

รูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมาย และประกาศหรือคำสั่งของ
คณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

1. การควบคุมกฎหมายและประกาศของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญใน
ต่างประเทศ

ในนานาอารยประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย และมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดภายในประเทศนั้น จะมีรูปแบบการควบคุมกฎหมาย และประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเสมอ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้น ๆ จะอยู่ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายใดและมีการจัดทำรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ อย่างเช่น ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ common law บางประเทศ ที่ไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten constitution) เพราะรัฐสภาอาจตรากฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่มีศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายรัฐธรรมนูญได้ด้วยวิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายทั่ว ๆ ไป ฉะนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศในกลุ่มนี้จึงไม่มีลักษณะ เป็นกฎหมายสูงสุดได้และไม่จำเป็นต้องมีกลไกพิเศษที่เป็นระบบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่นั่นมิได้หมายความว่าประเทศต่าง ๆ ในระบบนี้จะไม่มีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเสียทีเดียวโดยในบางประเทศจะมีวิธีควบคุมกฎหมายมิให้ขัดแย้งกันโดยรัฐสภาและรัฐสภาเท่านั้นที่จะมีอำนาจเด็ดขาดในการแก้ไขกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยง่ายแม้แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญก็ตามหรือที่เรียกว่าเป็นระบบที่รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจสูงสุด (supermercy of parliament) อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญแบบใด แต่เมื่อเกิดการปฏิวัติขึ้นกับประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะมีการควบคุมรูปแบบใด ตามที่ได้ศึกษาพบว่า ในนานาอารยประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่มีรูปแบบที่สมบูรณ์ ก็มีได้มีรูปแบบหรือกระบวนการ

พิเศษเพื่อควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ แต่จากการที่ได้ศึกษาถึงคำวินิจฉัยขององค์กรต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ตรวจสอบประกาศของคณะปฏิวัติแล้วได้ข้อสรุปว่า ประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จะมีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นกฎหมายของคณะปฏิวัติหรือกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติอย่างต่อเนื่องและถาวรอยู่ตลอดไป โดยองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัตินั้นก็จะ เป็นองค์กรที่คงอยู่แม้มีการปฏิวัติแล้ว ยกตัวอย่างเช่นในเยอรมันศาลอาญาของเยอรมัน¹ ก็ทำหน้าที่ตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัติในขณะที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนปัญหารูปแบบในอเมริกาหรือฝรั่งเศสในการควบคุมประกาศคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น คงไม่อาจกล่าวโดยสรุปถึงรูปแบบและกระบวนการที่เป็นแนวปฏิบัติหรือเป็นทฤษฎีทางกฎหมายได้ ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศทั้งสองนี้จะไม่มีรูปแบบพิเศษที่ให้อำนาจควบคุมตรวจสอบประกาศคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่เหตุผลคงต่างกับในเยอรมัน กล่าวคือ การปฏิวัติในอเมริกาและฝรั่งเศสจะมีการปฏิวัติใหญ่เพียงครั้งเดียวก่อนมีการสร้างหลักกฎหมายที่สมบูรณ์ ต่อจากนั้นก็ไม่มี การล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติเลย ฉะนั้นจึงไม่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาถึงองค์กรที่จะใช้อำนาจตรวจสอบเนื้อหาของประกาศคณะปฏิวัติ ทั้งนี้เนื่องจากภายหลังจากการปฏิวัติในประเทศอเมริกาและฝรั่งเศสได้มีการพัฒนารูปแบบและกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอย่างเด่นชัด โดยประเทศฝรั่งเศสให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนในอเมริกาให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมสูงสุด (supreme court) ฉะนั้น เมื่อในประเทศอเมริกาและฝรั่งเศสต่างยอมรับสภาพบังคับทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติแล้ว อำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบประกาศดังกล่าวย่อมตกแก่ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมเช่นเดียวกับวิธีการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการ

¹ดูคำพิพากษาเยอรมันฝ่ายอาญา เล่ม 99 หน้า 157 และ 289 และเล่ม 100 หน้า 27 อ้างในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 13 ของบทที่ 3.

นิติบัญญัติมิให้ข้าราชการรรมนุญ²

อย่างไรก็ตาม เมื่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายที่จะศึกษาถึงรูปแบบและกระบวนการควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติมิให้ข้าราชการรรมนุญเป็นสำคัญ ดังนั้นเมื่อประเทศต่าง ๆ เหล่านั้นมิได้กำหนดให้มีองค์กรพิเศษขึ้นทำหน้าที่ควบคุมประกาศคณะปฏิวัติมิให้ข้าราชการรรมนุญไว้เป็นการเฉพาะ แต่คงให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกติที่ทำหน้าที่ตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติมิให้ข้าราชการรรมนุญอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจได้อย่างถาวรและต่อเนื่อง ฉะนั้น ผู้ทำวิทยานิพนธ์จึงคงต้องกล่าววิเคราะห์ต่อไปเฉพาะโครงสร้างและรูปแบบ รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาขององค์กรศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะกรรมการรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ควบคุมทั้งกฎหมายโดยสภานิติบัญญัติและประกาศคณะปฏิวัติมิให้ข้าราชการรรมนุญ ดังนี้

การควบคุมกฎหมายมิให้ข้าราชการรรมนุญนี้ ถ้าจะพิจารณาโดยแบ่งเป็นหลักการใหญ่ ๆ จะแยกได้เป็นการควบคุมก่อนกฎหมายมีผลใช้บังคับ และภายหลังที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ สำหรับในบทที่ 4 นี้ผู้ทำวิทยานิพนธ์จะกล่าวเฉพาะรูปแบบ และกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ข้าราชการรรมนุญในต่างประเทศโดยจะยกรูปแบบและกระบวนการควบคุมทั้งร่างกฎหมายและควบคุมภายหลังกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว อย่างใน รูปแบบศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือระบบรวมอำนาจ (centralized system) รูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ข้าราชการรรมนุญโดยศาลที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านหรือระบบรวมอำนาจนี้เป็นรูปแบบในการควบคุมกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภานิติบัญญัติหรือกฎหมายของคณะปฏิวัติ รัฐบาล ซึ่งในรูปแบบนี้ได้รับ

²ดู C.C., 16 Juillet 1971, G.D.C.C. No.19, p.245 และ C.E. 25 Janvier 1971, A.J. 1971, P.229 และ Robert B.Mckay, American Constitutional Law Reader, 1958 p.42-84 และคำพิพากษาของศาลสูงอเมริกาในคำพิพากษาของ Justice Brandeis ในคดี Ashwander V. Tennessee Vallex Authority (1936).

การสถาปนาขึ้นครั้งแรกในประเทศออสเตรียภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 โดยเป็นการจัดตั้งที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขึ้นเป็นพิเศษแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม หรือเรียกว่าเป็นระบบศาลคู่ (dual system of courts) กล่าวคือ จะเป็นศาลที่มีขอบอำนาจเหนือคดีที่พิพาทในเรื่องต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ และในแต่ละศาลจะมีระบบการอุทธรณ์ฎีกาที่สิ้นสุดในระบบภายในของตนเองไม่เกี่ยวข้องกับศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ในรูปแบบดังกล่าวเป็นไปโดยข้อเสนอแนะของ Hans Kelsen ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรีย³ อย่างเช่นในประเทศเยอรมันเป็นประเทศมีการปกครองในรูปของแบบของสหพันธรัฐ แต่ระบบศาลอาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบที่รวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียว⁴ และเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลของรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในรูปของศาลคู่ (dual system of courts) จากประเทศออสเตรีย จากนั้นต่อมาประเทศเยอรมันก็ได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (bundesverfassungsgericht) มีหน้าที่วินิจฉัยและเป็นผู้ดูแลคำสั่งในทางรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษที่ได้รับมอบอำนาจให้ป็นองค์กรผู้ม้ออำนาจตัดสินในทางรัฐธรรมนูญ และข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนเท่านั้น และมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ⁵ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐที่บัญญัติให้อำนาจไว้

³Hans kelsen. Judicial Review of Kegislation,

⁴the Journal of Politics 183, 190 (1942) : Mauro Coppelletti and Willian Cohen, Compurative Constitutional Law, P.75-76.

⁴Arnold J.Heidenheimer & Donald P.Kommers, The Governments of Germany 261 (1th ed., 1975) P.261.

⁵Donald P.Kommers, The constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (Duke University Durham and London 1989), P.3-4.

ส่วนรูปแบบการควบคุมตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมที่เรียกว่าระบบกระจายอำนาจ (decentralized system) การตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรมนี้เป็นระบบที่เรียกว่ากระจายอำนาจ ปกติจะเป็นการควบคุมการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรภายนอก (external control) หลังจากที่กฎหมายได้ประกาศใช้บังคับแล้ว และจะเป็นการควบคุมโดยใช้วิธีการทางศาล (judicial review) กล่าวคือ องค์กรศาลมีอำนาจพิจารณาปัญหากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ตามโอกาสแห่งการพิจารณาคดีปกติโดยวิธีการเนื่องมาจากผลจากแนวความคิดในสหรัฐอเมริกา เมื่อสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 1787 ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีข้อความตอนใดที่แสดงให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กฎหมายธรรมดาอื่นจะมีข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้ ราวกระทั่ง ค.ศ. 1803 ได้มีคดีระหว่างมาร์เบอร์รี (marbury) โจทก์กับ เมดิสัน (madison) จำเลย เกิดขึ้นตามหนังสือของ Robert b. Mckoy an american constitutional law reader, 1958 โดยคำวินิจฉัยของจอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐในสมัยนั้น ได้ยืนยันอำนาจตุลาการของศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า ศาลสูงสุดสหรัฐมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเป็นโมฆะ คำพิพากษาดังกล่าวนี้ได้สร้างลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญโดยลักษณะอักษรขึ้น 2 ประการ คือ (1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และ (2) กฎหมายธรรมดาซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้งไม่มีผลใช้บังคับ ที่ผู้วิพากษ์จะกล่าวถึงคำวินิจฉัยนี้โดยละเอียดต่อไป

1.1 โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส (conseil constitutionnel)

ด้วยประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ถือว่ารัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นกฎหมายสูงสุด (superemacy of the constitution) เพราะเป็นสัญญาประชาคมที่สังคมกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกติกา และกฎเกณฑ์ในการปกครองที่ทุกฝ่ายได้มอบอำนาจให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญซึ่งองค์กรทั้งหลายที่ก่อตั้งขึ้นก็ถือว่าได้

รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น ผลก็คือ การที่จะใช้อำนาจนั้นให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ ฝ่ายบริหารจะกระทำการบังคับตามกฎหมายให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้ และฝ่ายตุลาการก็จะพิพากษาคดีให้ขัดรัฐธรรมนูญไม่ได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส⁶ จึงได้จัดองค์กรและกระบวนการควบคุมกฎหมาย และการกระทำทั้งหลายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ (control of constitutionality) โดยกำหนดให้เป็นรูปแบบขององค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเต็มรูปแบบหรือบางท่านเรียกว่า มีลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเรียกว่าเป็นระบบรวมอำนาจ (centralized system)⁷

แนวความคิดที่จะให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเริ่มมีภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ต่อมาได้มีนักวิชาการคือ นาย "Sieyes" ได้อธิบายไว้ในร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1789 (constitution du 5 fructidor an III) ที่เสนอให้มี Jurie ในการทำหน้าที่การพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นองค์กรพิเศษเป็นผู้มีอำนาจตัดสินชี้ขาดคดีที่เกิดจากการปฏิบัติการตามรัฐธรรมนูญ ด้วยแนวคิดของนาย "Sieyes" นี้เองเริ่มได้รับการยอมรับเมื่อนายพลนโปเลียน โบนาปาร์ต ทำการรัฐประหารเจียบร่วมกับตน และได้มีการจัดตั้งองค์กรที่เรียกว่า "สภาเซนต์หรือสภาสูง" (sénat conservateur) ทำหน้าที่ยกเลิกการกระทำใด ๆ ที่เสนอมาโดยศาลหรือรัฐบาล โดยเห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมาก็ได้วิวัฒนาการจนเป็นองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเต็มรูปแบบ (conseil constitutionnel) อย่างเช่นในปัจจุบัน⁸

⁶Burdeau, op cit. P,102-123.

⁷ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสถานต์ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์" หน้า 31-33.

⁸Andrée Martin-Pannetier, Institutions et Vie politique françaises de 1789 à nos jours, L.G.D.J. 20 et 24, rue Soufflof-Paris (5), P. 170.

เมื่อพิจารณาโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (ศาลรัฐธรรมนูญ) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส แม้จะได้รับการยอมรับเสมือนเป็นศาลรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจตุลาการของฝรั่งเศส แต่อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างของคณะกรรมการจะเห็นว่า ในปัจจุบันจะมีคณะกรรมการอยู่ 2 ประเภท คือ ประเภทแรก คณะกรรมการ โดยตำแหน่งซึ่งจะปกติจะประกอบด้วยประธานาธิบดีและอดีตรัฐมนตรี และ ประเภทที่สอง คณะกรรมการโดยการเสนอชื่อจะมีทั้งหมด 9 คน โดยภายใน 9 คนนี้ 3 คน มาจากการเสนอชื่อของประธานาธิบดี อีก 3 คน มาจากการเสนอชื่อของประธานสภาผู้แทนราษฎร และอีก 3 คนสุดท้ายมาจากการเสนอชื่อของประธานวุฒิสภา และเมื่อกรรมการโดยการเสนอชื่ออยู่ครบ 3 ปี ต้องมีการให้กรรมการประเภทนี้ออกจากตำแหน่งหนึ่งในสาม เพื่อให้มีการเสนอชื่อใหม่ และกรรมการจะดำรงตำแหน่งซ้ำอีกไม่ได้⁹

วิธีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญใน นานาอารยประเทศ พอดีจะแยกความหลากหลายที่มีอยู่ทั้งหมดได้เป็น 3 ระบบด้วยกัน คือ 1. ใช้บุคคลเพียงคนเดียวหรือหลายคนเป็นผู้แต่งตั้ง 2. ใช้องค์กรเป็นผู้แต่งตั้ง และ 3. ระบบผสม¹⁰ ในกรณีของวิธีการแต่งตั้งหรือที่มาของ ตุลาการรัฐธรรมนูญที่เป็นบุคคลคนเดียวเป็นผู้แต่งตั้ง นั่นคือ ผู้มีอำนาจแต่งตั้ง มักจะเป็นประมุขของรัฐเสมอ ส่วนในกรณีที่เป็นบุคคลหลายคนแต่งตั้งก็อย่างเช่น ของประเทศฝรั่งเศส

⁹ Ibid., P. 171-174., สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์ "ตุลาการรัฐธรรมนูญ (3)" หน้า 21 เนชั่นสุดสัปดาห์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 257 วันที่ 9-15 พฤษภาคม 2540.

¹⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์ ตุลาการรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งแรก. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มิถุนายน 2536 หน้า 4.

