจที่ตนมีอยู่ให้แก่สังคมนั้น การที่มนุษย์ทุกคนยินยอมมารวมกันเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิด “สัญญาประชาคม” ซึ่งเป็นสัญญาที่สมาชิกแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่น ๆ ทุกคนว่าจะยอมมอบอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของ

<sup>11</sup> โภคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชน เล่ม 1 (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2541), หน้า 123.

<sup>12</sup> วิชัย ดันศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 47.

สังคม ดังนั้น คนทุกคนจึงมีส่วนเป็นเจ้าของสังคมนี้อำนาจอธิปไตย รัฐชาติปึกแผ่นของรัสเซียจึงได้แก่ ปึงเจกชนแต่ละคน<sup>13</sup> ทฤษฎีนี้เน้นความเสมอภาคเพราะไม่มีใครเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยมากกว่า และเน้นการปกครองแทนประชาชนเพราะผู้ใช้อำนาจอธิปไตยก็มีส่วนเป็นเจ้าของอำนาจนี้เท่ากับราษฎรอื่น เพียงแต่ได้อำนาจนี้มาจากความยินยอมพร้อมใจของราษฎรทั้งหลายให้ทำการแทนชั่วคราวไม่ใช่ให้เป็นเจ้าของประเทศอย่างถาวรดังกรณีราชาธิปไตย โดยสรุปสาระสำคัญของทฤษฎีนี้มีดังนี้<sup>14</sup>

1) ราษฎรแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกผู้ปกครอง ทั้งนี้ เพื่อการแสดงออกซึ่งส่วนแห่งอำนาจอธิปไตยของตน อันนำมาซึ่งหลักการเลือกตั้งอย่างทั่วถึง (universal suffrage) เพราะถือว่าเลือกตั้งเป็นสิทธิของทุกคน มิใช่เป็นหน้าที่จึงไม่อาจมีการจำกัดสิทธิได้ ดังที่รัสเซียกล่าวว่า “สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิที่ไม่มีอะไรจะมาพรากจากประชาชนได้”

2) การมอบอำนาจของราษฎรให้ผู้แทนนั้นเป็นการมอบอำนาจในลักษณะที่ผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อาณัติของราษฎรผู้เลือกตั้ง (mandat impératif)

อนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ก็ได้ย้าถึงหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ดังที่ปรากฏในมาตรา 2 ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางสถาบันบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรีและศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

ข. ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ : ซีแยส (Siéyès) เห็นว่าแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของปวงชนตามทฤษฎีเจตนารมณ์ร่วมกันนั้นใช้ไม่ได้ในความเป็นจริง จึงควรถือว่า “เจตนารมณ์ของชาติ” (volonté nationale) เท่านั้นที่ออกกฎหมายได้โดยผ่านสภาที่ผู้แทนของสามัญชนมีจำนวนเป็นสัดส่วนกับจำนวนที่แท้จริงของสามัญชนในชาติ ในขณะที่รัสเซียประมาณระบบผู้แทนราษฎร ดังที่ปรากฏข้อความในหนังสือเรื่องสัญญาประชาคมของรัสเซียว่า “การที่มีผู้คิดระบบผู้แทนราษฎรขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่แทนราษฎรในสภาการเมืองของชาตินั้น มูลเหตุสำคัญ ๆ ได้แก่การที่พลเมืองต่างคลายความรักในปีค.ศ. 1789 มัวสาละวนอยู่แต่ในกิจการที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนตัว.....อันที่จริง อำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่จะแทนกันไม่ได้ ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันกับข้อที่ว่าอำนาจอธิปไตยมิใช่สิ่งที่จะโอนให้กันได้ ธาตุแท้ของอำนาจอธิปไตยนั้น

<sup>13</sup> โภคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 123.

<sup>14</sup> ธนิต ภูริเวทย์, อ้างแล้ว, หน้า 39.



อยู่ที่เจตจำนงทั่วไปของราษฎร และธรรมดาเจตจำนงมิใช่สิ่งที่จะแทนกันได้ เจตจำนงหากไม่อยู่ในสภาพเดิมก็ต้องเปลี่ยนสภาพไปเป็นอื่น จะอยู่กลาง ๆ หาได้ไม่ ฉะนั้นที่เรียกกันว่าผู้แทนราษฎร นั้นที่แท้ก็เป็นแต่เพียงผู้รับหน้าที่จากราษฎรไปปฏิบัติชั่วคราว หาใช่ผู้แทนราษฎรอย่างแท้จริงไม่ ดังนั้นจึงย่อมไม่มีสิทธิจะทำการใด ๆ ที่เป็นการผูกมัดราษฎรเป็นการเด็ดขาด กฎหมายฉบับใด ๆ ที่ราษฎรมิได้ให้ความเห็นชอบด้วยตนเองย่อมเป็นโมฆะเสมอ เพราะมันหาใช่กฎหมายไม่”<sup>15</sup> ซึ่งเขาสกกลับเห็นว่าเจตนารมณ์ของชาติจะแสดงออกได้ก็แต่โดยชาติโดยผ่านผู้แทนของชาติ และผู้แทนที่ได้รับเลือกโดยประชาชนนั้น เมื่อได้รับเลือกแล้วไม่ใช่ผู้แทนของราษฎรที่เลือก แต่เป็นผู้แทนของชาติจึงเป็นอิสระ ไม่ถูกผูกมัดโดยสัญญาใด ๆ กับประชาชนผู้เลือก แต่มีอิสระที่จะทำแทนชาติได้เต็มที่<sup>16</sup>

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาตินี้เป็นที่ยอมรับโดยนักปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1789 และในช่วงแรกของการปฏิวัติ ดังปรากฏในมาตรา 3 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยทุกชนิดเป็นของชาติ ไม่ว่าองค์กรใดหรือบุคคลใดจะใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ได้มาจากชาติไม่ได้” และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ.1791 ก็ได้ระบุไว้ในมาตรา 1 และมาตรา 2 ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันไม่อาจแบ่งแยกได้ ไม่อาจจำหน่ายจ่ายโอนได้ และไม่อาจได้ไปโดยอ้างอายุความ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ส่วนหนึ่งส่วนใดของประชาชนหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดไม่อาจนำเอาอำนาจอธิปไตยไปใช้ได้เอง ชาติเท่านั้นที่เป็นบ่อเกิดของอำนาจทั้งปวง” (*La souveraineté est une, indivisible, inaliénable, et imprescriptible. Elle appartient à la nation, aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice, la nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, etc.*)<sup>17</sup>

อนึ่ง ศาสตราจารย์องเดร โอริยู (André Hauriou) แห่งมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ได้กล่าวไว้ว่า ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนของรูสโซและทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติของซีแยสนี ได้ถูกคิดค้นขึ้นมาเพื่อตอบปัญหาที่ว่า อำนาจอธิปไตย (อำนาจในการบังคับบัญชาสั่งการ) ในรัฐเป็นของใคร เพราะก่อนหน้านั้นได้เคยมีผู้เผยแพร่แนวความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ซึ่งได้รับพระราชทานอำนาจดังกล่าวมาจากพระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้าของ เมื่อกษัตริย์ทรงได้อำนาจนี้มาแล้ว อำนาจอธิปไตยก็ย่อมต้องเป็นของพระองค์

<sup>15</sup> จัง จักส์ รูสโซ , สัญญาประชาคม, แปลโดย จินดา จินตนาเสรี(นครหลวง : บพิศ, 2517), หน้า 201-202.

<sup>16</sup> โภคิน พลกุลและชาญชัย แสวงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 131.

<sup>17</sup> Hauriou, Gicquel, et Gélard, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, (6 édition, Paris : Montchrestien , 1975), p. 364. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสวงศักดิ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

ทฤษฎีทั้งสองนี้จึงได้ถูกคิดค้นขึ้นมาเพื่อล้มล้างแนวความคิดดังกล่าว ศาสตราจารย์โอริยู กล่าวต่อไปว่าทฤษฎีนี้ดูจะขัดแย้งกันในตอนแรกและมีผลที่แตกต่างกันดังนี้<sup>18</sup>

1.ผลของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน คือ

ก) การออกเสียงเลือกตั้งเป็นสิทธิ โดยประชาชนที่มีอายุและสติสัมปชัญญะครบถ้วนย่อมมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งทุกคน

ข) ทฤษฎีนี้ไม่เหมาะสมกับระบบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุข เพราะในเมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนที่มีชีวิตอยู่เท่านั้น ถ้าหากในขณะหนึ่งขณะใดประชาชนได้ตกลงใจมอบอำนาจให้กษัตริย์ทรงเป็นใช้อำนาจอธิปไตยแทนตนแล้ว แต่ต่อมาประชาชนเกิดเปลี่ยนใจ ก็ย่อมสามารถเรียกอำนาจกลับคืนมาได้ตลอดเวลา ทฤษฎีนี้จึงเหมาะสมกับระบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ (ซึ่งประมุขของรัฐอยู่ในตำแหน่งตามวาระมากกว่า)

ค) ทฤษฎีนี้ส่งเสริมให้มีระบอบที่ให้อำนาจราษฎรใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยตรง (démocratie directe) หรือระบอบที่ให้อำนาจราษฎรใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยทางผู้แทน (démocratie semi-indirecte) เช่น ประชาชนมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายได้โดยตรงและมีสิทธิลงประชามติ (référendum) เป็นต้น

2.ผลของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ คือ

ก) ในเมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ไม่อาจแบ่งแยกได้และไม่อาจจำหน่ายโอนได้แล้ว ถ้าหากชาติได้มอบหมายให้ผู้ใดเป็นผู้ใช้อำนาจแทน เช่น มอบให้กษัตริย์ เป็นต้น ชาติก็ย่อมจะสามารถเรียกอำนาจอธิปไตยกลับคืนมาได้เสมอ

ข) เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างหากจากประชาชนซึ่งประกอบกันขึ้นเป็นชาติ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงแสดงออกได้ก็แต่โดยตัวแทนที่เหมาะสม กล่าวคือ ผู้แทนราษฎรเท่านั้น ประชาชนแต่ละคนย่อมไม่มีสิทธิพูดในนามของชาติได้ ดังนั้น จึงไม่อาจมีการลงประชามติหรือการเสนอร่างกฎหมายโดยประชาชนได้

ค) ผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับการเลือกตั้งนั้นไม่ใช่ตัวแทนตามกฎหมายแพ่งและในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนราษฎรนั้นมิได้ถูกผูกมัดโดยการมอบอำนาจที่ได้รับมาจากประชาชนแห่งเขตเลือกตั้งที่ตนเองเป็นผู้แทนฯ (madat libre) ดังนั้น เมื่อได้รับการเลือกตั้งแล้วผู้แทนฯ ย่อมมีเสรีภาพในการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของชาติตามที่ตนเห็นสมควร

<sup>18</sup> โกลิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์, อ้างแล้ว, หน้า 132.

ง) การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรเป็นหน้าที่ที่ราษฎรจะต้องปฏิบัติ มิใช่เป็นเพียงสิทธิที่จะใช้หรือไม่ก็ได้

ศาสตราจารย์โอริยู กล่าวว่า ทฤษฎีทั้งสองนี้อาจจะขัดแย้ง แต่ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการผสมผสานทฤษฎีทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยมีผลดังต่อไปนี้

- ก) การออกเสียงเลือกตั้งเป็นสิทธิ
- ข) รูปแบบการปกครองของฝรั่งเศสซึ่งเป็นแบบสาธารณรัฐ (ประมุขของรัฐอยู่ในตำแหน่งตามวาระ) นั้นเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป
- ค) ผู้แทนราษฎรไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งของประชาชนแห่งเขตเลือกตั้งที่ตนเป็นผู้แทนฯ โดยมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่
- ง) ระบบการปกครองเป็นระบบผู้แทนราษฎร (le régime représentatif)

ข้อ ก) และ ข) เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ส่วน ค) และ ง) นั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ<sup>19</sup>

#### 2.1.1.2 ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

อำนาจอธิปไตยในช่วงศตวรรษที่ 18 นั้นเชื่อว่าจะต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจไม่ให้คนใดคนหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์เดียวใช้อำนาจ สืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์การใช้อำนาจแบบเดิมที่การรวมศูนย์อำนาจไว้ที่คน ๆ เดียวมักจะทำให้เกิดการใช้อำนาจเกินขอบเขตเพื่อกดขี่ข่มเหงประชาชนเสมอ ๆ จึงได้มีการเคลื่อนไหวทางการเมืองเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เป็นหลักการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตย (organization of sovereignty) ซึ่งเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปแล้วว่า อำนาจอธิปไตยภายในรัฐต่าง ๆ นั้น อาจใช้อำนาจกระทำการได้ 3 ประเภท คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ซึ่งได้แก่ การตรากฎหมาย การบริหาร (Executive Function) ซึ่งได้แก่ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และการตุลาการ (Judicial Function) ซึ่งได้แก่ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย การจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจอธิปไตยตาม

<sup>19</sup> Hauriou, Gicquel, et Gélard, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 362-370. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 133.

หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงหมายถึง การกระจาย (distribution) การใช้อำนาจธิปไตยของรัฐกระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน โดยแต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจธิปไตยรวมศูนย์ (concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงแห่งเดียว<sup>20</sup> ในที่นี้จะขอเสนอแนวความคิดของนักคิดสำคัญเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจของท่าน ดังนี้

จอห์น ล็อก (John Locke ค.ศ.1632-1704) ชาวอังกฤษ ได้กล่าวไว้ในหนังสือ “Second Treaties of Civil Government” ว่าอำนาจธิปไตยแยกออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสนธิสัญญาและการแลกเปลี่ยนทูต จากการแบ่งแยกอำนาจของ จอห์น ล็อก ได้แยกอำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศ คือ อำนาจเกี่ยวกับการทำสงคราม ฯลฯ ออกมาเป็นอีกอำนาจหนึ่งต่างหาก จอห์น ล็อก เห็นว่าอำนาจที่สำคัญที่สุด คือ อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นอำนาจที่กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตของสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ อันได้แก่ ชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สิน ส่วนอำนาจบริหารซึ่งหมายถึงอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยการลงโทษผู้ฝ่าฝืนนั้น จอห์น ล็อก ถือว่าเป็นอำนาจที่มีความสำคัญน้อยกว่าอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ยังเป็นอำนาจที่ขาดเสียมิได้<sup>21</sup> นอกจากนี้ล็อกเห็นว่าอำนาจออกกฎหมายกับอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายต้องแยกกันใช้โดยต่างองค์กรกันโดยเด็ดขาด แต่อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายกับอำนาจในการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกันได้ และล็อกสรุปว่าอำนาจทุกชนิดในสังคมมีข้อจำกัดข้อจำกัดที่สำคัญของอำนาจก็คือ การคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ หากผู้ปกครองฝ่าฝืนดำเนินการปกครองแบบทรราช ล็อกสรุปว่า “ประชาชนยังสงวนสิทธิซึ่งเป็นสิทธิของมนุษย์ทุกคนบนโลก ที่จะตรวจสอบว่าสิ่งที่ผู้มีอำนาจกระทำนั้น ยุติธรรมหรือไม่ ทั้งนี้ ตามกฎหมายธรรมชาติซึ่งอยู่เหนือและมีมาก่อนมนุษย์” พูดง่าย ๆ ก็คือ สิทธิที่จะต่อต้านหรือปฏิวัติทรราชนั่นเอง<sup>22</sup>

<sup>20</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ,” รัฐสภาสาร 43, 1 (มกราคม 2538): 29-46.

<sup>21</sup> อมร จันทรสมนุรณ, กฎหมายปกครอง (กรุงเทพ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, พิมพ์ครั้งที่ 9, พ.ศ.2525), หน้า 60-62. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 124.

<sup>22</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, อ้างแล้ว, หน้า 52.



มงเตสกีเยอ (Montesquieu ค.ศ.1689-1755) ในปี ค.ศ.1744 มงเตสกีเยอ ได้เขียนวรรณกรรมสำคัญของโลกเล่มหนึ่งออกมาคือ “L’esprit des Loix” โดยมงเตสกีเยอได้อธิบายไว้ในบทที่ 6 ของ หมวดที่ 11 ของหนังสือดังกล่าวว่า<sup>23</sup>

“ในรัฐทุกรัฐ จะมีอำนาจอยู่ 3 อย่าง คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Puisseance législative) อำนาจปฏิบัติการสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน (Puisseance exécutive des choses qui dépendant du droit des gens)

อำนาจประการแรก คือ อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นบังคับใช้สำหรับระยะเวลาหนึ่งหรือตลอดกาล และอำนาจในการแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายซึ่งมีอยู่แล้ว อำนาจประการที่สอง คือ อำนาจในการรักษาความสงบสุขหรือทำสงคราม ส่งเอกอัครราชทูตจากต่างประเทศรักษาความมั่นคงภายในและป้องกันการรุกรานจากภายนอก อำนาจประการที่สาม คือ อำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือพิพากษาข้อพิพาทระหว่างเอกชน อำนาจประการที่สามนี้เรียกว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี (puissance de juger) ส่วนอำนาจประการที่สองนั้นเรียกว่า อำนาจบริหารของรัฐ (puissance exécutive de l’Etat)

เมื่อใดที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คน ๆ เดียวหรือองค์กรของเจ้าหน้าที่เดียวกัน อิศรภาพย่อมไม่อาจหลงเหลืออยู่ได้เลย เพราะเราอาจจะเกรงได้ว่า กษัตริย์คนเดียวกันหรือสภาเดียวกันนั้นอาจออกกฎหมายพระราชย์ออกมาเพื่อบังคับใช้กฎหมายนั้นอย่างพระราชย์ได้

ทุกสิ่งทุกอย่างจะสูญสิ้นไปหมด ถ้าหากบุคคลเดียวกันหรือกลุ่มบุคคลเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้ง 3 อย่าง กล่าวคือ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมติมหาชน และอำนาจในการพิจารณาพิพากษาผู้กระทำความผิดทางอาญาหรือข้อพิพาทระหว่างเอกชน”

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของนักคิดต่าง ๆ ข้างต้นแล้ว อาจกล่าวได้ว่า แท้ที่จริงแล้วการแบ่งแยกอำนาจก็คือการแบ่งแยกหน้าที่โดยให้องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการซึ่งเป็นอิสระจากกัน ใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายได้อย่างอิสระ ทั้งนี้ ในการใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายนั้นจะต้องมีการถ่วงดุลและคานอำนาจ (check and balance) ซึ่งกันและกันได้ เพื่อให้เกิดการตรวจสอบการใช้อำนาจมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขตของตนหรือใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบด้วยกฎหมายประการอื่น ๆ ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงการใช้

<sup>23</sup> Hauriou, Gicquel, et Gélard, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 187. อ้างถึงใน โทคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงวงศ์, อ้างแล้ว, หน้า 125.

อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ก็จะต้องถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ

อนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ก็ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญไทย ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2535 ซึ่งสถาปนา “การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” (Constitutional Monarchism) ขึ้นมาอีกครั้งหนึ่งก็ได้บัญญัติกำหนดการจัดระเบียบแห่งการใช้อำนาจธิปไตยโดยวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ ทั้งนี้ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 3 ที่ว่า “อำนาจธิปไตยมาจากปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” การแบ่งแยกรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรผู้ที่มีหน้าที่ถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจกระทำการทางบริหารและมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไป เป็นไปอย่างไม่เคร่งครัด รัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติกับรัฐสภาได้ เช่น ให้มีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 137) มีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ (มาตรา 172 และมาตรา 173) ฯลฯ และเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรี เช่น ให้มีอำนาจพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน (มาตรา 145) ให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสหัตถ์ตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ (มาตรา 153) ฯลฯ อนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีก็มีลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 150 ที่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสหัตถ์เข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจในรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ และความในมาตรา 112 ที่ให้คณะรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ส่วนการแยกศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยกระทำการทางตุลาการออกจากรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นไปอย่างเคร่งครัด ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 186 ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์” ซึ่งแสดงว่าศาลผูกขาดการใช้อำนาจธิปไตยพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเพียงผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้ามาร่วมใช้อำนาจนี้กับศาลได้ ความในมาตรา 191 ที่บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการจะเป็นข้าราชการการเมืองมิได้” และความใน

มาตรา 190 ที่บัญญัติว่า “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย”<sup>24</sup>

### 2.1.2 หลักความสูงสุดของรัฐสภา

หลักความสูงสุดของรัฐสภามีที่มาจากประวัติศาสตร์ทางการเมืองของประเทศอังกฤษซึ่งมีการกระทบกระทั่งทางอำนาจระหว่างพระราชอำนาจของกษัตริย์กับขุนนาง ทั้งนี้ หลักความสูงสุดของรัฐสภานี้ได้รับการยืนยันรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งที่ปรากฏในข้อ 1 และข้อ 2 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิของประชาชน (Bill of Rights) ซึ่งก็คือกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับที่สำคัญในยุคใหม่ เป็นพระราชบัญญัติที่วางหลักการพื้นฐานของระบบการปกครองอังกฤษ มีข้อกำหนดเป็นข้อห้าม และข้อที่รัฐบาลของกษัตริย์พึงปฏิบัติชัดเจนและเฉพาะเรื่องดังนี้<sup>25</sup>

1. การเก็บภาษีอากร โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ถือว่าผิดกฎหมาย
2. การชำระรักษากองทัพที่ถาวร โดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ถือว่าผิดกฎหมาย

3. ประชาชนมีสิทธิที่จะทำคำร้องเรียนต่อกษัตริย์
4. จะต้องมีการประชุมรัฐสภาอย่างสม่ำเสมอและให้มีการเลือกตั้งอย่างเสรี

ตลอดจนให้มีเสรีภาพในการพูด

5. พระราชอำนาจด้านการยกเว้นบุคคลจากการบังคับใช้กฎหมาย (Dispensing Power) และพระราชอำนาจที่จะยับยั้งกฎหมาย (Suspending Power) มิให้บังคับใช้นั้นถือว่าผิดกฎหมาย

6. เพื่อความปลอดภัยและสวัสดิภาพของราชอาณาจักรโปรเตสแตนต์ ผู้ใดที่นับถือศาสนาโรมันคาทอลิกหรือสมรสกับผู้ที่ฝักใฝ่องค์สันตะปาปา จะไม่สามารถสืบราชสมบัติต่อไป

แม้อำนาจของรัฐสภาข้างต้นจะระบุเฉพาะเรื่องการให้ความเห็นชอบด้านการเก็บภาษี ตามข้อ 1 และการจัดตั้งกองทัพ ตามข้อ 2 แต่ที่สำคัญนอกเหนือจาก 2 ข้อนี้ก็คือ สภาคอนเวนชั่น (รัฐสภา) เป็นองค์กรที่ให้ความเห็นชอบต่อการขึ้นสู่อำนาจของพระเจ้าวิลเลียมที่ 3 และพระนางแมรี อีกด้วย นอกจากนี้ เพื่อตอบย้ำอำนาจสูงสุดของรัฐสภาในอังกฤษ รัฐสภายังได้ออกพระราชบัญญัติว่าด้วยระยะเวลาของการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งต้องมีขึ้นทุก ๆ 3 ปี เรียกว่า “Triennial Act” ค.ศ.1694 เนื่องจากในอดีตที่ผ่านมาบางช่วงเวลาแทบไม่มีรัฐสภาเลย เช่น ในช่วง

<sup>24</sup> โภคิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 147-148.

<sup>25</sup> วิชัย ต้นศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 99.

ค.ศ.1629-1640 (สมัยพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ) ไม่มีการประชุมรัฐสภาถึง 11 ปีเพราะความขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์กับขุนนาง และในบางช่วงก็อาจจะมีรัฐสภาที่ไม่ต้องการยุบตนเอง เช่น รัฐสภาของพวกควาเลียร์สของพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 ระหว่าง ค.ศ.1661-1679 ที่ครองอำนาจอยู่ถึง 18 ปี เพราะเป็นกลุ่มกษัตริย์นิยม ฉะนั้นระบบใหม่ตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งทุก ๆ 3 ปีจึงเป็นการป้องกันมิให้เกิดระบบเผด็จการต่อไปในอนาคต<sup>26</sup>

โดยสรุปแล้ว ลักษณะของความสูงสุดของรัฐสภาในประเทศอังกฤษ อาจกล่าวได้ดังนี้<sup>27</sup>

1) การไม่อาจถูกจำกัดหรือยับยั้งได้ด้วยอำนาจอื่นใด ไม่มีองค์กรใดที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมายอังกฤษที่จะสามารถมีสิทธิลบล้างหรือไม่สนใจต่อกฎหมายของรัฐสภาได้นอกจากนั้นกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นยังมีลักษณะหรือฐานะของความสูงสุดเท่าเทียมกันหมด รัฐธรรมนูญต่างกับกฎหมายอื่น ๆ ก็เพียงแต่การเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการปกครองประเทศ ส่วนฐานะนั้น ไม่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น ๆ เลย

2) รัฐสภามีอำนาจสูงสุดโดยองค์กรหรือสถาบันอื่นไม่สามารถมีอำนาจสูงสุดเช่นนี้ได้ ดังที่มีผู้กล่าวกันทั่วไปว่า รัฐสภาอังกฤษสามารถทำได้ทุกอย่าง ยกเว้นการแปลงเพศชายให้เป็นหญิงหรือแปลงเพศหญิงให้เป็นชายเท่านั้น

หลักความสูงสุดแห่งรัฐสภามีผลต่อรัฐธรรมนูญ ทำให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะดังนี้<sup>28</sup>

1) ทำให้รัฐธรรมนูญมีลักษณะแก้ไขง่าย (flexible) เพราะรัฐสภาเป็นผู้บัญญัติกฎหมายทั้งหมดและรัฐธรรมนูญก็มีฐานะเท่าเทียมกับกฎหมายอื่น ๆ รัฐสภาซึ่งมีอำนาจสูงสุดก็ย่อมจะบัญญัติกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ นั้นให้มีผลทำให้เปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ หรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญได้ง่ายเพราะเป็นกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นเอง

2) ทำให้กฎหมายทุกฉบับที่รัฐสภาบัญญัติขึ้น ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ มีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 100-101.

<sup>27</sup> วิจิตรา พึ่งศักดิ์, “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 73.

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.



