

สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ :
ศึกษากรณีประเทศอังกฤษและประเทศไทย



นางสาวดวงกมล เจริญรุกษ์

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-17-0507-7

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE BINDING FORCE OF CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN THAILAND



Miss Dounkamol Chareonrook

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws in Laws**

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-17-0507-7

หัวข้อวิทยานิพนธ์

สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณี
ประเทศอังกฤษและประเทศไทย

โดย

นางสาวดวงกมล เจริญรุกษ์

ภาควิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วน
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์)

.....กรรมการ
(อาจารย์ บัณฑิต รัชตะนันท์)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสินนท์)

นางสาวดวงกมล เจริญรุทซ์ : สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีประเทศอังกฤษ และประเทศไทย. (THE BINDING FORCE OF THE CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN THAILAND) อ. ที่ปรึกษา : ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 345 หน้า. ISBN 974-17-0507-7

เนื่องจากการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญโดยสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจะสมบูรณ์ได้นั้น มิได้อาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดบทบาทต่าง ๆ เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมีแนวทางปฏิบัติที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอีก ซึ่งก็คือ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ทางการเมืองการปกครอง และปัจจัยต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ และมีความสำคัญทำให้การดำเนินการ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมืองการปกครองที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญมีความเป็นไปอย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้น โดยหากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดก็จะมีผลที่เป็นสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะ เป็นสภาพบังคับทางการเมือง และสภาพบังคับทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญบางฉบับที่ว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณี การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งบทบัญญัติสั้น ๆ นั้น ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญยอมรับให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญยกระดับขึ้นมาเป็นกฎหมาย และมีสภาพ บังคับเป็นกฎหมาย ทั้งนี้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการกำหนดยอมรับไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนที่เป็นประเพณีการปกครองเท่านั้น เพื่อเป็นแนวทาง ปฏิบัติและเพื่อประโยชน์ในการอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น ความมีผลหรือสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับที่ยอมรับ ทัวไปทางการเมือง ซึ่งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในตัวเองไม่มีศักดิ์ในทางกฎหมาย แต่อาจมีสภาพ บังคับในทางการเมืองและผลที่กระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะมีศักดิ์ ในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อ มีการนำจารีตประเพณีนั้นมาบัญญัติไว้เป็น ลายลักษณ์อักษรแล้วเท่านั้น แต่จารีต ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นประเพณีการปกครองฯ ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และทำให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำประเพณีการปกครองฯ มาบังคับใช้แก่กรณีได้ และทำให้ประเพณี การปกครอง ฯ นั้นมีสภาพบังคับที่ชัดเจนและมีศักดิ์เป็นกฎหมายในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ

สาขาวิชานิติศาสตร์.....ลายมือชื่อผู้ผลิต.....

ปีการศึกษา2544.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4186085834 : MAJOR LAW

KEY WORD : CONSTITUTIONAL CONVENTIONS

DOUNGKAMOL CHAREONROOK : THE BINDING FORCE OF THE CONSTITUTIONAL CONVENTIONS IN THAILAND. THESIS ADVISOR : ASSO.PROF.KRIENGGKRAI CHAREONTHANAVAT, Ph.D. 345 pp. ISBN 974-17-0507-7

According to the fulfillment of procedures pertaining to the constitution by institutions, which are under the constitution, it does not only depend on a literal provision of the constitution, but also has an approach which does not determine to literal provision. That approach is the constitutional conventions. It has evolution pertaining to politic history and other factors, which occur in each period. In addition, it plays on important role for the successful relationship among political organizations. If it has a violation, it will have a result related to the binding force of the constitutional conventions. It is about the politic binding force and law binding force.

However, since the Constitution Act of the Kingdom of Thailand B.E. 2475 (1932) to the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2540 (1997), sometime it had the provision stated that "Whenever no provision under this constitution is applicable to any case, it shall be decided in accordance with the administrative practice in the demecratic regime of government with the Kings as Head of the State" This concise provision refer that the constitution accepts the constitutional conventions for uplifting to be the law, and has the law enforcement. Anyhow, the constitutional conventions, which are accepted in the constitution, is only be the constitutional conventions in the section of the administrative practice. It is useful and guidance for fulfilling the gap in the constitution.

Therefore, the binding force of the constitutional conventions is depended on the political acceptance. Moreover, the constitutional conventions do not have the hierarchy of laws. Conversely, it probably has the binding force of politic and can affect to the binding force of law. The constitutional conventions will have the hierarchy of laws if the constitutional conventions are enacted to written laws. Furthermore, the constitutional conventions in the section of the administrative practice are enacted in the constitution, and it can support the constitutional court can apply administrative practice to any case. It can make each the administrative practice has clearly the binding force and has the hierarchy of laws in the same levels of the constitution.

Faculty ofLaw Student's signature

Academic2001..... Advisor's signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ซึ่งได้กรุณาสละเวลารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยเป็นภาระในการแนะแนวทางในการทำวิทยานิพนธ์ รวมตลอดถึงกรุณาชี้แนะ และตัดเตือนการดำเนินชีวิตต่อไปด้วย ผู้เขียนจะขอระลึกยี่ดื้อเป็นข้อเตือนใจในการดำเนินชีวิตต่อไป

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ซึ่งกรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ รวมทั้งท่านอาจารย์บัณฑิต รัชตะนันท์ ท่านอาจารย์ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ และ ท่านอาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสันนท์ ซึ่งได้กรุณาได้รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาแนะนำ ตักเตือน จนกระทั่งเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ วีระพงษ์ บุญโญภาส ที่ได้มีความปรารถนาดีต่อลูกศิษย์ และขอกราบขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาและหัวหน้า คุณสุรพงษ์ วิชญกิตติ ตลอดจนพี่ ๆ และเพื่อนร่วมงานในสำนักงาน ป.ป.ช. ทุกท่าน รวมถึงทุกคนซึ่งผู้เขียนต้องขอภัยที่มีจากกล่าวนามถึงได้ทั้งหมด ผู้เขียนขอขอบพระคุณและขอบคุณอย่างยิ่งมา ณ โอกาสนี้ โดยเฉพาะครอบครัววรฤทธิ์ ที่เป็นเสมือนครอบครัวของผู้เขียนเอง

เหนือสิ่งอื่นใด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อฉนาก เจริญรุกษ์ ที่ล่วงลับ คุณแม่ ประไพ เจริญรุกษ์ และคุณแม่กนกพรรณ ชีวานิช พี่สาว นางสาวดวงทิพย์ เจริญรุกษ์ และทุก ๆ คน ในครอบครัวเจริญรุกษ์ที่คอยเป็นกำลังใจเสมอมา.

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

หน้า

| | |
|--|----------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | ง |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | จ |
| กิตติกรรมประกาศ | ฉ |
| สารบัญ | ช |
| | |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา | 1 |
| วัตถุประสงค์ของการวิจัย | 2 |
| สมมติฐาน | 2 |
| ขอบเขตของปัญหา | 3 |
| ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย | 3 |
| วิธีการวิจัย | 4 |
| | |
| บทที่ 2 ลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 5 |
| 1. จารีตประเพณีในความหมายทั่วไป | 5 |
| 1.1. ความหมายและความเป็นมาของจารีตประเพณี | 5 |
| 1.1.1. ความหมายของจารีตประเพณี | 5 |
| 1.1.2. ความเป็นมาของจารีตประเพณี | 7 |
| 1.2. ความสำคัญและการยอมรับความมีอยู่ของจารีตประเพณี | 10 |
| 1.2.1. ความสำคัญและการยอมรับบังคับจารีตประเพณีในระบบกฎหมาย ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร | 11 |
| 1.2.2. ความสำคัญและการยอมรับบังคับจารีตประเพณีในระบบกฎหมาย ที่เป็นลายลักษณ์อักษร | 13 |
| 2. จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 17 |
| 2.1. ลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 17 |
| 2.1.1. ความเป็นมาของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 17 |

| | | |
|----------|--|----|
| 2.1.2 | ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 18 |
| 2.1.2.1. | ลักษณะทั่วไป | 18 |
| 2.1.2.2. | ลักษณะตามคำพิพากษาศาลไทย | 19 |
| 2.2. | จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายต่าง ๆ | 22 |
| 2.2.1. | จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมาย ของประเทศไทย | 22 |
| 2.2.1.1. | ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย..... | 22 |
| 2.2.1.2. | ประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 23 |
| 2.2.2. | จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมาย ของประเทศไทย | 23 |
| 2.2.2.1. | ความเป็นมาและลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับ เป็นกฎหมาย | 23 |
| 2.2.2.2. | ประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย | 25 |
| 2.3. | ความแตกต่างระหว่างจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย กับหลักกฎหมายทั่วไป | 27 |
| 2.3.1. | ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป | 27 |
| 2.3.2. | ความแตกต่างระหว่างจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย กับหลักกฎหมายทั่วไป | 29 |
| 3. | จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 30 |
| 3.1. | ความหมายและที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 30 |
| 3.1.1. | ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 30 |
| 3.1.2. | ที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 35 |
| 3.2. | ความสัมพันธ์กันของกฎหมายกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 37 |
| 3.2.1. | ระบบที่มีลักษณะจารีตประเพณีเกือบทั้งหมด : อังกฤษ | 38 |
| 3.2.1.1. | ที่มาและความสำคัญของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 38 |
| 3.2.1.2. | ประเภทของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 46 |
| 3.2.2. | ระบบกึ่งจารีตประเพณี : ฝรั่งเศส | 49 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.2.1. ที่มาและความสำคัญของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ในฝรั่งเศส | 49 |
| 3.2.2.2. ประเภทของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 53 |
| 3.3. สถานะสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ..... | 56 |
| 3.3.1. หลักการพื้นฐาน | 56 |
| 3.3.1.1. หลักความรู้สึกร่วมกัน | 56 |
| 3.3.1.2. หลักความผูกพัน | 58 |
| 3.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 59 |
| 3.3.2.1. ความหมายของคำว่า “สภาพบังคับ” | 60 |
| 3.3.2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย ตามแนวคิดทางปรัชญา | 63 |
| 3.3.3. การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 71 |
| 3.3.3.1. ลักษณะของกฎหมาย | 71 |
| 3.3.3.2. การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณี ทางรัฐธรรมนูญ | 73 |
| 3.3.4. ผลของสภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 82 |
| 3.3.4.1. ผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ในทางการเมือง | 82 |
| 3.3.4.2. ผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ในทางกฎหมาย | 84 |
| บทที่ 3 สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษ | 94 |
| 1. การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ของอังกฤษ | 94 |
| 1.1. การนำมาใช้ในสถาบันพระมหากษัตริย์ | 95 |
| 1.1.1. ประวัติความเป็นมาและอำนาจของสถาบันพระมหากษัตริย์ | 95 |
| 1.1.2. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับองค์กรทางการเมือง | 100 |
| 1.1.2.1. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับคณะรัฐมนตรี | 100 |

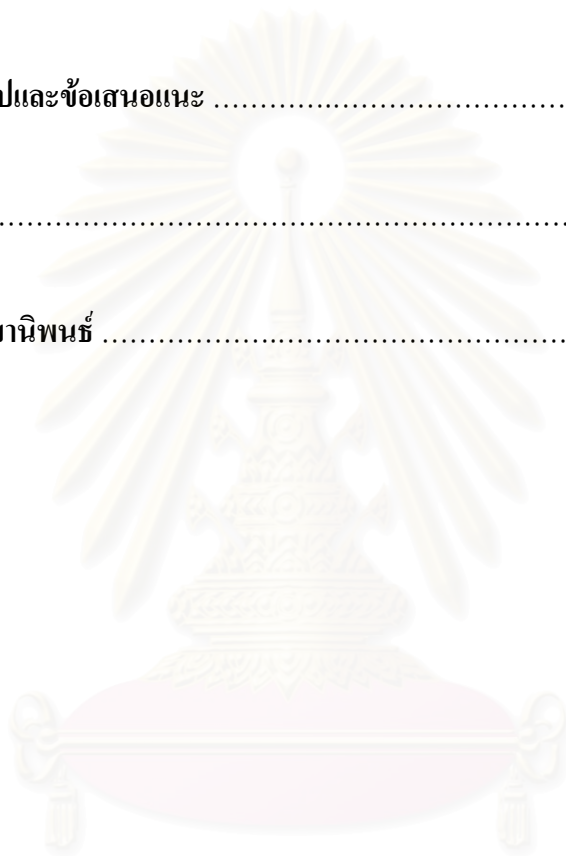
| | |
|---|-----|
| 1.1.2.2. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา | 117 |
| 1.2. การนำมาใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและสภาทั้งสอง | 125 |
| 1.2.1. ความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรี | 125 |
| 1.2.1.1. หลักการพื้นฐาน : หลักการรับผิดชอบ | 127 |
| 1.2.1.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรี กับรัฐมนตรี | 131 |
| 1.2.2. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา | 135 |
| 1.2.2.1. หลักการพื้นฐาน : หลักความไว้วางใจของรัฐสภา ต่อรัฐบาล | 135 |
| 1.2.2.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐบาลกับรัฐสภา | 136 |
| 1.2.3. ความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ | 141 |
| 1.2.3.1. หลักการพื้นฐาน : หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา | 141 |
| 1.2.3.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนาง กับสภาสามัญ | 142 |
| 1.3. การนำมาใช้ในความสัมพันธ์ของประเทศในเครือจักรภพ | 149 |
| 1.3.1. ความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษกับแคนาดา | 152 |
| 1.3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษกับออสเตรเลีย | 154 |
| 2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษ | 157 |
| 2.1. แนวความคิดเรื่องสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 157 |
| 2.1.1. แนวความคิดว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่มีสภาพบังคับ ในทางกฎหมาย | 157 |
| 2.1.1.1. ความเห็นของ A.V. Dicey | 157 |
| 2.1.1.2. ความเห็นของ O. Hood Phillips | 159 |
| 2.1.1.3. ความเห็นของ Jeffrey Marshall | 161 |
| 2.1.1.4. สรุปแนวความคิด | 161 |
| 2.1.2. แนวความคิดคัดค้านแนวความคิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย | 162 |

| | |
|---|-----|
| 2.1.2.1. ความเห็นของ Sir Ivor Jennings | 164 |
| 2.1.2.2. ความเห็นของ E.C.S. Wade | 165 |
| 2.1.2.3. ความเห็นของ Mitchell | 167 |
| 2.1.2.4. สรุปแนวความคิด | 168 |
| 2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอังกฤษ | 169 |
| 2.2.1. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผล | |
| ในทางการเมือง | 169 |
| 2.2.1.1. สภาพบังคับที่มีผลต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ | 169 |
| 2.2.1.2. สภาพบังคับที่มีผลต่อองค์กรทางการเมือง | 171 |
| 2.2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อ โครงสร้าง | |
| หรือบทบัญญัติกฎหมาย | 177 |
| 2.2.2.1. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการนำเอาจารีตประเพณี | |
| ทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย | 178 |
| 2.2.2.2. สภาพบังคับที่มีผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย | 182 |
| 2.2.2.3. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการเปลี่ยนแปลงด้วยกฎหมาย | 183 |
| 2.2.3. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจากการพิจารณา | |
| คดีของศาล | 185 |
| 2.2.3.1. การยอมรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของศาลเป็น | |
| Convention-recognition | 185 |
| 2.2.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการพิจารณา | |
| คดีของศาล | 188 |
| 2.3. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเครือจักรภพ | 192 |
| 2.3.1. คำพิพากษาศาลสูงในแคนาดา Re Amendment of | |
| the Constitution of Canada (1981) | 192 |
| 2.3.2. สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในออสเตรเลีย | |
| ใน Codification of Constitutional Conventions of Australia | 200 |

| | | |
|----------------|---|-----|
| บทที่ 4 | สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศไทย | 211 |
| 1. | ประเพณีการปกครองและการปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 211 |
| 1.1. | ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข | 211 |
| 1.1.1. | ความหมายของประเพณีการปกครองฯ | 211 |
| 1.1.2. | ความสำคัญและการค้นหาประเพณีการปกครองฯ | 212 |
| 1.1.2.1. | ความสำคัญ | 212 |
| 1.1.2.2. | การค้นหาประเพณีการปกครอง | 216 |
| 1.2. | การปฏิบัติจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยสถาบันที่อยู่ภายใต้ รัฐธรรมนูญไทย | 221 |
| 1.2.1. | สถาบันพระมหากษัตริย์ | 221 |
| 1.2.1.1. | พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการปรึกษา ราชการแผ่นดิน | 222 |
| 1.2.1.2. | พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ | 229 |
| 1.2.2. | สถาบันทางการเมือง | 236 |
| 1.2.2.1. | การนำมาใช้โดยองค์กรนิติบัญญัติ | 236 |
| 1.2.2.2. | การนำมาใช้โดยองค์กรบริหาร | 250 |
| 1.3. | ความไม่ต่อเนื่องในการปฏิบัติจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย | 264 |
| 1.3.1. | สาเหตุที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ต่อเนื่อง | 264 |
| 1.3.1.1. | การเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับ | 264 |
| 1.3.1.2. | การปฏิวัติรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญ | 265 |
| 1.3.2. | ผลของความไม่ต่อเนื่องของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไทย | 274 |
| 1.3.2.1. | ทำให้แนวทางปฏิบัติขาดหลักเกณฑ์ที่จะถือได้ว่า มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ | 274 |
| 1.3.2.2. | ก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติหรือแบบอย่างขึ้นใหม่ | 275 |

| | |
|--|-----|
| 2. สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย | 276 |
| 2.1. แนวความคิดในเรื่องสภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย | 276 |
| 2.1.1. แนวความคิดทางสังคมศาสตร์-รัฐศาสตร์ | 276 |
| 2.1.2. แนวความคิดทางนิติศาสตร์ | 279 |
| 2.1.2.1. แนวความคิดในเรื่องระบบกฎหมาย | 279 |
| 2.1.2.2. แนวความคิดในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย | 281 |
| 2.2. สถานะสภาพบังคับเมื่อพิจารณาถึงการ ได้มาซึ่งกฎหมายสูงสุด | |
| ในการปกครองประเทศ | 283 |
| 2.2.1. รัฐธรรมนูญที่ได้มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร | 286 |
| 2.2.1.1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติ | 286 |
| 2.2.1.2. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปฏิวัติ | 292 |
| 2.2.2. รัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากประชาชนหรือตัวแทนประชาชน | 294 |
| 2.2.2.1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญ | 294 |
| 2.2.2.2. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ | 298 |
| 2.3. ผลของสภาพบังคับที่มีต่อสถาบันภายใต้รัฐธรรมนูญ | 299 |
| 2.3.1. สภาพบังคับทางการเมือง | 299 |
| 2.3.1.1. สภาพบังคับที่มีผลต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ | 299 |
| 2.3.1.2. สภาพบังคับที่มีผลต่อสถาบันทางการเมือง | 302 |
| 2.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อ | |
| โครงสร้างหรือบทบัญญัติทางกฎหมาย | 309 |
| 2.3.2.1. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการบัญญัติเป็นกฎหมาย | |
| ลายลักษณ์อักษร | 309 |
| 2.3.2.2. สภาพบังคับที่มีผลทำให้โครงสร้างหรือบทกฎหมาย | |
| เปลี่ยนแปลงไป | 310 |
| 2.4. ข้อจำกัดที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่มีสภาพบังคับ | 312 |
| 2.4.1. กรณีที่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมาย | 312 |
| 2.4.2. กรณีที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมาย | 313 |

| | |
|---|------------|
| 3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไทย | 314 |
| 3.1. เปรียบเทียบจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญประเทศอังกฤษและประเทศไทย | 314 |
| 3.2. วิเคราะห์สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย | 326 |
| 3.3. แนวโน้มในอนาคตของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย | 329 |
| บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ | 331 |
| รายการอ้างอิง | 335 |
| ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ | 345 |



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากการดำเนินการต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญโดยสถาบันต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ จะสมบูรณ์ได้นั้นมิได้อาศัยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดบทบาทต่าง ๆ เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังมีแนวทางปฏิบัติที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอีก ซึ่งก็คือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ทางการเมืองการปกครอง และปัจจัยต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ ที่มีความสำคัญทำให้การดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสถาบันต่าง ๆ ภายใต้รัฐธรรมนูญให้มีความเป็นไปอย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

จากประวัติศาสตร์ไทยปรากฏว่าประเทศไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง จากอดีตที่ผ่านมานับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อ 24 มิถุนายน 2475 จนกระทั่งปัจจุบัน (พ.ศ. 2545) เป็นระยะเวลากว่า 70 ปี มีการปฏิวัติรัฐประหารเปลี่ยนแปลงรัฐบาลและยกเลิกรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศหลายต่อหลายครั้ง รัฐธรรมนูญที่ยกเลิกไปนั้นถือได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่เป็นตัวบทกฎหมาย หรือรัฐธรรมนูญตามรูปแบบ ซึ่งมีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่ไม่เป็นตัวบทกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา ซึ่งเรียกว่า ประเพณีการปกครองหรือจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญด้วย เพราะจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ เมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดแนวทางขึ้นใหม่และมีผลทำให้มีจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น ๆ และต่อมาก็หายไป เพราะการล้มล้างรัฐธรรมนูญโดยคณะรัฐประหาร แล้วเกิดมีจารีตประเพณีขึ้นใหม่โดยการกำหนดของรัฐธรรมนูญที่กำหนดขึ้นโดยกลุ่มผู้ปกครองใหม่ และใช้ปฏิบัติต่อไปเรื่อยมา จนกระทั่งมีการล้มล้างอำนาจอีก และมีการนำจารีตประเพณีเดิมมาใช้หรือเปลี่ยนไปใช้จารีตประเพณีใหม่อีก ทำให้การเมืองการปกครองและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยไม่มีเสถียรภาพ ขาดความแน่นอน ชัดเจน เพราะมีการใช้กลับไปกลับมาเนื่องจากความผันผวนทางการเมือง มีผลทำให้สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความไม่แน่นอนตามไปด้วย ซึ่งการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในแต่ละยุคแต่ละสมัยมีทั้งที่ก่อให้เกิดผลดีและผลเสียต่อระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการปกครองในยุคสมัยนั้นว่ามีความเป็นประชาธิปไตยมากน้อยเพียงใด

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นมิตีพิพลาในการกำหนดหลักการปฏิบัติต่อกันในทาง การเมืองการปกครอง ที่มีความสำคัญแต่มิได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้สถานะ สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยไม่ชัดเจน จึงมีผลต่อการนำมาปฏิบัติและใช้ บังคับว่ามีผลหรือสถานะประการใด ด้วยเหตุที่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีการบัญญัติ ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจขาดความชัดเจน แน่นนอน จึงต้องการที่จะทำการศึกษาลักษณะ และควมมีสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะทำการศึกษาเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ในเรื่องจารีตประเพณี ทางรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และจะได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับสภาพบังคับของจารีตประเพณีทาง รัฐธรรมนูญว่าจะมีผลประการใด ซึ่งอาจสรุปได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

1. เพื่อให้ทราบถึงลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และสถานะสภาพบังคับของจารีต ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ
2. เพื่อให้ทราบถึงการนำมาใช้ปฏิบัติและผลกระทบของการกระทำทั้งที่ปฏิบัติตามและไม่ ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญขององค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ
3. เพื่อให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างกันระหว่างจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ของประเทศอังกฤษและประเทศไทย

สมมติฐาน

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความสำคัญในแง่การยอมรับนำมาปฏิบัติขององค์กรต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญอันได้แก่สถาบันพระมหากษัตริย์ สถาบันนิติบัญญัติ สถาบันบริหาร เป็นต้น ซึ่งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หากไม่ปฏิบัติตามก็ อาจมีสภาพบังคับ โดยสภาพบังคับนั้นจะเป็นสภาพบังคับทางการเมือง และยังมีผลทางกฎหมาย ด้วย ทั้งนี้ควมมีผลหรือสถานะสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับยอมรับ ทั่วไปทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหลาย ๆ ฉบับของไทย อาทิ รัฐธรรมนูญการปกครอง ราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 และ 2515 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ,2520 และ 2534 รวมถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 7 ได้กำหนดว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ใช้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งเป็นเพียงบทบัญญัติสั้น ๆ นั้น ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญยอมรับให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญระดับขึ้นมาเป็นกฎหมาย และมีสภาพบังคับทางกฎหมาย ทั้งนี้ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการกำหนดยอมรับไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนที่เป็นประเพณีการปกครองเท่านั้น ถือเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ที่จะถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองที่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการอุดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญอันถือได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง และทำให้ศาลสามารถนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นประเพณีการปกครองมาใช้บังคับได้ และมีผลทำให้สถานะสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนและมีผลบังคับดังเช่นกฎหมาย

ขอบเขตของปัญหา

การวิจัยจะมีขอบเขตในการศึกษาถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยอาศัยบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” การศึกษานี้จึงเป็นการศึกษาแนวทางปฏิบัติทางการเมืองการปกครองอันจะถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่สมัยที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย ตลอดจนศึกษาถึงกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองปกครองประเทศในปัจจุบัน

วิธีการวิจัย

วิธีการวิจัยเป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยรวบรวมแนวทางปฏิบัติอันมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเท่าที่ดำเนินมาตั้งแต่สมัยการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จนถึงปัจจุบัน โดยการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสาร ตำรา หนังสือ บทความ ที่เกี่ยวข้อง และศึกษาเทียบเคียงกับจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษจากเอกสารต่าง ๆ เมื่อรวบรวมข้อมูลแล้วจึงนำข้อมูลเหล่านั้นวิเคราะห์ตามหลักเกณฑ์จารีตประเพณี

ทางรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดและหลักการทางกฎหมาย จัดลำดับความคิดเป็นขั้นตอน วิเคราะห์วิธีการทางปฏิบัติและสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ พร้อมทั้งเสนอแนะ ข้อพิจารณาและข้อคิดเห็นที่ได้จากการพิจารณาวิเคราะห์ข้อมูลแล้ว

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

การศึกษาถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น จะมีประโยชน์ในทางวิชาการ เพื่อเสริม ความรู้ นอกจากนี้ก็ยังทำให้แนวทางปฏิบัติในทางการเมืองการปกครองประเทศมีหลักเกณฑ์ มากขึ้น แม้ว่าจะมิได้เป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1. ทำให้ทราบถึงลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่าจะต้องมีกฎเกณฑ์ในการพิจารณา อย่างไร และจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีสถานะสภาพบังคับอย่างไร
2. ทำให้ทราบถึงการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ปฏิบัติและผลของการปฏิบัติทั้ง ที่ปฏิบัติตามและไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีผลต่อองค์กรทั้งทาง การเมืองและผลในทางกฎหมาย
3. ทำให้ทราบถึงความเหมือนและความแตกต่างกันระหว่างจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ของประเทศอังกฤษและประเทศไทย

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

ลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

1. จารีตประเพณีในความหมายทั่วไป

1.1. ความหมายและความเป็นมา

1.1.1. ความหมายของจารีตประเพณี

จารีตประเพณีเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และมีผู้ให้ความหมายอย่างหลากหลาย บางครั้งจารีตประเพณีก็มีความหมายเป็นไปในลักษณะเดียวกับ ประเพณี ประเพณีปฏิบัติ ธรรมเนียม ประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติ วิธีปฏิบัติ ทางปฏิบัติ เป็นต้น โดยในแต่ละคำก็มีความหมายใกล้เคียงกัน แต่โดยทั่วไปแล้วจารีตประเพณี คือสิ่งมนุษย์ปฏิบัติต่อกันมา จารีตประเพณีเป็นกฎเกณฑ์ที่วางข้อบังคับกำหนดความประพฤติของมนุษย์ จารีตประเพณีจึงถือเป็นข้อบังคับของสังคม ของคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ซึ่งในที่นี้ได้มีผู้แบ่งประเภทและให้ความหมายต่าง ๆ ดังนี้

เสถียร โกเศศ¹ ได้กล่าวถึงประเพณีที่สามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ จารีตประเพณี (Mores) ขนบประเพณี (Institutions) และ ธรรมเนียมประเพณี (Conventions) ซึ่งจารีตประเพณีในที่นี้ จะมีความหมายทั่ว ๆ ไป

โกลิน พลกุล² อธิบายถึงความแตกต่างกันระหว่างกฎหมายและประเพณีปฏิบัติว่า ประเพณีปฏิบัติต่างจากกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องของการวางตัวในสังคมมนุษย์ เช่นหลักมรรยาทในสังคม ดังนั้นจึงไม่มีสภาพบังคับ ไม่อาจฟ้องร้องและบังคับดำเนินการเช่นกฎหมายได้ นอกจากนี้ประเพณีปฏิบัติ แตกต่างจากกฎหมายจารีตประเพณี เพราะจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายนั้นมีสภาพบังคับ นั่นคือ จารีตประเพณีเป็นประเพณีปฏิบัติที่มีสภาพบังคับ

¹ เสถียร โกเศศ , การศึกษาเรื่องประเพณีไทย (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์การศาสนา , 2514) หน้า 8.

² โกลิน พลกุล , เอกสารประกอบการบรรยายวิชา กฎหมายมหาชน , (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526) หน้า 7-8.

อุสาห์ โกมลปานิก³ อธิบายว่า จารีตประเพณี ตามความหมายทั่วไปหมายถึง แนวปฏิบัติที่เป็นที่นิยมและถือปฏิบัติสืบทอดกันมาในประวัติศาสตร์ยาวนานจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป การที่จะเกิดเป็นจารีตประเพณีขึ้นได้นั้นอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติของบุคคลเพียงคนเดียว ซึ่งเป็นไปโดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตาม แต่ได้กระทำลงไปโดยความจำเป็นเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์หนึ่งหรือเพื่อผลสำเร็จของเหตุการณ์หนึ่ง ภายหลังจากต่อมาได้มีผู้อื่นเห็นว่าดีจึงนำเอาไปปฏิบัติบ้างจนกลายเป็นความนิยมชมชอบกันทั่วไปและถือปฏิบัติกันต่อมาและถือเป็นแนวทางปฏิบัติของบุคคลของชุมชน หรือของประเทศชาติในที่สุด

Burton M. Leiser⁴ ได้กล่าวถึงจารีตประเพณีว่ามีอยู่ 2 ประเภท คือ จารีตประเพณีที่เป็นข้อเท็จจริง (Custom as fact) เป็นการกระทำรูปแบบที่สม่ำเสมอ แต่ไม่ผูกมัดรูปแบบนั้นในทางจิตใจ ขณะที่จารีตประเพณีที่เป็นกฎหมาย (Custom as law) เป็นประเภทของการกระทำที่ประชาชนปฏิบัติเป็นกิจวัตร ที่ผูกมัดหรือถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติ และมีบทลงโทษหากไม่ปฏิบัติ

นอกจากนี้ Leiser ยังมองว่า วิธีปฏิบัติ (practice) เป็นรูปแบบการกระทำที่สมาชิกในกลุ่มปฏิบัติอย่างเป็นแบบแผน และโดยธรรมชาติแล้ว เมื่อใดก็ตามที่ผูกมัดเป็นลักษณะแห่งการกระทำบุคคลก็จะกระทำอย่างมีสำนึกและรอบคอบ ซึ่งวิธีปฏิบัตินับว่าเป็นพื้นฐานความเชื่อในความมีอยู่ของกฎหมาย หรือพิสูจน์ให้เห็นความมีอยู่ของกฎหมายที่การปฏิบัติภายใต้การลงโทษตามข้อผูกพัน วิธีปฏิบัติ (practices) มีความคล้ายกันกับกฎเกณฑ์ที่เป็นการอธิบาย (descriptive rule) มากกว่าที่จะเป็นการบังคับอย่างเป็นแบบแผนหรือคำสั่ง (normative or prescriptive force) แม้ว่าจะผูกมัดกับวิธีปฏิบัติอาจจะปฏิบัติด้วยความรอบคอบที่ไม่ได้มีหน้าตาอย่างเฉพาะเจาะจงว่าปฏิบัติเช่นนั้น ซึ่งอาจมีวิธีปฏิบัติต่อไปในเบื้องต้นเป็นผลของการนิ่งเฉย (inertia) มนุษย์ธรรมดาดำรงอยู่ที่จะเปลี่ยนแปลงหรือไม่ควรละเมิดกฎเกณฑ์ที่จำเป็นที่มีการลงโทษโดยบทลงโทษ (sanction) หรือโดยผลการบีบบังคับเพื่อทางปฏิบัติ (standard usage)⁵

³ อุสาห์ โกมลปานิก, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, เอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 1, สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2540, หน้า 33.

⁴ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality : Conflict and Continuity in Social Behavior (New York : Doubleday & Company Inc., 1969), pp. 63-4.

⁵ Ibid, p.55, 131-2.

ทางปฏิบัติ (usage) เป็นทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น โดยการเผยแพร่ของความสะดวกหรือเหมาะสมเพียงชั่วคราว ซึ่งเกิดขึ้นจากความต้องการอย่างมั่นคงและคาดหมายว่าจะได้รับการยอมรับจากชุมชนที่ผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม ในเวลาต่อมาบางครั้งถูกเรียกว่า จารีตประเพณี (custom)

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า จารีตประเพณีมีความหมายกว้าง ๆ ที่เป็นกรอบแห่งความประพฤติของมนุษย์ในสังคมกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ที่ได้ประพฤติปฏิบัติเป็นประจำสม่ำเสมอ และสังคมนั้น ๆ ให้การยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นแบบแผนว่าเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติ มีผลบังคับและมีผลผูกมัดสมาชิกของสังคมให้ต้องปฏิบัติตาม จารีตประเพณีจึงเป็นกฎเกณฑ์อย่างหนึ่งที่ควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมให้อยู่ในกรอบแห่งความประพฤติที่สังคมได้วางไว้

1.1.2. ความเป็นมาของจารีตประเพณี

การเกิดขึ้นของจารีตประเพณีถูกสร้างขึ้นในลักษณะที่เป็นแนวความประพฤติที่มีคนในกลุ่มสังคมนั้นมองว่าเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติ ดังคำกล่าวของ G. Cornu ว่า “จารีตประเพณีเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลบอกว่าควรปฏิบัติอย่างไร” (La coutume est constituée quand on peut dire que tout le monde fait comme cela)⁶ โดยมนุษย์ที่อยู่รวมกันสมัยเริ่มแรกนั้น จะรวมเรื่องกฎหมายกับศีลธรรมไว้เป็นเรื่องเดียวกัน โดยมีได้มีการแบ่งแยกไว้อย่างชัดเจน ดังนั้น เมื่อในสังคมนั้นมีผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามในเรื่องใดเรื่องหนึ่งก็จะผิดทั้งในทางกฎหมายและทางศีลธรรม จนกระทั่งสังคมมีวิวัฒนาการเป็นลำดับ ก็มีการพัฒนาแนวความคิดในเรื่องกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติในสังคมด้วย จึงมีการแยกว่าอะไรเป็นกฎหมายหรืออะไรเป็นศีลธรรม

ศีลธรรมเป็นสิ่งที่อยู่ภายในจิตใจของมนุษย์ ซึ่งจะเริ่มก่อตัวเป็นจารีตประเพณี โดยการแสดงออกและความประพฤติที่ได้กระทำอย่างสม่ำเสมอในจารีตประเพณีนั้น อย่างน้อยก็ส่วนหนึ่งที่เป็นเรื่องของความถูกต้องคือศีลธรรมที่ปฏิบัติกันมาอย่างสม่ำเสมอจนต่างรับรู้และยอมรับเช่นนั้น แต่จารีตประเพณีส่วนที่ไม่เกี่ยวกับความถูกต้องชั่วดีก็มี ในแง่นี้ขนบธรรมเนียมจึงแยกออกเป็น 2 ส่วน⁷ คือ

- 1) ขนบธรรมเนียมที่เป็นเรื่องของความถูกต้องชั่วดี ความเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม
- 2) ขนบธรรมเนียมที่เกิดขึ้นเพื่อความสะดวก (Expediency) บางประการ

⁶ G. Cornu, *Droit Civil*, 4th ed., (Paris : Montchrestien, 1990), p. 39.

⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพฯ : นิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์, 2541) หน้า 283.

เมื่อมีการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม ติดต่อกันแล้ว สิ่งใดที่จะยึดถือเป็นแนวทางที่ปฏิบัติต่อกัน มีการยอมรับร่วมกัน โดยเห็นว่าเป็นสิ่งที่ถูกที่ควรที่จำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น เมื่อได้รับการปฏิบัติติดต่อกันอย่างสม่ำเสมอเป็นเวลานาน ก็จะฝังลึกอยู่ในความสำนึกของคนในหมู่ที่ปฏิบัติเช่นนั้น ยอมรับกันว่าเป็นสิ่งที่ถูก โดยไม่ต้องมีการวินิจฉัยใด ๆ อีก⁸ สิ่งนั้นก็กลายเป็นจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น จนต่อมาสังคมมีการติดต่อกันมากขึ้น จารีตประเพณีที่ใช้ก็มีความซับซ้อนขึ้น จนกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ความเป็นมาของจารีตประเพณีจึงอยู่ที่การมีสังคมมนุษย์ และในสังคมนั้นมีการยึดถือปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งต่อ ๆ กัน จนเป็นที่ยอมรับ

เมื่อเรื่องใดปฏิบัติกันซ้ำกันหลายครั้งเป็นประจำเป็นเวลานาน จนเกิดเป็นความเคยชินในสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณี ข้อปฏิบัติเฉพาะเรื่องเหล่านี้ส่วนใหญ่เกิดจากความสัมพันธ์ของคนตามสถานะประจำของแต่ละคนที่บ่งบอกว่าคน ๆ หนึ่ง ในสถานะหนึ่งต้องปฏิบัติต่อคนอื่นที่อยู่ในสถานะอีกสถานะหนึ่งอย่างไร เช่น สามเณรต้องปฏิบัติต่อภรรยาบุตรต้องปฏิบัติต่อบิดา มารดาอย่างไร เป็นต้น เพราะฉะนั้นในประวัติศาสตร์ของสังคม จะมีวิวัฒนาการจากศีลธรรมไปสู่ขนบธรรมเนียมประเพณี⁹ การวิวัฒนาการของกฎเกณฑ์ที่กำหนดและควบคุมความประพฤติของบุคคลมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ในสมัยยุคกฎหมายชาวบ้าน กฎหมายยุคนี้เป็น The good old law คือความรู้สึกลึกซึ้งชอบชั่วดีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติ เป็น Spontaneous order โดยชาวบ้านรู้ได้จากความเคยชิน¹⁰ ในยุคกฎหมายชาวบ้านนั้น ยังไม่สามารถแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม จนต่อมามีคนละเมิดกฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีที่สำคัญ และเห็นว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีอาจปล่อยไว้ได้ คนในสังคมจึงร่วมกันลงโทษผู้กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษนี้ไม่ได้อยู่ในรูปของการแก้แค้นที่มีลักษณะเป็นส่วนตัว แต่เป็นการลงโทษจากสังคม จนเกิดเป็นกระบวนการยุติธรรมในที่สุด

จากการที่ชุมชนหนึ่งมีกระบวนการพิจารณาและบังคับคดีชุมชนนั้น ก็จะเริ่ม “การปกครอง” ที่เป็นรูปธรรมที่เห็นได้ชัดเจน ซึ่งจะเห็นได้ว่าการปกครองเกิดขึ้นให้เห็นได้ชัดเจนในชุมชนใด ก็ต่อเมื่อ ชุมชนนั้นมีกระบวนการยุติธรรมอย่างเป็นกิจจะลักษณะ กล่าวคือ มีกระบวนการชี้ขาดและบังคับคดีเป็นประจำติดต่อกันเป็นเวลานาน จนทำให้มีกฎเกณฑ์เกิดขึ้นใหม่เป็นการเสริมกฎเกณฑ์เก่าที่มีอยู่ในรูปของขนบธรรมเนียมประเพณี เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นที่สลับซับซ้อน เมื่อตัดสินคดีไปหลายคดี ข้อที่เคยปฏิบัติในการพิจารณาคดีก็จะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นใหม่นี้เรียกว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายของนักกฎหมาย ดังนั้นจึงกล่าวได้

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 273.

⁹ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534) หน้า 29.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39.

ว่ากฎหมายของนักกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้น เพิ่มเติมจากกฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมดั้งเดิม¹¹

กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤตินี้เป็นสิ่งซึ่งช่วยให้ชุมชนไม่มีเรื่องวิวาทกันมากนัก ซึ่งเมื่อครั้งหนึ่งได้ประพฤติปฏิบัติแล้ว ก็จะเป็นแนวทางให้ประพฤติปฏิบัติอย่างเดิม ซ้ำ ๆ ต่อไปอีกเรื่อย ๆ จนกลายเป็นสิ่งที่ยอมรับโดยการปฏิบัติไปตามหลักธรรมดาได้อย่างสม่ำเสมอ การปฏิบัติติดต่อกันเป็นเวลานาน ๆ ก็ทำให้หลักการที่เป็นธรรมดากลายเป็นกฎเกณฑ์ (Rule) ปราบกฎตัวเป็นรูปเป็นร่างชัดเจนขึ้น (Concretization) ได้รับการยอมรับความเข้าใจโดยทั่วไปในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (Opinio Juris) และจำเป็นต้องปฏิบัติเช่นนั้น (Opinio Necessitatis) จึงจะเป็นการถูกต้อง¹²

รูปแบบของจารีตประเพณี (custom) นำมาซึ่งกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติ ที่การกระทำนั้นเกิดขึ้นเอง โดยอาจขึ้นกับอารมณ์ ไม่แน่นอน ไม่มีเหตุผล หรือเกิดขึ้นใหม่ ที่ยังไม่แน่ชัดว่าต้องมีระยะเวลาเท่าใดที่วิธีปฏิบัติ (practice) จะกลายเป็นสิ่งที่เรารู้สึกที่จะพิจารณาว่าเป็นจารีตประเพณี แต่เป็นที่แน่ชัดว่าวิธีปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นเรื่องเฉพาะตัวหรือเป็นการทั่วไป และวิธีปฏิบัติที่นำมาใช้เป็นสากล หากว่าวิธีปฏิบัติได้รับความนิยมและต่อมาดับลง (flashes in the pan) หรือเป็นที่นิยมเพียงชั่วครั้งชั่วคราว (fads/crazes) จะไม่อาจเรียกได้ว่าจารีตประเพณี¹³ ดังนั้น จารีตประเพณีเป็นวิธีปฏิบัติไม่ว่าจะเป็นของเฉพาะบุคคล, ขององค์กร หรือของกลุ่มบุคคล

โดยปกติสมาชิกทั้งหมดในสังคมต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณี โดยสภาพบังคับทางสังคม (social sanctions) ซึ่งบางครั้งก็มีลักษณะที่เคร่งครัด แต่จารีตประเพณียังอาจมีอยู่ในลักษณะที่สามารถนำกลับมาปฏิบัติได้อีก โดยมีอำนาจบังคับให้ปฏิบัติตาม (in potentio) ที่ไม่ใช่วิธีปฏิบัติ (in actu) ความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการกระทำที่แน่นอน โดยกลุ่มหรือตัวแทนผู้มีอำนาจ เมื่อไม่มีแหล่งที่เชื่อถือได้กฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีในกรณีนั้นก็อาจมีความไม่แน่นอนถูกละทิ้งและการล้มเลิกในที่สุด ส่วนจารีตประเพณีที่ตายตัวเกินไป ก็อาจถูกมองข้ามหรือไม่ได้รับการปฏิบัติตาม (desuetude) จึงสรุปได้ว่า จารีตประเพณีต้นแบบเป็นวิธีปฏิบัติอย่างเป็นทางการ¹⁴

สถานะที่สำคัญคือจารีตประเพณี มีลักษณะทั่วไปอย่างเพียงพอ ที่เป็นการประพฤติปฏิบัติที่เป็นการทั่วไปของประชาชน (The general conduct of the people) หากเป็นเพียงความประพฤติส่วนตัวของปัจเจกชน, ครอบครัวหรือกลุ่มคนเล็กๆ ก็จะไม่มีความเพียงพอที่จะสร้างกฎหมาย

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 32.

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 272.

¹³ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality, p.16.

¹⁴ Ibid, pp. 37-38.

(lawmaking force)¹⁵ นั่นคือ ลักษณะสำคัญประการหนึ่งของจารีตประเพณี คือ การได้รับการปฏิบัติ และการยอมรับอย่างทั่วไป ซึ่งหากเป็นเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่งประพฤติปฏิบัติ ความประพฤตินั้นก็จะเป็นความประพฤติส่วนบุคคลที่ยังไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมเป็นการทั่วไป แนวทางความประพฤตินั้นก็จะมีลักษณะเป็นที่ยอมรับที่จะถือได้ว่าเป็นลักษณะสำคัญของจารีตประเพณี

ทั้งนี้วิวัฒนาการที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องมีสภาวะเงื่อนไขที่แน่นอน วิธีปฏิบัติ, นิสัย ที่อาจพัฒนาเป็นจารีตประเพณีอย่างหนึ่งที่มีความคล้ายคลึงกันมากหรือมากกว่าจารีตประเพณีอีกประเภทหนึ่งที่ครอบงำ อำนาจบังคับที่เป็นแบบแผนหรือผลผูกมัด ตัวอย่างเช่น ธรรมเนียมปฏิบัติ (Etiquette) พิธีกรรม (Ritual) หรือจารีตประเพณีที่ไม่ยุ่งยาก (Simple custom) สภาวะที่แน่นอนนี้จะต้องปรากฏอยู่ก่อนที่วิธีปฏิบัติจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณี (Consuetudinary law) ระหว่างสภาวะที่จำเป็น ที่มีความกลมกลืนกันของจารีตประเพณีแรกเริ่มกับกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งจะค่อย ๆ เค้นชัดในภายหลังซึ่งรองรับในฐานะที่มาของกฎหมาย จารีตประเพณีไม่จำเป็นต้องเข้ากันได้กับกฎหมายบ้านเมือง (positive law)¹⁶

สรุปได้ว่า จารีตประเพณีมีที่มาจากวิวัฒนาการทางสังคม จากการกระทำที่ได้ประพฤติปฏิบัติอยู่เสมอจนเกิดเป็นความเคยชิน และเกิดการสั่งสมเป็นเวลานานตั้งแต่สมัยบรรพบุรุษจนเป็นยุคกฎหมายชาวบ้าน ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีอยู่ควบคู่ไปกับความประพฤติที่ไม่ได้มีการแยกแยะว่าอะไรเป็นกฎหมายอะไรเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติ จนกระทั่งต่อมาเกิดการละเมิดกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมเห็นว่ามีความสำคัญ ก็จะเกิดเป็นการบังคับให้ต้องปฏิบัติ หากไม่ปฏิบัติตามก็จะถูกลงโทษ โดยผู้มีอำนาจในสังคม กลายเป็นกระบวนการพิจารณาคดีในระยะเริ่มแรก และมีการพัฒนาต่อไป จนกระทั่งกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอนและเป็นกฎหมายของนักกฎหมายในที่สุด จารีตประเพณีจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนาไปพร้อมกันกับวิวัฒนาการทางสังคม

1.2. ความสำคัญและการยอมรับความมีอยู่ของจารีตประเพณี

จารีตประเพณีมีความสำคัญต่อสังคม ดังที่ Gorgias ของเพลโต (Plato) Callicles ได้อธิบายว่ากฎหมาย (laws) และธรรมเนียมปฏิบัติ (conventions) สร้างขึ้นโดยผู้มีอำนาจด้อยกว่า เพื่อขู่บังคับผู้มีอำนาจเหนือกว่าให้ยอมตาม¹⁷ ทั้งนี้ผู้เขียนตำราทางกฎหมายมักจะอ้างจารีตประเพณีในฐานะที่

¹⁵ Francisco Suarez , Treatise on Law and God the Lawgiver , (London : Oxford University Press , 1944) , p.447.

¹⁶ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality, pp. 64-65.

¹⁷ Ibid, p. 2.

มาของกฎหมายอย่างหนึ่ง เช่น John Chipman Gray นักกฎหมายสัญนิมชาวอเมริกัน ได้กล่าวว่า “จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายอีกอย่างหนึ่ง”¹⁸ และได้แสดงให้เห็นว่าจารีตประเพณีเป็นขอบเขตที่เหนือกว่าที่มีอิทธิพลต่อผู้พิพากษาที่ผู้พิพากษาได้ใช้ความรอบคอบก่อนมีคำพิพากษา

Hart มองว่ากฎเกณฑ์ใด ๆ ที่ได้รับการเชื่อฟังปฏิบัติ จะขึ้นอยู่กับ การยอมรับในลักษณะสำคัญต่อแบบแผนของการยอมรับ เช่น กฎหมายได้รับการเชื่อฟังโดยเป็นที่ยอมรับทั่วไปต่อระบบกฎเกณฑ์พื้นฐาน แม้ว่าโดยคำพิพากษาคณะอาจไม่เชื่อฟังกฎหมายบางอย่างหรือหลายอย่าง และกฎหมายบางอย่างอาจไม่ได้รับการเชื่อฟังจากบุคคลบางคนหรือหลาย ๆ คนก็ตาม¹⁹ แต่กฎหมายมีสภาพบังคับที่หากบุคคลใดที่ไม่เชื่อฟังแล้วก็จะถูกลงโทษจากกระบวนการทางกฎหมายเพื่อดำเนินคดี

สำหรับจารีตประเพณี การเชื่อฟังว่าต้องปฏิบัติตามนั้นก็ขึ้นอยู่กับ การยอมรับถึงความสำคัญของจารีตประเพณีที่มีต่อสังคมนั้น ๆ ที่จะมามีอิทธิพลต่อระบบกฎหมาย ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นลายลักษณ์อักษรหรือก็ตาม จารีตประเพณีย่อมมีส่วนในระบบกฎหมายนั้น ๆ อย่างน้อยที่สุดจารีตประเพณีก็มีความสำคัญในฐานะที่เป็นที่มาประการหนึ่งของกฎหมาย ที่กฎเกณฑ์ของจารีตประเพณีมีพัฒนาการและผสมรวมอยู่ด้วยกันในเนื้อหาของกฎหมายอย่างเป็นเนื้อเดียวกัน

1.2.1. ความสำคัญและการยอมรับบังคับจารีตประเพณีในระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

รัฐธรรมนูญอังกฤษมีเอกลักษณ์ที่น่าสนใจ กล่าวคือ อังกฤษเป็นประเทศเดียวที่ไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten convention) ซึ่งหมายถึงหลักการปกครองต่าง ๆ มิได้อยู่รวมกันเป็นรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ แต่กระจายอยู่ตามกฎหมาย และคำพิพากษาต่าง ๆ รวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบทอดกันมาจนกลายเป็นจารีตประเพณี สิ่งนี้ทำให้รัฐธรรมนูญอังกฤษมีเอกลักษณ์เฉพาะของตนเอง อันเป็นผลมาจากวิวัฒนาการอันยาวนานของระบอบประชาธิปไตย

¹⁸ John Chipman Gray , *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., (Boston : Beacon Press, 1963) p. 281.

¹⁹ ดู Hart ,H.L.A. . *The Concept of Law*, (Oxford : Oxford University Press, 1972), Chap. 6.

ในประเทศอังกฤษ²⁰ หลักการการปกครองต่าง ๆ มิได้ถูกประมวลไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน แต่กระจายอยู่ในรูปแบบกฎหมาย จารีตประเพณีและธรรมเนียม รวมทั้งการตีความของผู้พิพากษา²¹

ในระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีมีความสำคัญในฐานะที่เป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญ ดังเช่น ในประเทศอังกฤษที่ให้ความสำคัญกับขนบธรรมเนียมประเพณีมากกว่ากฎหมาย ซึ่งเป็นผลมาจากวิวัฒนาการและความเป็นมาของแต่ละชาติ โดยธรรมเนียมปฏิบัตินั้นเป็นถ้อยคำที่มีอิทธิพลอย่างกว้างขวาง ซึ่งได้รับการยอมรับในการอธิบายว่าเป็นภาระผูกพันที่ต้องปฏิบัติตาม เป็นการรับฟังอย่างเชื่อถือได้โดยไม่คำนึงถึงความไม่มีการบังคับตามที่มีภาระผูกพันในศาล การอธิบายถึงธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะต้องแสดงถึงภาระผูกพันที่ไม่จำเป็นต้องมาจากการตกลงที่แน่นอนชัดเจน โดยมากจะมีต้นกำเนิดมาจากประเพณี ปฏิบัติ (custom) หรือจากทางปฏิบัติ (practice) ที่ได้พัฒนาขึ้นจากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพสังคม²² เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการค้าพาณิชย์ที่มีต้นแบบของกฎหมายจากจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งเป็นสิ่งที่ยังคงใช้อยู่ตามความเป็นจริงที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่นำมาใช้จริงและอำนวยความสะดวกในทางปฏิบัติ ดังนั้น กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงไม่นิยมนำมาใช้ การค้าโดยตัวของมันเองก็มีการเปลี่ยนแปลงตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1807 จึงได้มีทางปฏิบัติในทางการค้าขึ้น ดังนั้น จะเห็นได้ว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญอังกฤษด้วยเช่นกัน ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์หลักที่ควบคุมการปฏิบัติของพระราชอำนาจของกษัตริย์โดย รัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร และอีกส่วนหนึ่งคือ “กฎหมายและประเพณีปฏิบัติ” ของรัฐสภาที่ความสัมพันธ์ระหว่างสภามักเป็นประเพณีปฏิบัติ ซึ่งกฎเกณฑ์ทั้งสองกรณีอยู่บนพื้นฐานประเพณีปฏิบัติหรือความเหมาะสม มากกว่าเป็นผลของการตกลงอย่างเป็นทางการ²³

ทั้งนี้รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิต จึงไม่สามารถทำงานได้ด้วยตนเอง แต่จะทำงานได้โดยอาศัยให้มนุษย์เป็นผู้ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเครื่องมือของการร่วมมือกันระดับชาติ และจิตวิญญาณของการร่วมมือกันเป็นสิ่งจำเป็นของเครื่องมือ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็น

²⁰ สมบัติ ชำรงชัยวงศ์, การเมืองอังกฤษ, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2543, หน้า 65.

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

²² E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , 10th ed., (London : Macmillan Press , 1975) p. clii.

²³ Ibid, p. clii.

กฎเกณฑ์ที่ทำให้เกิดผลที่ละเอียดซับซ้อน มีจิตวิญญาณที่ทำให้รัฐธรรมนูญสามารถประยุกต์ใช้ได้ ตามสถานการณ์ของประเทศที่เปลี่ยนแปลง²⁴

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่มีส่วนประกอบของ กฎหมายที่เป็นจารีตประเพณีมาแต่แรกเริ่ม และกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ทำให้ปรากฏชัด เพราะรัฐธรรมนูญจะรวมกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมาย ซึ่งรู้จักกันว่า กฎหมายและจารีต ประเพณีของรัฐสภา และการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกษัตริย์²⁵

ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าในประเทศที่มีระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร จะให้ความสำคัญกับธรรมเนียมประเพณีที่ถือปฏิบัติกันมาแต่โบราณมากกว่ากฎเกณฑ์ที่ได้บัญญัติไว้ อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้น กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ควบคุมความประพฤติของคนในสังคม จึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่จารีตประเพณีได้เข้ามามีอิทธิพลอย่างมากและมีความสำคัญในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมคนในสังคมที่เป็นที่ยอมรับ

1.2.2. ความสำคัญและการยอมรับบังคับจารีตประเพณีในระบบกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

สังคมในสมัยโบราณนั้น ใช้จารีตประเพณีเป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติ จึงยังไม่มีกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ต่อเมื่อมีการคิดตัวอักษรขึ้นมา ก็ได้้นำเอาจารีตประเพณีมาบันทึกไว้เพื่อเตือนความจำและเป็นสิ่งที่ยืนยันถึงความถูกต้องแน่นอน และเกิดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น

ต่อมาสังคมมีความเจริญขึ้น กฎหมายประเพณีที่เป็นลายลักษณ์อักษรก็มีการบันทึก เปลี่ยนแปลงแก้ไขมากขึ้น แต่เดิมการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอาจมีเหตุผลที่จำเป็น แต่ต่อมาสังคมก้าวหน้ามากขึ้น การเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็มากขึ้นจนเป็นสังคมนิยมที่เกิดขึ้นในสังคม จนถึงยุค Enlightenment ในศตวรรษที่ 18 เป็นยุคที่ให้ความสำคัญกับสังคมอุดมคติ และเชื่อว่าจะต้องบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้นมาใช้แทนจารีตประเพณีที่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีอยู่แต่เดิม ทำให้มีการรวบรวมกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นประมวลกฎหมาย โดยนำเอาจารีตประเพณีส่วนที่ยังใช้อยู่ ประกอบกับหลักกฎหมายที่สอนกันในวิชานิติศาสตร์ร่วมกับแนวความคิดของการปฏิรูปปฏิวัติ สังคมมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย

²⁴ Sir Ivor Jennings , The Law and the Constitutional , 5th ed. , (London : The English Language Book Society and University of London Press Ltd , 1973) , p.80,82.

²⁵ Colin R. Munro, Studies in Constitutional Law, (London : Butterworths & Co Ltd., 1987), p.48.

ความเข้าใจของนักนิติศาสตร์ในสมัยศตวรรษที่ 19 ที่ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎข้อบังคับความประพฤติของมนุษย์ในสังคมที่สมบูรณ์ด้วยประการทั้งปวง จารีตประเพณีไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปแล้ว เป็นความเชื่อที่ขัดต่อวิสัยของกฎหมาย เพราะระบบกฎหมายใดก็ตามจะมีแต่ลายลักษณ์อักษรล้วน ๆ โดยไม่มีจารีตประเพณีที่เป็นกฎเกณฑ์เลย เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เพราะแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะพยายามบัญญัติให้กว้างขวางเพียงใดก็ตาม ก็ไม่สามารถทำให้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรสมบูรณ์ได้ ยังคงต้องอาศัยจารีตประเพณีที่เป็นกฎเกณฑ์เป็นบทประกอบให้สมบูรณ์ด้วยเสมอ²⁶

กฎหมายย่อมได้รับอิทธิพลจากจารีตประเพณี เช่น การมีจารีตประเพณีในทางพาณิชย์ ในทางศาลยุติธรรม ฯลฯ ย่อมทำให้กฎหมายเจริญรอยตามจารีตนั้น ๆ ซึ่งทำให้มีการออกกฎหมายตามความต้องการของประชาชน แต่นอกจากนั้น กฎหมายย่อมมีอิทธิพลเหนือจารีตประเพณี โดยกฎหมายอาจออกกฎข้อบังคับ ซึ่งมีผลเป็นการยกมาตรฐานจารีตประเพณีให้สูงขึ้นกว่าที่ได้เคยเป็นมา²⁷ ดังนั้น จารีตประเพณีถือกันว่าเป็นแหล่งกำเนิดสำคัญที่สุดของกฎหมายที่ใช้บังคับ หรือเพราะเกิดจากการใช้ปฏิบัติเป็นเนืองนิจ โดยคนส่วนมากและเป็นที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไป แต่ครั้งถึงสมัยที่สังคมมีการจัดระเบียบที่เป็นหลักฐานแน่นอนขึ้นมาแล้ว ก็อาจเปลี่ยนสภาพเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ เพราะผู้ร่างและสร้างกฎหมายเล็งเห็นคุณค่า²⁸

ฉะนั้นต้องยอมรับว่าไม่มีประเทศใด ไม่ว่าจะเจริญขนาดไหนก็ตามสามารถปกครองประเทศโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเดียวได้ เพราะว่าการดำเนินชีวิตของมนุษย์ในสังคม สลับซับซ้อนมากมายเกินกว่าสติปัญญาของมนุษย์จะเขียนเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อครอบคลุมให้ครบถ้วนได้ เมื่อมนุษย์ไม่สามารถเขียนกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สมบูรณ์ได้ จึงทำให้จารีตประเพณียังคงมีคุณค่าต่อสังคมอยู่²⁹

ความสัมพันธ์ระหว่างจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ร.ศ.สมยศ เชื่อไทย ได้อธิบายไว้ดังนี้³⁰

²⁶ สมยศ เชื่อไทย, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 58-9.

²⁷ หยุค แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2535) หน้า 51.

²⁸ ถนัด คอมันตร์, ปรัชญากฎหมาย, หน้า 14.

²⁹ สมยศ เชื่อไทย, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 62.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 66-9.

1. พิจารณาในแง่ระบบกฎหมาย

ก) จารีตประเพณีเป็นบทสำรอง เมื่อพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างจารีตประเพณีกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรในแง่กฎหมาย จะเห็นว่าใน ป.พ.พ. มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติไว้ว่า “...เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ท่านให้วินิจฉัยคดีนี้ตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น...” ซึ่งความหมายว่าจารีตประเพณีอยู่ในฐานะเป็นบทสำรอง (Subsidiary Provisions) ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เมื่อใดที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรมิได้บัญญัติถึงกรณีนั้น ๆ ไว้โดยตรง บทสำรองก็จะทำหน้าที่แทนทันที

ข) จารีตประเพณีเป็นบทคู่เคียง มิใช่ว่าจารีตประเพณีหรือกฎหมายประเพณีจะอยู่ในฐานะเป็นบทสำรองของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเสมอไป จารีตประเพณีอาจอยู่ในฐานะคู่เคียงกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้ การอยู่คู่เคียงเช่นนี้อาจเป็นคู่เคียงอย่างตัดทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรืออยู่คู่เคียงอย่างส่งเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ได้

(1) จารีตประเพณีที่เป็นบทคู่เคียงอย่างตัดทอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จารีตประเพณีเช่นนี้จะมีลักษณะขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ประมวลกฎหมายอาญาบัญญัติว่า ถ้าใคร ไปทำร้ายผู้อื่นต้องรับผิดทางอาญา แต่ปรากฏว่าการที่นักมวยคู่ต่อสู้บนเวทีตามกติกาจนคู่ต่อสู้ได้รับบาดเจ็บหรือการที่นายแพทย์ผ่าตัดคนไข้กลับไม่ต้องรับผิดทางอาญา และไม่มีใครที่คิดว่าเป็นสิ่งที่ผิด ที่เป็นเช่นนี้เพราะกรณีดังกล่าวเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าบุคคลดังกล่าวกระทำได้โดยชอบ แม้จะเข้าองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาก็ไม่มีความผิด ที่เป็นเช่นนี้เพราะกติกากองการชกมวยเป็นเหตุทำให้การทำร้ายคู่ต่อสู้ในการชกมวยชอบด้วยกฎหมาย กติกานี้เป็นประเพณีการเล่นกีฬาที่ตัดทอนอำนาจบทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรบทนี้เป็นหมัน

(2) จารีตประเพณีที่เป็นบทคู่เคียงอย่างส่งเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร

เช่น เรื่องการหมั้น ป.พ.พ. บรรพ 5 มิได้อธิบายว่าการหมั้นคืออะไร แต่ตามประเพณีของคนไทยที่ปฏิบัติต่อกันมานาน ก่อนจะทำการสมรสจะต้องมีการหมั้นเสียก่อน เราต้องไปพิจารณาจากจารีตประเพณีว่า การหมั้นเขาทำกันอย่างไร ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ว่าการหมั้นจะต้องมีการให้ของหมั้นจึงจะเรียกว่าเป็นการหมั้น ทั้ง ๆ ที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ การชี้ขาดของศาลฎีกาในเรื่องนี้เป็นการนำประเพณีการหมั้นมาประกอบการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการนำเอาประเพณีการหมั้นมาส่งเสริมบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง

2. พิจารณาจากตัวบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร

อาจกล่าวได้ว่าจารีตประเพณีอยู่อย่างปะปนกันและแทรกซึมในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังจะแยกอธิบายดังนี้

ก) จารีตประเพณีอยู่อย่างปะปนในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในกรณีนี้กฎหมายลายลักษณ์อักษรรับเอาจารีตประเพณีมาใช้โดยบัญญัติถึงประเพณีนั้น ๆ โดยตรง เช่น มาตรา 368 บัญญัติว่า “สัญญาที่ท่านให้ตีความตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

คำว่า “ปกติประเพณี” ในมาตรา 368 หมายถึง หลักปฏิบัติในการติดต่อกันในวงอาชีพ ต่าง ๆ ไม่ได้หมายถึง ขนบธรรมเนียมหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น แต่ถึงแม้จะแตกต่างกัน ก็จัดอยู่ในระบบที่เรียกว่ากฎหมายประเพณีอยู่นั่นเอง เพราะเป็นหลักปฏิบัติที่ไม่ได้เขียนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีผลบังคับเป็นกฎหมาย บทบัญญัติดังกล่าวมานี้แสดงให้เห็นชัดว่า กฎหมายยอมรับว่าจารีตประเพณีเป็นบทบังคับในทางความประพฤติของบุคคล โดยปะปนอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ข) จารีตประเพณีอยู่อย่างแทรกซึมอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ในกรณีนี้ กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้กล่าวถึง จารีตประเพณี โดยตรงแต่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรประเภทหนึ่งเรียกว่า “กฎหมายยุติธรรม” (*Jus aequum*) ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ไม่ได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัดในการใช้หรือการตีความ บทกฎหมายเหล่านี้ ผู้ใช้ผู้ตีความจำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจประกอบเพิ่มเติมเสริมเนื้อความของกฎหมายให้สมบูรณ์ขึ้น

กฎหมายยุติธรรมนั้น อนุญาตให้ผู้กฎหมายใช้ดุลยพินิจโดยพิเคราะห์ถึงมาตรฐานความรู้สึกทางศีลธรรมของสังคม ผลของกฎหมายจึงมีทางทำให้สอดคล้องและเหมาะสมกับพฤติการณ์พิเคราะห์เฉพาะคดี หรือข้อเท็จจริงของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลสมัย แต่บทบัญญัติที่เป็นกฎหมายยุติธรรมนี้ขาดความแน่นอนชัดเจน เมื่อใช้กับกรณีที่เกิดขึ้นจริงในบางขณะ อาจเกิดปัญหาโต้แย้งได้ง่าย เพราะไม่อาจรู้แน่นอนว่าผลทางกฎหมายเป็นอย่างไร บทกฎหมายยุติธรรมที่กล่าวมานี้เป็นช่องทางที่กฎหมายเปิดช่องไว้ให้ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีทางศีลธรรมรวมทั้งจารีตประเพณีที่มีอยู่ในสังคมเข้ามามีส่วนปรุงแต่งเนื้อหาของกฎหมายอย่างกว้างขวาง บทกฎหมายยุติธรรมจึงเป็นบทบัญญัติที่เปิดหน้าตาต่างของประมวลกฎหมายไว้ คอยรับความคิดความรู้สึกทางศีลธรรมของสังคมนั้นรวมทั้งจารีตประเพณีด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า จารีตประเพณีมีบทบาทที่สำคัญมากในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพราะความแน่นอนตายตัวของรัฐธรรมนูญที่บางครั้งไม่อาจยืดหยุ่นให้เข้ากับสถานการณ์ในขณะนั้น จึงต้องมีการการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอย่างไม่เป็นทางการโดยใช้จารีตประเพณีเข้ามาช่วยเสริม หรือแก้ไขข้อบกพร่องให้มีความเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป

2. จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

2.1. ลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

2.1.1. ความเป็นมาของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์ที่พัฒนาอย่างช้า ๆ จากการประพฤติปฏิบัติทั้งโดยตัวของมันเองและจากวิธีปฏิบัติของคนในสังคมติดต่อกันมาอย่างเป็นนิสัย การปฏิบัติที่เป็นความเคยชินและกลายมาเป็นความรู้สึกร่วมกันให้ต้องปฏิบัติ โดยปราศจากการเข้าแทรกแซงจากฝ่ายนิติบัญญัติ³¹ ความเห็นที่แตกต่างว่าจะอะไรคือข้อเท็จจริงของสังคม (social facts) ที่ก่อให้เกิดจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย ความเห็นหนึ่งมองว่า จารีตประเพณีเป็นที่มาเท่านั้น³² จึงอาจกล่าวได้ว่า จารีตประเพณีเป็นกฎเกณฑ์ที่มีแบบแผนที่เกิดจากทางปฏิบัติที่คนในสังคมยอมรับ โดยมีได้ผ่านกระบวนการตราเป็นกฎหมายของนิติบัญญัติ

ขนบธรรมเนียมต่าง ๆ เหล่านี้ หากเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ที่เมื่อบุคคลใดฝ่าฝืนหรือละเมิดแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรง ขนบธรรมเนียมนั้นก็จะมีสภาพบังคับโดยอัตโนมัติ ซึ่งต่อมาก็คือ จารีตประเพณีที่มีผลบังคับดังเช่นกฎหมายนั่นเอง ดังนั้นขนบธรรมเนียมที่มีลักษณะบังคับก็อาจมีได้ทั้งส่วนที่เกี่ยวกับความผิดชอบชั่วดี กับส่วนที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ (Conventions) เพื่อความสะดวกสบายบางประการ

อำนาจที่สร้างสิทธิของปัจเจกชนและอำนาจที่สร้างกฎหมายของชุมชนอาจจะไม่ชัดเจนในทันทีทันใด จารีตประเพณี ที่มีมานาน (The long-established custom) ของปัจเจกชน ที่มีความสามารถที่สร้างสิทธิ อาจยกตัวอย่างได้จากกรณีชายคนหนึ่งเดินผ่านจากบ้านของเขาผ่านเข้า

³¹ Charles Szladits, Guide to Foreign Legal Materials : French, German, Swiss (New York : Oceana Publications Inc.,1959) p.12.

³² ดู A.Esmein, La Coutume in Bull., soc études légis. 1905.p. 532-544. ; F. Génys, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, v.i. 123, v.ii.nos. 149-150.

ไปยังที่ดินของ เพื่อนบ้านเพื่อไปยังถนนใหญ่และทำเช่นนั้นสม่ำเสมอมาหลายปี โดยที่เขายังคงใช้ ทางผ่านนี้มาตลอด ต่อมาทางปฏิบัติที่เขาเดินผ่านทางมาโดยตลอดนั้นทำให้เขามีสิทธิที่จะใช้ทาง (legal right of way) และเพื่อนบ้านของเขาก็มีหน้าที่ละเว้นการรบกวนสิทธินั้น ในเรื่องนี้การเดินทาง เป็นอำนาจที่จะสร้างสิทธิในการใช้ทางสำหรับเขาเองเพราะว่ากฎหมายมีอยู่แล้วในการที่จะ ให้อำนาจแก่เขา แต่จารีตประเพณีที่มีผลบังคับดังเช่นกฎหมาย ถูกสร้างในกรณีที่ไม่มีความหมายใช้ บังคับและในกรณีที่อำนาจเพิกถอนกฎหมายมีอยู่ในความเป็นจริง³³

ดังนั้น จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย จึงเป็นประเพณีที่มีลักษณะบังคับในตัวของ มันเองโดยมีพัฒนาการที่มาจากจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับของคนในสังคม โดยเป็นจารีต ประเพณีที่มีความสำคัญจนกระทั่งคนในสังคมเชื่อถือและยอมรับว่าจารีตประเพณีนั้น ๆ ต้องได้ ปฏิบัติตามอย่างเป็นกฎหมาย และหากมีการละเมิดจารีตประเพณีนั้น ก็จะได้รับผลกระทบอย่าง รุนแรงตามมา

2.1.2. ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เป็นจารีตประเพณีที่สมาชิกในสังคมยอมรับกัน ทว่าไปว่าจะต้องปฏิบัติตาม โดยให้การยอมรับไว้เฉกเช่นเดียวกันกับการปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งนี้ ประชาชนจะต้องมีความรู้สึกร่วมกันว่าจารีตประเพณีนั้น ๆ เป็นกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติ มิฉะนั้น จะได้รับผลบังคับหากมีการละเมิด โดยจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายจะต้องมีลักษณะ ดังต่อไปนี้

2.1.2.1. ลักษณะทั่วไป

โดยทั่วไปแล้ว จารีตประเพณีที่ถือว่าเป็นกฎหมายจะต้องมีลักษณะที่สำคัญ 2 ประการ คือ

1) ลักษณะภายนอก หรือองค์ประกอบทางกายภาพ (physical element)

การที่กฎเกณฑ์ใดจะถือเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้นั้น จะต้องปรากฏว่ามี องค์ประกอบภายนอก หรือองค์ประกอบทางกายภาพ (physical element) คือการถือปฏิบัติกัน โดยทั่วไปของสังคม โดยเมื่อเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น การถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป นี้มิได้หมายความว่ารัฐทุกรัฐจะต้องยอมรับการถือปฏิบัติเช่นนั้นในลักษณะเป็นเอกฉันท์

³³ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality, pp. 64-65.

(unanimity) หรือเป็นสากล (universality) และโดยทั่วไปแล้วการที่รัฐไม่คัดค้านการถือปฏิบัติในเรื่องใดหรือหนึ่งเสีย (silence) ย่อมมีผลเท่ากับเป็นการยอมรับ (acquiescence) การถือปฏิบัติ เช่นว่านั้น แต่ในบางครั้ง การที่รัฐหนึ่งเสียไม่คัดค้านการถือปฏิบัติในเรื่องใดก็อาจเป็นเพราะรัฐนั้นไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องเช่นว่านั้นก็ไม่ได้³⁴

2) ลักษณะภายใน หรือองค์ประกอบทางจิตใจ (psychological element)

ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปนั้น เป็นสิ่งถูกต้องอันควรได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris sive necessitatis) ประชาชนมีความรู้สึกว่าจารีตประเพณีเหล่านั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจะต้องปฏิบัติตาม ความเชื่อว่าการถือปฏิบัตินั้นถูกต้อง และควรยอมรับว่าเป็นกฎหมาย เป็นองค์ประกอบภายในหรือองค์ประกอบทางจิตใจ (psychological element) ที่สำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็คือ ความเชื่อว่าการถือปฏิบัติโดยทั่วไปในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องควรแก่การยึดถือว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris sive necessitatis) ซึ่งถือว่าเป็นองค์ประกอบอันสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศอันจะส่งผลให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ เพราะการถือปฏิบัติใดก็ตามที่รัฐไม่เห็นว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่ตนจะต้องยอมรับว่าเป็นกฎหมายอันก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แล้ว การถือปฏิบัติเช่นว่านั้นก็ขาดองค์ประกอบที่จะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ ในกรณีเช่นว่านี้ การถือปฏิบัติเช่นว่านั้นอาจเป็นเพียงธรรมเนียมปฏิบัติ (usage) อหยาศัยไมตรี (courtesy) หรือเป็นเพียงการกระทำในทางศีลธรรมหรือมนุษยธรรม (morality and humanitarian)³⁵

2.1.2.2. ลักษณะตามคำพิพากษาศาลไทย

จากคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย ก็ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 104/2462 ว่า จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายจะต้องมีลักษณะต่อไปนี้

³⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 32.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48-9.

1) การถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป สม่ำเสมอเป็นรูปแบบเดียวกัน (General Practice / Uniform and Consistent Practice)

เป็นจารีตประเพณีที่ประชาชนได้ปฏิบัติต่อกันมานานและสม่ำเสมอ โดยมีการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไป (general practice) ต้องมีกำหนดแน่นอนโดยสถานที่และบุคคลที่เกี่ยวข้อง หมายถึงจารีตประเพณีนั้นต้องมีความแน่นอนว่ามีการใช้ปฏิบัติในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งหรือไม่ หรือเป็นจารีตประเพณีที่ใช้กับบุคคลกลุ่มใดที่แน่นอน การถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป ซึ่งรูปแบบความประพฤติอีกรูปแบบหนึ่งคือ กฎเกณฑ์ตามธรรมชาติ (natural regularity) ที่ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นจารีตประเพณี แม้ว่าจะมีลักษณะเฉพาะโดยเกือบเป็นกฎเกณฑ์ที่สมบูรณ์ ซึ่งจารีตประเพณีมักจะใช้อธิบายรูปแบบการกระทำ รูปแบบการกระทำใด ๆ ที่เรียกว่า “จารีตประเพณี” จะต้องมีความถี่อย่างน้อยชั่วขณะหนึ่งที่เป็นการทั่วไปอย่างกว้างขวาง โดยจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นรูปแบบแห่งพฤติกรรมของบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนนี้อาจให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ³⁶

กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีที่จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะในสังคมใดก็นับว่าเป็นกฎหมายของสังคมนั้น³⁷ กฎเกณฑ์บางประเภทเป็นลักษณะเฉพาะของจารีตประเพณีทุกประเภท นั่นก็คือการกระทำแบบใด ๆ ที่อาจไม่มีลักษณะเฉพาะ ก็จะไม่เป็นจารีตประเพณี

การถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและในรูปแบบเดียวกัน นอกจากองค์ประกอบของจารีตประเพณีระหว่างประเทศจะประกอบไปด้วยการถือปฏิบัติกันโดยทั่วไปแล้ว จะต้องปรากฏด้วยการถือปฏิบัติโดยทั่วไป เช่นว่านั้นมีลักษณะสอดคล้องสม่ำเสมอ (consistent) และเป็นรูปแบบเดียวกัน (uniform) แต่ไม่จำเป็นต้องถึงขนาดที่จะต้องมีความสม่ำเสมอโดยสิ้นเชิง เพียงแต่รูปแบบเดียวกันในสาระสำคัญก็เพียงพอแล้ว³⁸

2) มีการปฏิบัติเป็นระยะเวลาพอสมควร (Duration)

ต้องเป็นประเพณีที่มีมานาน หมายถึงเป็นจารีตประเพณีที่มีความเก่าแก่ ได้รับการยอมรับให้มีการประพฤติปฏิบัติมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน โดยมีการใช้จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายเป็นกฎหมายจริง ๆ ในรูปลักษณะเดียวกัน และต่อเนื่องกันมาช้านาน³⁹ ซึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ระยะเวลาของการถือปฏิบัติ ไม่ถือว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของการก่อให้เกิดจารีตประเพณี ทั้งนี้ เพราะระยะเวลาเป็นเพียงสิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่า การถือปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

³⁶ Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, pp.42,46.

³⁷ สมยศ เชื้อไทย, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, หน้า 30.

³⁸ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, หน้า 39.

³⁹ หยุต แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, หน้า 67.

นั้นมีความสอดคล้องสม่ำเสมอ (consistency) หรืออยู่ในรูปแบบเดียวกัน (uniformity) หรือไม่เท่ากัน และในทางปฏิบัติก็มีหลายกรณีที่มีการถือปฏิบัติของรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นไปในรูปแบบเดียวกัน และมีความสม่ำเสมอ⁴⁰

3) มีความเห็นโดยทั่วไปว่ามีความถูกต้องเหมาะสม

เป็นประเพณีอันสมควร หมายถึงจารีตประเพณีนั้นได้รับการพิสูจน์แล้วว่ามีเหมาะสมไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ได้มีการบัญญัติกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นสิ่งที่ราษฎรรู้สึกกันทั่วไปว่าเป็นกฎหมาย และรัฐได้ใช้ข้อบังคับเช่นว่านี้เสมือนกฎหมายในรูปลักษณะเดียวกันตลอดมา ซึ่งประชาชนได้มีความเห็นจริงว่าข้อบังคับนั้น ๆ เป็นกฎหมาย⁴¹

4) เป็นการปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กรณีที่ยังมิได้มีพระราชบัญญัติยกเลิกหรือขัดกับประเพณีนั้น หมายถึงจารีตประเพณีนั้นสามารถใช้ปฏิบัติได้ตราบเท่าที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติออกมาเป็นการขัดหรือยกเลิกจารีตประเพณี ซึ่งเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายยอมรับกฎหมายจารีตประเพณีโดยคุณนิภาพ⁴²

สรุป กฎเกณฑ์จารีตประเพณีที่ผู้กมจะต้องมีลักษณะทั่วไป (general) โดยครอบคลุมสมาชิกส่วนใหญ่ในกลุ่มสังคม โดยมีการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ (repeat) มีความเก่าแก่ (ancient) มีการใช้ปฏิบัติเป็นเวลานานและมีความเคยชิน (habit) ในการประพฤติของคนในสังคม มีความต่อเนื่อง (constant) หรือเป็นที่รู้จักดี (well known) และไม่ถูกทำให้หยุดชะงักลง (uninterrupt) และที่สำคัญจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังนั้น ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย จะมีลักษณะที่พิเศษกว่าจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติที่ประชาชนจะต้องมีความรู้สึกว่าจารีตประเพณีนั้นมีลักษณะอย่างกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตามมิฉะนั้นอาจถูกลงโทษ

⁴⁰ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 43.

⁴¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 65-66.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 66.

2.2. จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายต่าง ๆ

จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยทั่วไปจะมี 2 ประเภท คือ จารีตประเพณีที่เป็น การทั่วไป ที่ใช้ปฏิบัติและได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการไม่จำกัดเฉพาะที่ใดที่หนึ่ง และ อีกประเภทหนึ่งคือ จารีตประเพณีที่ใช้กับสังคมที่จำกัดเฉพาะท้องถิ่น หรือ เฉพาะองค์กรใด องค์กรหนึ่ง

2.2.1. จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษ

2.2.1.1. ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

Allen นักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษ ได้ให้แนวทางพิจารณาว่าจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็น กฎหมายจะต้องประกอบด้วยลักษณะที่เป็นหลักดังต่อไปนี้⁴³

- 1) จารีตประเพณีนั้นจะต้องมีมาตั้งแต่ครั้งบรรพกาล (Antiquity) หรือเกิดขึ้นมาตั้งแต่ช่วง ระยะเวลาที่ไม่สามารถจดจำได้
- 2) จารีตประเพณีนั้นจะต้องใช้ติดต่อกันมาอย่างไม่ขาดสายจาก ค.ศ. 1189 จนกระทั่งถึง ปัจจุบันนี้ (Continuance)
- 3) จารีตประเพณีนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับกันอยู่ในหมู่ราษฎร โดยคุชฎี มิใช่โดยการใช้กำลัง บังคับ หรือยอมรับกันอย่างแอบแฝง หรือ โดยเป็นข้อตกลงอนุญาตกันเป็นพิเศษ หรืออนุญาตกัน เฉพาะราย
- 4) จารีตประเพณีนั้น ราษฎรมิหน้าที่จะต้องเคารพ และปฏิบัติตามเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมาย
- 5) จารีตประเพณีนั้น จะต้องมีความแน่นอน เพราะถ้าไม่แน่นอนแล้ว จะไม่สามารถพิสูจน์ ถึงระยะเวลาการเกิดของจารีตประเพณีนั้น ๆ ได้ และจะไม่มีสิ่งใดที่จะเป็นกฎหมายโดยปราศจาก ความแน่นอน
- 6) จารีตประเพณีนั้นจะต้องสอดคล้องต้องกันกับจารีตประเพณีอื่น ๆ แห่งท้องถิ่นเดียวกัน
- 7) จารีตประเพณีนั้นจะต้องมีเหตุผลอันสมควร

การกำหนดช่วงเวลาที่ประชาชนจะจัดรูปแบบการปฏิบัติก่อนที่จะกลายเป็นจารีตประเพณี ยังเป็นไปโดยอำเภอใจและมีความหมายน้อย มีการตั้งไว้ 10 ปี เป็นอย่างน้อย ในการสร้างจารีต

⁴³ C.K. Allen, Law in the Making , 7th ed. , (Great Britain : Oxford At the Clarendon Press , 1964) pp. 133-146.

ประเพณี ในศาลที่ประชาชนอ้างว่าทุกอย่างชัดเจนและแน่นอนก็ตั้งเวลาจำกัดอย่างอำเภอก็ แต่ไม่มีใครพยายามอย่างจริงจังที่จะพิสูจน์ว่าช่วงเวลาของจารีตประเพณีคือ หลังปี 1215 หรือวันเวลาที่อาจเป็นไปได้อาศัยการแต่เรื่องสมมติขึ้น ความคลุมเครือและไม่แน่นอนของยุคสมัยโบราณ (immemorial antiquity)⁴⁴

2.2.1.2. ประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

จารีตประเพณี ที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย นักนิติศาสตร์อังกฤษ ได้แบ่งประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยพิจารณาจากพื้นที่ที่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีเป็น 3 ประเภท⁴⁵ คือ

- 1) จารีตประเพณีทั่วไป (General customs) ซึ่งเป็น กฎเกณฑ์สากลที่นำมาใช้ทั่วราชอาณาจักรและรูปแบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีความเคร่งครัดกว่า
- 2) จารีตประเพณีเฉพาะท้องถิ่น (Particular customs) เป็นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่มีผลบังคับต่อผู้อยู่อาศัยในท้องถิ่นนั้น ๆ
- 3) กฎหมายท้องถิ่น (Certain particular laws) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลท้องถิ่นนำมาใช้โดยเกือบเป็นบททั่วไปและใช้อย่างกว้างขวาง

2.2.2. จารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

2.2.2.1. ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ได้ให้ความเห็นว่าจารีตประเพณีที่เป็นที่ยอมรับว่ามีสภาพบังคับนั้น จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้⁴⁶

⁴⁴ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality, p. 174.

⁴⁵ Blackstone, 1B1.Com.67,68. Cited in John Chipman Gray, The Nature and Sources of the Law, p.188.

⁴⁶ Bernard Chantebout , Droit Constitutionnel et Science Politique (Paris : Economica, 1978) pp. 26-29. And Julien Laferrière , Manuel de Droit Constitutionnel , 2nd ed.,1947 , pp. 346-355. อ้างใน ไพโรจน์ ชัยนาม , สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค ความนำทั่วไป, (กรุงเทพมหานคร : สารศึกษาการพิมพ์, 2524) , หน้า 118-119.

1) ต้องให้มีการดำเนินปฏิบัติซ้ำอย่างเดียวกันบ่อย ๆ หรือต้องให้มีการตีความอย่างเดียวกันในตัวของรัฐธรรมนูญนั้น ภายในกำหนดเวลาที่มีระชนานพอควร การเคยปฏิบัติครั้งเดียวจะเป็นเพียง “สิ่งที่เคยปฏิบัติกันมา” (précédent) เท่านั้น การเคยปฏิบัติเพียงครั้งเดียว ไม่อาจจะเป็นผลมีอำนาจบังคับได้ จารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการกระทำซ้ำบ่อย ๆ ในสิ่งที่เคยปฏิบัติมา

อย่างไรก็ตาม สำหรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ก็มีนักวิชาการบางท่าน⁴⁷ เห็นว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นเกิดขึ้นได้โดยไม่ต้องมีลักษณะการกระทำซ้ำอีก ถ้าประชาชนทั้งหมดหรือองค์กรสูงสุดของรัฐรับรู้แล้ว

ในกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยปัญหาว่าการปฏิบัติระหว่างประเทศเพียงครั้งสองครั้ง จะถือว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่นั้น โดยให้ความเห็นว่า “จะต้องเป็นการปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกัน ไม่เปลี่ยนแปลง” (A constant and uniform usage) อย่างไรก็ตามการปฏิบัตินั้นแม้ว่ากระทำกันระหว่างรัฐเพียงครั้งสองครั้ง ถ้าปรากฏว่าไม่มีหลักฐานอื่นมาหักล้าง ก็ถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศได้⁴⁸

2) ต้องมีความสม่ำเสมอเป็นเนื่องใจ ไม่เปลี่ยนแปลง (constance) ในการแสดงท่าทีหรือในการตีความเช่นนี้ ถ้าสิ่งที่เคยปฏิบัติกันมามีความแตกต่างกัน และเป็นผลให้มีการตีความในตัวของเดียวกันไปคนละทาง จารีตประเพณีก็ไม่อาจจะถูกกำหนดให้เป็นความหมายอย่างใดแน่นอน

ทั้งนี้เพราะความแน่นอนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าทุก ๆ เหตุการณ์ที่เกิดขึ้น จะเป็นไปในทางเดียวกันหมด การกระทำหนึ่งที่เกิดขัดแย้งกับการกระทำที่แล้ว ๆ มา ทำให้จารีตประเพณีเริ่มเป็นที่สงสัย ถ้ามีการกระทำที่ขัดกันหลาย ๆ ครั้ง ก็ไม่เป็นจารีตประเพณีแล้ว⁴⁹

⁴⁷ Denis Lévy , “De l’ idée de coutume constitutionnelle à l’ esquisse d’ une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction” *Mélanges Ch. Eisenmann* , 1975 , pp.81 et s. อ้างใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร , “จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” *วารสารนิติศาสตร์* ปีที่ 19 ฉบับที่ 1 (มี.ค., 2532) : 76.

⁴⁸ โคมส ขวัญเมือง, *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง*, (กรุงเทพ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527), หน้า 49.

⁴⁹ Marcel prélot , Jean Boulouis , *Institutions politiques et droit constitutionnel* , Dalloz , 1984 p. 207. อ้างใน วิบูลย์ กัมมาระบุตร , “จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” : 76.

3) ต้องมีความชัดเจนในเหตุ (motifs) ของการกระทำหรือการตีความเช่นนั้น ถ้าองค์กรที่ปฏิบัติให้เหตุผลว่าที่ทำเช่นนั้นก็เพราะมีพฤติการณ์พิเศษ สิ่งที่เคยปฏิบัติกันมา ก็จะถือว่าชัดเจนไม่ได้ และไม่อาจจะถือเอาเป็นเรื่องที่ประกอบกันเป็นจารีตประเพณีได้

4) จะต้องมีการเห็นชอบพร้อมกันหรือส่วนมาก (consensus) ของบรรดาองค์กรในทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง และของมหาชนทั่วไป อำนาจบังคับทางกฎหมายของจารีตประเพณีจะมีได้ก็จากข้อเท็จจริงซึ่งบรรดาฝ่ายที่เกี่ยวข้องพากันถือว่าเป็นกฎหมาย ที่ทำหรือการตีความจากตัวบทซึ่งได้รับการปฏิเสธว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายจากส่วนที่สำคัญส่วนหนึ่งของมหาชน ไม่อาจจะเป็นจุดเริ่มต้นของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญต่อไปได้

2.2.2.2. ประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย

สำหรับนักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสได้แบ่งประเภทของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมาย โดยพิจารณาจากผู้ปฏิบัติจารีตประเพณี เป็น 2 ประเภท คือ

1) จารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของประชาชน

จารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของประชาชนเป็นระยะเวลานานพอสมควร ที่สามารถจะทำให้เกิดการวิวัฒนาการและพัฒนาขึ้นเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอน โดยมีการปฏิบัติกันทั่วไป และปฏิบัติตามโดยมีความรู้สึกว่สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติตาม (opinio necessitatis)

2) จารีตประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของศาล

วิธีปฏิบัติของศาล (the practice of courts) มีความเกี่ยวข้องกับจารีตประเพณี ซึ่งเป็นทฤษฎีกฎหมายของฝรั่งเศส ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีอีกประเภทหนึ่งคือ วิธีปฏิบัติของศาลที่ต่อเนื่อง (jurisprudence constante) ที่การตัดสินใจของศาลขึ้นกับการโต้แย้งปัญหาทางกฎหมาย หลักการที่ปรากฏจากวิธีปฏิบัตินี้กลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ผูกมัด⁵⁰

การให้สิทธิตามจารีตประเพณีกลายมาเป็นที่ยอมรับทั่วไป ก็อาจมีสภาพบังคับโดยศาล แม้จะไม่มีมาตรการกฎหมายอย่างเป็นทางการที่สัมพันธ์กัน และวิธีดังกล่าว จารีตประเพณีก็กลายมาเป็นที่มาของกฎหมาย⁵¹ อีกความเห็นหนึ่งมองว่าเพียงวิธีปฏิบัติของศาล (the practice of the courts)

⁵⁰ Charles Szladits, Guide to Foreign Legal Materials : French, German, Swiss, p.13.

⁵¹ Burton M. Leiser, Custom, Law and Morality, pp. 161-163.

จารีตประเพณีในทางศาล (the judicial custom) ก็สามารถทำให้มีกฎหมายของทางปฏิบัติหรือวิธีปฏิบัติในกฎหมายจารีตประเพณีได้⁵² แต่ความเห็นที่ยอมรับกันทั่วไปยอมรับว่าจารีตประเพณีที่มีผลดังเช่นกฎหมายอาจมีต้นฉบับจากทางปฏิบัติ จากวิธีปฏิบัติทางศาล (judicial practice) และจากเหตุหลายประการ จารีตประเพณีในทางศาลหรือทางปฏิบัติในทางศาล (usage juridique) อาจกลายเป็นกฎหมายที่ผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม⁵³

วิธีปฏิบัติของศาลจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้⁵⁴

- 1) มีลักษณะทั่วไป ที่ได้รับการปฏิบัติจากศาลทั้งหลายที่เป็นของตนเองแตกต่างกันตามลำดับกลุ่มชั้น
- 2) มีความเก่าแก่ที่เกี่ยวข้องกัน
- 3) เป็นที่รู้จักดีหรืออย่างน้อยก็สามารถค้นคว้าสืบหาได้ง่าย
- 4) ไม่เป็นที่โต้แย้งอีก (indiscuté) ที่ผู้พิพากษาเดินตามโดยปราศจากข้อสงสัยหรือความลังเล

แม้ว่าศาลจะปฏิบัติบ่อยครั้งในคำพิพากษาศาลที่เป็นไปได้ว่ากฎหมายที่ผูกมัดจะค่อย ๆ ปรากฏขึ้นจากวิธีปฏิบัติในทางศาล ผลที่ผูกมัดของกฎหมายจารีตประเพณี (customary rule) จะไม่มีต้นแบบจากที่อื่น แต่เป็นวิธีปฏิบัติในทางศาล⁵⁵ กฎเกณฑ์และหลักการที่ยอมรับกันอย่างเป็นประเพณี ที่ศาลนำมาประยุกต์ปรับใช้โดยปราศจากความลังเล จึงอาจจะมองได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ judge made law⁵⁶ กล่าวคือ ศาลได้พิพากษาเรื่องแบบเดียวกันด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันหลาย ๆ คดี อยู่อย่างสม่ำเสมอไม่เปลี่ยนแปลง แต่เป็นเรื่องยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้แน่นอนเกี่ยวกับระยะเวลา หรือความสม่ำเสมอของการพิพากษาคดีของศาลดังกล่าวว่า ควรจะมีการปฏิบัติตามมีระยะเวลายาวนานห่างกันเพียงใด⁵⁷ ทั้งจารีตประเพณีและกฎหมายมีลักษณะที่เป็นสถาบัน จารีตประเพณีที่มีบทบังคับในศาลแห่งจารีตประเพณี (court of custom) ซึ่งไม่เป็นทางการมีวิธีการที่แน่นอนน้อยกว่าศาลแห่งกฎหมาย (court of law) ที่เป็นรูปแบบ ทั้งศาลที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ

⁵² ดู E.Lambert, *La fonction du droit civil comparé* (1903) 799-804.

⁵³ Charles Szladits, *Guide to Foreign Legal Materials : French, German, Swiss*, p.13.

⁵⁴ Comp. Rép. *De droit civil v.i. "coutume"* nos. 23-27.

⁵⁵ *Ibid.*, nos. 55-69.

⁵⁶ Charles Szladits, *Guide to Foreign Legal Materials : French, German, Swiss*, p.14.

⁵⁷ บุญศรีรัตน์ สมบูรณ์, "การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัย ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 6.

ก็มีความจำเป็นในการมีอยู่ของกฎหมาย กฎหมายสามารถมีอยู่แม้ในที่ที่ไม่มีศาล และรูปแบบของจารีตประเพณีที่แน่นอนสามารถดำรงอยู่ได้แม้จะไม่มีบทบังคับ

กฎหมายบังคับใช้ในศาลและจารีตประเพณีเป็นรูปแบบของพฤติกรรมที่เป็นกิจวัตรสม่ำเสมอ ที่เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดของธรรมเนียมปฏิบัติ, พิธีการ, วิธีปฏิบัติ, ระเบียบ แต่ศาลไม่บังคับให้ ทั้งนี้ จารีตประเพณีและกฎหมายไม่เหมือนกันทุกอย่าง แต่ใช้อำนาจอิทธิพลเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง จารีตประเพณีเป็นเหตุที่ผู้พิพากษาทำคำพิพากษาที่เป็นอย่างอื่น และนำไปสู่การผ่านกฎหมายที่อาจจะไม่ผ่าน และกฎหมายเป็นเหตุให้ปรับปรุงวิธีปฏิบัติใหม่

2.3. ความแตกต่างระหว่างจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายกับหลักกฎหมายทั่วไป

2.3.1. ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปนั้น หมายถึงหลักกฎหมายที่ยอมรับนับถือกันอยู่ทั่วไปไม่เฉพาะประเทศหนึ่งประเทศใด และไม่หมายถึงกฎหมายภายในของไทยหรือของประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น⁵⁸ หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ หลักกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ในการร่างกฎหมายฉบับนั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้จะทราบได้จากการนำบทมาตราต่าง ๆ หลาย ๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณา และเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายหลายมาตราดังกล่าวแล้ว ก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างกฎหมายนำมาใช้ และการที่ศาลใช้ หลักกฎหมายทั่วไปบังคับแก่คดีเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ก็เพราะเหตุว่า หลักเหล่านั้นเป็นที่รับรองกันทั่วไปอาจจะเป็นในเขตท้องที่ของศาลนั้น หรือในประเทศหนึ่งหรือหลายประเทศ ซึ่งถ้าหากศาลไม่ใช้หลักเหล่านี้ก็ย่อมจะรู้สึกว่าเป็นการขัดต่อความรู้สึกของคนทั่วไป และถ้าใช้บังคับก็เพราะเห็นว่าตรงกับความรู้สึกของคนทั่วไป อีกนัยหนึ่งว่าหลักเหล่านี้เกิดมาจากจารีตประเพณี กล่าวคือ เกิดจากจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าเป็นประเพณีซึ่งใช้เฉพาะเขตท้องที่ของศาลที่ใช้จารีตประเพณีนั้น เกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ถ้าหลายประเทศได้ถือตามหลักกฎหมายทั่วไปนี้ปะปนกันอยู่กับจารีตประเพณีและมีข้อขัดข้องคล้าย ๆ กันอยู่ กล่าวคือ เป็นการยากที่จะพิสูจน์ได้⁵⁹

⁵⁸ ไพจิตร บุญญพันธ์, “หลักกฎหมายทั่วไป”, *ตุลาการ* ปีที่ 11 (2507) : 6.

⁵⁹ เอช เอกูต์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, (พระนคร : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477), หน้า 140-141.

ในกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ที่มาจากกฎหมายภายในประเทศและสามารถเอาไปใช้ได้ในประเทศ ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญาหรือกฎหมายจารีตประเพณีมาบังคับต่อกติ ศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาคดีนั้นได้ หลักเช่นว่านี้เป็นหลักซึ่งได้รับการยอมรับจากอารยะประเทศ การให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปก็เพื่อกันไม่ให้ใช้หลักความยุติธรรม (Principle d'equite) ในการตัดสินคดี อย่างไรก็ตาม มาตรา 38 ข้อ 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้บัญญัติว่า “ศาลมีอำนาจใช้หลักความยุติธรรมในการตัดสินคดีได้ก็ต่อเมื่อ ผู้พิพากษาทั้งสองฝ่ายตกลงกัน” นั่นก็หมายความว่า ถ้าไม่มีสนธิสัญญาหรือจารีตประเพณี ศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปมาตัดสินก่อนเว้นแต่หลักกฎหมายทั่วไปไม่อาจจะบังคับต่อกตินั้น ศาลจึงจะนำเอาหลักความยุติธรรมมาใช้บังคับ⁶⁰

เนื่องจากการใช้กฎหมายโดยศาลนั้น ศาลไม่อาจปฏิเสธการพิจารณาคดีได้ โดยอ้างว่าไม่สามารถค้นหาหลักกฎหมายมาใช้ในการตัดสินคดีได้ ดังนั้นศาลจึงจำเป็นต้องค้นหาหลักกฎหมายมาตัดสินคดี ดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีบทบาทสำคัญที่ศาลสามารถนำไปใช้ได้ในการวินิจฉัยคดี หลักกฎหมายทั่วไปนั้น แต่ละประเทศโดยส่วนมากนั้น ได้บัญญัติไว้ เพื่อให้การใช้กฎหมายและการตีความกฎหมายนั้นสะดวกและก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นมากที่สุด เช่นในการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 4 ได้บัญญัติถึง “หลักกฎหมายทั่วไป”⁶¹ ในส่วนของหลักกฎหมายมหาชนนั้น หลักกฎหมายทั่วไป (principes generaux du droit) มีส่วนสำคัญเช่นกันในฐานะที่มาของกฎหมายมหาชน เมื่อไม่สามารถค้นหาหลักกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้แล้ว จึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยกฎหมายนั้นมีอยู่เกิดขึ้นแล้วตามธรรมชาติ แม้มิได้บัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม และแม้ว่าเอาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ตามธรรมชาติมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ก็ไม่ได้หมายความว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะสิ้นสภาพ หลักกฎหมายทั่วไปยังคงมีอยู่ ถ้าหากว่า ได้นำมาบัญญัติเป็นตัวบทยังไม่หมดหรือยังไม่ได้⁶²

⁶⁰ โกเมศ ขวัญเมือง, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, หน้า 49.

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรค 2 บัญญัติว่า...ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

⁶² ไพจิตร ปุญญพันธ์, “หลักกฎหมายทั่วไป” : 7.

2.3.2. ความแตกต่างระหว่างจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายกับหลักกฎหมายทั่วไป

ทั้งหลักกฎหมายทั่วไปและจารีตประเพณี ต่างก็เป็นหลักเกณฑ์ที่เกิดจากความประพฤติหรือระเบียบแบบแผนที่ยอมรับกันทั่วไปในสังคม ความคล้ายคลึงกันนี้จึงทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองนี้มีส่วนสัมพันธ์กัน ซึ่งผลที่ได้รับอาจทำให้แนวความประพฤติหรือหลักเกณฑ์ที่ได้รับการยอมรับมีความเห็นของนักกฎหมายแยกเป็นสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อีกฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นจารีตประเพณีได้

อย่างไรก็ตาม ความหมายของจารีตประเพณีนั้น น่าจะเป็นเรื่องเฉพาะท้องถิ่น จึงทำให้จารีตประเพณีเป็นเรื่องที่เกิดในท้องถิ่นของประเทศใดประเทศหนึ่ง และเรื่องเดียวกันจารีตประเพณีของประเทศหนึ่งอาจไม่ตรงกับอีกประเทศหนึ่งก็ได้ หรืออาจจะตรงกันก็ได้ ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเรื่องที่ยอมรับกันทั่วไปในประเทศต่าง ๆ ทั่วไป ในลักษณะที่เป็นการยอมรับกันเป็นสากลไม่เฉพาะประเทศใดประเทศหนึ่ง ในกรณีที่จารีตประเพณีเรื่องเดียวกัน ในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์ที่ตรงหรือเหมือนกันแล้ว อาจจะทำให้จารีตประเพณีมีลักษณะที่ซ้อนกันอยู่กับหลักกฎหมายทั่วไปได้ ซึ่งถือเป็นหลักที่นานาประเทศยอมรับ โดยขึ้นอยู่กับว่ามีจารีตประเพณีในประเทศนั้น ๆ ว่ามีขอบเขตในการยอมรับโดยขึ้นอยู่กับจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่นนั่นเอง

ความแตกต่างระหว่างหลักเกณฑ์กฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้มาจากองค์ประกอบของกฎหมายจารีตประเพณี (คือไม่ได้มาจากการปฏิบัติและความเชื่อมั่น) แต่หลักกฎหมายทั่วไปมาจากหลักกฎหมายภายใน ฉะนั้นหลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่ขึ้นอยู่กับจารีตประเพณี⁶³ สำหรับศาลแล้ว การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป ศาลทำได้โดยสกัดจากบทบัญญัติกฎหมายฉบับก่อน ๆ หรือสร้างหลักกฎหมายทั่วไปจากคดีเฉพาะคดี ทั้งนี้ ศาลจะอ้างว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้ได้มีอยู่แล้ว ศาลเพียงแต่ค้นพบหรือสกัดออกมาเพื่อนำมาปรับใช้เท่านั้น แต่สำหรับจารีตประเพณีแล้ว เป็นสิ่งที่ศาลไม่ต้องค้นหา เพราะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสังคมหนึ่ง ๆ การจะกล่าวอ้างจารีตประเพณีก็ต้องมีการพิสูจน์

⁶³ โคมศ ขวัญเมือง, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, หน้า 53.

3. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

3.1. ความหมายและที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

3.1.1. ความหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญมีบทบาทที่เป็นปัจจัยสำคัญในทฤษฎีระบบการปกครองอังกฤษ ชื่อเรียกหลาย ๆ ชื่อแสดงให้เห็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายของพฤติกรรมทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักปฏิบัติ (maxims) การปฏิบัติ (practices) จารีตประเพณี (customs) ความเคยชิน (usages) แนวทาง (precepts) และธรรมเนียมปฏิบัติ (conventions) กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ยกขึ้นมาไม่่ง่ายที่จะแยกว่าอะไรควรเรียก ธรรมเนียม (traditions) หลักการ (principles) และหลักการ (doctrines)⁶⁴

กฎเกณฑ์ที่กล่าวมานั้น John Stuart Mill⁶⁵ เรียกว่า หลักปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรทางรัฐธรรมนูญ (the unwritten maxims of the constitution) อีก 20 ปีต่อมา Dicey⁶⁶ เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (the conventions of the constitution) ซึ่ง Sir William Holdsworth⁶⁷ กล่าวว่า Dicey นำความคิดนี้มาจาก Freeman ขณะที่ Anson⁶⁸ เรียกว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (the custom of the constitution) หลักการของกฎหมายคอมมอนไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่อยู่ภายนอกกฎหมาย

กฎเกณฑ์แห่งความประพฤติทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการปฏิบัติโดยรัฐาธิปัตย์ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่น สมาชิกสภาผู้พิพากษาและข้าราชการบริหาร ซึ่งหากถูกละเมิดศาลและบทลงโทษในทางตุลาการจะไม่บังคับให้ กฎเกณฑ์นี้มีชื่อเรียกหลายอย่าง เช่น ศีลธรรมทาง

⁶⁴ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability, (Oxford : Clarendon Press, 1984), p. 3.

⁶⁵ John Stuart Mill, Utilitarianism, Liberty Representative Government (London : Dent, 1960), p.87.

⁶⁶ Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10th ed., (London : Macmillan Press, 1975), p.22.

⁶⁷ Sir William Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" 17 Iowa Law Review : 161.

⁶⁸ Sir William Anson, Law and Custom of the Constitution, vol. I, 4th ed., p.23.

รัฐธรรมนูญ (the positive morality of the constitution)⁶⁹ กฎที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญ (the unwritten maxims of the constitution)⁷⁰ และระบบทั้งหมดของศีลธรรมทางการเมือง “หลักเกณฑ์ทั้งหมดของคำสั่งสอนเพื่อเป็นแนวทางของบุคคลสาธารณะ” (a whole system of political morality, a whole code of precepts for the guidance of public men)⁷¹ แต่จากอิทธิพลของไคซี ในสถานการณ์นี้เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ (constitutional convention) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นการอธิบายความประพจน์ที่เป็นวิธีปฏิบัติทางจารีตประเพณี และรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ความประพจน์ที่ผูกมัด⁷²

John Mackintosh⁷³ อธิบายว่ารัฐธรรมนูญเป็นวิธีปฏิบัติทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป แนวบรรทัดฐานหรือการนำมาใช้ที่ประสบผลสำเร็จที่ได้รับบันทึกเป็นการทั่วไป หรือ Marshall และ Moodie⁷⁴ อธิบายว่าเป็นกฎเกณฑ์ของความประพจน์ในทางรัฐธรรมนูญที่ผูกมัดต่อผู้ที่ต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแต่ไม่บังคับใช้กับศาลหรือโดยการประชุมในรัฐสภา

Sir Kenneth Wheare⁷⁵ ได้จำกัดความถึงธรรมเนียมปฏิบัติไว้ใน Modern Constitutions ว่า “กฎเกณฑ์ที่ยอมรับความประพจน์ว่าต้องปฏิบัติตามโดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามรัฐธรรมนูญ” ในทำนองเดียวกัน ศ. โอ ฮูด ฟิลลิป (Prof. O. Hood Phillips) เสนอคำจำกัดความ “กฎเกณฑ์ของวิธีปฏิบัติทางการเมืองที่ได้รับการนับถือในฐานะที่ผูกมัดโดยผู้ที่ต้องนำมาใช้” กฎเกณฑ์เกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เป็นกฎหมาย ส่วนใหญ่แล้วจะเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่ขององค์กรและหน่วยงานหลักของระบบการปกครองและเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและหน่วยงานเหล่านั้น

⁶⁹ John Austin, The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence, (London : Weidenfeld and Nicolson, 1861), p.259.

⁷⁰ ดู John Stuart Mill , Utilitarianism,Liberty Representative Government, ch . 5.

⁷¹ E.A. Freeman , Growth of English Constitution , p. 109.

⁷² J.D.B Mitchell , Constitutional Law , p. 39.

⁷³ Mackintosh , The British Cabinet , p. 13.

⁷⁴ Geoffrey Marshall and Graeme C. Moodie, Some Problems of the Constitution, 5th ed. (London : Hutchinson University Library, 1971), pp. 22-23.

⁷⁵ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p. 1, 11.

De Smith⁷⁶ ได้กล่าวว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่ เป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตามในขั้นแรก ไม่มีองค์ประกอบอย่างเพียงพอของกฎเกณฑ์ในขั้นที่สองของการตระหนักรับรู้ การตีความหรือการปรับตามคำพิพากษา ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่จะเป็นทางปฏิบัติ ความเข้าใจ และเป็นวิธีปฏิบัติที่ผูกมัด สิ่งเหล่านี้เป็นรูปแบบของพฤติกรรมทางการเมืองที่จะต้องปฏิบัติตาม

Geoffrey Marshall ได้สรุปธรรมเนียมปฏิบัติในอาณาบริเวณการปกครองของอังกฤษและเครือจักรภพไว้ว่า⁷⁷

1. ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นข้อบังคับที่อธิบายถึงสิทธิที่สำคัญที่ไม่เป็นกฎหมาย, อำนาจและการที่ข้าราชการในองค์กรทั้งสามอำนาจจะต้องปฏิบัติตาม (ซึ่งมีประโยชน์ในการจำแนกการกำหนดภาระหน้าที่จากธรรมเนียมปฏิบัติอย่างถูกต้องเหมาะสม)

2. ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นความมุ่งหมายทั่วไปที่มีความสำคัญในการทำงานอย่างมีประสิทธิภาพในทางการเมือง

3. ธรรมเนียมปฏิบัติในแทบทุกกรณีมีเพียงสถานะในเวลาทั่ว ๆ ไปและเอามาปรับใช้ได้บางสถานการณ์ที่ชัดเจน แต่ในสถานการณ์อื่นที่ไม่ชัดเจนก็อาจมีการโต้แย้งถกเถียงเป็นปัญหา

4. ธรรมเนียมปฏิบัติไม่จำเป็นต้องมีเหตุผลที่จะต้องอธิบายให้อินยอมปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดภาระหน้าที่ว่าเมื่อใดที่จะต้องทำตาม (ตรงกันข้ามกับไม่ทำตาม, ไม่ยอมรับหรือถูกเปลี่ยนแปลง) ซึ่งได้ยอมรับเป็นแนวทางว่าต้องทำตาม

5. ธรรมเนียมปฏิบัติแยกออกจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ทั้งนี้อาจจะมีความสำคัญเท่าเทียมกัน หรือสำคัญมากกว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายก็ได้

6. ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้โดยวิธีปฏิบัติที่นำมาใช้หรือการบังคับใช้ของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย

7. ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นที่มาโดยตรงของสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย แต่อาจจะใช้หรือร้องขอต่อศาลในการปรับใช้หรือการตีความในกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่

8. ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะถูกรวมไว้โดยการอ้างอิง หรือกำหนดเฉพาะไว้ในวิธีการตามรัฐธรรมนูญที่ได้ประกาศใช้ใหม่ ๆ หรือโดยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย

9. ในบางกรณีกฎหมายอาจจะพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่ยังมีอยู่ที่ได้รับการรับรองหรือประกาศโดยคำประกาศในการพิพากษาอรรถคดี

⁷⁶ De Smith and Stanley Alexander, Constitutional and Administrative Law, 4th ed. (Harmondsworth : Penguin Books, 1981), pp. 50-51.

⁷⁷ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.210-211.

ธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับอย่างมากกับการใช้พระราชอำนาจของ กษัตริย์และโดยมุ่งหมายว่าเป็นพระราชอำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่โดยปกติแล้วเป็นพระราช อำนาจของกษัตริย์ แต่ได้ดำเนินการปฏิบัติโดยรัฐมนตรีตามหลักความรับผิดชอบและความเป็น ตัวแทนของรัฐบาล ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกรอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีและปรากฏการณ์ทาง การเมือง บ่อยครั้งที่ใช้ปรับปรุงกฎเกณฑ์ตามกฎหมาย นอกจากนี้กฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติที่ ควบคุมพระราชอำนาจของกษัตริย์ต่างก็เป็นความสัมพันธ์ทางรัฐธรรมนูญระหว่างบุคคลในระบบ การปกครองกับสถาบันต่าง ๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของกฎเกณฑ์ทางคุณลักษณะทาง ธรรมเนียมปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับนายกรัฐมนตรี ความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐบาลทั้งหมดกับรัฐสภา ความสัมพันธ์ระหว่างสภาทั้งสอง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐมนตรี กับข้าราชการพลเรือน ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐมนตรีกับกระบวนการยุติธรรม ความสัมพันธ์ ระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศสมาชิกในเครือจักรภพ⁷⁸

สมบัติ ชำรงธัญวงศ์⁷⁹ ให้ความหมายว่าธรรมเนียมปฏิบัติ (convention) คือ กฎระเบียบที่ได้ ประพฤติปฏิบัติมาเป็นระยะเวลานานเหมือนกฎเกณฑ์ในทางกฎหมาย แต่ศาลไม่มีอำนาจบังคับ ไม่มีผลตามกฎหมาย กฎระเบียบเหล่านี้มาจากการปฏิบัติกันจนเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ได้แก่ ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ และการบริหาร โดยคณะรัฐมนตรี ตัวอย่างเช่น พระมหากษัตริย์ให้ความเห็นชอบในกฎหมายที่ได้ผ่านการพิจารณาของสภาแล้ว หรือ นายกรัฐมนตรีและรัฐบาลลาออกหรือยุบสภา เมื่อได้รับคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจจากสภาสมาญ เป็นต้น ธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านี้ยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาอย่างเคร่งครัด เสมือนหนึ่งได้กำหนดไว้ เป็นกฎหมาย

อนันต์ เกตุวงศ์⁸⁰ ได้ให้ความหมายว่า หลักปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (The Conventions of Constitution) ได้แก่ กฎข้อบังคับหลักเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร ความเข้าใจหรือความจริง (Maxims) ของพฤติกรรมทางการเมือง ซึ่งมีได้เกิดขึ้น โดยกฎหมาย มิได้เป็นคำพิพากษาของศาล และมีได้เป็นจารีตประเพณีในรัฐสภา แต่เกิดขึ้น โดยวิธีที่นอกเหนือไปจากวิธีดังกล่าว และอำนาจ บังคับเกิดขึ้นจากการยอมรับของประชาชน วัตถุประสงค์ที่นำมาบรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญอังกฤษก็ เพื่อที่จะทำให้พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี และรัฐสภา รับผิดชอบต่อเจตจำนงของประชาชน

⁷⁸ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.4.

⁷⁹ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, *การเมืองอังกฤษ*, หน้า 70-71.

⁸⁰ อนันต์ เกตุวงศ์, *ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย*, (พระนคร : โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), หน้า 27.

วิทยา นภาศิริกุลกิจ⁸¹ ได้ให้คำอธิบาย ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the Constitution) ว่า คือ กฎข้อบังคับต่าง ๆ ที่เป็นผลจากการปฏิบัติทางการเมืองจนเป็นที่ยอมรับกันโดยมหาชนทั่วไปในประเทศอังกฤษ แม้กฎข้อบังคับเหล่านี้จะไม่มีผลบังคับทางกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม้อาจจะมีการละเมิดได้

Joseph Jaconelli ให้ความเห็น ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ผูกมัดแบบแผน ความประพฤติอย่างไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งเห็นได้จากขบวนการทางการเมืองที่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ เป็นที่เข้าใจว่าเป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมที่ปกครองความสัมพันธ์ ระหว่างพรรคการเมืองหรือสถาบันการปกครอง นอกจากนี้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางสังคมที่เป็นลักษณะทางรัฐธรรมนูญ แบบแผนภายในพรรคการเมืองที่ไม่ถูกต้องที่สอดคล้องกับสภาพธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ที่ต่างก็เป็นการทดสอบรายละเอียดการทดสอบของสถานะธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ก่อนหน้า ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของทางจิตใจของรัฐธรรมนูญ⁸²

Allan อ้างในคดี GCHQ⁸³ ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ เป็นที่มากขึ้นแรกเริ่มของหลักการทางกฎหมาย ในเรื่องระเบียบ พระราชอำนาจ⁸⁴ Allan ได้ให้ข้อสรุป 2 ประการ ประการแรก Allan สันนิษฐานว่า วิธีปฏิบัติมีบทบาทต่อการให้เหตุผลของ สภาขุนนางในการสร้างธรรมเนียมปฏิบัติ แต่ใช้วิธีปฏิบัติ ก็ไม่ได้ แสดงให้เห็นในตัวเองว่า มีความสำคัญต่อการเกิดของธรรมเนียมปฏิบัติ ประการที่สอง วิธีปฏิบัติ มีคุณสมบัติเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แม้จะโต้แย้งได้ว่าไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ⁸⁵

Allan ได้บันทึกข้อสงวนที่แสดงไว้ โดย Hood Phillips ลักษณะที่ไม่เป็นทางการที่ควบคุมรูปแบบที่ไม่เป็นทางการของ The civil service นั้นไม่ใช่สาระสำคัญของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตามแม้ว่าวิธีปฏิบัติก่อนหน้านี้ที่แสดงในคดี GCHQ ที่จัดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไว้อย่างเหมาะสมที่ศาลจะนำมาประยุกต์ใช้ในฐานมาตรฐานที่ถูกต้องจึงอาจกล่าวได้ว่า

⁸¹ วิทยา นภาศิริกุลกิจ, ระบบการเมืองอังกฤษ, (นครหลวง : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515), หน้า 29.

⁸² Joseph Jaconelli , “The Nature of Constitutional Convention” , Legal Studies 19/1 (March , 1999) : 24.

⁸³ Council of Civil Service Unions V. Minister for the Civil Service (1985) AC 387

⁸⁴ Allan , Law , Liberty and Justice : The Legal Foundations of British Constitionalism (Oxford : Clarendon Press , 1993) , p . 242

⁸⁵ Joseph Jaconelli , “The Nature of Constitutional Convention” : 25.

เป็นการบังคับใช้กฎหมายของธรรมเนียมปฏิบัติจึงเป็นความแตกต่างที่เป็นพื้นฐานระหว่างศาลที่บังคับใช้กฎหมาย เพราะ เป็นการผูกมัดทางกฎหมายและเป็นการเลือกสร้างกฎหมายที่มีเนื้อหาสาระจากธรรมเนียมปฏิบัติกฎหมายจึงมีพื้นที่หลากหลายที่วิธีปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ศาลจะนำมาปรับปรุง⁸⁶

สรุปได้ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดควบคุมความประพฤติของบุคคลที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นผู้ปฏิบัติ โดยมากจะเกี่ยวข้องกับภาระหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางรัฐธรรมนูญ

3.1.2. ที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น เป็นบรรดาวิธีการปฏิบัติที่เกิดจากการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร และได้รับการเคารพนับถือว่าเป็นบทบัญญัติที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่ในเรื่องนี้มักจะมีปัญหาอยู่เสมอ ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรว่าวิธีการปฏิบัตินั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยรัฐสภาเป็นส่วนใหญ่หรือบางคราวก็ฝ่ายบริหาร จะรับรองให้ใช้ได้เพียงไร⁸⁷

Sir Ivor Jennings เสนอเหตุผลในการสร้างธรรมเนียมปฏิบัติ 2 ประการ 1) การยอมรับต้องปฏิบัติเป็นการทั่วไป 2) มีเหตุผลหรือจุดมุ่งหมายถึง ความต้องการทางปกครองตามรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ ดังนั้น แนวบรรทัดฐานหนึ่งอาจสร้างธรรมเนียมปฏิบัติขณะที่แนวบรรทัดฐานที่มีความเป็นมายาวนาน อาจไม่ได้สร้างธรรมเนียมปฏิบัติ⁸⁸

การปกครองสมัยใหม่ที่มีความซับซ้อน เป็นเหตุให้มีหน้าที่ตามกฎหมายจำนวนมาก ที่มอบอำนาจความรับผิดชอบให้แก่ฝ่ายบริหารอำนาจที่มีแต่เดิมยังคงนำมาใช้ในนามของพระราชินี แม้ว่าเมื่อธรรมเนียมปฏิบัติจะมอบความไว้วางใจไปยังรัฐมนตรีแล้ว บทบัญญัติสมัยใหม่ตระหนักถึงธรรมเนียมปฏิบัติและอำนาจที่แสดงโดยรัฐมนตรี เฉพาะบุคคลจำนวนมาก เมื่อรัฐสภามอบอำนาจให้แก่รัฐมนตรีคนหนึ่ง อำนาจก็จะถูกใช้โดยรัฐมนตรี ดังนั้นเช่นผู้ใช้กฎหมายแต่เป็นอำนาจที่ใช้ในนามของกษัตริย์น้อยหรือไม่มีเลย ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดความรับผิดชอบของรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือส่วนรวมเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่กำหนดให้รัฐมนตรีต้องมีความรับผิดชอบต่อ

⁸⁶ Ibid, p. 25,

⁸⁷ ไพโรจน์ ชัยนาม , สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 118.

⁸⁸ O. Hood Phillips , Constitutional and Administrative Law , 5th ed. , (London : Sweet & Maxwell Ltd. , 1973), p.82.

รัฐสภาในฐานะที่ใช้อำนาจพิเศษที่กฎหมายให้รับผิดชอบต่อกษัตริย์แต่ก็ไม่ได้มีเพียงส่วนของอำนาจฝ่ายบริหารที่ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นที่มาที่สำคัญของกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁸⁹

ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะก่อตั้งขึ้นมาได้หลายทาง บ่อยครั้งที่เกิดขึ้นจากความต่อเนื่องของแบบอย่างที่ยอมรับให้เป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติที่ผูกมัดและอาจเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วก็ได้ อาจจะมีการยอมรับกันระหว่างประชาชนเกี่ยวกับการปฏิบัติในวิธีการพิเศษและปรับปรุงกฎเกณฑ์ความประพฤติโดยเฉพาะ ซึ่งไม่ได้เป็นผลที่เกิดจากจารีตประเพณี ไม่มีประวัติศาสตร์มาก่อนในฐานะที่เป็นทางปฏิบัติ⁹⁰ ภายใต้ร่างกฎหมายในปี ค.ศ. 1688 ได้จำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ให้ดำรงพระราชสถานะเป็นพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ (a constitutional monarchy) โดยธรรมเนียมปฏิบัติไม่จำเป็นต้องมีมานาน หรือเก่าแก่โบราณอย่างกฎหมายจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติส่วนมากมีพื้นฐานจากวิธีปฏิบัติ (usage)⁹¹

ตัวอย่างเช่น ในอเมริกา วิธีปฏิบัติงานของฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีสหรัฐคนสำคัญ ๆ ได้ให้ความหมายของรัฐธรรมนูญไว้โดยวิธีการปฏิบัติงานของท่านในฐานะที่เป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ประธานาธิบดีคนแรกก็มีความสำคัญมากในเรื่องนี้ นับว่าเป็นผู้ที่ให้ความหมายอันแท้จริงของรัฐธรรมนูญไว้มากที่สุด นโยบายการเป็นกลางของสหรัฐก็เป็นความคิดซึ่งยังไม่เปลี่ยนแปลงจนกระทั่งฮิตเลอร์มีอำนาจขึ้นมา นอกจากนี้ วอชิงตันเป็นผู้วางประเพณีการอยู่ในตำแหน่งประธานาธิบดีเพียง 2 สมัย (8 ปี) เท่านั้น ซึ่งได้รับการปฏิบัติตามจนกระทั่งปี 1940 อันเป็นปีที่ประธานาธิบดีรูสเวลท์สมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีครั้งที่ 3 และได้รับเลือกด้วย เจฟเฟอร์สัน เมื่อเป็นประธานาธิบดีไม่แน่ใจว่าจะมีอำนาจซื้อที่ดินในเขตลุยเซียนา (ที่เรียกว่า Louisiana Purchase ซึ่งขณะนี้เป็นดินแดนของรัฐถึง 3 รัฐด้วยกัน) แต่ได้ตัดสินใจซื้อจากนโปเลียนอันเป็นเหตุให้เกิดระเบียบการปฏิบัติตัวอย่าง (Precedent) ขึ้น ในแง่ที่ว่าประธานาธิบดีสหรัฐอาจได้มาซึ่งดินแดนของสหรัฐเป็นการเพิ่มเติมได้โดยการซื้อหรือโดยสัญญาได้โดยไม่จำเป็นต้องได้มาโดยชัยชนะในสงครามเสมอไป ประธานาธิบดีเจ็คสันเป็นผู้ใช้อำนาจยับยั้งและอำนาจถอดถอนข้าราชการจนกลายเป็นตัวอย่างในการปฏิบัติของประธานาธิบดี ในสมัยต่อมาเพราะเจ็คสันเป็นประธานาธิบดีคนแรกที่ใช้อำนาจนี้อย่างเสรี เจ็คสันได้ต่อสู้อย่างเข้มแข็งในการที่รัฐเซาท์ คาโรไลนาไม่ยอมปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกโดยสภาองเกรส โดยอ้างว่าเป็นการทำลายอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งทำให้ลิงคอล์นได้ทราบเป็นตัวอย่างที่จะดำเนินการต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ

⁸⁹ E.S.C. Wade and A.W. Bradley, Constitutional Law, 8th ed. (London; Longman Group Ltd., 1971), p.81.

⁹⁰ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.9.

⁹¹ O. Hood Phillip, Constitutional and Administrative Law, p.81.

ประธานาธิบดีธีโอดอร์ รูสเวลต์ ได้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่ เป็นเหตุให้ประธานาธิบดีต่อมาเจริญรอยตาม เช่นใช้อำนาจเป็นผู้บัญชาการทหารสูงสุดของสหรัฐ โดยการจี้มนำกองทหารปราบปรามกองโจรเม็กซิกันเข้าไปในเม็กซิโกเป็นต้น ส่วนลิ่งคอล์น วิลสัน แพลงคลินดี รูสเวลต์ และทรูแมน เป็นผู้ที่ทำให้เกิดการใช้อำนาจในการทำสงคราม (ไม่ใช้อำนาจประกาศสงคราม) โดยความยินยอมของสภาองเกรส⁹²

ที่มาของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ มีรูปแบบของที่มาเช่นเดียวกันกับที่มาของจารีตประเพณี ซึ่งเป็นแนวทางการประพฤติของคนกลุ่มหนึ่งที่ต่อมาแนวทางปฏิบัตินั้นได้รับการยอมรับจากสังคม โดยบุคคลในสังคมหรือกลุ่มนั้นเป็นบุคคลที่ดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญที่ใช้ในการปกครองประเทศ ได้แก่ พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาสามัญ และ สมาชิกสภาขุนนางหรือวุฒิสภา เป็นต้น ที่ในบางครั้งแนวทางปฏิบัติที่ก่อให้เกิดเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจไม่จำเป็นต้องมีอายุการใช้ปฏิบัติมาเป็นเวลานานก็ได้ เพียงแต่ประชาชนและผู้ถือปฏิบัติที่อยู่ภายใต้ต้องกระทำตามรัฐธรรมนูญยอมรับปฏิบัติตาม ซึ่งจารีตประเพณีที่ใช้จะเป็นสิ่งที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ในทางการเมืองการปกครองประเทศ

3.2. ความสัมพันธ์กันของกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติมีความสัมพันธ์กับกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นส่วนที่เติมเต็มบทบาทที่สำคัญในรัฐธรรมนูญ ดังที่ J. Harvey and L. Bather ได้กล่าวไว้ในหนังสือ *The British Constitution* ดังนี้⁹³

ประการแรก ช่วยให้เกิดไปอย่างเรียบร้อย ตัวอย่างเช่น การจัดการสนับสนุนประธานสภาคณะกรรมการสามัญ สะท้อนให้เห็นถึงองค์ประกอบของสภา สภาคู่ และการจัดสรรที่ยุติธรรมของการโต้แย้งระหว่างพรรคการเมือง ตัวแทนทั้งหมดที่สนับสนุนการทำงานอย่างมีประสิทธิภาพของรัฐสภา

⁹² เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, *การปกครองสหรัฐอเมริกา*, (พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2504), หน้า 94-95.

⁹³ J. Harvey and L. Bather , *The British Constitution* ,3 ed., (London : Macmillan Education Ltd. , 1974), p.520.