ประเทศฝรั่งเศสเป็นการแต่งตั้งโดยมอบให้ ประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภาเป็นผู้มีอำนาจ ซึ่งในระบบนี้ แม้จะเป็นการแต่งตั้งในลักษณะการคานอำนาจกัน ระหว่างอำนาจบริหารและ นิติบัญญัติก็ตาม แต่มีข้อน่าสังเกตว่า ในระบบของประเทศฝรั่งเศสถ้าพรรค การเมืองฝ่ายเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรต้องการบุคคลใดมาเป็นตุลาการ รัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีโอกาสค่อนข้างมาก ประเด็นที่ น่าสนใจในระบบของฝรั่งเศสก็คือ เหตุใดในรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสและ กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญที่บัญญัติกฎหมายอยู่ใน รูปของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) จึงมิได้กำหนดถึง คุณสมบัติของผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญไว้ เหมือนอย่างในประเทศเยอรมัน หรือออสเตรีย ที่เป็นเช่นนี้น่าจะเป็นเพราะ ต้องการให้ระบบสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ เป็นระบบเปิด ซึ่งในทางปฏิบัติในประเทศที่มีได้กำหนดคุณสมบัติของตุลาการ รัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญไว้ ประธานาธิบดีและผู้มีอำนาจ เสนอชื่อมักจะสอบถามนักกฎหมายต่าง ๆ ก่อนโดยมักจะแต่งตั้งจากทนายที่มี ชื่อเสียง ผู้พิพากษาระดับสูง หรือศาสตราจารย์ทางกฎหมาย โดยเฉพาะ องค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศส มักจะประกอบด้วยนักปฏิบัติ (เช่น ผู้พิพากษาอาชีพ และทนายความ) ศาสตราจารย์ทางกฎหมาย และนักการเมือง และอดีตนักการเมืองซึ่งส่วนใหญ่ มักจะเป็นรัฐมนตรี¹¹ ควบคู่กันไป ดังนั้นไม่ว่าการสรรหาหรือที่มาของตุลาการ รัฐธรรมนูญหรือผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติกำหนดคุณสมบัติของ ผู้พิพากษาไว้หรือไม่ก็ตาม ในทางปฏิบัติองค์ประกอบของผู้พิพากษาศาล รัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมักจะคล้ายคลึงกันเสมอ

ถ้าได้ศึกษาถึงโครงสร้าง ที่มา และสถานภาพของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจะพบว่าคณะกรรมการจะ มาจากการเสนอชื่อจากประมุขของฝ่ายบริหารก็คือประธานาธิบดี และจากการ

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-7.

เสนอชื่อของประมุขของฝ่ายนิติบัญญัติโดยประธานสภาผู้แทนราษฎร อีกทั้งสถานะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะมีเงินเดือนประจำตำแหน่งที่แน่นอนและจะดำรงตำแหน่งได้แก่ครั้งเดียวเท่านั้น จึงไม่ต้องคำนึงถึงส่วนได้เสียในอนาคต อีกทั้งความเกรงใจของตัวคณะกรรมการที่มีต่อผู้ที่เสนอชื่อคนเข้ามาขอมลคน้อยลง ซึ่งลักษณะความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้จะ เป็นในรูปความรับผิดชอบในทางการเมือง เป็นส่วนใหญ่ คำวินิจฉัยที่ออกมาก็ต้องมีการประกาศให้สาธารณะชนทราบโดยทั่วกัน เท่ากับเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในรูปของการไต่สวนสาธารณะโดยปริยาย ดังนั้น คณะกรรมการหรือบุคคลผู้มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสจึงไม่ต้องให้อยู่ในรูปขององค์กรกลางในการควบคุม อย่างเช่น ก.ต. ในประเทศไทยแต่อย่างใด

ด้วยเหตุที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และมีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยองค์กรพิเศษที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านเต็มรูปแบบหรือบางท่านเรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ในกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญย่อมต้องเป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมเป็นเรื่องธรรมดาที่ต้องมีกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีลักษณะ เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เป็นพิเศษ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติถึงองค์กรกับการดำเนินการ (le fonctionnement) ขององค์กรและสถานะ (statut) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ฉบับปี ค.ศ. 1958 ไว้ในมาตรา 57 ถึงมาตรา 63 เมื่อในรัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เช่นนี้แล้ว เนื้อหาสาระและขอบเขตที่จะใช้บังคับของวิธีพิจารณาความ และรายละเอียดในการดำเนินการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส จึงได้บัญญัติขึ้นในรูปของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (loi organique) ขณะเดียวกันองค์กรตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งสถานะทางกฎหมายของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศสจะมีสถานะสูงกว่าพระราชบัญญัติธรรมดา แต่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายธรรมดาจะขัดแย้งกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมิได้ จึงเท่ากับเป็นการรองรับอำนาจขององค์กรนี้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย

อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายวิธีพิจารณาของฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้อาจแยกได้เป็น 2 ประการใหญ่ ๆ คือ ประการแรกหน้าที่ที่จะต้องกระทำเสมอ และประการที่สองหน้าที่ที่จะกระทำหรือไม่ก็ได้¹² อำนาจหน้าที่จะต้องกระทำเสมอ เช่น อำนาจในการให้ความเห็นชอบในการเสนอข้อบังคับการประชุมสภา และหน้าที่ประการสำคัญกรณีนี้ก็คือ อำนาจในการที่ต้องให้ความเห็นชอบ หรือตรวจสอบกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก่อนที่จะประกาศใช้นอกจากนั้น ระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของรัฐสภาก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนที่จะมีการประกาศใช้ด้วย ส่วนอำนาจหน้าที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกระทำหรือไม่ก็ได้ เช่น ปัญหาเรื่องการตรวจสอบว่าร่างกฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือการยอมรับสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ¹³

ซึ่งตามอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญประการที่สองที่เป็นการควบคุมแบบไม่บังคับ (facultative control) ก็คือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจกระทำก็ได้ ถ้ามีการร้องขอ และการร้องขอ เพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณานั้นทำได้ 4 กรณี ดังนี้¹⁴

กรณีแรก รัฐบาลสามารถร้องเรียนต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อที่

¹²Andree Martin-Mannetier, Institutions et Vie politique francaises de 1789 a nos jours, P. 172-173.

¹³Ibid., สมชาย ภคภาสน์วิวัฒน์ "ตุลาการรัฐธรรมนูญ (4)". หน้า 20 เนชั่นสุดสัปดาห์ ปีที่ 5 ฉบับที่ 258 วันที่ 16-20 พฤษภาคม 2540.

¹⁴Ibid., เรื่องเดียวกัน..

จะให้มีการพิจารณาว่าร่างกฎหมายมีเนื้อหาก้าวก่ายอำนาจในการออกกฤษฎีกา ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กับฝ่ายบริหารหรือไม่

กรณีที่สอง ประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานรัฐสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 60 ท่านหรือวุฒิสมาชิกจำนวน 60 ท่าน ต่างก็สามารถที่จะร้องขอต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ เพื่อให้พิจารณาว่า กฎหมายที่ได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อนการประกาศใช้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีที่สาม การร้องขอจากประธานวุฒิสภา ในการพิจารณาคัดสินว่า กฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงที่ผ่านขั้นตอนการหยั่งเสียงประชามติ (feferendum) ในปี 1962 จะขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีที่สี่ ตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสนั้น ได้กำหนดไว้ว่า ประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือ ส.ส. จำนวน 60 ท่าน หรือวุฒิสมาชิกจำนวน 60 ท่าน สามารถที่จะร้องเรียนให้คณะกรรมการรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ที่ลงนามโดยฝ่ายบริหารนั้นขัดกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก่อนที่จะไปสู่การให้สัตยาบัน

อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีด้วย

ประเด็นสำคัญที่จะชี้ให้เห็นถึงลักษณะพิเศษของระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสโดยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญก็คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเฉพาะกฎหมายที่ยังมิได้บังคับใช้เท่านั้น หรืออีกนัยหนึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีหน้าที่ควบคุมร่างกฎหมายก่อนกฎหมายจะมีผลใช้บังคับ และไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบ และวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับที่ประกาศใช้แล้วขัดรัฐธรรมนูญ¹⁵

¹⁵ Ibid.,

ผลคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ

ฝรั่งเศส (conseil constitutionnel) จะมีผลไปในทางตรงข้ามกับผลคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐอเมริกา (supreme court) ที่ใช้ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในรูปของกระจายอำนาจในการตรวจสอบไปไว้ที่ศาลยุติธรรมเท่านั้น กล่าวคือคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส เป็นรูปแบบการตรวจสอบในรูปของการรวมอำนาจในการควบคุมไว้ที่องค์กรพิเศษเพียงองค์กรเดียว ดังนั้น จึงเป็นการควบคุมตรวจสอบโดยผ่านกระบวนการควบคุมแบบ abstract control และ concrete control คือผลคำวินิจฉัยนอกจากจะมีผลผูกพันร่ององค์กร เจ้าหน้าที่ของรัฐและบุคคลผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ผลคำวินิจฉัยยังมีผลครอบคลุมไปยังองค์กรเจ้าหน้าที่อื่น ๆ และปัจเจกชนอื่น ๆ ให้ต้องถือตามคำวินิจฉัยด้วย โดยเฉพาะในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือไม่ชอบกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเท่ากับเป็นการปฏิเสธสภาพบังคับทางกฎหมายของกฎหมายฉบับนั้น โดยจะประกาศโฆษณาคำวินิจฉัยนั้นต่อสาธารณะแล้วมีผลเป็นการเพิกถอนผลบังคับทางกฎหมายของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ด้วยในตัวเอง โดยไม่ต้องให้องค์กรนิติบัญญัติตรากฎหมายขึ้นมายกเลิกบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวซ้ำซ้อนกับคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญนั้นอีก¹⁶

1.2 โดยสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (supreme court)

ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่ใช้รูปแบบในการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม หรือเรียกว่าเป็นระบบการทบทวน

¹⁶Wilhelm k.Geck, Judicial Review of statutes : A Comparative Survey of Present Institutions and Practices, 51 Cornell Law Quarterly, (1966), P. 281-282.

ทางกฎหมายแบบกระจายอำนาจ (decentralized judicial review)¹⁷ และศาลที่มีอำนาจพิจารณาความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบาลได้ก็คือศาลสูง (supreme court) ในทางปฏิบัตินับแต่ได้ตัดสินคดี Marbury v. Madison ศาลสูงสุดมักจะไม่ใช่อำนาจดังกล่าว แต่ศาลสูงมักจะใช้อำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายของท้องถิ่นหรือกฎหมายของมลรัฐต่าง ๆ ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐหรือไม่ เพราะเป็นความจำเป็นของการปกครองระบบสหรัฐ (federalism) ที่ต้องมีองค์กรเพื่อรักษาเอกภาพของประเทศ

บทบาทศาลสูงในสหรัฐอเมริกาแต่เดิมตั้งใจให้บทบาทปัญหา รัฐธรรมนูญเพื่อพิทักษ์ระบบสหรัฐ และศาลควรเน้นการรักษาสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหนือสิ่งใด¹⁸ การจัดตั้งในชั้นแรกจึงมุ่งหมายให้เป็นองค์กรกลางของระบบการปกครองแบบสหรัฐท่านองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญในยุโรป¹⁹ และในทางวิชาการยังเป็นที่น่าสงสัยในขอบอำนาจที่ควรจะเป็น²⁰ รวมทั้งมีข้อจำกัดในอำนาจของศาลตามระบบประชาธิปไตยแบบแบ่งแยกอำนาจ แต่ระบบของอเมริกาก็เป็นระบบเริ่มต้นของการยินยอมให้มีการทบทวนความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ (constitutionality) โดยองค์กรศาลยุติธรรมแบบกระจายอำนาจ

โครงสร้างของระบบศาลของสหรัฐอเมริกา แม้จะไม่มีลักษณะเป็นแบบคู่ขนานที่แยกประเภทของศาลในการมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีต่าง ๆ อย่างเช่นในประเทศในภาคพื้นยุโรปก็ตาม แต่เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีการ

¹⁷ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์" หน้า 28.

¹⁸Jesse Choper Judicial Review in National Political Process 16 and 64 (1980).

¹⁹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์", หน้า 31.

²⁰Christopher Wolfe. The Rise of Modern Judicial Review (1986) P.90-92.

ปกครองในรูปของสหพันธรัฐ (federal) แต่ละมลรัฐจะมีอำนาจอิสระแยกต่างหากจากสหพันธรัฐหรือรัฐบาลกลาง (united states) ซึ่งในแต่ละมลรัฐจะมีอำนาจออกกฎหมายบังคับใช้เองภายในมลรัฐนั้น ๆ มีศาลที่มีอำนาจอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีภายใต้กฎหมายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งจะมีศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงภายในมลรัฐของตนเองแยกต่างหากจากเขตอำนาจศาลของรัฐบาลกลาง (united states courts) ในขณะที่รัฐบาลกลางก็จะมีศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงของสหพันธ์เช่นกัน แต่ในบางกรณีคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลของมลรัฐอาจไปพิจารณาคดีในศาลสูงสุดของสหพันธรัฐหรือรัฐบาลกลางก็ได้ โดยต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ²¹ หรือมีแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่วางแนวไว้ให้ศาลสูงของสหพันธรัฐมีอำนาจพิจารณาได้ อย่างเช่น ในคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐได้พิจารณาคดีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในคดีระหว่าง Marbury and Madison ในปี ค.ศ. 1803 เป็นต้น

สหรัฐอเมริกาแม้จะมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (common law) และไม่มีกฎหมายวิธีพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นกฎหมายเฉพาะอย่างเช่น ในระบบ civil law เป็นผลทำให้ศาลในสหรัฐอเมริกาจะมีปฏิริยาต่อต้านกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยถือว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรก้าวท้าวอำนาจฝ่ายตุลาการ และศาลจะตีความกฎหมายไปในทางที่จะเปลี่ยนแปลงหลักกฎหมายที่ศาลได้ตีความและวางแนวไว้แล้วน้อยที่สุด²²

²¹Jerome Frank, Courts on trial : Myth and Reality in American Justice (Princeton Paperback ed. 1793), P.292-309.

²²Ibid.,

สหรัฐอเมริกาจะมีระบบการได้มาซึ่งผู้พิพากษา จากการแต่งตั้งมี 2 ระดับ คือ ระดับมลรัฐ และระดับสหพันธรัฐ ในระดับมลรัฐ²³ ใน 50 มลรัฐที่แตกต่างกันโดยใช้วิธีการคัดเลือกและแต่งตั้งผู้พิพากษาแบบต่าง ๆ ไว้ 6 แบบ ดังนี้²⁴

1. แบบเลือกตั้งมีพรรค (partisan election)
2. การเลือกตั้งแบบไม่มีพรรค (nonpartisan election)
3. การคัดเลือกตามระบบคุณธรรมจากผู้พิพากษาระดับต่าง ๆ (merit selection at one or more levels of the judicial system)
4. การแต่งตั้งโดยผู้ว่าการรัฐ (gubernatorial appointment)
5. การเลือกตั้งองค์กรนิติบัญญัติ (legislative election)
6. การคัดเลือกโดยผู้พิพากษาที่อยู่นั่งที่ (selection by sitting judge)

ระดับสหพันธรัฐ นั้น ใช้ระบบการแต่งตั้ง (appointment) โดยประธานาธิบดี โดยความเห็นชอบจากสภาซันเนต (สภาสูง) ทั้งนี้ตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งผู้พิพากษา ศาลฎีกา 9 นาย (chief justice of the united states) 1 นายซึ่งเป็นประธานศาลฎีกาและผู้พิพากษา 8 นาย ที่เรียกว่า associate justices หรือการแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลอื่น ของสหรัฐประมาณ 1,500 นาย (ในปี 1985) อาทิ ในศาลอุทธรณ์ (u.s. courts of appeals) ในศาลชั้นต้น (u.s. district court)

²³Henry J. Abraham, The Judicial Process, New York, Oxford Univ press, 5th ed, 1986, P. 23.

²⁴บรรศักดิ์ อูวรรณไฉ. "โครงสร้างการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในบางประเทศ", ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 16-17.