เมื่อพิจารณาถึงผลของหลักความสูงสุดของรัฐสภาที่มีต่อรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นแล้ว อาจกล่าวได้ว่า หลักความสูงสุดของรัฐสภานี้ทำให้เกิดการปฏิเสธการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเพราะเหตุว่ากฎหมายทั้งหลายมาจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดอยู่แล้ว อีกทั้งรัฐธรรมนูญก็มีฐานะเท่าเทียมกับกฎหมายอื่น จึงไม่มีองค์กรใดสามารถวินิจฉัยให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งตกเป็นอันไร้ผลเพราะเหตุที่ว่ากฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ

### 2.1.3 หลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนี้เกิดขึ้นมาสืบเนื่องมาจากการพัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจรัฐในทวีปยุโรป ซึ่งพัฒนาการของอำนาจรัฐได้เริ่มขึ้นนับตั้งแต่แนวความคิดที่ว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ศักดิ์สิทธิ์และอยู่เหนืออำนาจของมนุษย์ซึ่งรวมทั้งอำนาจกษัตริย์ (หลัก Supremacy of law) แนวความคิดนี้เกิดขึ้นในยุคที่ศาสนจักรโรมันคาทอลิกเรื่องอำนาจและเป็นศูนย์อำนาจของยุโรปแทนจักรวรรดิโรมันที่ล่มสลายไป ต่อมาได้เกิดข้อโต้แย้งแนวคิดของศาสนจักรที่ว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่พระเจ้าเป็นผู้เป็นเจ้ากำหนดขึ้น และเกิดรัฐสมัยใหม่ (Modern State) ขึ้นในสมัยศตวรรษที่ 16 ซึ่งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยที่เกิดขึ้นในรัฐสมัยใหม่ทำให้เกิดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แต่อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของรัฐสมัยใหม่ดังกล่าวจะทำให้ฝ่ายอาณาจักรสามารถแยกตัวออกจากศาสนจักรโรมันคาทอลิกได้ แต่เมื่อเข้าสู่ยุค Enlightenment ในสมัยศตวรรษที่ 18 แนวคิดนี้ถูกโต้แย้งอย่างมาก เนื่องจากการให้รัฐมีอำนาจสูงสุดโดยไม่มีกรอบการใช้อำนาจนั้น ทำให้ผู้มีอำนาจปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจอันมีผลเป็นการลดทอนสิทธิเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนเสมอ John Locke จึงเสนอว่าอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ แต่การใช้อำนาจอธิปไตยต้องอยู่ภายในกรอบอันจำกัดเพื่อธำรงไว้ซึ่งความสงบสุขของสังคม (Common good) โดยรัฐจะใช้อำนาจเข้าไปล่วงล้ำสิทธิในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของประชาชนไม่ได้ หากประชาชนไม่ยินยอมให้ทำเช่นนั้น<sup>29</sup> และ Montesquieu เสนอว่าเพื่อป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวต้องมีการแยกผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ผู้ใช้อำนาจบริหาร และผู้ใช้อำนาจตุลาการ เพื่อการตรวจสอบและคานอำนาจซึ่งกันและกัน และในการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น ฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ในการบริหารประเทศจะกระทำการใด ๆ ไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายซึ่งได้รับความเห็นชอบจากผู้ใช้

<sup>29</sup> ฉัตรทิพย์ นาถสุภา, ลัทธิเศรษฐกิจการเมือง(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 21 - 32.อ้างถึงในบันทึก เรื่อง หลักนิติรัฐ โดยฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2547) หน้า 1-2. แหล่งที่มา <http://law.payap.ac.th/Book/The%20Rule%20of%20Law.pdf> [1 ตุลาคม 2549]

อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนให้อำนาจกระทำการนั้นได้ ขณะเดียวกัน ตัวกฎหมาย และการกระทำของผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายต้องถูกตรวจสอบได้โดยผู้ใช้อำนาจตุลาการ<sup>30</sup>

เมื่อพิจารณาถึงพัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอรัฐแล้วจะเห็นได้ว่า ความคิดเรื่องนิติรัฐเกิดขึ้นจากการที่ในระยะเริ่มแรกราษฎรได้เริ่มเรียกร้องเสรีภาพขึ้นเพื่อต่อสู้กับการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์โดยราษฎรไม่ได้เรียกร้องที่จะขอให้ตนมีอำนาจในรัฐแต่ประการใด เพียงแต่ขอให้ตนมีเสรีภาพเท่านั้น คือขอให้ตนพ้นจากการที่รัฐจะใช้อำนาจของรัฐในทางที่ผิด และเพื่อจะให้ราษฎรได้มีเสรีภาพนี้เองจึงได้มีความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจโดยถือหลักการว่าความจริงราษฎรมีสติธิและเสรีภาพอยู่ก่อนแล้ว สติธิและเสรีภาพของราษฎรโดยหลักย่อมจะกว้างขวางและไม่มีขอบเขตตรงกันข้ามกับอำนาจของรัฐ การที่รัฐจะมากล้ำกรายสติธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมจะมีขอบเขต กล่าวคือเฉพาะเท่าที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐทำได้เท่านั้น<sup>31</sup>

ในปัจจุบันนี้จะเห็นได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ หรือ การปกครองโดยถือกฎหมายเป็นใหญ่นี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั่วโลก แต่เรียกชื่อแตกต่างกันไป โดยนักกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษเรียกหลักนี้ว่า The Rule of Law นักกฎหมายเยอรมันเรียกหลักนี้ว่า Des Rechtsstaatsprinzip นักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกหลักนี้ว่า Etat du Droit ส่วนนักกฎหมายไทยเรียกหลักนี้ว่า “นิติรัฐ” หรือ “นิติธรรม”<sup>32</sup>

ในอังกฤษตั้งแต่หลังสมัยจอห์น ล็อก มีการพูดถึงการปกครองโดยกฎหมาย (rule of law) กันต่อมาเสมอ แต่ที่โด่งดังมาก คือ ศาสตราจารย์ อัลเบิร์ต เว็นน์ ไคซี (Albert Venn Dicey) ในหนังสือ The Law of the Constitution ปี ค.ศ.1885 โดยอ้างว่า การปกครองโดยกฎหมายหรือกฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดในรัฐ (rule or supremacy of law) เป็นหลักรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดย rule of law นั้น จะต้องเป็นหลัก 3 ประการ คือ (1) บุคคลจะต้องไม่ถูกลงโทษหรือทำให้เสียหาย เว้นแต่จะมีการฝ่าฝืนกฎหมายธรรมดาซึ่งยอมรับบังคับใช้โดยศาลธรรมดา หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องไม่ให้การปกครองมีการใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (2) บุคคลทุกคนจะต้องอยู่ในบังคับกฎหมายธรรมดาโดยเท่าเทียมกันและอยู่ในเขตอำนาจของศาลธรรมดา (3) สติธิเสรีภาพจะต้องเป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาที่ศาลธรรมดายอมรับมาบังคับใช้ มิใช่มาจากรัฐธรรมนูญ

<sup>30</sup>ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ:มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 210-213 . อ้างถึงในบันทึก เรื่อง หลักนิติรัฐ โดยฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2547) หน้า 2.

แหล่งที่มา <http://law.payap.ac.th/Book/The%20Rule%20of%20Law.pdf> [1 ตุลาคม 2549]

<sup>31</sup> หยุด แสงอุทัย, หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2538), หน้า 124.

<sup>32</sup> บันทึก เรื่อง หลักนิติรัฐ โดยฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2547) หน้า 2. แหล่งที่มา <http://law.payap.ac.th/Book/The%20Rule%20of%20Law.pdf> [1 ตุลาคม 2549]

ลายลักษณ์อักษร ซึ่งหลักทั้งสามของไคซีไม่เป็นความจริง เพราะกรณี (1) อำนาจใช้ดุลพินิจเป็นเรื่องปกติของการปกครองเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่เฉพาะกรณี การมีดุลพินิจมากหรือน้อยเป็นไปตามความเหมาะสมของแต่ละเรื่อง ปัญหาหลักอยู่ที่การใช้กฎหมายมิให้เกิดดุลพินิจโดยลำเอียงต่างหาก กรณี (2) บุคคล กลุ่มบุคคล และสถาบันต่าง ๆ ในสังคมมีหน้าที่และความรับผิดชอบแตกต่างกัน การจะกำหนดให้ต้องอยู่ในบังคับกฎหมายโดยหลักเกณฑ์อย่างเดียวกันจึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องเพราะผลที่สุดแม้จะใช้กฎเกณฑ์เดียวกันแต่จะไม่นำมาซึ่งการให้เกิดประโยชน์ โดยเท่าเทียมกันตามความเป็นจริงระหว่างสมาชิกในสังคม กฎหมายในระยะต่อมาจึงมีการแบ่งแยกเป็นสาขาต่าง ๆ มากมาย และกรณี (3) นั้น ทุกประเทศขณะนี้อยอมรับความมั่นคงของการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่แก้ไขยากมากกว่าเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่ดีกว่า อีกทั้งในบทวิเคราะห์ ไคซีกลับโจมตีระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองข้าราชการอันเป็นผลมาจากความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องของไคซีเอง โดยเข้าใจผิดเกี่ยวกับสภาพของกฎหมายที่แท้จริงของอังกฤษและเข้าใจผิดในหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ความเชื่อตามไคซี ทำให้นักกฎหมายอังกฤษไม่ประสงค์มีศาลปกครองและทำให้ระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษมีการพัฒนาช้า และผลต่อมาก็พิสูจน์ว่าบทวิเคราะห์ในทางสาระของ rule of law ของไคซีนั้นไม่ถูกต้อง เพราะศาลปกครองในหลายประเทศคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้ดีกว่าศาลธรรมดาของอังกฤษ แม้แต่รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายธรรมดาที่แก้ไขง่ายของอังกฤษ ก็ไม่เป็นที่ยอมรับของประเทศอื่นทั่วโลก จนเป็นธรรมเนียมของตำรากฎหมายปกครองอังกฤษในยุคใหม่ที่ผู้เขียนตำรากฎหมายปกครองอังกฤษทุกคนจะเริ่มต้นด้วยการตำหนิความผิดพลาดของไคซีเสมอ<sup>33</sup>

ในเยอรมัน โยฮันน์ ฟิชเต้ (Johan Fichte) (ค.ศ.1762-1814) ได้เสนอความคิดค่อนข้างชัดว่ากฎหมายจะต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และรัฐต้องปกครองตามบทกฎหมาย โดยมีองค์กรอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐอันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่องนิติรัฐ แต่คำว่านิติรัฐอันเป็นที่นิยมในเยอรมันมีการใช้ครั้งแรกโดย คาร์ล ทีโอดอร์ เวลค์เกอร์ (Carl Theodor Welcker) ในหนังสือของเขาเมื่อปี ค.ศ.1813 และต่อมามีการใช้โดยบารอน ฟอน อาร์ติน (Baron von Aretin) ใน ค.ศ.1824 และโดยโรเบิร์ต ฟอน โมล (Robert von Mohl) ใน ค.ศ.1829 ความหมายในระยะแรกยังไม่ตรงกันนัก แต่มีแนวโน้มไปในทางเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎแห่งเหตุผล โดยรัฐมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเอกชนทุกคน อำนาจของรัฐจะมีขอบเขตจำกัดลงเมื่อเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของเอกชน และจะต้องมีองค์กรที่เป็นกลางกำกับดูแล

<sup>33</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “หลักนิติธรรม (Rule of Law),” รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 27-29.

การที่รัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ในปี ค.ศ.1856 ฟรีดริช จูเลียส สตาฮ์ล (Friedrich Julius Stahl) เห็นว่า นิติรัฐ มีความหมายมากกว่าการปกครองโดยกฎหมาย แต่ต้องเป็นระบบการปกครองโดยกฎหมายที่เน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชนด้วย<sup>34</sup>

ในส่วนของความหมายของคำว่านิติรัฐของนักกฎหมายไทยนั้น ท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง<sup>35</sup>

นิติรัฐ (Rule of Law) ตามความหมายของท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย คือ รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองอย่างเคร่งครัด<sup>36</sup>

นิติรัฐ ตามความหมายของท่านมีชัย ฤชุพันธุ์ คือ<sup>37</sup>

1.ระบบที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้โดยละเอียดเพื่อเป็นแนวทางสำหรับผู้ใช้บังคับกฎหมาย เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้กฎหมายหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรืออย่างน้อยที่สุดถ้าจะมีการใช้อำนาจทางกฎหมายก็จำกัดให้เหลือน้อยที่สุด

2.เป็นระบบที่กำหนดขั้นตอน กระบวนการในการตรวจสอบ ซึ่งต้องเคารพกฎเกณฑ์ของกฎหมายตามลำดับศักดิ์กฎหมาย ในที่นี้ศักดิ์ของกฎหมายที่สูงที่สุด คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ

3.องค์กรตุลาการต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดี เพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง

โดยสรุปแล้ว นิติรัฐ ก็คือรัฐที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยยอมรับนับถือกฎหมายเป็นหลักและอยู่ภายใต้กฎหมาย ทั้งนี้ โดยรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้

<sup>34</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>35</sup> หยุด แสงอุทัย, อ้างแล้ว, หน้า 123-124.

<sup>36</sup> สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 127-129.

<sup>37</sup> มีชัย ฤชุพันธุ์, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ,” จลนนิติ 1,2(เมษายน-มิถุนายน 2547) : 14.



ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียวคือ ขอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผู้กษัตริย์อยู่เสมอและโดยการที่มีบทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กร (Organ) ของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยตรง) หรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้นกรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร<sup>38</sup>

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมให้ราษฎรใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่างเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากราบหรือรुकกล้าสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปและออกใช้ล่วงหน้าให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐรุกกล้าหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและในขอบเขตอย่างไรและเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะเท่านั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะก็ดี ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้เพื่อที่จะให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกิดเป็นจริงได้ ราษฎรผู้ซึ่งเห็นว่าตนเองถูกองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ หรือมีสิทธิที่จะร้องทุกข์การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากผลการตรวจสอบว่าการกระทำอันใดอันหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง รัฐก็ต้องเพิกถอนการกระทำนั้นเสียและทำให้ราษฎรผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิมโดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ จะเห็นได้ว่าในนิติรัฐนั้นไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ภายใต้กฎหมาย ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย จึงมีผู้กล่าวว่าผู้ปกครองที่แท้จริงใน

<sup>38</sup> หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว, หน้า 124.

นิติรัฐ คือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้น โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of law)<sup>39</sup>

อนึ่ง หลักการสำคัญ ๆ ของนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นจะปรากฏเป็นจริงขึ้นมาในทางปฏิบัติได้ยากหรือไม่ได้เลย ถ้าหากว่าอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย (อำนาจนิติบัญญัติ) อำนาจหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (อำนาจบริหาร) และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการ) รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคลเดียวกัน ถึงแม้ว่าบุคคลหรือคณะบุคคลนั้นจะได้รับการเลือกตั้งมาจากรายการตามวิถีทางประชาธิปไตยก็ตาม ประวัติศาสตร์แห่งการเมืองการปกครองของมนุษยชาติให้บทเรียนแก่เราว่า “บุคคลทุกคนเมื่อมีอำนาจ มีแนวโน้มที่จะมัวเมาในอำนาจและใช้อำนาจเกินขอบเขตเสมอ ๆ การใช้อำนาจอย่างพอเหมาะพอควร จะเป็นไปได้ก็แต่โดยการจัดองค์กรของรัฐในลักษณะที่ให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่ง” การแบ่งแยกอำนาจในความหมายของการจัดให้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ มีองค์กรผู้ใช้อำนาจต่างองค์กรกันและเป็นอิสระจากกัน จึงเป็นกลไกที่สำคัญยิ่งในการสถาปนานิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ถือได้ว่าเป็นหลักการในทางจัดองค์กรหรือองค์กรของรัฐ เพื่อมิให้รัฐมีอำนาจเด็ดขาดนั่นเอง<sup>40</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น สามารถสรุปได้ว่าการศึกษาที่ประเทศใดประเทศหนึ่งจะเป็นนิติรัฐได้นั้นจะต้องมีลักษณะดังนี้<sup>41</sup>

1. ในประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดหมด การกระทำต่าง ๆ ในทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของตำรวจจะต้องเป็นไปตามกฎหมายและชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐเข้ามาถ่วงถ่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานก็ย่อมจะมีความผิดอาญา

2. ประเทศที่เป็นนิติรัฐ ขอบเขตแห่งอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน เริ่มแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และมีขอบเขตในการใช้อำนาจทั้งสามนี้ ถัดจากนั้นอำนาจของรัฐหรือของเจ้าพนักงานของรัฐที่ลดหลั่นลงมาก็เป็นอำนาจที่วัดได้ ก็เป็นอำนาจที่มีขอบเขต และต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจภายในขอบเขตเท่านั้น

<sup>39</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว, หน้า 128.

<sup>40</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 128.

<sup>41</sup> หยุต แสงอุทัย, อ้างแล้ว, หน้า 124-126.

3. ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ ผู้พิพากษาจะต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะต้องมีหลักประกันนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญ และเพียงแต่รัฐใดจะจัดให้มีผู้พิพากษาที่เป็นอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้นก็ยังหาเป็นการเพียงพอไม่ เพราะในรัฐที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ก็มีศาลแพ่งและศาลอาญาประกอบด้วยผู้พิพากษาที่เป็นอิสระสำหรับพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญอยู่ที่ว่าจะต้องให้ศาลสถิตย์ยุติธรรมควบคุมฝ่ายปกครอง กล่าวคือให้ศาลสถิตย์ยุติธรรมวินิจฉัยการกระทำของเจ้าพนักงานได้ว่า เจ้าพนักงานได้กระทำความผิดในทางอาญาต่อราษฎรหรือกระทำการละเมิดในทางแพ่งหรือไม่ โดยนัยนี้นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือศาลยุติธรรมควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานในทางอรรถคดี ปัญหาที่ว่ากรณีที่รัฐบางรัฐได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อพิจารณาคดีในทางปกครองขึ้น โดยเฉพาะรัฐเช่นว่านั้นจะยังคงเป็นนิติรัฐอยู่อีกหรือไม่ คำตอบข้อนี้ก็คือ แล้วแต่ว่าผู้พิพากษาศาลปกครองจะเป็นอิสระหรือไม่ ถ้าเป็นอิสระรัฐนั้นก็จะเป็นนิติรัฐ ทั้งนี้เพราะความสำคัญอยู่ที่หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ซึ่งจะมีได้ต่อเมื่อผู้พิพากษาที่วินิจฉัยข้อพิพาทเป็นอิสระอย่างแท้จริง แต่การที่จัดตั้งศาล โดยเฉพาะนี้ เช่น ศาลปกครอง ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในวิชาปกครอง ศาลแรงงาน ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในปัญหาทางสังคม ศาลภาษี ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่รอบรู้ในทางภาษีอากร ย่อมจะอำนวยความสะดวกเพราะจะทำให้ศาลที่จัดตั้งขึ้นไว้โดยเฉพาะดังกล่าวพิจารณาพิพากษาคดีได้ถูกต้องยิ่งขึ้น และเมื่อผู้พิพากษาในศาลดังกล่าวเป็นอิสระ ก็เป็นหลักประกันอันพอเพียงสำหรับราษฎร

อนึ่ง หลักนิติรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนดังต่อไปนี้<sup>42</sup>

(1) *หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง* ตามหลักนี้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

(2) *หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย* ตามหลักนี้หมายความว่า กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่า ให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจ

<sup>42</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว, หน้า 129.

ล่งเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร ประการหนึ่ง และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่งเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะอีกประการหนึ่ง

(3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักนี้หมายความว่า การควบคุมไม่ให้การกระทำของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ เช่น ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง หรือ ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการนั้น ๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำเป็นต้องฟังคำสั่ง คำบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น ในประเทศที่เป็นนิติรัฐ การกระทำใด ๆ ของฝ่ายบริหารซึ่งรวมถึงการตราพระราชกำหนดนั้น ฝ่ายบริหารสามารถทำได้เท่าที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตของอำนาจไว้ให้ ในรัฐธรรมนูญและจะต้องมีการควบคุมให้มีการใช้อำนาจในขอบเขตเท่าที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และหากจะต้องมีการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้จัดทำขึ้นมาโดยองค์กรตุลาการแล้ว องค์กรตุลาการนั้นก็จะต้องมีความเป็นอิสระในการพิจารณาคดีเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายของหลักนิติรัฐซึ่งก็คือการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจนั่นเอง

#### 2.1.4 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นั้น มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติของภาคพื้นยุโรปถือได้ว่าเป็นรากฐานที่สำคัญของแนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย โดยนักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลางที่มีแนวคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายซึ่งชื่อว่า โทมัส อะควินัส (Thomas Aquinas ค.ศ.1226-1274) ได้จำแนกกฎหมายออกเป็น 3 ชนิดด้วยกัน คือ กฎธรรมชาติ



กฎสวรรค์ และกฎที่มนุษย์สร้างขึ้น โดย โทมัส อะไควนัส ได้เรียกกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นว่า “mensura mensurata” ซึ่งกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นหากขัดแย้งกับกฎธรรมชาติ กฎของมนุษย์ดังกล่าวก็ไม่อาจมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติถือว่าเป็นปทัสถานเหนือกว่า (norma superior) ซึ่งผูกพันต่อกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย และความหมายของลำดับชั้นของกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวนี้ได้มีอิทธิพลต่อนักคิดในทางกฎหมายในยุคใหม่ เช่น Grotius, Christain Wolff และ Emer de Vattel เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทสำคัญในช่วงของพัฒนาการของยุคใหม่ ทั้งในทางรูปแบบ (formal) ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ส่วนในทางเนื้อหา (inhaltlich) ของกฎหมายธรรมชาตินั้นถือว่ามีกฎเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลด้วยกัน และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และแนวคิดดังกล่าวอาจได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional laws) ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า อันเป็นการนำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายพื้นฐานในลักษณะดังกล่าวนี้เข้าไปมีบทบาทในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปอย่างมาก แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติจึงมีบทบาทในทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติในทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป<sup>43</sup>

ในยุคต่อมาซึ่งเป็นยุคของทฤษฎีสัญญาประชาคมนั้น โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) และฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ก็แสดงให้เห็นถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จากความคิดของฮอบส์ที่มองว่า สังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นมิได้มีอยู่เองตามธรรมชาติ โดยแต่ละคนต่างยอมสละเสรีภาพ สิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่งให้เป็นผู้ปกครอง โดยเชื่อว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ดังนั้น คนแต่ละคนจึงต้องเคารพสัญญาที่ทำขึ้น และเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจให้ไปโดยมองว่าผู้ปกครองนั้นได้รับอำนาจไปแบบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ฉะนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองจึงต้องถือว่ายุติธรรมเสมอ สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นที่มาของผู้ปกครองและเป็นที่มาของอำนาจของผู้ปกครองด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ในส่วนทฤษฎีสัญญาประชาคมของ รูสโซ นั้น มองว่า สังคมที่มีความสงบสุขเรียบร้อย

<sup>43</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2544), หน้า 14.

มีผลมาจากการที่ประชาชนยอมมอบอำนาจของคนบางส่วนให้แก่ผู้ปกครอง ประชาชนทุกคนต่างทำสัญญาร่วมกันว่า ทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและผู้ปกครองต่างขึ้นต่อกันและกัน ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือ ผู้อยู่ใต้การปกครองนั่นเอง เนื่องจากประชาชนยังคงมีเสรีภาพเช่นเดิม กฎหมายที่ตราออกมาก็คือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป โดยที่ทุกคนมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดและแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป และหากผู้ปกครองที่ได้รับอำนาจไปแล้วปฏิบัติตนไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของคนในสังคม ประชาชนมีอำนาจที่จะถอดถอนผู้ปกครองผู้นั้นได้ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่สูงสุดในการปกครองประเทศ<sup>44</sup>

ซีเอเยส์ (Siéyès) ผู้คิดทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ก็เป็นผู้หนึ่งที่มีบทบาทสำคัญต่อแนวความคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยซีเอเยส์อธิบายถึงทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมืองว่า ในทุกสังคมจะมีอำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) อำนาจนี้จะเป็อำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา โดยองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแสดงออกโดยผ่านรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนี้เป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น โดยเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด รวมทั้งองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ องค์กรเหล่านี้เป็นเพียงได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญและได้แสดงออกผ่านทางรัฐธรรมนูญ และจากการที่รัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการนั้น ได้ก่อให้เกิดผลที่ตามมาก็คือ การมีลำดับชั้นของกฎหมาย ทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น องค์กรทั้งสามดังกล่าวจึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ หากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องมื่อองค์กรที่มีอำนาจเหนือ

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

รัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่ดังกล่าว อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ถือเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุด<sup>45</sup>

สำหรับพัฒนาการแนวความคิดในเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในประเทศออสเตรีย สำนักกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของแนวความคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศออสเตรียนั้น คือ สำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย (die österreichische Schule der Rechtslehre) โดยเฉพาะ Adolf Mehl และ Hans Kelsen โดย Mehl และ Kelsen ได้พยายามรวบรวมปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลทั้งสองได้ให้เหตุผลในทางทฤษฎีกฎหมายถึงความผูกพันขององค์กรนิติบัญญัติต่อกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า ตามแนวความคิดของ Adolf Mehl เห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นระบบของลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจ ซึ่ง Mehl เรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับนิติกรรมทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย ตามแนวความคิดสำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรียเห็นว่า กระบวนการในการบัญญัติกฎหมายได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย และกฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจก็จะกำหนดกระบวนการในการออกกฎหมายที่มีลำดับชั้นที่ต่ำกว่าต่อไป กฎเกณฑ์ในการบัญญัติกฎหมายจะต้องผูกพันต่อองค์กรที่มีอำนาจในการบัญญัติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติสำหรับการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หากได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญให้เป็นเงื่อนไขขององค์กรนิติบัญญัติว่า การทำหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติให้ทำหน้าที่บนพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมแสดงได้ว่ารัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมาย<sup>46</sup>

โดยสรุปแล้ว หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมี

<sup>45</sup> เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์, เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายมหาชน เรื่องที่มาของกฎหมายมหาชน, 2541 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 17.

<sup>46</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 21-22.

ผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้<sup>47</sup> ผลในทางเนื้อหาของ การละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทาง ทฤษฎีนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการของความขัดแย้งในทางรูปแบบ (das formelle Kollisionsprinzip) (กล่าวคือ เป็นความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น) และการทำให้ กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือการทำให้ ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา (Spätere Vernichtigkeit) หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้ เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งเช่นกัน กล่าวคือ เรื่องของความผูกพัน (Verbindlichkeit) และเรื่องของการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของ รัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ<sup>48</sup> ตามความเห็นของ Wahl เห็นว่า หลัก ความเป็นกฎหมายสูงสุดก่อให้เกิดผลที่สำคัญอย่างน้อย 3 ประการ<sup>49</sup> ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** รัฐธรรมนูญย่อมเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความในชั้นศาล โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความแน่นอนชัดเจนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เกี่ยวกับขอบเขต ของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญจะต้องแตกต่างอย่างชัดเจนกับ หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ และในกรณีนี้จะต้องตีความให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ ถ้ามีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การให้ ความหมายหรือการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะต้องตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อย่างอิสระจากบทบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเรียกร้องความแตกต่างและ ระยะห่างของลำดับชั้นกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักของการแบ่งแยก (Konzept der Trennung) มิใช่หลักการของการมีผลร่วมกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ได้รับ การตรวจสอบ

**ประการที่สอง** หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมิใช่เป็นเพียงเรื่องของ ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมาย 2 บทบัญญัติ นอกจากนี้ หลักความเป็นกฎหมาย สูงสุดยังเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ขององค์กรและภาระหน้าที่ขององค์กรด้วย กล่าวคือ หลัก

<sup>47</sup> Ekkehart Stein, *Straatsrecht*, 14 Aufl., Tübingen 1993; s.13 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 24.

<sup>48</sup> Wahl, Rainer, *Der Varrang der Verfassung*, Der Staat 20. Band 1981, s.486 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 24.

<sup>49</sup> *Ibid.*, s.486 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 24-26.



