

บทที่ 2

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่อง “ลำดับชั้นของกฎหมาย” (hierarchy of law) ที่ถือกันว่ากฎหมายซึ่งมีอยู่มากมายหลายรูปแบบ นั้น ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งที่ต้องกำหนดว่าอยู่สูงกว่ากฎหมายรูปแบบอื่น¹

แนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมายได้เริ่มเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ ชาวกรีกได้แยก “Nomos” ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายแม่บทและมีกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงที่ซับซ้อนเป็นพิเศษออกจาก “Psephisma” ซึ่งอาจเปรียบเทียบกับกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งที่มีลักษณะทั่วไป ทั้งนี้โดยที่ Psephisma จะขัดหรือแย้งกับ Nomos ไม่ได้ ในกรณีที่ Psephisma ขัดหรือแย้งกับ Nomos ผู้ที่เสนอให้ออก Psephisma จะได้รับโทษทางอาญาและ Psephisma นั้นจะไม่มีผลใช้บังคับ แนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายปรากฏชัดเจนขึ้นในสมัยกลาง เมื่อนักคิดในสมัยนั้นมุ่งพิจารณาความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายธรรมชาติ (jus naturale) กับระบบกฎหมายบ้านเมือง (jus positivum) โดยให้กฎหมายธรรมชาติดำรงสถานะที่สูงกว่ากฎหมายบ้านเมือง กฎหมายบ้านเมืองซึ่งขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ ย่อมไม่มีผลบังคับใช้และไม่ผูกพันพลเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม แนวความคิดเกี่ยวกับสถานะของกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวส่งผลต่อระบบคิดในทางกฎหมาย 2 ประการ ประการแรก ในแง่รูปแบบทำให้นักกฎหมายคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการบัญญัติรับรองหลักกฎหมายธรรมชาติไว้ในกฎหมายบ้านเมือง และประการที่สอง ในแง่เนื้อหา ทำให้แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิดั้งเดิมของมนุษย์ตกผลึก และทำให้รัฐต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน และระหว่างปัจเจกชนกับรัฐยิ่งขึ้น²

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับครั้งแรกในคดี Marbury V. Madison ในสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม รากฐานแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ปรากฏขึ้นก่อนหน้านั้นในยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในอังกฤษ

¹ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2530), หน้า 669.

² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัมญา ชรรณศักดิ์ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 192.

ดังนั้น จึงสมควรพิจารณาที่มาและพัฒนาการของแนวคิดดังกล่าวในอังกฤษและภาคพื้นยุโรป ก่อน

ประเทศอังกฤษ

แนวคิดที่ว่า รัฐสภาไม่อาจออกกฎหมายที่มีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจอันเป็นที่มาสำคัญของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น ถือกำเนิดขึ้นในอังกฤษเมื่อ ค.ศ. 1610 ในคดี นายแพทย์ Thomas Bonham คดีนี้ นายแพทย์ Bonham ได้เปิดสถานพยาบาลฝ่าฝืนข้อบังคับของแพทยสภา (Ärztterkammer) และแพทยสภาได้พิพากษาลงโทษปรับนายแพทย์ Bonham ตามข้อบังคับของแพทยสภา โดยค่าปรับครั้งหนึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมายของแพทยสภา Sir Edward Coke ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดีนี้พิพากษาว่ากฎหมายที่เป็นพื้นฐานในคดีดังกล่าว (ข้อบังคับของแพทยสภา) ขัดต่อหลัก Common Law ที่ว่า "ไม่มีบุคคลใดจะเป็นผู้พิพากษาในเรื่องที่ตนเองมีส่วนได้เสียได้" (Niemand dürfe Richter in eigener Sache sein) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดต่อหลัก Common Law (common right and reason) ย่อมไม่มีผลใช้บังคับและศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อหลัก Common Law³

หลักการที่ได้รับการตัดสินจาก Edward Coke นั้น วางอยู่บนหลักพื้นฐานที่ว่า รัฐสภามีสิทธิในการบัญญัติกฎหมายและแก้ไขกฎหมาย แต่บนพื้นฐานดังกล่าวมีเงื่อนไขในเรื่องการควบคุมตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยผู้พิพากษาและการไม่บังคับใช้กฎหมายในกรณีที่กฎหมายของรัฐสภาดังกล่าวขัดแย้งกับ common law อย่างชัดเจน การที่ผู้พิพากษาสสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้นั้น เป็นการแสดงถึงพัฒนาการของกฎหมายพื้นฐาน (fundamental law) ซึ่งมีพัฒนาการมาตั้งแต่ยุคกลาง โดยนำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นเหตุผลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตาม พัฒนาการในทางกฎหมายของอังกฤษนับตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 17 มิได้ยึดถือตามแนวความคิดของ Coke หากแต่ได้ยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament หรือ Konzept der unbeschränkten Parlamentssoveränität) ตามหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภานั้น ไม่ยอมรับความมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา การที่ประเทศอังกฤษถือหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอาจมีผลมาจากการต่อสู้กับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ประสบผลสำเร็จในประเทศอังกฤษ ผลจากการต่อสู้ดังกล่าวทำให้รัฐสภาได้เรียกร้องให้พระมหากษัตริย์รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการออก

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 193 -194.

Petition of Right ในปี ค.ศ. 1689 ได้มีการออก Bill of Right อันเป็นกฎหมายสำคัญที่จำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์⁴

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารากฐานของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะถือกำเนิดในประเทศอังกฤษ แต่จนถึงปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวมิได้มีผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด และในระบบกฎหมายของอังกฤษในปัจจุบันนี้ก็ได้แยกลำดับชั้นของกฎหมายระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย

ประเทศฝรั่งเศส

พัฒนาการของแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาในการพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในฝรั่งเศสแตกต่างไปจากพัฒนาการในอังกฤษ ในช่วงปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (ซึ่ง Rousseau พัฒนามาจากข้อความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของ Bodin ซึ่งเห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์) กำลังมีอิทธิพลอย่างมาก การยอมรับแนวคิดดังกล่าวประกอบกับความต้องการจำกัดอำนาจที่หลงเหลืออยู่ของระบบเก่า ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 ปฏิเสธอำนาจตุลาการ (ซึ่งเป็นตัวแทนระบบเดิม) ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาในช่วงเวลาดังกล่าวแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญถูกบดบังโดยกระแสอำนาจอธิปไตยของปวงชน แนวคิดเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญที่ Sieyès เสนอ ไม่ได้รับการยอมรับ แม้ว่าภายหลังการทำรัฐประหารโดย Napoleon จะได้มีการตั้ง sénat conservateur ตามแนวคิดของ Sieyès ก็ตามองค์การดังกล่าวก็ไม่ได้พัฒนาไปเป็นศาลรัฐธรรมนูญตามที่ Sieyès มุ่งประสงค์ แต่กลับพัฒนาเป็นสภาในฝ่ายนิติบัญญัติแทน⁵

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพิ่งจะมาปรากฏชัดในสมัยสาธารณรัฐที่ 5 โดยได้มีการจัดตั้ง คณะกรรมการรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Comité Constitutionnel หรือ Conseil Constitutionnel) ขึ้นเป็นผู้คอยควบคุมมิให้ร่างกฎหมายที่จะออกมาใช้ไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ⁶

ควรตั้งข้อสังเกตว่า ศาลยุติธรรมในฝรั่งเศสนั้นไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งใช้บังคับไม่ได้ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและแม้แต่คณะ

⁴ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ,” เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า 30 พฤศจิกายน 2544, หน้า 8-9.

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ชรรณศักดิ์, หน้า 194-195.

⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ,” วารสารตุลพาห ปีที่ 27 เล่มที่ 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2523) : 54-55.

ตุลาการรัฐธรรมนูญเองก็ไม่มีอำนาจเช่นนี้ กล่าวคือ ไม่มีอำนาจไปชี้ขาดว่า กฎหมายที่รัฐสภาออกมาแล้วนั้นเป็นโมฆะ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คงมีเพียงแต่อำนาจตรวจสอบมิให้ร่างกฎหมายที่ออกมาใช้นั้นไปขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น และถ้าเห็นว่ากฎหมายที่ใช้อยู่แล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ต้องเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเสียเพื่อให้ความขัดแย้งนั้นหมดไป ทั้งนี้ คงเป็นเพราะค่านิยมของฝรั่งเศสที่ไม่ยอมให้อำนาจอื่นอยู่เหนืออำนาจนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของราษฎรนั่นเอง⁷

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนี แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในรูปของกฎหมายจารีตประเพณี (Gewohnheitsrecht) ในช่วงศตวรรษที่ 17-18 ได้มีการยอมรับแนวคิดของการมีอยู่ของกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) ซึ่งถึงแม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีรัฐธรรมนูญในความหมายของรัฐสมัยใหม่ก็ตาม แต่ก็มีกฎเกณฑ์ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่สูงกว่ากฎเกณฑ์ทั่วไป เช่น บทบัญญัติว่าด้วยการสืบราชสมบัติ (die Thronfolgeregel) ข้อตกลงระหว่างพระมหากษัตริย์กับเจ้าผู้ครองเมืองหรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Religionsfreiheit)⁸ อย่างไรก็ตามใน ช่วงต่อมาแสดงให้เห็นว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ไม่ได้รับการยอมรับโดยเด็ดขาดในเยอรมนี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่มุมมองของการให้อำนาจตุลาการทำหน้าที่คุ้มครองรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมนีที่มีอยู่ในเวลานี้ ไม่ใช่เป็นผลมาจากการได้ข้อสรุปในทางทฤษฎี แต่เป็นผลจากการตัดสินใจของผู้ร่างรัฐธรรมนูญภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2⁹

ประเทศออสเตรีย

ทฤษฎีกฎหมายในภาคพื้นยุโรปที่มีผลอย่างสำคัญในการสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ เคียงคู่กับแนวคิดจากคดี Marbury V. Madison ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมายและห่วงโซ่ของกฎหมายซึ่งถือกำเนิดและได้รับการพัฒนาในออสเตรียโดย Adorf Merkel และ Hans Kelsen ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ทฤษฎีนี้ถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นบรรทัดฐานขั้นพื้นฐานที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นที่มาของกฎหมายอื่นที่บังคับใช้ในรัฐ การออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับการใช้กฎหมายของฝ่ายบริหาร ใน ค.ศ. 1920 ออสเตรียได้จัดตั้งศาลเฉพาะซึ่งทำหน้าที่พิจารณาข้อพิพาทในทาง

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55.

⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ," เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, หน้า 9.

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ," ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัจญา ธรรมศักดิ์, หน้า 195.

รัฐธรรมนูญขึ้น ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียได้กลายเป็นแม่แบบให้แก่ประเทศต่าง ๆ ในเวลาต่อมา¹⁰

ประเทศสหรัฐอเมริกา

พัฒนาการของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดมีจุดเริ่มต้นจากอาณานิคมของอังกฤษในทวีปอเมริกา ได้นำแนวความคิดทางด้านกฎหมายภาคพื้นยุโรปไปกำหนดกฎเกณฑ์ในการอาศัยอยู่ร่วมกันในทวีปใหม่ อิทธิพลของแนวความคิดของ Edward Coke ที่ได้วินิจฉัยในคดี Dr. Bonham เมื่อค.ศ. 1610 ได้กลายมาเป็นแนวคิดที่สำคัญในการประกาศความเป็นอิสระภาพของสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 คำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมือง โดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครอง ซึ่งในคำปรารภของรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐได้กล่าวไว้ว่า "We the people of the United State do ordain and establish this Constitution for the United States of America" จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาถือได้ว่าเป็นครั้งแรกที่แนวความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด (ประชาชน) ได้รับการก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจะต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และจากหลักดังกล่าวนี้เอง อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐจึงไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ¹¹ แนวความคิดดังกล่าวปรากฏชัดเจนขึ้นใน ค.ศ. 1788 เมื่อ Alexander Hamilton ซึ่งเป็นผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา แสดงความเห็นสนับสนุนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และอำนาจของผู้พิพากษาในการตีความรัฐธรรมนูญ¹²

แนวคิดข้างต้นได้รับการนำมาใช้ในทางปฏิบัติครั้งแรกในคดี Marbury V. Madison ค.ศ. 1803 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ไม่ได้บัญญัติชัดเจนให้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ คดี Marbury V. Madison เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษา John Marshall ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานศาลสูงสุดยืนยันอำนาจผู้พิพากษา ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ และยืนยันว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายอื่น (superior paramount law) ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้โดยกระบวนการนิติบัญญัติสามัญ เพราะหาก

¹⁰ เรื่องเดียวกัน

¹¹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ," เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, หน้า 12.

¹² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ," ใน รวบรวมความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, หน้า 196.

รัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมาย ซึ่งมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นแล้ว รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเพียงแต่ความพยายามที่ไร้ความหมายของประชาชนในการที่จะจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งโดยธรรมชาติแล้วไม่มีขอบเขตจำกัด คดี Marbury V. Madison มีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ อาจกล่าวได้ว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้หยั่งรากลงในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญนับแต่นั้นเป็นต้นมา¹³

2.1.1 ความหมายของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวงที่บังคับใช้ภายในรัฐ¹⁴ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่สูงกว่า ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะไม่อาจบังคับใช้ได้ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางทฤษฎีนั้น วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการของความขัดแย้งในทางรูปแบบ (das formelle Kollisionsprinzip) (กล่าวคือ เป็นความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น) และการทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา (spätere Vernichtigkeit) หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งเช่นกัน กล่าวคือ เรื่องของความผูกพัน (Verbindlichkeit) และเรื่องของการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ¹⁵

กล่าวโดยสรุป หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่ยอมรับการมีลำดับชั้นของกฎหมาย และในระบบกฎหมายนั้นยอมรับว่ารัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุด ซึ่งเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันแล้ว ในอีกด้านหนึ่งนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญยังเป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่าง

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 196-197.

