

### บทที่ 3

## ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ กับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ในบทนี้จะแบ่งหัวข้อในการศึกษาเป็นสองหัวข้อ ดังนี้ 3.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และ 3.2 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

### 3.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นเนื่องจากการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการยอมรับว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว บรรดาบทกฎหมายต่างๆจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีระบบในการตรวจสอบว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในที่นี้จะได้ทำการศึกษาถึงเรื่องต่อไปนี้ 3.1.1 ทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอันเป็นบ่อเกิดของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ และ 3.1.2 ความหมายและผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

#### 3.1.1 ที่มาของทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเรื่อง ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นครั้งแรกในทวีปยุโรปและสหรัฐอเมริกา ในช่วงศตวรรษที่ 17-18 และได้มีการพัฒนาขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งในที่นี้จะพิจารณาแนวความคิดที่เกิดขึ้นในทางยุโรปและสหรัฐอเมริกา

การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอังกฤษเกิดขึ้นครั้งแรกในการวินิจฉัยคดีนายแพทย์ Thomas Bonham<sup>1</sup> ในคดีนี้ นายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลโดยฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทย์สภาแห่งกรุงลอนดอน ศาลของแพทย์สภาพิพากษาลงโทษปรับและกักขังนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทย์สภา ค่าปรับครึ่งหนึ่งที่ได้จากนายแพทย์ Bonham ต้องตกเป็นของประธานแพทย์สภาและประธานศาลแห่งแพทย์สภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้ได้พิพากษาว่าข้อบังคับของแพทย์สภาขัดต่อหลัก Common Law

---

<sup>1</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ, 90 ปี  
ธรรมศาสตร์อาจารย์ สัณญา ธรรมศักดิ์, หน้า 193-194

ที่ว่า “ไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตัวเองมีส่วนได้เสีย” บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลัก Common Law ย่อมไม่มีผลใช้บังคับและศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common Law

แนวความคิดของ Sir Edward Coke ได้แพร่หลายไปยังสหรัฐอเมริกา ซึ่ง Alexander Hamilton ผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ได้แสดงความเห็นสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญของผู้พิพากษา ซึ่งผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายของสภาที่ขัดรัฐธรรมนูญจึงเป็นโมฆะ เมื่อทุกองค์กรต้องเคารพความสูงสุดของรัฐธรรมนูญศาลก็มีพันธะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกัน กรณีเป็นหน้าที่ขององค์กรศาลที่จะพิจารณาว่ากฎหมายเป็นอย่างไร ดังนั้น ในการใช้กฎหมาย ศาลจึงพิพากษาแสดงว่า กฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้<sup>2</sup> แนวความคิดดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นครั้งแรกในคดี *Mabury v. Madison* ซึ่งข้อเท็จจริงของคดี คือ หลังจากฝ่ายแพ่งการเลือกตั้ง ในวันสุดท้ายของการดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี John Adams ได้แต่งตั้ง William Mabury เป็น “justice of the peace” ทั้งนี้ เพื่อจะรักษาอำนาจบางส่วนของพรรคการเมืองตนไว้ อย่างไรก็ตาม รัฐบาลไม่สามารถส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้ William Mabury ได้ทันในวันนั้น แม้ว่าตราสารดังกล่าวจะได้รับการลงนาม สภาซันเดย์ให้ความยินยอม และ John Marshall จะได้ประทับตราเรียบร้อยแล้วก็ตาม Thomas Jefferson ประธานาธิบดีคนใหม่เห็นว่าการแต่งตั้งดังกล่าวไม่สมบูรณ์และไม่มีผลในทางกฎหมาย รัฐบาลใหม่จึงไม่ส่งมอบตราสารแต่งตั้งให้ William Mabury จึงได้ยื่นฟ้อง James Madison รัฐมนตรีคนใหม่ที่รับผิดชอบเรื่องดังกล่าวให้ส่งมอบตราสารให้ตน ต่อศาลสูงสุดโดยตรง โดยอ้าง Judiciary Act 1759 ซึ่งให้อำนาจศาลสูงสุดสั่งให้รัฐมนตรีปฏิบัติตามการให้เป็นไปตามกฎหมายได้ สนับสนุนคำฟ้องของตน John Marshall ประธานศาลสูงสุดยอมรับความผูกพันของตราสารแต่งตั้ง ซึ่งตนมีส่วนรับผิดชอบอยู่ด้วย และยืนยันว่าผู้พิพากษามีหน้าที่คุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำมิชอบด้วยกฎหมายของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐฯ Art 3 Section 2 บัญญัติให้ศาลสูงสุดพิจารณาคดีเป็นศาลแรกได้ เฉพาะคดีที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ทูตเป็นคู่ความเท่านั้น ไม่ใช่คดีที่บุคคลธรรมดาเป็นคู่ความ Judiciary Act 1759 ที่สภาซันเดย์มอบอำนาจให้ศาลสูงสุดพิจารณาพิพากษาคดีลักษณะดังกล่าวจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลบังคับใช้ ซึ่งในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ.1787 ไม่ได้มีบทบัญญัติให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในคดีนี้ ผู้พิพากษา John Marshall ได้ยืนยันอำนาจของผู้พิพากษาในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และยังยืนยันอีกว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับขั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น คดี *Mabury v. Madison* มีอิทธิพลอย่างมากต่อประเทศอื่นๆ ทฤษฎีกฎหมายในภาคพื้นยุโรปที่เคียงคู่กับแนว

<sup>2</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ, วารสารกฎหมายปกครอง 1,2 (สค.2525)หน้า380

ความคิดนี้ ก็คือ ทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายและห่วงโซ่ของกฎหมายซึ่งได้ถือกำเนิดและได้รับการพัฒนาในออสเตรีย โดย Adorf Merkel และ Hans Kelsen ซึ่งได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นระบบการจัดของลำดับชั้น โดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจและกฎหมายนั้นก็ให้อำนาจในการออกกฎหมายต่อไป กฎหมายที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย

แนวความคิด เรื่อง ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สามารถอธิบายถึงที่มาตามทฤษฎีต่าง ๆ ได้ดังนี้<sup>3</sup>

#### (1) ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของ Hans Kelsen

Kelsen ได้อธิบายทฤษฎีนี้โดยใช้หลักตรรกศาสตร์ว่า การดูศักดิ์ของกฎหมายว่ากฎหมายใดมีศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น มีกฎเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่สองประการ คือ กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎเกณฑ์อื่น และกฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่น

กฎเกณฑ์ใดจะมีผลเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายได้จะต้องออกโดยกฎเกณฑ์อื่นที่เหนือกว่าให้อำนาจไว้ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีลำดับศักดิ์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น เพราะรัฐธรรมนูญจะกำหนดหลักเกณฑ์ กระบวนการตรากฎหมายและรูปแบบของกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์นั้นแล้ว จึงมีประเด็นปัญหาว่าแล้วรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยอาศัยกฎเกณฑ์ใด Kelsen ได้อธิบายตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติว่า จะต้องสมมติให้มีกฎเกณฑ์พื้นฐานขึ้นมาอย่างหนึ่งเรียกว่า "Grundnorm" ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานที่ให้อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญ ดังนั้น Grundnorm จึงมีศักดิ์ที่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ และกฎเกณฑ์พื้นฐานนี้จะต้องตั้งอยู่บนฐานของความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness) คือ ความสามารถที่จะบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง ซึ่งแสดงออกโดยการที่ประชาชนทั่วไปเชื่อฟังและปฏิบัติตาม เมื่อรัฐธรรมนูญได้ตราขึ้นตามกฎเกณฑ์พื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปแล้ว รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นกฎหมายสูงสุด และมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายอื่นๆ

#### (2) ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Thomas Hobbes

Hobbes อธิบายว่า สังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นมิได้มีอยู่เองตามธรรมชาติ โดยแต่ละคนต่างยอมสละเสรีภาพ สิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่งให้เป็นผู้ปกครอง โดยเชื่อว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ดังนั้น คนแต่ละคนจึงต้องเคารพสัญญาที่

<sup>3</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารประกอบการสอน วิชา กฎหมายมหาชนเบื้องต้น เรื่อง ที่มาของกฎหมายมหาชน, 2541

ทำขึ้น และเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจให้ไป โดยมองว่า ผู้ปกครองนั้นได้รับอำนาจไปแบบ การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ฉะนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองจึงต้องถือว่า ยุติธรรมเสมอ สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นนั้นเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นที่มาของผู้ปกครองและเป็นที่มาของอำนาจของผู้ปกครองด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึง เป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน

### (3) ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau

Rousseau ได้กล่าวว่า สังคมที่มีความสงบสุขเรียบร้อยมีผลมาจากการที่ประชาชน ยอมมอบอำนาจของตนบางส่วนให้แก่ผู้ปกครอง ประชาชนทุกคนต่างทำสัญญาร่วมกันว่า ทุกคน จะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ ร่วมกันของสังคม ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและผู้ปกครองต่างขึ้นต่อกันและกัน ผู้ปกครอง ที่แท้จริงก็คือ ผู้อยู่ใต้การปกครองนั่นเอง เนื่องจากประชาชนยังคงมีเสรีภาพเช่นเดิม กฎหมายที่ ตราออกมาก็คือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป โดยที่ทุกคนมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดและแสดง ออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป และหากผู้ปกครองที่ได้รับอำนาจไปแล้ว ปฏิบัติตนไม่เป็นไปตาม เจตนารมณ์ของคนในสังคม ประชาชนมีอำนาจที่จะถอดถอนผู้ปกครองผู้นั้นได้

ทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau จะแตกต่างจากทฤษฎีของ Hobbes บางส่วน กล่าวคือ ทฤษฎีของ Hobbes นั้น จะเน้นถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นการ สนับสนุนการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ อำนาจการปกครองอยู่ที่พระมหากษัตริย์ เพียงผู้เดียว โดยสะท้อนให้เห็นความคิดที่ว่า บัลลังก์กษัตริย์ไม่เคยว่างเปล่าจะต้องมีการสืบทอด บัลลังก์กษัตริย์ต่อไปในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ส่วนทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau นั้น จะเน้นการปกครองแบบประชาธิปไตย โดยมองว่า สัญญาประชาคมเป็นเรื่องเจตจำนงทั่วไป ของประชาชน (volunte generale) เพื่อปกครองตนเอง มิใช่การมอบเจตจำนงของประชาชนไปให้ ผู้หนึ่งผู้ใด กษัตริย์เพียงแต่ทำหน้าที่เป็นประมุขของประเทศ แต่ไม่มีอำนาจไปก้าวภายในเรื่องของการบริหารประเทศ

จากทฤษฎีสัญญาประชาคมของ Rousseau จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นสัญญา ประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครอง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายที่สูงสุด ในการปกครองประเทศ

### (4) ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมืองโดยซีเอเยส์ (Sieyes)

ซีเอเยส์ ได้เป็นผู้คิดทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมือง โดยอธิบายว่า ในทุกสังคมจะมีอำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Pouvoir Constituant) อำนาจนี้จะ เป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการ ปกครองกันอย่างไร ก็จะมีอำนาจที่ใหญ่มาก คือ อำนาจว่าจะปกครองสังคมให้เป็นอย่างไร จัดตั้ง องค์กรอย่างไร หรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา องค์กร ที่ถูกก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้ง อำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแสดงออกโดยผ่าน รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐ ธรรมนูญแล้วและรัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายใน การใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่นๆ ทั้งหมด และ องค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ องค์กรเหล่านี้เป็นเพียงได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดนี้เป็นอำนาจสูงสุดที่มีอยู่ก่อนรัฐ ธรรมนูญและได้แสดงออกผ่านทางรัฐธรรมนูญ จากการทำรัฐธรรมนูญได้ก่อให้เกิดองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการนั้น ได้ก่อให้เกิดผลที่ตามมาก็คือ การมีลำดับชั้นของกฎหมาย ทำให้กฎหมาย ที่มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ ดังนั้น องค์กรทั้งสามดังกล่าวจึงไม่อาจ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ หากจะมีการแก้ไข เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องมียุติบัตรที่มีอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญมาทำหน้าที่ดังกล่าว อำนาจใน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ถือเป็นอำนาจที่ต่อเนื่องของอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทาง การเมืองสูงสุด

### 3.1.2 ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุดและผลของความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ

(1) ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นลักษณะพิเศษที่ทำให้รัฐธรรมนูญมี ฐานะที่แตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไป คือ สูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวงที่ใช้บังคับอยู่ภายในรัฐ ดังนั้น ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุด ก็คือ การมีฐานะที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายอื่นใด ทั้งหมด ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญสามารถแสดงออกได้หลายวิธีโดยอาจรับรองไว้ใน รัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายสูงสุด หรือบัญญัติว่ากฎหมายอื่นใดจะขัดรัฐธรรมนูญมิได้ หรือการ กำหนดให้รัฐธรรมนูญมีกระบวนการในการแก้ไขที่ยากกว่ากฎหมายธรรมดา เป็นต้น

(2) ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ก. กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

การกำหนดให้กฎหมายอื่นใดในระบบจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมิได้ มีผลเป็นการประกันสถานะของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายทั้งปวงไม่ว่าจะมีอยู่ก่อนหรือหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว กฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ เหตุผลที่ต้องมีการกำหนดในลักษณะเช่นนี้ก็คือ หากยอมให้กฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้แล้ว ความเป็นกฎหมายสูงสุดก็ย่อมจะไร้ผลไป อีกทั้ง กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจวางหลักเกณฑ์ใหม่แทนที่ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้แล้ว โดยอาจอ้างหลักที่ว่า การออกกฎหมายใหม่ย่อมดีกว่ากฎหมายเก่า และจะเป็นการขยายอำนาจให้กับองค์กรนิติบัญญัติ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะที่พิเศษจากกฎหมายอื่นๆ นั่นคือ รัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่วไป และจะต้องกำหนดให้มีวิธีการในการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายธรรมดาทั่วไปที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติด้วย ซึ่งในส่วนนี้ นั้น จะต้องมียุติการหรือสถาบันเข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว โดยมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้เรียกว่า Judicial Review

#### ข. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานที่ก่อตั้งอำนาจรัฐและกำหนดกรอบการใช้อำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน กฎหมายต่างๆ ที่บังคับใช้ในรัฐ การปฏิบัติการและการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายล้วนอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น การพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงกระทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ในเรื่องนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาก็คือ องค์กรของรัฐเกิดขึ้นเนื่องจากอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางทฤษฎีอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุด องค์กรที่มีอำนาจที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้นั้น จะต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญนั้น องค์กรทั้งสามของอำนาจอธิปไตย ได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ซึ่งมีฐานะที่ต่ำกว่า จึงไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงมีแนวความคิดที่จะต้องเป็นองค์กรพิเศษที่มาจากอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น องค์กรดังกล่าวจึงมีสถานะที่เหนือกว่ารัฐธรรมนูญ จึงจะมีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ ยกตัวอย่างเช่น สมาร่างรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ในที่นี้จึงอาจสรุปถึงเหตุผลที่สนับสนุนความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้<sup>4</sup>

<sup>4</sup> สมภพ โหตระกิตย์, การควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 17 เมษายน 2541 ตอน 1, หน้า 2

(1) การจัดทำกฎหมายธรรมดาจะต้องจัดทำตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บทของกฎหมายธรรมดา และมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา

(2) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงการใช้อำนาจในการปกครองประเทศ เช่น การใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และวางระเบียบการใช้อำนาจนั้นๆ ว่าใครเป็นผู้ใช้ และจะใช้อย่างไร ส่วนกฎหมายธรรมดาเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ใช้อำนาจปกครองประเทศ โดยเฉพาะผู้ใช้อำนาจบริหาร และผู้ใช้อำนาจตุลาการ กฎหมายธรรมดาจึงมีลักษณะช่วยส่งเสริมรัฐธรรมนูญ

(3) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ถ้าไม่กำหนดให้การจัดทำกฎหมายธรรมดาต้องเคารพบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญจะไม่มั่นคงถาวร อาจถูกเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขโดยผู้จัดทำกฎหมายธรรมดาได้

### 3.2 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ในการศึกษาเรื่องการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในต่างประเทศจะแบ่งหัวข้อในการศึกษาดังนี้ คือ 3.2.1 ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ 3.2.2 ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

#### 3.2.1 ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ก่อนที่จะศึกษาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายของแต่ละประเทศ จะขอพิจารณาถึงระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยรวมก่อน ซึ่งในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนี้ สามารถแบ่งออกได้ดังนี้ คือ<sup>5</sup>

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรม (die abstrakte Normenkontrolle) ซึ่งอาจแบ่งได้สองลักษณะ คือ

(1.1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเชิงป้องกันหรือการควบคุมก่อนการประกาศใช้ (preventive Normenkontrolle)

<sup>5</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 เมษายน 2541 ตอน 1 หน้า 46-50

วิธีการควบคุมก่อนการประกาศใช้นั้นเป็นวิธีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในออสเตรีย สเปน (จนถึงปี 1985) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝรั่งเศส การควบคุมก่อนการประกาศใช้ในออสเตรียนั้น จำกัดเฉพาะการตรวจสอบเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมายระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐเท่านั้น ในกรณีนี้คล้ายกับในอิตาลีที่ใช้วิธีการควบคุมก่อนการประกาศใช้สำหรับกฎหมายของแคว้นการปกครอง โดยการยื่นคำร้องของรัฐบาลกลาง ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้น กำหนดให้เป็นการบังคับว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ดีข้อบังคับของสภากิติ จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบก่อนที่จะประกาศใช้

(1.2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเชิงแก้ไข หรือการควบคุมแบบนามธรรมหลังประกาศใช้ (repressive Normenkontrolle)

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรมหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้นั้น เป็นกรณีที่มีความขัดแย้งหรือมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนในการออกกฎหมายว่าเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่หรือเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายของสหพันธ์หรือของมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่หรือหากเป็นกฎหมายของมลรัฐตรวจสอบว่าสอดคล้องกับกฎหมายของสหพันธ์หรือไม่ กฎหมายที่อาจได้รับการควบคุมตรวจสอบนั้น หมายความว่ารวมถึง สัญญาระหว่างประเทศ สัญญาระหว่างมลรัฐ กฎหมายงบประมาณ รวมทั้งกฎีกาต่าง ๆ ของสหพันธ์ ส่วนในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะไม่มี การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายหลังการประกาศใช้

(2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรม (die konkrete Normenkontrolle)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรมนั้น เป็นกรณีที่มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง อันสืบเนื่องมาจากกรณีที่มีข้อพิพาทที่ได้มีการดำเนินคดีในศาล และประเด็นสำคัญของการพิจารณาคดีดังกล่าว ขึ้นอยู่กับการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายฉบับดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้อาจแยกได้เป็นสองระบบ คือ

(2.1) ระบบการกระจายการควบคุม (decentralized judicial review) เป็นระบบที่ศาลทุกศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีที่ศาลนั้นกำลังพิจารณาอยู่ โดยถือกันว่า ศาลเป็นองค์กรตุลาการที่มีอยู่แล้วและทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมาย ศาลจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่อยู่ในระหว่างการพิจารณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ว่าปัญหานั้นจะต้องวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นในศาลใด ระบบนี้เกิดขึ้นครั้งแรกใน