ความเป็นสูงสุดในนัยหนึ่งย่อมหมายถึง ความอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าของกฎหมาย การอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าของกฎหมายย่อมมีความหมายในขณะเดียวกันถึงความอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรณีบัญญัติด้วย ซึ่งการอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่านั้นมิได้หมายความว่าเฉพาะองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญและองค์กรที่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เท่านั้น แต่ยังหมายถึงองค์กรที่ตีความรัฐธรรมนูญแล้วก่อให้เกิดผลผูกพันด้วย สิ่งเหล่านี้เป็นความประสงค์ของรัฐธรรมนูญ ปัญหาในเรื่องของการอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรณีบัญญัติมิใช่ปัญหาว่า องค์กรดังกล่าวอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าหรือไม่ แต่มีปัญหในเรื่องของขอบเขตของการอยู่ในลำดับต่ำกว่านั้นมีขอบเขตเพียงใด หากการอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรณีบัญญัติซึ่งมีผลกระทบมาจากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลมาจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้การตีความซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ดังนั้น การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้อง จึงมิใช่เป็นเพียงการตีความ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิเรียกร้องในทางสารบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเอกสิทธิ์ที่มีคุณค่าสูงสุด และตีความขยายสิทธิเรียกร้องดังกล่าว แต่แท้จริงแล้วการตีความรัฐธรรมนูญจะต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรณีบัญญัติด้วย ซึ่งความสัมพันธ์ขององค์กรทั้งสองจะต้องวางอยู่บนพื้นฐานของความชอบธรรมเช่นเดียวกัน

**ประการที่สาม** หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงถึงการเป็นทางเลือกของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นมงกุฎของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญ หากแต่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นมงกุฎของนิติรัฐ (die Krönung des Rechtsstaates) ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

ตามความเห็นของท่านอาจารย์ สมภพ โทตระกิตย์ นั้น ความหมายของการเป็นกฎหมายสูงสุดก็คือการมีฐานะที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งหมด และจากการที่รัฐธรรมนูญมีความเป็นสูงสุดนี้เองทำให้มีลักษณะที่ทำให้แตกต่างจากกฎหมายอื่นซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้<sup>50</sup>

1. พิจารณาจากแบบของรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญมีวิธีการที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ และอำนาจการตรวจสอบควบคุมกฎหมายอื่น ๆ หรือกฎหมายธรรมดา นั้นย่อมจะต้องมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายและวิธีการบัญญัติกฎหมาย
2. พิจารณาจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองประเทศ การวางระเบียบการปกครองและสถาบันสูงสุดของ

<sup>50</sup> สมภพ โทตระกิตย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ(พระนคร : นำเชียวการพิมพ์, 2512), หน้า 59-60.

ประเทศ ส่วนกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ มีเนื้อหาที่แสดงการขยายความให้เห็นถึงอำนาจหน้าที่และรายละเอียดเกี่ยวกับสถาบันที่กล่าวข้างต้น เหมือนกับเป็นเนื้อหาในส่วนปลีกย่อยขยายเนื้อหาสาระสำคัญใหญ่คือเนื้อหาของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

3. พิจารณาในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้มีการบัญญัติรับรองและคุ้มครองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อให้บุคคลมีหลักประกันที่แน่นอน จึงต้องกำหนดให้มีการบัญญัติกฎหมายโดยเคารพต่อหลักการแห่งรัฐธรรมนูญ และผู้จัดทำกฎหมายธรรมดาอื่น ๆ จะไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการเช่นกฎหมายธรรมดา

ผลของความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญทำให้องค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำการอันขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งย่อหมายถึงความรวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการออกกฎหมายซึ่งจะมีกระบวนการตราหรือมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ดังนั้น ถ้าหากกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำหรือบทบัญญัตินั้นก็เสียเปล่าหรือไม่มีผลบังคับใช้ และเพื่อให้รัฐธรรมนูญคงความศักดิ์สิทธิ์ตามหลักความเป็นสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญไว้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญซึ่งจะกล่าวต่อไป

#### 2.1.4 ทฤษฎีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

ในปี ค.ศ.1803 ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดีระหว่างมาร์เบอร์รี่และเมดิสันเป็นผลทำให้ทฤษฎีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญปรากฏเด่นชัดขึ้น อย่างไรก็ดี ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ทฤษฎีแห่งนิติศาสตร์โดยทั่วไปซึ่งปฏิเสธความสามารถของศาลยุติธรรมในการสร้างกฎหมาย และทฤษฎีที่แพร่หลายอีกทฤษฎีหนึ่งก็คือ ทฤษฎีของกฎหมายที่ได้รับการรับรอง (received law) ซึ่งถือว่าผู้พิพากษาไม่ได้สร้างหรือวางหลักกฎหมายแต่เป็นเพียงผู้ค้นพบและใช้กฎหมายโดยตรง ส่วนปัญหาทางรัฐธรรมนูญสามารถได้รับการแก้ไขโดยการใช้อำนาจหน้าที่ที่เหมาะสมในรัฐธรรมนูญเริ่มได้รับการยอมรับจากบรรดาผู้พิพากษา ผลของความคิดดังกล่าวต่อหน้าที่ของศาลยุติธรรมก็คือ การขยายตัวอย่างกว้างขวางของความคิดที่ต้องการยับยั้งการใช้อำนาจหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอันเสียเปล่าไป ทั้งนี้เป็น

ผลสืบเนื่องมาจากในช่วงที่เกิดปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในสหรัฐอเมริกาฝั่งนิวยอร์กยุติพยายามตรากฎหมายจำนวนหลายร้อยฉบับขึ้นเพื่อใช้แก้ปัญหาดังกล่าวแต่ก็ต้องประสบความล้มเหลวโดยส่วนหนึ่งเป็นสาเหตุมาจากการใช้อำนาจเช่นนี้ของศาลยุติธรรม จากเหตุการณ์นี้ทำให้หลายประเทศเห็นว่า องค์การศาลยุติธรรมไม่เหมาะสมที่จะใช้อำนาจตามทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และ โน้มเอียงไปสู่การมีองค์กรพิเศษทางรัฐธรรมนูญมากขึ้น แต่ก็ยังคงคำนึงถึงหลักของคดียะหว่างมาร์เบอร์รี่และเมดิสันซึ่งเป็นคดีสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงทฤษฎีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญด้วย<sup>51</sup>

ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ อาจแบ่งแยกองค์กรที่จะทำหน้าที่นี้ออกได้เป็น 2 ประเภท คือ องค์กรที่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการประเภทหนึ่ง และองค์กรที่ไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ หรือที่เรียกว่าองค์กรทางการเมืองอีกประการหนึ่ง องค์กรที่จะถือว่าเป็นองค์กรตุลาการได้นั้นหาใช่แต่เพียงมีชื่อเรียกว่า ตุลาการหรือศาลเท่านั้นไม่ แต่จะต้องเป็นองค์กรที่มีลักษณะที่เป็นสาระสำคัญขององค์กรตุลาการครบถ้วนด้วยจึงจะถือว่าเป็นองค์กรตุลาการได้ ส่วนองค์กรที่ไม่มีสถานะดังกล่าวก็ย่อมไม่ใช่องค์กรตุลาการ ทั้งนี้ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกว่าอย่างไรก็ตาม ลักษณะที่เป็นสาระสำคัญขององค์กรตุลาการเหล่านั้นคือ<sup>52</sup>

ก) ต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นทั้งในระหว่างเอกชน ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระหว่างเอกชนกับองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในกรณีหลังนี้ก็คือการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อมีการกล่าวหาว่าการกระทำก่อให้เกิดผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนั้นเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ว่านี้ก็คืออำนาจในอันที่จะประเมินข้อเท็จจริงเฉพาะคดีในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นแล้วนำเอาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ประเมินได้ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงเช่นนั้นเกิดขึ้นจะมีผลในทางกฎหมายเช่นใด

ข) คำวินิจฉัยจะต้องถึงที่สุด เค็ดขาด และไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้โดยองค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรใดอีก (res judicata) ซึ่งหมายความว่าเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำวินิจฉัยนั้นจะต้องไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกกลับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้อีก เว้นแต่โดยองค์กรตุลาการซึ่งอยู่ในลำดับสูงขึ้นไปตามกระบวนการวิธีพิจารณาตามปกติของการอุทธรณ์ฎีกาเท่านั้น และเมื่อมีคำวินิจฉัยของ

<sup>51</sup> วิจิตตรา ฟุ่งลัดดา, อ้างแล้ว, หน้า 62-63.

<sup>52</sup> สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว, หน้า 50.

องค์กรซึ่งอยู่ในลำดับสูงสุดแล้ว คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นจะต้องถือเป็นที่สุดไม่อาจโต้แย้งต่อไปได้แม้จะมีความไม่เหมาะสมอย่างไรก็ตาม

ค) กระบวนการพิจารณาทำคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณชน เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังได้ การพิจารณาลับจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะที่มีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมทั่วไปหรือการพิจารณาโดยเปิดเผยจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่า่นั้น และจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ส่วนได้เสียของตนได้อย่างเต็มที่ ทั้งในกรณีที่เป็นการสนับสนุนข้ออ้างของตนเอง และในกรณีที่เป็นการหักล้างข้อกล่าวหาของฝ่ายตรงกันข้าม

ง) องค์กรนั้นจะต้องทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทอย่างเป็นอิสระ กล่าวคือ ในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องไม่ตกอยู่ใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาจากองค์กรหนึ่งองค์กรใดทั้งทางตรงและทางอ้อมไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการด้วยกันเองหรือจากกลุ่มผลประโยชน์อื่น ๆ ในสังคม ด้วยเหตุนี้ระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (hierarchical control) อย่างที่ใช้อยู่ในองค์กรของฝ่ายบริหารจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจนำมาใช้กับระบบงานขององค์กรตุลาการได้เพราะในระบบซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้เช่นนั้นย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะทำงานอย่างอิสระได้อย่างแท้จริงโดยไม่คำนึงถึงสถานภาพหรือตำแหน่งหน้าที่ของตนที่อาจจะถูกสั่นคลอนได้โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในลำดับหน้าที่ขึ้นไป

ทั้งนี้ องค์กรตุลาการที่จะทำหน้าที่ควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีอยู่ 2 ประการ คือ<sup>53</sup>

(1) ศาลยุติธรรมธรรมดาซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่ว ๆ ไปซึ่งแยกเป็น 2 ชนิด คือ ศาลยุติธรรมธรรมดาซึ่งพิจารณาคดีพิพาททางรัฐธรรมนูญร่วมกับคดีอื่น ๆ โดยไม่มีการแบ่งแยกเจ้าหน้าที่ไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงประการหนึ่ง และศาลยุติธรรมธรรมดาซึ่งได้แยกเจ้าหน้าที่ไว้โดยเฉพาะเจาะจงในการพิจารณาข้อหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญต่างหากจากการพิจารณาคดีอื่น ๆ ตามปกติอีกประการหนึ่ง

(2) ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลที่ได้ถูกจัดตั้งขึ้นมาให้มีเขตอำนาจจำกัดอยู่แต่เพียงการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.



สำหรับระบบในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้น โดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่าที่มีอยู่ในรัฐต่าง ๆ ในปัจจุบันนี้มีอยู่ด้วยกัน 2 ระบบ โดยพิจารณาจากวิธีการในการควบคุมเป็นหลักคือ ระบบการควบคุมแบบรูปธรรม (Concrete control) และระบบการควบคุมแบบนามธรรม (abstract control) ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้<sup>54</sup>

### 1.ระบบการควบคุมแบบรูปธรรม (Concrete control)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม หรือนักกฎหมายบางท่านเรียกว่า วิธีการต่อสู้ป้องกันนี้ ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างที่มีการพิจารณาพิพากษาซึ่งฟ้องร้องกันอยู่ในศาลตามปกติทั่วไปไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครอง คดีแรงงาน คดีภาษีอากรหรือคดีอื่น ๆ ในทำนองเดียวกันนี้ ในแง่ของกระบวนการวิธีพิจารณาความ ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็เป็นเพียงประเด็นซึ่งถูกเสนอเข้ามาประกอบกับประเด็นหลักซึ่งฟ้องร้องกันอยู่ โดยคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเกี่ยวปฏิเสหความรับผิดชอบหรือภาระหน้าที่ของตนตามกฎหมายฉบับหลัง ๆ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือปฏิเสธอำนาจของศาลที่จะบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้นให้เป็นผลร้ายแก่คดีของเขา เพราะกฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นที่ศาลจะทำคำวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นแห่งคดี คือ ประเด็นที่ว่าคู่ความมีสิทธิหน้าที่หรือความรับผิดชอบต่อกันอย่างไร ศาลก็ต้องวินิจฉัยในขั้นต้นเสียก่อนว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญตามที่คู่ความกล่าวอ้างหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็จะนำมาใช้ชี้ขาดประเด็นหลักของคดีต่อไป แต่ถ้าศาลเห็นว่าไม่ชอบก็จะไม่นำเอากฎหมายฉบับนั้นมาใช้บังคับ ทั้งนี้แม้ว่าจะไม่มีผู้ใดกล่าวอ้างปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอันเป็นข้อต่อสู้ ศาลก็อาจหยิบยกข้อพิจารณาเองได้ เพราะเป็นขั้นตอนหลังจากการนำเอาตัวบทกฎหมายมาปรับใช้แก่คดีนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจนำเสนอกฎหมายฉบับอื่น ๆ ซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับคดีของตนขึ้นมาให้ศาลพิจารณาและในทางตรงกันข้ามศาลเองก็ไม่สามารถหยิบยกเอากฎหมายฉบับอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่กฎหมายฉบับที่จะต้องนำมาใช้บังคับแก่คดีนั้น ๆ ขึ้นมาวินิจฉัยถึงปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

### 2.ระบบการควบคุมแบบนามธรรม (abstract control)

ในแง่ของกระบวนการวิธีพิจารณาความ ระบบการควบคุมแบบนามธรรมก็คือระบบที่ตรงข้ามกับระบบการควบคุมแบบรูปธรรมนั่นเอง เพราะเป็นระบบที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นจากการนำเอาวิธีการแบบรูปธรรมมาใช้กับรัฐบางรัฐ ดังนั้นใน

<sup>54</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 55-57.

วิธีการแบบนามธรรมนี้แทนที่จะต้องรอให้มีคดีพิพาทในเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้นมาสู่ศาลเสียก่อน คู่ความผู้เสียหายจากการนำเอากฎหมายฉบับนั้นมาปรับใช้กับคดีจึงจะมีสิทธิร้องขอให้ศาลซึ่งกำลังพิจารณาคดีนั้นอยู่วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสามารถจะถูกนำเสนอเข้ามาเป็นประเด็นหลักในห้องพิจารณาที่มีอำนาจชี้ขาดวินิจฉัยได้โดยตรงไม่ต้องอ้างข้อหาประกอบกับคดีพิพาทอื่นใด เมื่อพิจารณาในแง่นี้วิธีการควบคุมแบบนามธรรมจึงเป็นวิธีการที่มีลักษณะเป็นพิเศษและอยู่นอกเหนือกระบวนการในการพิจารณาตามปกติดังเช่นวิธีการควบคุมแบบรูปธรรมจึงจำเป็นอยู่เองที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรายละเอียดไว้โดยแจ้งชัดเสมอ ทั้งในเรื่ององค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาด ผู้มีสิทธินำเสนอปัญหา และผลของคำวินิจฉัยในปัญหาดังกล่าวด้วย

องค์กรผู้มีอำนาจพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรมนี้อาจมีได้ทั้งองค์กรที่มีลักษณะตุลาการและองค์กรที่ไม่มีลักษณะเป็นตุลาการแล้วแต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรใด เช่น สภาอนุรักษนิยมของปีที่ 8 แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1799 ศาลยุติธรรมสูงสุดตามรัฐธรรมนูญโคลัมเบีย ปี 1910 ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย เยอรมัน และอิตาลี เป็นต้น และในทำนองเดียวกันผู้มีสิทธินำเสนอปัญหานี้ก็ไม่ได้จำกัดอยู่แต่กับคู่ความที่ต้องเสียหายจากการบังคับใช้กฎหมายนั้นเท่านั้น โดยทั่วไปแล้วผู้มีสิทธินำเสนอปัญหานี้อาจแยกออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่มีฐานะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมิได้ทั้งสมาชิกองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ และกลุ่มที่มีฐานะเป็นเอกชนซึ่งอาจเป็นกลุ่มบุคคลหรือในบางกรณีปัจเจกชนก็อาจนำเสนอให้มีการพิจารณาปัญหานี้เช่นกัน

โดยที่วิธีการควบคุมกฎหมายธรรมดาไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมนี้ ถูกก่อตั้งขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการนำเอาวิธีการแบบรูปธรรมเข้ามาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเรื่องความไม่เป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้นตามหลักเหตุผลในตัวของมันเองแล้วคำวินิจฉัยขององค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาดในกรณีการควบคุมแบบนามธรรมนี้ย่อมจะต้องมีผลผูกพันเป็นการทั่วไปเสมอ เพราะหากว่ายังคงให้มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีแล้วการจัดให้มีการควบคุมแบบนามธรรมก็คงเป็นสิ่งที่สูญเปล่าและไม่มีผลดีอะไรมากไปกว่าการรับเอาระบบการควบคุมแบบรูปธรรมเข้ามาใช้นั่นเอง ที่ว่าคำวินิจฉัยมีผลผูกพันย่อมหมายความว่า เมื่อองค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาดได้วินิจฉัยและชี้ขาดมาแล้วว่ากฎหมายฉบับใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำวินิจฉัยเช่นนั้นย่อมผูกพันให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกองค์กรและเอกชนทั้งหลายต้องยึดถือปฏิบัติ กล่าวคือ ถ้าองค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนย่อมนำกฎหมายฉบับนั้นขึ้นมาให้องค์กรชี้ขาดวินิจฉัยซ้ำอีกได้ และทำนองเดียวกันหากองค์กรชี้ขาดวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้ง

องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนก็ย่อมไม่อาจอ้างอำนาจหรือสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวได้อีก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายฉบับนั้นซึ่งอาจเป็นทั้งฉบับหรือแต่เฉพาะบางส่วนของรัฐธรรมนูญนั้นได้ถูกยกเลิกไปโดยผลของคำวินิจฉัยขององค์กรผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ โดยไม่ต้องรอให้องค์กรนิติบัญญัติออกกฎหมายฉบับใหม่มายกเลิกซ้ำอีกนั่นเอง

การควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้หากพิจารณาในแง่ของช่วงเวลาแล้ว อาจแยกออกได้เป็น 2 ช่วงคือ การควบคุมก่อนที่กฎหมายฉบับนั้นจะมีการประกาศโฆษณากฎหมาย และการควบคุมหลังจากที่มีการประกาศโฆษณากฎหมายแล้ว ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้<sup>55</sup>

การควบคุมก่อนที่กฎหมายฉบับนั้นจะมีการประกาศโฆษณาภาษานั้น จะมีได้ก็แต่การควบคุมแบบนามธรรมโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ และโดยการนำเสนอขององค์กรเจ้าหน้าที่ที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และหากว่าองค์กรผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดได้รับความว่ากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาและตราขึ้นมานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมมีผลให้ไม่อาจประกาศโฆษณากฎหมายฉบับนั้นให้มีผลบังคับกับประชาชนได้อีกแม้จะได้ตราเป็นกฎหมายออกมาแล้วก็ตาม เท่ากับไม่เคยมีการตรากฎหมายฉบับนั้นขึ้นมาใช้บังคับเลย ในทางตรงกันข้ามหากว่าองค์กรผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดได้ชี้ขาดว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายก็ย่อมจะต้องถูกประกาศโฆษณาและใช้บังคับต่อไปซึ่งแม้ว่าในภายหลังจะได้มีคดีเฉพาะเรื่องที่ทำให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่อาจมีการรื้อฟื้นขึ้นพิจารณาได้อีกและกฎหมายก็ยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไปจนกว่าจะถูกยกเลิกโดยกระบวนการตามปกติเท่านั้น

การควบคุมหลังจากที่มีการประกาศโฆษณากฎหมายแล้ว ก็คือการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะกระทำเมื่อได้มีการประกาศโฆษณาใช้บังคับกฎหมายอย่างเป็นทางการและกฎหมายมีผลบังคับใช้กันทั้งองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชนอย่างสมบูรณ์แล้ว การควบคุมในช่วงเวลานี้จึงสามารถจะทำได้ในขอบเขตที่กว้างกว่า กล่าวคืออาจจะมีได้ทั้งกระทำการควบคุมแบบนามธรรมและการควบคุมแบบรูปธรรม นอกจากนี้คำวินิจฉัยขององค์กรผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดก็อาจจะส่งผลกระทบที่กว้างกว่าการควบคุมก่อนที่จะมีการประกาศโฆษณากฎหมายต่อสาธารณะ คือ ในขณะที่คำวินิจฉัยขององค์กรผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญในการควบคุมก่อนแม้จะเป็นการยกเลิกกฎหมายแต่ก็เป็นการยกเลิกก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ ยังไม่

<sup>55</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

มีผลกระทบกับสิทธิหน้าที่ของประชาชนตามที่กฎหมายฉบับนั้นบัญญัติไว้ แต่ผลของคำวินิจฉัย เช่นนี้ในการควบคุมหลังจากที่กฎหมายมีผลบังคับเป็นการยกเลิกกฎหมายที่มีผลบังคับกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชนไปแล้ว

อนึ่ง ในการที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบรรลุความมุ่งหมายได้นั้น ตามความเห็นของ Franz-Joseph Peine เห็นว่า จะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 6 ประการ ดังนี้<sup>56</sup>

**ประการที่หนึ่ง** รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์สำหรับการออกกฎหมาย ถ้าหากไม่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวกฎหมายไม่สามารถที่จะละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้และด้วยเหตุนี้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอาจแสดงออกได้ใน 2 กรณี กรณีแรก รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์ของเงื่อนไขในทางรูปแบบสำหรับกระบวนการในการออกกฎหมาย กรณีที่สอง ในรัฐธรรมนูญนั้นอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการตรวจสอบในทางภาวะวิสัยซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อต้องการให้เกิดหลักประกันต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา

**ประการที่สอง** การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎเกณฑ์หลักโดยองค์กรนิติบัญญัตินั้น จะต้องเป็นกรณีที่สามารถจะเป็นไปได้ ถ้าสันนิษฐานว่าองค์กรนิติบัญญัติจะไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ เพราะเข้าใจว่าองค์กรนิติบัญญัติเป็นผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญเสียเอง หรือเห็นว่าการกระทำใด ๆ ขององค์กรนิติบัญญัติเป็นอิสระจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญแล้วกรณีนี้ก็ไม่ใช่เป็นที่จะต้องทำการป้องกันรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น เงื่อนไขประการที่สองจึงวางอยู่บนบทสันนิษฐานที่ว่า จำเป็นที่จะต้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ ในกรณีเช่นนี้จึงทำให้บรรลุดุลประสงค์ของระบบกฎหมายที่มีการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย

**ประการที่สาม** การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่สูงสุด การทำให้รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงสุดก็ต่อเมื่อในโครงสร้างของระบบกฎหมายมีลักษณะเป็นปิรามิด โดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ที่จุดสูงสุดของปิรามิด ในกรณีเช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หลักในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่า หลักดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “หลักความขัดแย้ง” (ein Kollisionsprinzip) ในขณะเดียวกันด้วย หลักความเป็นกฎหมาย

<sup>56</sup> Franz-Joseph Peine, Normenkontrolle und konstitutionelles System, Der Staat 22 (1983),s.529 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า26-28.



สูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมต้องการหลักประกันเพื่อมิให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้ และสูญเสียภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลักของระบบกฎหมาย

**ประการที่สี่** การที่จะทำให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดบรรลุความมุ่งหมายได้ก็คือเมื่อ ในทางทฤษฎีจะต้องทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (verfassunggebende Gewalt) หรืออำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (verfassungsändernde Gewalt) หรืออำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา (normale Gesetzgebungsgewalt) และทำให้เกิดความแตกต่างไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์กรดังกล่าว และกระบวนการในการกระทำความดังกล่าวด้วย เพราะหากพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการแก้ไขกฎหมายธรรมดา และองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่แก้ไขกฎหมายธรรมดาสามารถที่จะทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนได้ ในกรณีนี้ก็จะทำให้เกิดความอ่อนด้อยลงของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งท้ายที่สุดจะนำไปสู่การสูญเสียความเป็นหลักเกณฑ์หลักสำหรับการออกกฎหมายธรรมดา หลักของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่เพียงจะต้องทำให้เกิดหลักประกันต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่จะต้องทำให้เกิดบรรลุความมุ่งหมายในทางปฏิบัติด้วยการทำให้บรรลุความมุ่งหมายดังกล่าวกระทำได้โดยองค์กรตุลาการ

**ประการที่ห้า** เงื่อนไขประการต่อมาคือ ในระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “สิทธิในการตรวจสอบของตุลาการ” (das richterliche Prüfungsrecht) ถ้าขาดองค์กรที่สามารถตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวได้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะเป็นความหมายในทางปฏิบัติแต่อย่างใด เพราะจะไม่มีองค์กรอิสระอื่นใดที่อาจดำเนินการดังกล่าวให้บรรลุความมุ่งหมายได้ องค์กรนิติบัญญัติเองไม่อาจเป็นผู้ตรวจสอบได้ เพราะถือว่าเป็นการตรวจสอบในเรื่องของตนเอง

**ประการที่หก** เงื่อนไขประการสุดท้ายในการทำให้หลักดังกล่าวบรรลุความมุ่งหมายได้จะต้องมีหลักประกันที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย จะต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการทั้งหลาย ซึ่งย่อมหมายความว่า คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย ถ้าคำวินิจฉัยของศาลไม่มีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย ในกรณีนี้ การมอบหมายให้ศาลทำหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญก็ไม่มี ความหมายแต่อย่างใด เพราะอำนาจในทางตุลาการในกรณีนี้ไม่มีผลในทางปฏิบัติ

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญนี้ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุดและศักดิ์สิทธิ์ขึ้นได้ก็โดยอาศัย “องค์กรตุลาการ” ซึ่งจะต้อง

มีความเป็นอิสระและมีระบบการพิจารณาที่ดี ในการควบคุมตรวจสอบมิให้พระราชกำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นก็จำต้องมีองค์กรตุลาการที่จะทำหน้าที่ในการตรวจสอบควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดเช่นเดียวกันเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

จากแนวความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ ข้างต้นจะเห็นได้ว่า การใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐอันอาจแบ่งแยกการใช้อำนาจออกได้เป็น 3 อำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้น จำต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทั้งสามดังกล่าวเพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยเฉพาะในประเทศที่เป็นนิติรัฐซึ่งมีหลักการว่าการกระทำในด้านต่าง ๆ ของรัฐนั้นจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติและจะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วยแล้ว ทำให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดนั้นจะต้องถูกตรวจสอบได้ โดยในการตรวจสอบพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นนี้เป็นการตรวจสอบตามหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งมีสาระสำคัญว่า องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำการอันขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไม่ได้ การกระทำของฝ่ายบริหาร(ซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้น โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ)ในการตราพระราชกำหนดจึงไม่สามารถกระทำการโดยมีเงื่อนไข กระบวนการ หรือมีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ด้วยเช่นกัน โดยในการควบคุมมิให้พระราชกำหนดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้จำเป็นที่จะต้องอาศัยองค์กรตุลาการในการทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมพระราชกำหนด ทั้งนี้องค์กรตุลาการนี้จะต้องมีความเป็นอิสระและมีระบบการพิจารณาที่ดีด้วยเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

## 2.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในต่างประเทศ

ประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรเลียที่จะได้กล่าวถึงในส่วนนี้เป็นประเทศที่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บริหารประเทศในกรณีฉุกเฉินได้ แต่ในส่วนของระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของทั้งสองประเทศนี้มีความแตกต่างกันในบางประการอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากพัฒนาการทางกฎหมายและพัฒนาการทางการเมืองของแต่ละประเทศนั่นเอง ดังจะได้ศึกษาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.2.1 ประเทศฝรั่งเศส<sup>57</sup>

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศสคือ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการให้ประชาชนลงมติเมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ.1958 และผลปรากฏว่าประชาชนยอมรับและได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958<sup>58</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 นี้ นับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ทำให้อำนาจของฝ่ายบริหารมีขอบเขตที่กว้างขวางกว่าเดิม เพราะรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสที่ผ่านมา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าคือรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 ได้สร้างปัญหาให้กับระบบการเมืองการปกครองของฝรั่งเศสเป็นอย่างมากเพราะประกอบด้วยบทบัญญัติหลายประการที่ทำให้รัฐสภามีอำนาจในการควบคุมรัฐบาลเป็นอย่างมาก จึงส่งผลทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพเท่าที่ควร บทบัญญัติดังกล่าวได้แก่ การกำหนดให้ประธานาธิบดีผู้เป็นประมุขของรัฐต้องมาจากการเลือกตั้งของที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา การกำหนดให้นายกรัฐมนตรีที่แม้จะมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีแต่ก่อนที่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่จะต้องเสนอนโยบายของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน หากสภาผู้แทนราษฎรลงมติไว้วางใจนโยบายของรัฐบาลด้วยคะแนนเสียงเกินกว่าครึ่งหนึ่ง ผู้นั้นจึงจะเข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้ หรือการกำหนดให้การอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารทำได้ง่าย เป็นต้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้รัฐสภามีอำนาจมากและรัฐบาลก็ขาดเสถียรภาพ<sup>59</sup> จะเห็นได้ว่า ในช่วงก่อนสาธารณรัฐที่ 5 (ก่อนปี ค.ศ.1958) หลักการถ่วงดุลแห่งอำนาจนั้นยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายและของสภานิติบัญญัติ ดังนั้นเพื่อให้ฝ่ายบริหารเข้มแข็งขึ้นกว่าเดิม รัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1958 จึงมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์ที่เป็น

<sup>57</sup> สารสำคัญของ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศสนี้ สรุปความจาก นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549) เว้นแต่ที่ได้อ้างอิงไว้เป็นการเฉพาะ

<sup>58</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, การเมืองการปกครองต่างประเทศระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2543), หน้า 51.