¹⁴ หยุด แสงอุทัย, แนวคำถามคำตอบรัฐธรรมนูญทั่วไปและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, (พระนคร : นำเชียการพิมพ์, 2513), หน้า 18.

¹⁵ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ," เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, หน้า 13.

องค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญเช่นกัน กล่าวคือ องค์กรของรัฐต่าง ๆ ย่อมอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ บรรลุความมุ่งหมายจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหลายประการ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักเกณฑ์หลัก สำหรับการออกกฎหมาย การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติ เป็นกรณีที่เป็นไปได้ การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงสุด การทำให้เกิดความแตกต่างกันระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญกับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา ระบบกฎหมายนั้นจะต้องยอมให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และเงื่อนไขประการสุดท้าย คือ องค์กรของรัฐทั้งหลายจะต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย¹⁶

2.1.2 ความจำเป็นที่ต้องจัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญหาได้เกิดขึ้นมาลอย ๆ โดยไร้เหตุผลไม่ หากเมื่อได้พิจารณาถึงความสำคัญจากแง่มุมต่าง ๆ ดังจะได้กล่าวถึงต่อไปแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่ามีความจำเป็นที่จะต้องจัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด นั่นคือ¹⁷

ประการแรก เมื่อพิจารณาในแง่ของการจัดทำ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญนั้นจัดทำขึ้นยากกว่ากฎหมายธรรมดาอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถือกันว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมระหว่างสมาชิกในสังคมทุกคนต่อกัน และระหว่างสมาชิกของสังคมในฐานะผู้ได้ปกครองกับผู้ปกครอง¹⁸ ด้วยเหตุนี้จึงต้องระดมความคิดและอาศัยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ อยู่มาก จนบางครั้งถึงกับต้องตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมายกเว้นเป็นการเฉพาะดังจะเห็นได้จากการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเป็นตัวอย่าง ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อได้ยกร่างรัฐธรรมนูญ

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 669.

¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "รัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์โครงสร้างและกลไก," ใน รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 80 ปี ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 104.

เสร็จแล้ว ในบางประเทศก็ยังคงนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไปให้ประชาชนให้ความเห็นชอบ โดยการออกเสียงเป็นประชามติอีกด้วย¹⁹

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาในแง่เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการรองรับอำนาจที่สูงสุดกว่าอำนาจอื่นใดในประเทศนั้นคือ “อำนาจอธิปไตย” นอกจากนี้ยังกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจนี้ ผู้ใช้อำนาจ เงื่อนไขการใช้อำนาจและการควบคุมการใช้อำนาจ²⁰

ประการที่สาม เมื่อพิจารณาในแง่สิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะเห็นว่าบทบัญญัติในเรื่องนี้มักปรากฏให้เห็นอยู่ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) ซึ่งความข้อนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากจนถึงขนาดได้ตราไว้ว่า “สังคมใดที่ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ... สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”²¹ ด้วยเหตุนี้ เมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีความสำคัญเช่นนี้ หากไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด สิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็อาจได้รับความกระทบกระเทือนเช่นถูกจำกัดตัดสิทธิโดยกฎหมายธรรมดาได้ ซึ่งกรณีไม่ควรจะเป็นเช่นนั้น และ

ประการสุดท้าย เมื่อพิจารณาในแง่ของปรัชญากฎหมาย จะเห็นว่าถ้าไม่จัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ก็คงต้องจัดให้กฎหมายอื่นอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่นั่นเอง เพราะตามข้อความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย เมื่อกฎหมายมีอยู่มากมายหลายรูปแบบก็ย่อมต้องมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งอยู่ในฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่นและเป็นจุดเริ่มต้นของการออกกฎหมายอื่น ดังที่ ฮันส์ เคลเซน นักปรัชญากฎหมายผู้หนึ่งเรียกว่าเป็น “grund norm” อันเป็นสิ่งที่ เป็นจุดเริ่มต้นของสิ่งอื่น ๆ และทำให้สิ่งอื่นเกิดความชอบด้วยกฎหมาย²²

¹⁹ ชีระ สุธีวรารากร, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อน ๆ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2542) : 76.

²⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 670.

²¹ ชีระ สุธีวรารากร, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อน ๆ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ : 76.

²² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 670.

2.1.3 การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เมื่อจัดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว จึงมีความจำเป็นที่ต้องมีการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกล่วงละเมิดโดยง่าย

การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาจกระทำได้โดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลาย ๆ อย่าง ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 การกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้

การกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ เป็นการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง ซึ่งใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือประเทศที่ใช้ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม

เหตุผลสำคัญที่ต้องกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ก็คือเมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้ว หากปล่อยให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่และยอมรับว่าบังคับใช้ได้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ย่อมไร้ความหมายนั่นเอง เพื่อให้การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเกิดผลอย่างจริงจังแท้จริง นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายใดแล้ว จึงยังต้องกำหนดให้การกระทำต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้เช่นกัน²³

ในข้อนี้อาจกล่าวได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนามากที่สุด ทั้งนี้โดยอาศัยหลักเกณฑ์ และวิธีการเดียวกันกับการควบคุมไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายมาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั่นเอง²⁴ สำหรับในประเทศอังกฤษ แม้จะถือหลัก Sovereignty of Parliament ที่ไม่ยอมให้ศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภา แต่ถึงกระนั้นก็ได้ห้ามศาลเข้าไปตรวจสอบควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ซึ่งหมายรวมถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญ) ด้วย ส่วนในประเทศเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) มีอำนาจที่จะวินิจฉัยในเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับ

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 684.

²⁴ จรรย์ ภักดีชนากุล, "ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ," วารสารดุลพາห : 61.

การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจมีบุคคลใด ๆ กล่าวอ้างขึ้นเพราะเห็นว่า ตนได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐละเมิดต่อสิทธิมูลฐานหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ของตน²⁵ อนึ่ง นอกจากรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีจะยอมรับหลักการที่ว่า การกระทำของฝ่ายบริหารใด ๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้แล้ว กรณียังได้ขยายไปถึงการกระทำของฝ่ายตุลาการอีกด้วยว่าจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยไว้ในหลายคดีว่า การที่ศาลตัดสินคดีโดยมีองค์คณะไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ หรือ ดำเนินการพิจารณาคดีอย่างไม่เป็นธรรมแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีที่ไม่ชอบ²⁶

2.1.3.2 การจัดให้มีองค์กรและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ

เมื่อมีการกำหนดให้บทบัญญัติกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้แล้ว การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญประการต่อมา ก็คือ การจัดให้มีองค์กรและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ

(1) องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัย

ปัญหาที่ว่า ใครควรจะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยโดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวบทกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น เป็นปัญหาสำคัญ เพราะเท่ากับเป็นการมอบอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายซึ่งออกโดยรัฐสภานั้นใช้บังคับไม่ได้ แม้ผ่านกระบวนการนิติบัญญัติมาอย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่าปัญหาในเรื่องเช่นนี้ เป็นปัญหาสำคัญในทางการเมืองไม่น้อยไปกว่าปัญหาในทางกฎหมาย ที่จะต้องอาศัยการพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบมิใช่เพียงสักแต่จะมอบให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยเท่านั้น²⁷

²⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม, “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทยและในบางประเทศ,” รัฐสภาสาร ปีที่ 26 ฉบับที่ 9 (กันยายน 2521), หน้า 43.

²⁶ จรัญ ภักดีธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ,” วารสารตุลพาท : 62.

²⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 686-687.

เมื่อพิจารณาถึงตัวองค์กร ผู้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในนานาประเทศแล้ว กล่าวได้ว่าในเรื่ององค์กรผู้ที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งออกได้เป็นสองระบบดังนี้²⁸

ก. ระบบกระจายอำนาจ (decentralized system)

ตามระบบนี้ ถือว่าศาลเป็นองค์กรตุลาการที่มีอยู่แล้วและทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายอยู่แล้ว ศาลทั้งหลายจึงมีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายที่เป็นปัญหาในชั้นพิจารณาของศาลนั้น ๆ ในขณะนั้นว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ อนึ่งที่เรียกกันว่าเป็นระบบกระจายอำนาจก็เพราะเหตุว่าอำนาจ Judicial review นั้นกระจายไปยังศาลทุกศาล สุดแต่แต่กำเนิดปัญหาให้ต้องพิจารณาขึ้นในศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลฎีกา หรือศาลใด

ระบบกระจายอำนาจ อาจเรียกได้หลายอย่าง เช่น ระบบอำนาจศาลทั่วไปหรือระบบอเมริกัน เหตุที่เรียก “ระบบอเมริกัน” ก็เพราะระบบนี้เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1803 ในคดี Marbury V. Madison ซึ่งนับจากนั้นเป็นต้นมาศาลทุกศาลในสหรัฐอเมริกาก็สามารถใช้อำนาจวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายของมลรัฐหรือกฎหมายของรัฐบาลขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ และถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจตุลาการตามปกติ ระบบนี้เกิดขึ้นโดยอาศัยช่องว่างของรัฐธรรมนูญ (ที่ไม่มีบทบัญญัติให้องค์กรอื่นมีอำนาจ) อาศัยเหตุผลทางตรรกวิทยา (รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีทำไม่ได้ ก็ต้องให้ศาลเป็นผู้ใช้อำนาจ) และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (การชี้ขาดว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายหรือไม่ เป็นอำนาจตุลาการจึงต้องแยกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร) ซึ่งต่อมาได้ถูกนำไปใช้ในหลาย ๆ ประเทศ

อย่างไรก็ดี แม้ระบบนี้จะถูกนำไปใช้ในหลายประเทศก็ตาม แต่ก็มีการกล่าวให้เห็นถึงผลเสียของระบบนี้ไว้หลายประการเช่นกัน เป็นต้นว่า ประการแรก การให้ศาลทั้งหลายเป็นผู้วินิจฉัยในเรื่องเช่นนี้เป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะเท่ากับเปิดทางให้ศาลซึ่งเป็นฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติ อีกทั้งหากเกิดความผิดพลาดขึ้นมาประชาชนก็ไม่มีทางที่จะควบคุมศาลได้ ประการที่สอง การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นปัญหาการเมืองไม่ใช่ปัญหากฎหมายธรรมดา ดังนั้นหากยอมให้ศาลทำหน้าที่นี้ได้ก็เท่ากับเปิดทางให้ศาลเข้ามาเล่นการเมือง ประการที่สาม ผู้พิพากษามีคุณสมบัติไม่เหมาะสมกับการทำงานเช่นนี้เพราะมีความเป็น “นักกฎหมาย” เกินไป

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 687-697.

ในขณะที่การวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต้องอาศัยความรู้ทั้งทางเศรษฐศาสตร์ การเมือง สังคมวิทยา ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และอื่น ๆ และประการสุดท้าย การกระจายอำนาจแก่ศาลทั่วไปทำให้คำวินิจฉัยไม่เป็นเอกภาพ เพราะแต่ละศาลอาจตัดสินไม่เหมือนกัน

ข. ระบบรวมอำนาจ (centralized system)

ตามระบบนี้ อำนาจในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ จะอยู่ที่องค์กรเดียวโดยอาจเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีอยู่แต่เดิม อย่างเช่น ศาลฎีกา หรืออาจเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยเฉพาะเพื่อการนี้ อย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ สภารัฐธรรมนูญ หรือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็ได้

เมื่อก้าวถึงที่มาของระบบนี้ก็มักจะนึกถึงประเทศออสเตรีย เพราะองค์กรในระบบรวมอำนาจที่ใช้กันอยู่ในเวลานี้จะมีรูปแบบและการจัดองค์กรอย่างประเทศออสเตรียเป็นส่วนใหญ่ อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสก็ถือได้ว่าเป็นที่มาของระบบนี้ด้วยทางหนึ่ง กล่าวคือ ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่ของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1795 ซีเอแยส นักการเมืองคนสำคัญผู้หนึ่ง ได้เสนอให้จัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นใหม่ให้เป็นอิสระจากรัฐสภา คณะรัฐบาล และศาลเพื่อทำหน้าที่รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยเรียกว่า “คณะลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” ความคิดนี้เป็นที่ยอมรับในสมัยพระเจ้านโปเลียน ที่ 1 ซึ่งเปลี่ยนชื่อเป็น “สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Senat Conservateur de la Constitution) สภาสูงพิทักษ์รัฐธรรมนูญมีอำนาจมาก แต่ในทางปฏิบัติสภานี้เกือบไม่มีโอกาสใช้อำนาจเลย เพราะไม่เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือการกระทำของรัฐบาลขัดรัฐธรรมนูญ ในเวลาต่อมาาระบบสภาสูงฯ ล้มเลิกไปและฝรั่งเศสวางเว้นไม่มีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญอยู่หลายปี จนมีการตั้ง “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comite Constitutionnel) ขึ้นใหม่ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 เพื่อควบคุมมิให้ “ร่างกฎหมาย” ขัดกับรัฐธรรมนูญ และต่อมาสภานี้ก็เปลี่ยนชื่อเป็น “สภารัฐธรรมนูญ” ตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ในที่สุด