สหรัฐอเมริกา จากประวัติศาสตร์การจัดทำรัฐธรรมนูญปรากฏว่าในตอนแรกมีการเสนอให้ศาลสหรัฐมีอำนาจพิจารณาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐสภาได้ เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของรัฐต่อมลรัฐต่างๆ แต่บทบัญญัติเหล่านี้ถูกตัดออกไปไม่เป็นที่ยอมรับโดยเกรงว่าศาลจะไปแทรกแซงนโยบายในการบริหาร<sup>6</sup> แต่ในทางปฏิบัติศาลสูงสุดกลับอ้างในคดี *Mabury v. Madison* ว่าศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายของรัฐสภาได้ ซึ่งนับจากนั้น ศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ระบบดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับนำไปใช้ในหลายประเทศ เช่น สวิสเซอร์แลนด์ กรีซ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี แม้จะมีการนำระบบนี้ไปใช้ในหลายประเทศ ก็ได้มีการกล่าวถึงผลเสียของระบบนี้หลายประการ<sup>7</sup> คือ การกำหนดให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ และหากเกิดความผิดพลาดประชาชนก็ไม่สามารถควบคุมศาลได้ ประการที่สอง ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาทางการเมือง หากยอมให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบก็เท่ากับเป็นการเปิดทางให้ศาลเข้ามาเล่นการเมือง ประการที่สาม ผู้พิพากษามีคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสมเพราะมีความเป็นนักกฎหมายมากเกินไป ในขณะที่การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องอาศัยความรู้ทั้งทางเศรษฐศาสตร์ การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและอื่นๆ และประการสุดท้าย การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไปทำให้คำวินิจฉัยไม่เป็นเอกภาพเพราะแต่ละศาลอาจตัดสินไม่เหมือนกัน แต่หากจะมองอีกมุมหนึ่ง ก็คือ ประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณี (Common Law) ที่ใช้ระบบการกระจายอำนาจดังกล่าวนี้ จะไม่เกิดปัญหาคำวินิจฉัยที่ไม่เป็นเอกภาพ เพราะประเทศเหล่านี้จะยึดถือหลัก *Stare decisis* คือ เมื่อศาลสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้อย่างไรแล้ว ศาลชั้นต้นก็ต้องวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นเหมือนกันหรือคล้ายคลึงกันที่เกิดขึ้นภายหลังเช่นเดียวกับที่ศาลสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว

(2.2) ระบบการควบคุมแบบรวมศูนย์ (centralized judicial review) เป็นระบบที่มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดของ Hans Kelsen ที่มีการจำกัดให้ศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเพียงองค์กรเดียว โดยมีความอิสระเป็นหลักประกันในการทำงาน ซึ่งจะไม่ถูกแทรกแซงโดยทางการเมือง โดยประเทศออสเตรียเป็นประเทศแรกที่นำระบบนี้มาใช้ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1920 แม้จะกล่าวว่าประเทศออสเตรียเป็นต้นแบบของระบบนี้ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่าประเทศฝรั่งเศสก็เป็นที่มาของระบบนี้เช่นกัน กล่าวคือ ภายหลังจากการปฏิวัติ

<sup>6</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์, 80 ปี ศาลตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, หน้า 28-29

<sup>7</sup> ธีระ สุธีวรารุง, ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 กับฉบับก่อนๆ, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 1 เดือนมกราคม-เมษายน พ.ศ.2542, หน้า 80

ครั้งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส ในปี ค.ศ.1789 ซิเอเยส์ได้เสนอให้จัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นใหม่ให้เป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาล และศาลเพื่อทำหน้าที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยเรียกว่า “คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในสมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็น “สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ในเวลาต่อมาาระบบสภาสูงฯ ล้มเลิกไปและฝรั่งเศสวางเว้นไม่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอยู่หลายปีจนมีการตั้ง “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 เพื่อควบคุมมิให้ร่างกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญ และต่อมาสภานี้ก็เปลี่ยนเป็นสภารัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 ในที่สุด

### 3.2.2 ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

ในการศึกษาระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของต่างประเทศจะทำการศึกษาถึงระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 3.2.2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ในที่นี้จะทำการศึกษาโดยแยกเป็นสองหัวข้อ คือ 1. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ และ 2. อำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้กำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวความคิดในการจัดตั้งองค์กรพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นผลมาจากการคัดค้านการใช้อำนาจในการวินิจฉัยของศาลยุติธรรม ในช่วงแรกสมัยศตวรรษที่ 19 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันยังไม่มี การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งในสมัยไวมาร์ รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ.1918 ได้กำหนดว่า การควบคุมตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญจะกระทำในกรณีข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐเท่านั้น แต่ยังไม่ได้บัญญัติไว้อย่างแจ่มชัดว่าให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญแต่ก็มีแนวคำพิพากษาของศาลและทฤษฎีทางกฎหมาย ซึ่งทำให้เกิดแนวความคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญโดยศาล ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1949 ได้มีบทบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้น โดยมีบทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา ศาลรัฐธรรมนูญ เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ และที่มาของผู้พิพากษาไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง ยังได้

บัญญัติถึงหลักประกันความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญว่าจะไม่ถูกแทรกแซงโดยฝ่ายบริหารไม่ว่าจะกรณีใด ๆ<sup>8</sup>

### 1. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้บัญญัติไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) และได้นำมาบัญญัติไว้อีกในกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Gesetz über Bundesverfassungsgericht-BVerfGG) เพื่อเป็นการบัญญัติรวบรวมอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญที่กระจัดกระจายตามมาตราต่างๆ นำมาบัญญัติรวมกันไว้ในมาตราเดียวเพื่อความสะดวกในการใช้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยเรื่องต่างๆ ดังนี้<sup>9</sup>

#### (1) วินิจฉัยคดีที่มีข้อพิพาทขัดแย้งกันขององค์กรของรัฐ

(1.1) ในระบอบสหพันธ์รัฐซึ่งประกอบไปด้วยมลรัฐต่างๆ รวมถึง 16 มลรัฐ ในปัจจุบันข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐต่างๆ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกันมีดังนี้

- ข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐต่างๆ เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการจัดระเบียบทางกฎหมายของสหพันธ์รัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มลรัฐเป็นผู้ดำเนินการในนามของสหพันธ์รัฐ และมีการควบคุมดูแลโดยสหพันธ์รัฐ (Bundesaufsicht) ในกรณีที่มีความคิดเห็นแตกต่างกันในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐต่างๆ กรณีนี้ ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกยื่นคำร้องจะเป็นรัฐบาลสหพันธ์รัฐและรัฐบาลของมลรัฐเท่านั้น (มาตรา 93 I Nr.3,84 IV Satz 2 GG และ มาตรา 13 Nr.7,66 ff.BVerfGG)

- ข้อพิพาทระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐต่างๆ หรือระหว่างมลรัฐต่างๆ ด้วยกัน หรือภายในมลรัฐเดียวกันในกรณีที่เมื่ออาจใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลอื่นไม่ได้ กล่าวคือ จะฟ้องต่อศาลปกครองหรือศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐไม่ได้ (มาตรา 93 I Nr.4, GG และมาตรา 13 Nr.8,71 ff.BVerfGG)

- ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญภายในมลรัฐเดียวกัน ในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐกำหนดไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีอำนาจพิจารณาพิพากษา (มาตรา 99 GG และมาตรา 13 Nr.10 BVerfGG) ซึ่งในปัจจุบันมีกฎหมายของมลรัฐสเลสวิก-โฮลสไตน์ (Schleswig-Holstein)

<sup>8</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 17 ฉบับที่ 3, กันยายน 2540, หน้า 58

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 58

กำหนดให้ข้อพิพาทระหว่างองค์กรภายในมลรัฐและการควบคุมกฎหมายอย่างนามธรรม (abstrakte Normenkontrolle) อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ

(1.2) ข้อพิพาทระหว่างองค์กรต่างๆ ในระดับสหพันธ์รัฐด้วยกัน ในกรณีที่ยังมีองค์กรต่างๆ ในระดับสหพันธ์รัฐตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอื่นที่ก่อตั้งโดยองค์กรรัฐธรรมนูญมีข้อพิพาทกันในเรื่องสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ องค์กรต่างๆ เหล่านี้อาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐตีความรัฐธรรมนูญได้ (มาตรา 19 Nr.1 G; มาตรา 13 Nr.5,63 ff.BVerfGG) ในกรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกยื่นคำร้องจะเป็นได้เพียงประธานาธิบดี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ (Bundestag) สภาที่ปรึกษาสหพันธ์รัฐ (Bundesrat) คณะกรรมาธิการ ตามมาตรา 45 GG รัฐบาลสหพันธ์รัฐหรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยระเบียบของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ หรือระเบียบของสภาที่ปรึกษาสหพันธ์รัฐ

(2) ตรวจสอบผลบังคับของกฎหมายต่างๆ (Rechtsnorm) ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือที่เรียกกันว่าการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

(2.1) ขั้นตอนที่มาของการใช้อำนาจตรวจสอบความมีผลบังคับของกฎหมายต่างๆ

- รัฐบาลสหพันธ์รัฐ รัฐบาลมลรัฐต่างๆ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐจำนวนหนึ่งในสาม มีคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันหรือมีข้อสงสัยว่ากฎหมายของสหพันธ์รัฐ หรือกฎหมายของมลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือกฎหมายของมลรัฐสอดคล้องกับกฎหมายสหพันธ์รัฐหรือไม่ (มาตรา 93 I Nr.2 GG และมาตรา 13 Nr.6,76 ff.BVerfGG) หรือที่เรียกกันว่าการควบคุมแบบนามธรรม