ประการที่สอง ธรรมเนียมปฏิบัติมีความแข็งตายตัวน้อยกว่ากฎหมาย มีความยืดหยุ่นในสถาบันการปกครองซึ่งยอมรับถึงกฎเกณฑ์หน้าที่เกี่ยวกับรัฐมนตรีที่แน่นอนที่ได้ทำให้สมบูรณ์จากสภาสามัญ ซึ่งมีความยืดหยุ่นเพียงพอ

สำหรับในประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่ได้หมายความว่ารัฐ ๆ นั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ ขณะที่สหราชอาณาจักรปฏิเสธการรวบรวมกฎเกณฑ์พื้นฐานของสังคมให้อยู่ในเอกสารฉบับเดียว ก็ได้อ้างขนบธรรมเนียมประเพณีกฎเกณฑ์พื้นฐานต่าง ๆ ซึ่งส่วนใหญ่กระจัดกระจายอยู่ตามพระราชบัญญัติ เช่น ใน Representation of People Act 1832 , Parliament Act 1949 และ Minister of the Crown Act 1937 เป็นต้น รัฐทุกรัฐที่มีเอกสารรัฐธรรมนูญ ย่อมมีกฎหมายอื่นประกอบรัฐธรรมนูญ ทั้งที่ได้บัญญัติไว้และไม่ได้บัญญัติไว้ ด้วยเหตุดังกล่าวนักรัฐศาสตร์ภาคพื้นยุโรปจึงได้จำแนกกระหว่างรัฐธรรมนูญตามรูปแบบ ซึ่งได้แก่เอกสารฉบับเดียวที่เราเรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญ” กับรัฐธรรมนูญตามเนื้อหาที่ประกอบด้วยบทบัญญัติต่าง ๆ ของกฎหมาย และประเพณีการปกครอง⁹⁴

3.2.1. ระบบที่มีลักษณะจารีตประเพณีเกือบทั้งหมด : อังกฤษ

3.2.1.1. ที่มาและความสำคัญของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

กฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษมีที่มาจากหลายแหล่งรวมทั้งธรรมเนียมปฏิบัติด้วยธรรมเนียมประเพณีรัฐธรรมนูญ (constitutional customs) จัดอยู่ในประเภทกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่จัดเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งประเทศอังกฤษนั้น นอกจากมีตัวบทที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ส่วนหนึ่ง อาทิ กฎบัตรใหญ่ (Magna Carta, 1215), คำร้องขอสิทธิ (Petition of Rights, 1628), บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights, 1689), พระราชบัญญัติว่าด้วยรัฐสภา (Act of Parliament, 1911, 1949) แล้ว ระบบรัฐธรรมนูญอังกฤษอาศัยธรรมเนียมประเพณีรัฐธรรมนูญที่เป็นมาช้านาน ดังนั้นจึงมีผู้จัดระบบรัฐธรรมนูญอังกฤษเข้าอยู่ในประเภท “รัฐธรรมนูญที่ไม่จัดเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร”⁹⁵ ในประเทศต่าง ๆ มีกฎเกณฑ์พื้นฐานที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญ แต่ในอังกฤษไม่มีเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรปรากฏออกมา กฎเกณฑ์การปกครองจึงเป็นประเพณีปฏิบัติทาง

⁹⁴ วรวิทย์ กนิษฐเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521), หน้า 58.

⁹⁵ ปรีดี พนมยงค์, ประชาธิปไตย และ รัฐธรรมนูญเบื้องต้น กับ การร่างรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์นิติเวช, 2517) หน้า 25.

การเมืองที่พบได้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รู้จักกันในฐานะกฎหมายบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติรัฐสภาในการตีความตัดสินคดีของศาล ทั้งทางกฎหมายบัญญัติ หรือคอมมอนลอว์ และธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ต่างก็มีผลผูกพันเท่า ๆ กัน⁹⁶ ทั้งนี้เพราะประเทศอังกฤษเป็นชาติที่ยึดมั่นในขนบธรรมเนียมประเพณีมากจนถึงกับใช้ธรรมเนียมประเพณีเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁹⁷ กฎหมายของอังกฤษนั้นเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Law) โดยมีที่มาจากจารีตประเพณี (Custom)⁹⁸

หลักสำคัญในการปกครองหลายประการเป็นเรื่องของธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เว้นแต่จะมีการแก้ไขโดยพระราชบัญญัติ ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติต่าง ๆ มิได้มีการเขียนบัญญัติไว้ในราชกิจจานุเบกษาหรือในคำพิพากษาศาล เพราะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และเป็นสิ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญสามารถดำเนินการอยู่ได้จนถึงปัจจุบัน กฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติที่มีได้บันทึกไว้ตามกฎหมายนี้ เรียกกันว่า "ประเพณี" (conventions) ของรัฐธรรมนูญ มีผู้คิดว่าการที่ประเพณีได้รับการเคารพเป็นเพราะถ้าหากไม่ได้รับการเคารพ แล้วการละเมิดกฎหมายเองก็จะต้องเกิดขึ้น ประเพณีก็เป็นเพียงกฎเกณฑ์ หลักปฏิบัติและวิธีการที่เป็นที่ยอมรับกัน โดยผู้ที่มีความคิดเห็นแบบที่มีความรับผิดชอบว่าเป็นวิธีที่เหมาะสมด้วยเหตุผล ควรแก่การยอมรับในสถานการณ์ซึ่งถ้าไม่ยอมรับแล้วจะก่อให้เกิดการขัดแย้งหรือยุ่งยากให้กับการดำเนินงานของรัฐบาล สถานการณ์ที่คล้ายคลึงกันอาจเกิดขึ้นได้เสมอ เมื่อสถานการณ์หนึ่งเกิดขึ้นและได้พบทางที่เห็นพ้องต้องกันว่าจะแก้ปัญหาได้และนำมาใช้ได้ผลแล้ว เมื่อเกิดสถานการณ์เช่นนั้นขึ้นอีก ก็จะหันไปใช้วิธีเดิมอีก ดังนั้นวิธีการนั้นก็กลายเป็นหลักปฏิบัติ และหลักปฏิบัติ ก็จะค่อย ๆ กลายเป็นกฎเกณฑ์ รัฐบาลที่ไม่เคารพกฎเกณฑ์นี้จะถูกกล่าวหาว่า "ละเมิดรัฐธรรมนูญ" (unconstitutional) เป็นการกล่าวหาซึ่งรัฐบาลใดจะเพิกเฉยมิได้ เพราะไม่มีการกล่าวหาใดที่จะทำให้รัฐบาลสูญเสียความไว้วางใจไม่ว่าในสภาหรือในบรรดาผู้มีสิทธิเลือกตั้งเท่ากับการกล่าวหาทำนองนี้⁹⁹

โดยไคซี นักกฎหมายของอังกฤษมองว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าในประเทศอังกฤษนี้มีรัฐธรรมนูญเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ในขณะที่ประเทศอื่นได้บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญบัญญัติ

⁹⁶ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution, p.6.

⁹⁷ วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ , พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : แสงสุทธิการพิมพ์, 2530) หน้า 109.

⁹⁸ R.J. Walker and M.G. Walker , The English Legal System , 3rd ed. (London : Butterworths , 1972) pp. 42-46.

⁹⁹ นันทา โชติกะทุกคณะ, อังกฤษ ประวัติศาสตร์การปกครอง, (กรุงเทพฯ : ภาควิชาประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร, 2522), หน้า 7-8.

(The Constitution Act) ซึ่งไม่ได้หมายความว่ายอมรับเป็นพื้นฐานของส่วนหนึ่งของเครือจักรภพอังกฤษ ที่เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เพราะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่บังคับใช้โดยศาล แต่เพราะพิสูจน์ด้วยคุณค่าเป็นเวลานานและกลายมาเป็นการสร้างขึ้นด้วยจารีตประเพณี โดยได้ชี้ให้เห็นเหตุผลถึงการยอมรับฟังธรรมเนียมปฏิบัติในอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรว่ามีเหตุผล¹⁰⁰ ดังนี้

- 1) ความต้องการที่จะให้ประเพณีของการปกครองโดยมีรัฐธรรมนูญดำเนินต่อไป
- 2) ความต้องการที่จะเก็บกลไกที่ซับซ้อนของรัฐบาล (the ship of State) ในการปฏิบัติหน้าที่
- 3) ความต้องการที่จะรักษาไว้ซึ่งความเชื่อมั่นของสาธารณชน พร้อมด้วยอำนาจและหน้าที่

การปกครองจะดำเนินไปอย่างราบรื่น ถ้าหากการปฏิบัติบางอย่างซึ่งเป็นที่รู้จักกันว่าธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นความตกลงที่ได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ ความตกลงเหล่านี้เกี่ยวข้องกับ (1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบบคณะรัฐมนตรี ตัวอย่างเช่น สมเด็จพระราชินีนาถทรงแต่งตั้งรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี (2) กระบวนการทางรัฐสภา ตัวอย่างเช่น ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินจะต้องเสนอในสภาสามัญ (3) ระบบพรรคการเมือง ตัวอย่างเช่น บรรดาคณะกรรมการบริหารของสภาสะท้อนให้เห็นความแข็งแกร่งของพรรคการเมืองในสภาสามัญ (4) ความสัมพันธ์ในระหว่าง เครือจักรภพ ตัวอย่างเช่น ในการแต่งตั้งข้าหลวงใหญ่ สมเด็จพระราชินีนาถทรงกระทำตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของประเทศนั้น แม้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติดังกล่าวจะมีผลบังคับน้อยกว่ากฎหมาย ในแง่ที่ว่าศาลไม่สามารถนำไปวินิจฉัยเพื่อบังคับคดีได้ แต่ถ้าหากเกิดการละเลยต่อความตกลงเหล่านั้นแล้ว ต่อไปก็อาจก้าวเข้าไปละเมิดกฎหมายได้ในไม่ช้า ตัวอย่างเช่น ถ้าหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเรียกประชุม รัฐสภาแต่ละปี อำนาจและสิทธิในการเก็บภาษีเงินได้ก็จะหมดไป¹⁰¹

ความสำคัญของธรรมเนียมปฏิบัติในระบบกฎหมายของอังกฤษมีดังต่อไปนี้

ประการแรก ก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวแก่รัฐธรรมนูญ โดยการเชื่อมประสานบรรดาหลักทางกฎหมายต่าง ๆ ของการปกครองเข้าด้วยกัน ดังนั้น การเลือกนายกรัฐมนตรีจาก

¹⁰⁰ E. C. S. Wade in A. V. Dicey , *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. clxxxv ,clxxxvi ,clxxxviii.

¹⁰¹ คณิน บุญสุวรรณ, *การเมืองและการปกครองของอังกฤษ*, (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ,2523), หน้า 324-325.

พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ จึงเป็นการแสดงออกซึ่งการยอมรับฟังความคิดเห็นของประชาชนผู้ออกเสียงเลือกตั้ง และก่อให้เกิดประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

ประการที่สอง เนื่องจากธรรมเนียมปฏิบัติเหล่านั้นดัดแปลงแก้ไขได้ง่ายกว่าพระราชบัญญัติจึงเป็นการก่อให้เกิดความยืดหยุ่นแก่รัฐธรรมนูญ ธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ ๆ มีขึ้นและธรรมเนียมปฏิบัติเก่า ๆ ก็ได้รับการแก้ไขเมื่อสภาวการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไป

ประการที่สาม ทำให้รัฐธรรมนูญดำเนินไปด้วยดี โดยการจัดหารูปแบบของความร่วมมือในกระบวนการปกครอง ตัวอย่างเช่น การจับคู่ (pairing) และการเปิดโอกาสให้ฝ่ายค้านได้วิพากษ์วิจารณ์อย่างเต็มที่ ในคำกล่าวของ Sir Ivor Jennings ว่า "หาเนื้อหนังและเลือดเข้ามาเพิ่มให้แก่กระดูกแห่ง ๆ ของกฎหมาย" ทำให้รัฐธรรมนูญดำเนินไปได้ และเป็นการรับกับความเติบโตทางความคิดด้วย¹⁰²

การเชื่อฟังธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษ ถูกบังคับใช้โดยอิทธิพลของการอิมพีชเมนต์ (impeachment) ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นความเข้าใจทั้งหมด แต่กฎหมายนั้นมีลักษณะเฉพาะที่การละเมิดจะถูกลงโทษโดยองค์กรพิเศษ ที่เรียกว่า ศาลสูงของรัฐสภา (the High Court of Parliament) ส่วนทางปฏิบัติในการเชื่อฟังรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป มีความหมายเป็นการบังคับใช้ศีลธรรมทางรัฐธรรมนูญที่ชัดเจน การละเมิดทางปฏิบัติทางการเมืองที่สำคัญที่สุดนั้น รัฐสภาจะทำหน้าที่เป็นศาลก่อนที่รัฐมนตรีจะถูกดำเนินคดีโดยการอิมพีชเมนต์¹⁰³

ระบบอิมพีชเมนต์ (impeachment) คือกระบวนการกล่าวหาบุคคลที่ใช้อำนาจไปในทางทุจริตประพฤติมิชอบ หรือกระทำการขัดต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติ โดยรัฐสภาอังกฤษมีอำนาจบังคับใช้ และได้มีการปฏิบัติสืบทอดกันมาจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับสภาขุนนาง และสภาสามัญที่จะต้องปฏิบัติตาม¹⁰⁴

แต่เดิมนั้นพระมหากษัตริย์อังกฤษใช้อำนาจบริหารเป็นการส่วนพระองค์ โดยมีที่ปรึกษาทางสภาพายาอย่างอื่นที่จะให้มีการเลือกเฟ้นที่ปรึกษาเหล่านี้ และพยายามให้ที่ปรึกษาต้องรับผิดชอบต่อนโยบายซึ่งตนเป็นที่ปรึกษา ในกรณีหากสภาไม่พอใจในนโยบายหรือการดำเนินการของฝ่ายบริหารก็จะทำการยับยั้ง โดยกล่าวหาที่ปรึกษาด้วยขบวนการที่เรียกกันว่า อิมพีชเมนต์

¹⁰² เรื่องเดียวกัน, หน้า 325.

¹⁰³ A. V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p.443.

¹⁰⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง, (กทม. : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.),2538) หน้า 32.

(impeachment) ผู้ให้คำปรึกษาเคยถูกสภากล่าวหาและถูกตัดสินว่าทรยศต่อประเทศถึงขั้นประหารชีวิตมาแล้ว เป็นต้นว่าท่านเคาน์แห่งแอสตรฟอร์ด และพระเถระชั้นผู้ใหญ่ชื่อ แลนด์ เป็นต้น การที่สภาอาจดำเนินขบวนการอิมพีชเมนต์และลงโทษที่ปรักยาถึงขั้นประหารชีวิตเช่นนี้ ทำให้พระมหากษัตริย์อังกฤษต้องระมัดระวังเป็นอย่างมากในการที่จะเลือกที่ปรึกษา โดยจะเลือกที่ปรึกษา (หรือปัจจุบันคือรัฐบาล) จากบุคคลที่สภาไว้วางใจ เมื่อสภาแสดงความไม่ไว้วางใจเมื่อใดแล้วที่ปรึกษามักจะรีบลาออก ด้วยเกรงว่าจะถูกขบวนการอิมพีชเมนต์เล่นงานถึงชีวิตได้ จนเกิดธรรมเนียมที่ว่าในการบริหารประเทศ รัฐบาลจำต้องได้รับความไว้วางใจจากสภา หากรัฐสภาไม่ไว้วางใจแล้ว รัฐบาลต้องลาออก¹⁰⁵

นอกจากนี้ มติมหาชน (public opinion) ก็เป็นคำตอบหนึ่งที่ทำให้มีการเชื่อฟังคดียของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ โดยในระดับประเทศมีความคาดหวังว่ารัฐสภาจะเรียกประชุมประจำปี โดยคาดหวังว่ารัฐมนตรีที่เสียความไว้วางใจในสภาสามัญจะลาออกจากตำแหน่ง มติมหาชนจึงทำให้กฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับมีผลบังคับใช้ต่อความประพฤติของการดำเนินชีวิตมหาชนเป็นจริง มติมหาชนเป็นบทลงโทษที่เพียงพอที่จะผลักดันให้มีการเชื่อฟังธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ¹⁰⁶

Hart ได้กล่าวถึงกฎเกณฑ์ที่ทำให้ต้องเคารพธรรมเนียมปฏิบัติ กฎเกณฑ์เริ่มแรกเป็นหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติ ทุกคนในสังคมรู้ว่าเป็นกฎเกณฑ์และเป็นไปได้ว่าในสังคมแรกเริ่มอาจจะใช้กฎเกณฑ์เช่นนี้โดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามก็มีการแบ่งแยกมาตรฐานของความประพฤติที่ต้องปฏิบัติ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นระบบที่เป็นกฎหมาย (legal system) แต่ก็ยังขาดความหมายที่จะทำให้ชัดเจน, การเสนอหรือการเปลี่ยนแปลง หรือการนิยามในกรณีที่มีการละเมิด โดย Hart กล่าวว่า “การเสนอการแก้ไขข้อบกพร่องอาจเป็นในตัวมันเองที่ค้ำึงถึงขั้นตอนก่อนที่จะเป็นกฎหมาย (the pre-legal) ไปเป็นกฎหมายอย่างสากล (the legal world) การแก้ไขในแต่ละครั้งมีส่วนที่ซับซ้อนในกฎหมาย”¹⁰⁷ ส่วนกฎเกณฑ์ในขั้นที่สองหรือที่เป็นส่วนประกอบซึ่ง Hart ได้มองว่าเหมือนกฎเกณฑ์แห่งมารยาท ซึ่งมีรูปแบบของสังคมแรกเริ่มในระยะเริ่มต้น มีความคล้ายคลึงกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ¹⁰⁸ กฎเกณฑ์ที่เป็นส่วนประกอบที่เป็นขอบเขตก่อนกฎหมาย (the pre-legal) หรือ

¹⁰⁵ โกสินทร์ วงศ์สุวรรณ, ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กทม. : หจก.แพรวพิทยา อินเทอร์เน็ตซันแนล ,2518) หน้า 35-36.

¹⁰⁶ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p.443.

¹⁰⁷ Hart, The Concept of Law, p. 91.

¹⁰⁸ De Smith, Constitutional and Administrative Law, p. 57.

ขอบเขตนอกเหนือกฎหมาย (the extra-legal) มาเป็นกฎหมายที่มีระดับชั้นไม่แน่นอนที่เป็น กฎเกณฑ์แห่งการยอมรับ ,การเปลี่ยนแปลงและการชี้ขาด ซึ่งเป็นความเกี่ยวข้องระหว่างกัน¹⁰⁹

ความหมายของธรรมเนียมปฏิบัติอาจมีความหมายถึงการอธิบายเฉพาะกลุ่มของศีลธรรม ทางการเมือง แต่ธรรมเนียมปฏิบัติมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมาย บางที่อาจกล่าวได้ไม่คลุมถึง ความแตกต่างที่เปิดเผยที่มากมายในลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติและกฎหมาย โดยยอมรับว่า ธรรมเนียมปฏิบัติอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าแบบแผนทางกฎหมาย¹¹⁰

Sir Kenneth Wheare ได้อธิบายอย่างชัดเจนถึงกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมาย (the non-legal rules) ในสอง ความเกี่ยวพันว่า “กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมิได้หลายชื่อ ซึ่งปรากฏเป็นสองส่วนคือ ทางปฏิบัติ (usage) และธรรมเนียมปฏิบัติ (convention) โดยธรรมเนียมปฏิบัติ หมายถึง กฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตาม ทางปฏิบัติเป็น กฎเกณฑ์ที่ไม่มีรายละเอียดของวิธีปฏิบัติในเวลาปกติและไม่มีอำนาจบังคับให้ปฏิบัติตาม ทางปฏิบัติภายหลังจาก ที่ได้ทบทวนแก้ไขเปลี่ยนแปลง เมื่อสถานการณ์เกิดขึ้นมาอีกอาจจะเป็นเหตุผลที่เพียงพอเพื่อได้มาซึ่ง อำนาจบังคับให้ปฏิบัติตาม (obligatory force) และกลายมาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แต่ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ต้องการ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ที่มีมาก่อนอย่างทางปฏิบัติ ธรรมเนียมปฏิบัติอาจเป็นเหตุผลที่เพียงพอที่มีอยู่ที่ มา จากแนวบรรทัดฐานเดิร หรืออาจมีผลจากข้อตกลงระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ประกาศและ ยอมรับโดยผลผูก มัด¹¹¹

ความสัมพันธ์ของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ กับกฎหมายมีความใกล้ชิดกันมา นานในประวัติศาสตร์ของเครือจักรภพอังกฤษ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีลักษณะเฉพาะ ของการพัฒนาการทางการเมืองทั้งในการปกครองภายในประเทศสมาชิกและในความสัมพันธ์ ระหว่างกันและกัน ซึ่งแทรกซึมทั้งอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งกำหนดความหมายของ ความสัมพันธ์ที่สอดคล้องกันที่การแก้ปัญหาทางกฎหมายแท้ ๆ ของปัญหาในทางปฏิบัติเป็นไปไม่ ได้ซึ่งจะลดคุณค่าการพัฒนาการที่เป็นอิสระ หรือไม่ทำตามเจตนารมณ์ของการดำรงไว้ซึ่ง ขนบธรรมเนียม เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติแทนที่ระหว่างหลักและทฤษฎีทางรัฐธรรมนูญที่เป็น วิธีปฏิบัติที่มีผลผูกมัดและเคารพไม่ว่าอำนาจของรัฐสภาอาจเป็นในทฤษฎี¹¹²

¹⁰⁹ Colin R. Munro ,”Laws and Conventions Distinguished”, The Law Quarterly Review , Vol. 91 , (April, 1975) : 232.

¹¹⁰ Ibid, p.234.

¹¹¹ Sir Kenneth Wheare, The Statute of Westminster and Dominion Status, 5th ed., 1953, p.10.

¹¹² Report of the Conference on the Operation of Dominion Legislation 1929 (Cmd.3479) p.20.

Sir William Holdsworth¹¹³ ได้อธิบายลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติว่า ธรรมเนียมปฏิบัติต้องเติบโตได้ตลอดเวลาทุกสถานที่ที่อำนาจการปกครองจัดให้ต่างบุคคลต่างองค์กร หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็น รัฐธรรมนูญแบบผสม (a mixed constitution) ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะคิดวิธีพื้นฐานหลักการที่ควรรู้ของรัฐบาลที่จัดหาเหตุผลหรือความเหมาะสม แม้ว่าระบบกฎหมายธรรมเนียมปฏิบัติจะไม่ค่อยมี แต่ธรรมเนียมปฏิบัติของระบบรัฐธรรมนูญอังกฤษเด่นชัดที่สุดและไม่อาจโต้แย้งได้ คือ รัฐสภาจะไม่ใช้อำนาจอธิปไตยอย่างไม่มีขอบเขตในการตรากฎหมายในทางกฉิหรือเป็นเผด็จการ ถึงจะมีความคลุมเครือแต่กฎหมายธรรมเนียมปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนขึ้นกับหลักการของลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) และหลักนิติธรรม (the rule of law) แสดงให้เห็นความเป็นจริงที่เกิดขึ้นว่าธรรมเนียมปฏิบัติหลายอย่างเป็นการปฏิเสธในรูปแบบหรือขึ้นอยู่กับวิธีปฏิบัติของการละเว้นจากแนวทางในการดำเนินการ¹¹⁴

ศาสตราจารย์ Carter ได้เขียนไว้ในหนังสือ Major Foreign Powers ให้เหตุผลที่คนอังกฤษและรัฐบาลอังกฤษยังเคารพนับถือขนบธรรมเนียมอยู่ก็คือ¹¹⁵

(1) รัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นขนบธรรมเนียมนี้ขึ้นอยู่กับส่วนลึกของหัวใจและจิตใจของชาวอังกฤษ

(2) การไม่ปฏิบัติตามขนบธรรมเนียมนี้ก็เท่ากับเป็นการทำลายเครื่องจักรและองค์การของรัฐบาลทั้งหมด การประพฤติดะเมิดขนบธรรมเนียมก็เท่ากับทำให้รัฐบาลไม่อาจปฏิบัติกรใด ๆ ได้ ยกตัวอย่างว่าถ้าหากคณะรัฐมนตรีปฏิเสธไม่ยอมลาออกจากตำแหน่งหลังจากที่พ่ายแพ้คะแนนเสียงในรัฐสภาแล้ว สภาก็ไม่ยอมผ่านกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอและไม่ยอมอนุมัติให้ใช้เงินใด ๆ ทั้งสิ้น ดังนั้นคณะรัฐมนตรีก็ขาดเครื่องมือในการดำเนินงาน การปกครองก็จะหยุดชะงัก และถ้าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีก็ต้องลาออกและสภาสามัญก็จะไม่สนับสนุนคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ และจะไม่ยอมเข้าร่วมคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ด้วย เพราะระบบของรัฐบาลอังกฤษนั้นจะต้องขึ้นอยู่กับ การเข้ากันคิระหว่างสภาสามัญกับคณะรัฐมนตรี และกษัตริย์จะต้องทรงปฏิบัติตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

¹¹³ Sir William Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" 17 *Iowa Law Review*, p. 162.

¹¹⁴ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability*, (Oxford : Clarendon Press, 1984), p.9.

¹¹⁵ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, *การปกครองประเทศอังกฤษ*, (พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2504), หน้า 31-32.

(3) ถ้าหากเกิดการละเมิดชนบธรรมเนียม ก็คงจะมีการสนับสนุนให้มีการออกกฎหมาย เปลี่ยนชนบธรรมเนียมให้เป็นบทบัญญัติของสภาซึ่งมีอำนาจบังคับสูงสุด ยกตัวอย่างเช่น แต่ก่อนสภาขุนนางมีอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายการเงินที่ผ่านสภาสามัญมาแล้ว แต่โดยที่สภาขุนนาง ไม่ได้ใช้อำนาจนี้มาหลายปี ทำให้คนเชื่อว่า อำนาจนี้หมดไปแล้วในปี 1907 สภาขุนนางยับยั้ง พระราชบัญญัติงบประมาณของนายกรัฐมนตรี ลอยด์ จอร์จ (Lloyd George) ซึ่งจัดว่าเป็นการขัดกับ ส่วนได้เสียทางการเงินของขุนนางหลายคน คือ เก็บภาษีที่ดิน พรรคเสรีนิยม (Liberal) ซึ่งมีเสียง ช้างมากในสภาสามัญกล่าวโจมตีการกระทำของสภาขุนนางว่าทำไปอย่างไม่มีอำนาจ พยายามตรา กฎหมาย The Parliament Act of 1911 ซึ่งให้อำนาจสภาขุนนางยับยั้งร่างกฎหมายการเงินได้ไม่เกิน 3 เดือน ตัวอย่างนี้แสดงว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรสามารถทำให้ชนบธรรมเนียมมีอำนาจอย่าง แท้จริงได้

ในเมื่อมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ถ้าหากกาลเวลาผ่านไปก็จำเป็นต้องปรับปรุง แก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้เข้ากับสถานการณ์อันเป็นหลักธรรมดา การแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเป็นวิธีการที่ ต้องใช้เวลาและการดำเนินการที่ยืดเยื้อมาก ดังที่เราจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญสหรัฐ รัฐธรรมนูญ สหรัฐประกอบไปด้วยบทบัญญัติเพียง 4,000 คำเท่านั้น แต่ต้องมีคำพิพากษาถึง 40,000 คดี จึงทำให้ การดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและความเข้าใจในรัฐธรรมนูญยิ่งขึ้น แม้จะมีคำพิพากษา ของศาลถึงจำนวนนี้ก็ยังไมพอกเพียงพอที่จะให้ความหมายของรัฐธรรมนูญชัดเจน หรือทำให้การปฏิบัติ ตามรัฐธรรมนูญเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างเดียว เป็นต้นว่า มีชนบประเพณีที่ทำให้ ประธานาธิบดีเป็นหัวหน้าพรรคการเมือง ที่สนับสนุนคนให้เข้าแข่งขันเป็นประธานาธิบดี ในเรื่องนี้ไม่ได้มีกฎหมายฉบับใดหรือคำพิพากษาศาลใดกำหนดไว้เลย เพราะในกฎหมายและ คำพิพากษาเขียนฐานะของประธานาธิบดีไว้แต่เพียงเป็น "ประมุขฝ่ายบริหาร" (Chief Executive) การมีพรรคการเมืองกับการมีอำนาจสอบสวนของคณะกรรมการของสภาคองเกรสนั้นเป็น อิทธิพลของชนบประเพณีโดยตรง และไม่ได้ปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสหรัฐ เลย¹¹⁶

สรุปได้ว่า ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ยึดมั่นในธรรมเนียมปฏิบัติและเป็นประเทศที่ไม่มี รัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญและนำมา ปฏิบัติอย่างเพียงพอที่จะมีอำนาจบังคับให้ปฏิบัติตาม (obligatory force) นอกจากนี้ธรรมเนียม ปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็มีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างประเทศสมาชิกของ เครือจักรภพอังกฤษ และธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็ยังเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอิทธิพลต่อศาล อังกฤษ ในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ และธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างก็มีความสำคัญจนกระทั่งได้รับการบัญญัติกำหนดไว้ในกฎหมาย

¹¹⁶ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, 2503, หน้า 32-33.

โดยนักนิติศาสตร์ชาวอังกฤษบางท่านได้มองว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีความสำคัญเทียบเท่ากับกฎหมาย

3.2.1.2. ประเภทของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

1) แบ่งประเภททั่วไป

วิบูลย์ กัมมาระบุตร ได้แยกจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอังกฤษไว้เป็นสองประเภท¹¹⁷ คือ

ก) จารีตประเพณีที่เกี่ยวกับรัฐสภา

จารีตประเพณี (customs) ได้แก่ กฎเกณฑ์ความประพฤติ ซึ่งยังไม่มีปรากฏในคำพิพากษาของศาล แต่ศาลจะยอมรับและบังคับใช้เมื่อมีคดีมาสู่ศาล จารีตประเพณีซึ่งได้กลายเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษเป็นจารีตประเพณีที่เกี่ยวกับรัฐสภา ส่วนมากมีกำเนิดมาแต่ครั้งสมัยระบบศักดินาสวามิภักดิ์ เช่น จารีตประเพณีว่าด้วยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์และเอกสิทธิ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น ในปัจจุบันจารีตประเพณีที่สำคัญ ได้แก่ จารีตประเพณีเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของรัฐสภา เช่น

- ก. ในพิธีเปิดสมัยประชุมรัฐสภา ประธานสภาสามัญจะต้องนำขบวนไปยืนฟังพระราชดำรัสของกษัตริย์ที่ประตูห้องประชุมสภาขุนนาง
- ข. จารีตประเพณีที่ให้ประธานสภามีอำนาจที่จะให้สมาชิกที่ไม่เชื่อฟังคำสั่งออกไปจากที่ประชุม โดยวิธีออกชื่อ
- ค. จารีตประเพณีที่ประธานจะต้องออกจากที่ประชุม เมื่อสมาชิกประสงค์จะเปลี่ยนการประชุมจากสภาเป็นคณะกรรมาธิการ
- ง. จารีตประเพณีที่สมาชิกรัฐสภาจะลาออกไม่ได้ ถ้าประสงค์จะลาออกจะต้องกราบทูลให้กษัตริย์ทรงทราบ¹¹⁸

ข้อปฏิบัติบางประการในการกำหนดกระบวนการของรัฐสภาหรือที่เรียกว่า กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา (The Law and Custom of Parliament) บางส่วนนั้นเป็นเรื่องของธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น การปฏิบัติหน้าที่บางอย่างของประธานสภา สำหรับข้อปฏิบัติอื่น ๆ เช่น

¹¹⁷ วิบูลย์ กัมมาระบุตร , “จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” : 77-78.

¹¹⁸ วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 116.

การเตรียมงานของสภาโดยผ่านทางปกติ (usual channels) และการจับคู่ (pairing) เป็นเรื่องกึ่งธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งตามปกติข้อปฏิบัติเหล่านี้จะเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไป แต่ในบางครั้งก็อาจเกิดการละเมิดขึ้นได้¹¹⁹

ข) ธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ประเทศอังกฤษก็เช่นเดียวกับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร คือ มีกฎเกณฑ์ของการปฏิบัติในทางการเมืองสำหรับกษัตริย์ รัฐมนตรี หรือข้าราชการ และบุคคลดังกล่าวต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ถือว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมือง ธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีมากกว่าธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพราะได้เกิดขึ้นมานับเป็นเวลาหลายร้อยปี

2) แบ่งประเภทโดยพิจารณาจากบทบาท

Marshall ได้แบ่งธรรมเนียมปฏิบัติตามบทบาทของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประเภท คือ¹²⁰

ก) ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดหน้าที่

ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดหน้าที่ เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นแนวทางปฏิบัติว่าเมื่อมีสถานการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น ผู้ที่ต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติจะต้องปฏิบัติอย่างไรและควรจะมีบทบาทอย่างไร ซึ่งมักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันในการบริหารประเทศต่อรัฐสภา และต่อพระมหากษัตริย์ เป็นต้น

ข) ธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้เพื่อเป็นเกียรติ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้เพื่อเป็นเกียรติ เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่มักจะมอบให้สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญตามกฎหมาย เช่น อำนาจในลงนามร่างกฎหมาย อำนาจในการแต่งตั้ง และถอดถอนผู้บริหารประเทศ เป็นต้น แต่การกำหนดให้อำนาจนั้นเป็นเพียงการถวาย

¹¹⁹ สนธิ เชนานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์โอเดียนสโตร์, 2529) หน้า 6.

¹²⁰ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.8.

ให้เพื่อเป็นพระเกียรติในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของประเทศเท่านั้น ในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์มิได้เป็นผู้ใช้อำนาจนั้นจริง

3) แบ่งประเภทโดยพิจารณาจากองค์กรผู้ปฏิบัติ

สนธิ เชนานันท์ ได้แบ่งธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญตามประเภทขององค์กรที่นำธรรมเนียมปฏิบัติมาปฏิบัติ โดยได้แยกออกเป็น 3 ประเภท¹²¹ คือ

ก) ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์กับรัฐบาลหรือ รัฐสภา

ธรรมเนียมเกี่ยวกับการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์และการปกครองระบบคณะรัฐมนตรี เช่น พระราชดำรัสที่พระมหากษัตริย์ทรงมีในวันเปิดประชุมรัฐสภา รัฐบาลหรือพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งเป็นเสียงข้างมากในสภาสามัญเป็นผู้เขียนขึ้นทูลเกล้าฯ ให้ทรงอ่านในพิธีเปิดรัฐสภา พระราชดำรัสนี้ถือกันว่าเป็นการแถลงนโยบายของรัฐบาลใหม่ เมื่อเสร็จพิธีเปิดแล้วก็จะมีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการวิจารณ์นโยบายของรัฐบาลและจะมีการลงมติซึ่งตามปกติเป็นการลงมติที่ย่อมให้กราบบังคับทูลไปว่า สภาสามัญรู้สึกสำนึกในพระมหากรุณาธิคุณที่ได้พระราชทานพระราชดำรัสมายังรัฐสภา ซึ่งก็เป็นของธรรมดาเพราะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบต่อกันมา แต่สิ่งที่จะทราบกันได้ใน การอภิปรายวันนั้นก็คือ เสียงของสภาสามัญเป็นไปในทางใด ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ทรงใช้พระราชอำนาจ (Royal Prerogative) ตามคำแนะนำของรัฐมนตรี และจะไม่ทรงใช้ยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านสภาแล้ว ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สืบต่อกันมาตั้งแต่ ค.ศ. 1708 สำหรับธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับการปกครองระบบคณะรัฐมนตรี เช่น นายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญ รัฐบาลต้องลาออกหากไม่ได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาสามัญในเรื่องที่สำคัญ ๆ หรือพระราชินีจะทรงขอให้หัวหน้าพรรคที่ได้รับเลือกตั้งเป็นเสียงข้างมากในสภาสามัญเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล เป็นต้น

ข) ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ รวมถึงวิธีดำเนินการทางรัฐสภาด้วย เช่น มีขนบธรรมเนียมในรัฐสภาว่า สมาชิกคนใดเข้ามาอภิปรายในสภาเป็นครั้งแรก ย่อมจะไม่มีผู้ใดหรือสมาชิกเก่าคัดค้านหรือซักถามหรือขัดคอเลย จะปล่อยให้

¹²¹ สนธิ เชนานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 5.

เอกสิทธิ์ในการพูดโดยไม่มีผู้ใดว่ากล่าวอะไรทั้งสิ้น สิทธิอันนี้เรียกว่า เป็นสิทธิของสมาชิกใหม่¹²² หรือประธานสภาจะต้องไม่ฝักใฝ่กับพรรคการเมืองใด หรือการเลือกตั้งสมาชิกสภาที่สังกัดพรรค ฝ่ายค้านเป็นประธานคณะกรรมการที่สำคัญคณะหนึ่ง คือ Public Accounts Committee หรือ การที่ขุนนางที่มีใช้ขุนนางกฎหมาย (Law Lords) จะไม่เข้าร่วมการพิจารณาคดีในสภาขุนนาง¹²³ หรือการที่ประธานสภาจะต้องให้โอกาสแก่สมาชิกพรรคข้างน้อยในสภาได้อภิปรายสลับกันกับ สมาชิกพรรคการเมืองข้างมาก¹²⁴ เป็นต้น

ก) ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิกใน เครือจักรภพ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศในเครือจักรภพ เช่น รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรจะไม่ตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประเทศอาณานิคม (Dominions) เว้นแต่ได้รับการร้องขอและได้รับความยินยอมจากประเทศอาณานิคมนั้น ๆ

สรุปได้ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีเกือบทั้งหมด ธรรมเนียมปฏิบัติมีบทบาทเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดหน้าที่ให้ปฏิบัติ และธรรมเนียมทำให้เพื่อเป็นเกียรติ และจากการความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่นำธรรมเนียมปฏิบัติไปปฏิบัติ นั้น ก็จะมีธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นของฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิกในเครือจักรภพอังกฤษ เป็นต้น

3.2.2. ระบบกึ่งจารีตประเพณี : ฝรั่งเศส

3.2.2.1. ที่มาและความสำคัญของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศส

¹²² คีคฤทธิ์ ปราโมช, ประชาธิปไตยเพื่อประชาชน, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณการ) หน้า 274.

¹²³ Tom Brennan, Politics and Government in Britain, 2nd ed., (Great Britain : Cambridge University Press, 1982) pp.425.

¹²⁴ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, “ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ” การเมืองและสังคม (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519) หน้า 45.

ระบบกึ่งจารีตประเพณี ได้แก่ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1875 ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้มีความสั้นมาก คือมีเพียง 34 มาตรา ดังนั้น จารีตประเพณีจึงเข้ามามีบทบาทมาก¹²⁵ การดำเนินชีวิตการเมืองส่วนใหญ่แล้วถูกกำหนดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ อาทิ เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดบทบาทของนายกรัฐมนตรีซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงเลย¹²⁶ ทั้งนี้ René David ได้ให้คำจำกัดความจารีตประเพณีว่า “พฤติกรรมต่อเนื่องที่ข้ามช่วงเวลาของการปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นที่เข้าใจกันว่าพฤติกรรมเหล่านั้นได้รับความต้องการอย่างกฎหมาย”¹²⁷

ในฝรั่งเศส กฎหมายอธิบายคล้ายกันถึงวาระเต็ม แต่ก็อาจมีการใช้อำนาจยุบสภาโดยประธานาธิบดีของสาธารณรัฐในความเห็นชอบของสภาสูง แต่หลังจาก 1877 ก็ไม่มีการใช้อำนาจนี้ และในทางปฏิบัติ the Chamber of Deputies ก็ยังคงอยู่จนครบสมัย ทางการเมืองความแตกต่างในธรรมเนียมปฏิบัตินี้เป็นความสำคัญที่เป็นพื้นฐาน พระราชอำนาจของกษัตริย์ (the royal prerogative) ถูกใช้โดยนายกรัฐมนตรี อำนาจในการยุบสภาเป็นเครื่องมือในการควบคุมสภาสามัญ เครื่องมือนี้ไม่มีอยู่ในฝรั่งเศส และนี่เป็นเหตุผลหนึ่งของความอ่อนแอของรัฐบาลฝรั่งเศส เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐบาลอังกฤษ ธรรมเนียมปฏิบัติจึงเหมาะที่จะเติบโตในช่วงเวลาสั้น ๆ¹²⁸ ดังนั้น Oppenheimer¹²⁹ ได้เขียนในรัฐธรรมนูญเยอรมัน ปี 1919 ที่นำมาอ้างในปี 1923 ว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติมีขอบเขตจำนวนมากไม่เพียงแต่เป็นส่วนเสริม แต่ช่วยปรับปรุง ถ้าไม่แทนที่หรือแสดงในบทบัญญัติ”

จารีตประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติเป็นที่มาของกฎเกณฑ์ของกระบวนการทางรัฐสภาฝรั่งเศส ในบทที่ 2 ของรัฐธรรมนูญ 1958 ได้กล่าวถึงวิธีปฏิบัติที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติจำนวนมาก อันเป็นสิ่งจำเป็นที่เป็นกรอบของกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับ กระบวนการทางรัฐสภาจะมีลักษณะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีมากกว่าที่จะเป็นผลผูกมัดในทางกฎหมาย กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในที่ประชุมสภาต้องได้รับการปฏิบัติ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้สามารถจะหลบเลี่ยงการควบคุมจากศาลรัฐธรรมนูญได้ และทำให้ที่ประชุมสภามี

¹²⁵ วิบูลย์ กัมมธนะบุตร , จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ : 77.

¹²⁶ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทักษ์, หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง , (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523) หน้า 33-34.

¹²⁷ R.David, French Law ; Its Structure, Sources and Methodology, (Louisiana State University Press, 1972) p. 170.

¹²⁸ Sir Ivor Jennings , The Law and the Constitutional ,p.84.

¹²⁹ Oppenheimer, The Constitution of the German Republic, p.9.

ความยืดหยุ่นอย่างเป็นทางการเป็นอิสระโดยรัฐสภาเอง¹³⁰ ซึ่งในองค์กรนั้นต้องการประเพณีที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานภาพของสมาชิก ทำให้เกิดแผนการที่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้าและทำให้ประหยัดเวลา สมาชิกบางคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาสูง ที่มีส่วนร่วมในองค์กรที่มีฐานะเท่ากันภายใต้สมัยสาธารณรัฐแรกที่เป็นประธานาธิบดีของสภาสูง ในปี 1991 เช่น M. Alain Poher ซึ่งเป็นประธานาธิบดีในปี 1968 และเป็นสมาชิกสภาสูง ในปี 1946¹³¹

รัฐบาลฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 4 เมื่อรัฐบาลเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย เพราะไม่ได้รับการสนับสนุนจากสภาแล้ว พรรคการเมืองที่เข้าร่วมรัฐบาลก็พร้อมที่จะสละรัฐบาลได้ทันที โดยยังไม่ต้องรอการลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเลย รัฐบาลจะลาออกเอง เพราะพิจารณาตนเองแล้วว่าไม่เหมาะที่จะบริหารประเทศอีกต่อไป ทั้งที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บอกว่ารัฐบาลต้องลาออก เช่น สภาผู้แทนราษฎรไม่ผ่านกฎหมายของรัฐบาลหรือกรณีที่รัฐมนตรีบางคนประกาศว่าหากสภาไม่เห็นชอบกับรัฐบาลบางเรื่องเท่ากับเป็นการไม่ไว้วางใจรัฐบาล และเมื่อมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น รัฐบาลก็ยังลาออกอยู่ดี เพราะในทางการเมืองถือว่าไม่อาจขอความร่วมมือจากสภาได้แล้ว ก็ไม่สมควรอยู่เป็นรัฐบาลต่อไปอีก¹³²

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1958 มาตรา 8 ไม่ได้กล่าวถึงเรื่องการถอดถอนนายกฯออกจากตำแหน่งไว้ แต่ได้กล่าวถึงแต่เพียงว่าประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐให้นายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งเมื่อนายกฯยื่นใบลาออกของคณะรัฐบาล แต่เป็นที่ทราบกันเป็นอย่างดีว่า ประธานาธิบดีเดอโกลและประธานาธิบดีปอมปีดูได้เป็นผู้ที่เสนอให้นายกฯออกจากตำแหน่ง เห็นได้ว่าเป็นรูปแบบที่ปกปิดของการถอดถอนนายกฯออกจากตำแหน่งโดยประธานาธิบดี¹³³ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว นายกรัฐมนตรีต้องลาออกจากตำแหน่งในกรณีที่ประธานาธิบดีได้ร้องขอให้ลาออก เช่น ในกรณีของนายเดอเบรลาออกจากตำแหน่งนายกตามคำร้องขอของประธานาธิบดีเดอโกล ปี ค.ศ. 1962 และก็เป็นแนวทางปฏิบัติเช่นนี้ตลอดมา ดังในกรณีของนายซาบองเดอมา ในปี ค.ศ. 1972 นายโมรอยในปี ค.ศ. 1983 นายโครการ์ในปี ค.ศ. 1991 และนางเครซง ในปี ค.ศ. 1992¹³⁴

¹³⁰ R. Chazelle, "Continuité et tradetion juridique au sein de la seconde chambre : Le Sénat et le droit parlementaire coutumier" ,RDP ,1987, p. 711-712.

¹³¹ John bell, French Constitutional Law, (Oxford : Clarendon Press, 1992) p.115.

¹³² บวรศักดิ์ อุวรรณ โธ และ ชาญชัย แสงศักดิ์, การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย, (กทม. : สำนักพิมพ์นิติธรรม) หน้า 10-1.

¹³³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส, (นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2543) หน้า 66.

¹³⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 103.

ธรรมเนียมปฏิบัติและจารีตประเพณีมีอำนาจควบคุมที่เป็นสาระสำคัญเหนือองค์ประกอบ และการจัดการในการประชุมของประธานาธิบดี (the Conference of Presidents) ในแต่ละสภา ทำให้ผู้นำกลุ่มพรรคการเมืองมีความไม่แน่นอนในช่วงเวลาการอภิปรายในการผ่านร่างกฎหมายไปยังคณะกรรมการ แต่การมอบให้ตัวแทนออกเสียงนั้นแสดงให้เห็นถึงจารีตประเพณีทางรัฐสภาที่ขัดต่อบัญญัติในรัฐธรรมนูญและระเบียบข้อบังคับ¹³⁵ ทั้งหมดนี้อยู่นอกเหนือส่วนที่เป็นกระบวนการตรากฎหมาย ที่ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นส่วนที่สำคัญ ดังนั้น ทางปฏิบัติในกระฎี่รัฐสภาที่รัฐมนตรีตอบ และกระฎี่ในวุฒิสภาและในที่ประชุม the National Assembly ควบคุมโดยธรรมเนียมปฏิบัติ ธรรมเนียมปฏิบัติจึงเป็นส่วนที่สำคัญของรัฐธรรมนูญดังที่ Avril และ Gicquel ได้มองว่า ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นมาตรฐานที่ไม่เป็นกฎหมายที่สร้างกฎหมายในทางการเมือง

ธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ธรรมเนียมปฏิบัติจึงพัฒนาขึ้นไป ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญทางการเมืองเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี 1875 ให้อำนาจประธานาธิบดีและจากรัฐสภา ต่อมาในปี 1877 ประธานาธิบดี Maclimbon เกิดการขัดแย้งกับรัฐสภาจึงทำการยุบสภา ผลการเลือกตั้งปรากฏว่าประชาชนกลับเลือกผู้ที่ต่อต้าน Mac Hahon กลับเข้าสู่สภาเป็นจำนวนมากกว่าเดิมเสียอีก Mac Mahon จึงต้องยอมแพ้โดยลาออกไปประธานาธิบดีคนต่อไป คือ Juler Crem ถึงกับประกาศว่าต่อไปตนจะไม่กระทำการใด ๆ ขัดต่อวัตถุประสงค์ของสภาอีกแล้ว ซึ่งเท่ากับว่าเขายอมรับว่าจะไม่ใช้อำนาจยุบสภาอีกนั่นเอง จากคำแถลงของเขานี้เองมีผลเปลี่ยนระบบมาเป็นระบบที่รัฐบาลได้รับความไว้วางใจจากสภาอย่างเดียวก็นพอ ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ประธานาธิบดีคนต่อ ๆ มาก็ได้ยึดถือมาตลอดจนมีการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญ¹³⁶

โดยทั่วไป รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นผลงานของนักทฤษฎีที่ไม่รู้ถึงผลทางปฏิบัติเท่าใดนัก บางครั้งชีวิตการเมืองในประเทศหนึ่งจะแสดงให้เห็นถึงลักษณะอันไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของรัฐธรรมนูญ และชีวิตการเมืองดังนั้น จึงมีการนำเอาการปฏิบัติต่าง ๆ เข้ามาปรับใช้เพื่อทำให้รัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงนั้น ให้มีความสมบูรณ์ขึ้นหรือไม่ก็เปลี่ยนโฉมหน้าของรัฐธรรมนูญเสีย การปฏิบัติต่าง ๆ ทางการเมืองดังกล่าวนี้เราเรียกกันว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมักจะมีปรากฏอยู่เสมอ ในฝรั่งเศสภายใต้การปกครองแห่งรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1875 เราจะพูดได้ว่าการดำเนินชีวิตการเมืองส่วนใหญ่แล้ว ถูกกำหนดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดบทบาทของนายกรัฐมนตรี

¹³⁵ John bell, French Constitutional Law, p.115.

¹³⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชนชั้นปริญญาโท, (กรุงเทพ : นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 26.

ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้กล่าวถึงเลย ปัญหาเรื่องคุณค่าทางกฎหมายของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปในด้านลัทธิเรายอมรับว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นที่มาอย่างหนึ่งของกฎหมาย ความสำคัญของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาจากการที่สามารถปรับเอกสารลายลักษณ์อักษรให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมได้¹³⁷

ดังนั้น จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรนี้ทำให้เกิดความยืดหยุ่นตามสถานการณ์ในขณะนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการปรับปรุงหรือเข้ามาเพิ่มเติมส่วนที่เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ และธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างก็มีลักษณะเป็นหลักการที่เป็นอิสระจากส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่าด้วยความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น เพื่อให้การดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความแน่นอนตายตัวของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจนเกินไป

3.2.2.2. ประเภทของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญของฝรั่งเศส คือ "Cohabitation" (การอยู่ร่วมกันระหว่างประธานาธิบดี กับนายกรัฐมนตรีที่อยู่คนละขั้วการเมือง) เช่น ในระหว่างมีนาคม 1986 ถึง พฤษภาคม 1988 เสียงส่วนใหญ่ในที่ประชุม (the National Assembly) เป็นของรัฐบาลผสมฝ่ายขวา (the centre-right coalition) ภายใต้การนำของ Jacques Chirac ขณะที่ประธานาธิบดีเป็นฝ่ายสังคมนิยมโดย Mitterrand ซึ่ง Mitterrand แต่งตั้ง Chirac เป็นนายกรัฐมนตรีแต่กำหนดเส้นแบ่งอำนาจ Mitterrand ถือตามคำแนะนำของ de Gaulle และ Giscard d'Estaing ว่า ประธานาธิบดีควรทำงานกับนายกรัฐมนตรีที่ได้รับความเชื่อมั่นทางการเมืองของฝ่ายตรงข้าม¹³⁸

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1875 ให้อำนาจประธานาธิบดีในอันที่จะแต่งตั้งหรือถอดถอนนายกรัฐมนตรี รัฐบาลจึงต้องได้รับความไว้วางใจจากประธานาธิบดีและจากรัฐสภา ต่อมาในปี 1877 ประธานาธิบดี Mac Mahon เกิดการขัดแย้งกับรัฐสภาจึงทำการยุบสภา ผลการเลือกตั้งปรากฏว่าประชาชนกลับเลือกผู้ที่ต่อต้าน Mac Mahon กลับเข้าสู่สภาเป็นจำนวนมากกว่าเดิม Mac Mahon จึงต้องลาออกไป ประธานาธิบดีคนต่อไปจึงประกาศว่าต่อไปจะไม่กระทำการใด ๆ ขัดต่อวัตถุประสงค์ของสภาอีกแล้ว ซึ่งเท่ากับว่ายอมรับว่าจะไม่ใช้อำนาจยุบสภาอีก คำแถลงนี้มีผล

¹³⁷ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, หน้า 21.

¹³⁸ John bell, French Constitutional Law, p.59.

เปลี่ยนระบบมาเป็นระบบที่รัฐบาลได้รับความไว้วางใจจากสภาอย่างเดียวก็พอ ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ประธานาธิบดีคนต่อ ๆ มา ก็ได้ยึดถือมาตลอดจนมีการเปลี่ยนรัฐธรรมนูญ¹³⁹

1) แบ่งประเภทแบบทั่วไป

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนี้ ดร.ชาญชัย แสงศักดิ์ ได้ให้ไว้ใน "คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชนชั้นปริญญาโท" ซึ่งเป็นวิชาการศึกษาของหลักสูตรปริญญาโท ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้แยกจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้เป็นสองประเภท¹⁴⁰ ดังนี้

- ก) จารีตประเพณีที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ (coutumes constitutionnelles)
- ข) ธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ (pratiques constitutionnelle)

2) แบ่งประเภทโดยพิจารณาจากบทบาท

Pierre Avril และ Jean Gicquel ซึ่งให้เห็นธรรมเนียมปฏิบัติ 3 ประเภท¹⁴¹ คือ

- ก) ธรรมเนียมปฏิบัติที่มีบทบาทในการตีความ (interpretative conventions) ใช้ในการตีความข้อความ

ตัวอย่างเช่น ประธานาธิบดียังควบคุมความมั่นคงแห่งชาติและกิจการต่างประเทศและรักษาบทบาทตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 15 ขณะที่นายกรัฐมนตรีที่จะปฏิบัติภารกิจของรัฐบาลภายใต้มาตรา 20 ประธานาธิบดี ต้องเป็นไปตามบทกำหนดที่หลากหลายนี้ และเสนอต่อหน้าที่ของประธานาธิบดี ที่จะต้องรวมถึงหน้าที่ที่ต้องรับประกันถึงความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารของตุลาการและป้องกันสิทธิและเสรีภาพตามคำประกาศอิสรภาพ 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ 1946 ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่าง ผู้ปฏิบัติการในการทางเมือง ที่จะแบ่งแยกหน้าที่ที่เป็นวิถีทางที่เหมาะสมในการตีความรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผลที่ ตามมาที่ Française (UDF) ได้คัดค้านในฐานะรัฐมนตรีต่างประเทศ และแต่งตั้งนักการทูตมือขวาขึ้น แทน¹⁴² ฝรั่งเศสได้แสดงให้เห็นในการประชุมสุดยอดระหว่างประเทศ โดยทั้งประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีปฏิบัติการ a double act เพียงประธานาธิบดี เรียกร้องว่ารัฐบาลไม่ควรกลับไป 'social acquisitions' (les acquis sociaux)

¹³⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชนชั้นปริญญาโท, หน้า 27.

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

¹⁴¹ ดู J. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, (9th ed., Paris ;1987), p.211– 213.

¹⁴² P. Avril and J. Gicquel. "Chronique constitutionnelle française" 38 Pouvoirs (1987) : 174.

ซึ่งไม่สอดคล้องกัน ข้อตกลงจึงสามารถทำขึ้นในฐานะธรรมเนียมปฏิบัติได้ อำนาจหน้าที่ของพวกเขาไม่ได้วางไว้ด้วยความเหมาะสมทั้งสองฝ่ายของผู้สมัคร ประธานาธิบดี ที่เป็นไปได้ แต่เป็นการช่วยเติมเต็มการแบ่งแยกหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญระหว่างประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรี¹⁴³

1) ธรรมเนียมปฏิบัติในการสร้าง (creative conventions) ใช้สร้างกฎเกณฑ์ใหม่

ธรรมเนียมปฏิบัติที่สร้างหน้าที่ เห็นได้จากกระทู้ the Government on Wednesdays เช่นเดียวกับ Fridays ซึ่งเป็นองค์กรใน the National Assembly ในปี 1974 ในความริเริ่มของประธานาธิบดี Giscard d'Estaing และในปี 1982 ในวุฒิสภา มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ช่วงหนึ่งเท่านั้น (กำหนดให้เป็นวันศุกร์) ของกระทู้รัฐบาลในที่ประชุม the National Assembly โดยไม่มีในวุฒิสภา¹⁴⁴

2) ธรรมเนียมปฏิบัติที่ทำลาย (contra legem conventions) ทำให้กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญไม่มีผล

การเปลี่ยนแปลงเนื้อความ contra legem เห็นได้จากวิธีปฏิบัติในการเลือกนายกรัฐมนตรีของประธานาธิบดีภายใต้ มาตรา 8 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติไว้มีข้อความว่า “ประธานาธิบดีของสาธารณรัฐแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีจะยุติหน้าที่ต่อเมื่อได้แสดงว่าลาออกจากรัฐบาลแล้ว” ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ประธานาธิบดีในฐานะหัวหน้าซึ่งแต่งตั้งบุคคลในทางการเมือง ครอบงำที่บุคคลนั้นได้รับเสียงข้างมากในสภา แต่ในทางปฏิบัตินั้น นายกรัฐมนตรีอาจลาออกจากตำแหน่งในรัฐบาลตามความต้องการของประธานาธิบดี เพื่อให้เกิดผลในทางการเมือง แท้จริงแล้วความล้มเหลวจากการรักษาความไว้วางใจของประธานาธิบดีเป็นเหตุผลสำคัญเพื่อให้นายกรัฐมนตรีลาออก¹⁴⁵

Chazelle ได้เสนอว่าสถาบันที่ตั้งโดยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรอาจสร้างธรรมเนียมปฏิบัติที่จำเป็นได้ ไม่เหมือนกับสาธารณะก่อน ที่รัฐสภาไม่สามารถควบคุมกฎเกณฑ์การดำเนินการของตนเองได้ ซึ่งต้องผ่านการเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญ (the Conseil Constitutionnel) ที่ได้รับการยอมรับจากการจัดการในปี 1958 ผลที่เกิดขึ้น คือ การพัฒนาของ contra legem โดยธรรมเนียมปฏิบัติ มาตรา 27 กล่าวว่า การออกเสียงในรัฐสภาเป็นเรื่องจำกัดเฉพาะบุคคล ที่เป็นวิธี

¹⁴³ John bell, French Constitutional Law, p.59.

¹⁴⁴ R. Chazelle, “Continuité et tradition au sein de la seconde chambre : Le Sénat et le Droit Parlementaire Coutumier”, RDP, 1987 : 711,731.

¹⁴⁵ John bell, French Constitutional Law, p.60.

ปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ โดยทั่วไปว่าเป็นทางแก้ไขที่ใช้บันทึกการลงมติ ดังนั้นความเห็นของเสียงส่วนใหญ่ก็จะได้รับการบันทึก¹⁴⁶

ธรรมเนียมปฏิบัติของฝรั่งเศส นักนิติศาสตร์จะแยกประเภทตามบทบาทของธรรมเนียมปฏิบัติต่อระบบกฎหมายว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ก่อให้เกิดผลอย่างไรต่อบัญญัติกฎหมาย เช่น เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ใช้ในการตีความบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในส่วนที่ยังไม่ชัดเจนธรรมเนียมปฏิบัติที่การสร้างกฎเกณฑ์นั้น เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นการกำหนดเพิ่มเติมในสิ่งที่ไม่มีความหมายกำหนด ส่วนธรรมเนียมปฏิบัติที่มีผลเป็นการทำลายกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่มีผลที่ใช้ปฏิบัติตามความเป็นจริง ที่แตกต่างหรือไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนุญกำหนดตามวิธีปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ธรรมเนียมปฏิบัติมีความสำคัญเพื่อให้สามารถปรับไปตามสภาพแวดล้อมและความจำเป็นที่ต้องการการปรับปรุงกฎหมาย โดยไม่ต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

3.3. สถานะสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

3.3.1. หลักการพื้นฐาน

3.3.1.1. หลักความรู้สึกร่วมกัน

1) หลักความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย (opinio juris)

ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์ที่ผู้กระทำทางการเมืองควรจะรู้สึกผูกพันที่ต้องปฏิบัติตาม ถ้าเขาพิจารณาว่าแบบอย่างและเหตุผลถูกต้อง¹⁴⁷ ธรรมเนียมปฏิบัติโดยแท้จริงแล้วขึ้นอยู่กับยอมรับ แต่เป็นเฉพาะในปัจจุบัน ถ้าธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้รับการยอมรับว่ามีผลบังคับ ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แตกต่างจากกฎหมายซึ่งไม่ได้ขึ้นอยู่กับยอมรับ กฎหมายเฉพาะบุคคลอาจไม่เป็นที่นิยมหรือไม่ได้รับการเชื่อฟังในวงกว้าง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าไม่เป็นกฎหมาย การละเมิดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายก็ได้เป็นปัญหาในเรื่องการมีอยู่หรือความมีผลบังคับของกฎเกณฑ์ ขณะที่ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์วิธีปฏิบัติทางการเมืองที่มีผลบังคับโดยสิ่งที่นำมาประยุกต์ใช้¹⁴⁸ การเชื่อฟังคือความเชื่อถืออย่างมากที่สุด โดยความเกี่ยวพันกับสภาพบังคับทาง

¹⁴⁶ John bell, French Constitutional Law, p.60.

¹⁴⁷ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.12.

¹⁴⁸ O Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, p.104.

กฎหมายที่อาจจะเป็นผลจากการกำหนดแต่แรกเริ่มที่แยกธรรมเนียมปฏิบัติจากขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹⁴⁹

หลักความรู้สึกร่วมกันว่าธรรมเนียมปฏิบัตินี้เป็นหลักที่ถูกต้องนั้น เป็นหลักที่สำคัญที่มีผลต่อลักษณะที่จะเรียกได้ว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ เพราะหากธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการยอมรับว่ามีความเหมาะสมและสมควรที่จะต้องได้รับการปฏิบัติ ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นก็จะไม่เกิดขึ้น และไม่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ เพราะจะกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ขัดต่อความรู้สึกนึกคิดของสังคม และเมื่อธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการยอมรับว่ามีความถูกต้องแล้ว ก็จะมีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม เพราะถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความถูกต้องชอบธรรมเสมือนเป็นเช่นกฎหมาย กฎจารีตประเพณีจะมีขึ้นได้เนื่องจากการรวมตัวกันระหว่างการปฏิบัติ (practice) และความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinion Juris) แต่ถ้าทั้งสองสิ่งไม่รวมตัวกันหมายความว่าความเชื่อมั่นแยกตัวออกจากการปฏิบัติ ก็ไม่อาจจะเกิดจารีตประเพณีขึ้นได้¹⁵⁰

2) หลักความรู้สึกร่วมกันว่าผลผูกมัดต้องปฏิบัติตาม (opinio necessitatis)

ในระบอบการปกครองที่กำลังเจริญเติบโต ไม่มีกฎข้อบังคับในทางกฎหมายอันใดที่จะครอบคลุมกรณีได้ทุกกรณี และเป็นเรื่องที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ที่นักการเมืองและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในทางการเมืองจะสร้างหลักปฏิบัติและระเบียบการต่าง ๆ เพื่อให้ระบบดำเนินไปอย่างราบรื่น เมื่อหลักการปฏิบัติเช่นนี้ได้หยั่งลึกก็จะเป็นที่รู้จักกันในนามธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งมีความหมายว่าเป็นสิ่งที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาในทางการเมืองและสิ่งที่ปฏิบัตินั้น องค์การเมืองและบุคคลที่มีอำนาจทางกฎหมายจะต้องรู้สึกว่าจะตนถูกผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่กำหนดความประพฤติขององค์กรทั้งหลายในทางการเมือง เป็นกฎเกณฑ์ของการปฏิบัติในทางการเมืองสำหรับกษัตริย์ รัฐมนตรี หรือข้าราชการโดยบุคคลดังกล่าวมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม¹⁵¹ การเชื่อฟังศีลธรรมหรือกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมาย จะมีความเชื่อถึงภาระผูกพันลักษณะเฉพาะของสิ่งที่ต้องปฏิบัติตาม นั่นเป็นเพราะมีความเชื่อว่าผูกพันต้องทำตาม หรือมีฉะนั้นก็จากความรอบคอบบางอย่างที่คล้อยหรือผลประโยชน์

¹⁴⁹ E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p.clxxxi.

¹⁵⁰ อูสาห์ โกมลปานิก, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 35.

¹⁵¹ วิษณุ เครืองาม , กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 117.

ที่คาดหมายได้ ส่วนคนที่ไม่เชื่อฟังทำตามก็เพราะพวกเขาไม่ถือว่ามิถุนายนต้องทำตาม หรือต้องการหลบหลีก หรือต้องการเปลี่ยนสิ่งที่ต้องทำตาม¹⁵²

เซอร์ เคนเนท จึงได้จำกัดความถึงธรรมเนียมปฏิบัติว่า “กฎเกณฑ์ที่ยอมรับความประพฤติว่าต้องปฏิบัติตาม โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานตามรัฐธรรมนูญ” ในทำนองเดียวกัน ศาสตราจารย์ โอ. ฮูด ฟิลลิป (Prof. O. Hood Phillips) เสนอคำจำกัดความ “กฎเกณฑ์ของวิธีปฏิบัติทางการเมืองที่ได้รับการนับถือในฐานะที่ผูกมัดโดยผู้ที่ต้องนำมาใช้”¹⁵³

หลักความรู้สึกร่วมกันว่าธรรมเนียมปฏิบัติมีผลผูกมัดต้องปฏิบัติตาม เป็นหลักการที่มีความสำคัญอีกหลักหนึ่งของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ เพราะหากกฎเกณฑ์ความประพฤตินั้น ได้รับการยอมรับว่ามีความถูกต้องเหมาะสมแล้ว แต่ไม่ได้รับการยอมรับว่ามีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ความประพฤตินั้น ก็จะไม่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ เพราะไม่มีความรู้สึกว่าจะแนวทางปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่จะเรียกได้ว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

3.3.1.2. หลักความผูกพัน

1) หลักความผูกพันเนื่องจากความสมัครใจ (Voluntaristic Theory)

หลักความผูกพันเนื่องจากการยินยอมที่จะผูกพัน (Voluntaristic Theory) หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มีมูลฐานและสาระสำคัญของทฤษฎี Voluntaristic Theory ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานแนวคิดที่ว่ารัฐต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศ ประกอบไปด้วย รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเด็ดขาด ดังนั้น การที่รัฐเหล่านั้นจะผูกพันกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศใด รัฐนั้นต้องแสดงคามยินยอมที่จะผูกพัน ทฤษฎีนี้จึงให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของรัฐเป็นใหญ่ ในอันที่จะยอมให้กฎหมายใช้บังคับเช่นเดียวกับสำนักกฎหมายมหาชนเมือง ที่ถือเจตนารมณ์ของรัฐอธิปไตย (Sovereign Will) เป็นบ่อเกิดเดียวของกฎหมาย¹⁵⁴ ผลจากแนวความคิดของหลักความสมัครใจนี้เมื่อนำมาใช้กับจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ จึง

¹⁵² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.6.

¹⁵³ Ibid, p.11.

¹⁵⁴ Austin, Lectures on Jurisprudence, (London : John Murrary, 1875) อ้างใน นิภา สืบสินร, “การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย : ศึกษากรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) ,หน้า 15.

เป็นหลักการที่ประชาชนผู้ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัตินั้นยอมรับที่จะผูกพันปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ๆ เอง โดยที่มิได้มีใครบังคับ แต่บุคคลนั้นเห็นเองว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีความสำคัญที่ควรค่าแก่การปฏิบัติ

2) หลักความผูกพันเนื่องจากความจำเป็น (Objectivist Theory)

หลักความผูกพันเนื่องจากความจำเป็น (Objectivist Theory) ซึ่งมูลฐานและสาระสำคัญของทฤษฎี Objectivist ทฤษฎีจะเห็นตรงข้ามกับทฤษฎี Voluntaristic โดยทฤษฎีนี้เห็นว่ากฎหมายมิได้เกิดจากเจตนาธรรม (will หรือ volonte) แต่เกิดจากความจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายสำหรับการดำรงอยู่ของมนุษย์ในสังคม ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่อยู่คู่สังคม ดังที่ Sir Gerald Fitzmaurice ได้กล่าวไว้ว่า “ที่ไหนมีสังคม ที่นั่นย่อมมีกฎหมาย (Ubi Societas Ibi Jus)” นั้น สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและประวัติศาสตร์ของสังคม โดยกฎหมายเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับการมีอยู่ของสังคม ทฤษฎีนี้ยังอธิบายว่ามนุษย์มีสัญชาตญาณในการรักษาตัวรอดมีกิเลส มีความเห็นแก่ตัว ทุกคนจะนึกถึงผลประโยชน์ของตนเป็นสิ่งสูงสุด โดยสภาพนี้ถ้าไม่มีกฎหมาย มนุษย์มักจะใช้กำลังเพื่อจะให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของตนก่อให้เกิดความขัดแย้งกันขึ้นในสังคม ในขณะที่เดียวกันโดยธรรมชาติมนุษย์ไม่สามารถอยู่ได้อย่างโดดเดี่ยวแต่ต้องพึ่งพาอาศัยเกื้อกูลกันและกัน¹⁵⁵

ทฤษฎี Objectivist นั้นจะนำมาใช้ในส่วน of ความเป็น opinio juris เนื่องจาก opinio juris เป็นเรื่องของจิตใจความรู้สึกที่รัฐยินยอมจะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เพราะเชื่อว่าหากไม่ปฏิบัติตามจะเป็นการผิดกฎหมายระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีความจำเป็นที่จะปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น ทฤษฎี Objectivist ซึ่งนำมาใช้ได้ในส่วน of องค์ประกอบ of ความเป็น opinio juris ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการเกิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ¹⁵⁶ ผลจากแนวความคิดของหลักความจำเป็นนี้ มิได้เกิดจากความสมัครใจแต่เป็นเพราะคนในสังคมเห็นว่าการมีกฎหมายที่ใช้ควบคุมความประพฤติเป็นสิ่งที่ต้องมีอยู่ และประชาชนในสังคมก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ๆ

3.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดที่มองว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของ ฮันส์ เคลเซน ในเรื่องทฤษฎีความมีผลบังคับทางกฎหมาย

¹⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

¹⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

(Principle of Effectiveness) ซึ่ง เคลเซ่น เห็นว่า หลักแห่งสภาพบังคับของปทัสถานกฎหมายเป็น หลักเกณฑ์สำคัญที่สุดสำหรับการพิสูจน์ความมีอยู่ของปทัสถานกฎหมาย หลักแห่งสภาพบังคับ ของปทัสถานกฎหมายมีความหมายถึงสภาพบังคับของระบบปทัสถานกฎหมายทั้งระบบ ทั้งนี้ หมายความว่าปทัสถานกฎหมายเรื่องหนึ่งเรื่องใดอาจไม่สมบูรณ์ หรือมีสภาพบังคับไม่เต็มที่ แต่ถ้า ปทัสถานกฎหมายในลำดับสูงกว่าหรือระบบปทัสถานกฎหมายทั้งระบบยังคงมีสภาพบังคับแล้ว ข้อเท็จจริงเพียงเท่านั้นไม่ทำให้หลักแห่งสภาพบังคับของปทัสถานกฎหมายต้องถูกระงับกระเทือน โดยการพิสูจน์ว่าปทัสถานกฎหมายใดได้ถูกสร้างขึ้นและมีอยู่จริง¹⁵⁷ จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ ดังนี้

- 1) ปรากฏข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งการสร้างปทัสถานนั้น เช่น พฤติกรรมของผู้สร้าง ปทัสถานกฎหมาย หรือจารีตประเพณี เป็นต้น
- 2) ปทัสถานกฎหมายในลำดับสูงกว่าปทัสถานกฎหมายนั้น ๆ หรือระบบปทัสถาน กฎหมายทั้งระบบสภาพบังคับอย่างสมบูรณ์
- 3) ยังมีได้มีปทัสถานกฎหมายใหม่ ซึ่งออกมาภายหลัง ลบล้างปทัสถานกฎหมายนั้น

3.3.2.1. ความหมายของคำว่า "สภาพบังคับ"

- 1) สถานะเมื่อมีการนำมาปฏิบัติ

ฮันส์ เคลเซ่น ได้อธิบายว่า การเกิดขึ้นและความมีอยู่ของปทัสถานกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งเป็นปทัสถานเดียวกับปทัสถานกฎหมายอื่นทั่วไป ปทัสถานกฎหมายจารีตประเพณีมิใช่เกิดจาก เจตจำนงของรัฐสภาหรือของบุคคลหรือขององค์กรผู้มีอำนาจสร้างปทัสถานกฎหมาย แต่เกิดจาก จารีตประเพณีซึ่งเป็นเงื่อนไขข้อเท็จจริงแห่งการเกิดขึ้นและความมีอยู่ของปทัสถานกฎหมายจารีต ประเพณี ถ้ากล่าวโดยเฉพาะเจาะจง จารีตประเพณีคือพฤติกรรมแห่งเจตจำนงของคนส่วนใหญ่ใน สังคมที่ประพฤติปฏิบัติสอดคล้องต้องกันมาชั่วระยะเวลาแน่นอนระยะเวลาหนึ่งจนเป็นที่ยอมรับ กัน โดยทั่วไปว่าเป็นวิถีชีวิตของสังคมจนเกิดความสมบูรณ์ และมีสภาพบังคับในตัวเอง¹⁵⁸

ความเห็นของ Ihering ใน Kampf um's Recht มองว่า สิทธิตามกฎหมายหรือสิทธิตามจารีต ประเพณี หมายความว่า ความเป็นอิสระในการกระทำของคนถูกจำกัด โดยกฎหมายหรือจารีต ประเพณีที่จะต้องกระทำหรือระงับการกระทำ มิใช่เพราะความต้องการของผู้กระทำ แต่เป็น การบังคับของสังคมที่นำภระนี้มา จึงไม่ดูเหมือนเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย หรือไม่แสดงออกถึง

¹⁵⁷ สุรินทร์ ถั่วทอง, "ฮันส์ เคลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย(7)" วารสารอัยการ, 20 (ส.ค., 2522) : 89-90.

¹⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

หลักการในการตีความแต่เป็นหน้าที่ที่ตามมาของการกระทำที่แน่นอนที่เกิดขึ้นจากจารีตประเพณีเพียงลำพัง โดยปราศจากการช่วยเหลือของการตัดสินคดี¹⁵⁹

ดังนั้น การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปฏิบัติ โดยได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ จนระยะเวลาหนึ่ง จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นก็จะเกิดสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติ จนเกิดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับ โดยสภาพบังคับนั้นเป็นสภาพบังคับที่เกิดขึ้นจากเจตจำนงของคนในสังคม

2) ผลเมื่อมีการละเมิด

จากแนวความคิดของ ฮันส์ เคลเซ่น มองว่า หลักแห่งสภาพบังคับของปทัสถานกฎหมาย (Principle of Effectiveness) ถือว่าบุคคลควรประพฤติปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับปทัสถานกฎหมาย ถ้าบุคคลใดประพฤติปฏิบัติตนผิดไปจากปทัสถานกฎหมาย บุคคลนั้นควรถูกลงโทษ หรือควรถูกบังคับให้ประพฤติปฏิบัติตนสอดคล้องกับปทัสถานกฎหมายนั้น¹⁶⁰

บุคคลใดไม่ว่าจะเห็นด้วยกับจารีตประเพณีนั้นหรือไม่ หากได้กระทำการฝ่าฝืนไม่ประพฤติปฏิบัติตนให้สอดคล้องกับจารีตประเพณี เขาก็อาจถูกคนส่วนใหญ่ในสังคมบังคับเอาได้ โดยลักษณะนี้ ฮันส์ เคลเซ่น เห็นว่าปทัสถานกฎหมายจารีตประเพณีได้เกิดขึ้นจากสภาพบังคับของจารีตประเพณี¹⁶¹

หากกฎเกณฑ์ถูกละเมิดก็จะมีคำถามว่าธรรมเนียมปฏิบัติยังคงได้รับการพิจารณาว่ามีสภาพบังคับอยู่หรือไม่ (regarded as binding) หากมีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติบ่อยครั้ง ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นก็ไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่ผูกมัดที่ยังดำรงอยู่ หรืออาจกล่าวได้ว่าการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติเป็นผลจากความตั้งใจ ที่กรณีนี้ไม่มีในกฎหมาย เหตุผลที่รู้สึกผูกมัดให้ปฏิบัติตาม (feeling obliged) เป็นเงื่อนไขที่จำเป็นของการดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่ใช่ความจำเป็นหรือเงื่อนไขของการดำรงอยู่ของกฎหมาย¹⁶²

¹⁵⁹ Ihering, *Kampf um's Recht*, 10th ed., 5 et seq. Cited in John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, p. 198.

¹⁶⁰ สุรินทร์ ถั่วทอง, “ฮันส์ เคลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย(7)” : 89.

¹⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87.

¹⁶² Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.47.

คำตอบที่สนับสนุนและบังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น หมายถึงการบังคับตามกฎหมาย แต่บทลงโทษที่ผลักดันนักการเมืองที่เชื่อฟังในหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ และธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งหลักการที่แสดงออกเป็นข้อเท็จจริงที่ละเมิดหลักการและละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ จะนำมาซึ่งผู้กระทำผิดขัดแย้งกับศาลและกฎหมายในทันที ความหมายของข้อความที่ว่า การยอมรับของรัฐธรรมนูญได้รับการสนับสนุนจากกฎหมายและอยู่บนพื้นฐานที่สามารถพิจารณาได้อย่างชัดเจนว่าอะไรเป็นผลทางกฎหมายที่เป็นผลที่จำเป็นจากการละเมิดกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ได้แย้งมิได้¹⁶³ การละเมิดกฎหมายธรรมเนียมปฏิบัติ ทำให้ผู้ละเมิดขัดแย้งโดยตรงต่อกฎหมาย ซึ่งยืนยันว่าอำนาจบังคับที่อาศัยการผลักดันให้เชื่อฟังศีลธรรมทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ใช่อำนาจอื่นใด นอกจากอำนาจทางกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กฎหมาย แต่มีสภาพบังคับ (binding force) ที่มีบทลงโทษจากความเป็นจริงที่ใครก็ตามที่ละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ มักจะละเมิดกฎหมายในท้ายที่สุดด้วย¹⁶⁴

ไดซีได้ให้ข้อคิดเห็นว่า หลักปฏิบัติ (maxims) ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการที่จะล่วงละเมิดมิได้ แต่จารีตประเพณี (customs) ที่ได้รับความนิยมนั้นยังมีเหตุผลที่โต้แย้งได้ ความแตกต่างนี้ก็ขึ้นอยู่กับความขัดแย้งระหว่างกฎหมายที่ผู้ฝ่าฝืนแล้วกลายเป็นความขัดแย้งต่อกฎหมายของแผ่นดินกับกฎหมายที่อาจจะปราศจากการฝ่าฝืนที่ตามมาประการอื่นมากกว่าที่รัฐมนตรีได้เปิดเผยหรือคนอื่น ๆ ดำเนินหรือไม่นิยม การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติจะนำมาสู่การละเมิดกฎหมายโดยตรงไม่มากนัก¹⁶⁵

ดังจะเห็นได้ว่า สิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ชัดที่สุด คือ สภาพบังคับที่เกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เพราะผู้ที่ละเมิดจะได้รับผลร้ายจากสังคม และจะเห็นได้อย่างชัดเจนกว่าสถานะสภาพบังคับที่เกิดจากการนำมาปฏิบัติ โดยผลที่เกิดขึ้นในภายหลังจากที่ได้ละเมิดจารีตประเพณีนั้น ก็มักจะเป็นผลให้ผู้ละเมิดขัดแย้งและเป็นเหตุให้เป็นการละเมิดกฎหมายลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็ขึ้นอยู่กับแนวความคิดตามแนวคิดทางปรัชญาในทางกฎหมาย

¹⁶³ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p.445-446.

¹⁶⁴ Ibid, p.450-451.

¹⁶⁵ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.5.

3.3.2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีที่มีผลบังคับเป็นกฎหมายตามแนวคิดทางปรัชญา

1) แนวความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ

“กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) เริ่มมาแต่สมัยกรีก ถือว่า กฎหมายเกิดขึ้น โดยกฎของธรรมชาติ เหมือนกับสิ่งอื่น ๆ ทั้งหลายในโลกนี้ กฎหมายธรรมชาติควบคุมความนึกคิดของเรา และเหตุการณ์ต่าง ๆ ในโลก รวมทั้งความประพฤติของมนุษย์และสัตว์ด้วย มนุษย์เป็นสัตว์ที่เจริญ รู้จักใช้ความคิดและเหตุผลจึงสามารถนำเอากฎธรรมชาตินี้มาใช้ให้เป็นประโยชน์แก่สังคมได้ กฎหมายก็เป็นกฎที่เอามาจากกฎธรรมชาตินั้นเอง กฎธรรมชาติเป็นกฎที่สมบูรณ์และมีอยู่ทั่วไป ตลอดกาล ส่วนกฎหมายนั้นเป็นกฎที่เกี่ยวกับการประพฤติกของบุคคลเฉพาะหมู่เฉพาะเหล่าตามกาลสมัยเท่านั้น กฎหมายที่ดีต้องไม่ขัดกับกฎธรรมชาติ ซึ่งเป็นเสมือนหนึ่งแม่บทหรือตัวรัฐธรรมนูญ¹⁶⁶

ความคิดสำนักธรรมชาตินิยม (Natural Law School) ตามคำกล่าวของ ซิเซโร (Cicero 106-43 B.C.) นักปราชญ์ นักนิติศาสตร์ และรัฐบุรุษของโรมันที่อธิบายถึงความคิดกฎหมายธรรมชาติที่ได้รับการยกย่องเป็นคำอธิบายต้นตำรับ เกี่ยวกับเรื่องในวัฒนธรรมตะวันตกมาแต่โบราณ ซึ่งมีข้อความว่า

“กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง สอดคล้องกับธรรมชาติ แผ่ซ่านไปในทุกสิ่งทุกอย่าง สม่่าเสมอเป็นนิรันดร ก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องทำโดยคำสั่งหรือห้ามมิให้กระทำความชั่ว โดยข้อห้ามเป็นหน้าที่อันศักดิ์สิทธิ์ที่จะต้องไม่บัญญัติกฎหมายให้ขัดแย้งกับกฎหมายนี้ เราไม่อาจยกเลิกหรือทำให้กฎหมายนี้เสื่อมทรามลงได้ อันที่จริงแล้ว ไม่ว่าจะวิเศษหรือมดลชนก็ไม่มีอำนาจที่จะปลดปล่อยเราให้พ้นจากกฎหมายนี้ และเราไม่จำเป็นต้องฟังบุคคลหรือสิ่งอื่นใด นอกจากตัวเราเองที่จะเป็นผู้แสดงออกว่ากฎหมายนั้นเป็นอย่างไร หรือตีความว่ากฎหมายนั้นมีความหมายว่าอย่างไร กฎหมายไม่เป็นอย่างหนึ่งที่กรุงโรมและเป็นอีกอย่างหนึ่งที่กรุงเอเธนส์ เป็นอย่างหนึ่งในสมัยนี้แต่เป็นอีกอย่างหนึ่งในสมัยต่อมา แต่จะยังคงเป็นกฎหมายอันหนึ่งอันเดียวชั่ววันรันดร ไม่เปลี่ยนแปลง โดยและผูกพันบังคับทุกชาติ ทุกภาษา ทุกยุคทุกสมัย”¹⁶⁷

คำว่าเหตุผล (Ratio, Reason) นี้ตามความหมายทางปรัชญาสำนัก Stoicism ของกรีกที่ซิเซโรรับมา หมายถึงระบบที่เป็นระเบียบที่มีอยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบของจักรวาล เรียกว่า

¹⁶⁶ โสภณ รัตนกร, “คำว่ากฎหมาย”, คุณพาท, 15 เล่ม 2 (มี.ค.-เม.ย., 2511) : 39.

¹⁶⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 307-308.

“เหตุผลสากล (Universal Reason)”¹⁶⁸ ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติถือว่ากฎหมายขึ้นอยู่กับเหตุผล (reason) ซึ่งมีอยู่แล้วในธรรมชาติ และไม่อาจเปลี่ยนแปลงไปโดยอำนาจ (power) หรือตามอำเภอใจ (arbitrary will) ของผู้มีอำนาจแห่งรัฐ¹⁶⁹

เดวิด ฮูม (David Hume, 1711-1776) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ มองว่า “จารีตประเพณี” (Custom) หมายความว่าจารีตประเพณีเป็นรูปแบบความคิดอย่างหนึ่งที่มนุษย์ได้สั่งสมกันขึ้นมาจากการเรียนรู้และการสังเกตปรากฏการณ์จนกระทั่งเขาสามารถเข้าใจและสรุปหลักเกณฑ์ได้ว่าเหตุอย่างหนึ่งจะก่อให้เกิดผลอย่างหนึ่งเสมอไป จารีตประเพณีก็ยังอาจรวมถึงข้อยกเว้นในกรณีต่าง ๆ ด้วย และฮูมยังกล่าวต่อไปอีกด้วยว่าจิตใจของมนุษย์มักถูกชี้นำโดยจารีตประเพณี และจารีตประเพณีเป็นผู้ชี้แนะที่ยิ่งใหญ่ในวิถีของมนุษย์¹⁷⁰

ฮูมยังแย้งในเรื่องทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติที่ถือว่า เหตุผลของมนุษย์เป็นตัวกำหนดและบังคับความประพฤตินั้น ฮูมแย้งว่าเหตุผลโดยตัวของมันเองมิได้บังคับการกระทำหรือพฤติกรรมของมนุษย์ เขาเห็นว่า เหตุผลเพียงแต่ชี้ทางที่จะนำไปสู่จุดมุ่งหมายที่มนุษย์ปรารถนาเท่านั้น สิ่งที่เป็นตัวกำหนดแนวพฤติกรรมนั้นแท้ที่จริงก็คือค่านิยมบางอย่างที่ทำให้มนุษย์เกิดความบังคาลใจ และมีความโน้มเอียงที่จะกระทำให้เกิดผลตามที่ตนปรารถนา และแบบแผนพฤติกรรมบางอย่าง เป็นเพียงธรรมเนียมประเพณีที่เกิดขึ้นจากการมุ่งปกป้องประโยชน์ของตนเองเท่านั้น¹⁷¹

แท้ที่จริงแล้วสาระสำคัญของกฎหมายธรรมชาติหาได้อยู่ที่ว่ากฎหมายธรรมชาติคือกฎหมายของพระเจ้าเป็นเจ้าไม่จริงอยู่แนวความคิดของนักนิติศาสตร์แห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคแรก ๆ จะเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาติดีที่มาจากพระเจ้าก็ตาม แต่คำว่า “พระเจ้าเป็นเจ้า” ก็เป็นเพียงสัญลักษณ์ที่ใช้แทน “ธรรมะ” หรือคุณงามความดี (virtue) และคุณงามความดีนั้นก็คือความมีเหตุมีผล ที่ได้พัฒนาแล้วอย่างสมบูรณ์ ความมีเหตุมีผลที่ว่านี้ที่สร้างความยุติธรรมให้แก่มวล

¹⁶⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 308.

¹⁶⁹ วิชา มหาคุณ, “ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ : หลักยุติธรรมแห่งกฎหมาย”, อุลพาน, เล่ม 2 ปีที่ 27 (มี.ค.-เม.ย., 2523) : 32.

¹⁷⁰ David Hume, An Enquiry Concerning The Human Understanding, (Oxford : Clarendon Press, 1894) p. 46. อ้างใน สุรินทร์ ถั่วทอง, “ฮันส์ เคลเซน และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย(4)” วารสารอัยการ, 17 (พ.ค., 2522) : 43.

¹⁷¹ พันัส ทศนิยานนท์, “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ” วารสารอัยการ, ฉบับ 32 (ส.ค., 2533) : 66.

มนุษย์ กฎหมายจึงเป็นความมีเหตุมีผลอันสูงสุด ซึ่งเติบโตขึ้นในธรรมชาติ สั่งให้ประพฤติการอันควรประพฤติ และห้ามในสิ่งที่ตรงกันข้าม¹⁷²

สำหรับนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติในยุคปัจจุบัน เห็นว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ สำหรับช่วยในการประเมินความมีเหตุผลและความชอบธรรมของกฎหมายบัญญัติ โดยนำเอา ค่านิยมทางสังคม หลักศีลธรรม และวัฒนธรรมประเพณี มาเป็นข้อพิจารณาเพื่อหยั่งหาเหตุผลที่จะใช้เป็นมาตรฐานสำหรับหลักการที่เป็นอุดมคติของกฎหมาย ปัญหาทางทฤษฎีของปรัชญาธรรมชาติในยุคปัจจุบันจึงเป็นการเสาะแสวงหามาตรฐานหรือค่านิยมทางสังคมที่มีความเหมาะสมตามกาลเวลาและสถานที่ซึ่งจะใช้เป็นเครื่องนำทางให้แก่กฎหมายบัญญัติ กฎหมายธรรมชาติในยุคปัจจุบันจึงมิใช่หลักเกณฑ์ตายตัวแน่นอนที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ แต่เป็นมาตรฐานที่มีเนื้อหาสาระเปลี่ยนไปตามความเหมาะสมกับเงื่อนไขและปัจจัยของสังคมในแต่ละยุคสมัย

ดังนั้น ความยุติธรรมซึ่งเป็นค่านิยมทางสังคมอย่างหนึ่ง และเป็นจุดหมายปลายทางในอุดมคติของกฎหมาย จึงอาจมีเนื้อหาสาระและคุณค่าแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมตามกาลเวลา สิ่งที่เราเห็นกันว่าถูกต้องและยุติธรรมในสังคมหนึ่งจึงอาจไม่เหมือนกับความต้องการหรือยุติธรรมที่ยึดถือกันอยู่ในอีกสังคมหนึ่ง หรือแม้ในสังคมเดียวกัน ความคิดเห็นว่าลักษณะอย่างใดเป็นความยุติธรรมก็ยังคงมีความแตกต่างกัน ไปตามกาลสมัยได้แล้วแต่ความเปลี่ยนแปลงในทางความคิด ความเชื่อ และวัฒนธรรมประเพณีที่ถือปฏิบัติกันในแต่ละยุคสมัย¹⁷³

และจากแนวความคิดของนักปราชญ์ชาวกรีก อริสโตเติล (Aristotle) ในหนังสือชื่อ Nicomachean Ethics ซึ่งกล่าวถึงความยุติธรรมว่า "อันว่าความยุติธรรมในทางการปกครอง (Political Justice) นั้น แบ่งออกเป็น 2 ชนิด ชนิดแรกเป็นไปตามธรรมชาติและชนิดที่สองเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ หลักเกณฑ์ของความยุติธรรมที่เป็นไปตามธรรมชาตินั้นใช้ได้เช่นเดียวกันทุกหนทุกแห่ง และมีได้ขึ้นอยู่กับว่าเราจะยอมรับหรือไม่ยอมรับ ส่วนหลักเกณฑ์ที่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติในที่แห่งหนึ่งก็อาจแตกต่างไปจากที่อื่น ๆ ได้"¹⁷⁴

¹⁷² Cicero, *Laws, The Great Legal Philosopher*, (Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1963) p. 44. อ้างใน วิชามหาคุณ, "ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ : หลักยุติธรรมแห่งกฎหมาย" : 35.

¹⁷³ พันัส ทศนิยานนท์, "ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ" : 58-59.

¹⁷⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics, The Great Legal Philosophers*, edited by Clarence Morris (Philadelphia : University of Pennsylvania Press, 1963) p. 44. อ้างใน วิชามหาคุณ, "ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ : หลักยุติธรรมแห่งกฎหมาย" : 35-36.

ปัจจุบันอิทธิพลของแนวความคิดนี้เสื่อมคลายลงไป เพราะทนต่อการพิสูจน์ของวิทยาการ และแนวความคิดใหม่ ๆ ไม่ได้ แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของนักกฎหมายสำนักนี้ในด้านที่เกี่ยวกับอุดมคติ หรือคุณธรรมของกฎหมาย ในด้านความยุติธรรมและสิทธิเสรีภาพของเอกชนก็ยังคงตกค้างและมีอิทธิพลเหนือจิตใจของผู้ร่างกฎหมายและนักกฎหมายอยู่¹⁷⁵

แม้ว่าแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติจะถูกโต้แย้งและไม่ได้ได้รับความนิยมในปัจจุบัน แต่จากแนวความคิดในเรื่องสภาพบังคับของจารีตประเพณีตามแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ โดยสรุปแล้วจะมองว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอยู่ก่อนแล้ว มนุษย์เป็นเพียงผู้ค้นพบกฎเกณฑ์นั้นเท่านั้น และจารีตประเพณีเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการประพฤติปฏิบัติอย่างเป็นปกติสม่ำเสมอ จารีตประเพณีเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติและเป็นความยุติธรรมประการหนึ่ง ดังนั้น จารีตประเพณีจึงเป็นกฎหมายตามความเห็นของสำนักกฎหมายธรรมชาติ และมองว่ากฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นในภายหลังจะต้องไม่ขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และก็มีผู้ให้ความเห็นว่า ยุติธรรมนั้นแท้จริงแล้วมนุษย์ไม่สามารถรู้ได้เองแต่เกิดจากการสั่งสมของประสบการณ์ จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ เป็นความยุติธรรมในทางการปกครองที่อาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ละท้องถิ่น และความคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมก็อาจเปลี่ยนแปลงไปตามแต่ละยุคแต่ละสมัย

2) แนวความคิดสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์

“สำนักประวัติศาสตร์” (Historical School) มีความเห็นว่า กฎหมายเกี่ยวเนื่องโดยตรงกับชีวิตในสังคม กฎหมายก็เช่นเดียวกับภาษา ต่างคือย ๆ เจริญขึ้นทีละเล็กทีละน้อยพร้อม ๆ กับสังคม และต่างก็เป็นผลของสติปัญญาของแต่ละชาติ

Savigny ศาสตราจารย์กฎหมายชาวเยอรมันกล่าวว่า เราไม่อาจเข้าใจกฎหมายของแต่ละชาติได้ โดยไม่ศึกษาถึงสภาพของสังคมและประวัติศาสตร์ของชาตินั้น ๆ กฎหมายของแต่ละชาติย่อมแสดงออกซึ่งคุณลักษณะพิเศษของแต่ละชาติ กฎหมายไม่ใช่ผลของคำสั่งการ ไม่ใช่เกิดจากนิสัยของประชาชน แต่เกิดจากสัญชาตญาณที่รักความดีหรือเจตนารมณ์ของประชาชน (Volksgeist) ธรรมเนียมประเพณี หากข้อบกพร่องแห่งกฎหมายไม่ เป็นเพียงหลักฐานว่ากฎหมายมีอยู่เท่านั้น¹⁷⁶

สำนักนี้ถือว่าจารีตประเพณีมีผลบังคับในตัวเอง เพราะจารีตประเพณีเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับในสังคมตั้งแต่ก่อน จารีตประเพณีเหล่านี้จึงเป็นข้อเท็จจริงในสังคมซึ่งมีลักษณะบังคับโดย

¹⁷⁵ โสภณ รัตนกร, “คำว่ากฎหมาย” : 40.

¹⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

ไม่ต้องมีใครมารับรองอำนาจอีก จารีตประเพณีเป็นข้อเท็จจริงที่มีอำนาจในฐานะที่เป็นแบบแผน (Norm) ตัวอย่างเช่น สนามหญ้าหรือป่า ซึ่งเดิมไม่มีคนเดินผ่านเลย คนเดินผ่านในระยะเริ่มต้นจะเดินอย่างไรก็ได้ตามใจสมัครหรือสะดวก เมื่อมีคนเดินผ่านนาน ๆ เข้าก็กลายเป็นทางเดิน (ข้อเท็จจริง) ทางเดินที่เกิดขึ้นจะทำให้คนที่เดินผ่านรู้สึกขึ้นเองในใจว่าตนจะต้องเดินตามทางเดินนั้น หากเดินนอกเส้นทางตัวเองหรือผู้พบเห็นจะรู้สึกว่าเป็นการกระทำนอกกลุ่มนอกทางว่าเป็นการไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ทางเดินจึงมีลักษณะเป็นสิ่งที่มีความอำนาจบังคับบัญชาผู้เดินอยู่ในตัวโดยไม่ต้องมีอำนาจอื่นใด มาบังคับให้เป็นไปตามนั้น ปราภฏปรการณที่ทางเดินมีลักษณะบังคับให้คนต้องเดินตามเส้นทางนี้ นักปราชญ์ทางนิติศาสตร์ชาวเยอรมันในสมัยต้นศตวรรษที่ชื่อ George Jellinek (1851-1911) เรียกว่า “หลักข้อเท็จจริงที่มีอำนาจบังคับในตัว” (Normative Kraft des Faktischen)¹⁷⁷

สำนักประวัติศาสตร์มองว่าการทำประมวลกฎหมายนั้นเป็นแต่เพียงการบันทึกรวบรวมและเรียบเรียงกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งก็คือ ด้านหนึ่งนั้นเรียบเรียงจากจารีตประเพณี อีกด้านหนึ่งก็คือจากกฎหมายโรมันซึ่งเยอรมันรับเข้ามา นั่นคืออธิบายว่าการบัญญัติกฎหมายนั้นจะต้องทำการศึกษาจารีตประเพณีหรือ Volksgeist ของเยอรมันซึ่งแสดงออกมาในรูปของจารีตประเพณี¹⁷⁸

Savigny กล่าวว่า Volksgeist หรือจิตวิญญาณประชาชาติ เป็นลักษณะพิเศษที่เกิดขึ้นเฉพาะในแต่ละชาติ และ Volksgeist นี้ก็มีการวิวัฒนาการไปตามประวัติศาสตร์ Volksgeist จึงเป็นศูนย์รวมของความรู้สึกนึกคิดของคนในชาตินั้น ๆ โดยจะวิวัฒนาการในรูปของจารีตประเพณี วัฒนธรรม และวิวัฒนาการต่อมาเป็นกฎหมายในที่สุด กฎหมายดั้งเดิมนั้นแสดงออกในรูปจารีตประเพณี ส่วนจารีตประเพณีนั้นที่จริงก็คือความรู้สึกฝิดชอบชั่วดีมีอยู่ภายในจิตใจของคนในชาติที่แสดงออกเป็นความประพฤติปฏิบัติในสภาวะและเหตุที่เกิดขึ้นในสังคม นั่นแหละคือที่มาของกฎหมายและกฎหมายตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดคือ กฎหมายจารีตประเพณี และทำให้ความประพฤติปฏิบัติในชุมชนเป็นแนวเดียวกันหมดเรียกกันว่าเป็น “คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ต่อมากฎหมายมีพัฒนาการที่สลับซับซ้อนมากขึ้น จนกลายเป็นกฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) จิตวิญญาณประชาชาติกับกฎหมาย จึงเป็นสิ่งที่พัฒนามาจากสิ่งเดียวกัน¹⁷⁹

สำนักประวัติศาสตร์ ให้ความสำคัญกับประวัติความเป็นมาของชาติว่าเป็นวิวัฒนาการของกฎหมาย โดยมองว่าประวัติศาสตร์และจิตวิญญาณของคนในชาติเป็นคนละส่วนกัน แต่จารีตประเพณีก็เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นว่ามีกฎหมายอยู่ ซึ่งสังคมแรกเริ่มนั้นกฎหมายจะแสดงออกในรูป

¹⁷⁷ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญา, หน้า 60-61.

¹⁷⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 226.

¹⁷⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 216-8.

ของจารีตประเพณี ที่เป็นความรู้สึกร่วมกันที่ฝังอยู่ในจิตใจของคนในชาติที่ปฏิบัติตามสภาวะของสังคม และจารีตประเพณี ก็เป็นกฎเกณฑ์หนึ่งที่น่ามาใช้ในสังคม และพัฒนาควบคู่ไปกับสังคม ดังนั้น จารีตประเพณีจึงเป็นที่มาของกฎหมายตามแนวความคิดของสำนักประวัติศาสตร์ และจารีตประเพณีก็มีความสำคัญในฐานะที่เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงกฎเกณฑ์ที่สังคมบังคับใช้

3) แนวความคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง

สำนักบ้านเมือง (Positivism) ถือว่ากฎหมายเป็นระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับความประพฤติ ซึ่งประชาชนต้องปฏิบัติตาม ซึ่งได้ผ่านกระบวนการตราเป็นกฎหมายจากองค์กรที่สังคมยอมรับ เช่น พระราชบัญญัติซึ่งออกโดยสภานิติบัญญัติ หรือผ่านการบังคับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลตามคำพิพากษาศาล ซึ่งในบางประเทศถือว่าเป็นกฎหมาย หรือขนบธรรมเนียมประเพณีซึ่งประชาชนยอมรับถือว่าเป็นกฎหมาย เป็นต้น

ในทรรศนะของ Austin กฎหมายก็คือคำสั่งหรือคำบงการชนิดหนึ่ง ซึ่งเกี่ยวกับความประพฤติของประชาชน เป็นคำบงการของผู้มีอำนาจอันสูงสุดในการปกครองประเทศ ซึ่งมีตัวตนแน่นอนและมีโทษทัณฑ์ (sanction) กำหนดไว้สำหรับผู้ฝ่าฝืน คำบงการนี้เป็นคำสั่งโดยทั่วไป ไม่ใช่คำสั่งเฉพาะเหตุเฉพาะบุคคล และไม่ใช่คำสั่งที่เป็นการชั่วคราว ดังนั้น Austin จึงไม่ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายที่แท้จริง เป็นแต่เพียงกฎหรือหลักทางศีลธรรมอย่างหนึ่งเท่านั้น¹⁸⁰ ตามแนวความคิดของ ออสติน กฎหมายแบ่งแยกออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎหมายแท้ (positive law) และกฎหมายไม่แท้ กฎหมายแท้คือ คำสั่งคำบัญชาของผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองบ้านเมือง ส่วนกฎหมายไม่แท้ คือ กฎเกณฑ์บางอย่างที่อาจมีการเคารพและปฏิบัติตาม แต่โดยเหตุที่มีใช้คำสั่งคำบัญชาของผู้ปกครองบ้านเมือง ซึ่งเรียกว่า อธิปไตย (sovereign) จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นกฎหมายที่แท้จริง อาทิเช่น กฎของสมาคม จารีตประเพณี และหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ออสตินเห็นว่ากฎข้อบังคับที่ไม่เข้าลักษณะเป็นกฎหมายแท่นั้น เป็นเพียงหลักธรรมจรรยา (positive morality) ที่อาจมีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องใกล้ชิดกับกฎหมายแท้เท่านั้น¹⁸¹

ในความเห็นของ โทมัส ฮอปส์ มองว่า ถ้าประเทศในเครือจักรภพ มีทางปฏิบัติหลากหลาย อย่าง อย่างเห็นได้ชัด เราก็ไม่อาจเข้าใจได้ว่าจารีตประเพณีมีอำนาจบังคับเพียงช่วงระยะเวลาแต่เป็นกฎหมายโบราณที่เขียนขึ้น หรือรู้จักกันว่ารัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติของราชาธิปไตย และเป็นกฎหมายปัจจุบัน ไม่ใช่โดยทางศีลธรรมของความเคยชินตามเวลา แต่โดยรัฐธรรมนูญของ

¹⁸⁰ โสภณ รัตนกร, “คำว่ากฎหมาย” : 41-42.

¹⁸¹ พันัส ทศนิยานนท์, “ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ” : 69.

รัฐาธิปัตย์ในปัจจุบัน¹⁸² ดังนั้น ตามแนวความคิดของ Hobbes ที่มองว่า ไม่มีรัฐาธิปัตย์ที่จะมีอำนาจ ทั้งอำนาจในการประกาศใช้กฎหมายที่ผูกมัดพวกเขาและอำนาจที่จะบังคับใช้กฎหมาย นั่นก็คือไม่มีกฎหมายระหว่างประเทศในสายตาของ Hobbes และจึงไม่มีจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายด้วยเช่นกัน¹⁸³

ลักษณะความคิดพื้นฐานที่สำคัญของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง มีอยู่ 2 ประการคือ¹⁸⁴

- 1) ความคิดว่ามีแต่กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นด้วยความจำนงตั้งใจเท่านั้นที่เป็นกฎหมายที่แท้จริง (Only deliberately made law is real law) จะหมายถึงเฉพาะกฎหมายบัญญัติเท่านั้น
- 2) ความคิดทางวิชาการทางนิติศาสตร์เห็นว่าระบบกฎหมายย่อมเป็นระบบที่มีความสมบูรณ์ในตัว และไม่ต้องอาศัยหลักการอื่นใดมาอธิบาย (Self-Contained and Self Sufficient)

สำนักนี้เห็นว่ากฎหมายจะมีลักษณะบังคับเกิดขึ้นได้เพราะรัฐาธิปัตย์รับรองให้บังคับใช้ได้ หากรัฐาธิปัตย์มีคำสั่งให้ใช้จารีตประเพณีเป็นกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้จารีตประเพณีจึงจะมีผลบังคับได้ กล่าวอีกนัยหนึ่งสำนักนี้เห็นว่าประเพณีจะมีลักษณะบังคับในตัวเองไม่ได้นั่นเอง ในบางประเทศเช่นในประมวลกฎหมายฝรั่งเศสประมวลกฎหมายออสเตรีย มีบทบัญญัติไว้ว่าจารีตประเพณีจะนำมาใช้ได้เมื่อมีกฎหมายบ้านเมืองอนุญาตให้ใช้เท่านั้น ถ้าไม่อนุญาตจะนำจารีตประเพณีใช้บังคับไม่ได้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะประมวลกฎหมายฝรั่งเศสเกิดขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศสซึ่งมีความต้องการล้มล้างประเพณีเก่า ๆ ทั้งหลาย ส่วนออสเตรียนั้นก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 จักรวรรดิออสเตรียฮังการี ประกอบด้วยชนหลายชาติ รัฐประศาสนนโยบายออสเตรียในสมัยนั้นต้องการรวบรวมชนชาติต่าง ๆ เป็นชาติเดียวกันจึงมีบทห้ามไม่ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเพื่อให้ชนชาติเล็ก ๆ คลายความนับถือจารีตประเพณีของท้องถิ่นเพื่อความมั่นคงเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของจักรวรรดิ ฉะนั้นประมวลกฎหมายฝรั่งเศสและออสเตรียจะเขียนไว้ในลักษณะดังกล่าว แต่ก็ไม่สามารถเอาชนะลักษณะธรรมชาติของจารีตประเพณีได้ต้องยอมรับจารีตประเพณีบางอย่างโดยปริยาย ตัวอย่างเช่น การชกมวย การเตะฟุตบอล การผ่าตัดคนไข้ของนายแพทย์¹⁸⁵

Pufendorf เป็นผู้ที่เสนอว่า กฎหมายนั้น อาจแยกออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่เป็น “เนื้อหา” กับส่วนที่เป็น “บทบังคับ” ส่วนที่เป็นเนื้อหาจะกล่าวถึงว่า กฎหมายสั่งให้กระทำหรือละเว้นอะไร และส่วนที่เป็นบทบังคับเป็นส่วนที่กำหนดว่าถ้าผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือขัดขึ้นข้อห้ามตาม

¹⁸² Thomas Hobbes, *Leviathan*, Part II, Chapter xxvi.

¹⁸³ Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, pp. 102-103.

¹⁸⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา*, หน้า 241-3.

¹⁸⁵ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, หน้า 61-2.

เนื้อหาของบทกฎหมายแล้ว เขาจะถูกลงโทษหรือผู้บังคับให้ได้รับผลร้ายอย่างไร Pufendorf กล่าวต่อไปว่าบทบัญญัติของกฎหมายจะต้องมีทั้ง 2 ส่วน ถ้าบทบัญญัติใดมีอยู่ส่วนเดียวคือ “สั่งหรือห้าม” เพียงอย่างเดียว แล้วไม่มีบทบังคับ (sanction) แล้ว กฎเกณฑ์เหล่านั้นก็เป็นกฎหมายที่ไม่บริบูรณ์ในตัว (Jus Imperfectum) เมื่อผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกระทำฝ่าฝืนหน้าที่แต่ไม่มีบทบังคับ บทบัญญัตินั้นก็ไม่มีผลบังคับ¹⁸⁶

ตามความคิดของ Thomasius (1665-1728) และ Immanuel Kant (1724-1804) ในสมัยต่อมา นั้นกฎเกณฑ์ของกฎหมายจะต้องบังคับในสิ่งที่บังคับได้จึงจะเรียกได้ว่ามีลักษณะบังคับ ด้วยเหตุนี้ Thomasius จึงสอนว่า กฎหมายจะต้องมีลักษณะบังคับ แต่สิ่งที่จะมีลักษณะบังคับจะต้องบังคับได้ ด้วย ความคิดของ Thomasius สำคัญอยู่ที่เน้นว่ากฎหมายจะต้องเป็นสิ่งที่บังคับได้ และสิ่งที่บังคับได้ต้องเป็นสิ่งภายนอก¹⁸⁷

แนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง มีสาระสำคัญอยู่ที่อธิบายว่ากฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยความจงใจของรัฐ ที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาจะต้องเชื่อฟัง ที่หากมีการละเมิดก็จะได้รับผลบังคับตามกฎหมาย สำนักกฎหมายบ้านเมืองจึงถือลักษณะบังคับหรืออำนาจบังคับเป็นสิ่งที่ใช้ในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายหรือไม่ ทำให้แนวความคิดนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีความบกพร่อง

จากความเห็นของ ศาสตราจารย์ สมคิด เลิศไพฑูรย์¹⁸⁸ ให้ข้อสังเกตว่า กฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ ประการแรก คือว่ากฎหมายเป็นคำสั่ง ๆ ของรัฐาธิปัตย์ จึงมีความไม่แน่นอนเพราะขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจ ผู้มีอำนาจสั่งอย่างไร ผู้อยู่ในอำนาจต้องปฏิบัติตาม กฎหมายก็กลายเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอน เป็นเรื่องเจตจำนง เป็นเรื่องของอำนาจ แทนที่จะเป็นเรื่องของธรรมหรือเหตุผล เราต้องแยกเจตจำนง (will) ออกจากเหตุผล (reason) นั้น แทนที่กฎหมายจะเอาธรรมเป็นอำนาจกลับกลายเป็นเอาอำนาจเป็นธรรม ข้อบกพร่องประการต่อมา เมื่อกฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ เพราะฉะนั้นจะมีกฎหมายได้จะต้องมีรัฐ รัฐคืออะไร ในทางรัฐศาสตร์จะต้องประกอบด้วย องค์ประกอบ 3 ประการ คือ ต้องมีประชากรที่แน่นอน ต้องมีดินแดนที่มีขอบเขตที่แน่นอน ต้องมีอำนาจอธิปไตย คือ มีรัฐบาลปกครองตนเองโดยไม่ขึ้นอยู่กับใคร ซึ่งจะใช้อธิบายสังคมในยุคแรกเริ่มไม่ได้ เพราะสังคมในสมัยก่อนยังไม่มีประชากรและ ขอบเขตดินแดนที่แน่นอน เป็นต้น

¹⁸⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 232.

¹⁸⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 233.

¹⁸⁸ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญา, หน้า 43-4.

ฉะนั้น จากแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง จะไม่ถือว่าจารีตประเพณีหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ ก็ตามที่มิได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือมิได้ผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ เป็นกฎหมาย เพราะไม่ใช่คำสั่งของรัฐาธิปไตย และไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย ดังนั้นจารีตประเพณีจึงไม่เป็นกฎหมายและไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย ตามความแนวความคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมือง แต่อย่างไรก็ตามแนวความคิดในทางกฎหมายของสำนักกฎหมายนี้ก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่สามารถอธิบายความมีอยู่ของกฎหมายได้อย่างแท้จริง

3.3.3. การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

3.3.3.1. ลักษณะของกฎหมาย

กฎหมายมี 2 ชนิดที่มีลักษณะและความหมายแตกต่างกัน คือ กฎหมายตามแบบพิธี และกฎหมายตามเนื้อความ กฎหมายตามแบบพิธี เป็นกฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ ทั้งนี้ คือแม้จะไม่มีสภาพบังคับ แต่ถ้าได้ออกมาโดยวิธีการบัญญัติกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติต่าง ๆ ก็เป็นกฎหมายตามแบบพิธีเหมือนกัน กฎหมายตามแบบพิธีนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบังคับสภามณฑล ข้อบังคับจังหวัด และข้อบังคับตำบล เป็นต้น กฎหมายตามเนื้อความ ความหมายของคำว่า "กฎหมาย" จะเป็นความหมายที่ถูกต้องก็ต่อเมื่อได้คลุมถึง "กฎหมายจารีตประเพณี" ด้วย เพราะแม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย คือมีกฎหมายใหญ่ ๆ บัญญัติไว้ในรูปของประมวลกฎหมาย เช่น แพ่งและพาณิชย์ อาญา ฯลฯ แต่ก็ มิใช่ว่าการมีประมวลกฎหมายจะกีดกันมิให้กฎหมายจารีตประเพณีเกิดขึ้น เป็นแต่สำหรับประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย โอกาสที่กฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นย่อมมีน้อยกว่าประเทศที่ใช้กฎหมาย common law เป็นธรรมดา¹⁸⁹

ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย เช่น เยอรมัน และ สวิส ในทางวิชาการตำราทางกฎหมายรวมตลอดถึงคำพิพากษาศาล ในประเทศเหล่านี้ได้ยอมรับบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีโดยอาศัยการยอมรับจากประชาชนว่าสิ่งที่นำมาใช้บังคับนั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณี และมีการบังคับใช้กฎหมายจารีตประเพณีจริง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า กฎหมายจารีตประเพณีก็เป็นกฎหมายตามเนื้อความได้ เพราะเป็น "ข้อบังคับ" ของรัฐเหมือนกับกฎหมายที่รัฐสภาของรัฐเป็นผู้ออกมาเอง เพราะการที่เจ้าพนักงานหรือศาลของรัฐยอมให้กฎหมายจารีตประเพณีก็เท่ากับยอมรับว่าเป็น

¹⁸⁹ หยุด แสงอุทัย, "กฎหมายคืออะไร" วารสารธรรมศาสตร์, 1 ตอนที่ 4 (ต.ค.,2505) หน้า 821-3.

“ข้อบังคับ” ของรัฐนั่นเอง “ข้อบังคับ” นี้ ได้แก่ คำสั่งซึ่งกำหนดความประพฤติของมนุษย์โดยให้กระทำหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และเมื่อฝ่าฝืนคำสั่งนั้นย่อมจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ¹⁹⁰

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้กฎหมายได้ผลจริงจัง กฎหมายย่อมต้องกำหนดโทษทัณฑ์หรือวิธีการบังคับอย่างอื่น (sanction) เพื่อให้คนปฏิบัติตาม แต่โทษทัณฑ์หรือวิธีการบังคับนั้นหาใช่องค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายไม่ รัฐธรรมนูญซึ่งนับว่าเป็นกฎหมายสูงสุด หากมีวิธีการบังคับว่า ประชาชนจะต้องไม่ฝ่าฝืนอย่างไรไม่¹⁹¹ จารีตประเพณีไม่อาจมีอยู่อย่างปราศจาก an informal court อธิบายโดยจารีตประเพณีไม่สามารถบังคับใช้ และไม่มีสภาพบังคับ ดังนั้น จารีตประเพณีสามารถที่จะเป็นกฎหมายที่ไม่มีการบังคับใช้หรือสภาพบังคับ¹⁹² ทั้งนี้เป็นเพราะกฎหมายเป็นกฎหรือหลักที่เกี่ยวกับความประพฤติ หรือการกระทำของบุคคลที่แสดงออกมาภายนอก

ลักษณะของกฎหมาย¹⁹³ เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผนความประพฤติของมนุษย์ในสังคม และมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ (Organized sanction or organized enforcement)

1. กฎหมายต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผน (norm) กฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ซึ่งจะเป็นเครื่องชี้ว่าการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดผิดหรือถูกอย่างไร กล่าวอีกนัยหนึ่งกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นแบบแผน (norm)

2. กฎหมายต้องมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียม นั้น มีลักษณะบังคับของกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นโดยความตั้งใจของคนรวมกันเพื่อมาบังคับหรือบางอย่างเกิดขึ้น โดยปฏิบัติการของคนในสังคมโดยธรรมชาติ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ เช่น ถ้ามีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีที่สำคัญ ในสังคมโบราณก็อาจมีการลงโทษ เช่น การไล่ผู้ฝ่าฝืนออกจากหมู่บ้าน โดยที่การกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นโดยตัวของมันเอง แต่เกิดจากการปรึกษาหารือตัดสินใจชี้ขาดของคนในสังคมนั้น การบังคับตามประเพณีที่สำคัญจึงเป็นกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะที่ทำการอย่างจริงจังโดยความสำนึกและตั้งใจร่วมกันเพื่อให้เกิดผลในการลงโทษ

¹⁹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 824.

¹⁹¹ โสภณ รัตนกร “คำว่ากฎหมาย” : 50.

¹⁹² Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, p. 152.

¹⁹³ สมยศ เชื้อไทย, *นิติปรัชญา*, หน้า 42-43.

ผลกระทบภายหลังประการหนึ่งของการกระทำที่คล้ายกันที่ปฏิบัติซ้ำแล้วซ้ำอีกบ่อยครั้ง อาจเป็นการพัฒนาของความเคยชินหรือจารีตประเพณีที่ไม่ได้เป็นแบบแผน แต่เกิดขึ้นจากความ เป็นจริง แต่ผลภายหลังประการที่สองอาจเป็นศีลธรรมจรรยา ภายหลังลักษณะของอำนาจหรือ ข้อผูกพันทาง กฎหมายในการกระทำหรือทำให้ข้อผูกมัดไว้ผล โดยอาจเรียกได้ว่าเป็น กฎหมาย จารีตประเพณี (Consuetudinary law) หรือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Legal rule) โดยเป็นประเพณี¹⁹⁴

ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะที่เป็นการกระทำที่แน่นอนมีแบบแผน และมี สภาพบังคับเพื่อให้เกิดผลในการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ก็มีมุมมองว่าจารีตประเพณีอาจมี ลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความ เพราะเป็นข้อบังคับที่กำหนดพฤติกรรมมนุษย์ให้กระทำหรือไม่ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

3.3.3.2. การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

การแบ่งแยกกฎหมายกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้แนวทางมาจาก ไคซี ซึ่งมองว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมาย เพราะกฎหมายมีสภาพบังคับ ซึ่งในการมองของ ไคซี ได้นำเอาสภาพบังคับ และการยอมรับบังคับ ใช้ของศาลในการพิจารณาคดีมาเป็นจุดแบ่งแยก

ข้อคิดเห็นของ Paul Jackson ซึ่ง Professor Munro ต้องการชี้ให้เห็นว่า

- 1) ไคซีเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายในการศึกษารัฐธรรมนูญ ความสำคัญในการศึกษากฎหมายในสิ่งแวดล้อม (law in context)
- 2) ไคซีต้องการแยกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของรัฐธรรมนูญจากกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมาย ซึ่งไคซีและผู้เขียนตำราในเวลาต่อมาและผู้พิพากษามักเรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่ามีข้อพิสูจน์ที่มีประสิทธิผลและมีประโยชน์¹⁹⁵

แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดของไคซี ได้มีผู้คัดค้าน เช่น เซอร์ ไอวอร์ เจนนิง ซึ่งได้โต้แย้งการแบ่งแยกธรรมเนียมปฏิบัติและกฎหมายของไคซี โดยยึดถือว่าธรรมเนียมปฏิบัติเป็น กฎเกณฑ์ที่โดย ธรรมชาติ พื้นฐานแล้วไม่ต่างกับกฎหมายที่มีอยู่จริงของอังกฤษ การโต้แย้งของ เจนนิงรวมข้อวินิจฉัยหลาย ๆ ข้อต่างเป็นความถูกต้องของกฎหมายเช่นเดียวกับความถูกต้องของ

¹⁹⁴ Francisco Suarez , Treatise on Law and God the Lawgiver , (London : Oxford University Press , 1944), p. 445.

¹⁹⁵ Colin Munro , “Dicey on Constitutional Conventions” Public Law, wint 1985, p. 649.

ธรรมเนียมปฏิบัติและธรรมเนียมปฏิบัติก็มีความสำคัญและบางครั้งก็สำคัญกว่ากฎหมาย และทั้งสองอย่างนี้ก็มีความสัมพันธ์กันอย่างเดียวกัน วิธีปฏิบัติที่เป็นกฎหมายอาจจะได้มาจากธรรมเนียมปฏิบัติและธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะใช้ประยุกต์ในศาลที่ใช้กฎหมาย¹⁹⁶

กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นคำที่ใช้ในอังกฤษ รวมอยู่ในกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่มีผลต่อการจำแนกโดยตรงหรือโดยทางอ้อม หรือการใช้อำนาจของรัฐบาลปิตัยในรัฐ เพราะฉะนั้นจึงรวมกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่จำกัดความสมาชิกของอำนาจอธิปไตย กฎเกณฑ์ทั้งหมดที่ควบคุมความสัมพันธ์ของสมาชิกซึ่งกันและกัน หรือที่กำหนดวิธีการตามอำนาจอธิปไตย หรือสมาชิกที่ปฏิบัติหน้าที่ เป็นกฎเกณฑ์ที่อธิบายการเข้าสู่อำนาจของกษัตริย์ ควบคุมการใช้อำนาจของ chief magistrate การพิจารณารูปแบบของนิติบัญญัติและวิธีการเลือกตั้ง กฎเกณฑ์สำหรับรัฐมนตรีทั้งหมด และมีความรับผิดชอบในการกระทำที่จำกัดอาณาเขตที่รัฐบาลปิตัยของรัฐประเมินค่าและตั้งผู้ซึ่งเป็นส่วนสำคัญหรือประชาชน สังเกตว่าการใช้คำว่า “กฎเกณฑ์” ไม่ใช่ “กฎหมาย” ความหมายของคำมีความมุ่งหมายในข้อเท็จจริงที่ว่ากฎเกณฑ์สร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นคำที่ใช้ในอังกฤษ รวมทั้งหลักการหรือกฎทั้งสองกลุ่มในลักษณะที่แน่นอนทั้งหมด¹⁹⁷

1) องค์ประกอบของกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่ใช้ในการปกครองประเทศประกอบไปด้วย ส่วนที่เป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญ (law of the constitution) ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองการปกครอง และอีกส่วนหนึ่งเป็นส่วนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (conventions of the constitution) ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่ได้มีการกำหนดหรือบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ

ก) กฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายแท้จริง : กฎหมายรัฐธรรมนูญ

กฎเกณฑ์หนึ่งนั้นเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดแคบ คือ “กฎหมาย” (laws) ไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม ก็สามารถบังคับใช้โดยกฎหมายบัญญัติหรือได้จาก จารีตประเพณี ประเพณี หรือกฎที่ผู้พิพากษาสร้างขึ้น ซึ่งรู้จักกันว่า กฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งบังคับใช้โดยศาล ซึ่งเรียกกฎเกณฑ์ที่สร้างขึ้นนี้ว่า “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งอาจเรียกรวมกัน โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อแบ่งแยกที่เรียกรวมกันว่า “กฎหมายของรัฐธรรมนูญ” (the law of the constitution)¹⁹⁸

¹⁹⁶ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.11.

¹⁹⁷ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p.23.

¹⁹⁸ Ibid, pp. 23-24.

ตัวอย่างกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹⁹⁹ เช่น “พระมหากษัตริย์ไม่อาจกระทำผิด” (the King/Queen can do no wrong) เป็นหลักที่ตีความโดยศาล ในความหมายแรก คือไม่อาจดำเนินการทางกฎหมายต่อพระราชินีในความรับผิดชอบพระองค์ได้ ความหมายที่สองคือ ไม่มีใครที่จะฟ้องร้องต่อคำสั่งของกษัตริย์หรือการปฏิบัติหน้าที่เพื่อปกป้องการกระทำที่ไม่เหมาะสมโดยกฎหมาย หลักการทั้งสองนี้นำมาใช้เป็นกฎหมาย และกฎหมายของรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ใช่กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร “กษัตริย์ไม่มีอำนาจที่จะได้รับการยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย” (no power in the Crown to dispense with the obligation to obey a law) เป็นการปฏิเสธอำนาจที่ได้รับการยกเว้นตาม the Bill of Rights ซึ่งเป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญและเป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร “บุคคลบางคนมีความ รับผิดชอบตามกฎหมายต่อการกระทำใด ๆ ที่ได้กระทำลงโดยกษัตริย์” ซึ่งก็เป็นความรับผิดชอบของรัฐมนตรีการต่างประเทศในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ

สรุปจากที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าในอังกฤษหลักการทางกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ มี 3 ประการ คือ²⁰⁰

ประการแรกคือ หลักที่ว่าพระราชินีไม่อาจทำอะไรผิด

ประการที่สองคือ ศาลปฏิเสธที่จะพิจารณาการกระทำที่ทาลงโดยพระราชินี ที่ไม่ได้กระทำในรูปแบบเฉพาะ รูปแบบทั่วไปรวมถึงในฐานะที่รับสนองพระราชโองการ (a particular seal) โดยรัฐมนตรี หรือการลงนามแทน (the counter-signature) หรือที่มีค่าเท่ากับการลงนามแทนของรัฐมนตรี

ประการที่สามคือ รัฐมนตรีที่รับสนองพระราชโองการหรือลงนามแทน มีความรับผิดชอบต่อการกระทำที่ได้ทรงอนุมัติ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญและกฎหมาย แต่ไม่เป็นกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายที่แท้จริง ที่เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นสิ่งที่ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเป็นหลักการทางกฎหมายที่ศาลและกฎหมายยอมรับบังคับให้เป็นกฎหมาย และมีสภาพบังคับตามกฎหมาย

ข) กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมาย : ธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ

¹⁹⁹ Ibid, p. 25.

²⁰⁰ Hearn, *Government of England*, 2nd ed., 1887, ch.iv.

กฎเกณฑ์อีกอย่างหนึ่งคือ ธรรมเนียมปฏิบัติ (conventions) ความเข้าใจ (understandings) นิสัย (habits) หรือวิธีปฏิบัติ (practices) ที่ควบคุมการปฏิบัติของสมาชิกที่ใช้อำนาจอธิปไตยของ รัฐมนตรี หรือขององค์กรอื่น ๆ ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริงทั้งหมด เพราะไม่ได้รับการบังคับใช้โดย ศาล นั่นคือ ซึ่งในส่วนของกฎหมายรัฐธรรมนูญอาจแยกเป็น "ธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ" (conventions of the constitution) หรือ ความประพฤติในทางรัฐธรรมนูญ (constitutional morality)

กฎหมายรัฐธรรมนูญอาจแยกเป็นสองส่วนคือ กฎหมายของรัฐธรรมนูญ และส่วนที่เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึง กฎ (maxims) วิธีปฏิบัติ (practices) ที่ควบคุม ความประพฤติของพระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี และองค์กรอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่เป็น กฎหมายที่เคร่งครัดทั้งหมด²⁰¹ กฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญ เช่น ธรรมเนียม ปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ตามมาจากหลักปฏิบัติ มีตัวอย่างเช่น รัฐชิปต์จะต้องลงนาม หรือไม่สามารถโต้แย้ง (veto) การผ่านร่างกฎหมายโดยสภาทั้งสองสภา สภาสูงไม่อาจริเริ่มร่าง กฎหมายการเงินเมื่อสภาสูงทำหน้าที่เป็นศาล (Court of Appeal) ห้ามขุนนางที่ไม่ใช่ชั้นกฎหมาย (Law Lord) เข้าร่วมตัดสินในสภา รัฐมนตรีต้องลาออกจากตำแหน่งเมื่อสภาสามัญมีมติไม่ไว้วางใจ ร่างกฎหมายจะต้องผ่านการพิจารณาก่อนที่จะผ่านไปยังสภาสามัญ²⁰²

หลักปฏิบัติเหล่านี้ถูกแยกออกจากกันตามความแตกต่างกัน ภายใต้รัฐธรรมนูญใหม่หรือที่ เป็นลายลักษณ์อักษรจะมีทั้งที่เป็นและไม่เป็นรูปแบบของกฎหมายที่แท้จริง รัฐธรรมนูญอังกฤษ เป็นคอมมอนที่ไม่มีความหมายในความเป็นจริงในอันที่จะถูกทำลาย จึงไม่มีศาลที่จะให้ข้อสังเกตถึง การละเมิดกฎหมาย และเป็นเรื่องน่าเสียดายที่หลักปฏิบัติเหล่านี้จะต้องถูกเรียกว่า "ธรรมเนียม ปฏิบัติ" ซึ่งเป็นคำที่แสดงถึงความคิดเห็นในสิ่งที่ไม่เป็นจริงและไม่เป็นสาระสำคัญ²⁰³ แต่อย่างไรก็ตาม ธรรมเนียมปฏิบัติหรือวิธีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ มีความสำคัญเท่ากับกฎหมาย ซึ่งอาจเป็น กฎหมายที่แท้จริง ปัจจัยทางกฎหมายกับปัจจัยทางธรรมเนียมปฏิบัตินั้นรวมเรียกว่ากฎหมาย รัฐธรรมนูญ²⁰⁴

²⁰¹ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p. 23.

²⁰² Ibid, p. 26.

²⁰³ Jennings , The Law and the Constitution, p.80.

²⁰⁴ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, p. 27.

2) การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

การแยกแยะความแตกต่างระหว่างกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติไม่เหมือนกับการแยกแยะความแตกต่างระหว่างความเป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร การแยกแยะระหว่างกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (written law) หรือกฎหมายบัญญัติ (statute law) และ กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (unwritten law) หรือ กฎหมายคอมมอนลอว์ (common law)

กฎหมายของรัฐธรรมนูญอีกอย่างหนึ่งที่มีความสำคัญคือ กฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งไม่ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ในการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ ซึ่งครั้งหนึ่งเป็นกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่ในปัจจุบัน ได้กลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายบัญญัติ กฎหมายรัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ยกตัวอย่างเช่น the Bill of Rights , the Act of Settlement, the Habeas Corpus Acts ซึ่งพบได้ใน the statute book หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นกฎหมายบัญญัติ ในทางกลับกันธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการบันทึกใน the statute book แต่ก็อาจมีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นกระบวนการทางรัฐสภาทั้งหมดจึงไม่ใช่กฎหมายแต่กฎหมายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการบันทึกเป็นกฎเกณฑ์ที่พิมพ์ขึ้นหรือเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามการแยกแยะระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรกับกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ใช่กรณีเดียวกันกับการแยกแยะกฎหมายรัฐธรรมนูญกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ความแตกต่างในเวลาต่อมาอาจเกิดขึ้นในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร

องค์ประกอบทางธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐธรรมนูญอเมริกามีความใหญ่โตเท่ากับรัฐธรรมนูญอังกฤษ อย่างไรก็ตามระบบของอเมริกาเส้นแบ่งระหว่างกฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติและกฎหมายก็เป็นที่น่าพอใจที่มีความแน่นอนได้ยากกว่าทางอังกฤษ รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในปัจจุบัน ธรรมเนียมปฏิบัติหรือความเข้าใจทางรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่มีอิทธิพลจำนวนไม่น้อย การใช้อำนาจตามความเป็นจริงมีอำนาจให้คุณให้โทษมากตามรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นลายลักษณ์อักษร²⁰⁵

E. C. S. Wade ได้แสดงความคิดเห็นในการแบ่งแยกกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติกับกฎหมายว่า เป็นการยากที่จะแบ่งแยกระหว่างกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติและที่ผ่านการบัญญัติเป็นกฎหมาย ความไม่มีอยู่ของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นเหตุผลหนึ่งที่ยากที่จะแบ่งแยกกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติออกจากกัน แต่ในรัฐที่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์

²⁰⁵ Ibid , pp. 28-29.

อักษรนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรมีบทบาทสำคัญในการทำงานของรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตามเป็นไปได้ที่จะบัญญัติธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎหมายและแยกการบังคับใช้โดยศาลออกไป ดังนั้น รัฐธรรมนูญ Ceylon ทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎหมายที่แน่นอน ที่เกี่ยวข้องกับ การปฏิบัติของอำนาจของกษัตริย์ โดยคำแนะนำของรัฐมนตรี แต่แยกออกอย่างชัดเจนจากการบังคับใช้โดยการกระทำทางกฎหมาย²⁰⁶

ก) พิจารณาจากความแน่นอนของกฎเกณฑ์

กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของระบบคิด ซึ่งมีการเติบโตและเปลี่ยนแปลงโดยวิธีปฏิบัติ และการใช้เวลา การแบ่งแยกกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติโดยเส้นแบ่งที่เข้มงวดและยึดติด คือ การแบ่งแยกขึ้นอยู่กับความหมายของคำว่า “ศาล” แต่ธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างมีความแน่นอนมากกว่ากฎหมาย เช่น ความแน่นอนของธรรมเนียมปฏิบัติมีความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกของเครือจักรภพ ซึ่งแสดงในอารัมภบทของ the Statute of Westminster ความแน่นอนของธรรมเนียมปฏิบัติบางอย่างที่เป็นผลมาจากการตกลงของ Imperial Conferences ซึ่งจะมีความแม่นยำมากกว่า กฎเกณฑ์ของ common law นอกเหนือจากนั้นก็ยังมีลักษณะที่คลุมเครืออยู่ ในการแยกแยะระหว่าง ทางปฏิบัติกับธรรมเนียมปฏิบัติอย่างเหมาะสม ระบบธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญอังกฤษใน ความเป็นจริงจึงเหมือนกับระบบของ common law มาก²⁰⁷

ดังนั้นระบบกฎหมายจึงมีลักษณะที่แน่นอน และการนำเสนอโดยกฎเกณฑ์แห่งการยอมรับ ถึงซึ่งมีลักษณะที่แน่นอนเมื่อครอบงำโดยกฎเกณฑ์รวมถึงการชี้แนะที่เป็นกฎเกณฑ์ของกลุ่ม²⁰⁸ ซึ่งเป็นสิ่งที่เชื่อถือได้ของกฎหมาย และกำหนดถึง “การนำเสนอ, แม้ว่ารูปแบบแรกเริ่ม แนวความคิดของระบบกฎหมาย ของกฎเกณฑ์จะยังไม่ต่อเนื่องกันแต่ก็เป็นวิธีง่าย ๆ ที่เป็นกลุ่มเดียวกัน” ตรงข้ามกับธรรมเนียมปฏิบัติ ธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีความน่าเชื่อถือถึงการดำรงอยู่ จึงไม่เป็นที่แน่นอน ที่มาของธรรมเนียมปฏิบัติจึงไม่มีข้อจำกัดแน่นอนและหลากหลาย²⁰⁹ ธรรมเนียมปฏิบัติ ไม่มีลักษณะที่รวมเป็นแบบเดียวกัน และรูปแบบก็ไม่เกี่ยวเนื่องกัน กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่ แสดงให้เห็นถึงรูปแบบที่เป็นระบบ แต่ธรรมเนียมปฏิบัติไม่เป็นระบบ ข้อสรุปเป็นผลที่ตามมาโดยตรงและมีจุดมุ่งหมายที่เป็นวิธีปฏิบัติทางการเมืองโดยเฉพาะ

²⁰⁶ E. C. S. Wade in A. V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. clxxix, clxxx.

²⁰⁷ Jennings, Cabinet Government, 3rd ed., (Cambridge : the University Press, 1961), p. 5.

²⁰⁸ H.L.A. Hart, The Concept of Law, p.93.

²⁰⁹ Mitchell, Constitutional Law, pp. 33-34.

ข) พิจารณาจากกระบวนการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย

การเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับกฎหมายในการยอมรับถึงเป็นกฎหมายแห่งการเปลี่ยนแปลงของการนำเสนอในภายหลังและการกำจัดกฎหมาย ดังนั้นการทำงานของระบบกฎหมายจึงมีข้อกำหนดที่ชัดเจนหรือแสดงเป็นนัยที่กำหนดเป็นพิเศษว่าการตรากฎหมายเป็นอย่างไร การยกเลิกกฎหมายทำอย่างไรและอื่น ๆ การให้ความหมายของการยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่มีตัวตนเป็นเรื่องยากที่จะหาคำจำกัดความว่าธรรมเนียมปฏิบัติใหม่เข้ามาเป็นหรือเข้ามาแก้ไขปรับปรุงหรือยกเลิกธรรมเนียมปฏิบัติเดิม²¹⁰ การประยุกต์ใช้อย่างไม่มีประสิทธิภาพของกฎหมายแรกเริ่มที่ต่างกันเป็นการแก้ไขกฎหมายที่เป็นส่วนเสริมในการชี้ขาด จึงเป็นส่วนที่มีอำนาจที่จะตัดสินปัญหาเมื่อกฎหมายถูกละเมิดและในเวลาต่อมากฎหมายที่เป็นส่วนเสริมนี้อาจกำหนดวิธีการลงโทษ อย่างเป็นระบบกฎหมาย

ในการปรับปรุงและยกเลิกกฎหมาย หากเป็นกฎหมายการยกเลิกหรือการปรับปรุงแก้ไขจะสามารถก่อให้เกิดผลของความเปลี่ยนแปลงได้อย่างรวดเร็ว แต่จะทำได้ยากกว่าเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างเป็นทางการ แต่ก็ยังเป็นกระบวนการที่แน่นอนว่ามีกระบวนการอย่างไร แต่สำหรับธรรมเนียมปฏิบัติที่ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างค่อยเป็นค่อยไป เห็นผลช้ากว่าและไม่มีรูปแบบของกระบวนการที่แน่นอน

ค) พิจารณาจากบทลงโทษเมื่อมีการละเมิดกฎหมาย

กฎหมายมีความศักดิ์สิทธิ์มากกว่า และมีความฝืนใจมากกว่าที่จะละเมิดกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นพื้นฐานของการปกครองแบบคณะรัฐมนตรีอยู่ในจำพวกรากฐานของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีความสำคัญในฐานะหลักการพื้นฐานของกฎหมาย จึงไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่าระหว่างกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติมีความสำคัญทางรัฐธรรมนูญเท่าเทียมกัน กฎหมายจะมีความศักดิ์สิทธิ์มากกว่าการยอมรับทำตามกฎหมายเป็นหน้าที่ที่สำคัญ ส่วนธรรมเนียมปฏิบัติเป็นคุณธรรมทางการเมือง²¹¹

²¹⁰ ดู K C. Wheare , Modern Constitutions. 2nd ed. (London : Oxford University Press, 1966), chap. 3 ; De Smith, Constitutional and Administrative Law, pp.57-63.

²¹¹ Jennings, Cabinet Government, p. 4.

โกลิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์²¹² มองว่า ความหมายของกฎหมายนั้น ผูกพันอย่างแน่นแฟ้นกับการที่มนุษย์ต้องอยู่ร่วมกันในสังคมและในลักษณะเป็นกลุ่มที่มีการจัดตั้ง ลักษณะการอยู่รวมกลุ่มของมนุษย์ในสังคมทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีกฎเกณฑ์ที่วางระเบียบและกำหนดความประพฤติของมนุษย์เอง ทั้งนี้เพื่อให้การอยู่ร่วมกันดังกล่าวสามารถดำเนินการไปได้ แต่กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติของกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายเสมอไป การที่จะพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ใดเป็นกฎหมายหรือไม่จะต้องดูว่ากฎเกณฑ์นั้นมีสภาพบังคับ (sanction) ของสังคมหรือไม่

บทลงโทษของกฎหมายมีความแน่นอนและแสดงระดับที่คาดหมายได้ ผลที่ตามมาของการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติมีการพิจารณาที่มีความแน่นอนน้อยกว่า ซึ่งจะมีผลเป็นการทำลายตัวธรรมเนียมปฏิบัติเอง เมื่อมีการนิยามว่า “กฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่ยอมรับปฏิบัติตามการทำงานของรัฐธรรมนูญ” และหากมีการทำลายกฎเกณฑ์ก็จะเกิดคำถามว่าจะยังคงมีผลผูกมัดอยู่หรือไม่²¹³

นอกจากนั้น ปัญหาในการละเมิดกฎหมายเป็นการตัดสินใจที่เชื่อถือได้และเป็นเรื่องภายนอกทั่วไป โดยองค์กรที่เป็นส่วนหนึ่งของการนำกฎหมายมาประยุกต์ใช้ธรรมเนียมปฏิบัติถูกต้องความโดยตัวมันเองโดยทั่วไป ซึ่งมีความหลากหลายโดยใครก็ตามที่ใช้ ในการแยกแยะระหว่างกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งเป็นข้อทดสอบของใคร่อาจเป็นผลที่ตามมาทางการเมือง เมื่อมีการละเมิดกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมาย Sir William R. Anson กล่าวว่า ในความหมายของ จารีตประเพณีธรรมเนียมปฏิบัติ การแยกจากกันที่ไม่กระทบต่อความมีผลของกระบวนการทางรัฐสภา หรือต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือส่วนรวม²¹⁴

ดังนั้น การบัญญัติบทกฎหมายที่มีความแน่นอนทำให้ผู้ฝ่าฝืนสามารถคาดเดาได้ว่า ผลที่จะเกิดขึ้นหากมีการละเมิดเป็นอย่างไร เพราะผลบังคับที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายที่ได้มีการกำหนดโทษไว้อย่างชัดเจนแล้ว ส่วนธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอนน้อยกว่ากฎหมาย ทำให้ผู้ละเมิดไม่อาจคาดเดาได้ว่าผลที่เกิดขึ้นเป็นอย่างไร ซึ่งผลที่เกิดขึ้นอาจเป็นไปได้ทั้งในทางสังคมและในทางกฎหมาย

²¹² โกลิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 1.

²¹³ Colin R. Munro, "Laws and Conventions Distinguished" : 232-233.

²¹⁴ Sir William R. Anson, The Law and Custom of the Constitution. vol. I. 4th ed.. (Oxford : Clarendon Press, 1886), pp. 67-69.

ง) พิจารณาจากการยอมรับบังคับใช้กฎหมายของศาล

ในเรื่องการยอมรับบังคับใช้กฎหมาย ศาลเป็นองค์กรตัดสินคดีที่ใช้กฎหมายเป็นหลักในการพิจารณาคดี ซึ่ง Maitland มองว่าธรรมเนียมปฏิบัติมีความแตกต่างกับกฎหมาย โดยมองว่าธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีคณะกรรมการทางปกครองที่จะตัดสินในกรณีข้อสงสัยเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติ และอ้างว่าถ้าบุคคลปฏิบัติขัดกับธรรมเนียมปฏิบัติ ก็ไม่มีศาลใดที่จะลงโทษหรือกล่าวตักเตือนในการกระทำผิดนั้น²¹⁵

การแยกแยะกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติของไคซี ไคซีได้ใช้การบังคับใช้ของศาลเป็นตัวแบ่งแยก (the court-enforcement test) ที่ต้องการพิสูจน์ว่า กฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติแบ่งแยกได้นั้น มองว่าการใช้บรรทัดฐานที่ไคซีเสนอนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะมีข้อโต้แย้งว่า 1) ศาลไม่ได้บังคับใช้กฎหมายทุกอย่าง หรือ 2) ธรรมเนียมปฏิบัติบางประการได้มีการนำมาบังคับใช้โดยศาล

ตัวอย่างกฎหมายที่ไม่เป็นกฎหมายแต่ศาลบังคับให้ เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและการดำเนินการในการตรากฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา (the law and custom of Parliament) เพราะในตัวของรัฐสภาเองเป็นศาล เป็นศาลสูงสุดของประเทศ ที่ศาลสามัญ (ordinary court) ยอมรับอำนาจศาลในเรื่องดังกล่าว แต่การบังคับใช้มีจำกัด²¹⁶ ดังนั้น กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา ศาลได้ยอมรับบังคับให้ ดังเช่นกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่เป็นจารีตประเพณีที่แน่นอนอาจซ้อนกันอยู่กับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แสดงว่าจารีตประเพณีของรัฐสภาไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งยากที่จะแยกออกจากกัน ในทางกลับกัน กฎหมายปกครอง (administrative law) ก็จะไม่ใช่อยู่ในขอบเขตของการจำกัดความของไคซี เพราะบังคับใช้ใน tribunal หรือองค์กรทางปกครองที่มีอำนาจ เช่นเดียวกับศาล เพราะกฎหมายปกครองนั้นถูกแยกออกจากระบบของศาล²¹⁷

บุคคลมีหน้าที่ที่ต้องยอมรับถึงกฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษา ในการพิจารณาการกระทำว่ามีผลบังคับใช้ทางกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันการเชื่อฟังธรรมเนียมปฏิบัติก็เป็นหน้าที่ของอำนาจอำนาจ จึงไม่มีรูปแบบที่เป็นทางการในการพิจารณาเมื่อมีการละเมิดหรือการวางรูปแบบผลลัพธ์ที่ตามมาเมื่อมีการละเมิด จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมีการบังคับใช้ แต่ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้บังคับ

²¹⁵ F.W. Maitland, The Constitutional History of England, (Cambredge : The University Press, 1920), pp. 399,527.

²¹⁶ ตัวอย่างเช่น Stockdale v. Hansard (1839) 9 A. & E. 1 หรือ Bradlaugh v. Gossett (1884) 12 Q.B.D. 271.

²¹⁷ Colin R. Munro , "Laws and Conventions Distinguished" : 255.

ใช้ การบังคับใช้เป็นการประยุคต์ของสภาพบังคับ (sanction) โดยฝ่ายบริหาร การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมองเห็นได้ชัดเจนกว่าและง่ายต่อความคลุมเครือ คำพิพากษาศาลในกรณีละเมิดกฎหมายนั้นไม่มีช่องว่างให้ได้แย้ง การดำเนินกล่าวโทษในกรณีละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติอาจเห็นในการดำเนินการแสดงออกที่ผิด ๆ²¹⁸ ในการบังคับใช้กฎหมาย ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรผู้ตัดสินและวินิจฉัยคดี ซึ่งได้พิจารณาคดีไปตามตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้ ศาลเพียงใช้ความยุติธรรมในการปรับบทกฎหมาย แต่สำหรับธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ไม่มีองค์กรที่ชัดเจนว่าองค์กรใดเป็นองค์กรที่เป็นผู้พิจารณาคดี หากมีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ

3.3.4. ผลของสภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

การเปลี่ยนแปลงที่ปรากฏขึ้นในฐานะผลของการบังคับใช้กฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายของ นิติบัญญัติหรือการตีความของศาล ผลที่เกิดขึ้นคล้ายกัน คือ กฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงเป็นผลสะท้อนวิธีปฏิบัติที่เหนือกว่าในสังคม จารีตประเพณีอาจไม่เพียงก่อให้เกิดที่มาของกฎหมาย แต่จารีตประเพณียังอธิบายองค์ประกอบหรืออำนาจก่อตั้งกฎหมาย จารีตประเพณีเหมือนกฎหมายที่มีแนวความคิดคล้ายคลึงกัน ในบางความเข้าใจจารีตประเพณีและกฎหมายต่างอยู่ร่วมซึ่งกันและกันได้²¹⁹ และจารีตประเพณีก็เป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับ และอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางการเมืองหรือทางกฎหมาย

3.3.4.1. ผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการเมือง

ไคซีให้ความสนใจกับสภาพบังคับทางการเมือง เนื่องจากข้อโต้แย้งของไคซีในเรื่องข้อจำกัดของอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา โดยการอิทธิพลของอำนาจมติมหาชน (public opinion) ในการยอมรับ เชื้อฟังธรรมเนียมปฏิบัติ แม้ว่าการกระทำตามกฎหมายจะต่างไปจากวิธีปฏิบัติทางการเมืองมากในการที่จะดำเนินคดีในศาล จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐมนตรีถูกบังคับผลักดันโดยความกดดันสาธารณะให้ลาออกจากตำแหน่ง และรัฐมนตรีจะยังคงมีความรับผิดชอบต่อกระบวนการศาล

การปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติมีเงื่อนไขจากผลบังคับของมติมหาชนที่แสดงถึงการออกเสียงที่เป็นปฏิปักษ์จากการหยั่งเสียงหรือการทำให้การสนับสนุนในสภาสามัญเสียงไป

²¹⁸ Jennings, *Cabinet Government*, p. 3.

²¹⁹ Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, p. 158.

ซึ่งสิ่งเหล่านี้มีอิทธิพลต่อการปฏิบัติทางการเมืองที่ความต้องการปกครองที่ตามมากับประเพณีของรัฐบาลที่เป็นตัวแทนของประชาชน การปฏิบัติของรัฐธรรมนูญในอำนาจส่วนตัวหรือรัฐมนตรีในการปฏิบัติทั้งหมดจะเป็นมาตรฐานของอำนาจทางการเมือง ที่สั่งให้เชื่อฟังทำตาม ผู้ปกครองไม่อาจควบคุมการตัดสินใจของมติมหาชน ซึ่งจะมีอิทธิพลต่อกิจกรรมทางการเมือง²²⁰

การปฏิเสธการลงนามของกษัตริย์ (the Royal Assent) ในร่างกฎหมายที่ขัดแย้ง อาจนำไปสู่การยกเลิกหรือทำให้อำนาจทางกฎหมายของกษัตริย์น้อยลง นำมาสู่ความเสียหายจากการวิจารณ์ทางการเมืองอย่างรุนแรงและการวิพากษ์วิจารณ์ของสังคม ความรับผิดชอบร่วมกันหรือเป็นส่วนส่วนตัวของรัฐมนตรีอาจจะถูกละเมิดโดยรัฐมนตรีโดยไม่มีโทษทางกฎหมาย แต่หน้าที่ทางการเมืองอาจถูกทำลายลงได้²²¹

เซอร์ ไอวอร์ เจนนิง (Sir Ivor Jennings) ให้ความเห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติถูกยอมรับเนื่องจากความยุ่งยากทางการเมืองที่ตามมาจากการที่พวกเขาไม่เชื่อฟังธรรมเนียมปฏิบัติ นอกจากนี้ยังได้เสนอว่าผลจากการไม่รับฟังธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นของผลจากการละเมิดกฎหมาย ความหมายว่า การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นการละเมิดกฎหมาย แต่การไม่เอาใจใส่ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายหรือโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ แต่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขนั้นก็อาจเป็นจุดมุ่งหมายในกรณีที่มีการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ

การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างหรือความชอบด้วยกฎหมายจะให้ผลลัพธ์ที่ไม่เหมือนกัน ประการแรก คือ การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองโดยทั่วไปโดยตัวของมันเอง บางครั้งจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงธรรมเนียมปฏิบัติและ ประการที่สองคือ ธรรมเนียมปฏิบัติไม่จำเป็นต้องมีคำถามถึงการได้รับการรับฟัง การปฏิบัติ (the uses) หรือจุดมุ่งหมายของธรรมเนียมปฏิบัติไม่จำเป็นที่จะต้องถามว่าทำไมจะต้องเชื่อฟังเมื่อเราปฏิบัติตาม ตั้งแต่เราได้เลือกและจำแนกแยกแยะธรรมเนียมปฏิบัติที่มีกฎเกณฑ์แน่นอน ที่มีการรับฟังและมีการพิจารณาโดยทั่วไปว่าเป็นข้อผูกพันแล้ว²²² ดังนั้นการตั้งคำถามว่าเหตุใดจึงยอมรับฟังจึงไม่จำเป็น

สรุปได้ว่า ผลเมื่อมีการฝ่าฝืนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่งก่อให้เกิดผลกระทบในทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นการที่ทำให้ผู้ฝ่าฝืนต้อง

²²⁰ E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. clxxx, clxxxi.

²²¹ Colin R. Munro , "Laws and Conventions Distinguished" : 220-221.

²²² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.6.

ออกจากตำแหน่งในทางการเมืองการปกครอง รวมไปถึงอิทธิพลทั้งทางการเมืองและอิทธิพลจากสังคม เป็นสิ่งที่กดดันให้ผู้ฝ่าฝืนได้รับผลกระทบทางการเมือง

3.3.4.2. ผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางกฎหมาย

กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายในทางรัฐธรรมนูญ เป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติ ถ้าไม่ปฏิบัติตามก็จะถูกโจมตีว่าการกระทำไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็จะรวมไปถึงการกล่าวหาว่าหลักการทางรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นกฎหมายของความประพฤติถูกละเมิด ซึ่งเป็นข้อความที่ใช้ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ในขณะที่ประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การกระทำที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ เป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติ²²³

ตัวอย่างของผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เช่น ความล้มเหลวในการประชุมสภาสามัญประจำปี ที่รัฐบาลจัดเก็บภาษีจะต้องขออนุญาตสภาสามัญก่อนทุกครั้ง จนกระทั่งมีการจัดเก็บภาษีทุกปี แต่รัฐบาลไม่ได้ขอต่อสภา และสภาเองก็รู้ว่ามีการจัดเก็บภาษี ทำให้การจัดเก็บภาษีนี้เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่มีอำนาจทำได้โดยไม่ต้องขอใหม่ทุกครั้ง การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติจึงเป็นผลให้มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายในเวลาต่อมา²²⁴

ในปี 1911 ในการผ่านพระราชบัญญัติรัฐสภา (the Parliament Act) ภายหลังจากที่สภาสูงประสบความล้มเหลวในการเสนอเจตจำนงในการเลือกตั้งในห้องประชุมสภา และในสหรัฐอเมริกา ภายหลังจากที่ประธานาธิบดี รูสเวลท์ (Roosevelt) ได้ทำลายธรรมเนียมปฏิบัติที่จำกัดให้ประธานาธิบดีอยู่ในตำแหน่งได้ 2 สมัย ซึ่งผลที่ตามมาคือการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทำให้เกิดความวุ่นวายทางการเมืองมากกว่าทางกฎหมาย แต่ก็ทำให้เกิดมีการปรับปรุงกฎหมาย โดยกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ statesmen ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติเพราะเขาต้องการให้กลไกการปกครองดำเนินต่อไป และเพราะเขาหวังที่จะรักษาความนิยมของผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้งไว้ ซึ่งแนะว่าสภาพบังคับในการปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติคือการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงกฎหมาย²²⁵

²²³ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.37.

²²⁴ Marshall and Moodie, *Some Problems of the Constitution*, 5th ed. (London : Hutchinson University Library, 1971), chap.2

²²⁵ Ibid , p. 40-41

โดซีสรุปว่า สภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อาจจะนำมาสู่การละเมิดกฎหมายไม่ช้าก็เร็ว ดังนั้นถ้ารัฐสภาไม่จัดประชุมในปีใด the annual Finance and Appropriation and Army Act ก็จะยุติ (ซึ่งถูกโต้แย้งว่าไม่มีผลในการดำเนินงานการปัจจุบันที่ the Army and Air Force Act ต่างบังคับใช้ไปได้ 12 เดือน โดย Orders in Council ได้มติยืนยันของทั้งสองสภา) การรวบรวมรายได้ของชาติ (the national revenue) โดยเฉพาะภาษีเงินได้ งบประมาณของกองทุนมหาชน (the public funds) และ ดำรงไว้ซึ่งทหารประจำและการบังคับใช้ระเบียบทางทหาร (the maintenance of a standing army and enforcement discipline) จะไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใต้ the Bill of Rights²²⁶

1) จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการตีความที่อาจทำให้เนื้อหาหรือความหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเปลี่ยนไป

ก) จารีตประเพณีที่ใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จารีตประเพณีที่สนับสนุนกฎหมาย (consuetudo secundum legem) ที่เกิดขึ้นในคำอธิบายกฎหมายบัญญัติเพื่อส่งเสริมและนำมาประยุกต์ใช้โดยตรง²²⁷ ซึ่งเป็นรูปแบบของจารีตประเพณีที่อยู่ในกรอบของการบัญญัติกฎหมาย เพื่อให้การปรับใช้ได้สะดวกและปรับได้โดยตรง ซึ่งจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นมากกว่าการพิจารณาคดีของผู้พิพากษา จารีตประเพณีสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามเวลา สถานการณ์ และสภาพสังคม²²⁸ ในสหราชอาณาจักร โครงร่างกฎหมายของรัฐบาลฝ่ายบริหารไม่ต้องเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้ง ในทางกฎหมายหรือโดยการตีความของศาล ทั้งนี้เพื่อความเหมาะสมในสถานการณ์ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่พัฒนาได้โดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ²²⁹

ธรรมเนียมปฏิบัติถูกสร้างขึ้นกรณีแรกบนพื้นฐานของกฎหมาย เมื่อธรรมเนียมปฏิบัติถูกสร้างก็จะควบคุมดูแลรูปแบบพื้นฐานของกฎหมาย เมื่อรัฐสภาผ่านการนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจที่

²²⁶ O. Hood Phillips , Constitutional and Administrative Law , p.84.

²²⁷ Christian Dadomo and Susan Farran, The French Legal System, 2nd ed.,(London : Sweet & Maxwell,1996) p.39.

²²⁸ René David, French Law; Its Structure, Sources and Methodology, translation by Michael Kindred (Louisiana State University Press, 1972)_pp.170,172.

²²⁹ E.S.C. wade and A.W. Bradley , Constitutional Law , 8th ed , (London ; Longman Group Ltd. , 1971), p.80.

มอบให้เป็นเกียรติแก่พระราชินี ซึ่งรู้กันดีว่ารัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจนี้ และการตรากฎหมายบางครั้งอ้างถึงประเพณีที่สร้างอย่างเป็นทางการเป็นธรรมเนียมปฏิบัติโดยแท้ และบางครั้งก็ผูกมัดวิถีทางธรรมเนียมปฏิบัติของฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถตีความได้นอกจากธรรมเนียมปฏิบัติ²³⁰

สิ่งที่จำเป็นต้องใช้ธรรมเนียมปฏิบัติในการตีความ (interpretative convention) ต้องมีข้อตกลงเป็นรูปแบบที่แบ่งแยกอำนาจหน้าที่ที่แน่นอน การสร้างธรรมเนียมปฏิบัติด้วยข้อตกลงพิเศษไม่ใช่เรื่องผิดปกติเห็นได้จาก the Dominion Prime Ministers ที่ให้มี the Statute of Westminster ขึ้นเมื่อปี 1931 จึงเป็นบรรทัดฐานที่ว่าวิธีปฏิบัติ ความเชื่อว่าจะต้องปฏิบัติตาม และเป็นเหตุผลในทางรัฐธรรมนูญที่ดีในวิธีปฏิบัติ²³¹ นอกจากนี้ ธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการยอมรับในอารัมภบทของ the Statute of Westminster แต่ข้อความในอารัมภบทถูกผ่านเป็นพระราชบัญญัติในส่วนที่ 4 ได้จัดสรรหน้าที่ต่าง ๆ กัน ซึ่งอาจยอมรับอย่างเป็นทางการหรือโดยการยอมรับเป็นเวลานานแล้วตกผลึกเป็นกฎหมาย Slade LJ ได้นำคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์มาแสดงว่า เมื่อถามถึงส่วนเสริมของข้อความตามกฎหมาย “โดยการอ้างถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่ช่วยตีความ”²³²

ตัวอย่างหนึ่งของจารีตประเพณีที่ใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น คณะรัฐมนตรี (the Cabinet) ซึ่งเป็นสถาบันทางการปกครองที่สำคัญมากที่สุดนั้น ไม่เป็นที่รู้จักในกฎหมายบัญญัติและในกฎหมายคอมมอน จนกระทั่งปี 1937 เช่นเดียวกัน แต่ปัจจุบัน the Ministers of the Crown Act 1937 กำหนดแน่นอนว่ารัฐมนตรีที่มีเงินเดือนต่ำจะได้เงินเดือน £ 5,000 ต่อปี ถ้าต่อไปเป็นสมาชิกคณะรัฐมนตรี และวันที่รัฐมนตรีในกษัตริย์ เปลี่ยนแปลงหรือยุติความเป็นสมาชิกคณะรัฐมนตรี จะประกาศในราชกิจจานุเบกษา (the London Gazette) และในพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันก็กำหนดว่าผู้นำพรรคฝ่ายค้าน (the Leader of the Opposition) ได้รับเงินเดือน £ 2,000 ต่อปี ผู้นำของฝ่ายค้าน หมายถึงสมาชิกของสภาสามัญที่ในเวลาขณะนั้น เป็นผู้นำในสภาที่เป็นพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลของกษัตริย์ (His Majesty's Government) ที่มีเสียงจำนวนมากในสภา และกรณีปัญหาว่าพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามที่มีเสียงจำนวนมาก หรือผู้ที่ผู้นำในสภาของพรรคการเมืองนั้น the Speaker จะเป็นผู้ตัดสิน ดังนั้น พรรคการเมือง, ฝ่ายค้าน, และผู้นำฝ่ายค้านได้รับการยอมรับถึงเป็นครั้งแรกโดยนิติบัญญัติ

²³⁰ Sir Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, p.84.

²³¹ Sir Ivor Jennings, *the Law of the Constitution*, 5th ed., (London London : University of London Press, 1959), p.136 ; Marshall, *Constitutional Conventions*, pp.8-9.

²³² Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.50.

มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัตินี้ ไม่ได้ทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติมีผลหรือเป็นกฎหมาย แต่ได้รับการยอมรับถึงในฐานะที่มีอยู่ การให้เงินเดือนแก่นายกรัฐมนตรี สมาชิกคณะรัฐมนตรี และผู้นำฝ่ายค้าน เพราะได้รับการพิจารณาว่า องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะนายกรัฐมนตรีปกติจะเป็น First Lord of the Treasury ด้วย อำนาจของรัฐมนตรีที่เป็นคณะรัฐมนตรีและอำนาจของผู้นำฝ่ายค้านเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ²³³

นอกจากนี้ ขนบธรรมเนียมประเพณี และวิธีการปฏิบัติติดต่อกันมานานของรัฐธรรมนูญสหรัฐได้ถูกสร้างขึ้นให้มีสภาพที่จะปรับปรุงแก้ไขได้ให้เหมาะสมกับความต้องการของคนแต่ละรุ่น (Generation) ทั้งนี้ไม่แต่เฉพาะการแก้ไขที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่หากรวมถึงอิทธิพลทางเศรษฐกิจและทางสังคม กาลเวลาและบางครั้งโดยอุบัติเหตุด้วยซ้ำไป คณะรัฐมนตรีประธานาธิบดีซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและเกิดขึ้นมาโดยอุบัติเหตุ (Accident) และเป็นอิทธิพลของกาลเวลาที่ล่วงไปหลายปี รัฐธรรมนูญให้อำนาจประธานาธิบดี “โดยคำแนะนำและยินยอมของสภาเซเนตฯ” ที่จะแต่งตั้งข้าราชการตำแหน่งต่าง ๆ เมื่อมีความจำเป็นเกิดขึ้นในทางปฏิบัติจะเป็นโดยเหตุผลทางการเมืองหรือโดยมีความจำเป็นจริง ๆ ที่จะต้องแต่งตั้งข้าราชการ ประธานาธิบดีก็ดำเนินการแต่งตั้งโดยคำแนะนำและยินยอมของสภาเซเนต รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติวิธีการให้ผู้ที่ไม่เหมาะสมพ้นจากตำแหน่ง นอกจากในกรณีที่เป็นกรกล่าวหาว่าขายชาติ (Impeachment) เท่านั้น วิธีการนี้ได้มีการปฏิบัติกันมาจนกระทั่งปี 1935 จึงมีคำพิพากษาศาลสูงสหรัฐในเรื่องนี้ไว้ โดยที่ได้มีขนบธรรมเนียมประเพณีมีอยู่ว่าจะไม่มีประธานาธิบดีผู้ใดอยู่ในตำแหน่งเกิน 2 สมัย แต่เมื่อรูสเวลต์เป็นประธานาธิบดีในสมัยที่ 3 ได้มีผู้คัดค้านมากกว่าเป็นการขัดกับขนบธรรมเนียมประเพณีที่เคยปฏิบัติกันมา รูสเวลต์เป็นประธานาธิบดีสมัยที่ 3 แต่เมื่อท่านเสนอให้ประชาชนฉลองวันขอบคุณพระเจ้าหรือวัน Thanksgiving เร็วกว่าวันที่เคยฉลองกันปกติมาทุกปี 1 สัปดาห์ ประชาชนคัดค้าน รูสเวลต์กลับเห็นชอบด้วยกับข้อเสนอของประชาชนที่ให้เอาวันเดิมเป็นวัน Thanksgiving เป็นอันว่า รูสเวลต์ได้เป็นประธานาธิบดีสมัยที่ 3 (และสมัยที่ 4) แต่แพ้การคัดค้านของประชาชนที่จะให้มีวัน Thanksgiving เร็วกว่าปกติ 1 สัปดาห์²³⁴

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการตีความกฎหมาย ในกรณีที่บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรไม่ได้ให้ความหมายไว้อย่างชัดเจน แต่เมื่อมีปัญหาในการประยุกต์ใช้ในสถานการณ์ต่าง ๆ จารีตประเพณีก็จะเป็นสิ่งที่ใช้ตีความกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายสามารถปรับใช้ได้ในปัจจุบัน

²³³ Sir Ivor Jennings , *The Law and the Constitutional* , p.119.

²³⁴ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ, *การปกครองสหรัฐอเมริกา*, หน้า 96.

ข) จารีตประเพณีที่เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จารีตประเพณีที่มีมาก่อนกฎหมาย (consuetude praeter legem) จารีตประเพณีประเภทนี้จะมีความเป็นอิสระจากกฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ไม่ใช่จารีตประเพณีที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย ความสอดคล้องของจารีตประเพณีขึ้นอยู่กับพื้นที่ทางกฎหมาย (the legal area)²³⁵ ธรรมเนียมปฏิบัติจะต้องคาดคะเนได้ถึงกฎหมาย เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐบาลคณะรัฐมนตรี สันนิษฐานได้ถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างพระราชินีกับรัฐสภา นอกจากนี้ในรัฐอื่นธรรมเนียมปฏิบัติก็เติบโตรอบ ๆ หลักการของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติที่เติบโตรอบ ๆ รัฐธรรมนูญของอเมริกาที่ควบคุมวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดี องค์ประกอบและการจัดการของคณะรัฐมนตรี ความสัมพันธ์กับสภาองเกรส (the congress) และอื่น ๆ เช่นเดียวกันธรรมเนียมปฏิบัติจำนวนมากได้ขยายข้อความ เล็กน้อยของกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ปี 1875²³⁶

ในอเมริกา ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 2 และฉบับแก้ไขครั้งที่ 12) ประธานาธิบดีเลือกตั้งทางอ้อมโดยตัวแทนของรัฐใน electoral colleges ในทางปฏิบัติ ประธานาธิบดีจะได้รับเลือกจาก popular vote และสมาชิกของ the electoral colleges จะผูกพันที่จะต้องลงคะแนนเสียงตามในออสเตรเลีย รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐาธิปไตยของสหราชอาณาจักรเป็นผู้แต่งตั้ง the Governor General แต่โดยธรรมเนียมปฏิบัติ รัฐาธิปไตยจะทำตามต่อคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี²³⁷

การตรากฎหมายอาชญอมรับหรือสันนิษฐานถึงธรรมเนียมปฏิบัติตั้งนั้น the Ministers of the Crown Act 1937 จึงแสดงเป็นนัยถึงความเข้าใจของการมีอยู่ของนายกรัฐมนตรี , หัวหน้าของฝ่ายค้านและคณะรัฐมนตรี และส่วนอารัมภบทของ the Statute of Westminster 1931 อธิบายถึงธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างเครือจักรภพธรรมเนียมปฏิบัติสามารถถูกกำหนดให้พระราชบัญญัติ เช่น the Statute of Westminster 1931 และอาจมีส่วน (โดยหรือปราศจากผลที่เหมาะสม) ในรัฐธรรมนูญของเครือจักรภพ²³⁸

²³⁵ Christian Dadomo and Susan Farran, *The French Legal System*, p.39.

²³⁶ Sir Ivor Jennings , *The Law and the Constitutional* , p.83. ; ดู M.Leroy, “Les Tendances du Pouvoir et de la Liberté en France au xxe Siècle”, *Archives de la Philosophie du Droit*, 1936, p.7.

²³⁷ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.38.

²³⁸ Adegbenro v. Akintola (1963) A .C . 614 (P.C)

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีบทบาทเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ แต่สังคมเหตุการณ์ปัจจุบันมีการพัฒนาไม่หยุดนิ่ง แนวทางปฏิบัติที่เคยกำหนดไว้อาจไม่เป็นไปตามสิ่งที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย แต่จารีตประเพณีที่ช่วยเสริมทำให้ความหมายของบทบัญญัติกฎหมายมีความหมายครอบคลุมถึง และทำให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้โดยผู้ปฏิบัติมิได้ละเมิดต่อกฎหมาย สภาพบังคับของจารีตประเพณีที่ตีความหรือเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็จะมีสภาพบังคับในลำดับเดียวกับสภาพบังคับของกฎหมายที่จารีตประเพณีนั้นได้เข้าไปสัมพันธ์ด้วย

2) จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ก) จารีตประเพณีที่มีผลเป็นการแก้ไขหรือขัดแย้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จารีตประเพณีที่แย้งกับกฎหมาย (*consuetudo adversus legem*)²³⁹ นักกฎหมายและผู้พิพากษาอาจไม่ยอมรับวิธีปฏิบัติเช่นนั้น แต่ก็ไม่อาจเพิกเฉยต่อการมีอยู่ของจารีตประเพณีนี้ได้ หากรัฐเคารถต่อการนำมาใช้บังคับนี้ ซึ่งอาจผ่อนคลายกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายและประชาชนก็ได้รับการยกเว้นจากการนำกฎหมายมาใช้อย่างเคร่งครัด โดยได้รับการผ่อนคลายจากจารีตประเพณีแบบ *adversus legem* ซึ่งมีผลผูกมัดจนกว่าจะมีการยกเลิก โดยการกระทำอีกอย่างหนึ่งหากการตีความนี้ได้รับการยอมรับจารีตประเพณีที่เป็น *adversus legem* ก็จะเสียลักษณะไปและกลายเป็นจารีตประเพณีแบบ *secundum legem*²⁴⁰

การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติมีผลบังคับที่อาจอนุমানได้ในเหตุการณ์ที่ไม่คาดหมายที่จะนำมาสู่การละเมิดกฎหมายในท้ายที่สุด²⁴¹ ผลที่ตามมาจากการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ ถ้าเป็นเรื่องสำคัญก็จะเปลี่ยนแปลงกฎหมาย เช่นใน the Parliament Act 1911 หรือในอเมริกา the 22nd Amendment to the Constitution การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติบ่อยครั้งอาจไม่มีผลเฉพาะทั้งหมดหรืออย่างน้อยในทางการเมืองก็ต้องมีการปรับปรุงในรายละเอียดที่ไม่แน่ชัด²⁴² นอกจากนี้ยังพบว่าในอเมริกามีธรรมเนียมปฏิบัติที่ประธานาธิบดีไม่ควรลงสมัครรับเลือกเป็นประธานาธิบดีหลังจากอยู่ในตำแหน่งมาสองสมัยแล้ว ซึ่งประธานาธิบดี Roosevelt ในปี 1940 ยังคงได้รับเลือกเป็นครั้งที่ 3

²³⁹ Christian Dadomo and Susan Farran, *The French Legal System*, p. 41.

²⁴⁰ René David, *French Law*, p. 177.

²⁴¹ G. Marshall and G.C.Moodie, *Some Problems of the Constitution*, pp.31-4.

²⁴² Colin Munro, "Dicey on Constitutional Conventions" : 639.

ต่อมาภายหลังการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 22 (The Twenty-Second Amendment to the Constitution) ห้ามการ re-election ครั้งที่ 3²⁴³

ในฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ประธานาธิบดี De Gaulle ได้มีธรรมเนียมปฏิบัติที่ขัดต่อตัวบทของรัฐธรรมนูญปี 1958 กล่าวคือ ประธานาธิบดีขอสงวนอำนาจในเรื่องสำคัญ ๆ ได้แก่ การต่างประเทศ การป้องกันประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับอัลจีเรีย และประเทศที่เคยอยู่ในอารักขาของฝรั่งเศสทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่านายกรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารประเทศ นอกจากนี้ในปี 1962 De Gaulle ได้อาศัยมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญโดยขอให้มีการประชามติเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับวิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมาตรา 89 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญต้องได้รับความเห็นชอบจากสภา ข้อแตกต่างระหว่างธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและการบิดรัฐธรรมนูญอยู่ที่การยอมรับของสถาบันการเมืองที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ถ้าเป็นที่ยอมรับก็ถือว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ²⁴⁴

ในกรณีที่การปฏิบัติตามจารีตประเพณีเป็นการแก้ไขหรือขัดแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร จะเป็นผลให้ทางฝ่ายปกครองต้องการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ให้มีความสอดคล้องกับความเป็นจริง โดยนำเอาจารีตประเพณีนั้นมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีที่แก้ไขกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็จะมีสภาพบังคับในระดับเดียวกับกฎหมายที่จารีตประเพณีได้แก้ไขกฎหมายนั้น ๆ

ข) จารีตประเพณีที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษร

จารีตประเพณีที่ยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษร ถือได้ว่าการปฏิบัติตามจารีตประเพณีนั้นมีผลกระทบต่อกฎหมายอย่างรุนแรง เพราะกฎหมายกำหนดขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การยกเลิกเพิกถอนกฎหมายก็ต้องอาศัยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน เมื่อกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันมีความล้าสมัยหรือไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในความเป็นจริง ก็จำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายในเวลาต่อมา แต่อย่างไรก็ตาม สภาพบังคับของจารีตประเพณีที่ยกเลิกเพิกถอนกฎหมาย ก็มี 2 แนวความคิดว่าจารีตประเพณีสามารถยกเลิกเพิกถอนกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้หรือไม่

²⁴³ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.51.

²⁴⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชนชั้นปริญญาโท, หน้า 27.

- ความเห็นของฝ่ายที่ยอมให้จารีตประเพณียกเลิกเพิกถอนกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ฮันส์ เคลเซ่น เห็นว่าถ้าปทัสถานกฎหมายเรื่องใดไม่สมบูรณ์ หรือขาดสภาพบังคับเป็นการถาวรตลอดไป ปทัสถานกฎหมายเรื่องนั้นก็อาจถูกถือว่าสิ้นสภาพไปโดยการงดใช้หรือที่เรียกว่าปทัสถานกฎหมายสิ้นสภาพบังคับ เพราะผลของจารีตประเพณีในเชิงลบ (Negative Custom / Desuetude)²⁴⁵

ผลของธรรมเนียมปฏิบัติในทางลบ (desuetude) เมื่อจารีตประเพณีสามารถสร้างกฎหมายได้ก็ย่อมที่จะทำลายได้เช่นกัน และหากผู้ใดปฏิเสธว่าจารีตประเพณีสร้างกฎหมายได้ ก็ย่อมที่จะปฏิเสธว่าจารีตประเพณีทำลายกฎหมายได้เช่นกัน และหากใครยึดมั่นในความเห็นว่ารูปแบบของอำนาจเป็นที่มาที่จำเป็นของกฎหมายทั้งหมดและยกเลิกเพิกถอนกฎหมายใด ๆ และแม้ว่าจารีตประเพณีจะสนับสนุนในฐานะที่มาของกฎหมายหรือที่มาของการยกเลิกกฎหมาย เพียงลำพังจารีตประเพณีนั้นยังไม่เพียงพอ²⁴⁶ เมื่อมีความต้องการเกิดขึ้นกฎหมายของมนุษย์อาจจะถูกไม่เชื่อฟังอย่างพอเหมาะ และถ้าโอกาสเช่นนั้นเกิดขึ้นบ่อยครั้ง จารีตประเพณีที่ขัดแย้งกับกฎหมายดั้งเดิม (the original law) ก็ถูกสร้างขึ้น เป็นเครื่องบ่งชี้ว่ากฎหมายดั้งเดิมไม่ได้มีประโยชน์ต่อชุมชนจึงถูกทำลาย²⁴⁷

จารีตประเพณีที่ขัดแย้งกับกฎหมายเป็น ipso facto ต่อต้านเหตุผลที่เป็นพื้นฐานเหนือข้อสนับสนุนที่ว่า กฎหมายเป็นเหตุผลที่มีความจำเป็น ซึ่งในอีกทางหนึ่งจะเรียกได้ว่าเป็นส่วนประกอบหนึ่งกับกฎหมายธรรมชาติ การสร้างกฎหมายใด ๆ มีค่าเท่ากับการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกันและการยกเลิกกฎหมายใด ๆ มีค่าเท่ากับการสร้างความเกี่ยวข้องกันของกฎหมาย ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับว่าจารีตประเพณีสามารถสร้างกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามนั้น จารีตประเพณีสามารถยกเลิกกฎหมาย เพื่อสร้างกฎหมายใด ๆ ที่ยกเลิกเพิกถอนความเกี่ยวข้องกัน²⁴⁸

กฎหมายบางอย่างถูกทำให้เป็นกฎหมายและถูกบังคับใช้ แม้ว่าจะขัดแย้งกับวิธีปฏิบัติของประชาชนโดยตรง แต่ก็อาจเป็นความมุ่งหมายที่ดีของผู้บัญญัติกฎหมาย และผู้พิพากษาที่จะเปลี่ยนทิศทางของ public practice ในการปฏิบัติจารีตประเพณีที่มีอยู่ทั่วไป จารีตประเพณีทำให้เกิดที่มา

²⁴⁵ สุรินทร์ ถั่วทอง, “ฮันส์ เคลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมาย 7” : 90.

²⁴⁶ Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, p. 135.

²⁴⁷ St. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, Qu.97 ,Art.3, cited in Suárez , *Treatise on Law and God the Lawgiver* , p.605.

²⁴⁸ Burton M. Leiser, *Custom, Law and Morality*, p. 138,147.

ของกฎหมาย ถ้าวิธีปฏิบัติทำให้ผิดกฎหมายในปัจจุบันก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้หรือไม่แพร่หลาย และเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความไม่พอใจขึ้นในสังคม ผู้บัญญัติกฎหมายก็ไม่รู้สึกต้องการผ่านกฎหมาย กรณีศึกษาก็ไม่เคยเกิดขึ้นก่อนในศาล ผู้พิพากษาก็ไม่ต้องการมีอิทธิพลต่อสิ่งที่กระตุ้นความไม่พอใจสาธารณะ โดยแสดงอะไรที่เขารู้อย่างไม่สงสัยว่าเป็นคำตัดสินที่ขาดที่รุนแรงและไม่เป็นที่นิยม

จารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายอย่างน้อยในลักษณะที่เป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนอย่างเป็นประวัติศาสตร์ จารีตประเพณีที่มีอิทธิพลจะทำให้เกิดการรู้สึกเปลี่ยนแปลงอย่างรุนแรง ในส่วนของ ผู้บัญญัติกฎหมาย หรือการพิจารณาของมตมหาชน (the public order) อาจเพียงพอที่จะเป็นเหตุให้ผู้บัญญัติกฎหมายออกกฎหมายที่นำมาสู่ผลสุดท้ายของจารีตประเพณี ที่ใดที่จารีตประเพณีต่อต้านกฎหมายอย่างรุนแรง กฎหมายก็จะเปลี่ยนแปลงในฐานะที่เป็นผลของอำนาจของจารีตประเพณีที่เข้าแทนที่ โดยยุติการบังคับใช้หรือคำสั่งนิติบัญญัติหรือคำพิพากษาของผู้พิพากษา²⁴⁹

ชุมชนไม่สามารถครอบงำ “active power” ในการสร้างหรือยกเลิกกฎหมาย ซึ่งไม่เป็นเพียงอำนาจที่สร้างจารีตประเพณีขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งจารีตประเพณีสร้างคำสั่งโดยชุมชนที่เหนือกว่าใช้อำนาจทำลายกฎหมาย²⁵⁰ วิธีที่สองที่ชุมชนสร้างคือ จารีตประเพณีที่ถอดถอน (privative custom) โดยการละเลยรูปแบบการกระทำซ้ำ ๆ ที่ชุมชนผูกมัดต่อรูปแบบอย่างเป็นทางการ สมาชิกในชุมชนยอมให้กฎหมายมาเป็น desuetude และเมื่อได้ทำอย่างรอบคอบแล้ว ก็จะเป็นเครื่องชี้บอกของความต้องการของชุมชนที่ชัดเจนว่าต้องการยกเลิกกฎหมาย²⁵¹

ฝ่ายที่มีความเห็นว่าจารีตประเพณีสามารถยกเลิกเพิกถอนกฎหมายได้นั้น โดยสรุปแล้วมีความเห็นว่า การยกเลิกกฎหมายเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ต้องการใช้บังคับกฎหมายนั้นของสังคมอีกต่อไป และเป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงสิ่งที่เกิดขึ้นจริงแก่ผู้บัญญัติกฎหมายให้รับรู้ถึงสิ่งที่เปลี่ยนแปลงที่ก่อให้เกิดการผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในเวลาต่อมา ซึ่งสภาพบังคับของจารีตประเพณีที่มีผลเป็นการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ มีสภาพบังคับเทียบเท่ากับการสร้างกฎหมาย เพราะมีความเห็นว่า เมื่อจารีตประเพณีมีผลเป็นการสร้างกฎหมายได้ ก็ย่อมที่จะมีสภาพบังคับที่จะสามารถยกเลิกเพิกถอนกฎหมายได้เช่นกัน

²⁴⁹ Ibid, p. 157.

²⁵⁰ Ibid, p.137.

²⁵¹ Francisco Suarez , Treatise on Law and God the Lawgiver , pp. 592-3.

- ความเห็นของฝ่ายที่คัดค้านการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายลายลักษณ์อักษรของจารีตประเพณี

เหตุผลหลักที่ต่อต้านการยอมรับอำนาจของจารีตประเพณีที่ยกเลิกกฎหมายคือ จารีตประเพณี ไม่มีการบังคับถ้าไม่มีเหตุผล แต่จารีตประเพณีที่ตรงข้ามกับกฎหมายไม่อาจมีเหตุผล เพราะทั้งสองประการมีข้อเท็จจริงที่ขัดกับกฎหมาย และการปฏิบัติได้ดำเนินตามจารีตประเพณีที่ห่างจากคำสั่งที่ถูกต้อง และไม่สามารถใช้งานได้ที่จะเข้าข้างผู้ที่กระทำผิดหรือไม่ปลดปล่อยจากพันธะข้อผูกมัดทางกฎหมาย²⁵² แต่มีโซ่ว่าจารีตประเพณีที่มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะสามารถยกเลิกกฎหมายได้ทุกอย่าง หากว่าจารีตประเพณีนั้นขัดต่อสาธารณะประโยชน์ก็จะสูญหายไม่มีการนำมาบังคับใช้เลย เพราะเจ้าหน้าที่ของสภามการเมืองจะเป็นตุลาการหรือผู้บังคับใช้กฎหมายไม่ยอมรับรู้ และไม่ยอมปฏิบัติตาม²⁵³

ฝ่ายที่มองจารีตประเพณีที่มีผลเป็นการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าไม่มีสภาพบังคับนั้น เป็นการมองในแง่ที่ว่าจารีตประเพณีสามารถนำมาปฏิบัติและมีผลบังคับได้ แต่ถ้าหากจารีตประเพณีใดที่ขัดต่อศีลธรรมของสังคม หรือ ขัดต่อกฎหมาย ก็จะไม่ผลบังคับและไม่อาจมีผลเป็นการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองประเทศเป็นผู้บัญญัติขึ้น การยกเลิกหรือเพิกถอนก็ต้องอาศัยอำนาจนิติบัญญัติเช่นกัน

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁵² Ibid, p.590.

²⁵³ ถนัด คอมันตร์, ปรัชญากฎหมาย, หน้า 14.

บทที่ 3

สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

แนวความคิดของการยอมรับและสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ถือได้ว่าเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่มีได้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติจนอาจถือเป็นกฎหมายที่สามารถนำมาใช้บังคับได้ ซึ่งประเทศไทยนอกจากจะถือได้ว่าเป็นประเทศต้นแบบของระบบรัฐสภาแล้ว ยังเป็นประเทศ ต้นแบบในจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญอีกด้วย เพราะในความสัมพันธ์ขององค์กรในแบบระบบรัฐสภานั้น มักไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร แต่จะปรากฏเป็นแนวทางปฏิบัติอันมีลักษณะเป็นจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

1. การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ของอังกฤษ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ได้ชื่อว่ามี การนำธรรมเนียมปฏิบัติมาใช้เป็นเวลานาน และมีวิวัฒนาการยาวนานต่อเนื่อง ชนิดของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ ในอังกฤษมี 4 ประเภทที่อ้างในฐานะเป็นรัฐธรรมนูญ คือ

- 1) กฎหมายบัญญัติ (Legislation)
- 2) คำพิพากษาศาล (Case law) หรือกฎหมายที่เกิดจากการพิพากษาของศาล
- 3) กฎหมายและจารีตประเพณีทางรัฐสภา (the law and custom of Parliament)
- 4) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)¹

อังกฤษเป็นประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ จึงเป็นที่มาของรัฐธรรมนูญประการหนึ่งที่มีความสำคัญ นอกเหนือไปจากกฎหมายบัญญัติ คำพิพากษาศาล และกฎหมายและจารีตประเพณีทางรัฐสภา โดยปกติแล้วจะพบว่าการแบ่งธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษออกเป็น 3 ประเภท คือ ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐบาลและรัฐสภา ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษและเครือจักรภพ ซึ่งจะสังเกตได้ว่า

¹ Jennings , The Law and the Constitutional , p.66.

ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการปฏิสัมพันธ์กันระหว่างสถาบันทางการเมือง และได้รับการนำมาปฏิบัติใช้ในสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ จนเป็นที่ยอมรับ

1.1. การนำมาใช้ในสถาบันพระมหากษัตริย์

การศึกษาถึงสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติในอังกฤษนั้นต้องให้ความสำคัญกับสถาบันพระมหากษัตริย์ด้วย ซึ่งเป็นสถาบันสำคัญที่รับเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ทราบถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่ยังปรากฏอยู่ในสถาบันพระมหากษัตริย์ที่มีความสัมพันธ์กับองค์กรทางการเมือง เพราะสถาบันพระมหากษัตริย์มีความผูกพันกับการบริหารประเทศ การใช้อำนาจต่าง ๆ ก็มีต้นกำเนิดมาจากสถาบันนี้ เช่น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน ปรากฏทั้งที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับองค์กรทางการเมือง ซึ่งก็คือ คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในการบริหารปกครอง และรัฐสภาในฐานะที่ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย

1.1.1. ธรรมเนียมปฏิบัติกับการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

พระราชอำนาจกษัตริย์ (The Prerogative) แต่อดีต กษัตริย์มีหน้าที่หลัก 3 ประการ 1) เป็นสัญลักษณ์ของความศักดิ์สิทธิ์ นำความเจริญแก่ประชาชน 2) เป็นผู้นำในสงคราม 3) เป็นผู้ให้กฎหมาย อำนาจในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์ของความศักดิ์สิทธิ์นี้เกิดขึ้นผ่านความเชื่อ แต่หน้าที่อีก 2 ประการเป็นผลจากความจริงต่อพระราชอำนาจทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักร ผลที่ตามมาฐานะของกษัตริย์อาศัยอำนาจทางทหาร ในการป้องกันรัฐและความสามารถที่ทำให้กฎหมายและคำสั่งภายในมั่นคง เพราะฉะนั้นการปกครองเป็นความรับผิดชอบของกษัตริย์²

ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นรัฐธรรมนูญพื้นฐานที่สำคัญ และเกี่ยวข้องกับการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์ ธรรมเนียมปฏิบัติจะเข้ามาเปลี่ยนแปลงการปฏิบัติหน้าที่ของกษัตริย์ให้เป็นไปตามการพัฒนาทางการเมืองซึ่งโดยพื้นฐานแล้วก็ยังคงขึ้นอยู่กับคอมมอนลอว์ อย่างไรก็ตามธรรมเนียมปฏิบัติได้กำหนดการปฏิบัติหน้าที่อย่างสมบูรณ์โดยพระราชินี ในฐานะประมุขของรัฐ และประมุขของเครือจักรภพ อำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเป็นเรื่องจารีตประเพณี แต่จะต้องสอดคล้องกับการยอมรับในควมมีอำนาจสูงสุด ของรัฐสภาและของประชาชนผู้เลือกตั้ง พระราชอำนาจของกษัตริย์ในการปกครองไม่ได้ขึ้นแต่เพียงอำนาจทางทหารเท่านั้น แต่ยังขึ้นอยู่กั

² J. Harvey and L. Bather , The British Constitution, p.193.

การผูกมัดปฏิบัติทางศีลธรรมในฐานะที่เป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดในอังกฤษอันเป็นอำนาจตัวบุคคล ดังนั้น พระราชินีทรงเป็นผู้ออกกฎหมาย, รัฐมนตรีทั้งหมดของกษัตริย์เป็นรัฐมนตรีในพระองค์ (Her Majesty's Ministers) และบริหารการยุติธรรม โดยผู้พิพากษาในพระองค์ (Her Majesty's Judges)³ ในการปฏิบัติหน้าที่ทั่ว ๆ ไปของรัฐบาล กษัตริย์ต้องใช้พระราชอำนาจในการเสนอและควบคุมนโยบาย อันเป็นผลให้มีเสถียรภาพที่นำมาใช้ในราชการอังกฤษ อำนาจนี้ใช้ต่อเนื่องมาและกลายเป็นการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอน และถูกอ้างในช่วงเวลานั้นว่าเป็นพระราชอำนาจ (The Prerogative) พระราชอำนาจนี้มีพื้นฐานดังที่ Blackstone กล่าวว่า “ด้วยเหตุที่พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจพิเศษเหนือกว่าบุคคลอื่นทั้งหมด และไม่อยู่ในแนวทางธรรมดาของกฎหมายคอมมอน เป็นสิทธิที่จะได้รับซึ่งเกียรติยศของกษัตริย์”

พระมหากษัตริย์ในสมัยก่อนจึงไม่เพียงแต่ครองราชบัลลังก์เท่านั้น แต่ยังทรงทำหน้าที่ในการปกครองประเทศอีกด้วย และในระยะเวลาต่อมาก็เป็นที่ยอมรับกันว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจบางประการในการปกครองประเทศ ซึ่งรวมถึงการแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี เรียกประชุมปิด ประชุมและยุบสภา ยับยั้งไม่ให้ความเห็นชอบต่อกฎหมาย สถาปนาขุนนาง พระราชทานอิสริยาภรณ์แต่งตั้งพิพากษา พระราชทานอภัยโทษ ดำเนินกิจกรรมระหว่างประเทศ และทำสนธิสัญญา ประกาศสงครามหรือระงับศึก พระราชทานรัฐธรรมนูญแก่อาณานิคม พระราชทาน กฎบัตรแก่หน่วยการปกครองเบอโร อำนาจต่าง ๆ เหล่านี้มีย้อนหลังก่อนการเริ่มต้นของรัฐสภาสมัยใหม่ของเราอำนาจนี้ไม่ต้องขึ้นกับรัฐสภา แต่พระมหากษัตริย์เป็นผู้ใช้ได้ตามอำนาจหน้าที่ของพระองค์เอง รากฐานของอำนาจเหล่านี้ได้รับการยอมรับเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ คือคอมมอนลอว์ (Common Law) นั่นเอง⁴

ต่อมาพระราชอำนาจของกษัตริย์ ถูกจำกัดโดย the Bill of Rights 1689 เมื่อ William และ Mary ครองราชบัลลังก์โดยยินยอมตามพระราชบัญญัติที่รัฐสภาเห็นชอบ แสดงถึงการรักษาพระราชอำนาจของกษัตริย์ที่เป็นพื้นฐาน ไม่ใช่บนความศักดิ์สิทธิ์แต่อยู่บนความเห็นชอบของประชาชนและถูกจำกัด ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดย Act of Parliament⁵ ภายหลัง the Bill of Rights กษัตริย์ยังคงมีพระราชอำนาจมากมายและทรงตีความพระราชอำนาจอย่างกว้างขวางสุดแล้ว แต่พระองค์เอง ไม่ว่าจะเป็นการที่ กษัตริย์ William III ทรงเลือกรัฐมนตรีผสม , พระราชินีแอนน์ (Queen Anne) ทรงยับยั้ง the Scotch Militia Bill 1707 , George III เลิกทาสชาวคาทอลิก แต่การใช้พระราชอำนาจก็มีเปลี่ยนแปลงโดย the Reform Act 1832 ที่ปัจจุบันนี้ประชาชนมีฐานะเป็น

³ Ibid , p.193-194.

⁴ คณิน บุญสุวรรณ , การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 127.

⁵ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution, p.195.

รัฐาธิปัตย์ หากกษัตริย์พยายามที่จะเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งทางการเมือง ก็จะเกิดความขัดแย้งกับประชาชน ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติแห่งรัฐสภา อาจจะใช้แทนพระราชอำนาจในฐานะที่เป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการบางอย่าง แต่พระราชบัญญัติแห่งรัฐสภามีได้ครอบคลุมพระราชอำนาจของกษัตริย์ในทุก ๆ ประการ พระราชอำนาจของกษัตริย์บางประการในปัจจุบันมิได้มีการใช้ แต่อีกหลายประการก็ยังคงอยู่ ดังนั้นในปัจจุบันพระราชอำนาจของกษัตริย์มีความหมายแต่เพียงพระราชอำนาจ ตามคอมมอนลอว์ที่ยังคงเหลืออยู่จากที่ครั้งหนึ่งเคยมีอยู่อย่างสิ้นพันธุ์⁶

สถาบันพระมหากษัตริย์อังกฤษเป็นสถาบันหนึ่งที่มีความสำคัญและมีประวัติศาสตร์อันยาวนานเช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งในประวัติศาสตร์พระมหากษัตริย์มีอำนาจมากในระบอบการปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นเจ้าของชีวิตในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ จนกระทั่งในเวลาต่อมาก็มีการจำกัดพระราชอำนาจลงอย่างต่อเนื่อง และในที่สุดอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศก็เป็นของรัฐสภา แต่สถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นสถาบันที่มีความต่อเนื่องมีลักษณะเป็นศูนย์รวมแห่งความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชน แม้ว่ารูปแบบการปกครองจะเปลี่ยนแปลงไป แต่พระมหากษัตริย์ก็ยังเป็นสถาบันที่มีพระราชอำนาจในทางการเมืองการปกครองทั้งตามกฎหมายและตามธรรมเนียมปฏิบัติ การปฏิบัติภารกิจของพระมหากษัตริย์ที่จะกล่าวถึงนี้เป็นพระราชอำนาจในทางธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษอันอาจจะถือได้ว่าเป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่เดิมของพระมหากษัตริย์ ซึ่ง Geoffrey Marshall ได้แบ่งแยกประเภทของธรรมเนียมปฏิบัติที่นำมาใช้ในสถาบันพระมหากษัตริย์ไว้เป็นสองประเภท คือ ⁷

1) พระราชอำนาจที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้เพื่อเป็นพระเกียรติ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจที่ให้ไว้ในฐานะประมุขของประเทศ เป็นกรณีที่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไม่ได้ใช้ในความเป็นจริงแต่ทรงมีพระราชอำนาจนั้น เช่น พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย พระราชอำนาจลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายที่ผ่านโดยรัฐสภา

2) พระราชอำนาจที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดหน้าที่ เป็นพระราชอำนาจทั่วไปที่ทรงปฏิบัติภารกิจตามธรรมเนียมปฏิบัติ เช่นที่ นายวอลเตอร์ แบทชอท (Walter Bagshot) ได้กล่าวไว้ว่า “พระมหากษัตริย์แห่งกรุงอังกฤษ ทรงมีพระราชอำนาจ 3 ประการ คือ ประการแรก ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล (The Right to be consulted) ประการที่สอง ทรงมี

⁶ Ibid., pp.109-110.

⁷ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.8.

พระราชอำนาจที่จะสนับสนุนรัฐบาล (The Right to encourage) และประการสุดท้าย ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน (The Right to warn)”⁸

พระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกใช้ตามธรรมเนียมปฏิบัติ โดยมีเหตุผลที่จำเป็น 2 ข้อ⁹ คือ

ก) อำนาจสูงสุดของรัฐสภาตั้งขึ้นมาโดยการต่อสู้ในศตวรรษที่ 17 the Revolutionary Settlement ปี 1689 กษัตริย์ยังคงมีพระราชอำนาจตามกฎหมายอยู่มาก ดังนั้นธรรมเนียมปฏิบัติจึงเข้ามาทำให้มั่นใจว่าพระราชอำนาจได้ใช้ตามอำนาจสูงสุดของรัฐสภาตามกฎหมาย การลงพระปรมาภิไธยของรัฐสภาเป็นการตรากฎหมายเป็นเพียงรูปแบบโดยแท้ รัฐสภาจะต้องเรียกประชุมอย่างน้อยปีละครั้ง รัฐมนตรีจะต้องใกล้ชิดกับพรรคการเมือง ซึ่งสนับสนุนโดยสภาสามัญ

ข) the Reform Act 1832 มีการพัฒนารัฐธรรมนูญต่อไปอีก จนปัจจุบันพระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกใช้ให้เข้ากับอำนาจสูงสุดทางการเมืองของประชาชนในฐานะที่แสดงผ่านทางระบบพรรคการเมือง เห็นได้จากการต่อสู้ในศตวรรษที่ 19 ระหว่างสภาขุนนางและสภาสามัญ รัฐสภาได้แสดงถึงพระราชอำนาจในการแต่งตั้งขุนนาง ซึ่งใช้เพื่อรองรับสภาที่เลือกขึ้นมา

เมื่อพระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกจำกัดลงเป็นระบอบพระมหากษัตริย์ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญนั้นมีที่มาจากขั้นตอนสำคัญ 2 ขั้นตอนด้วยกันคือ¹⁰ :

ขั้นแรก พระมหากษัตริย์ทรงยอมรับการเพิ่มขยายอำนาจของรัฐสภา ภายหลังจากสงครามกลางเมืองทรงยอมรับความเป็นอธิปไตยของรัฐสภา ซึ่งหมายความว่า รัฐสภาสามารถบัญญัติกฎหมายที่จะจำกัดอำนาจบางประการของพระมหากษัตริย์ ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนก็คือพระราชบัญญัติ Bill of Rights ค.ศ. 1689 ได้กำหนดไว้ว่าพระมหากษัตริย์ไม่มีพระราชอำนาจที่จะยกเลิกพระราชกำหนด การเก็บภาษีหรือการคงกองทัพไว้ในยามสงบ หากมิได้รับความยินยอมของรัฐสภา

ขั้นที่สอง ได้มีการพัฒนาธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นมาควบคุมการใช้พระราชอำนาจ ที่ยังคงเหลืออยู่ภายหลังจากปี ค.ศ. 1830 อำนาจสูงสุดได้ผ่านรัฐสภาไปสู่ประชาชน และระบบการปกครองโดยพรรคการเมืองได้พัฒนาขึ้นมา ธรรมเนียมปฏิบัติที่พัฒนาขึ้นมามีวัตถุประสงค์อยู่ 2 ประการ คือ 1) อำนาจที่พระมหากษัตริย์ยังคงมีอยู่ พระราชอำนาจของกษัตริย์จะต้องใช้ในลักษณะที่สอดคล้องกับความปรารถนาของประชาชน ที่แสดงผ่านทางารออกเสียงเลือกตั้ง และ 2) พระมหากษัตริย์

⁸ Walter Bagehot, The English Constitution (Ithaca : Cornell University Press, 1971) p.111.

⁹ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution, p.519.

¹⁰ Ibid., p.109.

ควรจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครอง มิให้เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในความขัดแย้งทางการเมือง โดยในปัจจุบันรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว เป็นผู้ถวายคำแนะนำในการใช้พระราชอำนาจโดยปกตินายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ถวายคำแนะนำ แต่ในบางครั้งรัฐมนตรีที่มีหน้าที่รับผิดชอบเป็นผู้ถวายคำแนะนำ เป็นต้นว่า ในเรื่องของการพระราชทานอภัยโทษ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Home Secretary) จะเป็นผู้ถวายคำแนะนำ¹¹

พระราชอำนาจอื่น ๆ พระบรมราชานุมัติ (Royal Assent) ในเรื่องของกฎหมาย เช่น ก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับจะต้องได้รับพระบรมราชานุมัติ การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญากับประเทศต่างๆ และการให้สิทธิการปกครองตนเองแก่ดินแดนต่าง ๆ จะกระทำภายใต้พระปรมาภิไธยของสมเด็จพระบรมราชินีนาถ ในฐานะที่ทรงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม (Fountain of Justice) สมเด็จพระบรมราชินีนาถทรงเป็นผู้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้พิพากษา และพระราชทานอภัยโทษ ในฐานะที่ทรงเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ (Fountain of Honour) ทรงเป็นผู้สถาปนาขุนนางและพระราชทานบรรดาศักดิ์ ทั้งปวงรวมทั้งพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ต่าง ๆ ทรงเป็นผู้โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบิชอป (Bishops) แห่งศาสนาจักรอังกฤษ (Church of England) สมเด็จพระบรมราชินีนาถทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพทรงเป็นผู้พระราชทานสัญญาบัตรแก่นายทหาร และบรรดาเรือรบของชาติเป็นเรือของสมเด็จพระบรมราชินีนาถ ฯลฯ¹²

สำหรับนักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ พระมหากษัตริย์ในความหมายของ the Crown กับ the Monarch ไม่เหมือนกัน the Crown เป็นการกล่าวรวมถึงองค์พระมหากษัตริย์ รัฐสภา และคณะรัฐมนตรีที่เป็นเช่นนี้เพราะ โดยประเพณีที่เป็นมา พระมหากษัตริย์จะต้องทรงปรึกษารัฐสภาในเรื่องที่สำคัญ ๆ เมื่อรัฐสภาเห็นด้วยก็จะมีการประกาศใช้โดยพระมหากษัตริย์ในรัฐสภา ต่อมาเมื่อรัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายได้เอง ก็ยังต้องให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ยอมรับให้ประกาศใช้ได้ ทั้ง ๆ ที่ในทางปฏิบัติพระองค์ไม่ได้ทรงประทับร่วมประชุมในรัฐสภาเลย สำหรับคณะรัฐมนตรีเช่นกัน การประกาศคำสั่งหรือระเบียบใด ๆ ของฝ่ายบริหารเป็นการประกาศของพระมหากษัตริย์ในสภาที่ปรึกษา ทั้ง ๆ ที่พระองค์ไม่ได้ประทับร่วมประชุมในสภาองคมนตรี

¹¹ สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 124.

¹² Tom Brenan, *Politics and Government in Britain*, 2nd ed., (Great Britain : Cambridge University Press, 1982) , p.178

(Privy Council) หรือในคณะรัฐมนตรี¹³ ดังนั้นพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เป็นเสมือนเครื่องกำหนดความถูกต้องชอบธรรมของการกระทำของรัฐบาล¹⁴

ในประวัติศาสตร์แห่งการพัฒนาการปกครองของประเทศอังกฤษ สถาบันพระมหากษัตริย์อังกฤษประสบความสำเร็จในการปรับตัวให้เข้ากับสังคมและการเมืองที่เปลี่ยนไป แม้พระราชอำนาจอันสิ้นพันเช่นที่เป็นมาแต่เดิมจะหมดสิ้นไปแล้ว แต่สถาบันพระมหากษัตริย์ก็ยังคงมีความสำคัญต่อระบบการเมืองและชีวิตของประเทศ แต่รัฐสภาอังกฤษแตกต่างกับรัฐสภาในประเทศอื่น ๆ หลายประเทศตรงที่ไม่เคยแสดงเจตจำนงที่จะเลิกสถาบันพระมหากษัตริย์เลย ชาวอังกฤษมีทัศนคติพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งคือ มีความเห็นว่าถ้าสถาบันใดก็ตามสามารถดำรงอยู่มาช้านานนับเป็นศตวรรษ สถาบันนั้นจะต้องมีคุณความดีบางประการแฝงอยู่ ถ้าสถาบันดังกล่าวสามารถปรับตัวให้เข้ากับทัศนคติที่เปลี่ยนแปลงไปได้ก็ควรที่จะคงเอาไว้¹⁵

การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งในอดีตทรงมีพระราชอำนาจสิ้นพันในระบบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชฐานะเป็นพระมหากษัตริย์ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในปัจจุบันจึงเป็นการใช้พระราชอำนาจตามธรรมเนียมปฏิบัติ ที่ยังคงสงวนไว้ให้กับสถาบันกษัตริย์

1.1.2. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับองค์กรทางการเมือง

1.1.2.1. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับคณะรัฐมนตรี

ประมุขแบบพระมหากษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตยหรือ constitutional monarchy นั้นย่อมเกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินได้น้อยและเป็นไปเท่าที่รัฐธรรมนูญอนุญาต ดังที่มีคำกล่าวที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงปกเกล้า แต่มิได้ทรงปกครอง” (The King reigns but not rule) นอกจากนี้ยังถือว่า ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) ทรงถูกกล่าวหาและด่วงละเมิดไม่ได้ ส่วนที่ว่าต้องทรงวางพระองค์อยู่เหนือการเมืองนั้น ตามธรรมเนียมในนานาประเทศจะหมายความว่า จะทรงปฏิบัติหรือใช้พระราชอำนาจทางการเมืองเกินไปกว่าที่รัฐธรรมนูญจะอนุญาต

¹³ Jennings, *The Queen Government*, pp.66-67, 96.

¹⁴ จรุง สุภาพ และคณะ, *การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนเนลักซ์*, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด), หน้า 25.

¹⁵ สนธิ เตชานันท์, *ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ*, หน้า 118-119.

ไม่ได้ และจะต้องวางพระองค์เป็นกลางไม่ฝักใฝ่พรรคการเมืองใด หรือนักการเมืองผู้ใดที่ยังอยู่ในอำนาจ (The King cannot show his political favor or disfavor) ¹⁶

1) พระราชอำนาจที่ไม่เป็นทางการ

ความเห็นของนายวอลเตอร์ เบ็จซ็อต (Walter Bagehot) ว่าพระมหากษัตริย์ของอังกฤษทรงมีพระราชอำนาจอยู่ 3 ประการคือ พระราชอำนาจที่จะทรงรับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล พระราชอำนาจที่จะสนับสนุนนโยบายของรัฐบาล และพระราชอำนาจที่พระราชทานกระแสพระราชดำรัสเตือนรัฐบาลในการบริหารราชการแผ่นดิน นั่นก็คงยังเป็นพระราชอำนาจที่สำคัญในปัจจุบันและทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวตลอดมา ซึ่ง อนันต์ เกตุวงศ์ ได้ให้คำอธิบายไว้อย่างชัดเจน ¹⁷ ดังนี้

1. การแนะนำ (Advice) คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีและขอคำแนะนำปรึกษาจากพระมหากษัตริย์ในเรื่องส่วนใหญ่ที่มีความสำคัญต่อประเทศชาติ และคำแนะนำของพระองค์ก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี เพราะพระองค์อยู่เหนือการเมือง (Politics) และการแนะนำจะกระทำไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ด้วยประสบการณ์และความรอบรู้ในการที่อยู่ในตำแหน่งติดต่อกัน เช่น พระนางวิกตอเรีย ปกครองอังกฤษติดต่อกันถึง 64 ปี ส่วนคณะรัฐมนตรีมีการเปลี่ยนแปลงทุกสมัย ดังคำกล่าวของ เซอร์ โรเบอร์ดฟิล ว่า “ภายหลังจากที่พระมหากษัตริย์ทรงครองราชย์ ก็ควรที่จะรู้ถึงการทำงานของรัฐบาลยิ่งกว่าบุคคลใด ๆ ในแผ่นดิน” ¹⁸

2. พระมหากษัตริย์มีอำนาจเตือน (warn) คณะรัฐมนตรี ถ้าพระองค์รู้สึว่าการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีจะสร้างความลำบากให้ประเทศชาติ พระองค์ย่อมต้องเตือนและรัฐมนตรีจะต้องปฏิบัติตาม เพราะถ้าหากไม่ปฏิบัติตามย่อมจะเสียความนิยมอย่างมากถ้าประชาชนทราบเรื่องในภายหลัง

3. พระมหากษัตริย์ยังมีอำนาจส่งเสริมหรือกระตุ้น (encourage) คณะรัฐมนตรีให้สามารถปฏิบัติกรต่าง ๆ ได้ เช่น หากพระองค์ทราบว่าเป็นนโยบายเป็นของรัฐบาลและเป็นประโยชน์ต่อ

¹⁶ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, (กทม. : ศูนย์ส่งเสริมพระพุทธศาสนาแห่งประเทศไทย, 2538) หน้า 74.

¹⁷ อนันต์ เกตุวงศ์, ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย, หน้า 39.

¹⁸ "The King after a reign ought to know much more of the working of the machine of government than any other man in the country"

ประเทศพระองค์ก็ส่งเสริมให้ปฏิบัติตามนั้น ซึ่งเป็นหลักที่ทำให้รัฐบาลมีความมั่นใจ และแน่ใจในการปฏิบัติตามนโยบายนั้นด้วย

นายอังเดร มาติออต (Andre Mathiot) เห็นว่าแท้จริงแล้ว พระราชอำนาจเหล่านี้คือพระราชอำนาจที่จะได้รับการทราบทูลและการปรึกษานั้นเอง (The Right to be Informed and the Right to be consulted) สาเหตุที่มีพระราชอำนาจเช่นนี้เพราะเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ ก็สมควรที่จะให้ทรงรับรู้ในกิจการในการบริหารในพระปรมาภิไธยด้วยเมื่อทรงทราบฝ่าละอองธุลีพระบาทแล้ว ในฐานะที่ทรงเป็นพระประมุขและทรงมีพระประสพการณ์ก็สมควรที่จะพระราชทานคำเตือนได้ในกรณีที่ทรงเห็นว่าไม่สมควร หากเห็นว่าสมควรก็จะทรงสนับสนุนการนั้นได้¹⁹

เคยมีตัวอย่างว่า เมื่อนายแอน โทนี อีเดน (Anthony Eden) นายกรัฐมนตรีอังกฤษ ได้รับความแสรพระราชดำรัสเตือนจากสมเด็จพระนางเจ้าอลิซาเบธ ในการที่ไม่ควรแทรกแซงในกรณีพิพาทคลองสุเอซ แต่นายอีเดนมิได้ปฏิบัติตามกระแสพระราชดำรัส ซึ่งต่อมาเป็นผลให้รัฐบาลนายอีเดนสูญเสียความไว้วางใจและล้มไปในที่สุด หรือ ในกรณีที่สมเด็จพระบรมราชินีอังกฤษได้พระราชทานกระแสพระราชดำรัสแนะนำแก่นายฮาโรลด์ วิลสัน (Harold Wilson) นายกรัฐมนตรีอังกฤษว่า ไม่ควรส่งทหารไปปราบปรามและยับยั้งการประกาศอิสรภาพของประเทศโรดีเซียในปี 1985 ซึ่งนายฮาโรลด์ วิลสัน ก็ได้ปฏิบัติตามกระแสพระราชดำรัสอันเป็นการวินิจฉัยที่ถูกต้อง

ในฐานะที่พระองค์เป็นกษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญทรงครองราชย์ แต่มิได้ปกครองประเทศอำนาจของพระองค์อยู่ที่การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมาย การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง การเปิดประชุมรัฐสภา ซึ่งเป็นพิธีการของรัฐ ส่วนอำนาจในการตัดสินใจปัญหาทางการเมืองนั้นเป็นของนักการเมือง ซึ่งได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน อย่างไรก็ตาม สมเด็จพระราชินีก็ทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะให้คำแนะนำแก่นายกรัฐมนตรี ในการพบกับนายกรัฐมนตรีเป็นการส่วนพระองค์ทุก ๆ สัปดาห์ และตลอดระยะเวลาที่ผ่านมานายกรัฐมนตรีทุกคนรับฟังคำแนะนำจากพระองค์ด้วยความเคารพ สมเด็จพระราชินีแห่งอังกฤษมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องทางการเมืองในทางหนึ่งทางใด แต่พระองค์อาจมีอิทธิพลเหนือนักการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม ด้วยการให้คำปรึกษาแนะนำแก่นายกรัฐมนตรีอังกฤษ ซึ่งเข้าเฝ้าทุกวันอังคาร²⁰ โดยเหตุที่พระมหากษัตริย์ทรงสามารถให้คำปรึกษาหารือ และ

¹⁹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์ , พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 75.

²⁰ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 2 ฉบับที่ 25 (17-23 มิ.ย. 2520) : 689.

ทุกท้วงการดำเนินงานของรัฐบาลได้ ทรงได้รับรายงานการประชุมคณะรัฐมนตรีอย่างสม่ำเสมอ และถือเป็นหลักว่านายกรัฐมนตรีจะต้องเข้าเฝ้าก่อนที่จะมีการประชุมคณะรัฐมนตรีทุกครั้งไป²¹

หน้าที่ทางการเมืองขององค์พระมหากษัตริย์ก็คือการก่อให้เกิดความต่อเนื่อง โดยเฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีพ่ายแพ้ในสภาหรือในการเลือกตั้งทั่วไป พระมหากษัตริย์หรือสมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถก็จะทรงมีพระราชภาระในการปรึกษาหารือเพื่อจะทรงทราบว่า หัวหน้าใหม่คนใดที่น่าจะได้รับความไว้วางใจจากเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญ 9 ใน 10 กรณี คำตอบเป็นที่ชัดเจนสำหรับกรณีที่ 10 ก็สามารถตกลงตัวบุคคลได้ในเวลาไม่นานนัก นอกจากนี้ภายใต้สภาพการณ์ที่พิเศษจริง ๆ พระมหากษัตริย์ทรงสามารถที่จะไม่ให้พระบรมราชานุมัติเพื่อยุบสภา ถ้าหากพระมหากษัตริย์มีพระราชดำริว่า สภาสามัญที่ดำรงอยู่พร้อมที่จะสนับสนุนนายกรัฐมนตรีอีกคนหนึ่ง โดยไม่ต้องมีการเลือกตั้งอีกครั้งหนึ่ง²²

แต่กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยธรรมเนียมปฏิบัติ, สิ่งเหมือนธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญที่สุดเป็นกรอบในช่วงที่กำหนดทั่วไปและเป็นประเด็นข้อจำกัดเกี่ยวกับข้อขัดแย้งและการยกเว้นจากการอธิบายของแบทซอทในเรื่องพระราชอำนาจของพระราชินีที่ไม่อธิบายความขัดแย้งที่ซ่อนเร้นระหว่างสองทฤษฎี หนึ่งใน คือ การแสดงเป็นนัยโดยการกล่าวยืนยัน การอ้างอิงบ่อยครั้ง อำนาจอธิปไตยได้ให้สิทธิเพียงสามประการเท่านั้น คือ สิทธิที่จะปรึกษาหารือ, สิทธิที่จะให้กำลังใจ และสิทธิที่จะเตือน ถึงแม้ว่า ทั้งหมดนี้จะเสนอว่าพระราชินีไม่มีพระราชอำนาจอิสระในการกระทำการหรือตัดสินใจทั้งหมด แต่เพียงอำนาจในการตัดสินใจและกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐมนตรีภายหลังได้รับการปรึกษาหารือ เตือน และให้กำลังใจก็ทำให้มีการดำเนินการตามคำแนะนำของพระราชินี²³

ผลที่ตามมา การใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์ เห็นได้ชัดจากกฎเกณฑ์หลัก 2 ประการ คือ

- 1) ในการเลือกรัฐมนตรี จะต้องกระทำอย่างยุติธรรมและเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ ตามองค์ประกอบของระบบพรรคการเมือง
- 2) กษัตริย์จะต้องทำตามคำแนะนำของรัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบต่อนายกรัฐมนตรี

²¹ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนเนลักซ์, หน้า 27.

²² สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 15.

²³ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.19-20

กฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นเครื่องกำบังรัฐธรรมนูญจากผลทางการเมืองที่ตามมาจากการกระทำใด ๆ เช่น เมื่อรัฐสภาต้องการวิจารณ์การใช้พระราชอำนาจอันเป็นการโจมตีรัฐมนตรีที่รับผิดชอบ ดังเช่นคำแนะนำ Lord Esher ต่อกษัตริย์ George V ในปี 1913 ว่า “รัฐธรรมนูญจะไม่อาจกระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำของรัฐมนตรีที่เสียส่วนใหญ่ในสภาสามัญ สนับสนุนอยู่ ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีเป็นสิ่งที่ป้องกันกษัตริย์ หากปราศจากคำแนะนำของรัฐมนตรีกษัตริย์จะไม่อาจยืนอยู่ได้นาน ท่ามกลางพายุที่โหมกระหน่ำของความขัดแย้งทางการเมือง และพายุของความรู้สึกที่รุนแรงทางการเมือง”²⁴

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติหลักการนี้ก็ไม่ได้ยอมรับอย่างสมบูรณ์ เว้นแต่โดยรัฐมนตรีที่สามารถรับผิดชอบสำหรับการกระทำทุกอย่างของรัฐาธิปไตย เช่น ช่วงเริ่มปี 1834 Sir Fobert Peel ประกาศความรับผิดชอบ เมื่อรัฐบาลของ Lord Melbourne ถูก William IV ปลดออก โดยแถลงต่อสภาสามัญที่เป็นฝ่ายตรงข้ามว่า “เขาจะรับผิดชอบต่อการถอดถอนรัฐบาล” กรณีนี้ ลอร์ดเมลเบิร์นไม่ได้ทำตามคำสั่งของกษัตริย์ ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับการถอดถอนโดยพระราชินี ที่ส่วนมากแล้วจะทำให้พระราชินีถูกต่อต้านโดยรัฐสภา แม้ว่ารัฐมนตรีที่ทรงแต่งตั้งจะยอมรับผิดชอบ จึงอาจโต้แย้งได้ว่าแม้ภายหลังการเลือกตั้งการรับรองการใช้พระราชอำนาจของพระราชินี การขึ้นนำของพระราชินี การสูญเสียความไว้วางใจของพรรคการเมือง เป็นการทำลายสถานะของพระราชินีที่เล็กลงน้อยว่า พรรคการเมืองนั้นจะกลับมามีอำนาจในอนาคต เช่นเดียวกับในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยปราศจากคำแนะนำนั้นเป็นการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติที่ต้งขึ้น ที่สามารถใช้อธิบายการกระทำและการต่อต้านของบุคคลดังกล่าวในรัฐสภา ความน่าเชื่อถือไม่ได้มีการแยกแยะระหว่าง the Crown และ the Monarchy ว่าฐานะของรัฐาธิปไตยเป็นหลัก แต่การปฏิบัติตามของกฎเกณฑ์กว้าง ๆ 2 ประการ อยู่เหนือกว่า ที่กล่าวมานี้ รัฐาธิปไตยจะต้องปฏิบัติตามในฐานะพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarch) แม้ว่าเป็นตัวอย่างที่ต้งขึ้น โดย George V โดยกฎเกณฑ์จะเป็นศีลธรรมจรรยาอย่างเห็นได้ชัด²⁵

2) พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ก) พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

พระมหากษัตริย์ทรงพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยจะต้องแต่งตั้งจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมากในสภาสามัญ ในปัจจุบันการกระทำดังกล่าวถือเป็น

²⁴ Esher Papers, cited in Sir Ivor Jennings, *Cabinet Government*, 1959

²⁵ J. Harvey and L. Bather , *The British Constitution*, p.196-197.

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ชัดเจน และนายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่ในการจัดตั้งรัฐบาลต่อไป²⁶ ในตอนเริ่มแรก นายกรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกของสภาขุนนางก็ได้ ถ้าหากมีความสามารถที่จะควบคุมกับรักษาเสียงข้างมากในสภาสามัญได้ ในศตวรรษที่ 17 กับ 19 ปกติว่า นายกรัฐมนตรีประมาณ 50 เปอร์เซ็นต์ ได้รับแต่งตั้งจากสภาขุนนางแต่เหตุการณ์ในศตวรรษที่ 21 นี้เปลี่ยนแปลงไปมาก ทำให้นายกรัฐมนตรีสมาชิกสภาขุนนางนั้นเป็นไปได้ เพราะตั้งแต่เริ่มต้นศตวรรษนี้เป็นต้นมา พรรคเลเบอร์ซึ่งเข้มแข็งขึ้น ไม่มีสมาชิกในสภาขุนนางเลยแม้แต่คนเดียว เป็นสมาชิกในสภาสามัญทั้งหมดแต่สะท้อนของเหตุการณ์นี้ก็คือ ทำให้พรรคคอนเซิร์ฟเวตีฟหันมาแต่งตั้งสมาชิกสภาสามัญเป็นหัวหน้าพรรค ซึ่งทำให้หลักที่ว่านายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญ กลายเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีอังกฤษไป²⁷

การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติตามอำนาจพิเศษที่มีผลอย่างมากต่อการเปลี่ยนแปลงในทางปฏิบัติทางการเมืองและในองค์กรพรรคการเมือง ผู้ได้รับการแต่งตั้งตามธรรมเนียมปฏิบัติและในทางปฏิบัติของสภาสามัญจะต้องเป็นสมาชิกสภาใดสภาหนึ่งหรือสภาอื่นในรัฐสภา เมื่อธรรมเนียมปฏิบัติที่นายกรัฐมนตรีปัจจุบันไม่สามารถเป็นสมาชิกสภาขุนนาง นายกรัฐมนตรีคนสุดท้ายที่อยู่ในตำแหน่งขณะเป็นสมาชิกสภาสูงคือ ลอร์ด ฮูม (Lord Home) (ในช่วงเวลาสั้น ๆ สี่วันระหว่างการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีและสละความเป็นขุนนาง) การผ่านกฎหมาย the Peerage Act 1963 ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งมีอำนาจที่จะไม่ยอมรับความเป็นขุนนางภายใน 12 เดือนจากการรับช่วงหรือได้รับตามอายุ เราไม่เคยรู้ว่ามีธรรมเนียมปฏิบัติที่ห้ามขุนนางเป็นนายกรัฐมนตรีในช่วงระหว่าง 1923 และ 1963 หรือไม่ แต่ในปัจจุบันเกือบจะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่แน่นอนแล้ว แต่ก็ต้องอาศัยหลักการมากกว่าแบบอย่างในการปฏิบัติ²⁸

ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสร้างขึ้นจากธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งไม่มีกฎหมายใดกล่าวถึงการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี หรือกล่าวถึงเป็นพิเศษว่านายกรัฐมนตรีเลือกขึ้นได้อย่างไร โดยกฎหมายแล้ว พระราชินีจะแต่งตั้งหรือไล่นายกรัฐมนตรีออกก็ได้ตามความพอใจ อย่างไรก็ตามการสร้างขึ้นมาจากธรรมเนียมปฏิบัติ กษัตริย์จะต้องตั้งบุคคลหนึ่งเป็นหัวหน้ารัฐมนตรีและหัวหน้าของรัฐบาล Sir Robert Walpole ซึ่งเป็นประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรี จาก 1721 ถึง 1742 ต่อมาตำแหน่งนี้จึงเป็นที่ยอมรับในฐานะเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารของรัฐบาล และ Walpole ได้รับการพิจารณาให้เป็นนายกรัฐมนตรีคนแรก แม้ว่าตำแหน่งนี้เป็นรูปแบบเพียงความมีประสิทธิภาพของระบบพรรคการเมือง และรัฐบาลในศตวรรษที่ 19 นายกรัฐมนตรีทุกคนตั้งแต่ Walpole เป็นสมาชิกทั้งสภา

²⁶ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 100.

²⁷ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 119.

²⁸ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.29.

สามัญหรือสภาขุนนาง และผลจากการสร้างขึ้นของธรรมเนียมปฏิบัติรัฐบาลจะรับผิดชอบต่อรัฐสภา และไม่มีขุนนางคนใดที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีตั้งแต่การลาออกของ Lord Salisbury ในปี 1902 ซึ่งกษัตริย์จะต้องเลือกนายกรัฐมนตรีจากสภาสามัญ ซึ่งเห็นได้จากการเลือก Stanley Baldwin มากกว่า Lord Curzon ในปี 1923 และการสละความเป็นขุนนางของ the Earl of Home ในปี 1963 เพื่อที่จะทำหน้าที่ผู้นำพรรคอนุรักษนิยม (the Conservative party) เมื่อ นาย Macmillan นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นป่วย โดยธรรมเนียมปฏิบัติกษัตริย์จะเลือกนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นบุคคลที่มีเสียงสนับสนุนเป็นเสียงข้างมากในสภาสามัญ ที่พรรคการเมืองหนึ่งมีจำนวนที่นั่งในสภามากที่สุด เด็ดขาดและเลือกผู้นำพรรคการเมืองนั้น²⁹

ในกรณีที่ไม่มีพรรคหนึ่งพรรคใดได้เสียงข้างมากในสภาสามัญ พระมหากษัตริย์จำเป็นต้องใช้พระราชวินิจฉัยส่วนพระองค์ในการเชิญหัวหน้าพรรคต่าง ๆ มาปรึกษาหารือจนกว่าจะได้ข้อยุติว่าผู้ใดสมควรจะเป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อเป็นผู้นำในการจัดตั้งรัฐบาลต่อไป ซึ่งในกรณีนี้พระมหากษัตริย์จะต้องมั่นใจว่าบุคคลผู้นั้นจะสามารถบริหารประเทศต่อไปได้ด้วยความราบรื่น และจะต้องไม่ยึดติดอยู่กับนโยบายใดนโยบายหนึ่งอันจะนำไปสู่ความขัดแย้งกับพรรคอื่นที่ให้การสนับสนุน ซึ่งอาจทำให้รัฐบาลไม่สามารถบริหารประเทศต่อไปได้ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติแล้ว หากเกิดกรณีที่ไม่มีพรรคหนึ่งพรรคใดได้เสียงข้างมากในสภา บรรดาพรรคการเมืองต่าง ๆ จะปรึกษาหารือกันเอง จนกระทั่งสามารถรวมกลุ่มกันได้เกิดครั้งหนึ่งของคะแนนเสียงในสภา กลุ่มที่รวมตัวกันได้ก่อนจะตกลงกันเป็นการภายในว่าจะให้ใครเป็นนายกรัฐมนตรี เพื่อจัดตั้งรัฐบาลผสมต่อไป ในกรณีเช่นนี้พระมหากษัตริย์จึงไม่จำเป็นต้องใช้พระราชวินิจฉัยส่วนพระองค์แต่อย่างใด³⁰

ในเมื่อรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีนี้ไม่เปิดโอกาสให้พระมหากษัตริย์ ทรงมีอำนาจในเรื่องการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีแล้ว พรรคการเมืองก็มีหน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งที่จะแจ้งกำหนดผู้เป็นหัวหน้าพรรคให้แน่นอน ทั้งนี้เพื่อป้องกันความยุ่งยากที่จะเกิดขึ้นในทางการเมือง เคยมีตัวอย่างมาแล้วโดยเฉพาะในกรณีที่พรรคที่เป็นรัฐบาลอยู่นั้น หัวหน้าพรรคถึงแก่กรรมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้พรรครัฐบาลโดยมากไม่อาจเลือกหัวหน้าได้ทันที ในกรณีเช่นนี้ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งในพรรค ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี ดังเช่นในปี 1994 พระนางเจ้าวิกตอเรีย ทรงแต่งตั้ง "Lord Posthery" แทนที่จะทรงแต่งตั้ง Harcourt และในปี 1923 พระเจ้ายอร์ชที่ห้าทรงแต่งตั้ง Baldwin แทนที่เป็น Lord Curzon ดังนั้นจะเป็นได้ว่าพรรคต้องมีหัวหน้า ซึ่งพรรคเองก็คงไม่

²⁹ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.36.

³⁰ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, *การเมืองอังกฤษ*, หน้า 101.

ต้องการให้เห็นหัวหน้าและเป็นนายรัฐมนตรี พรรคฝ่ายค้านไม่มีปัญหามากในเรื่องนี้ เพราะอาจมีเวลาพอเพียงที่จะเลือกหัวหน้าพรรคใหม่³¹

อำนาจบริหาร โดยหลักการแล้วพระมหากษัตริย์คือผู้นำฝ่ายบริหาร แต่เนื่องจากพระองค์ไม่สามารถกระทำการบริหารด้วยพระองค์เองได้ ดังนั้นพระองค์จึงต้องมีรัฐมนตรีมาทำหน้าที่บริหารแทนพระองค์ ในกรณีนี้พระมหากษัตริย์จะเป็นผู้ทรงเลือกหรือให้ความเห็นชอบ แต่การปฏิบัติในปัจจุบัน พระมหากษัตริย์เป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอรายชื่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบ แต่ในการเลือกนายกรัฐมนตรี พระมหากษัตริย์จะต้องตระหนักเสมอว่าจะต้องเลือกจากผู้นำพรรคการเมืองที่คุมเสียงข้างมากในสภาสามัญ มิฉะนั้นรัฐบาลจะไม่สามารถบริหารประเทศได้ เนื่องจากจะไม่สามารถผ่านร่างกฎหมายงบประมาณแผ่นดินได้ อาทิเช่น ในการเลือกตั้งทั่วไปเมื่อปี ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นการแข่งขันระหว่างผู้นำสำคัญคือ นายเซอร์ซิด (Mr. Churchill) และนายแอทลี (Mr. Attlee) ว่าใครควรจะเป็นนายกรัฐมนตรี ปรากฏว่าประชาชนเลือกให้นายแอทลีเป็นนายกรัฐมนตรี แม้ว่าพระมหากษัตริย์จะทรงมีความเห็นส่วนตัวอย่างไรก็ตาม แต่ก็ไม่อาจให้ความส่วนตัวนั้นได้ หากความเห็นส่วนตัวนั้นไม่สอดคล้องกับความต้องการของเสียงข้างมากในสภาสามัญ ในปี ค.ศ. 1931 เมื่อนายแม็ค โดแนลด์ (Mr. MacDonald) ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าพรรคแรงงาน พระเจ้าจอร์จที่ 5 (George V) ควรแต่งตั้งนายบอลด์วิน (Mr. Baldwin) ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคที่ใหญ่ลำดับสองรองลงมาเป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อจัดตั้งรัฐบาลต่อไป และพระเจ้าจอร์จได้แต่งตั้งนายแม็ค โดแนลด์ให้เป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้งโดยขอให้นายแม็ค โดแนลด์ไปรวบรวมเสียงสนับสนุนจากพรรคต่าง ๆ ทั้งหมดในสภา การที่รัฐบาลนายแม็ค โดแนลด์อยู่ต่อไปมิใช่เป็นเพราะการสนับสนุนของพระเจ้าจอร์จที่ 5 แต่เป็นเพราะการให้ความเห็นชอบของรัฐสภา และในปี ค.ศ. 1957 หลังจากเซอร์แอนโทนี เอเดน (Sir Anthony Eden) ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 2 ต้องแต่งตั้งผู้นำจากพรรคอนุรักษนิยมเสียงข้างมากเข้าดำรงตำแหน่งแทนแต่ในขณะนั้นยังไม่เป็นที่แน่นอนระหว่างนายแม็ค มิลแลน (Mr. Macmillan) หรือนายบัทเลอร์ (Mr. Butler) ว่าใครจะเป็นหัวหน้าพรรคอนุรักษนิยม พระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 2 ได้ปรึกษากับเซอร์วิลสตัน เซอร์ซิด (Sir Winston Churchill) และลอร์ด ซาลิสบิวรี (Lord Salisbury) ซึ่งเป็นรัฐบุรุษอาวุโสของพรรคอนุรักษนิยม แต่ทั้งสองท่านไม่มีผู้ใดที่พร้อมจะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พระนางจึงแต่งตั้งนายแม็ค มิลแลนให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางการบริหารที่สำคัญของพระองค์³²

³¹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 119.

³² สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 97-98.

อย่างไรก็ดี ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวอาจมีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมได้ เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งเดิมเคยแต่งตั้งจากสภาสามัญ ต่อมาก็ยินยอมให้แต่งตั้งจากสภาขุนนางได้ เพราะคิดว่าในบางโอกาสผู้มีความสามารถและเหมาะสมอาจอยู่ในสภาขุนนางได้ ดังที่ได้ทรงแต่งตั้งลอร์ดฮูม (Lord Home) สมาชิกสภาขุนนางให้เป็นนายกรัฐมนตรีเป็นครั้งแรก ในปี 1963 โดยธรรมเนียมปฏิบัติ พระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ ประกอบกับพรรคการเมืองในประเทศอังกฤษใช้ระเบียบวินัยเคร่งครัดซึ่งถูกพรรคจะลงคะแนนเสียงในสภาขัดแย้งกับมติของพรรคไม่ได้³³

ในอังกฤษ เป็นหน้าที่ของกษัตริย์ในการตั้งรัฐบาล โดยปกติการปฏิบัติของราชาธิปไตยจะมีกลไกอัตโนมัติ และผูกมัดตามธรรมเนียมปฏิบัติ 1) ถ้าพรรคใดมีทั้งเสียงส่วนใหญ่และรู้ตัวผู้นำในสภาสามัญผู้นำนั่นก็จะเป็่นนายกรัฐมนตรี 2) ถ้ารัฐบาลแพ้และนายกรัฐมนตรีลาออก กษัตริย์จะต้องส่งผู้นำฝ่ายค้านทันที การปฏิบัติตามหน้าที่ที่ราชาธิปไตยจะตัดสินใจโดยตนเองว่าจะอะไรจำเป็นที่สุดและใช้ในโอกาสเมื่อธรรมเนียมปฏิบัติที่เหนือกว่าไม่ครอบคลุมสถานการณ์³⁴

เหตุการณ์แรก เมื่อนายกรัฐมนตรีตายในขณะดำรงตำแหน่ง และไม่รู้ว่ามีผู้นำของพรรคการเมืองใด เป็นผู้รับช่วงต่อจากเขา ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 George VI ได้ป้องกันไว้ล่วงหน้าสำหรับเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนนี้ และสนองตอบความต้องการ Mr.Churchill ได้เสนอผู้รับช่วงต่อ 2 คน คือ Mr.Eden ตามด้วย Sir John Anderson ถ้านายเอเดน ไม่ได้รับการเสนอชื่อ

เหตุการณ์ในปี 1981 เมื่อนายกรัฐมนตรีของพรรคเลเบอร์ Ramsay MacDonald ถูกบังคับให้ต้องยื่นใบลาออก เนื่องจากมีความแตกแยกกันรุนแรงในคณะรัฐมนตรี แต่ฝ่ายค้านในขณะนั้นไม่ได้มีเพียงพรรคคอนเซอร์เวทีฟเท่านั้น ยังมีพรรคลิเบอรัลอีกพรรคหนึ่งที่มีเสียงจำนวนมากอยู่ด้วย ดังนั้นถ้าหาก MacDonald สละสิทธิในการแนะนำกษัตริย์แต่งตั้งบุคคลใดเป็นนายกรัฐมนตรีคนต่อไป กษัตริย์ก็จะมีอิสระในการเลือก แต่ MacDonald ได้ใช้สิทธินั้นแนะนำให้กษัตริย์หารือกับหัวหน้าพรรคคอนเซอร์เวทีฟและพรรคลิเบอรัล ทั้งสองพรรคได้แนะนำให้กษัตริย์ขอร้องให้ MacDonald เป็นนายกรัฐมนตรีต่อไป แต่ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลผสม เหตุการณ์ครั้งนี้จึงทำให้กษัตริย์ขาดโอกาสที่จะกระทำโดยอิสระไปเช่นเดียวกัน³⁵

เหตุการณ์อีกครั้งหนึ่งเกิดขึ้นในปี 1940 อันเป็นระยะระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 นายกรัฐมนตรี Neville Chamberlain แห่งพรรคคอนเซอร์เวทีฟสูญเสียเสียงสนับสนุนในสภาสามัญแม้ว่า

³³ วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 30-31.

³⁴ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.198-199.

³⁵ วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ , หน้า 100.

เขาจะไม่ได้พ่ายแพ้คะแนนเสียงโดยตรงก็ตาม แต่เขาเห็นว่าในสถานการณ์ขณะนั้นมีความจำเป็นจะต้องจัดตั้งรัฐบาลผสมขึ้น แต่พบว่าพรรคเลเบอร์จะไม่ยอมเข้าร่วมด้วยแน่หากเขายังเป็นนายกรัฐมนตรี Chamberlain จึงได้ปรึกษากับ Churchill และ Halifax สมาชิกชั้นแนวหน้าของพรรคเดียวกันว่าจะให้แนะนำกษัตริย์แต่งตั้งผู้ใดเป็นนายกรัฐมนตรีแทน ในที่สุด Halifax ขอลถอนตัว Chamberlain จึงลาออกและแนะนำให้กษัตริย์แต่งตั้ง Churchill เป็นนายกรัฐมนตรี³⁶

เหตุการณ์ที่สอง เกิดขึ้นเมื่อนายกรัฐมนตรีเสนอบุคคลอีกคนหนึ่ง กษัตริย์อาจถามหาคำแนะนำจากเขาถึงผู้รับช่วงต่อ แต่วิธีนี้ก็มิได้ปฏิบัติตามเสมอ ด้วยเหตุนี้ Mr. Gladstone ไม่ได้ให้ความเห็นเมื่อเขาลาออกจากตำแหน่ง เพราะสุขภาพไม่แข็งแรง ในปี 1894 Queen Victoria เลือก Lord Rosebery แม้ว่านายเกลดสตันส์ กล่าวว่าเขาได้เสนอ Lord Spencer แต่การเลือกนายกรัฐมนตรีนั้นขึ้นกับรัฐพิธีที่ทำให้ชัดเจนมากขึ้นในปี 1957 เมื่อ Sir Anthony Eden ยื่นการลาออกเพราะสุขภาพไม่แข็งแรง ซึ่ง อีเด็น รับช่วงต่อจาก Mr. R.A. Butler ผู้ซึ่งเป็นผู้นำการประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อเขาไม่อยู่ในที่ประชุม และไม่ทราบว่านายอีเด็นได้ถวายคำแนะนำพระราชินีหรือไม่ พระราชินีจึงทรงพยายามหลีกเลี่ยงด้วยพระองค์เอง โดยผ่านราชเลขาธิการส่วนพระองค์ แต่พระองค์เองเป็นผู้ตัดสินพระทัยในที่สุด เชิญให้นายแมคมิลแลนมาดำรงตำแหน่งแทน เซอร์แอนโทนี่

เหตุการณ์ทำนองเดียวกันเกิดขึ้นเมื่อนายแมคมิลแลนลาออกจากตำแหน่งโดยไม่มีผู้สืบทอดที่ชัดเจน ปรากฏว่ามีคู่แข่งในพรรคอนุรักษนิยมถึง 5 คน ที่พร้อมจะเป็นนายกรัฐมนตรีความเห็นของนายกรัฐมนตรีมีความสำคัญที่พระราชินีทรงต้องเดินทางไปยังที่พัก เพื่อให้แน่ใจ โดยพระนางปรึกษาเฉพาะกับนายแมคมิลแลน อดีตนายกรัฐมนตรีที่ลาออกไปเท่านั้น และก็เป็นที่เชื่อแน่ว่าพระองค์ทรงรับฟังนายแมคมิลแลนมากในการเชิญให้ลอร์ด ฮูม (ปัจจุบันเป็นตำแหน่ง เซอร์อเล็ก ค็อกกลาส ฮูม) ให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี แสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจทางการบริหารที่สำคัญของพระองค์อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งต่อมาพรรคการเมืองใหญ่ทั้งสองพรรคได้ปรับปรุงกระบวนการเลือกผู้นำพรรคอย่างเป็นทางการและในปี ค.ศ. 1963

ในกรณีดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า ที่ปรึกษาของพระราชินีไม่ควรจะยอมตามพระองค์ที่ทรงถูกโต้แย้งโดยการชักจูงลอร์ด ฮูมทันทีทันใด และพระองค์ควรจะใช้เวลาอย่างน้อยที่สุดอย่างเต็มที่เพื่อแจ้งข่าวโดยพระองค์เองถึงการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ทางการเมือง และแจ้งความเห็นของผู้นำพรรคอนุรักษนิยม แต่คำอธิบายของแมคมิลแลนกล่าวว่าพระองค์ไม่ต้องการและไม่ตั้งใจที่จะค้นหาคำแนะนำอื่นนอกจากคำแนะนำของเขาและ แมคมิลแลนได้บรรยายว่าพระราชินี

³⁶ เรื่องเดียวกัน , หน้า 101.

ทรงเชื่อหรืออย่างน้อยก็เห็นด้วยที่ลอร์ด ฮูมเป็นคนที่มีความลักษณะที่แข็งแกร่งและดีที่สุดอย่างแท้จริง ดังนั้น หากนายกรัฐมนตรีเสียชีวิตหรือปลดเกษียณในขณะที่ยังดำรงตำแหน่ง วิธีการปฏิบัติพรรคที่อยู่ในรัฐสภาที่จะดำเนินการเลือกผู้นำคนใหม่ แต่การตายหรือการปลดเกษียณของนายกรัฐมนตรีจำเป็นที่จะต้องเลือกโดยพระราชินี อันจะเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติที่การดำรงตำแหน่งจะต้องเดิมให้ครบโดยเหมือนกับการควบคุมในการปฏิบัติภารกิจในความสนับสนุนของเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญมากที่สุด³⁷

ดังนั้น สำหรับกรณีที่พระองค์ต้องทรงทำการตัดสินพระทัยด้วยพระองค์เองนั้น ต้องมีภาวะการณ์ที่จำเป็น 2 ข้อ คือ หนึ่งไม่สามารถจะถามความเห็นใครได้ เนื่องจากนายกรัฐมนตรีได้ถึงแก่กรรมในขณะที่ดำรงตำแหน่ง สองมีข้อสงสัยกันอยู่มากเหลือเกินว่าผู้ใดจะสามารถจัดตั้งรัฐบาลผสมได้สำเร็จ ในสถานการณ์อันไม่ค่อจะเกิดขึ้นนักเช่นนี้ สมเด็จพระราชินีนาถจะต้องทำการสอบถามโดยผ่านราชเลขาธิการในพระองค์แล้วก็ตัดสินพระทัยด้วยพระองค์เองในที่สุด³⁸

เหตุการณ์ที่สาม ความขัดแย้งทางการเมือง กษัตริย์อาจเลือกเป็นส่วนตัว สำหรับกรณีการเลือกตั้งทั่วไป อาจมีผลที่ไม่มีใครได้รับเลือกคนเดียว และเป็นพรรคเดียว โดยมีเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญหรือเกิดความยุ่งเหยิงในวิกฤตการณ์ของชาติ และอาจเป็นสาเหตุให้รัฐบาลลาออก

จากทั้งสองกรณี รัฐชาติปีตย์มีนายกรัฐมนตรีคอยแนะนำ กรณีแรกกษัตริย์อาจอนุญาตให้นายกรัฐมนตรีในขณะที่ประชุมรัฐสภาชุดใหม่หรือลาออกแล้วเสนอบุคคลที่น่าจะรับช่วงต่อมากที่สุดเพื่อตั้งรัฐบาล แต่กรณีที่สามเปลี่ยนแปลงไปและประยุกต์กับกรณีที่สอง อันเป็นการตั้งรัฐบาลผสม ซึ่งรัฐชาติปีตย์สามารถใช้อิทธิพลมากมาย เช่น ในเหตุการณ์ปี 1931 เมื่อรัฐบาลพรรคแรงงานไม่สามารถตกลงในมาตรการที่จะใช้ในการประสพความยากลำบากทางเศรษฐกิจที่มีอยู่ทั่วไป แสดจอร์จ ที่ 5 (Had George V) ยอมรับในอำนาจที่จำกัดแคบของตน จอร์จที่ 5 รอให้นายแรมเซย์ แมคโดนัลด์ (Mr. Ramsay MacDonald) ลาออกและเสนอ นายบอลด์วิน (Mr. Baldwin) ผู้นำพรรคฝ่ายค้าน แทนที่กษัตริย์จะปรึกษากับผู้นำทั้งสามพรรค (รวมพรรคเสรีนิยม) และใช้อิทธิพลผลักดันให้นายแมคโดนัลด์ ตั้งรัฐบาลผสมแห่งชาติ³⁹

ทางปฏิบัติของสมเด็จพระราชินีเป็นธรรมเนียมปฏิบัติมากกว่ากฎหมาย อันเป็นกำหนดแน่นอนในบทบาทที่ทรงปฏิบัติของพระราชินี หรือที่ วอลเตอร์ แบทซอท (Walter Bagehot) กล่าวใน the English Constitution เรียกอย่างได้่อย่างถูกต้องมากกว่า “the use of the Queen” โดย

³⁷ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p.30,31.

³⁸ คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ , หน้า 129.

³⁹ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.199.

ธรรมเนียมปฏิบัติแล้วพระราชอำนาจของพระราชินีได้รับการปฏิบัติตามคำแนะนำจากรัฐมนตรี คำแนะนำนั้นแต่ละอย่างเป็นคำแนะนำของรัฐมนตรีร่วมกันหรือรัฐมนตรีคนใดโดยเฉพาะ ดังนั้นเมื่อแบทซอท กล่าวไว้ว่า พระราชินีสามารถทำอะไรได้หลายอย่างโดยปราศจากการปรึกษารัฐสภานั้น พระองค์สามารถขายที่ดินกองทัพเรือ ประกาศสงคราม ไล่ข้าราชการพลเรือนออก แต่งตั้งขุนนางและให้อภัยโทษผู้กระทำความผิด จึงเข้าใจได้ว่ารัฐมนตรีผู้มีอำนาจตามหน้าที่และสนับสนุนการกระทำที่กล่าวมานี้⁴⁰

กฎเกณฑ์ที่สมเด็จพระบรมราชินีนาถ ต้องทรงดำเนินนั้นง่ายและตรงไปตรงมา คือ ประการแรก นายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นบุคคลที่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในสภาสามัญ ประการที่สอง หากนายกรัฐมนตรีที่ดำรงตำแหน่งถวายคำแนะนำก็จะทรงดำเนินการไปตามนั้น ในประการแรกนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็น ถ้าหากจะเป็นรัฐบาลที่มีประสิทธิภาพ ในประการที่สอง เป็นเครื่องป้องกันสมเด็จพระราชินีนาถต่อการเข้าไปพัวพันกับความขัดแย้งระหว่างพรรคการเมือง⁴¹

ข) การแต่งตั้งรัฐมนตรี

เมื่อนายกรัฐมนตรีได้รับแต่งตั้งแล้ว จะเป็นผู้เสนอรายชื่อรัฐมนตรีให้พระมหากษัตริย์ทรงให้ความเห็นชอบในกรณีนี้เช่นกันที่พระมหากษัตริย์อาจใช้อำนาจส่วนพระองค์ในการเลือกรัฐมนตรี โดยอาจจะตรัสเป็นนัยว่าพระองค์ไม่ต้องการบุคคลลักษณะเช่นนั้นอยู่ในคณะรัฐมนตรีของพระองค์ ซึ่งนายกรัฐมนตรีอาจจะต้องยินยอมตามพระประสงค์หรือมิเช่นนั้นนายกรัฐมนตรีอาจจะต้องลาออก แต่ถ้านายกรัฐมนตรีเป็นผู้คุมเสียงข้างมากในสภาและยืนยันที่จะแต่งตั้งรัฐมนตรีที่พระมหากษัตริย์ไม่เห็นด้วย ในกรณีนี้พระมหากษัตริย์ก็ต้องยินยอม⁴²

รัฐมนตรีที่ได้รับเลือกจะรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อรัฐชาติ อย่างไรก็ดีตามอิทธิพลของกษัตริย์ลดลง และหลัง 1832 เป็นที่แน่ชัดว่า ความรับผิดชอบในการตั้งรัฐบาลเป็นของนายกรัฐมนตรี ทางปฏิบัติยังคงพิจารณาบัญชีรายชื่อเสนอแต่งตั้งต่อรัฐชาติและโต้แย้งไปพร้อมกับกษัตริย์ ในช่วงขณะนั้นปรากฏว่า พระราชินีวิกตอเรีย (Queen Victoria) ปฏิเสธทันทีที่จะยอมรับฐานะรัฐมนตรีรายบุคคล ดังเช่น Sir Charles Dike และ Mr. Labouchere ทั้งสองคนยึดถือความเห็นที่พระราชินีพิจารณาที่ทำให้ไม่พอใจต่อราชวงศ์ แต่บุคคลที่พระราชินีไม่เห็นด้วยมีกลุ่มผู้สนับสนุนทางการเมืองที่มั่นคงหรือยืนยันโดยนายกรัฐมนตรี ทุกวันนี้รัฐชาติยังมีอิทธิพลบางอย่างในการแต่งตั้ง เมื่อปี 1945 นายแอชลีย์ (Mr. Attlee) แจ้ง George VI ว่าเขาต้องการ Dr. Hugh Dalton

⁴⁰ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.19.

⁴¹ สนธิ เตชานันท์, *ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย*, หน้า 121.

⁴² สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, *การเมืองอังกฤษ*, หน้า 98.

เป็นเลขาธิการฝ่ายต่างประเทศของเขา กษัตริย์ใช้อำนาจให้คำแนะนำตามรัฐธรรมนูญ (right to advice) แนะนำว่า Mr. Ernest Bevin เป็นตัวเลือกที่ดีกว่า Mr. Attlee หลังจากได้ปรึกษากับผู้ร่วมรัฐบาลและ Chief Whip ตัดสินใจให้ Mr. Bevin แต่ไม่มีกรณีที่รัฐาธิปัตย์ยังยื่นกราน หากนายกรัฐมนตรียืนยันหนักแน่นต่อการแต่งตั้ง คำแนะนำของนายกรัฐมนตรียังต้องเหนือกว่า⁴³

ในรัชสมัยพระเจ้าจอร์จที่ 5 พระองค์ทรงเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรียุคใหม่และรัฐมนตรีมากอยู่เหมือนกัน ทั้งนี้ก็เพราะว่าในตอนนั้นพรรคเลเบอร์เข้าเป็นรัฐบาลเป็นครั้งแรก พระเจ้าจอร์จที่ 5 ยังทรงขอร้องไม่ให้รัฐมนตรีลาออกหลายคน ปรากฏว่าเป็นผลสำเร็จดี ยกตัวอย่างเช่น ในการลาออกของ Lord Headings ผู้เคยดำรงตำแหน่งผู้สำเร็จราชการแห่งอินเดีย (Viceroy of India) มาก่อน ในตอนนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีช่วยว่าการต่างประเทศถูกโจมตีจากวงการต่าง ๆ ว่าเป็นผู้รับผิดชอบในการที่อังกฤษแพ้ในสงครามเมโสโปเตเมีย ในปี 1916-1917 นายกรัฐมนตรีลอยฮอร์สคัดค้านการแทรกแซงของพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์ทรงถอนพระราชดำริรัฐมนตรีต่างประเทศคือ Lord Belfour ให้ Lord Hardinge อยู่ในตำแหน่งต่อไปอีกมีครั้งหนึ่งที่ ลอร์ด เบอแนม (Lord Burnham) กรรมการนายหนึ่งของคณะกรรมการศึกษาวิธีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญของอินเดียจะลาออกในปี 1929 แต่ เซอร์ จอห์น ไชมอน (Sir John Simon) ประธานคณะกรรมการได้ขอให้พระมหากษัตริย์ทรงขอร้องไม่ให้ลอร์ด เบอแนม ลาออก ราชเลขาธิการในพระองค์ได้ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ว่า "ไม่ควรที่พระองค์จะเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องเช่นนี้" แต่ราชเลขาธิการในพระองค์ได้ออกความเห็นไปเป็นการส่วนตัวว่า ลอร์ด เบอแนม ควรจะอยู่เป็นกรรมการต่อไป เป็นผลให้ลอร์ดเบอแนมต้องอยู่ในคณะกรรมการต่อไปอีก⁴⁴

ค) การปลดรัฐมนตรี

การพ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีนั้นจะต้องเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ⁴⁵ ซึ่งได้แก่

1. การพ่ายแพ้คะแนนเสียงในสภาสามัญ ซึ่งคณะรัฐบาลมีทางเลือกอยู่ 2 ทางคือ ลาออก เพื่อเปิดโอกาสให้พรรคการเมืองอื่นมาจัดตั้งรัฐบาลแทน และนายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์เป็นผู้ยุบสภา เพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ เพื่อให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะสนับสนุนพรรคการเมืองใดเข้ามาบริหารประเทศต่อไป

⁴³ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.198.

⁴⁴ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ , การปกครองสหรัฐอเมริกา , หน้า 64-65.

⁴⁵ สมบัติ ชำรงชัยวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 148-149.

2. เมื่อนายกรัฐมนตรีลาออก หรือถึงแก่กรรม พรรครัฐบาลจะต้องเลือกนายกรัฐมนตรีคนใหม่และคณะรัฐบาลใหม่ขึ้นเพื่อบริหารแทน
3. รัฐมนตรีลาออกเนื่องจากไม่เห็นด้วยกับนโยบายของรัฐบาล
4. รัฐมนตรีผู้นั้นถึงแก่กรรม

ในเรื่องปลดรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งนั้น ตามหลักแล้วนายกรัฐมนตรีมีอำนาจสิทธิขาดผู้เดียว แต่ในทางปฏิบัติแล้วปรากฏว่ามีนายกรัฐมนตรีน้อยคนและน้อยครั้งที่ปลดรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง ดูเหมือนในประวัติศาสตร์อังกฤษมีอยู่ครั้งเดียวเท่านั้น คือว่าในสมัยที่ Lord John Bussell เป็นนายกรัฐมนตรีนั้น ได้สั่งปลด Lord Palmerston ออกจากตำแหน่งรัฐมนตรีต่างประเทศโดยกล่าวหาว่า Lord Palmerston ดำเนินนโยบายต่างประเทศ "ของตนเอง" ตั้งแต่นั้นมาปรากฏว่าไม่เคยมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นอีกเลย ตามปกตินายกรัฐมนตรีมักจะขอร้องให้รัฐมนตรีผู้ที่ตนเห็นไม่เหมาะสมให้ลาออก และเมื่อได้รับใบลาแล้วก็อนุมัติทันที เคยมีเรื่องว่า นายกรัฐมนตรีบางคนเคยขอให้รัฐมนตรีเช่นใบลาไม่เขียนวันที่ไว้ในวันที่ได้รับแต่งตั้ง เมื่อเห็นสมควรจะให้ผู้นั้นลาออกก็เพิ่มวันที่ลงไปในการลาออกเท่านั้น ตามที่เคยปรากฏในประวัติศาสตร์แล้ว ส่วนมากในเมื่อรัฐมนตรีไม่อาจจะสนับสนุนหลักการหรือนโยบายของรัฐบาลแล้ว รัฐมนตรีผู้นั้นมักจะขอลาออกเสียเอง แต่ในกรณีเช่นนี้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะยอมรับหรือไม่ยอมรับใบลาก็ได้ นอกจากนี้ การยอมรับใบลาของรัฐมนตรีคนหนึ่ง อาจมีวัตถุประสงค์เพื่อสับเปลี่ยน (Reshuffle) รัฐมนตรีในคณะกรรมการสับเปลี่ยนแบบนี้เกิดขึ้นบ่อยครั้งทั้งนี้ก็เพื่อให้รัฐมนตรีได้รับความชำนาญงาน และรู้จักกับข้าราชการหลายกระทรวง อันจำเป็นอย่างยิ่งต่อการบริหาร ดูเหมือนจะมีแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังกับการต่างประเทศเท่านั้นที่ไม่ค่อยถูกย้ายไปประจำกระทรวงอื่น ในเมื่อมีการสับเปลี่ยนรัฐมนตรีทั้งนี้ก็เพราะอังกฤษถือว่ารัฐบาลควรมีผู้เชี่ยวชาญอย่างแท้จริง และอยู่ในตำแหน่งนานเพราะปัญหาการคลังกับการต่างประเทศสับสนและยุ่งยากยิ่งกว่าปัญหาด้านอื่น ๆ⁴⁶

อย่างไรก็ตามในบางกรณีพฤติกรรมของรัฐบาลที่ไม่เป็นไปในทางรัฐธรรมนูญอาจไม่รวมถึงวิธีปฏิบัติในอำนาจกษัตริย์หรือยืนยันคำแนะนำต่อกษัตริย์ พฤติกรรมที่ถูกทำให้ไม่เป็นผลโดยทางปฏิบัติที่มีอยู่จริงของกษัตริย์สามารถที่จะยืนยันการปลด รัฐมนตรีที่ประพฤติไม่เหมาะสมได้หรือไม่? การปลดรัฐมนตรีเป็นที่แน่นอนว่าไม่ได้รับการสนับสนุนจากแบบอย่างในการปฏิบัติของสหราชอาณาจักรในปัจจุบันเหตุการณ์สุดท้ายที่เป็นประเด็นโต้เถียงอย่างเคร่งเครียดทางการเมืองเกิดขึ้นในวิกฤตการณ์ the pre-First World War Home Rule ในวันที่ 31 กรกฎาคม 1913 Lansdowne และ Bonar Law ส่งข้อความที่บันทึกต่อกษัตริย์ที่พวกเขาโต้แย้งในเรื่องรัฐธรรมนูญในสถานะที่ไม่แน่นอน การสิ้นสุดลงเป็นเพียงวิธีการเพื่อหลีกเลี่ยงสงครามกลางเมือง และหาก

⁴⁶ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ , การปกครองสหรัฐอเมริกา , หน้า 121.

แอทควิท (Asquith) ปฏิเสธการชี้แนะให้ลาออก กษัตริย์มีสิทธิที่จะปลดเขาออกและให้คนอื่นขึ้นมาแทนที่เซอร์ วิลเลียม แอนสัน และศาสตราจารย์ เอ.วี. ไคซี เห็นด้วยกับความเห็นนี้ ที่เสนอแนะว่าการใช้พระราชอำนาจยุบเลิกอาจปฏิบัติตามความเหมาะสมตามรัฐธรรมนูญ หากมีการรับรองการแต่งตั้งรัฐมนตรีคนอื่นที่เตรียมพร้อมความรับผิดชอบต่อเรื่องนี้ การมีเหตุผลสมควรเช่นนี้เริ่มรู้จักเมื่อครั้ง ลอร์ด ฮักส์ เซซิล (Lord Hugh Cecil) อาศัยหลักการที่เป็นรากฐานซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญได้แสดงออกเช่นนั้น ซึ่งไม่มีการเป็นปรปักษ์ระหว่างกษัตริย์และประชาชนหรือระหว่างกษัตริย์และสภาสามัญที่เป็นผู้แทนประชาชนโดยตรง เขาแย้งว่าไม่มีความไม่เป็นรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความไม่เห็นด้วยระหว่างกษัตริย์และรัฐมนตรีของพระองค์ เว้นแต่ส่วนที่อาจจะแสดงเป็นนัยถึงความไม่เห็นด้วยกับสภาสามัญและประชาชน เขาเพิ่มเติมว่าอะไรคือความเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องมีเหตุผลเสมอไป⁴⁷

การปลดรัฐบาลเป็นผลจากการปลดนายกรัฐมนตรี ตามหลักการความรับผิดชอบร่วมกันที่รัฐมนตรีจะต้องลาออกไปด้วย อันที่จริงไม่มีคำจำกัดความการปลดรัฐบาลออก จนปี 1783 เมื่อ George III แทนที่ Fox และ Lord North โดย Pitt แต่การแทนที่ของ Lord Melbourne โดย Peel ในปี 1834 ก็ประหนึ่งเป็นการปลดออก สำหรับพรรคเสรีนิยมซึ่งมีเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญจะกลับมาใช้อำนาจเมื่อ Peel เริ่มสิ้นสุดลง ลำพังความเป็นจริงสองประการนี้ช่วยรักษา William IV จากสถานะที่อันตราย ประการแรก William IV ได้ปฏิบัติตามคำแนะนำโดยตัวของ Lord Melbourne ประการที่สอง การเปลี่ยนแปลงเป็นผลจาก the Reform Act ที่ยังไม่ได้ทำความเข้าใจอย่างเต็มที่ ตั้งแต่นั้นมา รัฐชิปต์ไม่เคยไล่รัฐมนตรีออก สิ่งเหล่านี้เห็นได้ชัดว่าเป็นการกระทำที่อธิบายการแทรกแซงในพรรคการเมือง⁴⁸

การปลดออกโดยรัฐชิปต์ไม่เหมาะสมกับพื้นฐานที่รัฐบาลเป็นที่นิยมของเสียงส่วนใหญ่ของประชาชน ประการแรก รัฐชิปต์ไม่ใช่ผู้พิพากษาโดยตำแหน่งที่มีคุณภาพดีไปกว่านายกรัฐมนตรี ผู้ซึ่งมีภาระหน้าที่กำหนดนโยบาย ประการที่สอง จำเป็นที่จะต้องมิวิสัยทัศน์กว้าง รัฐบาลได้รับเลือกตั้งมาสำหรับ 5 ปี และบางช่วงเวลาอาจจะใช้มาตรการที่ไม่นิยม แต่ก็หวังว่าจะได้รับความนิยมก่อนที่จะมีการเลือกตั้งอีกครั้ง ตัวอย่างเช่น รัฐบาล Mr. Macmillan มีบางอย่างที่ไม่เป็นที่นิยมช่วงปี 1957 แต่เมื่อเขาทำผลสำรวจในเดือนตุลาคม 1959 เขากลับมามีเสียงข้างมากเพิ่มขึ้น⁴⁹

⁴⁷ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.26.