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดที่มาของผู้พิพากษาในอเมริกาเอาไว้ดังกล่าว แต่ปัจจุบันมีธรรมเนียมปฏิบัติที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้พิพากษาโดยฝ่ายบริหารและได้รับความเห็นชอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติหลายประการ เพื่อให้มีระบบการตรวจสอบและความโปร่งใส กล่าวคือ

ในระดับสหพันธรัฐนั้น ประธานาธิบดีพยายามจะหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตนเพียงคนเดียวตั้งแต่ก่อน จึงมีระบบคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษา โดยคณะกรรมการของประธานาธิบดี และขอความเห็นชอบของสภานายความอเมริกา (american bar association) ดังจะเห็นได้ว่าในยุคของประธานาธิบดีรีแกนมีการตั้งที่ปรึกษาประธานาธิบดี (attorney general) และข้าราชการระดับสูงของกระทรวงยุติธรรม และทำเนียบขาว 7 คน เสนอรายชื่อคนที่เหมาะสมจะได้รับการแต่งตั้ง FBI ตรวจสอบ และให้สภานายความอเมริกันให้ความเห็นในเรื่องความรู้ความสามารถ ประสบการณ์และความประพฤติแล้วนำเสนอประธานาธิบดี เพื่อนำเสนอสภาซีเนทต่อไป²⁵

สำหรับวิธีปฏิบัติประธานาธิบดีจะใช้ดุลพินิจแต่งตั้งผู้พิพากษาที่ประธานาธิบดีจะเสนอชื่อบุคคลนั้น ๆ ต่อสภาซีเนท โดยมักจะเสนอชื่อบุคคลที่สังกัดพรรคการเมืองเดียวกับตน ซึ่งในการนี้ประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่เสนอชื่อบุคคลใดที่ตนเห็นว่าเหมาะสมก็ได้ เพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาไว้ ฉะนั้นบุคคลที่ถูกเสนอชื่อจึงไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีสัญชาติอเมริกาหรืออาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อน และไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีความรู้ทางกฎหมายแต่อย่างใด²⁶

เมื่อเรื่องการเสนอชื่อผู้พิพากษามาถึงคณะกรรมการธิการยุติธรรมของสภาซีเนท (ซึ่งโดยปกติจะมีการปรึกษาก่อนเสนอเป็นทางการ) ก็จะมีการ

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 16.

²⁶ Emmette S. Redford et. al. Politics and Government in the United States. : National, State and Local Edition (New York : Harcourt, Brace and World, Inc. 1965), P.531.

พิจารณาข้อเสนอของประธานาธิบดีโดยเชิญบุคคลต่าง ๆ มาซักถามรวมทั้งตัว
ผู้ที่ถูกเสนอด้วย โดยการพิจารณาจะเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย

ในระดับมลรัฐ ก็มีการพยายามปรับปรุงระบบการแต่งตั้งโดยผู้ว่า
การรัฐ ในทำนองเดียวกัน เช่น ในมิสซูรี ผู้ว่าการรัฐก็แต่งตั้งคณะกรรมการ
ประกอบด้วยผู้พิพากษา นักกฎหมาย และบุคคลอื่นเป็นผู้คัดเลือกบุคคลเพื่อเสนอ
แต่งตั้งต่อผู้ว่าการรัฐ

กลไกการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลสูงอเมริกา

ผู้พิพากษาในสหรัฐอเมริกาไม่ใช่อาชีพถาวร (career judge)
เหมือนในยุโรป การแต่งตั้งตามที่กล่าวไปแล้วว่าจะกระทำโดยองค์กรทาง
การเมืองในรัฐธรรมนูญ และไม่มีระบบขององค์กรกลางบริหารงานบุคคลที่เทียบ
คล้ายกับ ก.ค. เหมือนในประเทศไทย และโดยที่ระบบการบริหารงานของ
ศาลอเมริกาเป็นระบบเปิด (open system) ซึ่งให้คนที่เป็นนักกฎหมายผู้ที่
ประสบความสำเร็จได้รับการแต่งตั้ง เป็นผู้พิพากษาได้โดยวิธีการสรรหาที่
เรียกว่าเป็นระบบเปิด โดยเฉพาะวิธีการสรรหาผู้พิพากษาศาลสูงสุดของ
อเมริกาจะให้องค์กรอื่นเข้ามีส่วนร่วมแต่งตั้งเพื่อต้องการให้คนนอกสะท้อน
ความรู้สึกของผู้พิพากษา และเพื่อให้คนภายนอกตรวจสอบการปฏิบัติงานของ
ผู้พิพากษาได้ด้วย ซึ่งจะมีระบบการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบ
จากสภาซึ่งเนตตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามแม้ว่าวิธีการสรรหาผู้พิพากษา
ศาลสูงของอเมริกาจะมาจากฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอชื่อโดยความเห็นชอบจาก
ฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม นั่น ก็ได้หมายความว่ากระบวนการพิจารณาและอำนาจใน
การพิจารณาคดีของผู้พิพากษาศาลสูงดังกล่าวจะถูกครอบงำโดยผู้เสนอชื่อไม่
ทั้งนี้ ในการเลือกผู้พิพากษาศาลสูงของอเมริกาจะเป็นไปโดยธรรมเนียมปฏิบัติ
เป็นส่วนใหญ่ และมีความโปร่งใส ดังนั้น ในระบบการควบคุมตรวจสอบจะมี
การตรวจสอบจากทุกฝ่ายไม่ว่าในระดับการคัดเลือกของฝ่ายบริหาร การให้
ความเห็นชอบของสภา ทั้งยังเป็นการเชื่อมโยงสถาบันศาลเข้าด้วยกันกับสถาบัน
ผู้แทนปวงชน (รัฐสภา) ซึ่งระบบตรวจสอบนี้เป็นระบบเปิดเผย ที่สาธารณชน
สามารถทราบประวัติ และผลงานของผู้พิพากษาคัดคนข้อพิจารณาอื่น ๆ และ
ที่เกี่ยวกับผู้เสนอชื่อนั้น ๆ จึงเท่ากับเป็นกลไกในการควบคุมตรวจสอบโดย

มหาชนอีกครั้งหนึ่งจึงยากต่อการกระทำการทุจริตได้ และระบบของอเมริกาเมื่อแต่งตั้งแล้วสามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดชีพ ทั้งนี้ ผู้พิพากษาศาลสูงก็มีอาจถูกถอดถอนโดยสภาได้จึงเป็นระบบคุ้มกันความเป็นอิสระได้ในตัวเอง เพราะเมื่อฝ่ายบริหารและสภาแต่งตั้งแล้วก็ไม่สามารถให้โทษหรือเลื่อนลด ปลด ย้าย ได้อีก เว้นแต่จะเป็นความผิดอย่างร้ายแรงก็อาจถูกถอดถอนโดยกระบวนการ impeachment โดยจากการกล่าวหาของสภาผู้แทนราษฎร และตัดสินใจโดยสภาจิวเนทได้²⁷

การเปิดระบบการบริหารงานบุคคล และการพิจารณาคดีของศาลสูงในสหรัฐอเมริกาหมายถึง การที่ให้บุคคลภายนอกที่มีประสบการณ์ทางกฎหมายเข้ามาเป็นผู้พิพากษาที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาสมทบได้โดยเฉพาะในศาลสูงเป็นการเปิดระบบให้บุคคลภายนอกที่มีความสามารถเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ใช้ระบบให้ผู้พิพากษาศาลล่างเท่านั้นที่ไต่เต้ามาสู่ศาลสูงโดยไม่ต้องเป็นผู้พิพากษาศาลล่างเลย เท่ากับเป็นการเปิดให้ระบบศาลรับรู้โลกภายนอกและสามารถพัฒนาระบบคำพิพากษาและมีแนวความคิดที่หลากหลายตามภาวะ เศรษฐกิจและสังคม นอกจากนี้ในระบบกฎหมายทั้งหลายในสหรัฐอเมริกายังมีการตรวจสอบการพิจารณาคดีแต่ละคดีของผู้พิพากษาหลายวิธี อาทิ ในสหรัฐอเมริกาไม่ให้ผู้พิพากษาคณะเดียว หรือคณะเดียวกันตัดสินได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย เพราะเกรงว่าผู้พิพากษาที่ตัดสินได้ทั้ง 2 ทาง จะเลือกฟังข้อเท็จจริงและเลือกใช้ข้อกฎหมาย เพื่อตัดสินตามผลที่อยู่ในใจ ดังนั้น ในระบบศาลสหรัฐอเมริกาจึงได้วางหลักว่าข้อเท็จจริงให้ตัดสินโดยบุคคลธรรมดาที่เรียกว่าคณะลูกขุน (jury) ผู้พิพากษาต้องตัดสินปัญหาตามที่ลูกขุนชี้ข้อเท็จจริงเท่านั้น²⁸

วิธีพิจารณาของศาลสูงในสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกา แม้จะใช้ระบบกฎหมาย common law เหมือนกับประเทศอังกฤษ แต่ระบบศาล และวิธีพิจารณา รวมทั้งลักษณะของกฎหมายรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศนั้นแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยเฉพาะเรื่อง

²⁷ Ibid.,

²⁸ Ibid., P. 41-42.

ของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ประเทศอังกฤษไม่มีข้อกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร ขณะที่ในสหรัฐอเมริกาที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรที่เก่าแก่ที่สุดในโลก ในอเมริกานั้น กฎหมายวิธีพิจารณาของศาลจะไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นแนวปฏิบัติสำคัญยิ่งในการออกกฎหมาย และผูกพันศาลต่าง ๆ ที่ต้องยึดถือตาม แม้ในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญก็เช่นกัน เมื่อทุกองค์กรในอเมริกาต่างยอมรับว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และศาลสูงมีอำนาจบังคับใช้กฎหมายและตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ²⁹หรือไม่ แต่โดยที่ไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจองค์กรใดองค์กรหนึ่งชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คงมีแต่บทบัญญัติที่บัญญัติว่า "รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐย่อมเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงสุดจึงล่วงละเมิดมิได้" เท่านั้น ศาลสูงอเมริกาจึงอ้างอำนาจที่จะต้องพิพากษาชี้ขาดข้อพิพาทในคดีว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจตราขึ้นเพื่อให้บังคับกับราษฎร และหรือใช้อำนาจนั้นแก่องค์กรของรัฐจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญในมาตรา 4 ดังกล่าวหรือไม่³⁰ แต่ศาลสูงได้อาศัยตรรกวิทยาในการแปลความหมาย โดยให้เหตุผลว่า ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการต้องมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย และเพื่อให้การใช้อำนาจโดยบรรพบุรุษศาลย่อมมีอำนาจต้องพิจารณาได้ก่อนว่าสิ่งใดมีสถานะภาพเป็น

²⁹Section 13 of the Judiciary Act of 1789, the legislation which organizes the Judicial power of the new government, authorized the Supreme Court to issue writs of mandamus in "cases warranted by the principles and usages of law..", Cited in James L. Maddex, Constitutional Law : Cases and Comments, 2 nd edition (New York " West Publishing, 1979), P. 5.

³⁰กนิษฐา เขียววิทย์ "การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต หน้า 121.

กฎหมายมีผลบังคับใช้ได้หรือไม่³¹ ดังนั้น จึงเป็นปริยายว่าศาลยุติธรรมสูงสุด (supreme court) แห่งสหพันธรัฐของอเมริกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาในกรณีที่มีบัญญัติในกฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีรัฐธรรมนูญของศาลสูงดังกล่าวจะมีวิธีพิจารณา เช่นเดียวกับวิธีการพิจารณาคดีแพ่ง หรือคดีอาญาทั่วไป รวมทั้ง วิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาและสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในคดีควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญซึ่งการพิจารณาคดีต่าง ๆ จะถูกกำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและธรรมเนียมปฏิบัติ ดังนี้³²

วิธีพิจารณาความของศาลสูงสุดหรือศาลฎีกาของสหรัฐนั้น ก่อนที่ศาลจะได้วินิจฉัยคดีศาลจะเปิดโอกาสให้ผู้ความทั้งสองฝ่ายยื่นคำแถลงการณ์และแถลงด้วยวาจา ตามปกติทั้งสองฝ่ายมีสิทธิแถลงการณ์ด้วยวาจาฝ่ายละ 1 ชั่วโมง ระหว่างที่ทั้งสองฝ่ายแถลงต่อศาลนั้น ศาลอยากถามข้อความอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควรก็ได้

การแถลงการณ์ด้วยวาจานั้น ผู้พิพากษาบางท่านเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญมาก เพราะเป็นการประหยัดเวลาและช่วยให้เข้าใจรูปคดีได้ดียิ่งขึ้น หลังจากฟังการแถลงการณ์ด้วยวาจาแล้ว ผู้พิพากษาก็ใช้เวลาศึกษาและพิจารณารูปคดี และประชุมลงมติตัดสินคดี

การประชุมเพื่อตัดสินคดี (the friday conference) ของศาลสูงสุดหรือศาลฎีกานั้น มักประชุมกันเป็นการลับ โดยปกติตามทางปฏิบัติ ประธานหรือหัวหน้าศาลจะเป็นผู้ออกความเห็นก่อนโดยเรียงลำดับอาวุโสจากผู้ที่มีอาวุโสที่สุดลงมาหาผู้อาวุโสน้อยที่สุด เมื่อออกตามความเห็นแล้วก็เป็นการลงมติ เวลาลงมตินั้นจะเป็นไปในทางกลับกัน กล่าวคือผู้ที่มีอาวุโสน้อยที่สุดซึ่งแสดงความเห็นทีหลังจะต้องลงมติก่อน และประธานหรือหัวหน้าศาลจะเป็นผู้ออกความเห็นทีหลังสุด

³¹G. Edward White, the American Judicial tradition (New York : Oxford University Press, 1796), P. 21.

³²Ibid.,

เมื่อลงมติออกเสียงแล้ว ประธานหรือหัวหน้าศาลสูงสุดจะมอบให้ ผู้พิพากษาคนใดคนหนึ่ง เขียนความเห็น แต่ถ้าประธานหัวหน้าศาลมีความเห็นด้วย กับฝ่ายข้างน้อย การกำหนดตัวผู้เขียนจะกระทำโดยผู้พิพากษาอาวุโสซึ่งเป็น ฝ่ายข้างมาก

ในการเขียนความเห็นนั้น ผู้พิพากษาผู้หนึ่งผู้ใดมีสิทธิที่จะเขียน ความเห็นแย้ง (dissenting opinion) ก็ได้ สำหรับเรื่องการเขียน ความเห็นแย้งนี้มีนักกฎหมายบางคนเห็นว่าไม่น่าจะให้ความเห็นแย้งในศาลฎีกา เพราะทำให้เห็นว่าการตัดปัญหาขาดความแน่นอน แต่ความเห็นส่วนใหญ่ก็ยัง เห็นว่าควรจะให้มิได้ เพราะเพื่อประโยชน์ในการศึกษาความเห็นแย้งนั้นแม้ จะเป็นแนวทางที่จะกลับคำพิพากษาในอนาคตได้³³

คำพิพากษาของศาลสูงสุดหรือศาลฎีกานั้นถือเป็นที่สุดและคำตัดสิน ของศาลในคดีหลัง ๆ มักคล้อยตามความเห็นเดิมแต่ก็ปรากฏว่าความเห็นของ ศาลสูงสุดหรือศาลฎีกา อาจกลับจากหลักเดิมได้ มีผู้สังเกตว่าในสิบปีระหว่าง ค.ศ. 1937-1964 ศาลสูงสุดนี้ได้กลับแนวคำวินิจฉัยของตนเองถึง 32 คดี³⁴

นอกจากนี้ศาลสูงจะไม่พิจารณาปัญหาต่าง ๆ ถ้าเป็นปัญหาที่มีลักษณะ ในทางการเมือง (political questions)³⁵ ซึ่งอำนาจในการตัดสินปัญหา ทางการเมืองนั้นเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารและสภา congress ไม่ใช่ศาล เป็นต้นว่า การดำเนินการทางการทูตหรือการติดต่อสัมพันธ์กับศาลต่างประเทศ เป็นอำนาจของประธานาธิบดี กระบวนการในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ซึ่งล้วนเป็น

³³Robert K. Carr, Marver H. Bernstein, Donald H. Morrison American Democracy in Theory and Practice, Holt Rinehart and Winston New York (1961), P. 289.