<sup>59</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549), หน้า 96-97.

เอกเทศคู่ขนานไปกับกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติ<sup>60</sup> ซึ่งถูกจำกัดขอบเขตในการออกกฎหมายได้เฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 34<sup>61</sup> รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติ

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของพลเมืองเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลขึ้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา

รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วยเช่นเดียวกัน

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งประเภทขององค์การมหาชนขึ้นใหม่

- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของ

วิสาหกิจของรัฐ ไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ

- การบริหารงานโดยอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจหน้าที่และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา

- การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิและข้อผูกพันทางแพ่งและทางพาณิชย์

<sup>60</sup> ขวัญชัย สันตสว่าง, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel),”วารสารสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย(2548): 52.

<sup>61</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 (กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ 2,2549),หน้า 52-54.



- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสภาพแรงงานและการ  
ประกันสังคม

รัฐบัญญัติว่าด้วยงบประมาณกำหนดรายได้และค่าใช้จ่ายของรัฐตาม  
เงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคมกำหนดเงื่อนไข  
ทั่วไปเกี่ยวกับความสมดุลทางการเงิน บัญชีประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่าย  
ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติว่าด้วยแผนงานกำหนดเป้าหมายของการดำเนินการทาง  
เศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

บทบัญญัติในมาตรานี้อาจเพิ่มเติมและขยายความได้โดยรัฐบัญญัติ  
ประกอบรัฐธรรมนูญ”

นอกจากสภานิติบัญญัติจะถูกจำกัดขอบเขตในการออกกฎหมายดังกล่าวในมาตรา  
ข้างต้นแล้ว อำนาจที่กว้างขวางของฝ่ายบริหารยังปรากฏตามมาตรา 37 ซึ่งได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 37<sup>62</sup> เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ให้อยู่  
ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้

รัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออก  
กฎเกณฑ์ได้ อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐกฤษฎีกา ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐ  
แล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ตราขึ้นหลังจากที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแล้วจะแก้ไขเพิ่มเติม  
โดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นมีสาระเป็นการ  
กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร ในการออกกฎเกณฑ์ตามความในวรรค  
ก่อน”

บทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้นนี้ มีไว้เพื่อกำหนดเขตอำนาจระหว่างฝ่ายนิติ  
บัญญัติกับฝ่ายบริหารที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการออกกฎหมายมาใช้ในการบริหารประเทศ  
อีกทั้ง บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ยังแสดงถึงแนวคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งได้เปลี่ยนแนวคิดของ  
การจัดทำกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติเสียใหม่ โดยพยายามที่จะ “สร้าง” ระบบการเมืองใหม่ที่ฝ่าย  
บริหารแข็งแกร่งกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ โดยได้พยายามจำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>62</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

และเพิ่มอำนาจให้กับฝ่ายบริหารโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้<sup>63</sup> ดังปรากฏตามบทบัญญัติสองมาตราดังกล่าวข้างต้น ซึ่งผลของการแบ่งอำนาจในการตรากฎหมายตาม มาตรา 34 และมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1958 นั้น จะเห็นได้ว่า<sup>64</sup>

1. ฝ่ายบริหารนั้นมีอำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นอิสระ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งในอดีตมีอำนาจในการตรากฎหมายได้ทั่ว ๆ ไปนั้น กลับมีอำนาจในการตรากฎหมายตามที่ได้อำนาจไว้ตามรัฐธรรมนูญ

2. อาจมีการขัดแย้งเกิดขึ้นได้ในแง่ที่บางเรื่องฝ่ายบริหารเห็นว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่ตรากฎหมายเรื่องนั้น ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นตรงกันข้าม และในกรณีดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ตัดสิน

อย่างไรก็ดี บทเรียนจากรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 นั้นทำให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 เกิดลักษณะเฉพาะ และได้ก่อให้เกิดประติมากรรมทางการเมืองใหม่ ๆ ดังนี้<sup>65</sup>

1. การปฏิเสธหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาอย่างไม่มีเงื่อนไข
2. หลักรัฐสภาแบบมีเหตุมีผล โดยให้ความสำคัญแก่ฝ่ายบริหาร
3. การเสริมสร้างอำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้มากขึ้น

ลักษณะเฉพาะของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ที่ทำให้ฝ่ายบริหารมีความเข้มแข็งมากขึ้นนั้น ยังรวมไปถึงการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยการตราข้อกำหนดซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

#### 2.2.1.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส

<sup>63</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 100.

<sup>64</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, การเมืองการปกครองต่างประเทศระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2543), หน้า 61-62.

<sup>65</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ.1958) ของฝรั่งเศสนั้นเกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความล้มเหลวทางการเมือง ความไร้เสถียรภาพของรัฐบาล ความแตกแยกของพรรคการเมืองที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 ที่ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของกฎหมายและของสภานิติบัญญัติ ดังนั้น ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยฝ่ายบริหารโดยการตรารัฐกำหนดตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 นั้น จึงมีการให้ฝ่ายนิติบัญญัติ “มอบอำนาจ” ให้ฝ่ายบริหารในการออกรัฐกำหนด (ordonnance) ได้ จากเดิมที่รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 มีบทบัญญัติที่ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจในการตรากฎหมายอย่างเด็ดขาด โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจดังกล่าวแก่ฝ่ายบริหารคือ มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“มาตรา 38<sup>66</sup> เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการดำเนินงานของตน รัฐบาลอาจขออนุมัติต่อรัฐสภาตรารัฐกำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างจำกัดในเรื่องซึ่งโดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจการตราบัญญัติของรัฐสภาได้

รัฐกำหนดดังกล่าวจะต้องตราขึ้นในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี หลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐกำหนดมีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ได้ประกาศใช้ แต่จะสิ้นผลใช้บังคับหากรัฐบาลมิได้เสนอร่างรัฐบัญญัติให้สัตยาบันรัฐกำหนดดังกล่าวต่อรัฐสภาในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด

เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐกำหนดจะกระทำได้อีกแต่โดยรัฐบัญญัติในเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตราบัญญัติของรัฐสภา”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ได้วางขั้นตอนต่าง ๆ ที่สำคัญในการตรารัฐกำหนดเพื่อให้รัฐกำหนดมีผลบังคับใช้ นั่นคือ จะต้องได้รับมอบอำนาจในการออกรัฐกำหนดจากรัฐสภาเสียก่อน มีกระบวนการและหลักเกณฑ์ในการจัดทำรัฐกำหนดตามที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อรัฐกำหนดมีผลใช้บังคับแล้วก็ต้องมีการให้สัตยาบันรัฐกำหนดโดยรัฐสภา ขั้นตอนต่าง ๆ ในการตรารัฐกำหนดนั้นสามารถสรุปได้ดังนี้<sup>67</sup>

<sup>66</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 58.

<sup>67</sup> สรุปความจาก นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219 , หน้า 105-121.

- การรับมอบอำนาจในการออกรัฐกำหนดจากรัฐสภานั้น ปรากฏตามความในมาตรา 38 วรรคหนึ่ง นั่นคือ การมอบอำนาจของรัฐสภานั้นจะทำการออกรัฐบัญญัติเพื่อมอบอำนาจในการออกกฎหมายของรัฐสภาให้แก่รัฐบาล กระบวนการในการมอบอำนาจเริ่มต้นจากการที่ต้องมีการเสนอร่างกฎหมายมอบอำนาจเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา โดยร่างกฎหมายดังกล่าวเป็น “ร่างกฎหมายธรรมดา” ซึ่งโดยหลักแล้วร่างกฎหมายทุกประเภทนั้นได้กำหนดถึงผู้ที่มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายไว้ว่า ได้แก่ นายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา ตามมาตรา 39 วรรคแรกแห่งรัฐธรรมนูญ<sup>68</sup> แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากมาตรา 38 นั้นได้กำหนดให้เป็นสิทธิเฉพาะตัวของรัฐบาลแต่เพียงผู้เดียว ผู้ที่จะเสนอร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจในการออกรัฐกำหนดได้จึงเป็น “รัฐบาล” เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐกำหนดเป็นเครื่องมือของรัฐบาลที่จะเลือกนำมาใช้เพื่อปฏิบัติการสำคัญของรัฐหรือเพื่อแก้ปัญหาของรัฐ จึงมีการยกเว้นไม่ให้สมาชิกรัฐสภาเสนอร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจดังกล่าว ในการเสนอร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจนั้น มาตรา 39 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้กำหนดให้ร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจจะต้องผ่านการพิจารณาจากสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เสียก่อน แล้วจึงนำเสนอร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจนั้นต่อสำนักงานของสภาใดสภาหนึ่ง ส่วนการตัดสินใจที่จะมอบอำนาจให้รัฐบาลออกรัฐกำหนดหรือไม่ก็เป็นสิทธิเฉพาะตัวของรัฐสภา เพราะรัฐธรรมนูญมาตรา 38 เป็นบทบัญญัติที่ให้รัฐสภาได้ใช้ดุลพินิจของตนในการตัดสินใจที่จะให้รัฐบาลใช้อำนาจแทนตนหรือไม่<sup>69</sup> ทั้งนี้ กฎหมายมอบอำนาจนั้นมีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ ประการแรกก็คือ การกำหนดกรอบของอำนาจใหม่ของรัฐบาลที่รัฐสภามอบให้ โดยรัฐสภาจะต้องกำหนดให้แน่นอนตายตัว และชัดเจนลงไปว่ารัฐสภาจะมอบอำนาจให้แก่รัฐบาลใน

<sup>68</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 58-60.

<sup>69</sup> มาตรา 39 นายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภาต่างฝ่ายต่างมีสิทธิเสนอร่างรัฐบัญญัติได้

ร่างรัฐบัญญัติของรัฐบาลต้องผ่านการพิจารณาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้วและจะต้องนำเสนอต่อสำนักงานของสภาใดสภาหนึ่ง ร่างรัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณและร่างรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคมจะต้องเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน ภายใต้บทบัญญัติที่กำหนดไว้ในมาตรา 44 วรรคแรก ร่างรัฐบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์หลักเกี่ยวกับการจัดองค์กรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและร่างรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการจัดให้มีตัวแทนของชาวฝรั่งเศสที่ตั้งถิ่นฐานอยู่นอกประเทศจะต้องเสนอต่อวุฒิสภาก่อน.”

<sup>70</sup> Siegfried DICKSCHAT, Article 38 de la Constitution et loi d'habilitation du 22 juin 1967, *Revue du droit public*, t.LXXXIV, n° 45, p.836. อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 107.



เรื่องใดบ้าง และเมื่อรัฐบาลไปออกรัฐกำหนด รัฐกำหนดก็จะไม่สามารถมีเนื้อหาสาระที่ไปเกี่ยวข้องกับเรื่องอื่น ๆ ที่มีได้กำหนดไว้ในกฎหมายมอบอำนาจได้ อนึ่ง เรื่องที่รัฐสภาจะมอบอำนาจให้รัฐบาลไปออกรัฐกำหนดซึ่งต้องกำหนดไว้ในกฎหมายมอบอำนาจจะต้องเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง ก็คือ กำหนดระยะเวลาที่รัฐสภามอบอำนาจในการออกรัฐกำหนดให้รัฐบาลนั้น โดยหลักก็คือ จะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายมอบอำนาจอย่างชัดเจนว่ารัฐสภาจะมอบอำนาจในการออกกฎหมายของตนให้แก่รัฐบาลเป็นเวลาเท่าใด แต่ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวว่าระยะเวลาในการมอบอำนาจควรเป็นเวลาเท่าใด จากข้อมูลของกฎหมายมอบอำนาจจำนวน 26 ฉบับ พบว่า มีการมอบอำนาจให้รัฐบาลในระหว่าง 1-6 เดือน จำนวน 11 ฉบับ 6-12 เดือน จำนวน 7 ฉบับ 12-18 เดือน จำนวน 3 ฉบับ และมากกว่า 18 เดือน จำนวน 5 ฉบับ จะเห็นได้ว่าส่วนใหญ่แล้วรัฐสภาจะมอบอำนาจให้รัฐบาลไม่เกิน 6 เดือน ส่วนที่เกินกว่า 18 เดือนนั้น ก็จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาและการบริหารจัดการบรรดาดินแดนโพ้นทะเล (Territoire d'outre mer) และเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่าง ๆ ของสหภาพยุโรป

อนึ่ง การจัดทำร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจโดยรัฐสภานั้น ใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติธรรมดาเช่นเดียวกับการจัดทำรัฐบัญญัติทั่วไป ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 41 ถึงมาตรา 45 ดังต่อไปนี้

“มาตรา 41<sup>70</sup> หากปรากฏในระหว่างกระบวนการนิติบัญญัติว่า ร่างรัฐบัญญัติหรือคำแปรญัตติที่เสนอโดยสมาชิกรัฐสภามีได้ออยู่ในอำนาจการออกรัฐบัญญัติของรัฐสภาหรือขัดแย้งกับการมอบอำนาจให้ออกรัฐกำหนดตามความในมาตรา 38 รัฐบาลอาจคัดค้านไม่ให้มีการรับร่างรัฐบัญญัติหรือคำแปรญัตติดังกล่าวไว้พิจารณาได้

ในกรณีที่รัฐบาลและประธานสภาที่เกี่ยวข้องมีความเห็นไม่สอดคล้องกัน หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดภายในแปดวัน”

“มาตรา 42<sup>71</sup> ในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติที่รัฐบาลเสนอ ให้สภาที่ได้รับการเสนอร่างรัฐบัญญัตินั้นเป็นสภาแรกพิจารณาจากร่างรัฐบัญญัติที่รัฐบาลเสนอ ให้สภาที่ได้รับการเสนอร่างรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาจากอีกสภาหนึ่งมาแล้วพิจารณาร่างรัฐบัญญัติตามที่ได้รับมา”

<sup>70</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 60-62.

<sup>71</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

“มาตรา 43”<sup>72</sup> เมื่อรัฐบาลหรือสภาที่รับร่างรัฐบัญญัตินั้นไว้พิจารณา ร้องขอ ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติที่รัฐบาลหรือสมาชิกรัฐสภาเสนอไปยังคณะกรรมการวิสามัญที่ตั้งขึ้น เพื่อการนี้โดยเฉพาะเป็นผู้พิจารณาต่อไป

หากไม่มีการร้องขอ ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติที่รัฐบาลหรือสมาชิกรัฐสภา เสนอไปยังคณะกรรมการวิสามัญซึ่งมีจำนวนไม่เกินสภาละหกคณะเป็นผู้พิจารณา”

“มาตรา 44”<sup>73</sup> สมาชิกวุฒิสภาและรัฐบาลมีสิทธิเสนอคำแปรญัตติ ภายหลังการเปิดอภิปราย รัฐบาลมีสิทธิคัดค้านมิให้มีการพิจารณาคำแปร ญัตติที่มีได้มีการเสนอให้คณะกรรมการพิจารณาเสียก่อน

ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอ สภาที่พิจารณาร่างรัฐบัญญัตินั้นอาจลงมติเพียง ครั้งเดียวเพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบในร่างรัฐบัญญัติที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นทั้ง ฉบับหรือบางส่วนได้ ทั้งนี้ โดยจะรับคำแปรญัตติไว้เฉพาะที่มีการเสนอหรือได้รับความเห็นชอบ จากรัฐบาลแล้วเท่านั้น”

“มาตรา 45”<sup>74</sup> ร่างรัฐบัญญัติที่รัฐบาลหรือสมาชิกรัฐสภาเสนอจะต้อง ได้รับการพิจารณาจากสภาทั้งสองสภาต่อกันเพื่อให้มีการอนุมัติร่างรัฐบัญญัติที่มีเนื้อความอย่าง เดียวกัน

ในกรณีที่สภาทั้งสองมีความเห็นไม่ตรงกันจนเป็นเหตุให้ร่างรัฐบัญญัติที่ รัฐบาลหรือสมาชิกรัฐสภาเสนอไม่ได้รับความเห็นชอบ ภายหลังจากที่แต่ละสภาได้พิจารณาร่างรัฐ บัญญัติดังกล่าวแล้วสภาละสองครั้ง หรือในกรณีที่สภาแต่ละสภาได้พิจารณาร่างรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าว ไปเพียงครั้งเดียว แต่รัฐบาลแจ้งว่ามีความจำเป็นเร่งด่วน นายกรัฐมนตรีอาจขอให้มีการแต่งตั้ง คณะกรรมการร่วมที่มีสมาชิกจากแต่ละสภาในจำนวนเท่ากันเพื่อทำหน้าที่พิจารณาเสนอร่าง บทบัญญัติในส่วนที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติได้นั้น

ให้รัฐบาลเป็นผู้เสนอร่างบทบัญญัติที่ได้ผ่านการเห็นชอบของ คณะกรรมการร่วมแล้วต่อสภาทั้งสองเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ในกรณีดังกล่าว จะมีการ เสนอคำแปรญัตติไม่ได้เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาล

<sup>72</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

<sup>73</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-64.

<sup>74</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-66.

หากคณะกรรมการร่วมไม่สามารถพิจารณาให้ความเห็นชอบร่าง  
บทบัญญัติ หรือร่างบทบัญญัติดังกล่าวไม่ผ่านการพิจารณาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน  
ภายหลังจากที่ได้มีการพิจารณาในสภาผู้แทนราษฎรและในวุฒิสภาอีกครั้งหนึ่งแล้ว รัฐบาลอาจร้อง  
ขอให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณายืนยันร่างบทบัญญัติดังกล่าวได้ในที่สุด ในกรณีดังกล่าว สภา  
ผู้แทนราษฎรอาจนำร่างที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการร่วมหรือร่างที่ผ่านการพิจารณาครั้ง  
สุดท้ายของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งอาจมีการแก้ไข โดยคำแปรญัตติที่ได้รับความเห็นชอบของวุฒิสภา  
แล้ว มาพิจารณาต่อไปได้”

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแล้วพบว่า มี  
บทบัญญัติบางมาตราในรัฐธรรมนูญที่เปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถ “ร้องขอ” ให้กระบวนการ  
นิติบัญญัติตามปกติสั้นลงได้ กระบวนการดังกล่าวได้แก่<sup>75</sup>

ก. กระบวนการตามมาตรา 44 วรรค 3 มาตรา 44 วรรค 3 เป็น  
กระบวนการพิเศษที่สามารถใช้ได้ทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยกำหนดให้รัฐบาล  
สามารถร้องขอให้สภาที่พิจารณาร่างรัฐบัญญัติให้ลงมติเพียงครั้งเดียวเพื่อให้ความเห็นชอบหรือ  
ไม่ให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติที่กำลังพิจารณาอยู่นั้นทั้งฉบับหรือบางส่วนได้ โดยจะรับคำแปร  
ญัตติไว้เฉพาะที่มีการเสนอหรือได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลแล้วเท่านั้น

การใช้กระบวนการดังกล่าวทำให้ระยะเวลาในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติ  
สั้นลง แต่การใช้กระบวนการดังกล่าวก็สร้างความไม่พอใจกับสมาชิกรัฐสภาพอสมควรเพราะทำ  
ให้ไม่สามารถใช้สิทธิอภิปรายได้อย่างเต็มที่

จากการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจจำนวน 26 ฉบับ มีการนำ  
กระบวนการตามมาตรา 44 วรรค 3 มาใช้ 6 ฉบับ

ข. กระบวนการตามมาตรา 49 วรรค 3 มาตรา 49 วรรค 3<sup>76</sup> เป็น  
กระบวนการพิเศษที่รัฐบาลใช้ “บีบ” สภาผู้แทนราษฎรให้ผ่านร่างกฎหมายโดยไม่มีการอภิปราย

<sup>75</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไข  
การตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา  
ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 111-113.

<sup>76</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958, หน้า 72-74.

“มาตรา 49 นายกรัฐมนตรีหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว อาจขอผูกพันความ  
รับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรไว้กับแผนการดำเนินงานหรือคำแถลงนโยบายทางการเมืองทั่วไปของ  
รัฐบาลได้”

สภาผู้แทนราษฎรอาจขอให้รัฐบาลแสดงความรับผิดชอบ โดยการเสนอญัตติขอเปิด  
อภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ญัตติดังกล่าวจะรับไว้พิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีการเข้าชื่อกัน โดย

ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเมื่อรัฐบาลต้องการใช้กระบวนการดังกล่าวรัฐบาลก็จะต้องแถลงต่อสภาผู้แทนราษฎรถึงวิกฤติหรือความจำเป็นเร่งด่วนที่เกิดขึ้นที่ทำให้ต้องใช้กระบวนการดังกล่าว

กระบวนการตามมาตรา 49 วรรค 3 จะเริ่มต้นจากการที่นายกรัฐมนตรีหลังจากได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว อาจขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรไว้กับการลงมติผ่านร่างรัฐบัญญัติ โดยในกรณีดังกล่าวให้ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัตินั้นแล้ว

โดยปกติแล้ว สภาผู้แทนราษฎรมักจะ “ไม่พอใจ” ที่รัฐบาลขอใช้มาตรการดังกล่าวเพราะเป็นการ “ตัดสิทธิ” ไม่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอภิปราย และนอกจากนี้ การไม่ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอภิปรายร่างกฎหมายมอบอำนาจยังสร้างความรู้สึกที่ไม่ดีให้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นอย่างมาก เพราะทำให้ไม่มีโอกาสซักถามหรือแสดงความคิดเห็นในสิ่งที่อยู่ในอำนาจของตนแต่ต้องมอบให้รัฐบาลไปดำเนินการ

ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจจำนวน 26 ฉบับ มีการนำกระบวนการตามมาตรา 49 วรรค 3 นี้มาใช้ 6 ฉบับเช่นเดียวกับกรณีตามมาตรา 44 วรรค 3

- **หลักเกณฑ์และกระบวนการในการจัดทำรัฐกำหนด** เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญแล้วจะพบว่าไม่มีถ้อยคำใดที่แสดงให้เห็น โดยตรงถึงเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการออกรัฐกำหนดของฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ.1977 ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาความชอบด้วย

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างน้อยหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ การออกเสียงลงมติในญัตติดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อได้เสนอญัตติไปแล้วไม่น้อยกว่าสี่สิบแปดชั่วโมง การนับคะแนนเสียงในญัตติดังกล่าวให้นับเฉพาะคะแนนเสียงที่เห็นด้วยกับญัตติไม่ไว้วางใจซึ่งจะต้องได้รับคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนหนึ่งไม่อาจเข้าชื่อในญัตติเสนอขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจได้เกินกว่าสามครั้งในสมัยประชุมสามัญหนึ่งหรือเกินกว่าหนึ่งครั้งในสมัยประชุมวิสามัญสมัยหนึ่งได้ เว้นแต่กรณีที่ยุติไว้ในวันถัดไป

นายกรัฐมนตรีหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว อาจขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรไว้กับการลงมติผ่านร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งได้ ในกรณีดังกล่าวให้ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติฉบับนั้นแล้ว เว้นแต่จะมีการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลภายในสี่สิบสี่ชั่วโมงหลังจากนั้น และสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในวรรคก่อน

นายกรัฐมนตรีมีสิทธิที่จะขอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบต่อการแถลงนโยบายทางการเมืองทั่วไปได้”



รัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับมอบอำนาจในการออกรัฐกำหนดให้แก่ฝ่ายบริหารว่า เนื่องจากรัฐบาลไม่ได้กำหนดถึงการที่จะขอออกรัฐกำหนดไว้ในแผนการดำเนินงานของตน จึงไม่สามารถมาขออนุมัติจากรัฐสภาเพื่อที่จะออกรัฐกำหนดได้ กล่าวคือ มีผู้พยายามที่จะนำเอาคำว่า “แผนการดำเนินงาน” ตามมาตรา 38 มาโยงกับแผนการดำเนินงานของรัฐบาลตามมาตรา 49<sup>77</sup> เพื่อให้เป็น “เงื่อนไข” ในการออกรัฐกำหนดของรัฐบาล ซึ่งในเรื่องนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ 76-72 ลงวันที่ 12 มกราคม ค.ศ.1977 ยืนยันถึงความเป็นอิสระ (autonomie) ของรัฐบาลที่จะกำหนดแผนการดำเนินงานในกรณีที่เกี่ยวข้องกับรัฐกำหนดได้โดยไม่เกี่ยวข้องกับแผนการดำเนินงานปกติของรัฐบาลดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้วางเกณฑ์อันเป็นเงื่อนไขในการออกรัฐกำหนดของรัฐบาลไว้ในคำวินิจฉัยที่ 76-71 ลงวันที่ 11-12 มกราคม ค.ศ.1977 โดยให้ความสำคัญกับเหตุผลของฝ่ายบริหารที่เสนอร่างกฎหมายมอบอำนาจว่า เพื่อแก้ปัญหา “เร่งด่วน” (urgence) ทั้ง ๆ ที่ในมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญมิได้กล่าวถึงเหตุแห่งความเร่งด่วนเอาไว้ ซึ่งเกณฑ์ที่ต้องเป็นเหตุผลของการเสนอร่างกฎหมายมอบอำนาจเพื่อแก้ปัญหาเร่งด่วนนี้ก็ได้นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายมอบอำนาจในเวลาต่อมา

สำหรับหลักเกณฑ์ที่เป็นเงื่อนไขด้านรูปแบบของการตรารัฐกำหนดนั้น จะต้องมีการดำเนินการตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญรวม 3 มาตราด้วยกัน คือ

1. มาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้รัฐกำหนดต้องตราขึ้นในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี หลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว โดยความเห็นของสภาแห่งรัฐเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้รัฐกำหนดมีผลสมบูรณ์ การไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวจะเป็นเหตุให้รัฐกำหนดไม่สมบูรณ์และสามารถขอให้ศาลปกครองพิจารณาได้เนื่องจากไม่ทำตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด (vice de forme) อย่างไรก็ดี ผลของความเห็นของสภาแห่งรัฐนั้นรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ว่ารัฐบาลจะต้องทำตามความเห็นของสภาแห่งรัฐหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณามาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญอย่างละเอียดแล้วจะพบว่าผู้ที่มิบทบาทสำคัญในการออกรัฐกำหนดคือ รัฐสภาผู้มอบอำนาจและรัฐบาลผู้ได้รับมอบอำนาจ ที่ทั้ง 2 องค์การจะต้องตัดสินใจ

<sup>77</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

“มาตรา 49 นายกรัฐมนตรีหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว อาจขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรไว้กับแผนการดำเนินงานหรือคำแถลงนโยบายทางการเมืองทั่วไปของรัฐบาลได้

.....”