⁴⁸ J. Harvey and L. Bather, *The British Constitution*, p.201.

⁴⁹ Ibid, p. 201.

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1834 ซึ่งเป็นปีที่นายพิล (Peel) เข้าดำรงตำแหน่งแทน ลอร์ด เมลเบิร์น (Lord Melbourne) แล้วไม่มีการถอดถอนรัฐบาลออกจากตำแหน่งอีกเลย แต่ถ้าหากพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งกฎหมายหรือทรงปฏิเสธไม่ยอมรับคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี จะมีความหมายเท่ากับถอดถอนรัฐบาล เพราะนายกรัฐมนตรีจะต้องลาออก พระราชอำนาจเช่นว่านั้น จะทรงนำขึ้นมาใช้หรือไม่เป็นปัญหาที่น่าคิด เจ้าหน้าที่และผู้รับงานเห็นว่าน่าจะกระทำได้ ถ้าหากรัฐบาลเข้าไปก้าวก่ายหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญเพื่อที่จะรักษาผลประโยชน์เฉพาะของพรรคตนเองไว้ ตัวอย่างเช่น รัฐบาลอาจพยายามหน่วงอยู่ในตำแหน่งนาน ๆ โดยการยืดอายุการดำรงตำแหน่งของรัฐสภา หรือจัดเขตเลือกตั้งให้เป็นประโยชน์กับตนเองอย่างที่เรียกว่า เจอร์รี่แมนเดอร์ (gerrymander) แต่จากการพิจารณาเงื่อนไขอันเข้มงวดดังได้กล่าวแล้วจะเห็นได้ว่าการถอดถอนรัฐบาลเป็นสิ่งที่เกือบจะเป็นไปไม่ได้เลย สมเด็จพระราชินีนาถจะต้องทรงแน่วพระทัยว่า (1) การกระทำของพระองค์จะไม่ถูกประชาชนมองว่าเป็นการเข้าข้างฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดในการต่อสู้ทางการเมืองระหว่างพรรค (2) การตัดสินใจพระทัยของพระองค์จะมีเหตุผลยืนยันในตอนเลือกตั้งที่ตามมา (3) ผู้นำที่ถูกถอดถอนต้องขาดความเชื่อถือมากจนไม่สามารถกลับคืนสู่อำนาจได้อีก ประการที่สามนับได้ว่า สิ่งที่ยากที่สุด แต่เป็นสิ่งจำเป็นที่สุดถ้าหากพระมหากษัตริย์ไม่ประสงค์ที่จะถูกแก้แค้นในภายหลัง⁵⁰

เหตุผลประการแรก ก็คือ ไม่มีเหตุอันควรพอเพียงที่จะกระทำเช่นนั้น และเท่าที่ผ่านมาก็เป็นที่น่าทึ่งกันว่าบรรดาอำนาจที่พระมหากษัตริย์ยังคงมีอยู่ได้ใช้ไปในทางที่สอดคล้องกับอธิปไตยทางการเมืองของประชาชนอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและการรับคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีเป็นต้น

เหตุผลประการที่ 2 ก็คือ พระราชอำนาจที่ใช้โดยที่ขงธรรมเนียมที่สุดจะก่อให้เกิดคุณประโยชน์หลายประการ ได้แก่

(1) เป็นการให้อำนาจอันชอบธรรมแก่รัฐบาลในอันที่จะดำเนินการในสภาวะการณ์ที่กฎหมายมิได้ครอบคลุมถึง กฎหมายนั้นไม่สามารถที่จะออกให้ครอบคลุมการดำเนินการทุก ๆ แง่มุมของรัฐบาลได้ โดยปราศจากการให้อำนาจอันกว้างขวางที่สุดแก่รัฐบาล ซึ่งไม่อาจคาดคิดได้ในยามปกติ

(2) ทำให้การบริหารงานของรัฐบาลดำเนินไปได้ โดยที่ไม่ต้องมีการอภิปรายกันในระหว่างพรรคการเมือง ดังนั้น พระมหากษัตริย์จึงเป็นผู้แต่งตั้งผู้อำนวยการสถานีวิทยุ บี.บี.ซี ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ทั้งนี้ เพื่อที่จะได้เป็นอิสระจากอิทธิพลทางการเมืองในระบบพรรค

⁵⁰ คณิน บุญสุวรรณ , การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 134.

(3) ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างช้า ๆ เมื่อเทียบกับการตัดแปลงซึ่งไม่เกิดขึ้นบ่อยนักและมักไม่ทันการซึ่งเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายเป็นผู้กำหนดการให้อำนาจตามปกติ ดังนั้นในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาเร็ว ๆ นี้ เราจะเห็นได้ว่าการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ให้แก่ผู้มีผลงานบริการทางด้านการส่งเสริมการค้าออกมากกว่าบริการทางการเมือง และไม่มีการสถาปนาขุนนางสืบตระกูลอีกต่อไป

(4) ในขณะที่บรรดากฎหมายนั้นมีบทกำหนดที่ค่อนข้างแน่นอนและควบคุมตายตัว แต่การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นยอมให้มีการใช้ดุลพินิจได้ตามสมควร ดังนั้นการพระราชทานอภัยโทษจึงเปิดโอกาสให้มีการทบทวนอีกครั้งหนึ่ง ภายนอกวงการและนอกเหนือการดำเนินงานของศาลยุติธรรม

(5) พระราชอำนาจให้ความเข้มแข็งแก่นายกรัฐมนตรี ทั้งนี้โดยการขู่ว่าจะยุบสภา อำนาจที่จะปลดรัฐมนตรีการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์เป็นเกียรติยศ ตลอดจนความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์

แต่ประการสุดท้าย ซึ่งอาจเป็นประการที่สำคัญที่สุดได้แก่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ช่วยธำรงรักษาสถาบันกษัตริย์ โดยกำหนดบทบาทแน่นอนให้ทรงแสดงในรัฐธรรมนูญในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีสมเด็จพระราชินีนาถอาจจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจของพระองค์เองแต่สำหรับเรื่องอื่น ๆ แล้ว พระองค์ทรงปฏิบัติตามคำแนะนำของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบ ถึงกระนั้น อำนาจต่าง ๆ ที่เป็นเอกสิทธิ์ของพระองค์ก็ยังคงใช้ในนามของพระองค์อยู่นั่นเอง ซึ่งอันนี้เป็นการเตือนสติบรรดารัฐมนตรีว่าจะต้องกราบบังคมทูลให้ทรงทราบถึงการตัดสินใจและข้อเสนอแนะทุกครั้งไป เอกสารที่สำคัญของทางราชการทุกฉบับจะต้องส่งไปถวายพระองค์ (โดยเสด็จอุปเตออร์ ถ้าหากพระองค์ประทับอยู่ในเรือยอร์ชท์หลวง) นายกรัฐมนตรีจะต้องเข้าเฝ้าเป็นประจำทุกสัปดาห์และรัฐมนตรีอื่น ๆ เข้าเฝ้าตามโอกาสอันควรอย่างเช่น ในการเสนอร่างงบประมาณรายจ่าย⁵¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในทางบริหาร พระมหากษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี โดยทรงแต่งตั้งจากหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ และถ้ารัฐบาลแพ้เสียงในสภาและนายกรัฐมนตรีลาออก พระองค์จะทรงแต่งตั้งผู้นำฝ่ายค้านเป็นนายกรัฐมนตรี ในกรณีที่ไม่มีพรรคใดได้เสียงข้างมากในสภา พระองค์อาจให้นายกรัฐมนตรีที่รักษาการอยู่เผชิญหน้ากับรัฐสภาต่อไป เท่ากับเป็นการให้รัฐสภาเป็นผู้ตัดสินว่าใครควรจะเป็น แต่ถ้านายกรัฐมนตรีผู้นั้นตัดสินใจลาออก ก็จะทรงขอคำแนะนำว่าใครควรจะเป็นแทน นอกจากนั้นพระองค์ยังมีหน้าที่แต่งตั้งรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ทรงมีส่วนเสนอแนะหรือพระราชทาน

⁵¹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 135-137.

พระบรมราชวินิจฉัยเกี่ยวกับนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี และจะเสด็จมาเยี่ยมมานาประเทศ เพื่อผลทางนโยบายต่างประเทศของคณะรัฐมนตรี⁵²

ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับคณะรัฐมนตรีมีทั้งความสัมพันธ์อย่างไม่เป็นทางการ ที่พระองค์ทรงมีพระราชอำนาจในฐานะที่ทรงผูกพันกับการบริหารประเทศมาเป็นระยะเวลานาน แต่การดำรงตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีอยู่ในช่วงเวลาหนึ่งเวลาใด พระองค์จึงทรงมีพระราชดำริสเตือน กระตุ้น และ สนับสนุน การดำเนินงานของรัฐมนตรี และถือเป็นหน้าที่ที่รัฐมนตรีจะต้องถวายรายงานการดำเนินงานให้ทรงทราบ นอกจากนี้พระราชอำนาจที่เป็นทางการที่ทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี การปลดรัฐมนตรี แต่ก็มีได้ใช้พระราชอำนาจนี้ตามพระราชดำริของพระองค์เอง เว้นแต่ในสถานการณ์พิเศษ

1.1.2.2. ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา

พระราชอำนาจที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่มีความสัมพันธ์กับรัฐสภานั้นสืบเนื่องมาจากประวัติศาสตร์อังกฤษนับตั้งแต่สมัยที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อเนื่องมาจนถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจสูงสุด แต่สถาบันพระมหากษัตริย์ก็ยังคงดำเนินต่อไป ในฐานะที่ทรงเป็นพระประมุขจึงยังคงมีธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับรัฐสภาซึ่งมีหน้าที่ในการตรากฎหมาย การกำหนดนโยบายที่สำคัญระหว่างประเทศรัฐสภาอังกฤษประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ พระมหากษัตริย์ สภาขุนนาง และสภาสามัญตามหลักกฎหมาย รัฐสภามีอำนาจสูงสุดในทางนิติบัญญัติ พระมหากษัตริย์เมื่อเสด็จประทับในรัฐสภา (the King or Queen in Parliament) ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจผ่านองค์กรทั้งสามซึ่งทำหน้าที่ร่วมกัน ยกเว้นบางกรณีที่ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากสภาขุนนางตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติ Parliamentary Act 1911 และ 1949

ในทางปฏิบัติบทบาทส่วนใหญ่ ของพระมหากษัตริย์ในรัฐสภาจะเป็นด้านพิธีการ เช่น พระมหากษัตริย์จะต้องเรียกประชุมรัฐสภาอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง นโยบายต่างประเทศของประเทศจะต้องกำหนดขึ้นตามเจตจำนงของรัฐสภา การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศก็ดีหรือการประกาศสงครามโดยมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาที่ดี เป็นการกระทำที่ไม่ชอบนอกจากนี้ พระมหากษัตริย์จะต้องทรงเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติทุกฉบับที่สภาทั้งสองได้อนุมัติแล้วหรือผ่านโดยสภาสามัญเพียงสภาเดียวตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติรัฐสภา ส่วนอำนาจทางกฎหมายและอำนาจหน้าที่ในทางการเมืองของสภาขุนนางในหลาย ๆ ด้านเป็นรองสภาสามัญ

⁵² จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ ,หน้า 26.

ด้วยเหตุนี้คำว่า Parliament และ House of Commons จึงเป็นคำที่ใช้แทนกันได้ ในทางปฏิบัติเกือบจะทุกกรณี (ยกเว้นในทางกฎหมาย) ตามความหมายที่เคร่งครัดรัฐสภาหมายถึง พระมหากษัตริย์ ขุนนางและสมาชิกสภาสามัญ แต่ความหมายตามความเป็นจริงนั้นจะหมายถึงแต่เฉพาะสภาสามัญ ทั้งนี้เนื่องจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติ ส่วนอำนาจของสภาขุนนางนั้นถูกจำกัดทั้งโดยตัวบทกฎหมายทั้งธรรมเนียมปฏิบัติ (statute and convention)⁵³

1) พระราชอำนาจในการตรากฎหมายและยับยั้งร่างกฎหมาย

ก) พระราชอำนาจในการตรากฎหมาย

การใช้อำนาจนิติบัญญัติ พระมหากษัตริย์คือส่วนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติกล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาจะไม่สามารถผ่านเป็นพระราชบัญญัติได้โดยมิได้รับความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์ แต่พระมหากษัตริย์จะให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติได้ก็ต่อเมื่อได้รับคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีเท่านั้น และจะไม่มีร่างพระราชบัญญัติใดที่มิได้รับความเห็นชอบจากสภาสามัญและสภาขุนนางจะถูกเสนอไปยังพระมหากษัตริย์เพื่อขอความเห็นชอบให้ทรงลงพระปรมาภิไธย กระบวนการให้ความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์จึงเป็นเพียง “กระบวนการพิธีการ” (formality) เท่านั้น และได้ปฏิบัติสืบทอดกันมาตั้งแต่รัชสมัยของพระนางเจ้าแอนน์ (Queen Anne) ถึงแม้ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่เคยปฏิเสธการให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายที่ผ่านกระบวนการมาโดยถูกต้องแล้วก็ตาม แต่นายกรัฐมนตรีอาจใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ในกรณีนี้เพื่อป้องกันมิให้รัฐสภากระทำในสิ่งที่ตนไม่เห็นด้วยโดยไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติที่คาดหมายว่าพระมหากษัตริย์อาจไม่เห็นชอบด้วยเพื่อป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารและพระมหากษัตริย์ อย่างไรก็ตามระบบพรรคเสียงข้างมากในสภาในปัจจุบันได้เชื่อมโยงฝ่ายบริหารเข้ากับเสียงข้างมากในสภาอย่างใกล้ชิด จึงทำให้โอกาสที่ฝ่ายบริหารจะขัดแย้งกับพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเกิดขึ้นได้น้อยมาก ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วจะได้รับความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์อย่างแน่นอน หรือจะกล่าวให้ชัดเจนก็คือกระบวนการให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแท้จริงแล้วขึ้นอยู่กับเจตจำนงของฝ่ายบริหาร⁵⁴

⁵³ R.M. Punnet, British Government and Politics (New York : W.W. Norton & Company. Inc., 1968) p.215. อ้างถึงใน สนธิ เชนันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 130.

⁵⁴ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 96.

บางทีทฤษฎีอัตรโนมัตมีความเหมาะสมอย่างเห็นได้ชัดที่สุดในความสัมพันธ์ในการให้การยอมรับในการตรากฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากสภาสามัญและสภาขุนนาง การลงพระปรมาภิไธยจะไม่ถูกปฏิเสธในสภาพแวดล้อมที่บางทีเป็นการใช้การโต้เถียงคัดค้านให้เป็นประโยชน์ จากธรรมเนียมปฏิบัติทั่วไป พระราชอำนาจที่ให้เป็นสิทธิพิเศษได้รับการดำเนินการตามคำแนะนำของรัฐมนตรี สรุปได้ว่าขึ้นอยู่กับหลักอันเป็นการปฏิเสธที่ชัดเจน ไม่มีพระราชบัญญัติใดที่ไม่ได้รับการลงพระปรมาภิไธยตั้งแต่ปี 1707 เมื่อพระราชินีแอนน์ (Queen Anne) ปฏิเสธที่จะยอมรับ Militia Bill เป็นธรรมดาที่คำแนะนำของรัฐมนตรีจะสอดคล้องกันและเสริมกำลังโดยที่ปรึกษาของพระราชินีในสภาที่ประชุม เป็นสถานการณ์ที่แน่นอนของชนิดที่ไม่ปกติของสองชนิดที่ไม่สอดคล้องต้องกัน พระราชบัญญัติของสมาชิกพลทหารอาจจะได้รับการเห็นชอบจากทั้งสองสภาและรัฐบาลไม่ปรารถนาที่จะให้เป็นกฎหมาย คำแนะนำของรัฐมนตรีควรจะยินยอมกระทำตามเมื่อไม่มีเสียงสนับสนุนเด่นชัดในสภาหรือไม่? ⁵⁵

ข) พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย

ในเรื่องพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายของพระมหากษัตริย์นั้น เกิดขึ้นมาจากหลักการในทางปฏิบัติที่ว่าร่างกฎหมายทุกฉบับจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อ พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วถ้าพระองค์ทรงเห็นชอบด้วยกับร่างกฎหมายนั้น พระองค์จะทรงอักษรไว้ในร่างกฎหมายว่า *Le Roi le vent* (The King desires it) สำหรับร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอแต่ใช้คำว่า *Soit fait comme it desire* (he that as it is desired) สำหรับร่างกฎหมายที่สมาชิกสภาเสนอ (Private bills) ส่วนการพระราชทานความยินยอมแก่ร่างกฎหมายการเงินกลับใช้คำว่า *le roi remercie ses bon sujels, accept lenr benevoleuce, et ainsi le vent* (The King thanks his good subject, accept) ถ้าหากพระองค์ทรงยับยั้งร่างกฎหมายฉบับนั้น พระองค์จะทรงอักษรว่า *Le roi saviscra* ซึ่งแปลว่าพระมหากษัตริย์จะทรงพิจารณากฎหมายนี้อีกครั้งหนึ่ง (The Kings will consider the matter) ⁵⁶

อย่างไรก็ตาม พระราชอำนาจในการยับยั้งมิได้มีการใช้อีกเลยหลังจากรัชสมัยของพระนางเจ้าแอนน์ ซึ่งอาจไม่มีข้อสงสัยว่าพระราชอำนาจส่วนนี้ของพระมหากษัตริย์ได้สิ้นสุดลงแล้ว ทั้งนี้เพราะไม่มีรัฐบาลใดจะยอมรับการยับยั้งกฎหมายที่รัฐบาลเสนอโดยไม่มีการลาออก และถ้าเกิดกรณีดังกล่าวขึ้นจริง พระมหากษัตริย์จะต้องรับผิดชอบในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเพื่อให้อำนาจรัฐบาลใหม่ และถ้าบุคคลที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งมิได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาสามัญเกินกึ่งหนึ่ง

⁵⁵ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.22.

⁵⁶ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ , *การปกครองประเทศอังกฤษ*, หน้า 63.

นายกรัฐมนตรีผู้นั้นจะต้องถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงประกาศยุบสภาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ เพื่อให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะเลือกคนและผู้สนับสนุนให้ได้รับเสียงข้างมากในสภาสามัญเพื่อบริหารประเทศต่อไปหรือไม่ และถ้าหากปรากฏว่าเขาประสบความสำเร็จในการเลือกตั้ง ทำให้ฝ่ายตรงกันข้ามได้เสียงข้างมาก สิ่งที่จะเกิดขึ้นคือ สมาชิกเสียงข้างมาก ในสภาสามัญอาจลงมติไม่ไว้วางใจพระมหากษัตริย์ได้ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการเสี่ยงต่อเสถียรภาพของสถาบันพระมหากษัตริย์จึงทำให้ไม่มีพระมหากษัตริย์พระองค์ใดจะใช้พระราชอำนาจดังกล่าวอีกเลย⁵⁷

แต่พรรคคอนเซอเวทิฟและนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สังกัดพรรคนี้ยังเชื่อกันว่า พระมหากษัตริย์ยังทรงมีพระอำนาจที่ยับยั้งกฎหมายได้ (active power of veto) พวกนี้ให้เหตุผลว่าพระองค์จะทรงใช้เมื่อใดก็ได้ในฐานะพระองค์ไม่ทรงใช้ก็เพราะว่า พระองค์ทรงปฏิบัติตามคำแนะนำและยินยอมของนายกรัฐมนตรีเท่านั้น เมื่อใดนายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระองค์ยับยั้งร่างกฎหมายฉบับใด พระองค์ก็ต้องทรงปฏิบัติตามนั้น ทั้งนี้พระองค์ไม่ต้องทรงรับผิดชอบในทางการเมืองเลย เพราะพระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) ความรับผิดชอบไปตกอยู่กับนายกรัฐมนตรีผู้ถวายคำแนะนำ แต่นักเขียนตำราส่วนมากเชื่อว่า พระมหากษัตริย์ไม่ทรงมีพระราชอำนาจในการยับยั้งกฎหมายเลย เพราะไม่ได้ทรงใช้มาตั้งแต่ปี 1707⁵⁸

อย่างไรก็ตาม สามารถสรุปได้หรือไม่ว่าพระราชอำนาจที่จะปฏิเสธการยอมรับการตรากฎหมายที่ปัจจุบันเป็นกฎหมายที่ล้ำสมัยแต่ยังไม่ประกาศยกเลิก? ภายใต้การเสนอการจัดการในทางรัฐธรรมนูญอาจจะเป็นเช่นนั้น แต่การเปลี่ยนแปลงในทางรัฐธรรมนูญที่เข้าใจได้อาจเกิดเป็นคำถามเกี่ยวกับการลงพระปรมาภิไธยขึ้นภายหลัง ตัวอย่างเช่น การสนับสนุน a Bill of Rights ที่ถูกแนะนำและป้องกันการต่อต้าน ยกเลิกโดยขบวนการทางนิติบัญญัติพิเศษที่เรียกร้องให้มีการลงคะแนนเป็นพิเศษในหนึ่งหรือทั้งสองสภา ในแนวทางอื่น การสนับสนุนการรื้อล้างรัฐธรรมนูญต้องการการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายโดยเฉพาะ ซึ่งได้รับการพิจารณาประชิดก่อนที่จะประกาศใช้เป็นกฎหมาย แม้ว่าข้อกำหนดชนิดนี้จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญเครือจักรภพบางฉบับ ความมีผลบังคับใน สหราชอาณาจักรเป็นสาระที่มีการโต้แย้ง ถ้าข้อกำหนดเสนอและมองข้ามสิ่งซึ่งตามมา โดยรัฐบาลที่เชื่อว่าไร้ประสิทธิภาพและไม่ปรารถนาที่จะถูกผูกมัด พระราชินีก็ต้องพิจารณาว่าจะปฏิเสธการลงนามตามคำแนะนำของรัฐบาล หากการตรากฎหมายไม่ได้รับการยอมรับจากกระบวนการที่กำหนดอย่างเห็นได้ชัด การตัดสินใจโดยศาลเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะตัดสินปล่อยจำพวกนี้ แต่บางทีเป็นการยากที่ยับยั้งขัดขวางกระบวนการรักษาเยียวยาทางศาลที่ควบคุมการเสนอ

⁵⁷ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 99.

⁵⁸ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 63-64.

พระราชบัญญัติที่ให้ยอมรับโดยไม่เหมาะสม เพราะฉะนั้นคำตัดสินในบางจุดอาจจะกระทำโดยพระราชินีและรัฐมนตรีที่ปรึกษาอย่างอิสระของพระองค์⁵⁹

2) พระราชอำนาจในการยุบสภา

การใช้พระราชอำนาจในการยุบสภาสามัญนั้น แม้จะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่เป็นพระราชอำนาจที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวจะกระทำได้อีกต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงได้รับคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีเท่านั้น การประกาศยุบสภาจะมีผลเมื่อได้ประกาศในสภากงมนตรี ดังนั้นการประกาศยุบสภาจึงต้องเชิญประมุของมนตรี โดยประธานองมนตรีเป็นผู้ดำเนินการ (Lord Privy Seal) คำประกาศยุบสภาจะต้องมอบให้ประธานสภาขุนนาง (Lord Chancellor) เป็นผู้ดำเนินการ⁶⁰

ในอดีตคำแนะนำในการประกาศยุบสภาอาจไม่จำเป็นต้องเสนอ โดยนายกรัฐมนตรีจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1918 ซึ่งเกิดความสับสนว่าผู้ใดควรมีอำนาจในการถวายคำแนะนำในการยุบสภา จึงได้เกิดข้อยุติและถือปฏิบัติกันต่อมาว่าเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีแต่เพียงผู้เดียวในการถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์ในการประกาศยุบสภา⁶¹ การยุบสภาเช่นนี้ว่าต้องทำเป็นพระบรมราชโองการที่คณะองมนตรีให้ความเห็นชอบด้วย เพื่อว่าสมเด็จพระราชินีนาถจะได้ไม่สามารถยุบสภาโดยลำพังพระองค์เองได้ พระองค์จะกระทำได้อีกแต่เพียงถอดถอนรัฐบาลเท่านั้น อำนาจที่จะถวายคำแนะนำให้ยุบสภา ทำให้ฐานะของนายกรัฐมนตรีในพรรคมั่นคงแข็งแรงขึ้นอย่างไรก็ดี ปัญหาที่ว่าพระมหากษัตริย์จำเป็นต้องยอมตามที่เสนอทุกครั้งไปหรือไม่ ในทางปฏิบัติแล้ว แม้ว่าพระองค์จะไม่ทรงเห็นด้วยแต่ก็เป็นการยากที่พระองค์จะทรงปฏิเสธได้และเมื่อได้กระทำตามที่ถวายคำแนะนำไปแล้ว ก็ถือได้ว่าพระองค์ทรงปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมดในฐานะผู้ถวายคำแนะนำและผู้รับสนองพระบรมราชโองการ พระองค์อาจปฏิเสธก็ได้หากพระองค์ทรงเห็นว่า (1) การเลือกตั้งทั่วไปในเวลานั้นจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของชาติ (2) รัฐบาลที่มีอยู่ยังสามารถดำเนินงานต่อไปได้ (3) รัฐบาลที่มีอยู่สามารถให้รัฐบาลที่มีประสิทธิภาพได้ โดยให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาลแทน อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขต่าง ๆ ดังได้กล่าวแล้วมักจะไม่ค่อยเกิดขึ้น หรือเห็นได้ชัดพอเพียงที่สมเด็จพระราชินีนาถจะทรงเสียดพระองค์ โดยการยับยั้งนายกรัฐมนตรีเช่นนั้น⁶²

⁵⁹ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.22.

⁶⁰ สมบัติ ชำรงชัยวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 100.

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 100.

⁶² คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 133-134.

ข้อสงสัยบางประการปรากฏขึ้นว่ารัฐาธิปัตย์ผูกพันหรือไม่ที่ยอมรับคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภา ซึ่งเห็นได้ชัดจากการโต้ตอบจดหมายระหว่างพระราชินีวิกตอเรีย และรัฐมนตรีต่าง ๆ ซึ่งทั้งสองฝ่ายพิจารณาว่าพระราชินีมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะปฏิเสธในสถานการณ์ที่แน่นอน การสืบทอดราชบัลลังก์ก็เป็นเช่นเดียวกัน (ตั้งแต่สถานการณ์ที่จำเป็นไม่เคยปรากฏเป็นรูปร่าง) แต่ไม่มีการยุบสภาที่ปฏิเสธโดยรัฐาธิปัตย์ในศตวรรษนี้⁶³ เพราะในทางปฏิบัติตลอดมาพระมหากษัตริย์ไม่เคยปฏิเสธคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีในการประกาศยุบสภา เพราะการปฏิเสธคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีในการประกาศยุบสภาอาจส่งผลกระทบต่อรัฐบาลในการบริหารประเทศ และอาจก่อให้เกิดความไร้เสถียรภาพทางการเมืองได้⁶⁴ การยุบสภารวมถึงทั้งระเบียบคณะที่ปรึกษาที่ทำงานที่สภาองคมนตรี ที่ประชุมร่วมกับประธานวุฒิสภา และประกาศที่ Lord Chancellor ที่ผนวกกับตราประทับกษัตริย์ ยอมรับความรับผิดชอบคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและถ้าคำแนะนำไม่ได้ปรากฏ รัฐาธิปัตย์ทำได้เพียงใช้วิธีไล่ออก นายกรัฐมนตรีอาจปรึกษากับคณะรัฐมนตรีร่วมกัน แต่ก็ไม่ได้ผูกมัดว่าจะต้องทำตามนั้น⁶⁵

3) พระราชอำนาจในการพระราชทานเกียรติยศและการแต่งตั้งขุนนาง

ความดำรงอยู่ของ the Political Honours Scrutiny Committee เสนอว่าคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีอยู่บนการยืนยันในความมีเกียรติ ไม่จำเป็นต้องได้รับการยอมรับโดยอัตโนมัติและพระราชินีเป็นกรณีที่มีความเหมาะสมที่ดำเนินการการตัดสินใจอย่างอิสระบนพื้นฐานของคำแนะนำของคณะกรรมการ รายงานคณะกรรมการ จุดหมายแรกที่นายกรัฐมนตรี (ตั้งแต่ 1979 ทั้งหมดมอบให้เพื่อเป็นเกียรติ) ถ้านายกรัฐมนตรียื่นกรณีกับการเสนอแนะแม้ว่าเป็นรายงานที่เป็นปฏิบัติ ความเห็นของคณะกรรมการจะได้รายงานต่อพระราชินี จึงพอเข้าใจได้ว่าพระองค์สามารถได้รับทราบรายงาน หากจำเป็นก็จะนำความเห็นของพระองค์ที่เหมาะสมไปยังคำแนะนำแก่นายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งเล็กน้อยบางครั้งทำให้พระราชินีทรงไตร่ตรองบุคคลด้วยความสุขุมรอบคอบ พระบรมราชโองการวิกตอเรียก็เป็นตัวอย่างหนึ่งและความเป็นสมาชิกก็ได้เป็นเกียรติโดยพระราชินีตามผู้ปกครองโรดิเซีย เซอร์ ฮัมฟรีย์ กิบบส์ (Sir Humphrey Gibbs) หลังการกบฏของรัฐมนตรีทางตอนใต้ของโรดิเซียในปี 1965⁶⁶

⁶³ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.202.

⁶⁴ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 100.

⁶⁵ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.202.

⁶⁶ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p.23.

สถานที่ที่มีความมิเกียรติคุณมอบให้ตามคำแนะนำ คำแนะนำก็เกิดขึ้นซึ่งเป็นของนายกรัฐมนตรีมากกว่ารัฐมนตรีร่วมกัน เกียรติยศไม่ใช่เรื่องธรรมดาในการโต้แย้งของคณะรัฐมนตรีและปรากฏในทางปฏิบัติที่ไม่มีความรับผิดชอบของรัฐมนตรี โดยเหตุที่คำถามของรัฐสภาในเรื่องเกียรติยศพิเศษเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้ อย่างไรก็ตามการแต่งตั้งขุนนางอาจสันนิษฐานถึงความสำคัญเป็นพิเศษเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเมื่อเวลาไม่นานมานี้ ในเมื่อเป็นรูปเป็นร่างและอาจยังเป็นรูปร่างในการโต้แย้งเกี่ยวกับสถานะของสภาที่สองและอำนาจในการยึดเวลาของสภาขุนนางบางช่วงของพรรคแรงงานได้แต่งตั้งขุนนางจำนวนมากหลังจากรัฐบาลพรรคแรงงานได้รับตำแหน่งเป็นนโยบายที่ประสงค์ที่เห็นได้ จุดมุ่งหมายอยู่ที่ความมั่นคงปลอดภัยทั้งเสียงส่วนใหญ่ที่ตามมาในทั้งสภาทั้งสอง และความสะดวกในการยกเลิกสภาขุนนางโดยตัวของมันเอง ตัวอย่างเช่น นายเวดวูด เบนน์ (Mr Wedgwood Benn) เสนอข้อคิดเห็นว่ารัฐบาลพรรคแรงงานควรดำเนินการปลดขุนนาง 1,000 คนที่ออกเสียงในสภาออก เช่นแนวทางการกระทำที่เรียกร้องการปฏิบัติการณ์ร่วมกันกับพระราชินี พระองค์ถูกผูกมัดการกระทำตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีพรรคแรงงานและเห็นด้วยที่จะปลดขุนนางจำนวนมากเพื่อจำเป็นในการรักษาความมั่นคงของเสียงส่วนใหญ่? ข้อพิจารณาสองประการเสนอว่าการยินยอมโดยอัตโนมัติไม่ถูกเรียกร้อง อาจจะสนับสนุนในตอนแรกถึงขั้นตอนความสำคัญขั้นมูลฐานในทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่พระราชินียืนยันที่จะจัดให้มีโดยเฉพาะต่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งอย่างใดอย่างหนึ่งโดยการลงประชามติหรือการเลือกตั้งทั่วไป อย่างไรก็ตามการสนับสนุนให้มีการเลิกล้มขุนนางเป็นเรื่องที่พรรคแรงงานได้แถลงการณ์การเลือกตั้งครั้งสุดท้ายพระราชินีอาจไม่เห็นว่าเป็นเรื่องไม่ใหญ่นักในการปลดขุนนางจำนวนมากซึ่งเป็นวิถีทางตามรัฐธรรมนูญที่ไม่สมควรในการทำให้เกิดการปกครองที่ประกอบด้วยสภาเดียว⁶⁷

ในรัชสมัยของพระเจ้าจอร์จที่สาม พระองค์ทรงประกาศว่าจะไม่แต่งตั้งใครให้เข้าเป็นสมาชิกสภาสูงถ้าหากบุคคลนั้น คัดค้านร่างกฎหมายฉบับที่พระองค์สนับสนุน ในปัจจุบันนี้ไม่มีโอกาสที่พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำเช่นนี้ได้อีกแล้ว เพราะสภาสามัญได้แสดงออกซึ่งความเด็ดเดี่ยวในการต่อสู้กับพระเจ้าจอร์จที่สามโดยลงมติ ในปี 1783 ว่า "การที่พระมหากษัตริย์ทรงออกความคิดเห็นหรือแสวงออกความคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือกิจการใดอื่น ๆ ของรัฐสภาสถานี้ถือว่าเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง (high crime) เป็นการเสื่อมเสียพระราชเกียรติยศของกษัตริย์ เป็นการละเมิดสิทธิและอำนาจของรัฐสภา และเป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญ" เมื่อปี 1780 สภาสามัญก็เคยลงมติที่สำคัญที่ชื่อว่า Dunning Resolution ซึ่งมี

⁶⁷ Ibid , p.25.

ใจความว่า "พระราชอิทธิพลของกษัตริย์ได้เพิ่มพูนขึ้นมากแล้วในอดีต กำลังเพิ่มพูนขึ้นอีกเพราะฉะนั้นเราควรจะทำกัณฑ์พระราชอิทธิพลกันเสียที"⁶⁸

นับแต่มีความเป็นไปได้ที่จะเลิกสมัชชาขุนนางโดยการตรากฎหมาย หากขุนนางใช้สิทธิยับยั้ง (veto) ของตนที่มีอยู่ ตามกลไกที่ตั้งขึ้นตาม the Parliament Act of 1911 and 1949 เป็นอำนาจเท่าที่จะทำได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าสิ่งที่พระราชินีดำเนินการปลดขุนนางก่อนที่จะผ่านพระราชบัญญัติรัฐสภา 1911 เป็นการเยียวยาที่จำเป็นในเวลาที่เกิดผลต่อธรรมเนียมปฏิบัติถึงความเต็มใจของสภาสามัญเมื่อได้รับการสนับสนุนอย่างชัดเจนจากประชาชนที่เป็นการทั่วไปก่อนปี 1911 สภาทั้งสองมีอำนาจร่วมกันโดยชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นไปได้ที่หนึ่งเฉยต่อการแต่งตั้งขุนนางอย่างเร่งด่วนเป็นวิธีการที่เป็นไปได้อย่างเดียวต่อการตกลงใจ แต่การผ่านพระราชบัญญัติรัฐสภานำมาซึ่งกระบวนการที่รัฐธรรมนูญหยุดนิ่งอยู่กับที่ พระราชบัญญัติที่สภาสูงไม่เห็นด้วย เช่น พระราชบัญญัติให้เลิกสมัชชาสูง อาจจะผ่านสภาสามัญอีกครั้งและอยู่ภายในบทบัญญัติพระราชบัญญัติรัฐสภาที่กษัตริย์ทรงยอมรับให้ยึดเวลาออกไปหนึ่งปีหลังจากการอ่านต้นร่างครั้งที่สองในสภาสามัญ การปฏิเสธของกษัตริย์ที่อยู่บนพื้นฐานการกระทำตามคำแนะนำของรัฐบาลให้พิจารณาขุนนางแน่นอนว่าจะต้องทรงป้องกันการเลิกสมัชชาขุนนางจากที่ได้รับในช่วงเวลาการดำรงตำแหน่งของรัฐบาลพรรคแรงงานในปีสุดท้าย ผู้ว่าต่างของสภาขุนนางไม่มีข้อโต้แย้งสงสัย ใดๆก็ตามข้อเสนอการเลิกสมัชชาในช่วงเวลาแรกเหมาะสมที่จะยึดเวลาจนกระทั่งการเลือกตั้งครั้งต่อไปจะเอาชนะตามการแถลงการณ์ นั่นก็รวมถึงการเลิกสมัชชาสภาขุนนางด้วย⁶⁹

ในปี 1832 ลอร์ด เกรย์ (Lord Grey) ได้อภิปรายในสภาขุนนางอังกฤษว่าพระมหากษัตริย์ควรจะต้องแต่งตั้งขุนนางขึ้นใหม่ เพื่อที่จะให้คณะรัฐมนตรีมีเสียงข้างมากในสภา ซึ่งในขณะนั้นกำลังพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ Great Reform Bill ซึ่งสภาสามัญอนุมัติแล้ว แต่สภาขุนนางยับยั้งร่างกฎหมายนั้นในเรื่องนี้ พระมหากษัตริย์ไม่ทรงปฏิบัติตามเพราะว่า จะทำให้พระองค์ทรงเล่นการเมืองและรับผิดชอบในการเมือง อันจะทำให้พระราชฐานะตกอยู่ในความไม่แน่นอนของการเมือง อีกประการหนึ่งสภาสามัญเป็นองค์กรสูงสุด และเป็นผู้แทนของประชาชนจึงควรจะมีสิทธิเด็ดขาดในเรื่องว่าจะควรผ่านหรือไม่ผ่านกฎหมายฉบับนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับว่าปวงชนทรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตย⁷⁰

⁶⁸ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 61.

⁶⁹ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.24-25.

⁷⁰ เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 33.

ความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา นอกเหนือจากงานด้านพิธีการ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจสำคัญในกระบวนการตรากฎหมาย ตลอดจนพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่าพระองค์จะไม่ใช้อำนาจนี้ เช่น ในการลงพระปรมาภิไธยผ่านร่างกฎหมายซึ่งได้ผ่านการพิจารณาจากสภาทั้งสองแล้ว เพื่อให้ร่างกฎหมายนั้นประกาศใช้บังคับอย่างสมบูรณ์ และพระมหากษัตริย์ยังเป็นที่มาซึ่งเกียรติยศต่าง ๆ ในการแต่งตั้งขุนนาง ซึ่งมีความสำคัญในการเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในสภาขุนนาง เป็นต้น

1.2. การนำมาใช้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและสภาทั้งสอง

คณะรัฐมนตรีเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของระบบรัฐธรรมนูญอังกฤษ เป็นอำนาจการควบคุมที่สูงสุด รวมอำนาจหลายประเภทที่ได้ปฏิบัติโดยองค์กรที่แตกต่างกันจำนวนมาก ทำให้ระบบรัฐบาลอังกฤษมีความเป็นเอกภาพ ในคณะรัฐมนตรีนายกรัฐมนตรีเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากที่สุด เป็นบุคคลที่จัดตั้งคณะรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าการประชุมคณะรัฐมนตรี มีความสัมพันธ์ระหว่างพระราชินีกับคณะรัฐมนตรี และความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา และความร่วมมือของกลไกของรัฐบาลในการควบคุมคณะรัฐมนตรี⁷¹ ความสัมพันธ์ประสานกันระหว่างองค์กรทางการเมืองนั้น ไม่ได้อาศัยแต่เพียงบทบัญญัติตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่ยังมีความสัมพันธ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติอีกด้วย

1.2.1. ความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีวิวัฒนาการมาจากสภาองคมนตรี ซึ่งพระมหากษัตริย์แต่งตั้งขึ้นเพื่อช่วยเหลือในการปกครองประเทศ แต่ต่อมาสภาองคมนตรีมีขนาดใหญ่ขึ้น ไม่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ ในสมัยพระนางแอนน์ จึงได้เรียกประชุมเฉพาะสมาชิกบางคนที่พระนางไว้วางพระทัย และเนื่องจากการประชุมกระทำในห้องเล็ก ๆ ส่วนพระองค์จึงเรียกกลุ่มบุคคลนี้ว่า "Cabinet"⁷²

ขนบธรรมเนียมประเพณีทางการเมืองของอังกฤษ ได้กำหนดไว้ว่ารัฐมนตรีจะต้องมีฐานะเป็นสมาชิกในคณะองคมนตรีหรือสภาองคมนตรี (Privy Council) ด้วยแต่ผู้ที่มิใช่เป็นรัฐมนตรีจะไม่ได้รับสิทธินี้คณะรัฐมนตรีแม้จะอยู่ในสภาองคมนตรีก็ตาม มิได้ทำหน้าที่เป็นองคมนตรีของ

⁷¹ Jennings, *Cabinet Government* , p.1.

⁷² วิทยา ภาศิริกุลกิจ , *ระบบการเมืองอังกฤษ*, หน้า 98.

พระมหากษัตริย์แต่อย่างใดคงเป็นไปตามประเพณีเท่านั้น ที่ให้คณะรัฐมนตรีสังกัดอยู่ในสภาองคมนตรี ทั้งนี้เพื่อความถูกต้องและชอบธรรม "คณะรัฐมนตรี" (Cabinet) มิได้เป็นสถาบันที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย จึงไม่มีฐานะหรือความชอบธรรมใด ๆ โดยตัวเอง หากจะปฏิบัติตามไปในนามของคณะรัฐมนตรีแล้ว ก็จะไม่ผลในทางปฏิบัติเนื่องจากในสายตาของกฎหมายไม่ถือว่า คณะรัฐมนตรีดำรงกรรูปอยู่ การที่คณะรัฐมนตรีเป็นส่วนหนึ่งของสภาองคมนตรี ก็เพื่อจะปฏิบัติการในนามของสภาองคมนตรี สภาองคมนตรีเป็นสถาบันที่ชอบด้วยกฎหมายและชนบประเพณีทางการเมืองมาแต่โบราณกาล เป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักของชาติในทางการเมืองการปกครองเป็นสภาที่ศักดิ์สิทธิ์ วัฒนาการควบคู่มาับสถาบันการเมืองอื่น ๆ ฉะนั้น เมื่อคณะรัฐมนตรีได้ปฏิบัติการใด ๆ ไปในฐานะที่เป็นสภาองคมนตรี สิ่งทีปฏิบัติไปก็ย่อมชอบด้วยกฎหมายด้วย⁷³

ต่อมาในตอนปลายของศตวรรษที่ 17 พระมหากษัตริย์ได้ทำงานกับกลุ่มที่ได้คัดเลือกไว้ซึ่งถูกอ้างถึงเสมอว่าเป็น "คณะรัฐมนตรี" (Cabinet) ซึ่งประกอบด้วยรัฐมนตรีชั้นนำกลุ่มหนึ่งเป็นคณะที่ปรึกษา หรือ Cabinet ในสมัยนั้นไม่สู้จะมีอำนาจมากนักการตัดสินใจใด ๆ ยังขึ้นอยู่กับกษัตริย์ จนกระทั่งในสมัยพระเจ้าจอร์จที่ 1 พระองค์ไม่เข้าใจภาษาอังกฤษ จึงไม่ได้มานั่งเป็นประธานในการประชุมอำนาจหน้าที่ทั้งหมดจึงตกไปอยู่กับผู้นำของคณะที่ปรึกษา ได้ก่อให้เกิดผลสองประการคือ ประการแรก เนื่องจากต้องมีผู้หนึ่งผู้ใดเป็นประธานในที่ประชุม จึงทำให้มีรัฐมนตรีที่เป็นผู้นำคนหนึ่งเกิดขึ้น ซึ่งในขณะนั้นได้แก่ Sir Robert Walpole และถือกันว่าเป็นนายกรัฐมนตรีคนแรกของอังกฤษ ประการที่สอง เนื่องจากคณะรัฐมนตรีทั้งชุดยังคงมีขนาดใหญ่โตเกินไปที่จะรักษาความลับหรือบรรลุความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ในการตัดสินใจได้จึงเกิดกลุ่มย่อยขึ้น โดยเป็นรัฐมนตรีชั้นนำหลายคน ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมากษัตริย์ก็ไม่เคยเข้าประชุมคณะรัฐมนตรีอีกเลย ทำการปรึกษาหารือขึ้นเริ่มแรกกับบรรดาระัฐมนตรีคนสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวข้องและคำวินิจฉัยตัดสินใจที่ได้มาจะเสนอให้คณะรัฐมนตรีเพื่อการรับรอง จากกลุ่มภายในของรัฐมนตรีดังได้กล่าวนี้ ระบบคณะรัฐมนตรีสมัยใหม่ของเราที่พัฒนาขึ้น แต่กษัตริย์ยังคงเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนคณะรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีก็บริหารประเทศด้วยความรับผิดชอบต่อกษัตริย์ ภายหลังการขยายสิทธิเลือกตั้งในปี 1832 ระบบพรรคการเมืองมีความมั่นคงขึ้นและมีการจัดองค์การพรรคเป็นระเบียบวินัยดีทำให้คณะรัฐมนตรีสามารถควบคุมการดำเนินงานของรัฐสภาไว้ได้ และคณะรัฐมนตรีได้เปลี่ยนความรับผิดชอบต่อกษัตริย์มาเป็นความรับผิดชอบต่อรัฐสภา แม้ว่ากษัตริย์ยังคงรักษาอำนาจในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีอยู่จนปัจจุบันก็ตาม พระองค์ก็ถูกผูกมัดให้ต้องแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้า

⁷³ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์, หน้า 39.

พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ หรือผู้ที่สามารถควบคุมเสียงสนับสนุนฝ่ายข้างมากของสภาสามัญ⁷⁴

1.2.1.1. หลักการพื้นฐาน : หลักความรับผิดชอบ

ความรับผิดชอบร่วมกันเกิดขึ้นจากหลักการปฏิบัติ 2 หลักในขณะเดียวกันในการปกครองอังกฤษ หลักปฏิบัติที่หนึ่งก็คือ การนำของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Leadership) หลักปฏิบัติที่สองคือการที่รัฐสภาควบคุม (Parliamentary checks) การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี⁷⁵

ไฟเนอร์ (Finer, 1956) ได้ให้เหตุผลสำคัญในการแสดงความรับผิดชอบของรัฐมนตรีอาจจำแนกได้ดังนี้⁷⁶

ประการแรก ความจงรักภักดีต่อพรรคการเมือง (Party Loyalty) เนื่องจากเสียงส่วนมากในพรรคต้องการขับไล่รัฐมนตรีที่ไม่มีความสามารถ และไม่เป็นที่นิยมของประชาชน เนื่องจากสร้างความเสื่อมเสียให้พรรค

ประการที่สอง ความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) คณะรัฐมนตรีต้องมีความรับผิดชอบต่อนโยบายร่วมกันและการลาออกของรัฐมนตรี มีผลต่อภาพพจน์ของรัฐมนตรี เพราะเป็นการสะท้อนให้เห็นภาพของรัฐบาลด้วยว่าเป็นอย่างไร ถ้ารัฐมนตรีมีภาพพจน์ไม่ดี ทำให้รัฐบาลมีภาพพจน์ที่แย่ไปด้วย ซึ่งจะส่งผลให้ฝ่ายค้านได้เปรียบทางการเมืองในการโจมตีรัฐบาล

1) หลักความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของรัฐมนตรี

ความรับผิดชอบส่วนบุคคลของรัฐมนตรีนั้นมี 2 ความหมาย แต่ละความหมายต่างก็สัมพันธ์กัน ความหมายแรกต้องรับผิดชอบต่อกฎหมาย ซึ่งหมายความว่ารัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการต่าง ๆ ของกระทรวงตามกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ Crown Proceedings Act, 1947 และสามารถนำความดังกล่าวขึ้นพิจารณาในศาลธรรมดานอกเหนือจากขอบเขตนี้เป็นการรับผิดชอบทางการเมือง⁷⁷

⁷⁴ คลินิ บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 161. และ วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ , หน้า 98.

⁷⁵ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์ , การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 129.

⁷⁶ สมบัติ ชำรงชัยวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 78.

⁷⁷ สนธิ เตชานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 189.

ความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของรัฐมนตรี เป็นความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ในแต่ละกระทรวงที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน โดยรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในการดูแลนโยบายของกระทรวงและรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อคณะรัฐมนตรี ที่มีอำนาจให้รัฐมนตรีลาออกในกรณีที่ละเลยต่อหน้าที่ หรือดำเนินนโยบายผิดพลาด รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกระทรวงจะเป็นผู้นำร่างพระราชบัญญัติเข้าพิจารณาในสภาสามัญ เป็นผู้ตอบคำถามในสภา การดำเนินงานในหน้าที่ของกระทรวง รวมทั้งความประพฤตินส่วนตัวหากส่งผลกระทบต่องานในหน้าที่ทางราชการ โดยทั่วไปแล้วจะต้องขึ้นกับนายกรัฐมนตรีและรัฐสภา เซอร์ ไอเวอร์ เจนนิงส์ (Sir Ivor Jennings) ได้ให้บรรดาธิบายความรับผิดชอบของรัฐมนตรีในทัศนะที่เคร่งครัดว่า รัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินงานในกระทรวงของตนทุกประการ ไม่ว่าเรื่องนั้น รัฐมนตรีจะรู้เห็นมาก่อนหรือไม่⁷⁸

ความรับผิดชอบเฉพาะตัวของรัฐมนตรี (Ministerial Responsibility) ในปัจจุบันเป็นที่ประจักษ์ชัดแจ้งว่า เป็นไปไม่ได้ที่จะนำนโยบายหรือปัญหาทุกเรื่องเข้ามาสู่คณะรัฐมนตรี เพราะคณะรัฐมนตรีไม่มีเวลามากนัก การตัดสินใจส่วนใหญ่จึงกระทำโดยรัฐมนตรีเป็นส่วนตัว เรื่องที่จะเข้ามาสู่คณะรัฐมนตรีจะต้องเป็นเรื่องที่ขัดแย้งทางการเมือง หรืออย่างน้อยเป็นเรื่องที่ไม่สามารถตกลงกันได้ระหว่างกระทรวงต่าง ๆ ฉะนั้น ความคิดในเรื่องความรับผิดชอบร่วมกันจึงมีข้อยกเว้น รัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบเฉพาะตัวในการตัดสินใจของตน เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะเห็นชอบและยอมรับเอาเป็นมติของคณะรัฐมนตรี เช่น กรณี Sir William Joyson Hichs ประกาศความตั้งใจจะให้สตรีมีสิทธิเลือกตั้งเท่าเทียมกับผู้ชายในปี 1928 คณะรัฐมนตรีเห็นชอบด้วยและปฏิบัติในเรื่องนี้ เหมือนกับเป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีเอง ตรงข้ามถ้าเรื่องใดเป็นการกระทำขัดต่อสาธารณสมบัติ รับผิดชอบเฉพาะตัวโดยการลาออก เพื่อรักษาสถานภาพของคณะรัฐมนตรี เช่น ในปี 1935 Sir Samuel Hoare ไปตกลงกับรัฐมนตรีต่างประเทศของฝรั่งเศสถึงแผนการแบ่งอภิสซีเนีย (เรียกกันว่า Hoare-Laval Plan) ทั้ง ๆ ที่คณะรัฐมนตรีก็รู้และอนุมัติ แต่เมื่อข่าวนี้รั่วไปถึงหูประชาชนและเกิดปฏิกิริยารุนแรง คณะรัฐมนตรีปฏิเสธไม่รับรู้ข้อตกลงนั้น Sir Hoare จึงตกเป็นแพะรับบาป (Scapegoat) จะเห็นได้ว่าการตัดสินใจของรัฐบาลในการสนับสนุนรัฐมนตรีของตนไม่ได้ขึ้นอยู่กับผลที่อาจจะเกิดขึ้นในรัฐสภา เพราะระบบสองพรรคของอังกฤษนั้น รัฐบาลมีเสียงข้างมากในสภาอยู่แล้ว แต่ขึ้นอยู่กับ การสนับสนุนของประชาชน⁷⁹

⁷⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 189.

⁷⁹ วิทยา นาภาศิริกุลกิจ, ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 111.

2) หลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี

ในอดีตนั้น ความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี (Collective Responsibility of the Cabinet) ประเทศอังกฤษถือว่ารัฐมนตรีเป็นข้าราชการบริหารของพระมหากษัตริย์ที่จะต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะตัว หากกิจการนั้นเป็นกิจการที่อยู่ในวงงานของหน่วยงานใด รัฐมนตรีประจำหน่วยงานนั้นก็ต้องรับผิดชอบ หลักการรับผิดชอบร่วมกันเริ่มพัฒนาครั้งแรกในศตวรรษที่ 18 ที่ต้องการใช้เป็นเครื่องมือถ่วงดุลอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพราะรัฐมนตรีอยู่ตัวคนเดียวที่ง่ายต่อการเข้าแทรกแซงของพระมหากษัตริย์ ที่กษัตริย์อาจให้พระราชอำนาจปลดรัฐมนตรีที่ไม่เห็นด้วยกับพระองค์ แต่หากรัฐมนตรีร่วมมือกันเป็นคณะรัฐมนตรีก็จะทำให้การเข้าครอบงำคณะรัฐมนตรีของกษัตริย์เป็นไปได้ยากกว่า

ความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) ธรรมเนียมปฏิบัติของความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี มี 2 ลักษณะ⁸⁰ คือ

ประการแรก คณะรัฐมนตรีลาออก ถ้ารัฐบาลได้รับคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจในสภาสามัญ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นอย่างชัดเจนในปี ค.ศ. 1803 เนื่องจากรัฐบาลลาออกหลังจากพ่ายแพ้คะแนนเสียงในเรื่องการปฏิรูปรัฐสภา ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการปฏิรูปการเมืองขึ้นในปี ค.ศ. 1832 (Reform Act, 1832) ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ รัฐบาลอยู่ได้โดยการสนับสนุนของสภาสามัญ

ประการที่สอง รัฐมนตรีทุกคนต้องยอมรับและสนับสนุนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี ถ้าไม่เห็นด้วยก็ต้องเก็บความเห็นไว้เป็นการส่วนตัว แต่ถ้าเลือกที่จะแสดงความไม่เห็นด้วยรัฐมนตรีผู้นั้นควรที่จะลาออก สภาสามัญอาจมีอิทธิพลในการลาออกของรัฐบาลโดยการตำหนิรัฐบาลหรือกรณีที่รัฐบาลแพ้คะแนนเสียงในสภาสามัญจากการให้ความเห็นชอบพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี เป็นต้น

หลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีนี้ อดีตนายกรัฐมนตรียุโรปผู้หนึ่งกล่าวไว้ว่า "ทุกเรื่องที่ผ่านมาสู่คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีในคณะแต่ละคน (เว้นแต่จะลาออก) จะต้องรับผิดชอบอย่างสมบูรณ์ และไม่มีสิทธิ์จะกล่าวในภายหลังว่าเขาเห็นชอบด้วยในเรื่องหนึ่ง แต่อีกเรื่องหนึ่งเขาถูกพรรคพวกชักชวน" กล่าวง่าย ๆ ว่า คณะรัฐมนตรีอังกฤษถือว่าเป็นคณะผู้นำร่วม (Collective Leadership) การกระทำของรัฐมนตรีคนหนึ่งถือว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีทั้งหมด คณะรัฐมนตรีจะอยู่หรือล้มด้วยกัน หลักการนี้ไม่ได้หมายความว่า การลงมติของคณะรัฐมนตรี

⁸⁰ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, การเมืองอังกฤษ, หน้า 78-79.

จะต้องเป็นเอกฉันท์ เพียงแต่ใช้เสียงข้างมากและมตินี้ถือว่าเป็นมติของทั้งคณะ รัฐมนตรีคนใดไม่เห็นด้วยก็ลาออกไป เช่น Sir Anthony Eden ลาออกจากคณะรัฐบาลของ Neville Chamberlain ในปี 1988 เพราะไม่เห็นด้วยกับมติของคณะรัฐมนตรีที่ให้เอาใจอิตาลีแต่ถ้าเขาไม่ลาออกเขาจะต้องไม่ค้านมติของคณะรัฐมนตรีในที่สาธารณะ และจะต้องสนับสนุนมตินั้นในรัฐสภา ในพรรคและในที่สาธารณะจะไม่กล่าวเป็นเชิงโฆษณาตนเองว่า แม้คณะรัฐมนตรีจะมีมติอย่างนั้นแต่ตนเองไม่ชอบด้วยและได้คัดค้านในการประชุมคณะรัฐมนตรีแล้วไม่ได้⁸¹

เรจินัลด์ มอดลิง (Riginald Maudling) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย สรุปฐานะความรับผิดชอบของรัฐมนตรีซึ่งเป็นที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปในปัจจุบันว่า “รัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบไม่เพียงแต่เฉพาะการตัดสินใจของตนเอง แต่จะต้องตรวจตราด้วยว่าในกระทรวง ที่ตนรับผิดชอบจะต้องมีระบบการรายงานกรณีสำคัญ ๆ ซึ่งบังเกิดขึ้นบรรดารัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบในการที่จะทำให้อันตรายอันเกิดจากความผิดพลาดให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ และที่แน่ชัดก็คือจะต้องรับผิดชอบต่อประสิทธิภาพ โดยทั่วไปของกระทรวง นี่คือหลักนิยมที่ถูกต้องในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐมนตรี”⁸²

รัฐมนตรีแต่ละคนจะต้องรับผิดชอบงานในกระทรวงของตนโดยเฉพาะ (Individually) ถ้าสภาผู้แทนราษฎร โจมตีรัฐมนตรีคนใด และรัฐมนตรีผู้นั้นไม่สามารถชี้แจงได้เป็นที่พอใจ รัฐมนตรีทั้งคณะต้องลาออก ในทางปฏิบัติรัฐมนตรีแต่ละคนจะต้องปรึกษาหารือกันอย่างใกล้ชิด โดยปกติแล้วเมื่อปรากฏการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นรัฐมนตรีผู้นั้นมักจะลาออก ถ้ารัฐมนตรีคนใดบกพร่องผิดพลาด หรือหย่อนสมรรถภาพในการปฏิบัติงานในกระทรวงที่ตนรับผิดชอบ คณะรัฐมนตรีทั้งคณะ (Cabinet) จะรับผิดชอบความผิดพลาดนั้น โดยการลาออกทั้งคณะ การลาออกของรัฐมนตรีแต่ละคนจึงถือได้ว่าเป็น Safety-valve ของคณะรัฐมนตรีในการรับผิดชอบร่วมกัน⁸³

หลักความรับผิดชอบของรัฐมนตรีเป็นหลักการพื้นฐานที่ใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันในการบริหารประเทศ ที่เดิมในอดีตนั้นรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์ในระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ในปัจจุบันในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในฐานะที่รัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชน และรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบในการใช้นโยบายในการบริหารประเทศ เมื่อเกิด

⁸¹ วิทยา นาภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 109-110.

⁸² Tom Brennan, *Politics and Government in Britain* ., p.172.อ้างถึงใน สนธิ เตชานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 190-191.

⁸³ อนันต์ เกตุวงศ์ , ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย, หน้า 47,50.

ความผิดพลาด รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้ตัดสินใจนโยบายนั้นมาใช้ก็สมควรที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในสิ่งที่เกิดขึ้นเช่นกัน

1.2.1.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรี

1) ธรรมเนียมปฏิบัติในการกำหนดและปลดรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีเป็นบุคคลที่เป็นศูนย์กลางของรัฐบาลอังกฤษ มีศักดิ์ศรีและอิทธิพลทางการเมืองมาก อิทธิพลในการกำหนดแนวทางของการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเหนือกว่าบุคคลใด ๆ โดยทั่วไปจะแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภา ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งที่มีอำนาจ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้แต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี รวมทั้งมีสิทธิในการแต่งตั้งตำแหน่งอุปถัมภ์ทั้งปวง เป็นสิทธิของสำนักนายกรัฐมนตรีที่จะกำหนดวาระการประชุม คณะรัฐมนตรีและเป็นผู้รายงานมติของที่ประชุมและเนื่องจากนายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการเตรียมระเบียบวาระของสภาสามัญด้วย จึงทำให้นายกรัฐมนตรีสามารถที่จะพิจารณาบรรจุนางของรัฐบาลในวาระแรก ๆ ผู้คุมเสียงพรรครัฐบาลจะรับผิดชอบโดยตรงต่อนายกรัฐมนตรี⁸⁴ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้จัดตั้งคณะรัฐมนตรีร่วมคณะ ฉะนั้น อำนาจนี้จึงช่วยให้นายกรัฐมนตรีสามารถคัดเลือกผู้ที่คิดว่าจะสามารถปฏิบัติร่วมงานกับตนได้ เข้าร่วมร่วมคณะโดยมักจะเลือกจากเพื่อนสนิทที่มีความรักใคร่และจงรักภักดีต่อนายกรัฐมนตรี หัวหน้ากลุ่มต่าง ๆ ภายในพรรค ซึ่งมักจะต้องเป็นสมาชิกรัฐสภาจะเป็นสภาสามัญหรือสภาขุนนางก็ได้⁸⁵

บรรดาระัฐมนตรีได้รับเลือกมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมาก การเลือกบรรดาระัฐมนตรีทั้งหมดมาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากเป็นการประกันว่า คณะรัฐมนตรี (1) จะดำเนินตามนโยบายที่สอดคล้องกับโครงการของพรรคการเมืองที่ประชาชนผู้ออกเสียงเลือกตั้ง เลือกให้เป็นพรรคที่มีเสียงข้างมาก (2) ได้รับการสนับสนุนของสภาสามัญที่มีต่อ นโยบายเหล่านี้ ความสนับสนุนดังกล่าวจะมั่นคงแน่นอนที่สุดยกเว้นในกรณีที่เกิดการแตกแยกกันภายในพรรค ซึ่งเป็นเหตุการณ์ที่จะไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก ในลักษณะนี้รัฐบาลที่มีประสิทธิภาพและเสถียรภาพจึงมีขึ้นได้และในการเลือกรัฐมนตรีนั้น นายกรัฐมนตรีมีอิสระเต็มที่ที่จะเลือกบุคคลภายนอกบ้างก็ได้ แต่ทว่าบรรดาระัฐมนตรีเหล่านั้นจะต้องพิสูจน์นโยบายของตนในรัฐสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาสามัญ ดังนั้น ในทางปฏิบัติปัจจุบันจึงมักให้มีการเลือกตั้งซ่อมในเขตที่พรรคของตนมีเสียงมั่นคง

⁸⁴ สันติ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 171.

⁸⁵ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนเนลักซ์, หน้า 36.

ให้บุคคลภายนอกที่ได้รับเลือกเป็นรัฐมนตรีได้มีที่นั่งในสภาสามัญ หรือถ้าหากบุคคลผู้นั้นมีความทะเยอทะยานทางการเมืองน้อยและตำแหน่งดังกล่าวก็มิได้มีความขัดแย้งมากมายนัก ก็อาจจะมีการมอบตำแหน่งขุนนางให้แทน⁸⁶

ส่วนรายละเอียดที่ว่า Cabinet minister จะมีจำนวนเท่าใดและมีคุณสมบัติประการใดนั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ คงเป็นเรื่องของชนบประเพณีทางการเมืองและดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีที่จะพิจารณาในรายละเอียดถึงความเหมาะสมของผู้ที่จะเป็นรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรี โดยถือเอาเหตุผลทางการเมือง และหลักแห่งขนบธรรมเนียมทางการเมืองมาเป็นเครื่องประกอบการตกลงใจ ตามทางปฏิบัตินั้นคณะรัฐมนตรีจะประกอบด้วยบุคคลใดบ้าง จำนวนเท่าใด นายกรัฐมนตรีอาจใช้หลักหนึ่งหลักใดในสองประการ⁸⁷ คือ

1. หลักที่ว่า ควรตั้งรัฐมนตรีเพื่อให้มีตัวแทนของคนทุกกลุ่มในพรรค ถ้าใช้หลักนี้แล้วคณะรัฐมนตรีจะมีจำนวนมาก

2. หลักทางวิชาการ คือ คณะรัฐมนตรีจะต้องมีจำนวนไม่มากนัก, เพื่อให้สามารถ ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในด้านการแสดงความคิด การวางแผนและการพิจารณาสั่งการหรือกำหนดนโยบายแต่ทั้งนี้จะต้องไม่น้อยจนเกินไปจนปฏิบัติงานไม่ได้ คณะรัฐมนตรีจะดีหรือไม่ขึ้นอยู่กับการทำงานที่เหมาะสมถูกต้อง โดยอาศัยความฉลาดเฉลียวของนายกรัฐมนตรี เพราะเป็นบุคคลคนเดียวที่มีอำนาจตามจารีตประเพณีทางการเมืองที่จะต้องเป็นผู้ตัดสินใจ

นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เลือกรัฐมนตรีและเป็นผู้พิจารณาว่าใครควรจะอยู่ในคณะรัฐมนตรี (Cabinet) และถ้าเขาเห็นสมควรอาจจะขอให้รัฐมนตรีคนใดลาออกได้ หรืออาจจะสับเปลี่ยนตำแหน่งรัฐมนตรีคนใดก็ได้ นอกจากนั้นนายกรัฐมนตรีผู้เดียวเท่านั้นที่จะตัดสินใจว่าเมื่อใดควรจะยุบสภา โดยไม่จำเป็นต้องปรึกษาใครและไม่มีใครยับยั้งเขาได้ การลาออกและการตายของนายกรัฐมนตรียังทำให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นตำแหน่งไปด้วย⁸⁸

โดยที่นายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อการบริหารประเทศ นายกรัฐมนตรีจึงเป็นผู้พิจารณาว่าในการบริหารงานด้านใดควรแต่งตั้งรัฐมนตรีคนใดปฏิบัติหน้าที่ และรัฐมนตรีผู้นั้นก็จะต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาด้วย และเพื่อให้ได้รับความไว้วางใจจากสภา

⁸⁶ คณิน บุญสุวรรณ , การเมืองและการปกครองของอังกฤษ , หน้า 136.

⁸⁷ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ , หน้า 38.

⁸⁸ W.Ivor Jennings, The British Constitution, (Cambridge : University Press, 1966), pp. 162-163. วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 105.

รัฐมนตรีก็มักจะเป็นตัวแทนจากทุกกลุ่มในพรรครัฐบาล ซึ่งนายกรัฐมนตรีจะเสนอชื่อผู้ที่จะเป็นรัฐมนตรีต่อพระมหากษัตริย์ และในทางกลับกันหากนายกรัฐมนตรีเห็นว่ารัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่ไม่มีประสิทธิภาพ ก็สามารถขอให้รัฐมนตรีผู้นั้นลาออก หรือเสนอพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจปลดรัฐมนตรีผู้นั้นได้

2) ความสัมพันธ์ในการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกัน

ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับรัฐมนตรีเป็นความสัมพันธ์ภายในคณะผู้บริหารที่ปฏิบัติต่อกันในฐานะที่นายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้ร่วมรัฐบาล ในลักษณะที่เป็นการอยู่ร่วมกันในอันที่จะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันเป็นไปอย่างสมบูรณ์ รัฐมนตรีทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อมติของคณะรัฐมนตรีในการประชุมคณะรัฐมนตรี หรือการประชุมคณะกรรมการคณะใดคณะหนึ่งของคณะรัฐมนตรี บรรดารัฐมนตรีมีอิสระเต็มที่ที่จะแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทั้งหลายทั้งปวง แต่ถ้าหากได้มีการลงมติกันเรียบร้อยแล้วมตินั้นถือเป็นมติรวมซึ่งรัฐมนตรีทุกคนต้องรับผิดชอบ มตินั้นจะกลายเป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่บรรดารัฐมนตรีทั้งหมดไว้ว่าจะจะเป็นสมาชิกในคณะรัฐมนตรีหรือไม่ จะต้องให้การสนับสนุน กล่าวอย่างสั้น ๆ ก็คือคณะรัฐมนตรีไม่ต้องการความเห็นด้วยเป็นเอกฉันท์ แต่ว่าการต้องการความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ความรับผิดชอบร่วมกันดังกล่าวแล้ว (โดยการเก็บความเห็นด้วยของรัฐมนตรีบางคนไว้เป็นความลับ) เป็นการเพิ่มน้ำหนักให้แก่ นโยบายของคณะรัฐมนตรีเป็นอย่างมาก มีเหตุผลประกอบสองข้อด้วยกันดังต่อไปนี้⁸⁹

(1) ถ้าหากรัฐมนตรีเกิดความรู้สึกว่าเขาไม่อาจที่จะให้การสนับสนุนมติของคณะรัฐมนตรีนั้นได้ ไม่ว่าจะป็นภายนอกหรือภายในรัฐสภา เขาก็จะต้องลาออกและบางขณะการลาออกก็เป็นไปด้วยความรวดเร็วอย่าง เช่น กรณีที่เกิดกับนายคริส โดเฟอร์ เมย์ฮิว ในเรื่องนโยบายการป้องกันประเทศ เมื่อปี ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2507) ทางเลือกอีกทางหนึ่ง คือ รัฐมนตรีผู้นั้นอาจจะคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปเพื่อคอยเวลาที่จะให้คณะรัฐมนตรีเปลี่ยนความคิดเห็น ดังเช่นกรณีที่เกิดกับนายแฟรงค์ คูซิน ซึ่งเป็นที่ทราบกันว่าเป็นปฏิปักษ์กับนโยบายราคาและรายได้เป็นเวลานาน ก่อนที่จะลาออกจริง ๆ ในปี ค.ศ. 1966 (พ.ศ. 2509) กรณีที่คล้ายกันเช่นนี้เกิดขึ้นอีกในปี ค.ศ. 1974 (พ.ศ. 2517) เมื่อทั้ง นายไมเคิล ฟุต (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการจ้างงาน) และนายอิริค เฮฟเฟอร์ (รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม) เกิดขัดแย้งอย่างเปิดเผยกับมติของรัฐบาลที่จะให้ส่งอาวุธยุทธโศปกรณ์ให้แก่รัฐบาลใหม่ ที่ต่อต้านคอมมิวนิสต์ในซิติ

⁸⁹ คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 163.-166.

(2) ถ้าหากคณะรัฐมนตรีประสบความพ่ายแพ้ในสภาสามัญ รัฐมนตรีทุกคนจะต้องลาออก เนื่องจากจะไม่มีใครกล้าพูดได้ว่าตนมิได้ให้ความเห็นชอบด้วยกับนโยบายนั้น

ในการประชุมคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาลและเป็นประธานในที่ประชุมและเมื่อในเรื่องใดมีมติที่ประชุมของรัฐมนตรีแล้ว ผลของที่ประชุมมีว่าอย่างไรแล้ว รัฐมนตรีจะต้องรับไปดำเนินการ ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน ทำให้เกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ดังนี้⁹⁰

ก. เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดปฏิบัติงานผิดพลาด รัฐมนตรีกระทรวงอื่น ๆ จะต้องรับผิดชอบด้วย

ข. เมื่อนายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่งหรือต้องออกจากตำแหน่งด้วยประการใด ๆ ก็ตาม คณะรัฐมนตรีทั้งคณะจะต้องออกจากตำแหน่งด้วย

ค. จะต้องพูดเสียงเดียวกัน หมายความว่า รัฐมนตรีแต่ละคนจะต้องสนับสนุนพรรค หรือเข้าข้างพรรคของตนอย่างเต็มที่ จะโต้แย้งหรือคัดค้านคณะรัฐบาลของตนหรือคณะรัฐมนตรีไม่ได้ แต่อาจให้ข้อคิดหรือวิพากษ์วิจารณ์เป็นการภายในระหว่างสมาชิกต่อสมาชิกด้วยกันได้ เช่น ในที่ประชุมพรรคหรือคณะรัฐมนตรี การพูดเสียงเดียวกันนี้หมายถึงการพูดที่แสดงต่อสาธารณชน

ง. ไม่ว่าจะโต้เถียงกันภายในอย่างรุนแรงสักเพียงใดก็ตาม หรือไม่ว่าจะมีความเห็นไม่ลงรอยกันเท่าใดนัก แต่ทุกคนจะต้องยอมรับมติของฝ่ายข้างมาก และจำต้องสามัคคีกันอย่างเต็มที่

จ. ในการประชุมภายในอาจพูดกันอย่างเปิดเผยตรงไปตรงมา แต่เมื่อตกลงกันแล้วทุกคนจะต้องรักษาสິงที่ถือว่าเป็นความลับ

ฉ. ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่ได้รับการสนับสนุนจากเสียงส่วนใหญ่ ของสภาในนโยบายที่สาระสำคัญใด ๆ คณะรัฐมนตรีทุกคนจะต้องลาออก

ในการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันระหว่างนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรีทั้งหมด และเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งมติที่ประชุมคณะรัฐมนตรีถือว่าเป็นหนึ่งเดียวที่รัฐมนตรีต้องนำไปปฏิบัติ โดยจะอ้างว่าไม่เห็นด้วยไม่ได้ เพราะคณะรัฐมนตรีต้องมีความเป็นเอกภาพ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีจะต้องมีความร่วมมือกัน หากสภา

⁹⁰ Jennings, The Queen Government , pp.118-125.อ้างใน จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ , หน้า 3 8 .

ไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่ง ก็จะมีผลทำให้รัฐมนตรีทั้งคณะลาออกจากตำแหน่งด้วย

1.2.2. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

1.2.2.1. หลักการพื้นฐาน : หลักความไว้วางใจของรัฐสภาต่อรัฐบาล

คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบงานในกระทรวงต่อรัฐสภา (Parliament) ในฐานะของคณะรัฐมนตรีขึ้นอยู่กับความไว้วางใจ (Confidence) ของสภาผู้แทนราษฎร ถ้าไม่ได้รับความไว้วางใจ จะต้องลาออกหรือขอให้ยุบ (Dissolution) สภาผู้แทนราษฎร และถ้าผลการเลือกตั้งยังเลือกผู้ที่เป็นพรรคการเมืองเดียวกับคณะรัฐมนตรีเดิม และได้รับเสียงสนับสนุนจากสภาขุนนาง คณะรัฐมนตรีก็สามารถอยู่ต่อไปได้⁹¹ โดยในปัจจุบันได้มีขนบธรรมเนียมอังกฤษขึ้นมาถือว่า สภาขุนนางจะไม่ใช้สิทธิ์วิไลใน 2-3 ปีแรกของการที่มีการเลือกตั้งทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยอมรับความสัมพันธ์อันดีระหว่างคณะรัฐมนตรีสภาสามัญ ในการควบคุมนโยบายและการออกกฎหมายทั่วไป⁹²

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาเป็นความสัมพันธ์กันในฐานะองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ตามการปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา จึงจำเป็นอยู่เองที่ทั้งสององค์กรจะต้องมีการปฏิบัติต่อกันระหว่างกันในฐานะองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยที่มีความใกล้ชิดกัน รัฐบาลเป็นผู้บริหารประเทศ รัฐสภาเป็นองค์กรที่ควบคุมการบริหารงาน โดยเฉพาะสภาสามัญ ซึ่งสมาชิกสภา มาจากการเลือกตั้งของราษฎร จึงมีอำนาจมากที่จะรับรองการดำเนินงานของรัฐบาล การดำเนินงานของรัฐบาลจึงขึ้นอยู่กับความไว้วางใจของสภาสามัญ

- 1) รัฐบาลดำเนินงานอยู่ต่อไปภายใต้การได้รับความไว้วางใจจากสภาสามัญ
- 2) เมื่อคณะรัฐมนตรีไม่ได้รับความไว้วางใจจากสภาสามัญ คณะรัฐบาลจะต้องลาออกจากตำแหน่งทั้งคณะ เว้นแต่จะร้องขอให้พระมหากษัตริย์ยุบสภา และพระมหากษัตริย์ทรงปฏิบัติตามคำขอนั้น
- 3) คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันในการบริหารราชการแผ่นดินต่อรัฐสภา
- 4) รัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในการบริหารงานตามหน่วยงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน

⁹¹ อนันต์ เกตุวงศ์ , ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย, หน้า 47.

⁹² เศษชาติ วงศ์โกมลเศรษฐ์ , การปกครองสหรัฐอเมริกา , หน้า 116.

หลักความไว้วางใจของรัฐสภาต่อรัฐบาลเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงหลักการของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่อยู่เบื้องหลังที่รัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ฝ่ายรัฐบาลจึงต้องบริหารประเทศอยู่ภายใต้หลักความไว้วางใจของผู้แทนประชาชน ซึ่งก็คือรัฐสภานั้นเอง โดยที่รัฐบาลจะสามารถอยู่ในตำแหน่งได้ตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา หากเมื่อใดก็ตามที่สภาไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีคนหนึ่งคนใด หรือทั้งคณะ ก็ย่อมเป็นผลทำให้รัฐมนตรีคนนั้น ๆ หรือทั้งคณะต้องลาออกจากตำแหน่งในที่สุด

1.2.2.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

1) ความสัมพันธ์ระหว่างพรรคฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน

ก) การเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีของสภาสามัญ

โดยทั่วไปผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรีมักจะเป็นผู้ที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีพรรคการเมืองที่สามารถคุมเสียงของประชาชนและได้รับความนิยมน้อย 2 พรรคใหญ่ ๆ จึงไม่เป็นปัญหาเพราะจะต้องมีพรรคหนึ่งได้เสียงส่วนมากในสภาสามัญ⁹³ ประกอบกับพรรคการเมืองในประเทศอังกฤษใช้ระเบียบวินัยเคร่งครัด ซึ่งถูกพรรคจะลงคะแนนเสียงในสภาขัดแย้งกับมติของพรรคไม่ได้⁹⁴ และตั้งแต่ในศตวรรษที่ 18 ผู้ที่ได้รับการเสนอเป็นรัฐมนตรีนั้นมักจะเป็นตัวแทนจากกลุ่มการเมืองต่าง ๆ ซึ่งจะต้องเป็นบุคคลที่สามารถได้รับเสียงข้างมากในสภา ดังที่มีหลักปฏิบัติว่าผู้ที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภา และเป็นสมาชิกของสภาสามัญ

การให้ตำแหน่งรัฐมนตรีแก่ใครก็ย่อมหมายความว่า เป็นการให้สัมปทานทางการเมืองแก่พรรคหรือกลุ่มการเมืองนั้น จึงมีการเชื่อมั่นในหลักที่ว่า เป็นการอุปถัมภ์ (patronage) ความสามารถในทางการเมืองของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีหรือเป็นการยอมรับ (recognition) ของความสำคัญในทางการเมืองของเขา จากข้อการปฏิบัติเช่นนี้ ระบบรัฐบาลอังกฤษยังมีหลักว่า บุคคลเป็นรัฐมนตรีได้ต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญ ดังนั้น บุคคลที่ร่วมกันเข้าเป็นคณะรัฐมนตรี จึงจัดได้ว่าเป็นกลุ่มภายใน (inside group) ของรัฐสภา แทนที่จะเป็นกลุ่มภายนอก (outside group) ของรัฐสภาตามแบบอเมริกัน เพราะในระบบรัฐบาลอเมริกันนั้นรัฐมนตรีไม่ต้องเป็นสมาชิกสภาแต่อย่างใด การนำ (Leadership) ของคณะรัฐมนตรีในระบบรัฐบาลอังกฤษนั้นเป็นการนำภายในรัฐสภาของ

⁹³ จรูญ สุภาพ และคณะ , การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ , หน้า 52.

⁹⁴ วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ , หน้า 31.

กลุ่มภายใน ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากระบบการเลือกตั้งเสรีกับความสำคัญของพรรคการเมืองในศตวรรษที่ 18 แทนที่จะเป็น "คณะผู้จัดการ" (Managers) ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีกลับมีฐานะเป็นคณะกรรมการวางแผนนโยบาย และดำเนินการบริหารของพรรคการเมืองฝ่ายเสียงข้างมาก ยังทำหน้าที่เป็นผู้วางแผนนโยบายของพรรคฝ่ายข้างมากด้วย และยังเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารด้วย ถึงแม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะนำรัฐสภาที่จริง แต่คณะรัฐมนตรีไม่ได้ควบคุม (Control) รัฐสภา คณะรัฐมนตรีประกอบด้วยสมาชิกรัฐสภาที่เชี่ยวชาญงานทางด้านรัฐสภามาก ย่อมรู้ขอบเขตของอำนาจของรัฐสภาที่ของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีอังกฤษถือเป็นมารยาททางการเมืองอยู่อย่างหนึ่ง คือ รัฐมนตรีจะต้องไม่แสดงอิทธิพลไม่ว่าทางใด ๆ เพื่อกีดกันหรือได้ทางการปฏิบัติราชการตามอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา อำนาจการควบคุมคณะรัฐมนตรีของรัฐสภาโดยมากเกิดขึ้นจากการที่รัฐสภากับคณะรัฐมนตรีต้องพึ่งพาอาศัย ซึ่งกันและกันในการดำเนินการตามหน้าที่ของตน⁹⁵

นายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นหัวหน้ารัฐบาล จำต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาสามัญ ดังนั้นในทางปฏิบัติเพื่อป้องกันมิให้สภาสามัญลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐบาล หัวหน้ารัฐบาลจึงมักเป็นผู้ที่มีเสียงข้างมากในสภา และผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรีก็มักจะเป็นบุคคลที่มาจากพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาสามัญ หรือเป็นบุคคลที่พรรคในสภาสามัญฝ่ายที่ได้รับเสียงข้างมากให้การสนับสนุน ดังนั้น นายกรัฐมนตรีจะเป็นบุคคลที่ได้รับการสนับสนุนจากพรรคฝ่ายรัฐบาลซึ่งมีเสียงข้างมากในสภาสามัญ

ข) การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจของพรรคฝ่ายค้าน

ในประเทศอังกฤษมีขนบธรรมเนียมที่ได้ยอมรับให้มีฝ่ายค้านในรัฐสภา โดยหัวหน้าของพรรคฝ่ายค้านจะได้รับการยอมรับว่าเป็นนายกรัฐมนตรีเงา ได้รับเงินเดือนมากเป็นพิเศษสูงกว่าผู้แทนราษฎร⁹⁶ บทบาทอำนาจหน้าที่ของพรรคฝ่ายค้านในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภานี้ เป็นที่ยอมรับกันในรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กำหนดไว้ในข้อหรือตัวบทกฎหมายใด ๆ ก็ตาม ในฤดูใบไม้ผลิทุกปีรัฐบาลจะได้เสนอร่างงบประมาณส่วนใดก่อนส่วนใดหลัง รัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามที่ฝ่ายค้านกำหนดเมื่อมีการเปิดประชุมรัฐบาลสมัยใหม่ จะต้องมีการอภิปรายกันถึงปัญหา นโยบายของรัฐบาล ตามที่ปรากฏในพระราชดำรัสจากบัลลังก์ (The Speech from the Throne) พระมหากษัตริย์ เมื่อใดพรรคฝ่ายค้านต้องการจะให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไป รัฐบาลรับคำท้าทายและจัดการให้มีเวลาพอที่ฝ่ายค้านจะต้องการในการอภิปรายทั่วไป ดังนั้น ในระบบ

⁹⁵ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 130-131.

⁹⁶ วิชัย ต้นศิริ, รัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตกและไทย : กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : บริษัท พิมพ์เนศ พรินติ้ง เซ็นเตอร์ จำกัด, 2536) หน้า 33.

การเมืองของอังกฤษทั้งฝ่ายค้านกับฝ่ายรัฐบาล ต้องยอมรับความสำคัญซึ่งกันและกัน รับผิดชอบร่วมกันกับยึดมั่นในหลักรัฐบาลที่มีความรับผิดชอบร่วมกัน หลักการนี้เป็นหัวใจของระบอบพรรคการเมืองอังกฤษหลายศตวรรษมาแล้ว พรรคฝ่ายค้านก็เช่นเดียวกันจะต้องคิดใช้ระบบการทำหน้าที่ฝ่ายค้านใด ๆ ซึ่งนอกเหนือไปจากที่เรียกว่า "ช่องทางของรัฐสภา" (Parliamentarian channels) ซึ่งจะทำให้พรรคฝ่ายค้านกับพรรครัฐบาลทำหน้าที่ผู้พิทักษ์(guardian)ระบบรัฐธรรมนูญนิยมของอังกฤษไว้ได้⁹⁷

ในการควบคุมฝ่ายบริหาร คือ การเสนอญัตติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ซึ่งปกติมักเป็นการกระทำของฝ่ายค้าน เมื่อเห็นว่าคำตอบของรัฐบาลต่อกระทู้ถามหรือการแปรญัตติยังเป็นที่น่าพอใจ และรัฐบาลมักไม่ค่อยมีเวลาพอและไม่เต็มใจเปิดโอกาสให้ฝ่ายค้านทำการอภิปราย ดังนั้นฝ่ายค้านจึงอาจจะปรึกษากันเสนอญัตติไม่ไว้วางใจรัฐบาลในโอกาสสมควร ซึ่งตามธรรมเนียมปฏิบัติรัฐบาลมักไม่ปฏิเสธเพราะการเสนอญัตติไม่ไว้วางใจนี้ ฝ่ายค้านจะต้องใช้วิจรรณญาณอย่างถี่ถ้วน เพราะถ้ารัฐบาลแพ้เสียงและลาออก ฝ่ายค้านจะต้องรับผิดชอบจัดตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่⁹⁸

โดยปกติรัฐสภามีอำนาจในการติดตามการปฏิบัติงานของรัฐบาลโดยการถามกระทู้ต่อรัฐบาล และในทางปฏิบัติมักจะปรากฏว่าการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลมักจะเป็นบทบาทของพรรคฝ่ายค้าน ที่ทำหน้าที่นี้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงพรรคฝ่ายรัฐบาลหรือพรรคฝ่ายค้าน แต่จะกล่าวรวม ๆ ถึงรัฐสภา หรือสภาสามัญ

2) การเสนอร่างกฎหมายงบประมาณ

บทบาทของสภาล่างที่แท้จริงนั้นเป็นการยืนยันหรือให้คำรับรองนโยบายหลักที่คณะรัฐมนตรีได้กำหนดไว้ การที่สภาล่างจะปฏิเสธร่างกฎหมายของรัฐบาลที่สำคัญจะเป็นผลให้มีการยุบสภาและมีการอุทธรณ์ต่อผู้ออกเสียงเลือกตั้ง ในฐานะที่เป็นผู้ชี้ขาดระหว่างสภาสามัญและคณะรัฐมนตรี กรณีเช่นนี้ไม่เคยเกิดขึ้นนับตั้งแต่ทศวรรษที่ 8 ของศตวรรษที่แล้ว เราจะเห็นได้ว่ารัฐบาลเท่านั้นที่จะเป็นผู้ริเริ่มกฎหมาย ข้อเสนอในสภา จะไม่มีทางกลายเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ได้ หากปราศจากการสนับสนุนจากรัฐบาล การริเริ่มออกกฎหมายโดยสมาชิกสภาล่างของทั้งสองพรรคที่ไม่เป็นทั้งคณะบุคคลที่อยู่ในคณะรัฐมนตรี (Cabinet) และรัฐมนตรีอื่น ๆ (Ministers) ซึ่งอยู่นอกคณะรัฐมนตรี เป็นเรื่องที่แทบจะไม่เกิดขึ้นเลยในทางปฏิบัติ⁹⁹

⁹⁷ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 134-135.

⁹⁸ วิทยา นาศิริกุลกิจ, ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 91.

⁹⁹ วรวิทย์ กนิษฐะเสน, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, หน้า 32.

การขอให้อนุมัติงบประมาณ ให้หมายความว่า คณะรัฐมนตรี (Cabinet) ผู้เดียวเท่านั้นที่มีอำนาจขอให้อนุมัติ และสภาจะอนุมัติเงินให้แก่องค์กรอื่น ไม่ได้ นอกจากคณะรัฐมนตรีและคำว่า คณะรัฐมนตรี ในที่นี้มีได้หมายความว่ารัฐมนตรีแต่ละคน แต่ให้หมายถึงรัฐมนตรีทุกคนรวมทั้ง นายกรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวรับผิดชอบต่อสภาสามัญ นอกจากนี้ขบประเพณียัง กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย ว่าต้องการลดหรือเพิ่มอัตราภาษีอากร หรือ กฎหมายว่าด้วยเพิ่มหรือลดงบประมาณจริงอยู่ อำนาจในการเสนอกฎหมายว่าด้วยการเงินตั้งแต่ ปี 1937 นั้นเป็นของสภาสามัญก็จริง แต่รัฐบาลอังกฤษเป็นรัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีด้วย และคณะ รัฐมนตรีก็คือบุคคลชั้นผู้นำของสภาสามัญ และบุคคลชั้นนำของพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมาก ดังนั้นสมัยต่อมาจนถึงปัจจุบันอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการเงินจึงตกมาเป็นของคณะ รัฐมนตรีแต่ผู้เดียว และสภาสามัญมีอำนาจที่จะพิจารณา ร่างกฎหมายว่าด้วยการเงินเป็นอันดับแรก ไม่ใช่สภาขุนนาง ขบประเพณียังกำหนดจำกัดอำนาจของสภาขุนนางไว้ด้วยว่า สภาขุนนางจะ แก้ไขเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายว่าด้วยการเงิน (money Bill) ไม่ได้มีแต่อำนาจที่อนุมัติ หรือไม่ อนุมัติโดย "ไม่เปลี่ยนแปลงเลย" เท่านั้น¹⁰⁰

ดังนั้น อำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมายการเงินเป็นอำนาจของสภาสามัญ แต่อำนาจใน การเสนอร่างกฎหมายการเงิน เริ่มแรกรัฐบาลต้องเป็นฝ่ายเสนอ เพราะรัฐบาลเป็นผู้ปฏิบัติงานย่อมรู้ ว่าต้องการงบประมาณในการบริหารงานเท่าใด การเสนอร่างกฎหมายงบประมาณในทางปฏิบัติจึง เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี

3) การเสนอความเห็นให้พระมหากษัตริย์ทรงยุบสภา

อำนาจในการยุบสภาผู้แทน (Power of Dissolution) ตามหลักการปฏิบัติสืบต่อกันมา (Convention) ถือว่าเมื่อคณะรัฐมนตรี (Ministry) ถูกลงมติไม่ไว้วางใจก็ไม่จำเป็นต้องลาออกทันที นายกรัฐมนตรีมีสิทธิแนะนำให้พระมหากษัตริย์ยุบสภาได้ และพระมหากษัตริย์จะต้องยุบสภา ผู้แทนราษฎร และถ้าคณะรัฐมนตรีได้รับการสนับสนุนจากผลของการเลือกตั้งอีก ก็สามารถอยู่ได้ ต่อไปหรืออย่างน้อยก็ทำให้สมาชิกสภาไม่ต้องใช้จ่ายเงินหาเสียงอีก และไม่แน่ว่าจะได้รับเลือกเข้า มานั่งในสภาผู้แทนราษฎรอีกหรือไม่¹⁰¹

การเลือกตั้งสมาชิกสภาสามัญตามพระราชบัญญัติ Parliament Act 191 มีอย่างน้อยทุก 5 ปี การเลือกตั้งอาจมีขึ้นเร็วกว่านั้นก็ได้ ถ้าหากมีการยุบสภา หรือเลื่อนเวลาให้ช้ากว่านั้นก็ได้ถ้าหากมี

¹⁰⁰ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 78.

¹⁰¹ อนันต์ เกตุวงศ์, ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศไทย, หน้า 51.

สงครามหรือภาวะฉุกเฉิน เช่น ในช่วงเวลาระหว่างปี ค.ศ. 1910-1918 และ ค.ศ. 1935-1945 ไม่มีการเลือกตั้งทั้งนี้เพราะเป็นช่วงเวลาที่เกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 และสงครามโลกครั้งที่ 2 ในทางปฏิบัติรัฐบาลจะเป็นผู้เลือกเวลาการเลือกตั้ง โดยนายกรัฐมนตรีจะกราบบังคมทูลขอให้พระมหากษัตริย์ใช้พระราชอำนาจยุบสภาก่อนหมดสมัย และประกาศให้มีการเลือกตั้งทั่วไป ด้วยหวังว่าพรรครัฐบาลจะมีที่นั่งในสภาเพิ่มขึ้น เช่น รัฐบาลภายใต้การนำของ Salisbury ปี 1900 รัฐบาล Macdonald ปี 1931 และรัฐบาล Eden ปี 1955 แต่วิธีการดังกล่าวไม่สัมฤทธิ์ผลทุกครั้งไป ดังปรากฏว่านับตั้งแต่ปี 1945 จนถึงปี 1980 พรรคที่อยู่ในอำนาจ (เป็นรัฐบาล) พ่ายแพ้การเลือกตั้ง 6 ใน 11 ครั้ง¹⁰²

การพ่ายแพ้ของรัฐบาลในส่วนสำคัญของนโยบายนั้น ได้แก่ "การไม่ได้รับความไว้วางใจ" (no confidence) ธรรมเนียมปฏิบัติ ก็คือ นายกรัฐมนตรีจะลาออกหรือให้มีการยุบสภา บางคนพิจารณาเห็นว่าเขาอาจจะเสนอให้ตั้งบุคคลอื่นภายในพรรคเข้าจัดตั้งรัฐบาลก็ได้ ดังตัวอย่างเช่น นายวิลสันประสบความสำเร็จพ่ายแพ้ในเรื่องการออกกฎหมายต่อต้านการนัดหยุดงาน ค.ศ.1969 (พ.ศ. 2512) เป็นต้น แต่การกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกือบจะเป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากจะเป็นการทำให้เกิดการแตกแยกภายในพรรคและประชาชนผู้ออกเสียงตั้งขาดความเชื่อถือ ดังนั้น จึงเป็นที่แน่ใจว่านายกรัฐมนตรีคงจะกระทำดังเช่นที่นายแรมเซย์ แมค โคนัลด์ได้เคยกระทำในปี ค.ศ.1624 คือ ถวายคำแนะนำให้ทรงยุบสภาเสียเพื่อให้ประชาชนเป็นผู้วินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง¹⁰³

ในปี 1926 Mr. Mackenzie King นายกรัฐมนตรีจากพรรคเสรีนิยมในแคนาดา ถ้าม Lord Byng ในการยุบสภาเพื่อสถานะของเขาที่แข็งแกร่งขึ้นในสภา ที่พร้อมเลือกตั้งเมื่อ 9 เดือนก่อน เมื่อพรรคอนุรักษนิยมเป็นพรรคเดียวที่ใหญ่ที่สุด แต่พรรคเสรีนิยมปกครองด้วยเสียงสนับสนุนจากพรรคที่เล็กกว่าได้รับการจัดตั้งรัฐบาล Lord Byng รับรองโดย Mr. Meighen หัวหน้าพรรคอนุรักษนิยมว่า Lord Byng จะสามารถตั้งรัฐบาล ปฏิเสธการยุบสภา อย่างไรก็ตามภายใน 1 สัปดาห์ พรรคอนุรักษนิยมได้รับชัยชนะและ Mr. Meighen ยอมยุบสภา อีกครั้งในปี 1939 นายพล Hertzog ปฏิเสธการยุบสภาโดย Sir Patrick Duncan เมื่อนโยบายของเขามีความเป็นกลางในสงคราม ที่ถูกปฏิเสธโดยรัฐสภาแอฟริกาใต้ ในกรณีนี้ นายพล Smuts สามารถตั้งรัฐบาลที่มั่นคงได้¹⁰⁴

เมื่อรัฐบาลถูกลดมติไม่ไว้วางใจจากรัฐสภา รัฐบาลจะต้องลาออกจากตำแหน่งเพราะถือว่าประชาชนไม่ให้ความไว้วางใจในการบริหารประเทศอีกต่อไป แต่รัฐบาลก็สามารถใช้อำนาจ

¹⁰² สนธิ เตะชานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 139.

¹⁰³ คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ , หน้า 136.

¹⁰⁴ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.202.

ยุบสภา เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไป นอกจากนี้การยุบสภาก็ยังเป็นการทำให้สถานะทางการเมืองของรัฐบาลมั่นคงมากขึ้น หากผลการเลือกตั้งทั่วไปทำให้รัฐบาลสามารถเข้ามาบริหารประเทศได้อีก และเป็นการเพิ่มจำนวนที่นั่งของพรรครัฐบาลในสภา

1.2.3. ความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ

การดำเนินกระบวนการในสภาทั้งสอง ซึ่งเป็นองค์กรหลัก และเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา แนวทางปฏิบัติที่สำคัญอาศัยเพียงธรรมเนียมปฏิบัติเท่านั้น ตัวอย่าง เช่น การครอบครองที่นั่งแถวหน้าของผู้นำสมาชิกรัฐบาลและฝ่ายตรงข้าม การให้สมาชิกลงมติเมื่อประธานยื่นขึ้น และในสภาขุนนาง การไม่มีส่วนร่วมในการเสนอขุนนาง¹⁰⁵

1.2.3.1. หลักการพื้นฐาน : หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา

โดยหลักแล้วถือว่ารัฐสภาของอังกฤษมีอำนาจสูงสุด กฎหมายที่รัฐสภานุมัติจะไม่มีสถาบันอื่นใดไม่ว่าจะเป็นศาล พระมหากษัตริย์ หรือคณะรัฐมนตรีจะเลิกล้มได้ รัฐธรรมนูญของอังกฤษจะเป็นเช่นไรขึ้นอยู่กับรัฐสภา รัฐสภาจะออกกฎหมายเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ เปลี่ยนแปลงโครงสร้างของรัฐบาล ยุบเลิกสถาบันทางการเมืองต่าง ๆ จำกัดสิทธิเสรีภาพตลอดจนยุบเลิกการเลือกตั้งได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วอำนาจของรัฐสภามีได้มีล้นพ้นเช่นนั้น และถูกจำกัดโดยปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความรับผิดชอบของผู้นำทางการเมืองที่ประสงค์จะให้ประชาธิปไตยในอังกฤษยั่งยืนต่อไป ตลอดจนธรรมเนียมประเพณีต่าง ๆ ที่มหาชนยอมรับสิ่งเหล่านี้เป็นหลักสำคัญที่ทำให้รัฐสภาไม่กล้าเปลี่ยนแปลงกลไกขึ้นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย สมาชิกสภาจะเลือกสมาชิกด้วยตนเองคนหนึ่งเป็นประธานสภา และดำรงตำแหน่งจนสิ้นสุดวาระของสภา แต่ถ้าประธานสภาจะประสงค์เข้ามาอีกจะได้รับเลือกเข้ามาอีกโดยไม่มีใครเข้าแข่งขันในเขตเลือกตั้งของประธานสภาและเมื่อได้เป็นประธานสภาแล้วมักจะได้เป็นต่อไป¹⁰⁶

หลักนิยามที่ว่ารัฐสภามีอำนาจอธิปไตยหรือมีอำนาจสูงสุดนั้นหมายถึง รัฐสภา (ประกอบด้วยสมเด็จพระบรมราชินีนาถ สภาขุนนางและสภาสามัญ) เป็นองค์กรนิติบัญญัติที่สูงที่สุด ไม่มีองค์กรใดที่สามารถออกกฎหมายได้โดยไม่อิงอำนาจของรัฐสภา รัฐสภาสามารถที่จะแก้ไขกฎหมายใด ๆ ก็ได้ สามารถที่จะขยายอายุของตนเองออกไป ในกรณีของการตีความกฎหมายเพียง

¹⁰⁵ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution ,p.520.

¹⁰⁶ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ , หน้า 28-29.

กรณีเดียวกันนั้นที่ศาลตั้งข้อสงสัยได้ ไม่มีพระราชบัญญัติของรัฐสภาฉบับใดที่สามารถจำกัดขอบเขตอำนาจของรัฐสภาชุดต่อ ๆ ไปในอนาคต Erskine May อ้างว่า “รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดข้อจำกัดในอำนาจหน้าที่ที่รัฐสภามีต่อกรณีและบุคคลต่าง ๆ กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งอาจจะไม่ยุติธรรมและตรงกันข้ามกับหลักการที่ถูกต้องของการปกครอง แต่รัฐสภาจะไม่ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว และเมื่อรัฐสภาผิดพลาด รัฐสภาเท่านั้นที่จะเป็นผู้แก้ไขข้อผิดพลาดนั้น ๆ”¹⁰⁷ แม้ว่าในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถบัญญัติกฎหมายใด ๆ ก็ได้แต่จะต้องเป็นเรื่องที่เป็นไปได้โดยธรรมชาติในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจของรัฐสภาจำกัดโดยค่านิยมของสมาชิกรัฐสภาเอง จำกัดโดยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและพรรคการเมืองที่สมาชิกรัฐสภาสังกัด และโดยบทบาทของกลุ่มอิทธิพลและมติมหาชน¹⁰⁸ ดังนั้น หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากประวัติความเป็นมาที่ยาวนานของอังกฤษ ซึ่งในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภา สภาสามัญเป็นสภาที่มีอำนาจเหนือกว่าสภาขุนนาง โดยที่ถือได้ว่ารัฐสภาเป็นตัวแทนของประชาชน

1.2.3.2. ธรรมเนียมปฏิบัติในความสัมพันธ์ระหว่างสภาขุนนางกับสภาสามัญ

1) กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา

กระบวนการในสภานั้นจะดำเนินการไปตามกฎข้อบังคับของการประชุมสภา (Standing Orders) และ “หลักปฏิบัติของสภา” (the practice of the House) ซึ่งหมายถึง ธรรมเนียมและประเพณีซึ่งได้สะสมมาเป็นเวลาช้านานการยึดแต่เพียงตัวอักษร ไม่อาจทำให้การปฏิบัติตามระเบียบเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ จารีตประเพณีสิ่งที่ได้ปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานาน เป็นสิ่งที่สิ่งที่ได้เพิ่มเติมระเบียบข้อบังคับการประชุม ซึ่งประกอบขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ของกระบวนการในทางรัฐสภาที่สะท้อนให้เห็นถึงคุณลักษณะที่จำเป็นอย่างยิ่งของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ในทางกลับกันกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็เป็นสิ่งสร้างไว้ซึ่งระบอบการปกครองของอังกฤษ¹⁰⁹

ในประการแรก โดยให้ความมั่นใจว่ารัฐบาลสามารถมีอำนาจที่จำเป็นในการผลักดันนโยบายของรัฐบาล อังกฤษย้ำถึงความสำคัญของรัฐบาลที่ทรงประสิทธิภาพ ระเบียบข้อบังคับการประชุมจำกัดเวลาที่ใช้ในเรื่องทั่ว ๆ ไปในแต่ละวัน และให้รัฐบาลสามารถใช้เวลาได้

¹⁰⁷ Sir T.Erskine May, *The Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament*. 16th edn. (Butterworth, 1964). P.28.

¹⁰⁸ สนธิ เตะชานันท์, *ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ*, หน้า 131.

¹⁰⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 160.

อย่างเต็มที่ในระหว่าง 15.30 ถึง 22.00 นาฬิกาอย่างน้อยสัปดาห์ละ 4 วัน และยังมีหลักประกันว่า รัฐบาลไม่ต้องผูกมัดกับการอภิปรายที่ไม่รู้จักจบสิ้น โดยการกำหนดให้มี “การปิดอภิปราย” ใน ประการสุดท้ายรัฐบาลสามารถที่จะใช้เสียงข้างมากของรัฐบาล ยกเลิกระเบียบข้อบังคับการประชุม เพื่อที่จะสามารถดำเนินการประชุมต่อไป หลังเวลา 22.30 นาฬิกา และการกำหนดให้วันศุกร์เป็นวัน พิจารณาเรื่องต่าง ๆ ที่สมาชิกเสนอ การประชุมในวันเสาร์ หรือในระหว่างที่ผสมยั้งประชุมสามารถ ที่จะทำได้ หากนายกรัฐมนตรีนและประธานสภาสามัญมีความเห็นพ้องต้องกัน แต่ด้วยเหตุที่เรื่องนี้ เป็นเรื่องที่ทุกฝ่ายต้องเห็นพ้องต้องกัน เพราะฉะนั้นการประชุมนอกตารางเวลาที่กำหนดจึงเกิดขึ้น ไม่บ่อยครั้งนัก

ประการที่สอง กฎเกณฑ์ของกระบวนการให้ความคุ้มครองเสียงส่วนน้อย ไม่ว่าจะเล็ก ขนาดไหนก็ได้รับโอกาสอย่างเต็มที่ในการที่จะวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาล ดังนี้ ข้อบังคับการประชุมได้ กำหนดเวลาดังกระทั้ถ้ามั่นนอน วางเงื่อนไขในการเลื่อนประชุมในกรณีที่ต้องการพิจารณา เร่งด่วนและให้หลักประกันแก่ฝ่ายค้านว่า จะมีเวลาอย่างน้อยที่สุดกี่วันในการพิจารณาจบประมาณ นอกจากนั้นยังกำหนดให้ประธานสภาเป็นผู้ควบคุมบังคับการประชุม ซึ่งมักดำเนินการตัดสินใจในข้อ ที่ว่า ฝ่ายเสียงข้างน้อยมีเวลาที่เหมาะสมหรือยัง ยิ่งไปกว่านั้นประธานสหายังเป็นผู้ชี้ขาดขั้นตอนใน การอภิปราย รัฐบาลไม่สามารถที่จะจัดการวิพากษ์วิจารณ์นโยบายของตนออกไป ข้อที่ควรระลึกก็ คือ โอกาสสำคัญของฝ่ายค้านในการวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลมิได้กำหนดอยู่ในข้อบังคับการประชุม แต่เป็นผลมาจากข้อตกลงซึ่งเป็นที่ยอมกับทุกฝ่าย

ประการที่สาม กฎเกณฑ์ของกระบวนการในสภาเป็นการดำเนินการอย่างตรงไปตรงมา ซึ่ง เป็นสิ่งที่เนื่องมาจากรัฐธรรมนูญอังกฤษ และเป็นเรื่องที่ทำเป็นประจำสำหรับระบบการปกครองที่มีพื้น ฐานมาจากความยินยอมของผู้ได้ปกครอง ในการเรียกสมาชิกขึ้นทำการอภิปราย ประธานสภาจะ เปิดโอกาสให้กับพรรคทุกพรรคได้มีโอกาสแสดงทัศนะของตน กฎที่กำหนดให้ต้องแจ้งคำถาม (ที่ จะถามในสภา) ล่วงหน้านั้นก็เพื่อที่รัฐบาลจะได้มีโอกาสในการเตรียมตัว ในขณะที่เดียวกันกับที่มี หมายกำหนดการประชุมที่เป็นทางการของวันก็เพื่อให้บังเกิดความแน่ใจว่า จะไม่ข้ามวาระที่ฝ่าย ค้านให้ความสนใจ ในทำนองเดียวกัน การจำกัดวันอภิปรายในเรื่องงบประมาณให้อยู่ภายใน 29 วัน และการกำหนดให้มีเวลาสั้น ๆ ก่อนที่จะเลื่อนการประชุมเพื่อพิจารณาปัญหาทุกข้อร้อนของ ประชาชน ก็เป็นโอกาสอันหนึ่งที่ฝ่ายค้านจะหยิบยกประเด็น ต่าง ๆ ขึ้นมาอภิปราย

ประการที่สี่ กระบวนการในการประชุมสนับสนุนให้สมาชิกสภาประพฤติปฏิบัติและใช้ คำพูดที่เป็นกลาง ๆ การอภิปรายในสภานั้นจะต้องมุ่งตรงไปที่ประธานสภามีใช่ไปที่สมาชิกคน หนึ่งคนใด ด้วยเหตุที่ห้องประชุมมีขนาดเล็ก จึงไม่มีที่สำหรับพูดโดยเฉพาะ และมีกฎเกณฑ์อยู่ว่า การอภิปรายนั้นต้องพูดปากเปล่ามิใช่เป็นการอ่าน ห้ามมิให้ตีฝีปากและพูดอย่างบันดาล โทสะ

ในการอภิปรายสมาชิกต้องพูดตอบให้ตรงประเด็นกับคำอภิปรายก่อนหน้าคน ไม่ใช่ภาษาที่มีใช้ภาษารัฐสภา (unparliamentary language) หรือกล่าวพาดพิงถึงสมาชิกอื่นโดยเอ่ยนามของเขา กฎเกณฑ์ข้อนี้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้เอาเรื่องส่วนบุคคล มายุ่งเกี่ยวในการอภิปราย

ประการสุดท้าย ความสำคัญของกระบวนการพิธีการในสภา กระบวนการด้านพิธีการทำให้การประชุมสภามีศักดิ์ศรีและเป็นสัญลักษณ์ของสัมพันธภาพที่ลึกซึ้ง ดังธรรมเนียมที่ปฏิบัติกันเสมอมาในพิธีเปิดประชุมสภา แบล็คร็อด (Black Rod) ซึ่งเป็นทูตมาจากสภาขุนนาง จะเป็นผู้เชิญสมาชิกสภาสามัญให้ไปยังสภาขุนนางเพื่อฟังพระราชดำรัสเนื่องในวโรกาสเปิดประชุมรัฐสภา และขบวนแห่ของประธานสภาสามัญที่ไปยังสภาขุนนาง เป็นการแสดงให้เห็นถึงความมั่นคงของสภาสามัญ ก่อให้เกิดความต่อเนื่องและอื่น ๆ อีกเป็นอันมาก

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่า ขนบธรรมเนียมประเพณีทางการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญและมีส่วนช่วยให้ระบอบการปกครองของประเทศอังกฤษ ดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีความราบรื่น มีการบันทึกแนวทางปฏิบัติเหล่านี้เอาไว้อย่างเป็นทางการ โดยบันทึกคำต่อคำรวมทั้งรายละเอียดทั้งหมดของข้อตกลง และนำลงพิมพ์ในหนังสือรายวันของสภาที่ชื่อ Hansard ซึ่งแจกให้กับสมาชิกสภาสามัญทุกคนโดยไม่คิดมูลค่า¹¹⁰

นอกจากนี้ สภาสามัญเป็นที่ประชุมของผู้แทนราษฎรที่มีอำนาจเหนือกว่าสภาขุนนางที่เป็นตำแหน่งที่เป็นมรดกตกทอดและมาจากการแต่งตั้ง ตั้งแต่ยุคกลางที่สภาสามัญอ้างสิทธิในการควบคุมการคลังของประเทศ การขึ้นภาษี และประมาณการการใช้จ่ายเงินคลัง อันเป็นเรื่องที่ต่อเนื่องมาจากประวัติศาสตร์ จาริตประเพณีดังกล่าวเป็นส่วนสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ อันที่จริงจาริตประเพณีเช่นนี้ รัฐสภาสามารถออกเป็นพระราชบัญญัติได้ แต่การรักษาไว้ในรูปของจาริตประเพณี ทำให้มีความยืดหยุ่น ทำให้รัฐธรรมนูญของอังกฤษปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ได้ง่าย จาริตประเพณีไม่ใช่เรื่องบังคับโดยศาลแต่โดยประจักษ์ ศาลอาจทำอะไรไม่ได้ถ้าจะมีการเลือกนายกรัฐมนตรีจากสภาขุนนาง แต่รัฐบาลที่สนับสนุนวิธีการเช่นนี้อาจแพะแค้นเสี่ยงเลือกตั้งครั้งต่อไป เพราะได้ฝ่าฝืนประเพณีที่ประชาชนส่วนใหญ่ยอมรับ¹¹¹ และแม้ว่าข้อปฏิบัติหลายประการที่รัฐสภาดำเนินกิจการงานของสภา จะเป็นเรื่องของขนบประเพณีของรัฐสภา แต่ข้อปฏิบัติอีกจำนวนไม่น้อยในเรื่องนี้เป็นเรื่องจาริตประเพณีของรัฐธรรมนูญ

¹¹⁰ สนธิ เตชานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 1 6 2 .

¹¹¹ จรูญ สุภาพ และคณะ, การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์ , หน้า 24.

2) อำนาจของประธานสภา

ในปัจจุบันในขณะที่มีประเพณีสืบทอดกันมาว่า ประธานสภาส่วนมากมักเป็นผู้มาจากพรรคที่เป็นรัฐบาล แต่ก็ได้มีการมีความพยายามที่จะหาบุคคลที่เป็นกลางซึ่งยอมรับกันของทุกพรรค ซึ่งโดยปกติแล้วจะได้แก่สมาชิกสภาประเภทแถวหลังซึ่งได้ดำรงตำแหน่งในสภา มาเป็นเวลานานเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางด้านการประชุมสภาเป็นอย่างดี¹¹² ซึ่งในทางปฏิบัติบุคคลที่รัฐบาลเสนอชื่อมักจะได้รับการเลือกตั้งเป็นประธานสภาสามัญ เมื่อสมาชิกสภาสามัญคนใดได้รับเลือกเป็นประธานสภาสามัญก็จะขาดความสัมพันธ์กับพรรคของตน และดำรงตนเป็นอิสระโดยจะไม่เข้าร่วมในการอภิปรายและจะไม่ร่วมในการหาเสียงเลือกตั้ง เขตเลือกตั้งของประธานสภานั้น โดยปกติพรรคใหญ่อื่น ๆ จะไม่ส่งตัวแทนของตนเข้าแข่งขัน การเลือกประธานสภานั้นมักจะปรึกษารื้อกับพรรคฝ่ายค้านด้วย เพื่อจะไม่ให้เกิดการคัดค้าน เป็นเรื่องจำเป็นที่ประธานสภาจะต้องได้รับความไว้วางใจทั้งจากรัฐบาลและฝ่ายค้าน ในบางครั้งประธานสภาจะเป็นผู้ที่เคยดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีมาก่อน แต่ส่วนมากจะไม่เคยเป็นแต่จะได้แก่สมาชิกสภาสามัญที่มีประสบการณ์ในสภานานทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้าน โดยปกติจะยอมรับถึงการดำรงไว้ซึ่งอำนาจหน้าที่ของประธานสภา การเลือกตั้งประธานสภาใหม่จะมีขึ้นทุกครั้งในวาระเริ่มแรกของสภาชุดใหม่ ประธานสภาคนเดิมหากประสงค์จะดำรงตำแหน่งดังกล่าวต่อไปก็จะต้องได้รับเลือกจะเป็นอื่นไปไม่ได้¹¹³

ประธานสภาจึงเป็นผู้วินิจฉัยว่าจะรับข้อเสนอให้ปิดการอภิปรายหรือไม่ และวินิจฉัยว่าคำแปรญัตติใดสมควรที่จะนำไปอภิปรายกันในชั้นรายงาน นอกจากนั้น ประธานสภายังเป็นผู้วินิจฉัยอีกด้วยว่า ร่างพระราชบัญญัติใดเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน (Money Bill) เมื่อการอภิปรายสิ้นสุดลง ประธานสภาจะเป็นผู้ถามมติของที่ประชุม วินิจฉัยว่าเสียง "เห็นด้วย" กับเสียง "ไม่เห็นด้วย" เสียงไหนจะหนักแน่นกว่ากันหรือถ้าหากจะต้องมีการลงคะแนนเสียงโดยวิธีแบ่งพวก (Division) ประธานสภาก็จะต้องเป็นผู้ประกาศมติให้ที่ประชุมทราบ ถ้าหากคะแนนเสียงสองฝ่ายเท่ากัน ประธานสภาจะเป็นผู้ออกเสียงชี้ขาด (Casting Vote) และโดยประเพณีแล้วก็มักจะลงคะแนนให้แก่ฝ่ายรัฐบาล¹¹⁴

นอกจากนี้การดำรงไว้ซึ่งอำนาจหน้าที่ของประธานสภานั้น เห็นได้จากการแสดงความเคารพบนอบของบรรดาสมาชิก เมื่อสมาชิกจะเข้าหรือออกจากห้องประชุมก็จะแสดงความเคารพโดยการโค้งประธานสภา เมื่อประธานสภาลุกขึ้นยืนสมาชิกทุกคนจะนั่งลง สิ่งเหล่านี้

¹¹² คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 73.

¹¹³ สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 144.

¹¹⁴ คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 74.

มิใช่เป็นเพียงรูปแบบที่ปราศจากความหมาย แต่เป็นสัญลักษณ์ภายนอกที่แสดงออกถึงความเคารพ ซึ่งสะท้อนถึงความมีระเบียบวินัยอันดีของสภา ด้วยเหตุนี้ธรรมเนียมปฏิบัติที่จะช่วยหลีกเลี่ยงความรุนแรงในสภาจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ¹¹⁵

3) อำนาจของสภานางทางธรรมเนียมปฏิบัติ

มีขนบธรรมเนียมในอังกฤษอยู่ว่า สมาชิกสภานางนั้นจะไม่เล่นการเมืองอีกต่อไปแล้ว ถ้าหากบุคคลหนึ่งจะเล่นการเมืองต่อไปอีก เขาก็จะปฏิเสธไม่ยอมรับพระราชทานบรรดาศักดิ์ ทั้งนี้ก็เพราะสมาชิกสภานางนั้นไม่มีสิทธิจะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาสามัญ โอกาสที่จะขึ้นไปสู่ตำแหน่งสูงในทางการเมืองก็มีน้อยกว่าสมาชิกสภาสามัญมาก ด้วยเหตุนี้เอง นายวินสตัน เชิร์ชิลล์ จึงไม่ยอมรับพระราชทานบรรดาศักดิ์ในตอนหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยอ้างเหตุผลว่า "ข้าพเจ้ายังเป็นคนของสภาสามัญอยู่" เมื่อพรรคคอนเซิร์ฟตีฟชนะการเลือกตั้งในปี 1950 เชิร์ชิลล์ ผู้เป็นหัวหน้าพรรคนี้ก็ได้รับพระราชโองการแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง¹¹⁶

อำนาจของสภานางที่เกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติ อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ก) อำนาจในทางนิติบัญญัติ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่าสภานางอาจจะปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติการเงินได้นั้น ได้เริ่มในศตวรรษ 19 และในทางปฏิบัตินั้นสภานางก็ละเว้นที่จะปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องงบประมาณ โดยเฉพาะ (supply and ways and means) สภานางได้ละเมิดประเพณีนี้ในปี 1860 ก่อนหน้านั้นมีประเพณีที่จะแยกเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณออกเป็นหลายฉบับ ในปีนั้นสภานางได้ปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติ Paper Duties Repeal Bill นายเกลดสโตนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในเวลานั้น จึงได้รวมข้อเสนอการใช้จ่ายเงินงบประมาณเป็นร่างพระราชบัญญัติการเงินฉบับเดียว และได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภานางอีกครั้งหนึ่ง เพื่อให้สภานางพิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น (ด้วยเหตุที่มีธรรมเนียมปฏิบัติว่าสภานางไม่สามารถที่จะแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการเงิน) ซึ่งสภานางตกลงผ่านร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ด้วยเหตุที่ไม่ต้องการขัดแย้งกับสภาสามัญในเรื่องการเงิน¹¹⁷

¹¹⁵ สนธิ เชนันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 144.

¹¹⁶ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 94.

¹¹⁷ สนธิ เชนันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 135.

ก่อนปี 1911 สภาขุนนางมีอำนาจที่จะแก้ไขหรือยับยั้งร่างพระราชบัญญัติทุกฉบับที่มีใ้ร่างพระราชบัญญัติการเงินในศตวรรษที่ 17 สภาสามัญอ้างสิทธิที่จะเป็นผู้ริเริ่มพระราชบัญญัติการเงินทั้งหมดแต่เพียงสภาเดียว และในปี 1671 ได้อ้างสิทธิการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติการเงินทั้งหมด สภาขุนนางได้ต่อต้านข้ออ้างนี้ของสภาสามัญแต่ไม่เป็นผล ในตอนต้นศตวรรษได้เกิดธรรมเนียมปฏิบัติว่าแม้สภาขุนนางสามารถที่จะปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติการเงินทั้งฉบับ แต่ไม่มีสิทธิที่จะแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ข) หน้าที่ในฐานะที่เป็นศาล

นอกจากขุนนางจะมีหน้าที่ในทางนิติบัญญัติแล้ว สภาขุนนางยังมีหน้าที่ในทางตุลาการด้วย กล่าวคือ ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุด (The Supreme Court of Appeal) ในคดีแพ่งทั่วราชอาณาจักร และทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดในคดีอาญาสำหรับแคว้นอิงแลนด์ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ ในทางทฤษฎี สมาชิกสภาขุนนางทั้งหมดอาจเข้าร่วมประชุมในฐานะเป็นศาลได้ แต่ในทางปฏิบัติสิทธินี้ถูกยกเลิกไปนานแล้ว ผู้มีสิทธิเข้าร่วมประชุมในฐานะเป็นศาลสูงสุดในปัจจุบัน ได้แก่ ประธานสภาขุนนาง (Lord Chancellor) ทำหน้าที่เป็นประธาน ขุนนางที่มีความรู้ทางกฎหมาย (Law Lords) 9 คน และสมาชิกที่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ¹¹⁸

สภาขุนนางเป็นศาลฎีกาทั้งในทางแพ่งและอาญาของสหราชอาณาจักร หน้าที่ในประการนี้เป็นเรื่องเก่าแก่มากร อาจย้อนกลับไปถึงอย่างน้อยที่สุดรัชกาลพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ในสมัยราชวงศ์สจวร์ตสภาขุนนางได้เริ่มอ้างว่าตนเป็นศาลยุติธรรมสูงสุด (supreme court of justice) และในรัชกาลพระเจ้าชาร์ลที่ 2 อ้างว่าเป็นศาลฎีกา (final court of appeal) เมื่อสภาสามัญถามถึงหลักฐานที่จะสนับสนุนข้ออ้างดังกล่าว สภาขุนนางที่ได้ยื่นถามสภาสามัญถึงหลักฐานที่สภาสามัญอ้างว่า สภาสามัญแต่เพียงสภาเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจควบคุมการเงิน ด้วยเหตุนี้จึงเป็นที่ตกลงกันว่าแต่ละสภายอมรับในข้ออ้างของอีกสภาหนึ่ง ในปัจจุบันมีการบัญญัติ Appellate Jurisdiction Act 1876 รับรองและควบคุมหน้าที่ด้านการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาขุนนาง สภาขุนนางจะพิจารณาคดีแพ่งจากศาลอุทธรณ์ (แพ่ง) เมื่อได้รับความยินยอมจากศาลอุทธรณ์ หรือเมื่อสภาขุนนางเห็นสมควรพิจารณาพิจารณาคดีอาญาจากศาลอุทธรณ์ (อาญา) เมื่อได้รับความยินยอมจากศาลนั้นและกรณีอย่างเดียวกันจากศาลสกอตแลนด์ (เฉพาะคดีแพ่ง) และไอร์แลนด์เหนือ¹¹⁹

¹¹⁸ Robert A. Jenkins, *Her Majesty's Government*, (London : Oxford University Press, 1968), pp. 92-93. อ้างถึงใน วิทยา นาภศิริกุลกิจ , *ระบบการเมืองอังกฤษ*, หน้า 97.

¹¹⁹ สนธิ เตะชานันท์ , *ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ*, หน้า 137.

สภาขุนนางมีอำนาจในการพิจารณาคดี แต่ผู้ที่จะเข้าพิจารณาคดีมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าผู้ที่
จะพิจารณาคดีได้นั้นต้องเป็นขุนนางที่มีความรู้ด้านกฎหมาย อันที่จริงไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายที่
ห้ามมิให้ขุนนางทั่วไปเข้ามีส่วนร่วมในการพิจารณาพิพากษาคดี หากแต่เป็นผลเนื่องมาจาก
ธรรมเนียมปฏิบัติที่เคร่งครัดที่ห้ามมิให้ขุนนางอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วม เมื่อสภาขุนนางทำหน้าที่เป็น
ศาลฎีกา

4) ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการประชุมสภา

ข้อบังคับการประชุม (Standing Orders) สภาสามัญมีสิทธิตราข้อบังคับการประชุมของ
ตนเอง แต่รัฐสภาของอังกฤษมักจะตราขึ้นบังคับไว้แต่เพียงเท่าที่จำเป็นจริง ๆ เท่านั้น การดำเนิน
การประชุมส่วนใหญ่เป็นไปตามแบบธรรมเนียมที่ถือปฏิบัติกันต่อ ๆ มาเป็นเวลานานร้อย ๆ ปีแล้ว¹²⁰
ในวาระเริ่มแรกแห่งสมัยของสภาชุดหนึ่ง ๆ ขุนนางแต่ละคนจะได้รับหมายรับสั่ง (Writ of
Summons) ให้เข้าร่วมประชุมสภา ขุนนางผู้ใดที่ไม่ตอบหมายรับสั่งจะถูกตัดสิทธิไม่ให้เข้าร่วม
ประชุมตลอดสมัยของสภาชุดนั้น ในบรรดาขุนนางที่ตอบหมายรับสั่งนั้น ส่วนใหญ่จะเข้าร่วม
ประชุมสภาเป็นครั้งคราวเท่านั้น หรือไม่ก็ไม่เข้าร่วมประชุมเลย¹²¹

ในการเปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชินีจะเสด็จมากระทำพิธีเปิดที่สภาขุนนาง
และสมาชิกสภาสามัญจะถูกเชิญมาฟังพระราชดำรัสที่สภาขุนนางพระราชดำรัสเปิดสมัยประชุมนั้น
จะกล่าวถึงนโยบายและโปรแกรมการร่างกฎหมายที่รัฐบาลกำหนดไว้ตลอดสมัยประชุมนั้น การปิด
สมัยประชุมกระทำโดยพระบรมราชโองการซึ่งจะนำมาอ่านในสภาขุนนางเช่นเดียวกัน เมื่อมี
พระบรมราชโองการปิดสมัยประชุมงานของรัฐสภาที่ค้างค้างอยู่เป็นอันถูกยกเลิกไปเมื่อเปิดสมัย
ประชุมใหม่ ร่างกฎหมายที่ยังพิจารณาไม่เสร็จหากประสงค์จะออกมาใช้จะต้องนำขึ้นเสนอใหม่¹²²
และในพิธีเปิดสมัยประชุมสภาทุกครั้ง ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะอ้าง “สิทธิและอภิสิทธิ์ดั้งเดิม
อันปราศจากข้อสงสัยของสภาสามัญ” ในปัจจุบันอภิสิทธิ์ที่สำคัญที่สุด ได้แก่¹²³

1. คำพูดใด ๆ ที่กล่าวในสภาจะนำมาฟ้องร้องยังโรงศาลมิได้
2. สิทธิในการพิจารณาวินิจฉัยธรรมนุญด้วยตนเอง
3. สิทธิในการกำหนดและควบคุมการประชุมด้วยตนเอง

¹²⁰ วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ , หน้า 77.

¹²¹ Sir T.Erskine May , The Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament, p.265. อ้าง
ถึงใน สนธิ เชนานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 134.

¹²² วิทยา นภาศิริกุลกิจ , ระบบการเมืองอังกฤษ , หน้า 77.

¹²³ สนธิ เชนานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 145.

4. สิทธิในการผดุงศักดิ์ศรีแห่งรัฐสภา
5. อำนาจในการลงโทษสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือบุคคลภายนอกที่ละเมิดอภิสิทธิ์หรือหมิ่น (contempt)

ช่วงอายุของรัฐสภา ถ้ากล่าวตามประเพณีแล้วจะอยู่ระหว่างการเลือกตั้งทั่วไปสองครั้ง เช่น เราสามารถที่จะกล่าวว่ารัฐสภาชุดปี ค.ศ. 1974-79 ภายใต้บทบัญญัติ Parliament Act, 1911 กำหนดอายุของรัฐสภาไว้ 5 ปี แต่ช่วงอายุจริง ๆ ของรัฐสภามักจะสั้นกว่านี้ในสถานการณ์พิเศษ รัฐสภาสามารถที่จะผ่านกฎหมายพิเศษเพื่อยืดอายุของตนเองออกไป ดังเช่น รัฐสภาที่มาจากการเลือกตั้งทั่วไปในปี ค.ศ. 1935 ได้ในปี ค.ศ. 1945 เพราะเหตุของสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐสภาจะเป็นผู้กำหนดการดำเนินการในสมัยประชุมแต่ละปี โดยปกติจะเริ่มตั้งแต่เดือนตุลาคมและไปสิ้นสุดในเดือนตุลาคมของปีถัดไป¹²⁴ สมัยประชุม (Sessions) ในอายุของรัฐสภาชุดหนึ่ง ๆ จะแบ่งการประชุมออกเป็นสมัย (Session) โดยปกติสมัยประชุมหนึ่งกินเวลา 1 ปี โดยประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมา สมัยประชุมหนึ่งแบ่งออกเป็น 4 ระยะ¹²⁵ คือ

1. จากเดือนพฤศจิกายนถึงเทศกาลคริสต์มาส รวมเวลาประชุมประมาณ 40 วัน
2. จากเดือนมกราคมถึงเทศกาลอีสเตอร์ (Easter) ประมาณ 50 วัน
3. จากเทศกาลอีสเตอร์ถึงเทศกาลวิทซัน (Whitsun) ประมาณ 30 วัน
4. จากเทศกาลวิทซันถึงปลายเดือนกรกฎาคม ประมาณ 40-50 วัน

การดำเนินการในการประชุมสภามักจะเป็นไปตามความเคยชินซึ่งได้ปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานจนกลายเป็นประเพณีปฏิบัติ จะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างสภาทั้งสองและแนวทางปฏิบัติต่อกันในสภา

1.3. การนำมาใช้ในความสัมพันธ์ของประเทศในเครือจักรภพ

การศึกษาถึงจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษนั้นนอกจากจะต้องศึกษาถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษแล้ว ยังจะต้องศึกษาธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศในเครือจักรภพ และศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอังกฤษ (อังกฤษ, เวลส์ และสกอตแลนด์) กับประเทศสมาชิกในเครือจักรภพด้วย เพราะหลักการพื้นฐานของคณะรัฐมนตรีและ

¹²⁴ สอนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 157.