³⁴Ibid, P.494.

³⁵อนันต์ จันทโรภากร "Judicial Review ของศาลสหรัฐ อเมริกา" รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กันยายน 2535 หน้า 253.

อำนาจของสภา congress และเป็นปัญหาทางการเมืองทั้งสิ้น

ศาลสูงในสหรัฐอเมริกาจะเปิดดำเนินกระบวนการพิจารณาระหว่างวันจันทร์แรกของเดือนตุลาคมจนถึงเดือนมิถุนายนของทุกปี เว้นแต่จะมีคดีซึ่งหัวหน้าศาลเห็นเป็นการรีบด่วนที่สมควรจะให้มีการพิจารณาคดีนั้นก็ได้

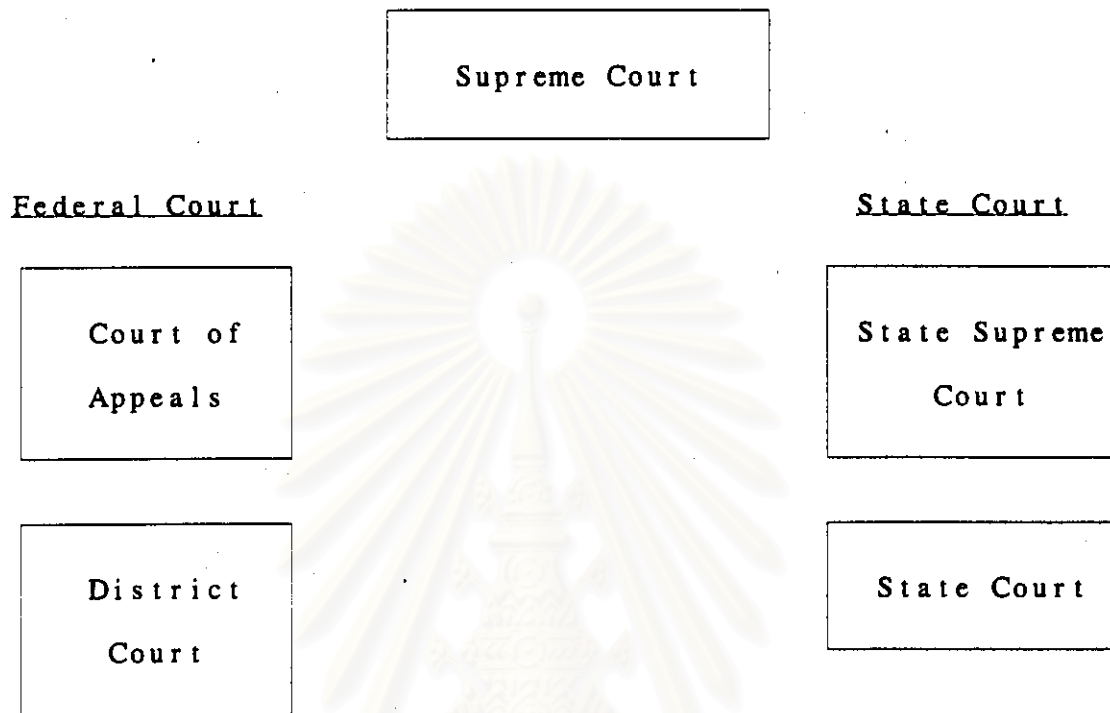
ในศาลสูงนั้นจะมีคดีที่เข้าสู่การพิจารณาในปีหนึ่งประมาณ 3,800 คดี³⁶ การเขียนคำพิพากษามี 2 วิธี คือเขียนคำวินิจฉัยแบบสั้น และแบบให้ข้อเท็จจริงและเหตุผลอย่างครบถ้วน คดีส่วนใหญ่ศาลจะวินิจฉัยสั้น ๆ ในคดีที่มีปัญหาสำคัญ ศาลจะต้องเขียนความเห็นยาวแสดงข้อเท็จจริงและเหตุผลในคดี

ทะเบียนรับรองร้องทุกข์หรือข้ออุทธรณ์ที่มาสู่ศาลสูงจะมี 3 ทะเบียน และทะเบียนที่เกี่ยวกับปัญหาในคดีอื่นที่คัดขึ้นมาแล้ว เรียกว่า appellate docket ทะเบียนอีกชนิดหนึ่งเป็นทะเบียนที่เกี่ยวกับการพิจารณาที่ศาลนี้มีเขตอำนาจพิจารณาชั้นต้น ซึ่งได้ทำการพิจารณาโดยแรกเริ่ม และคดีที่มีรัฐเป็นคู่ความ เรียกว่า original docket ซึ่งคดีนี้อาจจะมีไม่มากนัก ในบางกรณีสภา congress ได้มอบคดีให้ศาลล่างของสหรัฐพิจารณาแทนที่จะนำคดีสู่ศาลสูง ทะเบียนที่สามเป็นเรื่องคำร้องเบ็ดเตล็ด เช่นคำร้องที่มาจากนักโทษต้องถูกคุมขังว่าตนถูกคุมขังโดยไม่ชอบต่อกฎหมาย ทะเบียนนี้เรียกว่า miscellaneous docket³⁷

³⁶Rocco J. Tresolini, Shapiro American Constitutional Law 3rd Ed. The Macmillan Company, Collier Macmillan Limited, London (1970), P. 32.

³⁷Ibid.,.

คดีที่จะเข้าสู่กระบวนการของศาลสูง อาจแสดงแผนผังได้ดังนี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผลของคำวินิจฉัย

อำนาจหน้าที่ของศาลสูงในคดีควบคุมกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา (judicial review) จะใช้อำนาจได้ภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา และอำนาจของศาลในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญต้องเป็นคดีที่ไม่มีลักษณะเป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบายทางการเมือง แต่อำนาจของศาลสูงในการพิจารณาตัดสินกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกาในทางปฏิบัติของศาลสูง ศาลจะพยายามไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพียงแต่จะไม่นำกฎหมายที่เห็นว่าขัดรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับคดีเท่านั้น แต่กฎหมายก็ยังคงเป็นสภาพเป็นกฎหมายอยู่³⁸ และหากจะกระทำ ก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกแล้วเท่านั้น โดยหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของศาลสูงในเรื่อง judicial review ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของ justice brandeis ในคดี ashwander v. tennessee valley authority (1936) กล่าวคือ³⁹

1. ศาลจะไม่กำหนดหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้เกินขอบเขตข้อเท็จจริงในแต่ละคดี

2. ศาลจะไม่ตัดสินว่ากฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญ ถ้าปรากฏว่าสามารถที่จะตัดสินคดีโดยอาศัยเหตุอื่นได้ และแม้มีข้อสงสัยอย่างยิ่งว่ากฎหมายอื่นนั้น ๆ จะขัดกับรัฐธรรมนูญศาลต้องพยายามตีความกฎหมายนั้นไปในทางที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าว ถ้ามีช่องทางที่จะทำได้

นอกจากนั้นอำนาจของศาลในการพิจารณาตัดสินกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญได้ต้องมีลักษณะเป็นประเด็นข้อพิพาท ไม่ใช่เพียงการขอความเห็นในลักษณะขอคำปรึกษาจากศาลกล่าวคือ โจทก์จะต้องเป็นบุคคลที่มีสิทธิฟ้อง เรียกร้องหรือถูกโต้แย้งสิทธิ "standing to use" เกี่ยวกับปัญหากฎหมายรัฐธรรมนูญ และการถูก

³⁸A.V.Dicey An Introduction to the Study of the Law of the Constitution English, Language Book Society and Macmillan (1971), P. 163.

³⁹อนันต์ จันทร์โอภากร "Judicial Review ของสหรัฐอเมริกา" 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. หน้า 255.

โต้แย้งสิทธิของโจทก์ต้องเป็นการโต้แย้งผลประโยชน์ที่มีกฎหมายรับรองด้วย⁴⁰

ปัญหาที่น่าคิดอีกประการหนึ่งก็คือว่า ที่ศาลสูงสุดตัดสินว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญแล้วจะมีผลย้อนหลังหรือไม่

ปัญหานี้ เดิมศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาเคยตัดสินว่า กฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญย่อมไม่เป็นกฎหมาย ข้อตัดสินจึงมีผลย้อนหลัง แต่ต่อมาศาลได้ยกเลิกหลักนี้โดยเห็นว่าข้อตัดสินว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจะมีผลย้อนหลังหรือไม่ต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ในคดีอาญาถ้ากฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผลให้วิธีพิจารณาการค้นหาความจริงขาดความเที่ยงธรรมแล้ว ข้อตัดสินว่ากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีผลย้อนหลัง ซึ่งถ้าหากจำเลยต้องขังไปแล้วก็อาจได้รับการปลดปล่อยหรือพิจารณาใหม่ได้⁴¹

1.3 ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (bundesverfassungsgericht)

ประเทศเยอรมันเป็นประเทศมีการปกครองในรูปหลายรัฐ คือ แบบสหพันธรัฐ แต่ระบบศาลอาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบที่รวมกันเป็นอันหนึ่งอันเดียว⁴² และเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับอิทธิพลของรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในรูปของศาลคู่ (dual system of courts) จากประเทศออสเตรีย จากนั้นต่อมาประเทศเยอรมันก็ได้ก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ มีหน้าที่วินิจฉัย และเป็นผู้ดูแลคำสั่งในทางรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษที่ได้รับมอบอำนาจให้เป็นองค์กรผู้มีอำนาจตัดสินในทางรัฐธรรมนูญ และข้อโต้แย้งเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนเท่านั้น และมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยสังเขปดังนี้⁴³

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

⁴¹ Johnson V New Jersey 384 U.S. 719 (1966).

⁴² Arnold J. Heidenheimer & Donald P. Kommers, *The Governments of Germany* 261 (1th ed., 1975) P.261.

⁴³ Donald P. Kommers, *The constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Duke University Durham and London 1989), P.3-4.

1. ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ ในกรณีมีข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตแห่งสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์องค์กรหนึ่งองค์กรใด หรือเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของผู้มีส่วนร่วมในองค์กรนั้น ตามที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือข้อบังคับว่าด้วยการดำเนินกิจการขององค์กรนั้น ๆ บัญญัติรับรองไว้โดยตรง

2. ปัญหาข้อโต้แย้ง หรือข้อสงสัยว่ากฎหมายของมลรัฐ หรือกฎหมายของสหพันธ์ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือกฎหมายของมลรัฐขัดแย้งต่อกฎหมายของสหพันธ์ ไม่ว่าในแง่ของแบบพิธีหรือในแง่ของเนื้อหา ทั้งนี้เมื่อรัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกรัฐสภาของสหพันธ์ จำนวนหนึ่งในสามยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์วินิจฉัย

3. ปัญหาข้อโต้แย้ง เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของสหพันธ์ หรือมลรัฐ โดยเฉพาะในการทำหน้าที่ใช้กฎหมายของสหพันธ์ หรือกรณีที่สหพันธ์ใช้อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของมลรัฐ

4. ปัญหาข้อพิพาทอื่น ๆ ทางกฎหมายมหาชน ระหว่างสหพันธ์กับมลรัฐ หรือระหว่างมลรัฐด้วยกันเอง หรือข้อพิพาทในมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง เมื่อไม่มีทางจะวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยทางอื่นใด

โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ (bundesverfassungsgericht)

ประกอบด้วยผู้พิพากษาของสหพันธ์ และสมาชิกอื่น ๆ ผู้เป็นสมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มาจากการคัดเลือกโดยให้สภาแห่งสหพันธ์ (สภาผู้แทนราษฎร) และสภาผู้แทนมลรัฐ (วุฒิสภา) เป็นผู้เลือกฝ่ายละกึ่งหนึ่ง สมาชิกของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะเป็นสมาชิกของสภาสหพันธ์ หรือสภาผู้แทนมลรัฐ หรือคณะรัฐบาล หรือเป็นสมาชิกองค์กรอย่างหนึ่งอย่างใดในตนเองเดียวกัน ในระดับมลรัฐมิได้ ธรรมนูญและกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้เป็นไปตามกฎหมายของสหพันธ์ และให้กำหนดไว้ด้วยว่ากรณีใดบ้างที่คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ย่อมมีผลบังคับเช่นกฎหมาย กฎหมายนี้อาจกำหนดให้คำร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญจะนำขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ เฉพาะในกรณีที่ได้มีการดำเนินการตามกฎหมายเพื่อรักษาสิทธิจนถึงที่สุดแล้ว และจะกำหนดกระบวนการวิธีพิจารณาพิเศษในการพิจารณารับคำร้องทุกข์ไว้โดย

เฉพาะด้วยก็ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์อยู่ที่เมือง karlsruhe และ เขตอำนาจศาลเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ และตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กับศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ นั้น ไม่มีความสัมพันธ์กันโดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะกำหนดให้มีศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดในตัวเองมีเขตอำนาจในตัวเอง และแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐจะมีได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาศาลต่าง ๆ ในสหพันธ์และมลรัฐ* แต่โดยที่คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับปัญหาในรัฐธรรมนูญอาจถูกพิพากษาหรือกลับเสียได้โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ ศาลนี้จึงมีสภาพคล้ายเป็นศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดของระบบศาลทั้งหลายของเยอรมัน และเป็นองค์ประกอบที่เป็นผู้กำหนดรูปแบบการปกครองของประเทศไปโดยปริยาย

โดยที่ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมีที่มาโดยได้รับการคัดเลือกจากคณะกรรมการ เลือกสรรผู้พิพากษาของสภาผู้แทนราษฎร เป็นจำนวนครึ่งหนึ่งของแต่ละองค์คณะ ส่วนอีกครึ่งหนึ่งของแต่ละองค์คณะจะได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (สภาสูง)⁴⁴ และผู้มีสิทธิเสนอชื่อนุคคลที่สมควรจะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญจะมาจากการเสนอชื่อของพรรคการเมืองซึ่งเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของเยอรมันได้วางระบบองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างรัดกุม ทั้งในแง่ของการคานกันระหว่างองค์กรที่ทำ

* ในมลรัฐต่าง ๆ ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในมลรัฐของตนเพื่อพิจารณาปัญหากฎหมายของมลรัฐขัดรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐแต่มีบทบาทน้อยมาก และคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐนั้นจะอุทธรณ์ต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเท่านั้น.

⁴⁴บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ "องค์กรศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน". อาจารย์บุชา หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2538 หน้า 63.