- ในกรณีที่ศาลต่างๆ เห็นว่ากฎหมายที่ตนพิจารณาปรับใช้อยู่นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ ศาลนั้นจะต้องหยุดการพิจารณาคดีดังกล่าว แล้วส่งปัญหานั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐพิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 100 I GG และมาตรา 13 Nr.II,80 ff.BVerfGG) หรือที่เรียกกันว่า การควบคุมกฎหมายอย่างรูปธรรม

- ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสหพันธ์รัฐด้วยหรือไม่ ตามความหมายของมาตรา 25 GG ซึ่งหากเป็นกฎหมายของสหพันธ์รัฐด้วยแล้ว ก็จะมีผลโดยตรงต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชน ศาลที่พิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องจะต้องหยุดการพิจารณาคดีดังกล่าว แล้วส่งปัญหานั้นไปให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐวินิจฉัย (มาตรา 100 II GG และมาตรา 13 Nr.12,83 ff.BVerfGG)

- ในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันว่ากฎหมายในอดีตก่อนมีการสถาปนาประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายของสหพันธ์รัฐต่อไปหรือไม่ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ สภาที่ปรึกษาสหพันธ์รัฐ รัฐบาลสหพันธ์รัฐ รัฐบาลมลรัฐต่างๆ หรือศาลต่างๆ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้พิจารณาวินิจฉัยในปัญหานั้น (มาตรา 126 GG และมาตรา 13 Nr.14,86 ff.BVerfGG)

(2.2) เพื่อให้การตีความกฎหมายสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญอย่างมีเอกภาพ ถ้าศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐต่างๆ จะตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญให้แตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ หรือแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐอื่นๆ ศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐนั้นจะต้องเป็นผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 100 III GG และมาตรา 13 Nr.13,85 ff.BVerfGG)

(2.3) ในกรณีสภาผู้แทนราษฎรและสภาที่ปรึกษาสหพันธ์รัฐประชุมร่วมกัน เพื่อจะแก้ไขกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กระทำได้อีกแต่โดยได้รับความเห็นจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่า การแก้ไขดังกล่าวนั้นศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ปฏิบัติหน้าที่ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะต้องมีมติด้วยเสียงข้างมากของผู้พิพากษาที่อยู่ในการประชุมพิจารณานั้น เรียกกันว่า เป็นรูปแบบของการควบคุมกฎหมายในเชิงป้องกัน

(2.4) คำร้องทุกข้อโต้แย้งคำวินิจฉัยของสภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐในเรื่องความสมบูรณ์ของการเลือกตั้ง การได้มาหรือการสิ้นสุดซึ่งสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 41 II GG และมาตรา 13 Nr.3,48 BVerfGG)

(3) ใต้อันถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของพรรคการเมืองในกรณีที่มีข้อสงสัยว่า พรรคการเมืองใดมีวัตถุประสงค์และดำเนินการภายในขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นอันตราয়ต่อความดำรงอยู่ของสหพันธ์รัฐหรือไม่ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์รัฐ สภาที่ปรึกษาสหพันธ์รัฐ รัฐบาลสหพันธ์รัฐ หรือรัฐบาลมลรัฐในกรณีที่พรรคการเมืองจำกัดกิจกรรมของพรรคภายในมลรัฐนั้น ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณาวินิจฉัยว่า พรรคการเมืองดังกล่าวเป็นพรรคการเมืองที่มีชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 21 II GG และมาตรา 13 Nr.2,43 ff.BVerfGG)

(4) วินิจฉัยคำร้องต่างๆ เกี่ยวกับสถานะของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาถึงการเสียสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญซึ่งได้แก่

(4.1) ในกรณีที่ประธานาธิบดีสหพันธ์รัฐกระทำการโดยเจตนาละเมิดรัฐธรรมนูญ

สหพันธรัฐหรือกฎหมายอื่นๆ ของสหพันธรัฐ สมาชิกของแต่ละสภาจำนวนหนึ่งในสี่เข้าชื่อกันเสนอ คำร้องนั้นต่อสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ หรือสภาที่ปรึกษาสหพันธรัฐแล้วแต่กรณีให้พิจารณา สภาดังกล่าวจะยกคำร้องได้จะต้องมีคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกของสภานั้น แล้วเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เพื่อไต่สวนพิจารณาต่อไป หากได้ความจริงตาม คำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็อาจใช้มาตรการชั่วคราวต่อประธานาธิบดี โดยให้งดเว้น ปฏิบัติหน้าที่ประธานาธิบดีได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติกำหนดอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (มาตรา 61 GG และมาตรา 13 Nr.4,49 BVerfGG)

(4.2) ในกรณีที่ผู้พิพากษาศาลระดับสหพันธรัฐซึ่งเป็นศาลสูงสุดต่างๆ ของประเทศ ประพฤติปฏิบัติฝ่าฝืนหลักกฎหมายในรัฐธรรมนูญ หรือระเบียบต่างๆ ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตาม รัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ และไม่ว่าจะกระทำในตำแหน่งหรือ นอกตำแหน่งหน้าที่ราชการ หากสภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่ต่ำกว่าสอง ในสามของสมาชิกทั้งหมด เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้ผู้พิพากษาศาลระดับ สหพันธรัฐนั้นพ้นจากตำแหน่งได้ และหากเป็นการกระทำโดยเจตนาทำให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ได้ รับเงินบำเหน็จบำนาญ มลรัฐต่างๆ ก็อาจกำหนดหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันนี้กับผู้พิพากษาของมลรัฐ โดยให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ซึ่งเรียกกันว่า คำร้องเกี่ยวกับกรณี ผู้พิพากษา (มาตรา 93 II V GG และมาตรา 13 Nr.9,58 ff.BVerfGG)

(4.3) บุคคลใดใช้สิทธิขั้นพื้นฐานดังต่อไปนี้โดยมิชอบ ได้แก่ เสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็น เสรีภาพในการสอน เสรีภาพในการชุมนุมหรือรวมตัวกันเป็นสมาคม ความลับทาง จดหมาย ไปรษณีย์ การสื่อสาร การใช้กรรมสิทธิ์ หรือสิทธิในการลี้ภัย โดยนำมาต่อสู้กับระเบียบ พื้นฐานของการปกครองประเทศในระบบเสรีประชาธิปไตย สิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวของผู้นั้นจะ สูญสิ้นไปตามมาตรา 18 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ สภาผู้แทนราษฎรสหพันธรัฐ รัฐบาล สหพันธรัฐ หรือรัฐบาลมลรัฐ อาจยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ให้ไต่สวนถึงข้อเท็จจริง ดังกล่าวและพิจารณาถึงมาตรการที่จะใช้กับบุคคลนั้น ซึ่งอาจจะถูกห้ามไม่ให้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้ (มาตรา 18 GG และมาตรา 13 Nr.1.36 ff.BVerfGG)

(5) วินิจฉัยคำร้องทุกข์โต้แย้งการกระทำของรัฐ ประชาชนหรือ องค์การปกครอง ตนเองที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อาจยื่นคำร้องทุกข์โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ พิจารณาวินิจฉัยว่า การกระทำของรัฐไปกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของเขา (มาตรา 1-มาตรา 19 GG) หรือสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นต่างๆ ของตน (มาตรา 20 IV,33,38,101,103,104 GG) แต่คำร้องทุกข์นี้จะยื่นได้ก็ต่อเมื่อได้มีการดำเนินการทางศาลถึงที่สุด แล้ว และจะต้องยื่นภายในกำหนดระยะเวลา (มาตรา 93 I Nr.4a GG และมาตรา13 Nr.8a,90 ff.BVerfGG) เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่าสิทธิในการปกครองตนเองขององค์การปกครองตนเองตาม

มาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ ถูกกระทบกระเทือนโดยการกระทำของมลรัฐหรือสหพันธรัฐ ในกรณีที่กฎหมายของมลรัฐมิได้เปิดช่องให้นาคติขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐได้ และจะต้องยื่น ภายในกำหนดระยะเวลาเช่นกัน (มาตรา 93 I Nr.4f GG และมาตรา 13 Nr.8a, 91 ff. BVerfGG)

ในประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันจะไม่มี การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของร่างกฎหมายก่อนที่ร่างกฎหมายจะมีผลใช้บังคับ ดังนั้น การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของ ประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันจึงมิได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัตินั้นๆ มีผลใช้บังคับ แล้วเท่านั้น สำหรับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบนามธรรมหลังจากที่ได้มีการประกาศใช้ แล้วนั้น เป็นกรณีที่มีความขัดแย้งหรือมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนในการออกกฎหมายว่า เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ หรือเกี่ยวกับเนื้อหาของกฎหมายของสหพันธ์หรือของ มลรัฐสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหากเป็นกฎหมายของมลรัฐตรวจสอบว่าสอดคล้องกับ กฎหมายของสหพันธ์หรือไม่ ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องเพื่อให้มีการตรวจสอบดังกล่าว คือ รัฐบาลแห่ง สหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 3 กฎหมายที่อาจ ได้รับการควบคุมตรวจสอบนั้น หมายความว่ารวมถึง สัญญาระหว่างประเทศ สัญญาระหว่างมลรัฐ กฎหมายงบประมาณ รวมทั้งกฎีกาต่างๆของสหพันธ์ด้วย