¹²⁵ วิทยา นภาศิริกุลกิจ, ระบบการเมืองอังกฤษ, หน้า 77-8.

ระบบรัฐสภาไม่ได้เป็นลักษณะเฉพาะของรัฐสภาอังกฤษ หลักการเหล่านี้แผ่ขยายจากหลักรัฐธรรมนูญของอังกฤษไปยังประเทศต่าง ๆ ในเครือจักรภพที่รับเอาธรรมเนียมปฏิบัติไปด้วย¹²⁶

โดยทั่วไป เครือจักรภพอังกฤษก็จะต้องมีสัญลักษณ์แห่งความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งสมเด็จพระบรมราชินีนาถก็ทรงเป็นที่ยอมรับของประเทศสมาชิกว่า ทรงเป็นสัญลักษณ์หนึ่งเดียวของประเทศเครือจักรภพ มีคำเรียกพระนามในกรณีนี้ว่า “The Queen in the Commonwealth” ซึ่งทรงมิใช่เป็นแต่เพียงตัวแทนของรัฐบาลที่แบ่งแยกกัน แต่ยังเป็นศูนย์รวมแห่งความรู้สึกเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของประชาชนด้วย¹²⁷

ความสัมพันธ์ในเครือจักรภพก็ขึ้นจากธรรมเนียมปฏิบัติ ธรรมเนียมปฏิบัติหลาย ๆ อย่าง ได้ให้รูปแบบทางกฎหมาย โดย the Statute of Westminster¹²⁸ ธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องนี้เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ที่อังกฤษมีต่อประเทศสมาชิกในเครือจักรภพในฐานะที่เครือจักรภพเป็นอาณานิคมเดิม ที่ในปัจจุบันแม้ว่าจะได้ให้อเอกราชกันแล้ว แต่ประเทศเหล่านี้ก็ยอมตนที่จะเข้าเป็นเครือจักรภพอังกฤษ ได้แก่ แคนาดา ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ ประเทศอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะเข้าปกครองได้เต็มที่เหมือนแต่ก่อน จึงต้องมีธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกัน เช่น

- 1) รัฐสภาอังกฤษจะไม่ตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับแก่ประเทศในเครือจักรภพ เว้นแต่จะได้รับการร้องขอ
- 2) การเข้าสู่ราชบัลลังก์ของพระมหากษัตริย์อังกฤษจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาของ แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เช่นเดียวกับรัฐสภาอังกฤษ และธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสู่ราชบัลลังก์อังกฤษนี้ให้ถือว่าเป็นพระมหากษัตริย์ของประเทศสมาชิกในเครือจักรภพด้วย
- 3) ผู้ตรวจการรัฐเป็นผู้แทนของพระมหากษัตริย์ ไม่ได้เป็นผู้แทนของรัฐบาลอังกฤษ การปฏิบัติหน้าที่ก็จะขึ้นอยู่กับคำแนะนำจากรัฐบาลของประเทศสมาชิกในเครือจักรภพ

¹²⁶ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p.1.

¹²⁷ สนธิ เตชานันท์ , ระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ, หน้า 128.

¹²⁸ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.520.

- 4) รัฐบาลของอังกฤษและประเทศสมาชิกในเครือจักรภพสามารถบอกกล่าวการเจรจาสนธิสัญญาและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่สามารถยอมให้ประเทศอื่นเข้าร่วมเครือจักรภพโดยไม่ได้รับความยินยอมจากประเทศสมาชิก

ในปี 1924 ได้มีการประชุมประเทศเมืองขึ้นของอังกฤษเกี่ยวกับการนิติบัญญัติของประเทศเมืองขึ้น (Conference of Dominion on the Operation of Dominion Legislation) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะปรับปรุงความสัมพันธ์ ระหว่างอำนาจการออกกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษกับสภานิติบัญญัติของบรรดาประเทศเมืองขึ้น ซึ่งในขณะนั้น ไม่ได้เขียนความสัมพันธ์เช่นนั้นไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมากนัก แต่ปล่อยให้เป็นเรื่องของขนบธรรมเนียมอยู่บ้าง ในรายงานการประชุมครั้งนั้นมีส่วนหนึ่งที่สำคัญควรหยิบยกมาไว้ประกอบการอ่านในที่นี้ด้วย คือ¹²⁹

"ความสัมพันธ์ระหว่างชนบประเพณีของรัฐธรรมนูญ กับ กฎหมายธรรมดาเป็นลักษณะสำคัญอย่างหนึ่งของประวัติศาสตร์แห่งเครือจักรภพอังกฤษ.....ชนบประเพณีนั้นเป็นสิ่งที่แก้ปัญหาค่าต่าง ๆ ได้ โดยเฉพาะปัญหาที่แก้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ได้.....ชนบประเพณีทุกข้อนั้นมีความเกี่ยวพันกับหลักการของรัฐธรรมนูญ และชนบประเพณีนั้นเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ตราบใดที่ยังมีรัฐสภาอยู่"

ตำแหน่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (the Governors-General) ในทางธรรมเนียมปฏิบัติ ไม่ได้เป็นตัวแทนของรัฐบาลอังกฤษ แต่เป็นตัวแทนของพระราชินี ตั้งแต่ 1930 มีกฎเกณฑ์ ซึ่งได้กำหนดที่ the Dominion Conferences of 1926 และ 1930 ให้ผู้ตรวจการรัฐได้รับการแต่งตั้งตามคำแนะนำของรัฐบาลของประเทศในเครือจักรภพ แต่บางที่อาจจะชัดเจนกว่า เช่น ในออสเตรเลียที่รัฐมนตรีของประเทศจะถวายคำแนะนำแก่พระราชินีของออสเตรเลียหรือของสหราชอาณาจักรพระราชินีได้รับการอ้างถึงใน the Federal Constitution ถูกสันนิษฐานว่าเป็นพระราชินีของออสเตรเลีย ซึ่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์จะถือว่าเป็นผู้แทนพระองค์ รัฐมนตรีเครือจักรภพเคยแนะนำพระราชินีให้ปลดผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ออกจากตำแหน่ง ดังนั้นจึงมีแนวบรรทัดฐานในปี 1932 เมื่อผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ของ the then Irish Free State ถอน Mr. De Valera ออก¹³⁰

อิทธิพลของธรรมเนียมปฏิบัติในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญชัดเจนกว่าในความสัมพันธ์ของสหราชอาณาจักรกับรัฐสมาชิกของเครือจักรภพ แม้ว่าภูมิหลังของสถานะและคอมมอนลอว์

¹²⁹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 34.

¹³⁰ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p. 173.

กฎเกณฑ์ที่มาของประเทศไทยในเครือจักรภพจะมีลักษณะอย่างธรรมเนียมปฏิบัติ หลักการธรรมเนียมปฏิบัติก่อตั้งโดยข้อตกลงและตั้งใน The Balfour Declaration 1926 ซึ่งประกาศว่า “สังคมที่ปกครองตนเองภายใต้จักรภพอังกฤษมีฐานะเป็นรัฐเท่าเทียมกัน ไม่มีทางที่รัฐหนึ่งจะเป็นส่วนหนึ่งของอีกรัฐหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นหนึ่งเดียวโดยสวามิภักดิ์ต่อกษัตริย์และเข้าร่วมเป็นสมาชิกของเครือจักรภพอย่างเป็นอิสระ”¹³¹

1.3.1. ความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษกับแคนาดา

ในประเทศแคนาดา พระราชินียังเป็นประมุขของรัฐและยังคงเป็นที่มาของกฎหมาย ในปี 1952 รัฐบาลแคนาดา (The Canadian Government) แถลงต่อพระราชินี Elizabeth ที่ 2 เป็นราชินีสูงสุดเหนือแคนาดา (Supreme Liege Lady in and over Canada) ต่อมาในปี 1953 มีพระราชฐานะเป็นพระราชินีของแคนาดา (Queen of Canada) ในฐานะที่เป็นราชินีของอังกฤษ ของราชอาณาจักร และเป็นประมุขของเครือจักรภพ¹³²

พระราชอำนาจของ พระราชินีในแคนาดาโดย the Governor General ขึ้นอยู่กับกฎหมายมากกว่าธรรมเนียมปฏิบัติ The British North America Act ปี 1867 (ปัจจุบันคือ the Constitution Act , 1867) เช่นเดียวกับ The Australian Constitution ที่มอบอำนาจบริหารของแคนาดาแก่พระราชินี แต่ตำแหน่งผู้ตรวจการรัฐตั้งขึ้นจากตัวอักษร ซึ่งได้มีการปรับปรุงในปี 1947 อำนาจผู้ตรวจการรัฐ อำนาจในการแนะนำองคมนตรี (the Privy Council) ต่อแคนาดาหรือเป็นการส่วนตัว อำนาจเต็มทางกฎหมายของ พระราชินี ต่อแคนาดาและอำนาจในการแต่งตั้งโยกย้ายรัฐมนตรีและ office holder อื่น อำนาจเรียกประชุมยุบสภา ซึ่งเป็นเพียงอำนาจที่ไม่ได้มอบให้เป็นเกียรติแก่ผู้ตรวจการรัฐในนามของแคนาดา แต่เป็นอำนาจของพระราชินี ในฐานะที่เป็นพระราชินี ของแคนาดา ในการแต่งตั้งโยกย้ายผู้ตรวจการรัฐ¹³³

The Statute of Westminster Conventions ซึ่ง Richard Latham กล่าวไว้ในปี 1937 ว่า อาณานิคมแต่ละอาณานิคม แต่ละกฎหมายคอมมอนแสดงถึงการแบ่งแยก แต่ความสัมพันธ์ระหว่างกัน และกันปกคลุมไปด้วยหมอกแห่งธรรมเนียมปฏิบัติ¹³⁴ และ the Statute of Westminster เป็นทั้งหมดของความสัมพันธ์ของเครือจักรภพในทางกฎหมายแต่ก็ไม่มากศูนย์กลางบทบัญญัติของ the Statute

¹³¹ Ibid ,p.169

¹³² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p. 170-1.

¹³³ Ibid, p. 176.

¹³⁴ in each of the Dominions the common law shone separately , but their relations with each other were shrouded in a mist of convention

of 1931 จะเป็นการจัดการของธรรมเนียมปฏิบัติมากกว่ากฎหมาย ความมุ่งหมายของ the Statute of Westminster ที่ย้ายความผูกมัดของ the Colonial Laws Validity Act และที่อยู่ในสังกัดของ Dominion ที่รวมกันเป็น the United Kingdom และอำนาจสูงสุดของ the Imperial Parliament

ถึงอย่างไรก็ตามความพยายามที่จะจัดสรร the Statute of Westminster กับความยุ่งยากของออสเตรียเกี่ยวกับแคนาดาโดยรักษาหรือสงวนเงื่อนไขพิเศษ ความไม่แน่นอนในการปฏิบัติของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนำมาสู่วิกฤตการณ์ทางการเมือง ส่วนใหญ่ความไม่แน่นอนนี้ทำให้เกิดเงื่อนไขภายใต้อำนาจของ the United Kingdom Parliament ซึ่งก็จะใช้ต่อไปตามความมุ่งหมายของ Dominion ส่วนที่ 4 ของ the Statute of Westminster ซึ่งสงวนอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่ Dominion ได้ประกาศว่าไม่มีกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษใดที่จะขยายไปบังคับใช้กับ Dominion ในฐานะส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ เว้นแต่จะแสดงออกอย่างชัดเจนในกฎหมายที่ Dominion จะเรียกร้อง (ร้องขอ) และเห็นชอบตามกฎหมายนั้น แต่ความสำคัญของส่วนที่ 4 แสดงให้เห็นว่าขึ้นอยู่กับธรรมเนียมปฏิบัติ ในกรณีออสเตรีย การเรียกร้องหรือร้องขอและการให้ความเห็นชอบ เป็นการให้ความหมายว่าเป็นการร้องขอหรือเห็นชอบของรัฐบาลและรัฐสภาของ Dominion แต่ไม่ได้มีในส่วนที่ 4 หรือประกาศในอารัมภบทของ the Statute of Westminster¹³⁵

ธรรมเนียมปฏิบัติและแนวบรรทัดฐาน ในช่วงแรกปี 1980 ปัญหาเมื่อรัฐสภาอังกฤษอยู่เบื้องหลังการร้องขอการนิติบัญญัติจากรัฐสภาของ Dominion และลดการตรากฎหมายหากฝ่ายตรงข้ามรัฐหรือมณฑลได้โต้แย้งในปี 1930s ภายหลังจากผ่าน the Statute of Westminster¹³⁶ Wheare มีความเห็นว่าแม้รัฐสภาอังกฤษจะผูกมัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่เปลี่ยนแปลง the British North America Act (the BNA Act) โดยปราศจากการร้องขอและการเห็นชอบของรัฐบาล Dominion และรัฐสภา รัฐสภาอังกฤษก็ไม่ผูกมัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติในการเปลี่ยนแปลงพระราชบัญญัติเมื่อรัฐบาล Dominion และรัฐสภาเรียกร้อง ทั้งในความสัมพันธ์ต่อแคนาดาและประเทศเครือจักรภพอื่น¹³⁷ แต่ความเด็ดขาดในระบบ the Canadian federal system ได้รับการยอมรับในปี 1949 เมื่อ the BNA ได้ผ่านอำนาจ the Federal Parliament power ในการเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุง the BNA โดยมีสาระสำคัญที่มีอิทธิพลต่อ the federal sphere แต่สาระที่รวมการรับรอง (ลงนาม) โดยรัฐธรรมนูญแต่ละจังหวัด รับผิดชอบประเทศแคนาดา¹³⁸

¹³⁵ Ibid ,p. 117,179.

¹³⁶ K. C. Wheare , The Statute of Westminster and Dominion Status , p. 180.

¹³⁷ G. Marshall , Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth, (Oxford : Clarendon Press, 1957) p. 90 – 94.

¹³⁸ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions ,p. 183.

1.3.2. ความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษกับออสเตรเลีย

หนึ่งทศวรรษที่ผ่านมา ธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญถูกเปลี่ยนแปลงโดยนายกรัฐมนตรีของเครือจักรภพที่ได้เปลี่ยนแปลงอย่างเห็นได้ชัด ในปี 1960 Mr. Robert Menzies นายกรัฐมนตรีของออสเตรเลีย แสดงว่าที่ประชุมนายกได้ยกเลิกความไม่เป็นระเบียบ หากมีการประชุมและพิจารณาว่าอะไรเป็นมาตรการที่ดีกว่าสำหรับประเทศที่ใช้ประชาธิปไตย ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติได้ถูกทำลายโดยข้อตกลงมากขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสมาชิกของเครือจักรภพ เหมือนกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่มีอิสรภาพ แต่ยังคงมีความสัมพันธ์ระหว่างกันกับรัฐบาลและรัฐสภาของอังกฤษ¹³⁹

เหตุการณ์ในเดือนพฤศจิกายน 2518 ได้ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความผูกพันที่เคยมีต่อราชวงศ์อังกฤษขึ้นนับเป็นครั้งแรกเมื่อเซอร์จอห์น เคอร์ (Sir John Kerr) ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ได้แทรกแซงการเมืองของออสเตรเลีย โดยใช้อำนาจที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญสั่งปลดนายกัฟ วิทแลม (Gough Whitlam) อดีตนายกรัฐมนตรีแห่งพรรคเลเบอร์ออกจากตำแหน่ง และแต่งตั้งนายมัลคอล์ม เฟรเซอร์ (Malcolm Fraser) ผู้นำแห่งพรรคลิเบอรัลเข้ารักษาการณ์ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และในระยะต่อมา นายเฟรเซอร์ได้รับชัยชนะในการเลือกตั้งทั่วไป และเข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสืบต่อมา ภายหลังจากที่ใช้อำนาจปลดนายวิทแลมแล้ว เซอร์จอห์น เคอร์ได้กลับเข้าทำหน้าที่ประมุข ในฐานะผู้นำในรัฐพิธีต่อไปตามปกติ อย่างไรก็ตาม การเข้าแทรกแซงทางการเมืองของเซอร์จอห์น เคอร์ ซึ่งถูกจารึกลงในประวัติศาสตร์การเมืองของออสเตรเลียในครั้งนั้น ได้ทำให้เกียรติภาพทางการเมืองตามประเพณีการปกครองของออสเตรเลียอันยาวนานได้รับความกระทบกระเทือนโดยก่อให้เกิดความขุ่นใจขึ้นในความรู้สึกของประชาชน ในบทบาทและอำนาจหน้าที่ของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ว่าควรจะมีอย่างไร และได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชนฝ่ายต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง และกระแสวิพากษ์วิจารณ์ในตัวนายกรัฐมนตรีและผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ก็ได้ลดลงไปมาก และในการปรากฏตัวในที่สาธารณะของเซอร์จอห์น เคอร์ ทุกครั้งจะมีกลุ่มชนเดินขบวนติดตามด้วยความโกรธแค้นอยู่เสมอ ทั้งนี้เพราะ เซอร์จอห์น เคอร์ ได้นำเอาอำนาจของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญออกมาใช้ โดยที่ยังไม่เคยมีผู้นำออกใช้มาก่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการเงิน โดยดำเนินการคล้ายตามสภาสูง ซึ่งเป็นสภานายเฟรเซอร์มีเสียงสนับสนุนข้างมาก และทำให้นายวิทแลมซึ่งมีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ไม่สามารถที่จะดำเนินการบริหารประเทศต่อไปได้อย่างที่เคยปฏิบัติกันมา¹⁴⁰

¹³⁹ Ibid, p.172.

¹⁴⁰ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 41 (7-13 ต.ค., 2519), หน้า 988-

พระราชินีจะให้ความสัมพันธ์ต่อรัฐมนตรีของเครือจักรภพในฐานะที่มีความสัมพันธ์ต่อรัฐมนตรีอังกฤษ การปฏิบัติโดยทั่วไปจึงเป็นไปตามคำแนะนำของรัฐมนตรี ผลสรุป คือ การย้ายของข้าหลวงเป็นการใช้อำนาจส่วนตัวต่อความรับผิดชอบของพระราชินีในฐานะที่เกี่ยวข้องกับพระราชินี ของประเทศเครือจักรภพ หลักการดูเหมือนพระราชินีจะไม่ผูกมัดยอมรับคำแนะนำให้ได้ออกทุกกรณี เช่น คำแนะนำของรัฐมนตรีให้ยุบสภา ก็จะประเมินสถานการณ์และผลที่ตามมาในทางการเมืองในการปฏิเสธ และเปรียบเทียบความล่าช้าในทางเทคนิคในการตัดสินใจ อนุญาตให้ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ใช้อำนาจไล่ออกและปลดรัฐมนตรีก่อนที่คำแนะนำจะได้รับการปฏิบัติ

ในปี 1975 เลขาส่วนพระองค์ของพระราชินีได้มีจดหมายถึงโฆษกสภาสามัญของออสเตรเลีย ภายหลังพระราชินี แทรกแซงเพื่อที่จะให้ Mr Whitlam กลับเข้าตำแหน่งอย่างเดิม โดยจดหมายมีเนื้อหาสรุปได้ว่า “เราเข้าใจถึงสถานการณ์ตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียที่อำนาจของกษัตริย์อยู่ในมือของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งถือเป็นผู้แทนพระองค์ของพระราชินีของออสเตรเลีย เป็นบุคคลที่มอบอำนาจให้นายกออสเตรเลีย คือ ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และพระราชินีซึ่งไม่มีส่วนในการตัดสินใจซึ่งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ”¹⁴¹ จากจดหมายนี้แสดงให้เห็นถึง

ประการแรก พระราชินีเป็นพระราชินีในฐานะที่เป็นพระราชินีของออสเตรเลียไม่ใช่พระราชินีของสหราชอาณาจักรของบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ

ประการที่สอง เป็นการแสดงให้เห็นถึงการแบ่งแยกระหว่างกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติ และระหว่างอำนาจของกษัตริย์และอำนาจตามบทบัญญัติ และแสดงว่า พระราชินี “ไม่ได้มีส่วนในการตัดสินใจว่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต้องทำ” (no part in the decisions that the Governor General must take) และยืนยันถึงอำนาจตามรัฐธรรมนูญในมือของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ การยืนยันนั้นบางทีจะต้องเข้าใจในฐานะ statement of constitutional convention ไม่ใช่กฎหมายอำนาจของฝ่ายบริหารของเครือจักรภพ (The executive power of the commonwealth) ที่สัมพันธ์ต่อพระราชอำนาจหรืออำนาจบริหาร ที่นอกจากการแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรีออกนั้น ไม่ได้เป็นอำนาจโดยรัฐธรรมนูญมอบให้แก่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์และไม่ใช่อำนาจทั้งหมด ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ได้ใช้อำนาจในฐานะตัวแทนของพระราชินีไม่รวมถึงอำนาจแต่งตั้งและปลดออกของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เอง อำนาจนี้เป็นเพียงอำนาจที่ถูกใช้โดยพระราชินี ทั้งในทางกฎหมาย

¹⁴¹ Sir John Kerr , Matters for Judgment (1978) ; Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p. 173-174.

และทางปฏิบัติ¹⁴² แต่อำนาจในการแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรี จดหมายที่ส่งไปยัง the Australian Speaker ในปี 1975 ดูเหมือนเป็นการแสดงอย่างถูกต้องในความหมายของ the Constitution Act และธรรมเนียมปฏิบัติที่ ผู้ตรวจการรัฐ และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์แต่งตั้ง ปฏิบัติตามอำนาจที่มีความรับผิดชอบของตนเอง อย่างไรก็ตามจึงอาจสันนิษฐานประวัติศาสตร์การพัฒนาที่พื้นฐานค่อนข้างแตกต่างกัน จากการหยุดชะงักของวิธีปฏิบัติของ โครงสร้างหรือคำแนะนำของ British Minister ต่อผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์¹⁴³ โดยตัวมันเองก็ไม่ได้แสดงพื้นฐานของหลักการที่แน่นอนทั้งหมดว่าพระราชินี ในฐานะราชินีของออสเตรเลีย จะต้องไม่ใช่อำนาจใด ๆ ที่มอบให้แก่พระองค์ในทางรัฐธรรมนูญ แม้ว่าพื้นฐานของหลักการหรือแนวบรรทัดฐานอาจสนับสนุนในทางธรรมเนียมปฏิบัติ¹⁴⁴

แต่อย่างไรก็ตามแคนาดาและออสเตรเลียเป็นรัฐรวม (federal state) ที่มีกานิติบัญญัติในระดับศูนย์กลางและระดับรัฐและท้องถิ่น ในแคนาดา รัฐสภาอังกฤษ (the British Parliament) ยังสงวนความเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญจนกระทั่งการผ่าน the Canada Act ในปี 1982 เปลี่ยน โครงสร้างระบบรัฐรวม (the federal system) ที่ต้องการ the Westminster Parliament Act ความเปลี่ยนแปลงมีอิทธิพลต่อประเทศเครือจักรภพออสเตรเลียที่ยังคงใช้การนิติบัญญัติอังกฤษ ตามการเปลี่ยนแปลงแก้ไขของ the fundamental federal Commonwealth association ตัวอย่างเช่นการถอนตัวของหนึ่งหรือหลายรัฐ ในทางทฤษฎีอังกฤษ (British theory) รัฐสภาอังกฤษสามารถยกเลิกรัฐธรรมนูญของ New Zealand และ Australia ได้ทั้งหมดแล้วลดสถานะเป็นอาณานิคม (colonial status) หรือตรากฎหมายโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากประเทศทั้งสอง ซึ่งไม่มีการได้มาในทางกฎหมายใน the Statute of Westminster ที่ยอมรับการกระทำของ Dominion ที่เสริมการตรากฎหมายที่ขยายออกไป กฎเกณฑ์นี้รัฐสภาอังกฤษไม่ได้ใช้อำนาจนี้ อย่างแบบสมัยนิยมที่ไม่ได้แสดงถึง แต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติพื้นฐานของอังกฤษ ในส่วนที่ 2 ของ the Canada Act ปี 1982 กำหนดว่า ไม่มีกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษใดที่จะมีผลต่อแคนาดาในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายอังกฤษภายหลังจากที่ the Canadian Constitution Act , 1981 มีผลบังคับ โดยมีวัตถุประสงค์อำนาจรัฐสภาอังกฤษในการตรากฎหมาย และบทบัญญัติที่คล้ายกันได้ตั้งองค์กรอื่นในการตรากฎหมายอย่างเป็นทางการหลังสงคราม¹⁴⁵

¹⁴² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions ,p. 175.

¹⁴³ Cf. L. S. Amery , Thoughts on the Constitution, 2nd ed. , 1953, p.7; Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p. 176.

¹⁴⁴ Ibid, p. 176.

¹⁴⁵ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions ,p. 172-3.

2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษ

2.1. แนวความคิดเรื่องสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือระบบคอมมอน ลอว์ ความเห็นของนักนิติศาสตร์ผู้ซึ่งเป็นที่ยอมรับของอังกฤษ เป็นที่มาทางหนึ่งของกฎหมายอังกฤษ นอกเหนือจาก รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร พระราชบัญญัติ จารีตประเพณี การสร้างหลักกฎหมายของศาล ดังนั้น จึงควรต้องศึกษาความเห็นของนักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงและได้รับการยอมรับของประเทศอังกฤษด้วย และจะได้สรุปและวิเคราะห์ถึงปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดดังกล่าว

2.1.1. แนวความคิดว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย

2.1.1.1. ความเห็นของ A.V. Dicey

ไดซีเป็นผู้กำหนดคำว่า “conventions of the constitution” เป็นผู้มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของนักนิติศาสตร์อังกฤษในเวลาต่อมาอย่างมาก และในเรื่องจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ เขาก็ได้วางแนวความคิดไว้ใน “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”(1975) ว่า

“การตั้งขึ้นของกฎเกณฑ์ในลักษณะที่เป็นกฎหมาย (ไม่ว่าจะเป็น ลายลักษณ์อักษรหรือไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นบทบัญญัติโดยพระราชบัญญัติ หรือได้มาจากจารีตประเพณีของประชาชน ประเพณีหรือหลักที่ศาลสร้างขึ้น ที่เรียกว่า คอมมอน ลอว์) จะได้รับบังคับโดยศาล กฎหมาย รัฐธรรมนูญ ก็มีลักษณะอย่างเดียวกัน โดยอาจเรียกรวมกันว่า “กฎหมายของ รัฐธรรมนูญ”

ส่วนกฎเกณฑ์อื่นที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ ความเข้าใจ ความเคยชินหรือทางปฏิบัติ นั้นไม่มีลักษณะที่เป็นกฎหมาย เพราะทั้งหมดนี้ศาลไม่บังคับให้ จึงแยกเรียกได้ว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ” “¹⁴⁶

ไดซีได้รับอิทธิพลอย่างมากจากความเห็นทางกฎหมายของ the Austitian ที่ว่า เป็นคำสั่งของรัฐชาติที่บังคับใช้ นั่นคือ ไดซีเดินตาม Austin ในการใช้วิธีการวิเคราะห์กฎหมาย รัฐธรรมนูญ จึงไม่แปลกที่เหตุใด ไดซีจึงให้ความสำคัญกับการอธิบายการยอมรับฟังธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นอยู่กับการบังคับใช้¹⁴⁷

ไดซีอ้างว่ากฎหมายเป็น”กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้หรือยอมรับถึงโดยศาล” ในฐานะที่ตรงข้ามกับธรรมเนียมปฏิบัติที่ “ไม่ได้บังคับใช้หรือยอมรับโดยศาล” โดยพื้นฐานแล้วศาลอาจจะแสดงถึงการยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติในคดี ข้อสันนิษฐานที่วิพากษ์วิจารณ์ว่า “ไม่ยอมรับถึง” หมายความว่า “ไม่ยอมรับถึงในฐานะที่ดำรงอยู่” แต่ไดซีใช้คำว่า “ไม่บังคับใช้หรือยอมรับถึงโดยศาล” นั่นก็หมายความว่า “ไม่บังคับใช้หรือไม่ยอมรับในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมายโดยศาล” ในการตีความคำว่า “ยอมรับ” เป็นการใช้ในทางเดียวกับที่ Hart ได้กล่าวถึง “กฎเกณฑ์ในการยอมรับ”¹⁴⁸ ที่คำว่า “บังคับใช้หรือยอมรับ” คำว่า “หรือ” เป็นการใช้ในกรณีที่เป็นทางเลือก การยอมรับถึงกฎหมายและการบังคับใช้อย่างน้อยก็มีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด ไม่ใช่อย่างเดียวกันกับวิธีการในการอธิบายบทบาทของศาล¹⁴⁹

ไดซีได้อธิบายถึงกฎเกณฑ์ที่ศาลไม่บังคับใช้ว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติ,ความเข้าใจ,ทางปฏิบัติ, หรือวิธีปฏิบัติ ที่ควบคุมความประพฤติของสมาชิกของอำนาจรัฐชาติของรัฐมนตรีหรือของเจ้าหน้าที่อื่น ซึ่งไม่ใช่กฎหมายที่แท้จริง ซึ่งศาลไม่บังคับใช้ให้” และในการปรับปรุงครั้งที่ 2 ว่า “ส่วนประกอบอื่น ๆ ที่เรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญประกอบด้วย กฎ (maxims) หรือวิธีปฏิบัติ (practices) ที่ควบคุมความประพฤติของกษัตริย์ รัฐมนตรี และบุคคลที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ไม่ได้เป็นกฎหมาย”¹⁵⁰

¹⁴⁶ A.V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution ,p.23.

¹⁴⁷ E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p. clxxxviii.

¹⁴⁸ ดู Hart, The Concept of Law, chaps. 3-6.

¹⁴⁹ Colin R. Munro ,”Laws and Conventions Distinguished” : 227.

¹⁵⁰ Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution ,p.24.

เหตุที่ชนบทธรรมเนียมมีอำนาจบังคับซึ่งที่ไม่ใช่กฎหมายนั้น ศาสตราจารย์โคซี ให้เหตุผลว่า ในประเทศอังกฤษนั้นชนบทธรรมเนียมมีอำนาจบังคับได้ก็เพราะ ชนบทธรรมเนียมทั้งหมดนั้นมีส่วนสัมพันธ์หรือส่งเสริมสนับสนุนกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ปฏิบัติการโดยราบรื่นได้ จนกระทั่งปรากฏว่า ถ้าหากทำผิดชนบทธรรมเนียมแล้วต้องเป็นละเมิดกฎหมายลายลักษณ์อักษรทุกครั้งไป แม้ว่าจะไม่เป็นการละเมิดบทใดบทหนึ่งก็ตาม ก็ยังเป็นการละเมิดหรือทำลายวัตถุประสงค์ของการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหล่านั้น โคซีได้ยกตัวอย่างไว้ว่า เมื่อมีชนบทธรรมเนียมกำหนดไว้ว่าจะต้องมีการประชุมสภาปีละครั้งเป็นอย่างน้อย หากไม่มีการประชุมเลยในปีหนึ่ง พระราชบัญญัติที่ออกเป็นรายปีที่เรียกว่า The Army Act ก็จะหมดอำนาจใช้บังคับ ซึ่งจะเป็นผลให้รัฐบาลขาดอำนาจควบคุมกองทัพอย่างมากนั้น รัฐบาลก็ไม่ได้กระทำการละเมิดชนบทธรรมเนียมประเพณีแต่อย่างใดเลย กลับปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดจนเป็นที่พึงพอใจของชาวอังกฤษ ตลอดเวลา 6 ปีที่พรรคเลเบอร์อยู่ในตำแหน่ง ไม่เคยมีการละเมิดชนบทธรรมเนียมแม้แต่ครั้งเดียว ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้อย่างเต็มที่ว่า อำนาจใช้บังคับได้ของชนบทธรรมเนียมยังมีอยู่อย่างสมบูรณ์ ไม่ว่าจะ มีพรรคใดเข้ามาเป็นรัฐบาล ทั้งนี้ก็เพราะมีการกล่าวเสมอว่า “สมาชิกพรรคเลเบอร์ทั้งหมดก็เป็นคนอังกฤษ” ซึ่งหมายความว่า จะต้องพูด คิด กระทำอย่างคนอังกฤษพึงกระทำ¹⁵¹

2.1.1.2. ความเห็นของ O. Hood Phillips

แนวความคิดเห็นของ O. Hood Phillips ใน Constitutional and Administrative Law (1973)

“นิยามที่จำกัดความธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ การปฏิบัติทางการเมืองที่ได้รับการยอมรับว่ามีผลผูกมัด โดยองค์กรที่ปฏิบัติ แต่ไม่เป็นกฎหมายเพราะไม่ได้รับบังคับจากศาลหรือรัฐสภา”¹⁵²

ศาสตราจารย์ ฮูด ฟิลลิปส์¹⁵³ ได้จำกัดความรัฐธรรมนูญของรัฐเป็นระบบกฎหมาย, จารีต ประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดองค์ประกอบและอำนาจขององค์กรของรัฐ และควบคุมความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐหลาย ๆ องค์กรต่อกันองค์กรหนึ่ง และต่อพลเมือง

ศาสตราจารย์ ฮูด ฟิลลิปส์ อธิบายว่า เพราะการปฏิบัติการอาจทำให้เกิดการขัดแย้งต่อบุคคลหรือต่อหน่วยงานรัฐบาลในความเป็นจริง ดังนั้น จึงไม่มีการดำเนินการของตุลาการที่ขัดแย้ง

¹⁵¹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 29-30.

¹⁵² O. Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, p 77.

¹⁵³ Ibid, p. 5.

กับรัฐบาล แต่จุดมุ่งหมายทางการเมืองได้บังคับใช้ การบังคับใช้กฎเกณฑ์ที่มีความหมายว่ากฎเกณฑ์นั้น มีผลหรือประยุกต์ใช้ในทางปกครอง¹⁵⁴

คำนิยามของฮูด “กฎเกณฑ์แห่งวิธีปฏิบัติทางการเมืองที่ถือว่ามีเหตุผลผูกมัด แต่ไม่เป็นกฎหมายเพราะไม่ได้บังคับใช้โดยศาลหรือรัฐสภา”

จากคำนิยาม จะแยกธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญออกได้ดังนี้¹⁵⁵

1) วิธีปฏิบัติ (practice) ทางปฏิบัติ (usage) นิสัย (habit) หรือข้อเท็จจริง (fact) แต่ ๆ ไม่ถือว่ามีภาระต้องทำตาม ดังเช่น การดำรงอยู่ของพรรคการเมือง (เป็นข้อเท็จจริง) หรือนิสัยของ Chancellors of the Exchequer ในการสนับสนุน Downing Street ไปยังสภาสามัญ เพื่อสนับสนุนงบประมาณของเขา ถ้าบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ระวังการกระทำของเขาที่ต้องผูกพันตาม ก็จะไม่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในทางกลับกันความเห็นที่ต้องผูกมัดไม่ได้เป็นข้อสรุปว่า อาจจะเป็นการกระทำผิด¹⁵⁶ ธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีความแน่นอนแต่ก็มีความยืดหยุ่นเพียงพอที่จะเผชิญกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป บางครั้งจึงเป็นการยากที่จะแยกแยะระหว่างวิธีปฏิบัติที่ต้องทำตามหรือไม่ต้องทำตาม เช่น การปรึกษาหารือของคอกเบียร์ภายนอก เมื่อการตรากฎหมาย สวัสดิการสังคม กำลังร่างขึ้น¹⁵⁷

2) กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นการเมือง (non-political rules) นั่นคือ กฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่อาจอ้างเพื่อความจำเป็นในกระบวนการปกครองแบบรัฐธรรมนูญ เช่น กฎเกณฑ์แห่งศีลธรรม จิตใจ หรือจารีตประเพณีของพระราชินี Consort ที่ไม่ใช่ความสำคัญทางรัฐธรรมนูญ

3) กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้โดยศาล (rules enforced by the courts) เช่น กฎหมายไม่จำเป็นต้องมีการบังคับใช้ทางตุลาการหรือการบังคับใช้เป็นพิเศษ

4) กฎเกณฑ์ที่บังคับใช้โดยสภาทั้งสองของรัฐสภา (rules enforced by the Houses of Parliament) ส่วนหนึ่งของวิธีปฏิบัติทางรัฐสภาธรรมเนียมปฏิบัติดังเช่นการปกป้องเสียงข้างน้อยในการอภิปรายและองค์ประกอบของพรรคการเมืองในคณะกรรมการ Orders มักจะกล่าวถึง

¹⁵⁴ O. Hood Phillips, “Constitutional Conventions : A Conventional Reply” 8 I.S.P.T.L. (1964) : 60,62.

¹⁵⁵ O. Hood Phillips , Constitutional and Administrative Law , p. 77-79.

¹⁵⁶ Marshall and Moodie, Some Problems of the Constitution , p. 36

¹⁵⁷ E .C .S . Wade in Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. cilv

ตัวอย่างของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญแต่จากการวิเคราะห์พบว่าเป็นองค์ประกอบบางส่วน ของกฎหมาย , บางส่วนของวิธีปฏิบัติต่างๆ และเป็นขอบเขตเพียงเล็กน้อยของธรรมเนียมปฏิบัติ

2.1.1.3. ความเห็นของ Geoffrey Marshall

Geoffrey Marshall ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่าไม่มีสภาพ บังคับในทางกฎหมายไว้ใน “Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability” (1986)

“คำถามที่มักจะมีการถามกันว่า ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นบทบัญญัติ กฎหมายของกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายที่ประกาศถึงสิ่งที่ดำรงอยู่ของศาลหรือไม่? เป็นการประกาศเหตุผลที่เปลี่ยนคุณสมบัติหรือเพิ่มภาระผูกพันหรือผูกมัด ธรรมชาติของธรรมเนียมปฏิบัติหรือไม่? คำตอบดูเหมือนจะไม่ ส่วนที่ ธรรมเนียมปฏิบัติกำหนดหน้าที่หรือภาระผูกพัน ยังคงเป็นศีลธรรมและทาง การเมือง แต่ไม่ผูกมัดทางกฎหมาย”¹⁵⁸

Geoffrey Marshall และ Moodie ได้อธิบายว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติที่กษัตริย์ทรงลงนามใน ร่างกฎหมายที่ผ่านจากสภาทั้งสอง แต่ข้อตกลงของกษัตริย์ที่ยุบสภาสามัญเมื่อนายกรัฐมนตรีร้องขอ เป็นทางปฏิบัติ เพราะความเห็นชอบของกษัตริย์ไม่เป็นลักษณะคำสั่งภายใต้สถานการณ์ทั้งหมด เจ้าหน้าที่ทั้งหมดไม่ได้ตกลงในคราวแรกในการให้แบบอย่างกฎเกณฑ์ที่ต้องปฏิบัติตาม แต่ถ้าใน ครั้งที่สองที่อาจสันนิษฐานว่าเป็นทางปฏิบัติที่ไม่ได้เทียบเท่ากับกฎเกณฑ์ กฎเกณฑ์จะต้องออก คำสั่งหรือกำหนดบางสิ่งเพื่อเป็นแนวทางในการกระทำหรือกำหนดให้ปฏิบัติตาม”¹⁵⁹

2.1.1.4. สรุปแนวความคิด

แนวความคิดเห็นส่วนใหญ่ที่มองว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่มีผลหรือสภาพ บังคับในทางกฎหมายนั้น เป็นเพราะมองในแง่ของการที่ศาลไม่ยอมรับบังคับให้เป็นสำคัญ ผู้ที่มี อิทธิพลในการเสนอแนวความคิดเห็นนี้ก็คือ ไคซี ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดของ ออสติน (Austin) ในการมองว่ากฎหมายจะต้องเป็นรูปแบบที่เป็นการกำหนดโดยรัฐอธิปไตยอันมี ลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

¹⁵⁸ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p. 17.

¹⁵⁹ G Marshall and G C Moodie, Some Problems of the Constitution, p.26.

ไคซีได้ให้คำตอบว่า ธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการเชื่อฟัง เพราะการไม่เชื่อฟังอาจเป็นผลในการละเมิดกฎหมาย คำอธิบายของไคซีอยู่บนการยอมรับทฤษฎีทางกฎหมายของจอห์น ออสติน (John Austin) ซึ่งออสตินมองว่ากฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ โดยมีหน้าที่เชื่อฟังโดยการชู้บังคับของบทลงโทษ ที่กำหนดขึ้นกรณีที่ไม่เชื่อฟัง¹⁶⁰

แรกเริ่มของคอมมอนลอว์ใช้ในศาลนอร์มันที่วางจารีตประเพณีแต่จารีตประเพณี ไม่ได้ถูกพิจารณาในฐานะที่แยกจากที่มาของกฎหมาย จนกระทั่งจารีตประเพณีกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคอมมอนหรือเข้ามาร่วมกับกฎหมายบัญญัติ¹⁶¹ หรืออีกนัยหนึ่งคือบทบาทของจารีตประเพณีในฐานะที่มาเป็นเพียงประวัติศาสตร์ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในปัจจุบันเป็นผลของแนวคิดศตวรรษที่ 19-20 และไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี ดังนั้นข้อโต้แย้งที่ว่าธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะกฎหมายชนิดหนึ่งที่วางอยู่เบื้องลึกของการปกครองโดยลำดับชั้น ศาลปฏิบัติต่อธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะที่ไม่เป็นกฎหมาย¹⁶² จากความแนวความคิดนี้เมื่อธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายแล้ว ธรรมเนียมปฏิบัติก็จะไม่มีศักดิ์ทางกฎหมาย ดังนั้น หากธรรมเนียมปฏิบัติใดที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา ก็จะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย และธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ก็ไม่สามารถกำหนดความประพฤติหรือแนวทางปฏิบัติที่จะเป็นผลให้ขัดหรือแย้งกับกฎหมายใดได้

2.1.2. แนวความคิดคัดค้านแนวความคิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย

ในช่วง 50 ปีแรก ความเห็นของไคซีมีสาระสำคัญที่สมบูรณ์ แต่ 50 ปีหลังความคิดนี้ไม่ได้รับการยอมรับ ข้อสรุปความเห็นของไคซีเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติยังได้รับการสนับสนุนแต่ความเห็นที่คัดค้านก็มีมาก ดังนั้นการอ้างความเห็นของไคซีจึงต้องใช้ความระมัดระวัง

ไคซีได้ยกตัวอย่างของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ร่วมสมัย¹⁶³ ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงจากเรื่องเฉพาะไปเป็นเรื่องทั่วไป ซึ่งไคซีมีข้อวินิจฉัยที่ไม่อาจพิสูจน์ได้อย่างแท้จริง ข้อผิดพลาดของไคซีมีพื้นฐานที่มองว่ากลุ่มเฉพาะของธรรมเนียมปฏิบัติจะเป็นส่วนที่สำคัญ

¹⁶⁰ John Austin, The Province of Jurisprudence Determined, 1861.

¹⁶¹ R. J. Walker and M.G. Walker, The English Legal System, 6th ed. (London : Butterworths, 1985), p.64.

¹⁶² Colin R. Munro, Studies in Constitutional Law, p.49.

¹⁶³ Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. 420-429.

ที่สุด เมื่อ 200 ปีตั้งแต่ช่วงกลางของศตวรรษที่ 17 อำนาจฝ่ายบริหารมีประสิทธิผลในการโอนจาก กษัตริย์ไปยังกลุ่มของสมาชิกรัฐสภาที่ได้รับเสียงสนับสนุนข้างมากในสภาสามัญ สิ่งที่เกิดขึ้นไม่ได้ เป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงตัวกฎหมาย แต่เป็นเพราะเหตุการณ์ สถานการณ์ และวิธีปฏิบัติ บางอย่างกฎเกณฑ์ก็แข็งตายตัว

ไดซีได้เสนอว่าธรรมเนียมปฏิบัติเป็นลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญอังกฤษ และเป็น ลักษณะในช่วงเวลาสมัยใหม่เท่านั้น ซึ่งเป็นความเห็นที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นการมองตามความเห็น ของนักประวัติศาสตร์ Edward Freeman ซึ่งได้อ้างไว้ใน *The Growth of the English Constitution* (1872)¹⁶⁴ ว่าธรรมเนียมปฏิบัติไม่เป็นที่รู้จักจนปลายศตวรรษที่ 17 ซึ่งในเวลาต่อมา Sir William Holdsworth กล่าวว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติพัฒนาได้ตลอดเวลา และทุกสถานที่ที่อำนาจการปกครอง มอบให้ต่างบุคคลต่างองค์กร”¹⁶⁵ อาจกล่าวได้ว่ากฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติได้ปฏิบัติกรช่วง เวลาที่แตกต่างกันของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญและในประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะมึรัฐธรรมนูญเป็น ลายลักษณ์อักษรหรือไม่ก็ตาม

การกำหนดขอบเขตของธรรมเนียมปฏิบัติของไดซี ถูกวิพากษ์วิจารณ์เสมอ ซึ่งความเห็น ของไดซี คุณสมบัติของธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นกับการใช้พระราชอำนาจ ซึ่งมองแคบเกินไป เพราะ ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะจำแนกได้ในส่วนอื่นของรัฐธรรมนูญ เรื่องภายในรัฐสภา ในวิธีปฏิบัติของ ศาล ในความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในเครือจักรภพ¹⁶⁶

แนวความคิดเห็นในหัวข้อนี้เป็นแนวความคิดที่คัดค้านแนวความคิดแรกที่ว่า ธรรมเนียม ปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย ซึ่งแนวความคิดที่คัดค้านนี้ไม่ได้มองว่า ความเป็นกฎหมายอยู่ที่การบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่อยู่ที่การยอมรับปฏิบัติที่มี ลักษณะผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม นักนิติศาสตร์ที่น่าเสนอตามแนวความคิดเห็นคัดค้านนี้ ได้แก่ Sir Ivor Jennings , E.C.S. Wade และ J.D.B. Mitchell

¹⁶⁴ ดู Edward Freeman , *The Growth of English Constitution form the Earliest Times*, (Leipzig : Bernhard Tarnitz, 1872).

¹⁶⁵ Sir William Holdsworth, “The Conventions of the Eighteenth Century Constitution” : 161-162.

¹⁶⁶ Colin Munro , “Dicey on Constitutional Conventions” : 637-639.

2.1.2.1. ความเห็นของ Sir Ivor Jennings

เจนนิงได้กล่าวไว้ใน *The Law and the Constitution* อธิบายกฎเกณฑ์แห่งวิธีปฏิบัติว่า พัฒนาการควบคู่มาด้วยกันกับกฎหมาย และได้อธิบายใน *Cabinet Government* ว่า “ความซับซ้อนของกฎเกณฑ์ที่อยู่ด้านนอกของกฎหมายซึ่งไม่ปรากฏว่าขัดแย้งกับกฎหมาย แต่ก็ไม่ปรากฏว่ายอมรับโดยกฎหมายที่จะสามารถอ้างได้ว่าจะมีความแน่นอนเช่นเดียวกับกฎเกณฑ์ของกฎหมาย เช่น กฎเกณฑ์ที่เสนอโดยเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ กฎเกณฑ์ที่ถกเถียงกันในสภา เมื่อใดจะมีผลบังคับ ซึ่งมีชื่อเรียกหลายชื่อในทางคอมมอนเรียกว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ¹⁶⁷ และความเห็นของเจนนิงใน *the Law and the Constitution* (1973) ได้โต้แย้งความเห็นของไดซีที่ได้แยกแยะกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติ โดยกล่าวว่าธรรมเนียมปฏิบัติไม่เป็นกฎหมายเพราะศาลไม่ยอมรับบังคับให้ว่า

“ธรรมเนียมปฏิบัติมีลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานเช่นเดียวกับในทุก ๆ รัฐธรรมนูญมากที่สุด อันขึ้นอยู่กับกรยอมรับเป็นการทั่วไป รัฐธรรมนูญหลายลักษณะอักษรไม่ได้เป็นกฎหมายเพียงเพราะมีคนใดคนหนึ่งสร้างขึ้น แต่เป็นเพราะเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับ หากมีใครคนหนึ่งร่างรัฐธรรมนูญแต่ประชาชนซึ่งเกี่ยวข้องด้วยในการปกครองไม่ยอมรับ ก็ไม่เป็นกฎหมาย”¹⁶⁸

มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่ที่ไม่ได้บังคับใช้หรือบังคับใช้ไม่ได้ทั้งหมด หรือศาลไม่บังคับใช้ให้ ดังนั้นจึงยากที่จะบอกว่าอะไรคือ “ศาล” หรืออะไรคือ “การบังคับใช้” ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายและจารีตประเพณีทางรัฐสภา (the law and custom of Parliament) ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการและสิทธิพิเศษของรัฐสภา ที่นำมาบังคับใช้และประยุกต์ใช้ในรัฐสภา แต่ไม่ได้นำมาใช้ในศาล คำตอบที่ได้แย้งอาจจะเป็นว่าสภาถือว่าเป็นศาลสูงของรัฐสภา (the High Court of Parliament) จึงถือได้ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายของศาล จึงเป็นคำตอบทางเทคนิค แต่สำหรับไดซีแล้วน่าจะหมายถึงศาลธรรมดา อย่างไรก็ตาม ศาลธรรมดาก็มีบทบาทในการแสดงถึงความมีอยู่และขอบเขต เช่นใน *Stockdale v. Hansard* ศาลบังคับใช้กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภาตามโอกาสที่เหมาะสม ใน *Bradlaugh v. Gossett* หรือ *Stourton v. Stourton* ที่ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภาเป็นหลักการที่ประยุกต์ใช้ในรัฐสภา นำมาใช้ดังเช่นกฎหมาย โดยศาล เมื่อมีโอกาสในกรณีนั้น ๆ ¹⁶⁹

¹⁶⁷ Jennings, *Cabinet Government*, p.2.

¹⁶⁸ Jenning, *The Law and the Constitution*, p.117.

¹⁶⁹ Colin Munro, “Dicey on Constitutional Conventions” : 642.

ข้อโต้แย้งต่อมาในขอบเขตของกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่ เซอร์ ไอวอร์ เจนนิง และ ศาสตราจารย์ กูดฮาร์ท แสดงให้เห็นว่ามีการบังคับใช้ทั่วไปโดยคณะกรรมการทางปกครอง (administrative tribunals) หรือองค์กรทางปกครอง (administrative authorities) และไม่ใช่โดยศาล¹⁷⁰ การวินิจฉัยทางกฎหมายของคณะกรรมการและองค์กรอื่น ส่วนมากเป็นกรณีร้องต่อศาลธรรมดา เจนนิงกล่าวว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญส่วนมากจะเกี่ยวข้องกับรัฐบาลและกฎหมายไม่ควรถูกบังคับใช้ต่อรัฐบาลทั้งหมด¹⁷¹ ข้อโต้แย้งนี้ในปัจจุบันต่างออกไป เพราะศาลรับกรณีรัฐมนตรีใช้อำนาจเกินขอบเขตบ่อยครั้งขึ้น เมื่อ the Crown Proceedings Act 1947 มีการใช้มาจนอายุเกือบ 40 ปี เจนนิงปฏิเสธการบังคับใช้กับองค์กรบริหาร ขณะบอกว่าการบังคับใช้ของศาลไม่จำเป็น ที่จริงแล้วโดยปกติจะใช้บังคับอย่างพิเศษ¹⁷² และเจนนิง วิเคราะห์ข้อบกพร่องในความเห็นของไดซีว่า “ไดซีสันนิษฐานว่ากฎหมายได้รับการเชื้อฟังเพราะถูกบังคับใช้” ดังนั้นจึงสันนิษฐานว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญได้รับการเชื้อฟัง ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นจะต้องได้รับการบังคับใช้โดยกฎหมาย¹⁷³

Sir Ivor Jennings ให้ความสนใจต่อข้อบกพร่องในคำอธิบายการรับฟังธรรมเนียมปฏิบัติของไดซี เจนนิงสรุปว่าทั้งกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติต่างได้รับการเชื้อฟังโดยมีเหตุผลเดียวกันซึ่งมีพื้นฐานที่การเห็นชอบหรือยินยอม¹⁷⁴ นั่นแสดงได้ว่ากฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติต่างก็มีรากฐานเดียวกัน ดังนั้นเจนนิงจึงสรุปว่า “รัฐธรรมนูญของประเทศขึ้นอยู่กับกรยอมรับกฎหมายรัฐธรรมนูญดังนั้นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจึงอยู่ในสถานะเดียวกัน”¹⁷⁵

2.1.2.2. ความเห็นของ E.C.S. Wade

ความเห็นของ E.S.C. Wade ที่ปรากฏในส่วนของบทนำของหนังสือที่ไดซีแต่งขึ้นใน “Introduction to the Study of the Law of the Constitution” (1975) ซึ่งได้วิจารณ์และให้ความเห็นที่แตกต่างไปจากแนวความคิดของไดซีว่า

¹⁷⁰ Jennings, The Law and the Constitution, 5th ed., p. 103-105.

¹⁷¹ Ibid, p. 131-132.

¹⁷² O. Hood Phillips and P. Jackson, Constitutional and Administrative Law, 6th ed. (London : Sweet & Maxwell, 1978), p.105.

O. Hood Phillips, “Constitutional Conventions : A Conventional Reply” : 60.

¹⁷³ Jennings, “In Praise of Dicey” 13 Public Administration, 1935 :123-130.

¹⁷⁴ Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. 127-131.

¹⁷⁵ Jennings, “In Praise of Dicey” : 346.

“ข้อสรุปของไคซีที่ว่าธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการรองรับและบังคับโดยบางสิ่งเหนือกว่าที่สาธารณชนยอมรับ คำว่า”บางสิ่ง”ของไคซี ไม่มีอะไรนอกจากอำนาจบังคับทางกฎหมาย (the force of law) สภาพบังคับที่ผลักดันให้ผู้อยู่ในวงการเมืองเชื่อฟังหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ โดยแสดงออกในรูปแบบของธรรมเนียมปฏิบัติเป็นข้อเท็จจริงที่การละเมิดจะนำผู้ละเมิดมาสู่การขัดแย้งกับศาลและกฎหมายของแผ่นดิน”¹⁷⁶

Wade เห็นด้วยกับ Jennings ต่อคำอธิบายของไคซีว่าไม่มีนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่จะยืนยันอย่างมั่นใจที่จะแยกแยะว่าอะไรเป็นรัฐธรรมนูญ อะไรเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ จึงเป็นสถานะที่อาจสันนิษฐานว่าธรรมเนียมปฏิบัติเป็นพื้นฐานของกฎหมายและเป็นกรณีและผู้พิพากษาปฏิบัติต่อธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะที่มีผลในทางกฎหมาย¹⁷⁷

Wade มองว่าที่มาประการหนึ่งของกฎเกณฑ์ของกฎหมายคือ จารีตประเพณี เช่น กฎแห่งความประพฤติที่มีพื้นฐานจากจารีตประเพณีทางสังคมหรือทางการค้าที่ศาลยอมรับฟัง ให้มีผลบังคับในเวลาปัจจุบัน กฎเกณฑ์แห่งจารีตประเพณีใหม่มีการนำมาใช้เฉพาะท้องถิ่น จารีตประเพณีในปัจจุบันไม่ได้มีความสำคัญเป็นที่มาของกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่กฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นกฎหมายมีพื้นฐานจากทางปฏิบัติที่เป็นจารีตประเพณี (The customary usages) ของฝ่ายบริหารกรณีรัฐสภาแต่ละสภาก็จะอาศัยอำนาจกิจการภายในของตนคือ “กฎหมายและจารีตประเพณีของรัฐสภา” (the law and custom of Parliament / *lex et consuetudo Parliamenti.*) ซึ่งเป็นที่มาที่สำคัญกฎเกณฑ์และวิธีปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ¹⁷⁸ ที่ระบบการปกครองแบบรัฐสภา ไม่ได้หมายถึงนิติบัญญัติที่สามารถตรากฎหมายได้ทั้งหมด แต่เป็นความร่วมมือระหว่างรัฐมนตรีและรัฐสภาโดยกฎหมายความไว้วางใจที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติและมีผลบังคับทางการเมืองมากกว่าผลบังคับทางกฎหมายความกลัวที่จะสูญเสียตำแหน่งหรือชื่อเสียง เป็นบทลงโทษที่ทำให้รัฐมนตรีพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ¹⁷⁹

ความประพฤติอาจจะไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญโดยไม่ผิดกฎหมาย แต่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญนี้การเมืองอังกฤษ ที่ปกปิดความผิดทางอาญาในผลสุดท้ายทางการเมือง เป็นการละเมิดกฎเกณฑ์ความประพฤติ ซึ่งยอมรับโดย

¹⁷⁶ E.S.C. Wade in Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, p. clxxx.

¹⁷⁷ Jennings, *The Law of the Constitution*, pp. 116-120.

¹⁷⁸ E.C.S. Wade and A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, p.13.

¹⁷⁹ *Ibid*, p.80.

มติมหาชนเช่นเดียวกับการละเมิดต่อกฎหมายอาญา รัฐมนตรีที่ถูกยับยั้งจากการใช้อำนาจเกินขอบเขตไม่เพียงโดยความเป็นไปได้ของบทลงโทษทางกฎหมาย แต่เป็นโดยหน้าที่ทางรัฐธรรมนูญที่ความประพฤติเป็นไปตามกฎหมาย เมื่อใช้การตัดสินใจทางฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้อง ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแสดงเป็นนัยได้ว่า การตัดสินใจ ไม่เป็นการไม่ชอบทางกฎหมาย แต่เป็นการขัดกับหลักการพื้นฐาน เช่น นโยบายของ รายได้ของรัฐ Inland (the Inland Revenue) รวมไปถึง ภาษี โดยตัวมันเองถือตามการพิจารณาทางปกครอง และไม่ใช้โดยกฎหมาย¹⁸⁰ หรืออาจกล่าวได้ว่า ผลของสภาพบังคับ การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติจะนำไปสู่ผลทางการเมือง มากกว่าการดำเนินการในศาลที่มีผลต่อผู้ละเมิด การปฏิเสธการลาออกของรัฐมนตรี ที่ไม่ได้รับความไว้วางใจ นำมาสู่การกระทำที่บริหารที่รัฐสภาปฏิเสธที่จะบังคับลงโทษ หรือ ไม่เอาผิด จะนำมาสู่การกระทำที่ผิดกฎหมายที่ศาลทำให้ถูกต้อง จึงจะกล่าวได้ว่าสภาพบังคับต่อรัฐมนตรีที่ไม่ปฏิบัติตาม จะพบว่าถูกดำเนินและวิจารณ์อย่างรุนแรงในทางการเมืองมากกว่าผลที่ตามมาจากการบังคับทางกฎหมาย¹⁸¹

2.1.2.3. ความเห็นของ J.D.B. Mitchell

Professor J.D.B. Mitchell เป็นนักนิติศาสตร์คนหนึ่งที่ได้คัดค้านแนวความคิดเห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีผลบังคับในทางกฎหมาย โดยได้ให้ความเห็นไว้ใน Constitutional Law (1968) ถึงธรรมเนียมปฏิบัติว่า

“ธรรมเนียมปฏิบัติไม่อาจถือได้ว่ามีความสำคัญน้อยไปกว่ากฎเกณฑ์ของกฎหมาย บ่อยครั้งที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีความสำคัญน้อยกว่าในความสัมพันธ์ต่อสาระสำคัญของกฎเกณฑ์สองชนิดซ้อนกันอยู่ในลักษณะที่ไม่อาจแยกแยะจากกันอย่างชัดเจน ธรรมเนียมปฏิบัติหลาย ๆ ประการแสดงออกซึ่งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ชัดเจน หรืออาศัยอยู่รวมเข้าด้วยกันกับกฎหมาย แนวบรรทัดฐานมีอิทธิพลในการสร้างธรรมเนียมปฏิบัติที่อาศัยอยู่ในกฎหมาย จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า กฎเกณฑ์ของกฎหมายมีความจำเป็นมากกว่าธรรมเนียมปฏิบัติ”¹⁸²

จากความเห็นของ Mitchell และ Jennings ได้แสดงถึงความผูกมัดที่เพียงพอถึงข้อเท็จจริงว่าการตรากฎหมายบางครั้งก็ได้ยอมรับถึงการดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น นายก

¹⁸⁰ Vestro V. Inland Revenue Comsrs (1980) A.C. 1148 , 1173

¹⁸¹ E.S.C. wade and A.W. Bradley , Constitutional and Administrative Law, p.96.

¹⁸² J.D.B. Mitchell, Constitutional Law , p. 34.

รัฐมนตรี, คณะรัฐมนตรี และผู้นำพรรคฝ่ายค้าน ซึ่งได้กล่าวถึงใน พระราชบัญญัติว่าด้วยรัฐมนตรีและเงินเดือนอื่น ๆ ปี 1972 (the Ministerial and other Salaries Act, 1972) จึงไม่แน่ชัดว่าทั้งหมดเป็นลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติ ยกเว้นการที่ได้ยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติในการตรากฎหมายที่ถือว่าสิ่งที่ตรานั้นเป็นกฎหมาย¹⁸³

2.1.2.4. สรุปแนวความคิด

โคซีได้แยกแยะระหว่างกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติในความแตกต่าง 7 กรณีใน Law of the Constitution ใน 4 จาก 7 กรณี¹⁸⁴ โคซีอ้างถึงการบังคับใช้ของศาล อีกกรณีหนึ่ง¹⁸⁵ โคซีแยกกฎเกณฑ์ไว้เป็นสองกลุ่ม โดยการโต้ตอบของศาลต่อการละเมิด และสองกรณีโคซีใช้คำว่า “ยอมรับ” ครั้งหนึ่ง¹⁸⁶ ที่โคซีได้รวมเอาไว้ในคำว่า “บังคับ” ข้อเสนอที่ยืนยันความเห็นของโคซีซึ่งได้ หมายความว่า “ยอมรับในฐานะเป็นกฎหมาย” (recognised as law) เป็น “ยอมรับในฐานะที่ดำรงอยู่” (recognised as existing) ซึ่งโคซีให้เหตุผลที่ต้องแยกออกเป็นสองกลุ่มว่า ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เกี่ยวพันโดยตรง แต่โคซีได้แสดงไว้ว่าอะไรเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (เช่น กฎเกณฑ์ที่ยอมรับโดยศาล) ซึ่งพบได้ในหลาย ๆ ส่วนของรัฐธรรมนูญ¹⁸⁷

แนวความคิดเห็นที่มองว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญแม้ศาลไม่ยอมรับบังคับให้มีลักษณะเป็นกฎหมายมีสภาพบังคับในทางกฎหมายได้นั้น มาจากการมองว่ากฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นกฎหมายนั้น ไม่จำเป็นต้องเกิดจากการบัญญัติของราชาธิปไตย เพราะศาลก็ไม่ได้บังคับใช้กฎหมายที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป เช่น กฎหมายปกครองที่บังคับใช้โดยคณะกรรมการทางปกครอง และขณะเดียวกันจารีตประเพณีของรัฐสภาเป็นข้อบังคับที่ใช้ในรัฐสภาไม่มีสถานะเป็นกฎหมายแต่เป็นข้อกำหนดที่ศาลบังคับให้ ดังนั้น ลักษณะของความเป็นกฎหมายไม่จำเป็นต้องเป็นสิ่งที่ศาลบังคับใช้แต่อยู่ที่การยอมรับว่ากฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับ ที่มีผลผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตาม และเมื่อธรรมเนียมปฏิบัติมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย สักดิ์ของธรรมเนียมปฏิบัตินั้นก็จะมีสภาพบังคับเสมอรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายใด ๆ ที่มีศักดิ์ของกฎหมายอยู่ในลำดับรองจาก

¹⁸³ Colin R. Munro , “Laws and Conventions Distinguished” : 224.

¹⁸⁴ Jennings, The Law of the Constitution, chap.14. pp.23-24, 422, 439, 469.

¹⁸⁵ Ibid, p.27.

¹⁸⁶ Ibid, p.417.

¹⁸⁷ Colin R. Munro “Laws and Conventions Distinguished” : 230.

รัฐธรรมนูญจะกำหนดรายละเอียดให้เป็นการชัดหรือแย้งกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น ๆ ไม่ได้ และจะบัญญัติกฎหมายใด ๆ มายกเลิกเพิกถอนธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ไม่ได้เช่นกัน

2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอังกฤษ

2.2.1. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลในทางการเมือง

ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจะถูกนำมาใช้โดยองค์กรต่าง ๆ ทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งความมีสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็จะก่อให้เกิดผลทางการเมืองขึ้น เนื่องจากการประพฤติปฏิบัติผิดไปจากแนวทางปฏิบัติปกติ อันจะก่อให้เกิดผลกระทบทางการเมืองในเรื่องนี้จะได้ศึกษาถึงผลของการนำมาใช้หรือการละเมิดเป็นอย่างไร ซึ่งจะเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในความเป็นจริง

2.2.1.1. สภาพบังคับที่มีผลต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

1) กรณีที่เป็นการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

พระมหากษัตริย์อังกฤษมีความผูกพันโดยขนบธรรมเนียมประเพณี ที่จะต้องลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว โดยทั่ว ๆ ไป ร่างกฎหมายทุกฉบับก่อนจะมีการประกาศใช้จำเป็นต้องมีพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ แต่ถ้าหากพระมหากษัตริย์ทรงปฏิเสธไม่ลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายฉบับหนึ่งผลสะท้อนในทางการเมืองก็จะมีอยู่ว่า รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดตามหลักรัฐธรรมนูญของอังกฤษ จะได้ให้นายกรัฐมนตรีนำกฎหมายนั้นออกประกาศใช้ โดยไม่ต้องมีพระปรมาภิไธย อีกประการหนึ่งพระมหากษัตริย์จะถูกประชาชนกล่าวหาว่าพระองค์ทรงเล่นการเมือง และปฏิบัติการตรงกันข้ามกับรัฐธรรมนูญในข้อที่ว่า พระมหากษัตริย์ต้องทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายทุกฉบับที่ผ่านรัฐสภาแล้ว อีกประการหนึ่ง รัฐสภาอาจจะลงมติว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำการเสื่อมเสียต่อเกียรติยศของพระมหากษัตริย์ อาจจะขออัญเชิญให้พระองค์ทรงสละราชสมบัติได้ ทั้งประชาชนกับรัฐสภาอาจจะทำให้บัลลังก์ของกษัตริย์ไม่มั่นคงได้ โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว เมื่อพระมหากษัตริย์พระราชทานความคิดเห็นลงมาแล้ว นายกรัฐมนตรีมักจะน้อมเกล้าฯ รับมาพิจารณาด้วยความเคารพส่วนจะปฏิบัติตามหรือไม่นั้น เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีอย่างเด็ดขาด¹⁸⁸

¹⁸⁸ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 62,63.

ถ้าหากองค์พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ที่เป็นหัวหน้าพรรคข้างน้อยในสภาสามัญแล้ว จะทำให้ประชาชนเข้าใจว่าทรงฝักใฝ่การเมือง เพราะองค์รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีอังกฤษนั้น พระมหากษัตริย์ทรงปกเกล้า แต่มิได้ปกครองแต่ถ้าหากไม่ปรากฏว่าพรรคใดได้เสียงข้างมาก อย่างเช่น ที่ปรากฏในการปี ค.ศ. 1924 กับ ค.ศ. 1925 นั้น ผู้ที่เหมาะสมกับตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ผู้ที่มีคุณลักษณะที่สามารถควบคุมและรักษาเสียงสนับสนุนของพรรคของตนจึงสามารถชักจูง หรือ ควบคุมเสียงสนับสนุนจากพรรคตรงกันข้าม พอเพียงจะทำของตนเป็นฝ่ายข้างมากได้ ในปี ค.ศ. 1924 กับ ค.ศ. 2425 นั้น ปรากฏว่าหัวหน้าพรรคเลเบอร์ (Labor Party) ได้รับพระราชโองการ แต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีพรรคเลเบอร์ไม่ได้เป็นฝ่ายข้างมาก¹⁸⁹

กรณีที่เป็นกรณีกำหนดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้น ส่วนมากเป็นการกำหนดบทบาทของพระมหากษัตริย์ไว้แน่นอนตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งพระมหากษัตริย์จะต้องใช้พระราชอำนาจ นั้นตามคำแนะนำและยินยอมขององค์กรที่เป็นผู้ใช้อำนาจที่แท้จริง ทำให้พระองค์ไม่มีทางเลือกอื่น ในการใช้พระบรมราชวินิจฉัยมากนัก เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่ต้องแต่งตั้งตามบุคคลที่ได้รับ เสียงข้างมากในสภา ซึ่งหากทรงไม่แต่งตั้งบุคคลนั้น ๆ แล้ว ก็อาจได้รับผลบังคับในทางสังคม หรือ บุคคลที่ทรงแต่งตั้งโดยไม่ฟังเสียงในสภานั้น อาจไม่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภาได้

2) กรณีที่เป็นกรณีกำหนดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

โดยที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นสถาบันการปกครองที่มีมายาวนานกว่าสถาบันการปกครอง ใด ๆ มาแต่โบราณ จนกระทั่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดลงโดยบทกฎหมายให้ พระมหากษัตริย์ทรงปฏิบัติ มีธรรมเนียมปฏิบัติว่าพระมหากษัตริย์ต้องไม่ยุ่งเกี่ยวในทางการเมือง แต่หากมีเหตุการณ์ในสถานการณ์ที่ไม่ปรกติก็อาจเป็นข้อยกเว้นได้ เช่น ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี กรณีที่มีพรรคการเมืองมากกว่าสองพรรค และไม่มีพรรคการเมืองพรรคใดได้คะแนน เสียงข้างมากเด็ดขาด ตรงนี้พระมหากษัตริย์จะต้องทรงขอคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีที่อยู่ใน ตำแหน่ง มีกรณีอยู่ 2 กรณีที่พระองค์จะต้องทำการตัดสินใจด้วยพระองค์เอง กรณีแรก พระองค์ไม่ ได้รับคำแนะนำเพราะนายกรัฐมนตรีถึงแก่สัญกรรมในตำแหน่ง กรณีที่สอง เกิดข้อสงสัยขึ้นว่า บุคคลใดจึงจะสามารถจัดตั้งรัฐบาลผสมได้สำเร็จ ในสถานการณ์ที่ไม่ปรกตินี้ พระมหากษัตริย์จะ ทรงไต่ถามบุคคลต่าง ๆ ผ่านราชเลขาธิการแล้วจึงทรงตัดสินใจพระราชหฤทัย¹⁹⁰ เป็นกรณีที่ไม่ได้ กำหนดจำกัดหรือบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจ เต็มที่ที่จะใช้พระบรมราชวินิจฉัย

¹⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 118.

¹⁹⁰ สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, หน้า 122.

นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่เป็นพระราชอำนาจที่อยู่นอกเหนือรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชอำนาจในการที่จะได้รับการปรึกษาหารือจากรัฐบาล จนกระทั่งเกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่านายกรัฐมนตรีจะต้องรายงานความเป็นไปในการบริหารราชการแผ่นดินให้พระองค์ทรงทราบ เมื่อทรงเห็นว่าการดำเนินงานของรัฐบาลอาจก่อให้เกิดความเสียหาย ก็จะทรงมีพระราชดำรัสเตือนต่อนายกรัฐมนตรี และหากการใดที่ทรงเห็นว่าเป็นสิ่งที่มีประโยชน์ก็จะทรงกระตุนและให้กำลังใจ และเป็นหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีที่จะนำไปปรึกษากับคณะรัฐบาลต่อไป

2.2.1.2. สภาพบังคับที่มีผลต่อองค์กรทางการเมือง

สภาพบังคับที่มีผลต่อองค์กรทางการเมืองนั้น ผลที่เกิดขึ้นจากสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจะก่อให้เกิดผลที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองหรือมีผลต่อความสัมพันธ์ทางการเมืองซึ่งผลบังคับที่กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมืองนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรใดองค์กรหนึ่งที่เป็นการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติแล้วมีผลกระทบต่อการทำงานขององค์กรอื่น รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างกันในเวลาต่อมา เช่น

1) ผลที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง

ก) ผลที่ทำให้รัฐบาลไม่ได้รับความไว้วางใจในสภาสามัญ

โดยที่เกิดมีพรรคการเมืองใหญ่ขึ้นในวงการเมืองอังกฤษ อำนาจการเลือกนายกรัฐมนตรีของพระมหากษัตริย์แทบจะไม่มี เพราะโดยหลักการแล้ว หัวหน้าทางการเมืองมีลูกพรรคอยู่ในสภาสามัญมาก ก็จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรี พระมหากษัตริย์ไม่อาจจะแต่งตั้งผู้อื่นเป็นแทนได้เพราะถ้าทรงกระทำเช่นนั้น สภาก็จะลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลหรือไม่ผ่านกฎหมายที่รัฐบาลเสนอ เมื่อได้รับความไว้วางใจหรือแพ้คะแนนเสียงในสภาสามัญแล้ว รัฐบาลก็ต้องถวายบังคมลาออกจากตำแหน่งทันที¹⁹¹ ถ้าพระราชินีแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ที่ไม่ได้รับความไว้วางใจจากเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญ นายกรัฐมนตรีอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจในสภาสามัญได้ หากรัฐบาลลาออกในภายหลัง และร้องขอให้ยุบสภา การดำเนินงานของรัฐสภาอาจเป็นอัมพาต โดยการถอนความสนับสนุน หรือปฏิเสธที่จะเห็นด้วยกับ the Army and Air Force Act¹⁹²

¹⁹¹ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 118.

¹⁹² O. Hood Phillips, Constitutional and Administrative Law, p.83.

การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลอังกฤษ เมื่อ 23 มีนาคม 2520 สืบเนื่องมาจากพรรคคอนเซอร์เวทีฟ (Conservative) ซึ่งเป็นพรรคฝ่ายค้านไม่พอใจการกระทำของนายเจมส์ คัลลาแฮน (James Callaghan) นายกรัฐมนตรีอังกฤษ หัวหน้าพรรคเลเบอร์ที่ออกคำสั่งให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเลเบอร์งดออกเสียงในญัตติซึ่งรัฐบาลเป็นผู้เสนอ อันเป็นผลทำให้รัฐบาลพ่ายแพ้ 293 ต่อ 0 ด้วยกลยุทธ์ทางรัฐสภาดังกล่าวนี้ ทำให้นางมากาเร็ต แธตเชอร์ (Margaret Thatcher) หัวหน้าพรรคคอนเซอร์เวทีฟ ขอให้สภาลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ถ้าหากว่ารัฐบาลแพ้ นายคัลลาแฮนจะต้องกราบบังคมทูลให้พระราชินีอังกฤษทรงประกาศยุบสภา และรัฐบาลจะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งภายในสองสัปดาห์ การที่หัวหน้าพรรคฝ่ายค้านขอให้สภาลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลในครั้งนี้ เพราะผลจากความไม่พอใจในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลปัจจุบัน ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม แต่ที่สำคัญคือการหวั่นเกรงเสียงประชามติของประชาชนโดยทั่วไป ปรากฏว่าพรรคฝ่ายค้านมีคะแนนนิยมเหนือกว่าพรรครัฐบาลถึงร้อยละ 16.5 ถึงแม้ว่ารัฐบาลจะมีคะแนนเสียงในรัฐสภามากกว่าพรรคคอนเซอร์เวทีฟ ถึง 32 เสียง แต่รัฐบาลอังกฤษในปัจจุบันก็เป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย นับตั้งแต่ นายคัลลาแฮนเข้ารับตำแหน่งแทนนายฮาโรลด์ วิลสัน (Harold Wilson) เมื่อปี 2514 พรรคเลเบอร์มีเสียงข้างมากในสภาทั้งหมด 3 เสียง เสียงข้างมากดังกล่าวได้ลดน้อยลงตามลำดับ ทั้งนี้เพราะสมาชิกพรรคถึงแก่กรรมบ้างลาออกบ้างและพ่ายแพ้การเลือกตั้งบ้าง จนในที่สุดรัฐบาลมีคะแนนเสียงขาดไปถึง 9 เสียง ในสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้รัฐบาลมีเสียงสนับสนุนรวมทั้งสิ้น 310 เสียง และพรรคฝ่ายค้านมีคะแนนเสียงรวมกันทุกพรรค 314 เสียง หากพรรคคอนเซอร์เวทีฟรวมกับพรรคฝ่ายค้านและเป็นกลางอื่น ๆ ได้สำเร็จ รัฐบาลก็จะประสบความพ่ายแพ้ เพื่อความอยู่รอดของรัฐบาล นายคัลลาแฮน ได้เปิดการเจรจากับหัวหน้าพรรคเล็ก ๆ เพื่อหาเสียงสนับสนุนหรือขอให้พรรคฝ่ายค้านเล็ก ๆ เหล่านี้งดออกเสียง¹⁹³ โดยรัฐบาลมีข้อตกลงระหว่างพรรคเลเบอร์กับ นายคัลลาแฮนว่ารัฐบาลจะให้ความร่วมมือในการเสนอร่างกฎหมายของพรรคเลเบอร์ ข้อตกลงนี้ทำให้สมาชิกฝ่ายซ้ายในพรรคเลเบอร์ประมาณ 80 คนเริ่มวิพากษ์วิจารณ์ และรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลของนายคัลลาแฮนคัดค้านถึง 4 นาย ซึ่งเป็นสถานการณ์ที่ไม่น่าไว้วางใจ เพราะสมาชิกฝ่ายซ้ายในพรรคเลเบอร์อาจก่อความยุ่งยากในเวลาต่อมา

โดยธรรมเนียมปฏิบัติรัฐมนตรีมักจะเป็นตัวแทนของพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาสามัญ เพราะจะทำให้ได้รับความไว้วางใจจากพรรคการเมืองของตนที่มีที่นั่งในสภาสามัญ แต่หากการแต่งตั้งรัฐมนตรีไม่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ โดยเลือกนายกรัฐมนตรีที่มีเสียงข้างน้อยในสภา นโยบายการบริหารงานต่าง ๆ ของนายกรัฐมนตรีก็จะมีผู้สนับสนุนในสภาสามัญไม่เพียงพอและอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล และมีผลให้รัฐบาลต้องลาออกจากรัฐมนตรีไปในที่สุด

¹⁹³ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 2 ฉบับที่ 14 (1-7 เม.ย., 2520) : 380.

ข) ผลที่ทำให้รัฐมนตรีต้องลาออก

รัฐมนตรี ที่ไม่ได้รับการยอมรับให้อยู่ในตำแหน่งก็ต้องลาออก เมื่อ Chancellor of the Exchequer หรือ Hugh Dalton ปล่อยปลະละเลยเปิดเผยงบประมาณลับต่อสื่อมวลชน เขาถูกอภิปรายในสภาและถูกออกจากราชการตำแหน่ง Jeremy Bray รัฐมนตรีช่วย (a junior minister) ในกระทรวงแรงงาน ในปี 1969 ลาออกจากตำแหน่งตามประกาศแต่ได้รับการปฏิเสธจากนายก ในปี 1982 Mr. Nicholas Fairbairn เป็น solicitor-General ของ สก็อตแลนด์ ลาออกภายหลังทำความเห็นต่อหนังสือพิมพ์ฉบับล่วงหน้าในข้อความที่สำคัญของ Lord Advocate ต่อรัฐสภา¹⁹⁴

ในปี 1982 the Foreign Secretary , Lord Carrington ได้ลาออกซึ่งเป็นผลตามมาจาก การรุกรานอาเจนตินาของหมู่เกาะฟอล์กแลนด์ (the Falkland Islands) เมื่อเกิดการวิจารณ์ของความล้มเหลวในการคาดการณ์วิกฤตการณ์ล่วงหน้าของรัฐบาล ซึ่งกระทรวงของเขาต้องรับผิดชอบ ในปี 1986 Mr. Leon Brittan ซึ่งเป็น the Secretary of State for Trad and Industry กลายมาเป็น รัฐมนตรีคนที่สองที่ลาออกภายหลังความแตกต่างภายในรัฐบาลเหนือ the helicopter make westland ซึ่ง Mr. Michael Heseltine ลาออกเพราะไม่เห็นด้วยกับการจัดการในเรื่องดังกล่าว Mr. Brittan จึงรับผิดชอบต่อการลาออกนั้นในเวลาต่อมา เมื่อเขาต้องรับผิดชอบต่อการรั่วไหลของการให้คำแนะนำโดย the Solicitor General¹⁹⁵

ผลที่ตามมาจากการละเมิดกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายของ รัฐธรรมนูญการสูญเสียตำแหน่ง เป็นผลที่ตามมาจากการบังคับของมติมหาชนหรือปรับภัยทางการเมืองอาจบังคับให้คิดอย่างรอบคอบ เช่น ในปี 1968 ผู้พิพากษาชาวสก็อต ร่วมในคณะกรรมการที่สร้างขึ้น โดยพรรคอนุรักษ์ (the Conservation party) ตัดสินใจลาออกมากกว่ามีอคติต่อ การทำงานของกรรมการในกรณีนี้ผลลับมีอิทธิพลต่อการตั้งกฎเกณฑ์ ผลที่ตามมาจากการกล่าวหาอย่างรุนแรงหรือผู้เตือนความจำไม่ปฏิบัติอย่างเดียวกันในอนาคต โดยบุคคลหนึ่งที่มี ตำแหน่งบังคับกฎเกณฑ์ เช่น ใน พฤศจิกายน 1974 นายกรัฐมนตรี 3 คน ที่สนับสนุนฝ่ายนโยบายรัฐบาลเรื่อง อาฟริกาใต้ ของ the National Executive of the Labour Party¹⁹⁶

¹⁹⁴ H.C. Ded. , 21 January 1982 , col. 423. : E.C.S. Wade and A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, p.24.

¹⁹⁵ Colin R. Munro, "Laws and Conventions Distinguished" : 37.

¹⁹⁶ E.C.S. Wade and A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, p.26.

รัฐมนตรีจะต้องมีความรับผิดชอบต่อคณะรัฐมนตรี หากรัฐมนตรีนำความลับไปเปิดเผย คำนินนโยบายผิดพลาด หรือ มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสม รัฐมนตรีคนนั้นก็ต้องรับผิดชอบต่อคณะรัฐมนตรีโดยการลาออกจากตำแหน่งด้วย

ค) ผลที่ทำให้นายกรัฐมนตรีตัดสินใจยุบสภา

ปี 1907 นายเคมเบล เบนเนอร์แมน (Mr. Campbell Bannerman) นายกรัฐมนตรีประกาศแนวทางอันเป็นเจตนารมณ์ของประชาชน ผ่านสภาผู้แทนซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งทำให้สภาสามัญมีอำนาจเหนือกว่า การที่จะเปลี่ยนแปลงหรือปฏิเสธร่างกฎหมายของสภานางจะเป็นไปได้ยากขึ้น ซึ่งเป็นการจำกัดให้มีสภาสามัญเป็นสภาเดียวที่เป็นผู้รับร่างกฎหมาย การปฏิเสธร่างกฎหมายการเงิน ปี 1909 ของสภานาง ทำให้เป็นการทำทนายประเพณีที่ยาวนานที่สภาสามัญมีอำนาจพิจารณากฎหมายทางการเงิน และยังทำให้การบริหารประเทศของรัฐบาลไม่เป็นที่พอใจตามเป้าหมายที่วางไว้ นายกรัฐมนตรี นายแอสควิธ (Mr. Asquith) จึงได้คัดค้านอย่างรวดเร็ว ในกำหนด 3 วันสภาสามัญจะต้องมีมติผ่านร่างกฎหมาย และมีผลกระทบต่อการปฏิบัติของสภานางว่าเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและแย่งสิทธิของสภาสามัญ รัฐบาลจึงยุบสภา จนกระทั่งต่อมามีการร่างพระราชบัญญัติรัฐสภา ที่นายแอสควิธได้ลากเส้นจำกัดอำนาจสภาสูง และเสนอให้กษัตริย์ George V แต่งตั้งขุนนางตามความจำเป็น และต่อมาสภานางก็ผ่านร่างกฎหมายนี้และกลายเป็นกฎหมายใน 18 สิงหาคม 1911¹⁹⁷

ต่อมาในปี 1930 คณะรัฐมนตรีตัดสินใจยุบสภาสามัญ และให้มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ในปี 1930 รัฐบาลพรรคลิเบอร์ลชนะการเลือกตั้งอีก คณะรัฐมนตรีลิเบอร์ลจึงเสนอร่างกฎหมายนี้ต่อรัฐสภาอีก เมื่อผ่านสภาสามัญไปแล้วก็ไปถึงสภานาง สภานางจึงขอมอนุมัติร่างกฎหมายนั้น โดยเข้าใจว่า ประชาชนมอบหมายอำนาจให้แก่รัฐบาลพรรคลิเบอร์ล ดังนั้นคณะรัฐมนตรีจึงเสนอร่างกฎหมายสำคัญ คือ Parliament Bill 1930 เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายแล้ว ได้มีการประชุมพรรคการเมืองต่าง ๆ (all-party conference) เพื่อให้สนับสนุนร่างกฎหมายนี้ แต่พรรคการเมืองอื่น ๆ ไม่สนับสนุน คณะรัฐมนตรีเห็นว่า ในการเสนอร่างกฎหมาย Parliament Bill นี้ ก็เพื่อปฏิรูปสภานาง จึงจำเป็นต้องขอมติของประชาชนอีกครั้งหนึ่งว่าเห็นด้วยหรือไม่ ดังนั้นคณะรัฐมนตรีจึงยุบสภาและจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ ในเดือนธันวาคม 1930 ซึ่งเป็นการขอให้ประชาชนได้พิจารณาการปฏิรูปสภานาง ถ้าหากเห็นด้วยขอให้ออกเสียงสนับสนุนสมาชิกพรรคลิเบอร์ลด้วย ปราบกฎผลการเลือกตั้งว่า พรรคลิเบอร์ลชนะการเลือกตั้งอีก จึงได้มีการเสนอ Parliament Bill อีกครั้ง เมื่อผ่านสภาสามัญไปแล้วสภานางก็ยอมผ่านร่างกฎหมายนั้นให้ แต่ทั้งนี้หลังจากที่พระมหากษัตริย์

¹⁹⁷ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution ,p.34-5.

ทรงยินยอมมีพระบรมราชโองการ แต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางขึ้นใหม่ให้พอชนะในสภาขุนนางได้ สภาขุนนางอนุมัติร่างกฎหมายฉบับนี้ด้วย คะแนนเสียง 131 ต่อ 134 ซึ่งได้กลายมาเป็น Parliament Act 1933¹⁹⁸

รัฐบาลพรรคเลเบอร์ของอังกฤษได้ประกาศยุบสภา เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2522 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ในวันที่ 3 พฤษภาคม 2522 ภายหลังจากที่รัฐบาลแฟมดีไม่ว่างใจของพรรคคอนเซอร์เวทีฟ พรรคลิเบอรัล และพรรคชาตินิยมสก๊อต (Scottish Nationalist Party) ด้วยคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจ 311 : 310 คะแนน ทั้งนี้ นับเป็นครั้งแรกในรอบ 55 ปี ที่รัฐบาลอังกฤษไม่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา และรัฐบาลต้องประกาศยุบสภาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ เนื่องจากรัฐบาลพรรคเลเบอร์ เป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย นายคัลลาแฮน จึงใช้วิธีประนีประนอมกับพรรคการเมืองเล็ก ๆ เพื่อประคับประคองให้รัฐบาลบริหารประเทศได้ อย่างไรก็ตามยังมีอีกสาเหตุหนึ่งที่ก่อให้เกิดความยุ่งยากแก่รัฐบาลในเวลาต่อมา คือการลงประชามติของประชาชนในสก๊อตแลนด์และเวลส์ เพื่อสิทธิในการปกครองตนเอง แต่ปรากฏว่านโยบายของรัฐบาลในเรื่องนี้ประชาชนชาวเวลส์ได้ลงมติไม่เห็นด้วย ส่วนการลงประชามติในสก๊อตแลนด์ปรากฏว่าฝ่ายต้องการปกครองตนเองได้รับชัยชนะต่อฝ่ายค้านด้วยคะแนนเสียงเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งทำให้นายคัลลาแฮนไม่สามารถตัดสินใจปัญหาการปกครองตนเองของสก๊อตแลนด์ได้ ทำให้เกิดความไม่พอใจแก่พรรคชาตินิยมสก๊อต เสนอมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ส่วนพรรคลิเบอรัลก็ได้แสดงก่อนหน้านี้อแล้วว่า จะไม่สนับสนุนรัฐบาลต่อไปอีก หลังจากนั้นนายคัลลาแฮนได้เข้าเฝ้าสมเด็จพระราชินีอลิซาเบธที่ 2 (Elizabeth II) ในวันรุ่งขึ้นเพื่อให้พระองค์ประกาศยุบสภา และการยุบสภาได้เป็นไปโดยอัตโนมัติตามคำแนะนำของรัฐบาล¹⁹⁹

ในการผ่านร่างกฎหมายการเงิน โดยธรรมเนียมปฏิบัติเป็นอำนาจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมายต่อสภาสามัญ และสภาสามัญซึ่งเป็นสภาที่มีเสียงส่วนใหญ่ของพรรคฝ่ายรัฐบาล จะเป็นผู้พิจารณาร่างกฎหมายการเงินเท่านั้น สภาขุนนางเพียงแต่พิจารณาว่าจะรับหรือไม่รับเท่านั้น ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขร่างได้ แต่ก็เป็นที่ธรรมเนียมปฏิบัติว่าสภาขุนนางจะไม่ยับยั้งร่างกฎหมาย เมื่อสภาขุนนางยับยั้งร่างกฎหมายการเงิน นอกจากนี้ยังมีกรณีที่รัฐบาลเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อย จึงเป็นผลทำให้รัฐบาลตัดสินใจยุบสภาในที่สุด

¹⁹⁸ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 82.

¹⁹⁹ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 19 (4-10 พฤษภาคม 2522) : 445-446.

2) ผลที่กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง

ก) ผลที่ทำให้สภาขุนนางรับร่างกฎหมายการเงินเสมอ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่สภาขุนนางอาจปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติการเงินได้ในศตวรรษที่ 19 ในทางปฏิบัติสภาขุนนางก็จะละเว้นที่จะปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับงบประมาณ โดยเฉพาะ สภาขุนนางได้ละเมิดประเพณีนี้ในปี 1860 ก่อนหน้านั้นมีประเพณีที่จะแยกเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณออกเป็นหลายฉบับ ในปีนั้นสภาขุนนางได้ปฏิเสธร่างพระราชบัญญัติ Paper Duties Repeal Bill นายเกลดสโตน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในเวลานั้น จึงได้รวมข้อเสนอการใช้จ่ายเงินงบประมาณเป็นร่างพระราชบัญญัติการเงินฉบับเดียว และได้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ต่อสภาขุนนางอีกครั้ง เพื่อให้สภาขุนนางพิจารณาว่าจะรับหรือไม่ เพราะในขณะนั้นมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าสภาขุนนางไม่สามารถแก้ไขพระราชบัญญัติการเงิน ซึ่งในที่สุดสภาขุนนางตกลงผ่านร่างพระราชบัญญัติฉบับนั้น ด้วยเหตุที่ไม่ต้องการขัดแย้งกับสภาสามัญในเรื่องการเงิน²⁰⁰

เมื่อการตัดสินใจของสภาของรัฐบาลได้เกิดขึ้นภายหลังจากที่สภาขุนนางได้ยับยั้งร่างกฎหมายและเป็นผลทำให้มีการพยายามร่างกฎหมายออกมาจำกัดอำนาจสภาขุนนางในการพิจารณาร่างกฎหมายการเงินแล้วนั้น เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายการเงินในเวลาต่อมา สภาขุนนางก็มักจะผ่านร่างกฎหมายนั้นเสมอ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างองค์กร

ข) ผลที่มีต่อทางปฏิบัติในการร่างกฎหมาย

รัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้หลักปฏิบัติ ที่รัฐสภาไม่เรียกประชุมมากกว่าหนึ่งปี ทำให้ละเลยการผ่านร่างกฎหมาย the Army (Annual) Act ซึ่งเป็นการละเมิดต่อธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงหรือปฏิกริยาตอบโต้การละเมิดอย่างรุนแรง นอกจากนี้กฎเกณฑ์ที่กำหนดให้ร่างกฎหมายจะต้องผ่านการพิจารณาหลายครั้งก่อนที่จะผ่านกฎหมายนั้น แม้ว่าจะมีหลักการทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดขึ้น แต่ธรรมเนียมปฏิบัติอาจไม่ได้รับการเชื่อฟังโดยทำให้รัฐบาลขัดแย้งกับกฎหมาย รัฐมนตรีที่เสนอให้สภาสามัญผ่านพระราชบัญญัติ เช่น the Habeas Corpus Act ภายหลังจากที่รัฐสภาได้พิจารณาเพียงครั้งเดียว หรือผู้ซึ่งชักนำสภาให้เปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ในเรื่องจำนวนการพิจารณา จะไม่มีโอกาสได้แสดงข้อโต้แย้งกับ the ordinary tribunals รัฐมนตรีได้รับเสียงสนับสนุนและได้ผ่านกฎหมาย the Army (Annual) Act ก็จะมียุติการประชุมสภา

²⁰⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า135.

และยังคงปฏิบัติหน้าที่ ภายหลังรัฐบาลได้สงวนไว้ซึ่งความไว้วางใจของสภาสามัญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดการไม่ได้รับความนิยมน้อยลงได้ แต่ไม่จำเป็นต้องละเมิดกฎหมาย²⁰¹

เมื่อรัฐสภาไม่เรียกประชุม ทำให้กฎหมายที่รัฐบาลเสนอไม่อาจผ่านการพิจารณาจากรัฐสภาได้ หากร่างกฎหมายที่ต้องการผ่านนั้นเป็นเรื่องสำคัญ การที่รัฐบาลได้ดำเนินการตามนโยบายตามร่างกฎหมายนั้น อาจเป็นการละเมิดกฎหมาย และเป็นการฝ่าฝืนต่อรัฐธรรมนูญ การผ่านร่างกฎหมายในกรณีตัวอย่างนี้จึงต้องผ่านร่างกฎหมายเพียงครั้งเดียวจากสภาสามัญ และการละเลยของรัฐสภา เป็นผลทำให้เกิดการโต้แย้งและปฏิกริยาตอบโต้ รัฐสภาจึงต้องมีการเรียกประชุมทุกปีอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง และในบางกรณี อาจผ่านร่างกฎหมายในสภาใดสภาหนึ่ง

2.2.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อโครงสร้างหรือบทบัญญัติกฎหมาย

ธรรมเนียมปฏิบัติพัฒนาอยู่ในปริมนทลของรัฐธรรมนูญที่สุด กฎหมายเป็นเพียงโครงสร้างที่คนนำมาปฏิบัติ และเติมในส่วนที่เป็นช่องว่าง ผู้ซึ่งตัดสินสร้างแนวบรรทัดฐานที่ให้อื่นอื่นเดินตาม เมื่อมีการปฏิบัติตามนานเพียงพอ ก็จะมีศักดิ์สิทธิ์และความรับผิดชอบตามแต่ละสมัย โครงสร้างทางกฎหมายในปัจจุบันเป็นไปตามสภาวะที่ทันสมัย กฎหมายจะสร้างวิธีปฏิบัติและวิธีปฏิบัติจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และโครงสร้างทางกฎหมายส่วนมากเคารพต่อต้นแบบสมัยก่อน แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงโดยทางนิติบัญญัติ ศาลวางหลักกฎหมายก็คล้ายกับเมื่อสามศตวรรษที่แล้วมา การเปลี่ยนแปลงจากระบบกษัตริย์มาเป็นระบบรัฐสภาหรือ การยอมรับถึงสิทธิของสภาตุกรวมอยู่ในกฎหมาย²⁰² ที่แม้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายหรือมีผลเป็นกฎหมายที่ศาลจะบังคับให้ แต่ก็อาจปฏิเสธได้ว่าผลของสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีผลต่อโครงสร้างหรือบทบัญญัติกฎหมายทั้งในแง่ที่มีการนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย ทำให้มีผลกระทบบังคับให้มีการเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย ตลอดจนผลที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมายในอังกฤษ

²⁰¹ A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p.27.

²⁰² Sir Ivor Jennings, Cabinet Government, p.2.

2.2.2.1. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการนำเอาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย

กรณีที่มีการนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย จะเป็นกรณี que que ที่ธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ มีความสำคัญมาก อันเป็นผลทำให้การนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายนั้นสามารถนำธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องนั้นมาใช้ได้อย่างได้ทั่วไปอย่างเป็นกฎหมาย และศาลก็สามารถนำมาใช้ได้ โดยการอ้างด้วยทฤษฎีที่มีมีการนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติ

ความสัมพันธ์ของการปกครองโดยกฎหมายและเป็นส่วนหนึ่งของธรรมเนียมปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น ความสัมพันธ์ระหว่างสภาสามัญและสภาขุนนางซึ่งกำหนดบางส่วนโดยบทบัญญัติ the Parliament Acts of 1911 and 1949 และเป็นส่วนหนึ่งของธรรมเนียมปฏิบัติที่ปฏิบัติกันมาจนเคยชิน เช่นเดียวกันความสัมพันธ์ของประเทศสมาชิกในเครือจักรภพก็มีวิธีการพื้นฐานที่กำหนดโดย the Statute of Westminster แต่แนวทางอื่น ๆ ก็ขึ้นกับข้อตกลงหรือสนธิสัญญาต่าง ๆ ซึ่งในบางครั้งก็อ้างถึงอารัมภบทของพระราชบัญญัติ²⁰³

1) The United Kingdom Parliament Act of 1911

ในธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศอังกฤษ มีหลักการหนึ่งว่า สภาขุนนางจะไม่ยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านสภาสามัญขึ้นมา แต่สภาขุนนางอังกฤษได้ฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติเรื่องนี้โดยการยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านมาจากสภาสามัญ โดยเฉพาะร่างกฎหมายทางการเงินในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ส่งผลให้เกิดการตรา The Parliament Act 1911 ขึ้น โดยการนำธรรมเนียมปฏิบัติข้างต้นมาบัญญัติ เพื่อตัดอำนาจการยับยั้งร่างกฎหมายของสภาขุนนางไปในที่สุด

เหตุการณ์ที่นำไปสู่ The Parliament Act, 1911 เมื่อพรรคเสรีนิยมได้ชัยชนะปี 1895 ต่อมาอีก 11 ปี พรรคอนุรักษนิยมได้เข้าบริหารแต่สภาขุนนางคาดว่าจะมีแนวทางคล้ายกันในปี 1906 เมื่อรัฐบาลเสรีนิยมกลับมาด้วยเสียงส่วนใหญ่ในสภาสามัญถึง 240 มากกว่าพรรคอื่น ๆ ทั้งหมด นายบอลเฟอร์ (Mr. Balfour) ประสบความสำเร็จในการปราศรัยว่าเขาจะใช้ สภาขุนนางปกครองประเทศ เมื่อเขาพิจารณาว่าสภาสามัญที่มีพรรคเสรีนิยมเป็นเสียงข้างมากนั้นจะไม่เป็นผลดี ระหว่างปี 1906 และ 1910 18 จาก 210 ร่างกฎหมายของรัฐบาลตกไป โดยผ่านการปฏิเสธทั้งหมดหรือวาระ

²⁰³ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.4.

ประชุมที่รุนแรง ที่ตกไป 5 ฉบับถือเป็นร่างกฎหมายสำคัญ โดยเฉพาะร่างกฎหมายการเงินงบประมาณปี 1909²⁰⁴

พระราชบัญญัติรัฐสภา ค.ศ.1911 มีสาระสำคัญเพื่อแก้ไขอำนาจของสภาขุนนาง ดังนี้²⁰⁵

1. กฎหมายนี้ถือได้ว่าเป็นการยกเลิกอำนาจของสภาขุนนางในเรื่องอนุมัติงบประมาณหรือกฎหมายการเงิน โดยกำหนดว่า ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน เมื่อผ่านสภาสามัญแล้วให้เสนอสภาขุนนางอย่างน้อยหนึ่งเดือนก่อนหมดสมัยประชุม หากไม่ได้รับการอนุมัติ ให้ถือว่าเป็นกฎหมายของรัฐสภา สภาขุนนางจึงไม่มีอำนาจในการอนุมัติงบประมาณและทำได้เพียงชะลอการผ่านร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินเท่านั้น

โดยเหตุที่พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ให้ความหมายของร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินชัดเจน จึงเป็นอำนาจของประธานสภาสามัญที่จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน คำชี้แจงของประธานสภาถือเป็นเด็ดขาด จะนำขึ้นอุทธรณ์ต่อศาลมิได้

2. หากเป็นร่างกฎหมายประเภทอื่น ที่มีใช้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน อำนาจสภาขุนนางจากที่เคยมีอำนาจยับยั้งโดยเด็ดขาด (absolute vote power) มาเป็นอำนาจยับยั้งได้ชั่วคราว (suspensivew vote power) ภายในระยะเวลา 2 ปี คือ จะมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายหลังจากมีสภาขุนนางยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวครบสองปี ซึ่งเป็นผลจากทางปฏิบัติ หากร่างกฎหมายใดผ่านการพิจารณาจากสภาสามัญ 3 ครั้งใน 3 สมัยประชุมติดต่อกันแล้วผ่านไป 2 ปี เมื่อมีการพิจารณาวาระที่สองครั้งแรกกับวาระที่สามครั้งสุดท้ายแล้ว ให้ถือว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายของรัฐสภา โดยไม่จำเป็นต้องมีการอนุมัติของสภาขุนนาง

3. พระราชบัญญัติลดอายุสภาสามัญจาก 7 ปี ลงเหลือเพียง 5 ปี โดยห้ามมิให้เสนอร่างพระราชบัญญัติเพื่อต่ออายุสภาให้ยาวขึ้น และไม่อาจนำไปปรับใช้กับร่างกฎหมายอื่นที่จะเป็นการขยายอายุการดำรงตำแหน่งของรัฐสภาได้

พระราชบัญญัติรัฐสภา ค.ศ. 1911 ทำให้สภาสามัญมีอำนาจสูงสุด แต่ก็ยังคงเหลือ อำนาจไว้ให้สภาขุนนางอยู่ไม่น้อย จริงอยู่สภาขุนนางไม่อาจปฏิเสธร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินและไม่อาจยับยั้งร่างกฎหมายสาธารณะได้เกินกว่า 2 ปี แต่ถ้าวางกฎหมายนั้นยับยั้งไว้ 2 ปีก็อาจจะไม่มี

²⁰⁴ J. Harvey and L. Bather , The British Constitution , p.33-34.

²⁰⁵ คณิน บุญสุวรรณ, การเมืองและการปกครองของอังกฤษ, หน้า 113.; เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, การปกครองสหรัฐอเมริกา, หน้า 82-3.

ประโยชน์ต่อไปแล้วก็ได้อันอาจเป็นผลร้ายต่อประเทศชาติ นอกจากนั้นสภาขุนนางยังอาจจะแก้ไขร่างพระราชบัญญัติ และบังคับให้สภาสมาชิกยอมรับการแก้ไขซึ่งสภาขุนนางไม่พอใจ มิฉะนั้นจะถูกขับยั้งไว้ 2 ปี รัฐบาลพรรคเลเบอร์ระหว่าง ค.ศ. 1929 - 31 ก็เคยเผชิญกับการถูกบังคับเช่นนั้นหลายฉบับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง The Coal Mine Act of 1930 และระหว่าง ค.ศ. 1945-50 ก็ได้เผชิญกับการคัดค้านเกี่ยวกับการโอนอุตสาหกรรมเหล็กกล้าเป็นของรัฐ รัฐบาลพรรคเลเบอร์จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติจำกัดอำนาจสภาขุนนางอีกครั้งหนึ่งในปี 1949 เรียกว่า Parliament Act of 1949 แก้ไข Parliament Act of 1911 ให้สภาขุนนางยับยั้งร่างกฎหมายที่ผ่านสภาสมาชิกได้เพียง 1 ปี²⁰⁶ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รับการแก้ไขอีกครั้งหนึ่งในปี 1949 โดยพระราชบัญญัติ Parliament Act 1949 ซึ่งตัดอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของสภาขุนนางจาก 2 ปี เหลือเพียงปีเดียว²⁰⁷

จะเห็นได้ว่า การที่สภาขุนนางละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทั่วไปที่ไม่ขัดขวางนโยบายของรัฐบาลที่ได้รับการเลือกตั้งด้วยเสียงส่วนใหญ่ในสภาสมาชิก และธรรมเนียมปฏิบัติพิเศษที่เป็นเรื่องเฉพาะที่มีสาระสำคัญของการเงินระดับชาติต่อการตัดสินใจของสภาสมาชิก ผลที่ตามมา การเลือกตั้งทั่วไปสองครั้งต่อมา สภาขุนนางเสียอำนาจในเรื่องกฎหมายการเงิน ผลที่ตามมาจากการละเมิดต่อธรรมเนียมปฏิบัติก็ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย ดังนั้น พระราชบัญญัติรัฐสภา จึงเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อจำกัดแต่ตัดอำนาจของสภาขุนนาง โดยมีเหตุจากการที่สภาขุนนางไม่ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวกับร่างกฎหมายที่สำคัญ และอาจมีผลกระทบต่อการบริหารประเทศ จึงต้องนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

2) The Statute of Westminster 1931

ในส่วนที่ 4 ของ the Statute of Westminster 1931 ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่กลายเป็นกฎหมายในอังกฤษ กำหนดว่า ไม่มีพระราชบัญญัติใดของรัฐสภาอังกฤษขยายไปเป็นกฎหมายของต่อเครือจักรภพ หากไม่ได้รับการยอมรับจากอาณานิคม โดยกำหนดไว้ชัดเจนในพระราชบัญญัตินั้น ๆ²⁰⁸ ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัตินี้เป็นส่วนที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนในส่วนอารัมภบท ที่กำหนดถึงบทบาทรัฐสภาอังกฤษที่จะไม่ตรากฎหมายบังคับใช้แก่ประเทศในเครือจักรภพเว้นแต่จะได้รับการร้องขอ นอกจากนี้ The Statute of Westminster 1931 ได้บัญญัติเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสู่ราชบัลลังก์อังกฤษในความสัมพันธ์ระหว่างอังกฤษกับประเทศในเครือจักรภพไว้

²⁰⁶ A Michael Stewart, *The British Approach to Politics*, (London : George Allen & Unwin Ltd., 1967), pp. 111-112. อ้างถึงใน วิทยา นภาศิริกุลกิจ , *ระบบการเมืองอังกฤษ*, หน้า 95.

²⁰⁷ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, *การปกครองสหรัฐอเมริกา*, หน้า 83.

²⁰⁸ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.50-51.

ในส่วนของอาร์มกบทว่าจะต้องได้รับการยอมรับจากประเทศในเครือจักรภพเช่นเดียวกันกับในอังกฤษ

โดย the Statute of Westminster, 1931 มีสาระสำคัญคือ

1. การกิจทางการบริหาร ผู้สำเร็จราชการถือว่าเป็นผู้แทนของพระมหากษัตริย์อังกฤษ มิใช่เป็นผู้แทนของรัฐบาลอังกฤษ การแต่งตั้งจะทำโดยมีการปรึกษาหารือเป็นกึ่งราชการกับคณะรัฐมนตรีของประเทศโดมิเนียนนั้น ๆ และอาจจะเลือกแต่งตั้งจากคนชาติของโดมิเนียนเอง (ซึ่งบัดนี้ก็ทำกันเป็นปกติก็ว่าได้แล้ว) แต่ก่อนนั้นมีความเอนเอียงในการตั้งบุคคลสำคัญของอังกฤษให้เป็นผู้สำเร็จราชการประเทศโดมิเนียน ซึ่งอาจจะเป็นบุคคลชั้นสูง หรือสมาชิกของแห่งพระราชวงศ์ หรือนายทหารผู้ยิ่งใหญ่ ซึ่งได้ทำคุณประโยชน์แก่ประเทศชาติมามาก เช่น จอมพลอเล็กซานเดอร์ (ผู้สำเร็จราชการแคนาดา ระหว่าง ค.ศ. 1946-1952) จอมพลสลิม (ผู้สำเร็จราชการออสเตรเลีย ระหว่าง ค.ศ. 1953-1959)

2. การกิจการออกกฎหมาย เวสต์มินสเตอร์ได้ทำให้สิ้นสุดลงซึ่งลำดับความต่ำสูงระหว่างกฎหมายอังกฤษกับกฎหมายของโดมิเนียน เพราะจนกระทั่งถึง ค.ศ. 1931 นั้นกฎหมายของโดมิเนียนจะยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายของอังกฤษไม่ได้ รัฐธรรมนูญเวสต์มินสเตอร์ได้บัญญัติว่ากฎหมายที่เรียกว่า Colonial Laws Validity Act ค.ศ. 1865 จะไม่ใช่บังคับแก่กฎหมายที่ประเทศโดมิเนียนจะบัญญัติขึ้นในอนาคต และเช่นเดียวกันกฎหมายใด ๆ ของอังกฤษจะไม่มีผลเกี่ยวกับกฎหมายภายในของโดมิเนียนเลย หากมิได้รับความยินยอมของโดมิเนียน

3. การกิจในทางการตุลาการ รัฐธรรมนูญเวสต์มินสเตอร์ ได้กล่าวถึงการจัดตั้งศาลพิเศษสำหรับพิจารณาการแตกต่างหรือการพิพาทระหว่างสมาชิกของจักรภพด้วยกัน (แต่องค์กรนี้ไม่เคยถูกจัดตั้งขึ้นเลย)²⁰⁹

กฎหมายนี้เป็นส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเครือจักรภพ ซึ่งมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าอังกฤษจะไม่ใช่อำนาจตรากฎหมายใดที่บังคับใช้ในอังกฤษมาใช้กับเครือจักรภพหรือตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประเทศเครือจักรภพ หากไม่ได้รับความยินยอมจากประเทศนั้น ๆ เสียก่อน ซึ่งอังกฤษมีอำนาจทำเช่นนั้นได้แต่ธรรมเนียมปฏิบัติจำกัดอำนาจนั้น และได้รับการบัญญัติเป็น the Statute of Westminster ในเวลาต่อมา

²⁰⁹ ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 586.

3) The British North America Act 1867

The British North America Act เป็นบทบัญญัติที่เป็นพื้นฐานของรัฐธรรมนูญแคนาดา ประกาศว่าแคนาดาเป็นประเทศที่มีหลักการทางรัฐธรรมนูญคล้ายกับสหราชอาณาจักร ดังนั้นการอ้างธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับรัฐสภาจำนวนหนึ่งจึงมีความสำคัญ²¹⁰

พื้นฐานที่ยืนยันความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติแสดงการไม่ยอมรับ the patriation of the Canadian Constitution in 1980-1 การโต้แย้งซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของลักษณะทางกฎหมาย ได้แสดงถึงธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ ที่ต้องการความเห็นชอบของภูมิภาคแคนาดาก่อนที่รัฐบาลมลรัฐจะร้องขอรัฐสภาอังกฤษให้แปรญัตติ the British North America Act ในทางที่ส่งผลต่ออำนาจของโครงสร้างภูมิภาคและมลรัฐของแคนาดา สิ่งที่ได้โดยปกติแล้วจะเป็นมติในการตัดสินใจของศาลสูงแคนาดาที่ยึดตามธรรมเนียมปฏิบัติที่ยังคงมีอยู่ในแคนาดา โดยมีพื้นฐานอยู่บนตัวอย่างหรือแบบอย่างที่มีมาก่อน (precedent) ข้อตกลงที่กำหนดเฉพาะ (วิธีปฏิบัติที่นำเอกสารทางราชการออกเกี่ยวกับการแก้หรือแปรญัตติรัฐธรรมนูญ ในปี 1965) และหลักการ (ธรรมเนียมปฏิบัติที่จำเป็นเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสมดุลของการแบ่งแยกอำนาจของมลรัฐในแคนาดา)²¹¹ กฎหมายนี้จึงได้แสดงถึงความสัมพันธ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษที่มีต่อประเทศแคนาดา ที่กำหนดเป็นโครงสร้างพื้นฐานของกฎหมายของแคนาดา

2.2.2.2. สภาพบังคับที่มีผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย

พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี พระราชอำนาจในการยุบสภา ฯลฯ พระราชอำนาจเหล่านี้เป็นพระราชอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ว่าให้กระทำได้โดยพระมหากษัตริย์ แต่ในทางปฏิบัติแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงไม่มีพระราชอำนาจเช่นนั้น เพราะทรงต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของรัฐมนตรี และพระราชอำนาจบางประการ เช่น การประกาศสงคราม พระองค์ก็ใช้อำนาจนั้น โดยพระองค์เองไม่ได้ ต้องอาศัยความยินยอมของรัฐสภา

ไดซีได้แสดงถึงสภาพบังคับทางกฎหมายของธรรมเนียมปฏิบัติ กฎเกณฑ์ที่ผลักดันให้มีการประชุมสามัญประจำปีของรัฐสภาเพื่อที่จะผ่าน the Appropriation and Finance Bills ซึ่งไม่ได้แสดงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ต้องการการประชุมสามัญประจำปีของรัฐสภา the Triennial Act 1694 ต้องการให้รัฐสภาประชุมทุกสามปี แต่วิธีปฏิบัติในนิติบัญญัติเกี่ยวพันกับงบประมาณ

²¹⁰ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.14.

²¹¹ Ibid ,p.9.

สาธารณะและส่วนของการภาษีที่สำคัญซึ่งต้องผ่านสำหรับหนึ่งปีและต้องเปลี่ยนใหม่ทุกปี เป็นที่แน่นอนว่าสมัยประชุมของรัฐสภาอย่างน้อยหนึ่งครั้งต่อปี โดยมีอำนาจตามกฎหมายในการงบประมาณและรวบรวมภาษีเงินได้²¹²

กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญหน้าที่ต่างตอบแทนด้วย ผลที่ตามมาประการหนึ่งในการละเมิดอาจเป็นการปลดปล่อยข้าราชการจากข้อจำกัดที่ผูกมัดพวกเขา เมื่อคณะรัฐมนตรีของ นายเอียน สมิท (Ian Smith) ในปี 1965 ประกาศอิสรภาพของ โรดเซีย (Rhodesia) ฝ่ายเดียว (Unilateral Declaration of Independence - UDI) ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบในฐานะประเทศอาณานิคมของ อังกฤษ โอนไปยังผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ของโรดเซีย (the Governor – General of Rhodesia) ได้ไม่ยอมรับคณะรัฐมนตรี ทั้งหมด the Southern Rhodesia Act 1965 ผ่านที่ Westminster เพื่อทำให้รัฐบาลมีอำนาจเต็มในการตรากฎหมายให้แก่กิจการภายในของโรดเซีย ฉะนั้นธรรมเนียมปฏิบัติก่อนหน้าที่มีอิทธิพลที่ the Westminster Parliament ไม่ควรปฏิบัติอย่างรัฐาธิปัตย์ในสาระสำคัญ เว้นแต่จะมีข้อตกลงกับรัฐบาลโรดเซีย²¹³ การประกาศเอกราชของนายเอียน สมิท อังกฤษจึงถือว่าเป็นสภาพที่ผิดกฎหมาย

ดังนั้น กรณีที่มีการบัญญัติกำหนดแนวทางปฏิบัติต่อกันอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ในความเป็นจริงแล้วการปฏิบัติต่อกันขององค์กรนั้น ๆ มิได้เป็นเช่นนั้น ด้วยเนื่องจากบทบัญญัตินั้น ๆ กำหนดแนวทางให้องค์กรหนึ่งปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่องค์กรนั้นกลับยึดธรรมเนียมปฏิบัติจึงไม่ได้ปฏิบัติตามที่บทบัญญัติได้วางไว้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้

2.2.2.3. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย

การเพิกถอนอำนาจ Counsel เป็น the Commissioners of Inland Revenue วิธีปฏิบัติในการเก็บภาษีตามอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐสภาถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐสภาที่พร้อมที่จะปรับปรุงกฎหมายที่จะทำให้วิธีปฏิบัติทางกฎหมายของจารีตประเพณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในการเก็บภาษีเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายโดยรัฐสภา²¹⁴ ผลของคณะกรรมการที่ละเมิดกฎหมาย

²¹² E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p.clxxxiii.

²¹³ Madzimbamuto V. Lardner – Burke (1969) A.C. 645 , 723.

E.C.S. Wade and A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, p.27.

²¹⁴ ดู Bowles v. Bank of England (1913) 1 Ch.57 ; K. & L. 162 และดู the Provisional Collection of Taxes Act 1913

ที่เปลี่ยนแปลงกฎหมาย รัฐบาลในเวลาต่อมาเมื่อมีเสียงข้างมากในสภาสามัญที่ผ่านเป็น Indemnity Bill ในการยกเว้นบทลงโทษทางอาญาที่ตามมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²¹⁵

ผลที่ตามมาจากการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติอีกประการหนึ่งอาจเป็นการผ่านกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการละเมิดที่คล้ายกันในอนาคต เมื่อในปี 1909 สภาขุนนางปฏิเสธร่างกฎหมายการเงินของ รัฐบาลเสรีนิยม โดยได้รับการแก้ไขใน the Parliament Act 1911 ซึ่งโอนอำนาจของวุฒิสภาในการยับยั้งหรือทำให้ยืดยาวของร่างกฎหมายการเงิน มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างวุฒิสภากับ สภาสามัญตามแนวทางใหม่ บทบัญญัตินี้นำมาสู่การกลับไปยังหลักที่มีธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ ที่นำมาใช้โดยสภาสูงในอำนาจที่ยังเหลืออยู่²¹⁶

ตามทฤษฎี กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญจะเป็นรูปแบบของกฎหมายได้โดย พระราชบัญญัติของรัฐสภารัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรในเครื่องจักรภาพ มีการเปลี่ยนแปลง ความหมายของธรรมเนียมปฏิบัติที่รวมเข้าด้วยกันแสดงเป็นการประกาศใช้ของกฎเกณฑ์หลักการ เปลี่ยนแปลงอย่างกว้างขวางโดยการอ้างวิธีปฏิบัติของอังกฤษ หากมีการเขียนไว้เป็นลายลักษณ์ อักษร ก็จะเป็นการยากที่จะกำหนดลงไปว่ารัฐอธิปไตยจะต้องให้นายกรัฐมนตรีตั้งรัฐบาล ยากที่จะ กำหนดกรอบหลักการรับผิดชอบของรัฐบาล ความสัมพันธ์ในทางการเมืองระหว่างรัฐบาลและ รัฐสภา ซึ่งไม่อาจกล่าวครอบคลุมได้ทั้งหมดซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกันมาก ในปี 1963 วิธีการที่ยัง ไม่มีแนวบรรทัดฐาน Earl of Home ที่ 14 เลื่อน Harold Macmillan เป็น นายกรัฐมนตรี และไม่รับรอง ที่จะประกาศตำแหน่งของเขาเข้าไปในสภาสามัญในฐานะ Sir Alec Douglas-Home ในความเป็นจริงกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมาย และหลักการอาจเปลี่ยนแปลงโดยปราศจากการแก้ไขอย่างเป็นทางการ ซึ่งไม่ได้หมายความว่า กฎเกณฑ์และหลักการเหล่านี้จะไม่เกี่ยวข้องกับความประพฤติทางการเมือง²¹⁷

ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นกรณีการปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติที่องค์กรทางรัฐธรรมนูญได้ ยึดถือ แต่บทบัญญัติกฎหมายมิได้สอดคล้องกับแนวทางปฏิบัตินั้น เพื่อป้องกันมิให้กฎหมายไม่ สามารถบังคับใช้ได้ตามความเป็นจริง จึงมีการเปลี่ยนแปลงด้วยบทกฎหมายให้สอดคล้องกับ ธรรมเนียมปฏิบัติตามความเป็นจริง

²¹⁵ E. C. S. Wade in A. V. Dicey , An Introduction to the Study of the Law of the Constitution , p. clxxxiii.

²¹⁶ Ibid ,p.28.

²¹⁷ Ibid ,p.28-29.

2.2.3. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจากการพิจารณาคดีของศาล

การพิจารณาคดีของศาลนั้น ศาลจะไม่ยอมรับว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีผลบังคับใช้ในศาล แต่ก็ไม่ใช่ปฏิเสธว่าศาลอาจยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติว่ามีอยู่ เพียงแต่ศาลไม่อาจนำธรรมเนียมปฏิบัติมาใช้บังคับเมื่อมีคดีมาสู่ศาลได้ นั่นเป็นเพราะกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญไม่สามารถบังคับได้ในศาล เมื่อมีการละเมิดกฎเกณฑ์นั้น ลักษณะทางการเมืองที่เป็นกฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติ จะเน้นการเยียวยาทางการเมืองหรือทางรัฐสภา กฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติมีมาก เช่น ความสัมพันธ์ของระบบคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตามก็เป็นความจำเป็นที่ศาลจะต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในการพิจารณาวินิจฉัยตามกฎหมาย กรณีกฎหมายปกครองที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะที่คำตัดสินของศาลในขอบเขตของการควบคุมทางตุลาการอาจมีผลโดยหลักการรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรี ศาลอาจมี judicial notice ในข้อเท็จจริงว่าข้าราชการพลเรือนอาจตัดสินในนามของรัฐมนตรี และในข้อเท็จจริงว่ารัฐมนตรีอาจพิจารณาเรียกให้รัฐสภาตัดสินได้²¹⁸

ศาลสูงสุดของออสเตรเลีย (The Australian High Court) พิจารณา กฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่การตรากฎหมายในทางปฏิบัติที่เคร่งครัดโดยรัฐสภาสหราชอาณาจักรแก่ออสเตรเลีย ก่อนที่กฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้เป็นกฎหมายใน the Statute of Westminster 1931²¹⁹ แต่การอุทธรณ์จากโรดีเซียตามการประกาศอิสรภาพเพียงด้านเดียว the Judicial Committee อ้างถึงธรรมเนียมปฏิบัติก่อน ๆ โดยที่สหราชอาณาจักรไม่ได้ตรากฎหมายให้โรดีเซีย เว้นแต่รัฐบาลโรดีเซียได้ร้องขอมา ธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีผลทางกฎหมายและ the Judicial Committee สนใจเพียงอำนาจตามกฎหมายของรัฐสภา²²⁰

2.2.3.1. การยอมรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของศาลเป็น Convention-recognition

จากการวางแนวความคิดของไดซีได้อ้างว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับหรือยอมรับโดยศาล และในทางกลับกัน ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้รับการบังคับใช้หรือยอมรับโดยศาล ทำให้เกิด

²¹⁸ Carlton Ltd v. Commissioners of Works (1943) 2 All E.R. 560 ; p. 117.

²¹⁹ Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Pty Ltd, (1958) 100 C.L.R. 597.

²²⁰ Madzimbamuto v. Lardner-Burke (1969) A.C. 645. : E.C.S. Wade and A.W. Bradley, ,p.29.

การวิพากษ์วิจารณ์ทั่วไป โดยพื้นฐานของศาลแล้ว แสดงให้เห็นว่าศาลได้ยอมรับถึงความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ ข้อสมมติฐานจากการวิจารณ์นี้คือ การที่ศาลไม่บังคับใช้หรือยอมรับถึงหมายความว่า ไม่บังคับใช้หรือยอมรับในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ตามกฎหมาย การยอมรับรับรัฐของใดซึ่งจึงเป็นสิ่งที่อยู่เหนือกว่ากฎหมายและมีความสำคัญที่จะอธิบายถึงข้อพิจารณาในรายละเอียด²²¹ ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นวิธีที่เหมาะสมในทางการเมือง ที่เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายที่บังคับใช้ในศาล ดังที่ Sir Kenneth Wheare²²² กล่าวว่า “ธรรมเนียมปฏิบัติอาจกลายเป็นกฎหมายได้โดย การยอมรับในการพิจารณาของศาล (judicial recognition)” ซึ่งกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นกฎหมายของรัฐธรรมนูญมีจารีตประเพณีเป็นเบื้องแรก ต่อมาก็รวมวิธีปฏิบัติที่ผู้กมัดให้ปฏิบัติตาม และสร้างจุดที่เชื่อมกับแนวบรรทัดฐาน ถ้ากฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีได้รับการยอมรับโดยศาลในฐานะกฎหมาย ดังนั้นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นกฎหมายด้วยในลักษณะเดียวกัน โดยการตกผลึกเป็นกฎหมาย²²³ ใน Re Resolution to Amend the Constitution²²⁴ เสนอว่าธรรมเนียมปฏิบัติอาจตกผลึกกลายเป็นแม่แบบกฎหมาย (a master of law)²²⁵

การโต้แย้งเกี่ยวกับความเห็นที่กฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติจำแนกได้ ได้แสดงให้เห็นโดยศาลยอมรับถึงการดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติที่มีความบกพร่องในเหตุผลเดียวกันกับการแสดงถึงการยอมรับในการตราธรรมเนียมปฏิบัติ ศาลอาจยอมรับถึงการดำรงอยู่ของลักษณะของสิ่งทั้งหมด แต่ไม่เป็นข้อเท็จจริงที่บัญญัติเป็นกฎหมาย²²⁶

ศ. แบร์รีเดล เคท (Prof. Berriedale Keith) กล่าวถึงธรรมเนียมปฏิบัติ ว่าโดยตัวของมันเองปราศจากอำนาจบังคับทางกฎหมายและศาลไม่สามารถให้ข้อความเห็นได้ ถึงแม้ว่าจะเป็นเช่นนั้นก็ตามวิธีที่ศาลจะให้ความเห็นเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติได้นั้นก็อยู่ในความรู้สึกที่แน่ใจว่าให้อิทธิพลในทางกฎหมาย หรือได้มาจากผลทางกฎหมายที่ตามมา ธรรมเนียมปฏิบัติจึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์ การยอมรับในธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention-recognition) อาจจะทำแบ่งออกเป็นหลายหัวข้อ ดังนี้²²⁷

²²¹ Colin Munro, “Law and Conventions Distinguished” : 229.

²²² K C Wheare, Modern Constitutions, p.135.

²²³ Colin R. Munro, Studies in Constitutional Law, p.49.

²²⁴ (1981) 1 SCR 753 at 775.

²²⁵ Colin R. Munro, Studies in Constitutional Law, p.50.

²²⁶ Colin R. Munro ,”Laws and Conventions Distinguished” : 231.

²²⁷ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions ,p.13-14.

ประการแรก กรณีที่อาจจะยอมรับหรือบันทึกโดยศาลว่าธรรมเนียมปฏิบัติได้ประกาศใช้มากหรือน้อยกว่าในความหมายเดียวกันที่กลายเป็นกฎหมาย และกฎหมายเป็นพื้นฐานความเข้าใจในธรรมเนียมปฏิบัติ ตัวอย่างเช่น The United Kingdom Parliament Act of 1911 มีความสัมพันธ์อย่างเป็นทางการระหว่างสภาทั้งสองอันมีเนื้อหาธรรมเนียมปฏิบัติที่มีมาแต่ก่อน พระราชบัญญัติเวสมินเตอร์ให้อำนาจบังคับทางกฎหมาย (legislative force = อำนาจบังคับที่ตราเป็นลายลักษณ์อักษร) แก่ธรรมเนียมปฏิบัติจำนวนหนึ่งที่ควบคุมความประพฤติของประเทศสมาชิกในเครือจักรภพมาก่อน สถานภาพของธรรมเนียมปฏิบัติอยู่ในส่วนอารัมภบท ถึงแม้ว่าอาจจะมีบันทึกที่ไม่เป็นรูปเป็นร่างทั้งหมดในพระราชบัญญัติ (ตัวอย่างเช่น ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการตกลงยินยอมร่วมกันในการเปลี่ยนแปลงการเข้าสู่ราชบัลลังก์ หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของราชสำนักหรือบรรดาศักดิ์) ความจริงคงจะบันทึกการตัดสินใจและวิธีการใช้หลายวิธี ตัวอย่างเช่น ในคดี Copyright Owners Reproduction Society Ltd. V. E.M.I. (Australia) Pty. Ltd. มี การ รวบรวมธรรมเนียมปฏิบัติตาม มาตรา 4 พระราชบัญญัติเวสมินเตอร์ และจำแนกแยกแยะที่มาของกฎเกณฑ์โครงสร้างที่จะนำมาใช้ประโยชน์ในศาลออสเตรเลีย

ประการที่สอง บางธรรมเนียมปฏิบัติ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบของรัฐบาล) อาจรวมตัวกันโดยคำเรียกหรือการอ้างอิงในการเป็นเครื่องมือทางรัฐธรรมนูญ เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติอังกฤษหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นเอกลักษณ์ของรัฐสภาอังกฤษในรัฐธรรมนูญของประเทศในเครือจักรภพบางประเทศ

ประการที่สาม ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะเป็นประเด็นในการตรวจสอบในแนวทางโครงสร้างที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

ประการที่สี่ โอกาสที่มีน้ำหนักเป็นพิเศษและมีการพิจารณาที่ยาวมาก แสดงโดยหลักการรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีและความไว้วางใจของการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรี

การยอมรับของการพิพากษาและการบังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะสังเกตได้ในบางครั้ง บางคราที่ระดับรัฐธรรมนูญชั้นสูง กรณีหนึ่งเกิดขึ้นที่แอฟริกาใต้เมื่อ 1937 เมื่อธรรมเนียมปฏิบัติที่รัฐสภาสหราชอาณาจักรไม่สามารถบัญญัติกฎหมาย ดังที่ถอนยกเลิก the Status of the Union Act หรือ the Statute of Westminster ที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายใน Ndlwana v. Hofmeyr (ถือว่าเป็นเสรีภาพที่มอบให้ไม่สามารถเพิกถอนได้) และอาจเกิดขึ้นได้ถ้าศาลอังกฤษยอมรับวิธีปฏิบัติของการไม่ตราบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกันกับกฎเกณฑ์ของ the European Declaration of Human Rights ในฐานะที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลในการดำเนินคดี²²⁸

²²⁸ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions ,p.15-16.