อย่างไรก็ดี แม้ประเทศฝรั่งเศสจะเริ่มต้นการจัดตั้งองค์กรพิเศษเพื่อควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญก่อนชาติอื่น แต่ก็มิได้มีอิทธิพลโดยตรงต่อประเทศอื่น ๆ เท่าไรนัก เพราะลักษณะพิเศษของสภารัฐธรรมนูญซึ่งพัฒนามาตามลำดับนั้นค่อนข้างยากที่จะนำไปใช้เป็นแบบอย่าง นอกจากนี้ยังเป็นการควบคุม “ร่างกฎหมาย” ก่อนประกาศใช้มากกว่าการควบคุม “กฎหมาย” ที่ใช้บังคับแล้ว กระนั้นก็ตาม ความเป็นมาขององค์กรดังกล่าวและการจัดระเบียบขององค์กรให้แยกจากศาลยุติธรรมก็ได้รับความสนใจจากนัก

กฎหมายออสเตรียผู้หนึ่งคือ เคลเซ่น (Hans Kelsen) เป็นอย่างมาก เคลเซ่นไม่นิยมระบบองค์กรทางการเมืองและการตั้งคณะกรรมการขึ้นวินิจฉัยอย่างของฝรั่งเศส เพราะเป็นการสร้างองค์กรขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากเกินไป แต่เคลเซ่นต้องการให้ระบบควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องมือคุ้มครองประชาชนให้รอดพ้นจากการถูกบังคับใช้กฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญจึงเสนอให้ตั้งองค์กรพิเศษเป็นแบบศาล แต่ให้มีอำนาจรวมอยู่ที่ศาลเดียวและมีความเป็นอิสระ มีหลักประกันการทำงานว่าจะไม่ถูกแทรกแซงทางการเมือง ซึ่งเป็นการนำเอาข้อดีของระบบอเมริกามาใช้ แต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลเสียดังเช่นในระบบอเมริกันที่ใช้ผู้พิพากษาอาชีพ จึงได้ใช้ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายทางการเมืองและเศรษฐศาสตร์ประกอบกัน โดยรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียวไม่กระจายไปหลายองค์กร รัฐธรรมนูญออสเตรีย ค.ศ. 1920 ยอมรับหลักการนี้และจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกเรียกว่า "Verfassungsgerichtshof" ที่เป็นแบบอย่างให้กับหลายประเทศ ในเวลาต่อมาระบบรวมอำนาจอยู่ที่องค์กรเดียวนี้ บางครั้งจึงถูกเรียกว่าเป็น "ระบบออสเตรีย"

อนึ่ง แม้ระบบนี้จะถูกนำไปใช้ในหลายประเทศก็ตาม แต่ก็มี การกล่าวกันว่า อาจทำให้กระบวนการวินิจฉัยปัญหารัฐธรรมนูญเสียเวลาสิ้นเปลือง นอกจากนี้ ผลของคำวินิจฉัยก็มักถูกมองว่าเป็นการประสานประโยชน์ทางการเมืองมากเกินไป จนบางครั้ง ก็ถูกหาว่าเป็นอำนาจอธิปไตยที่ 4 แยกจากอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและตุลาการ อย่างไรก็ตาม ผลดีก็มีอยู่คือ ทำให้สถาบันตุลาการเด่นขึ้นไม่มัวหมองหรือถูกครหา คำวินิจฉัยก็มีเอกภาพไม่ลักลั่น และนักกฎหมายที่เสนอให้ใช้ระบบนี้ก็พยายามแก้ไขปัญหานั้นที่ สิ้นเปลือง โดยหาทางให้องค์กรดังกล่าวนี้ทำหน้าที่อื่นด้วย อย่างเช่น การวินิจฉัยปัญหาการ เลือกตั้งและปัญหาการเมืองอื่น ๆ

(2) กระบวนการในการวินิจฉัย

เมื่อได้มีการกำหนดองค์กรใดให้เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทกฎหมายและการกระทำใด ๆ แล้ว ก็เป็นการจำเป็นที่จะ ต้องกำหนดกระบวนการในการวินิจฉัยว่า บทกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญหรือไม่ นับว่าเป็นปัญหาสำคัญ ทั้งนี้ เพราะหากกระบวนการในการวินิจฉัยมีความ ไม่เหมาะสม การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไม่เกิดผล

กระบวนการในการวินิจฉัยว่าบทกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ แบ่งออกได้ดังนี้²⁹

ก. ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหา

ในระบบกระจายอำนาจแบบอเมริกัน ผู้ได้รับความเสียหายหรือมีส่วนได้เสียในคดีสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลและยกเป็นประเด็นในคดีให้ศาลพิจารณาได้ว่าบทกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่ผู้ร้องหรือคู่ความไม่ว่าโจทก์หรือจำเลยมิได้ยกปัญหานี้เป็นประเด็นหากศาลเห็นศาลก็อาจยกขึ้นวินิจฉัยเอง ได้ในทำนองปัญหาว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และประเด็นนี้ก็อาจยกขึ้นได้ไม่ว่าจะอยู่ในชั้นพิจารณาของศาลใด หนึ่ง ในบางประเทศเช่น คูเวต รัฐบาลก็มีสิทธิเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยได้ด้วย

สำหรับในระบบรวมอำนาจ ศาลยุติธรรมอาจเป็นผู้เริ่มเสนอปัญหาได้โดยตั้งเป็นประเด็นเดี่ยวโดด ๆ เช่น ในประเทศออสเตรเลีย ประเทศตุรกี ประเทศชองรัฐ อาจเป็นฝ่ายริเริ่มเสนอปัญหาไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ในประเทศฝรั่งเศส นายกรัฐมนตรีและประธานสภาอาจารย์เริ่มเสนอปัญหาได้ ในประเทศอิตาลี กลุ่มคนผู้ได้รับความกระทบกระเทือนอาจรวมกันร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัย หนึ่ง ในประเทศสวีเดนเซอร์แลนด์และสเปนประชาชนอาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ด้วย³⁰

ข. วิธีการเสนอปัญหา

สำหรับ “วิธีการต่อสู้ป้องกัน” (by way of defense) เมื่อบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายฉบับใดซึ่งตนเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ บุคคลนั้นก็จะมีสิทธิที่จะต่อสู้ป้องกันตนโดยให้ถ้อยแถลงต่อศาลว่า กฎหมายที่เขาถูกกล่าวหาว่าฝ่าฝืนนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นด้วยตามถ้อยแถลงนั้น ศาลก็จะปฏิเสธไม่ยอมบังคับใช้กฎหมายนั้นกับคดีที่ขึ้นมาสู่ศาล โดยนัยนี้ ปัญหาที่จะขอให้พิจารณาว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีนี้จึงไม่อาจเป็นปัญหาหลัก แต่จะต้องเสนอเป็นปัญหาอันถือ

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 700-702.

³⁰ วิจิตรา พุ่งลัดดา, “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 136-140.

เป็นส่วนหนึ่งของคดีธรรมดาที่ขึ้นมาสู่ศาล วิธีการนี้เป็นการควบคุมตามเนื้อหา (review incidenter) ซึ่งใช้กันอยู่ในระบบกระจายอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา และก็มีหลายประเทศที่ใช้ระบบวิธีการที่คล้ายคลึงกัน อย่างเช่น ประเทศแคนาดา ประเทศนอร์เว ประเทศเดนมาร์ก และประเทศญี่ปุ่น ฯลฯ

ส่วน “วิธีการฟ้องร้องกล่าวหา” (by way of action) หรือการควบคุมโดยตั้งเป็นปัญหาหลัก (review principaliter) เป็นวิธีการที่ใช้ตามรูปแบบดั้งเดิมของประเทศออสเตรเลียในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญโดยการเสนอปัญหาเข้ามาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้โดยตรง และศาลรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจวินิจฉัยได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้องขอให้พิจารณา อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อ ๆ มาประเทศออสเตรเลียเองก็ได้เริ่มให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีบทบาทเป็นผู้เริ่มการวินิจฉัย และในประเทศที่ใช้ระบบรวมอำนาจอื่น ๆ ก็ใช้วิธีการเสนอปัญหาโดยวิธีการฟ้องร้องกล่าวหาที่คล้ายคลึงกัน อย่างเช่น ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศอิตาลี ถึงกระนั้น แม้ศาลยุติธรรมจะเข้ามามีบทบาทในการเสนอปัญหาก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็ไม่มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญได้เอง โดยจะต้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเสมอ โดยนัยนี้ วิธีการเสนอปัญหาเช่นนี้จึงยังคงเป็นวิธีการเสนอปัญหาโดยการฟ้องร้องกล่าวหา เพราะศาลรัฐธรรมนูญยังคงต้องพิจารณาปัญหานี้ในฐานะที่เป็นปัญหาหลักอยู่

2.1.3.3 การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา

ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ดังนั้น ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลาย จึงมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ และด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรจะแก้ไขได้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติสามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็จะมีคามหมายอะไร³¹

³¹ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ,” เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, หน้า 18.

อย่างไรก็ตาม ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มิได้หมายความว่า จะทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้เลย เพราะรัฐธรรมนูญก็ไม่ต่างจากสิ่งอื่นที่มีความสัมพันธ์กับสภาพการณ์ทางการเมืองของประเทศอย่างใกล้ชิด จึงย่อมสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตามสมควร

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เป็นปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากกฎหมายและองค์กรของรัฐต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่เกิดขึ้น โดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีองค์กรที่จะมีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้นั้นจึงต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) นั้นเองโดยอาศัยอำนาจที่ให้รัฐธรรมนูญเป็นฐาน³²

ตามความเห็นของ Sieyès เห็นว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องกระทำโดยองค์กรตัวแทนพิเศษ ซึ่งเป็นตัวแทนของเสียงข้างมากของชาติ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมักจะมอบอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้กับองค์กรที่เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น ซึ่งโดยปกติมักจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ และโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสำคัญ องค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญจึงอาจบัญญัติ “กระบวนการ” และ “คะแนนเสียง” เอาไว้เป็นพิเศษสำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือการให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างเช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญจะต้องได้รับเสียงข้างมาก 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 ของสมาชิกรัฐสภา เป็นต้น อนึ่ง ในบางกรณีองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญก็อาจกำหนดขอบเขตของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ด้วย ดังที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 79 (3) มีบทบัญญัติว่า “จะไม่มี การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้อันเกี่ยวกับระบบสหพันธรัฐ การที่สภาแห่งมลรัฐเข้าร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติ หรือ บทบัญญัติอันกำหนดไว้ใน มาตรา 1 และ 20”³³

มีข้อสังเกตว่า องค์กรที่ได้รับมอบอำนาจให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ จะมีอำนาจเฉพาะ “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ” เท่านั้น โดยไม่สามารถ “ให้รัฐธรรมนูญใหม่” ทั้งฉบับได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ ก็ย่อมหมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยวิธีการเดียวกันกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดา และในกรณีนี้ ก็ย่อมถือว่าไม่มีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับนั้น³⁴

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, หน้า 197-198.

³³ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 735.

³⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์, หน้า 198.

จากที่กล่าวมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่า การกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ก็ดี การกำหนดให้มีองค์กรและกระบวนการต่าง ๆ ในการวินิจฉัยว่าบทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ดี และการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาที่ดี ย่อมมีผลโดยตรงต่อการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อนึ่ง นอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้ว การกำหนดหลักการแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญ โดยมีเนื้อหาให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐแยกการใช้อำนาจในกรอบของกฎหมายโดยดุลและคานอำนาจกันไม่ให้องค์กรหนึ่งองค์กรใดมีอำนาจมากเกินไป ย่อมมีผลทางอ้อมในการช่วยคุ้มครองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเช่นกัน³⁵

2.2 ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

เมื่อได้ทราบแนวความคิดเกี่ยวกับ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ต่อไปจะขอกล่าวถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2.2.1 ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

นับแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุด มาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาภายใต้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ ได้กำหนดหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ โดยมีบทบัญญัติที่รับรองไว้อย่างแข็งขันในทำนองเดียวกันว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้³⁶

³⁵ เรื่องเดียวกัน

³⁶ โปรดดู มาตรา 61 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475, มาตรา 87 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489, มาตรา 95 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2490, มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492, มาตรา 113 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, มาตรา 174 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511, มาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517, มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521, มาตรา 5 รัฐธรรมนูญ

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติรับรองถึงหลักการนี้ไว้ อย่างชัดเจน จึงทำให้ปัญหาโต้เถียงในจุดนี้มีไม่มากอย่างในประเทศอื่น จะมีปัญหาบ้างก็แต่ในช่วงที่ประเทศตกอยู่ภายใต้การปกครองของคณะรัฐประหาร ซึ่งรัฐธรรมนูญตามระบอบ ประชาธิปไตยจะถูกยกเลิกไปแล้วใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรแทน ซึ่งรัฐธรรมนูญการ ปกครองราชอาณาจักรก็มักจะไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อ ความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนี้ให้เป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น จึงอาจมีปัญหาว่าหลักความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจะยังคงมีอยู่ในช่วงที่ประเทศถูกปกครองโดยคณะรัฐประหาร หรือไม

ในปัญหาดังกล่าว มีผู้เห็นว่า หลักการนี้ยังคงมีอยู่แม้ในช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญ ถูกล้มล้างและแม้ว่ารัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย จะมีได้บัญญัติถึงหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจนก็ตาม ทั้งนี้ เพราะในรัฐธรรมนูญการปกครองทุกฉบับมัก จะมีบทบัญญัติครอบจักรวาลไว้ว่า

“ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้ วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”

โดยบทบัญญัตินี้เองที่ทำให้บรรดาบทบัญญัติที่สำคัญ ๆ ของรัฐธรรมนูญของ ไทยสามารถมีผลบังคับใช้ได้อยู่ แม้ในช่วงที่ประเทศตกอยู่ภายใต้การปกครองของคณะรัฐ ประหาร ซึ่งทั้งนี้ย่อมหมายถึงรวมถึงบทบัญญัติที่ว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายอื่นที่ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นโมฆะใช้บังคับไม่ได้ด้วย เพราะเหตุที่ว่าหลักการนี้เป็นหลัก การสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาแต่เริ่มแรกของการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยจนถือได้ว่าเป็น “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” อย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จาก คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 766/2505 (ประชุมใหญ่), 222/2506, 225/2506, 562/2508, 1602-1603/2509 ที่ศาลฎีกาได้ตัดสินเอาไว้ในช่วงที่ประเทศไทยตกอยู่ในช่วงการ ปกครองของคณะรัฐประหาร³⁷

ปัจจุบัน หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ก็ได้รับการยืนยันไว้ใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมาย สูงสุดของประเทศบทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บท บัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 และมาตรา 6 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน

³⁷ จรัญ ภักดีธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ” วารสาร ดุลพาห : 57-58.

จากบทบัญญัติในมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ดังกล่าว มีข้อสังเกตว่ามีความแตกต่างไปจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อน ๆ อย่างเห็นได้ชัด กล่าวคือ ในขณะที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อน ๆ ได้ยืนยันถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยผ่านบทบัญญัติที่ว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” หรือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้” แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กลับยืนยันถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดยยืนยันโดยตรงเลยว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ” ในทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสหรัฐอเมริกา³⁸

2.2.2 การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.2.2.1 ฐานะของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติผลในทางกฎหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ มีอันเป็น “โมฆะ” หรือ “ใช้บังคับมิได้”

คำว่า “ขัด” หมายความว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทีเดียว³⁹ อย่างเช่น กฎหมายว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานซึ่งบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 51 โดยกำหนดให้เกณฑ์แรงงานเพื่อ “ประโยชน์อย่างอื่น” นอกจากเพื่อประโยชน์ในการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันมีมาเป็นการฉุกเฉิน และโดยกฎหมายนั้นให้เกณฑ์แรงงานได้ในเวลาที่ประเทศไม่ได้อยู่ในภาวะการสงครามหรือการรบหรือในระหว่างเวลาที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ส่วนคำว่า “แย้ง” หมายความว่าถึง กรณี

³⁸ ธีระ สุธีวรานุรักษ์, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อน ๆ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ : 88.

³⁹ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา, (พระนคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2511), หน้า 1118.

ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ อย่างหนึ่ง บทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติไปอีกอย่างหนึ่ง คือ “บัญญัติไม่ตรงกัน”⁴⁰

คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” แสดงให้เห็นว่า ไม่ใช่กฎหมายทั้งฉบับจะใช้บังคับไม่ได้ ที่ใช้บังคับไม่ได้นั้นก็เฉพาะบทมาตราที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น บทมาตราใดที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันและไม่เกี่ยวข้องกันกับบทบัญญัติที่แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ บทมาตรานั้นก็เป็นอันใช้บังคับได้ ทั้งนี้เว้นแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายบทใดบทหนึ่งทำให้กฎหมายทั้งฉบับใช้ไม่ได้ไปในตัวเพราะมีข้อความเกี่ยวโยงถึงกัน ในกรณีเช่นว่านี้กฎหมายทั้งฉบับจึงเป็นอันใช้บังคับมิได้⁴¹

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับฐานะของบทกฎหมาย หรือการกระทำใด ๆ ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเอาไว้ ดังนี้

(1) กฎหมาย อันได้แก่ พระราชกำหนดต่าง ๆ เมื่อเป็นไปเพื่อการอย่างอื่นอันนอกเหนือไปจากเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะอันเป็นการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาได้ร้องขอให้วินิจฉัยโดยชอบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมวินิจฉัยให้พระราชกำหนดนั้น ๆ เป็นอันไม่มีผลบังคับใช้ได้มาตั้งแต่ต้น

(2) บทบัญญัติใดของกฎหมาย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะ เป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือในพระราชกำหนด หากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นก็เป็นอันใช้บังคับไม่ได้ อนึ่ง แม้จะเป็นเพียง “ร่างกฎหมาย” อย่างเช่น ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ” หากร่างกฎหมายดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือนายกรัฐมนตรีตามแต่กรณีได้ร้องขอให้วินิจฉัยโดยชอบแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญย่อมวินิจฉัยให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไปได้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมวินิจฉัยให้ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นอันตกไปได้เช่นกัน หากข้อความดังกล่าว นั้น เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

(3) บทบัญญัติใดของกฎหมายหรือข้อบังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อบังคับที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายปกครอง หากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นก็เป็นอันใช้บังคับไม่ได้

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1119.

(4) การกระทำขององค์กรหรือบุคคลต่าง ๆ หากขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมส่งผลต่อการกระทำหรือบุคคลผู้กระทำเช่นกัน กล่าวคือ หากมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมืองขัดต่อสถานะ และการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญนี้หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมืองได้ร้องขอให้วินิจฉัยโดยชอบศาลรัฐธรรมนูญย่อมวินิจฉัยให้มติหรือข้อบังคับนั้น ๆ เป็นอันยกเลิกไป หรือหากมีการเสนอการแปรญัตติหรือการกระทำใด ๆ เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการมีส่วนร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาได้เสนอความเห็นชอบโดย ศาลรัฐธรรมนูญย่อมวินิจฉัยให้การเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำดังกล่าวสิ้นผลไป นอกจากนี้ หากกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตั้งใจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีพฤติการณ์ที่ถือว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามแต่กรณีได้ร้องขอให้วินิจฉัยโดยชอบ วุฒิสภาย่อมมีมติให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากตำแหน่งหรือถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งตามแต่กรณีได้

2.2.2.2 องค์กรและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ

(1) องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัย

เดิมที่แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 จะมีบทบัญญัติว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความแย้งหรือขัดแก่อำนาจรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ไม่มีบทบัญญัติที่แจ้งชัดว่าจะให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว

ความไม่แจ้งชัดถึงเรื่องเช่นนี้ ยังผลให้มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างสภาผู้แทนราษฎรกับศาลยุติธรรม กล่าวคือ เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากร

สงคราม พ.ศ. 2488 แล้วมีปัญหาเกิดขึ้นมาว่า มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ขัดต่อ มาตรา 14 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม ฯ หรือไม่ หลังจากคดีได้ขึ้นมาสู่ การพิจารณาของศาลยุติธรรมศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ว่า แม้ รัฐธรรมนูญจะมีได้กล่าวว่าใครเป็นผู้มีอำนาจแสดงว่ากฎหมายอันขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นโมฆะได้ แต่ศาลฎีกาเห็นว่าศาลมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวโดยอาศัยเหตุผลใน 3 ประการ กล่าวคือ⁴²

ประการแรก ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 58 การจะพิจารณาว่าอะไรเป็นกฎหมายหรือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้หรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจ ของศาล ทั้งนี้ เพราะถ้าหากไม่ให้ศาลมีอำนาจดังกล่าว ศาลก็ย่อมไม่ทราบว่าจะอะไรเป็น กฎหมายหรือไม่ และก็จะทำให้ศาลไม่สามารถดำเนินการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมาย ได้

ประการที่สอง ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจในรูปแบบการปกครอง ระบอบรัฐธรรมนูญของไทย ย่อมแบ่งผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายนิติ บัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยให้แต่ละฝ่ายมีอำนาจยับยั้งและถ่วงดุลย์แห่งอำนาจ ซึ่งกันและกัน เพื่อให้เกิดหลักประกันในความมั่นคงแห่งการใช้อำนาจทั้งสามฝ่าย เมื่อสภา ผู้แทนราษฎรใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายออกมาไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อความ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลก็ควรจะมีอำนาจแสดงให้เห็นถึงความไม่ถูกต้องนั้นได้ และ

ประการที่สาม ด้วยความจำเป็นที่จะต้องมีผู้ชี้ขาดว่าบทกฎหมายใด ขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 61 ย่อมจะต้องมีองค์กรที่จะให้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญปรากฏผลอย่างจริงจัง แต่องค์กรสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ตรากฎหมายนั้นออกมาเอง ย่อมไม่สมควรจะให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้วินิจฉัยปัญหานี้ และทางฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถเป็นผู้วินิจฉัยได้ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่กิจการของ ฝ่ายบริหาร ดังนั้น องค์กรที่เหลืออยู่ในสามองค์กร ก็คือศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรที่มีขึ้นเพื่อ ให้ความยุติธรรมและบำบัดทุกข์บำรุงสุขให้แก่ประชาชน เมื่อมีกฎหมายออกมาจำกัดสิทธิ เสรีภาพโดยขัดรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ศาลยุติธรรมก็ควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจแสดงให้ปรากฏซึ่ง ความยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

จากเหตุผลดังกล่าว ศาลฎีกาจึงพิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากร สงคราม พ.ศ.2488 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนใช้พระราชบัญญัตินี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 14 และเป็นผลให้บทบัญญัติส่วนดังกล่าวเป็นโมฆะตามมาตรา 16 เมื่อบทบัญญัติอันโจทก์ฟ้องขอให้เอาผิดกับจำเลยเป็นโมฆะเสียแล้วก็ไม่มีทางจะลงโทษ จำเลยได้ จึงให้ยกฟ้องของโจทก์เสีย ปลดจำเลยพ้นข้อหาไป

⁴² วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 705-706.

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาในคดีนี้ แม้จะมีผู้ให้ความเห็นในภายหลังว่าเป็นการตัดสินคดีอย่างน่าชื่นชมและเป็นคดีประวัติศาสตร์ในทำนองเดียวกับคดี Marbury V. Madison ของสหรัฐอเมริกา แต่ในขณะนั้นกลับก่อให้เกิดความไม่พอใจและเกิดการเคลื่อนไหวในหมู่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ โดยเห็นกันว่าการที่ศาลฎีกาวินิจฉัยเช่นนี้ เป็นการปฏิบัติหน้าที่ไม่ถูกต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและล่วงล้ำหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 62 ได้กำหนดเอาไว้ให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญ⁴³

ด้วยเหตุนี้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการขึ้นมาอีก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 ซึ่งเป็นฉบับต่อมาจึงได้มีบทบัญญัติที่แจ้งชัดให้ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และนับจากนั้นเป็นต้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกหลายฉบับ ก็ได้มีการยืนยันถึงอำนาจเช่นว่านั้นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสืบมา

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่า บทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเอาไว้ ดังนี้

ก. องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่วินิจฉัยว่าพระราชกำหนดได้ตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁴ ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ตราขึ้น โดยมีเนื้อความหรือกระบวนการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁵ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีเนื้อความที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁶

ข. องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

⁴³ จรัญ ภักดีธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ,” วารสารดุสิตพาห : 72.

⁴⁴ มาตรา 219

⁴⁵ มาตรา 262

⁴⁶ มาตรา 264

แม้ก่อนหน้านี้ยังไม่มี ความชัดเจนว่าอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 นั้นเป็นอำนาจขององค์กรใดระหว่าง “ศาลรัฐธรรมนูญ” กับ “ศาลปกครอง”⁴⁷ แต่เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 24/2543 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2543 เรื่องระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยมีความตอนหนึ่งว่า “...อำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง ... หมายความว่าถึงเรื่องของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น... เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ฯ ซึ่งออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง... แต่เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ...” โดยนัยนี้ กรณีจึงเป็นที่ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎ” หรือ “ข้อบังคับ” ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องมาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ได้ หากกฎหรือข้อบังคับนั้นมีได้เป็นกฎหรือข้อบังคับที่ออกโดยหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล

ค. องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่า การกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาล

⁴⁷ รัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำของบุคคลใดตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลปกครอง”

ปกครอง และวุฒิสภา นั่นคือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” จะทำหน้าที่วินิจฉัยว่าการมีมติหรือการออกข้อบังคับของพรรคการเมือง การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลหรือพรรคการเมือง การเสนอการแปรญัตติ หรือการกระทำใด ๆ ในงบประมาณรายจ่ายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการนั้น ชัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁸ สำหรับ “ศาลปกครอง” จะทำหน้าที่วินิจฉัยว่า การกระทำทางปกครองนั้น ชัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴⁹ ส่วน “วุฒิสภา” ก็ทำหน้าที่วินิจฉัยว่า การกระทำของกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจงใจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือถือว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามแต่กรณี⁵⁰

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้กำหนดให้มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่า บทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอยู่หลายองค์กรด้วยกัน กล่าวคือ มีทั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และวุฒิสภา และหากจะเปรียบเทียบถึงองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ ก็เป็นที่เห็นได้ชัดว่ามีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน กล่าวคือ กรณีขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ทั้งในบทบัญญัติของตัวรัฐธรรมนูญเองและทั้งโดยการตีความรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรม องค์กรที่ทำหน้าที่นี้จะได้แก่ รัฐสภา คณะตุลาการหรือศาลยุติธรรม แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติที่ชัดเจนว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้จัดตั้งองค์กรใหม่ คือ “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาทำหน้าที่ดังกล่าวแทน สำหรับกรณีขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อบังคับใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญจะไม่เคยมีบทบัญญัติในลักษณะนี้มาก่อน แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นที่ทราบกันว่าองค์กรที่ทำหน้าที่นี้ ก็คือ ศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นที่เข้าใจแล้วว่า องค์กรใหม่ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวย่อมได้แก่ “ศาลปกครอง” ส่วนกรณีขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยว่า

⁴⁸ มาตรา 47, มาตรา 63 และมาตรา 180

⁴⁹ มาตรา 198 ประกอบกับ มาตรา 276

⁵⁰ มาตรา 303

การกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ โดยการตีความรัฐธรรมนูญของศาลยุติธรรมก็เป็นที่น่าสนใจว่า องค์กรที่ทำหน้าที่เช่นว่านี้ ก็คือ ศาลยุติธรรม แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีบทบัญญัติที่ชัดเจนแล้วว่า องค์กรที่จะทำหน้าที่ดังว่านี้ ก็ได้แก่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” “ศาลปกครอง” และ “วุฒิสภา” ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

(2) กระบวนการของการวินิจฉัย

กระบวนการของการวินิจฉัยว่า บทกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น แต่เดิมยังไม่เปิดโอกาสให้บุคคลผู้เสียหายหยิบยกปัญหาดังกล่าวขึ้นในองค์กรผู้มีอำนาจชี้ขาด โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้โดยตรง หากทว่าปัญหาจะมาสู่การพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ ก็ต้องมีผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาได้เสนอความเห็นขึ้นมาเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเท่านั้น ซึ่งผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาดังกล่าวนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ ได้กำหนดเอาไว้ว่าอยู่ 3 องค์กรด้วยกัน คือ⁵¹

ก. ศาลยุติธรรม

กรณีการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ประกาศใช้บังคับแล้ว มิให้ขัดรัฐธรรมนูญนั้น ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรเดียวที่มีสิทธิเริ่มหยิบยกปัญหาขึ้นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา นั่นคือ กรณีมีคดีขึ้นมาสู่ศาล เมื่อศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับกับคดีใด หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ศาลจะรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว แล้วส่งความเห็นเป็นรายงานตามทางการไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย อนึ่ง ควรตั้งข้อสังเกตว่า การอ้างปัญหาเช่นนี้เป็นลักษณะประเด็นเกี่ยวเนื่องกับประเด็นอื่นหรือข้อพิพาทที่ฟ้องร้องต่อศาลอันมีอยู่ก่อนแล้ว (Incidenter) หาใช่การอ้างเป็นประเด็นโดยตรง (Principaliter) ไม่

ข. สมาชิกแห่งรัฐสภา

สำหรับการควบคุมร่างกฎหมาย สมาชิกแห่งรัฐสภาเป็นองค์กรหนึ่งซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัย โดยหากสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสอง

⁵¹ จรัญ ภักดีธนากุล, “ศาลกับความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ,” วารสารตุลพาห : 72.