## 2. อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติมาตรา 100 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ (Grundgesetz-GG) บัญญัติว่า “หากการพิจารณาคติของศาลในเรื่องใดซึ่งการวินิจฉัยคดีในเรื่องนั้นศาลเห็นว่าบทบัญญัติของ กฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีในเรื่องนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้ศาลหยุดการพิจารณาไว้ก่อน เป็นการชั่วคราว ถ้าหากกรณีนั้นเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ให้ศาลนั้นยื่นเรื่องดังกล่าวให้ ศาลของมลรัฐที่มีเขตอำนาจในเรื่องสำหรับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัย หากกรณีนั้น เป็นการขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ ให้ศาลนั้นยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัย ให้นำบทบัญญัตินี้มาใช้กับกรณีกฎหมายของมลรัฐขัดกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์หรือกรณีที่ กฎหมายของมลรัฐขัดกับกฎหมายของสหพันธ์...” จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว สามารถแยกพิจารณาได้ หลายประเด็น<sup>10</sup> ดังนี้

### 1. ผู้ที่มีสิทธิในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะมีอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือ ไม่ ก็ต่อเมื่อมีผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัย และผู้เสนอเรื่องก็จะต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิ

<sup>10</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ บรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานวิจัย เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทยตามมาตรา 264 และมาตรา 266, เมษายน 2543, หน้า 61

ที่จะยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้ ในที่นี้ คือ ผู้พิพากษา ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้ที่มีสิทธิยื่นเรื่องจึงมิใช่คู่ความในคดี และมีใช้หน่วยงานอื่นที่ใช้กฎหมายในประเด็นดังกล่าว

ผู้ที่มีสิทธิยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยตามมาตรา 100 GG คือบรรดาศาลทั้งหลาย ศาลเป็นองค์กรวินิจฉัยที่มีความเป็นอิสระ ซึ่งมีกฎหมายมอบอำนาจหน้าที่นี้ให้ ศาลในที่นี้ จึงหมายถึงศาลทั้งหมดของสหพันธ์ และศาลของมลรัฐ และหมายความรวมถึงศาลทุกสาขา นอกจากนี้ยังหมายรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลในที่นี้ไม่หมายรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เอง ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จึงเป็นศาลเดียวที่สามารถวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้เอง ในกรณีที่เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ศาลที่มีสิทธิยื่นเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้จะต้องเป็นศาลที่ต้องวินิจฉัยปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่งและการวินิจฉัยคดีในศาลขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งศาลเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ เมื่อเข้าเงื่อนไขเช่นนี้จึงไม่มีความสำคัญว่าปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในชั้นใดของศาล ปัญหาดังกล่าวอาจจะเกิดขึ้นในศาลชั้นต้น ชั้นอุทธรณ์ หรือศาลสูงสุดก็ได้ การยื่นนั้นให้ศาลนั้น ๆ ยื่นโดยตรงไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์

## 2. วัตถุประสงค์การตรวจสอบในกรณีการควบคุมแบบรูปธรรม

โดยหลักแล้วการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายแบบรูปธรรม ศาลที่วินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ อาจยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยได้เฉพาะกฎหมายในทางรูปแบบที่มีผลบังคับใช้ ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญนี้มีผลบังคับใช้เท่านั้น กฎหมายที่อาจยื่นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้นั้น ต้องเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว และเป็นกฎหมายที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ ฉะนั้น จุดเริ่มต้นของความสามารถควบคุมตรวจสอบจะเริ่มขึ้นเมื่อมีการประกาศใช้และมีผลบังคับใช้ ดังนั้น การตรวจสอบกฎหมายจึงไม่อาจจะกระทำได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าวหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะป้องกันจึงไม่อาจกระทำได้

คำว่า “กฎหมายในทางรูปแบบ” หมายความว่า กฎหมายที่ได้ผ่านกระบวนการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ในกรณีของกฎหมายลำดับรองอื่นๆ กฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ หรือข้อบังคับของหน่วยงานต่างๆ เช่น ข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร กฎหมายเหล่านี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่จะพิจารณาวินิจฉัย อำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้น มีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยกฎหมายในทางรูปแบบที่ออกภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญปัจจุบันใช้บังคับ



สำหรับกรณีที่มีกฎหมายบางฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องให้กฎหมายเหล่านี้เป็นกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สามารถควบคุมตรวจสอบได้นั้น ในกรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายนั้นๆได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับใช้ ย่อมไม่เป็นปัญหาสำหรับการควบคุมตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ขยายขอบเขตของกฎหมายที่อาจยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบโดยได้ขยายความหมายของกฎหมายที่ใช้บังคับภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับ ให้หมายรวมถึง กฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญปัจจุบันได้แสดงเจตนารับกฎหมายนั้นๆให้อยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน การขยายขอบเขตของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้บังคับโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากซึ่งตามความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ การทำให้กฎหมายที่มีผลบังคับก่อนรัฐธรรมนูญกระทำได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้รัฐธรรมนูญปัจจุบันแสดงเจตจำนงรับกฎหมายนั้นๆให้อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ซึ่งการแสดงเจตจำนงดังกล่าวจะต้องปรากฏในกฎหมายฉบับนั้นๆว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองกฎหมายฉบับนั้นให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ดังนั้น กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองกฎหมายฉบับนั้น การกล่าวอ้างของศาลที่ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับนั้นเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้รับรองแล้วไม่เป็นการเพียงพอ ดังนั้นเงื่อนไขสำคัญในการวินิจฉัยกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือ การมีมติของฝ่ายนิติบัญญัติในทางข้อเท็จจริงที่ให้การรับรองว่า กฎหมายฉบับนั้นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

กรณีกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ในมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ว่า “กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์ กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ในฐานะที่สูงกว่ากฎหมายภายในและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อผู้ที่อยู่อาศัยในเขตของสหพันธรัฐ” นั้น ถือได้ว่าเป็นกฎหมายภายในของเยอรมันประเภทหนึ่ง และด้วยเหตุนี้เอง กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศจึงอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ด้วย เพราะมาตรา 25 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองให้กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศมีผลเป็นกฎหมายภายในจึงต้องอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงเป็นไปได้ว่า กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศอาจขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบได้

### 3. ความแน่ใจของศาลว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ

จากถ้อยคำของมาตรา 100 วรรคหนึ่ง GG เข้าใจได้ว่า หากเป็นเพียงความสงสัยว่ากฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่าหรือไม่ เพียงเท่านั้นยังไม่เป็นการ

เพียงพอที่จะยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย การยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลจะต้องเห็นว่า เป็นความจำเป็นที่จะต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ความจำเป็นที่จะต้องยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นจะต้องเป็นความเห็นของศาลนั้นจริงๆ มิใช่เป็นเพียงศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่ามีความเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ความเห็นในทางกฎหมายของศาลสูงจึงไม่ใช่สาระสำคัญสำหรับศาลที่พิจารณาในเรื่องนั้นๆ

เพื่อให้ศาลที่ยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แน่ใจว่ากฎหมายที่ใช้ในคดีของตนนั้นขัดแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า จำเป็นที่ศาลนั้นจะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้ง 2 บทบัญญัติ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า และบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า จากพื้นฐานดังกล่าวนี้นำไปสู่ผลสรุปในการตรวจสอบของศาลนั้น ความแน่ใจของศาลย่อมขึ้นอยู่กับการตีความของศาลกับกฎเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบ ซึ่งส่วนใหญ่ก็คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยหลักแล้วศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยอมรับการตีความดังกล่าว หากการตีความนั้นไม่เป็นการขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลนั้นเอง หรือมิใช่กรณีที่ปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นการตีความที่ขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะไม่ยอมรับการตีความของศาลที่ยื่นเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ หากศาลนั้นตีความว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยที่ศาลนั้นละเลยที่จะใช้หลักการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญมาพิจารณาในการตีความดังกล่าว ถ้ามีความเป็นไปได้ในการตีความได้หลายทางแต่มีความเป็นไปได้เพียงทางเดียวที่จะตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ในกรณีนี้ให้เลือกการตีความที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นการยอมรับต่ออำนาจนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย เพราะหากตีความเป็นประการอื่นจะมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นว่า ในกรณีนี้ศาลไม่อาจที่จะยื่นเรื่องมาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ดังนั้น ในกรณีนี้ศาลจะต้องแน่ใจด้วยไม่มีความเป็นไปได้ที่จะตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญได้ ลำพังเพียงข้อเท็จจริงที่ว่า ศาลสูงเห็นว่าการตีความตามทัศนะของศาลที่วินิจฉัยคดีอาจนำไปสู่ความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเรื่องนั้น ย่อมไม่เป็นการเพียงพอที่ศาลนั้นจะยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัย เพราะศาลนั้นเองไม่ได้เห็นว่าการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่อาจเป็นไปได้

#### 4. ความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัย

การยื่นเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลเห็นว่าขัดกับรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐ

ธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 100 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ให้กระทำได้เฉพาะกรณีที่การวินิจฉัยคดีของศาลในเรื่องนั้นขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว หรือที่เรียกว่า ความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัย ตามแนวคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาเรื่องนี้มาโดยตลอดนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ความจำเป็น นั้น จะต้องถึงขนาดว่าหากศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่วินิจฉัยปัญหาดังกล่าวก่อน การวินิจฉัยคดีของศาลนั้นไม่อาจจะดำเนินต่อไปได้ หรือถ้าหากบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นได้รับการวินิจฉัยว่าไม่อาจใช้บังคับได้จะมีผลทำให้คำวินิจฉัยของศาลในเรื่องนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทิศทางอื่น กรณีเช่นนี้ย่อมถือว่าปัญหาในเรื่องนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และการวินิจฉัยนั้นจะมีผลสำคัญกับการทำให้คดีนั้นสิ้นสุด หรือมิใช่เป็นเพียงมีผลกับคำวินิจฉัยระหว่างคดีในกรณีของการมีผลต่อคำวินิจฉัยระหว่างคดีนั้น มีข้อยกเว้นเฉพาะกรณีที่การวินิจฉัยนั้นเป็นความจำเป็นอันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้ และโดยเจตนาอย่างยิ่งจะไม่อนุญาตให้ศาลนั้นยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ หากตามสภาพการณ์ปัจจุบันของคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น การมีผลบังคับใช้ของบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขึ้นอยู่กับคำวินิจฉัยเกี่ยวกับพยานหลักฐาน การยื่นเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัยเพื่อศาลนั้นจะได้ไม่ต้องสืบพยานหลักฐานหรือพิสูจน์พยานหลักฐานในเรื่องนั้นๆ ในกรณีนี้ไม่อาจยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ และปัญหาดังกล่าวยังคงมีอยู่ในขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ทำการวินิจฉัยปัญหานั้น