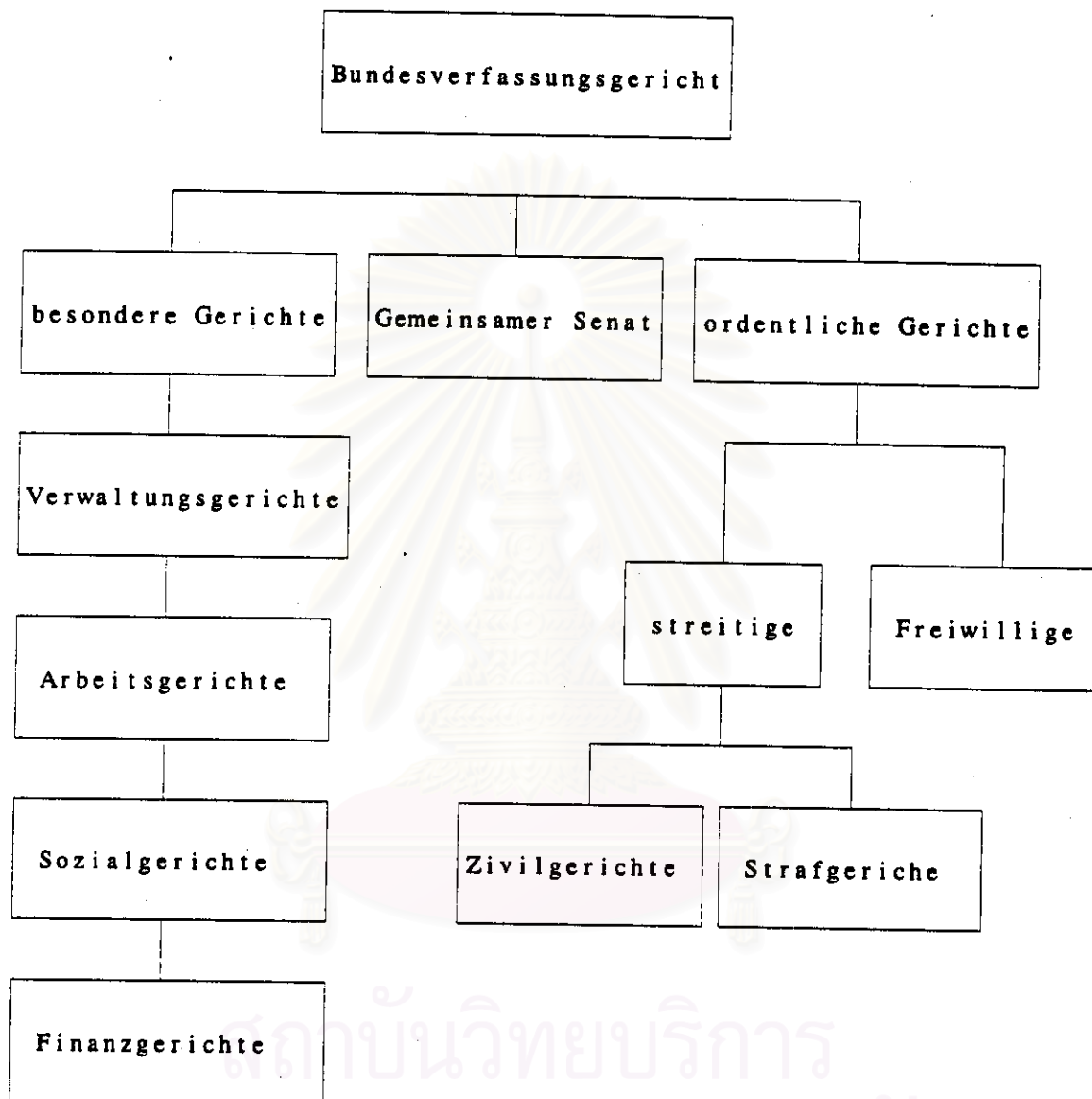
หน้าที่เลือกสรรผู้พิพากษาและกำหนดวาระไว้ยาวนานถึง 12 ปี⁴⁵ ดังนั้น ระบบควบคุมโดยองค์กรกลางในการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างเช่น ก.ต.ของ ไทยจึงไม่จำเป็นต้องใช้ในระบบศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมัน เพื่อความชัดเจนของแสดงแผนผังโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ เยอรมัน ดังนี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, .

โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน⁴⁶



⁴⁶กมลชัย รัตนสกาวงศ์. หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. พิมพ์ครั้งแรก. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมษายน 2537 หน้า 7.

ที่มาของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

โดยที่ระบบการศึกษากฎหมายในประเทศเยอรมันจะเป็นระบบที่ค่อนข้างพิเศษ ซึ่งผู้จบการศึกษากฎหมายทุกคนต้องผ่านการสอบความรู้ถึง 2 ชั้น ในทุกสาขาวิชา อีกทั้งนักศึกษากฎหมายเมื่อจบการศึกษาตามกฎหมายโดยผ่านการสอบได้ทั้ง 2 ชั้นแล้ว สามารถทำงานได้ทุกสาขาอาชีพไม่ว่าจะเป็นอัยการ ผู้พิพากษา หรือแม้แต่อาจารย์มหาวิทยาลัย เมื่อเป็นเช่นนี้ที่มาของผู้พิพากษา โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญจึงมีที่มา และองค์คณะค่อนข้างจะพิเศษกล่าวคือ ผู้พิพากษา ในแต่ละองค์คณะจะต้องมีผู้พิพากษาที่มาจาก การคัดเลือกและแต่งตั้ง มาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดต่าง ๆ ซึ่งดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดดังกล่าวไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน ผู้พิพากษาในแต่ละองค์คณะกึ่งหนึ่งจะต้องได้รับเลือกจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ (bundestag) อีกกึ่งหนึ่งจะต้องได้รับเลือกจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐ (bundesrat) สำหรับผู้พิพากษา ที่คัดเลือกและแต่งตั้งมาจากศาลสูงสุดต่าง ๆ นั้น สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ จะเลือก 1 คนสำหรับองค์คณะแรก และ 2 คน สำหรับองค์คณะที่สอง สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์รัฐจะเลือก 2 คนสำหรับองค์แรกและ 1 คนสำหรับองค์คณะที่สอง

วิธีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ

การเลือกผู้พิพากษาดังกล่าวจะทำการเลือกได้อย่างเร็วที่สุดล่วงหน้า 3 เดือนก่อนตำแหน่งนั้นจะว่างลง สำหรับกรณีที่มีการยุบสภาในระหว่างนั้นให้ทำการเลือกภายในระยะเวลา 1 เดือน นับแต่วันเริ่มมีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐครั้งแรก และในกรณีที่ผู้พิพากษาดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ ให้ดำเนินการเลือกผู้พิพากษามาแทนภายในระยะเวลา 1 เดือนจากสภาที่เป็นองค์กรเลือกผู้พิพากษาที่พ้นจากตำแหน่งนั้น

วิธีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ (bundestag)

ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐจะถูกเลือกโดยทางอ้อมโดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐจะเลือกคณะกรรมการสรรหารวม 12 คน ตามสัดส่วนของพรรคการเมือง ให้แต่ละพรรคการเมืองเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ

คณะกรรมการสรรหาจะลงคะแนนเสียงเลือกจากรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีการเสนอ โดยถือเสียงข้างมาก ถ้าผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากไม่อาจดำรงตำแหน่งได้ ผู้ที่ได้รับคะแนนรองลงมาจะแทนที่ผู้นั้น กรรมการที่มีอายุมากที่สุดจะเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการสรรหาโดยไม่ชักช้าภายใน 1 สัปดาห์ เพื่อดำเนินการเลือก และเป็นผู้ดำเนินการประชุมจนกว่าจะได้มีการเลือกผู้พิพากษาแล้วเสร็จผู้ที่จะได้รับเลือกเป็นผู้พิพากษาจะต้องได้รับคะแนนเสียงอย่างน้อย 8 เสียง ในกรณีที่กรรมการสรรหา มีความสัมพันธ์เป็นการส่วนตัวกับผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการเสนอชื่อ กรรมการสรรหาผู้จะต้องไม่อภิปรายและต้องงดออกเสียง

วิธีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐโดยสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐ (bundesrat)

สภาที่ปรึกษาเป็นองค์กรที่มีสมาชิกไม่มากนัก ดังนั้น จึงไม่มีการตั้งคณะกรรมการสรรหา สมาชิกสภาที่ปรึกษาจะเสนอผู้ทรงคุณวุฒิต่อที่ประชุมผู้ทรงคุณวุฒิ จะได้รับการคัดเลือกเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกสภาที่ปรึกษาทั้งหมด

วิธีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐในกรณีพิเศษ

ถ้าไม่มีการจัดให้มีการเลือกผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาแทนตำแหน่งที่ว่างลงภายใน 2 สัปดาห์ นับจากวันครบกำหนดตามวาระ หรือพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้กรรมการสรรหาที่มีอายุมากที่สุดเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐโดยไม่ชักช้า ให้ดำเนินการในเรื่องการเลือกผู้พิพากษาดังกล่าว โดยที่องค์คณะทั้งสององค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะดำเนินการนี้โดยใช้เสียงข้างมากว่าจะเสนอผู้ใดเป็นผู้พิพากษาดังกล่าว ในกรณีที่จะต้องเลือกผู้พิพากษาเพียง 1 คน ให้ดำรงตำแหน่งก็ให้ที่ประชุมร่วมเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ 3 คน และถ้าจะต้องเลือกมากกว่านั้นในขณะเดียวกัน ก็ให้ที่ประชุมร่วมเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเป็นเท่าตัว และถ้าตำแหน่งที่ว่างลงเป็นผู้พิพากษาที่ได้รับการคัดเลือกมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐ ให้ประธานสภาที่ปรึกษาหรือผู้ปฏิบัติราชการแทนในขณะนั้นทำหน้าที่เป็นกรรมการสรรหาที่มีอายุมากที่สุด

หน้าที่ในการรวบรวมบัญชีรายชื่อของผู้พิพากษาศาลสูงสุดต่าง ๆ ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามกฎหมาย เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ โดยจะต้องเสนอบัญชีรายชื่อดังกล่าวให้กับบรรดาพรรคการเมืองที่มีสมาชิกพรรคเป็นผู้แทนราษฎร รัฐบาลสหพันธรัฐและรัฐบาลรัฐต่าง ๆ บัญชีรายชื่อนี้จะต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นอย่างช้าที่สุด 1 สัปดาห์ก่อนการสรรหาผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ โดยยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐและประธานสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐ⁴⁷

สำหรับการเลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐจะผลัดกันเลือกประธานและรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ โดยรองประธานศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะต้องเลือกจากผู้พิพากษาในอีกองค์คณะหนึ่งที่ประธานศาลรัฐธรรมนูญมิได้อยู่ในองค์คณะนั้น ในการเลือกครั้งแรกให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐเลือกประธานศาลรัฐธรรมนูญ และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐเลือกรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานาธิบดีจะเป็นผู้แต่งตั้งผู้ที่ได้รับเลือกเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ และผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ แต่เมื่อครบวาระถ้ายังไม่มีการคัดเลือกศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐต้องเสนอรายชื่อบุคคล 3 คน ที่เห็นสมควรต่อองค์กรผู้มีอำนาจเลือก ซึ่งทั้งสภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐและสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธรัฐไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งจากบุคคลที่ถูกเสนอชื่อเสมอไป⁴⁸

⁴⁷Glenn N. Jchram, the Recruitment of Judges for the West German Federal Courts, 21 American Journal of Comparative Law (1973), P.69.

⁴⁸Ibid.,

คุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ

ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเยอรมันจะกำหนดคุณสมบัติผู้ที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้⁴⁹

- อายุไม่ต่ำกว่า 40 ปีบริบูรณ์ และมีคุณสมบัติที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และผู้นั้นได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือว่าตนพร้อมที่จะเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ

- สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโททางกฎหมาย (befähigung zum richteramte)

- ไม่เป็นสมาชิกของรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่ผู้นั้นเป็นสมาชิกของรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีอยู่ หากได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐจะต้องพ้นจากการเป็นสมาชิกของรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรีในทันที

- การปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ ย่อมไม่อาจประกอบอาชีพอื่นทั้งปวง นอกจากเป็นผู้บรรยายกฎหมายในมหาวิทยาลัย อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญนี้จะมีความสำคัญกว่าการบรรยายกฎหมายในมหาวิทยาลัย

วาระการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐมีกำหนด 12 ปี แต่ต้องไม่เกินอายุเกษียณราชการ โดยผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญนี้จะเกษียณอายุในเดือนที่ครบ 68 ปีบริบูรณ์ เมื่อเกษียณอายุราชการแล้วให้ผู้พิพากษาผู้นั้นคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่มารับหน้าที่ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียวเท่านั้น

⁴⁹กมลชัย รัตนสกาววงศ์ "ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ". วารสารนิติศาสตร์. ปีที่ 25 1 มีนาคม 2538, หน้า 51., และมาตรา 3 BverFGG.

กลไกในการควบคุมตรวจสอบใช้อำนาจของศาล

รัฐธรรมนูญเยอรมัน

การดำเนินการต่าง ๆ ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งศาลขึ้นได้ต้องกระทำตามกฎหมาย การตั้งศาลพิเศษเฉพาะจะกระทำมิได้ ดังนั้น การรวมศาลจึงต้องกระทำเป็นกฎหมาย⁵⁰ รัฐสภาจึงมีอำนาจเข้ามาควบคุมดูแล กระทรวงผู้ดูแลรับผิดชอบงานของศาล จึงจะดำเนินการตามอำเภอใจมิได้และเป็นการประกันอิสระของศาล⁵¹ แต่กระทรวงฝ่ายบริหารซึ่งรับผิดชอบงานของศาลอาจควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของศาลได้ตามสมควร เพราะเป็นผู้เสนอการตั้งงบประมาณ ดูแลรับผิดชอบงานธุรการ บริหารงานบุคคล และการกำหนดวิธีพิจารณาความ⁵² ฉะนั้น แม้ว่าเมื่อศาลพิพากษาอย่างไร และองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารจะต้องยอมรับก็ตาม แต่องค์กรตุลาการก็อยู่ในการควบคุมดูแลของรัฐสภาและฝ่ายบริหารเช่นกัน โดยกระทรวงที่รับผิดชอบงานของศาลมีความสำคัญในการติดตามดูแลการปฏิบัติงานของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแต่งตั้งผู้พิพากษา แต่ในที่นี้มีสภาพการควบคุมที่จำกัด โดยกระทรวงย่อมมีบทบาทเท่าที่ไม่เป็นการทำลายความอิสระของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่⁵³ ซึ่งเดิมศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อยู่ในการดูแลโดยตรงของรัฐสภาแห่งสหพันธ์ ต่อมาในปี 1969 ได้มี

⁵⁰Heck karl, the Rule of Law in the Federal Republic of Germany (International Commission of Juris, 1958)

P.28

⁵¹Ibid., P.32.

⁵²Schram, The Recruitment of Judges for the West German Federal Courts, American Journal of comparative Law (1973), P.691-692.

⁵³Wolfanf Heyde, the Administration of Justice in the Federal republic of Germany (1971) P.116.

การโอนงานให้อยู่ในความดูแลของกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธ์⁵⁴ อื่นๆ ในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนี้ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ยื่นคำกล่าวหาผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญคนใดว่ากระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยก็จะมีการพิจารณาร่วมกันเต็มคณะโดยศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ประธานาธิบดีจึงจะมีอำนาจถอดถอนผู้พิพากษาผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้⁵⁵

วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่า ในประเทศเยอรมันจะมีการตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ และในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญนี้ ก็ยังแบ่งแยกได้โดยภายในสหพันธ์รัฐของเยอรมันจะมีศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐ และมีศาลรัฐธรรมนูญชั้นต้นถึงศาลสูงสุดภายในมลรัฐตนเอง นอกจากนี้ยังมีศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐแยกต่างหากจากกันโดยจะมีกระบวนการพิจารณาเป็นการเฉพาะในปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐ กับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐไม่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งกฎหมายวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแต่ละมลรัฐ รวมทั้งกฎหมายพิเศษในการกำหนดสถานภาพของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญก็จะออกโดยมลรัฐนั้น ๆ ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นหลัก แต่ในคดีบางประเภทในรัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐอาจออกกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของมลรัฐของตนเองได้แทนที่จะให้เป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญภายในมลรัฐของตนเองเป็นผู้วินิจฉัยและในบางครั้งมลรัฐก็อาจออกกฎหมายยกเขตอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทให้ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐศาลใดศาลหนึ่งซึ่งไม่ใช่ศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐวินิจฉัยก็ได้

⁵⁴Schram, The Recruitment of judges for the west German Federal courts, P.116.