สภาจำนวนหนึ่ง หรือสมาชิกของแต่ละสภาจำนวนหนึ่งเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว แต่นายกรัฐมนตรียังมิได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว ก็มีสิทธิเสนอความเห็นโดยทำเป็นญัตติต่อประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร ตามแต่กรณี เพื่อให้ประธานแห่งสภาเช่นว่านั้น ส่งความเห็นนั้นไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้⁵²

ค. นายกรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีเป็นอีกองค์กรหนึ่ง ซึ่งมีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยกรณีการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ โดยนายกรัฐมนตรีสามารถส่งความเห็นว่าร่างกฎหมายหรือร่างพระราชบัญญัติใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้โดยตรง⁵³

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการของการวินิจฉัยว่าบทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเอาไว้ ดังนี้

- กรณีของศาล เมื่อศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 6 หากยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งความเห็นเช่นว่านั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย⁵⁴ อนึ่ง คำว่า “ศาล” เช่นว่านี้ นอกจากจะหมายถึงศาลยุติธรรมแล้วก็ยังสามารถรวมถึง ศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลอื่นที่อาจจะมีการจัดตั้งขึ้นในภายหน้าด้วย

- กรณีของสมาชิกแห่งรัฐสภา ก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติ พระราชกำหนดใด หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาตามแต่กรณีเห็นว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 218 วรรคหนึ่ง สมาชิกสภาของแต่ละสภาดังกล่าวมีสิทธิเสนอความเห็นไปยังประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ เพื่อให้ประธานสภาส่ง

⁵² โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 224 (1)

⁵³ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 มาตรา 224 (2)

⁵⁴ มาตรา 264 วรรคหนึ่ง

ความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้⁵⁵ นอกจากนั้น ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและหรือสมาชิกวุฒิสภาตามแต่กรณี เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาของทั้งสองสภาหรือแต่ละสภาเช่นว่านี้ มีสิทธิเสนอความเห็นไปยังประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ เพื่อให้ประธานสภาส่งความเห็นดังกล่าวนั้น ไปยังศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยได้⁵⁶ อีกทั้ง หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจึงใจฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือ ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีพฤติการณ์ที่ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาวินิจฉัยได้เช่นกัน⁵⁷

- กรณีของนายกรัฐมนตรี ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนายกรัฐมนตรีมีสิทธิส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้⁵⁸

- กรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใด ๆ ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วน

⁵⁵ มาตรา 219 วรรคหนึ่ง

⁵⁶ มาตรา 262 (1) และ (2)

⁵⁷ มาตรา 299, มาตรา 303 และมาตรา 304

⁵⁸ มาตรา 262 (3)

ท้องถิ่น มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้⁵⁹

- กรณีของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรคการเมือง เมื่อบุคคลดังกล่าวเห็นว่า มติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่ จะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บุคคลดังกล่าวนั้นย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย⁶⁰

- กรณีของบุคคล เมื่อถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ บุคคลย่อมสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้⁶¹

- และกรณีของประชาชน เมื่อประชาชนเห็นว่า ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีพฤติการณ์ที่ถือว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาวินิจฉัย⁶²

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการของการวินิจฉัย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาว่า บทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้อย่างหลากหลายทีเดียว และหากจะเปรียบเทียบถึงผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับก่อน ๆ แล้ว เป็นที่เห็นได้ว่าการบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สมาชิกสภา

⁵⁹ มาตรา 198

⁶⁰ มาตรา 47 วรรคสาม

⁶¹ มาตรา 28 วรรคสอง

⁶² มาตรา 303 และมาตรา 304

ผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมือง และประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นผู้มีสิทธิเริ่มการวินิจฉัยหรือเสนอปัญหาว่าบทกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ตามแต่กรณีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ เป็นบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่เกิดขึ้นใหม่ โดยไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใดมาก่อน

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติให้บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรอง สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลได้ นับว่าเป็นการเปลี่ยนวิธีการเสนอปัญหา “จากวิธีการต่อสู้ป้องกัน” (by way of defense) มาเป็น “วิธีการฟ้องร้องกล่าวหา” (by way of action) อันไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใดมาก่อนเช่นกัน⁶³

2.2.2.3 การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะแก้ไขได้ยากเมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของหลาย ๆ ประเทศ ทั้งนี้ เพราะมีข้อจำกัดทั้งทางด้านผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไข ผู้พิจารณาแก้ไขรวมทั้งวิธีการและระยะเวลา⁶⁴

เดิมที ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขโดยหลักมักจะเป็นคณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อย่างไรก็ตาม สมาชิกวุฒิสภาก็มีสิทธิเสนอขอแก้ไขได้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นการเสนอขอแก้ไขร่วมกันไปกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น เมื่อมีการเสนอขอแก้ไขแล้ว ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาแก้ไขโดยหลักก็คือรัฐสภาเว้นแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบางฉบับ ที่ให้สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้นที่มีอำนาจพิจารณาแก้ไข⁶⁵ เมื่อได้ผ่านการพิจารณาแก้ไข การลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ จะกำหนดคะแนนเสียงที่ต้องให้ความเห็นชอบไม่เหมือนกัน กล่าวคือ เมื่อคิดจากจำนวนสมาชิกทั้งหมดของรัฐสภาหรือของสภาผู้แทนราษฎรตามแต่กรณี ในบางฉบับจะกำหนดคะแนนเสียงเอาไว้ไม่ต่ำกว่า 3 ใน 4 ในบางฉบับ

⁶³ ธีระ สุธีวรารังกูร, “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 กับฉบับก่อน ๆ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ : 101.

⁶⁴ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 740.

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495

จะกำหนดคะแนนเสียงเอาไว้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง และในบางฉบับก็จะกำหนดคะแนนเสียงเอาไว้ว่าต้องมากกว่ากึ่งหนึ่ง

ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเอาไว้ ดังนี้ ผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมจะได้แก่ “คณะรัฐมนตรี” “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” หรือ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา” โดยญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐไม่ได้ เมื่อมีการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมแล้วให้รัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาโดยจะพิจารณา 3 วาระ สำหรับวาระสุดท้ายคือการลงมติว่าจะให้ความเห็นชอบหรือไม่ คะแนนเสียงเห็นชอบที่จะให้ออกใช้เป็นรัฐธรรมนูญต้องมีจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา⁶⁶

2.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการจัดตั้งขึ้น เพื่อให้เป็นองค์กรในการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เนื่องมาจากการคัดค้านการใช้อำนาจวินิจฉัยของศาลยุติธรรมในสหรัฐอเมริกา และด้วยเหตุผลมาจากทัศนะที่ว่าอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น เป็นเสมือนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่การควบคุมตรวจสอบดังกล่าว จะนำไปสู่การเพิกถอนผลบังคับของกฎหมายที่ไม่ต่างไปจากการใช้อำนาจยกเลิกกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งเคลเซน (Hans Kelsen) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของออสเตรียเรียกว่า negative legislation นั้น แม้ว่าจะวางอยู่บนรากฐานของการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เป็นผลจากการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งเป็นลักษณะพื้นฐานของอำนาจตุลาการก็ตาม ก็ไม่ใช่อำนาจที่มีลักษณะเป็นอำนาจตุลาการโดยแท้ แต่มีลักษณะที่กำกวมระหว่างอำนาจตุลาการและอำนาจนิติบัญญัติ ดังนั้น จึงเป็นการเหมาะสมกว่าที่จะจัดตั้งองค์กรซึ่งนอกจากจะมีลักษณะ

⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 313

เป็นตุลาการครบถ้วนแล้ว ยังเป็นองค์กรที่มีลักษณะแตกต่างไปจากองค์กรตุลาการอื่น ๆ โดยเฉพาะ⁶⁷

2.3.1 แนวความคิดของการมีศาลรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดของการจัดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นจากระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่กระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบไปยังองค์กรตุลาการทั่วไป ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ ไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ซึ่งสาเหตุอาจเกิดจากการใช้ หลัก Stare decisis เกิดมีปัญหาค้างขึ้นเนื่องจากองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยกลับเป็นผู้ใช้อำนาจเกินขอบเขตเสียเอง จนทำให้อำนาจของศาลยุติธรรมอยู่เหนือกว่าองค์กรอื่น ๆ ประเทศในทวีปยุโรป จึงเห็นว่าควรจะหาองค์กรเฉพาะหรือศาลพิเศษเพื่อทำหน้าที่นี้แทนด้วยความมุ่งหมายว่าศาลพิเศษจะสามารถจัดหรือหลีกเลี่ยงความขัดแย้งและความไม่แน่นอนของผลการวินิจฉัยควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้⁶⁸

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศออสเตรียภายใต้รัฐธรรมนูญของออสเตรีย ฉบับลงวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1920 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้นโดยเฉพาะ ทั้งนี้ โดยเป็นไปตามข้อเสนอแนะของ ฮัน เคลเซน (Hans Kelsen) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของออสเตรีย ซึ่งได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น ซึ่งกระจายอำนาจในการควบคุมตรวจสอบไปยังองค์กรตุลาการทุก ๆ องค์กรภายใต้การตีความรัฐธรรมนูญซึ่งเปิดช่องให้มีการพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ดังเช่นที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกา และในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอร์อื่น ๆ นั้น เป็นระบบที่ออสเตรียซึ่ง

⁶⁷ กนิษฐา เชี่ยววิทย์, "การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 14.

⁶⁸ วิจิตรา พุ่งลัดดา, "ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 84.

มีระบบศาล และระบบกฎหมายที่แตกต่างไปจากประเทศเหล่านั้นไม่อาจลอกเลียนมาใช้ได้และเหตุผลที่สนับสนุนความคิดเช่นนี้ ก็คือ⁶⁹

ประการแรก ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (civil law system) ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่ใช้ในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปรวมทั้งออสเตรเลียด้วยนั้น ไม่มีหลักการที่ว่าศาลล่างจะต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยของศาลสูงที่เคยวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นเดียวกันมาแล้ว (Stare decisis) อย่างเดียวกันกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (common law system) ที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะส่งผลให้คำพิพากษาของศาลต่าง ๆ ในประเด็นใดประเด็นหนึ่งเป็นไปในการทำงานเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์นั้นสิ่งที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ผูกพันผู้พิพากษาในศาลต่าง ๆ คือ ตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น หากใช้คำพิพากษาของศาลสูงดังเช่นในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แต่อย่างใดไม่ ดังนี้ ผู้พิพากษาในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไม่ว่าจะอยู่ในศาลใด ในลำดับชั้นใด และไม่ว่าจะอยู่ในยุคสมัยใดย่อมมีดุลยพินิจโดยอิสระที่จะนำเอาตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีแต่ละคดี เพื่อพิจารณาพิพากษาไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าในประเด็นที่คล้ายคลึงกันนี้ได้มีคำวินิจฉัยของศาลสูงบัญญัติไว้อย่างไรหรือไม่ คำพิพากษาของศาลสูงถ้าจะนำมาพิจารณาก็มีผลเป็นเพียงตัวอย่างของการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ซึ่งศาลอาจนำมาพิจารณาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้หากปล่อยให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้น ซึ่งจะกระทบถึงการบังคับใช้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งกระจายอยู่ในองค์กรตุลาการทั่ว ๆ ไป หรือศาลทุก ๆ ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีในรัฐแล้ว ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าความเป็นเอกภาพของคำวินิจฉัยที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยสิ้นเชิง และผลจากการนี้ก็คือความไม่เสมอภาคเท่าเทียมกันในระหว่างปัจเจกชนพลเมืองของรัฐ ซึ่งจะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้น และความสับสนในความแน่นอนชัดเจนของกฎหมายที่อาจจะถูกนำมาบังคับใช้กับกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งที่ผู้พิพากษาในคดีนั้นพิจารณาแล้วเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่นำมาบังคับใช้กับข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันนั้นในคดีอื่น ๆ ซึ่งผู้พิพากษาพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายบทเดียวกันนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

⁶⁹ กนิษฐา เขียววิทย์, “การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 123-127.