โดยหลักแล้ว หากศาลที่วินิจฉัยคดีเห็นว่า มีปัญหาว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้พิจารณาคดีของศาลนั้นอาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงกว่า ศาลรัฐธรรมนูญมักจะรับเรื่องนั้นๆ ไว้พิจารณา แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้น เช่น กรณีที่ปรากฏว่า ความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น มีความผิดพลาดอย่างชัดเจน กรณีอาจเกิดขึ้นได้สองประการ คือ เป็นกรณีที่ตีความกฎหมายผิดพลาดคลาดเคลื่อน กับกรณีที่วินิจฉัยข้อเท็จจริงผิดพลาด

#### 5. การตรวจสอบในทางเนื้อหาโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ถ้าการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยเป็นไปตามเงื่อนไขแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจที่จะตรวจสอบว่า ความเห็นของศาลที่เห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาของศาลนั้นขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในฐานะที่สูงกว่าเป็นการถูกต้องหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่ผูกพันตามความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ซึ่งในเรื่องนี้มีอยู่สองกรณี คือ

##### (1) ความไม่ผูกพันต่อการตีความบทบัญญัติที่เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลได้ยื่นให้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย โดยทั่วไปแล้ว การตีความบทกฎหมายธรรมดาในชั้นต้นเป็นอำนาจของศาลทั่วไป แต่การตรวจสอบเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลเป็นการผูกพันโดยทั่วไปนั้น ทำยที่สุดแล้วเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องรวมถึงการตีความกฎหมายธรรมดาด้วย โดยแท้จริงแล้วศาลรัฐธรรมนูญมิได้ถูกจำกัดเฉพาะกับการตีความในระดับของรัฐธรรมนูญเท่านั้น ตามมาตรา 82 (1) Bverf GG ได้ลดความสำคัญของการตีความโดยศาลทั่วไปลง แต่ในขณะเดียวกันก็แสดงให้เห็นว่าการตีความดังกล่าวนั้น ไม่ผูกพันศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด นอกจากนี้ กรณีเป็นการสอดคล้องกันอย่างยิ่งเมื่อศาลรัฐธรรมนูญยอมรับการตีความของศาลในขอบเขตของการตรวจสอบเงื่อนไขของการเสนอเรื่อง แต่ในขอบเขตของการตรวจสอบในทางเนื้อหาแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นแตกต่างจากศาลที่ได้เสนอเรื่องมา

(2) ศาลรัฐธรรมนูญไม่ผูกพันต่อหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ตรวจสอบซึ่งได้เสนอมายังศาลรัฐธรรมนูญ

ในการยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ศาลจะต้องมีความมั่นใจว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นขัดกับกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่า โดยการเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่า การเทียบกับกฎหมายที่มีฐานะสูงกว่าเป็นการแสดงนัยของการเลือกและการตีความหลักเกณฑ์ที่นำมาเทียบเพื่อใช้ในการตรวจสอบ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่ผูกพันตามความเห็นของศาลที่เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ดังนั้น ในกรณีที่เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญอาจหยิบยกหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งของรัฐธรรมนูญเพื่อนำมาเป็นการพิจารณาวินิจฉัยโต้แย้งหลักเกณฑ์นั้น แม้ศาลที่เสนอเรื่องจะมีได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาก็ตาม ในกรณีที่เป็นการตรวจสอบกฎหมายของมลรัฐ เกณฑ์ในการพิจารณาความชอบของกฎหมายมลรัฐก็คือ กฎหมายของสหพันธ์ทั้งหมด ซึ่งในกรณีนี้ย่อมอยู่ในดุลพินิจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะหยิบยกกฎหมายใดมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา เกณฑ์ในการตรวจสอบกฎหมายระดับสหพันธ์คือ รัฐธรรมนูญและหลักการทั่วไปของรัฐธรรมนูญ

ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า เยอรมันได้มีการขยายขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ออกไปอย่างกว้างขวาง แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะตัดสินใจตามกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันศาลรัฐธรรมนูญก็เข้าไปเกี่ยวข้องกับภารกิจในการตัดสินใจในทางการเมืองด้วย ไม่ว่าจะศาลจะมีกระบวนการพิจารณา และเขตอำนาจที่ชัดเจนแน่นอนเพียงไร ศาลรัฐธรรมนูญก็จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองเสมอ เนื่องจากสิ่งที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่จะพิจารณาได้นั้น มักจะเป็นเรื่องความขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของส่วนรวมด้วยเสมอ อีกทั้ง ในรัฐธรรมนูญเอง ก็จะมีบทบัญญัติแบบกว้างๆ และมีช่องว่างอยู่มากมาย ทำให้ศาลรัฐ

ธรรมนูญไม่อาจใช้กฎหมายแบบเดียวกับการใช้กฎหมายธรรมดาอื่นๆได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมักต้องสร้างกฎหมายขึ้นมา นอกจากนั้น การกำหนดวิธีการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ที่ให้สภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงเป็นผู้เลือกนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้การเมืองเข้ามามีอิทธิพลในทางหนึ่งต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จึงต้องกำหนดกรอบในการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับอำนาจทางการเมืองเพื่อที่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในทางการเมืองเสียเอง ในเยอรมันศาลรัฐธรรมนูญจะยึดหลักในการจำกัดขอบเขตของอำนาจดังนี้<sup>11</sup>

### 1. ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นศาล

ศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถเริ่มดำเนินกระบวนการใดๆได้เองอีกทั้งกฎหมายยังได้กำหนดขอบเขตอำนาจไว้อย่างชัดเจนว่าสามารถพิจารณาเรื่องใดได้บ้าง และศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันก็ได้ประกาศย้ำจุดยืนของตนว่า ศาลต้องดำเนินการไปตามเขตอำนาจที่กำหนดไว้แล้วโดยไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในประเด็นที่ว่ากฎหมายหรือมาตรการอื่นๆ ของรัฐมีความเหมาะสมตามนโยบายของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะมิฉะนั้นแล้วจะกลายเป็นว่าปัญหาทั้งหลายของชาติจะต้องผ่านการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน

### 2. หลักผู้ใช้อำนาจหน้าที่ทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญย่อมมีสิทธิดีกว่า

ในกรณีที่ผู้ใช้อำนาจทางการเมืองได้ตัดสินใจที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว แม้ว่าการนั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลก็มักจะใช้วิจรรณญาณที่จะไม่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ทางการเมืองนั้น แต่มิได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบเลย หากแต่เพียงศาลจะลดความเข้มงวดของการพิจารณาลงเท่านั้น ส่วนในกรณีการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัติในทางเศรษฐกิจนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวางตัวในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือ ศาลจะตรวจสอบแต่เพียงในแง่รูปแบบเท่านั้น จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของกฎหมายแต่อย่างใด นอกจากนั้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังถือหลักว่าจะไม่เรียกร้องจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรรัฐอื่นๆว่าจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญทุกกรณีไป หากในขณะนั้น ยังไม่อาจแก้ปัญหาให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญได้หรือยังติดเงื่อนไขบางประการที่ไม่สามารถทำได้ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะปล่อยให้เป็นที่หน้าของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตัดสินใจ

### 3. กรณีที่ปลอดการควบคุม

<sup>11</sup> บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, "ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมือง" รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 137

นอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะระมัดระวังไม่ก้าวล่วงเข้าไปในเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายทางเศรษฐกิจแล้ว ศาลยังระมัดระวังที่จะไม่เข้าไปก้าวล่วงในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศและการอภัยโทษ แม้ว่าเรื่องนโยบายต่างประเทศจะเป็นเรื่องที่กฎหมายเยอรมันกำหนดขอบเขตไว้เช่นเดียวกับอำนาจทางการเมืองอื่นๆ แต่ศาลก็ไม่ประสงค์จะเล่นการเมืองเสียเอง โดยปล่อยให้เป็นที่ขององค์กรทางการเมืองที่จะดำเนินการภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้ว สำหรับการอภัยโทษ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการอภัยโทษให้แก่บุคคลใดเป็นอำนาจของผู้ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นอำนาจเฉพาะตัวที่จะดำเนินการได้เอง

#### 4. ศาลรัฐธรรมนูญกับฝ่ายนิติบัญญัติ

ในกรณีที่มีการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไปกระทบกับฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญจะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนี้

##### 4.1 หลักอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติในการออกกฎหมาย

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะจำกัดตนเองเมื่อต้องพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออก โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับด้านเศรษฐกิจ บ่อยครั้งที่ศาลไม่สั่งให้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ขัดรัฐธรรมนูญมีผลเป็นโมฆะ ด้วยเหตุผลที่ว่า หากสั่งให้เป็นโมฆะจะขัดต่อหลักอิสระของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติกฎหมาย

##### 4.2 หลักการตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หลักนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า กฎหมายย่อมต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากพบว่ากฎหมายใดเมื่อใช้วิธีการตีความอย่างหนึ่งแล้วจะได้ผลที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็ต้องลองใช้วิธีการตีความอื่นๆ เพื่อให้กฎหมายนั้นๆ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญให้ได้ แต่อย่างไรก็ตามการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นๆ ด้วย

หลักการนี้มีขึ้นเพื่อเป็นทางออกสำหรับกฎหมายที่มีแนวโน้มจะขัดรัฐธรรมนูญ เพราะการตัดสินว่ากฎหมายใดเป็นโมฆะย่อมก่อให้เกิดผลกระทบมากมาย ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางแนวทางไว้ด้วยว่า การเลือกใช้วิธีการตีความที่ได้ผลสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เป็นหน้าที่ของทุกศาล เพียงแต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงผู้ทำหน้าที่ชี้ความเป็นไป เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตัดสินเป็นประการใดแล้วย่อมผูกมัดองค์กรที่ทำหน้าที่ใช้กฎหมายทุกองค์กร ที่จะต้องปฏิบัติตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วางไว้ จะใช้วิธีการอื่นๆ ไม่ได้

### 3.2.2.2 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นแบบคณะกรรมการ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสเกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่า กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติมาแล้ว ไม่ควรอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใดองค์กรหนึ่งในสามองค์กรแห่งอำนาจอธิปไตย เพราะเหตุที่สภานิติบัญญัติประกอบด้วยตัวแทนของประชาชน ผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยและการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นก็เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทั่วไปของประชาชน (volonte generale) ตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ค.ศ.1789 ข้อ 6 ที่บัญญัติว่า “กฎหมาย คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคลส่วนรวม” องค์กรอื่นๆ จึงไม่มีอำนาจโต้แย้ง แนวความคิดเช่นนี้เริ่มมีมาก่อนสมัยการปฏิวัติปี ค.ศ.1789 ซึ่งขณะนั้นฝรั่งเศสมีการปกครองที่อยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษา เพราะกษัตริย์ได้ให้ความเคารพยำเกรงและเชื่อฟังผู้พิพากษามากกว่าองค์กรอื่นใด แต่ผู้พิพากษาได้ใช้อำนาจเกินขอบเขตทำให้เกิดความเดือดร้อน ทำให้มีการสร้างหลักปกครองโดยจำกัดอำนาจตุลาการในสมัยหลังการปฏิวัติตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1791 จากเหตุการณ์นี้ทำให้นักปราชญ์ คือ ซิเอเยส์ได้เสนอความคิดที่ว่า ควรจะมีองค์กรกลางที่เป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งแนวความคิดของซิเอเยส์ได้รับการยอมรับในสมัยนายพลนโปเลียน โบนาปาร์ต ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1799 ได้จัดให้มีองค์กรที่เรียกว่า สภาผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ขึ้น เพื่อให้มีหน้าที่ควบคุมมิให้องค์กรใดกระทำการขัดรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่านายพลนโปเลียนใช้อิทธิพลในการเลือกคนที่ตนต้องการให้เป็นสมาชิกสภาผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ องค์กรจึงล้มเหลวอย่างสิ้นเชิง เพราะองค์กรนี้ไม่เคยมีการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญเลย<sup>12</sup> ระบบดังกล่าวได้ยุติลงในปีค.ศ.1870 และฝรั่งเศสก็ไม่มีองค์กรเฉพาะที่จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญอีกเลย จนถึงปีค.ศ.1946 ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 ก็ได้จัดตั้งคณะกรรมการรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ก็มีหน้าที่ตรวจสอบว่า รัฐบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เท่านั้น จนกระทั่งปีค.ศ.1958 เมื่อมีรัฐธรรมนูญฉบับค.ศ.1958 ก็ได้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ และปรับปรุงหน้าที่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยมีความประสงค์ให้เป็นองค์กรกลางเพื่อลดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล

อาจกล่าวโดยสรุปถึงเหตุผลของการให้องค์กรทางการเมืองเข้าควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญคือ

ก. องค์กรที่มีอำนาจควบคุมกฎหมายต่างๆ จัดได้ว่าเป็นองค์กรที่สูงสุดแท้จริงภายในรัฐ จึงต้องเป็นองค์กรทางการเมือง

<sup>12</sup> สมภพ โหตระกิตย์,กฎหมายรัฐธรรมนูญ (พระนคร นำชัยการพิมพ์,พ.ศ.2514) หน้า65-66

ข. การควบคุมนั้นแม้ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย แต่ผลของการควบคุม เกี่ยวโยงไปถึงการเมือง เพราะกฎหมายในลักษณะหนึ่งแล้วเป็นเครื่องมือของรัฐในการปกครอง อีกทั้ง เป็นบทบัญญัติที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมเป็นตัวแทนขององค์อธิปัตย์ ดังนั้น องค์การที่จะทำหน้าที่ควบคุมจึงควรเป็นองค์กรทางการเมือง

ค. ผู้ที่จะมาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ไม่ควรเป็น ศาลยุติธรรม เพราะศาลมีหน้าที่ตัดสินวินิจฉัยตามกฎหมาย ไม่ใช่วินิจฉัยตัวกฎหมายเอง

(1) ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้<sup>13</sup>

(1) การตรวจสอบความชอบของการเลือกตั้งประธานาธิบดี(มาตรา 58 รัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส และมาตรา 30 ff.ของ Ordonnanc 58-1067 du 7 November 1958)

(2) กรณีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ สมาชิกวุฒิสภา (มาตรา 59 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และมาตรา 32 ff.ของ Ordonnanc 58-1067)

(3) การตรวจสอบกระบวนการและผลของการลงประชามติ (มาตรา 60 รัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส และมาตรา 46 ff.ของ Ordonnanc 58-1067)

(4) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และ ข้อบังคับของสภาก่อนการประกาศใช้ (มาตรา 61 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และมาตรา 17 ff.ของ Ordonnanc 58-1067)

(5) การตรวจสอบรูปแบบของกฎหมายว่าเป็นกฎหมายบัญญัติหรือกฤษฎีกา (มาตรา 24 ff.ของ Ordonnanc., 58-1067)

(6) การตรวจสอบรูปแบบของอำนาจในการออกกฎหมาย (มาตรา 41 รัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส และมาตรา 27 ff. Ordonnanc No.58-1067)

(2) อำนาจหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัด รัฐธรรมนูญ

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ,ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ,วารสารกฎหมายปกครอง,เล่ม 17 เมษายน 2541 ตอน 1



การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศสนั้น กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือ  
แย้งต่อ<sup>14</sup>

- (1) รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ.1958 และคำปรารภ (Preamble)
- (2) คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946
- (3) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ.1789(Declaration des droit de l'homme)

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะเน้นไปในทางร่างกฎหมาย เป็นสำคัญ เนื่องจากมีแนวคิดที่ว่ากฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติมาแล้ว ไม่ควรรออยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรใด เพราะถือว่ากฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของบุคคล ส่วนรวม องค์กรอื่นๆ จึงไม่มีอำนาจโต้แย้ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 61 ความว่า

“ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและก่อนที่จะมีการบังคับใช้ ข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายเดียวกัน ก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาลร้องขอ ให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยอมทำให้การนับระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมายหยุดลง”

ในการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถกระทำได้สองวิธี คือ

- (1) วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ ถ้าคณะตุลาการรัฐ

<sup>14</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญในประเทศไทย, เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ, หน้า 23

รัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้

(2) วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน ถ้าตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแยกออกจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้นเฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะต้องส่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก็ได้

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการควบคุมดังกล่าวนี้ใช้เฉพาะร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายที่ได้ผ่านความเห็นชอบของประชาชน โดยการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ ซึ่งถือว่ามีมาจากการความต้องการที่แท้จริงของประชาชน

ส่วนการควบคุมกฎหมายที่ได้ประกาศใช้แล้ว ฝรั่งเศสจะมีระบบที่เป็นลักษณะเฉพาะตัว กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติซึ่งเป็นการจำกัดสิทธิของฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>15</sup> โดยกำหนดไว้ในมาตรา 34 วรรคสองว่า

“รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงานและการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ  
- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา

เช่นกัน รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น

- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่างๆขึ้นใหม่

- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจไปเป็นของเอกชน”

และในมาตรา 34 วรรคสาม วรรคสี่ วรรคห้า และวรรคหก ได้บัญญัติว่า

<sup>15</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้ว, หน้า 84-97

“รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ
- การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- การศึกษา
- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินและข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่งและทางพาณิชย์
- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงานและการประกันสังคม”

ฉะนั้น จากบทบัญญัตินี้ จะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจะมีอำนาจในการตรา  
กฎหมายเฉพาะกรณีตามมาตรา 34 เท่านั้น นอกเหนือจากนั้นจะอยู่ในขอบอำนาจของฝ่ายบริหารที่  
จะสามารถออกกฎหมายได้ โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 37 ว่า

“เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตราพระราชบัญญัติ ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการ  
ตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร  
อาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากรัฐสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะ  
ดังกล่าวที่ใช้อยู่บังคับภายหลังวันที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐสภาได้ก็ต่อเมื่อ  
คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรา  
กฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน”