ร่วมกันเกี่ยวกับการออกรัฐกำหนด ส่วนสภาแห่งรัฐนั้นรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เฉพาะให้ความเห็น (avis) ที่ไม่ใช่คำวินิจฉัย (décision) ดังนั้น ความเห็นของสภาแห่งรัฐดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันให้รัฐบาลต้องดำเนินการตาม แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา รัฐบาลมักจะให้ความสำคัญกับความเห็นและข้อเสนอแนะของสภาแห่งรัฐแม้จะไม่มีสภาพบังคับที่กำหนดไว้ชัดเจนก็ตาม

2. มาตรา 19<sup>78</sup> แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รับผิดชอบเป็นผู้ลงนามร่วม (contreseign) ในรัฐกำหนดเพื่อเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองแทนประธานาธิบดี

3. มาตรา 13<sup>79</sup> แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในรัฐกำหนด เมื่อพิจารณาจากมาตรา 38 ประกอบกับมาตรา 13 และมาตรา 19 แห่งรัฐธรรมนูญแล้ว จะพบว่า การลงนามในรัฐกำหนดโดยประธานาธิบดีนั้นเป็นอำนาจผูกพันที่ประธานาธิบดีต้องดำเนินการ อีกทั้งไม่มีเหตุผลใดที่ประธานาธิบดีจะไม่ลงนามในรัฐกำหนด เพราะหากเกิดปัญหาขึ้น ผู้ลงนามร่วม (contreseign) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งรัฐธรรมนูญก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองแทนประธานาธิบดี แต่อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ.1986 ได้เกิดเหตุการณ์ที่ประธานาธิบดี François Mitterrand ปฏิเสธที่จะลงนามในรัฐกำหนด 3 ฉบับโดยอ้างเหตุในมาตรา 5<sup>80</sup> แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีหน้าที่ดูแลให้มีการ

<sup>78</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

“มาตรา 19 การกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดี นอกจากที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 8 วรรคแรก มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 16 มาตรา 18 มาตรา 54 มาตรา 56 และมาตรา 61 จะต้องมีการลงนามร่วมโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้น แล้วแต่กรณี”

<sup>79</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 34.

“มาตรา 13 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในรัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่พิจารณาในการประชุมของคณะรัฐมนตรี

.....”

<sup>80</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

“มาตรา 5 ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐต้องดูแลให้มีการเคารพในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และจะต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ดูแลการดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐให้เป็นไปโดยปกติและให้มีความต่อเนื่องของรัฐ

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกันความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนและการเคารพต่อสนธิสัญญาต่างๆ”

เคารพทบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งการปฏิเสธไม่ลงนามนี้ทำให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองขึ้น และส่งผลในเวลาต่อมาให้รัฐบาลต้องลาออก ซึ่งในกรณีนี้ นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนคือ ศาสตราจารย์ ดร.Yves GAUDEMET ได้ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิเสธที่จะลงนามในรัฐกำหนดได้เพราะรัฐกำหนดนั้นได้รับการมอบอำนาจจากรัฐสภาเรียบร้อยแล้ว การลงนามในรัฐกำหนดเป็นเพียง “รูปแบบ” หนึ่งของกระบวนการประกาศใช้รัฐกำหนดที่ผ่านการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรีและมีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องร่วมลงนาม (contresign) เพื่อแสดงความรับผิดชอบในทางการเมืองแล้ว จึงเป็นไปได้ที่ประธานาธิบดีจะปฏิเสธไม่ลงนาม ในขณะที่นักรัฐศาสตร์ชื่อดังอีกคนหนึ่งคือ ศาสตราจารย์ ดร.Jacques ROBERT กลับเห็นว่าประธานาธิบดีมีอำนาจเฉพาะตัว (pouvoir propre) ที่จะปฏิเสธไม่ลงนามได้<sup>81</sup>

ในขั้นตอนของการมีผลใช้บังคับของรัฐกำหนด “นับแต่วันประกาศ” ตามมาตรา 38 วรรคสองนั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีความชัดเจนและไม่น่าที่จะสร้างปัญหาใด ๆ ให้เกิดขึ้นได้เพราะเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติก็มีความพยายามที่จะเลี่ยงบทบัญญัติดังกล่าว ดังตัวอย่างเช่น รัฐกำหนดที่ 67-808 ลงวันที่ 22 กันยายน ค.ศ.1967 ซึ่งประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 27 กันยายน ค.ศ.1967 บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรค 3 ว่า รัฐกำหนดนี้มีผลใช้บังคับตามวันที่กำหนดไว้ในรัฐกฤษฎีกาที่ลงนามโดยประธานาธิบดีและได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (décret en Conseil des Ministres) หรือรัฐกำหนดที่ 90-571 ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ.1990 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ว่า ให้รัฐกำหนดมีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1991 เป็นต้น

- การให้สัตยาบันรัฐกำหนด มาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ในตอนท้ายว่า “รัฐกำหนดจะสิ้นผลใช้บังคับหากรัฐบาลมิได้เสนอร่างรัฐบัญญัติให้สัตยาบันรัฐกำหนดต่อรัฐสภาภายในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจ บทบัญญัติดังกล่าวสร้างเงื่อนไข 2 ประการให้กับรัฐบาลคือ

1. รัฐบาลแต่เพียงองค์กรเดียวเป็นผู้มีอำนาจในการเสนอร่างรัฐบัญญัติให้สัตยาบัน เพราะมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการไว้เป็นพิเศษแล้ว ถึงแม้ว่าในระบบการเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาจะเปิดโอกาสให้สมาชิก

<sup>81</sup> Dmitri GEORGES LAVROFF, *Le Droit Constitutionnel de la V<sup>e</sup> République*, Dalloz 3<sup>e</sup> édition, p.745. อ้างถึงในนันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 121.

รัฐสภาเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายได้ แต่ก็ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับการเสนอร่างกฎหมายให้สัตยาบันรัฐกำหนด

2. การที่จะต้องเสนอร่างกฎหมายให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายมอบอำนาจนั้น ฝ่ายบริหารอาจเสนอร่างกฎหมายให้สัตยาบันภายหลังจากที่ออกรัฐกำหนดได้สักช่วงเวลาหนึ่งก็ได้ แต่โดยทั่วไปแล้ว เนื่องจากช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกรัฐกำหนดจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายมอบอำนาจว่าฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นระยะเวลาเท่าไร ถ้าหากฝ่ายบริหารต้องการให้รัฐกำหนดนั้นมีผลเป็นรัฐบัญญัติภายหลังจากการให้สัตยาบัน ฝ่ายบริหารก็จะเสนอร่างกฎหมายให้สัตยาบันในช่วงระยะเวลาที่ใกล้กับวันสิ้นสุดการมอบอำนาจ ถ้าหากฝ่ายบริหารไม่ได้เสนอร่างกฎหมายให้สัตยาบันในช่วงเวลาที่กำหนดในกฎหมายมอบอำนาจแล้วรัฐกำหนดนั้นก็จะมีผลใช้บังคับ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 38 วรรคสอง โดยในการพิจารณาร่างกฎหมายให้สัตยาบันโดยรัฐสภานั้น ใช้กระบวนการพิจารณาตามปกติเช่นเดียวกับการพิจารณาร่างกฎหมายปกติ ซึ่งรัฐธรรมนูญก็เปิดช่องให้ฝ่ายบริหารใช้กระบวนการพิเศษเร่งด่วนได้เช่นเดียวกับกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมายมอบอำนาจ จึงไม่ขอนำมากล่าวซ้ำ ณ ที่นี้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 38 ข้างต้นแล้ว อาจกล่าวได้ว่า รัฐกำหนดถูกสร้างขึ้นมาให้เป็นกฎหมายพิเศษสำหรับฝ่ายบริหารที่จะเข้าไป “แย่ง” อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอยู่อย่างจำกัดอยู่แล้วในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้วางกลไกและวิธีการที่ฝ่ายบริหารจะเข้าไปแย่งงานของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ อย่างชาญฉลาดด้วยการกำหนดให้ฝ่ายบริหารต้อง “ขออนุญาต” นำเอาเรื่องที่อยู่ในอำนาจการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมาเป็นอำนาจของตนเองก่อน เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติอนุญาต ฝ่ายบริหารจึงไปดำเนินการออก “กฎหมาย” ในเรื่องนั้น ๆ ได้<sup>82</sup> ดังนั้น รัฐกำหนดจึงเป็น “กฎหมาย” พิเศษประเภทหนึ่งที่เกิดจากการมอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมายไปให้กับฝ่ายบริหาร<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Jean Touscoz, La notion d'ordonnance, Études de droit public, CUJAS (1964), p.223, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 103.

<sup>83</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 103.



### 2.2.1.2 องค์การที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (รัฐกำหนด) ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะมีองค์กรอยู่สององค์กรที่เข้ามามีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว องค์กรสององค์กรนั้นได้แก่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) และศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ทั้งนี้ เนื่องจากสถานะของรัฐกำหนดตามมาตรา 38 นั้นมี 3 สถานะด้วยกัน สถานะแรกเกิดขึ้นเมื่อรัฐกำหนดมีผลใช้บังคับไปจนกระทั่งถึงการให้สัตยาบัน นั่นคือ สถานะของการเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) สถานะที่สองเกิดขึ้นเมื่อมีการให้สัตยาบันโดยรัฐสภาแล้ว รัฐกำหนดก็จะกลายเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte de forme législative) ส่วนสถานะที่สามนั้นอาจเกิดขึ้นในหลายกรณีที่ส่งผลทำให้รัฐกำหนดนั้นสิ้นผลลง<sup>84</sup> เมื่อรัฐกำหนดมีสามสถานะที่แตกต่างกันดังกล่าวประกอบกับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้และแนวทางของคำวินิจฉัยในเรื่องอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดซึ่งทั้งสององค์กรได้วางแนวทางไว้ ทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดขึ้นอยู่กับระบบการตรวจสอบโดยองค์กรซึ่งแตกต่างกันดังจะได้อธิบายต่อไป

โดยหลักแล้ว อำนาจในการควบคุมตรวจสอบมิให้บทบัญญัติหรือกฎหมายใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นอำนาจขององค์กรที่มีชื่อว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) ซึ่งมีได้มีลักษณะเป็นองค์กรอย่างศาล แต่มีลักษณะเป็นคณะกรรมการที่มีความเป็นกลาง ทำหน้าที่ลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล และไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่เป็นองค์กรที่เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยในประเทศฝรั่งเศสนั้นระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเป็นระบบการควบคุมแบบป้องกัน (preventif) ดังนั้น ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจึงจะทำเฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว<sup>85</sup> ซึ่งหน้าที่ของคณะตุลาการ

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

<sup>85</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548),

รัฐธรรมนูญในส่วนนี้มีมิใช่มีหน้าที่ดังเช่นศาลที่จะชี้ว่าบทบัญญัติใดถูกต้องหรือไม่ถูกต้อง แต่เป็นมาตรการในการป้องกันมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งเท่านั้น<sup>86</sup> ส่วนการเสนอปัญหาว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็จะถูกจำกัดเฉพาะแต่นักการเมืองระดับสูงและสมาชิกเท่านั้น ทั้งนี้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงอำนาจดังกล่าวไว้ว่า

“มาตรา 61<sup>87</sup> ก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการบังคับใช้ข้อบังคับการประชุมสภา ให้ส่งร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างข้อบังคับการประชุมสภาก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน อาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ถ้ารัฐบาลร้องขอในกรณีเร่งด่วน ให้ร่นระยะเวลาดังกล่าวลงเหลือแปดวัน

ในกรณีเดียวกันข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมีผลทำให้ระยะเวลาสำหรับการประกาศใช้กฎหมายสะดุดหยุดอยู่”

เมื่อพิจารณาถึงสถานะของรัฐกำหนดประกอบกับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสข้างต้นแล้ว อาจกล่าวได้ว่า อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะมีได้แต่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด” โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุที่ว่าในช่วงระยะเวลาที่รัฐกำหนดตราขึ้นจนกระทั่งถึงการให้สัตยาบันนั้น รัฐกำหนดจะมีสถานะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เรียกว่า

<sup>86</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 34.

<sup>87</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปรรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 86.

กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดซึ่งจะได้กล่าวต่อไป เมื่อรัฐกำหนดได้รับสัตยาบันอันทำให้รัฐกำหนดมีสถานะเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติแล้วคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบรัฐกำหนดที่ได้รับสัตยาบันได้อีก เพราะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญประกอบกับระบบการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่เป็นระบบควบคุมแบบป้องกัน (preventif) นั้น ทำให้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในประเทศฝรั่งเศสโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสจะมีได้แค่ในการตรวจสอบ “ร่างกฎหมาย” การตรวจสอบรัฐกำหนดที่ได้รับสัตยาบันอันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับไปแล้วจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้

อนึ่ง นอกจากอำนาจในการควบคุมตรวจสอบมิให้บทบัญญัติหรือกฎหมายใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจอื่น ๆ อีกซึ่งในที่นี้จะไม่ขออธิบายถึง อำนาจประการอื่นนั้นได้แก่ อำนาจในการควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) ตามมาตรา 54 การตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 59 การควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งและการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การควบคุมข้อบังคับของรัฐสภา (règlement des Assembles) ตามมาตรา 61 วรรคหนึ่ง การควบคุมความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดีตามมาตรา 58 อำนาจของตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ การมีบทบาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 และการทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ (referendum) และทำหน้าที่ประกาศผล

ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ของฝรั่งเศสนั้น เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือการกระทำใดที่ได้ทำขึ้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร สำหรับการตรวจสอบรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดนั้นเป็นการตรวจสอบรัฐกำหนดในสถานะที่หนึ่งอันเป็นสถานะของการเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ที่เรียกว่า กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) ซึ่งเป็นการตรวจสอบรัฐกำหนดในช่วงระยะเวลา นับตั้งแต่รัฐกำหนดตราขึ้นและมีผลใช้บังคับไปจนกระทั่งถึงการให้สัตยาบัน การที่รัฐกำหนดที่รัฐสภายังไม่ให้สัตยาบันอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุดนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ในคำวินิจฉัยที่ 85-196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1985 ว่า ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนด

ทั้งนี้ การทำให้ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนดนั้นเป็นไปตามหลักองค์กรผู้ทำคำสั่ง (critère organique) ซึ่งในปี ค.ศ.1907 นั้น ศาลปกครองสูงสุด (le Conseil d'Etat) ได้วางหลักดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยของตนว่า “เนื่องจากนิติกรรมนั้นมาจากฝ่ายปกครอง... จึงเป็นสิ่งที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะตรวจสอบนิติกรรมนั้น...” และนอกจากคำวินิจฉัยดังกล่าวแล้ว มาตรา 2 แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ.1953 ก็ได้บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดเป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบรัฐกฤษฎีกา (décret) ที่ออกโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐได้ ด้วยเหตุนี้เอง รัฐกำหนดซึ่งตราโดยรัฐบาลตามมาตรา 38 และลงนามโดยประธานาธิบดี (ซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง) ตามมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส จึงอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นไปตามหลักองค์กรผู้ทำคำสั่ง<sup>88</sup> ดังที่ได้อธิบายไปข้างต้นนั่นเอง

#### 2.2.1.3 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในประเทศฝรั่งเศส โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดนั้น มีกระบวนการดังนี้

ก) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : เป็นการตรวจสอบในตัว “ร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด” โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางปฏิบัติที่ผ่านมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ถูกร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายมอบอำนาจจำนวน 5 ฉบับ จากกฎหมายมอบอำนาจทั้งหมดจำนวน 26 ฉบับ โดยมีร่างกฎหมายมอบอำนาจเพียงฉบับเดียวที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ โดยในการพิจารณาวินิจฉัย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะพิจารณาว่ารูปแบบในการตราร่างกฎหมายมอบ

<sup>88</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงินใจ การตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 124.



อำนาจเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเนื้อหาของร่างกฎหมายมอบอำนาจเป็น เรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>89</sup>

สำหรับกระบวนการในการตรวจสอบร่างกฎหมายมอบอำนาจ ให้ตรารัฐกำหนดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามมาตรา 61 วรรคสอง ซึ่งจะมีขั้นตอน เหมือนกับการตรวจสอบร่างกฎหมายธรรมดา นั่นคือ<sup>90</sup>

1.กฎหมายธรรมดาที่อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาเสร็จเรียบร้อย จากรัฐสภาแล้วเนื่องจากมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า “ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐ บัญญัติ” ทั้งนี้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 89-268 ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ.1989 ส่วนกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับไปแล้วนั้น คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 78-96 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1978 ก็ได้กล่าวไว้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจที่จะ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับไปแล้ว

2.สำหรับบุคคลที่เป็นผู้มีสิทธิเสนอขอให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญตรวจสอบตามมาตรา 61 วรรคสองนั้น จะจำกัดอยู่เฉพาะประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 60 คน สมาชิกวุฒิสภา จำนวน 60 คน แต่สำหรับประชาชนโดยทั่วไปนั้น เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้ กำหนดเอาไว้จึงไม่สามารถร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ ซึ่งในเรื่องนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ยืนยันไว้ในคำวินิจฉัยที่ 82-146 ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน ค.ศ.1982

3.ในส่วนของรูปแบบในการร้องขอให้คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น มิได้มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม สำหรับประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา นั้นได้มีแนวทางปฏิบัติโดยจะใช้วิธีทำเป็นจดหมายถึงประธานตุลาการรัฐธรรมนูญหรือเลขาธิการ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (secrétaire générale du Conseil Constitutionnel) ส่วนการร้องขอของ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 60 คนนั้น มาตรา 18 แห่งรัฐ กำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 เกี่ยวกับคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า ผู้ร้องอาจทำเป็นจดหมายหลายฉบับหรือฉบับเดียวลงลายมือชื่อครบ ทั้ง 60 คนก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ต้องลงชื่อให้ครบ 60 คน จึงจะถือว่าครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญ

<sup>89</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

<sup>90</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 46-49.

กำหนด และเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องแล้ว เลขานุการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะทำการตรวจสอบคำร้องและตรวจสอบจำนวนสำหรับกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา 60 คน จากนั้นเลขานุการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ต้องแจ้งถึงการร้องขอให้ตรวจสอบไปยังประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา ซึ่งประธานสภาทั้งสองจะต้องแจ้งให้สมาชิกในสภาของตนทราบโดยเร็ว โดยการร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะทำให้ระยะเวลาในการประกาศใช้บังคับกฎหมายสะกดหยุดลงชั่วคราวดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 วรรคท้ายแห่งรัฐธรรมนูญ

4. เมื่อมีการรับคำร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมีการตรวจสอบคำร้องเรียบร้อยแล้ว ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเป็นตุลาการเจ้าของเรื่อง (rapporteur) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการเจ้าของเรื่องจะมีหน้าที่คือ ศึกษาเรื่องทั้งหมดจากเอกสารที่เลขานุการคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจัดเตรียมให้หรือสอบถามจากบรรดาผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งจะได้แก่ผู้แทนจากกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายดังกล่าวซึ่งจะต้องติดต่อผ่านเลขานุการคณะรัฐมนตรี (secrétaire générale du Gouvernement) จากนั้นก็จะจัดทำร่างคำวินิจฉัยเพื่อเสนอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไป จากนั้นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะประชุมปรึกษาหารือในระหว่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง ซึ่งจะต่างจากระบบศาลทั่วไปที่คู่กรณีจะมีสิทธิเข้าร่วมในการพิจารณาคดีเพราะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมือง (organe politique) จึงมิได้ใช้ชื่อว่า ศาล (Cour) แต่ใช้คำว่า สภา (Conseil) แทน โดยมีลักษณะองค์กรที่เป็นรูปแบบเดียวกับคณะกรรมการทั้งหลาย ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมิได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเอาไว้ คงบัญญัติไว้แต่เพียงในมาตรา 63 ที่ว่า “ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตลอดทั้งกระบวนการวิธีพิจารณาและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดระยะเวลาในการเสนอข้อขัดแย้งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย” ซึ่งต่อมาก็ได้มีการตรารัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 ออกมาขยายความบทบัญญัติในมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญ สรุปความได้ว่า เมื่อตุลาการเจ้าของเรื่องได้เสนอเรื่องพร้อมทั้งความเห็นของตนต่อที่ประชุมเพื่อพิจารณาแล้ว เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าร่วมประชุมครบองค์ประชุมคืออย่างน้อย 7 คนขึ้นไป ก็จะเริ่มทำการพิจารณาปัญหาที่ถูกเสนอเข้ามา เมื่อทำการพิจารณาเสร็จแล้ว ก็จะต้องลงมติ ซึ่งในกรณีปกติจะต้องได้เสียงเกินกึ่งหนึ่ง ในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงชี้ขาด เว้นแต่ในกรณีการพิจารณาถึงความเป็นคนไร้ความสามารถของประธานาธิบดีเท่านั้นที่จะต้องมียกเว้นเสียงเป็นเอกฉันท์

จะเห็นได้ว่า แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลับไม่มีอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในตัวรัฐกำหนดโดยตรง เนื่องจากระบบการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่เป็นระบบควบคุมแบบป้องกัน (preventif) ซึ่งทำให้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีได้แต่เฉพาะการควบคุมก่อนการประกาศใช้กฎหมาย แต่รัฐกำหนดเป็นกฎหมายที่มีการประกาศใช้ทันทีที่ฝ่ายบริหารได้จัดทำขึ้นและจะกลายเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte de forme legislative) หลังจากได้รับสัตยาบันจากรัฐสภา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบรัฐกำหนดได้ ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจเกิดขึ้นได้ในประเทศฝรั่งเศส และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “ร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด” เท่านั้น

ข) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุด<sup>91</sup> : เป็นการตรวจสอบรัฐกำหนดในสถานะที่หนึ่งอันเป็นสถานะของการเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) ที่เรียกว่า กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) โดยเป็นการตรวจสอบในช่วงระยะเวลานับตั้งแต่รัฐกำหนดเกิดขึ้นและมีผลใช้บังคับไปจนกระทั่งถึงการให้สัตยาบัน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ในคำวินิจฉัยที่ 85-196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1985 และเป็นไปตามหลักองค์กรผู้ทำคำสั่ง (critère organique) ซึ่งศาลปกครองสูงสุด (le Conseil d'Etat) ได้วางหลักไว้ในปี ค.ศ.1907 ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นนั่นเอง

สำหรับกระบวนการในการฟ้องศาลปกครองนั้น จะต้องเป็นไปตามหลักของการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ทำเกินขอบอำนาจ (recours pour excès de pouvoir) ที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากนิติกรรมดังกล่าว และจะต้องฟ้องคดีภายใน 60 วัน นับแต่วันที่นิติกรรมนั้นมีผลใช้บังคับ และนอกจากนี้ผลการฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อการเพิกถอน (annulation) นิติกรรมทางปกครองนั้นเท่านั้น โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการ “ตรวจสอบ” ความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดนั้น ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการตรวจสอบว่ารัฐกำหนดที่ออกมานั้นชอบด้วยรัฐบัญญัติมอบอำนาจ

<sup>91</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219, หน้า 124-125.



หรือไม่ กล่าวคือ มีการกำหนดเนื้อหาของรัฐกำหนดถิ่นอำนาจที่รัฐสภาได้มอบให้รัฐบาลไปออก  
รัฐกำหนดหรือไม่ มีการออกรัฐกำหนดสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ หรือไม่

อนึ่ง ตัวอย่างของการตรวจสอบรัฐกำหนดโดยศาลปกครอง  
ฝรั่งเศสซึ่งได้มีคำวินิจฉัยว่ารัฐกำหนดไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้เคยเกิดขึ้นในยุคทศวรรษที่ 60  
ในสมัยของประธานาธิบดีชาร์ลส์ เดอ โกลล์ โดยในช่วงนั้นฝรั่งเศสประสบปัญหากรณีดินแดน  
อาณานิคมแอลจีเรีย (เป็นดินแดนที่ฝรั่งเศสผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของฝรั่งเศสโดยแบ่งแยกเป็น  
จังหวัด อยู่ภายใต้การปกครองของฝรั่งเศสโดยตรง) ชาวแอลจีเรียบางส่วนต้องการเป็นเอกราช  
ในขณะที่อีกบางส่วนและชาวฝรั่งเศสบางกลุ่มยังต้องการรักษาแอลจีเรียให้เป็นส่วนหนึ่งของ  
ฝรั่งเศสไว้จึงเกิดความขัดแย้งขึ้นจนรัฐบาลฝรั่งเศสต้องส่งกองทัพไปประจำการที่แอลจีเรียเพื่อ  
ปราบปรามการจลาจล ประธานาธิบดีเดอ โกลล์และรัฐบาลจึงได้นำร่างรัฐบัญญัติฉบับหนึ่งเสนอให้  
ประชาชนได้ลงประชามติเพื่อใช้เป็นแผนแม่บทในการแก้ไขวิกฤตการณ์แอลจีเรีย ซึ่งประชาชนก็  
เห็นด้วยในการให้ใช้กฎหมายดังกล่าวและกฎหมายดังกล่าวได้มีผลบังคับใช้เป็นรัฐบัญญัติเมื่อวันที่  
13 เมษายน ค.ศ.1962 โดยบทบัญญัติในมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่  
ประธานาธิบดีในการออกมาตรการทั้งทางนิติบัญญัติและทางปกครองเพื่อแก้ไขวิกฤตการณ์  
แอลจีเรีย ประธานาธิบดีเดอ โกลล์จึงได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 2 ดังกล่าว ออกรัฐกำหนดลงวันที่ 1  
มิถุนายน 1962 จัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียเพื่อเป็นศาลที่มีเขตอำนาจในทุกข้อพิพาทที่  
เกิดขึ้นในดินแดนแอลจีเรีย ซึ่งศาลทหารนี้ได้พิพากษาให้ Canal โคนโทษประหารชีวิต Canal จึง  
ได้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้เพิกถอนรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารดังกล่าวซึ่งศาลปกครอง  
สูงสุดได้รับคำฟ้องของเพิกถอนรัฐกำหนดของ Canal และเข้าสู่กระบวนการพิจารณาเพราะในขณะที่  
ฟ้องคดีนั้น ยังไม่มีการออกรัฐบัญญัติให้สัปดาห์วันรัฐกำหนดดังกล่าว ต่อมา ในวันที่ 19 ตุลาคม  
ค.ศ.1962 ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่ารัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียไม่ชอบ  
ด้วยกฎหมายเพราะไม่มีสถานการณ์พิเศษที่จำเป็นเพียงพอถึงขนาดต้องจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นพิจารณา  
คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียเป็นศาล  
ชั้นต้นและศาลสุดท้ายโดยไม่อาจอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลอื่นได้เป็นการขัดหลักกฎหมายอาญา  
ทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณี Canal ที่โคนโทษประหารชีวิตกลับไม่สามารถอุทธรณ์คำพิพากษา  
ดังกล่าวได้ จึงพิพากษาให้เพิกถอนรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรีย<sup>92</sup>

ในปัจจุบัน การตรวจสอบรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดเป็น  
เรื่องปกติและมีแนวทางปฏิบัติเกิดขึ้นจำนวนมาก

<sup>92</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, “ฝ่ายการเมืองปะทะฝ่ายตุลาการ: ประสพการณ์จากฝรั่งเศส,” ประชาชาติธุรกิจ  
(วันจันทร์ที่ 14- วันพุธที่ 16 สิงหาคม 2549):50.