ประการที่สอง ระบบศาลคู่ (dual system) ซึ่งเป็นระบบศาลที่มีใช้อยู่ร่วมกันในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปนั้น นอกจากศาลยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งคดีอาญาอยู่ตามปกติแล้ว ยังมีศาลพิเศษที่ได้จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีขอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทอื่น ๆ บางประเภทโดยเฉพาะ เช่น ศาลซึ่งมีขอบอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกิดขึ้นในด้านแรงงาน ภาษีอากร สังคม และที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคดียกฟ้องต่างหากจากขอบอำนาจของศาลยุติธรรมในคดีแพ่งและคดีอาญา โดยที่แต่ละศาลเหล่านี้มีความเป็นอิสระจากกันและมีระบบการอุทธรณ์ ฎีกาที่สิ้นสุดลงภายในระบบของตนเองโดยไม่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการพิจารณาพิพากษาของศาลซึ่งมีขอบอำนาจในคดีอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าจะกำหนดให้ศาลที่อยู่ในลำดับต้นต้องผูกพันตามคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่า ในกรณีที่จะต้องวินิจฉัยปัญหาที่วาทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ก็เชื่อว่าจะทำให้ปัญหาเรื่องความไม่เป็นเอกภาพของคำพิพากษาในปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหมดสิ้นลงไปได้ไม่ ทั้งนี้เพราะคำพิพากษาในปัญหาดังกล่าวของศาลใดศาลหนึ่งย่อมไม่มีผลผูกพันศาลที่อยู่ในระบบอื่น ๆ ให้ต้องถือตาม และโดยเฉพาะอย่างยิ่งย่อมไม่มีผลผูกพันต่อการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทของศาลสูงอื่น ๆ แต่อย่างใด ศาลสูงของแต่ละศาลจึงอาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดหรือไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแตกต่างกันไปได้ และหากจะกำหนดให้ศาลสูงศาลใดศาลหนึ่งมีอำนาจชี้ขาดแต่เพียงองค์กรเดียว ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือ จะมอบหมายอำนาจดังกล่าวให้กับองค์กรใดในระหว่างองค์กรที่อยู่ในสถานะเท่าเทียมกัน โดยที่จะมีผลทำให้องค์กรที่ควรจะมีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรอื่น ๆ นั้นอยู่ในสถานะที่เหนือกว่า

และประการสุดท้าย คำวินิจฉัยขององค์กรที่มีอำนาจชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นในกรณีที่เป็นคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งจะมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายฉบับนั้นต่อไป โดยมีผลผูกพันให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัจเจกชนซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐต้องยึดถือตามนั้น ย่อมมีสถานะทางกฎหมายไม่ต่างไปจากกรณีที่องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมายนั่นเองได้ใช้อำนาจตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้น เพื่อยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับที่มีปัญหานั้นไปจากระบบกฎหมายของรัฐ โดยนัยนี้จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้ต่อไป ก็คืออำนาจในการยกเลิกกฎหมายซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจนิติบัญญัติ (negative legislation) นั่นเอง และด้วยเหตุนี้ การจะมอบหมายอำนาจดังกล่าวให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมย่อมจะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจตามทัศนะของ Montesquieu ที่ว่า

อำนาจรัฐจะต้องถูกแบ่งแยกออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และจะต้องมอบหมายอำนาจแต่ละอำนาจให้องค์กรซึ่งแตกต่างกันและเป็นอิสระจากการเป็นผู้ใช้

หลังจากที่ออสเตรียได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในปี ค.ศ. 1920 แล้วประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นยุโรปที่มีระบบกฎหมาย และระบบศาลใกล้เคียงกับออสเตรีย คือ ประเทศในกลุ่มที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และมีระบบศาลคู่ต่างก็พากันรับเอาระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติตราขึ้นที่รวมอำนาจการควบคุมตรวจสอบไว้ที่องค์กรตุลาการเพียงองค์กรเดียว คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ไปใช้ เช่น อิตาลีในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949

2.3.2 พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นสถาบันที่ได้รับการยอมรับ และนำมาใช้ในการเขียนรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศในยุโรปหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศเยอรมนี อิตาลีและออสเตรีย สาเหตุและประโยชน์ของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญอาจมีได้หลายประการ เช่น ในประเทศที่เป็นสหรัฐ มีสาเหตุมาจากความจำเป็นต้องมีองค์กรที่ขาดในกรณีเกิดการขัดแย้งระหว่างรัฐ (state) กับสหรัฐ (federal state) เกี่ยวกับขอบเขตอำนาจและสิทธิของแต่ละฝ่าย หรือในประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา (parliamentary system) ก็มีสาเหตุแตกต่างกันไป สาเหตุสำคัญอันหนึ่งที่ทำให้ประเทศในยุโรปนำศาลรัฐธรรมนูญมาใช้ก็คือประเทศเหล่านั้นซึ่งเกือบทั้งหมดใช้ระบบการปกครองในระบบรัฐสภา parliamentary system ขาดความเชื่อถือในหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาและกลไกที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและมองเห็นอันตรายที่เกิดจาก “เผด็จการของรัฐสภา” เพราะในระบบรัฐสภาที่มีพรรคการเมืองที่มีสมาชิกควบคุมเสียงข้างมากในสภาและในขณะเดียวกันก็เป็นพรรคการเมืองที่เป็น “รัฐบาล” ด้วยนั้น พรรคการเมืองเหล่านี้จะเอาอำนาจเข้าไว้กับตนเองและบิดเบือนการใช้อำนาจ การคอร์รัปชันและการรวมอำนาจเข้าไว้กับพรรคการเมืองฝ่ายข้างมาก ทำให้เกิดความเสื่อมในการบริหารประเทศ และเป็นสาเหตุส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดสงครามโลกครั้งที่สอง ดังนั้น หลังสงครามโลกครั้งที่สอง นักวิชาการและนักการเมืองที่มีสายตาไกลจึงได้ปรับปรุงการเขียนรัฐธรรมนูญโดยอาศัยหลักวิชาการและสังคมวิทยา และศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็น “องค์กรหนึ่ง”

ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้นำมาใช้ประโยชน์เพื่อการถ่วงดุลกับอำนาจเผด็จการ (โดยพรรคการเมือง ฝ่ายข้างมาก) ในรัฐสภา⁷⁰

ก. ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย⁷¹

ศาลรัฐธรรมนูญออสเตรียมีพัฒนาการมายาวนาน ศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียมีมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1868 ซึ่งในขณะนั้นเรียกว่า “ศาลอาณาจักร” (Reichsgericht) ศาลอาณาจักรในขณะนั้นมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ 1. เป็นศาลที่วินิจฉัยชี้ขาดกรณีที่มีความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาล 2. เป็นศาลที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพทางการเมืองซึ่งเกิดการละเมิดจากฝ่ายปกครองหรือองค์กรศาล และ 3. เป็นศาลที่วินิจฉัยในกรณีที่มีการฟ้องร้องว่ามีการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย ต่อมาเมื่อมีการออกกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ (Bundesverfassungsgesetz von 1920 –B-VG) ได้มีการบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวข้างต้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ (Verfassungsgerichtshof - VfGH) นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้ขยายอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (die Gesetzesprüfungskompetenz)

สำหรับพัฒนาการศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรียในยุคใหม่ นั้นได้รับพัฒนาการในทางทฤษฎีจากสำนักทฤษฎีกฎหมายของออสเตรีย (die österreichische Schule der Rechtstheorie) โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก Adolf Merkl และ Hans Kelsen และ Frantisek Weyr ซึ่งบุคคลทั้งสามมีบทบาทอย่างสำคัญในการมีส่วนพัฒนาศาลรัฐธรรมนูญของออสเตรีย ตามแนวความคิดของ Adolf Merkl ได้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายนั้นเป็นระบบการจัดของลำดับชั้น โดยกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎหมายได้ก่อให้เกิดกฎหมายที่เกิดจากการได้รับมอบอำนาจและกฎหมายนั้นก็ให้อำนาจในการออกกฎหมายต่อไป ซึ่ง Adolf Merkl เรียกว่า “ทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมาย” (Theorie des rechtlichen Stufenbaus) กฎหมายที่แตกต่างกันย่อมมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการของการบัญญัติกฎหมาย เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมาย

⁷⁰ ออมร จันทรสุมบุรณ์, “ศาลรัฐธรรมนูญ(หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ),” ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 169.

⁷¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 67-68.

ข. ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁷²

พัฒนาการของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ในยุคเริ่มศตวรรษที่ 19 มีกฎหมายบัญญัติถึงหน้าที่และสิทธิของบุคคลบางประเภทในปัญหาการควบคุมเกี่ยวกับภาษีและการพิจารณาในชั้นต้น แต่ยังไม่มีการควบคุมกฎหมายหรือการกระทำของฝ่ายปกครองมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เมื่อมีเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการประกาศอิสรภาพในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศสตลอดจนการมีทฤษฎีของมองเตสกีเอร์เกิดขึ้น ทำให้ฟอนสไตน์ (Frichur Von Stein) และฟอนราโดวิท (Joseph Maria Von Radowitz) ผู้เชี่ยวชาญทางรัฐธรรมนูญเยอรมันได้พยายามปรับปรุงในเรื่องของสิทธิ และหน้าที่ของประชาชนชาวเยอรมัน เพื่อให้แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยได้แพร่หลายไปมีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญเก่า ที่มีการแบ่งชั้นระหว่างรัฐและเอกชนมากเกินไป แต่ยังไม่มียุทธศาสตร์การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เพียงมีการให้ผู้พิพากษาเป็นเครื่องมือช่วยให้ประชาชนต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย เมื่อได้ยอมรับกันว่าประเทศจะต้องมีกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นหลักสำคัญในการปกครองและมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ก็ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญแฟรงก์เฟิร์ต (Frankfurt) เมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1849 แต่ยังไม่ประสบความสำเร็จ จนกระทั่งสมัยของบิสมาร์ค (Bismarck) จึงมีรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1871 (The Bismarck Constitution) บัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนโดยให้ขอบเขตเสรีภาพของประชาชนถูกกำหนดโดยกฎหมาย เฉพาะเรื่องทำให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญปรากฏให้เห็นชัดเจนขึ้น แต่ก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ให้องค์กรใดทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายเยอรมันจึงได้สร้างทฤษฎีขึ้นหลายทฤษฎี เพื่อแสดงให้เห็นว่า การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยศาลยุติธรรม ซึ่งได้รับการรับรองตามรูปแบบนั้นย่อมได้รับการนับถืออย่างมั่นคง ความเห็นเช่นนี้ ลาบานด์ (Laband) ไม่เห็นด้วยและได้คัดค้านการให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย โดยเขาได้ตั้งทฤษฎีชื่อ Promulgation Theory มีสาระแสดงให้เห็นว่า ผู้พิพากษาดุลาการต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายและมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญบิสมาร์ค เป็นผลให้ผู้พิพากษาถูกผูกพันในการประกาศกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเรียบร้อยแล้ว กฎหมายนั้นบัญญัติขึ้นตามข้อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทฤษฎีของลาบานด์ ยังไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป ผู้พิพากษาจึงยังคงได้รับการยอมรับให้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายของแต่ละมลรัฐให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญแห่ง

⁷² วิจิตรา ฟุ่งลัดดา, “ระบบการควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 108-110.

ราชอาณาจักร และปัญหาทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายนั้นก็มักมีการยกขึ้นพิจารณาเสมอ เพราะรัฐธรรมนูญบิสมาร์คยังประกันสิทธิประชาชนได้ไม่แน่นอนนัก เพราะยังไม่มีองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยที่แน่นอนตามรัฐธรรมนูญ องค์กรผู้วินิจฉัยโดยได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เริ่มมีในสมัยของรัฐธรรมนูญไวมาร์ ตามมาตรา 19 ศาลรัฐธรรมนูญ (Heich Staatsgerichtshof) ได้ถูกกำหนดให้เป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐต่าง ๆ หรือระหว่างมลรัฐกับสหพันธ์ เนื่องจากเห็นว่าปัญหาดังกล่าวเป็นเรื่องระหว่างองค์กรของรัฐกับผู้ถืออำนาจ มิใช่เรื่องระหว่างบุคคลซึ่งเป็นเอกชนทั่วไปอันเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรม จึงได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Federal Constitutional Court) ขึ้นให้มีฐานะเป็นศาลสูงสุด มิใช่เป็นศาลอุทธรณ์สำหรับคดีไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน มาตรา 93 ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีหน้าที่ตีความรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการโต้แย้งเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดแห่งสหพันธ์ ในเรื่องของการตรงกันของกฎหมายสหพันธ์และกฎหมายมลรัฐกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์ และเรื่องของสิทธิหน้าที่ของรัฐสหพันธ์กับรัฐสมาชิกภายใต้รัฐธรรมนูญ

ค. ศาลรัฐธรรมนูญของอิตาลี⁷³

เดิมนั้นประเทศอิตาลีให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้มีอำนาจวินิจฉัยควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏผลไม่เป็นที่น่าพอใจ เนื่องจากศาลยุติธรรมตีความไม่ต้องตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1948 มาตรา 134 จึงบัญญัติให้มีองค์กรศาลรัฐธรรมนูญ (Cour Constitutionnelle)

รัฐธรรมนูญที่มีมาในอดีตนั้นมิได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 จึงมีความพยายามที่ร่างรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานของหลักการของรัฐเสรีประชาธิปไตย โดยยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้เช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรนิติบัญญัติที่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด จึงจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรขึ้นมาตรวจสอบความผูกพันขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ และเพื่อจะเน้นความเป็นอิสระขององค์กรที่จะทำการตรวจสอบดังกล่าว จึงกำหนดให้องค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรตุลาการ จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองทำให้แนวความคิดเรื่องศาลรัฐธรรมนูญได้ถือกำเนิดขึ้นในประเทศอิตาลี ในขณะที่เดียวกันก็มีการตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับความเหมาะสมของรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญที่อยู่

⁷³ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 109-110.