⁵⁵Heck, The Rule of Law in the Federal Republic of Germany, P.28.

เมื่อพิจารณาถึงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะเห็นได้ว่า นอกจากมีกฎหมายวิธีพิจารณา เป็นการเฉพาะให้สิทธิบุคคลที่จะนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว (ไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐหรือสหพันธรัฐ) บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเยอรมันนั่นเอง ก็ยังได้บัญญัติถึงสิทธิและอำนาจในการเสนอคดีเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยต่อศาลรัฐธรรมนูญเอง ทั้งนี้ ผู้ทำวิทยานิพนธ์พอสรุปถึงเงื่อนไขที่อาจทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังนี้⁵⁶

ประการแรก ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันไม่ใช่ในอดีต หรืออนาคต และเป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นที่มาของคำร้องนั้น

ประการที่สอง ในกรณีการบังคับการตามกฎหมายดังกล่าวต้องกระทำโดยผ่านกระบวนการปฏิบัติการทางปกครอง หรือต้องมีคำพิพากษาของศาลหรือจะต้องดำเนินการเยียวยาตามกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งก่อน สิทธิในการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นเมื่อได้มีการดำเนินการเยียวยาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ครบถ้วนถึงที่สุดแล้ว⁵⁷ สิทธิที่จะดำเนินกระบวนการดังกล่าว นอกจากจะเป็นบุคคลธรรมดาแล้วนิติบุคคล

⁵⁶Jorn Ipsen, Constitutional Review of Laws, in Main Principles of German Basic Law, ed. Christian Starek (Baden. : Nomos Verlagsgesellschaft, 1983), P.25., และกนิษฐา เชี่ยววิทย์. การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต หน้า 152-153.

⁵⁷Hans G. Rupp, Judicial Review in the Federal Republic of Germany, 9 the American Journal of comparative Law (1960), P.126.

รวมทั้งคนต่างชาติดที่อาศัยอยู่ในประเทศเยอรมันก็ให้อำนาจกระทำได้⁵⁸

ตามที่กล่าวแล้วว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะมีศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐและศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ แต่เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญของมลรัฐจะมีคดีพิจารณาน้อย บางมลรัฐจึงใช้ระบบให้ผู้พิพากษาอาชีพในศาลอื่นของมลรัฐเข้ามาทำหน้าที่ชั่วคราว และตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญของแต่ละมลรัฐก็ได้บัญญัติขึ้นโดยเฉพาะของแต่ละมลรัฐนั้น ซึ่งปกติในศาลรัฐธรรมนูญมลรัฐจะมีการจัดให้มีผู้พิพากษาสมทบอยู่ด้วย⁵⁹

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (das bundesverfassungsgericht หรือที่ใช้ชื่อย่อว่า "bverfgg) ได้จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1949 ที่ใช้คำว่า "grundgesetz fuer die bundesrepublik deutschland vom 23 mai 1949" ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญและที่มาของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญโดยจะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ (gesetz ueber das bundesverfassungsgericht 1951 หรือที่เรียกย่อว่า bverfgg) เป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับองค์กรศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ และวิธีพิจารณาคดีต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ⁶⁰ ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้

⁵⁸Wilhelm k. Geck, Judicial Review of statutes : A comparative Survey of Present Institutions and Practices, P. 295.

⁵⁹Heyde, The Administration of Justice in the Federal Republic of Germany, P. 87.

⁶⁰กมลชัย รัตนสกาวงค์ "รายงานวิจัยเรื่องศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ" วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 15 ฉบับที่ 2. เมษายน 2538 หน้า 103-105.

1. หลักประกันความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญ (bverf g g) กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมีสถานะที่เสมอกันกับรัฐสภา และคณะรัฐมนตรีของสหพันธรัฐ และมีได้จัดอยู่ในหน่วยงานของฝ่ายบริหาร เบี่ยงศาลยุติธรรมหรือศาลชำนาญพิเศษที่มีกระทรวงยุติธรรมหรือกระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานธุรการให้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะบริหารงบประมาณของตนเองเสนอโดยตรงต่อรัฐสภา โดยฝ่ายบริหารไม่อาจเข้ามาแทรกแซงได้ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐไม่อยู่ภายใต้การควบคุมวินัย เว้นแต่การควบคุมตนเอง จึงทำให้มีความอิสระโดยหลักประกันในตัวบทกฎหมาย (de jure) ด้วย

2. ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐประกอบด้วย 2 องค์คณะ เรียกกันว่า เป็นศาลที่มีองค์คณะฝาแฝด (a twin court) เขตอำนาจของแต่ละองค์คณะ จะกำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายรัฐธรรมนูญ (bverf g g) กล่าวคือ องค์คณะแรกจะมีเขตอำนาจในเรื่องการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เรื่องการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ คำร้องเกี่ยวกับสิทธิในการเลือกตั้ง ส่วนองค์คณะที่สองจะมีเขตอำนาจในเรื่องการเพิกถอนสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ พรรคการเมืองที่มีพฤติกรรมขัดต่อรัฐธรรมนูญ คำร้องเกี่ยวกับการเลือกตั้งคำฟ้องเกี่ยวกับการกระทำความผิดของประธานาธิบดีและผู้พิพากษาทั้งหลาย และข้อพิพาทระหว่างองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เขตอำนาจของทั้งสององค์คณะอาจเปลี่ยนแปลงได้ถ้าคดีในความรับผิดชอบขององค์คณะหนึ่งมีมากจนไม่อาจรับวินิจฉัยได้

ในแต่ละองค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษา 8 คน องค์ประชุมจะต้องประกอบด้วยผู้พิพากษาไม่น้อยกว่า 6 คน

3. การสาบานและปฏิญาณตัวก่อนเข้ารับหน้าที่ ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจะต้องสาบานหรือปฏิญาณตัวต่อประธานาธิบดีด้วยข้อความว่า "ข้าพเจ้าของสาบานว่าข้าพเจ้าจะเป็นผู้พิพากษาที่ตั้งอยู่ในความยุติธรรม ตลอดเวลา จะซื่อสัตย์และปกป้องรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ และจะปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาคือบุคคลทุกคนด้วยความรับผิดชอบยิ่ง ขอให้พระเจ้าทรงช่วยข้าพเจ้า

ในการนี้ด้วย (so wahr mir gott helf)" ในกรณีที่ผู้พิพากษามีความเชื่อในศาสนาอื่นที่จะต้องใช้ข้อความอื่น ก็ย่อมจะใช้ข้อความอื่นนั้นได้ การสาบานตัวหรือการปฏิญาณตัวอาจจะไม่ใช่รูปแบบทางศาสนา ก็ย่อมกระทำได้

4. การพ้นจากตำแหน่งด้วยการลาออก ผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธรัฐมีสิทธิที่จะลาออกจากตำแหน่งได้ตลอดเวลา โดยยื่นคำร้องต่อประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ประกาศการลาออกจากตำแหน่งผู้พิพากษาผู้นั้น⁶¹

วิธีพิจารณา และกระบวนการในคดีตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเยอรมันนั้น เรียกได้ว่าเป็นกระบวนการทางภาวะวิสัย (objective) และอาจแยกได้เป็น 2 รูปแบบ คือ 1. แบบนามธรรม (abstrakte normenkontrolle) และ 2. แบบรูปธรรม (konkrete normenkontrolle)⁶² อีกทั้งตามกฎหมายพื้นฐานจะไม่มีระบบป้องกันมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญโดยการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนที่ร่างกฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับ ฉะนั้นโดยหลักการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจึงมิได้เฉพาะกรณีที่บทบัญญัตินั้น ๆ มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้วเท่านั้น⁶³ นั่นคือ กฎหมายดังกล่าวต้องผ่านขั้นตอนทางนิติบัญญัติและประกาศใช้แล้วจะมีแต่เพียงกฎหมายที่เป็นการอนุวัติตามสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ตกลงไปแล้ว⁶⁴ ซึ่งประเภทนี้ ร่างกฎหมายดังกล่าวต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาเรียบร้อยแล้ว

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103-105.

⁶² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ "อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณณเยอรมัน" วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 16 ฉบับที่ 2. เมษายน 2539 หน้า 30-31.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, .

⁶⁴ มาตรา 59 Abs, 1 BverfGG.

กระบวนการควบคุมแบบนามธรรม⁶⁵

รัฐบาลแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งมลรัฐ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์จำนวนหนึ่งในสามของสมาชิกทั้งหมด สามารถเข้าชื่อกันยื่นคำร้องให้ศาลแห่งสหพันธ์รัฐตัดสินได้ว่า กฎหมายแห่งสหพันธ์หรือกฎหมายระดับสหพันธ์หรือกฎหมายแห่งมลรัฐฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือตัดสินกรณีที่มีปัญหาว่ากฎหมายระดับมลรัฐขัดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์หรือไม่ แม้ว่ากรณีของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมนี้ ไม่จำเป็นต้องมีข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีเกิดขึ้นก่อนก็ตาม แต่ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นก็จะต้องมิใช่ปัญหาทางทฤษฎีแต่เพียงฝ่ายเดียว ในกรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องจึงต้องมีความเชื่อมั่นด้วยว่า บทบัญญัติที่ตนยกขึ้นเป็นคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์พิจารณานั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือมิฉะนั้นก็ต้องเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญสำหรับกรณีเข้าหน้าที่หรือศาลไม่ใช้บังคับบทบัญญัตินั้น ๆ ด้วยเหตุผลที่ว่า บทบัญญัตินั้นดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบนามธรรมนี้ ใช้ควบคุมบทบัญญัติทางกฎหมายทุกระดับ ทุกประเภท และใช้ควบคุมรวมไปถึงกฎหมายที่ประกาศใช้ก่อนหน้าที่กฎหมายพื้นฐานจะมีผลใช้บังคับด้วย⁶⁶

การควบคุมแบบรูปธรรม⁶⁷

การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมนี้ เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาล มีคำกล่าวที่ว่า อำนาจในการพิจารณา

⁶⁵บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ "อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน" หน้า 30-32.

⁶⁶มาตรา 93 Abs. 1nr.2 GG และมาตรา 13 Nr 16 มาตรา 76 BverfGG และ BverfGE อ้างใน "อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน" บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ วารสารกฎหมาย. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 16 ฉบับที่ 2 เมษายน 2539 หน้า 31-32.

⁶⁷เรื่องเดียวกัน..

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้นเป็นของศาลทุกศาล แต่อำนาจในการชี้ขาดขั้นสุดท้ายว่า กฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลใดเห็นว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายระดับมลรัฐฉบับใดขัดต่อกฎหมายระดับสหพันธ์ และกฎหมายนั้น ๆ เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตัดสินของศาลนั้น ศาลดังกล่าวจะต้องหยุดการพิจารณาไว้และส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐพิจารณาว่ากฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการนี้ศาลที่ส่งเรื่องนั้นจะต้องชี้แจงด้วยว่าคำพิพากษาในคดีนั้นขัดกับความมีผลใช้บังคับของกฎหมายฉบับนั้นอย่างไร และบทบัญญัตินั้น ๆ ขัดต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่าฉบับใด

แต่อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของศาลที่จะต้องส่งเรื่องที่ตนเห็นว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีขัดต่อรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้น จำกัดเฉพาะกรณีของกฎหมายตามรูปแบบ กล่าวคือ กฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาตามกฎหมายขั้นพื้นฐานเท่านั้น ส่วนกฎหมายลำดับรอง และกฎหมายตามรูปแบบที่มีมาก่อนกฎหมายพื้นฐานนั้น เป็นอำนาจของศาลแต่ละศาลที่จะวินิจฉัยไปตัวเองว่า กฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเมื่อศาลนั้นเองเห็นว่ากฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายที่มีขึ้นก่อนที่กฎหมายพื้นฐานจะมีผลใช้บังคับนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลก็จะไม่ใช่กฎหมายนั้น

ในกระบวนการพิจารณาของการควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมนี้ พรรคการเมืองต่าง ๆ ก็อาจได้รับโอกาสให้แสดงความคิดเห็นได้ นอกจากนั้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อาจขอให้ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ ศาลอื่น ๆ หรือศาลสูงสุดแห่งมลรัฐต่าง ๆ ส่งคำพิพากษาของศาลนั้น ๆ หรือความเห็นของศาลนั้น ๆ เกี่ยวกับประเด็นข้อพิพาทเพื่อนำมาประกอบการพิจารณาก็ได้

สำหรับกรณีที่มีความเห็นแตกต่างกันว่า กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นก่อนหน้าที่ยกกฎหมายพื้นฐานจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายในระดับสหพันธ์หรือไม่ กฎหมายพื้นฐานและกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เปิดช่องให้สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ สภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ รัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐใดมลรัฐหนึ่ง สามารถยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

ตัดสินได้ นอกจากนี้แล้วศาลต่าง ๆ ก็สามารถส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ตัดสินได้เช่นกัน หากว่าปัญหาดังกล่าวมีผลต่อการพิพากษาคดีอำนาจทำนองเดียวกันนี้ก็ได้รับการบัญญัติไว้ รวมทั้งปัญหาข้อกฎหมายที่ว่ากฎหมายระหว่างประเทศข้อใดข้อหนึ่งจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระดับสหพันธ์หรือไม่ และปัญหาที่ว่ากฎหมายนั้น ๆ ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อปัจเจกบุคคลหรือไม่⁶⁸ ด้วย

ผลคำวินิจฉัย

โดยที่ประเทศเยอรมันเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) มีองค์กรพิเศษเป็นผู้พิจารณากฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมในระบบปกติจะพิจารณาปัญหานี้ไม่ได้ ซึ่งในแนวความคิดนี้รัฐสภาจะเข้มงวดมากและสูงกว่าในสหรัฐอเมริกา⁶⁹ โดยเฉพาะในส่วนของที่เกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) จะเข้มงวดมาก และสูงกว่าในสหรัฐอเมริกาที่ใช้การตรวจสอบแบบกระจายอำนาจไปสู่ศาลทุกศาล (decentralized system) สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ การที่ศาลยุติธรรมตีความกฎหมายและพิจารณาให้กฎหมายเป็นโมฆะนั้นเห็นว่าเป็นการกระทำทางการเมือง (political act) อันเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติและอยู่นอกขอบเขตของอำนาจตุลาการ⁷⁰ แต่ในประเทศเยอรมันนั้นยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อพิจารณาตีความกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะหรือที่เรียกว่าศาล

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน, .

⁶⁹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ : บทวิเคราะห์" รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม 2535. หน้า 31.

⁷⁰ M. Cappelletti, Judicial Review in the Contemporary World, P.54.