แม้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจะไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย เพราะศาลมีอาจบังคับใช้ แต่ในทางปฏิบัติในการพิจารณาคดีของศาล ก็มักจะปรากฏเสมอว่าศาลได้ตระหนักหรือรับรู้ถึงธรรมเนียมปฏิบัติแต่ศาลมิได้แสดงออกมาในลักษณะที่เป็นผลบังคับในทางกฎหมาย และเป็นส่วนที่แทรกอยู่ในการพิจารณาคดีหรือคำพิพากษาศาล

2.2.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีของศาล

ใน R. v. Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.²²⁹ Lord Simon แห่ง Glaisdale อ้างถึงวิธีปฏิบัติปัจจุบันที่วุฒิสภาไม่ได้พิจารณาว่าการพิจารณาของวุฒิสภาในครั้งก่อนมีผลผูกพันตนเอง ที่ธรรมเนียมปฏิบัติอย่างหนึ่งที่มีลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

ใน R. v. H.M. Treasury, ex p. Smedley²³⁰ นี้ Sir John Donaldson M.R. อ้างถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและการตัดสินใจในความหมายของธรรมเนียมปฏิบัติว่า “แม้ว่าสหราชอาณาจักรจะไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีความสำคัญสูงสุดที่การตรากฎหมายและตุลาการแยกออกและเป็นอิสระจากกัน เรื่องสิทธิของรัฐสภาที่มีอยู่เหนือตุลาการจึงไม่ใช่จุดมุ่งหมายที่สำคัญ ศาลก็มีความสำคัญที่จะหยุดการละเมิดที่อยู่ในขอบเขตของรัฐสภา หรือเท่าที่จะหลีกเลี่ยงได้ แม้ว่าที่ปรากฏจะทำเช่นนั้น และรัฐสภาเองก็คงจะต้องการหยุดการละเมิดจากขอบเขตของศาล”

The Master of the Rolls สรุปว่า การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติสำหรับศาลที่จะแสดงความเห็นโดยความรู้หรือกระบวนการในรัฐสภา (ศาลไม่ได้ทำให้หมดข้อสงสัย จากการแสดงความเห็น ถ้าร่าง Order of Council ได้เห็นชอบโดยรัฐสภา ก็จะเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือ ultra vires) ความเป็นอิสระของตุลาการอาจอธิบายด้วยหลักการของรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่ปี 1688 ที่เป็นบทบัญญัติที่รับรองความมั่นคงทางตุลาการ²³¹

คำพิพากษาที่กล่าวถึงนี้เป็นคำพิพากษาที่เป็นที่รู้จัก และมักจะได้รับการกล่าวถึงเสมอในบทความเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติ ว่ามีผลอย่างไรในการบังคับคดี ศาลบังคับใช้หรือไม่ ซึ่งโดยมาก

²²⁹ (1973) A.C. 435,484.

²³⁰ (1985) Q.B. 657,666.

²³¹ Supreme Court Act 1981, s.11 ; Appellate Jurisdiction Act 1876, s.6.

Colin Munro ,”Dicey on Constitutional Conventions” : 650-651.

แล้วศาลจะประกาศว่าศาลไม่ยอมรับบังคับให้ แต่ในคำพิพากษานั้นเองก็มักจะแสดงโดยนัยถึงความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ

1) คดี Adegbenro v. Akintola (1963) A.C. 614 (P.C.)

คดีนี้เป็นคำพิพากษาที่แสดงถึงสภาพบังคับที่มีผลต่อความสัมพันธ์ของนายกรัฐมนตรีกับสภานิติบัญญัติ คดีที่ร้องต่อคณะกรรมการยุติธรรมเกี่ยวกับการมีผลบังคับในการปลดนายกรัฐมนตรีของไนจีเรียตะวันตกออกจากตำแหน่ง สภองคมนตรียึดถือการมีผลบังคับตามกฎหมายของการปลดนายกรัฐมนตรีออกโดยผู้ปกครองซึ่งอยู่ในตำแหน่ง โดยไม่มีเสียงส่วนใหญ่ให้ความไว้วางใจสมาชิกสภานิติบัญญัติไนจีเรียตะวันตก อำนาจในกรณีนี้วางอยู่ในรัฐธรรมนูญที่ได้รับมาจากธรรมเนียมปฏิบัติของอังกฤษควรจะถูกปฏิบัติตามอำนาจนี้²³² ในประเทศไนจีเรียการประชุมจะควบคุมโดยยึดหน่วยงานโดยนายกรัฐมนตรีและความสัมพันธ์ในความไว้วางใจของสภานิติบัญญัติที่รวมรัฐธรรมนูญเข้าด้วยกัน ซึ่งก็หมายถึงการทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติชัดเจน โดยสภองคมนตรีใน Adegbenro v. Akintola จึงเป็นที่แน่ชัดว่าในคดีนี้ธรรมเนียมปฏิบัติไม่อาจบังคับเป็นกฎหมายได้

คำอุทธรณ์ต่อ Judicial Committee เกี่ยวข้องกับการมีผลของการขับไล่ออกจากตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีของไนจีเรียตะวันตก section 33(10) ของรัฐธรรมนูญไนจีเรียตะวันตก วางไว้ว่า “รัฐมนตรีของรัฐบาลของภูมิภาคจะต้องอยู่ในตำแหน่งโดยความเห็นชอบของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ : กำหนดว่า 1) ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์จะไม่ปลดนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งถ้าไม่ปรากฏว่านายกไม่ได้รับเสียงข้างมากจากที่ประชุมสภา (the House of Assembly) กรณีนี้นายกรัฐมนตรี นายอะคิน โดลา ได้รับคะแนน 66 จากสมาชิก 124 คนจากสภา ทำให้นายกรัฐมนตรีไม่ได้รับการสนับสนุนอีกต่อไปผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์จึงปลดเขาออกจากตำแหน่ง และแต่งตั้งผูุ้ทธรณ์เข้าดำรงตำแหน่งแทน จึงเป็นข้อโต้แย้งที่บทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้มาจากธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร ที่ทำให้ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในสาระสำคัญโดยเสียงสนับสนุน ยกเว้นการบันทึกคะแนนเสียงที่ถูกต้องในสภาซึ่งวุฒิสภาเห็นด้วยความเห็นนี้ แต่ปฏิเสธที่จะบังคับตามธรรมเนียมปฏิบัติ²³³

“แต่ก็อาจเป็นสิ่งยากลำบากในการโต้แย้งถึงข้อจำกัดผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในผลสรุปในจุดที่บันทึกการลงคะแนนเสียงในสภา ข้อโต้แย้งเป็นการพิจารณาทางการเมืองและความเหมาะสมที่เขาชี้หน้าหนักในแต่ละโอกาสแต่ละกรณีเฉพาะ ไม่มีการบังคับจำกัดทาง

²³² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p.28.

²³³ Colin R. Munro, "Laws and Conventions Distinguished" : 227.

กฎหมายในศาล การตีความที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีความสำคัญในเอกสารลายลักษณ์อักษร และทำให้เกิดหน้าที่ทางกฎหมาย”²³⁴ โดยที่ประชุมสภาองคมนตรีหรืออภิปรายโต้แย้งกันว่าผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ในมณฑลไนจีเรียได้กระทำตรงกันข้ามกับธรรมเนียมปฏิบัติที่พบในคำตัดสิน ถือว่ากฎหมายไม่มีความเคร่งครัด ที่ศาลจะสามารถทำให้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องสังเกต สองสามปีต่อมาที่ประชุมสภาองคมนตรีได้ใช้แนวทางเดิม ในการเสนอต่อศาลว่าสามารถขัดต่อธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาตรากฎหมายให้แก่โรดิเซียได้ เว้นแต่ได้รับการยอมรับจากอานานิคม²³⁵

2) คดี MadZimbamuto v. Lardner-Burke (1969) 1 A.C. 645 (P.C.)

คำพิพากษาที่แสดงถึงสภาพบังคับที่มีผลต่อการควบคุมดูแลการตราบทบัญญัติกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติ เป็นคำพิพากษาที่เข้าใกล้การบังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติมากที่สุดโดยคณะกรรมการยุติธรรมของสภาองคมนตรี ในคำพิพากษา MadZimbamuto v. Lardner-Burke ได้กล่าวถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่ารัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายให้แก่โรดิเซีย ซึ่งในคดีนี้สภาองคมนตรีจำกัดขีดขั้นหนักแน่นเช่นที่โคซีได้แบ่งแยกระหว่างกฎหมายกับธรรมเนียมปฏิบัติเมื่อพิจารณาการประกาศอิสรภาพของโรดิเซีย ในการจัดตั้งความสัมพันธ์เกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติหรือธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะที่สามารถก่อให้เกิดหรือคัดแปลงแก้ไขกฎหมายได้ ที่ไม่เป็นสาระสำคัญที่จะต้องอธิบายเรื่องราวของธรรมเนียมปฏิบัติที่อาจจะใช้ควบคุมดูแลความสัมพันธ์ของการตราบทบัญญัติกฎหมายของอังกฤษและโรดิเซีย ความมีผลบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติจึงไม่สามารถนำมาใช้ดำเนินการในศาลได้ การละเมิดกฎเกณฑ์นี้จึงไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย²³⁶

การยอมรับในวิธีการทางตุลาการกำหนดโดย the Judicial Committee of the Privy Council ในคดีนี้ ซึ่งที่ประชุมรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายให้แก่โรดิเซียได้ (Southern Rhodesia) โดยปราศจากความเห็นชอบ โดยวุฒิสภามีความเห็นว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่รัฐสภาสหราชอาณาจักรสามารถตรากฎหมาย ที่จะขัดแย้งกับศีลธรรมหรือเหตุผลทางการเมืองและอื่น ๆ และประชาชนส่วนใหญ่ก็จะอ้างถึงความไม่เหมาะสม หากรัฐสภาได้กระทำลงไป แต่ถ้าวุฒิสภาเลือกที่จะตรากฎหมายให้แก่โรดิเซียได้ ศาลก็ไม่อาจทำให้พระราชบัญญัติของรัฐสภาไร้ผล พิเคราะห์ได้ว่าก่อนปี 1965 จะไม่เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะมองข้ามธรรมเนียมปฏิบัติแต่อาจเป็นการประกาศอิสรภาพเพียงด้านเดียวที่ปลดปล่อยสหราชอาณาจักรจากภาระที่ต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัตินี้ อานาจ

²³⁴ (1963) A.C. 614, 630 (per viscount radcliffe)

²³⁵ Colin R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, p.44.

²³⁶ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.16.

ของวุฒิสภาในการประกาศกฎหมายก็จะไม่เกี่ยวข้องกับสาระสำคัญนี้”²³⁷ อาจกล่าวได้ว่า เดิมโรดิเซียเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ซึ่งอังกฤษผูกพันว่าจะต้องไม่ละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติว่าจะใช้อำนาจในการตรากฎหมายตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ในโรดิเซีย แต่ต่อมาเมื่อโรดิเซียประกาศเอกราชแต่เพียงฝ่ายเดียว อังกฤษถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นผลทำให้อังกฤษไม่จำเป็นต้องผูกมัดตามธรรมเนียมปฏิบัติอีกต่อไป

3) คดี Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. (1976) Q.B. 752

คดี Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. ผลทางกฎหมายในทางอ้อมแสดงให้เห็นหลักความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีและความไว้วางใจของการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีที่ถือว่าตกอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่มีอยู่ที่ยับยั้งการละเมิดความไว้วางใจทั่วไป²³⁸ ทศนคดีของนาย Richard Crossman รัฐมนตรีในรัฐบาลพรรคแรงงาน ตั้งแต่ 1964 ถึง 1970 ได้เขียนบันทึกเกี่ยวกับการเมืองถึงความเห็นต่อหนังสือพิมพ์ (publication) หลังจากนาย Richard ตายในปี 1974²³⁹ กรณี the Crossman diaries เป็นตัวอย่างที่เห็นได้ชัดถึงความสัมพันธ์ภายในของกฎหมายที่เป็นกฎหมายและไม่เป็นกฎหมาย ความพยายามที่จะทำให้ Attorney-General ในประโยชน์สาธารณะเพื่อป้องกันไม่ให้ละเมิดกฎหมายที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติและคงดำรงอยู่ของภาระหน้าที่ตามกฎหมาย ศาลถือว่ารัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีเดิมควรถูกจำกัดโดยความไว้วางใจของสาธารณะที่เข้ามาในฐานะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องเคารพความไว้วางใจนี้ แต่ก็ผิดที่จะตัดสินโดยแสดงถึงการบังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นความรับผิดชอบร่วมกันของศาล ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้เป็นปัจจัยเดียวที่ผู้พิพากษาจะพิจารณาในการสร้างข้อจำกัดของหลักการทางกฎหมายของความไว้วางใจในรัฐธรรมนูญแคนาดา ศาลสูงของแคนาดา (the Supreme Court of Canada) ในปี 1981 ได้ให้ความเห็นถึงการมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติที่ควบคุมกระบวนการปรับปรุงแก้ไขทางรัฐธรรมนูญ²⁴⁰

เมื่อพิจารณาการนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ของศาลที่ศาลไม่ยอมรับบังคับให้แล้ว แสดงได้ว่าแนวความคิดในเรื่องสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติของใคร่มีอิทธิพลต่อนักกฎหมายและศาล และศาลได้แสดงออกโดยการไม่ยอมรับบังคับให้ แม้ว่าศาลจะได้ยอมรับว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีอยู่ก็ตาม (Convention-recognition) แต่ก็มิอาจนำมาบังคับแก่คดีได้ จึงเป็น

²³⁷ Madzimbamuto v. Lardner-Burke (1969) 1 A.C. 645 ; (1968) 3 All E.R. 561.

²³⁸ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p.14.

²³⁹ Colin R. Munro, Studies in Constitutional Law, p.44.

²⁴⁰ E.C.S. Wade and A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law , p.29-30.

การแสดงให้เห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษไม่มีฐานะเป็นกฎหมายและไม่มีสถานะสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เป็นแต่เพียงต้นกำเนิดที่สามารถพัฒนาตกลึกลงไปเป็นกฎหมายเท่านั้น ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจึงไม่มีศักดิ์ในทางกฎหมาย และไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนหรือมีข้อกำหนดเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายได้ และเมื่อมีกรณีเกิดขึ้นจึงต้องวินิจฉัยไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหากศาลพิจารณาตามธรรมเนียมปฏิบัติ สิ่งที่เกิดขึ้นคือแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาในคดีต่อไปจะพิจารณาดำเนินข้อเท็จจริงเดียวกันเท่านั้น มิได้เป็นการทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีผลบังคับแต่อย่างใด

2.3. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศเครือจักรภพ

2.3.1. คำพิพากษาศาลสูงในแคนาดา *Re Amendment of the Constitution of Canada* (1981) 125 D.L.R. (3d) 1

รัฐบาลแคนาดาต้องการที่จะมีรัฐธรรมนูญ จึงได้ร้องขอให้รัฐสภาอังกฤษตรากฎหมายที่จำเป็นในการตรากฎหมายที่สอดคล้องกับ the British North America Act 1867 และในคำพิพากษานี้ศาลอ้างว่าจะไม่เยียวยาหรือลงโทษตามกฎหมายจากการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แต่เสียงส่วนใหญ่ของศาลสูงก็ยอมรับถึงความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ ในช่วงปี 1981 รัฐบาลแคนาดาต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงแม่บทรัฐธรรมนูญแคนาดา เพื่อต้องการให้รัฐสภาอังกฤษบัญญัติกฎหมายที่จำเป็นตาม The British North America Act 1867 ตามคำพิพากษาศาลสูงแคนาดา ในคดี Reference re Amendment of the Constitution of Canada (Nos. 1, 2, and 3) ที่ ได้ พิจารณา คำอุทธรณ์ทั้งสามไว้ด้วยกันจากการอ้างทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในศาลของมณฑล ประการแรกอะไรเป็นสิ่งที่รัฐบาลมลรัฐจำเป็นต้องมีการตกลงในระดับมณฑลไว้ก่อนที่จะถามอย่างเป็นทางการต่อรัฐสภาอังกฤษถึงการตรากฎหมาย ประการที่ 2 อะไรเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่รัฐบาลมลรัฐไม่ต้องทำข้อเรียกร้องที่มีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐ โดยไม่มีข้อตกลง ศาลได้ตอบปัญหาแรกว่าไม่ โดยเสียง 7 : 2 ซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่ ในปัญหาข้อที่ 2 ได้รับการยืนยัน ด้วยคะแนนเสียง 6 : 3²⁴¹

The Canadian Judicial Decisions ในศาล Manitoba และ ศาล New foundland จะถามว่า ประการแรกโครงร่างของกฎหมาย (the patriation proposal) มีผลต่อความสัมพันธ์ของมณฑล

²⁴¹ Rodney Brazier and St. John Robilliard , “ Constitutinal Conventions : The Canadian Supreme Court’s Views Reviewed” *Public Law* : 28.

สาธารณรัฐ (Federal – provincial) อย่างไรก็ตาม ประการที่สอง อะไรเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่มีอิทธิพลต่อสภาสามัญและสภาสูงสุดของแคนาดา ที่ไม่ได้เรียกร้องในการวางมาตรการก่อนรัฐสภาอังกฤษ โดยปราศจากการได้มาซึ่งข้อตกลงของมณฑล และประการที่สาม อะไรเป็นข้อตกลงของมณฑลที่ร้องขอในทางรัฐธรรมนูญ เช่น การเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญของแคนาดา ตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เข้ามาแทนที่ในอังกฤษ อาจเป็นข้ออ้างให้รัฐสภาอังกฤษมีข้อผูกมัดในทางรัฐธรรมนูญ โดยเปรียบเทียบกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ควบคุมการสร้างหรือการร้องขอการตรากฎหมายในแคนาดา แต่ในศาลทั้งสอง ปัญหาที่สามเกี่ยวกับความเป็นรัฐธรรมนูญจะเกี่ยวกับข้อผูกมัดทางกฎหมายของ the Federal Parliament ซึ่งจะขัดกับข้อผูกมัดทางธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งอ้างถึงปัญหาตามข้อสอง

มณฑล (the Provinces) จะโต้แย้งการกระทำของมลรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ 2 ทางหนึ่ง โต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเมิดอำนาจอธิปไตยที่มอบให้โดย BNA Act และ the Statute of Westminster อีกทางหนึ่งคือ อาจกล่าวได้ว่าธรรมเนียมปฏิบัติปกป้องสิทธิของมณฑลที่ควรยึดถือโดยศาลที่จะต้องบังคับตามและทำให้กฎหมายมีประสิทธิผล ข้อโต้แย้งนี้ตกไปโดยเสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษา ใน Manitoba และ Quebec และอาจให้ความสนใจออกไปจากปัญหาของธรรมเนียมปฏิบัติ อย่างไรก็ตามมณฑล Newfoundland ที่ถือทั้งกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติก็ยังมี ความสับสน แต่มณฑลก็ไม่ประสบความสำเร็จในศาล กรณี 2 ใน 3 อุทธรณ์ศาล²⁴²

ในวันที่ 23 และ 24 เมษายน 1981 ภายหลังจากที่มีการโต้แย้งกันอย่างยาวนาน สภาสูงและสภาสามัญแคนาดา ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงจุดมุ่งหมายของรัฐบาลต่อ the British North America Act ทั้งนี้เพื่อให้รัฐธรรมนูญที่บรรจุใน the Charter of Rights and Freedoms และเงินใจการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงภายใต้พระราชบัญญัติในแคนาดาภายหลังการมีอำนาจของอังกฤษหยุดลง ภายหลังจากการอุทธรณ์จากศาลมณฑล ทั้งสามมาถึงก่อนศาลสูงของแคนาดา ซึ่งตัดสินไปเมื่อ 28 กันยายน 1981²⁴³

ความซับซ้อนของกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติในการอุทธรณ์ต่อศาลทำให้มีความชัดเจนในทางรัฐธรรมนูญในทางกฎหมายและทางธรรมเนียมปฏิบัติ คำตอบของ 3 ประเด็นคำถามหลักมักจะเป็นดังนี้²⁴⁴

²⁴² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p. 195-6.

²⁴³ Reference Re Amendment of the Constitution of Canada (Nos.1,2 and 3) (1982), 125 D.L.R.(3d.)1.)

²⁴⁴ Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions, p. 196-7.

คำถามแรก ร่างกฎหมายจะมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างมณฑล (Federal-Provincial) และสิทธิและอำนาจของมณฑลหรือไม่ คำตอบ ใช่

คำถามที่สอง ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการวางมาตรการไว้ก่อนรัฐสภาอังกฤษ โดยไม่มีการตกลงของมณฑลหรือไม่ คำตอบ ใช่

คำถามที่สาม ข้อตกลงของพันธมิตรทางรัฐธรรมนูญ มณฑลเรียกร้องให้มีการแก้ไขหรือไม่ คำตอบ ถ้าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ใช่ ถ้าเป็นในทางกฎหมาย ไม่

ปัญหาแรก มณฑล สามารถอ้างได้ถึงข้อตกลงที่ได้ยึดถือและชี้ขาดแล้ว ในปัญหาที่สอง เสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษา 7 ต่อ 2 ได้ยึดถือสถานะของรัฐบาลมลรัฐตามกฎหมาย และปัญหาสุดท้าย เสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษา 6 ต่อ 3 ยึดถือมณฑลตามปัญหาของธรรมเนียมปฏิบัติ ในครั้งแรก เสียงดูเหมือนจะออกมาอย่างสับสน แต่สุดท้ายมณฑลก็เป็นฝ่ายชนะ

การตัดสินใจนี้ตามกฎหมายของรัฐธรรมนูญเป็นการยืนยันว่าไม่มีอะไรมาจำกัดอำนาจของสภาสูงและสภาสามัญของแคนาดาได้ ในการผ่านมติหรือร้องต่อกษัตริย์ จึงไม่มีอะไรที่จะจำกัดอำนาจทางกฎหมายของรัฐสภาอังกฤษในการแก้ไข the British North America Act หรือเรียกร้องอำนาจบริหารเพื่อเห็นชอบต่อมณฑล นั่นคือ เมื่อมองในแง่กฎหมายแล้วไม่มีอะไรจำกัดอำนาจของรัฐสภาอังกฤษที่จะตราหรือเปลี่ยนแปลงกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากมณฑล แต่อังกฤษไม่ทำเช่นนั้น ดังนั้นมันจึงไม่ใช่บทบาทในทางกฎหมาย และเป็นหน้าที่ตามธรรมเนียมปฏิบัติ การพิจารณาของศาลสูงในปัญหาของธรรมเนียมปฏิบัติเป็นการยืนยันในความเห็นของ the Foreign Affairs Committee ศาลสรุปว่า ข้อตกลงของประเทศแคนาดา “การผ่านมติโดยไม่มีการตกลงนั้น ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญในแง่ของธรรมเนียมปฏิบัติ” จุดมุ่งหมายของกฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นเพื่อปกป้องคุณลักษณะทางมลรัฐของรัฐธรรมนูญแคนาดา และป้องกันสภาสามัญและสภาสูงที่จะลงมติง่าย ๆ ว่าอะไรที่จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมายบัญญัติ

ศาลได้ยอมรับถึงความดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะเป็นสิ่งที่เป็นหลักฐาน (a matter of evidence)²⁴⁵ ข้อเท็จจริงของธรรมเนียมปฏิบัติอาจเกี่ยวพันกับการตัดสินใจของข้อโต้แย้งทางกฎหมาย แต่การปรากฏอยู่ของลักษณะข้อเท็จจริงหรือลักษณะทางจิตใจ เกี่ยวพันกับการปรากฏหรือขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมาย การพิสูจน์ที่สำคัญในการแยกแยะคือศาลพยายามหาธรรมเนียมปฏิบัติที่ดำรงอยู่ที่ปกป้องธรรมเนียมปฏิบัติจากการเติบโตหรือยุติลงในอนาคต a fortiori นำเสนอว่าศาลควรค้นพบธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ในการแก้ไขข้อบกพร่องในรัฐธรรมนูญ แม้ว่า

²⁴⁵ เช่นในคดี Attorney General v. Jonathan Cape Ltd. (1976) 1 Q.B. 752,770

ผู้พิพากษาอาจพัฒนากฎหมายได้ ส่วนที่สองเป็นผลผลิตของความพยายามของศาลที่อยู่บนพื้นฐานสิ่งที่อาจตัดสินได้โดยกฎหมายที่ได้แบบทางกฎหมาย และการเปลี่ยนแปลงและการกลับคำพิพากษาที่มีสม่าเสมอของศาลที่ทำให้มีขึ้น มีบทบาทโดยศาลที่ยอมรับธรรมเนียมปฏิบัติ²⁴⁶

จากเสียงส่วนใหญ่ของคำพิพากษาศาลสูงแคนาดา (7 ใน 9) อ้างถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่า “ไม่มีกรณีตัวอย่างของการยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติที่แน่นอนในฐานะที่เป็นกฎหมายเกิดขึ้น ธรรมชาติของธรรมเนียมปฏิบัติ ในฐานะการแรกเริ่มทางการเมืองและที่เกิดขึ้นตามเงื่อนไขที่เป็นองค์ประกอบของการยอมรับรับรู้ทางการเมืองที่มีผลประโยชน์หรือการสูญเสียในพัฒนาการทางธรรมเนียมปฏิบัติจะนำไปสู่ช่วงเวลาแห่งการพิจารณาที่ไม่ได้เป็นองค์ประกอบเกี่ยวกับการบังคับใช้ในทางกฎหมาย” นอกจากนี้ยังเพิ่มเติมว่า “ความพยายามของศาลที่จะเอาการเติบโตของธรรมเนียมปฏิบัติที่เหมือนหรือคล้ายกับการเจริญเป็นกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นความเห็นที่ผิด เพราะการพัฒนาของกฎหมายคอมมอนลอว์นั้นเป็นผลมาจากอิทธิพลของการพิจารณาคดี โดยมีพื้นฐานมาจากการพิจารณาคดีที่มาจากกระบวนการทางกฎหมาย และศาลได้กำหนดในทางกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงและกลับตรงกันข้ามโดยศาลเมื่อมีการกระทำภายในบทบาทในรัฐที่ต้องเคารพกฎหมายบัญญัติ หรือข้อกำหนดทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงไม่มีกฎเกณฑ์ที่มีบทบาทให้ศาลจะต้องเคารพต่อธรรมเนียมปฏิบัติ”²⁴⁷

เสียงส่วนใหญ่ที่แตกต่างของศาลสูง ยึดถือว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญต้องได้รับความตกลงของเครื่องจักรภพในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขของรัฐธรรมนูญแคนาดาที่มีผลต่อความสัมพันธ์ของมณฑล หรือสิทธิของมณฑล ศาลได้ตั้งคำถามในการอุทธรณ์จากการอ้างอิงที่เกิดขึ้นในศาลของศาลอุทธรณ์ของมานิโตบา (The Courts of Appeal of Manitoba) นิวฟาวด์แลนด์ (Newfoundland) และควิเบค (Quebec) อำนวยการตรากฎหมายของ The Lieutenant-Governor of Manitoba or Newfoundland อ้างถึงศาลอุทธรณ์ของมณฑล ในการรับฟังหรือพิจารณา “ปัญหาใด ๆ ที่อาจเข้าใจว่าเพื่อความเหมาะสม” ศาลอุทธรณ์มณฑลทั้งหมดถือว่ามีอำนาจครอบคลุมเพียงพอที่ศาลให้ความเคารพในการพิจารณาปัญหาที่อาจไม่เหมาะสม และผู้พิพากษาศาลสูงตกลงว่าผู้พิพากษาจะพิจารณาคำตอบหรือการอ้างคำตอบตามปัญหา แม้ว่าปัญหาภายใต้การพิจารณาจะเป็นส่วนของการเมือง กระบวนการทางรัฐธรรมนูญ ที่ถูกต้องที่จะนำไปประยุกต์ใช้²⁴⁸

²⁴⁶ Colin Munro , “Dicey on Constitutional Conventions” : 650.

²⁴⁷ O.Hood Phillips, “Constitutional Conventions in the Supreme Court of Canada” : 195.

²⁴⁸ Ibid, p. 196.

ศาลสูงในแคนาดายืนยันที่จะปฏิเสธข้อวินิจฉัยที่ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่อาจ
จะบังคับใช้โดยตรงหรืออาจจะทำให้กลายเป็นกฎหมายที่มั่นคง ข้อวินิจฉัยที่พัฒนาว่าธรรมเนียม
ปฏิบัติอาจจะตกผลึกกลายเป็นกฎหมาย ไม่มีกรณีที่ยอมรับชัดเจนของธรรมเนียมปฏิบัติที่สมบูรณ์
เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ธรรมชาติของธรรมเนียมปฏิบัติในฐานะการริเริ่มในทางการเมืองและ
ในฐานะที่ขึ้นอยู่กับแนวความคิดที่มั่นคงของข้อยอมรับทางการเมือง เป็นความไม่มั่นคงเกี่ยวกับ
การบังคับใช้ทางกฎหมาย แต่เสียงส่วนใหญ่ของศาลค้นพบเนื้อหาความเป็นจริงที่ว่า การโต้แย้งถึง
ดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญบางครั้งอาจจะดูเหมือนการตัดสินใจที่จะยอมรับ
ว่าธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะเป็นหลักการข้อยอมรับในทางพิพากษาบรรทัดที่สมควร นั่นคือบางที
เรื่องนี้ก็อาจไปได้ไกล ศาลแคนาดาเพียงแต่รู้สึกที่จะประกาศความดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ
ซึ่งอยู่ภายใต้ส่วนที่เกี่ยวข้อง ภูมิภาคและบทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐอย่างกว้างขวางซึ่งจัดหามาให้
สำหรับการจัดให้มีการเห็นที่มีอำนาจแนะนำ ซึ่งจะมีอำนาจพิเศษที่จะให้ความเห็นต่อคำถามทั้ง
ในทางกฎหมายหรือข้อเท็จจริง อำนาจที่ยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติได้มาจากบทบัญญัติกฎหมาย
บทบัญญัติกฎหมายที่ดำรงความเป็นกฎหมายจะพิจารณาความดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติ
เฉกเช่นคำถามข้อเท็จจริงที่ง่าย ๆ แม้ว่าไม่เป็นคำถามข้อเท็จจริงที่ไม่ยุ่งยาก แต่ข้อสรุปอาจจำเป็นต้อง
ถูกตั้งโดยกระบวนการที่ซับซ้อน รวมทั้งการโต้แย้งและการตีความทางประวัติศาสตร์
(กับนักการเมืองจัดหาผู้เชี่ยวชาญด้านหลักฐานข้อพิสูจน์ข้อเท็จจริง) ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นในขอบเขต
อำนาจการตัดสินใจบ้าง²⁴⁹

ในปี 1981 ภูมิภาคแคนาดา (และศาลสูง) หลักการมลรัฐแคนาดาแสดงนัยที่ชัดเจนถึง
การดำรงอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติที่ต้องการการยอมรับของภูมิภาคในการเปลี่ยนแปลงสมดุล
อำนาจของภูมิภาคมลรัฐ อย่างไรก็ตามรัฐบาลมลรัฐก็อ้างว่าระบบภูมิภาคแคนาดาไม่ยับยั้ง
การป้องกันที่แสดงเป็นนัยที่ขัดกับการกระทำของมลรัฐ ซึ่งในปี 1981 ศาลแคนาดายอมรับ
คำอธิบายของเซอร์ ไอวอร์ เจนนิงในเรื่องการก่อตั้งขึ้นของธรรมเนียมปฏิบัติ เซอร์ ไอวอร์ อธิบาย
ว่า ความดำรงอยู่ได้ตอบคำถามทั้งสามประการ กล่าวคือ เป็นแบบอย่างหรือไม่? ผู้กระทำแบบอย่าง
เชื่อว่าถูกผูกมัดโดยกฎเกณฑ์หรือไม่? เป็นเหตุผลสำหรับกฎเกณฑ์หรือไม่?²⁵⁰

วิธีปฏิบัติที่เป็นกฎหมายอาจจะได้มาจากธรรมเนียมปฏิบัติและธรรมเนียมปฏิบัติอาจจะใช้
ประยุกต์ในศาลที่ใช้กฎหมาย ในแคนาดาการโต้แย้งอ้างถึงการโต้แย้งโดยบางภูมิภาคของแคนาดา
ที่ธรรมเนียมปฏิบัติควบคุมการแปรญัตติรัฐธรรมนูญ ที่ควรจะประกาศและรับรองโดยศาลในฐานะ

²⁴⁹ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.16-17.

²⁵⁰ Ibid, p.10.

ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ที่มีความมั่นคงและตกผลึกเป็นกฎหมาย ถ้าการกล่าวอ้างนั้นได้รับการยอมรับโดยศาล²⁵¹

คำตัดสินของศาลสูงแคนาดาใน *Re Amendment of the Constitution of Canada* (1981) 125 D.L.R. (3d) 1 ตั้งคำถามถึงความเห็นชอบของประเทศในเครือจักรภพว่ามีการเรียกร้องทางกฎหมาย ก่อนสภาสามัญแคนาดาจะเรียกร้องให้พระราชินีลงนามก่อนรัฐสภาอังกฤษ ในมาตรการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ตาม *The British North America Act 1867* ซึ่งจะมีผลต่อความสัมพันธ์ในขอบเขตของ มลรัฐหรือสิทธิของมลรัฐที่ได้ยึดถือมาก่อน (จากเสียงส่วนใหญ่ 7 ต่อ 2) ที่ไม่ต้องการการเรียกร้อง ในทางกฎหมาย²⁵² ศาลยืนยันที่จะพิจารณากล่าวอ้างถึงธรรมเนียมปฏิบัติถ้าไม่ใช่เป็นกรณี que sera ที่เห็นได้ชัด หรือเป็นสิ่งที่มิได้อยู่และเป็นความสำคัญของธรรมเนียมปฏิบัติที่ได้แย้งและการพิจารณาของศาลก็จะเป็นการวิเคราะห์ถึงลักษณะทางธรรมชาติของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ศาลอังกฤษและเครือจักรภพต่างยอมรับถึงความไม่แน่นอนของธรรมเนียมปฏิบัติการพิจารณาถึงแนวทางในการชี้ขาดถึงการใช้อำนาจทางกฎหมายหรือการให้ความช่วยเหลือและภูมิหลังของโครงสร้างทางกฎหมายบัญญัติหรือรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างที่เป็นที่รู้จักกันดีคือ *Liversidge v. Anderson* (1942) A.C. 206 (H.L.) ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีต่อรัฐสภา *Adegbenro v. Akintola* (1963) A.C. 614 (P.C.) การไล่นายกรัฐมนตรีภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.* (1976) Q.B. 752 การประชุมและความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความไว้วางใจ *British Coal Corporation v. The King* (1935) A.C. 500 (P.C.) ความสัมพันธ์ระหว่างเครือจักรภพ และ *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* (1969) 1 A.C. 645 (P.C.) การตรากฎหมายโดยรัฐสภาอังกฤษ สำหรับการปกครองเครือจักรภพเอง กรณีของรัฐธรรมนูญแคนาดาเป็นกรณีแรกในเครือจักรภพเรารู้จักกันดี ความมีอยู่และความสำคัญของธรรมเนียมปฏิบัติยังคงเป็นหลักสำหรับการตัดสินของศาล²⁵³

เสียงส่วนใหญ่สรุปว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่สภาสามัญแคนาดาและสภาสูงแคนาดาจะไม่ร้องขอให้พระราชินีกำหนดก่อนสภาอังกฤษ ในการดำเนินกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีผลต่อความสัมพันธ์ของมณฑล หรือสิทธิของมณฑล รัฐบาลหรือนิติบัญญัติของมณฑล ภายใต้รัฐธรรมนูญที่ปราศจากการได้มาครั้งแรกของข้อตกลงของมณฑล อย่างน้อย มาตราการที่เป็นสาระสำคัญของข้อตกลงของมณฑลต้องเรียกร้องโดยธรรมเนียมปฏิบัติ แต่สถานการณ์ที่

²⁵¹ Ibid, p.12.

²⁵² O.Hood Phillips, "Constitutional Conventions in the Supreme Court of Canada" : 194.

²⁵³ Ibid, p.195.

คำรองอยู่ไม่ได้แสดงมาตรการที่เพียงพอชัดเจน²⁵⁴ โดยต้องการแสดงถึงการยอมรับที่ชัดเจนว่า ความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติของข้อตกลงของมณฑล ได้มาก่อนการเปลี่ยนแปลงที่ทำต่อ รัฐธรรมนูญซึ่งจะมีผลต่อความสัมพันธ์ของมณฑล นั่นคือ เหตุผลในความเป็นกฎเกณฑ์จาก ข้อทดสอบของเจนนิง ศาลได้แสดงถึงการแก้ไขปรับปรุงหลาย ๆ ครั้ง และการพยายามแก้ไข the British North America Act 1867 เพื่อชี้ให้เห็นว่าอะไรคือแนวบรรทัดฐาน ความสำคัญอยู่ที่ ผู้ปฏิบัติที่ต้องปฏิบัติเป็นเวลานาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามแนวบรรทัดฐาน แต่อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่ในศาลไม่ได้แสดงว่าการไม่เป็นเอกฉันท์ทำให้การคาดหมายการยอมรับเป็นส่วนที่สำคัญของการค้นหาธรรมเนียมปฏิบัติที่มีอยู่ด้วยหรือไม่²⁵⁵

ผู้พิพากษาเสียงส่วนน้อยตั้งคำถามถึงความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติที่ชี้ให้เห็นว่าไม่มี ความคลุมเครือในข้อโต้แย้งเกี่ยวกับปริมาณ การโต้แย้งของมณฑลทั้งหมด เว้นแต่ Saskatchewan ให้ความเห็นชอบมณฑลทั้งหมดที่เรียกร้อง สำหรับศาลที่ตั้งสมมติฐานถึงความมีอยู่ของธรรมเนียม ปฏิบัติเรียกร้องน้อยกว่าความเห็นของมณฑลที่เป็นเอกฉันท์ในการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ พยายามสร้างคำพิพากษา ธรรมเนียมปฏิบัติอาจไม่มีความแน่นอนเช่นกฎหมาย แต่ธรรมเนียม ปฏิบัติจะต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะกำหนด โครงสร้างหรือการละเมิด การยอมรับถึง ธรรมเนียมปฏิบัติจะต้องมีการกำหนดความหมาย สามารถเข้าใจได้ สำหรับการโต้แย้งถึงความมีอยู่ ของธรรมเนียมปฏิบัติในกรณีนี้ เป็นเรื่องชี้ว่าสภาสามัญของแคนาดายอมรับว่ามีความผูกมัดโดย ตัวเอง²⁵⁶

ข้อความนี้มีจุดมุ่งหมายในการทดสอบทัศนคติของศาลต่อธรรมเนียมปฏิบัติรัฐธรรมนูญ ว่ามีคุณค่า อย่างไรต่อความเห็นในการพิจารณาคดี ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ศาลซักถาม ข้อพิจารณา ว่าธรรมเนียมปฏิบัติ ต้องการความเห็นชอบของมณฑลที่มีมาก่อนหรือไม่ และศาลได้ ตัดสินในปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างไร และธรรมเนียมปฏิบัติอย่างไรที่อาจตกผลึกเป็นกฎเกณฑ์แห่ง กฎหมายเป็นที่แน่ชัดว่า ผู้พิพากษาจะไม่กำหนดโทษทางกฎหมายหรือผลบังคับจากการละเมิด ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แต่ความมีอยู่ของการพิจารณาธรรมเนียมปฏิบัติเสียงส่วนใหญ่ ของศาลสูงให้การยอมรับ โดยมีเหตุผลหนึ่งยึดถือว่า การยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติมีผลต่อ ผู้พิพากษาหลาย ๆ ครั้ง ทั้งในศาลของอังกฤษและในศาลของเครือจักรภพ เสียงส่วนใหญ่ของ คำพิพากษาได้วางไว้ว่า “จุดมุ่งหมายหลักของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญคือเป็นกรอบทาง

²⁵⁴ Ibid, p.197.

²⁵⁵ Rodney Brazier and St. John Robilliard, “Constitutional Conventions : The Canadian Supreme Court’s Views Reviewed” : 31.

²⁵⁶ O.Hood Phillips, "Constitutional Conventions in the Supreme Court of Canada" :197.

กฎหมายของรัฐธรรมนูญที่จะจัดการตามความสำคัญของรัฐธรรมนูญทั่วไปหรือหลักการของช่วงเวลา" นอกจากนี้ความยากในการแบ่งแยกปัญหาของความมีอยู่ของธรรมเนียมปฏิบัติจากปัญหาอื่น ๆ ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติเฉพาะตามการเห็นชอบของมณฑล ที่จะตกผลึกเป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมาย²⁵⁷

อาจสรุปได้ว่า เหตุที่กฎเกณฑ์ที่เป็นรัฐธรรมนูญได้รับการปฏิบัติตาม จาก the positive reason แสดงถึงคุณค่าทางรัฐธรรมนูญที่เหนือกว่า และ the negative reason เพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากที่จะตามมาจากความประพฤตินี้ที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ คำว่าไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ (unconstitutional) แสดงในการโต้แย้งรัฐธรรมนูญแคนาดาในปี 1981-2 เมื่อศาลสูงได้แบ่งแยกความประพฤตินี้ เป็น a) ไม่เป็นไปตามกฎหมาย (illegal) และ b) ละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติที่ the Federal Parliament เปลี่ยนแปลงมติในการประชุมตามรัฐธรรมนูญ²⁵⁸

ผู้ปฏิบัติได้พิจารณาด้วยตนเองว่าเป็นสิ่งที่ผูกมัดหรือไม่ ความสำคัญอยู่ที่การตัดสินใจของศาลว่าการละเมิดต่อธรรมเนียมปฏิบัติทำให้เกิดผลทางการเมืองหรือผลบังคับที่เหนือกฎหมาย การละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติอาจนำมาสู่ผลที่ตามมาในทางการเมือง เสียส่วนใหญ่เห็นว่า “การเยียวยาสำหรับการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้วางไว้โดยศาล และการละเมิดก็ไม่จำเป็นต้องปราศจากการเยียวยา การเยียวยาวางไว้ในส่วนของสถาบันการปกครอง ซึ่งอาจเป็นในทางฝ่ายบริหารที่มีความแน่นอนหรือเป็นกฎเกณฑ์น้อยกว่าศาล” ซึ่งเป็นเหตุผลว่าทำไมรัฐบาลมลรัฐจึงไม่ป้องกันการกระทำที่เป็นกฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่จะประชุมร่วมกันกับผู้นำของมณฑลนั้นเป็นผลโดยตรงของการค้นหาข้อโต้แย้งธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของศาล ซึ่งจะนำมาสู่เงื่อนไขประการที่สาม ว่าอะไรคือเหตุผลของกฎเกณฑ์ เสียส่วนใหญ่ยอมรับว่า เหตุผลนี้คือลักษณะธรรมชาติของมลรัฐของรัฐธรรมนูญแคนาดา เหตุผลของธรรมเนียมปฏิบัติจะสงวนไว้ซึ่งสิทธิของมณฑลในความสัมพันธ์ต่อรัฐบาลมลรัฐและรัฐสภา

การที่จะกล่าวว่าธรรมเนียมปฏิบัติสามารถกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจะวินิจฉัยว่า รัฐสภาสร้างกฎหมายที่ได้รับการยอมรับถึงในฐานะที่เป็นความถูกต้องของการกระทำของการสร้างกฎหมาย เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติ ในทางกลับกัน การปรากฏขึ้นของลักษณะที่ไม่จำเป็นต้องยอมรับในการร่วมกันพัฒนาและในกรณีที่ไม่ได้สังเกตโดยศาลในฐานะกฎหมายที่สร้างขึ้น ไม่มีตัวอย่างของธรรมเนียมปฏิบัติที่ตกผลึกกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่สร้างขึ้นก่อนศาลสูง ธรรมเนียม

²⁵⁷ Rodney Brazier and St. John Robilliard , “ Constitutinal Conventions : The Canadian Supreme Court’s Views Reviewed” : 29.

²⁵⁸ E.C.S. Wade and A.W. Bradley, Constitutional and Administrative Law, p.25-26.

ปฏิบัติอาจมีน้อยที่มีความแน่นอนอย่างกฎหมาย²⁵⁹ จากคำพิพากษาศาลสูงของแคนาดาแสดงให้เห็นว่า ศาลไม่ยอมรับบังคับธรรมเนียมปฏิบัติ แต่การพิจารณานั้น ธรรมเนียมปฏิบัติมีส่วนสำคัญในการวินิจฉัยคดี

2.3.2. สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในออสเตรเลียใน Codification of Constitutional Conventions of Australia

ในประเทศออสเตรเลียธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นที่มาทางหนึ่งของกฎหมายแห่งรัฐธรรมนูญ และได้มีการพยายามนำมาทำให้เป็นรูปแบบ อย่างน้อยก็ให้ถือว่าเป็นกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร (positive law) อันเป็นการยอมรับรับรู้ และประกาศถึงแนวทางปฏิบัติที่เห็นได้ชัดในฐานะที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติในออสเตรเลีย²⁶⁰

ความเป็นมาของแนวความคิดในการนำธรรมเนียมปฏิบัติมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น แนวความคิดที่รวมธรรมเนียมปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แนะนำโดย Evatt เริ่มเป็นที่ถกเถียงกันในปี 1973 ออสเตรเลียพิจารณาว่าควรจะมี ความเชื่อมต่อกันในข้อความตามรัฐธรรมนูญของธรรมเนียมปฏิบัติโดยระบบของการจัดการทางปกครอง แม้ว่าจะไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย ต่อมาในปี 1975 มีเหตุการณ์สำคัญที่ต้องการปรับปรุงและทำให้รัฐธรรมนูญชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของธรรมเนียมปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ แต่ความคิดเห็นดังกล่าวก็ได้รับการโต้แย้ง จากความเห็นของ K.W.Ryan มองว่าการรวมธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐธรรมนูญในบางธรรมเนียมปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับถึงยังไม่เหมาะที่จะรวมไว้ด้วยกันเพราะความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขจะผ่านยาก นอกจากนี้การรวมกันยังไม่เป็นที่ปรารถนาหากทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติมีผลบังคับในทางกฎหมาย และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องรวมไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เป็นเพราะธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีสถานะทางกฎหมาย แต่ในทางศีลธรรมและทางการเมืองนั้น อยู่บนพื้นฐานของความมีชื่อเสียงของผู้ปฏิบัติและเป็นการยอมรับทั่วไป

ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับธรรมเนียมปฏิบัติต่อ Standing Committee D ว่า ต้องการให้พิจารณาให้ธรรมเนียมปฏิบัตินำมาใช้ในการจัดการรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย รวมทั้งการนำมาใช้ในการใช้

²⁵⁹ Rodney Brazier and St. John Robilliard , “ Constitutinal Conventions : The Canadian Supreme Court’s Views Reviewed” : 32-3.

²⁶⁰ Charles Sampford and David Wood, “Codification of Constitutional Conventions in Australia” Public Law, (1987) : 231.

อำนาจของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และร่างข้อธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐธรรมนูญ ต่อมาผลจากความเห็นถูกร่างขึ้นเป็นวิธีปฏิบัติ 34 ข้อ ที่จะ “รับรู้และประกาศ” (recognised and declared) ในฐานะธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย โดยที่ประชุมครบองค์ประชุมใน the 1983 Constitutional Convention แม้จะได้มีการกำหนดธรรมเนียมปฏิบัติไว้มากมายแต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าวิธีปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติก็ยังไม่เพียงพอ ซึ่งในปี 1983 ก็ยังมีการพูดถึงการรวมธรรมเนียมปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็มีข้อโต้แย้งในหลายเหตุผล เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยทั่วไปเป็นไปได้ยาก,ความเป็นไปได้ในการแก้ไขร่างอาจมีผู้แทนสนับสนุนน้อย และข้อสงสัยเกี่ยวกับความเหมาะสมของธรรมเนียมปฏิบัติในการรวมกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามในอนาคตธรรมเนียมปฏิบัติก็จะเป็นส่วนที่อุดช่องว่างโดยการยอมรับถึงธรรมเนียมปฏิบัติในเวลาต่อมา การรับรู้และประกาศธรรมเนียมปฏิบัติของออสเตรเลียมีคำถามเกิดขึ้นมากมายเกี่ยวกับผลของความชัดเจนของรัฐธรรมนูญที่กฎเกณฑ์ทางธรรมเนียมปฏิบัติเข้ามามีบทบาทสำคัญ²⁶¹

ใน คดี Copyright Owners Reproduction Society Ltd. V. E.M.I. (Australia) Pty. Ltd. มีการรวบรวมธรรมเนียมปฏิบัติตาม มาตรา 4 พระราชบัญญัติเวสมินสเตอร์ และจำแนกแยกแยะที่มาของกฎเกณฑ์โครงสร้างที่จะนำมาใช้ประโยชน์ในศาลออสเตรเลีย²⁶² อาจกล่าวได้ว่าการฟ้องร้องศาลไม่ประยุกต์ใช้หรือไม่บังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติในลักษณะของการนำมาใช้เช่นที่มาโดยตรงของกฎหมายอย่างชัดเจนแน่นอนจากการทำให้เป็นกฎหมายที่บัญญัติหรือการตัดสินใจของกฎหมายคอมมอนที่มีมาแต่ก่อน อาจกล่าวตรงนี้ได้ว่าศาลนำกฎหมายมาใช้ไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติ และข้อสังเกตที่ได้มาซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติก็เป็นเพียงการช่วยให้เกิดความชัดเจนว่าอะไรเป็นกฎหมายที่ดำรงอยู่ในหลาย ๆ ทาง

ในกรณี Copyright Owners ของออสเตรเลีย อาจกล่าวได้ว่าการฟ้องร้องศาลไม่ประยุกต์ใช้หรือไม่บังคับใช้ธรรมเนียมปฏิบัติในลักษณะของการนำมาใช้เช่นที่มาโดยตรงของกฎหมายอย่างชัดเจนแน่นอนจากการทำให้เป็นกฎหมายที่บัญญัติหรือการตัดสินใจของกฎหมายคอมมอนที่มีมาแต่ก่อน อาจกล่าวตรงนี้ได้ว่าศาลนำกฎหมายมาใช้ไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติ และข้อสังเกตที่ได้มาซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติก็เป็นเพียงการช่วยให้เกิดความชัดเจนว่าอะไรเป็นกฎหมายที่ดำรงอยู่ในหลาย ๆ ทาง ตัวอย่างเช่น

1. โดยเป็นส่วนหนึ่งของเนื้อหาสาระที่ทำให้กลายเป็นกฎหมาย
2. โดยยึดถือการอธิบายชี้แจงภูมิหลังที่ขัดกับการบัญญัติกฎหมายที่มีความมุ่งหมายเป็นเครื่องหมายของสภานิติบัญญัติที่หมายถึงพระราชบัญญัติที่กลายมาเป็นคำถาม

²⁶¹ Ibid , p. 232-5,237.

²⁶² Geoffrey Marshall, Constitutional Conventions , p.14.

3. โดยก่อตั้งวิธีปฏิบัติหรือกำหนดข้อเท็จจริงที่อยู่ภายใต้หลักที่เป็นกฎหมายที่ยังดำรงอยู่

ความแตกต่างสามารถเห็นได้ระหว่างการใช้ธรรมเนียมปฏิบัติและการนำมาใช้ประโยชน์โดยตรงหรือบังคับใช้ดังเช่นกฎหมาย สิ่งที่สร้างกรณีที่ชัดเจนในการนำธรรมเนียมปฏิบัติมาใช้โดยตรง ยอมรับได้ว่ากฎเกณฑ์นั้นเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ชัดเจนที่เปลี่ยนแปลงหรือทำให้คงที่หรือทำให้มั่นคงกลายเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (rules of law)²⁶³

ธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการยอมรับถึงในฐานะส่วนที่สำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ในออสเตรเลียมีความพยายามที่จะรวบรวมธรรมเนียมปฏิบัติแต่ไม่มีข้อผูกมัดทางกฎหมายโดยบรรจุไว้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของนักการเมือง²⁶⁴

ออสเตรเลียเคยประสบวิกฤตการณ์ทางรัฐธรรมนูญ ในปี 1975 ซึ่งมีวิธีปฏิบัติที่เรียกว่าธรรมเนียมปฏิบัติ ที่ทั้งในการสร้างการตีความและเพิกเฉยการพยายามให้รัฐบาลพรรคแรงงานออกจากตำแหน่ง ฝ่ายค้าน รัฐบาล และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ ผลที่ตามมาคือมีความต้องการรวมธรรมเนียมปฏิบัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีความเคลื่อนไหวหลายครั้ง ใน the 1976 Constitutional Convention ที่ประชุมผู้แทนจากรัฐบาลรัฐและเครือจักรภพและฝ่ายค้าน ตั้งแต่ปี 1973 เพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญและสร้างการสนับสนุนจากทั้งสองฝ่าย ก่อนที่จะมอบให้แก่รัฐสภาและประชาชน ตามมาตรา 128 ของรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ธรรมเนียมปฏิบัติเดียวที่ถูกรวมไว้ในรัฐธรรมนูญโดยปราศจากการละเมิดของรัฐบาลพรรคแรงงาน ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นคือวุฒิสภาควรจะมีมติโดยผู้แทนของพรรคในฐานะที่วุฒิสภาเป็นผู้ซึ่งมีมาก่อน²⁶⁵

ในปี 1976 ศาสตราจารย์ K.W.Ryan ได้โต้แย้งต่อคณะกรรมการว่าควรกำหนดธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียและอำนาจของผู้ตรวจการรัฐให้ชัดเจน เพราะธรรมเนียมปฏิบัติได้รับการยอมรับทั่วไปและกฎเกณฑ์ที่ผูกมัดเพื่อสถานการณ์แต่ละครั้ง ซึ่งจะมีความแน่นอนทางการเมืองและถูกกล่าวอ้างได้บ่อย และได้โต้แย้งว่าจะเป็นการยากและไม่เหมาะสมหากจะบังคับใช้ในศาล

ภายใต้มาตรา 128 รัฐธรรมนูญให้ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านสภาทั้งสองและแจ้งแก่ประชาชนโดยผู้ตรวจการรัฐภายใน 2-6 เดือนของการผ่านสภาที่สองและอาจผ่านเพียงสภาเดียว

²⁶³ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, p.15.

²⁶⁴ C.J.G. Sampford, "Recognize and Declare : An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions" *Oxford Journal of Legal Studies* (1987) : 369.

²⁶⁵ L.J.M. Cooray, *Conventions, The Australian Constitution, and the Future* (Sydney, 1979) p.128

แต่ผู้ตรวจการรัฐก่อน ๆ ก็มักจะทำตามคำแนะนำของรัฐบาล รวมทั้งเหตุการณ์ก่อน ปี 1983 ซึ่งรัฐบาลไม่ได้นำร่างกฎหมายผ่านสภาทั้งสอง

การกำหนดข้อความธรรมเนียมปฏิบัติที่เกิดขึ้นในช่วงแรกโดย Evatt และต่อ ๆ มานั้นไม่มีการยอมรับถึงทั่วไป หรือเป็นกฎเกณฑ์ที่ผูกมัดในแต่ละเหตุการณ์ เป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่วางเอาไว้ แต่เมื่อถึงช่วงเวลาที่เป็นไปได้ ผู้ปฏิบัติที่มีความเกี่ยวข้องในทางการเมืองก็จะรู้ถึงกฎเกณฑ์และถือปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ เพราะเป็นข้อตกลงที่มีความสำคัญหรือเป็นความเชื่อทางศีลธรรมของผู้ปฏิบัติเอง ว่าเขาควรปฏิบัติตามข้อตกลงที่เป็นกฎเกณฑ์หรือการละเมิดข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นที่รู้จักดี จะทำให้เกิดความเสียหายต่อแบบอย่างทางการเมือง แต่อย่างไรก็ตาม คุณลักษณะสถานะและองค์ประกอบของธรรมเนียมปฏิบัติไม่ได้คาดหมายต่อการพิจารณาของผู้พิพากษา²⁶⁶

กฎเกณฑ์นั้นจะต้องเป็นแนวบรรทัดฐานและผู้อยู่ในตำแหน่งเชื่อว่าจะมีความผูกมัดต้องปฏิบัติตามแนวบรรทัดฐานนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติบทลงโทษเป็นในทางการเมือง ซึ่งมองว่าเป็นการละเมิดศีลธรรมที่เป็นรูปแบบ (the positive morality not the positive law) ของรัฐธรรมนูญ เช่น ภาระในทางการเมือง Sir John Kerr ผู้ตรวจการรัฐออสเตรเลีย รวมทั้งวิกฤตการณ์ในปี 1975 เมื่อสภาสูงเสียชีวิตระหว่างปี 1975 และ 1977 เมื่อปี 1975 ได้ขอร่วมห้องออกเสียงของสภาสูงเพื่อให้ผู้ตรวจการรัฐและฝ่ายค้านที่นั่งเก้าอี้ด้านหลังของห้องสภาสูงทบทวนยืนยันการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติเพื่อให้ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรไปเป็นนายกรัฐมนตรี บางบทบังคับก็สามารถช่วยอุดช่องว่างตำแหน่งทางการเมือง โดยนักการเมืองที่รู้สึกว่าจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ อิทธิพลจากการประมวลธรรมเนียมปฏิบัติที่ผู้พิพากษาจะอ้างธรรมเนียมปฏิบัติที่ยอมรับในคดีที่ผู้พิพากษาอ้างถึง และธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็จะเป็นที่มาของหลักของธรรมเนียมปฏิบัติ²⁶⁷

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ คณะกรรมาธิการสามัญ (the Standing Committee D) ได้เสนอถึงอำนาจของผู้ตรวจการรัฐ ได้แก่

1. การรับรู้และประกาศวิธีปฏิบัติโดยมติของที่ประชุมตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย รัฐสภา เมื่อ 26-29 เมษายน 1983²⁶⁸

²⁶⁶ C.J.G. Sampford, "Recognize and Declare" : 371-3.

²⁶⁷ Ibid , p. 375,390.

²⁶⁸ Resolutions Adopted at the Australian Constitutional Convention, Parliament House, Adelaide:26 to 29 April 1983

ก. อำนาจของพระราชินีตามรัฐธรรมนูญเครื่องจักรภพ

- (1) พระราชินีทรงใช้อำนาจตามคำแนะนำของรัฐมนตรีเครื่องจักรภพ ไม่ใช่ตามคำแนะนำของรัฐมนตรีอังกฤษ
- (2) พระราชินีทรงได้รับคำแนะนำจากรัฐมนตรีเครื่องจักรภพโดยตรง

ข. การแต่งตั้งผู้ตรวจการรัฐ

- (3) ผู้ตรวจการรัฐได้รับการแต่งตั้งจากพระราชินีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของออสเตรเลียภายหลังการปรึกษาหารือในการแต่งตั้งระหว่างพระราชินีและนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีของอังกฤษไม่มีความข้องเกี่ยวกับการแต่งตั้งนี้
- (4) การลงนามโดยพระราชินีหรือผู้ตรวจการรัฐจะต้องกระทำโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของออสเตรเลียหรือนอกจากรัฐจะเข้ามาเกี่ยวข้อง
- (5) ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการรัฐ (the Governor-General) ต้องมาจากพลเมืองชาวออสเตรเลียและมีความรับผิดชอบต่อตำแหน่งในทางรัฐธรรมนูญ
- (6) การมอบหมายอำนาจต่อผู้บริหารตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 เป็นอำนาจผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เท่านั้น ในการแต่งตั้งและการถอดถอนตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีของออสเตรเลีย และการใด ๆ ที่ผู้บริหารได้กระทำลงในอำนาจหน้าที่ ผู้ที่อาวุโสที่สุดสันนิษฐานว่ามีหน้าที่ตามอำนาจที่ต้องยึดถือ โดยความอาวุโสเป็นความอาวุโสระหว่างผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ (State Governor) ที่พิจารณาตามวันที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์
- (7) พระราชอำนาจของพระราชินีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 ในการมอบอำนาจแก่ผู้ตรวจการรัฐ ในการแต่งตั้งผู้รักษาการแทนเป็นการใช้อำนาจตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีหรือออสเตรเลีย
- (8) การแต่งตั้งผู้รักษาการแทนของผู้ตรวจการรัฐเป็นการกระทำตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา 126
- (9) ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้รักษาการแทนผู้ตรวจการรัฐเป็นไปตามคำแนะนำของรัฐมนตรีของเครื่องจักรภพโดย the Commonwealth Respective Position of the Queen and the Governor-General in Australia

(10) รัฐมนตรีหรือจักรภพจะเสนอให้รัฐมนตรีแนะนำต่อผู้ตรวจการรัฐ โดยที่รัฐมนตรีของอังกฤษไม่มีส่วนในการเสนอคำแนะนำ

(11) พระราชินีจะไม่แทรกแซงในการใช้อำนาจของผู้ตรวจการรัฐตามรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจโดยพระองค์เอง

ค. องค์ประกอบของคณะที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร (the Executive Council)

(12) ผู้ตรวจการรัฐจะเลือกที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร (รวมถึงรองประธานคณะที่ปรึกษา) ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

(13) ถ้าสมาชิกของคณะที่ปรึกษาฝ่ายบริหารสวณตำแหน่งของตนไว้จะเรียกประชุมได้ เฉพาะขณะที่ยังเป็นสมาชิกรัฐบาล

(14) นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีการคลัง (The Prime Minister and Treasurer) จะต้องเป็นสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎร ไม่ใช่สภาสูง

ง. การปฏิบัติหน้าที่ของคณะที่ปรึกษา

(15) คณะที่ปรึกษาจะไม่ให้การปรึกษา ซึ่งจะให้อย่างเป็นทางการต่อผู้ตรวจการรัฐโดยความเห็นชอบเป็นลายลักษณ์อักษรของรัฐมนตรี

(16) ผู้ตรวจการรัฐจะได้รับสิทธิในรับฟังข้อมูลข่าวสารเต็มเกี่ยวกับสาระสำคัญก่อนคณะที่ปรึกษาฝ่ายบริหารตลอดระยะเวลาที่ผูกพันต่อความเห็นชอบตามคำแนะนำที่ไม่มีข้อโต้แย้งของรัฐมนตรี ที่อาจเป็นไปได้เพื่อการพิจารณาของรัฐมนตรี ปัญหาเกี่ยวกับสาระสำคัญที่เสนอให้พิจารณา หรือเสนอแนะโดยคณะที่ปรึกษา

(17) ผู้ตรวจการรัฐจะได้รับแจ้งความเห็นในการประชุมคณะที่ปรึกษาฝ่ายบริหารและกิจการและตัดสินใจในฐานะที่ผู้ตรวจการรัฐอยู่ในการประชุม

(18) ผู้ตรวจการรัฐแต่งตั้งรองประธานคณะที่ปรึกษาฝ่ายบริหารตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีเพื่อเป็นผู้รักษาการแทนของผู้ตรวจการรัฐในการเรียกประชุมและเป็นประธานในการประชุมของคณะที่ปรึกษาเมื่อผู้ตรวจการรัฐไม่อยู่ในการประชุม ผู้ตรวจการรัฐจะแต่งตั้งรัฐมนตรีแต่ละคน นอกเหนือจากรองประธานเพื่อเป็นผู้รักษาการแทนในการประชุมคณะที่ปรึกษาเมื่อผู้ตรวจการรัฐ, รองประธานหรือรัฐมนตรีอาวุโสไม่อยู่ในที่ประชุม

(19) การประชุมคณะที่ปรึกษาประกอบด้วยรัฐมนตรีอย่างน้อยสองคนรวมทั้งผู้ตรวจการรัฐ
รองประธานหรือผู้รักษาการแทนของผู้ตรวจการรัฐ ที่เป็นประธานในที่ประชุม

จ. การใช้อำนาจอื่นโดยผู้ตรวจการรัฐ

(28) การใช้อำนาจของผู้ตรวจการรัฐภายใต้มาตรา 58 ต่อการที่พระราชินีสงวนไว้ซึ่ง
กฎหมายหรือทรงกลับคืนไปยังสภาที่ร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขตามคำแนะนำของผู้ตรวจ
การรัฐ ร่างกฎหมายที่จะลงนามต้องผ่านสภาทั้งสอง

(29) คำเสนอแนะของผู้ตรวจการรัฐตามมาตรา 56 เป็นคำแนะนำของรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง
กัน

(30) การใช้อำนาจของผู้ตรวจการรัฐเป็นไปตามคำแนะนำของรัฐมนตรีเพื่อให้ประชาชนลง
มติร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ระงับบทบัญญัติมาตรา 128 ผู้ตรวจการรัฐอาจจะทำ
ตามคำแนะนำหรือจะเก็บไว้เสนอในสภาผู้แทนหรือสภาสูง

ฉ. รัฐสภาและการเลือกตั้ง

(32) รัฐบาลจะไม่แต่งตั้งองค์กระระดับสูงใดก่อนที่จะมีการเลือกตั้งสภาผู้แทน เว้นแต่เพื่อ
ประโยชน์ของชาติ

(33) ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารของรัฐจะพิจารณาวาระและสถานะของการเลือกตั้งสภา
สูงตามมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญให้ร่วมมือและเปรียบเทียบกับรัฐอื่นและกฎหมายเลือก
ตั้งของเครือจักรภพ

ช. ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

(34) ศาลจะต้องไม่แทรกแซงการใช้อำนาจนิติบัญญัติในระบบการบริหารผู้พิพากษา

2. วิธีปฏิบัติที่ไม่ได้ยอมรับและประกาศในปี 1983

ก. อำนาจของผู้ตรวจการรัฐในการแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรี

(20) หลักการพื้นฐานที่รัฐมนตรีจะได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทน ดังนี้

- ผู้ตรวจการรัฐแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นบุคคลที่สามารถตั้งคณะรัฐมนตรีที่ได้รับ
ความไว้วางใจจากสภาผู้แทน

- ผู้ตรวจการรัฐแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายก

- ผู้ตรวจการรัฐจะไม่พิจารณาให้ก่ำนจ้ครัฐบาลในสภาผู้แทนเมื่อคณะรัฐมนตรีได้เสีย
ความไว้วางใจจากสภาผู้แทน ถ้า

1) การออกเสียงเป็นไปอย่างเร่งด่วน กรณีที่คณะรัฐมนตรีสามารถควบคุมความไว้วางใจใน
สภาผู้แทนได้

2) รัฐมนตรีได้รับผลจากการออกเสียงกรณีรัฐมนตรีคนหนึ่งไม่ได้รับความไว้วางใจ

3) การออกเสียงปฏิเสธผู้ทำการแทน (ไม่แน่ใจว่าแปลถูก)

4) การออกเสียงทำให้ประเด็นในการร่างกฎหมายลดลง

นายกรัฐมนตรีเดิมก็จะได้รับการกลับคืนเข้าสู่ตำแหน่ง

(21) ผู้ตรวจการรัฐไล่นายกและรัฐมนตรีออก เมื่อ

- รัฐบาลสูญเสียความไว้วางใจจากสภาผู้แทน และนายกไม่ยอมลาออกหรือยุบสภา

- การแต่งตั้งที่รัฐบาลไม่อาจได้การสนับสนุน the ordinary annual services of the
Government ก็มีอำนาจเต็มตามกฎหมายในกิจการของรัฐบาล และนายกไม่ยอมลาออก
หรือยุบสภา

- รัฐบาลทั้งหมดและเฉพาะตัวฝ่าฝืนหลักการพื้นฐานของระบบรัฐธรรมนูญ

(22) กรณีที่รัฐบาลปฏิเสธคำแนะนำในการยุบสภาในสถานการณ์ที่ผู้ตรวจการรัฐอาจปลด
รัฐมนตรี ผู้ตรวจการรัฐอาจแต่งตั้งนายกอีกคนหนึ่ง (an alternative Prime Minister)
เพื่อที่จะดำเนินการยุบสภาและเลือกตั้งทั่วไป ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งจะต้องเตรียมรับผิดชอบ
ต่อการยุบสภา

ข. อำนาจของผู้ตรวจการรัฐในความสัมพันธ์ต่อรัฐสภา

(23) ผู้ตรวจการรัฐยุบสภาผู้แทนหรือสภาทั้งสองของรัฐสภา ได้ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

(24) ในการตัดสินใจยุบสภา ต้องแน่ใจว่ามีการเลือกตั้งและฝ่ายบริหารดำเนินการได้จนกว่าจะมีการรวมรัฐสภาใหม่

(25) เมื่อมีการเรียกร้องให้มีการเลือกตั้งทั้งในช่วงแรก คำแนะนำรวมถึงคำแถลงการณ์ถึงเหตุผลในการยุบสภา และผู้ตรวจการรัฐไม่ผูกมัดในทุกสถานการณ์ในการลงนามยุบสภาไม่ว่ากรณีใด ๆ ผู้ตรวจการรัฐอาจปฏิเสธการร้องขอเช่นนั้น คือ

- มีเวลาไม่เพียงพอตั้งแต่การยุบสภาครั้งสุดท้าย
- รัฐบาลที่ตัวแทนนั้นสามารถได้รับการแต่งตั้งให้ดำเนินการกับสภาผู้แทนที่ยังอยู่ และ
- สิ่งที่เกิดขึ้นภายในรัฐสภาที่ไม่อาจถูกยุบสภา

(26) ผู้ตรวจการรัฐอาจปฏิเสธคำแนะนำให้ยุบสภาทั้งสองสภา หากผู้ตรวจการรัฐไม่พอใจตามเงื่อนไขในมาตรา 57

(27) องค์ประชุมของรัฐสภาเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ผู้ตรวจการรัฐปฏิบัติตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ในการใช้อำนาจเรียกประชุมหรือยุติการประชุมรัฐสภา

3. วิธีปฏิบัติที่ยอมรับและประกาศโดยการลงมติของการประชุมออสเตรเลีย, รัฐสภา, Brisbane, 29 กรกฎาคม ถึง 1 สิงหาคม 1985

ก. หลักการพื้นฐาน คือ รัฐมนตรีต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทน

ข. การเลือกตั้งทั่วไปหลังจากรัฐบาลแพ้ ผู้ตรวจการรัฐ อาจได้รับคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีที่กำลังออกจากตำแหน่งให้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่สามารถตั้งคณะรัฐมนตรีที่ได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทน

ค. หากนายกลาออกอาจแนะนำผู้ตรวจการรัฐแต่งตั้งบุคคลที่จะเป็นนายกรัฐมนตรีที่สามารถตั้งคณะรัฐมนตรีที่ได้รับความไว้วางใจในสภาผู้แทน

- ง. ถ้านายกตายขณะดำรงตำแหน่ง ผู้ตรวจการรัฐอาจได้รับคำแนะนำจากรัฐมนตรีที่อาวุโสที่สุด ให้แต่งตั้งบุคคลที่จะเป็นนายกที่สามารถตั้งคณะรัฐมนตรีที่ได้รับความไว้วางใจในสภาผู้แทน
- จ. ถ้านายกแพ้ในสภาผู้แทนตามวิธีปฏิบัติ จ. ก็อาจแนะนำผู้ตรวจการรัฐให้ยุบสภาผู้แทนหรือแนะนำให้ผู้ตรวจการรัฐเสนอบุคคลที่นายกเห็นว่าสามารถตั้งคณะรัฐมนตรีที่สภาผู้แทนไว้วางใจ
- ฉ. การแนะนำผู้ตรวจการรัฐตามข้อ จ. นายกรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามหลักการพื้นฐานที่ว่ารัฐมนตรีต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทน นายกที่แพ้สามารถแนะนำบุคคลนั้นต่อผู้ตรวจการรัฐ
- ช. ผู้ตรวจการรัฐสามารถแต่งตั้งและไล่อรัฐมนตรีออกตามคำแนะนำของนายก
- ซ. การลาออกของนายกภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปที่รัฐบาลแพ้หรือภายหลังจากแพ้ในสภาผู้แทน เป็นการยุติหน้าที่ของรัฐมนตรีทั้งคณะ แต่ความตายของนายกหรือการลาออกในสถานการณ์อื่น ไม่ใช่เป็นการสิ้นสุดหน้าที่ของรัฐมนตรีทั้งคณะโดยอัตโนมัติ
- ฌ. ผู้ตรวจการรัฐจะยุบสภาผู้แทนได้เฉพาะเพียงตามคำแนะนำของนายก
- ฎ. เมื่อนายกรักษาความไว้วางใจในสภาผู้แทน แนะนำให้ยุบสภาผู้แทน ผู้ตรวจการรัฐต้องปฏิบัติตามคำแนะนำ
- ฏ. ผู้ตรวจการรัฐอาจฟังคำแนะนำจากนายกตามเงื่อนไข มาตรา 57 ของรัฐธรรมนูญ จนพอใจ ในการยอมให้ยุบสภาทั้งสองพร้อมกัน
- ฎ. คำแนะนำทั้งหมดของนายกต่อผู้ตรวจการรัฐที่เกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนหรือทั้งสองสภา ควรจะให้คำมั่นเป็นหนังสือ และประกาศก่อนหรือระหว่างการรณรงค์เลือกตั้งที่ตามมาในภายหลัง
- ฐ. การยุบสภาตามคำแนะนำ นายจะต้องอยู่ในตำแหน่งที่ผู้ตรวจการรัฐแน่ใจว่ารัฐสภาได้อนุมัติงบประมาณอย่างเพียงพอที่จะสามารถปฏิบัติงานผ่านช่วงเวลาการเลือกตั้ง หรือได้อนุมัติเงินงบประมาณไว้ก่อนยุบสภา
- ฑ. ตามรัฐธรรมนูญองค์ประชุมของรัฐสภา ผู้ตรวจการรัฐปฏิบัติตามคำแนะนำของนายก ในการใช้อำนาจเรียกประชุมและปิดการประชุม

ฅ. การปิดประชุมตามคำแนะนำ นายกรัฐมนตรีทำให้ผู้ตรวจการรัฐแนใจว่ารัฐบาลได้รับอนุมัติงบประมาณจากรัฐสภาในการปฏิบัติงานฝ่ายบริหารให้ผ่านช่วงเวลาปิดประชุมหรือไม่อนุมัติงบประมาณไว้ก่อนปิดประชุม

ฉ. ผู้ตรวจการรัฐสามารถฟังคำแนะนำของนายกตามเงื่อนไขมาตรา 57 จนพอใจ ในการปฏิบัติตามคำแนะนำของนายกในการใช้อำนาจเรียกประชุมสมาชิกวุฒิสภาและสภาสามัญ

ค. ผู้ตรวจการรัฐต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของนายกในกฎหมายที่เสนอให้เปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญต่อผู้เลือกตั้ง ถ้าเป็น the proposed law ต้องได้รับความเห็นชอบจากทั้งสองสภา หรือสภาใดสภาหนึ่ง

ด. การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการรัฐมีสิทธิที่จะได้รับการปรึกษา กระตุ้น เตือน ต่อคำแนะนำของรัฐมนตรีที่มีต่อผู้ตรวจการ

จาก Resolutions Adopted at the Australian Constitutional Convention จะเห็นได้ว่าการนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีสภาพบังคับที่สามารถนำมาบังคับใช้และอ้างอิงได้ แต่ทั้งนี้การอ้างถึงนั้นมิได้เป็นการอ้างในฐานะที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แต่เป็นการอ้างในฐานะที่เป็นลายลักษณ์อักษร การนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการเปลี่ยนสถานะให้เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่มีความแน่นอนชัดเจน ที่ศาลสามารถนำมาบังคับใช้ได้ และเป็นการทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น มีสภาพบังคับมีศักดิ์ในทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับได้ และมีผลทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นมีสภาพบังคับตามองค์กรที่บัญญัติ ในกรณีนี้เป็นการประชุมร่วมกันของรัฐสภา กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาจึงมีสภาพบังคับเป็นพระราชบัญญัติ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึงมีศักดิ์ของกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติเช่นกัน และมีผลทำให้กฎหมายที่อยู่ในลำดับรองจากพระราชบัญญัติไม่อาจขัดหรือแย้งหรือยกเลิกเพิกถอนธรรมเนียมปฏิบัตินั้นได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันหรือสูงกว่าเท่านั้น แต่ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด กฎหมายที่ออกจากรัฐสภาจึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเช่นกัน

บทที่ 4

สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

1. ประเพณีการปกครองและการปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

1.1. ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

1.1.1. ความหมายของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ความหมาย คำว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ดร.วิษณุ เครืองาม และ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ให้ความหมายประกอบกันดังนี้¹

ก. ประเพณี (custom หรือ practice) หมายถึงแนวทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติสืบต่อกันมา ซึ่งควรเป็นแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ข้อนี้ทำให้เห็นคล้ายกับว่าประเทศไทยมีธรรมเนียมปฏิบัติหรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างของอังกฤษ แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่เพราะประเพณีของอังกฤษเป็นประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาหลายร้อยปีแล้ว จนถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่ประเพณีนี้ หมายถึงประเพณีตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับก่อน ๆ เท่านั้น

อนึ่ง ที่จะถือว่าเป็นประเพณีได้ ต้องเป็นเรื่องที่บัญญัติหรือปฏิบัติต่อมาเป็นเวลานานพอสมควร หรืออีกนัยหนึ่งควรมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเรื่องนั้น ๆ ไว้แล้วหลายหน

ข. ประเพณีการปกครอง (administrative practice) ประเพณีที่ว่านั้นจะต้องเป็นประเพณีเกี่ยวกับการปกครองไม่ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของพลเมืองก็ตาม

¹ วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, (กรุงเทพฯ : นำอักษรการพิมพ์, 2520), หน้า 167-168.

ค. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย (administrative practice of Thailand under the democratic regime) ข้อนี้หมายความว่าประเพณีนั้น ๆ ต้องใช้มาตั้งแต่มีการปกครองแบบประชาธิปไตยในประเทศไทย ซึ่งคงหมายถึงวันนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ใน พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมานั่นเอง

นอกจากนี้คงต้องคำนึงถึงประเพณีการปกครองของประเทศอื่น ๆ ที่เป็นประชาธิปไตยแบบมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย เพราะลัทธิประชาธิปไตยเป็นลัทธิสากลที่มีพื้นฐานมาจากต่างประเทศ ไม่ใช่ของไทยคิดขึ้นใช้เอง

สรุปได้ว่า ประเพณีการปกครองจะต้องเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งถือได้ว่าประเทศไทยมีการปกครองแบบประชาธิปไตยมาตั้งแต่ 24 มิถุนายน 2475 เป็นวันที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยอมลดพระราชอำนาจจากพระมหากษัตริย์ตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นกฎหมายหลักในการปกครองประเทศ ประเพณีการปกครองเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการปฏิบัติ ซึ่งในความหมายนี้จึงหมายถึงประเพณีตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แสดงให้เห็นว่าสิ่งที่จะเป็นประเพณีการปกครองได้นั้น จะต้องเป็นสิ่งที่เคยได้รับการบัญญัติหรือได้รับการปฏิบัติติดต่อกันมา ดังนั้น ประเพณีการปกครองจึงมีความหมายแคบกว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เพราะสิ่งที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อาจเป็นทางปฏิบัติที่ได้รับการปฏิบัติติดต่อกันมาในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ แต่อีกนัยหนึ่ง การที่ประเพณีทางปกครองมีความหมายถึงเฉพาะประเพณีที่ปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ยึดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การพัฒนาในส่วนที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติยังไม่มากและไม่แน่นอน ทำให้แนวทางปฏิบัติที่จะได้รับการยอมรับในฐานะที่เป็นประเพณีการปกครองจึงต้องเป็นประเพณีตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งในที่นี้ก็คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

1.1.2. ความสำคัญและการค้นหาประเพณีการปกครอง

1.1.2.1. ความสำคัญ

1) เป็นหลักปฏิบัติในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ มิได้เขียนกำหนดรายละเอียดไว้เป็นประการใดประการหนึ่ง แต่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นกรณีที่ต้องปรับบทกฎหมายรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น ผู้ใช้

กฎหมายมีพันธะต้องวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ให้เทียบเคียงคูปทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ๆ ที่ผ่านมาของไทย และศึกษาเทียบเคียงแนวปฏิบัติอันเคยเป็นมาในอดีต และประมวลข้อมูลนั้น เพื่อกำหนดเป็นกฎเกณฑ์วินิจฉัย กรณีปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น²

ส่วนในสยามนั้น บันทึกถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญปรากฏครั้งแรกในรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งบันทึกคำอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญฉบับ 10 ธันวาคม 2475 ว่าธรรมเนียมประเพณีประชาธิปไตยยังคงใช้ได้ต่อไป ตามรายงานการประชุมสภาตอนที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ ในขณะนั้นได้มีปัญหาว่า เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงขึ้นครองราชย์จะต้องทรงปฏิญาณ อันเป็นไปตามธรรมเนียม ควรจะกำหนดให้ชัดหรือไม่ ซึ่งนายหงวน ทองประเสริฐ ได้เสนอให้มีการกำหนดให้ชัดเจน

พระยาราชวังสัน ได้กล่าวว่า “...สิ่งใดที่เป็นแบบธรรมเนียมอยู่แล้ว เราไม่อยากพูดมากนัก ตามความคิดเดิมในการร่างรัฐธรรมนูญนี้ ประสงค์ไม่ให้อาวุธไป ฉะนั้นจึงไม่บัญญัติไว้ ... เห็นว่าไม่เป็นอะไร ทั้งเห็นความสะดวกว่า การบัญญัติเช่นนี้จะดีกว่า”

นายหงวน ทองประเสริฐมีความเห็นแย้งว่า “ธรรมเนียมนั้นไม่ใช่ว่าบังคับ อีกประการหนึ่ง สิ่งนี้เป็นคราวแรก ไม่เคยใช้มา”

หลวงประดิษฐมนูธรรม กล่าวว่า “ข้าพเจ้าขอแถลงให้ที่ประชุมทราบเท่าที่นายหงวน ทองประเสริฐ ได้ร้องให้เติมร่างว่าพระมหากษัตริย์ต้องทรงปฏิญาณนั้น การที่ไม่เขียนไว้ก็ดีก็ให้ถือว่าเวลาขึ้นเสวยราชย์ต้องทรงกระทำตามพระราชประเพณี การที่ไม่เขียนไว้ก็ไม่ใช่เป็นการยกเว้นที่พระองค์จะไม่ต้องทรงปฏิญาณ ขอให้จดบันทึกข้อความสำคัญนี้ไว้ในรายงาน”

“ประธานอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ กล่าวว่า เนื่องจากหลวงประดิษฐมนูธรรมได้กล่าวแล้ว ข้าพเจ้าขอแถลงว่าได้เคยเฝ้าและทรงรับสั่งว่า พระองค์เองได้ทรงปฏิญาณเวลาเสวยราชสมบัติ และเวลาขึ้นรับเป็นรัชทายาทก็ต้องปฏิญาณชั้นหนึ่งก่อน ความข้อนี้เมื่อพระองค์เองทรงรับสั่งเช่นนั้น เพราะฉะนั้นรับรองได้อย่างที่หลวงประดิษฐมนูธรรมว่าเป็นพระราชประเพณีทีเดียว”³

² อมร รัชกาลสัจย์ และคณะ, ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน, (กรุงเทพฯ : การันต์ การพิมพ์, 2543) , หน้า 87.

³ ปรีดี พนมยงค์ , ประชาธิปไตย และ รัฐธรรมนูญเบื้องต้น กับ การร่างรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์นิติเวช, 2517) หน้า 25-9.

จากบันทึกการอภิปรายร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเรื่องใดที่เป็นประเพณีแล้วไม่จำเป็นต้องกำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เพื่อไม่ให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีความยาวเกินไปหรือต้องบัญญัติไว้ทุกเรื่องทุกกรณี ซึ่งรัฐธรรมนูญที่ดีควรจะสั้นกระชับ และปรับใช้ได้ทุกสถานการณ์ ดังนั้น เมื่อมีกรณีเกิดขึ้นจึงสามารถใช้จารีตประเพณีซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติก่อน ๆ เป็นเกณฑ์กำหนดหลักปฏิบัติ

2) เป็นเครื่องมืออุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชน ทั่วไป

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย⁴ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า ช่องว่างแห่งกฎหมาย (Gap in the Law) หมายถึง กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำไปใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ ผู้ใช้กฎหมายหากกฎหมายเพื่อมาใช้ปรับแก้กรณีไม่พบ ช่องว่างแห่งกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ

1) ผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น มีสาเหตุมาจาก

1.1) ความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเอง ที่นึกไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น จึงไม่ได้ร่างบทบัญญัติสำหรับกรณีนั้น ๆ ไว้

1.2) ยังไม่เคยมีเหตุการณ์ในลักษณะใด อันทำให้เกิดช่องว่างนั้น ๆ เกิดขึ้นในกฎหมายมาก่อน เช่น ผู้ร่างกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ไม่ได้บัญญัติถึงโทษของการลักกระแสไฟฟ้าไว้ เพราะนึกไม่ถึงว่าจำเป็นจะต้องมีประมวลกฎหมายเกี่ยวกับไฟฟ้า เนื่องด้วยสมัยนั้นยังไม่มีการใช้ไฟฟ้ากันอย่างแพร่หลาย และยังไม่มีการลักกระแสไฟฟ้าไปใช้เหมือนดังเช่นปัจจุบัน

2) ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นแต่เห็นว่าสำหรับกรณีที่เป็นช่องว่างแห่งกฎหมายยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว

การเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีนี้ เกิดขึ้นเพราะผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าตำรากฎหมายและคำพิพากษาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอ โดยยังไม่ได้คิดค้นหลักเกณฑ์อันเหมาะสมไว้สำหรับเรื่องนั้น ๆ โดยเหตุนี้การจะบัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีนั้น ๆ ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการริบควนเกินไป เพราะบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติไว้อย่างชัดเจนนั้นจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาจะได้คลี่คลายปัญหานี้ให้

⁴ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 124.

กระจำแจ่มแจ้งต่อไปในภายหน้า และหาหลักเกณฑ์ที่สมบูรณ์มาใช้ ตรงกันข้ามถ้าจะบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจน ดำรงกฎหมายหรือคำพิพากษาก็จะได้แต่อธิบายตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวผู้ร่างกฎหมายก็ปล่อยช่องว่างแห่งกฎหมายทิ้งไว้ โดยไม่ให้มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นการปล่อยให้ช่องว่างไปโดยตั้งใจ⁵

ในอดีต รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหรือ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มักจะมีข้อความสั้นมากจึงเป็นการยากที่จะบรรจุกรณีต่าง ๆ เข้าไว้ให้ครบถ้วนได้ การที่รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มีข้อความสั้นมากนี่เองเป็นเหตุให้เกิดช่องว่างมากมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรมีอาจจะบัญญัติให้ครบถ้วนได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรก็ได้บัญญัติทางแก้ไว้ว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย การที่รัฐธรรมนูญนี้ บัญญัติทางแก้ไว้เช่นนี้ย่อมเป็นของจำเป็น เพราะรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ถ้าไม่มีบทบัญญัติให้วินิจฉัยได้ ก็ไม่อาจจะวินิจฉัยกรณีใด ๆ ได้⁶ โดยรัฐธรรมนูญการปกครองกำหนดให้เป็นอำนาจของสภาในการวินิจฉัย ซึ่ง ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย⁷ ได้ให้คำอธิบายถึงการนำประเพณีการปกครองฯมาใช้ว่า

1) บุคคลหรือสถาบันใดที่มีหน้าที่ใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ก็วินิจฉัยกรณีนั้นได้เอง โดยดำเนินการให้เป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้จนกว่าสภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้ชี้ทาง

2) เฉพาะกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีที่เกิดขึ้นในวงงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือแก่นอกวงงานของสภา แต่คณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย สภาย่อมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ฉะนั้นคำชี้ขาดของสภาจึงมีผลเป็นการสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ เพิ่มเติมเสริมต่อจากรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร

ทั้งนี้ปรากฏว่าบทบัญญัตินี้ได้รับการบัญญัติไว้ใน มาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ด้วยเช่นกัน แต่มิได้กำหนดว่าองค์กรใดเป็นผู้วินิจฉัยว่ากรณีใดเป็น

⁵ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 124-5.

⁶ ประวิณ ฒ นกร , รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร , พิมพ์ครั้งที่ 2,(พระนคร : สำนักงาน ก.พ., 2504) , หน้า 20-1.

⁷ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป คำอธิบายโดยสังเขปของรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร และกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 6 , (กรุงเทพ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508) , หน้า 251.

ประเพณีการปกครองตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงอาจเทียบเคียงกับคำอธิบายดังกล่าวได้ว่า องค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ สามารถพิจารณาว่ากรณีใดเป็นประเพณีการปกครองและนำมาปรับใช้ได้ แต่หากมีการพิจารณาของศาลแล้วถือว่าเป็นข้อยุติ และประเพณีการปกครองที่ศาลวินิจฉัยนั้นถือได้ว่ามีผลเป็นรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ดังนั้น เมื่อมีช่องว่างทางกฎหมายก็สามารถนำประเพณีการปกครองที่เคยมีมาแต่ก่อน หรือเคยได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก่กรณี ทั้งนี้เพราะได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้ชัดเจนว่าให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายบังคับ

1.1.2.2. การค้นหาประเพณีการปกครอง

1) แนวทางการค้นหาประเพณีการปกครอง

ประเพณีการปกครองเป็นสิ่งที่เป็นแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ การค้นหาประเพณีการปกครองจึงต้องค้นหาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและแนวทางปฏิบัติที่เคยได้รับการปฏิบัติมา และเนื่องจากถือได้ว่าประเพณีการปกครองเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผู้ได้ให้แนวทางในการค้นหาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังนี้

1. ต้องดูจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์การเมืองที่สำคัญ, เหตุการณ์, สุนทรพจน์ของคนสำคัญ หรือหลักฐานที่เป็นเอกสารสำคัญเกี่ยวกับขนบประเพณีในเรื่องนั้น ๆ
2. ค้นดูจากการอภิปรายในรัฐสภาซึ่งเป็นการอภิปรายสนับสนุนขนบประเพณีเป็นข้อ ๆ ไป
3. ค้นดูจากคำอภิปรายหรือจดหมายเหตุของบรรดาบุคคลชั้นผู้นำของรัฐสภาหรือจากการอภิปรายคัดค้านของพรรคฝ่ายค้านหรือพระราชหัตถเลขาของพระมหากษัตริย์ที่มีติดต่อกับนายกรัฐมนตรีและรัฐบาลคนสำคัญ ๆ หรือกับหัวหน้าพรรคฝ่ายค้านหรือกับที่ปรึกษาคนสำคัญของพระมหากษัตริย์
4. ค้นดูได้จากจดหมายเหตุรายวัน (diary) ของนายกรัฐมนตรี, หัวหน้าพรรคฝ่ายค้าน, รัฐบุรุษหรือบุคคลชั้นผู้นำในรัฐสภา
5. ค้นดูได้จากข้อเขียนทางวิชาการของนักปราชญ์คนสำคัญ ผู้ได้รวบรวมขนบประเพณีไว้ และได้อธิบายถึงที่มาของขนบประเพณีเหล่านั้นพร้อมด้วยคำวิจารณ์ถึงอำนาจบังคับ⁸

⁸ เศรษฐาธิ วงศ์โกมลเชษฐ , การปกครองประเทศอังกฤษ, หน้า 27.

จากแนวทางในการค้นหาด้วยวิธีนี้จะต้องศึกษาจากประวัติศาสตร์ จดหมายเหตุที่ใช้ในการติดต่อระหว่างกัน การอภิปรายอธิบาย ต่าง ๆ รวมตลอดถึงข้อความเห็นของนักวิชาการ นอกจากนี้ยังมีข้อเสนอในการค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยของ ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม และ ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ในสมัยที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ที่พอจะนำมาใช้เทียบเคียงได้ เช่น

ก. นำรัฐธรรมนูญของไทยฉบับก่อน ๆ มาเปรียบเทียบเพื่อหาหลักเกณฑ์ร่วมกัน

ข. หลักเกณฑ์ร่วมกันนั้นต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย

ค. การค้นหาประเพณีการปกครอง ควรยึดประเพณีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาอย่างเดียวกัน ต่อเมื่อไม่พบประเพณีการปกครองแล้ว จึงต้องไปค้นหาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาโดยเหตุอื่น เช่น จะนำรัฐธรรมนูญฉบับร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญมาเทียบเคียงกับฉบับที่ร่างโดยคณะปฏิวัติและถือเป็นอันยุติตามนั้น เช่นนี้หาควรมิ

ง. สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียว ไม่ควรถือว่าเป็นประเพณีการปกครอง

จ. สิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียว แต่เป็นการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลง สิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองมาก่อน ดังนี้อาจถือว่าสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองใหม่นั้นเป็นประเพณีการปกครองได้ เช่น เคยมีรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2511 และก่อนหน้านั้นบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกินเก้าคน แม้รัฐธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2515 ก็บัญญัติว่าคณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกินเก้าคน จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2517 จึงมีบทบัญญัติว่าคณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกิน 15 คน ดังนี้ถือได้ว่าจำนวนองคมนตรีล่าสุดนี้ เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้ว⁹

การค้นหาประเพณีการปกครองนั้น จะเห็นได้ว่ามีหลักในการค้นหา คือ ประเพณีการปกครองนั้นสามารถค้นหาได้จากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่มีที่มาอย่างเดียวกัน ซึ่งควรจะได้รับการบัญญัติไว้ไม่น้อยกว่าหนึ่งครั้ง โดยสิ่งที่สำคัญในการค้นหานี้คือ ประเพณีการปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ใช้บังคับในปัจจุบัน เป็นต้น

⁹ วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร, หน้า 168-169.

2) ตัวอย่างประเพณีการปกครองจากคำวินิจฉัย

ก) ประเพณีการปกครองฯ จากคำวินิจฉัยของสภา

โดยขณะที่ประเทศไทยมีการใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวนั้น ได้มีการบัญญัติมาตราที่ใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศไม่กี่มาตรา และมีบทมาตราที่กำหนดให้นำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายบังคับใช้นั้น ได้ให้อำนาจแก่สภานิติบัญญัติในการวินิจฉัยตีความ ดังเช่น รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 มาตรา 22 วรรคสอง กำหนดให้กรณีที่มิมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด

ตัวอย่างประเพณีการปกครองที่รัฐสภาได้เคยวินิจฉัยไปแล้วเช่น การที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการที่จะตราพระราชกำหนดออกใช้บังคับ ตัวอย่างเช่น การวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องการตราพระราชกำหนด วันที่ 3 มีนาคม 2503 รัฐบาลได้เสนอขอให้สภาวินิจฉัยชี้ขาดเรื่องการตราพระราชกำหนด เพราะรัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรที่ใช้อยู่ในขณะนั้น มิได้มีบทบัญญัติกำหนดให้กระทำอย่างไร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่าคณะรัฐมนตรีพิจารณาเห็นว่าการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งรัฐบาลรับผิดชอบอยู่นั้น อาจมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตราเป็นการด่วนและลับ ตามรัฐธรรมนูญที่เคยมีมาแต่เดิมให้กระทำได้โดยตราเป็นพระราชกำหนดแล้วให้เสนอให้สภาพิจารณานอญัตติโดยด่วน คำอญัตติหรือไม่อญัตติต้องทำเป็นพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรที่ใช้อยู่ในขณะนั้น มิได้กล่าวไว้ แต่ให้สภานิติบัญญัติพิจารณาปัญหาดังกล่าวนี้นี้ ให้เป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ที่ประชุมได้ลงมติวินิจฉัยว่า เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับเกี่ยวกับการภาษีอากร หรือเงินตราได้ แต่ให้ปฏิบัติเช่นเดียวกับที่เคยปฏิบัติมา¹⁰

การออกพระราชกำหนดในกรณีเร่งด่วนในกรณีที่ไม่สามารถออกเป็นพระราชบัญญัติได้ทันที เพราะกระบวนการนิติบัญญัติต้องดำเนินการเป็นขั้นตอนที่อาจไม่ทันต่อเหตุการณ์ปัจจุบันนั้น ประเทศไทยได้มีการให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายในเวลาฉุกเฉินตั้งแต่รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 แล้ว ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเงินการภาษีอากรได้มีการเพิ่มเติมในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 และได้กำหนดให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราช

¹⁰ ประเสริฐ ปัทมสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : หจก. ช.ชุมนุมช่าง, 2517), หน้า 942-943.

บัญญัติ ซึ่งหมายความว่าพระราชกำหนดอาจวางบทบัญญัติเหมือนพระราชบัญญัติ และสามารถตราเพื่อยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติก็ได้ แต่จะต้องไม่ตราพระราชกำหนดให้เป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามเมื่อฝ่ายบริหารได้ใช้บังคับพระราชกำหนดนี้แล้ว ก็ต้องรีบเสนอสภาเพื่ออนุมัติรับรอง ซึ่งหากพระราชกำหนดนั้นไม่ได้รับการอนุมัติจากสภาที่มีผลทำให้พระราชกำหนดนั้นตกไป และหากพระราชกำหนดนั้นมีผลเป็นการยกเลิกเพิกถอนพระราชบัญญัติฉบับใด เมื่อพระราชกำหนดนั้นตกไปก็จะทำให้พระราชบัญญัติกลับมาใช้อีก แต่ไม่มีผลเป็นการกระทบถึงกิจการที่ฝ่ายบริหารได้กระทำไปในช่วงเวลานั้น

นอกจากนี้ สภายังได้เคยวินิจฉัยถึงการตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ตามประเพณีที่เคยกระทำมาในสภาแต่ก่อนนั้น ก่อนที่จะแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ นั้นก็จะต้องเสนอชื่อมาเพื่อให้สภาพิจารณาให้ความเห็นชอบเสียก่อน โดยประธานสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ และก่อนที่จะเข้ารับหน้าที่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ จะต้องปฏิญาณตนต่อสภาผู้แทนราษฎรเสียก่อน

ข) ประเพณีการปกครองฯ จากคำพิพากษาของศาล

ศาลเป็นองค์กรผู้ใช้กฎหมาย การนำกฎหมายมาวินิจฉัยแก้คดีจึงเป็นการแสดงออกอย่างชัดเจนถึงการตีความและพิจารณา ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลนั้น อีกนัยหนึ่งนั้นก็เป็นการแสดงให้เห็นถึงการนำเอาประเพณีการปกครองมาใช้เป็นกฎหมายเพื่อประกอบการพิจารณาคำพิพากษาด้วย

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536

ตัวอย่างประเพณีการปกครองที่แสดงในคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 913/2536 เรื่องนี้เป็นกรณีที่มีประกาศยึดทรัพย์ของ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26 ซึ่งขณะนั้นมีการรัฐประหารโดยคณะทหารที่เรียกตัวเองว่า คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) ได้ประกาศยึดทรัพย์นายเสนาะ เทียนทอง ในฐานะร้ายรายผิดปกติ โดยมีการตั้งกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินให้มีหน้าที่วินิจฉัยว่าทรัพย์สินใดได้มาโดยชอบหรือไม่ ในเรื่องนี้ศาลวินิจฉัยว่า ขณะที่ ร.ส.ช. ออกประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26 เป็นช่วงเวลาที่ไม่มีการรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองฉบับใดใช้บังคับ ต่อมาระหว่างที่ประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26 มีผลใช้บังคับอยู่นั้น ได้มีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ดังนั้น ประกาศ ร.ส.ช. ฉบับที่ 26 ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และจะขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญ

การปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ไม่ได้¹¹ และในขณะที่ศาลพิจารณาเรื่องนี้ ก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แล้ว ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้อำนาจอธิปไตยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ โดยให้เป็นอำนาจอธิปไตยของตุลาการรัฐธรรมนูญ

จากคำวินิจฉัยของศาลฎีกาดังกล่าว พิเคราะห์ได้ว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ศาลยกใช้เพื่อบังคับแก่กรณีนั้นเป็นการพิจารณาว่าประกาศฉบับนั้นมีผลบังคับใช้หรือไม่ ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อำนาจในการพิจารณาของศาลตามกรณีนี้ จึงเป็นการใช้ประเพณีการปกครองฯ ในลักษณะที่เป็นเครื่องมือการอุดช่องว่างในรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป มิใช่เป็นหลักปฏิบัติในฐานะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นเรื่องศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่ายหรือได้รับยกเว้น ไม่ต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ ซึ่งในเรื่องดังกล่าว คณะกรรมการการเลือกตั้งได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยขอเบ็ดเตล็ดการใช้บังคับ มาตรา 68 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้กำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ในกรณีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นเรื่องที่จะต้องนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตาม มาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาใช้วินิจฉัยแก่กรณี และจากการพิจารณาวินิจฉัยเทียบเคียงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญก่อน ๆ แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไม่ใช่กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 และมาตรา 23 ทั้งนี้ เนื่องจาก พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎหมายเห็นควรว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไป

¹¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, คำบรรยายสำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2544, หน้า 144.

ใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์¹²

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลได้นำประเพณีการปกครองฯ มาบังคับใช้แก่กรณีดังเช่นกฎหมาย ซึ่งตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยนั้น พระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่เคารพสักการะซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญและในความเป็นจริง พระองค์จึงต้องวางพระองค์เป็นกลางไม่เข้าข้างพรรคการเมืองฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด และผู้ใกล้ชิดพระองค์ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2475 มาตรา 11 ให้พระบรมวงศานุวงศ์ ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป อยู่เหนือการเมืองและไม่ควรฝักใฝ่การเมืองเช่นเดียวกัน ซึ่งในบางกรณีพระมหากษัตริย์ก็ได้ทรงพระกรุณาฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์ จึงเป็นการกำหนดโดยปริยายว่า พระมหากษัตริย์จะต้องไม่ทรงปรึกษาหารือกับนักการเมืองใด ๆ นอกจากคณะองคมนตรีและคณะรัฐมนตรี หากพระมหากษัตริย์ประสงค์จะพบกับสมาชิกพรรคการเมืองฝ่ายค้านรัฐบาล ต้องขอใ้รัฐบาลจัดถวายและควรมีพระราชดำรัสต่อหน้ารัฐมนตรีเพื่อแสดงความเป็นกลางด้วย¹³ เพราะพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขของราษฎรทุกคนไม่ว่าผู้นั้นจะสังกัดอยู่พรรคการเมืองใดก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายใดจะเข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐบาล ก็ย่อมที่จะต้องมีการปรึกษาราชการแผ่นดินกับพระองค์ ความเป็นกลางทางการเมืองของพระองค์นั้นเป็นไปตามคติที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงครองราชย์แต่มิได้ทรงปกครอง จึงไม่ต้องทรงรับผิดใด ๆ ในทางการเมือง ด้วยเหตุนี้พระองค์จึงเป็นผู้ประสานความขัดแย้งทางการเมือง และทรงอยู่เหนือการเมือง

1.2. การปฏิบัติจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญไทย

1.2.1. สถาบันพระมหากษัตริย์

พระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ซึ่งมีในระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ในระบอบการปกครองนี้พระมหากษัตริย์จะทรงเป็นประมุขของประเทศเท่านั้น ไม่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหารด้วย เพราะฝ่ายบริหารมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าอยู่แล้ว ดังนั้นในการปกครองแบบนี้พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองแต่ประการใด การใช้พระราชอำนาจทั้งในฐานะประมุขของประเทศและในฐานะอื่น ๆ

¹² ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม 117 ตอนที่ 68 ก วันที่ 19 กรกฎาคม 2543.

¹³ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2516) หน้า 52.

ยอมกำหนดโดยรัฐธรรมนูญเท่านั้น ด้วยเหตุนี้จึงเรียกรูปแบบประมุขของรัฐแบบนี้ว่า “Constitutional Monarchy”¹⁴ รัฐธรรมนูญไทยทุกฉบับได้ยอมรับว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข” เสมอมาตั้งแต่พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475

1.2.1.1. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการปรีกษาราชการแผ่นดิน

พระราชฐานะที่สำคัญในทางบริหารอีกประการหนึ่งคือ พระราชฐานะตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยดังที่ นายแบทชอท (Bagehot) กฎหมายรัฐธรรมนูญชื่อดังของอังกฤษได้กล่าวถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษว่าพระกษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะทรงได้รับการปรีกษา พระราชอำนาจที่จะทรงสนับสนุนรัฐบาล พระราชอำนาจที่จะทรงตักเตือน (The right to be consulted, the right to encourage, and right to warn) ซึ่ง นายอังเดร มาติออต (Andre Mathiot) เห็นว่าแท้จริงคือ พระราชอำนาจที่จะได้รับการกราบบังคมทูลและการปรีกษานั้นเอง (the right to be informed and the right to be consulted)¹⁵ สาเหตุที่มีพระราชอำนาจเช่นนี้เพราะเมื่อพระมหากษัตริย์ต้องทรงลงพระปรมาภิไธย และใช้พระราชอำนาจตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ ก็สมควรที่จะให้ทรงรับรู้กิจการในการบริหารในพระปรมาภิไธยด้วย เมื่อทรงทราบฝ่าละอองธุลีพระบาทแล้วในฐานะที่ทรงเป็นพระประมุขและทรงมีพระประสพการณ์ก็สมควรที่จะพระราชทานคำเตือนได้ในกรณีที่ทรงเห็นว่าไม่สมควร หากเห็นว่าสมควรก็ควรที่จะทรงสนับสนุนการนั้นได้ หลักนี้เป็นที่ยอมรับในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขทุกประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย¹⁶ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าพระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่มีได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในกรณีนี้จึงเป็นพระราชอำนาจตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

¹⁴ วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร” วารสารกฎหมาย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (พ.ค.-ส.ค., 2520) : 151.

¹⁵ Mathiot, Andre, The British Political System, (California, Stanford University Press) , pp. 274-275. อ้างใน วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ , “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ ตามธรรมนูญ การปกครองราชอาณาจักร” : 151.

¹⁶ หุยก์ แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (พระนคร : นำเชิษการพิมพ์, 2512) หน้า 44-45.

ในการใช้พระราชอำนาจนี้ ทรงแทรกไว้ในการปฏิบัติพระราชกรณียกิจเสมอ เช่น พระราชดำรัสเปิดสมัยประชุมสภาผู้แทนราษฎรสมัยสามัญ ประจำปี 2519 วันที่ 16 เมษายน 2519 ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม

“ภาระหน้าที่ของสมาชิกแห่งรัฐสภามีความสำคัญอย่างยิ่งต่อความมั่นคงและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ จำเป็นต้องใช้สติปัญญาความสามารถของท่านปฏิบัติโดยเต็มกำลัง เพื่อให้ดำเนินไปตามวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญ การปรึษาตกลงในปัญหาใด ๆ ที่มีขึ้นในสภานี้ ควรเป็นไปอย่างมีเหตุผลและหลักการ ทั้งด้วยความสมัครสมานสามัคคีร่วมมือกันด้วยความบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชน”¹⁷

เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว พระราชทานรัฐธรรมนูญแก่ปวงชนชาวไทยในพุทธศักราช 2475 แล้ว พระราชอำนาจและฐานะของพระมหากษัตริย์ แต่เดิมที่ถือว่าทรงเป็นรัฐาธิปัตย์(Sovereign) ก็หมดไป ทรงเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) แทนด้วยเหตุนี้พระราชอำนาจและฐานะจึงมีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยชัดเจนทั้งส่วนหนึ่งและอีกส่วนหนึ่งก็มีกำหนด โดยคดีนิยมโบราณอันได้แก่นิติราชประเพณีและราชธรรม แต่โดยที่ทรงเป็นประมุขของประเทศที่จะต้องทรงเกี่ยวข้องกับพสกนิกร และนานาประเทศในส่วนนี้ รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจน จึงเป็นฐานะโดยพฤตินัย อันเป็นฐานะที่สำคัญอีกประการหนึ่ง การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้นมีธรรมเนียมปฏิบัติคือว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ย่อมกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁸

พระราชอำนาจตามนิติราชประเพณีแต่โบราณแต่ไม่ได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจตามโบราณนิติราชประเพณี อาจไม่ปรากฏให้เห็นเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ เพียงแค่รับรู้ว่ามีอยู่เช่นนั้น ทั้งโดยทฤษฎีและการปฏิบัติที่เป็นจริง ดังที่เรียกกันว่าเป็น conventions นอกจากนี้ก็มีผู้เห็นว่าอาจเทียบเคียงกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อื่น ๆ ในระบอบการปกครองและประเทศที่มีรัฐบาลแบบเดียวกันด้วยก็ได้ ถ้าเป็นพระราชอำนาจในทางที่ดี ให้ผลในทางเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและไม่ขัดกับกฎหมายอย่างชัดเจน ในประเทศไทยเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ก็จะเป็นหน้าที่ต่อไปของรัฐบาล ที่จะรับพระราชดำรินั้น ใส่เกล้าใส่กระหม่อมและศึกษาทบทวนดูว่าจะเป็นไปได้เพียงใดที่จะสนองพระราชดำรินั้น กล่าวอย่างง่าย ๆ ว่าการตัดสินใจขั้นสุดท้ายเป็นความรับผิดชอบของฝ่าย

¹⁷ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 15 (9-15 เมษายน, 2519) : 352.

¹⁸ ธานินทร์ กรีวิเชียร, พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย, หน้า 23-24.

บริหารโดยตรงเพราะเมื่อตัดสินใจอย่างใดลงไป และเกิดผลติดตามมาไม่ว่าจะเป็นผลในทางบวกหรือทางลบ ก็ควรเป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลโดยแท้ เพราะพระมหากษัตริย์ไม่อยู่ในฐานะที่จะทรงกระทำผิดและทรงรับผิดชอบ¹⁹

ในการใช้พระราชอำนาจเดือนของพระมหากษัตริย์ เห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามบันทึกของ นายบุญชนะ อัตถากร ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐบาล ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์ ซึ่งได้รับพระบรมราชโองการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีระหว่างวิกฤตการณ์เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 ว่า

“อาจารย์สัญญาขณะนั้นเป็นองคมนตรี ต้องลาออกจากตำแหน่งนั้นชั่วคราว ท่านรู้สึกตื่นเต้นตระหนกใจมาก เมื่อในหลวงแต่งตั้ง ได้เข้าเฝ้าถวายสัตย์ปฏิญาณรับตำแหน่งเฉพาะพระพักตร์ ทั้ง ๆ ที่ยังงงต่อหน้าที่ความรับผิดชอบอันใหญ่หลวงนั้น และได้กราบบังคมทูลขอเป็นนายกรัฐมนตรีชั่วคราวเท่าที่จำเป็นเท่านั้น แล้วจะขอพระราชทานอนุญาตกลับไปรับตำแหน่งทางองคมนตรีเช่นเดิม อาจารย์สัญญาเล่าว่า พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว พระราชทานคำเตือนว่า ให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างสุจริตรอบคอบ และที่สำคัญที่สุดก็คือ “อย่าให้ตกหลุมพราง” เป็นอันขาด อาจารย์สัญญาได้ปฏิบัติตามและเราก็เห็นผลต่อมาว่า เป็นผลดีแก่ชาติบ้านเมืองเป็นอันมาก”²⁰

อีกกรณีหนึ่งใน พุทธศักราช 2505 เมื่อนายกรัฐมนตรีในขณะนั้นมีหนังสือกราบบังคมทูลขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตยืมตัวพระยาศรีวิศาลวาจา องคมนตรีไปช่วยราชการทางสำนักนายกรัฐมนตรีนั้น ก็ได้มีพระราชหัตถเลขาตอบและแสดงความในพระราชหฤทัยตอนหนึ่งทรงมีพระราชดำรัสเป็นการสนับสนุนการบริหารราชการ ดังนี้

“นั่นเอง พร้อมทั้งจะช่วยส่งเสริมให้ราชการทางฝ่ายบริหารปกครองบ้านเมืองดำเนินไปด้วยดีอยู่เสมอ ทั้งยินดีที่จะได้เห็นผู้มีวุฒิได้ทำประโยชน์แก่ประเทศชาติ จึงไม่มีข้อขัดข้องอันใดที่จะอนุญาตให้พระยาศรีวิศาลวาจาไปช่วยราชการในสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวพลางก่อนตามที่ขอมานั้น และเมื่อได้แก้ไขพระราชบัญญัติที่กล่าวนี้แล้ว ก็พร้อมจะแต่งตั้งให้เข้าดำรงตำแหน่งตามที่จะได้เสนอขอตั้งมาต่อไปด้วย”²¹

¹⁹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 84,85.

²⁰ บุญชนะ อัตถากร, 1-3 เมษายน กับข้าพเจ้า, (กรุงเทพฯ : มูลนิธิบุญชนะ อัตถากร เพื่อการศึกษาและวิจัย, 2525), หน้า 9.

²¹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 90.

ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการให้พระราชอำนาจในการปรึกษาของพระมหากษัตริย์ เช่น เมื่อรัฐบาลของพระยามโนฯ ได้บริหารประเทศไปได้ระยะหนึ่ง ในสภาก็เริ่มตั้งคำถามเกี่ยวกับความเป็นไปในกร่าง โครงการเศรษฐกิจ ซึ่งขณะนั้นก็เกิดปัญหาภาวะเงินฝืด ซึ่งเป็นปัญหาต่อประเทศอย่างหนัก ในการที่คณะราษฎรจะแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ด้วยวิธีใดนั้น เป็นที่สนพระทัยของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นอย่างยิ่ง และอีกทั้งพระองค์ก็มีทรงทราบว่า รัฐบาลปัจจุบันจะมีวิธีการเป็นประการใดในการแก้ไขปัญหาความตกต่ำในทางเศรษฐกิจของประเทศ จะเนื่องด้วยเหตุนี้หรือเหตุใดนั้นก็ตาม พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจึงทรงรับสั่งให้พระยาพหลฯ และหลวงประดิษฐฯ เข้าเฝ้าเพื่อจะได้ไต่ถามความเรื่องนี้ให้หายความวิตกและความกังวลเสียที จนในที่สุดพระยาพหลฯ และหลวงประดิษฐฯ ก็พากันเข้าเฝ้าพระปกเกล้าฯ ณ พระราชวังสวนจิตรลดา ต่อพระพักตร์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว พระปกเกล้าฯ ทรงรับสั่งถึงเค้าโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติว่า คณะราษฎรจะดำเนินการเศรษฐกิจในแบบไหน และอย่างไร? แล้วพระปกเกล้าฯ ยังได้แถมท้ายว่า ทางรัฐบาลไทยมีแผนการเศรษฐกิจแล้วหรือยัง? ถ้ามีแล้วแผนการเศรษฐกิจนั้นเป็นอย่างไร? และจะดำเนินการรูปไหน?²² ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับคณะรัฐบาลในการปรึกษาหารือเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน

พระราชอำนาจในการปรึกษาราชการแผ่นดินนี้ ไม่ได้มีเพียงแต่ในประเทศไทยและประเทศอังกฤษเท่านั้น แม้แต่ในประเทศสเปน ซึ่งมีสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นสถาบันหลักของประเทศก็ปรากฏธรรมเนียมปฏิบัติเช่นกัน เช่นในการเปลี่ยนแปลงคณะรัฐบาลของสเปน นายกรัฐมนตรีสเปน ซึ่งดำรงตำแหน่งมาตั้งแต่สมัยนายพลฟรังโกครองอำนาจเผด็จการ ได้ลาออกจากตำแหน่งแล้วและมีผลทำให้รัฐบาลทั้งคณะต้องสิ้นสุดลงด้วย เปิดโอกาสให้กษัตริย์ฮวน คาร์ลอส ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ต่อไป และปรากฏผลว่านายอดอล์ฟ ซัวเรซ พระสหายสนิทซึ่งไม่เป็นที่รู้จักในหมู่ประชาชนกันมากนัก เป็นผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและจัดตั้งรัฐบาลชุดใหม่สืบต่อไป ทั้งนี้โดยกษัตริย์ฮวน คาร์ลอส ได้เชิญนายเอเรียสไปพบหารือเกี่ยวกับภาวะเงินเฟ้อที่เกิดขึ้น และปรารถนาที่จะให้มีการปรับปรุงคณะรัฐมนตรีขึ้นใหม่ในกลางเดือนกรกฎาคม ซึ่งทำให้นายเอเรียสขอลาออกจากตำแหน่งในวันเดียวกันนั้น และกษัตริย์คาร์ลอสก็ทรงยอมรับการลาออกนั้นทันที²³

นอกจากนี้ยังปรากฏเสมอมาว่าพระมหากษัตริย์ทรงรับรู้ถึงทิศทางในการบริหารประเทศของรัฐบาล และเมื่อรัฐบาลจะเข้าบริหารประเทศก็มักที่จะขอพระบรมราชวโรกาสเข้าเฝ้าพระมหา

²² วิเทศกรณีย์, ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย, เล่มที่ 1 (พระนคร : สำนักพิมพ์ผ่านฟ้าพิทยา, 2511), หน้า 44.

²³ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 28 (8-14 กรกฎาคม, 2519) : 671.

กษัตริย์เพื่อถวายบังคมทูลสถานการณ์และแนวทางการบริหารประเทศให้ทรงทราบ ดังตัวอย่างเช่น วันที่ 17 ธันวาคม 2539 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เสด็จออก ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน พระราชทานพระบรมราชวโรกาส ให้ พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ หัวหน้าพรรคชาติพัฒนาเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาทถวายบังคมทูลรายงานสถานการณ์โดยทั่วไปของประเทศ และทิศทางการพัฒนาประเทศ ภายหลังจากมีสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ และเมื่อ 21 ธันวาคม 2539 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นายชวน หลีกภัย หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์เป็นผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนฯ²⁴ และเช่น 7 สิงหาคม 2540 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เสด็จออก ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน พระราชทานพระบรมราชวโรกาสให้พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ นายกรัฐมนตรี นำนายทนง พิทยะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และนายชัยวัฒน์ วิบูลย์สวัสดิ์ ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาท ถวายรายงานภาวะเศรษฐกิจและสถานการณ์ปัจจุบัน²⁵ เป็นต้น

ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงสละราชสมบัติแล้ว รัฐบาลหรือรัฐสภาในขณะนั้นก็ควรที่จะถามพระมหากษัตริย์ว่าจะทรงแนะนำผู้สืบราชสมบัติต่อไปหรือไม่ แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดว่ารัฐสภามีอำนาจที่จะให้ความเห็นชอบต่อการเข้าสู่ราชบัลลังก์ขององค์รัชทายาทก็ตาม ซึ่งในเรื่องนี้นั้น ปรากฏมีเพียงครั้งเดียว เมื่อสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงสละราชสมบัติในขณะที่ประทับอยู่ ณ กรุงลอนดอน คณะผู้แทนรัฐบาลได้กราบทูลว่าถ้าหากในที่สุดทรงลาออกจริง ๆ แล้ว จะทรงแนะนำผู้สืบราชสมบัติต่อไปหรือไม่ ซึ่งพระปกเกล้าฯ ทรงมีพระกระแสว่า ในกฎหมายเทียรบาลนั้นบัญญัติไว้ว่า พระมหากษัตริย์จะทรงตั้งผู้ใดก็ได้ และถ้าหากไม่ทรงตั้งใครไว้ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายเทียรบาล ฐานะในขณะนั้นไม่ใช่สิทธิในข้อหนึ่ง เมื่อไม่ตั้งเช่นนี้แล้ว ก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายเทียรบาลนั้นเป็นการดี เพื่อต่อไปจะได้เป็นไปตามแบบไม่แก่งแย่งกัน²⁶ จากพระราชดำรัสของพระปกเกล้าฯ จึงถือได้ว่าการสืบราชสมบัติของพระมหากษัตริย์นั้นให้เป็นไปตามกฎหมายเทียรบาล และรัฐบาลก็ควรถามพระมหากษัตริย์ถึงคำแนะนำในการเสนอผู้สืบราชสมบัติต่อไป เนื่องจากถือได้ว่าพระมหากษัตริย์ย่อมทรงทราบดีว่าในพระบรมวงศานุวงศ์ซึ่งพระองค์ผูกพันใกล้ชิดนั้น มีพระราชวงศ์พระองค์ใดที่มีความเหมาะสมที่จะทรงปกครองบ้านเมืองต่อไป แม้ว่ารัฐสภาจะมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบการเข้าสู่ราชบัลลังก์ก็ตาม แต่หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงพระประสงค์จะเสนอพระราชวงศ์พระองค์ใดแล้ว ก็ควรให้เป็นไปตาม

²⁴ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 23 ฉบับที่ 16 (16-22 เมษายน, 2541) : 422-423.

²⁵ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 22 ฉบับที่ 31 (1-7 สิงหาคม, 2540) : 850.

²⁶ วิเทศกรณีย์, ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย, หน้า 453.

กฎหมายเทียบบาลต่อไป ซึ่งในเรื่องการสละราชสมบัติของพระมหากษัตริย์จะเกิดขึ้นเพียงครั้งเดียว แต่ก็เป็นเรื่องสำคัญที่ถือได้ว่าเป็นแบบปฏิบัติที่มีความสำคัญเนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งของประมุขของรัฐ

ด้วยเหตุที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นกลางทางการเมืองและทรงไม่เกี่ยวข้องทางการเมือง ด้วยทรงเป็นพระประมุขของแผ่นดินอย่างต่อเนื่องยาวนาน ทรงมีพระราชสัมพันธ์อันดีกับรัฐบาลและประชาชนเสมอมา ไม่ว่าจะเป็นการปรึกษาราชการแผ่นดินกับรัฐบาลหรือพระราชกรณียกิจที่ทรงดำริเพื่อประชาชน พระมหากษัตริย์จึงเป็นสถาบันที่เป็นที่เคารพสักการะของประชาชน เมื่อมีเหตุวิกฤตการณ์บ้านเมือง ด้วยพระบารมีของพระองค์เหตุการณ์ต่าง ๆ จึงคลี่คลายไปในทางที่ดี ปรากฏดังบันทึกของนายบุญชนะ อัดถากร (บันทึกเมื่อ 27 เมษายน 2524 ที่ลอนดอน) ซึ่งขณะนั้นมีการปฏิบัติว่า

“ข้าพเจ้าไม่ได้กลับไปกองบัญชาการอีกหลังจาก 1 เมษายน 2524 และคิดว่าการปฏิบัติคราวนี้คงไม่ประสบความสำเร็จ ที่เกรงมากที่สุดก็คือว่าจะต้องเกิดการเสียเลือดเนื้อ เพราะทั้งสองฝ่ายต้องต่อสู้กันเท่านั้น แต่เดชพระบารมีของในหลวง ทำให้ทั้งสองฝ่าย คือ รัฐบาลและฝ่ายก่อการปฏิวัติสามารถเข้าใจให้เห็นแก่ความสงบสุขของประชาชนได้ ไม่มีฝ่ายใดใช้อาวุธเข้าประหัดประหารกัน นับว่าเป็นบุญของชนชาติไทย ข้าพเจ้าพูดอยู่เสมอว่า เมืองไทยมักจะมีสิ่งมหัศจรรย์เกิดขึ้นเสมอ คราวนี้ก็เป็นอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งถ้าไม่เชื่อพระบารมีของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ผู้ทรงคุณธรรมอันประเสริฐแล้วก็ไม่ทราบว่าจะพูดอย่างไร²⁷

การใช้พระราชอำนาจตามโบราณราชนิติประเพณีในข้อนี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ยังได้เคยยกตัวอย่างเปรียบเทียบกรณีการใช้พระราชอำนาจในข้อนี้ โดยเทียบเคียงกรณีของประเทศอังกฤษและประเทศไทย²⁸ ดังนี้

“ในกรณีของประเทศอังกฤษ การที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจที่จะได้รับคำกราบบังคมทูลและการปรึกษานี้ในกรณีปัญหาสำคัญ ๆ หรือเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่ง เช่น รัฐทูต ฯลฯ ย่อมเป็นหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีที่จะถวายเรื่องต่าง ๆ ให้พระมหากษัตริย์ทรงทราบ ก่อนหน้าที่คณะรัฐมนตรีจะได้ตัดสินใจเด็ดขาดเกี่ยวกับปัญหานั้น ๆ เสียก่อน ในประเทศอังกฤษแต่เดิมนายกรัฐมนตรีได้ถวายจดหมาย ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้เขียนโดยตนเอง มีข้อความ

²⁷ บุญชนะ อัดถากร, , หน้า 9.

²⁸ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 86-7.

เกี่ยวกับการประชุมพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ของคณะรัฐมนตรีและการประชุมสภา แต่ก็มีบางครั้งที่นายกรัฐมนตรีให้รัฐมนตรีอื่นเขียนแทนด้วยความเห็นชอบของพระมหากษัตริย์ แต่ต่อมาในสมัยสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ได้มีการจัดระเบียบการจัดทำบันทึกทำรายงานการประชุมคณะรัฐมนตรีแล้วส่งบันทึกทำรายงานการประชุมไปถวายแทน ทั้งนี้เพื่อพระมหากษัตริย์จะได้ทรงทราบข้อความที่เกี่ยวกับราชการแผ่นดินโดยตลอด วิธีปฏิบัติในปัจจุบันนี้ นายกรัฐมนตรีเข้าเฝ้าปรึกษาหารือกับพระมหากษัตริย์บ้าง แต่ก็มีนายกรัฐมนตรีอังกฤษบางนายในสมัยก่อน ซึ่งได้ถูกพระมหากษัตริย์ต่อว่าในการที่คณะรัฐมนตรีได้ตัดสินใจทำอะไรลงไปเด็ดขาด โดยไม่ให้โอกาสพระมหากษัตริย์ที่จะทักท้วงหรือออกความเห็นปัญหาที่ยังโต้เถียงกันอยู่ และข้อที่นายกรัฐมนตรีอังกฤษยังปฏิบัติผิดเพี้ยนกันอยู่มากก็คือ การที่นายกรัฐมนตรีจะต้องแสดงถึงความเห็นข้างน้อยในคณะรัฐมนตรีหรือไม่ ทั้งนี้เพราะการแสดงถึงความเห็นแตกต่างกันในคณะรัฐมนตรีย่อมทำให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจมาก เพราะพระมหากษัตริย์อาจทรงใช้ความเห็นแย้งนั้นเป็นอาวุธโจมตีคณะรัฐมนตรี โดยอ้างว่าแม้ในคณะรัฐมนตรีเองก็ยังมีความเห็นแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้านายกรัฐมนตรีเป็นฝ่ายข้างน้อยในคณะรัฐมนตรีแล้ว ก็อาจนำเอาคำแนะนำของพระมหากษัตริย์ ไปใช้เป็นอิทธิพลให้คณะรัฐมนตรียอมเห็นด้วยกับตน”

ส่วนกรณีของประเทศไทย นักกฎหมายรัฐธรรมนูญผู้ที่มีความเห็นว่า ²⁹

“สำหรับประเทศไทยนั้น ถ้าจะเอาหลักปฏิบัติของอังกฤษมาใช้ก็ควรกระทำอย่างตรงไปตรงมา เมื่อมีความเห็นหลายทางก็ควรกราบบังคมทูลให้ทรงทราบทุกทาง เพื่อว่าพระมหากษัตริย์จะได้ทรงปรึกษาหารือแนะนำหรือตักเตือนได้โดยรอบคอบยิ่งขึ้น เมื่อพระมหากษัตริย์ได้รับทราบข้อความต่าง ๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินแล้ว ก็อาจทรงเรียกนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องไปเพื่ออธิบายและชี้แจงความคิดเห็น พระมหากษัตริย์อาจให้คำปรึกษาว่านอกจากจะดำเนินนโยบายตามที่คณะรัฐมนตรีดำริแล้ว ยังอาจมีนโยบายทางอื่นเพื่อเลือก (alternative policy) อีก ในกรณีที่ทรงเห็นด้วยก็จะได้ทรงสนับสนุนให้กำลังใจ และในกรณีที่ไม่เสียดต่อการวางพระองค์เป็นกลางในทางการเมือง พระมหากษัตริย์ทรงอาจร่วมมือปฏิบัติการกับรัฐบาล เช่น ทรงชักชวนให้ราษฎรประหัตถ์ทรัพย์ในเวลาที่ยังกำลังผจญปัญหาเรื่องเงินเฟ้อ เป็นต้น ในกรณีที่ไม่ทรงเห็นด้วยก็จะทรงทักท้วงตักเตือนให้เห็นภัยอันตรายของการดำเนินตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงทักท้วงเช่นว่านี้ ย่อมเป็นหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่จะต้องประชุมปรึกษาหารือกันใหม่ คณะรัฐมนตรีอาจยืนยันความเห็นเดิมได้ และเมื่อคณะรัฐมนตรียืนยันตามความเห็นพระมหากษัตริย์ก็ต้องทรงยอม เพราะคณะรัฐมนตรีต่างหากเป็นผู้รับผิดชอบต่อสถานการณ์ปัญหาอันเป็นแห่งชาติ ตามนัยที่กล่าวแล้วข้างต้น ไม่มีใครปฏิเสธได้ว่ากรณีที่คณะรัฐมนตรีต้องนำเรื่องประกอบ

²⁹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 87-8.