ในรูปขององค์กรศาล ซึ่งฝ่ายที่ตั้งข้อสงสัยมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะสร้างผลกระทบต่อระบบการปกครองแบบรัฐสภา อันเป็นระบบที่รัฐสภาเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนผู้ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยไม่มีข้อจำกัด ส่วนความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งได้อ้างถึงความผิดพลาดของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีในช่วงของรัฐธรรมนูญไวมาร์ (ค.ศ. 1919) แต่ท้ายที่สุด แนวความคิดของฝ่ายที่เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับการยอมรับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากข้อโต้แย้งในเรื่องที่จะมีการแบ่งการปกครองของอิตาลีเป็นแคว้นการปกครอง (Region) ซึ่งจากโครงสร้างของรัฐดังกล่าวมักจะนำไปสู่ข้อพิพาทระหว่างแคว้นการปกครองต่าง ๆ หรือระหว่างแคว้นการปกครองกับรัฐบาลกลาง ดังนั้น การแก้ปัญหาข้อพิพาทดังกล่าวจึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยองค์กรศาลในระดับสูงสุดเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว

ภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว ยังต้องใช้ระยะเวลาถึง 8 ปีกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะเริ่มต้นการทำงานของศาล เหตุผลที่มีความล้มเหลาค่อนข้างยาวนานนั้น ในด้านหนึ่งเกิดจากความจำเป็นเนื่องจากอยู่ระหว่างการออกกฎหมายเพื่อรองรับองค์กรดังกล่าว แต่ในอีกด้านหนึ่งนั้นเกิดจากปัญหาทางการเมืองอันเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา นอกจากนี้ ยังเกิดปัญหาที่กระทบกับศาลยุติธรรมด้วย

2.3.3 เหตุผลและความจำเป็นในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

พัฒนาการของสถาบันที่มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญของไทย กล่าวได้ว่าเริ่มจากการยอมรับหลักความมีอำนาจสูงสุดของสภาผู้แทนราษฎรในช่วงเริ่มต้น (พ.ศ. 2475 จนถึง พ.ศ. 2489) ระยะเวลาเป็นระยะที่รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับสภาผู้แทนราษฎร (พ.ศ. 2489 จนถึง พ.ศ. 2534) และหลังจากนั้นเป็นช่วงที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญเพียงสถาบันเดียว (พ.ศ. 2534 จนถึง พ.ศ. 2540)⁷⁴ ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งสภาว่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ทำการศึกษาปัญหาและอุปสรรคในการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และได้พบว่าองค์กรใดในลักษณะดังกล่าวมีปัญหาหลายประการ กล่าวคือ ปัญหาความเป็นอิสระและปัญหาการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่อง ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีผลมาจากวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงตามวาระของสภาผู้แทนราษฎร ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่

⁷⁴ ออมร จันทรสมบูรณ์, "ศาลรัฐธรรมนูญ(หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ)," ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์, หน้า 165-168.

มีลักษณะที่เป็นองค์กรที่ถาวร ไม่มีลักษณะที่เป็นองค์กรกลางและมีความเป็นอิสระ รูปแบบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีองค์ประกอบที่มาจากทางการเมือง ซึ่งการทำหน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการเมืองจะขัดกับอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ สำหรับในส่วนของตุลาการผู้มาจากผู้ทรงคุณวุฒิ กฎเกณฑ์ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิก็ยังขาดความชัดเจน นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังเป็นเพียงองค์กรในรูปคณะกรรมการที่มีใช้องค์กรศาลที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ซึ่งในที่นี่อาจสรุปอุปสรรคและปัญหาที่เกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทย จะพบว่าปัญหาที่สำคัญ 2 ประการ คือ

ก. ปัญหาเกี่ยวกับตุลาการรัฐธรรมนูญ “โดยตำแหน่ง”

จากการศึกษารัฐธรรมนูญของไทยปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญถึง 5 ฉบับ (2492, 2495, 2511, 2512 และ 2534) ที่กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีตุลาการรัฐธรรมนูญ “โดยตำแหน่ง” ด้วย ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งนั้นมักจะประกอบด้วยบุคคล 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายสภา ซึ่งได้แก่ ประธานรัฐสภา, ประธานวุฒิสภา หรือประธานสภาผู้แทนราษฎร ฝ่ายศาล ซึ่งได้แก่ ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ และฝ่ายบริหาร ซึ่งได้แก่ อธิบดีกรมอัยการ การกำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งนับว่าขัดแย้งกับหลัก “ความเป็นอิสระ” ของตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างมาก เพราะการที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีตัวแทนฝ่ายสภาเพื่อชี้แจงเหตุผลของฝ่ายสภา และตัวแทนของฝ่ายศาลเพื่อชี้แจงเหตุผลของฝ่ายศาลนั้น เท่ากับว่าทั้งตัวแทนฝ่ายสภาและตัวแทนฝ่ายศาลต่างก็มี “จุดยืน” ที่แน่นอนของตนแล้วในการเข้าร่วมประชุมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ความเป็นอิสระจึงไม่มีนับแต่แรก⁷⁵ เมื่อต่างฝ่ายต่างมีความคิดเห็นที่ “แน่นอน” ของตนเช่นนี้อยู่ การที่จะรับฟังความคิดเห็นหรือทรรศนะของอีกฝ่ายจึงเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่กำหนดให้อธิบดีกรมอัยการเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ความเป็นอิสระของอธิบดีกรมอัยการยิ่งมีน้อยกว่าประธานศาลฎีกา หรืออธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์เสียอีก เพราะในอดีตที่ผ่านมา อธิบดีกรมอัยการอยู่ภายใต้ “อำนาจบังคับบัญชา” ของรัฐบาลโดยผ่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย⁷⁶

ข. ปัญหาเกี่ยวกับ “ผู้ทรงคุณวุฒิ” ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

⁷⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์, ตุลาการรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 34.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 34-39.

นับตั้งแต่มีการริเริ่มก่อตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ในปี พ.ศ. 2489 เป็นต้นมา การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ นั้นมักจะแต่งตั้งจากนักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์เสมอ การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยประกอบไปด้วยนักกฎหมายส่วนใหญ่หรือทั้งหมดนั้น ถ้าพิจารณาอย่างผิวเผิน อาจสรุปว่าเป็นเรื่องที่ดีเพราะได้ “คนที่รู้ดีมาพิจารณาตรงกับเรื่องที่รู้” แต่ถ้าได้พิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้วจะพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมีข้อเสียด้านความเป็นศาลการเมือง นักกฎหมายที่รู้แต่กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา จึงทำหน้าที่ในฐานะตุลาการรัฐธรรมนูญให้สมบูรณ์ได้ยาก กรณีตีความในรัฐธรรมนูญจะไม่เกิดขึ้นบ่อยครั้งนัก⁷⁷ แต่โดยทั่วไปเป็นกรณีที่ละเอียดอ่อน และจำต้องอาศัยความรอบรู้อย่างกว้างขวางในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั่วไปของประเทศ หน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้มีแต่เฉพาะวินิจฉัยการขัดกันของกฎหมายเท่านั้น แต่มีหน้าที่อื่น ๆ เช่น ปัญหาระหว่างอำนาจศาลต่าง ๆ และการวินิจฉัยการขาดคุณสมบัติของสมาชิกสภา เป็นต้น จึงควรให้ผู้มีความรู้ทางรัฐศาสตร์ และการเมืองเข้ามาร่วมด้วย มิใช่ใช้แต่เฉพาะกฎหมาย นอกจากนี้ยังจะต้องมีสายตากว้างไกลเกี่ยวกับเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นจากการตีความนั้นด้วย⁷⁸

(2) ปัญหาเกี่ยวกับวิธีการคัดเลือกและสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในอดีตที่ผ่านมา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะยังไม่สนใจ หรือเห็นประโยชน์ที่จะกำหนด “วิธีการคัดเลือกหรือสรรหาตัวบุคคล” ที่จะมาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (organic law) เพื่อให้มีหลักเกณฑ์พอสมควร ดังนั้นแม้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะกำหนดคุณลักษณะของผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ว่าต้องเป็น “ผู้ทรงคุณวุฒิ” “ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย” หรือ “ผู้ทรงคุณวุฒิทางรัฐศาสตร์” ก็ตาม บทบัญญัติเช่นนี้ก็มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างใดในการปฏิบัติ และไม่ทำให้ได้มาซึ่งบุคคลที่วางตัวเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างแท้จริง เพราะอำนาจในการแต่งตั้งนั้นเป็นของรัฐสภา (ร่วมกัน) หรือเป็นของสภาใดสภาหนึ่ง (ในกรณีแยกกันแต่งตั้ง) ก็ตาม แต่องค์กรเหล่านี้ก็เป็นองค์กรการเมืองและมีการรวมกลุ่มผลประโยชน์ (ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของพรรคการเมืองหรือไม่ก็ตาม) ดังนั้น ในการคัดเลือกตัวบุคคลและการมีมติแต่งตั้ง จึงเป็นไปโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ภายในกลุ่มหรือพรรคพวกของตน หรือการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างกลุ่ม และสำหรับในส่วนใหญ่ที่ได้รับการแต่งตั้งเอง ก็จะมีความสัมพันธ์โดยพฤตินัยกับกลุ่มผลประโยชน์ที่ได้เสนอและแต่งตั้งตนเองให้ดำรงตำแหน่ง ดังนั้น ผลงานหรือคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงอาจเป็นเพียงการแสดงออกว่าเป็นกลางและเป็นสิ่งลวงตา จาก

⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

⁷⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 1 (สิงหาคม 2525) : 410.

เหตุผลดังกล่าวนี้เองได้มีการเสนอว่า ควรจะให้มีการกำหนดวิธีการคัดเลือกและการสรรหาตัวบุคคลที่จะมาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ⁷⁹

(3) ปัญหาวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญ

วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับกำหนดให้มีการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ทุกครั้งที่มีการเลือกตั้งทั่วไปของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 พ.ศ. 2492 พ.ศ. 2495 พ.ศ. 2511 พ.ศ. 2517 และ พ.ศ. 2521) มีเพียงรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 เท่านั้น ที่กำหนดในวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 4 ปี (มาตรา 202) จากการศึกษาที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องหมดวาระลงเมื่อมีการเลือกตั้งทั่วไปของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จึงทำให้การดำรงอยู่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไปผูกพันอยู่กับการดำรงอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงที่การเมืองไม่มีเสถียรภาพทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองบ่อย ยิ่งทำให้การพัฒนาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่อาจพัฒนาไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งตัวตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งโดยแท้จริงการทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับเรื่องรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อเรียกร้องเกี่ยวกับคุณสมบัติของตุลาการรัฐธรรมนูญค่อนข้างสูง กล่าวคือ บุคคลในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องทางการเมือง ต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชน และสุดท้ายจะต้องมีนิติวิธีในการให้เหตุผลในการเขียนคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คุณสมบัติเหล่านี้ย่อมต้องอาศัยการสั่งสมประสบการณ์จากผู้ที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ⁸⁰

ดังนั้น การที่จะพัฒนาให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญที่ดี ตัวตุลาการรัฐธรรมนูญที่ดี รวมทั้งหน่วยงานธุรการขององค์กรดังกล่าวได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องยาวนาน จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นอิสระจากการดำรงอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร การให้ตุลาการรัฐธรรมนูญเปลี่ยนไปตามวาระของสภาผู้แทนราษฎรจึงทำให้เข้าใจว่า เพื่อต้องการเปลี่ยนแปลงผู้ที่จะเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับผู้มีอำนาจอยู่ในองค์กรนิติบัญญัติในช่วงนั้น ๆ ในแง่นี้จึงสะท้อนความเป็นองค์กรที่มีการเมืองเข้ามาแทรกอย่างชัดเจน⁸¹

(4) ปัญหาความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญ

⁷⁹ อมร จันทสมบุรณ์, "ศาลรัฐธรรมนูญ (หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ)," ใน หนังสือครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักย์, หน้า 189-190.