โดยสรุปฝ่ายบริหารมีอำนาจออกกฎหมายอยู่ 2 ประเภท ประเภทแรก ได้แก่  
กฎหมายซึ่งมาขยายความกฎหมายของรัฐสภา (loi) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 และประเภทที่  
สอง ได้แก่กฎหมายซึ่งฝ่ายบริหารตราขึ้นนอกเหนือไปจากมาตรา 34 การควบคุมกฎหมายมิให้ขัด  
รัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสจึงแตกต่างจากการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศ  
อื่นๆ ทั้งนี้ เนื่องจากตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil Constitutionnel) ซึ่งทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ  
(une juridiction) จะพิจารณาแต่เฉพาะประเด็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายนอกขอบอำนาจ  
ของตนตามที่มาตรา 34 ให้ไว้หรือไม่ ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็ถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายโดย  
ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรา 34 นั้นเอง แม้ตุลาการรัฐธรรมนูญจะจำกัดอำนาจในการควบคุม  
กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของตนเองก็ตาม แต่การควบคุมมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายเข้าไป  
ในขอบเขตของฝ่ายบริหารตามมาตรา 37 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญก็ถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่ตุลาการ  
รัฐธรรมนูญจะพิจารณาได้

สำหรับกฎหมายอีกประเภทที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจที่จะวินิจฉัยก็คือ  
การควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศจะต้องผ่านการพิจารณาของ  
คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการให้การภาคยานุวัติ ซึ่งเป็นการควบคุมที่มีลักษณะพิเศษ

กล่าวคือ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มิใช่แก้ไขร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลักนั่นเอง ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้หมายความว่า ความรวมถึงสนธิสัญญา และข้อตกลงระหว่างประเทศด้วย

ผู้มีสิทธิร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา คือ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร และถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีบางส่วนของที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือให้ประเทศคู่สัญญาทบทวนร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นเสียก่อน จึงสามารถให้การภาคยานุวัติแก่วางพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้

### 3.2.2.3 สหรัฐอเมริกา

มีรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทในการทำหน้าที่ดังกล่าว การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลยุติธรรมเกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายที่มีข้อความขัดรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาอันเกินขอบเขตที่ได้รับมอบอำนาจมาจากเจตนารมณ์ของประชาชน ฝ่ายตุลาการโดยศาลยุติธรรมซึ่งมีหน้าที่ในการตีความและใช้กฎหมายก็ย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยควบคุมกฎหมายนั้น เพราะถือว่าการวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญก็เป็นการใช้อำนาจตุลาการอย่างหนึ่ง และศาลยุติธรรมก็มีความเหมาะสม เนื่องจากมีความเป็นอิสระและน่าเคารพเชื่อถือ สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ทำให้ระบบการกระจายอำนาจการควบคุมโดยศาลยุติธรรมแผ่ขยายกว้างขวางออกไปในประเทศต่างๆ จากการตัดสินคดีระหว่าง Marbury v. Madison ซึ่งได้วางรากฐานว่า “ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติโดยแจ้งชัด ศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยว่า กฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่”

ในที่นี้อาจกล่าวสรุปถึงเหตุผลที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนี้

(1) ปัญหาที่ผู้ออกกฎหมายได้ปฏิบัติในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนหรือไม่เป็นปัญหาทางกฎหมาย จึงควรให้ผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัย

(2) โดยอาชีพแล้ว ผู้พิพากษาย่อมใฝ่ความยุติธรรม

(3) การควบคุมโดยองค์กรศาลยุติธรรม อาจเป็นหลักประกันได้ดียิ่งขึ้น เพราะมีการพิจารณาโดยเปิดเผย มีการโต้แย้ง และมีการแสดงเหตุผลโดยผู้พิพากษา

เนื่องจากในสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติถึงองค์กรพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงมีอำนาจในการพิจารณาคดีทั้งปวง รวมทั้งคดีเกี่ยวกับข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญด้วย โดยอาจแยกประเภทของคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ดังนี้<sup>16</sup>

(1) คดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐ อันเป็นข้อพิพาทระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ หรือข้อพิพาทระหว่างมลรัฐด้วยกัน นอกจากนี้ รวมถึงเรื่องเกี่ยวกับทูตและกงสุลด้วย

(2) คดีที่ได้มีการโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ของสหพันธ์ ศาลสูงสุดมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีประเภทนี้ เมื่อศาลล่างของสหพันธ์ได้วินิจฉัยเรื่องใดเรื่องหนึ่งแล้ว มีกรณีข้อยกเว้นให้คัดค้านคำพิพากษาของศาลนั้นได้ โดยเสนอไปยังศาลสูงสุด เนื่องจากศาลสูงสุดของอเมริกาไม่ใช่ศาลพิเศษดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญในยุโรป ดังนั้น คดีที่เกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยกฎหมายทุกประเภทจึงอาจเสนอมายังศาลสูงสุดได้

คดีที่มักจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด คือ การวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายท้องถิ่นหรือกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐหรือไม่ เพราะเป็นความจำเป็นของการปกครองระบบสหรัฐที่ต้องมีองค์กรเพื่อรักษาเอกภาพของประเทศ อำนาจของศาลสูงสุดในการควบคุมกฎหมายนั้น จะใช้อำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นคดีที่ไม่มีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายทางการเมือง แต่อำนาจของศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาในทางปฏิบัติ ศาลจะพยายามไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงแต่จะไม่นำกฎหมายที่เห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับคดีเท่านั้นแต่กฎหมายก็ยังคงสภาพเป็นกฎหมายอยู่ และหากจะกระทำก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกแล้วเท่านั้น โดยหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของศาลสูงในเรื่อง Judicial Review ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของ justice brandeis ในคดี ashwander v. tennessee valley authority (1936) กล่าวคือ<sup>17</sup>

(1) ศาลจะไม่กำหนดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้เกินขอบเขตข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

<sup>16</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้ว, หน้า 45

<sup>17</sup> อนันต์ จันทโรภากร, Judicial Review ของสหรัฐอเมริกา, 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, หน้า

(2) ศาลจะไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ ถ้าปรากฏว่าสามารถที่จะตัดสินคดีโดยอาศัยเหตุอื่นได้ และแม้มีข้อสงสัยอย่างยิ่งว่ากฎหมายอื่นนั้นๆ จะขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลต้องพยายามตีความกฎหมายนั้นไปในทางที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว ถ้ามีช่องทางที่จะทำได้

นอกจากนั้น อำนาจของศาลในการพิจารณาคดีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ต้องมีลักษณะเป็นประเด็นข้อพิพาท ไม่ใช่เพียงการขอความเห็นในลักษณะขอคำปรึกษาจากศาล กล่าวคือ โจทก์จะต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิฟ้องเรียกหรือถูกโต้แย้งสิทธิเกี่ยวกับปัญหากฎหมายรัฐธรรมนูญ และการถูกโต้แย้งสิทธิของโจทก์ก็ต้องเป็นการโต้แย้งผลประโยชน์ที่มีกฎหมายรองรับด้วย

แม้จะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นที่ยังสงสัยว่าแท้จริงศาลสูงสุดควรมีอำนาจดังกล่าวนี้เพียงใด<sup>18</sup> โดยหลายคนเห็นว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจโดยการปฏิบัติตามความยินยอมโดยปริยายของประชาชนเนื่องจากการใช้มาเป็นระยะเวลาติดต่อกันมานานแล้ว ซึ่งศาลก็ตระหนักในการใช้อำนาจว่าควรมีขอบเขตอยู่เช่นกัน บุคคลสำคัญในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเคยเสนอว่าในการทบทวนกฎหมายของรัฐสภาว่าถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลต้องไม่เอาทัศนคติของตนเข้าไปแทนที่ทัศนคติของรัฐสภา และควรวินิจฉัยแต่กรณีที่ได้เห็นได้แจ้งชัดว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น ในแนวทางนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจึงพัฒนาหลักเรื่องการจำกัดตนเอง (self-restraint) ขึ้น โดยจะวินิจฉัยปัญหาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญเท่าที่จำเป็นและเห็นได้ชัดเจนเท่านั้น อันจัดเป็นแนวทางสายกลางในการยอมรับให้ศาลมีอำนาจเช่นนี้ได้ บางคนเห็นว่าแม้เดิมบทบาทของศาลสูงสุดสหรัฐมีขึ้นเพื่อรักษาระบบสหรัฐก็ตาม แต่ศาลควรถอนตัวในเรื่องการเมืองเพราะศาลรับผิดชอบโดยตรงไม่ได้ และศาลควรเน้นการรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่า ซึ่งตามหลัก political-question doctrine<sup>19</sup> แล้ว ปัญหาทางการเมืองจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาล Baker v. Carr พยายามให้เกณฑ์ในการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมืองหรือไม่ โดยพิจารณาว่า

-รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องใดเรื่องหนึ่งได้รับการวินิจฉัยโดยองค์กรทางการเมือง องค์กรใดองค์กรหนึ่ง หรือไม่

-เรื่องที่จะวินิจฉัยนั้นขาดเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จะวินิจฉัย หรือไม่

<sup>18</sup> ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, อ่างแล้ว, หน้า 30

<sup>19</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, อ่างแล้ว หน้า 45

-ปัญหาดังกล่าวนั้นไม่อาจหาทางออกได้ โดยปราศจากการวินิจฉัยของฝ่าย  
การเมืองก่อน หรือไม่

หากเรื่องใดเรื่องหนึ่งเข้าเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ย่อมถือได้ว่าเรื่องดังกล่าวนี้เป็นเรื่อง  
ในทางการเมืองซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล

จากที่ได้ทำการศึกษามาแล้วทั้งหมดจะเห็นได้ว่า รูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่ใน  
การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญทั้งสามรูปแบบ คือ คณะกรรมการ ศาล และศาลยุติธรรม  
จะมีข้อดีแตกต่างกันไป ทั้งนี้ รูปแบบขององค์กรที่ใช้จะมีความเหมาะสมหรือมีประสิทธิภาพ  
อย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับแนวความคิดที่ใช้ในการบริหารปกครองประเทศนั้นๆ หรือขึ้นอยู่กับสภาพ  
สังคมของประเทศนั้นๆ ด้วย