กับคำแนะนำของประมุขของชาติ ไปพิจารณาใหม่อีกครั้งนั้น จะไม่มีประโยชน์ สามัญชนเมื่อมีทุกข์ร้อนก็ไปปรึกษาหารือผู้หลักผู้ใหญ่ และนำเอาคำแนะนำมาใคร่ครวญอีกครั้งหนึ่ง สำหรับคณะรัฐมนตรีก็เช่นเดียวกันในกรณีที่สำคัญ ๆ นายกรัฐมนตรีก็เช่นเดียวกันในกรณีที่สำคัญ ๆ นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องจะต้องเข้าเฝ้าเพื่อปรึกษาหารือพระมหากษัตริย์ในเวลาสงครามจะเห็นว่ารัฐบาลอังกฤษได้ติดต่อกับพระมหากษัตริย์โดยใกล้ชิดอยู่เสมอ”

1.2.1.2. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ก็ลดลงมาอยู่ใต้รัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่เคยสิ้นพันและอยู่เหนือกฎหมายทั้งปวงนั้น ก็ถูกจำกัดให้ทรงใช้ได้ตามรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจใดที่ขัดกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยก็ยกเลิก ส่วนพระราชอำนาจที่เคยมีอยู่และควรทรงไว้เพื่อดำรงพระเกียรติยศในฐานะทรงเป็นประมุขของประเทศ ก็จะได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ในประเทศไทยเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขก็เป็นที่ยอมรับกันมาตลอดว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจดังกล่าว แม้จะมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับใดก็ตาม³⁰ ทั้งนี้เพราะพระราชอำนาจนั้นเป็นพระราชอำนาจตามนิติราชประเพณีแต่โบราณและยังปรากฏในรัฐธรรมนูญ (Royal Prerogatives) แม้พระมหากษัตริย์จะอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่สถาบันนี้ก็ยังมีมาก่อนรัฐธรรมนูญไม่ได้เกิดขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญ เพียงแต่รัฐธรรมนูญมารองรับให้มีต่อไป และกำหนดขอบเขตตลอดจนวิธีการใช้พระราชอำนาจ ให้เข้ากับระบอบการปกครองใหม่เท่านั้น แต่ในฐานะที่พระมหากษัตริย์เคยเป็นราชาธิบดีมาแต่โบราณ จึงมีพระราชอำนาจตามราชนิติประเพณี (หมายถึงธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ที่กำหนดเป็นระเบียบแบบแผนหรือเป็นกฎหมาย) เป็นอันมาก และโดยเหตุที่เป็นพระราชอำนาจที่เคยมีมาแต่เดิม และควร”ทรงไว้” ต่อไป รัฐธรรมนูญไทยจึงมักใช้คำว่า “ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ”³¹

- 1) ธรรมเนียมปฏิบัติในการลงพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ

³⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2530, หน้า 372.

³¹ พูนศักดิ์ วรรณพงษ์, พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย, หน้า 82-3.

การใช้อำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 92 กำหนดว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญ จะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา”

ในการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์นั้น โดยหลักการรัฐสภาจะเป็นผู้เสนอให้มีการร่างกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัตินั้นมักจะเป็นฝ่ายรัฐบาลที่เสนอให้รัฐสภาร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องภายในของรัฐสภา นอกจากนั้นคณะรัฐมนตรียังอาจได้รับคำแนะนำจากพระมหากษัตริย์ และได้นำมาปรึกษาเป็นการภายในรัฐบาล และเป็นผลให้มีการเสนอร่างกฎหมายนั้นต่อรัฐสภาด้วยความรับผิดชอบของรัฐบาลเองก็ได้ และเมื่อรัฐสภาได้ร่างกฎหมายแล้ว ก่อนที่จะนำประกาศใช้จะต้องนำทูลเกล้าถวายพระมหากษัตริย์เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ตาม มาตรา 93 ซึ่งกำหนดว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้ นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้” ซึ่งพระมหากษัตริย์จะต้องพิจารณาร่างกฎหมายโดยไม่ทรงแก้ไขข้อความใด ๆ ในร่างกฎหมาย

อย่างไรก็ดี แม้พระมหากษัตริย์จะทรงมีพระราชอำนาจดังรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ดังกล่าวแล้วก็ตาม ในระบอบประชาธิปไตยนั้น ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมืองซึ่งหมายความว่า จะไม่ทรงส่งเสริมหรือฝักใฝ่ในพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง และพระองค์จะทรงเข้ามาข้องเกี่ยวกับการเมือง ก็แต่เฉพาะในกรณีจำเป็นจริง ๆ เท่านั้น และในกรณีนั้นก็ยังคงถือว่าพระองค์ไม่ทรงต้องรับผิดชอบโดยตรง ไม่ว่าจะในส่วนพระองค์หรือในฐานะประมุขของประเทศ ทั้งนี้ เพราะพระองค์ดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ หลักประชาธิปไตยข้อนี้สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า “The King can do no wrong” ดังนั้นผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใด ๆ ไม่ได้เลย ด้วยผลของการนี้ พระราชกรณียกิจที่ดีและพระบรมราชวินิจฉัยทั้งหลายก็ดี ที่ทรงกระทำในฐานะประมุขของประเทศ จึงต้องมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการ หากเป็นพระราชกรณียกิจที่ทรงกระทำทางฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญก็กำหนดว่าบทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการใด ๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินนั้น ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งในทางปฏิบัติก็ได้แก่นายกรัฐมนตรี ส่วนพระราชกรณียกิจที่ทรงกระทำทางฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งประธานองคมนตรี เป็นต้น สำหรับการแต่งตั้งองคมนตรีนั้น ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ³²

³² ชานินทร์ กรีวิเชียร, พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย, หน้า 28.

ดังนั้น ในการที่ทรงใช้พระราชอำนาจเหล่านี้ ต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และแม้พาดพิงเกี่ยวข้องกับรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือศาลก็ไม่ถือว่าเป็นการอำนาจทางองค์กรนั้น ๆ อย่างกรณีใช้อำนาจอธิปไตย หากแต่เป็นการใช้อำนาจประมุข โดยประมุขและทางประมุขเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติ และโดยเหตุที่เป็นพระราชอำนาจที่เคยมีมาแต่เดิมและควร “ทรงไว้” ต่อไปรัฐธรรมนูญไทยจึงมักใช้คำว่า “ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ”³³ และโดยธรรมเนียมปฏิบัติก่อนที่พระองค์จะทรงลงพระปรมาภิไธยนั้น นายกรัฐมนตรีผู้นำร่างกฎหมายขึ้นทูลเกล้าฯนั้นจะต้องลงนามรับสนองพระบรมราชโองการขึ้นไปพร้อมกันด้วย เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงแน่วพระทัยว่าในเรื่องดังกล่าว พระองค์ได้ใช้อำนาจตามคำแนะนำและยินยอมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด และเพื่อแสดงให้เห็นว่าพระองค์มิได้ทรงเกี่ยวข้องในทางการเมือง ซึ่งการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนี้ปรากฏตั้งแต่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2475 มาตรา 7 กำหนดว่า “การกระทำใด ๆ ของกษัตริย์ต้องมีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วยโดยได้รับความยินยอมของคณะกรรมการราษฎรจึงจะใช้ได้ มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระมหากษัตริย์ไม่ทรงมีพระราชอำนาจในการทำการใด ๆ ได้ด้วยพระองค์เอง จะต้องกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดโดยคำแนะนำและยินยอม และต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการด้วย³⁴

ศ.ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการลงนามรับสนองฯของพระมหากษัตริย์ที่พระองค์จะต้องลงนามฯตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี โดยมีเหตุผล ดังนี้

“ด้วยเหตุที่นายกรัฐมนตรีจะรับผิดชอบต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติสำหรับการกระทำของพระมหากษัตริย์ได้ นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้นจะต้องเลือกได้ว่าพระมหากษัตริย์จะควรกระทำหรือควรงดเว้นการกระทำนั้น ๆ เสีย และพระมหากษัตริย์ย่อมไม่สามารถที่จะทรงกระทำการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดินเป็นการเป็นการฝ่าฝืนใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการได้ เพราะถ้าพระมหากษัตริย์ทรงยืนยันว่าจะกระทำให้สิ่งหนึ่งสิ่งใดซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีไม่เห็นชอบด้วยแล้ว นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอาจไม่ยอมลงนามสนองพระบรมราชโองการ และนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีก็จะขอลงออกจากตำแหน่ง ซึ่งในสถานการณ์ปัจจุบันนี้ย่อมไม่มีทางที่จะทรงแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นใหม่ได้ ซึ่งผลที่สุดพระมหากษัตริย์ก็ต้องทรงยอมปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีอยู่นั่นเอง หรือมิฉะนั้นก็ต้องทรงสละราชสมบัติ ฉะนั้นการไม่ยอมปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีซึ่งเมื่อได้ทรงทักท้วงแล้วยังถ่วงคำแนะนำยืนยัน จึงเป็นภัยแก่ราชบัลลังก์ และ

³³ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 371.

³⁴ วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์”, หน้า 174.

มีทางที่อาจถูกกล่าวหาว่ามีได้ทรงวางตนเป็นกลาง เอนเอียงเข้าทางฝ่ายค้าน รัฐบาล”³⁵

อย่างไรก็ตาม พระมหากษัตริย์ก็จะยอมลงพระปรมาภิไธยตามคำแนะนำของผู้ทูลเกล้าฯ ถวายโดยไม่ทักท้วงเสียทีเดียวไม่ได้ เพราะหากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อ กฎหมายอย่างชัดเจน พระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญ และเป็นผู้กรอง กฎหมายในขั้นสุดท้ายในอันที่จะปกป้องความชอบธรรม กรณีนี้พระมหากษัตริย์อาจทักท้วงรัฐบาล และไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยได้ ซึ่งรัฐบาลไม่บังอาจบังคับให้พระมหากษัตริย์ทรงเห็นตามด้วยได้ จึงควรจะต้องถนอมคำแนะนำนั้น และหากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญที่อาจกระทบสิทธิของประชาชน หรือเป็นความผิดพลาดอย่างร้ายแรงแล้ว รัฐบาลก็ควรถวายบังคมลาออกจากตำแหน่ง แต่หาก รัฐบาลไม่ยอมลาออก ก็อาจเป็นเหตุให้ถูกรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจ หรือรัฐบาลชุดนั้น ๆ ก็จะเสื่อม ความนิยมจากประชาชนไปเอง

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า พระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธยเป็นพระราชอำนาจที่ พระมหากษัตริย์ทรงใช้ในลักษณะที่เป็นพิธีการตามที่อยู่ลงนามสนองพระบรมราชโองการเป็นผู้ ถวาย และผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการนั้นก็ต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อกรณีที่เกิดขึ้นนั้น เองด้วย และการลงพระปรมาภิไธยก็จะต้องควบคู่ไปกับการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

2) ธรรมเนียมปฏิบัติในการใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับตั้งแต่ พระราชบัญญัติธรรมนูญ การปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจ ของพระมหากษัตริย์ในการยับยั้งร่างกฎหมาย เมื่อทรงไม่เห็นด้วยกับร่างกฎหมายนั้น ทรงได้ พระราชทานคืนมายังสภา ซึ่งเป็นผู้ถวายหรือเมื่อพ้นกำหนดเวลามิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะ ต้องพิจารณาร่างกฎหมายนั้นอีกครั้ง โดยหากสภายืนยันด้วยคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษให้นำ ทูลเกล้าฯถวายพระมหากษัตริย์ หากไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย นายกรัฐมนตรีก็นำร่างพระราช บัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษา ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าได้ทรงลง พระปรมาภิไธยมาแล้ว ซึ่งพระราชอำนาจดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ตั้งแต่รัฐธรรมนูญ ฉบับแรกเป็นต้นมา จึงถือได้ว่าพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายเป็นประเพณีการปกครอง ไทยในระบอบประชาธิปไตย

³⁵ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบาย รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515, หน้า 38.

ส่วนเรื่องร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เมื่อพิเคราะห์พระราชอำนาจตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อมีการนำร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมซึ่งรัฐสภาพิจารณาและลงมติให้นำขึ้นทูลเกล้าเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจ 2 ทาง กล่าวคือ อาจทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมโดยหลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกับที่ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ หรือถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมนั้น กระทบถึงประโยชน์ได้เสียสำคัญของประเทศหรือประชาชน และทรงพระราชดำริเห็นสมควรให้ประชาชนได้วินิจฉัย พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะประกาศพระบรมราชโองการให้ประชาชนทั่วประเทศออกเสียงเป็นประชามติ ว่าเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญนั้น³⁶

ตัวอย่างการใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย เช่น สมัยรัฐบาลพระยาพหลฯ ได้นำเอาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2477 ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาทหาร พุทธศักราช 2477 รวม 3 ฉบับ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้ผ่านวาระ ต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อให้พระปกเกล้าฯ ทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไป แต่พระมหากษัตริย์ พระองค์กลับทรงใช้อำนาจยับยั้งหรืออำนาจ “veto” โดยได้พระราชทานกฎหมายดังกล่าวแล้วมายังสภาผู้แทนราษฎร³⁷

พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยเมื่อครั้งคณะผู้แทนรัฐบาลได้เข้าเฝ้าพระปกเกล้าฯ วันที่ 24 มกราคม 2477 ณ กรุงลอนดอน ว่าร่างประมวลวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 263 เช่นบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนได้ส่วนเสียอื่นนั้น ตามกฎหมายเดิมยังให้ทูลเกล้าฯ ถวายฎีกาได้ แต่กฎหมายใหม่ให้ฎีกาได้ แต่ทางรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ทั้งกำหนดฎีกาให้เพียง 15 วันนั้นน้อยไปหนึ่งประเพณีเดิม ตราบใดที่พระมหากษัตริย์ยังไม่พระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยจะมีการบังคับคดีไม่ได้ แต่ตามร่างกำหนดว่า ถ้าไม่พระราชทานมาใน 2 เดือนให้ถือว่าตกไปนั้น เป็นการตัดสิทธิของราษฎรผู้ถวายฎีกา และตัดพระราชอำนาจด้วย³⁸

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2492) มาตรา 173, 174 และรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2517) มาตรา 228, 229. วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ, “พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์”, หน้า 179.

³⁷ วิเทศกรณีย์, *ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย*, หน้า 425.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 454.

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก่อนที่จะเปลี่ยนแปลงการปกครอง เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้รัฐธรรมนูญเช่นปัจจุบันเดิมทรงมีพระราชอำนาจกว้างขวางเด็ดขาด ดังนั้นจะต้องถือว่าเรื่องใดที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็ต้องถือเป็นพระราชอำนาจของพระองค์ที่จะกระทำได้อีกทั้งหากจะนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการยับยั้งกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาพิจารณาก็เห็นได้ว่าเมื่อทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติได้ก็น่าจะทรงยับยั้งกฎหมายประเภทอื่นได้เช่นเดียวกัน เพราะพระราชบัญญัติและพระราชกำหนดก็มีฐานะที่เท่าเทียมกัน และกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติก็ต้องทรงยับยั้งได้เช่นเดียวกัน การสรุปเช่นนี้ก็ยิ่งสอดคล้องกับบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เมื่อประเพณีการปกครองปรากฏชัดว่าทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติได้ การยับยั้งกฎหมายประเภทอื่นหรือการกระทำอื่นของรัฐสภาหรือของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะคล้ายกฎหมายก็ต้องทรงกระทำได้เช่นกัน³⁹

แต่ปรากฏว่าพระมหากษัตริย์ไทยตั้งแต่รัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล มาจนถึงรัชการปัจจุบัน ไม่เคยทรงใช้อำนาจนี้ จึงอาจมีธรรมเนียมปฏิบัติที่จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ ทั้งที่ถ้าจะทรงใช้ก็ทรงทำได้ตามกฎหมาย แต่ต่อมาในรัชกาลปัจจุบันปรากฏว่าทรงใช้พระราชอำนาจนี้บางครั้งเป็นการภายใน เช่น การทรงยับยั้งร่างกฎหมายหมิ่นประมาทซึ่งผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในยุครัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี และมีธรรมเนียมปฏิบัติใหม่เกิดขึ้นว่า รัฐสภาจะไม่ลงมติยืนยัน ผลก็คือ ร่างกฎหมายตกไป⁴⁰ ดังนั้นจึงเกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ว่า หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายแล้ว รัฐบาลก็ไม่ควรใช้อำนาจยืนยันร่างกฎหมายนั้นเพื่อประกาศใช้เป็นกฎหมาย เพราะอาจทำให้รัฐสภาถูกวิพากษ์วิจารณ์จากประชาชน แต่ทั้งนี้ก็เป็นไปตามพระบรมเดชาานุภาพของพระมหากษัตริย์

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ถวายพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายแก่พระมหากษัตริย์ ตามมาตรา 94 แต่อย่างไรก็ตามพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายนี้ก็มิใช่พระราชอำนาจอย่างเด็ดขาด เพราะรัฐสภาสามารถลงมติผ่านร่าง

³⁹ กฤตยชญ์ สิริเขต, พระมหากษัตริย์กับกระบวนการนิติบัญญัติและการแต่งตั้งบุคคลตามรัฐธรรมนูญ 2540, รัฐสาริกริย์ (เม.ย.-มิ.ย. 2543) : 22.

⁴⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 227.

กฎหมายนั้นต่อไปได้ และหากพระองค์มิได้พระราชทานคืนมาหรือทรงมิได้ลงพระปรมาภิไธย ก็สามารถประกาศเป็นกฎหมายได้เสมือนทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งในประเทศอังกฤษจะเกิดปัญหานี้ขึ้นมาได้น้อย ด้วยเหตุที่รัฐบาลอังกฤษได้ปรึกษาหารือราชการกับพระมหากษัตริย์เป็นประจำสม่ำเสมอทุกสัปดาห์ หากรัฐบาลประสงค์จะเสนอร่างกฎหมายใดต่อรัฐสภา ก็จะทูลความเห็นให้พระมหากษัตริย์ทรงทราบ และหากพระมหากษัตริย์ทรงไม่เห็นด้วยก็จะแจ้งและให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล และเมื่อรัฐบาลได้รับกระแสพระราชดำรัสแล้วก็จะนำมาปรึกษากันเป็นการภายในคณะรัฐมนตรี จนกระทั่งได้ข้อสรุปแล้วก็จะเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา การใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์จึงแทบจะไม่ได้มีการใช้เลย แต่ของไทยนั้นไม่ได้เคร่งครัดเหมือนอย่างอังกฤษ เมื่อร่างกฎหมายเสร็จแล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าฯถวาย ซึ่งหากพระมหากษัตริย์ทรงเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่ในทางปฏิบัติแล้วพระองค์จะใช้อำนาจนี้อย่างไม่เป็นทางการโดยจะทรงปรึกษาหารือกับรัฐบาลหรือผู้รับสนองพระบรมราชโองการเป็นการภายใน และเมื่อผู้ลงนามรับสนองฯที่ได้ถวายร่างกฎหมายนั้น ได้รับพระราชดำริอย่างไรแล้ว ก็ควรนำมาปรึกษากันภายใน เพื่อพิจารณาพระราชดำรินั้นอย่างเปิดเผยและรอบคอบ

3) ธรรมเนียมปฏิบัติในการใช้พระราชอำนาจแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน”

การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจตามที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอ และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ที่มีเสียงรับรองจากสภาผู้แทนราษฎรเป็นเสียงข้างมาก ที่จะได้รับความไว้วางใจจากสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 202, 203 เมื่อประธานรัฐสภาได้เสนอชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแล้วเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงโปรดเกล้าฯแล้ว นายกรัฐมนตรีก็จะตั้งคณะรัฐบาล และเสนอชื่อรัฐมนตรีผู้ร่วมรัฐบาลเพื่อแถลงนโยบาย และขอความไว้วางใจต่อสภาต่อไป ซึ่งพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอ ซึ่งจากตัวบทกฎหมายแล้วนั้น ไม่ได้มีบทบังคับว่าพระองค์จะต้องแต่งตั้งตามที่เสนอเสมอไป แต่ทั้งนี้โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วพระองค์จะทรงแต่งตั้งตามที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรเสนอ เพราะหากพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้รับเสียงข้างมากในสภาเป็นนายกรัฐมนตรี ก็อาจมีผลทำให้รัฐบาลนั้นไม่สามารถบริหารราชการแผ่นดินได้เพราะจะถูกต่อต้านจากสภา และอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจในที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีเหตุการณ์บ้านเมืองที่ไม่

ปกติ พระมหากษัตริย์ก็อาจแต่งตั้งบุคคลอื่นที่ไม่ใช่บุคคลที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาเป็นนายกรัฐมนตรีก็ได้ เพื่อระงับเหตุการณ์ที่ไม่สงบนั้น เช่น กรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายสัญญาธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี เพื่อระงับวิกฤตการณ์ 14 ตุลาคม 2516 หรือกรณีทรงแต่งตั้งนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี เพื่อระงับวิกฤตการณ์ พฤษภาทมิฬ ปี 2535 เป็นต้น

พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายเพื่อเป็นพระเกียรติในฐานะที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศ จึงควรเป็นผู้แต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง และหัวหน้ารัฐบาลซึ่งเป็นคณะผู้บริหารประเทศด้วย แต่พระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจที่ต้องทรงแต่งตั้งตามที่มีผู้เสนอให้ทรงแต่งตั้งและถือว่าพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นพระราชอำนาจที่เป็นประเพณีการปกครองของไทยประการหนึ่งที่ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญปัจจุบันและฉบับก่อน ๆ ตั้งแต่ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475

เมื่อพิจารณาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับสถาบันพระมหากษัตริย์ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินแล้ว จะเห็นได้ว่าในส่วนที่เป็นพระราชอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินของพระมหากษัตริย์นั้นจะเป็นพระราชอำนาจที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจน แต่เป็นพระราชอำนาจที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริง และเป็นอย่งนั้นเรื่อยมาอย่างไม่เป็นทางการ ส่วนพระราชอำนาจที่เป็นทางการไม่ว่าจะเป็นพระราชอำนาจที่เกี่ยวกับการนิติบัญญัติ ในการตราหรือยับยั้งร่างกฎหมาย หรือพระราชอำนาจในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองนั้น เป็นพระราชอำนาจที่ทรงมีมาตั้งแต่สมัยเดิมที่ยังใช้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาของกฎหมาย ทรงปกครองบ้านเมืองด้วยนโยบายพระองค์เอง และทรงเป็นที่มาของความยุติธรรมทั้งปวง แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองพระราชอำนาจที่เคยมีสืบพันแต่เดิมก็ต้องถูกจำกัดลงเท่าที่รัฐธรรมนูญกำหนด พระราชอำนาจต่าง ๆ ของพระมหากษัตริย์จึงเป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่เดิมจึงถือได้ว่าเป็นพระราชอำนาจตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.2.2. สถาบันทางการเมือง

1.2.2.1. การนำมาใช้โดยองค์กรนิติบัญญัติ

1) ธรรมเนียมปฏิบัติในการเสนอแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา

ตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ได้กำหนดให้มีวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และปรากฏว่าบุคคลส่วนใหญ่ในวุฒิสภาเป็นข้าราชการ ทหารและพลเรือนกว่าร้อยละแปดสิบ ในบางยุคก็อาจมีสภาเดียวแต่ให้แต่งตั้งสมาชิกสภา

ประเภท 2 ได้ แท้จริงสมาชิกประเภทที่ 2 นี้ก็คือ ข้าราชการเป็นส่วนใหญ่นั่นเอง ดังนั้นวุฒิสภาก็ดี หรือสมาชิกประเภท 2 ก็ดี เป็นองค์กรที่รองรับการถ่ายทอดอำนาจระบบราชการที่ยึดอำนาจเข้าสู่ระบอบการเมืองใหม่ ที่ตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญที่ตนเป็นผู้ร่างนั่นเอง⁴¹

ในการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกนั้น พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ เป็นวุฒิสมาชิกเพื่อเป็นสภาผู้เชี่ยวชาญพิจารณาร่างกฎหมาย ซึ่งในทางปฏิบัติแต่เดิมนั้น รัฐบาลจะเป็นผู้เสนอบุคคลที่เห็นควรแต่งตั้งเป็นวุฒิสมาชิก ซึ่งมักจะปรากฏว่าบุคคลที่รัฐบาลเสนอแต่งตั้งเป็นวุฒิสมาชิกนั้นมักจะเป็นพรรคพวกเดียวกันกับรัฐบาลผู้แต่งตั้ง ที่จะทำให้รัฐบาลสามารถผ่านกฎหมายนั้นได้ง่าย และมีผลเป็นการทำให้รัฐบาลมีความมั่นคง บุคคลที่รัฐบาลมักเสนอแต่งตั้งนี้มักจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ราชการระดับสูง รวมถึงกรณีที่รัฐบาลต้องการความมั่นคงในการบริหารประเทศ ก็มักปรากฏว่าเสนอบุคคลที่เป็นข้าราชการทหารระดับสูงเป็นวุฒิสมาชิกรวมอยู่ด้วยเสมอ เช่น ในสมัยจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เสนอแต่งตั้งสมาชิกสภาประเภทที่ 2 เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2500 นั้น มีสมาชิกที่เป็นข้าราชการทหาร จำนวน 106 คน จากจำนวนสมาชิกประเภทที่ 2 ทั้งหมด 121 คน เป็นต้น ซึ่งเป็นผลทำให้การดำเนินการในการนิติบัญญัติของวุฒิสภาในการพิจารณากลับกรองร่างกฎหมายมีแนวโน้มที่จะโอนอ่อนผ่อนตามฝ่ายรัฐบาล ซึ่งเป็นฝ่ายที่เสนอแต่งตั้งตนเองขึ้นมา ทำให้ประเพณีการปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกที่มาจาก การเสนอชื่อแต่งตั้งของฝ่ายรัฐบาลนั้น ไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเมื่อพิจารณาตามพิธีการแล้วพระมหากษัตริย์ยังคงพระราชอำนาจในการแต่งตั้ง แต่เมื่อพิจารณาตามเนื้อหาการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เป็นการก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร และทำให้การบริหารประเทศขาดความสมดุล เพราะองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบกลับไม่ได้ทำการตรวจสอบอย่างแท้จริง แต่โดยที่ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้วุฒิสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง ดังนั้น การเสนอแต่งตั้งวุฒิสมาชิกของรัฐบาลจึงได้ยกเลิกไปโดยปริยาย และเกิดเป็นประเพณีการปกครองใหม่ ที่การได้มาของวุฒิสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง เพื่อจำกัดอิทธิพลในการเสนอรายชื่อสมาชิกวุฒิสภาของรัฐบาล

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 64-65.

2) ธรรมเนียมปฏิบัติในการประชุมสภา

ก) การปฏิญาณตนของสมาชิกสภา

โดยเหตุที่ในครั้งแรกของการมีสภาขึ้นนั้น หลวงประดิษฐมนูธรรม (นายปรีดี พนมยงค์) ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า โดยที่สมาชิกทั้งหลายนี้ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนราษฎร จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตต่อราษฎร ดังนั้นขอให้สมาชิกในที่ประชุมทุกคนยืนขึ้นกล่าวคำปฏิญาณตนต่อที่ประชุม ซึ่งคำปฏิญาณหลวงประดิษฐมนูธรรมได้เป็นผู้กล่าวนำ⁴² และทางปฏิบัตินั้นก็ได้กลายมาเป็นประเพณีอันเป็นแนวปฏิบัติจวบจนปัจจุบันว่าเมื่อมีการเข้ารับแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนสภาแล้ว ก็จะมีการปฏิญาณตน ซึ่งมักจะกล่าวถึงความซื่อสัตย์ และหลักการปฏิบัติหน้าที่ และได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 ให้ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้

ดังนั้น จึงถือได้ว่าการปฏิญาณตนของสมาชิกสภาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติประการหนึ่งที่เมื่อมีการเข้ารับตำแหน่ง ก่อนที่จะปฏิบัติหน้าที่ก็จะต้องมีการปฏิญาณตนเสียก่อน ซึ่งในเรื่องนี้อาจเทียบได้กับการถือน้ำพิพัฒน์สัตยาในสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ก็เปลี่ยนแปลงจากการสาบานว่าจะจงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ มาเป็นการสัญญาว่าจะปกป้องรักษารัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่าการปฏิญาณตนของผู้เข้ารับตำแหน่งเป็นการสานต่อจารีตประเพณีที่มีมาตั้งแต่สมัยก่อน และได้รับการนำมาปฏิบัติและกำหนดไว้อย่างเป็นข้อบังคับ ซึ่งเมื่อพิจารณาในด้านการปฏิบัติหน้าที่แล้ว การปฏิญาณตนไม่ได้ถือเป็นการบริหารราชการแต่อย่างใด แต่การที่นำมากำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการแสดงถึงความสำคัญที่จะดำรงประเพณีที่มีมาแต่เดิม และคาดว่าประชาชนในสมัยเริ่มแรกที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น ยังไม่รู้จักกับประเพณีการปกครองแบบประชาธิปไตย เพราะการเปลี่ยนแปลงการปกครองในสมัยนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยชนชั้นผู้นำ ประชาชนซึ่งเป็นราษฎรห่างไกลก็อาจยึดติดกับการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การปฏิญาณตนก็จะยังเป็นการทำให้ประชาชนทั่วไปมีความมั่นใจได้ว่า ผู้บริหารประเทศจะดำเนินการปกครองบ้านเมืองด้วยความซื่อสัตย์จริง จึงเป็นผลทางจิตใจของประชาชนที่เป็นการเสริมสร้างความเชื่อมั่นต่อผู้บริหารประเทศ และรัฐบาลเองก็จะได้รับผลดีที่จะได้รับการยอมรับและการสนับสนุนจากประชาชนด้วย

⁴² ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี (2475-2517), หน้า 21.

ข) พิธีเปิดสมัยประชุมสภาสมัยสามัญ

ทุกคราวที่มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่ และมีการเปิดสมัยประชุมสามัญประจำปี สมัยแรกภายหลังการเลือกตั้งนั้น ซึ่งย่อหมายถึงความเป็นสมัยประชุมครั้งแรกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เพิ่งจะได้รับการเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่แทนปวงชนชาวไทย จึงควรจะให้โอกาสสมาชิกรัฐสภาเหล่านั้นได้เข้าเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาทในพิธีเปิดสมัยประชุม⁴³

ในการเปิดประชุมสภาสมัยสามัญครั้งแรกในระบอบประชาธิปไตย เจ้าพระยามหิธร เสนาบดีกระทรวงมหรธรร ได้อัญเชิญพระกระแสรับสั่งของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 ทรงเปิดประชุม ที่ประชุมย่อมรับพระกระแสรับสั่งด้วยเกล้า เมื่อกระแสพระบรมราชโองการจบลงแล้ว สภาผู้แทนราษฎรก็เปิดการประชุมขึ้นเป็นครั้งแรก แต่ก่อนอื่นใดนั้น พระยาพลพลพยุหเสนา หัวหน้าคณะผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร ได้กล่าวมอบงานการปกครองแผ่นดินที่คณะราษฎรได้ยึดไว้ให้แก่สภาผู้แทนราษฎร การประชุมขึ้นต้นนี้มีอยู่ว่า จะต้องเลือกผู้แทนเป็นประธานขึ้นประจำที่ประชุม ตามธรรมนูญมาตรา 22 จึงได้ให้มีการหารือกันเลือกตั้งผู้เป็นประธานขึ้น และได้กลายมาเป็นประเพณีปฏิบัติสืบต่อกันมาจนกระทั่งในปัจจุบัน ซึ่งโดยปกติเมื่อมีพระราชกฤษฎีกากำหนดเปิดประชุมสมัยสามัญ พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาเสด็จเป็นประธานในพิธีเปิดประชุมสภา เช่น ทุกคราวที่มีพิธีเปิดประชุมสภาสมัยสามัญ จะต้องมิรัฐพิธีเปิดประชุม ณ พระที่นั่งอนันตสมาคมและโดยปกติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะเสด็จพระราชดำเนินไปทรงกระทำพิธีด้วยพระองค์เอง ทั้งนี้เจ้าหน้าที่จะต้องเชิญพระที่นั่งพุดตานกาญจนสิงหาสน์ มาประดิษฐานบนพระที่นั่งมณฑลอีกชั้นหนึ่ง เพื่อจะได้เป็นที่ประทับ แล้วมีกระแสพระราชดำรัสเปิดประชุมจากที่ประทับนั้น แต่ถ้าหากโปรดเกล้าฯ ให้ผู้แทนพระองค์มาทรงกระทำรัฐพิธีแทนแล้ว ก็ใช้บัลลังก์ประธานสถานนั้นเองเป็นที่กระทำพิธีโดยไม่ต้องเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น⁴⁴ หากพระองค์ไม่ได้เสด็จเป็นประธานในพิธีเปิดประชุมแล้วก็จะมอบให้เป็นที่นั่งของผู้สำเร็จราชการแทน หรือเป็นที่นั่งของประธานสภาเป็นผู้ทำหน้าที่แทนพระองค์ เช่น มีพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภา เมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2512 พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ได้เสด็จพระราชดำเนินมาทรงกระทำพิธีเปิดประชุม ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม มีพระราชดำรัสเปิดประชุมรัฐสภาว่า “ข้าพเจ้ามีความยินดีที่ได้มาทำพิธีเปิดประชุมรัฐสภา ณ โอกาสนี้ ขอแสดงความชื่นชมกับท่านทั้งปวง ที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนให้มาร่วมบริหารงานของแผ่นดิน...”⁴⁵ ส่วนกรณีเปิดประชุมสมัยวิสามัญ

⁴³ ชงทอง จันทรางศุ, “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ”, หน้า 140.

⁴⁴ ประเสริฐ ปัทมสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 161.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1006.

นั้นไม่ต้องมีพิธีเปิดประชุม แต่ในบางครั้งปรากฏว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงเสด็จเป็นประธานเปิดการประชุม

ในการเปิดสมัยประชุม พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประธานในการเปิดประชุมสมัยสามัญ แม้ว่าพระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจที่ถวายเพื่อเป็นเกียรติ แต่ก็เป็นการแสดงนัยที่เปรียบเสมือนการที่รัฐสภาได้ขออนุญาตใช้อำนาจนิติบัญญัติของพระมหากษัตริย์ ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของประเทศและทรงใช้อำนาจอธิปไตยทางรัฐสภา และพระองค์ก็ได้อนุญาตตามนั้นและได้ทรงเป็นประธานเปิดประชุมสภาในฐานะที่ได้ทรงยินยอมและเห็นชอบในการเปิดประชุมสภาตามพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุม เพื่อพิจารณาการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ราษฎรของพระองค์ และในพระราชดำรัสเปิดประชุมก็มักจะแทรกถึงการปฏิบัติหน้าที่ของผู้แทนให้คำนึงถึงประโยชน์ของประเทศชาติเป็นสำคัญ

ค) เลือกประธานและรองประธานสภาผู้แทนฯ

เมื่อมีพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมแล้ว จะมีการเลือกประธานสภาและรองประธานสภาเพื่อทำหน้าที่ในการประชุมสภา ดังเช่น การเลือกตั้งประธานในที่ประชุมครั้งแรก ที่ประชุมได้เลือกเอาเจ้าพระยาธรรมศักดิ์มนตรี เป็นประธานในที่ประชุม ต่อจากนั้น พระยาพหลพลพยุหเสนาก็ได้เชิญให้เจ้าพระยาธรรมศักดิ์มนตรีขึ้นนั่งบนบัลลังก์และกระทำหน้าที่เป็นประธานสภาต่อไป⁴⁶

หลังจากนั้นประธานสภาผู้แทนราษฎรก็ได้เลือกผู้ที่จะทำหน้าที่เลขาธิการ ซึ่งก็คือ หลวงประดิษฐ์มนูธรรม และจากนั้นก็ให้ที่ประชุมเลือกรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ที่ประชุมตกลงกันได้พระยาวิชิตเป็นรองประธาน เมื่อได้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและรองประธานสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ลำดับต่อไปก็เป็นระเบียบวาระที่จะต้องเลือกประธานคณะกรรมการราษฎร ตามธรรมนูญมาตรา 11 ซึ่งพระยาพหลฯ ได้ลุกขึ้นเสนอพระยามโนปกรณนิติธาดา เมื่อได้รับการตอบรับแล้ว พระยามโนปกรณฯ ก็ได้เลือกคณะกรรมการราษฎรหรือรัฐมนตรี โดยพระยามโนปกรณฯ เป็นผู้เลือก โดยได้รับความเห็นชอบของคณะราษฎร

ต่อมาเมื่อมีการตั้งพรรคการเมืองแล้ว ประธานสภา มักจะเป็นบุคคลที่มาจากพรรคการเมืองที่มีเสียงมากที่สุดคนในสภา และรองประธานก็จะเป็นพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงรองลงมา และโดยมากการเสนอผู้สมัครรับเลือกเป็นประธานสภา ก็มักจะมีการตกลงกันระหว่างพรรคฝ่ายรัฐบาลและพรรคฝ่ายค้านก่อน เพื่อความเป็นเอกภาพเสียก่อน เช่น

⁴⁶ วิเทศกรณีย์, ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย ,หน้า 30.

เมื่อวันที่ 19 เมษายน 2519 ที่ศิริรัฐสภามีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรสมัยสามัญ ประจำปี 2519 ขึ้นเป็นครั้งแรก เพื่อเลือกประธานและรองประธานสภา สภาฯ ได้มีมติเลือกนายอุทัย พิมพ์ใจชน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดชลบุรี พรรคประชาธิปัตย์ ซึ่งเป็นพรรคที่มีที่นั่งในสภา มากที่สุด เป็นประธานสภาผู้แทนราษฎร และเลือกรองประธานสภาฯ คือ นายมงคล สุขคนขจร พรรคชาติไทย ซึ่งเป็นพรรคที่มีที่นั่งในสภาเป็นลำดับรองจากพรรคประชาธิปัตย์ และในวันเดียวกันก็มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานสภาผู้แทนราษฎร และรองประธานสภาผู้แทนราษฎร⁴⁷ และในการประชุมสภาผู้แทนฯ เพื่อเลือกประธานและรองประธานสภาผู้แทนฯ ปรากฏว่า นายบุญเท่ง ทองสวัสดิ์ พรรคกิจสังคม ซึ่งเป็นพรรคที่มีจำนวนที่นั่งในสภาผู้แทนฯ มากที่สุด ดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนฯ โดยไม่มีผู้ใดเข้าแข่งขัน ส่วนรองประธานสภาผู้แทนฯ คนที่ 1 ได้แก่ นายมงคล สุขคนขจร พรรคชาติไทย รองประธานสภาผู้แทนฯ คนที่ 2 ได้แก่ นายเทียม ไชยนันทน์ พรรคประชาธิปัตย์⁴⁸

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การเลือกประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้ได้รับเลือกเป็นประธานมักจะเป็นผู้ที่อยู่ในสังกัดพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากและมีจำนวนสมาชิกสภาจำนวนมากที่สุดในสภา เป็นผู้ได้รับเลือก และรองประธานก็มักจะเป็นพรรคที่มีที่นั่งในสภาลำดับรองลงมา และจะเห็นได้ว่าการเลือกประธานและรองประธานสภานั้นก็แสดงออกถึงหลักเสียงข้างมากในระบอบประชาธิปไตย เมื่อประชาชนเลือกพรรคการเมืองที่ได้รับจำนวนที่นั่งในสภามากที่สุดเข้ามา ก็เป็นการแสดงถึงเจตจำนงของประชาชนว่ามีความไว้วางใจพรรคการเมืองใดในขณะนั้น และเป็นความธรรมดาอยู่เองที่พรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากก็จะต้องให้สมาชิกในพรรคการเมืองของตนได้รับตำแหน่งซึ่งพรรคก็มักจะเสนอชื่อบุคคลที่เป็นที่น่าเชื่อถือ เป็นที่เคารพยกย่องซึ่งเป็นสมาชิกพรรคการเมืองของตน และเมื่อประธานสภาได้รับตำแหน่งแล้ว ก็จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง แต่ประเทศไทยไม่ได้มีธรรมเนียมอย่างอังกฤษที่ผู้ใดเคยเป็นประธานสภา หากลงสมัครรับเลือกตั้งแล้ว พรรคการเมืองอื่น ๆ ก็จะให้เกียรติโดยการไม่ส่งคนในพรรคของตน แข่งด้วยในพื้นที่เลือกตั้งนั้น ๆ เพื่อการเลือกตั้งครั้งนั้นจะได้ผู้สมัครเลือกตั้งที่เคยเป็นประธานสภาซึ่งได้รับการเคารพยกย่องว่าเป็นผู้ที่มีความเป็นกลางและมีเกียรติมาเป็นสมาชิกสภาต่อไป ซึ่งประเทศไทยไม่มีธรรมเนียมเรื่องนี้อย่างในอังกฤษ และการเคารพยกย่องให้เกียรติแก่ประธานสภาของไทยก็น้อยกว่าในอังกฤษ เวลาที่มีการประชุมจึงเกิดปัญหา ส.ส. ไม่เชื่อฟังประธานสภาอยู่บ่อยครั้ง ทำให้การประชุมเกิดความวุ่นวาย มีการประท้วงของ ส.ส. เมื่อเกิดความไม่พอใจ ซึ่งส่งผลเสียต่อภาพพจน์ของสภา ที่จะทำให้ที่ประชุมสภาไม่มีความศักดิ์สิทธิ์น่าเกรงขาม อีกทั้งอาจทำให้ประชาชนเสื่อม

⁴⁷ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 16 (16-22 เมษายน, 2519) : 375.

⁴⁸ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 19 (4-10 พฤษภาคม, 2522) : 510.

ความเชื่อถือ และเมื่อมีการเลือกตั้งทั่วไป สมาชิกผู้นั้นเองก็อาจจะไม่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในสภาอีก

ง) การแถลงนโยบายของรัฐบาลต่อรัฐสภา

เมื่อรัฐบาลได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์แล้ว พรรคร่วมรัฐบาลในกรณีที่มีการเลือกตั้งนั้น มีพรรคการเมืองเข้าร่วมรัฐบาลหลายพรรคก็จะร่วมกันร่างนโยบายของรัฐบาล โดยนโยบายของพรรคที่ได้รับคะแนนเสียงจากประชาชนมากที่สุดก็จะได้รับการนำเอานโยบายของพรรคนั้นมาใช้มากที่สุด ทั้งนี้จะต้องอาศัยความเข้ากันได้ของนโยบายในแต่ละพรรค ให้มีความสอดคล้องกันในอันที่จะทำให้นโยบายของรัฐบาลชุดนั้นมีความเป็นเอกภาพ ในการเลือกพรรคร่วมรัฐบาลนายกรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาถึงแนวโน้มนโยบายของพรรคการเมืองที่เข้าร่วมด้วย นโยบายของรัฐบาลจึงต้องอาศัยนโยบายของพรรคการเมืองที่นายกรัฐมนตรีสังกัดอยู่เป็นหลัก ทั้งนี้ก็เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนที่เลือกพรรคการเมืองนั้นเข้ามา เพราะเวลาสมาชิกพรรคไปหาเสียงได้ใช้นโยบายนั้น ๆ ในการหาเสียง เมื่อประชาชนเห็นชอบด้วยตามนโยบายนั้น จึงเลือกตั้งสมาชิกพรรคการเมืองนั้นเข้ามาโดยมุ่งหวังว่าเมื่อเลือกตั้งเข้ามาแล้วรัฐบาลจะได้ทำตามนโยบายที่ได้หาเสียงไว้กับประชาชน นโยบายของรัฐบาลจึงต้องเป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนสมาชิกของพรรคการเมืองที่เข้าร่วมรัฐบาล

เมื่อรัฐบาลได้ร่างนโยบายของรัฐบาลแล้ว โดยปกติในการเข้ารับตำแหน่งของรัฐบาล ไม่ว่าจะการเข้ารับตำแหน่งนั้นจะเป็นนายกรัฐมนตรีคนเดิมหรือไม่ก็ตาม ซึ่งหากมีการพ้นจากตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีและมีการเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแม้ว่าจะเป็นรัฐบาลที่ยึดอำนาจก็ตาม โดยธรรมเนียมปฏิบัติรัฐบาลจะต้องแถลงนโยบายแก่สภาผู้แทนราษฎร เพื่อขอความไว้วางใจจากสภา ซึ่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 ได้กำหนดไว้เป็นฉบับแรก ให้รัฐบาลแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ซึ่งในสมัยที่มีการปกครองที่มีลักษณะเป็นประชาธิปไตยแล้ว ก็มักจะให้สภาลงมติให้ความไว้วางใจต่อรัฐบาลด้วย ซึ่งในการลงมติให้ความไว้วางใจแก่คณะรัฐมนตรี ซึ่งได้แถลงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินนั้น ในสมัยนั้นซึ่งเป็นสมัยที่กำหนดให้รัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาด้วยนั้น ปรากฏว่าคณะรัฐมนตรีได้ลงมติรับรองตนเองด้วย ประธานสภาได้สอบถามความสงสัยขึ้นในที่ประชุมว่า คณะรัฐมนตรีจะลงมติในกรณีนี้ได้หรือไม่ หลวงประดิษฐมนูธรรม ได้แถลงว่า “ในการที่คณะรัฐมนตรีได้ลงคะแนนให้แก่ตนเองด้วยนั้นเป็นไปตามธรรมเนียมนิยม ซึ่งในนานาประเทศเขาทำกัน เพราะเหตุว่าบางทีในคณะรัฐมนตรีนั้นมีหลายพวก หลายพรรค ฝ่ายค้านและสนับสนุนคะแนนเสียงใกล้เคียงกัน จึงต้องเอาชนะกัน และที่ทำเช่นนี้ก็ตั้งใจจะรักษาธรรมเนียมนั้นด้วย”⁴⁹ แต่ปัจจุบัน

⁴⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 56.

รัฐมนตรีจะต้องไม่เป็นสมาชิกสภาในขณะที่เดียวกันจึงไม่มีการลงคะแนนให้กับตัวเองอีก โดยในการแถลงนโยบายนั้นก็จะเป็นการกล่าวถึงแนวทางปฏิบัติงานของกระทรวงต่าง ๆ ที่มีในรัฐบาลนั้น ๆ

การแถลงนโยบายนี้ส่วนมากได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในภาวะที่มีความเป็นประชาธิปไตย แต่ในรัฐบาลที่มีลักษณะเป็นเผด็จการเองก็ได้ยอมรับธรรมเนียมปฏิบัตินี้ แต่เป็นการแถลงนโยบายต่อสภาเท่านั้นมิได้ให้มีการลงมติด้วย ดังตัวอย่างเช่น การแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีสมัยจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2502 รัฐบาลได้แถลงนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินต่อสภาเพื่อทราบ เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2502 มีข้อความตอนหนึ่งว่า “แม้ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรมิได้กำหนดให้มีการแถลงนโยบาย และไม่มีการลงมติไม่ไว้วางใจ แต่เพื่อประโยชน์ในการบริหารประเทศชาติร่วมกัน ข้าพเจ้าจึงยินดีที่จะชี้แจงนโยบายของรัฐบาลขณะนี้ให้ท่านรับทราบไว้ในวาระแรก เพื่อประโยชน์และความเข้าใจอันดีร่วมกันต่อไป”⁵⁰

ทางปฏิบัติในสมัยจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่ได้แถลงนโยบายได้มีการปฏิบัติอีกครั้งในสมัยการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี สมัย พลเอก ถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อ 9 ธันวาคม 2506 ได้แถลงนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินต่อสภา เพื่อทราบเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ว่า “รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวซึ่งมีข้าพเจ้าเป็นนายกรัฐมนตรี ได้เข้าบริหารราชการแผ่นดินตามพระบรมราชโองการตั้งที่สภานี้ได้รับทราบแล้ว แม้ว่าตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร รัฐบาลย่อมเข้าบริหารราชการได้โดยไม่ต้องแถลงนโยบายและไม่ต้องลงมติไว้วางใจ รัฐบาลก็เห็นเป็นการสมควรที่จะขอโอกาสต่อสภาชี้แจงแนวทางซึ่งเป็นหลักสำคัญที่รัฐบาลจะบริหารราชการแผ่นดินต่อไปเพื่อให้สภาได้รับทราบ...”

กรณีที่นายกรัฐมนตรีได้แถลงขอให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติให้ความไว้วางใจในรัฐมนตรีที่ได้รับการปรับปรุงใหม่ เพื่อบริหารราชการแผ่นดินต่อไป และภายหลังที่อภิปรายกันแล้ว ที่ประชุมลงมติให้ความไว้วางใจในคณะรัฐมนตรีที่ตั้งใหม่ในวันนั้น⁵¹ กรณีที่ได้มีรัฐมนตรีลาออก และมีการตั้งรัฐมนตรีใหม่ โดยแถลงว่ารัฐมนตรีที่ตั้งใหม่ จะปฏิบัติตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อสภาตามที่ได้รับความสะดวกแล้ว จึงขอให้ที่ประชุมได้พิจารณาและลงมติให้ความไว้วางใจเพื่อบริหารราชการแผ่นดินต่อไป⁵² ซึ่งเมื่อมีการแถลงนโยบายของรัฐบาลต่อรัฐสภา ที่ให้อำนาจรัฐสภาลงมติ

⁵⁰ ประเสริฐ ปัทมสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 933.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 200.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 214.

ด้วยนั้น โดยทั่วไปแล้วรัฐสภาจะลงมติไว้วางใจรัฐบาลเสมอ เพราะเนื่องจากรัฐบาลนั้นได้รับเสียงข้างมากจากสภา และยังมีได้เข้าบริหารประเทศ แต่ในสมัยรัฐบาลของ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช นั้นเมื่อรัฐบาลแถลงนโยบายต่อสภาแล้ว ปรากฏว่ารัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ทั้ง ๆ ที่รัฐบาลยังมีได้เข้าบริหารประเทศเลย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบรัฐบาลและรัฐสภา เพราะเมื่อรัฐสภาลงมติให้รัฐบาลชุดนั้นบริหารประเทศแล้ว ก็ควรที่จะให้โอกาสรัฐบาลชุดที่ตนเองเลือกขึ้นมาบริหารประเทศเสียก่อน เมื่อบริหารประเทศแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายประการใดแล้ว จึงดำเนินการกระบวนการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจต่อไป ด้วยเหตุนี้ในรัฐธรรมนูญในระยะหลัง ๆ จึงมีข้อกำหนดห้ามมิให้รัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลก่อนรัฐบาลจะเข้าบริหารประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 เป็นต้น

จ) การปราศรัยปิดการประชุมสมัยสามัญ

โดยปกติเมื่อมีการปิดประชุมสภาสามัญ เพื่อให้สมาชิกสภากลับไปยังท้องที่ นายกรัฐมนตรีจะกล่าวคำปราศรัยปิดการประชุม ดังเช่น ได้มีพระราชกฤษฎีกาปิดประชุมรัฐสภาในวันที่ 12 กันยายน 2492 ก่อนเลิกประชุมนายกรัฐมนตรีได้กล่าวคำปราศรัยต่อที่ประชุมสภาผู้แทนว่า “...ก่อนปิดสมัยประชุมนี้ เพื่อบุคคลตามประเพณีของสภาแห่งประเทศของเราซึ่งเคยกระทำกันมาคือก่อนที่จะได้ปิดสมัยประชุม และท่านสมาชิกจะได้กลับไปเยี่ยมเยียนราษฎรและได้ช่วยเหลือราษฎรนั้น ทางรัฐบาลขอถือโอกาสกล่าวคำปราศรัยสักเล็กน้อยก่อนที่ท่านทั้งหลายจะได้จากกันไป...”⁵³ ซึ่งในคำปราศรัยนั้นก็มักจะกล่าวถึงผลงานและการปฏิบัติภารกิจของรัฐสภาที่ได้ปฏิบัติมาร่วมกัน และขอบคุณรัฐสภาที่ได้ให้ความร่วมมือและปฏิบัติงานจนลุล่วงไปด้วยดี แต่ในการประชุมสมัยสามัญหรือการประชุมสมัยวิสามัญ ไม่ได้มีการกล่าวปิดประชุม แต่ก็มิได้มีการโต้แย้งอะไร หรือมีการวิพากษ์วิจารณ์จากสังคม กรณีนี้จึงเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ไม่มีความสำคัญที่จะก่อให้เกิดผลในทางการเมือง แต่เป็นการสมานความสัมพันธ์และไม่ตรีระหว่าง รัฐบาลกับรัฐสภา เพื่อในโอกาสต่อไปรัฐบาลจะได้รับความร่วมมือในการประชุมและการผ่านร่างกฎหมายจากรัฐสภาเป็นอย่างดี

3) ธรรมเนียมปฏิบัติในการนิติบัญญัติ

ก) ธรรมเนียมปฏิบัติในการแต่งตั้งคณะกรรมการ

เป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่าการสรรหากรรมการสามัญและวิสามัญในการพิจารณาร่างกฎหมายร่วมกันของสภาหรือในสภาใดสภาหนึ่งหรือปฏิบัติหน้าที่ในกิจการใดของสภา จะเป็นไป

⁵³ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 658.

ตามสัดส่วนของจำนวนที่นั่งของพรรคการเมืองในสภา เช่น ในสมัยหนึ่งการประชุมจัดสรรจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคการเมืองต่าง ๆ เป็นกรรมการสามัญประจำสภา 11 คน คณะละ 19 คน ปรากฏว่ากลุ่มกิจสังคมได้ 60 คน กลุ่มชาติไทย 31 คน กลุ่มประชาธิปไตย 23 คน กลุ่มประชากรไทย 22 คน กลุ่มสนับสนุน พลเอกเกรียงศักดิ์ 73 คน รวมทั้งสิ้น 209 คน⁵⁴

การเสนอชื่อบุคคลให้เป็นกรรมการของสภานั้น ตามรัฐธรรมนูญและข้อบังคับของสภาบัญญัติ ในปี 2517 ให้เป็นสิทธิของสมาชิกและรัฐบาล เสนอชื่อผู้ที่เห็นสมควรเข้ารับเลือกตั้งเป็นกรรมการของสภาได้ ถ้าเป็นกรรมการสามัญก็ต้องเสนอเฉพาะชื่อผู้เป็นสมาชิกสภาเท่านั้น แต่ถ้าเป็นกรรมการวิสามัญ จะเสนอชื่อผู้ที่มีได้เป็นสมาชิกสภาด้วยไม่ได้ วิธีปฏิบัติแต่เดิมมา ในกรณีตั้งกรรมการสามัญ สมาชิกแต่ละคนมีสิทธิเสนอชื่อสมาชิกผู้ใดตนเห็นสมควรแต่การเสนอนั้น ต้องเสนอชื่อแต่ละครั้งเพียงชื่อเดียว ต้องมีสมาชิกอื่น รับรอง 4 คนทุกครั้ง ถ้าจะเสนอชื่อสมาชิกผู้อื่นอีกก็ได้ แต่ต้องเสนอทีละครั้ง ครั้งหนึ่ง ๆ ต้องเสนอเพียงชื่อเดียว และต้องมีสมาชิกผู้อื่นรับรองด้วยทุกครั้ง สมาชิกผู้เดียวจะเสนอชื่อรวดเดียว 19 คน ดังเช่นที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติกระทำเมื่อคราวประชุม ครั้งที่ 23/2516 วันที่ 19 กรกฎาคมนั้น ไม่เคยกระทำมา ในกรณีตั้งกรรมการวิสามัญ การเสนอชื่อผู้ที่เห็นสมควรให้เป็นกรรมการวิสามัญนั้นต้องเสนอครั้งละ 1 คน แต่จะเสนอผู้อื่นที่มีได้เป็นสมาชิกสภาด้วยก็ได้ ถ้าเป็นกรรมการที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สมาชิกเป็นผู้เสนอมักจะคำนึงถึงตัวผู้เสนอ เพื่อให้โอกาสได้เข้ารับเลือกเป็นกรรมการด้วยเสมอ โดยเฉพาะฝ่ายรัฐบาลนั้น แม้มิใช่เป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัติ สภาก็ให้โอกาสได้เสนอชื่อผู้ที่เห็นสมควรเข้าร่วมเป็นกรรมการด้วย เพราะถือว่ามิหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการบริหารงานตามกฎหมายนั้น ๆ บางกรณีสภาได้อนุมัติให้รัฐบาลเสนอชื่อคราวเดียวหลายชื่อตามจำนวนที่คณะรัฐมนตรีขอ เพราะถือว่าเสนอในนามของคณะรัฐมนตรี และตามรายชื่อนั้นไม่ต้องเข้ารับการคัดเลือกด้วยก็มี ฉะนั้น ในข้อบังคับของสภาทุกฉบับ โดยเฉพาะในข้อบังคับของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ 2516 ข้อ 78 วรรคสองจึงบัญญัติว่า “ในการเลือกตั้งกรรมการวิสามัญ ให้ตั้งจากบุคคลที่คณะรัฐมนตรีเสนอชื่อมีจำนวนไม่เกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จำนวนนอกจากนั้นให้ที่ประชุมเลือกจากรายชื่อที่สมาชิกเสนอ” เป็นการบังคับไว้ว่า กรรมการวิสามัญนั้นต้องมีบุคคลที่รัฐมนตรีเสนอเป็นกรรมการรวมอยู่ด้วยเสมอ เสมือนบังคับว่า รัฐมนตรีต้องเป็นผู้เสนอกรรมการด้วย⁵⁵

⁵⁴ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 21 (18-24 พฤษภาคม, 2522) : 566.

⁵⁵ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 1136-1141.

ในการเสนอกรรมาธิการของสภานั้น จึงมีลักษณะเหมือนการแบ่งโควตารัฐมนตรีของรัฐบาล ที่จะต้องพิจารณาถึงจำนวนที่นั่งในสภาของพรรคการเมืองแต่ละพรรคด้วย พรรคที่ได้รับที่นั่งในสภามากที่สุดก็จะเป็นพรรคที่ได้รับโควตาจำนวนกรรมาธิการมากที่สุดเช่นกัน ทั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาผ่านร่างกฎหมายของรัฐสภา การที่จะผ่านร่างกฎหมายในแต่ละวาระนั้น ผู้แทนราษฎรในแต่ละพรรคก็จะมีแนวนโยบายของตนเอง หากให้แต่ละพรรคการเมืองมีสัดส่วนกรรมาธิการจำนวนเท่า ๆ กันก็จะทำให้การพิจารณานั้นมีหลายนโยบายหลายความเห็น แต่ความเห็นมีน้ำหนักเท่า ๆ กันจนทำให้กฎหมายนั้นไม่มีจุดยืนที่แน่นอน การที่ให้สัดส่วนของกรรมาธิการแก่พรรคการเมืองที่ได้รับที่นั่งฝ่ายรัฐบาลมากที่สุดก็เพื่อความเป็นเอกภาพในการพิจารณาของกรรมาธิการที่จะพิจารณาไปตามนโยบายของพรรคการเมืองที่ได้สัดส่วนเสนอกรรมาธิการมากที่สุด เพราะกรรมาธิการที่พรรคการเมืองนั้น ๆ ได้เสนอก็มักจะเป็นกรรมาธิการที่เห็นด้วยกับนโยบายของพรรคนั้น และอีกประการหนึ่งก็คือ การพิจารณาเสนอร่างกฎหมายของรัฐสภานั้นส่วนมากรัฐบาลซึ่งมีสมาชิกพรรคการเมืองที่มีที่นั่งของสมาชิกสภาเสียงข้างมากในสภาเป็นผู้เสนอให้มีกรรมาธิการ ร่างกฎหมายคือรัฐสภาซึ่งมีเสียงข้างมากเป็นสมาชิกพรรคการเมืองพรรคเดียวกันกับผู้ดำรงตำแหน่งในรัฐบาล และผู้ดำรงตำแหน่งในรัฐบาลนั่นเองก็มักจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในพรรคการเมือง เพื่อความเป็นเอกภาพนี้พรรคการเมืองที่มีที่นั่งในสภามากที่สุดจึงมีจำนวนสัดส่วนเสนอกรรมาธิการมากที่สุด แต่เมื่อมองในอีกด้านหนึ่งแล้ว หากรัฐบาลต้องการเสนอกฎหมายที่รื้อถอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ร่างกฎหมายนั้นก็จะผ่านการพิจารณาไปได้โดยง่าย เพราะกระบวนการพิจารณาเสียงข้างมากเป็นเสียงในฝ่ายรัฐบาล หากมีการนำมาใช้ร่างกฎหมายที่ไม่เหมาะสมก็อาจทำให้เกิดผลเสียต่อระบบการพิจารณากฎหมาย และกฎหมายนั้นก็มีความไม่เป็นธรรมได้

ข) ธรรมเนียมปฏิบัติในการเสนอร่างกฎหมาย

ในการพิจารณาร่างกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาในการพิจารณา และเป็นผู้เสนอร่างกฎหมาย แต่ผู้เสนอร่างกฎหมายส่วนมากจะเป็นฝ่ายบริหาร และในการตรากฎหมายเกี่ยวกับการงบประมาณ ผู้เสนอร่างกฎหมายนี้ก็ต้องเป็นฝ่ายรัฐบาลเป็นผู้เสนอ หรือสภาจะเสนอได้ ก็ต้องได้รับความยินยอมจากนายกรัฐมนตรีเสียก่อน ซึ่งตามขั้นตอนของการปฏิบัตินั้น ถ้าหากว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นร่างของรัฐบาล ปกติแล้วพร้อมกันกับที่รัฐบาลเสนอร่างพระราชบัญญัติไปยังรัฐสภาเพื่อพิจารณา สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะส่งสำเนาร่างพระราชบัญญัติไปยังสำนักพระราชเลขาธิการ เป็นจำนวนชุดเท่ากับจำนวนองคมนตรี โดยถือว่าเป็นการ “เรียนมาเพื่อทราบ” ไว้ชั้น

หนึ่งก่อน แต่ถ้าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เสนอแล้ว จะไม่มีการส่งสำเนาพระราชบัญญัติมายังสำนักราชเลขาธิการเพื่อทราบแต่ประการใด⁵⁶

ในการเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินนั้น แต่เดิมไม่ได้มีกำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจเสนอร่างกฎหมาย แต่ต่อมาในสมัย รัฐธรรมนูญปี 2489 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จะเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินได้ แต่จะต้องให้นายกรัฐมนตรีรับรองเสียก่อน หรือ คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายการเงินเสียเอง และเป็นธรรมเนียมปฏิบัติมาเช่นนี้แต่อาจจะมีการเพิ่มเติมรายละเอียดบ้าง และในบางสมัยก็เป็นอำนาจเฉพาะของคณะรัฐมนตรี เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515, 2519 เป็นต้น แต่รัฐธรรมนูญที่ไม่ได้มีข้อกำหนดดังกล่าวนี้ เช่น รัฐธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2502, 2520 และ 2534 นั้น ไม่ได้กำหนดรายละเอียดว่าจะให้องค์กรใดเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน แต่โดยประเพณีการปกครองก็จะเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ตามการรับรองของนายกรัฐมนตรี และเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน

ส่วนอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน โดยปกติแล้วจะเป็นอำนาจของประธานสภาผู้แทนราษฎร เช่น

| ช่วงเวลา | รัฐธรรมนูญ | ผู้มีอำนาจ |
|------------------------|--|-----------------|
| ม.ย. 2475 – ธ.ค. 2475 | รัฐธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 | ไม่มีบทบัญญัติ |
| ธ.ค. 2475 – พ.ค. 2489 | | ไม่มีบทบัญญัติ |
| พ.ค. 2489 – พ.ย. 2490 | รธน. 2475 รธน. 2489 | ประธานสภาผู้แทน |
| พ.ย. 2490 – มี.ค. 2492 | รธน. 2490 | ประธานสภาผู้แทน |
| มี.ค. 2492 – พ.ย. 2494 | รธน. 2492 | ประธานสภาผู้แทน |
| มี.ค. 2495 – ต.ค. 2501 | รธน. 2475 แก้ไข 2495 | ประธานสภาผู้แทน |
| ม.ค. 2502 – มี.ย. 2511 | รธน. 2502 | ไม่มีบทบัญญัติ |

⁵⁶ ชงทอง จันทรางศุ, “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ”, หน้า 144.

| | | |
|------------------------|-----------|--|
| มิ.ย. 2511 – พ.ย. 2514 | รชน. 2511 | ประธานสภาผู้แทน หรือ ประธานวุฒิสภา |
| ธ.ค. 2515 – ต.ค. 2517 | ชนป. 2515 | ประธานสภานิติบัญญัติ |
| ต.ค. 2517 – ต.ค. 2519 | รชน. 2517 | ประธานสภาผู้แทนราษฎร |
| ต.ค. 2519 – พ.ย. 2520 | รชน. 2519 | คณะกรรมการวิสามัญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติ |
| พ.ย. 2520 – ธ.ค. 2521 | ชนป. 2520 | ไม่มีบทบาทบัญญัติ |
| ธ.ค. 2521 – ก.พ. 2534 | รชน. 2521 | ประธานสภาผู้แทนราษฎร |
| มี.ค. 2534 | ชนป. 2534 | ไม่มีบทบาทบัญญัติ |
| | รชน. 2534 | ประธานสภาผู้แทนราษฎร |
| ต.ค. 2540 | รชน. 2540 | ประธานสภาผู้แทนราษฎร |

ที่มา : รังสรรค์ ณะพรพันธ์ “เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญ” 60 ปี ประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญไทย 2475-2534, เอกสารประกอบการสัมมนา 24-28 มิถุนายน 2535 ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อำนาจในการเสนอร่างกฎหมายส่วนมากแล้วจะเป็นอำนาจของฝ่ายรัฐบาลที่จะเสนอกฎหมาย เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติงาน และในฐานะที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายย่อมทราบดีกว่าองค์กรอื่น ๆ ว่าควรมีกฎหมายใดบังคับใช้ในเรื่องใดบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างกฎหมายการเงินที่ได้มีการกำหนดไว้เป็นพิเศษว่าสภาผู้แทนฯจะเสนอร่างนี้ได้ แต่จะต้องได้รับความยินยอมจากนายกรัฐมนตรีเสียก่อน ซึ่งในบางสมัยสภาไม่มีอำนาจเสนอร่างกฎหมายการเงินได้เลย แต่เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายแล้ว หากสภาไม่แน่ใจว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นร่างกฎหมายการเงินหรือไม่ ก็จะต้องมีการตีความว่าร่างกฎหมายนั้นเป็นร่างกฎหมายการเงินหรือไม่เสียก่อน และโดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วก็จะเป็อำนาจของประธานสภาผู้แทนราษฎร ดังนั้นโดยหลักการตามรัฐธรรมนูญแล้วรัฐสภาจะเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายซึ่งการเสนอร่างกฎหมายของรัฐบาลในกรณีนี้ นั่นถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นการภายใน และจากตัวอย่างจะเห็นได้ว่าอำนาจในการพิจารณาว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินนั้น ที่ผ่านมาเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรจึงถือได้ว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วอำนาจนี้เป็นอำนาจของประธานสภาผู้แทน

ราษฎร แม้ว่าในยุคสมัยนั้นประธานวุฒิสภาจะเป็นประธานสภาก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489

การที่ให้อำนาจในการพิจารณาว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างกฎหมายการเงินเป็นอำนาจของประธานสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นเพราะ โดยหลักการแล้วสภาเป็นผู้พิจารณาร่างกฎหมาย และร่างกฎหมายนั้นริเริ่มโดยสภาผู้แทนราษฎร ก่อนที่ร่างกฎหมายนั้นจะได้อำนาจไปยังวุฒิสภาเพื่อกลั่นกรองร่างกฎหมาย เมื่อร่างกฎหมายเกิดขึ้นในสภาใด ก็ย่อมเป็นธรรมดาที่สภานั้นจะต้องพิจารณาเสียก่อนว่าเป็นร่างกฎหมายประเภทใด และเมื่อสมาชิกสภาได้มีการอภิปรายหรืออาจจะไม่มีการอภิปราย ก็ควรที่จะเป็นอำนาจชี้ขาดของประธานสภาผู้แทนฯที่จะพิจารณาว่าเป็นร่างกฎหมายการเงินหรือไม่ ซึ่งก็เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนประชาชนมีอำนาจในการออกกฎหมายและมีอำนาจเหนือกว่าวุฒิสภา ซึ่งเป็นสภาผู้เชี่ยวชาญที่พิจารณากลั่นกรองร่างกฎหมายเท่านั้น

ค) ธรรมเนียมปฏิบัติในการยับยั้งร่างกฎหมาย

อำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายโดยปกติจะเป็นอำนาจของพฤฒสภา, วุฒิสภา เป็นผู้พิจารณาร่างกฎหมายที่ผ่านมาจากสภาผู้แทนราษฎร ที่วุฒิสภามีอำนาจลงมติไม่เห็นชอบหรือลงมติให้แก้ไข และส่งคืนมายังสภาผู้แทนราษฎร แต่หากสภาผู้แทนราษฎรมติยืนยันความเห็นชอบในร่างกฎหมายเดิม จะถือว่าร่างกฎหมายนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2490 โดยในเวลาต่อมาเมื่อวุฒิสภาเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมาย ก็จะมีการตั้งคณะกรรมการร่วม เพื่อพิจารณาร่างกฎหมาย หรือมีการยับยั้งการพิจารณาร่างกฎหมายนั้นไว้ก่อน เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2492 และในเวลาต่อมาก็มีการเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน ที่จำกัดระยะเวลาวุฒิสภาในการพิจารณา เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2511 เป็นต้นมา ในบางสมัยไม่มีการกำหนดไว้ถึงการยับยั้งร่างกฎหมาย ซึ่งมักจะเป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้ในสมัยที่มีการปฏิวัติรัฐประหารและมีสภาเดียวไม่มีวุฒิสภา ที่สมาชิกอาจมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด เช่น ธรรมนูญการปกครอง พุทธศักราช 2502, 2515, 2520, 2534 และ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2519 หรือรัฐธรรมนูญที่มีสภาเดียวแต่มีสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งและเลือกตั้ง เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2475 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2492 แต่โดยประเพณีการปกครองอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายนั้นเป็นอำนาจที่วุฒิสภามีอำนาจในการกลั่นกรองร่างกฎหมายก่อนที่จะมีการประกาศใช้ และสังเกตได้ว่า แม้ว่าวุฒิสภามีอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย แต่อำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของวุฒิสภานั้นไม่ใช่อำนาจเด็ดขาด เพราะสภาผู้แทนราษฎรสามารถลงมติยืนยันตามร่างกฎหมายเดิมได้ และจะมีผลเป็นกฎหมายของรัฐสภาและนำขึ้นทูลเกล้าฯประกาศใช้ได้

ดังนั้น อำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของวุฒิสภาเป็นอำนาจที่ไม่เด็ดขาดเช่นเดียวกันกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์ การยับยั้งร่างกฎหมายของวุฒิสภาเพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรได้นำร่างกฎหมายนั้นกลับไปพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง โดยรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดไว้คือ รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2489 แต่ในสมัยต่อมาได้มีการกำหนดไว้เพิ่มเติมว่าหากวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายจะต้องมีการตั้งกรรมาธิการพิจารณาร่วมกัน ในรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2492 เป็นฉบับแรก และฉบับต่อมา แต่หากสภาผู้แทนฯ มีมติยืนยันร่างเดิมแล้ว ก็ให้ถือว่าร่างกฎหมายนั้นผ่านการพิจารณาของวุฒิสภาแล้ว ซึ่งเป็นการยืนยันเจตนารมณ์ในการออกกฎหมายของผู้แทนประชาชนในสภา

1.2.2.2. การนำมาใช้โดยองค์กรบริหาร

1) ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งของคณะรัฐมนตรี

ก) ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งของรัฐมนตรี

- การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

อำนาจในการเสนอแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นอำนาจของที่ประชุมสภามีมติเห็นชอบร่วมกัน ในการประชุมสภาครั้งแรก เมื่อที่ประชุมได้เลือกประธาน รองประธาน และเลขาธิการแล้ว ก็ได้เลือกประธานคณะกรรมการราษฎร คือ มหาอำมาตย์โท พระยามโนปกรณนิติธาดา แล้วประธานคณะกรรมการราษฎรก็ได้เสนอชื่อคณะกรรมการราษฎรต่อสภา และสภาได้มีการอนุมัติเมื่อ 28 มิถุนายน 2475 ต่อมาเมื่อพระยามโนปกรณนิติธาดาลาออกจากตำแหน่งแล้ว คณะราษฎรมีความเห็นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันว่า บุคคลที่สมควรจะเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทนเจ้าคุณพหลฯ ที่ประชุมคณะราษฎรจึงลงมติเป็นเอกฉันท์ให้หลวงพิบูลฯ เป็นนายกรัฐมนตรีแทนเจ้าคุณพหลฯต่อไป สำหรับในด้านสภาผู้แทนราษฎรนั้น เมื่อพระยาพหลพลพยุหเสนา ปฏิเสธไม่ยอมเป็นนายกรัฐมนตรี ก็ได้มีการประชุมชาวเสียดเลือกบุคคลที่สมควรเป็นนายกรัฐมนตรีหลายครั้ง ในที่สุดการประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งสุดท้ายก็ลงมติเป็นเอกฉันท์ว่า บุคคลที่สมควรจะเข้ารับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนั้นก็คือ พันเอก หลวงพิบูลสงคราม⁵⁷

ต่อมาได้มีการลงนามแถลงการณ์ร่วมกันและลงนามในเอกสารต่อท้ายแบ่งความรับผิดชอบในการบริหารงานของกระทรวงต่าง ๆ ดังนี้ คือ พรรคประชาธิปัตย์มีรัฐมนตรีว่าการ 6 ตำแหน่ง รัฐมนตรีช่วยว่าการ 11 ตำแหน่ง พรรคชาติไทยมีตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการ 3 ตำแหน่ง รัฐมนตรีช่วย

⁵⁷ วิเทศกรณีย์, ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย, หน้า 638.

ว่าการ 5 ตำแหน่ง พรรคธรรมสังคมนิยมมีรัฐมนตรีว่าการ 3 ตำแหน่ง รัฐมนตรีช่วยว่าการ 1 ตำแหน่ง พรรคสังคมนิยมมีรัฐมนตรีว่าการ 1 ตำแหน่ง ทั้งนี้ตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ได้แก่ พลเอกถนอม สิวะรา ซึ่งอยู่ในโควตาของพรรคประชาธิปัตย์ นอกจากนี้ยังได้มีการตกลงกันด้วยว่า ตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎร จะให้แก่พรรคประชาธิปัตย์ ส่วนตำแหน่งรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ให้แก่พรรคชาติไทย โดยมี ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์เป็นนายกรัฐมนตรี⁵⁸

ตามปกติการเลือกนายกรัฐมนตรี ที่ประชุมสภาจะประชุมสมาชิกสภาเป็นการภายใน เพื่อลงมติหรือชาวเสียงเลือกนายกรัฐมนตรี แต่ในบางครั้งเมื่อการเข้าดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภานั้นเป็นระบบพรรคการเมือง ประธานสภาที่อาจถามความเห็นจากพรรคการเมืองที่ได้รับจำนวนที่นั่งในสภามากที่สุดก็ได้ ดังเช่น เมื่อประธานสภาได้กราบบังคมทูลผู้ควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ว่าควรเป็นจอมพล ป.พิบูลสงคราม นั้น พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานกระแสรับสั่งสอบถามถึงวิธีการหยั่งเสียงสภาผู้แทนราษฎรในสภา เพื่อเลือกสรรผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีตามที่เคยปฏิบัติมา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้กราบบังคมทูลชี้แจงว่า “คราวนี้มิได้ประชุมสมาชิกสภาเป็นการภายใน เพื่อปรึกษาหารือหรือเลือกสรรผู้ที่เหมาะสมดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเหมือนอย่างที่เคยกระทำมาในกาลก่อนนั้น เพราะขณะนี้ได้มีพรรคการเมืองขึ้นตามกฎหมายแล้ว และผลในการเลือกตั้งครั้งนี้ปรากฏว่าพรรคเสรีมนังคศิลา เป็นพรรคที่มีสมาชิกที่ได้รับเลือกเป็นผู้แทนราษฎรมากที่สุด ฉะนั้นจึงเพียงสอบถามความเห็นของหัวหน้าและเลขาธิการของพรรคนี้ไป ซึ่งทางพรรคเสนอว่าควรเป็น จอมพล แปลก พิบูลสงคราม หัวหน้าพรรคนี้ ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ดังนั้นจึงได้นำความกราบบังคมทูล เพื่อจะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลตามที่พรรคเสนอ ซึ่งมีเสียงข้างมากเสนอมา” หลังจากนั้นพระองค์จึงได้ทรงลงพระปรมาภิไธยในประกาศแต่งตั้ง จอมพล ป. พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรี โดยมีพลเอกพระประจันต์ประจันต์ ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ⁵⁹ แนวทางปฏิบัตินี้ได้รับการปฏิบัติอีกครั้ง เมื่อสมาชิกของพรรคชาติสังคมนิยมมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองประเภทในสภาผู้แทนราษฎรมากที่สุด ประธานสภาผู้แทนราษฎรจึงได้หารือกับหัวหน้าพรรคและเลขาธิการพรรคชาติสังคมนิยม ถึงตัวผู้ที่เหมาะสมจะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ปรากฏว่าพรรคชาติสังคมนิยมเห็นควรให้พลโท ถนอม กิตติขจรเป็นนายกรัฐมนตรี ต่อมาในวันที่ 29 พฤศจิกายน 2500 ประธานสภาผู้แทนราษฎรจึงได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

⁵⁸ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 15 (9-15 เมษายน, 2519) : 374.

⁵⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 868.

พล.อ.ทวิ จุลละทรัพย์ หัวหน้าพรรคกิจประชาธิปไตย กล่าวว่า “จากการชาวเสียดเห็น ฟ้องกันว่า พล.อ.เกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต่อไป อย่างไรก็ ตามต้องใช้เวลาและทำตามขั้นตอน โดยจะต้องมีการเปิดประชุมสภาเพื่อเลือกประธานและชาว เสียดเลือกนายกรัฐมนตรี แล้วจึงมีการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีต่อไป”⁶⁰

วันที่ 20 เมษายน 2519 นายอุทัย พิมพ์ใจชน ประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้เชิญหัวหน้า พรรคประชาธิปไตย พรรคชาติไทย พรรคธรรมสังคม และพรรคสังคมนิยม เพื่อชาวเสียดขอคำ ยืนยันเป็นหลักฐานว่าจะร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล ตามแถลงการณ์ร่วมของสี่พรรค หลังจากนั้น ประธานจึงได้เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน เพื่อรับสนอง พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งหม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี⁶¹

ในการประชุมปรึกษาเป็นการภายในของสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2518 เพื่อ ชาวเสียดเลือกหาตัวนายกรัฐมนตรี ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช ได้รับการสนับสนุนด้วยคะแนน 135 เสียด ซึ่งเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนฯทั้งหมด ต่อมาในวันที่ 14 เดือนเดียวกัน จึงได้มีประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้งให้ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช ให้ดำรงตำแหน่งนายกฯ ซึ่ง จัดเป็นนายกฯ คนที่ 13 ของประเทศไทย⁶²

เหตุผลหนึ่งในการชาวเสียดเลือกนายกรัฐมนตรีนั้น เป็นไปได้ว่าก่อนจะนำความขึ้นกราบ บังคมทูลแนะนำแต่ละครั้ง ประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้ใช้ความพยายามอย่างยิ่งที่จะมิให้มีข้อ ผิดพลาดเกิดขึ้น โดยได้ใช้วิธีการชาวเสียดจากหัวหน้าพรรคการเมืองต่าง ๆ รอบหนึ่งก่อน แล้วชาว เสียดเข้าไปในสภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่ง แต่ถึงกระนั้นก็ยังมีความเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเกิดขึ้น จนได้ เป็นผลให้นายกรัฐมนตรีที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งช่วงแรก คือ หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช ไม่ได้ได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร⁶³

⁶⁰ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 18 (27 เมษายน – 3 พฤษภาคม 2522) : 479.

⁶¹ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 16, 16-22 เมษายน 2519, : 377.

⁶² กลุ่มนักเขียนและนักหนังสือพิมพ์, ต่วน บุญชูช่วย และ สัจด์ บรรจงศิลป์ (บรรณาธิการ), บันทึก เสด็จประวัติศาสตร์ 43 ปี เมื่อมวลชนเป็นใหญ่ในสยาม, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ประชาชน, 2518), หน้า 10.

⁶³ ชงทอง จันทรางศุ, “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ”, หน้า 119.

แต่ปัจจุบันการใช้วิธีชาวเสียงในสภามีความแน่นอนมากขึ้น เพราะการเลือกตั้งในปัจจุบันใช้ระบบปาร์ตี้ลิสต์ ที่สามารถทราบได้ทันทีว่าพรรคใดได้คะแนนมากที่สุด พรรคนั้นก็จะได้เป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล

ดังนั้น ธรรมเนียมปฏิบัติเดิมที่การเลือกนายกรัฐมนตรีจะใช้วิธีชาวเสียงในสภา หรือเป็นการใช้จดหมายซึ่งเป็นมติของพรรคการเมืองว่าจะเลือกผู้ใดเป็นนายกรัฐมนตรีนั้น ได้รับความสะดวกมากขึ้นเมื่อทบัญญัติรัฐธรรมนูญในปัจจุบันที่ให้การเลือกตั้งมีทั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งตามแบบที่เคยปฏิบัติมาแต่เดิม และการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อซึ่งเมื่อมีการเลือกตั้งแล้วพรรคใดได้รับเสียงข้างมากก็จะทำให้สามารถทราบได้ว่านายกรัฐมนตรีก็คือบุคคลในลำดับแรกของบัญชีรายชื่อของพรรคที่ได้รับคะแนนเสียงเลือกตั้งจากประชาชนมากที่สุด ซึ่งเป็นการสะท้อนถึงการมีส่วนร่วมในการเลือกนายกรัฐมนตรีของประชาชน ไม่ได้เป็นการจำกัดว่าเป็นอำนาจของรัฐสภาดังแต่ก่อน อันจะทำให้การเลือกนายกรัฐมนตรีนั้นเป็นไปตามความต้องการของประชาชนมากที่สุด

- การแต่งตั้งรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการพิจารณาว่าใครมีความเหมาะสมควรทำหน้าที่ในการบริหารประเทศร่วมกับนายกรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรีที่จะต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา ซึ่งเมื่อรัฐสภาได้มีการเลือกนายกรัฐมนตรีแล้ว ต่อมานายกรัฐมนตรีก็จะเลือกรัฐมนตรีเข้ามาบริหารประเทศร่วมกันเป็นคณะรัฐมนตรี และหากการปฏิบัติงานได้ผลไม่เป็นที่น่าพอใจ นายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจปรับปรุงคณะรัฐมนตรีและเปลี่ยนแปลงตัวรัฐมนตรีเพื่อให้การดำเนินงานมีความเหมาะสมก็ได้ โดยการปรับปรุงคณะรัฐมนตรีนี้จะเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีผู้เดียว และหลังจากนั้นจึงได้มีการแถลงนโยบายต่อสภา และหากรัฐมนตรีนั้นได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่ก็จะต้องแถลงนโยบายด้วย

ตัวอย่างเช่น 6 มกราคม 2519 คณะรัฐมนตรีได้ประชุมเป็นกรณีพิเศษเกี่ยวกับการปรับปรุงคณะรัฐมนตรีให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น โดยที่ประชุมมีมติมอบหน้าที่การเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลในคณะรัฐมนตรีให้ ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช นายกรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาแต่ผู้เดียว⁶⁴ ต่อมาในวันที่ 8 มกราคม ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ โดยมี ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการเมื่อวันที่ 8 มกราคม

หลังจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วประเทศเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2519 ประกาศออกมาอย่างเป็นทางการ พรรคประชาธิปัตย์ โดยมี ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ได้รับเลือกตั้งมีที่

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน ,หน้า 4.

นั่งในสภามากที่สุดถึง 114 ที่นั่งนั้น พรรคประชาธิปัตย์ได้เร่งดำเนินการเจรจากับพรรคการเมืองอื่น ๆ เพื่อรวมตัวกันตั้งรัฐบาลผสมบริหารประเทศสืบต่อไปทันที การเจรจาตั้งรัฐบาลผสมของพรรคประชาธิปัตย์ ตามลำดับมีพรรคธรรมสังคม พรรคสังคมชาตินิยม ได้ตกลงร่วมกันในหลักการที่จะร่วมกันเป็นรัฐบาลชุดแรก ต่อมาได้ติดต่อกับพรรคชาติไทย เพื่อนำเข้ามาร่วมจัดตั้งเป็นรัฐบาลผสม 4 พรรค อันจะได้เสียงข้างมากเด็ดขาด คือ พรรคประชาธิปัตย์ 114 เสียง ชาติไทย 56 เสียง ธรรมสังคม 28 เสียง สังคมชาตินิยม 8 เสียง รวมเป็นทั้งหมด 206 เสียงจากจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีอยู่ 279 คน ในการเจรจาติดต่อกับพรรคชาติไทยแสดงความจำนงขอควบคุมงานในกระทรวงที่สำคัญคือ มหาดไทย คมนาคม และการต่างประเทศ ข้อเสนอของพรรคชาติไทยได้รับการต่อรองจากพรรคประชาธิปัตย์หลายครั้ง และในระยะหลังได้ขอตำแหน่งรองประธานสภาผู้แทนราษฎรเพิ่มอีกหนึ่งตำแหน่งโดยอ้างว่า พรรคชาติไทยเป็นพรรคการเมืองที่ประชาชนเลือกตั้งมามากเป็นอันดับสองรองจากพรรคประชาธิปัตย์ แต่สำหรับกระทรวงกลาโหม พรรคชาติไทยยินดีเปิดทางให้พลเอกกฤษณ์ สีวะรา อดีตผู้บัญชาการกองทัพบกรับตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีว่าการแทนพลตรีประมาณ อธิเรกสาร⁶⁵

ในการเลือกรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีนั้น โดยปกติก็มักจะต้องคำนึงถึงกลุ่มพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลในพรรคร่วมรัฐบาลด้วย และมักปรากฏว่าพรรคการเมืองที่มีที่นั่งในสภาที่ร่วมรัฐบาล มักจะได้โควตากระทรวงสำคัญ เช่น กระทรวงกลาโหม กระทรวงมหาดไทย เป็นต้น และในการเลือกรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีก็ต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและความเชี่ยวชาญในสายงานนั้นด้วย จะเห็นได้จาก ปกติผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมจะเป็นสายทหาร หรือนายกรัฐมนตรีมักจะควบตำแหน่งนี้เสียเอง เช่น จอมพล ป.พิบูลสงคราม, จอมพลถนอม กิตติขจร, พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์, พล.อ.สุจินดา คราประยูร เป็นต้น

บางสมัยมีรัฐมนตรีช่วยว่าการด้วย ก็จะแต่งตั้งรัฐมนตรีมาจากสามเหล่าทัพ เช่น ในสมัยนายทวี บุญยเกตุ เป็นนายกรัฐมนตรี มีรัฐมนตรีว่าการและช่วยว่าการ ที่มาจากทั้งสายทหารบก (พลโท ชิต มั่นศิลป์ สีนาคโยธารักษ์) ทหารเรือ (พลเรือตรี สังวร สุวรรณชีพ) และทหารอากาศ (พลอากาศโท หลวงเทวฤทธิ์พันธุ์) แม้ว่าขณะนั้นนายทวี จะดำรงตำแหน่งเพียงชั่วคราวก็ตาม

⁶⁵ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 15 (9-15 เมษายน, 2519) : 349-350.

ในสมัยพลโท ถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี ตามพระบรมราชโองการเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2501 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เป็นทหารบก(พลโท ถนอม กิตติขจร) และมีรัฐมนตรีช่วยว่าการ มาจากทหารอากาศ (พลอากาศโท บุญชู จันทร์เบกษา) และ ทหารเรือ (พลเรือโท สมอง ธนศักดิ์)

นอกจากนี้ในสมัย นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เป็นทหารอากาศ (พลอากาศเอก ทวี จุลละทรัพย์) รัฐมนตรีช่วยว่าการ เป็นทหารเรือ (พลเรือเอก ถวิล ทยานานนท์) และ ทหารบก (พลเอก สุรกิจ มัยลาภ) เป็นต้น

จะเห็นว่า การเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี จะมีปัจจัยที่ใช้พิจารณาสำคัญคือ สัดส่วนของจำนวนที่นั่งในสภาของแต่ละพรรคการเมือง หากพรรคใดได้รับเสียงมากที่สุดเด็ดขาด การจัดตั้งรัฐบาลก็จะมีคามมั่นคง แต่หากพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาเสียงแตก ก็จำเป็นต้องจัดตั้งรัฐบาลผสมหลายพรรค การจัดสรรตำแหน่งรัฐมนตรีก็จะเป็นไปตามสัดส่วนของแต่ละพรรค พรรคใดได้คะแนนมากที่สุดก็จะได้เป็นนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีในกระทรวงสำคัญ เช่น กระทรวงมหาดไทย กระทรวงกลาโหม กระทรวงคมนาคม เป็นต้น และเท่าที่ผ่านมา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมมักจะเป็นผู้นำทางทหาร

ตัวอย่างเช่น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม พุทธศักราช 2475-2535

| ที่ | ยศ-ชื่อ | ระยะเวลาที่ดำรงตำแหน่ง |
|-----|--------------------------|--------------------------|
| 1 | พล.ต.พระยาประเสริฐสงคราม | 29 มิ.ย. 75 – 9 ธ.ค. 75 |
| 2 | พล.ร.ท.พระยาราชวังสัน | 10 ธ.ค. 75 – 1 เม.ย. 76 |
| 3 | พล.ร.ท.พระยาราชวังสัน | 1 เม.ย. 75 - 20 มิ.ย. 76 |
| 4 | พล.ต.พระยาประเสริฐสงคราม | 24 มิ.ย. 76 – 14 ธ.ค. 76 |
| 5 | พล.ต.พระยาประเสริฐสงคราม | 16 ธ.ค. 76 – 29 มี.ค. 77 |
| 6 | พ.อ.พระยาพลพลพยุหเสนา | 29 มี.ค. 77 – 21 ก.ย. 77 |
| 7 | พ.อ.หลวงพิบูลสงคราม | 22 ก.ย. 77 – 8 ส.ค. 80 |
| 8 | พ.อ.หลวงพิบูลสงคราม | 8 ส.ค. 80 – 20 ธ.ค. 80 |
| 9 | พ.อ.หลวงพิบูลสงคราม | 21 ธ.ค. 80 – 16 ธ.ค. 21 |
| 10 | พ.อ.หลวงพิบูลสงคราม | 16 ธ.ค. 81 – 19 ส.ค. 84 |
| 11 | พล.ท.หลวงพรหมโยธี | 19 ส.ค. 84 – 15 ธ.ค. 84 |
| 12 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 15 ธ.ค. 84 – 7 มี.ค. 85 |

| | | |
|----|-----------------------------------|---------------------------|
| 13 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 7 มี.ค. 85 – 24 ก.ค. 87 |
| 14 | พล.ร.ท.สินธุ์ กมลนาวิน | 1 ส.ค. 87 – 17 ส.ค. 88 |
| 15 | พล.ท.จิต มั่นศิลป์ สีนาคโยธารักษ์ | 31 ส.ค. 88 – 17 ก.ย. 88 |
| 16 | พล.ท.จิต มั่นศิลป์ สีนาคโยธารักษ์ | 17 ก.ย. 88 – 14 ต.ค. 88 |
| 17 | พล.ท.จิระ วิชิตสงคราม | 14 ต.ค. 88 – 31 ม.ค. 89 |
| 18 | พล.ท.จิต มั่นศิลป์ สีนาคโยธารักษ์ | 31 ม.ค. 89 – 18 มี.ค. 89 |
| 19 | พล.ท.จิระ วิชิตสงคราม | 24 มี.ค. 89 – 1 มิ.ย. 89 |
| 20 | พล.ท.จิระ วิชิตสงคราม | 11 มิ.ย. 89 – 21 ส.ค. 89 |
| 21 | พล.ท.จิระ วิชิตสงคราม | 23 ส.ค. 89 – 30 พ.ค. 90 |
| 22 | พล.ท.จิระ วิชิตสงคราม | 30 พ.ค. 90 – 8 พ.ย. 90 |
| 23 | พล.ท.หลวงชาตินักรบ | 10 พ.ย. 90 – 6 ก.พ. 91 |
| 24 | พล.ท.หลวงชาตินักรบ | 21 ก.พ. 91 – 8 เม.ย. 91 |
| 25 | พล.ท.หลวงชาตินักรบ | 8 เม.ย. 91 – 24 มิ.ย. 92 |
| 26 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 25 มิ.ย. 92 – 28 พ.ย. 94 |
| 27 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 29 พ.ย. 94 – 6 ธ.ค. 94 |
| 28 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 6 ธ.ค. 94 – 23 มี.ค. 95 |
| 29 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 24 มี.ค. 95 – 25 ก.พ. 00 |
| 30 | จอมพล ศฤษดิ์ ธนะรัชต์ | 21 มี.ค. 00 – 12 ก.ย. 00 |
| 31 | จอมพล ป.พิบูลสงคราม | 12 ก.ย. 00 – 16 ก.ย. 00 |
| 32 | พล.ท.ถนอม กิตติขจร | 21 ก.ย. 00 – 26 ธ.ค. 00 |
| 33 | พล.ท.ถนอม กิตติขจร | 1 ม.ค. 01 – 20 ต.ค. 01 |
| 34 | พล.อ.ถนอม กิตติขจร | 9 ก.พ. 02 – 8 ธ.ค. 06 |
| 35 | พล.อ.ถนอม กิตติขจร | 9 ธ.ค. 06 – 7 มี.ค. 12 |
| 36 | จอมพล ถนอม กิตติขจร | 7 มี.ค. 12 – 16 พ.ย. 14 |
| 37 | จอมพล ถนอม กิตติขจร | 19 ธ.ค. 15 – 14 ต.ค. 16 |
| 38 | พล.อ.อ.ทวี จุลละทรัพย์ | 14 ต.ค. 16 – 22 พ.ค. 17 |
| 39 | พล.อ.ครวญ สุทรานันท์ | 27 พ.ค. 17 – 14 ก.พ. 18 |
| 40 | พล.อ.ทวิช เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา | 15 ก.พ. 18 – 13 มี.ค. 18 |
| 41 | พล.ต.ประमाण อติเรกสาร | 14 มี.ค. 18 – 12 ม.ค. 19 |
| 42 | พล.อ.กฤษณ์ สีวะรา | 20 เม.ย. 19 – 28 เม.ย. 19 |
| 43 | พล.อ.ทวิช เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา | 28 เม.ย. 19 – 24 ส.ค. 19 |
| 44 | ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช | 24 ส.ค. 19 – 23 ก.ย. 19 |

| | | |
|----|----------------------------|--------------------------|
| 45 | พล.ร.อ.สังัด ชลออยู่ | 25 ก.ย. 19 – 6 ต.ค. 19 |
| 46 | พล.ร.อ.สังัด ชลออยู่ | 8 ต.ค. 19 – 19 ต.ค. 20 |
| 47 | พล.อ.เล็ก แนวมาลี | 11 พ.ย. 20 – 21 ธ.ค. 21 |
| 48 | พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ | 12 พ.ค. 22 – 3 มี.ค. 23 |
| 49 | พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ | 3 มี.ค. 23 – 19 มี.ค. 26 |
| 50 | พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ | 30 เม.ย. 26 – 5 ส.ค. 29 |
| 51 | พล.อ.อ.พะเนียง กานตรัตน์ | 5 ส.ค. 29 – 9 ส.ค. 31 |
| 52 | พล.ต.ชาติชาย ชุณหะวัณ | 9 ส.ค. 31 – 9 ธ.ค. 33 |
| 53 | พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ | 9 ธ.ค. 33 – 23 ก.พ. 34 |
| 54 | พล.ร.อ.ประพัฒน์ กฤษณจันทร์ | 24 ก.พ. 34 – 7 เม.ย. 35 |
| 55 | พล.อ.สุจินดา คราประยูร | 7 เม.ย. 35 – 10 มิ.ย. 35 |
| 56 | พล.อ.บรรจบ บุนนาค | 10 มิ.ย. 35 – 23 ก.ย. 35 |
| 57 | พล.อ.วิจิตร สุขมาก | 23 ก.ย. 35 - |

ที่มา : สุทธชัย ยิ้มประเสริฐ, “60 ปี ประชาธิปไตยไทย: ประวัติแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน” 60 ปี ประชาธิปไตยไทย, หน้า 79-81.

การแต่งตั้งรัฐมนตรีนอกจากจะต้องคำนึงถึงสัดส่วนของพรรคร่วมรัฐบาลแล้ว โดยเฉพาะรัฐมนตรีในกระทรวงที่สำคัญเช่น รัฐมนตรีกระทรวงกลาโหม นายกรัฐมนตรีที่เป็นนายทหารก็มักจะควบตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนี้ด้วย เช่น สมัยรัฐบาลของ จอมพล ป.พิบูลสงคราม, จอมพล ถนอม กิตติขจร, จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์, พล.ร.อ.สังัด ชลออยู่, พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์, พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ, พล.อ.สุจินดา คราประยูร เป็นต้น การคำนึงถึงสัดส่วนของพรรคการเมืองร่วมรัฐบาลตามคะแนนเสียงในสภานั้น เป็นธรรมเนียมปฏิบัติอย่างหนึ่งที่นายกรัฐมนตรีนำมาใช้ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้คณะรัฐบาลได้รับความไว้วางใจในสภา เพราะผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีก็มักจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในพรรคการเมืองที่สังกัด ที่มีที่นั่งในสภา การที่เสนอให้บุคคลผู้นั้นเป็นรัฐมนตรีก็จะเป็นหลักประกันว่ารัฐบาลจะยังได้รับเสียงข้างมากในสภาอยู่ และพรรคการเมืองนั้นก็จะไม่ถอนความเป็นพรรคร่วมรัฐบาลได้ง่าย สมาชิกพรรคการเมืองที่รัฐมนตรีสังกัดย่อมที่จะไม่ลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลที่มีสมาชิกพรรคของตนเป็นรัฐมนตรี ซึ่งจะเป็นผลดีที่ทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพมั่นคง แต่ในทางกลับกันการกำหนดสัดส่วนรัฐมนตรีให้แก่พรรคร่วมรัฐบาล ก็จะเป็นสิ่งที่ทำให้นายกรัฐมนตรีไม่ได้พิจารณาบุคคลที่มีความเหมาะสมต่อตำแหน่งรัฐมนตรีนั้นอย่างแท้จริง เพราะผู้ที่เสนอชื่อบุคคลเข้ารับตำแหน่งที่แท้จริงแล้วเป็นพรรคการเมืองร่วมรัฐบาลที่ได้โควตา

ซึ่งโดยปกติก็จะเลือกบุคคลในพรรค แล้วบุคคลนั้นก็อาจไม่มีความรู้เกี่ยวกับการบริหารราชการ กระทรวงนั้นอย่างเพียงพอ และในที่สุดก็จะเกิดความเสียหายต่อการบริหารราชการแผ่นดิน

ข) ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการพ้นจากตำแหน่งของรัฐมนตรี

- การลาออกของรัฐบาล

(1) กรณีที่รัฐบาลได้ลงนามในสัญญาหรือสนธิสัญญา แล้วรัฐสภาไม่อนุมัติหรือไม่เห็นชอบตามรัฐบาล

เช่น รัฐบาลได้ลงนามในสัญญาจำกัดชายไว้กับนานาประเทศ แต่เมื่อวันที่ 10 กันยายน 2477 สภากลางมติไม่เห็นชอบด้วยกับสนธิสัญญาที่รัฐบาลทำไป โดยไม่อนุมัติตามที่รัฐบาลขอสัตยาบันมา ด้วยคะแนน 73 ต่อ 25 รัฐบาลจึงได้แจ้งต่อที่ประชุมทันทีว่า เมื่อเป็นดังนี้ รัฐบาลจำเป็นต้องกราบถวายบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งตามวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญ

(2) กรณีที่รัฐสภาไม่เห็นชอบตามร่างกฎหมายที่รัฐบาลเสนอ

เช่น กรณีที่สภาไม่อนุมัติร่างพระราชกำหนดระเบียบบริหารนครบาลเพ็ชรบูรณ์ และร่างพระราชกำหนดจัดสร้างพุทธบรมมณฑล ซึ่งที่ประชุมสภาได้มีการพิจารณาและลงมติด้วยคะแนนลับ ไม่อนุมัติตามพระราชกำหนด เป็นเหตุให้จอมพล ป.พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีสมัยนั้นต้องลงออกจากตำแหน่ง

(3) กรณีที่รัฐบาลไม่อาจปฏิบัติตามความต้องการของสภาได้

เช่น กรณีที่สมาชิกสภาได้เสนอญัตติขอแก้ไขข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎร เกี่ยวกับวิธีการเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ ว่าการที่รัฐบาลจะเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีต่อสภานั้น ให้รัฐบาลเสนอรายละเอียดทั้งรายรับรายจ่ายตามงบประมาณนั้น โดยชัดเจน เพื่อให้สมาชิกสภาซึ่งเป็นผู้พิจารณาอนุมัติงบประมาณได้ทราบก่อนที่จะพิจารณาอนุมัติไปตามยอดงบประมาณที่รัฐบาลเสนอมา ซึ่งข้อเรียกร้องนี้ นายกรัฐมนตรี (พระยาพหลพลพยุหเสนา) ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า รัฐบาลไม่สามารถจะรับปฏิบัติตามญัตติที่สมาชิกเสนอได้ เพราะเป็นการผูกมัดรัฐบาลมากเกินไป หากสภาลงมติให้รับญัตตินี้ไว้พิจารณา รัฐบาลก็ต้องลาออก เพราะปฏิบัติตามความต้องการของสภาไม่ได้ เมื่อมีการลงมติด้วยวิธีลงคะแนนลับแล้ว ปรากฏว่าที่ประชุมเห็นชอบด้วยคะแนน 45 ต่อ 31 เมื่อเลิกประชุม นายกรัฐมนตรี ได้กราบถวายบังคมลาออกจากตำแหน่งนายก

รัฐมนตรี⁶⁶ ด้วยไม่สามารถจะบริหารราชการของประเทศในความไว้วางใจของสภาได้ จึงขอลาออกต่อผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ แต่เมื่อรัฐบาลในสมัยนั้นจะต้องเตรียมรับเสด็จพระเจ้าอยู่หัวเสด็จสู่พระนคร รัฐบาลควรที่จะบริหารราชการต่อไป จึงต้องใช้วิธียุบสภาผู้แทนราษฎรแทน

ในเวลาต่อมา รัฐบาลของนายควง อภัยวงศ์ ก็ได้เพิ่มมติสภาเรื่องร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองค่าใช้จ่ายของประชาชน ซึ่งมีสาระสำคัญคล้ายกับการเสนอการแก้ไขร่างพระราชบัญญัติงบประมาณสมัยนายกพระยาพหลพลพยุหเสนา ซึ่งในรัฐบาลนี้สภาลงมติรับหลักการด้วยคะแนน 65 ต่อ 63 โดยนายควง ได้ชี้แจงต่อที่ประชุมว่า คณะรัฐมนตรีชุดนี้ไม่สามารถบริหารราชการต่อไป จึงขอลาออกจากตำแหน่ง และได้นำความกราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่ 18 มีนาคม 2489

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงสละราชสมบัติ-สวรรคต เนื่องจากภายหลังที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงสละราชสมบัติแล้ว รัฐบาลโดยพระยาพหลพลพยุหเสนา เห็นว่าในฐานะที่เป็นรัฐบาลมีความรับผิดชอบในเรื่องนี้ด้วย จึงได้เสนอขอให้สภาพิจารณาให้ความไว้วางใจในการที่จะบริหารราชการแผ่นดินต่อไป และที่ประชุมสภาได้ลงมติให้ความไว้วางใจให้รัฐบาลบริหารราชการต่อไปได้เป็นเอกฉันท์⁶⁷

โดยที่สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล ได้เสด็จสวรรคตเมื่อ วันที่ 9 มิถุนายน 2489 รัฐสภาได้ลงมติแสดงความเห็นชอบเป็นเอกฉันท์ ในการที่จะอัญเชิญ สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าภูมิพลอดุลยเดช ขึ้นทรงราชย์ สืบราชสันตติวงศ์ต่อไป ภายหลังจากเลิกประชุมรัฐสภาแล้ว นายกรัฐมนตรีได้กราบถวายบังคมลาออกจากตำแหน่ง โดยเหตุผลว่าสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวที่ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีได้เสด็จสวรรคต จึงกราบถวายบังคมทูลลาออกจากตำแหน่ง ในวันต่อมา ประธานพฤฒสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร ได้เชิญสมาชิกทั้งสองสภามาประชุมร่วมกัน เพื่อหารือถึงผู้ที่สมควรจะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต่อไป สมาชิกส่วนมากให้ความเห็นว่าในยามที่ประเทศชาติคับขันเช่นนี้ สมควรจะขอให้ นายปรีดี พนมยงค์ เป็นนายกรัฐมนตรีต่อไป⁶⁸

ซึ่งในกรณีที่ทำให้รัฐบาลลาออกนั้นนอกเหนือจากการลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลของรัฐสภาแล้ว ในบางกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดว่ารัฐบาลจะต้องลาออกหรือไม่ แต่เมื่อมีสถานการณ์ที่ถือเสมือนว่ารัฐสภาไม่ไว้วางใจต่อรัฐบาล หรือผู้แต่งตั้งรัฐบาลไม่ดำรงอยู่ในตำแหน่งแล้ว รัฐบาลก็ต้องลาออกจากตำแหน่ง ซึ่งในกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นมารยาททางการเมืองอย่างหนึ่ง เนื่องจากเมื่อ

⁶⁶ ประเสริฐ ปัทมสุคนธ์ , รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517 , หน้า 271.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน , หน้า 189.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน , หน้า 535.

รัฐบาลได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแล้ว รัฐสภาไม่เห็นชอบด้วย และหากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญต่อประเทศ ก็ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลนั้นไม่มีประสิทธิภาพในการบริหารประเทศ และรัฐบาลก็ไม่ควรถือตำแหน่งนั้นต่อไป เพราะหากรัฐบาลยังคงอยู่ในตำแหน่งแล้ว ก็เป็นการยากที่จะได้รับความร่วมมือจากรัฐสภา เมื่อรัฐบาลเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา รัฐสภาก็อาจไม่ผ่านร่างกฎหมาย และเป็นเหตุที่อาจทำให้รัฐสภาถือเป็นข้ออ้างในการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลอันเป็นอุปสรรคในการบริหารประเทศได้เช่นกัน

- การลาออกของรัฐมนตรี

(1) กรณีการปรับคณะรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี

โดยปกติเมื่อนายกรัฐมนตรีต้องการปรับคณะรัฐมนตรีเสียใหม่ รัฐมนตรีร่วมรัฐบาลก็มักที่จะลาออกจากตำแหน่งรัฐมนตรี เพื่อให้นายกรัฐมนตรีสามารถตัดสินใจได้สะดวก ไม่ต้องเกรงอิทธิพลหรือเกรงใจระหว่างกัน และถือว่าการที่รัฐมนตรีลาออกนั้นเป็นการให้เกียรติแก่นายกรัฐมนตรี และในทำนองเดียวกัน นายกรัฐมนตรีก็ไม่ควรปลดรัฐมนตรีที่ต้องการให้มีการปรับอย่างเป็นทางการด้วยเช่นกัน ควรจะมีการบอกกล่าวกันเป็นการภายใน เพื่อให้รัฐมนตรีผู้นั้นลาออกเสียเอง

ดังเช่น เมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน 2491 ได้มีพระราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง เมื่อประธานสภาได้แจ้งต่อที่ประชุมสภา เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ได้มีสมาชิกสภาหลายคนได้อภิปรายเป็นทำนองว่า การให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามที่โปรดเกล้าฯ นั้น เป็นวิธีการที่ผิดไปจากที่ได้ปฏิบัติมาแต่เดิม เพราะการกระทำครั้งนี้ นายกรัฐมนตรีได้เป็นผู้เสนอให้รัฐมนตรีเหล่านั้นพ้นจากตำแหน่ง ไม่ใช่เป็นการลาออกอย่างที่เคยปฏิบัติมา โดยรัฐธรรมนูญในขณะนั้นไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีที่จะให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งได้ ซึ่งนายกรัฐมนตรีรับว่าได้กระทำเช่นนั้นเพื่อความเหมาะสม⁶⁹ ดังนั้น แม้ว่าโดยหลักการแล้วนายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจในการปลดรัฐมนตรีในฐานะที่นายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาลและเป็นผู้เสนอชื่อแต่งตั้งรัฐมนตรีก็ตาม แต่การกระทำเช่นนั้นอาจเป็นเหตุที่ถือว่าไม่ให้เกียรติแก่ผู้ร่วมงาน และแสดงให้เห็นถึงความไม่มีศักยภาพในการประสานนโยบายเป็นการภายในของนายกรัฐมนตรี ที่อาจทำให้นายกรัฐมนตรีผู้นั้นไม่ได้รับความเชื่อถือจากผู้ร่วมรัฐบาล

⁶⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์ , รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517 , หน้า 631-632.

(2) กรณีเกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐมนตรีในคณะรัฐบาล

กรณีที่มีความขัดแย้งขึ้นระหว่างผู้ร่วมคณะรัฐบาล เพื่อความเป็นเอกภาพในด้านนโยบาย และความเห็นของคณะรัฐมนตรีที่จะต้องร่วมรับผิดชอบต่อรัฐสภา รัฐมนตรีที่ไม่เห็นชอบด้วยต่อ นโยบายของรัฐบาลก็จะลาออกจากตำแหน่ง

เช่น เมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2519 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช นายกรัฐมนตรีลงนามเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการปลด นายทวิช กลิ่นปฐม รองนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ นายอนันต์ ฉายแสง รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงสาธารณสุข⁷⁰ ซึ่งในเวลาต่อมา นายทวิช แถลงว่าการปลดนั้นเป็นเพราะนายทวิชตั้งตุงการเพิ่มงบประมาณการลับของ กระทรวงมหาดไทย และการขอให้รัฐบาลเปิดเผยตัวเลขรายรับรายจ่ายงบประมาณ และยังมีความเห็นไม่ตรงกับคนในคณะรัฐบาล ตลอดจนรัฐมนตรีอื่น ๆ ซึ่งในเรื่องนี้ ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ กล่าวว่า นายทวิชขัดขวางนโยบายประกันราคาข้าวเปลือกของรัฐบาล เป็นต้น

(3) กรณีที่นายกรัฐมนตรีขอให้ออก

นายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นหัวหน้ารัฐบาล ที่บริหารประเทศ เมื่อนายกรัฐมนตรีได้รับการแต่งตั้งก็ได้เป็นผู้เสนอตั้งคณะรัฐบาลขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในกระทรวงต่าง ๆ ที่รับผิดชอบ ดังนั้นเมื่อปรากฏว่าในสถานการณ์นั้นเกิดความไม่เหมาะสมในการปฏิบัติงานหรือเกิดความผิดพลาดในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีคนใด นายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจปลดรัฐมนตรีซึ่งอยู่ภายใต้การแต่งตั้งของนายกรัฐมนตรีได้เช่นกัน

ดังเช่น นายสุรเกียรติ์ เสถียรไทย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้ยื่นหนังสือลาออกจากตำแหน่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้ว โดยให้เหตุผลว่าได้รับบัญชาจากนายกรัฐมนตรี และได้รับแรงกดดันจากพรรคร่วมรัฐบาลบางพรรค โดยจะมีผลตั้งแต่วันที่ 28 พฤษภาคม 2539 เป็นต้นไป⁷¹ ทั้งนี้ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำรัฐบาลที่มีอำนาจในการพิจารณาดำเนินการแก้ไขปัญหาภายในรัฐบาล เพื่อให้รัฐบาลสามารถบริหารประเทศไปได้ด้วยความเรียบร้อย การใช้อำนาจในทำนองนี้ของนายกรัฐมนตรีจึงเป็นเรื่องปกติที่ประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ระบบรัฐสภาโดยนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารก็ใช้อำนาจนี้เช่นกัน

⁷⁰ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 7 (13-19 กุมภาพันธ์, 2519) : 145.

⁷¹ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 23 ฉบับที่ 3 (15-21 มกราคม, 2541) : 59.

2) ธรรมเนียมปฏิบัติในการยุบสภา

การยุบสภานั้นเป็นการยุบเพื่อเลือกตั้งใหม่ เพื่อให้ประชาชนตัดสินใจว่าใครถูกใครผิดระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การยุบสภากับการเลือกตั้งทั่วไปเป็นสิ่งคู่กัน ไม่เคยมีประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่า ฝ่ายบริหารจะยุบสภาแล้วไม่จัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปได้ และไม่เคยมีประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่า ฝ่ายบริหารจะยุบวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้งได้ เมื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด การยุบสภาก็ไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด เพราะในที่สุดฝ่ายบริหารก็แต่งตั้งฝ่ายนิติบัญญัติใหม่นั้นเอง โดยไม่มีการเลือกตั้งทั่วไป และไม่มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนตัดสินใจว่าใครถูกใครผิด การยุบสภาในกรณีสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงขัดต่อปรัชญาและหลักเกณฑ์ของการยุบสภาโดยสิ้นเชิง จึงเห็นว่าไม่มีทางที่ฝ่ายบริหารจะยุบสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้เลยโดยอาศัยหลักที่ว่า การยุบสภาที่สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง เช่น วุฒิสภา หรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ไม่ใช่ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย⁷²

ตัวอย่างในการยุบสภาเช่น ภายหลังจากสภาผู้แทนราษฎร ได้รับหลักการแห่งร่างข้อบังคับการประชุมสภาแล้ว พระยาพหลฯ นายกรัฐมนตรี จึงได้เรียกประชุมคณะรัฐมนตรีโดยด่วน เพื่อเปิดการปรึกษาหารือเกี่ยวกับเรื่องนี้ทันที เพราะแม้ว่าสภาฯ จะรับหลักการแห่งร่างข้อบังคับแล้วก็ตาม แต่รัฐบาลก็ไม่สามารถจะปฏิบัติกรให้เป็นไปตามความต้องการของสภาได้ ทั้งนี้เพราะสภาฯ ไม่มีความไว้วางใจในการบริหารประเทศตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ โดยที่จะให้รัฐบาลเปิดเผยตัวเลขรายละเอียดต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นไปในการคลัง การทหาร การภาษีอากร... ซึ่งไม่มีรัฐบาลใดจะปฏิบัติเช่นนั้น รัฐบาลย่อมต้องมีกลยุทธ์ กลวิธี กุศโลบาย เทคนิค ในการบริหารประเทศ บางครั้งเป็นนโยบายลับ ซึ่งรัฐไม่สามารถจะเปิดเผยตัวเลขได้ แต่เมื่อรัฐสภาได้รับหลักการไว้แล้ว เมื่อรัฐบาลทำไม่ได้ ก็มีทางเลือก 2 ประการ คือ ยุบสภา หรือลาออก ซึ่งในการณ์นี้ นายกรัฐมนตรีเห็นว่าควรลาออก ทั้ง ๆ ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีนั้น ก็มีความเห็นเป็นเอกฉันท์อยู่ว่าควรยุบสภา ไม่ควรลาออก เพราะถ้าหากว่าลาออกก็คงไม่มีรัฐบาลไหนหรือรัฐบาลใดจะปฏิบัติตามความประสงค์ของรัฐสภาได้⁷³ ปรากฏตามคำแถลงการณ์ของนายกรัฐมนตรี (พระยาพหลฯ) เนื่องจากการยุบสภาบางส่วน การประชุมวันที่ 10 กันยายน 2481 สภาผู้แทนราษฎร ได้พิจารณาญัตติของสมาชิก ขอแก้ไขข้อบังคับการประชุมของสภาผู้แทนราษฎร ข้อ 68 เกี่ยวแก่การเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณ โดยต้องการให้เสนอบัญชีรายละเอียด แสดงหลักเกณฑ์การคำนวณภาษีอากร สถิติต่าง ๆ จำนวนคน และรายการละเอียดอื่น ๆ อีกเป็นอันมาก ... ซึ่งระเบียบนี้ใช้ได้ด้วยดีตลอดมา ข้อบังคับนี้ก็จะระบุ

⁷² วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ธรรมเนียมการปกครองราชอาณาจักร, หน้า 171.

⁷³ วิเทศกรณีย์, ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย, หน้า 619-20, 622.

ให้มีรายละเอียดแต่พอควร ส่วนรายละเอียดคนจากนั้น ก็แสดงในชั้นกรรมาธิการ...แต่การพิจารณาข้อบังคับให้ตายตัวนี้ รัฐบาลมีความเห็นว่าเป็นการขอรายละเอียดจนเกินความจำเป็นในชั้นพิจารณารับหลักการ...รัฐบาลจึงรู้สึกว่าจะไม่สามารถจะบริหารราชการของประเทศในความไว้วางใจของสภาฯนี้ได้ นายกรัฐมนตรีได้เสนอเรื่องนี้แก่ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ให้ทราบความประสงค์ของคณะรัฐมนตรีที่ขอลาออกจากหน้าที่...และยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้เป็นไปตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ..⁷⁴

ดังนั้น การยุบสภาจึงเป็นประเพณีการปกครองที่รัฐบาลมีอำนาจยุบสภาได้ตามระบอบประชาธิปไตย อำนาจการยุบสภาเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีไว้เพื่อดูแลและกำกับอำนาจนิติบัญญัติซึ่งหากฝ่ายบริหารนำมาใช้ไม่เหมาะสมแล้วก็อาจทำให้ความสมดุลในการปกครองเสียไป เช่นกรณี que เมื่อฝ่ายรัฐสภาต้องการเปิดอภิปรายรัฐบาล รัฐบาลก็ใช้อำนาจยุบสภาเป็นเครื่องมือหลีกเลี่ยงการเปิดอภิปรายจนทำให้ฝ่ายรัฐสภาไม่กล้าที่จะเปิดอภิปรายรัฐบาลอีก เช่น ในปี 2531 มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรทั้ง ๆ ที่ยุติอภิปรายไม่ไว้วางใจอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร แต่การยุบสภาที่เกิดจากการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลนั้นในเวลาปัจจุบันไม่อนุญาตให้รัฐบาลใช้อำนาจนี้

3) ธรรมเนียมปฏิบัติในการดำเนินงานของรัฐบาลรักษาการ

เมื่อรัฐบาลยุบสภาหรือลาออก เนื่องจากถูกลงมติไม่ไว้วางใจ มีผลทำให้ต้องจัดการเลือกตั้งทั่วไป เนื่องจากรัฐบาลเป็นสถาบันการปกครองที่เป็นสถาบันหลักของประเทศและเพื่อให้การเมืองการปกครองเป็นไปโดยปกติ ในระหว่างก่อนที่จะมีการเลือกตั้งทั่วไปซึ่งยังไม่ทราบว่ากลุ่มพรรคการเมืองจะได้เข้ามาเป็นรัฐบาลนั้น รัฐบาลชุดเดิมจะต้องปฏิบัติหน้าที่เป็นรัฐบาลรักษาการโดยธรรมเนียมปฏิบัติหรือมารยาททางการเมืองแล้ว รัฐบาลรักษาการไม่ควรดำเนินการในทางนโยบาย จะปฏิบัติหน้าที่ตามปกติเท่านั้น เพราะหากมีการดำเนินการใด ๆ ทางนโยบายแล้ว หากเกิดผลเสียหรือเกิดผลต่อเนื่องจากนโยบาย ก็จะเป็นภาระแก่รัฐบาลชุดใหม่ที่จะเข้ามาปฏิบัติหน้าที่

ในสมัยรัฐบาลอานันท์ ปันยารชุน ได้ใช้อำนาจรบบังคับมทูลเสนอให้ทรงตราพระราชกำหนด แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2521 ก่อนที่จะมีการเลือกตั้งทั่วไปสองวัน โดยให้มีผลทันทีตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา (11 กันยายน 2535) ให้ยุบ ก.ต. เดิม อ้างว่าแก้ไขข้อขัดแย้งในหมู่ผู้พิพากษาให้หมดไป ซึ่งการออกพระราชกำหนดดังกล่าวจะเป็นการทำลายหลักนิติธรรม (rule of law) ว่าด้วยการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตย ที่ฝ่ายบริหารไม่ควรใช้อำนาจครอบงำฝ่ายตุลาการ ซึ่งระบบของไทยใช้ ก.ต. ในการพิจารณาให้คุณให้

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 624,625,627.

โทษต่อผู้พิพากษาโดยมีรัฐมนตรีเป็นผู้ตรวจสอบ ก.ต. ได้ 2 ทาง คือ ให้รัฐมนตรีเสนอแต่งตั้งโยกย้าย และให้รัฐมนตรีวิโต้ (veto) มติ ก.ต. ที่ตนไม่เห็นด้วย แต่ถ้า ก.ต. ยืนยันด้วยมติข้างมากธรรมดา รัฐมนตรีก็ต้องยอมปฏิบัติตามนั้น แต่ตามพระราชกำหนดนี้ เมื่อรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมมีความเห็นแตกต่างจากฝ่ายข้างมากใน ก.ต. กลับใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลแก้กฎหมายเสียใหม่โดยไม่ผ่านสภา ให้การยืนยันมติของ ก.ต. ต้องมีคะแนนเสียงสองในสาม อันเป็นการลดอำนาจของ ก.ต. ลง และเพิ่มอำนาจของตนเองขึ้น จึงเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป และมารยาททางการเมืองโดยรวบรัดกระทำการทางนโยบายสำคัญที่จะมีผลผูกพันรัฐบาลใหม่ โดยตนเองไม่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งในอารยประเทศและในประเทศไทยที่ผ่านมาถือเป็นหลักกว่า รัฐบาลรักษาการจะไม่ทำเรื่องทางนโยบายโดยเฉพาะสองวันก่อนการเลือกตั้งทั่วไปให้ผู้พันรัฐบาลใหม่ รัฐบาลรักษาการมีอำนาจเพียงทำเรื่องงานประจำ การที่รัฐบาลไม่กระทำตามอาจเป็นแนวทางที่ทำให้รัฐบาลในอนาคตอ้างเป็นตัวอย่างได้⁷⁵

1.3. ความไม่ต่อเนื่องในการปฏิบัติจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย

1.3.1. สาเหตุที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ต่อเนื่อง

1.3.1.1. การเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับ

ธรรมเนียมปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติมาอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปได้ เช่น ในเรื่องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมนั้นตามทางปฏิบัตินั้นมักจะให้นายทหารเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนี้ แต่ในสมัย ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี ขณะนั้นมีเหตุการณ์ที่จอมพลประภาส จารุเสถียร ได้ลักลอบเข้าประเทศ คณะรัฐมนตรีได้เรียกประชุมด่วน และมอบหมายให้พลเอกทวิช เสนีวงศ์ ณ อยุธยา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เป็นผู้เจรจาขอให้จอมพลประภาสออกจากประเทศไทย แต่พลเอกทวิช เสร็จไม่สำเร็จ ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งไม่พอใจ จึงได้โจมตีพลเอกทวิชว่าเป็นรัฐมนตรีกลาโหมแต่ไม่สามารถคุมทหารได้ สมควรที่จะลาออกไปเสีย ต่อมาหลังจากจอมพลประภาส ได้ยินยอมออกไปจากประเทศไทยแล้ว พลเอกทวิชจึงได้ยื่นใบลาออกจากตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เมื่อพลเอกทวิชได้ลาออกจากตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมแล้ว ทางพรรคประชาธิปัตย์ได้มีการประชุมเป็นการด่วน ในที่สุดคณะกรรมการกลางของพรรคจึงได้มีมติให้ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช นายกรัฐมนตรี ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมอีกตำแหน่งหนึ่ง และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ ได้มีพระบรมราชโองการ

⁷⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, หน้า 329.

โปรดเกล้าฯแต่งตั้ง พลเอกบุญชัย บำรุงพงศ์ ผู้บัญชาการทหารบก แดลงว่า “รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ควรมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีความเข้าใจทหารและแจกงานให้สามเหล่าทัพได้ ถ้าหากบุคคลที่มีคุณสมบัติตามนี้ได้ก็ไม่จำเป็นต้องเจาะจงว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมควรเป็นทหารหรือพลเรือน”⁷⁶

ปกติการเลือกรัฐมนตรีเพื่อทำหน้าที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม โดยธรรมเนียมปฏิบัติมักจะเป็นผู้ที่เคยเป็นนายทหารมาก่อน และปัจจุบัน แต่เมื่อมีการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติ และได้เกิดเป็นแนวทางปฏิบัติใหม่แล้ว ในสมัยต่อมา ก็ได้มีการแต่งตั้งพลเรือนเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเช่นกัน ในสมัยนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี ก็ได้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2540 ซึ่งในช่วงแรกได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ในทางการเมือง แต่ก็เป็นที่ยอมรับในภายหลัง

ธรรมเนียมปฏิบัติที่เคยมีการปฏิบัติ แต่หากกาลเวลาเปลี่ยนแปลงไป และสถานการณ์บางอย่างเป็นเหตุผลที่ทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติเดิมเปลี่ยนแปลง นอกจากนั้นสิ่งที่ทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติไม่ต่อเนื่องอาจอยู่ที่คุณค่าของธรรมเนียมปฏิบัตินั้นเองที่ไม่มีความสำคัญเพียงพอ เมื่อต่อมาก็มีการละเลย และหลงลืมไปในที่สุด

1.3.1.2. การปฏิวัติรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญ

การเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งเป็นระยะ ๆ นั้นมีผลสำคัญต่อระบบการเมือง ทำให้ระบอบการเมืองแต่ละประเภทต้องประสบกับความชะงักงันไม่ต่อเนื่อง ดังนั้นสถาบันการเมืองที่ดี อุดมการณ์ ความเชื่อ ทศนคติ และพฤติกรรมทางการเมืองที่เป็นอุปสรรคของระบอบแต่ละระบอบ จึงไม่อาจหยั่งรากลึกลงในสังคมไทยได้ จนกล่าวได้ว่าไม่มีระบอบใดที่บรรลุถึงความมั่นคงสถาบัน (institutionalized) ได้ ดังนั้นระบอบการเมืองแต่ละระบอบของไทยในอดีตจนถึงปัจจุบัน จึงก่อให้เกิดปัญหาของการไร้เสถียรภาพไม่มากนักน้อย การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญด้วยการยกเลิกล้มล้างรัฐธรรมนูญนั้นต่างกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องประสพการณ์ทางการเมืองไทย ซึ่งให้เห็นอย่างชัดเจนว่าการยกเลิกล้มล้างรัฐธรรมนูญไทย ส่วนใหญ่

⁷⁶ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 1 ฉบับที่ 35 (26 สิงหาคม – 1 กันยายน 2519) : 833-834.

มีผลให้เกิดการชะงักงันในการพัฒนาระบบประชาธิปไตย และเป็นการนำเอารัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติที่ขัดแย้งกับหลักการสำคัญของลัทธิรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยมาใช้⁷⁷

สถิติการใช้กำลังทหารเพื่อการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในประเทศไทย ตั้งแต่ พุทธศักราช 2475-2541

| ปฏิวัติ | รัฐประหาร | ปฏิรูป | กบฏ |
|--|--|--|---|
| 1. คณะราษฎร ปฏิวัติ เมื่อ 24 มิ.ย. 2475 | 1. พ.อ.พระยาพหลฯ ทำการรัฐประหารเมื่อ 20 มิ.ย. 2476 | 1. พล.ร.อ.สงัด ชลออยู่ ปฏิรูป เมื่อ 6 ต.ค. 2519 | 1. “กบฏบวรเดช” เมื่อ 11 ต.ค. 2476 โดย พระองค์เจ้าบวรเดชฯ |
| 2. จอมพลสฤษดิ์ ปฏิวัติ เมื่อ 20 ต.ค. 2501 | 2. พล.ท.ผิน ชุณหะวัณ ทำการรัฐประหารเมื่อ 8 พ.ย. 2490 | | 2. “กบฏนายทหารนาย สิบ” เมื่อ 3-4 ต.ค. 2478 |
| 3. จอมพลถนอม ปฏิวัติ เมื่อ 17 พ.ย. 2514 | 3. จอมพล ป.พิบูลสงคราม ทำการรัฐประหารเมื่อ 29 พ.ย. 2494 | | 3. “กบฏเสนานิการ” เมื่อ 1 ต.ค. 2491 โดย พล.ต.สมบูรณ์ ศรีนา นุชิต |
| 4. พล.ร.อ.สงัด ชลออยู่ ปฏิวัติ เมื่อ 20 ต.ค. 2520 | 4. จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการรัฐประหารเมื่อ 16 ก.ย. 2500 | | 4. “กบฏวังหลวง” เมื่อ 26 ก.พ. 2492 โดย นายปรีดี พนมยงค์ |
| | 5. พล.อ.สุนทร คงสมพงษ์ ทำการรัฐประหารเมื่อ 23 ก.พ. 2534 | | 5. “กบฏแมนฮัตตัน” เมื่อ 24 มิ.ย. 2494 โดย น.อ. อานนท์ ปุณฺทริกาภา |
| | | | 6. “กบฏ 26 มิ.ค.” เมื่อ 26 มี.ค. 2520 โดย พล.อ.ฉลาด หิรัญศิริ |

⁷⁷ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ปัญหาการพัฒนาทางการเมืองไทย, (กทม. : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 2, 67.

| | | | |
|--|--|--|---|
| | | | 7. “กบฏ 1 เมษายน” (1 เม.ย. 2524) โดย พล.อ.สัณห์ จิตรปฏิมา |
| | | | 8. “กบฏ 9 กันยายน” (9 ก.ย. 2528) โดย พล.อ.เสริม ฅ นคร |

ที่มา : เชาวนะ ไตรมาส, ข้อมูลพื้นฐาน 66 ปี ประชาธิปไตยไทย, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ : บริษัท สุขุมและบุตร จำกัด , 2541, หน้า 123.