#### 2.2.1.4 ผลของการตรวจสอบ

เมื่อกระบวนการตรวจสอบรัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสกระทำได้โดย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสแล้ว ผลของการตรวจสอบรัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสจึงสามารถพิจารณาได้ดังนี้

ก) ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย มอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนดโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : ผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส บัญญัติไว้ว่า

“**มาตรา 62**” บทบัญญัติใดที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมาย และไม่อาจมีผลบังคับได้

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ ตลอดทั้งองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและศาล”

ดังนั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนดนั้นขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนดนั้นย่อมไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมายและไม่มีผลบังคับใช้ ทั้งนี้ ในการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนดฉบับใด “ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ” ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น กระทำได้สองวิธี คือ<sup>94</sup>

1. วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้

2. วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้น

<sup>93</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 86-88

<sup>94</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 26.



เฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือจะส่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งตามมาตรา 10<sup>95</sup> ก็ได้

อนึ่ง บทบัญญัติมาตรา 62 ยังแสดงให้เห็นถึงสถานะของคำวินิจฉัยของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้ คือ<sup>96</sup>

ก. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือเป็นที่สุดและเด็ดขาด ไม่สามารถนำไปร้องเรียนหรือขอให้องค์กรอื่นทบทวนได้

ข. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายบริหารและตุลาการ

ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” นั้น ผลก็คือ มาตรา 21 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ.1958 กำหนดไว้ว่า การประกาศว่าร่างกฎหมายใดสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญทำให้ระยะเวลาในมาตรา 10 แห่งรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการประกาศใช้กฎหมายที่ได้สะดุดหยุดลงไปเนื่องจากการร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายนั้นเริ่มนับต่อไป<sup>97</sup> และประธานาธิบดีจะต้องมีการประกาศใช้บังคับร่างกฎหมายมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนดดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 10 ที่ได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 10<sup>98</sup> ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ประกาศใช้รัฐบัญญัติภายในสิบห้าวันนับจากวันที่รัฐบาลได้รับร่างรัฐบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาแล้ว  
.....”

<sup>95</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปรรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 32.

“มาตรา 10 .....

ก่อนพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ประธานาธิบดีอาจขอให้รัฐสภาพิจารณาทบทวนร่างรัฐบัญญัติฉบับใหม่ทั้งฉบับหรือบางมาตรา โดยที่รัฐสภาไม่สามารถปฏิเสธได้”

<sup>96</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 55.

<sup>97</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, “วิธีพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 2 (กรุงเทพฯ:สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), หน้า 252.

<sup>98</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปรรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958, หน้า 32.

ข) ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนดในสถานะของนิติกรรมทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด : ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น รัฐกำหนดจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดจนกว่ารัฐสภาจะได้ออกรัฐบัญญัติให้สัปดาห์นั้นรัฐกำหนดอันจะทำให้รัฐกำหนดมีค่าบังคับเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติและหลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาลปกครองทันที สำหรับผลการตรวจสอบโดยศาลปกครองสูงสุดนั้น ถ้านิติกรรมทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้วนิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมมีผลใช้บังคับต่อไป ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมนั้นย่อมต้องถูกเพิกถอนไปและไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้

อนึ่ง ในกรณีผลของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส มีตัวอย่างที่น่าสนใจเกิดขึ้นในคดีที่ศาลปกครองได้สั่งเพิกถอนรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรีย ในวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ.1962 ซึ่งได้กล่าวถึงรายละเอียดของคดีไว้ข้างต้นไปแล้ว ความน่าสนใจของคดีนี้ก็ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้ว ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าวแล้ว นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้อีกต่อไปและฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกพันตามคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีในคดีขอให้เพิกถอนรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียซึ่งได้มีคำวินิจฉัยในวันที่ 19 ตุลาคม 1962 นี้ รัฐบาลกลับตัดสินใจแจ้งข้อต่อฝ่ายตุลาการและไม่สนองตอบคำพิพากษาโดยการยุบศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียและพยายามให้ทุกอย่างกลับสู่สถานะเดิมก่อนมีการจัดตั้งศาลทหาร แต่รัฐบาลกลับใช้อำนาจตอบโต้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวโดยการเสนอร่างรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลความมั่นคงแห่งรัฐต่อรัฐสภาอย่างรีบด่วน โดยร่างรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ เพื่อรับรองรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรีย และปิดช่องไม่ให้ศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบการจัดตั้งศาลทหารในแอลจีเรียอีก ซึ่งรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัตินี้และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 มกราคม ค.ศ.1963 ผลก็คือ เมื่อมีรัฐบัญญัติรับรองรัฐกำหนดแล้วรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียหลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาลปกครองทันที อีกทั้งรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีบทบัญญัติในมาตรา 50 ซึ่งยืนยันให้รัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารในดินแดนแอลจีเรียมีผลสมบูรณ์ย้อนหลังนับแต่วันที่ประกาศใช้บังคับ อีกนัยหนึ่งคือ ให้รัฐกำหนดมีผลสมบูรณ์นับแต่เริ่มต้นนั่นเอง นอกจากนี้รัฐบาลยังได้จัดตั้งคณะกรรมการขึ้นหนึ่งชุดเพื่อปรับปรุงโครงสร้างของศาลปกครองสูงสุดเสียใหม่ การกระทำของรัฐบาลเช่นนี้เกิดขึ้นเพราะความไม่พอใจกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งรัฐบาลเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้เข้ามาแทรกแซงการ

บริหารอีกทั้งเป็นการขัดขวางต่อการดำเนินนโยบายแก้ไขวิกฤตการณ์แอลจีเรียของรัฐบาลนั่นเอง จึงทำให้เกิดปฏิกิริยาตอบโต้รุนแรงอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน”

## 2.2.2 ประเทศออสเตรีย

ในปัจจุบัน ประเทศออสเตรียเป็นสาธารณรัฐซึ่งประกอบด้วยมลรัฐจำนวน 9 รัฐ ได้แก่ Burgenland, Carinthia, Lower Austria, Upper Austria, Salzburg, Styria, Tyrol, Vorarlberg และ Vienna ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา (parliamentary representative democracy) โดยมีประธานาธิบดีเป็นผู้นำของประเทศออสเตรียและเป็นผู้นำรัฐบาลฝ่ายบริหาร มีที่มาจากการเลือกตั้ง มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปีและดำรงตำแหน่งได้แค่ 2 วาระเท่านั้น อำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีของประเทศออสเตรียในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายนั้น ประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่ในการลงนามในรัฐบัญญัติเพื่อให้มีผลใช้บังคับแต่ไม่อาจยับยั้งร่างกฎหมายได้ อย่างไรก็ดี ประธานาธิบดีมีอำนาจเต็มในการปกครองโดยใช้รัฐกำหนดในเวลาที่เกิดวิกฤตการณ์ได้ รัฐสภา (Federal Assembly) ของประเทศออสเตรียซึ่งทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติประกอบไปด้วยสภาจำนวน 2 สภา ซึ่งได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร (Nationalrat หรือ National council) และสภาสูง (Bundesrat หรือ Federal council)

### 2.2.2.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยฝ่ายบริหารในประเทศออสเตรีย

การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยฝ่ายบริหารโดยการตรารัฐกำหนดในประเทศออสเตรียนั้น ได้มีรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ฉบับปี ค.ศ.1920 (แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1929) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการตรารัฐกำหนดของฝ่ายบริหารไว้ในมาตรา 18 โดยมีบทบัญญัติดังนี้

**“มาตรา 18<sup>100</sup> (1) การบริหารงานทางปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย**

<sup>99</sup> ปิยนุตร แสงกนกกุล, “ฝ่ายการเมืองปะทะฝ่ายตุลาการ: ประสพการณ์จากฝรั่งเศส,” ประชาชาติธุรกิจ (วันจันทร์ที่ 14- วันพุธที่ 16 สิงหาคม 2549):50.

<sup>100</sup> The Constitution of Austria 1920 (revised in 1929)

“Art.18(1) The entire public administration shall be based on law.



(2) องค์กรทางปกครอง (ฝ่ายบริหาร) ทุกองค์กรสามารถตราข้อกำหนด  
ได้ในขอบอำนาจของตน

(3) ในกรณีจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องมีมติจากรัฐสภา (National Council) เพื่อ  
ป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับประชาชนอย่างร้ายแรง (obvious) และ ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้  
(irreparable) ในเวลาที่ไม่อยู่ในระหว่างสมัยประชุมของรัฐสภา รัฐสภาไม่สามารถประชุมได้  
ทันเวลา หรือในเวลาที่รัฐสภาถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการ โดยเหตุการณ์อื่น ไม่อาจควบคุมได้

(2) Every administrative authority can on the basis of law issue ordinances within its sphere of competence.

(3) If the immediate issue of measures, which require in accordance with the Constitution a resolution by the National Council, becomes necessary to prevent obvious and irreparable damage to the community at a time when the National Council is not assembled, cannot meet in time, or is impeded from action by events beyond its control, the Federal President can at the recommendation of the Federal Government and on his and their responsibility take these measures by way of provisional law amending ordinances. The Federal Government must present its recommendation with the consent of the Standing Subcommittee to be appointed by the Main Committee of the National Council (Article 55, para. 2). Such an ordinance requires the countersignature of the Federal Government.

(4) Every ordinance issued in accordance with para. 3 above shall without delay be submitted by the Federal Government to the National Council which if it is not in session at this time shall be convened by the Federal President, but if it is in session by the President of the National Council on one of the eight days following the submission. Within four weeks of the submission the must either vote a corresponding Federal law in place of the ordinance or pass a resolution demanding that the ordinance immediately become invalidated. In the latter case the Federal Government must immediately meet this demand. In order that the resolution of the National Council may be adopted in time, the President shall at the latest submit the motion to the vote on the last day but one before expiry of the four weeks deadline; detailed provisions shall be made in the Federal act on the Standing Orders of the National Council. If the ordinance is in accordance with the previous provisions rescinded by the Federal Government, the legal provisions which had been invalidated by the ordinance become effective again on the day of entry into force of the rescission.

(5) The ordinances specified in para. 3 above may not contain an amendment to provisions of Federal constitutional law and may have for their subject neither a permanent financial burden on the Federation nor a financial burden on the Laender, districts or municipalities nor financial commitments for citizens nor an alienation of state property nor measures pertaining to matters specified in Art. 10 para. 1 subpara. 11 nor, finally, such as concern the right of collective association or rent protection.”

ประธานาธิบดีสามารถใช้มาตรการในการตรารัฐกำหนด (by way of provisional law amending ordinances) ภายใต้คำแนะนำของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ (federal government) และโดยความรับผิดชอบ (responsibility) ของประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์จะต้องแสดงถึงคำแนะนำเช่นนั้นพร้อมกับความยินยอมของคณะกรรมการคณะย่อย (Standing Sub-Committee) ซึ่งแต่งตั้งโดยกรรมาธิการใหญ่แห่งรัฐสภา (Main Committee) (มาตรา 55 ย่อหน้า 2) รัฐกำหนดเช่นนี้จะต้องมีผลลงชื่อกำกับโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

(4) ประธานาธิบดีจะต้องเสนอรัฐกำหนดที่ตราขึ้นตาม (3) ข้างต้นต่อรัฐสภาโดยไม่ชักช้า ถ้าไม่อยู่ในระหว่างสมัยประชุม ประธานาธิบดีจะต้องเปิดประชุมรัฐสภา แต่ถ้าอยู่ในระหว่างสมัยประชุม ประธานรัฐสภาจะต้องเปิดประชุมเพื่อให้มีการเสนอรัฐกำหนดดังกล่าวภายใน 8 วัน ภายใน 4 สัปดาห์นับแต่มีการเสนอรัฐกำหนดจะต้องมีการลงมติเพื่อให้มีรัฐบัญญัติ (Federal law) แทนที่รัฐกำหนดหรือลงมติเพื่อให้รัฐกำหนดนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ต่อไป ในกรณีหลัง รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐจะต้องจัดการให้เป็นไปตามมติดังกล่าว ในกรณีที่รัฐสภามีมติภายในเวลาที่กำหนด ประธานาธิบดีจะต้องเสนอญัตติ (motion) เพื่อให้ลงมติเป็นครั้งสุดท้ายก่อนกำหนดเวลาสิ้นสุดลง 1 วัน รายละเอียดของบทบัญญัติ (provision) จะต้องทำเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมลรัฐ (Federal act) ตามกฎเกณฑ์ของรัฐสภา ถ้ารัฐกำหนดตามบทบัญญัตินี้ถูกเพิกถอนโดยรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐ บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งรัฐกำหนดทำให้ใช้บังคับไม่ได้นั้นจะกลับมาใช้บังคับได้อีกในวันที่มีการเพิกถอนรัฐกำหนดนั้น

(5) รัฐกำหนดตามที่บัญญัติไว้ใน (3) จะมีบทบัญญัติอันเป็นการแก้ไขหลักการ (provisions) ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐไม่ได้ และจะมีบทบัญญัติอันเป็นภาระถาวรทางเศรษฐกิจ (permanent financial burden) แก่สาธารณรัฐหรือมลรัฐ (Laender) ท้องถิ่น (districts) หรือ ภูมิภาค (municipalities) หรือผูกมัดทางเศรษฐกิจกับประชาชนหรือก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายซึ่งทรัพย์สินของรัฐ หรือมาตรการดั่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 ย่อหน้า 1 ย่อหน้าย่อยที่ 11 ไม่ได้ เช่นเดียวกับสิทธิในการรวมกันเป็นสมาคม (collective association) หรือสิทธิในการเช่า (rent protection) ”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 18 ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าการตรารัฐกำหนดในประเทศออสเตรียนั้นมีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. รัฐกำหนดจะถูกตราขึ้นได้ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องมีมติจากรัฐสภาเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดกับประชาชนอย่างร้ายแรงและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และต้องปรากฏว่ามีเหตุในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้เกิดขึ้นด้วย คือ

- ก) ไม่อยู่ในระหว่างสมัยประชุมของรัฐสภา
- ข) รัฐสภาไม่สามารถประชุมได้ทันเวลา
- ค) รัฐสภาถูกขัดขวางไม่ให้กระทำการโดยเหตุการณ์อันไม่อาจควบคุมได้

2. ผู้ที่มีอำนาจในการตรารัฐกำหนดคือ ประธานาธิบดี ทั้งนี้ภายใต้คำแนะนำของรัฐบาลแห่งสหพันธ์ และโดยความรับผิดชอบของประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธ์

3. รัฐบาลแห่งสหพันธ์จะต้องแสดงถึงคำแนะนำในการตรารัฐกำหนด พร้อมกับความยินยอมของคณะกรรมการคณะย่อย (Standing Sub-Committee) ซึ่งแต่งตั้งโดยกรรมการใหญ่ของรัฐสภา (Main Committee) (ม. 55 ย่อหน้า 2)

4. จะต้องมีกรลงชื่อกำกับในรัฐกำหนดโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ

5. ประธานาธิบดีจะต้องเสนอรัฐกำหนดที่ตราขึ้นต่อรัฐสภาโดยไม่ชักช้า

- ก) ถ้าไม่อยู่ในระหว่างสมัยประชุม ประธานาธิบดีจะต้องเปิดประชุมรัฐสภา
- ข) ถ้าอยู่ในระหว่างสมัยประชุม ประธานรัฐสภาจะต้องเปิดประชุมเพื่อให้มีการเสนอรัฐกำหนดดังกล่าวภายใน 8 วัน

6. ภายใน 4 สัปดาห์นับแต่มีการเสนอรัฐกำหนดต่อรัฐสภา จะต้องมีกรลงมติเพื่อให้มีรัฐบัญญัติ (Federal law) แทนที่รัฐกำหนด หรือ ลงมติเพื่อให้รัฐกำหนดนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ต่อไป โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- ก) ในกรณีที่มีการลงมติไม่อนุมัติรัฐกำหนด รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐจะต้องจัดการให้เป็นไปตามมติดังกล่าว
- ข) ในกรณีที่รัฐสภามีมติอย่างใดอย่างหนึ่งภายในเวลาที่กำหนด ประธานาธิบดีต้องเสนอญัตติเพื่อให้ลงมติเป็นครั้งสุดท้าย ก่อนกำหนดเวลาสิ้นสุดลง 1 วัน
- ค) รายละเอียดของบทบัญญัติ (provision) จะต้องทำเป็นรัฐบัญญัติที่ตราขึ้นโดยมลรัฐ (Federal act) ตามกฎเกณฑ์ของรัฐสภา

7.ถ้ารัฐกำหนดตามบทบัญญัตินี้ถูกเพิกถอนโดยรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐ  
บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งรัฐกำหนดทำให้ใช้บังคับไม่ได้นั้นจะกลับมาใช้บังคับได้อีกในวันที่มี  
การเพิกถอนรัฐกำหนดนั้น

8.รัฐกำหนดนั้นจะมีบทบัญญัติอันเป็นการแก้ไขหลักการของรัฐธรรมนูญ  
แห่งสาธารณรัฐไม่ได้ และจะมีบทบัญญัติอันเป็นภาระถาวรทางเศรษฐกิจ (permanent financial  
burden) แก่สาธารณรัฐหรือมลรัฐ (Laender) ท้องถิ่น (districts) หรือ ภูมิภาค (municipalities) หรือ  
ผูกมัดทางเศรษฐกิจกับประชาชนหรือก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายซึ่งทรัพย์สินของรัฐ หรือมาตรการ  
ดั่งที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 ย่อหน้า 1 ย่อหน้าย่อยที่ 11 ไม่ได้เช่นเดียวกับสิทธิในการรวมกันเป็น  
สมาคม(collective association) หรือสิทธิในการเช่า (rent protection)

2.2.2.2 องค์การที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
ของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศ  
ออสเตรียนั้น โดยหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญในออสเตรียเป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการ  
ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ศาลทั่วไปก็มีส่วน  
ร่วมในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ในกรณีศาลนั้น ๆ เห็นว่า กฎหมายฉบับใด  
ฉบับหนึ่งขัดกับหลักความชอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีนี้เป็นสิทธิรวมทั้งเป็นหน้าที่ของ  
ศาลที่จะต้องเสนอเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา <sup>101</sup> ดังที่ปรากฏตามมาตรา 89 ของ  
รัฐธรรมนูญออสเตรีย <sup>102</sup>

<sup>101</sup> Karl Korinek Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in  
Westeuropa, s.162 อ้างถึงในบรรเจิด ถึงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 65.

<sup>102</sup> The Constitution of Austria 1920(revised in 1929)

“Art. 89 (1) Save as otherwise provided by this Article, the courts are not entitled to examine the  
validity of duly published laws, ordinances, and treaties.

(2) Should a court have scruples against the application of an ordinance on the ground of it  
being contrary to law, it shall file an application with the Constitutional Court for rescission of this ordinance.  
Should the Supreme Court or a court of second instance competent to give judgment have scruples against the  
application of a law on the ground of its being unconstitutional, it shall file an application with the  
Constitutional Court for rescission of this law.



ดังนั้นในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในประเทศออสเตรียนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจดังกล่าว โดยอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (หมายถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับที่สูงกว่า) ของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย มาตรา 139 และมาตรา 140 ซึ่งอาจกล่าวสรุปได้ดังนี้

อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐบัญญัติและรัฐธรรมนูญของกฎที่ตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายปกครองของสหพันธ์หรือมลรัฐ ตามมาตรา 139<sup>103</sup> นั้น ศาล

(3) If the legal regulation to be applied has already ceased to be in force, the court's application to the Constitutional Court must request a decision that the legal regulation was contrary to law or unconstitutional.

(4) para. 2 and para. 3 above apply analogously to treaties as provided in Art. 140a.

(5) Federal law shall determine what effects an application pursuant to para. 2, para. 3, or para. 4 above has on the pending legal proceedings.”

<sup>103</sup> The Constitution of Austria 1920(revised in 1929)

“**Article 139** (1) The Constitutional Court pronounces on application by a court or an independent administrative tribunal whether ordinances issued by a Federal or Land authority are contrary to law, but ex officio in so far as the Court would have to apply such an ordinance in a pending suit. It also pronounces on application by the Federal Government whether ordinances issued by a Land authority are contrary to law and likewise on application by the municipality concerned whether ordinances issued by a municipal affairs supervisory authority in accordance with Art. 119a para. 6 are contrary to law. It pronounces furthermore whether ordinances are contrary to law when an application alleges direct infringement of personal rights through such illegality in so far as the ordinance has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling; Art. 89 para. 3 applies analogously to such applications.

(2) If the litigant in a suit lodged with the Constitutional Court, entailing application of an ordinance by the Constitutional Court, receives satisfaction, the proceedings initiated to examine the ordinance's legality shall nevertheless continue.

(3) The Constitutional Court may rescind an ordinance as contrary to law only to the extent that its rescission was expressly submitted or the Court would have had to apply it in the pending suit. If the Court reaches the conclusion that the whole ordinance

- a) has no foundation in law,
- b) was issued by an authority without competence in the matter, or
- c) was published in a manner contrary to law,

รัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญของกฎได้เองหากจำเป็นต้องใช้กฎนั้นในการวินิจฉัยคดี หรืออาจวินิจฉัยเพราะเหตุที่ศาลอื่นยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบเนื่องจากศาลนั้นต้องใช้กฎนั้นในคดี หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์ยื่นคำร้องว่ากฎที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองของมลรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐยื่นคำร้องว่ากฎที่ออกโดยองค์กรฝ่ายปกครองแห่งสหพันธ์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคยื่นคำร้องว่ากฎที่ออกโดยสถาบันตรวจการปกครองส่วนภูมิภาคไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบแบบนามธรรม ไม่จำเป็นต้องมีคดีหรือข้อพิพาทอันเป็นรูปธรรมเกิดขึ้น นอกจากนี้บุคคลทั่วไปก็อาจยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎได้ (Individualantrag) แต่ทั้งนี้ต้องยืนยันว่ากฎดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของตนโดยตรงอย่างไร การตรวจสอบในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบแบบรูปธรรม<sup>104</sup>

it shall rescind the whole ordinance as illegal.

This does not hold good if rescission of the whole ordinance manifestly runs contrary to the legitimate interests of the litigant who has filed an application pursuant to the last sentence in para. 1 above or whose suit has been the occasion for the initiation of ex officio examination proceedings into the ordinance.

(4) If the ordinance has at the time of the Constitutional Court's delivery of its judgment already been repealed and the proceedings were initiated ex officio or the application was filed by a court or an applicant alleging direct infringement of his personal rights through the ordinance's illegality the Court must pronounce whether the ordinance contravened the law. Para. 3 above applies analogously.

(5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds an ordinance as contrary to law imposes on the highest competent Federal or Land authority in the the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline, which may not exceed six months or if legal dispositions are necessary 18 months, for the rescission.

(6) If an ordinance has been rescinded on the score of illegality or if the Constitutional Court has pursuant to para. 4 above pronounced an ordinance to be contrary to law, all courts and administrative authorities are bound by the Court's decision, the ordinance shall however continue to apply to the circumstances effected before the rescission, the case in point excepted, unless the Court in its rescissory judgment decides otherwise. If the Court has in its rescissory judgment set a deadline pursuant to para. 5 above, the ordinance shall apply to all the circumstances effected, the case in point excepted, till the expiry of this deadline.”

<sup>104</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546), หน้า 79.

อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ตรา  
ขึ้นโดยมลรัฐหรือสหพันธ์ ตามมาตรา 140<sup>105</sup> นั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบ

---

<sup>105</sup> The Constitution of Austria 1920(revised in 1929)

“**Art. 140** (1) The Constitutional Court pronounces on application by the Administrative Court, the Supreme Court, a competent appellate court or an independent administrative tribunal whether a Federal or Land law is unconstitutional, but ex officio in so far as the Court would have to apply such a law in a pending suit. It pronounces also on application by the Federal Government whether Land laws are unconstitutional and likewise on application by a Land Government, by one third of the National Council's members, or by one third of the Federal Council's members whether Federal laws are unconstitutional. A Land constitutional law can provide that such a right of application as regards the unconstitutionality of Land laws lies with one third of the Diet's members. The Court pronounces furthermore whether laws are unconstitutional when an application alleges direct infringement of personal rights through such unconstitutionality in so far as the law has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling; Art. 89 para. 3 applies analogously to such applications.

(2) If the litigant in a suit lodged with the Constitutional Court, entailing application of a law by the Court, receives satisfaction, the proceedings initiated to examine the law's constitutionality shall nevertheless continue.

(3) The Constitutional Court may rescind a law as unconstitutional only to the extent that its rescission was expressly submitted or the Court would have to apply the law in the suit pending with it. If however the Court concludes that the whole law was enacted by a legislative authority unqualified in accordance with the allocation of competence or published in an unconstitutional manner, it shall rescind the whole law as unconstitutional. This does not hold good if rescission of the whole law manifestly runs contrary to the legitimate interests of the litigant who has filed an application pursuant to the last sentence in para. 1 above or whose suit has been the occasion for the initiation of ex officio examination proceedings into the law.

(4) If the law has at the time of the Constitutional Court's delivery of its judgment already been repealed and the proceedings were initiated ex officio or the application filed by a court or an applicant alleging direct infringement of personal rights through the law's unconstitutionality, the Court must pronounce whether the law was unconstitutional. Para. 3 above applies analogously.