รัฐธรรมนูญโดยเป็นองค์ประกอบพิเศษจากสถาบันปกติ ฉะนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ จะเป็นศาลประเภทหนึ่งของบรรดาหลายประเภทในเยอรมัน แต่โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและคดีที่เป็นการกระทำขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน (grundrechte) และอำนาจของรัฐธรรมนูญนี้จะกระทำได้เมื่อมีการเยียวยาโดยองค์กรหรือวิธีการของบรรดาการกระทำอันมิชอบขององค์กรหรือวิธีการนั้น ๆ ครบขั้นตอน และถึงที่สุดก่อนแล้ว จึงจะสิทธินำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ ดังนั้น จึงเป็นการปริยายที่จะกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐมีอำนาจพิจารณาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐได้เมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ และคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเป็นกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกตัดสินว่าขัดรัฐธรรมนูญเท่ากับว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นไม่มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่ต้น (ex tunc)⁷¹ ฉะนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญจึงมีสถานะเหนือศาลและองค์กรทั้งปวง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรรัฐธรรมนูญทุกองค์กร ผู้กั้นศาลและองค์กรฝ่ายปกครองด้วย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการมีผลบังคับของกฎหมายในสหพันธ์รัฐ และกฎหมายมลรัฐจะมีผลยกเลิกกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า คำพิพากษาศาลต่าง ๆ ที่วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอาจถูกพิพากษา หรือกลับเสียได้โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ*

⁷¹ BverfGE 1, 15, 37, 8, 71.

* กรณีที่มลรัฐนั้น ๆ มีศาลรัฐธรรมนูญและได้ออกกฎหมายให้การพิจารณาพิพากษาคดีรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ หรือกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐพิพากษาคดีรัฐธรรมนูญขัดกับกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ

ศาลนี้จึงมีสภาพคล้ายศาลสูงสุดโดยปริยายในบรรดาศาลทั้งหลายของประเทศเยอรมัน⁷²

2. การควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

จากที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ศึกษาถึงรูปแบบ และกลไกการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในนานาอารยประเทศ ผู้ทำวิทยานิพนธ์ยังไม่พบรูปแบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอันเป็นรูปแบบที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้ควบคุมกฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติ รัฐประหารแต่อย่างใด

แม้ว่าในประเทศมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและมีระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอย่างมีประสิทธิภาพอย่างเช่นในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศสหรือแม้แต่ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศต่าง ๆ เหล่านี้จะเป็นประเทศที่รับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และมีกลไกการตรวจสอบมิให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างมีระบบทั้งสิ้น แต่ในนานาอารยประเทศส่วนใหญ่ก็ไม่มีระบบควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติ รัฐประหารไว้เป็นกรณีเฉพาะ ทั้งนี้สืบเนื่องจากการไม่ยอมรับแนวคิดการใช้อำนาจล้มล้างการปกครองโดยวิธีการใช้กำลัง อย่างไรก็ตามก็คิดระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ (ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่มีวิธีการออกเช่นใด) เกิดขึ้นจากแนวคิดที่ถือว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญมีศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายใด ๆ และเหนือกว่าการกระทำของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และเหนือกว่าคำพิพากษาของศาล จึงไม่อาจให้มีการกระทำหรือให้มีการงดเว้นการกระทำที่เป็นกรกระทำของบุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ ซึ่งกระทำขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและการกระทำ

⁷²ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ "องค์กรตุลาการในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน" วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 1 เมษายน 2525 ตอน 1 หน้า 81.

หรืองดเว้นการกระทำใด ๆ ของคณะบุคคลดังกล่าวว่าจะรวมถึงการกระทำของ คณะปฏิวัติ รัฐประหารที่กระทำการยึดอำนาจโดยใช้กำลังนั้น (อาจเป็นรูปการ ออกกฎหมายที่ขัดกับประเพณีการปกครองของไทยด้วย) และถ้าปล่อยให้มีการ กระทำเช่นนั้นจะเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจ อันส่งผลให้ไม่มีค่าบังคับ ใด ๆ ได้

ปัญหาการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญมีผู้กล่าว⁷³ จะมีการ ควบคุมโดยการปฏิบัติได้ 2. ประการ คือ 1) ควบคุมเนื้อหาแห่งกฎหมาย นั้นเอง (content) ซึ่งเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่จะต้องตีความ และ 2) ควบคุม เฉพาะรูปแบบหรือกรรมวิธีหรือกระบวนการ (form) อันเป็นปัญหาที่กรรมวิธี ในการออกกฎหมายขัดกับกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด

แต่ปัญหาจะมีได้ ๗ ทั้งนี้เป็นเรื่องที่ต้องศึกษาว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องที่เกี่ยวกับกระบวนการหรือกรรมวิธีที่ ขัดกับกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดกล่าวคือ กระบวนการออกกฎหมายโดยคณะ ปฏิวัตินี้เรียกได้ว่า เป็นวิธีการออกกฎหมาย หรือเป็นกระบวนการที่ขัดกับบทบัญญัติ ในรัฐธรรมนูญและยังถือว่าการกระทำของคณะปฏิวัตินี้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบใน เรื่องของกรรมวิธีการออกกฎหมาย มิใช่เป็นการควบคุมในเรื่องเนื้อหาที่ขัด รัฐธรรมนูญ ซึ่งในการศึกษากรรมวิธีการออกกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ คงเป็นปัญหาเดียวกันทั่วโลกของประเทศที่มีการปฏิวัติ และมีการสถาปนา กฎหมายขึ้นใหม่โดยคณะปฏิวัตินั้น ๆ และปัญหานี้คงเป็นปัญหาเดียวที่จะศึกษาถึง ระบบและรูปแบบการควบคุมประกาศของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในนานา อารยประเทศได้ ส่วนปัญหาที่ว่าเนื้อหาของประกาศคณะปฏิวัติจะขัดรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และองค์กรใดจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตรวจสอบคงจะศึกษาให้ชัดเจน ไม่ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการปฏิวัติในนานาอารยประเทศส่วนใหญ่จะมีเพื่อต้องการ ล้มล้างระบอบการปกครองเดิม และสถาปนาระบอบการปกครองใหม่ แต่ในบาง ประเทศเท่าที่ศึกษาถึงประวัติศาสตร์การปฏิวัติภายในของประเทศนั้น ๆ พบว่า

⁷³ วิจิตรา วิเชียรชม "การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ" รวมบทความ 80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม. หน้า 163-164.

การสถาปนาระบบการปกครองใหม่ก็หาได้เกิดขึ้นเนื่องจากจุดประสงค์ของ คณะปฏิวัติหรือเกิดขึ้นโดยการปฏิวัติเสมอไปไม่ แต่การปฏิวัติในบางประเทศอาจ มีขึ้นภายหลังมีการสถาปนารัฐธรรมนูญหรือมีแนวคิดเรื่องการปกครองโดยสมบูรณ์ แบบมาก่อนแล้วก็ได้ อย่างที่เห็นได้ชัดก็คือในสหรัฐอเมริกาที่ผู้ทำวิทยานิพนธ์ได้ กล่าวไปแล้ว ส่วนรูปแบบการควบคุมกฎหมายของคณะปฏิวัติมิให้ขัดรัฐธรรมนูญใน นานาอารยประเทศจะเป็นรูปแบบใดนั้นก็แล้วแต่รูปแบบภายในของแต่ละประเทศ และแนวการยอมรับค้ำประกันทางกฎหมาย (force of law) ของการปฏิวัติ รัฐประหาร ซึ่งอาจมีการยอมรับหรือแนวคิดที่แตกต่างกันแล้วแต่เหตุและผล (logic) ของเนื้อหาในประกาศแต่ละฉบับ ที่บางครั้งคงต้องพิจารณาเป็น เรื่อง ๆ ไป

3. คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ในคดีควบคุมกฎหมายและประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหาร มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

เป็นที่ทราบกันว่าประเทศฝรั่งเศสมีการปกครองในระบบประชาธิปไตย อันมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และจุดกำเนิด ของตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเกิดขึ้นครั้งแรกตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 และเป็นองค์กรที่มีได้เกิดขึ้นจากผลพวงของการปฏิวัติภายในของฝรั่งเศส เนื่องจากพวกปฏิวัติฝรั่งเศสขณะนั้นมีความคิดที่จะให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ต้องเป็นอิสระจากฝ่ายตุลาการ และฝ่ายตุลาการจะไปวินิจฉัยการกระทำของ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือบริหารไม่ได้ โดยในระยะเริ่มแรกคำวินิจฉัยของตุลาการ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังไม่เป็นที่สนใจของนักวิชาการมากนัก⁷⁴ ซึ่งอำนาจหน้าที่ หลักมีจุดประสงค์เพื่อดูแลการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐสภา และรัฐบาลทั้งยัง

⁷⁴Louis Favoreu. Loic Philip, le Conseil constitutionnel, Presse Universitaires de France 1985 P.3.

มีจุดประสงค์ในการจำกัดอำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมาย (la loi) และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายรัฐบาล ในการออกกฎหมายลำดับรอง (reglement) ซึ่งจะเป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ

การจัดตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศส ถือว่าเป็นแนวคิดใหม่ที่ ตรงกับการปกครองของฝรั่งเศสในอดีตที่รัฐสภามีอิทธิพลสูง นับแต่ปี 1789 อย่างไรก็ตามในยุคที่เรียกว่า empire (ในระหว่างปี ค.ศ. 1804-1814) ในฝรั่งเศสได้เคยมีแนวคิดเรื่องการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยให้ อำนาจแก่วุฒิสภา (senat) เป็นผู้ทำหน้าที่⁷⁵

อย่างไรก็ดีหน้าที่ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญใน ฝรั่งเศสเป็นหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญตามแนวคิดใหม่ซึ่ง เดิมถือว่ารัฐสภา (parlement) เป็นองค์กรตัวแทนที่แสดงเจตนารมณ์โดยตรงของประชาชน แต่ในฝรั่งเศสตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการควบคุมเฉพาะกฎหมาย (รัฐ บัญญัติ) ที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้นว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตุลาการ รัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในพิจารณากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นหน้าที่ ของ Conseil d'Etat เป็นผู้พิจารณา⁷⁶ ในการวินิจฉัยว่ารัฐบัญญัติใดขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่จะมีอำนาจ พิจารณาว่ารัฐบัญญัตินั้นขัดกับรัฐธรรมนูญเท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงหลักกฎหมาย ที่มีศักดิ์เท่ากับรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประกาศปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (declaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789)⁷⁷ ที่ถือได้ว่าเป็นคำประกาศสิทธิเสรีภาพภายหลังการ ปฏิวัติโดยประชาชนของฝรั่งเศสในปี 1789 และประกาศฉบับนี้จะบัญญัติไว้ใน คำปรารภของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเกือบทุกฉบับ และตุลาการรัฐธรรมนูญยัง มีอำนาจพิจารณารวมไปถึงหลักกฎหมายพื้นฐานของสาธารณรัฐ (les principes

⁷⁵ สุริรัตน์ ประจันปัจฉิม "ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส" วารสาร กฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช. หน้า 159-160.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน., หน้า 163-164.

⁷⁷ C.C., 16 Juillet 1971, G.D.cc. No.19, P.245.

fondamentaux re connus par les lois de la republique) อีกด้วย เช่นหลักความเป็นอิสระในการรวมกลุ่ม (liberte d association)⁷⁸ โดยในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในคำวินิจฉัยปี 1971 ได้วินิจฉัยไว้เกี่ยวกับเรื่องกฎหมายว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม โดยขอยกข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยที่สำคัญสรุปว่า*

"รัฐบาลฝรั่งเศสได้เสนอร่างกฎหมายเพื่อปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 5 และมาตรา 7 ของกฎหมายว่าด้วยการรวมตัวเป็นสมาคม ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 สาเหตุที่กระทรวงมหาดไทยเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว เนื่องจากศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองปารีสได้เพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยที่ปฏิเสธไม่อนุญาตให้มีการจัดตั้งสมาคมที่ตั้งขึ้นใหม่ซึ่งมีชื่อว่า "Amis de la cause du peuple" รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ แต่เสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการรวมตัวเป็นสมาคม ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 โดยร่างกฎหมายฉบับใหม่นี้มีวัตถุประสงค์ที่จะเปิดโอกาสให้มีการควบคุมโดยศาล ถ้าศาลเห็นว่าสมาคมที่จะจัดตั้งขึ้นนั้นอาจมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อศีลธรรมหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศและระบอบการปกครองแบบสาธารณรัฐ

⁷⁸C.E.25 Janvier 1971, A.J. 1971, P.229.

*ผู้สนใจโปรดศึกษารายละเอียดได้จากคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส C.C., 16 Juillet 1971, G.D. C.C.No.19, P.245. และ C.E., 25 Janvier 1971, P.229. อันเป็นคำวินิจฉัยแรกที่วินิจฉัยรับรองประกาศสิทธิเสรีภาพซึ่งเป็นผลมาจากการปฏิวัติและบรรจ เป็นคำปรารภในรัฐธรรมนูญมีคำบังคับเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ.

กฎหมายฉบับใหม่นี้ได้กำหนดให้อัยการตำรวจ (le prefer de police) มีสิทธิที่จะร้องต่ออัยการ ภายใน 2 วัน นับแต่วันที่มีการแจ้งความว่าจะมีการแต่งตั้ง สมาคมใหม่ ถ้าเห็นว่าสมาคมที่จะจัดตั้งขึ้นใหม่นั้นมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้อัยการร้องต่อศาล เพื่อพิจารณาว่าสมควรที่จะมีการห้ามมิให้มีการจัดตั้งสมาคม นั้นหรือไม่ ถ้าศาลไม่ได้มีคำสั่งปิดสมาคมนั้นหรือมิได้ห้ามมิได้ สมาชิกของสมาคมนั้นรวมตัวกัน ก็ให้เจ้าหน้าที่อนุญาตให้มีการจัดตั้งสมาคมได้

สภาผู้แทนราษฎรได้รับร่างกฎหมายฉบับนี้ในวาระ แรกเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1971 แต่วุฒิสภาได้ พิจารณาแล้วไม่รับร่างกฎหมายฉบับดังกล่าว แต่สภาผู้แทน ราษฎรก็ได้รับร่างกฎหมายดังกล่าวในที่สุด ประธานวุฒิสภา จึงได้ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของมาตรา 61 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 (กฎหมายรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน) ขอให้พิจารณาว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยดังนี้

1. พิจารณแล้วเห็นว่า กฎหมายที่ได้ยื่นให้ศาล รัฐธรรมนูญตรวจสอบนั้น ได้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในระหว่างสมัยประชุม ของรัฐสภาที่ได้เริ่มการประชุมเมื่อวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 1971

2. พิจารณแล้วเห็นว่า ในบรรดาหลักพื้นฐาน ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสาธารณรัฐ และได้บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญมีหลักว่าด้วย เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคม สมาคมต่าง ๆ สามารถตั้งขึ้นได้โดยอิสระภายใต้เงื่อนไขว่าจะต้องมีการ ประกาศจัดตั้งสมาคมต่อหน้าสาธารณชน เว้นแต่ในบางกรณี

ที่อาจจะต้องมีการปฏิบัติตามขั้นตอนอื่นนอกจากการประกาศให้สาธารณชน แต่ฝ่ายปกครองหรือศาลก็ไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบหรือห้ามการจัดตั้งสมาคม

3. บทบัญญัติตามมาตรา 3 ของกฎหมายที่ยื่นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณามีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การจัดตั้งสมาคมที่มีความสามารถตามกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยตุลาการถึงความชอบด้วยกฎหมายของสมาคมนี้

4. บทบัญญัติมาตรา 3 ของกฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 7 ของกฎหมาย ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 จัดต่อรัฐธรรมนูญ

5. บทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในระหว่างการพิจารณานี้สามารถแยกจากบทบัญญัติส่วนที่จัดต่อรัฐธรรมนูญได้

6. บทบัญญัติอื่นของกฎหมายฉบับนี้ไม่ขัดแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ"