⁸⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, "ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ," เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า, หน้า 52.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

การพิจารณาถึงความเป็นอิสระขององค์กรที่ทำหน้าที่เป็น “ผู้ชี้ขาด” ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญในการทำงานของสถาบันที่ทำหน้าที่ในลักษณะดังกล่าว แต่รัฐธรรมนูญทุกฉบับที่มีการจัดตั้งสถาบันตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็มีได้มีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการชี้ขาดของตุลาการรัฐธรรมนูญ⁸²

ปัญหาเรื่องความเป็นอิสระ นอกเหนือจากเรื่ององค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากการมีตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ปัญหาเรื่องหลักประกันความเป็นอิสระในการชี้ขาดของตุลาการรัฐธรรมนูญที่ควรบัญญัติไว้ชัดแจ้งแล้ว ยังมีปัญหาอื่น ๆ ที่อาจมีความเกี่ยวพันต่อความเป็นอิสระของตุลาการรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ⁸³

1. วาระการดำรงตำแหน่ง โดยพิจารณาว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับวาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระสั้นหรือยาวเพียงใด หากวาระการดำรงตำแหน่งค่อนข้างยาวก็แสดงว่าผู้ดำรงตำแหน่งมีความเป็นอิสระมากขึ้น เพราะไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผู้มีอำนาจแต่งตั้งที่จะเข้ามาใช้อำนาจแต่งตั้งครั้งใหม่ภายในเวลาอันรวดเร็ว

2. “เหตุ” แห่งการให้ออกจากตำแหน่งและผู้มีอำนาจสั่ง (ให้ออก) โดยพิจารณาว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดเหตุแห่งการให้ออกจากตำแหน่งไว้อย่างไร “เหตุ” ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นเหตุที่มีข้อเท็จจริงแน่นอนหรือเป็น “เหตุ” ที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจหรือตามอำเภอใจของผู้สั่งการ และในกรณีที่ “เหตุ” ที่กำหนดไว้เป็นกรณีที่ไม่มีข้อเท็จจริงแน่นอน รัฐธรรมนูญได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการในการพิจารณาอย่างไร เพื่อลดการบิดเบือนการใช้อำนาจของผู้สั่งการ

3. สิทธิการได้รับแต่งตั้งใหม่เมื่อพ้นจากตำแหน่งตามวาระ เนื่องจากโดยสังคมวิทยาหรือโดยพฤติกรรมแล้ว ผู้ที่พ้นจากตำแหน่งย่อมประสงค์อยากจะได้รับแต่งตั้งอีกในวาระต่อไป ดังนั้น เพื่อความเป็นอิสระและพ้นจากอิทธิพลของผู้มีอำนาจแต่งตั้ง จึงไม่สมควรให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งในวาระต่อไปอีก จากการศึกษารัฐธรรมนูญฉบับที่กำหนดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่ล้วนกำหนดให้ผู้ที่พ้นจากตำแหน่งอาจได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการใหม่ได้ (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 พ.ศ. 2495 พ.ศ. 2511 พ.ศ. 2521 และ พ.ศ. 2534)

จากปัญหาความไม่เหมาะสมเกี่ยวกับโครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามที่กล่าวมานี้ ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงได้ตัดสินใจจัดวางแนวทางในการปรับเปลี่ยนโครงสร้าง องค์ประกอบ

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

⁸³ เรื่องเดียวกัน

อำนาจหน้าที่ ตลอดจนวิธีพิจารณาขององค์กรที่ทำหน้าที่ประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเสียใหม่โดยการเปลี่ยนแปลงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในอดีตที่เป็นองค์กรทางการเมืองมากกว่า “ศาล” ให้อยู่ในรูปแบบ “ศาล” เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีในลักษณะที่เป็นศาลตามกระบวนการยุติธรรมในสาขามหาชน โดยไม่มีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองที่ปัจจัยทางการเมืองมีอิทธิพลเหนือคำวินิจฉัยในบางเรื่อง จากการจัดตั้งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ “ศาลรัฐธรรมนูญ” จึงได้ถือกำเนิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย เพื่อเป็นหลักประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแทนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่นี้มาแต่เดิม

2.3.4 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรศาลรัฐธรรมนูญกับศาลอื่น

ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กับศาลอื่น ๆ นั้น ไม่มีปัญหาเหมือนกับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กับศาลอื่น ๆ นั้น เป็นองค์กรตุลาการเหมือนกัน แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องเข้าใจว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นั้นไม่ใช่ศาลสูงสุดของศาลอื่น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากศาลอื่น ๆ ตรงที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบองค์กรอื่น ๆ ภายในขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนด ลักษณะประการสำคัญที่ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างจากศาลอื่น เพราะลักษณะข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นข้อพิพาทในทางการเมือง ภายใต้หลักการของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung) จึงอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เป็นศาลสูงสุดในขอบเขตของปัญหาในทางรัฐธรรมนูญ จากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองทำให้การจัดองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์แตกต่างไปจากศาลอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานะของผู้พิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมิสถานะที่ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษมากกว่าผู้พิพากษาศาลอื่น ๆ⁸⁴

ประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กับศาลอื่น ๆ นั้น คือเรื่อง “ขอบเขตการตรวจสอบ” (Prüfungsumfang) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต่อเรื่องที่ประชาชนร้องทุกข์มายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อโต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหพันธ์ โดยหลักแล้วการวินิจฉัยของศาลอื่นไม่ว่าจะเป็นกรณีการประเมินข้อเท็จจริง การตีความกฎหมายและการใช้กฎหมาย (ที่ไม่ใช่กฎหมายรัฐธรรมนูญ) กับกรณีใดกรณีหนึ่งนั้นเป็นเรื่องอำนาจของศาลนั้น ๆ เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้ามาตรวจสอบเรื่องดังกล่าวได้อีก Ossenbühl เห็นว่า ขอบเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลอื่น ๆ ยังขาด

⁸⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.

ความชัดเจน Ossenbühl ได้ตั้งคำถามว่า ณ จุดใดที่จะถือว่าเป็นการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่ง ณ จุดนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สามารถเข้ามาตรวจสอบได้ Ossenbühl เห็นว่า การให้เกณฑ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกนั้นไม่เป็นการเพียงพอ⁸⁵

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทย หากพิจารณาจากสถานะของศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นมี 2 สถานะ คือ สถานะหนึ่งนั้นศาลรัฐธรรมนูญจัดว่าเป็น “องค์กรตุลาการ” องค์กรหนึ่ง ส่วนอีกสถานะหนึ่งนั้นเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เพราะถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับศาลอื่นนั้น สามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ หากพิจารณาถึงสถานะของตัวองค์กรศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นว่าโดยหลักต้องถือว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ในฐานะเท่าเทียมกับศาลอื่นเพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการเช่นเดียวกับศาลอื่น ดังจะเห็นได้จากลักษณะที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นองค์กรตุลาการ ซึ่งต้องประกอบด้วยลักษณะต่าง ๆ เหล่านี้ คือ⁸⁶

(1) ต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกล่าวหาว่ามีการกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายเกิดขึ้นในระหว่างเอกชน ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และระหว่างเอกชนกับองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในกรณีหลังนี้ก็คือการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อมีการกล่าวหาว่าการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนนั้นเป็นการกระทำที่ล่วงละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ว่านี้ก็คือ อำนาจในอันที่จะประเมินข้อเท็จจริงเฉพาะคดีในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นแล้วนำเอาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ประเมินได้ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงเช่นนั้นเกิดขึ้นจะมีผลในทางกฎหมายเช่นใด

(2) คำวินิจฉัยจะต้องถึงที่สุดเด็ดขาด และไม่อาจจะถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้โดยองค์กรเจ้าหน้าที่องค์กรใดอีก (res judicata) ซึ่งหมายความว่าเมื่อองค์กรเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้ว คำวินิจฉัยนั้นจะต้องไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกกลับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่นได้อีก ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำวินิจฉัยนั้นเองหรือโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นใด เว้นแต่โดยองค์กรตุลาการซึ่งอยู่ในระดับสูงขึ้นไปตามกระบวนการพิจารณาตามปกติของการอุทธรณ์ฎีกาเท่านั้น และเมื่อมีคำวินิจฉัยขององค์กรซึ่งอยู่ในลำดับสูงสุดแล้ว คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นจะต้องถือเป็น

⁸⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

⁸⁶ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535, หน้า 50 .

ที่สุดไม่อาจโต้แย้งต่อไปได้ แม้จะมีความไม่เหมาะสมอย่างไรก็ตาม ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ได้บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ⁸⁷

(3) กระบวนการพิจารณาทำคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณชนเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังได้ การพิจารณาลับจะกระทำได้ก็เฉพาะที่มีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมทั่วไปหรือการพิจารณาโดยเปิดเผยจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะเท่านั้น และจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ส่วนได้เสียของตนได้อย่างเต็มที่ ทั้งในกรณีที่เป็นการสนับสนุนข้ออ้างของตนเองและในกรณีที่เป็นการหักล้างข้อกล่าวหาของฝ่ายตรงข้าม

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การให้โอกาสคู่กรณี แสดงความเห็นของตนก่อนการวินิจฉัยคดี การให้สิทธิคู่กรณีขอตรวจดูเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และการให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญด้วย⁸⁸

(4) องค์กรนั้นจะต้องทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทอย่างเป็นอิสระ กล่าวคือ ในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาจากองค์กรหนึ่งองค์กรใดทั้งทางตรงและทางอ้อมไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ด้วยกันเองหรือจากกลุ่มผลประโยชน์อื่น ๆ ในสังคม ด้วยเหตุนี้ระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้น (hierarchical control) อย่างที่ใช้อยู่ในองค์กรของฝ่ายบริหารจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจนำมาใช้กับระบบงานขององค์กรตุลาการได้เพราะในระบบซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้เช่นนั้นย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาจะทำงานอย่างอิสระได้อย่างแท้จริง โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพหรือตำแหน่งหน้าที่ของตนที่อาจจะถูกสั่นคลอนได้โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในลำดับสูงขึ้นไป ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็ได้บัญญัติให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งต้องกระทำโดยมติเอกฉันท์ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁸⁹

อย่างไรก็ดี แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะเป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีลักษณะทั่วไปเช่นเดียวกับองค์กรศาลอื่น อย่างเช่น การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต้องดำเนินการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ก่อนเข้ารับหน้าที่ต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ มีวิธีพิจารณาคดีเฉพาะของตนเอง และจะริเริ่มการ

⁸⁷ มาตรา 268

⁸⁸ มาตรา 269 วรรคสอง

⁸⁹ มาตรา 269 วรรคหนึ่ง

พิจารณาพิพากษาคดีด้วยตนเองไม่ได้ เว้นแต่จะมีผู้เสนอเรื่องให้ ชลช แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากศาลอื่น อันกล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ⁹⁰

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลเดียวที่ไม่มีลำดับชั้นของศาลเหมือนกับศาลอื่น อย่างศาลยุติธรรมที่มีอยู่ 3 ชั้นศาลคือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์และศาลฎีกา หรือศาลปกครองที่อย่างน้อยก็มีอยู่ 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงศาลเดียวที่ไม่มีลำดับชั้นของศาลดังเช่นศาลทั่วไป คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องหนึ่งเรื่องใดจึงมีผลเป็นเด็ดขาด จะโต้แย้งในทางใด ๆ อีกไม่ได้

ประการที่สอง วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจกำหนดขึ้นเอง อันแตกต่างไปจากวิธีพิจารณาของศาลอื่น ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ที่กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลดังกล่าว รัฐสภาจะเป็นผู้ตราให้ใช้บังคับ

ประการที่สาม องค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญจะมีที่มาหลากหลายไม่ว่าจะเป็นจากผู้พิพากษาศาลฎีกา ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านรัฐศาสตร์

ประการที่สี่ วาระการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียง 9 ปี และให้ดำรงตำแหน่งเพียงวาระเดียวเท่านั้น อันแตกต่างไปจากศาลยุติธรรม และศาลปกครองที่เมื่อได้รับโปรดเกล้าจากพระมหากษัตริย์ให้ดำรงตำแหน่งแล้ว หากยังไม่ถึงแก่ความตาย ลาออกหรือจำต้องพ้นจากตำแหน่งเพราะเหตุอื่น ก็ยังคงดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตุลาการได้ต่อไปจนกว่าจะเกษียณอายุราชการ

ประการที่ห้า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลในระบบกฎหมายไทยมาก เพราะผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ซึ่งแตกต่างไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี หรือคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ที่โดยหลักก็มีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดี (เว้นแต่คำวินิจฉัยที่ไปเพิกถอน “กฎ” อย่างเช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ) ซึ่งมีผลเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะแต่คู่ความในคดี) หนึ่ง สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและมีผลให้ใช้บังคับไม่ได้ นับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ “อำนาจนิติบัญญัติในทางลบ” อันไม่สามารถเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลอื่น

⁹⁰ นพดล เสงเจริญ, “ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน,” ใน รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นา นา สิ่งพิมพ์, 2544), หน้า 48-50.

มีข้อสังเกตว่า แม้โดยหลักแล้ว องค์การศาลจะวินิจฉัยปัญหาของคดีเกินคำขอไม่ได้⁹¹ แต่สำหรับศาลรัฐธรรมนูญแล้ว โดยที่บางคดีมีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะทั่วไป อย่างเช่น คดีที่ขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในคดีประเภทนี้จึงมีผู้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญไทยน่าจะวินิจฉัยเกินคำขอได้ แม้บางประเด็นจะไม่ได้ขอมาในคำร้องก็ตาม⁹²

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 268 ที่บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กร และตามมาตรา 264 วรรคสาม บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ใช้ได้ทุกคดีทั้งปวง เหตุที่รัฐธรรมนูญมาตรา 268 บัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐ ก็เพราะว่าศาลรัฐธรรมนูญได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งอำนาจตรงนี้เป็นอำนาจที่มีความสำคัญสูงสุด ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่รัฐธรรมนูญจะต้องบัญญัติให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรรวมทั้งศาลด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้วหากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยออกมาอย่างไร และไม่มอบหมายให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐ การประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ย่อมไร้ความหมาย โดยนัยนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าตามความเป็นจริงศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีฐานะเหนือกว่าองค์กรศาลอื่น

ศูนย์วิทยุทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

⁹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ," วารสารศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 1 เล่มที่ 1 (มกราคม-เมษายน 2542) : 37.

⁹² บวรเจต สิลงคะเนติ, "วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี," ใน ศาลรัฐธรรมนูญไทย อดีต ปัจจุบัน อนาคต (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานา สิ่งพิมพ์, 2543), หน้า 127.