(5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติได้เองหากจำเป็นต้องใช้รัฐบัญญัตินั้นในการวินิจฉัยคดี หรืออาจวินิจฉัยเพราะเหตุที่ศาลอื่นยื่นคำร้องขอให้ตรวจสอบเนื่องจากศาลนั้นต้องใช้รัฐบัญญัตินั้นในคดี หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์ยื่นคำร้องว่ารัฐบัญญัติที่ออกโดยมลรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐยื่นคำร้องว่ารัฐบัญญัติที่ออกโดยสหพันธ์ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้บุคคลทั่วไปก็อาจยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติได้ครบเท่าที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้กับผู้ร้องและยังไม่มีคำวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว อำนาจดังกล่าวนี้ครอบคลุมถึงการตรวจสอบว่ารัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์หรือไม่ด้วย

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียนั้น เป็นศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกฎของฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 139 หรือในกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ตามมาตรา 140 ก็ได้ ส่งผลให้รัฐกำหนดในประเทศออสเตรเลียสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ทั้งในกรณีที่รัฐกำหนดยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา โดยเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในสถานะที่รัฐกำหนดเป็นกฎของฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย และเมื่อรัฐกำหนดได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด ตามมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้อีกด้วย

สำหรับรายละเอียดทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย มีดังนี้<sup>106</sup>

### 1.ความเป็นมาของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย

ศาลรัฐธรรมนูญในออสเตรียมีพัฒนาการมายาวนานตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 ซึ่งในขณะนั้นเรียกว่า “ศาลอาณาจักร” (Reichsgericht) ศาลอาณาจักรในขณะนั้นมีอำนาจ

(6) If a law is rescinded as unconstitutional by a judgment of the Constitutional Court, the legal provisions rescinded by the law which the Court has pronounced unconstitutional become effective again unless the judgment pronounces otherwise, on the day of entry into force of the rescission. The publication on the rescission of the law shall also announce whether and which legal provisions again enter into force.

(7) If a law has been rescinded on the score of unconstitutionality or if the Constitutional Court has pursuant to para. 4 above pronounced a law to be unconstitutional, all courts and administrative authorities are bound by the Court's decision. The law shall however continue to apply to the circumstances effected before the rescission, the case in point excepted, unless the Court in its rescissory judgment decides otherwise. If the Court has in its rescissory judgment set a deadline pursuant to para. 5 above, the law shall apply to all the circumstances effected, the case in point excepted till the expiry of this deadline.”

<sup>106</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 67-70.



หน้าที่ที่สำคัญ ดังนี้ 1. เป็นศาลที่วินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่มีความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาล 2. เป็นศาลที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางการเมืองซึ่งเกิดการละเมิดจากฝ่ายปกครองหรือองค์กรศาล และ 3. เป็นศาลที่วินิจฉัยในกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยผู้ใช้ อำนาจรัฐทั้งหลาย ต่อมาเมื่อมีการออกกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (Bundesverfassungsgesetz von 1920-B-VG) ได้มีการบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวข้างต้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgerichtshof-VfGH) นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้ขยาย อำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (die Gesetzesprüfungskompetenz)<sup>107</sup> ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายของฝ่ายปกครองของสหพันธ์และ ของมลรัฐ<sup>108</sup> และมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายสหพันธ์และมลรัฐ นอกจากนี้ ยังมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาระหว่างประเทศ

สำหรับพัฒนาการศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียในยุคใหม่นั้น ได้รับการพัฒนาในทางทฤษฎีจากสำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย (die österreichische Schule der Rechtstheorie) โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก Adolf Merkl, Hans Kelsen และ Frantisek Weyr ซึ่ง บุคคลทั้งสามมีบทบาทอย่างสำคัญในการมีส่วนพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย<sup>109</sup> ตามแนวคิด ของ Adolf Merkl นั้นได้แสดงให้เห็นถึงระบบการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย โดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจและกฎหมายนั้นก็ให้อำนาจในการออกกฎหมายต่อไป ซึ่ง Adolf Merkl เรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันใน กระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย

นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1925 Hans Kelsen ได้เขียนบทความเรื่อง “ระบบและพัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญ” (Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit) ว่า “ความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่บทบัญญัติ ของกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าจะต้องสอดคล้องกับกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า”

<sup>107</sup> Ernst Hellbling, Die geschichtliche Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBI 1951, s.197 ff อ้างถึงในบรรณเจดิก สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 67.

<sup>108</sup> มาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

<sup>109</sup> René Marcic, Verfassungsgerichtsbarkeit als der reinen Rechtslehre, FS Leibhoiz, Tübingen 1966, Band 2, s.481 ff อ้างถึงในบรรณเจดิก สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 68.

(Rechtmässigkeit ist nur das Verhältnis der Entsprechung, in dem die neidere zur höheren Stufe der Rechtsordnung steht)<sup>110</sup> เท่าที่การใช้กฎหมายต้องผูกพันต่อกฎหมาย การใช้กฎหมายดังกล่าวจึงต้องกระทำการให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ ความถูกต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวนี้เองเป็นสิ่งที่สามารถตรวจสอบได้ ด้วยเหตุนี้เองการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายจึงอาจเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบของศาลได้<sup>111</sup> หลักการดังกล่าวนี้ขอยื่อนำมาใช้กับการใช้กฎหมายทั้งหลาย รวมทั้งนำมาใช้กับองค์กรณีบัญญัติด้วยเท่าที่องค์กรณีบัญญัติจะต้องผูกพันต่อกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) ความคิดและความเข้าใจดังกล่าวในโครงสร้างของระบบกฎหมายและความเป็นไปได้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยอาศัยองค์กรศาลจึงเป็นพื้นฐานทางความคิดอันสำคัญสำหรับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>112</sup>

นับตั้งแต่มีความพยายามทำให้แนวความคิดของ Hans Kelsen มีผลในทางปฏิบัติ ซึ่งในขณะเดียวกันได้มีการถกเถียงกันในทางวิชาการอย่างกว้างขวางว่า แนวความคิดของ Hans Kelsen ดังกล่าว ท้ายที่สุดจะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาททางการเมืองหรือไม่ การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งฝ่ายที่สนับสนุนให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเห็นว่า ความขัดแย้งตามรัฐธรรมนูญนั้นมิใช่จะเป็นเพียงความขัดแย้งในทางการเมืองเท่านั้น หากแต่ยังเป็นความขัดแย้งในทางกฎหมายด้วย (ตามความเข้าใจของโครงสร้างของกฎหมายที่มีการจัดลำดับชั้นไว้) ดังนั้น เท่าที่ความขัดแย้งระหว่างกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวจึงต้องอาศัยเกณฑ์ในทางกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย ตัวอย่างของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่น การบัญญัติกฎหมายนั้นขอยมเป็นอำนาจโดยอิสระขององค์กรณีบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม การบัญญัติกฎหมายขององค์กรณีบัญญัติมิได้หมายความว่าปราศจากขอบเขตจำกัดใด ๆ ขอบเขตของการบัญญัติกฎหมายขององค์กรณีบัญญัติขอยมอยู่ภายใต้ขอบเขตตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

<sup>110</sup> Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in VVDStRL 5 (1929) s.32 อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 68.

<sup>111</sup> René Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, s.70 ff อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 68.

<sup>112</sup> Karl Karinek, Verfassungsgerichtsbarkeit in Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39 (1981) s.26 ff อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 68.

ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติขอบเขตการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องผูกพันกับขอบเขตดังกล่าว และจากขอบเขตดังกล่าวนี้เองที่สามารถจะทำการตรวจสอบโดยองค์กรศาลได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่

## 2. การจัดองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>113</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียประกอบด้วยประธาน 1 คน รองประธาน 1 คน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 12 คน และตุลาการสำรองอีก 6 คน<sup>114</sup> ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด 14 คน รวมทั้งตุลาการสำรองอีก 6 คน ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี โดยในส่วนของประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน และตุลาการสำรอง 3 คน ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งตามข้อเสนอของรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierung) กลุ่มบุคคลที่ได้รับการเสนอจากรัฐบาลสหพันธ์อยู่ในกลุ่มของบุคคลผู้เป็นผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมาย ส่วนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนที่เหลือ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน และตุลาการสำรอง 3 คนนั้น ให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งจากการเสนอของสภาแห่งชาติ (Nationsrat) โดยเสนอให้แต่งตั้งสำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คนและตุลาการสำรอง 2 คน ส่วนสภาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ให้เสนอเพื่อแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 3 คน และตุลาการสำรอง 1 คน<sup>115</sup>

คุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองจะต้องสำเร็จการศึกษาด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ รวมทั้งจะต้องทำงานในสาขาด้านที่จบการศึกษามาแล้วอย่างน้อย 10 ปี

ในทางปฏิบัติการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการสำรองของศาลจะต้องคำนึงถึงข้อพิจารณาที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มีการพิจารณาจากที่มาของอาชีพในทางกฎหมายที่แตกต่างกัน และมาจากมลรัฐต่าง ๆ เกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น พรรคการเมืองใหญ่สองพรรคของออสเตรียมีข้อตกลงสุภาพบุรุษเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างลง ดังนั้น พรรคการเมืองสองพรรคจึงมีบทบาทในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 7 คน และสำหรับตุลาการสำรอง 3 คน

<sup>113</sup> Karl Karinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Hrsg. Von C. Starck, A. Webwe, Baden-Baden 1986, s.155. อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 69.

<sup>114</sup> มาตรา 147 วรรค 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

<sup>115</sup> มาตรา 147 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้รับหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะให้ถูกออกจากตำแหน่งได้เฉพาะจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น<sup>116</sup> ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต้องพ้นจากตำแหน่งหากบุคคลนั้นมีอายุ 70 ปีบริบูรณ์

ในส่วนตัวอย่างของการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้น พบว่าในอดีต มีคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดซึ่งตัดสินโดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรีย ในวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ.1923<sup>117</sup> เป็นคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดซึ่งออกโดยอัครรัฐบัญญัติที่มีชื่อเรียกว่า “Recovery Act” คดีนี้มีที่มาสืบเนื่องมาจากพิธีสารเจนีวา (Geneva Protocol) ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1922<sup>118</sup> ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า

“ในระยะเวลาสองปี รัฐสภาแห่งออสเตรียจะต้องร่างกฎหมายให้อำนาจรัฐบาลในการใช้มาตรการใด ๆ ภายใต้ข้อจำกัดของโครงการ ซึ่งรัฐบาลเห็นว่าจำเป็นที่จะต้องทำในปลายปีงบประมาณเพื่อสร้างดุลยภาพทางการเงินขึ้นใหม่ได้โดยไม่ต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา”<sup>119</sup>

จากข้อกำหนดที่ปรากฏในพิธีสารเจนีวานี้ ทำให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ และพบกับข้อขัดข้องที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรีย กล่าวคือ ในมาตรา 18 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรียซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น<sup>120</sup> ได้กำหนดไว้ว่า “รัฐกำหนดจะตราขึ้นได้ภายใต้หลักการและขอบเขตของรัฐบัญญัติเท่านั้น”<sup>121</sup> ซึ่งทำให้รัฐกำหนดมีลักษณะเป็น

<sup>116</sup> มาตรา 10 ของกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรีย (VerfGG)

<sup>117</sup> Case no.1223

<sup>118</sup> Sidney B. Jacoby, “Delegation of Powers and Judicial Review : A Study in Comparative Law,” *Columbia Law Review*, Vol.36, No.6(Jun.,1936), pp.891.

<sup>119</sup> “forthwith lay before the Austrian Parliament a draft law giving, during two years, to any Government which may then be in power, full authority to take all measures, within the limits of this programme, which in its opinion may be necessary to assure at the end of the period mentioned the re-establishment of budgetary equilibrium without there being any necessity to seek for further approval by Parliament.”

<sup>120</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ฉบับปี ค.ศ.1920

<sup>121</sup> Governmental ordinances may be issued only on the basis of and within the scope of Statutes



เพียงบทบัญญัติเสริมเท่านั้น ในที่สุด เพื่อแก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าวรัฐธรรมนูญจึงได้บัญญัติบทบัญญัติพิเศษขึ้นในมาตรา 18<sup>122</sup> โดยกำหนดให้รัฐกำหนดนั้นตราขึ้นได้แต่เฉพาะในรายละเอียดที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>123</sup> แต่อย่างไรก็ดี รัฐบัญญัติที่มีชื่อว่า “Recovery Act” ของออสเตรเลียฉบับวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.1922 (รัฐธรรมนูญที่มีได้ตราขึ้น โดยมติเสียงข้างมากอันเป็นเอกฉันท์ก็เพียงพอสำหรับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ) นั้นก็ได้พยายามที่จะฝ่าฝืนบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญที่ได้รับรองเอาไว้ว่า การมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารในการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจทำได้โดยรัฐธรรมนูญทั่วไป<sup>124</sup> จึงได้มีการส่งรัฐกำหนด (ซึ่งถูกตราขึ้นจากการที่ฝ่ายบริหารได้รับอำนาจมาจาก The Recovery Act ให้ตรารัฐกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากรได้) ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ<sup>125</sup>

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐกำหนดนั้นตราขึ้นได้แต่เฉพาะรายละเอียดที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดที่ได้ตราขึ้นภายใต้ Recovery act นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ Recovery Act (Chapter B, Article I, Section 1) ที่กำหนดไว้ว่า

“รัฐธรรมนูญภาษีศุลกากร (*the general Customs Duties Act*) ยังคงมีผลใช้บังคับ แต่รัฐธรรมนูญบางฉบับ(ที่เกี่ยวกับภาษีศุลกากร) จะถูกแก้ไขเพื่อให้จำนวนรวมของภาษีประจำปีเพิ่มจำนวนขึ้นจาก 80 ล้านโกลด์โครเนน เป็น 100 ล้านโกลด์โครเนน อย่างค่อยเป็นค่อยไปภายในระยะเวลาสองปี”<sup>126</sup>

นั้นได้มอบอำนาจในการตรากฎหมายให้ฝ่ายบริหารโดยขัดต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งบทบัญญัตินั้นมิได้กำหนดมาตรการที่จำเป็นเอาไว้ (Act did not fulfill the

<sup>122</sup> ข้ออยู่ยากของรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับการแก้ไขโดยรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ.1922 ซึ่งตราขึ้น โดยมติเสียงข้างมากอันเป็นเอกฉันท์

<sup>123</sup> the ordinances to be issued under it might only supply details not covered by the substantive provisions of the Act.

<sup>124</sup> an authorization of the Executive to modify Statutes could not be given by an ordinary Statute.

<sup>125</sup> Sidney B. Jacoby, “Delegation of Powers and Judicial Review : A Study in Comparative Law,” *Columbia Law Review*, Vol.36, No.6(Jun.,1936), pp.891.

<sup>126</sup> “The general Customs Duties Act shall remain valid, but that certain Statutes (concerning customs duties) are amended so as to assure a total annual yield of 80 millions goldkronen from the duties, and that this yield, within two years, is to be augmented to the amount of 100 millions goldkronen through a gradual increase of the duties”

necessary requisites) เมื่อพิจารณาถึงคำวินิจฉัยในคดีนี้ จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียนั้นให้ความสำคัญกับบทบัญญัติที่มอบอำนาจในการตราข้อกำหนดให้แก่ฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม การที่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียให้ความสำคัญกับบทบัญญัติมอบอำนาจในประเด็นของการกำหนดมาตรการลงไปในรัฐบัญญัตินั้น ถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องยากที่จะให้มีการกำหนดเกณฑ์หรือมาตรการของแผนการปฏิรูปและการคลัง (reform and finance program) ลงไปในรัฐบัญญัติ (the Recovery Act) ซึ่งจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงอัตราภาษีไปด้วย อีกทั้งหากจำเป็นต้องมีการกำหนดถึงเกณฑ์หรือมาตรการใด ๆ ลงไปในบทบัญญัติมอบอำนาจ (the Recovery Act) เสียทีเดียว บทบัญญัตินั้นก็จะมีลักษณะที่คลุมเครือหรือไม่ชัดเจนได้เพราะในการกำหนดอัตราภาษีให้เป็นตัวเลขนั้นไม่เคยมีความแน่นอนและขึ้น ๆ ลง ๆ ตามแต่นโยบายซึ่งมีความหลากหลาย ซึ่งคดีนี้อาจเทียบเคียงได้กับคดี *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 415 (1935) และคดี *A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States*, 55 Sup. Ct. 837, 843 (1935)<sup>127</sup> ที่ได้เคยตัดสินในสหรัฐอเมริกาซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ให้ความสำคัญกับบทบัญญัติที่มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารว่า จะต้องมีการกำหนดรายละเอียดของการมอบอำนาจให้แก่ประธานาธิบดีเพื่อป้องกันการใช้อำนาจตามอำเภอใจในการประกาศใช้นโยบายของประธานาธิบดี แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาที่ประสบความสำเร็จในการหามาตรฐานที่เหมาะสมสำหรับการประกาศใช้นโยบายตามรัฐบัญญัติ the National Industrial Recovery Act ในคดี *Panama Refining Co. v. Ryan*<sup>128</sup>

<sup>127</sup> **Panama Refining Co. v. Ryan**, 293 U.S. 388, 415 (1935) : “Section 9(c) (of the National Industrial Recovery Act) does not state whether, or in what circumstances or under what conditions or under what conditions, the President is to prohibit the transportation of the amount of petroleum products produced in excess of the State’s permission. It establishes no criterion to govern the President’ course...The Congress in section 9 (c) thus declares no policy as to the transportation of the excess production. So far as this section is concerned, it gives to the president an unlimited authority to determine the policy and to lay down the prohibition, or not to lay it down, as he may see fit.”

**A.L.A. Schechter Poultry Corporation v. United States**, 55 Sup. Ct. 837, 843 (1935) : “But these restrictions leave virtually untouched the field of policy envisaged by section 1, and, in that wide field of legislative possibilities, the proponents of a code, refraining from monopolistic designs, may roam at will, and the President may approve or disapprove their proposals as he may see fit.”

<sup>128</sup> Sidney B. Jacoby, “Delegation of Powers and Judicial Review : A Study in Comparative Law,” *Columbia Law Review*, Vol.36, No.6(Jun.,1936), pp.891-893.

### 2.2.2.3 กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ในเบื้องต้นนี้ จำต้องเข้าใจระบบของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียเสียก่อนซึ่งอาจแยกออกเป็น (1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบนามธรรม และ (2) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม

#### 1.การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบ

**นามธรรม** (die abstrakte Normenkontrolle)

##### 1.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเชิง

ป้องกันหรือการควบคุมก่อนการประกาศใช้ (präventive Normenkontrolle)<sup>129</sup> : การควบคุมก่อนการประกาศใช้ในออสเตรียนั้น จำกัดเฉพาะการตรวจสอบเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐเท่านั้น

##### 1.2 การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ในเชิงแก้ไขหรือการควบคุมแบบนามธรรมหลังการประกาศใช้ (repressive Normenkontrolle)<sup>130</sup> : ในออสเตรียโดยหลักแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญในออสเตรียเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ศาลทั่วไปก็มีส่วนร่วมในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ในกรณีที่ศาลนั้น ๆ เห็นว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดกับหลักความชอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไป และเป็นกรณีที่ไม่มีการฟ้องเป็นคดี ในกรณีนี้เป็นสิทธิ รวมทั้งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องเสนอเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามมาตรา 89 โดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฤษฎีกา(รัฐกำหนด)ของฝ่ายปกครองของสหพันธ์และของมลรัฐตามมาตรา 139 และมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายสหพันธ์และมลรัฐตามมาตรา 140 ดังที่ได้กล่าวข้างต้น นอกจากนี้ ยังมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 140a สำหรับผู้มีสิทธิในการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วย

<sup>129</sup> Alberecht Weber Generalbericht:: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa , in: Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, 1986, s.64 ff อ้างถึงในบรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 63.

<sup>130</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 64.

กฎหมายตามมาตรา 140 ได้แก่ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ สมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 1 ใน 3 และสมาชิกของสภาแห่งมลรัฐจำนวน 1 ใน 3

## 2. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรม (die konkrete Normenkontrolle)

การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมนั้น เป็นกรณีที่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งอันสืบเนื่องมาจากกรณีที่มีข้อพิพาทที่ได้มีการดำเนินคดีในศาล และประเด็นสำคัญของการพิจารณาคดีดังกล่าวขึ้นอยู่กับกรณีการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายฉบับดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งตามหลักการแล้วอาจแยกออกได้เป็น 2 ระบบ กล่าวคือ ถ้าศาลทุกศาลมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ศาลนั้นกำลังพิจารณาอยู่จะเรียกระบบการควบคุมตรวจสอบแบบนี้ว่า ระบบการกระจายการควบคุม (decentralized judicial review) ประเทศที่ใช้ระบบกระจายการควบคุมตรวจสอบคือ สวิตเซอร์แลนด์ กรีซ และสหรัฐอเมริกา แต่ในทางตรงกันข้าม หากมีการจำกัดให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเพียงองค์กรเดียว เรียกระบบการควบคุมแบบนี้ว่า ระบบการควบคุมแบบรวมศูนย์ (centralized judicial review) ซึ่งระบบนี้มีพื้นฐานมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen ที่ได้เสนอให้ใช้ในออสเตรีย และเป็นระบบที่ใช้ในออสเตรียตั้งแต่ปี 1920<sup>131</sup> ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ในยุโรปใช้ระบบควบคุมตรวจสอบแบบรวมศูนย์

เมื่อพิจารณาจากระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญข้างต้นแล้ว สามารถสรุปได้ว่า ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในประเทศออสเตรียนั้นเป็นระบบการควบคุมแบบรวมศูนย์ ทำให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียว และอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนี้จะมีขึ้นภายหลังจากที่กฎหมายนั้นได้ประกาศใช้แล้วเท่านั้น เพียงแต่นำกฎหมายนั้นเข้าสู่การพิจารณาของศาลโดยวิธีการควบคุมแบบรูปธรรมหรือนามธรรม ส่วนการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายก่อนการประกาศใช้นั้นจะปรากฏก็แต่เฉพาะอำนาจในการควบคุมการตรวจสอบเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายระหว่างสหพันธ์รัฐกับมลรัฐเท่านั้น สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในออสเตรียนั้น นอกจากการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยรัฐสภาแห่งสหพันธ์โดยการอนุมัติหรือไม่อนุมัติรัฐกำหนดตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา 18

<sup>131</sup> เรื่องเดียวกัน , หน้า 66.



แห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดนับตั้งแต่มีการตรารัฐกำหนดขึ้นและมีผลบังคับใช้ตามมาตรา 18 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย อาศัยอำนาจตามมาตรา 139 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย และเมื่อรัฐกำหนดได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแห่งสหพันธอันมีผลทำให้รัฐกำหนดนั้นมีสถานะเป็นรัฐบัญญัติแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลียยังคงสามารถตรวจสอบความชอบของรัฐกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแห่งสหพันธได้โดยอาศัยมาตรา 140 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย โดยในการนำรัฐกำหนดเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียนั้นอาจทำได้ดังนี้

กรณีที่รัฐกำหนดตราขึ้นแล้วแต่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา : ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดตามมาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ซึ่งมาตรานี้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดได้ในฐานะที่รัฐกำหนดเป็นกฎของฝ่ายบริหาร โดยผู้ที่สามารถเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นอาจแบ่งได้เป็นสองกรณี คือ

(1) ศาล องค์กรปกครองอิสระ (an independent administrative panel) หรือฝ่ายจัดซื้อระดับสหพันธ์ (Federal Procurement authority) เป็นผู้เสนอเรื่อง แต่การเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีแรกนี้ต้องเป็นกรณีที่มีการพิจารณาที่อยู่ในศาล (การควบคุมแบบรูปธรรม) และคดีนั้นต้องใช้รัฐกำหนดที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดี

(2) ในกรณีที่ไม่มีกรณีก่อนศาลและศาลทั่ว ๆ ไปเห็นว่ารัฐกำหนดนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตามมาตรา 89 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย (การควบคุมแบบนามธรรม)

กรณีที่รัฐกำหนดนั้นได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว : ถึงแม้ว่ารัฐกำหนดที่ได้รับการอนุมัติแล้วจะกลายเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติอันมีสถานะเป็นรัฐบัญญัติก็ตาม แต่ถ้าหากมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียก็ยังคงมีอำนาจในการพิจารณาถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 140 โดยผู้ที่สามารถเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 140 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย นั้น อาจแบ่งได้เป็นสามกรณี คือ

(1) ศาลปกครอง ศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์ องค์กรปกครองอิสระ (an independent administrative panel) หรือฝ่ายจัดซื้อระดับสหพันธ์ (Federal Procurement authority) เป็นผู้เสนอเรื่อง แต่การเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีแรกนี้

ต้องเป็นกรณีที่มีการพิจารณาอยู่ในศาล (การควบคุมแบบรูปธรรม) และคดีนั้นต้องใช้รัฐธรรมนูญที่มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดี

(2) รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ สมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 1 ใน 3 หรือสมาชิกของสภาแห่งมลรัฐจำนวน 1 ใน 3 เป็นผู้เสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ (การควบคุมแบบนามธรรม)

(3) ในกรณีที่ไม่มีกรณีสั่งฟ้องคดีในศาลและศาลทั่ว ๆ ไปเห็นว่ารัฐกำหนดนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณตามมาตรา 89 แห่งรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย (การควบคุมแบบนามธรรม)

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญรับเรื่องเข้าสู่การพิจารณาแล้ว ขั้นตอนหรือวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้นเริ่มจาก<sup>132</sup>

- เลขาธิการศาลรัฐธรรมนูญ (secretary general) เสนอเรื่องให้กับประธานศาลรัฐธรรมนูญโดยให้ข้อมูลเกี่ยวกับคดีและให้คำแนะนำว่าใครสามารถเป็นตุลาการเจ้าของเรื่อง (Permanent Reporter) ในคดีนี้ได้

- ประธานศาลรัฐธรรมนูญเขียนรายชื่อผู้พิพากษาที่จะทำการพิจารณาคดี โดยประธานศาลรัฐธรรมนูญมีดุลพินิจอิสระในการมอบหมายงาน โดยพิจารณาถึงความถนัดของผู้พิพากษาแต่ละคน

- ตุลาการเจ้าของเรื่องทำการตรวจสอบคำร้องในเบื้องต้นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาคดีนี้หรือไม่ คำร้องถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่

- เมื่อทำการตรวจสอบในเบื้องต้นดังกล่าวแล้ว ตุลาการเจ้าของเรื่องก็จะพิจารณาว่าเรื่องใดในคดีที่ควรได้รับการพิจารณาจากผู้พิพากษาที่เหลือ

- ในกรณีที่คำร้องไม่มีเหตุอันควรได้รับการพิจารณา เช่น ได้เคยมีคำพิพากษาในเรื่องนั้นมาแล้ว หรือในกรณีที่เห็นว่าไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ร่างคำวินิจฉัยก็จะถูกจัดเตรียมให้ปฏิเสธการรับคำร้องไว้พิจารณาซึ่งจะมีเหตุผลประกอบการตัดสินใจ

- ในกรณีที่คดีได้รับการดำเนินการต่อ ผู้พิพากษาจะเริ่มกระบวนการพิจารณาเบื้องต้น (preliminary proceeding) โดยการเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดี (opposing party)

<sup>132</sup> The Constitution Court of Austria, *The Path of the Decision*[Online]. Available from: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/decision1.html> [October 12, 2006]

มาให้คำให้การ ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย องค์กรที่ตรา  
กฎหมายขึ้นจะมีฐานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดี

- ถ้าผู้พิพากษาที่รับผิดชอบในกระบวนการพิจารณาในเบื้องต้น  
ของคดีนั้นเห็นว่าคดีนั้นพร้อมที่จะมีคำพิพากษาแล้ว ก็จะส่งร่างคำวินิจฉัยที่ได้เตรียมไว้ให้กับผู้  
พิพากษาท่านอื่น ๆ พร้อมกับเอกสารแนบที่จำเป็นซึ่งได้แก่ คำร้อง คำให้การ บันทึกต่าง ๆ ที่สำคัญ  
คำตัดสินที่เกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งเสมียนศาล (clerk) จะเข้ามาช่วยเตรียมร่างความเห็นนี้ด้วย