จากคำวินิจฉัยข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการรับรองประกาศที่ออกโดยคณะปฏิวัติฝรั่งเศส ที่ทำการปฏิวัติในปี 1789 โดยคณะผู้ก่อการปฏิวัติได้ประกาศสิทธิเสรีภาพ และคำประกาศฉบับนี้เองก็ได้รับการบัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญต่อมาเกือบทุกฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปี 1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย และในคำปรารภนี้เองตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็เห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่บทกฎหมายใด ๆ จะมาขัดหรือแย้งกับคำปรารภนี้ไม่ได้เช่นเดียวกับเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ

4. คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดีควบคุมกฎหมายและประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติ รัฐประหารมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ

แนวคิดที่ต้องการให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบคติกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญมีที่มา เมื่อสหรัฐอเมริกาได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. 2487 โดยในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีข้อความตอนใดที่แสดงให้เห็นอย่าง

ชัดแจ้งว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศกฎหมายธรรมดาอื่นจะมี
ข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้ ปรากฏกระทั่ง ค.ศ. 1803 ได้มีคดีระหว่างมาร์
เบอร์รี่ (Marbury) โจทก์ กับ เมดิสัน (Madison) จำเลย เกิดขึ้น สาระ
สำคัญโดยย่อของคดีนี้ ตามหนังสือของ Robert b. McKay ชื่อ an american
constitutional law reader, 1958 ดังนี้

"อนุสนธิจากการปฏิบัติหน้าที่อย่างหนึ่งของสภา
กงเกรสแห่งสหพันธรัฐ ซึ่งกำลังจะพ้นจากตำแหน่ง
ประธานาธิบดีจอห์น อาดัม ได้แต่งตั้งผู้พิพากษาจำนวน
หนึ่ง สำหรับคิสตริคอฟโคลัมเบีย ซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่
อย่างหนึ่งในบรรดาหน้าที่หลายอย่างก่อนที่จะถึงกำหนดออก
ตามวาระ คำสั่งแต่งตั้งได้ทำในสำนักของจอห์น มาร์แชล
ซึ่งในเวลาเดียวกันเป็นทั้งรัฐมนตรีว่าการต่างประเทศและ
ประธานศาลสูงสุด (secretary of state and chief
justice) แต่ครั้งโทมัสเจฟเฟอร์สันเข้ารับตำแหน่ง
ประธานาธิบดี ยังไม่ทันได้ส่งคำสั่งแต่งตั้งไปให้มาร์เบอร์รี่
และผู้อื่นอีกอย่างน้อยสามคน เจมส์ เมดิสัน ซึ่งเป็น
รัฐมนตรีต่างประเทศ กลับปฏิเสธไม่ยอมส่งคำสั่งแต่งตั้ง
ไปให้มาร์เบอร์รี่จึงหาทางบังคับให้เมดิสันส่งคำสั่งแต่งตั้ง
ตน โดยขอให้ศาลสูงสุด (supreme court) ให้
อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตั้งแต่ต้น (original
jurisdiction) ออกหมายบังคับ (writ of
mandamus) ตามมาตรา 13 แห่ง judiciary act,
1789 (พ.ศ. 2335) คดีนี้จึงผลกลายเป็นหลักสำคัญ
ที่สุดที่ให้ฝ่ายตุลาการพิจารณาบททวนการปฏิบัติหน้าที่
ต่าง ๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติได้

ประธานศาลสูงสุดมาร์แชล ในตอนสุดท้ายของ
คำให้การ (affidavit) ที่ได้อ่านและมอบแก่พนักงานศาล
ได้วางหลักไว้ในคดีนี้ โดยบังคับให้รัฐมนตรีต่างประเทศ

แสดงเหตุผลว่า ทำไมจึงไม่ควรออกหมายบังคับ และสั่งให้
รัฐมนตรีต่างประเทศส่งคำสั่งแต่งตั้งวิลเลียม มาร์เบอร์
เป็นผู้พิพากษาประจำศาลันด์วอชิงตัน ในคิสตริกออฟโคลัมเบีย
ในคำสั่งที่ศาลได้พิจารณาเรื่องนี้ ได้พิจารณาและ
วินิจฉัยปัญหาต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) ปัญหาแรก ผู้ร้องมีสิทธิได้รับการแต่งตั้งตาม
คำร้องหรือไม่

(2) ปัญหาที่สอง ถ้าผู้ร้องมีสิทธิและถูกละเมิด
สิทธินั้น มีกฎหมายของประเทศนี้ยอมให้ผู้ร้องมีทางแก้ไข
ได้หรือไม่

(3) ปัญหาที่สาม ถ้ามีกฎหมายให้ผู้ร้องมีทาง
แก้ไขได้ การแก้ไขนี้คือหมายบังคับ (writ of mandamus)
ที่จะออกจากศาลนี้ใช่หรือไม่

คำตอบข้อแรก ถ้ามีกฎหมายแต่งตั้งมิสเตอร์มาร์
เบอร์ ประธานาธิบดี แห่งสหรัฐอเมริกาได้ลงชื่อในคำสั่ง
แต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษา (justice of the peace)
ประจำศาลันด์วอชิงตัน ในคิสตริกออฟโคลัมเบีย และเมื่อ
รัฐมนตรีต่างประเทศได้ประทับตราสหรัฐอเมริกาบนคำสั่ง
นั้นแล้ว ย่อมเป็นหลักฐานบริบูรณ์ที่แสดงความแท้จริงแห่ง
ลายมือชื่อนั้น และเป็นการแต่งตั้งที่สมบูรณ์แล้ว และโดย
ผลของการแต่งตั้งมาร์เบอร์มีสิทธิอยู่ในตำแหน่งนั้นได้เป็น
เวลาห้าปี

ข้อสอง ในการมีสิทธิตามกฎหมายที่จะอยู่ในตำแหน่ง
ได้ เขามีสิทธิต่อไปที่จะได้รับคำสั่งแต่งตั้ง การปฏิเสธไม่ยอม
ส่งคำสั่งแต่งตั้ง เป็นการละเมิดสิทธินั้นอย่างเห็นได้ชัด และ
กฎหมายของประเทศที่เขาอยู่ได้ให้เขามีทางแก้ไขได้ . . .

ดังนั้น เรื่องนี้จึงเป็นคดีขอให้ศาลออกหมาย
บังคับได้ไม่ว่าจะขอให้ส่งตัวคำสั่งนั้นหรือสำเนาคำสั่งจาก

ต้นเรื่องก็ได้ และเป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณากันต่อไปอีก

ฯลฯ

ฯลฯ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ จอห์น มาร์แชลได้กล่าวว่

ถ้ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นโมฆะแล้ว แม้การนั้นจะไม่สมบูรณ์ก็ตามจะผูกมัดศาล และบังคับให้ศาลต้องบังคับให้เป็นไปตามนั้นด้วยหรือไม่ เป็นอำนาจและหน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะต้องกล่าวเน้น ลงไปว่ากฎหมายคืออะไร ผู้ซึ่งนำหลักนี้ไปใช้กับคดีใดคดี หนึ่งโดยเฉพาะ จำเป็นต้องอธิบายและแปลความหมาย ตามหลักนี้ ถ้ากฎหมายสองฉบับนี้ขัดกัน ศาลจะต้องวินิจฉัย การใช้กฎหมายแต่ละฉบับด้วย

ดังนั้น ถ้ามีกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าทั้งกฎหมาย และรัฐธรรมนูญใช้บังคับแก่คดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะ ศาลจะ ต้องวินิจฉัยว่าคดีนั้นเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่โดยไม่คำนึง ถึงรัฐธรรมนูญ หรือว่าคดีนั้นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงกฎหมาย ศาลจะต้องชี้ขาดว่าคดีนี้จะ เอกกฏ ที่ขัดกันอันไหนมาใช้ นี่คือหลักสำคัญของหน้าที่ตุลาการ

ดังนั้น ถ้าศาลจะต้องพิจารณารัฐธรรมนูญ และ รัฐธรรมนูญนี้เหนือกว่ากฎหมายทั่วไปใด ๆ ของฝ่ายนิติ บัญญัติจะต้องนำรัฐธรรมนูญนั้นมาใช้กับคดีที่อยู่ในบังคับของ ทั้งรัฐธรรมนูญและกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ สำหรับผู้ซึ่ง ได้แย้งหลักที่ว่า ศาลต้องถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ สำคัญที่สุดเท่ากับจำเป็นต้องกล่าวว่า ศาลต้องหันตาไม่ พิจารณารัฐธรรมนูญ และอ่านแต่กฎหมายเท่านั้น

หลักนี้ย่อมจะเป็นการทำลายรากฐานของรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษร ย่อมแสดงว่ากฎหมายซึ่งเป็นโมฆะโดยสิ้นเชิง ตามหลักและทฤษฎีการปกครองของเราแล้ว ในทางปฏิบัติยัง

มีผลใช้บังคับอยู่อย่างบริบูรณ์ ย่อมแสดงว่าถ้าให้ฝ่ายนิติบัญญัติ
ทำสิ่งซึ่งต้องห้ามโดยชัดแจ้งแล้ว การกระทำนั้น ๆ แม้จะมี
ข้อห้ามไว้โดยชัดแจ้งก็ยังมีผลใช้บังคับได้จะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติ
มีอำนาจทุกอย่างที่จะทำอะไรก็ได้โดยแท้ และในขณะที่เดียวกัน
ก็แสดงว่าให้จำกัดอำนาจให้อยู่ในขอบเขตแคบ ๆ คือกำหนด
ขอบเขตแล้วประกาศว่าขอบเขตเหล่านั้นอาจจะก้าวข้ามไป
เสียก็ได้ตามความพอใจ

ฉะนั้น ที่เรากล่าวว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร
เป็นการปรับปรุงสถาบันการเมืองที่สำคัญที่สุดจะมีผลเท่ากับ
ว่าไม่มีการปรับปรุงเลย และย่อมจะเป็นการเพียงพออยู่ใน
ตัวที่จะกล่าวว่าจะยอมรับการแปลความทำนองนี้ไม่ได้ โดย
เฉพาะในสหรัฐอเมริกาซึ่งมองรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร
ด้วยความเคารพอย่างยิ่ง แต่ข้อความในรัฐธรรมนูญของ
สหรัฐอเมริกานั้นเองที่ช่วยสนับสนุนไม่ให้ยอมรับการแปล
ความเช่นนั้น

อำนาจตุลาการของสหรัฐอเมริกาได้ขยายคลุม
ไปถึงคดีทั้งปวงที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ

หรือจะเป็นเจตนาของผู้ให้อำนาจนี้ที่จะกล่าวว่า
ในการใช้อำนาจนี้ไม่ควรพิจารณาไปถึงรัฐธรรมนูญ คดีที่
เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยได้โดยไม่ต้องพิจารณา
ตราสารที่ทำให้คดีนั้นเกิดขึ้น

หากถือว่าอย่างนี้ก็จะเป็นการมากเกินไป

ดังนั้น บางคดีผู้พิพากษาต้องพิจารณารัฐธรรมนูญ
ด้วย และถ้าผู้พิพากษาสามารถพิจารณารัฐธรรมนูญได้แล้ว
มีรัฐธรรมนูญตอนไหนที่ห้ามมิให้อ่านหรือปฏิบัติตาม

แต่การพิจารณาก็มิใช่ว่าจะไม่คุ้มค่า เสียทีเดียว
เพราะที่ประกาศว่าอะไรคือกฎหมายสูงสุดของประเทศ
ก็กล่าวถึงตัวรัฐธรรมนูญก่อน กับกฎหมายซึ่งต้องทำตาม

รัฐธรรมนูญจึงจะอยู่ในอันดับสูงกว่าและทั้งมิใช่กฎหมายของ
สหรัฐอเมริกาทั่ว ๆ ไป

ดังนั้น ด้อยค่าเฉพาะในรัฐธรรมนูญของสหรัฐ
อเมริกาจึงยืนยันและสนับสนุน หลักที่ถือว่าจำเป็นสำหรับ
รัฐธรรมนูญโดยลักษณะอักษรทั้งหลายว่า กฎหมายที่ขัดต่อ
รัฐธรรมนูญเป็นโมฆะ และศาลตลอดจนกระทรวง ทบวง
กรมต่าง ๆ จำต้องถือปฏิบัติตาม"⁷⁹

สรุปแล้ว จอห์น มาร์แชล ประธานศาลสูงสุดสหรัฐสมัยนั้น ได้ยืนยัน
อำนาจตุลาการของศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษาดังกล่าวไว้ว่า ศาลสูงสุดสหรัฐมี
อำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐเป็น
โมฆะ คำพิพากษาดังกล่าวนี้ได้สร้างลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญโดยลักษณะอักษรขึ้น
2 ประการ คือ (1) รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และ (2)
กฎหมายธรรมดาซึ่งมีข้อความขัดหรือแย้ง ไม่มีผลใช้บังคับ ซึ่งเป็นลักษณะที่ผู้จัดทำ
รัฐธรรมนูญโดยลักษณะอักษรได้ยอมรับนับถือมาจนปัจจุบันนี้

อย่างไรก็ดีแม้การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจหน้าที่
ของศาลยุติธรรมตามที่กล่าวแล้วข้างต้นก็ตาม สำหรับปัญหาที่ว่า กฎหมายของ
คณะปฏิวัติในสหรัฐอเมริกาคัดรัฐธรรมนูญจะดำเนินการเช่นไรนั้น กล่าวได้ว่า
ตามประวัติศาสตร์ของอเมริกาจะมีการปฏิวัติเพียงช่วงการสร้างอาณานิคม
ในช่วง ค.ศ. 1767-1790 และจากการปฏิวัตินี้เป็นผลให้มีการประกาศอิสรภาพ
ในขณะที่มีการประกาศอิสรภาพนั้น สหรัฐอเมริกาได้มีการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น
ก่อนแล้วเพียงแต่การปฏิวัติเป็นผลให้ประชาชนชาวอเมริกามีสิทธิเสรีภาพภายใต้

⁷⁹สมภพ โทตระกิตย์ " การควบคุมกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ"
วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. เล่มที่ 2 ตอน 1 มิถุนายน
2513. หน้า 5-7 และ phillir J. Cooper, Public Law and
Public Aministration. Second Edition, Englewood Cliffs,
New Jersey, 1988 P. 181-191.

รัฐธรรมนูญได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นเท่านั้น และที่เรียกว่ากฎหมายหรือรัฐธรรมนูญอันมีผลมาจากการปฏิบัติก็มีเพียงคำประกาศอิสรภาพ ที่ต่อมาได้มีอิทธิพลต่อการจัดทำรัฐธรรมนูญในนานาอารยประเทศ และมีอิทธิพลต่อรัฐธรรมนูญของอเมริกาฉบับต่อมาด้วยเช่นกัน ทั้งในประวัตินอเมริกา รัฐธรรมนูญของอเมริกาก็ไม่เคยถูกล้มล้างโดยคณะปฏิวัติหรือโดยวิธีการใด ๆ เลยแม้แต่ครั้งเดียว⁸⁰ ฉะนั้น ปัญหาที่จะต้องคอยพะวงว่ากฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่และศาลยุติธรรมหรือศาลสูงสุดของอเมริกาหรือองค์กรใดจะมีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เหมือนประเทศอื่น ๆ หรือแม้จะเกิดขึ้นก็คงไม่มีข้อถกเถียงที่จะให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยได้ที่เป็น เช่นนี้คงมีเหตุผลคล้ายกับเหตุผลที่ศาลให้ไว้แล้วในคดีระหว่าง Marbury u. Madison ว่าต้องเป็นอำนาจของศาลสูง (supreme court) เท่านั้น

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁸⁰อนันต์ จันทร์โอภากร "Judicial Review ของศาลสหรัฐอเมริกา"
80 ปี ศาสตราจารย์ไพโรจน์ หัยนาม. หน้า 249.