- คดีจะได้รับการพิจารณาในประเด็นที่ได้เตรียมไว้ โดยองค์  
คณะทั้งหมด 14 ท่าน จะมีการประชุมทั้งหมด 4 ครั้งต่อปีหรือมากกว่านั้นในกรณีที่มีคดีเร่งด่วน  
เพื่อพิจารณาร่างคำวินิจฉัย ลงมติ และมีคำพิพากษาในคดี (เว้นแต่กรณีที่เป็นคดีง่าย ๆ การ  
พิจารณาจะทำโดยองค์คณะเล็ก ซึ่งประกอบไปด้วยผู้พิพากษา 4 ท่าน) การพิจารณาคดี  
(deliberation) ของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียนั้นจะไม่เปิดเผยต่อสาธารณะเช่นเดียวกับการพิจารณาคดี  
คดีของศาลอื่น ๆ

- ประธานศาลจะเป็นผู้เปิดการพิจารณาซึ่งโดยปกติแล้วจะทำการ  
การปรึกษาหารือและลงมติในแต่ละประเด็น เมื่อเสร็จสิ้นการพิจารณาแล้วผู้พิพากษาจะทำการลง  
มติในร่างซึ่งมักจะได้รับการแก้ไขตามมติเสียงข้างมากที่ได้มีการพิจารณาไปแล้ว ในกรณีที่ร่างนั้น  
ไม่ได้รับมติเสียงข้างมาก ร่างคำวินิจฉัยจะถูกจัดทำขึ้นใหม่ตามผลของการพิจารณาคดี

- เมื่อร่างได้รับมติเสียงข้างมากเห็นชอบตามขั้นตอนข้างต้น  
แล้วศาลรัฐธรรมนูญก็จะทำคำตัดสิน เว้นแต่ในกรณีที่คดีนั้นมีความซับซ้อน การพิจารณาคดีก็  
อาจจะถูกขยายระยะเวลาออกไปอีกวาระหนึ่ง

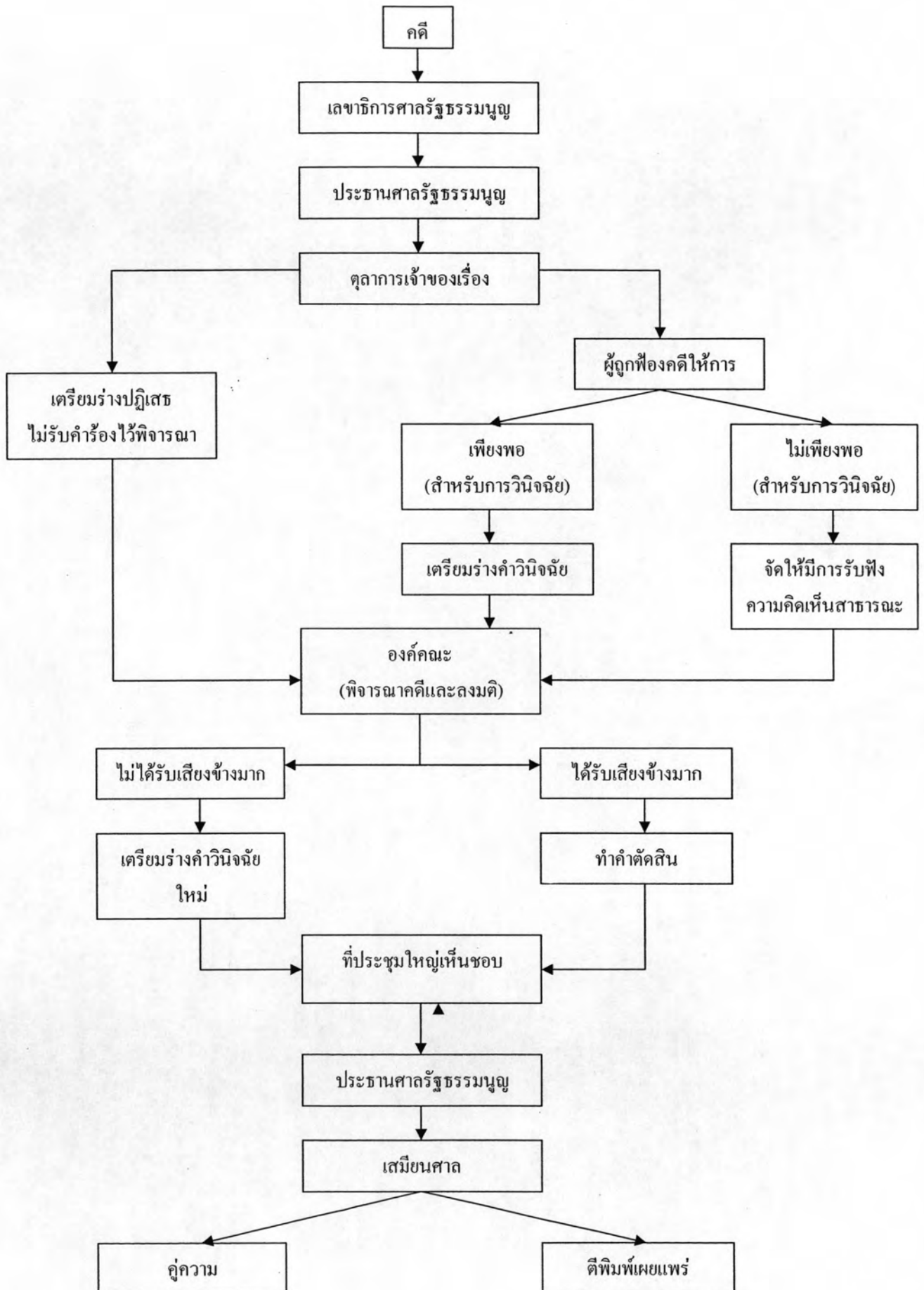
- กรณีที่กระบวนการพิจารณาเบื้องต้นนั้นไม่เป็นการเพียงพอ  
สำหรับคดี หรือคดีมีประเด็นทางกฎหมายเป็นพิเศษหรือมีประเด็นทางการเมืองที่สำคัญ ศาล  
รัฐธรรมนูญสามารถจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ (public hearing) ได้ ในการรับฟัง  
ความคิดเห็นสาธารณะนี้คู่ความจะต้องตอบคำถามของผู้พิพากษาด้วยวาจาและผู้ที่ได้รับผลกระทบ  
จากคดีจะต้องอยู่ในห้องพิจารณาทุกคน การรับฟังความคิดเห็นสาธารณะในกรณีนี้ดำเนินการโดย  
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการพิจารณาคดีเช่นนี้มักจะไม่นำไปสู่คำพิพากษาของคดี และในกรณี  
ที่การพิจารณาคดีนั้นปรากฏว่าผู้พิพากษาจำเป็นต้องใช้กฎหมายซึ่งน่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาล  
รัฐธรรมนูญจะต้องหยุดการพิจารณาไว้ก่อนและดำเนินการพิจารณาบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ  
ซึ่งจะทำให้กระบวนการพิจารณาขยายระยะเวลาออกไป และมักจะใช้เวลาานกว่าปกติถ้าศาล  
รัฐธรรมนูญจะต้องรอคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคดีที่หยุดการพิจารณาไว้ก่อนนี้จากศาลแห่งสหภาพ  
ยุโรป (European Court) ซึ่งตั้งอยู่ที่ลักเซมเบิร์ก (Luxembourg)

- เมื่อร่างคำพิพากษาได้รับการยอมรับจากองค์คณะใหญ่แล้ว คดีก็จะจบลง ผู้พิพากษาที่ได้เตรียมความเห็นของมติเสียงข้างมากจะเขียนร่างสุดท้าย (Ausfertigungsentwurf) ซึ่งจะนำความเห็นของที่ประชุมใหญ่มาเรียบเรียง

- ประธานศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาร่างสุดท้ายและอาจจะเสริมรายละเอียดบางประการเพื่อให้ชัดเจนขึ้น โดยความเห็นชอบของตุลาการเจ้าของเรื่อง และในกรณีจำเป็น ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจเรียกประชุมองค์คณะใหญ่อีกครั้งเพื่อปรึกษาหารือ เมื่อประธานศาลรัฐธรรมนูญเห็นชอบแล้วก็จะลงลายมือชื่อในคำพิพากษา และจะมีการนำคำพิพากษานั้นมาจัดทำตามแบบสุดท้ายต่อไป โดยเสมียนศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่อ่านและควบคุมตัวอักษรของคำพิพากษา หลังจากนั้นคำพิพากษาจะถูกส่งไปยังคู่ความในคดีและตีพิมพ์ไปยังสื่อต่าง ๆ เพื่อเผยแพร่คำพิพากษาต่อไป

แผนภูมิแสดงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย





อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าวิธีพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้รับการออกแบบให้เป็นกระบวนการพิจารณาแบบมีข้อพิพาท (streitige Parteiverfahren) อันเป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแบบรูปธรรมในทุกกรณี ไม่เว้นแม้แต่การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งนี้ โดยให้องค์กรที่ตรากฎหมายอยู่ในสถานะที่เป็นผู้ถูกร้อง ซึ่งจะต้องต่อสู้ชี้แจงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตนตราขึ้น การออกแบบหรือจัดโครงสร้างวิธีพิจารณาให้เป็นไปในลักษณะของการต่อสู้กันคดี ส่งผลให้วิธีพิจารณาในศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียมีลักษณะเป็นการต่อสู้ในกระบวนการยุติธรรม ทำนองเดียวกับที่ปรากฏในศาลอื่น<sup>133</sup>

#### 2.2.2.4 ผลของการตรวจสอบ

ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียนั้น มาตรา 139 และมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญออสเตรียได้บัญญัติถึงผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ดังนี้

ก) ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด ตามมาตรา 139 : มาตรา 139 ได้บัญญัติไว้ว่า

“**มาตรา 139**<sup>134</sup> .....

<sup>133</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, หน้า 81-82.

<sup>134</sup> The Constitution of Austria 1920(revised in 1929).

“**Art.139** .....

(3) The Constitutional Court may rescind an ordinance as contrary to law only to the extent that its rescission was expressly submitted or the Court would have had to apply it in the pending suit. If the Court reaches the conclusion that the whole ordinance

a) has no foundation in law,

b) was issued by an authority without competence in the matter, or

c) was published in a manner contrary to law,

it shall rescind the whole ordinance as illegal.

This does not hold good if rescission of the whole ordinance manifestly runs contrary to the legitimate interests of the litigant who has filed an application pursuant to the last sentence in para. 1 above or whose suit has been the occasion for the initiation of ex officio examination proceedings into the ordinance.

(3) ศาลรัฐธรรมนูญอาจเพิกถอนรัฐกำหนดที่ขัดต่อกฎหมาย (หมายถึงรัฐธรรมนูญและกฎหมายลำดับที่สูงกว่า) ได้แต่เฉพาะบทบัญญัติที่ถูกพิจารณาให้เพิกถอน หรือบทบัญญัติที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาคดี ถ้าศาลเห็นว่ารัฐกำหนดนั้น

(a) ไม่มีกฎหมายให้อำนาจ (*has no foundation in law*)

(b) เสนอโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจในการนั้น หรือ

(c) จัดทำโดยวิธีการที่ขัดต่อกฎหมาย

รัฐกำหนดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะถูกเพิกถอนทั้งหมด

บทบัญญัตินี้ไม่ใช่บังคับถ้าการเพิกถอนรัฐกำหนดทั้งหมดจะมี

ผลทางกฎหมายที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ที่นำคดีมาสู่ศาลตามประโยชน์สุดท้ายในวรรคหนึ่ง (ผู้ที่ถูกรัฐ กำหนดนั้นละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเท่าที่รัฐกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับกับผู้ร้อง โดยจะต้องไม่มีคำ พิพากษาในประเด็นนั้นไปแล้ว) หรือผู้ที่คดีถูกนำเข้าสู่การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ รัฐกำหนด

(4) ถ้ารัฐกำหนดได้ถูกเพิกถอนไปแล้วในเวลาศาล รัฐธรรมนูญมีคำพิพากษา และกระบวนการพิจารณาหรือคำร้องนั้นทำโดยศาล โดยองค์กรปกครอง

(4) If the ordinance has at the time of the Constitutional Court's delivery of its judgment already been repealed and the proceedings were initiated ex officio or the application was filed by a court or an applicant alleging direct infringement of his personal rights through the ordinance's illegality the Court must pronounce whether the ordinance contravened the law. Para. 3 above applies analogously.

(5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds an ordinance as contrary to law imposes on the highest competent Federal or Land authority in the the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline, which may not exceed six months or if legal dispositions are necessary 18 months, for the rescission.

(6) If an ordinance has been rescinded on the score of illegality or if the Constitutional Court has pursuant to para. 4 above pronounced an ordinance to be contrary to law, all courts and administrative authorities are bound by the Court's decision, the ordinance shall however continue to apply to the circumstances effected before the rescission, the case in point excepted, unless the Court in its rescissory judgment decides otherwise. If the Court has in its rescissory judgment set a deadline pursuant to para. 5 above, the ordinance shall apply to all the circumstances effected, the case in point excepted, till the expiry of this deadline.”

อิสระ โดยฝ่ายจัดซื้อระดับสหพันธ์ (Federal procurement Authority) หรือโดยผู้ร้องที่ถูกละเมิด โดยรัฐกำหนดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังคงต้องประกาศว่ารัฐกำหนดนั้นขัดต่อกฎหมายโดยวิธีการเดียวกันกับวรรคสามข้างต้น

(5) คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่สั่งให้เพิกถอนรัฐกำหนดที่ขัดต่อกฎหมายนั้นจะต้องนำเสนอต่อองค์กรฝ่ายปกครองของสหพันธ์หรือของมลรัฐ (Federal or Land authority) เพื่อให้มีการพิมพ์ประกาศการเพิกถอนโดยไม่ชักช้า บทบัญญัตินี้ปรับใช้กับการประกาศตามวรรคสี่ข้างต้น (การประกาศว่ารัฐกำหนดขัดต่อกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่ได้มีการเพิกถอนรัฐกำหนดไปแล้ว) ด้วย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของรัฐกำหนด การเพิกถอนรัฐกำหนดจะมีผลบังคับตามกำหนดระยะเวลาที่พิมพ์ประกาศซึ่งจะต้องไม่เกินกว่าหกเดือน หรือสิบแปดเดือนเพื่อจัดการเพิกถอนให้เป็นไปตามกฎหมาย

(6) ศาลทั้งหมดและองค์กรฝ่ายปกครองถูกผูกพันตามคำพิพากษาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้สั่งให้เพิกถอนรัฐกำหนดโดยเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐกำหนดขัดต่อกฎหมายตามวรรคสี่ข้างต้น รัฐกำหนดจะยังคงมีผลใช้บังคับเฉพาะแต่ในคดีที่ถูกกระทบก่อนรัฐกำหนดถูกเพิกถอน เว้นแต่คำพิพากษาให้เพิกถอนรัฐกำหนดนั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของรัฐกำหนดลงในคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกำหนดตามวรรคห้าข้างต้น รัฐกำหนดนั้นจะใช้กับคดีที่เกิดขึ้นจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาสิ้นสุดของรัฐกำหนดดังกล่าว”

ดังนั้น ถ้ารัฐกำหนดถูกศาลรัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลียตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดแล้ว ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีได้สองทางคือ

1. รัฐกำหนดชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : กรณีนี้ทำให้รัฐกำหนดนั้นมีผลบังคับใช้ต่อไป

2. รัฐกำหนดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : กรณีนี้ทำให้รัฐกำหนดนั้นถูกเพิกถอนทั้งหมดและสิ้นผลบังคับตามกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดหรือตามวันที่ได้พิมพ์ประกาศ ทั้งนี้ไม่เกินกว่าหกเดือนหรือสิบแปดเดือนเพื่อจัดการเพิกถอนให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยศาลทั้งหมดและองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว อนึ่ง รัฐกำหนดจะยังคงมีผลในคดีที่ถูกรัฐกำหนดกระทบกระเทือนถึงก่อนการถูกเพิกถอนตามกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดหรือตามวันที่ได้พิมพ์ประกาศ



ข) ผลของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด ตาม  
มาตรา 140 : มาตรา 140 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 140 <sup>135</sup> .....

<sup>135</sup> The Constitution of Austria 1920(revised in 1929)

“**Art. 140** .....

(3) The Constitutional Court may rescind a law as unconstitutional only to the extent that its rescission was expressly submitted or the Court would have to apply the law in the suit pending with it. If however the Court concludes that the whole law was enacted by a legislative authority unqualified in accordance with the allocation of competence or published in an unconstitutional manner, it shall rescind the whole law as unconstitutional. This does not hold good if rescission of the whole law manifestly runs contrary to the legitimate interests of the litigant who has filed an application pursuant to the last sentence in para. 1 above or whose suit has been the occasion for the initiation of ex officio examination proceedings into the law.

(4) If the law has at the time of the Constitutional Court's delivery of its judgment already been repealed and the proceedings were initiated ex officio or the application filed by a court or an applicant alleging direct infringement of personal rights through the law's unconstitutionality, the Court must pronounce whether the law was unconstitutional. Para. 3 above applies analogously.

(5) The judgment by the Constitutional Court which rescinds a law as unconstitutional imposes on the Federal Chancellor or the competent Governor the obligation to publish the rescission without delay. This applies analogously in the case of a pronouncement pursuant to para. 4 above. The rescission enters into force on the day of publication if the Court does not set a deadline for the rescission. This deadline may not exceed eighteen months.

(6) If a law is rescinded as unconstitutional by a judgment of the Constitutional Court, the legal provisions rescinded by the law which the Court has pronounced unconstitutional become effective again unless the judgment pronounces otherwise, on the day of entry into force of the rescission. The publication on the rescission of the law shall also announce whether and which legal provisions again enter into force.

(7) If a law has been rescinded on the score of unconstitutionality or if the Constitutional Court has pursuant to para. 4 above pronounced a law to be unconstitutional, all courts and administrative authorities are bound by the Court's decision. The law shall however continue to apply to the circumstances effected before the rescission, the case in point excepted, unless the Court in its rescissory judgment decides otherwise. If the Court has in its rescissory judgment set a deadline pursuant to para. 5 above, the law shall apply to all the circumstances effected, the case in point excepted till the expiry of this deadline.”

(3) ศาลรัฐธรรมนูญอาจเพิกถอนรัฐบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เฉพาะแต่บทบัญญัติที่ถูกพิจารณาให้เพิกถอนหรือบทบัญญัติที่ศาลต้องใช้ในการพิจารณาคดี ถ้าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ารัฐบัญญัตินั้นตราขึ้น โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่มีอำนาจหรือจัดทำโดยวิธีการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะถูกเพิกถอน บทบัญญัตินี้ไม่ใช่บังคับในกรณีที่มีการเพิกถอนกฎหมายทั้งหมดจะมีผลทางกฎหมายที่เป็นปฏิบัติต่อผู้ที่นำคดีมาสู่ศาลตามประโยชน์สุดท้ายในวรรคหนึ่ง (ผู้ที่ถูกรัฐบัญญัตินั้นละเมิดสิทธิส่วนบุคคลเท่าที่รัฐบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับกับผู้ร้อง โดยจะต้องไม่มีคำพิพากษาในประเด็นนั้นไปแล้ว) หรือผู้ที่คดีถูกนำเข้าสู่การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติ

(4) ถ้ารัฐบัญญัติได้ถูกเพิกถอนไปแล้วในเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษา และกระบวนการพิจารณาหรือคำร้องนั้นทำโดยศาล โดยองค์กรปกครองอิสระ โดยฝ่ายจัดซื้อระดับสหพันธ์ (Federal procurement Authority) หรือโดยผู้ร้องที่ถูกละเมิดโดยรัฐบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังคงต้องประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยวิธีการเดียวกันกับวรรคสามข้างต้น

(5) คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่สั่งให้เพิกถอนรัฐบัญญัติซึ่งขัดต่อกฎหมายนั้นจะต้องนำเสนอต่อหัวหน้ารัฐบาลแห่งสหพันธ์ (Federal Chancellor) หรือผู้ว่าการ (competent Governor) เพื่อให้มีการพิมพ์ประกาศการเพิกถอนโดยไม่ชักช้า บทบัญญัตินี้ปรับใช้กับการประกาศตามวรรคสี่ข้างต้น (การประกาศว่ารัฐบัญญัติขัดต่อกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่ได้มีการเพิกถอนรัฐบัญญัติไปแล้ว) ด้วย ถ้าศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของรัฐบัญญัติ การเพิกถอนรัฐบัญญัติจะมีผลบังคับตามกำหนดระยะเวลาที่พิมพ์ประกาศซึ่งจะต้องไม่เกินกว่าสิบแปดเดือน

(6) ถ้ารัฐบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่ถูกเพิกถอนโดยรัฐบัญญัติซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะกลับมามีผลใช้บังคับอีกครั้งในวันที่การเพิกถอนมีผล เว้นแต่ศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศไว้เป็นอย่างอื่น การจัดพิมพ์การเพิกถอนรัฐบัญญัตินั้นจะต้องประกาศถึงบทบัญญัติที่กลับมามีผลใช้บังคับด้วย

(7) ศาลทั้งหมดและองค์กรฝ่ายปกครองถูกผูกพันตามคำพิพากษาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้สั่งให้เพิกถอนรัฐบัญญัติโดยเหตุไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญภายหลังจากที่รัฐบัญญัตินั้นได้ถูกเพิกถอนไปแล้ว รัฐบัญญัติจะยังคงใช้บังคับเฉพาะแต่ในคดีที่ถูกกระทบก่อนรัฐบัญญัติถูกเพิกถอน เว้นแต่คำพิพากษาให้เพิกถอนรัฐบัญญัตินั้นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนด

ระยะเวลาสิ้นสุดของรัฐกำหนดลงในคำพิพากษาเพิกถอนรัฐกำหนดตามวรรคห้าข้างต้น รัฐบัญญัติ  
นั้นจะ ใช้กับคดีที่เกิดขึ้นจนกว่าจะถึงกำหนดเวลาสิ้นสุดของรัฐบัญญัติดังกล่าว”

ดังนั้น ถ้ารัฐบัญญัติ (ในกรณีนี้หมายถึงรัฐกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจาก  
รัฐสภาแล้ว) ได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญ  
ออกสเตรียแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญออกสเตรียย่อมมีคำพิพากษาถึงการตรวจสอบความชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติได้สองทางคือ

1. รัฐบัญญัตินั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : กรณีนี้รัฐบัญญัตินั้นย่อมมี  
ผลบังคับใช้ต่อไป

2. รัฐบัญญัติไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ : กรณีนี้ทำให้รัฐบัญญัตินั้น  
ถูกเพิกถอนและสิ้นผลบังคับตามกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดหรือตามวันที่ได้พิมพ์ประกาศ ทั้งนี้ไม่  
เกินกว่าสิบแปดเดือน โดยศาลทั้งหมดและองค์กรฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตามคำพิพากษาของ  
ศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว อนึ่ง รัฐบัญญัติจะยังคงมีผลในคดีที่ถูกรัฐบัญญัติกระทบกระเทือนถึง  
ก่อนการถูกเพิกถอนตามกำหนดเวลาที่ศาลกำหนดหรือตามวันที่ได้พิมพ์ประกาศ และการเพิกถอน  
รัฐบัญญัติโดยศาลรัฐธรรมนูญนี้มีผลทำให้บทบัญญัติที่ถูกรัฐบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพิกถอน  
ไปแล้วกลับมามีผลใช้บังคับอีกครั้งหนึ่ง

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติมาตรา 139 และมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญ  
ออกสเตรียข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออกสเตรียในการตรวจสอบความชอบ  
ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามบทบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วย  
รัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังการประกาศใช้แล้ว โดยเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย  
ทั้งแบบนามธรรมและรูปธรรม ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดโดย  
ศาลรัฐธรรมนูญออกสเตรียนั้น ก็ต้องอาศัยบทบัญญัติมาตราดังกล่าวให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ  
ออกสเตรียในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดทั้งในส่วนของการตรวจสอบ  
เนื้อหาและเงื่อนไขการตรารัฐกำหนด โดยอำนาจนี้จะเริ่มมีขึ้นตั้งแต่รัฐกำหนดได้ถูกตราขึ้นและมี  
ผลใช้บังคับ อาศัยอำนาจตามมาตรา 139 และถึงแม้ว่ารัฐกำหนดนั้นจะได้รับการอนุมัติจากรัฐสภา  
อันมีผลทำให้รัฐกำหนดนั้นมีสถานะเป็นรัฐบัญญัติแล้วก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงมีอำนาจใน  
การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนด อาศัยตามมาตรา 140 ทั้งนี้ เป็นไปตาม  
ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศออกสเตรียที่เป็นระบบการควบคุมแบบรวม  
ศูนย์ ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญออกสเตรียเป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยสามารถทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ทั้งในกฎของฝ่ายบริหารและในกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อพิจารณาถึงระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรียตามรายละเอียดข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรียที่มีความแตกต่างกัน ถึงแม้ว่าทั้งสองประเทศจะมีศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เป็นผลมาจากพัฒนาการทางทฤษฎีของกฎหมายมหาชนในแต่ละประเทศนั่นเอง กล่าวคือ

ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะอยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) และศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) เนื่องจากระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นระบบการควบคุมแบบป้องกัน (preventif) ทำให้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะมีแต่เฉพาะการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมายและไม่มีบทบัญญัติให้มีการควบคุมหลังประกาศใช้บังคับกฎหมายแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดในส่วนของ “ร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด” ตามระบบของการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย แต่ไม่มีอำนาจในการตรวจสอบรัฐกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ประกาศใช้และต่อมากลายเป็นนิติกรรมทางนิติบัญญัติ (acte de forme législative) เนื่องจากได้รับสัตยาบันจากรัฐสภาเพราะได้มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายไปแล้ว ในส่วนอำนาจการตรวจสอบรัฐกำหนดโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสนั้นก็สืบเนื่องมาจากทฤษฎีหลักองค์กรผู้ทำคำสั่ง (critère organique) ที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ในคดีที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1907 และจากการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ในคำวินิจฉัยที่ 85-196 ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1985 นั่นเองทำให้สถานะแรกของรัฐกำหนดซึ่งเกิดขึ้นเมื่อรัฐกำหนดมีผลใช้บังคับไปจนกระทั่งถึงการให้สัตยาบัน คือ สถานะของการเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) นี้เป็นอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุด

สำหรับประเทศออสเตรียนั้นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดนั้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียวซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะของระบบศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียที่เป็นระบบการควบคุมแบบรวมศูนย์ (centralized judicial review) ซึ่งมีพื้นฐานมาจากแนวคิดของ Hans Kelsen ที่ได้เสนอให้ใช้ในออสเตรีย โดยมีมาตรา 139 และมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญออสเตรีย เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐกำหนดทั้งในส่วนของเนื้อหาและเงื่อนไขการตรารัฐกำหนด และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียจะเริ่มมีขึ้นตั้งแต่รัฐกำหนดประกาศใช้บังคับโดย



เป็นการตรวจสอบรัฐกำหนดในฐานะกฎของฝ่ายบริหารตามมาตรา 139 เมื่อรัฐกำหนดได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว รัฐกำหนดก็ยังคงถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ตามมาตรา 140 หนึ่ง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญออस्टเรีย นั้น จะมีแต่เฉพาะในกฎหมายที่มีการประกาศใช้บังคับไปแล้วเท่านั้น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับนั้นจะมีแต่เฉพาะอำนาจในการควบคุมตรวจสอบเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐเท่านั้น