จะเห็นได้ว่าเมื่อประเทศมีการปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง ก็กลายเป็นธรรมเนียมว่าการตั้งรัฐบาลนั้นจะต้องอาศัยอำนาจทหารสนับสนุนมิฉะนั้นรัฐบาลจะไร้เสถียรภาพ และถูกล้มหรือถูกยึดอำนาจได้ง่าย เพราะสถาบันทหารเข้ามามีอิทธิพลในทางการเมืองการปกครอง ซึ่งธรรมเนียมนี้ไม่เพียงแต่ประเทศไทยเท่านั้น ในประเทศฟิลิปปินส์ ก็มีธรรมเนียมปฏิบัติเช่นเดียวกันนี้เกิดขึ้น ดังเช่นการขับนายโจเซฟ เอสตราดา ออกจากตำแหน่งประธานาธิบดีฟิลิปปินส์ ด้วยวิธีการที่นอกเหนือรัฐธรรมนูญ เพราะในแง่ของการปฏิบัติจารีตประเพณีเช่นนี้เคยเกิดขึ้นมาแล้วในฟิลิปปินส์ในปี พุทธศักราช 2529 เมื่อกองทัพถอนการให้ความสนับสนุนแก่นายเฟอร์ดินานด์ มาร์คอส ที่เป็นประธานาธิบดีในเวลานั้นมาให้การสนับสนุนแก่ประชาชนและนางคอรารอน อะคีโน ผลก็คือ นายมาร์คอสจำต้องพ้นจากตำแหน่งไป ดังนั้นการที่เหล่าทัพและตำรวจถอนการสนับสนุนประธานาธิบดีที่ประชาชนตัดสินว่าน่าจะถึงเหมือนกับเป็นรัฐธรรมนูญโดยจารีตประเพณีของฟิลิปปินส์⁷⁸

การที่คณะทหารยึดอำนาจนั้น เนื่องมาจากเกิดวิกฤตการณ์ที่รัฐบาลไม่สามารถบริหารประเทศได้ หรือการบริหารประเทศนั้นมีความบกพร่อง ทำให้สถาบันทหารซึ่งเป็นองค์กรที่มีการจัดระเบียบที่มีประสิทธิภาพ มีกำลังอาวุธอยู่ในมือสามารถยึดอำนาจหรือใช้อิทธิพลทางทหารเข้าแทรกแซงทางการเมืองได้ และเป็นผลทำให้กลไกทางการเมืองที่กำลังพัฒนาและกำลังผันผวนไม่ต่อเนื่องขณะนั้น กลายมาเป็นกลไกที่ต้องมีทหารและการยึดอำนาจเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำให้การพัฒนาการของประชาธิปไตยในประเทศไทยไม่ยึดถือกติกาตามระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง แต่ไปยึดถือการใช้อำนาจรัฐประหารในการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้บริหารประเทศ มีการแข่งขันเล่นพรรคเล่นพวก เพื่อสานประโยชน์ของกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองกลุ่มเดียว คือ กลุ่มผู้นำคณะ

⁷⁸ มติชนรายวัน, หนังสือพิมพ์, ฉบับวันที่ 22 มกราคม 2544 , หน้า 2.

ทหารนั่นเอง ในประวัติศาสตร์ของระบอบประชาธิปไตยไทยจึงปรากฏว่ามีการเปลี่ยนแปลงอำนาจ เปลี่ยนแปลงรัฐบาลบ่อยครั้ง หรือในบางครั้งทหารก็ไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจทำรัฐประหารก็ได้ แต่อาจใช้อิทธิพลในฐานะที่ตนมีอำนาจสั่งการให้นายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่งได้ เช่น ในสมัยที่พระยาพหลพลพยุหเสนาขอให้พระยามโนปกรณนิติธาดาลาออกจากตำแหน่งก็ได้

นอกจากนี้การรัฐประหารก็มักจะอ้างถึงความไม่ชอบธรรม ความบกพร่องของรัฐบาลหรือรัฐสภาซึ่งเป็นกลไกทางการเมืองในขณะนั้น และอ้างถึงความจำเป็นที่ต้องทำการยึดอำนาจเพื่อแก้ไขวิกฤตการณ์ของประเทศ และเมื่อทหารยึดอำนาจแล้ว ผู้นำคณะรัฐประหารก็จะตั้งรัฐบาลที่หัวหน้ารัฐประหารไม่ได้เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อบริหารประเทศ ต่อมาไม่นานก็จะอ้างเหตุบกพร่องและยึดอำนาจอีกครั้งและแต่งตั้งตนเองเป็นนายกรัฐมนตรีในที่สุด

ตัวอย่างเช่น คณะรัฐประหารเมื่อ วันที่ 8 พฤศจิกายน 2490 ภายใต้การนำของจอมพลผิน ชุณหะวัณ ได้ประกาศว่า

“บัดนี้ประเทศชาติตกอยู่ในภาวะวิกฤตการณ์.....บรรดาผู้บริหารราชการแผ่นดินและสภาไม่อาจดำเนินการแก้ไขสิ่งที่ไม่ดี ให้กลับสู่ภาวะอย่างเดิมได้ การดำเนินการของรัฐบาลและการควบคุมราชการฝ่ายบริหารของรัฐสภาเพื่อมุ่งหมายที่จะช่วยกันแก้ไขให้ดีขึ้นตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับนั้นไม่ประสบผลดีเลยแม้แต่น้อย เป็นการผิดหวังของประชาชนทั้งประเทศ..... ถ้าจะคงปล่อยให้เป็นไปตามยถากรรม ก็จะนำมาซึ่งความหายนะแก่ประเทศชาติอย่างไม่มีสิ้นสุด....”⁷⁹

จากนั้นก็แต่งตั้ง จอมพล ป.พิบูลสงครามขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวขึ้นโดยมีจอมพล ป.พิบูลสงคราม เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ หลังจากนั้นมีการรัฐประหาร และแต่งตั้งจอมพลผิน ผู้นำการรัฐประหารเป็นนายกรัฐมนตรีในที่สุด

ดั่งบันทึกของ นายบุญชนะ อัดถากร (บันทึกเมื่อ 14 เมษายน 2524 ที่ ลอนดอน)ว่า

“ข้าพเจ้าทราบดีว่า ภายหลังจากปฏิวัติรัฐประหารนั้น เมื่อสำเร็จแล้วคณะปฏิวัติก็จะเชิญพลเรือนเป็นนายกฯชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง พอเหตุการณ์เรียบร้อยพอสมควรแล้ว คณะปฏิวัติฝ่ายทหารก็จะริบดำเนินการต่อไป ซึ่งบางรัฐบาลพลเรือนก็อยู่ได้ระยะสั้นมาก บางรัฐบาลก็อยู่ได้ถึง 1 ปี รัฐบาลพลเรือนดังกล่าวนี้คือ เช่น เมื่อ

⁷⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์ , รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517 , หน้า 580.

เจ้าคุณพหลพลพยุหเสนาทำการปฏิวัติ ก็จะเชิญพระยามโนปกรณนิติธาดาเป็น นายกฯ ก็อยู่ได้ประมาณ 10 เดือน จอมพลผิน ชุณหะวัณ ทำการรัฐประหารเสร็จก็ เชิญ นายควง อภัยวงศ์ เป็นนายกฯอยู่ได้ประมาณ 3 เดือน เมื่อจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ทำการปฏิวัติสำเร็จก็เชิญ นายพจน์ สารสินเป็นนายกฯ ก็อยู่ได้ประมาณ 4 เดือน เมื่อพลเรือเอกสัจด์ ชลออยู่ ปฏิวัติก็เชิญ นายธานินทร์ กรัยวิเชียรเป็นนายกฯ อยู่ได้ประมาณ 1 ปี”⁸⁰

(บันทึกเมื่อ 10 มิถุนายน 2524 ลอนดอน)

“จากการสนทนากับ คุณบุญถิ่น อัตถากร ได้ให้ความเห็นว่า การปฏิวัติ รัฐประหารนั้น ในประวัติของประเทศไทย ฝ่ายทหารจะเป็นตัวตั้งตัวตีวางแผนและ ดำเนินการ โดยฝ่ายพลเรือนจะไม่มีส่วนด้วยมากนัก ยกเว้นการปฏิวัติเมื่อ พุทธศักราช 2475 ซึ่งพลเรือนมีสิทธิมีเสียงมากหน่อย เมื่อยึดอำนาจได้แล้ว การดำเนินการปกครอง ฝ่ายทหารก็จะเป็นผู้ทำเป็นส่วนสำคัญ ฝ่ายพลเรือนก็เพียง เป็นส่วนประกอบเท่านั้น”⁸¹

การรัฐประหารของจอมพลผิน ชุณหะวัณนี้ ได้มีการนำเอารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม 2475 กลับมาใช้ ซึ่งการยึดอำนาจการปกครองหรือที่เรียกว่า “การปฏิวัติเงียบ” ครั้งนี้ จอมพลผิน ชุณหะวัณ ได้บันทึกไว้ใน “ชีวิตกับเหตุการณ์” ของท่านว่า

“ขณะที่ข้าพเจ้าดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการทหารบกและรัฐธรรมนูญฉบับ นั้นห้ามข้าราชการประจำการเป็นสมาชิกรัฐสภา เวลาประชุมสภาผู้แทนราษฎรก็ดี เวลาประชุมวุฒิสภาก็ดี สมาชิกทำการอภิปรายรวนเร ไม่เป็นสาระอยู่ตลอดเวลา แม้ สมาชิกวุฒิสภา ซึ่งทางรัฐบาลเสนอให้แต่งตั้ง บางคนก็พลอยอภิปรายรวนเร ไป ตามสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียด้วย ทำให้รัฐบาล ซึ่งจอมพล ป.พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรีเกือบตั้งตัวไม่ติด ถ้าขึ้นมีสภาพเช่นนั้นตลอดไป รัฐบาลไม่ สามารถจะทำการให้ก้าวหน้าไปได้ในทางที่ควร จึงประชุมคณะรัฐประหารชั้น ผู้ใหญ่พิจารณาความเป็นไปของรัฐสภา ในที่สุดก็ลงมติเป็นเอกฉันท์ให้นำ รัฐธรรมนูญ 2475 มาใช้และแก้ไขให้เหมาะสมกับกาลสมัยเล็กน้อย”

⁸⁰ บุญชนะ อัตถากร, บันทึกการปฏิวัติ 1-3 เมษายน 2524 กับข้าพเจ้า, (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิบุญชนะ อัตถากร เพื่อการศึกษาและวิจัย, 2525), หน้า 5-6.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน , หน้า 69.

เป็นการแสดงให้เห็นถึงแม้ผู้ทำการรัฐประหารจะได้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีแล้ว แต่อำนาจในการปกครองที่แท้จริงก็ไม่ได้มอบไปด้วย การพิจารณาตัดสินใจในเรื่องสำคัญยังอยู่ที่คณะรัฐประหาร และมีข้อสังเกตว่าการรัฐประหารที่จะประสบความสำเร็จก็จะต้องได้รับความร่วมมือจากพระมหากษัตริย์ด้วย ดังนั้นทีกของนายบุญชนะ อิตถากร ว่า

“เมื่อมีปัญหาประจัญหน้าระหว่าง 2 ฝ่าย ตามทางวิชาการก็อาจจะแก้ปัญหาได้ 3 ทาง คือ 1) ใช้วิธีเจรจาปรานีประนอมกัน 2) ถ้าใช้วิธีปรานีประนอมไม่สำเร็จก็ต้องขออำนาจจากผู้ใหญ่กว่าให้ตัดสิน เช่น ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาก็ต้องไปศาล ถ้าเป็นกรณีการเมืองก็ต้องขอให้สภากลางมติไม่ไว้วางใจ หรือเข้าเฝ้าในหลวงขอพระบรมราชวินิจฉัย 3) ถ้าใช้วิธีที่ 2 ไม่สำเร็จก็อาจถึงขั้นใช้กำลังบังคับ การใช้กำลังบังคับนั้น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามต้องเป็นวิธีสุดท้าย

มีข้อสังเกตอย่างหนึ่งว่า กลุ่มทหารที่เข้ายึดอำนาจจากรัฐบาลที่ประสบความสำเร็จนั้น จะต้องมีการกราบถวายบังคมทูลในหลวงให้ทรงทราบล่วงหน้าก่อน สมัยจอมพลสฤษดิ์ จอมพลถนอม และพลเรือเอกสฤษดิ์ ก็ทำอย่างนี้ทั้งสิ้น กล่าวโดยสรุปก็คือ การปฏิวัติยึดอำนาจในเมืองไทยนั้น จะทำสำเร็จได้ก็ต้องได้รับความสนับสนุนจากสถาบันทหาร สถาบันกษัตริย์ และสถาบันประชน จึงจะทำได้ การตั้งรัฐบาลก็เช่นเดียวกัน ผู้เป็นหัวหน้ารัฐบาลจะต้องได้รับความสนับสนุนจากทั้งสามสถาบันนี้จะตั้งได้โดยราบรื่น”⁸²

ในการรัฐประหารนั้น คณะรัฐประหารมักจะละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติ ซึ่งจะมีผลเป็นการละเมิดกฎหมายในที่สุด ตัวอย่างเช่น การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ปี 2490 ซึ่งหลวงกาจสงครามรับว่าเป็นผู้ร่างและเตรียมซ่อนไว้ใต้ตุ่มน้ำ ได้เป็นผู้นำรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ขึ้นเสนอผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ลงนามประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน โดยมีกรมขุนชัยนาทนเรนทร ประธานผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ เป็นผู้ลงนามแต่ผู้เดียว ซึ่งพระยามานวราชเสวี ไม่ได้ลงนามร่วมด้วย การลงนามของคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์นั้น สภาได้มีมติไว้ว่าการลงนามในหนังสือราชการ ผู้สำเร็จราชการจะต้องลงนามทั้งสองท่าน⁸³

ในกรณีดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าในเหตุการณ์ปกติกการลงนามของผู้สำเร็จราชการในการประกาศใช้กฎหมายผู้สำเร็จราชการจะต้องลงนามทั้งสองคน แต่กรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้มีการปฏิบัติตามมติของสภา แต่ร่างรัฐธรรมนูญนี้ก็ได้อำนาจใช้ประกาศใช้ในที่สุด ซึ่งเมื่อถือธรรมเนียมปฏิบัติ

⁸² เรื่องเดียวกัน , หน้า 21-22.

⁸³ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์ , รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517 , หน้า 580.

ในเวลาปกติแล้ว ร่างรัฐธรรมนูญนั้นมีผลเป็นโมฆะไม่อาจประกาศใช้เป็นกฎหมายได้โดยการประกาศใช้จึงเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย และเป็นการกระทำที่ขัดต่อมติสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนของประชาชน ที่มีอำนาจกำหนดแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ นอกจากนี้ในการแต่งตั้ง จอมพล ป.พิบูลสงคราม ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี นั้นก็ได้หารือประธานรัฐสภาและหารือสมาชิกสภาเป็นการภายในตามที่เคยปฏิบัติมา จึงอาจกล่าวได้ว่าการปกครองในช่วงเวลานั้น ไม่สอดคล้องและขัดต่อเจตนารมณ์ของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้น ในทางปฏิบัติมักปรากฏว่า องค์การที่ยึดอำนาจ มักจะมาจากสถาบันทหาร โดยเหตุผลที่ยึดอำนาจ มักจะอ้างการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลไม่มีประสิทธิภาพหรือบกพร่องทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ประเทศชาติได้รับความเสียหาย สิ่งที่มีกบฏปฏิบัติ ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญที่มีอยู่เดิม และบางกรณีมีการประกาศใช้กฎอัยการศึก หรือกฎหมายที่ให้อำนาจคณะปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นพิเศษ และรายงานสถานการณ์แก่พระมหากษัตริย์ทรงทราบ และอ้างหลักการโดยยึดหลักประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นพระประมุข และจะได้จัดตั้งรัฐบาลหรือร่างรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยหรือเหมาะสมกับการปกครองขึ้นใช้โดยเร็ว ผู้ยึดอำนาจก็จะเข้ามาเป็นรัฐบาลหรือจัดตั้งรัฐบาล รัฐบาลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐบาลเงา เพราะอำนาจการบริหารประเทศที่แท้จริงยังอยู่ที่คณะผู้ปฏิวัติรัฐประหารและแต่งตั้งสมาชิกสภา ซึ่งเป็นพรรคพวกของผู้ยึดอำนาจเอง ต่อมารัฐบาลเสนอร่างกฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ผู้กระทำการ ต่อมาคณะผู้กระทำการบีบบังคับให้นายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง และตนเข้าบริหารประเทศแทนการใช้อำนาจรัฐบาล มักจะใช้อำนาจอันเป็นการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีการปกครองเสมอ ซึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ข้อสังเกตไว้ดังนี้⁸⁴

เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 ถือได้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงยอมสละ พระราชอำนาจที่มีอยู่สิ้นแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นประชาธิปไตย ที่อำนาจสูงสุดเป็นของประชาชน โดยทรงยอมมีพระราชสถานะเป็นพระมหากษัตริย์ที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามการทูลเกล้าฯของคณะราษฎร ดังที่ปรากฏในคำปรารภของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ว่า “โดยที่คณะราษฎรได้ขอร้องให้อยู่ใต้ธรรมนูญการปกครองสยามเพื่อบ้านเมืองจะเจริญขึ้น และโดยที่ได้ทรงยอมรับตามคำขอร้องของคณะราษฎร” ด้วยเหตุนี้เมื่อมีการยึดอำนาจคราใด อำนาจอธิปไตยที่พระราชทานมาให้ประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และทรงใช้อำนาจนั้นแทนปวงชนในเวลาที่มีรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ ก็จะกลับคืนสู่องค์พระมหากษัตริย์อีกครั้งหนึ่ง เทียบหลักการเดียวกันนี้กับแนวคิดในกฎหมายอังกฤษในคดี

⁸⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 57-59.

Madzimmabuto V.Lardner-Burke (1969) ซึ่งโรดิเซียได้ยึดอำนาจและประกาศเอกราชฝ่ายเดียว ศาล
 สภากงมนตรีอังกฤษตัดสินว่า อำนาจอธิปไตยกลับคืนมาสู่พระราชินีนาถอังกฤษ และการยึด
 อำนาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อังกฤษจึงยังปกครองโรดิเซียอยู่ ด้วยเหตุนี้ภายหลังใช้อำนาจใน
 ความเป็นจริงไปฝ่ายเดียวแล้ว ผู้ยึดอำนาจจึงต้องกลับไปขอพระราชทานรัฐธรรมนูญการปกครอง
 แผ่นดินชั่วคราวทุกครั้งไป ตั้งแต่การรัฐประหารเมื่อ พุทธศักราช 2490, 2495, 2500, 2519, 2520
 และ 2534

หากดูประวัติการจัดทำรัฐธรรมนูญได้ในอดีตทุกครั้งก็จะพบความจริงว่ากระบวนการจัด
 ทำรัฐธรรมนูญไทยจะปรากฏเป็นขั้นตอนเหมือน ๆ กันทุกฉบับดังนี้

1. มีการยึดอำนาจโดยข้าราชการ ซึ่งรวมตัวเป็น “คณะปฏิวัติ” บ้าง “คณะรัฐประหาร” บ้าง
 “คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน” บ้าง ฯลฯ และมีการใช้อำนาจในความเป็นจริงนั้นไปชั่วคราว
 โดยไม่มีรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองเลย เช่น เมื่อ 24 มิถุนายน 2475 คณะราษฎรใช้อำนาจโดย
 “คณะผู้รักษาพระนครฝ่ายทหาร” อยู่ 3 วัน จนเมื่อเปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรเมื่อ 28
 มิถุนายน 2475 ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว จึงยุติการใช้อำนาจ
 เมื่อ 8 มิถุนายน 2490 จอมพล ป. ยึดอำนาจใช้อำนาจรัฐประหารอยู่ 3 วัน วันที่ 11 พฤศจิกายน 2490
 มีการคืนอำนาจให้รัฐบาล เมื่อ 29 พฤศจิกายน 2494 คณะรัฐประหารยึดอำนาจและเลิกใช้
 รัฐธรรมนูญ 2492 แล้วบริหารประเทศอยู่จนถึง 6 ธันวาคม 2494 เมื่อ 20 ตุลาคม 2501 คณะปฏิวัติ
 นำโดย จอมพลสฤษดิ์ยึดอำนาจและใช้อำนาจปฏิวัติจนถึง 28 มกราคม 2502 เมื่อ 17 พฤศจิกายน
 2514 จอมพลถนอม ปฏิวัติตัวเองและใช้อำนาจปฏิวัติจนถึง 15 ธันวาคม 2515 เป็นต้น

2. เมื่อถึงระยะหนึ่งคณะผู้ยึดอำนาจก็จะขอพระราชทานรัฐธรรมนูญชั่วคราวเพื่อใช้
 ปกครองประเทศไปพลางก่อน ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญถาวร เช่น การรัฐประหาร เมื่อพุทธ
 ศักราช 2490 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490
 การรัฐประหารเมื่อ พุทธศักราช 2494 มีการนำรัฐธรรมนูญฉบับ พุทธศักราช 2475 มาใช้ชั่วคราว
 การรัฐประหารเมื่อ พุทธศักราช 2501 มีการใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช
 2502 การรัฐประหารเมื่อ พุทธศักราช 2515 มีการใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
 พุทธศักราช 2515 การปฏิวัติเมื่อ พุทธศักราช 2519 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร
 ไทย พุทธศักราช 2519 การปฏิวัติเมื่อปี 2520 มีการใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
 พุทธศักราช 2520 และการยึดอำนาจเมื่อปี 2534 นี้ ก็มีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราช
 อาณาจักร พุทธศักราช 2534

3. ภายหลังจากการใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราวแล้ว คณะรัฐประหารมักจะสลายตัวเปลี่ยนเป็น คณะรัฐมนตรี เช่น ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502, 2515 และ 2520 และสภานิติบัญญัติเพื่อบริหารประเทศ และยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อไป

แต่ในบางครั้งคณะรัฐประหารจะจัดตั้งรัฐบาลพลเรือนขึ้น และคณะรัฐประหารจะใช้ อำนาจค้ำจุนรัฐบาลพลเรือนนั้นในรูปแบบ “สภาที่ปรึกษาของนายกรัฐมนตรี” เช่น รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2519 มาตรา 18 หรือ สภานโยบายแห่งชาติ ตาม ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 17-20 หรือ สภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ตาม ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 18, 19 และ 20 และสลายตัวเข้าไปเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ระบบรัฐบาลแบบนี้อาจเรียกว่า “รัฐบาลของฝ่ายบริหารอำนาจคู่” เพราะคณะรัฐประหารเป็นผู้เสนอแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติและสภานิติบัญญัติไม่มีอำนาจใด ๆ ที่สำคัญเลย กล่าวคือ ไม่มีอำนาจเสนอกฎหมาย บางฉบับให้อำนาจเสนอกฎหมายแก่สมาชิกสภานิติบัญญัติได้ เช่น ฉบับปี 2515 บางฉบับให้อำนาจโดยจำกัดว่าต้องผ่านคณะกรรมการวิสามัญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติก่อน เช่น ฉบับปี 2519 ไม่มีอำนาจไม่ไว้วางใจรัฐบาล ไม่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญ ยกเว้นตามรัฐธรรมนูญปี 2519 ซึ่งตั้งใจว่าจะใช้ถึง 16 ปี ให้แก้ไขเพิ่มเติมได้ตามมาตรา 24 ในขณะที่เดียวกันรัฐบาลก็ไม่มีอำนาจยุบสภานิติบัญญัติ เว้นแต่จะยุบไปเองตามธรรมนูญการปกครอง แต่รัฐบาลอำนาจคู่ (คณะทหารผู้ยึดอำนาจและรัฐบาลพลเรือน) กลับมีอำนาจมาก บางครั้งก็มีอำนาจเสนอร่างรัฐธรรมนูญเสียเองแต่ผู้เดียว เช่น ตามธรรมนูญการปกครองฯ พุทธศักราช 2515 และมีอำนาจเสนอกฎหมายแต่ผู้เดียว ตาม ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 16 , ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 17

ผลกระทบของการแทรกแซงทางการเมืองโดยคณะทหารที่มีต่อระบบการเมืองไทยที่สำคัญ มีอยู่ 4 ประการ คือ

1. ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกติกาหลักของการปกครองประเทศอยู่เสมอ
2. ทำให้สถาบันหลักของระบบการเมือง คือพรรคการเมืองและสภาผู้แทนราษฎรขาดความต่อเนื่อง ซึ่งมีผลทำให้สถาบันดังกล่าวมีความอ่อนแอ
3. ทำให้ทหารเข้ามามีบทบาททางการเมืองมากขึ้น ทั้งในฝ่ายบริหารและในฝ่ายนิติบัญญัติ
4. ทำให้เกิดความแตกแยกเป็นฝักฝ่ายในกองทัพ ระหว่างคณะผู้ก่อการกับฝ่ายที่ถูกโค่นล้มอำนาจไป หรือระหว่างรัฐบาลกับคณะผู้ก่อการที่ไม่สามารถยึดอำนาจได้

การแทรกแซงทางการเมืองโดยคณะทหารในประเทศไทย ซึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้ง มีผลทำให้ระบบการเมืองขาดความมั่นคงและความต่อเนื่อง และเป็นผลให้กติกาหลักของการปกครองซึ่งได้

แก่รัฐธรรมนูญขาดความศักดิ์สิทธิ์ ที่สำคัญก็คือการแทรกแซงทางการเมืองด้วยการปฏิวัติ รัฐประหารหลายครั้งเป็นการหยุดยั้งความเจริญเติบโตของระบอบประชาธิปไตย

การที่พรรคการเมืองและสภาผู้แทนราษฎรขาดความต่อเนื่อง พรรคการเมืองและสภาผู้แทนราษฎรเป็นสถาบันหลักของระบบการปกครองแบบประชาธิปไตย เพราะทั้งสองสถาบันทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชนในการปกครองประเทศ การที่ประชาชนจะเห็นคุณประโยชน์ของพรรคการเมืองและสภาผู้แทนราษฎร เพื่อที่จะได้สนับสนุนกิจการของสถาบันทั้งสองให้เข้มแข็งมั่นคงได้นั้น ทั้งพรรคการเมืองและสภาผู้แทนราษฎรจะต้องมีโอกาสดังกล่าวที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างต่อเนื่อง โดยปราศจากการแทรกแซงโดยวิถีทางนอกเหนือรัฐธรรมนูญ (การปฏิวัติ รัฐประหาร) การที่พรรคการเมืองมีการปฏิบัติงานอย่างต่อเนื่องย่อมช่วยให้พรรคการเมืองมีเวลาในการจัดตั้งพัฒนาบุคลากรทางการเมืองและขยายขอบเขตสาขาออกไปทั่วประเทศ เพื่อช่วยเชื่อมโยงผลประโยชน์และความต้องการของประชาชนกับนโยบายของรัฐ รับรู้ปัญหาของประชาชนและวางแนวทางที่จะแก้ไขปัญหาเหล่านั้น นอกจากนี้การที่พรรคการเมืองสามารถมีเวลาปฏิบัติงานได้อย่างต่อเนื่องก็จะมีส่วนช่วยในการเสริมสร้างความเข้าใจ ความสำนึกและความกระตือรือร้นของประชาชนที่จะเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองอีกด้วย⁸⁵

การปฏิวัติรัฐประหารจึงเป็นสถานการณ์ที่ผลักดันให้เกิดความยุ่งยากในการปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติ และมักจะปรากฏเสมอว่าการปฏิวัติรัฐประหารนั้นมักมีการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติและมีการละเมิดกฎหมาย เพราะผู้ประกาศใช้บังคับกฎหมายคือ หัวหน้าคณะปฏิวัติ รัฐประหาร ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นจะต้องขอความเห็นจากสภาหรือประชาชน ประเพณีการปกครองนั้นจึงไม่ใช่ประเพณีทางปกครองในระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด

1.3.2. ผลของความไม่ต่อเนื่องของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไทย

1.3.2.1. ทำให้แนวทางปฏิบัติขาดหลักเกณฑ์ที่จะถือได้ว่ามีลักษณะเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ผลสืบเนื่องจากวิวัฒนาการทางการเมืองของไทย ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงกติกากองเมืองการปกครองอยู่เป็นระยะ ๆ รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านสถาบันการเมือง และความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมือง (โดยเฉพาะระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร) อยู่เสมอ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีผลทำให้โครงสร้างของฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถมี

⁸⁵ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ปัญหาการพัฒนาทางการเมืองไทย, หน้า 195-9.

รากฐานที่แน่นอน และไม่อาจพัฒนาโครงสร้างนั้นให้อยู่ในลักษณะที่มีการแบ่งแยกแจกแจงออกเป็นส่วนย่อยให้มีการปฏิบัติหน้าที่ ๆ เฉพาะเจาะจงลงไปได้ เมื่อเป็นเช่นนี้โครงสร้างทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่พัฒนา ก็มีผลทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีความอ่อนแอตามไปด้วย⁸⁶

ด้วยเหตุที่มีการชะงักงันของแนวทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผลของการมีแนวทางปฏิบัติที่เป็นที่ยอมรับขึ้นใหม่ หรือความไม่ต่อเนื่องของธรรมเนียมปฏิบัติโดยเหตุของการปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งมักจะมีการล้มเลิกรัฐธรรมนูญ เมื่อมีความไม่ต่อเนื่องของแนวทางปฏิบัติแล้ว ก็จะทำให้ทางปฏิบัตินั้น ขาดหลักเกณฑ์ที่จะถือได้ว่ามีลักษณะที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์ที่ถือว่ามีลักษณะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ได้แก่

- 1) มีการถือปฏิบัติทั่วไปอย่างสม่ำเสมอ
- 2) มีการปฏิบัติเป็นระยะเวลาพอสมควร
- 3) มีความเห็นทั่วไปว่าถูกต้องเหมาะสม
- 4) ไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กรณีที่เกิดความไม่ต่อเนื่องของธรรมเนียมปฏิบัตินั้น เช่น กรณีการแต่งตั้งวุฒิสภาของพระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงทางปฏิบัติ ก็เป็นผลทำให้ทางปฏิบัตินั้นขาดความสม่ำเสมอในการปฏิบัติ และธรรมเนียมปฏิบัติเดิมไม่ได้รับการปฏิบัติต่อไปอีก ธรรมเนียมปฏิบัติเดิมถูกยกเลิกไปโดยตัวบทกฎหมายที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาเข้าดำรงตำแหน่งจากการเลือกตั้งของประชาชนและตัวบทกฎหมายที่ยกเลิกธรรมเนียมปฏิบัติเดิมนั้นได้ก่อให้เกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ขึ้น

1.3.2.2. ก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติหรือแบบอย่างขึ้นใหม่

เมื่อแนวทางปฏิบัติได้เปลี่ยนแปลงไปหรือถูกยกเลิก ย่อมก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติใหม่ขึ้นเพื่อใช้แก่การประพฤตินในสถานการณ์นั้น ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นใหม่นั้น ถือได้ว่าเป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติ และหากทางปฏิบัตินั้นได้รับการประพฤติดต่อกัน เป็นที่ยอมรับของคนในสังคมทางปฏิบัตินั้นก็จะเป็นธรรมเนียมปฏิบัติได้

ตัวอย่างเช่น แต่เดิมสมาชิกสภาประเภทที่ 2 หรือสมาชิกพฤฒสภาจะได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ตามคำแนะนำและคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ซึ่งต่อมาได้มีการตั้งสภาว่าง

⁸⁶ เรื่องเดียวกัน , หน้า 113.

รัฐธรรมนูญขึ้นและได้ร่างเสร็จ ปีพุทธศักราช 2489 ในสมัยนายปรีดี พนมยงค์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงเป็นการเปลี่ยนแนวทางปฏิบัติ ในการแต่งตั้งวุฒิสภามาเป็นการเลือกตั้ง และก็ได้เป็นอันลี้ลับไปในเวลาต่อมา แต่ในเวลาต่อมา มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 ก็ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง อีกครั้ง

นอกจากนั้นในสมัยหนึ่งที่มีการเมืองการปกครองของไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง จนทำให้รัฐบาลไม่มั่นคง ทำให้การจัดตั้งรัฐบาลต้องอาศัยบารมีของสถาบันทหาร จนเป็นที่ยอมรับว่าการจัดตั้งรัฐบาลจะต้องอาศัยความเห็นชอบจากสถาบันทหารด้วย นอกเหนือไปจากสถาบันทางการเมืองตามระบอบประชาธิปไตย ดังเช่น นายแพทย์กระแสร์ ชนะวงศ์ ซึ่งเป็นหัวหน้าพรรคพลังใหม่ ให้ความเห็น เมื่อวันที่ 24 เมษายน 2522 ภายหลังการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 22 เมษายน 2522 ว่า “การจัดตั้งรัฐบาลจะต้องได้เสียงสนับสนุนจากสมาชิก 3 ส่วน คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และทหาร”⁸⁷ แต่แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการปฏิวัติรัฐประหารนั้นเป็นแนวทางปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

2. สภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย

2.1. แนวความคิดในเรื่องสภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย

2.1.1. แนวความคิดทางสังคมศาสตร์-รัฐศาสตร์

เสน่ห์ จามริก ซึ่งให้เห็นว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้นเป็นหลักการทางนิติศาสตร์ที่เราเรารู้กันมาจากสังคมตะวันตก ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นผลสะท้อนจากการตกลงยอมรับกติกามูลฐานในระบบและกระบวนการความสัมพันธ์ทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่งมาเป็นเวลาต่อเนื่องยาวนานและอยู่ตัว ส่วนในกรณีของไทยนั้นยังขาดกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการยอมรับกติกามูลฐานดังกล่าว และด้วยเหตุนี้เอง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญบ่อย ๆ จึงเป็นผลสะท้อนของสภาวะที่เรียกกันว่า “วงจรอุบาทว์ของการเมืองไทย” นั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือรัฐธรรมนูญนั้นเปรียบเสมือนอวัยวะประวัติของสัมพันธภาพทางอำนาจในรัฐ ถ้าสัมพันธภาพทาง

⁸⁷ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 18 (27 เมษายน – 3 พฤษภาคม 2522) : 478.

อำนาจในรัฐมีหลักเกณฑ์อันเป็นระบบระเบียบ และเป็นที่ยอมรับมากเท่าใด ฐานะของรัฐธรรมนุญก็มีความมั่นคง และต่อเนื่องมากขึ้นเท่านั้น ในทางกลับกันการเปลี่ยนรัฐธรรมนุญบ่อย ๆ ย่อมสะท้อนว่าชีวิตจริงของระบบการเมืองหลักเกณฑ์พื้นฐานในเรื่องสัมพันธภาพแห่งอำนาจได้ยากหรือน้อย⁸⁸

นอกจากนี้ยังได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพลังอำนาจฝ่ายทหารและการปฏิวัติรัฐประหารอันเป็นปัจจัยกำหนดการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ที่ประวัติศาสตร์พัฒนาการทางรัฐธรรมนุญไทย นอกจากจะได้สะสมเอาหลักความคิดความเชื่อเกี่ยวกับระบอบรัฐธรรมนุญประชาธิปไตยแล้ว เมื่อล่วงมาถึงทศวรรษ 2490 และ 2500 ยังต้องประสบกับปัญหาที่จะต้องปรับหลักความคิดและหลักปฏิบัติอันเป็นผลสืบเนื่องจากการปฏิวัติรัฐประหาร สิ่งที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” จึงต้องถูกกำกับและผูกพันไปด้วยกันกับ “การตีความ” อันโน้มเอียงไปในแนวอำนาจนิยม⁸⁹

จากความเห็นของเสน่ห์ จามริก จะเห็นว่าการปฏิวัติรัฐประหารมีผลกระทบถึงการตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่ายังมีแนวโน้มไปในทางอำนาจนิยม เนื่องจากในสมัยหนึ่งนั้น ได้มีการปฏิวัติรัฐประหารโดยผู้นำอำนาจทหาร และเกิดเป็นวงจรอุบาทว์ทางการเมือง

นิธิ เอียวศรีวงศ์ อธิบายว่าการที่รัฐธรรมนุญถูกฉีกบ่อย และฉีกได้ง่ายในประเทศไทยนั้น เพราะรัฐธรรมนุญมิใช่กฎหมายสูงสุดที่จะกำหนดความสัมพันธ์เชิงอำนาจในสังคมหนึ่ง ๆ ลงมาตามตัวบท แต่ความสัมพันธ์เชิงอำนาจที่เป็นจริงในสังคมมิใช่สิ่งที่หยุดนิ่ง หากเป็นความเคลื่อนไหวที่เกิดขึ้นจาก “การที่บุคคลและสถาบันต่าง ๆ ในสังคมนั้น ได้ต่อสู้ช่วงชิงและรักษาสถานะแห่งอำนาจของตนมาเป็นเวลานาน จนทำให้เกิดการยอมรับกันในระดับหนึ่ง กลายเป็นประเพณีทางการเมืองและการเมืองขึ้น” นิธิ เรียก วิถีชีวิต วิถีความคิด และค่านิยมที่สังคมเคยชินที่จะมองว่าอำนาจที่ชอบธรรมนั้นต้องสัมพันธ์กันเช่นนั้น ๆ ว่าเป็น “วัฒนธรรมทางการเมือง” และวัฒนธรรมทางการเมืองนี้ คือ รัฐธรรมนุญที่แท้จริงของรัฐซึ่งเป็นรัฐธรรมนุญที่ฉีกไม่ออกไม่ว่าจะใช้รหุ้มเกราะสักกี่คัน และจะใช้กฎหมายอื่น กฎกระทรวง หรือระเบียบอะไรก็ไม่อาจล่วงละเมิดข้อกำหนดที่มีในวัฒนธรรมทางการเมือง หรือรัฐธรรมนุญฉบับที่แท้จริงได้ นิธิ เรียก รัฐธรรมนุญฉบับที่

⁸⁸ สุราชัย ยิ้มประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย, หน้า 87.

⁸⁹ เสน่ห์ จามริก, พัฒนาการทางรัฐธรรมนุญไทย, หน้า 30.

แท้จริงนี้ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรม” ซึ่งสรุปไว้อย่างสังเขปว่า รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมยังไม่เคยถูกฉีกหรือถูกล้มเลิก สิ่งที่ถูกล้มเลิกคือ รัฐธรรมนูญที่เป็นตัวบทกฎหมาย⁹⁰

ดร.ชยอนันต์ สมุทวณิช ก็ชี้ให้เห็นถึงความเป็นจริงของการเมืองไทยสมัยใหม่ ว่ามีความเชื่อที่แพร่หลายนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ 24 มิถุนายน 2475 ว่าการมีบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมจะทำให้ชีวิตทางการเมืองของไทยดำเนินไปได้อย่างมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ เพราะจะทำให้สามารถจัดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับฝ่ายราชการประจำได้ แต่สิ่งที่กำหนดความเป็นไปของการเมืองไทยสมัยใหม่อย่างแท้จริงมิใช่รัฐธรรมนูญ แต่คือ “รากฐานทางอำนาจของกลไกการบริหารราชการซึ่งมิใช่รัฐธรรมนูญ หากเป็นธรรมเนียมปฏิบัติและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ซึ่งให้บทบาทและลำดับความสำคัญ ตลอดจนทรัพยากรแก่กลไกรัฐบาลกลไกอย่างยาวนานและต่อเนื่องด้านหนึ่ง กับอำนาจของกลไกรัฐที่มาจากกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินอีกด้านหนึ่ง”⁹¹

จากความเห็นของนิธิ เอียวศรีวงศ์ และ ดร.ชยอนันต์ สมุทวณิช แสดงให้เห็นว่า สิ่งที่เป็นหลักในการพัฒนาการเมืองการปกครองไทยที่แท้จริงแล้ว ก็คือ วัฒนธรรมทางการเมืองหรือ ธรรมเนียมปฏิบัติและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

สรุปได้ว่า วัฒนธรรมทางการเมือง เป็นสิ่งที่กำหนดความเป็นไปทางการเมืองที่แท้จริง ซึ่งสิ่งที่เป็นอำนาจการบริหารแผ่นดินนั้นคือธรรมเนียมปฏิบัติและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่แท้จริง แต่รัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการทางนิติศาสตร์หรือรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นเป็นสิ่งที่ถูกล้มล้างได้ง่าย เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่แน่นอนในการยอมรับกฎหมายพื้นฐานนี้ จึงทำให้มีการปฏิวัติรัฐประหารเพื่อเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญและเกิดเป็นวงจรอุบาทว์ที่วนเวียนอยู่ในการเมืองไทย ดังนั้น เมื่อเทียบกับแนวความคิดทางนิติศาสตร์แล้ว แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในความหมายที่เป็นกฎหมายที่ถูกล้มล้างทำลายได้ง่ายนั้น เป็นรัฐธรรมนูญตามรูปแบบ ส่วนวัฒนธรรมทางการเมืองที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติอันถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่แท้จริงนั้น หมายถึงรัฐธรรมนูญตามเนื้อหา ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ตามแนวความคิดทางรัฐศาสตร์เองก็ให้การยอมรับว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับดังเช่นรัฐธรรมนูญที่แท้จริง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการละเมิดกฎหมายเหล่านั้น ในทางการเมืองเองนั้นบางครั้งก็มีอำนาจในทางสังคมที่ก่อให้เกิดความรุนแรงมากกว่าอำนาจในทางกฎหมาย

⁹⁰ สุราชัย ยิ้มประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย , หน้า 87-8.

⁹¹ ชยอนันต์ สมุทวณิช, ปัญหาการพัฒนาทางการเมืองไทย, หน้า 12-3.

2.1.2. แนวความคิดทางนิติศาสตร์

2.1.2.1. แนวความคิดในเรื่องระบบกฎหมาย

เนื่องจากในสมัยรัชกาลที่ 5 มีอิทธิพลตะวันตกและลัทธิล่าอาณานิคม ทำให้ประเทศไทย จำต้องเร่งพัฒนาระบบกฎหมาย มีการเริ่มคิดว่าประเทศไทยควรจะใช้ระบบกฎหมายแบบใด ในขณะนั้นระบบคอมมอน ลอว์ อย่างอังกฤษได้เข้ามามีอิทธิพลเป็นอย่างมากในช่วงแรก ๆ ของ การพัฒนากฎหมาย แต่ต่อมาก็ได้กำหนดแนวทางให้ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะ การใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอน ลอว์ จะต้องใช้เวลาในการพัฒนานาน จึงหันมาให้ความสนใจ และใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิล ลอว์ ซึ่งเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่จะสามารถตรา กฎหมายใช้บังคับได้รวดเร็วกว่า ที่จะต้องรอการพัฒนาการอย่างจารีตประเพณี ดังนั้น ระบบ กฎหมายคอมมอน ลอว์ จึงมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายไทยในช่วงแรก และระบบซีวิล ลอว์ เป็น ระบบที่ประเทศไทยยอมรับนำมาใช้ ระบบกฎหมายทั้งสองระบบนี้จึงมีส่วนในการพัฒนาระบบ กฎหมายของไทย

1) อิทธิพลของระบบกฎหมาย common law

ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law System) เป็นระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลาย ลักษณ์อักษร โดยยึดถือวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีในการพัฒนากฎหมาย ซึ่งมี ประเทศอังกฤษเป็นประเทศต้นแบบของระบบคอมมอน ลอว์ และในการพิจารณาคดีของศาลนั้น ระบบคอมมอน ลอว์ ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมายประการหนึ่ง และคำพิพากษา ที่ศาลได้พิจารณาในข้อเท็จจริงเดียวกันนั้น จะเป็นบรรทัดฐาน (doctrine of precedent) แก่คดีต่อไป ที่จะวินิจฉัยคดีตามคำพิพากษาที่ได้วางไว้

แต่อย่างไรก็ตามในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ มิใช่ไม่มีการตรากฎหมาย เป็นลายลักษณ์อักษรเสียทีเดียว รัฐสภามีการตรากฎหมายออกมาใช้บ้าง แต่การใช้กฎหมายที่ตรา โดยรัฐสภาของศาลนั้น ถ้าตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาชัดเจน ศาลก็จะนำมาปรับแก้คดี แต่ถ้า เป็นที่สงสัยศาลจะตีความให้มีความหมายอย่างแคบ เพื่อที่จะไม่ใช้กฎหมายนั้นเข้ามาตัดทอน ขอบเขตของ คอมมอน ลอว์ ทั้งนี้เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด ในขณะที่ศาลในระบบ

ซีวิล ลอว์ จำกัดตนเองว่าเป็นแค่ผู้ใช้กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น ฉะนั้นในกรณีที่ถ้อยคำเป็นที่สงสัย ศาลจึงพยายามตีความให้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁹²

จะเห็นได้ว่า ในระบบคอมมอน ลอว์ ให้ความสำคัญกับจารีตประเพณีในฐานะที่มาของกฎหมาย ไม่ใช่ในฐานะเป็นกฎหมาย และการทำให้อจารีตประเพณีมีความแน่นอนก็ต้องอาศัยการนำมาปรับใช้ของศาลในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ดังนั้น จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่เป็นที่มาของกฎหมาย และหากศาลได้นำมาปรับใช้แก้ไขข้อเท็จจริงแล้ว ก็จะทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นเป็นบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลที่ใช้พิจารณาคดีต่อไป

2) อิทธิพลของระบบกฎหมาย civil law

ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law System) หรือเรียกกันว่าระบบกฎหมาย “โรมานอ-เยอรมันนิค” หรือ “ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร” หรือ “ระบบประมวลกฎหมาย” ระบบกฎหมายนี้ กฎหมายมีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรหรือจัดทำในรูปประมวล (codification) เป็นส่วนใหญ่ แม้จะยอมรับกฎหมายในรูปจารีตประเพณีอยู่บ้างแต่ก็เป็นส่วนน้อย และมักใช้จารีตประเพณีเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว จึงมีหลักในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ว่า กฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นที่มาของกฎหมาย ในการพิพากษาคดี ศาลจะยึดถือบทกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ คำพิพากษาของศาลเป็นเพียงตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริง ไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย ผู้พิพากษาในคดีหลัง ๆ ไม่จำเป็นต้องผูกพันกับคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ แต่มีอิสระที่จะตัดสินใจคดีตามบทกฎหมายโดยอาจพิจารณาคำพิพากษาในคดีก่อนที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกันว่า คำพิพากษามีเหตุผลและใช้กฎหมายถูกต้องหรือไม่ ถ้าเห็นด้วยก็จะพิพากษาเช่นเดียวกัน แต่ถ้าไม่เห็นด้วยก็สามารถพิพากษาเป็นอย่างอื่นได้⁹³

จากแนวความคิดในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ ซึ่งเป็นระบบที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นที่มาของกฎหมาย สิ่งที่เป็นกฎหมายจะต้องได้รับการบัญญัติโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งในการพิจารณาคดีของศาลก็จะอาศัยกฎหมายเป็นหลักพิจารณา จะนำจารีตประเพณีมาใช้เฉพาะในกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น จารีตประเพณีในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ จึงไม่ใช่กฎหมายในความหมายของระบบกฎหมายแบบซีวิล ลอว์ เนื่องจากมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จึงไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย แต่หากจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นได้รับการบัญญัติไว้

⁹² ภูมิชัย สุวรรณดี และคณะ, , ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542) , หน้า 26.

⁹³ เรื่องเดียวกัน , หน้า 24.

เป็นลายลักษณ์อักษร ก็จะมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายและศาลสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษร

2.1.2.2. แนวความคิดในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

1) แนวความคิดในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

กฎหมายที่ออกมาใช้ในสังคม ย่อมเกิดจากองค์กรต่างกัน จึงมีลำดับความสำคัญไม่เท่าเทียมกัน แนวความคิดในเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เป็นแนวความคิดที่มองว่ากฎหมายซึ่งออกโดยต่างองค์กรกัน ย่อมมีศักดิ์ของกฎหมายไม่เท่ากัน ซึ่งกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่า จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ เกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดศักดิ์ของกฎหมายจึงเป็นการพิจารณาโดยใช้เกณฑ์องค์กรที่ตรากฎหมาย รัฐธรรมนูญที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจอปกครองประเทศ จึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุด รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จะมีกฎหมายอื่นมาขัดกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีอำนาจ สามอำนาจคือนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ อำนาจทั้งสามนี้จึงมีสถานะอยู่ในระดับเดียวกัน ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรผู้ออกกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติ ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายและในบางกรณีก็มีอำนาจออกกฎหมายด้วย ในกรณีฉุกเฉินฝ่ายบริหารมีอำนาจออกพระราชกำหนดซึ่งกฎหมายกำหนดให้ต้องผ่านการยินยอมจากรัฐสภา มิฉะนั้นจะถือว่าพระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ถ้าสภาเห็นชอบตามพระราชกำหนด พระราชกำหนดนั้นมีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ ดังนั้น พระราชบัญญัติของรัฐสภา และพระราชกำหนดมีลำดับศักดิ์เดียวกัน องค์กรในฝ่ายบริหารก็มีฐานะไม่เท่ากัน

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร การใช้จารีตประเพณีจึงเป็นส่วนน้อย และในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ละประเภทก็มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่างกัน โดยรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ว่าด้วยการปกครองประเทศ ส่วนกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาจะอยู่ในลำดับที่รองลงมา รองลงมาคือกฎหมายที่ออกโดยรัฐบาล ฯลฯ

อนึ่ง ด้วยเหตุที่ประเทศไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารอยู่บ่อย ๆ กฎหมายจึงปรากฏในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ (ปว.) ประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง (ปร.) ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ปรสช.) บ้าง จึงมีปัญหาว่าประกาศเหล่านี้มีศักดิ์ในระดับใด กรณีนี้ต้องพิจารณาในเนื้อหาของประกาศดังกล่าวว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องได้กฎหมายลายลักษณ์อักษรใด ประกาศก็มีศักดิ์ใน

ระดับนั้น เช่น ประกาศที่ยกเลิกรัฐธรรมนูญ ย่อมมีศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ เพราะมีอำนาจยกเลิกรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁹⁴

ผลของศักดิ์ของกฎหมาย จะมีผลทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเป็นกฎหมายแม่บท ที่กฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าอาศัยอำนาจในการออกเป็นกฎหมาย จึงมีผลทำให้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ และจะออกกฎหมายเกินอำนาจที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไม่ได้ แต่หากกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันขัดหรือแย้งกัน ถือว่ากฎหมายที่ออกมาภายหลังยกเลิกเพิกถอนหรือเป็นการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกมาก่อน

กรณีกฎหมายจารีตประเพณีกับหลักกฎหมายทั่วไปจะมีศักดิ์ของกฎหมายอย่างไร ประเด็นนี้ต้องพิจารณาว่าเนื้อหาของกฎหมายจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีฐานะเทียบได้กับกฎหมายรูปแบบใดตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็มีศักดิ์ในระดับนั้น เช่น ธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญเนื้อหาเป็นเรื่องรัฐธรรมนูญ จึงมีศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ⁹⁵

2) ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ก) ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของประเพณีการปกครองฯ

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ในคำวินิจฉัยของ ดร.ชัยอนันต์ สมุทวณิช ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า “การพิจารณาหน้าที่ของบุคคลและการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสองและวรรคสาม จึงควรพิจารณาในบริบทของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับองค์พระมหากษัตริย์ และสถาบันพระมหากษัตริย์ทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วย มิใช่จะพิจารณาเฉพาะรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 แล้วตีความเพื่อดำเนินการตามกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวการยึดมั่นในหลักการพื้นฐานของประเพณีการปกครองดังกล่าว โดยหลักการพื้นฐานนี้มีระดับความสำคัญเหนือกว่าบทบัญญัติมาตรา 68 ...” และจากคำวินิจฉัยของ นายปรีชา เถลิทวิชัย ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยเดียวกัน ว่า “ในกรณีนี้จึงจะใช้หรือตีความบทบัญญัติ มาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือกฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมิได้” จึงเป็นการนำประเพณีการปกครองมาบังคับใช้แก่กรณีในฐานะที่เป็นกฎหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเพณีการปกครองฯ ซึ่งได้รับบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมาย และมีลำดับศักดิ์ของกฎหมาย

⁹⁴ เรื่องเดียวกัน , หน้า 46.

⁹⁵ เรื่องเดียวกัน , หน้า 45.

เทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองให้ประเพณีการปกครองเป็นบทบัญญัติที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น เป็นการทำให้ประเพณีการปกครองนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งการที่ศาลจะนำมาใช้ ศาลก็ต้องวินิจฉัยตีความเสียก่อนว่า แนวทางปฏิบัติใดเป็นประเพณีการปกครองหรือไม่ และคำพิพากษาของศาลก็จะ เป็นแนวบรรทัดฐานในการพิจารณา และหากองค์กรที่ตีความนั้นเป็นศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษา ศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมผูกพันองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ นั้นให้ต้องปฏิบัติตาม

ข) ลำดับศักดิ์ทางกฎหมายของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในที่นี้หมายถึง จารีตประเพณีที่ยังมิได้ถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพราะจารีตประเพณีใดก็ตามเมื่อถูกนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ย่อมกลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จารีตประเพณีในที่นี้จึงหมายถึง แบบอย่างของความประพฤติ ซึ่งประชาชนทั่วไปนิยมปฏิบัติตามกันมานาน จนเป็นที่ยอมรับกันว่า มีความศักดิ์สิทธิ์เสมอด้วยกฎหมาย แต่การที่ศาลจะนำจารีตประเพณีไปใช้นั้น ย่อมแตกต่างกับการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่บ้าง⁶ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่ยังมิได้มีการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรจึงเป็นจารีตประเพณีที่ไม่เป็นกฎหมาย ดังนั้นจึงไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย

2.2. สถานะสภาพบังคับเมื่อพิจารณาถึงการได้มาซึ่งกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ

กฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศคือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งในบางยุคสมัยก็ได้มาด้วยการปฏิวัติรัฐประหาร บางสมัยก็ร่างมาจากตัวแทนของประชาชน ซึ่งลักษณะของการได้มาซึ่งรัฐธรรมนูญ ก็แสดงให้เห็นถึงสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงเวลานั้น

สถานภาพของรัฐธรรมนูญไทย ตั้งแต่ 2475-2535

⁶ ประคอบ หุตะสิงห์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพ : โรงพิมพ์อักษรสาสน์ ,2513), หน้า 50,52.

| ฉบับที่ | ชื่อ / พ.ศ. | ที่มา / สาเหตุ | เหตุที่เลิกใช้ |
|---------|---|---|--|
| 1 | พ.ร.บ.ธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว 2475 | คณะราษฎร / เปลี่ยนแปลงการปกครอง | นำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมาใช้ |
| 2 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม 2475 | กรรมการร่างรัฐธรรมนูญของคณะราษฎร / ใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว | ล้าสมัยไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศ |
| 3 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2489 | กรรมาธิการวิสามัญ / ร่างใหม่ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศ | รัฐประหาร พ.ศ. 2490 |
| 4 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว 2490 | คณะรัฐประหาร 2490 / ใช้ยึดอำนาจการปกครอง | นำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมาใช้แทน |
| 5 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2492 | สภาร่างรัฐธรรมนูญ / ใช้แทนฉบับชั่วคราว | รัฐประหาร พ.ศ. 2494 |
| 6 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 | คณะบริหารประเทศชั่วคราว / ใช้เพื่อยึดอำนาจการปกครอง | รัฐประหาร 16 ก.ย. 2500 |
| 7 | ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2502 | คณะปฏิวัติ / ใช้เพื่อยึดอำนาจการปกครอง | นำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมาใช้แทน |
| 8 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2511 | สภาร่างรัฐธรรมนูญ / ใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว | รัฐประหาร 17 พ.ย. 2514 |
| 9 | ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2515 | คณะรัฐประหาร / ใช้เพื่อยึดอำนาจการปกครอง | เปลี่ยนแปลงคณะรัฐบาลเนื่องจากวันมหาวิปโยค 14 ต.ค. 2516 |

| | | | |
|----|-----------------------------------|---|---|
| 10 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2517 | กรรมการร่างรัฐธรรมนูญ / มอบรัฐธรรมนูญให้ประชาชนตามข้อเรียกร้อง | รัฐประหาร 6 ต.ค. 2519 |
| 11 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2519 | คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน / ใช้เพื่อพัฒนาประชาธิปไตย | รัฐประหาร 21 ต.ค. 2520 |
| 12 | ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2520 | คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน / ใช้เพื่อเร่งรัดพัฒนาประชาธิปไตยให้เร็วขึ้น | นำรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมาใช้ |
| 13 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2521 | สภานิติบัญญัติแห่งชาติ / ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับเก่า | รัฐประหาร 23 ก.พ. 2534 |
| 14 | ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร 2534 | คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ / ใช้เพื่อยึดอำนาจการปกครองและร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ | เจตนาใช้ชั่วคราวและใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทน |
| 15 | รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2534 | สภานิติบัญญัติแห่งชาติ / เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับเก่า | ใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 |

ที่มา : เชาวนะ ไตรมาส , ขอดีคดีรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : บริษัท เอคิสันเพรส โปรดักส์ จำกัด, 2540) , หน้า 12-14.

รัฐธรรมนูญฉบับที่ 16 คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ซึ่งได้มาจากการสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญที่ได้รับเลือกมาจากรัฐสภา เป็นบุคคลมาจากหลายสาขาอาชีพ เพื่อร่างรัฐธรรมนูญให้มีความสอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตยให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย และยังคงใช้อยู่ในปัจจุบัน

2.2.1. รัฐธรรมนูญที่ได้มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร

2.2.1.1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญที่ได้มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร

ตั้งแต่ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ ตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อปี พ.ศ. 2475 จากประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ เป็นกฎหมายที่ถูกยกเลิกโดยการปฏิวัติรัฐประหารซึ่งวิธีการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเมื่อคณะรัฐประหารตั้งคณะรัฐบาลแล้ว ก็จะออกรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับแทนฉบับที่ยกเลิก ได้แก่

1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475

เดิมประเทศไทยปกครองด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต่อมาคณะราษฎรซึ่งประกอบด้วย ทหารบก ทหารเรือ และพลเรือน ได้ร่วมกันยึดอำนาจเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตย เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 รัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่คณะราษฎรเป็นผู้ร่างขึ้นและนำขึ้นทูลเกล้าฯถวายพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ประกาศใช้เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีทั้งหมด 39 มาตรา ได้วางรากฐานการปกครองเป็นครั้งแรก โดยได้กำหนดให้ประเทศไทยมีรัฐสภา เป็นสภาเดียว คือ สภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้ได้พยายามวางรากฐานให้สมาชิกสภาผู้แทนมาจากการเลือกตั้ง โดยเริ่มแรกผู้แทนราษฎรมาจากการแต่งตั้งของคณะราษฎร และต่อมาก็ให้มีสมาชิกสองประเภท โดยประเภทหนึ่งมาจากการเลือกตั้ง ส่วนอีกประเภทหนึ่งยังคงเป็นสมาชิกที่อยู่ในตำแหน่งอยู่แล้ว และต่อมาระยะสุดท้ายให้ผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ตรงนี้จึงเป็นการวางแนวความคิดว่าผู้แทนราษฎรจะต้องมาจากการเลือกตั้ง ซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย และรัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้มีรัฐมนตรีขึ้น ซึ่งในขณะนั้นเรียกว่าคณะกรรมการราษฎร ประกอบด้วยประธานกรรมการราษฎร ซึ่งความหมายก็คือ นายกรัฐมนตรี และกรรมการราษฎร ซึ่งก็คือรัฐมนตรี ซึ่งกลไกการปกครองตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้อำนาจรัฐสภาสามารถถอดถอนรัฐมนตรีได้ โดยที่คณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจยุบสภา

การบัญญัติไม่ให้คณะรัฐมนตรีไม่มีอำนาจยุบสภาเป็นการทำให้คณะรัฐมนตรี ไม่มีกลไกใด ๆ ในการถ่วงดุลอำนาจกับรัฐสภา จึงอาจทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ และรัฐสภาก็จะควบคุม

ตรวจสอบรัฐบาลจากรัฐบาลไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินได้เต็มที่ แต่จะต้องคอยตอบกระทู้ของ รัฐสภา แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ใช้เพียงชั่วคราว เพียง 5 เดือน 12 วัน เท่านั้น

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2490

คณะรัฐประหาร 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 ยกเลิก รัฐธรรมนูญ 2489 นำโดย พลโท ผิน ชุณหะวัณ เป็นผู้ร่างและประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490 รัฐธรรมนูญนี้ได้รับการขนานนามว่า “รัฐธรรมนูญใต้ตุ่ม” เนื่องจากก่อนรัฐประหาร พลโท หลวงกาจสงคราม (กาจ เก่งระดมยิง) หนึ่งในคณะรัฐประหารได้ร่างขึ้นแล้วกลัวว่าจะมีใครไปพบจึงนำไปซ่อนใต้ตุ่มน้ำที่บ้าน

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีบทบัญญัติว่า รัฐมนตรีจะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำ ให้รัฐสภามีสองสภา คือวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร โดยมีสมาชิกจำนวนเท่ากันทั้งสองสภา โดยสมาชิกวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง และไม่ห้ามข้าราชการประจำเป็นสมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งจากประชาชน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังได้มีบทบัญญัติให้มีคณะอภิรัฐมนตรี เพื่อถวายคำปรึกษาต่อพระมหากษัตริย์หรืออาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งในปัจจุบันตำแหน่งนี้เป็นที่รู้จักกันว่า องคมนตรี ในรัฐธรรมนูญ 2492 และได้บัญญัติให้มีวุฒิสภา ซึ่งก็เป็นการเปลี่ยนแปลงมาจาก พฤษสภา และยังให้อำนาจพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งและถอดถอนคณะรัฐมนตรีได้ และมีพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบทเฉพาะกาล เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2490 โดยกำหนดอนุญาตให้พระบรมวงศานุวงศ์สมัครรับเลือกตั้งได้ นั้น เป็นการกำหนดบทบัญญัติที่ขัดต่อประเพณีการปกครองที่ถือว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป อยู่ในสถานะที่อยู่เหนือการเมือง และเป็นกลางทางการเมือง ซึ่งอาจทำให้เกิดความสงสัยในสถานะความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ที่จะมีผลต่อความเคารพนับถือของประชาชนด้วยการปรีชาราชการแผ่นดินระหว่างพระมหากษัตริย์และรัฐบาลก็อาจทำให้รัฐบาลไม่มั่นใจว่าพระองค์ทรงเป็นกลางทางการเมืองและทรงมีพระราชดำริเข้าข้างพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาลของพระองค์หรือไม่

3) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502

ธรรมนูญการปกครองนี้ได้มีภายหลังจากการล้มอำนาจของ จอมพล ป.พิบูลสงคราม เมื่อ พ.ศ. 2500 แต่ขณะนั้นยังมีได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ 2475 แก้ไขเพิ่มเติม 2495 ในทันที แต่ให้

บังคับใช้ต่อไป โดยจอมพล สฤษดิ์ ได้สร้างพรรคชาติสังคมขึ้น แต่ต่อมาเกิดความยุ่งยากทางการเมืองขึ้น จึงทำการปฏิวัติในวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ธรรมนูญการปกครองนี้ คณะปฏิวัติ 20 ตุลาคม 2501 โดยจอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้มอบหมายให้คณะกรรมการร่างขึ้นและประกาศใช้เมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2502

ธรรมนูญการปกครองนี้ไม่กำหนดให้มีการเลือกตั้ง และไม่มีพรรคการเมือง มีสภาเดียวคือ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีสมาชิกที่เกือบทั้งหมดเป็นข้าราชการประจำมาจากการแต่งตั้ง ธรรมนูญนี้ได้แยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติออกจากกันอย่างเด็ดขาด ซึ่งโดยปกติประเทศไทยจะใช้การแบ่งแยกอำนาจแบบไม่เด็ดขาด ที่ในระบบประชาธิปไตยรัฐสภาสามารถควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลได้ แต่ในกฎหมายนี้ไม่อนุญาตให้สภาร่างรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการควบคุมรัฐบาล จึงเพียงแต่ทำหน้าที่นิติบัญญัติเท่านั้น

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้ การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีกระทำโดยประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ นายกรัฐมนตรียังมีอำนาจเหนือกฎหมายเหนือตุลาการที่จะสั่งลงโทษได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตุลาการ หรือใช้อำนาจสั่งการต่าง ๆ ได้อย่างเป็นอำนาจพิเศษ ตามมาตรา 17 โดยมีเหตุผลที่อ้างว่าเพื่อประโยชน์ในการระงับและปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ การบัญญัติไว้กว้าง ๆ เช่นนี้จึงเป็นการริดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก ซึ่งไม่สอดคล้องกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และการใช้อำนาจพิเศษของนายกรัฐมนตรีนี้เอง ก็ได้กลายเป็นแนวทางปฏิบัติที่ผู้ยึดอำนาจในสมัยต่อมาเอาอย่าง เป็นผลทำให้เป็นการสานต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และทำให้การปกครองแบบเผด็จการรวมอำนาจ (นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ) ไว้ที่คน ๆ เดียว เป็นสิ่งที่เกี่ยวพันกับการพัฒนาการทางการเมืองการปกครองไทยที่มีผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศให้มีลักษณะอำนาจนิยมอีกด้วย และ ด้วยเหตุที่ธรรมนูญการปกครองนี้เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติมาตราเพียง 20 มาตรา บทบัญญัติต่าง ๆ จึงไม่ครอบคลุมแก่กรณีที่เกิดขึ้น จึงใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นบทบัญญัติที่ให้แก่กรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย และบทบัญญัตินี้ก็เป็นแบบอย่างที่ได้รับการบัญญัติไว้ทุกครั้งเมื่อมีการยึดอำนาจและประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร และปรากฏว่าธรรมนูญฉบับนี้ได้อายุการใช้ยาวนาน ถึง 9 ปี 4 เดือน

4) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515

คณะปฏิวัติ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 โดยการนำของจอมพลถนอม กิตติขจร ได้ยกเลิก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 แล้วมอบหมายให้คณะกรรมการร่างขึ้นและ ประกาศใช้เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2515

ธรรมนูญฉบับนี้ได้สานต่อแนวความคิดและอำนาจตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 โดยมีการเอาอำนาจพิเศษของนายกรัฐมนตรี ตาม มาตรา 17 มาใช้ด้วย โดยนายกรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภาไม่ได้ โดยกำหนดให้มีสภาเดียว คือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งสมาชิก มาจากการแต่งตั้งเช่นเดียวกัน ซึ่งประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้มีอำนาจลงนามรับสนอง พระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี แต่สภานิติบัญญัติไม่มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมาย เพราะอำนาจนี้เป็นอำนาจของรัฐบาล สภานิติบัญญัติมีอำนาจเพียงพิจารณาร่างกฎหมายเท่านั้น

จึงอาจกล่าวได้ว่าธรรมนูญฉบับนี้ได้เอาแบบอย่างจากธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2502 ที่มีการ วิจารณ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน ด้วยการใช้อำนาจพิเศษและรวบอำนาจแบบเบ็ดเสร็จ กลายเป็นแบบอย่างที่ธรรมนูญฉบับนี้อออย่าง แต่ธรรมนูญฉบับนี้ก็มียาวเพียง 1 ปี 9 เดือน

5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519

คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน 6 ตุลาคม 2519 ภายใต้การนำของ พล.ร.อ.สงัด ชลออยู่ ได้ ยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2517 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เมื่อ 22 ตุลาคม 2519 ซึ่งมีเพียง 29 มาตรา และ พล.ร.อ.สงัด ชลออยู่ เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเพียงสภาเดียว มีบทบัญญัติให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีในมาตรา 21 แต่นายกรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภาและเป็นข้าราชการประจำไม่ได้ แต่ไม่ห้ามข้าราชการประจำเป็นสมาชิกสภา โดยมีประธานสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเป็นผู้เสนอแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญนี้เป็นรัฐธรรมนูญที่มีการกำหนด การพัฒนาการปกครองไว้เป็นขั้นตอน 3 ขั้นตอน โดยในขั้นแรกให้สมาชิกสภาจากการแต่งตั้ง ขั้นที่สองให้มีสองสภา คือสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง และลดอำนาจวุฒิสภาในระยะสุดท้าย โดยมีความมุ่งหวังว่าหากประชาชนเข้าใจในระบอบ ประชาธิปไตยเพียงพอก็จะให้ยกเลิกวุฒิสภา นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้มีสภาที่ปรึกษาของนายกรัฐมนตรีอีกด้วย ซึ่งต่อมาก็มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติของ พล.ร.อ.สงัด ชลออยู่ เมื่อ 21

ตุลาคม 2520 ทั้งที่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการวางหลักการพัฒนาระบบประชาธิปไตยเป็นขั้นตอน ซึ่งใช้เพียงปีเดียวก็ถูกยกเลิก

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้เป็นรัฐธรรมนูญอีกฉบับหนึ่งที่ได้พยายามพัฒนาทางการเมืองในส่วนที่เกี่ยวกับองค์นิติบัญญัติ และกำหนดห้ามมิให้นายกรัฐมนตรีเป็นข้าราชการประจำ ซึ่งนับว่าเป็นส่วนที่ดีต่อระบอบการปกครอง เพราะเมื่อนายกรัฐมนตรีเป็นข้าราชการประจำแล้ว ก็อาจทำให้มีการรวบอำนาจทั้งในทางการเมืองและอำนาจข้าราชการประจำ และนายกรัฐมนตรีก็จะเข้าควบคุมอำนาจข้าราชการและใช้อำนาจเอื้อประโยชน์แก่ตนเองได้ แต่อย่างไรก็ตามก็ยังมีกรให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีที่ยังเป็นขัดต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอยู่

6) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520

คณะปฏิวัติ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2520 โดย พล.ร.อ.สัจจ ชลช้อย ได้ยกเลิกรัฐธรรมนูญ 2519 และ มอบหมายให้คณะกรรมการชุดหนึ่งกร่างขึ้นและประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 โดย พล.ร.อ.สัจจ ชลช้อย ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิวัติได้เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

ธรรมนูญนี้ได้กำหนดให้มีสภาเดียว คือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเป็นสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้ง โดยมีสภานโยบายแห่งชาติเป็นผู้เสนอ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วผู้เสนอที่แท้จริงก็คือหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ได้ทำการยึดอำนาจนั่นเอง แม้ว่านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภาในขณะเดียวกันไม่ได้ แต่ก็ได้กำหนดให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจพิเศษ ตามมาตรา 27 ซึ่งรับเอาแบบอย่างจากธรรมนูญการปกครองฉบับแรก พ.ศ. 2502 ที่นอกจากจะให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีแล้ว สภานิติบัญญัติยังเป็นสภาที่ไม่มีอำนาจในการควบคุมฝ่ายรัฐบาล ที่จะเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรี ไม่มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมาย รัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภาไม่ได้และอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายเป็นอำนาจของรัฐบาลเท่านั้น และไม่มีกำหนดห้ามข้าราชการประจำที่จะดำรงตำแหน่งทางการเมือง

อำนาจในการเสนอแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นอำนาจของสภานโยบายแห่งชาติ ที่ธรรมนูญนี้ได้กำหนดให้มีขึ้นมา ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วผู้ที่เข้าไปมีอำนาจในตำแหน่งประธานและรองประธานก็คือบุคคลในคณะปฏิวัตินั่นเอง ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจะต้องได้รับการปรึกษาและได้รับความเห็นชอบจากสภานโยบายแห่งชาติเสียก่อน จากบทบัญญัติธรรมนูญฉบับดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการตั้งให้มีสภานโยบายแห่งชาตินั้นเป็นการตั้งขึ้นเพื่อรองรับอำนาจของคณะปฏิวัติเพื่อที่จะยังคงรักษาอำนาจของตนเองและพวกพ้องให้คงอยู่ในอำนาจต่อไป อันเป็นการทำให้อำนาจที่ได้มาโดยไม่ชอบธรรม ของคณะปฏิวัติกลายมาเป็นอำนาจที่ชอบธรรม ชอบด้วย

กฎหมาย และทำให้อำนาจที่ได้มาโดยไม่ชอบนี้เคลื่อนกลืนเข้ากับกฎหมาย มีผลทำให้โครงสร้างและลักษณะของกฎหมายสูงสุดของประเทศถูกกำหนดขึ้นเพื่อตอบสนองบุคคลเพียงบางกลุ่มเท่านั้น

7) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534

คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) 23 กุมภาพันธ์ 2534 นำโดย พล.อ.สุนทร คงสมพงษ์ ได้ทำการยึดอำนาจจากรัฐบาล พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ แล้วได้นำร่างธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ทูลเกล้าถวายพระมหากษัตริย์ และประกาศใช้เมื่อ 1 มีนาคม 2534

ธรรมนูญฉบับนี้ให้อำนาจกับประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติเหนือนายกรัฐมนตรี การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยไม่ผ่านความเห็นชอบของประธานและสภา ร.ส.ช. จะกระทำมิได้ ซึ่งคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติมีอำนาจร่วมกับคณะรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายได้ ซึ่งสังเกตได้ว่ามีลักษณะกำหนดให้มีองค์กรหนึ่งขึ้นมาควบคุมการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี เช่นเดียวกับ ธรรมนูญการปกครอง 2520 ที่องค์กรที่เข้ามาควบคุมคณะรัฐมนตรีนั่นก็คือ คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาตินั่นเอง ธรรมนูญการปกครองฉบับนี้จึงไม่มีส่วนต่างจาก ธรรมนูญ 2520 ในส่วนที่เกี่ยวกับการพยายามรักษาอำนาจของผู้ยึดอำนาจเลย

นอกจากนี้ธรรมนูญยังกำหนดให้มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพียงสภาเดียว สมาชิกสภาจากการแต่งตั้ง โดยให้มีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมาย และยังมีบทบัญญัติให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีโดยเป็นอำนาจร่วมกับประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ตามมาตรา 27 ซึ่ง ธรรมนูญ 2534 มีบทเฉพาะกาลที่ให้อำนาจวุฒิสภาเป็นอย่างมาก และกำหนดให้นายกรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องมาจาก ส.ส. ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการสามารถแต่งตั้งรัฐมนตรีคนนอกที่สามารถเข้ามาบริหารประเทศได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตย และหากบุคคลในคณะ ร.ส.ช. จะเข้ามาบริหารประเทศก็ถือได้ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายแล้ว

การยึดอำนาจของ คณะ ร.ส.ช. จึงเป็นอีกช่วงหนึ่งที่มีลักษณะเหมือนกับครั้งที่ผ่าน ๆ มา โดยการปฏิวัติยึดอำนาจในครั้งต่อ ๆ มานั้น จะมีตัวอย่างการใช้อำนาจจากการยึดอำนาจในอดีต แล้วนำมาเป็นแบบอย่างในการใช้อำนาจนั้น จะเห็นได้ว่าธรรมนูญการปกครองในระยะหลัง นอกจากจะยังคงรักษาอำนาจเดิมไว้ เช่น อำนาจพิเศษของนายกรัฐมนตรี แล้วก็ยังมียุติวิธีที่ทำให้พรรคพวกของตนเข้าสู่กระบวนการทางการเมืองการปกครองอีกด้วย เช่นการยังคงสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่ง

ชาติภายหลังจากการยึดอำนาจ เช่นเดียวกับการให้มีสถานโยบายแห่งชาติเพื่อรองรับอำนาจของคณะปฏิวัตินั่นเอง

2.2.1.2. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญที่มาจากการปฏิวัติ รัฐประหาร

เนื่องจากประเทศไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง ทำให้แนวทางปฏิบัติในลักษณะที่เป็นแบบอำนาจนิยมเข้ามามีอิทธิพลในวัฒนธรรมทางการเมือง ที่ประชาชนรู้สึกเคยชินกับการยึดอำนาจและเห็นว่าการเมืองการปกครองเป็นเรื่องไกลตัว ส่วนผู้ยึดอำนาจก็มักจะเป็นผู้นำทางทหาร ที่เห็นว่าการที่จะเข้าบริหารประเทศนั้น จะต้องใช้วิธีการยึดอำนาจ การรัฐประหารจึงกลายเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญที่เกิดเป็นความเคยชินในสังคม

ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญถูกยกเลิกโดยการรัฐประหารบ่อยครั้งนี้เอง ทำให้เกิดเป็นทางปฏิบัติที่มักเกิดขึ้นสำหรับการปกครองที่มาจาก การยึดอำนาจ ในอดีตนั้น เมื่อใกล้ระยะเวลาที่บทเฉพาะกาลจะหมดลง เช่นในปี พ.ศ. 2483 ซึ่งบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 จะหมดลงในปี พ.ศ. 2485 ก็ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อยืดเวลาของบทเฉพาะกาลออกไปอีก 10 ปี เป็นต้น หากมีการคัดค้านการกระทำดังกล่าว หรือในกรณีที่มีการใช้รัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรมากกว่าวุฒิสภา การห้ามมิให้ข้าราชการประจำดำรงตำแหน่งทางการเมืองในเวลาเดียวกัน การมีวุฒิสภาแต่ให้มาจากการเลือกตั้ง (เช่นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489) ก็จะมีการรัฐประหารเพื่อล้มเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ๆ (เช่นรัฐประหาร พ.ศ. 2490, 2491, 2515 และ 2519 เป็นต้น)⁹⁷

หากคณะทหารมีข้อจำกัดไม่สามารถล้มเลิกรัฐธรรมนูญได้ด้วยการรัฐประหาร ก็จะผลักดันให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อคงสภาพเดิมของการให้ข้าราชการประจำมีตำแหน่งและอำนาจทางการเมือง เพื่อปิดกั้นความเติบโตของนักการเมืองอาชีพที่มาจาก การเลือกตั้ง

การยกเลิกรัฐธรรมนูญ การยึดบทเฉพาะกาล หรือพยายามยึดบทเฉพาะกาล⁹⁸ ได้แก่

⁹⁷ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ปัญหาการพัฒนาทางการเมืองไทย, (กทม. : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 65.

⁹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67-8.

ก) สมาชิกภาพและคุณสมบัติของวุฒิสมาชิก หากรัฐธรรมนูญฉบับใดมีข้อห้าม ข้าราชการประจำดำรงตำแหน่งวุฒิสมาชิกพร้อม ๆ กันไปได้แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะมีอายุสั้น จะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเสมอ

ข) อำนาจของวุฒิสภา หากรัฐธรรมนูญฉบับใดให้อำนาจวุฒิสภาน้อย หรือไม่ทัดเทียมกับอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะมีอายุสั้น จะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเสมอ

ค) ข้าราชการประจำกับการดำรงตำแหน่งทางการเมือง หากรัฐธรรมนูญฉบับใดกำหนดให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องมาจากสภาผู้แทนราษฎร ก็จะต้องเป็น ส.ส. แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับนั้นจะมีอายุสั้น จะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงเสมอ

แนวทางของคณะปฏิวัติชุดต่าง ๆ ได้แก่ การยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ก่อนการปฏิวัติ ทำให้รัฐสภาซึ่งมีอยู่ต้องสิ้นสภาพไปโดยอัตโนมัติ คณะปฏิวัติมักจะตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาทำหน้าที่นิติบัญญัติแทนรัฐสภาเดิมที่ถูกล้มเลิกไป ในการปฏิวัติของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ องค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติ ได้แก่ สภาร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งตั้งขึ้นเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2501 มีสมาชิกที่ได้รับแต่งตั้งทั้งหมด 240 คน ในการปฏิวัติของจอมพลถนอม กิตติขจร ได้มีการจัดตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อเดือนธันวาคม พ.ศ. 2514 มีสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งทั้งหมด 299 คน คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินนั้น ได้มีการจัดตั้งสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. 2519 มีสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งทั้งหมด 340 คน⁹⁹

จากรัฐธรรมนูญที่ได้มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร จะมีจุดเด่นของรัฐธรรมนูญที่มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร คือ รัฐธรรมนูญที่นำมาใช้ในระบอบแรกจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มีบทบัญญัติมาตราสั้น ประมาณ 20-35 มาตรา โดยจะมีบทบัญญัติให้ใช้ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นประมุข ในการอุดช่องว่างกฎหมาย มีการให้อำนาจพิเศษแก่ฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นการรวบอำนาจแบบเผด็จการเบ็ดเสร็จ จนกระทั่งในสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ นิยมใช้คำกล่าวที่ว่า “ผมขอรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว” นั้นแสดงให้เห็นถึงการใช้อำนาจแบบเผด็จการของนายกรัฐมนตรี ที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ นอกจากนี้ยังกำหนดให้รัฐสภามีสภาเดียว สมาชิกมาจากการแต่งตั้ง ไม่ห้ามข้าราชการเป็นสมาชิกสภา แต่มักมีบทกำหนดห้ามนายกรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภา ซึ่งอาจเป็นเพราะในขณะที่มีการใช้อำนาจจากการรัฐประหารจึงไม่จำเป็นต้องมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้ง มีเพียงสมาชิกที่มาจากการแต่งตั้งโดยการเสนอชื่อของนายกรัฐมนตรีในทางปฏิบัติก็เพียงพอแก่การบริหารประเทศแล้ว และสภา

⁹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106-7.

มักจะไม่มีอำนาจในการเสนอกฎหมาย และในระยะหลังก็มักปรากฏการสานต่ออำนาจโดยการรับรองอำนาจของคณะปฏิวัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น สถาบันนโยบายแห่งชาติ หรือสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย อำนาจในการบริหารประเทศของนายกรัฐมนตรีก็จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาของผู้ยึดอำนาจที่ควบคุมนี้ด้วยเช่นกัน การบริหารประเทศในสมัยที่มีการยึดอำนาจในแต่ละสมัย หากรัฐธรรมนูญนั้นมีความเป็นประชาธิปไตยก็จะมีอายุสั้นกว่ารัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจคณะปฏิวัติรัฐประหาร และหากมีการตั้งรัฐบาลภายหลังการปฏิวัติ คณะรัฐประหารก็จะเป็นกลุ่มอำนาจที่เป็นผู้ใช้อำนาจที่แท้จริง โดยมีรัฐบาลเป็นผู้สนองนโยบายของคณะรัฐประหาร

2.2.2. รัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากตัวแทนประชาชน

รัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากตัวแทนประชาชน ตัวแทนประชาชน หมายถึง ผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่มาจากกระบวนการทางรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะความเป็นประชาธิปไตย ไม่ว่าจะเป็น สภาร่างหรือรัฐสภาที่ถือได้ว่าเป็นตัวแทนประชาชน

2.2.2.1. ความเป็นมาของรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากตัวแทนประชาชน

รัฐธรรมนูญที่สภาร่างรัฐธรรมนูญหรือสภาผู้แทนราษฎรจัดให้มีการยกร่างขึ้น ได้แก่

1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475

สภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญชั่วคราว มอบหมายให้คณะอนุกรรมการยกร่างขึ้นประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้รัฐมนตรีมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และกำหนดให้มีสภาเดียว มีการเปลี่ยนจากคณะกรรมการราษฎร เป็นคณะรัฐมนตรีตามความหมายในปัจจุบัน รัฐสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล สามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดว่า พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ซึ่งเป็นการกำหนดคดียกย่องพระมหากษัตริย์ให้ทรงมีพระราชสถานะที่อยู่เหนือการเมือง

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489

สภาผู้แทนราษฎรมอบหมายให้คณะกรรมการวิสามัญเป็นผู้ยกร่างขึ้นและประกาศใช้เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2489 รัฐธรรมนูญนี้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีบทบัญญัติแยกข้าราชการ

ประจำออกจากข้าราชการการเมือง โดยกำหนดไว้ว่า นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และสมาชิกรัฐสภา จะเป็นข้าราชการประจำไม่ได้ และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ถูกละเมิดโดยการปฏิวัติรัฐประหาร

รัฐธรรมนูญนี้กำหนดให้มีสภาสองสภา ประกอบด้วยวุฒิสภา ที่สมาชิกมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมผ่านทางผู้แทนตำบล และสภาผู้แทนราษฎร ที่สมาชิกมาจากการเลือกตั้ง ซึ่งสมาชิกสภาจะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำ และคณะรัฐมนตรีก็จะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำด้วยเช่นกัน นอกจากนี้รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้มีตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก และกำหนดแยกข้าราชการประจำออกจากข้าราชการการเมือง แต่ในที่สุดรัฐธรรมนูญก็ถูกรัฐประหาร และถูกยกเลิก เมื่อ 8 พฤศจิกายน 2490

3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492

สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่างและประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2492 เป็นรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้มีสองสภา ได้แก่วุฒิสภา ที่มาจากการแต่งตั้ง และสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้ง โดยกำหนดว่าบุคคลจะเป็นสมาชิกวุฒิสภาและเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะเดียวกันไม่ได้ ในการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา ประธานองคมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ มิใช่ให้นายกรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการอย่างในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งวุฒิสมาชิก ทั้งนี้เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภามีความเป็นกลางไม่ผูกพันกับฝ่ายการเมืองที่ได้เสนอตนเข้ามาเป็นสมาชิกสภา นอกจากนี้ยังได้กำหนดข้อจำกัดข้อห้ามของคุณสมบัติของสมาชิกสภาทั้งสอง เช่น สมาชิกสภาจะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำหรือเป็นผู้บริหารในหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานเอกชนใด และในการเข้าบริหารงานของคณะรัฐมนตรีได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีจะต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาก่อนที่จะเข้าบริหารประเทศ และขอความไว้วางใจจากสภาผู้แทนหลังจากที่ได้แถลงนโยบายแล้ว

4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495

สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่าง แต่คณะรัฐประหาร 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 เป็นผู้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2495 ซึ่งบทบัญญัติส่วนใหญ่ให้นำมาจากรัฐธรรมนูญฉบับ 2492 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้มีรัฐสภาเพียงสภาเดียวแต่มีสมาชิกสองประเภท โดยสมาชิกประเภทหนึ่งมาจากการเลือกตั้ง สมาชิกอีกประเภทหนึ่งมาจากการแต่งตั้ง มีการกำหนดว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย มิใช่แทนแต่เฉพาะผู้ที่เลือกตั้งตนขึ้นมา

5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511

รัฐธรรมนูญนี้เป็นฉบับที่สภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นผู้ร่าง และประกาศใช้เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2511 ซึ่งกำหนดให้มีวุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้ง โดยให้ข้าราชการประจำเป็นวุฒิสมาชิกได้ โดยให้สมาชิกภาพของวุฒิสมาชิกมีระยะเวลายาวนานกว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร คราวละหกปี นอกจากนี้ยังกำหนดห้าม มิให้นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะเดียวกัน ซึ่งก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะเข้าบริหารประเทศจะต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา แต่ไม่มีการลงมติความไว้วางใจ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้อำนาจวุฒิสมาชิกในการเสนอร่างพระราชบัญญัติได้ และให้อำนาจวุฒิสมาชิกลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้ แต่อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติวุฒิสภาไม่นิยมใช้อำนาจในการควบคุมรัฐบาลอยู่แล้ว นั่นอาจเป็นเพราะวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง จากการเสนอชื่อของนายกรัฐมนตรี

6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517

คณะรัฐมนตรีในขณะนั้นแต่งตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นชุดหนึ่ง เพื่อยกร่างและเสนอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติให้พิจารณา และได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2517 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ชื่อว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุดฉบับหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการร่างได้อาศัยแนวทางของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 รัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย โดยกำหนดให้มีสองสภา คือ วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งวุฒิสภามีอำนาจน้อยกว่าสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ให้อำนาจสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงมากกว่าสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการแต่งตั้ง และมีข้อกำหนดห้ามมิให้วุฒิสมาชิกหรือรัฐมนตรีเป็นข้าราชการประจำ นอกจากนี้ยังบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนต้องสังกัดพรรคการเมืองอีกด้วย

7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521

สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ และได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญนี้กำหนดให้มีบทเฉพาะกาล การบังคับใช้รัฐธรรมนูญจึงมีสองส่วนคือส่วนบทบัญญัติทั่วไปและบทเฉพาะกาล ซึ่งเป็นส่วนที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง การสังกัดพรรคการเมือง การใช้อำนาจของวุฒิสภา และการยอมให้ข้าราชการประจำดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้ เมื่อระยะเวลาที่กำหนดให้ใช้บทเฉพาะกาลถึงกำหนด 4 ปี นับตั้งแต่วันที่แต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา ก็เป็นการยกเลิกการใช้บทเฉพาะกาล ดังนั้น สมาชิกสภาต้องสังกัดพรรคการเมืองหลังยกเลิกบทเฉพาะกาลด้วย นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดให้รัฐสภามีสองสภา

คือสภาผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้ง และอีกสภาหนึ่งคือวุฒิสภามาจากการแต่งตั้ง และการเสนอร่างพระราชบัญญัติโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จะเสนอได้ก็ต่อเมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัด มีมติให้เสนอได้ และต้องมีสมาชิกสภาของพรรคการเมืองนั้นรับรอง

8) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534

สภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ได้รับการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ร.ส.ช.) ได้ยกร่างและประกาศใช้เมื่อ 9 ธันวาคม 2534 ซึ่งรัฐธรรมนูญนี้ยังคงใช้ระบบสองสภา และกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และห้ามมิให้รัฐมนตรีเป็นข้าราชการประจำ ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาสามารถตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีได้ และยังกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องยื่นบัญชีแสดงทรัพย์สินและหนี้สินเช่นเดียวกับรัฐมนตรี ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมหลายฉบับ โดยเฉพาะในฉบับที่ 6 นั้นมีการแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อปรับปรุงโครงสร้างทางการเมือง เนื่องจากในขณะนั้นมีกระแสการปฏิรูปทางการเมือง ให้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และได้กำหนดแนวทางการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในหมวด 12 โดยกำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจาก การเลือกตั้งในแต่ละจังหวัด และการจัดทำรัฐธรรมนูญจะต้องรับฟังความคิดเห็นของประชาชน

9) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

จากการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับของสภาร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ 2535 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ และประกาศใช้เมื่อ 11 ตุลาคม 2540 เป็นรัฐธรรมนูญที่มีกระบวนการและขั้นตอนการร่างรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยและให้ความสำคัญต่อความเห็นของประชาชน โดยการเปิดประชาพิจารณ์มากที่สุด เพราะสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากการแต่งตั้งดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในฐานะที่เป็นตัวแทนของแต่ละจังหวัด จังหวัดละหนึ่งคน และประกอบกับสมาชิกสภาร่างผู้เชี่ยวชาญร่วมกันยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย การเลือกตั้งเป็นหน้าที่ของประชาชน ซึ่งจากเดิมกำหนดไว้ให้เป็นสิทธิ ห้ามรัฐมนตรีเป็นข้าราชการประจำ มีการกำหนดห้ามรัฐมนตรีเป็น ส.ส. ในขณะเดียวกัน เพราะจะทำให้เกิดความลักลั่นในการปฏิบัติหน้าที่ และเพื่อป้องกันการลงมติไว้วางใจตัวเองเวลาที่ถูกรื้อถอนไม่ไว้วางใจในสภา และมีการกำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง โดยห้ามสมาชิกวุฒิสภาสังกัดพรรคการเมือง แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะ

ต้องสังกัดพรรคการเมือง ทั้งนี้เป็นเพราะวุฒิสภาเป็นสภาผู้ก่อกองร่างกฎหมายจึงต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง เพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่เข้าข้างรัฐบาลในการผ่านวาระกฎหมาย นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญอีกมากมาย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ฯลฯ

2.2.2.2. จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากตัวแทนประชาชน

รัฐธรรมนูญที่แสดงถึงความเป็นประชาธิปไตยมากที่สุด ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ในปี 2489, 2517 และรัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งจากการพิจารณารัฐธรรมนูญที่ผู้ร่างมาจากตัวแทนประชาชน หรือในบางยุคบางสมัยก็มาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายรัฐบาล หรือมาจากการเสนอของฝ่ายบริหาร แต่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงทำให้สมาชิกที่ได้รับเลือกตั้งมีความเป็นกลางและคำนึงถึงประโยชน์ตามที่ประชาชนได้เลือกตั้งมามากกว่าผลประโยชน์ของพรรคการเมืองกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด

รัฐธรรมนูญที่มีที่มาจากตัวแทนประชาชนเหล่านี้ จะมีลักษณะที่มิได้เป็นการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาดเหมือนในสมัยที่มีการปฏิวัติรัฐประหารที่สภาไม่มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายหรือไม่มีอำนาจในการควบคุมรัฐบาล ซึ่งรัฐธรรมนูญที่แสดงถึงความเป็นประชาธิปไตยนี้ มักจะกำหนดให้ใช้รูปแบบสภาสองสภา คือ สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา โดยให้สภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่ในการควบคุมการบริหารงานของรัฐบาลและเสนอร่างกฎหมาย ส่วนวุฒิสภามีหน้าที่เป็นสภาผู้เชี่ยวชาญ เป็นผู้ก่อกองร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎร ก่อนที่จะนำไปประกาศใช้เป็นกฎหมายตามกระบวนการนิติบัญญัติต่อไป ทั้งนี้สภาผู้แทนราษฎรจะเป็นสภาที่มีอำนาจเหนือกว่าวุฒิสภา ซึ่งคุณสมบัติประการหนึ่งของสมาชิกสภาทั้งสองคือ จะต้องไม่เป็นข้าราชการประจำเช่นเดียวกับคณะรัฐมนตรี ซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะต้องมีสังกัดพรรคการเมือง เพื่อประโยชน์ในการลงมติให้คะแนนเสียงมีเอกภาพ และมีระเบียบในการประชุมสภา ส่วนสมาชิกวุฒิสภาต้องเป็นกลางทางการเมือง เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาร่างกฎหมาย

เมื่อรัฐบาลจะเข้าบริหารประเทศก็จะต้องมีการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ซึ่งในบางครั้งรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตั้งแต่เริ่มแถลงนโยบาย ซึ่งเป็นผลทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ รัฐธรรมนูญบางฉบับจึงกำหนดมิให้รัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจ เพื่อให้โอกาสแก่รัฐบาลในการเข้าบริหารประเทศเสียก่อน ส่วนกรณีที่รัฐสภาต้องการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล รัฐบาลบางสมัยก็ใช้วิธีการยุบสภาเพื่อหลีกเลี่ยงการอภิปราย จึงมีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้รัฐบาลยุบสภาในขณะที่การอภิปรายไม่ไว้วางใจยังอยู่ในสภาซึ่งนับว่าเป็นการดำเนินการตามแบบการปกครองระบบ

รัฐสภาซึ่งทำให้เกิดการดุลและคานาที่ให้อำนาจผู้แทนราษฎรมีอำนาจในการควบคุมฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง

รัฐธรรมนูญที่มาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือตัวแทนประชาชน โดยรวมแล้วมักจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับสมาชิกสภาทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มีข้อกำหนดห้ามข้าราชการประจำเป็นข้าราชการการเมือง รัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกทั้งสองสภาไม่ได้ การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีจะต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร จึงอาจถือได้ว่าสิ่งที่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศที่มีการกำหนดไว้ต่อเนื่องกัน แม้ว่าบางครั้งอาจถูกแทรกด้วยการปกครองของผู้รัฐประหาร แต่เมื่อรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการร่างโดยผู้ร่างที่มาจากประชาชนหรือตัวแทนประชาชนแล้ว ก็จะมีการกำหนดประเพณีการปกครองดังกล่าวไว้เป็นหลักในการปกครอง

2.3. ผลของสภาพบังคับที่มีต่อสถาบันภายใต้รัฐธรรมนูญ

2.3.1. สภาพบังคับทางการเมือง

2.3.1.1. สภาพบังคับที่มีผลต่อสถาบันพระมหากษัตริย์

1) สภาพบังคับที่มีผลเป็นการเพิ่มพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ไม่ได้เป็นการจำกัดพระราชอำนาจนั้นมักจะสอดคล้องตามสถานการณ์ต่าง ๆ เช่น โดยปกติการเปิดประชุมสมัยสามัญจะมีพิธีเปิดประชุมตามรัฐธรรมนูญ ถ้าเป็นการเปิดประชุมสมัยวิสามัญ ไม่ต้องมีพิธีเปิดประชุม แม้ในรัฐธรรมนูญก็กำหนดไว้ให้กระทำเฉพาะสมัยสามัญเท่านั้น แต่ในการเปิดประชุมสมัยวิสามัญ วันที่ 1 มิถุนายน 2493 พระบาทสมเด็จพระปรเมนทรมหาอานันทมหิดลฯ ทรงพระกรุณาเสด็จพระราชดำเนินกระทำพิธีเปิดประชุมรัฐสภา¹⁰⁰ ซึ่งในพระราชดำรัสเปิดสมัยประชุมนั้น มักจะแทรกถึงการกระตุ่นการเตือน ให้รัฐบาล รัฐสภา ได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ภายใต้สถานการณ์ของชาติหรือของโลก นโยบายที่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารราชการ เป็นต้น

นอกจากนี้ในกรณีที่สถานการณ์ของประเทศไม่ปกติ เช่น การลุกฮือของประชาชน เพื่อโค่นอำนาจของรัฐบาลเผด็จการ และสถานการณ์ยังไม่คลี่คลาย และมีแนวโน้มว่าสถานการณ์อาจรุนแรงยิ่งขึ้น พระมหากษัตริย์ก็จะทรงพระราชทานพระบรมราชวโรกาสต่อนายกรัฐมนตรี ทรงมี

¹⁰⁰ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 678.

พระราชดำรัสตักเตือน ปรีกษา หาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น กรณีเหตุการณ์ การรวมกลุ่มของประชาชนในการขับไล่ จอมพลถนอม กิตติขจร ออกจากอำนาจและเรียกร้องรัฐธรรมนูญ จนเกิดเหตุรุนแรงขึ้นเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 นั้น ทรงเป็นที่มาของการแก้ไขปัญหาและทำให้ปัญหาคลี่คลาย โดยในขณะนั้น เป็นผลให้จอมพลถนอม กิตติขจร ตัดสินใจลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงมีกระแสพระราชดำรัสทางโทรทัศน์ ประกาศแต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีด้วยพระองค์เอง ต่อมาในวันนั้นเอง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ได้ปรากฏตัวทางโทรทัศน์ และให้สัญญากับประชาชนว่าจะร่างรัฐธรรมนูญให้เสร็จภายใน 6 เดือน และจะจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วประเทศโดยเร็ว¹⁰¹

อีกเหตุการณ์หนึ่ง สมัยเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 เกิดกระแสประชาชนไม่ยอมรับ นายกรัฐมนตรีคนนอกที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง โดย พล.อ.สุจินดา คราประยูร เป็นนายกรัฐมนตรี มีกระแสต่อต้านจากประชาชน และมีการรวมกลุ่มผู้ชุมนุม โดยประชาชนเรียกร้องให้นายกรัฐมนตรีลาออกจากตำแหน่ง แต่นายกรัฐมนตรีขณะนั้นไม่ยอมลาออก จนเกิดความรุนแรงขึ้นในวันที่ 23 พฤษภาคม 2535 เมื่อเผชิญกับการต่อสู้อย่างไม่หยุดยั้งของประชาชน รัฐบาลจึงจำเป็นต้องยอมผ่อนปรนเพื่อสลายการประท้วง ดังนั้น พล.อ.สุจินดา จึงต้องพา พล.ต.จำลอง เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เพื่อให้เป็นตัวกลางในการไกล่เกลี่ย หลังจากนั้นก็ได้มีการแพร่ภาพจากการเข้าเฝ้าให้ประชาชนทั่วประเทศ และขอร้องให้เลิกชุมนุม เมื่อเป็นเช่นนี้การชุมนุมทั้งที่มหาวิทยาลัยรามคำแหง และที่จังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศก็ยุติลงในวันที่ 22 พฤษภาคมนั้นเอง¹⁰² เป็นที่ทราบกันในขณะ ที่ พล.อ.สุจินดา คราประยูร ได้เข้าเฝ้าในหลวง ว่าทรงมีพระราชดำรัสบางประการ และต่อมานายกรัฐมนตรีจึงขอลาออกจากตำแหน่ง และเดินทางไปต่างประเทศในเวลาต่อมา

กรณีที่เป็นการเพิ่มพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะสังเกตได้ว่าเป็นกรณีที่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มิได้มีการจำกัดไว้ตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นพระราชอำนาจที่ทรงมีมาแต่เดิม ในทางวิชาการถือว่าเมื่อมีเหตุการณ์ที่ไม่ปกติ อำนาจในการปกครองนั้นจะกลับคืนสู่พระองค์ ในฐานะที่เป็นประมุขของประเทศ ซึ่งสถานการณ์ต่าง ๆ นี้ก็แสดงให้เห็นถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่มีเหนือกว่าเวลาที่บ้านเมืองปกติ

2) สภาพบังคับที่มีผลจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

¹⁰¹ วิภาลัย ชีระชัย, “60 ปีประชาธิปไตย” ชาญวิทย์ เกษตรศิริ (บรรณาธิการ), รัฐธรรมนูญไทย 2475-2534 (กรุงเทพ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 36.

¹⁰² สุชาชัย ยิ้มประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย, หน้า 52.

กรณีนายกรัฐมนตรีถึงแก่กรรมขณะดำรงตำแหน่ง เมื่อวันที่ 8 ธันวาคม 2506 จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ถึงอสัญกรรม ณ โรงพยาบาลพระมงกุฎเกล้า ในวันนั้นเอง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โปรดเกล้าฯ ให้ประธานสภาเข้าเฝ้า ณ พระที่นั่งจักรีดิศดาร โทฐาน เกี่ยวกับเรื่องให้ผู้สมควรจะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต่อไป ครั้นแล้วประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง พลเอก ถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี¹⁰³ ซึ่งในกรณีนี้ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ประชุมหารือสมาชิกเป็นการภายใน เพื่อเลือกสรรตัวผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เหมือนเช่นที่เคยปฏิบัติมาในขณะที่ยังไม่มีพรรคการเมือง แต่พระมหากษัตริย์ก็ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามที่ประธานสภาร่างรัฐธรรมนูญเสนอ

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์จะต้องทรงแต่งตั้งบุคคลตามที่ได้รับสนองพระบรมราชโองการเสนอ การใช้พระราชอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญถวายให้ เป็นการถวายเพื่อทรงเป็นพระเกียรติยศในฐานะประมุขของรัฐ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว พระองค์มิได้มีพระราชอำนาจเป็นการส่วนพระองค์ แต่อย่างใด

3) สภาพบังคับที่มีผลต่อแนวทางปฏิบัติขององค์กรอื่น

เมื่อพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีราชบันทึกเรื่องเค้าโครงเศรษฐกิจหรือสมุดปกเหลืองของหลวงประดิษฐมนูธรรมว่าไม่เหมาะสมกับประเทศไทย เมื่อมีพระราชกระแสรับสั่งมาเช่นนี้ และพระยามโนฯเองก็เห็นด้วยกับพระบรมราชวินิจฉัยเช่นนั้น ก็เกิดความวุ่นวายภายในสภา เพราะมีทั้งผู้เห็นด้วย ที่เป็นลูกศิษย์ของหลวงประดิษฐ์ และฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับเค้าโครงเศรษฐกิจ พอสภาเลิกประชุม พระยามโนฯ ก็เรียกประชุมคณะรัฐมนตรีด่วน ร่างกฤษฎีกาปิดประชุมสภาทันที พร้อมกันนั้นก็ประกาศงดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา และยุบคณะรัฐมนตรีเสียทั้งหมด ติดตามออกไปด้วยกฎหมายปราบคอมมิวนิสต์ และหลังจากนั้น ได้มีประกาศของคณะรัฐบาลติดตามออกมาว่าหลวงประดิษฐ์ฯ จะเดินทางไปศึกษาต่อที่ปารีส โดยรัฐบาลจะสมนาคุณให้ ปีละพันปอนด์ ในฐานะที่เป็นผู้มีบุญคุณแก่ประเทศชาติ แต่เบื้องหลังนั้น ใคร ๆ ก็รู้ว่าหลวงประดิษฐ์ ถูกเนรเทศ เพราะเหตุแผนเศรษฐกิจที่เขาสร้างขึ้นนั่นเอง¹⁰⁴

ในเหตุการณ์ที่มีการเสนอร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากทั้งสองสภา เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย แต่พระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งอย่างไม่เป็นทางการนั้น ก็เป็นหน้าที่ที่ผู้

¹⁰³ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 957.

¹⁰⁴ กลุ่มนักเขียนและนักหนังสือพิมพ์, บันทึกเชิงประวัติศาสตร์ 43 ปี เมื่อมวลชนเป็นใหญ่ในสยาม, หน้า 63.

เสนจะต้องนำกระแสพระราชดำรินั้นมาปรึกษากับคณะรัฐบาลเสียก่อน เมื่อตรัสทรงรอบคอบแล้ว จึงเสนอให้ทรงลงพระปรมาภิไธยอีกครั้งหนึ่ง

2.3.1.2. สภาพบังคับที่มีผลต่อสถาบันทางการเมือง

1) องค์กฤษฎบัญญัติ

ก) สภาพบังคับที่มีผลต่อการประชุมสภา

หลังจากที่ได้มีการประชุมร่วมกันระหว่างวุฒิสภาครั้งแรก เมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2522 เพื่อเลือกประธานและรองประธานของสภาทั้งสองปรากฏว่า พลอากาศเอกหะริน หงสกุล ได้รับเลือกให้ดำรงตำแหน่งประธานวุฒิสภาซึ่งเป็นประธานรัฐสภาโดยตำแหน่งด้วย ต่อมาในวันที่ 10 พฤษภาคม 2522 สถานีวิทยุกระจายเสียงได้ประกาศขอเชิญประชุมรัฐสภาเป็นการภายใน ในวันศุกร์ที่ 11 พฤษภาคม 2522 นั้น เพื่อให้มีการชวเสียงเลือกนายกรัฐมนตรี ได้มีการอภิปราย นายบุญเท่ง ทองสวัสดิ์ ประธานสภาผู้แทนราษฎร กล่าวว่า “การประชุมครั้งนี้คงจะมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาประชุมกันน้อย เนื่องจากสมาชิกสภาผู้แทนฯ เหล่านั้นกลับภูมิลำเนาทั้งหมด เกี่ยวกับวิธีการเรียกประชุมนั้น นายบุญเท่ง ชี้แจงว่า โดยมารยาทควรจะบอกล่วงหน้า การเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อชวเสียงเลือกนายกรัฐมนตรี พลอากาศเอกหะรินทำไม่คิดแต่จะเหมาะสมหรือไม่เป็นเรื่องที่พลอากาศเอกหะรินจะต้องรับผิดชอบ”¹⁰⁵

นายบัญญัติ บรรทัดฐาน พรรคประชาธิปัตย์ กล่าวว่า “การเรียกประชุมต้องแจ้งอย่างน้อย 3 วัน จึงเป็นเงื่อนไขทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนฯ มาไม่ทัน แล้วมติที่จะเป็นไปตามต้องการ

ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช พรรคกิจสังคม กล่าวว่า “การเรียกประชุมครั้งนี้เป็นการไม่ถูกต้องข้อบังคับมีความสำคัญเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญ หากกระทำครั้งนี้ได้ ครั้งต่อไปก็ทำได้”

นายสมัคร สุนทรเวช พรรคประชากรไทย กล่าวว่า “เป็นการเอาเปรียบกันด้วยการฉกฉวยโอกาส เรียกประชุมทั้ง ๆ ที่รู้ว่าจะมีสมาชิกสภาผู้แทนฯ มาไม่ครบจำนวนก็ตาม”¹⁰⁶

¹⁰⁵ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 20 (11-17 พฤษภาคม, 2522) : 533.

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 534.

ผลการประชุมปรากฏว่ามีสมาชิกมาประชุมเพื่อชาวเสียงเลือกนายกรัฐมนตรีก้นน้อย โดยมีผู้มาประชุมซึ่งเป็นสมาชิกจากทั้งสองสภา จำนวน 349 คน จากจำนวนทั้งหมด 526 คน มีเสียงสนับสนุน พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ จำนวน 311 เสียง งดออกเสียง 18 เสียง และมีสมาชิกผู้แทนฯ ลุกออกจากที่ประชุมอีก 20 คน นอกจากนี้พรรคการเมืองหลายพรรคไม่เข้าประชุมด้วย ได้แก่ สมาชิกพรรคชาติไทย พรรคกิจสังคม และพรรคประชากรไทย ส่วนพรรคประชาธิปัตย์มีสมาชิกเข้าร่วมประชุมแต่ไม่ออกเสียง

ดังนั้น การเรียกประชุมที่ไม่เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมนั้น แม้ว่าจะได้อ้างเหตุผลความจำเป็น แต่ก็เป็นที่ทำให้ได้รับกระแสวิพากษ์วิจารณ์จากกลุ่มผู้ประชุม และอาจมีผลทำให้ประธานสภาขาดความน่าเชื่อถือจากสมาชิกสภา ซึ่งเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการผิดมารยาทในการเรียกประชุมสภา

ข) สภาบังคับที่มีผลต่อการตรากฎหมาย

- ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน

ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินนั้น ตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่า หมายถึง “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความต่อไปนี้ทั้งหมด หรือแต่ข้อใดข้อหนึ่ง กล่าวคือ การตั้งขึ้นหรือยกเลิก หรือลด หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือผ่อน หรือวางระเบียบการบังคับอันเกี่ยวกับการภาษีหรืออากร หรือว่าด้วยเงินตรา การจัดสรร รับ รักษา หรือจ่ายเงินแผ่นดิน หรือการกู้เงินหรือการประกัน หรือการใช้เงินกู้

ในกรณีเป็นที่สงสัยให้เป็นอำนาจของประธานแห่งสภาผู้แทน ที่จะวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติใด เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินหรือไม่”

วิธปฏิบัติเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินนั้น หากสมาชิกสภาเป็นผู้เสนอจะต้องให้นายกรัฐมนตรีรับรองเสียก่อน ฉะนั้น หากประธานสภาวินิจฉัยเห็นว่าเป็นกฎหมายการเงินก็ส่งไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ถ้านายกรัฐมนตรีเห็นชอบด้วยก็รับรองให้ แล้วส่งคืนมายังสภาฯ หากไม่เห็นชอบด้วยก็แจ้งเหตุผลกลับมาว่า เพราะเหตุใดจึงไม่รับรองร่างพระราชบัญญัตินั้นให้

แต่ปรากฏว่าเรื่องกฎหมายการเงินนี้ มีเหตุการณ์ขึ้นเมื่อปี 2494 รัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการต่อสภาผู้แทนราษฎร เพราะเหตุที่ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นร่างพระราชบัญญัติของรัฐบาล ประธานสภาผู้แทนจึงมิได้วินิจฉัยเสียก่อนว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินหรือไม่ เมื่อสภาผู้แทนได้พิจารณาเห็นชอบเสนอไปยังวุฒิสภาต่อไป

กรรมวิธีการวุฒิสภาได้พิจารณาเหมือนกัน แต่เห็นว่าไม่ใช่ร่างพระราชบัญญัติการเงิน จึงไม่ได้รับ
เร่งพิจารณาให้เสร็จภายใน 30 วัน ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ครั้นครบกำหนด 30 วัน สมาชิกสภาผู้แทนจึงเสนอญัตติขอให้ประธานสภาผู้แทนชี้ขาดว่า
ร่างพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการฉบับที่เสนอให้วุฒิสภาพิจารณานั้น เป็นกฎหมาย
การเงิน ประธานสภาผู้แทนได้พิจารณาและชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายการเงิน ดังนั้นจึงส่งไปยังนายกรัฐมนตรี
ดำเนินการประกาศใช้เป็นกฎหมายต่อไปเสมือนหนึ่งวุฒิสภาให้ความเห็นชอบแล้ว

คณะกรรมการของวุฒิสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ.
2494 นี้ มีพระวรวงศ์เธอ พระองค์เจ้าวิวัฒนไชยฯ เป็นประธานกรรมการได้บันทึกเหตุผลเสนอ
ต่อวุฒิสภา มีหลักเกี่ยวกับกฎหมายการเงินไว้โดยชัดแจ้งว่า เพราะเหตุใดกรรมการจึงวินิจฉัยว่า
พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญ ไม่ใช่กฎหมายการเงิน

เมื่อเป็นปัญหาดังกล่าว ต่อมาในคราวร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2511 จึงได้บัญญัติลงไว้โดย
แจ้งชัดในมาตรา 119 ว่าให้ประธานสภาวินิจฉัยเสียก่อนว่าร่างพระราชบัญญัติใดเป็นการเงินหรือ
ไม่ หากเป็นร่างพระราชบัญญัติการเงินก็ต้องแจ้งไปให้สภาที่จะพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้น
ทราบด้วยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นการเงิน หากไม่แจ้งไป ให้ถือว่าไม่ใช่ร่างพระราชบัญญัติ
การเงิน¹⁰⁷

- การแปรญัตติร่างพระราชบัญญัติ

เนื่องจากสภาได้ลงมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติเรื่อง
ราวร้องทุกข์ โดยรัฐบาลเป็นผู้เสนอ โดยมีหลักการว่า เพื่อแก้ไขร่างพระราชบัญญัติเรื่องราวร้อง
ทุกข์ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น โดยเสนอร่างมาตราต่าง ๆ ที่ขอแก้ไขมาด้วย

ในชั้นแปรญัตติ ได้มีสมาชิกสภา คือ นายมารุต บุณนาค เสนอขอแก้ไขในมาตราอื่นของ
พระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อให้เหมาะสมยิ่งขึ้น แต่คณะกรรมการเห็นว่าสมาชิกจะเสนอ
แปรญัตติในมาตราอื่น นอกจากมาตราที่ปรากฏในร่างที่เสนอต่อสภาไม่ได้ จึงไม่ยอมรับคำแปร
ญัตตินั้น นายมารุต บุณนาค จึงได้เสนอต่อสภาเพื่อพิจารณาชี้ขาดในเรื่องนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ
ได้ลงมติชี้ขาดว่า สมาชิกไม่มีสิทธิเสนอแก้ไขมาตราอื่นที่ไม่ปรากฏในตัวร่างพระราชบัญญัติที่สภา
รับหลักการ

¹⁰⁷ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 691-692.

ซึ่งตามที่เคยปฏิบัติมาในสภาแต่แรกนั้น หากร่างพระราชบัญญัติใดที่ผู้เสนอในชั้นรับหลักการมีหลักการระบุโดยชัดเจนว่าจะแก้ไขพระราชบัญญัตินั้นด้วยเหตุใดบ้าง เช่น แก้ไขกฎหมายการเลือกตั้งว่าอายุผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องมีอายุ 23 ปี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ถ้าสภารับหลักการแล้วสมาชิกจะแปรญัตติเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น คือ 18 ปี หรือ 20 ปี นอกเหนือจากหลักการที่ระบุโดยแจ้งชัดไม่ได้ แต่ถ้าหากเสนอหลักการมาอย่างกว้าง ๆ เช่นว่า เพื่อแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัตินั้น ๆ ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น สมาชิกจะขอแปรญัตติแก้ไขในมาตราอื่น แม้จะไม่มีอยู่ในตัวร่างพระราชบัญญัติที่สภารับหลักการแล้วหรือจะขอเพิ่มเป็นมาตรา ทวิ ตรี หรือจัตวาขึ้นอีกก็ย่อมกระทำได้ มีตัวอย่างที่เคยกระทำมาในสภาหลายครั้ง แม้ร่างพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลรัษฎากรที่เสนอต่อสภาทุกคราว กรรมการก็ได้แก้ไขเพิ่มเติมในมาตราอื่นอีกหลายมาตรา¹⁰⁸

2) องค์การบริหาร

ก) สภาพบังคับที่มีผลต่อคณะรัฐมนตรีในฐานะคณะผู้บริหารประเทศ

การเลือกนายกรัฐมนตรีโดยธรรมเนียมปฏิบัติ ผู้ที่เป็นนายกรัฐมนตรีมักจะมาจากพรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งเป็นสภาผู้แทนราษฎรมากที่สุดทำหน้าที่เป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล แต่การเลือกตั้งทั่วไปเมื่อวันที่ 22 เมษายน 2522 ในการเลือกตั้งครั้งนี้ พรรคกิจสังคม ได้เสียงมากที่สุด คือ 88 เสียง พรรคชาติไทยได้ 47 เสียง พรรคประชาธิปัตย์ 35 เสียง และพรรคประชากรไทยได้ 32 เสียง ผู้สมัครอิสระ 40 เสียง พรรคอื่น ๆ 23 เสียง พรรคเสรีธรรมซึ่งสนับสนุน พล.อ.เกรียงศักดิ์ ได้รับเลือกตั้งมาก 26 เสียง พล.อ.เกรียงศักดิ์ จึงได้เป็นผู้จัดตั้งรัฐบาลโดยอาศัยเสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎร คือ มีพรรคเสรีธรรม กลุ่มอิสระ และพรรคเล็กสนับสนุน พรรคการเมืองสำคัญ เช่น พรรคกิจสังคม พรรคชาติไทย และพรรคประชาธิปัตย์กลายเป็นฝ่ายค้าน แต่รัฐบาลก็ยังกุมอำนาจต่อมา โดยอาศัยเสียงจากวุฒิสภา ซึ่งเป็นสภาที่รัฐบาลแต่งตั้งและควบคุมโดยฝ่ายทหารเป็นผู้ช่วยสนับสนุนรัฐบาล¹⁰⁹ ในสมัยนั้นการเลือกตั้ง พรรคกิจสังคมได้รับเลือกตั้งมากที่สุด จึงควรทำหน้าที่เป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล แต่ผู้มีหน้าที่ในการจัดตั้งรัฐบาลคือ พลเอกเกรียงศักดิ์ เพราะมีเสียงสนับสนุนจากสมาชิกวุฒิสภา ถึง 225 เสียง และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกจำนวนหนึ่ง

นายสมัคร สุนทรเวช หัวหน้าพรรคประชากรไทย ให้ความเห็นเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม 2522 ว่า “ในการจัดตั้งรัฐบาลมีปัญหาแน่นอน เพราะ พลเอกเกรียงศักดิ์ แม้จะจัดตั้งรัฐบาลได้ แต่ก็แพ้

¹⁰⁸ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 1073-4.

¹⁰⁹ สุชาชัย ยิมประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย, หน้า 43.

เสียงในสภาผู้แทนฯในการพิจารณากฎหมาย และหาก ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมช จัดตั้งรัฐบาลได้ ก็จะมี
แพ้เสียงในวุฒิสภา”¹¹⁰

พลตรีประมาท อติเรกสาร ให้ความเห็นเกี่ยวกับการจัดตั้งรัฐบาลว่า “โดยปกติสำหรับ
เหตุการณ์ในขณะนี้แล้ว ตามรัฐธรรมนูญต้องการให้ พลเอกเกรียงศักดิ์เป็นนายกรัฐมนตรี แต่ถ้า
กล่าวถึงประชาธิปไตยทั่วไป ก็ต้องให้พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาตั้งรัฐบาล”¹¹¹

ต่อมาพล.อ.เกรียงศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีอยู่จนถึงต้นปี พ.ศ. 2523 ก็เกิดวิกฤติการณ์เรื่อง
การขึ้นราคาน้ำมัน เนื่องจากความผันผวนของราคาน้ำมันในตลาดโลก ทำให้กลุ่มพรรคการเมือง
คือ พรรคประชาธิปัตย์ พรรคชาติไทย พรรคกิจสังคม และพรรคประชากรไทย ก็ได้ร่วมกันลงชื่อ
ขอเปิดประชุมสภาสามัญวิสามัญเพื่อซักฟองนโยบายของรัฐบาล และเตรียมลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล
ดังนั้น พล.อ.เกรียงศักดิ์จึงต้องถูกบีบให้ลาออกเมื่อวันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2523

นอกจากนี้การเลือกตั้งในวันที่ 18 เมษายน 2526 นั้น พรรคกิจสังคมได้เสียงมากที่สุด คือ
92 เสียง พรรคชาติไทยได้ 73 เสียง พรรคประชาธิปัตย์ได้ 55 เสียง พรรคประชากรไทยได้ 36 เสียง
ปรากฏว่าพรรคกิจสังคม พรรคประชาธิปัตย์ พรรคประชากรไทย และพรรคชาติประชาธิปไตย ก็ได้
ร่วมกันตั้งเป็นกลุ่ม “จตุรพรรค” สนับสนุนให้ พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรีต่อมา
¹¹² จึงเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีได้รับเสียงข้างมากในสภา โดยไม่ได้มาจากพรรคการเมือง รัฐบาลก็
จะไม่มีคามั่นคงเพียงพอ เมื่อปรากฏว่าในเดือนเมษายน 2529 กลุ่มสมาชิกสภาฝ่ายค้านก็ได้
พยายามที่จะเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล พล.อ.เปรม ยิ่งกว่านั้นแม้แต่ในฝ่ายรัฐบาล สมาชิก
จำนวนหนึ่งของพรรคกิจสังคม ก็ได้ตกลงใจที่จะร่วมกับฝ่ายค้านในการเสนอญัตติไม่ไว้วางใจ
พล.อ.เปรม ด้วย หลังจากที่มีการบรรจุเรื่องการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลเข้าในระเบียบวาระเมื่อ
ปลายเดือนเมษายน พล.อ.เปรม ก็ตัดสินใจประกาศยุบสภา เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2529¹¹³

ในสมัยนั้นการตั้งรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีไม่ได้มาจากพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงมากที่สุด
ที่สุดในสภาผู้แทนราษฎร แต่ได้รับเสียงจากสมาชิกวุฒิสภา เมื่อรวมกับเสียงในสภาแล้วได้รับเสียง
มติให้เป็นนายกรัฐมนตรี การตั้งคณะรัฐบาลก็อาจไม่ได้รับความไว้วางใจ แม้ว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ.

¹¹⁰ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 4 ฉบับที่ 19 (4-10 พฤษภาคม, 2522) :
507.

¹¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 508.

¹¹² สุทธชัย ยิ้มประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย , หน้า 46.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

2521 ที่ใช้ในขณะนั้นจะมีได้กำหนดว่านายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นสมาชิกสภาธิบดีบัญญัติหรือไม่ แต่การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่ไม่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติก็อาจทำให้รัฐบาลไม่ได้รับเสียงสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้

ข) สภาพบังคับที่มีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร

ในการบริหารราชการแผ่นดินสถาบันทางการเมืองที่มีบทบาทสำคัญ ได้แก่ รัฐสภา และ รัฐบาล ซึ่งทั้งสององค์กรนี้เป็นองค์กรที่ต้องมีความเกี่ยวพันและสัมพันธ์กันในการปฏิบัติหน้าที่ โดยมีจุดเกาะเกี่ยวที่มาจากพรรคการเมือง ผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในคณะรัฐบาลก็มักจะเป็นผู้นำของพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาในสภาด้วย บทบาทของพรรคการเมืองจึงมีอิทธิพลต่อการดำเนินงานขององค์กรทางการเมือง ซึ่งเมื่อมีการจัดตั้งรัฐบาลแล้ว ก็จะมีการแยกเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาล

เมื่อมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และจะต้องมีการชาวเสียงเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี โดยธรรมเนียมปฏิบัติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่สังกัดพรรคการเมืองใด ก็มักจะต้องออกเสียงตามมติของพรรคการเมืองที่ตนสังกัด สมาชิกพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาในสภานั้นมิได้มีอำนาจในการลงคะแนนตามหลักประชาธิปไตยในความเป็นจริง เมื่อสมาชิกไม่ออกเสียงตามมติพรรค แม้ว่ามติที่ลงป่านั้นจะมีผลตามกฎหมาย แต่ผลที่ตามมาจะทำให้ผู้นั้นต้องลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนสังกัด

ตัวอย่างเช่น กรณีการเลือกตั้งในวันที่ 27 กรกฎาคม 2527 ผลการเลือกตั้งปรากฏว่า พรรคประชาธิปัตย์ ได้ 100 ที่นั่ง พรรคชาติไทย ได้ 63 ที่นั่ง พรรคกิจสังคม ได้ 51 ที่นั่ง พรรคสหประชาชาติไทยได้ 38 ที่นั่ง พรรคประชากรไทยได้ 24 ที่นั่ง พรรคราษฎรได้ 18 ที่นั่ง ปรากฏว่า พรรคประชาธิปัตย์ พรรคชาติไทย พรรคกิจสังคม และพรรคราษฎรได้ร่วมกันสนับสนุนให้ พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรีอีกวาระหนึ่ง และนับเป็นรัฐบาลที่มีเสียงสนับสนุนในรัฐสภาอย่างมั่นคง แต่กระนั้นวิกฤตการณ์ครั้งใหม่ก็เกิดขึ้นจากการที่พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล โดยเฉพาะพรรคประชาธิปัตย์ ได้แตกแยกออกเป็นฝ่าย โดยเฉพาะที่เรียกว่า "กลุ่ม 10 มกราคม" ซึ่งเป็นกลุ่มที่ประกาศว่าจะดำเนินนโยบายอิสระไม่ขึ้นกับพรรค ความขัดแย้งแตกหักเกิดขึ้นในวันที่ 29 เมษายน 2531 เมื่อกลุ่ม 10 มกราคม ลงมติไม่สนับสนุนพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ ซึ่งเสนอโดยฝ่ายรัฐบาล แม้ว่าพระราชบัญญัตินี้จะยังคงผ่านการพิจารณาของสภาด้วยเสียงข้างมากนั้น แต่ พล.อ.เปรม ก็ออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา โดยให้เหตุผลว่า "พรรคการเมืองต่าง ๆ ไม่สามารถ

ดำเนินการปกครองในระบอบพรรคการเมืองได้อย่างมีเอกภาพ ส.ส. ไม่ยอมรับมติข้างมาก อันขัดต่อวิถี การปกครองในระบอบประชาธิปไตย¹¹⁴

อีกตัวอย่างหนึ่งที่ได้เห็นได้ชัด เช่น กรณีนายชัยศักดิ์ ศิริวัฒน์ สมาชิกสภาผู้แทนฯ จังหวัดอุดรดิตถ์ ร้องหัวหน้าพรรคประชากรไทย แกลงเมื่อ 17 พฤศจิกายน 2540 ว่า “ตนและนายทนต์ศักดิ์ เล็กอุทัย สมาชิกสภาผู้แทนฯ พรรคประชากรไทย จังหวัดอุดรดิตถ์ ได้ยื่นหนังสือลาออกจากการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนฯ ต่อนายวันมูหะมัดนอร์ มะทา ประธานสภาผู้แทนฯ โดยให้เหตุผลว่าได้ปฏิบัติภารกิจในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนฯ เรียบร้อยแล้ว และต้องการรักษาระบบพรรคการเมืองไว้ โดยสมาชิกสภาผู้แทนฯ ทั้งสองได้ร่วมลงชื่อสนับสนุน นายชวน หลีกภัย หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งขัดแย้งกับ นายสมัคร สุนทรเวช หัวหน้าพรรคประชากรไทย ที่สนับสนุน พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ หัวหน้าพรรคชาติพัฒนา¹¹⁵

นอกจากนี้ยังมีธรรมเนียมปฏิบัติที่ถือเป็นมารยาททางการเมือง เช่น เมื่อรัฐบาลรู้ว่าจะมีการยุบสภา โดยให้มีการเลือกตั้งทั่วไปแล้ว รัฐบาลจะต้องบริหารประเทศไปตามหน้าที่ โดยไม่ควรใช้นโยบายที่อาจมีผลกระทบต่อรัฐบาลในสมัยต่อไปที่จะได้รับการเลือกตั้งเข้ามา ดังเช่น บทความจากหนังสือพิมพ์ข่าวสด

“ช่วงใกล้ยุบสภา รัฐบาลต้องคำนึงถึงมารยาททางการเมืองและมารยาททางการเมืองคลัง คือในช่วงที่ใกล้ยุบสภาไม่ควรออกมาตรการอะไรที่ทำให้กระทบถึงรัฐบาลหน้า ต่างประเทศไม่ทำกัน ถือเป็นมารยาทการเมืองที่จะขอให้รัฐบาลชุดต่อไปเข้ามาบริหารประเทศอย่างเป็นอิสระ

ในสถานการณ์ปัจจุบัน รัฐบาลชุดรัฐบาลชวน หลีกภัย II จะทำให้วินัยทางการเมืองคลังหย่อนยาน เพราะที่ผ่านมาจะใช้วิธีนี้มาตลอด การที่จะแจกงบให้ครอบครัว ครอบครัวละ 3 พันบาท ไม่ถือเป็นการกระตุ้นเศรษฐกิจ แต่เป็นการนำงบหลวงไปใช้ในการหาเสียงเพราะใกล้ยุบสภา

โดยตามมารยาทแล้วเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คณะรัฐบาลในขณะนั้นควรจะต้องลาออกจากความเป็นรัฐบาล เพื่อให้เป็นไปตาม

¹¹⁴ สุราชัย ยิ้มประเสริฐ, 60 ปี ประชาธิปไตยไทย, หน้า 47-8.

¹¹⁵ สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์, ปีที่ 24 ฉบับที่ 6 (4-10 กุมภาพันธ์, 2542) : 141.

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เช่น ในสมัยพระยาพลพลพยุหเสนา แต่ปัจจุบัน เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ 2540 รัฐบาลชวนไม่ได้ปฏิบัติตามมารยาทนี้¹¹⁶

2.3.2. สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลต่อโครงสร้างหรือบทบัญญัติทางกฎหมาย

2.3.2.1. สภาพบังคับที่มีผลทำให้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

- กรณีมีการฝ่าฝืนประเพณีการปกครอง

โดยที่ได้มีการละเมิดรัฐธรรมนูญขึ้น โดยพระยามโนปกรณนิติธาดา นายกรัฐมนตรีได้แนะนำให้พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงตราพระราชกฤษฎีกาปิดสภา และงดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา แล้วนั้น หลวงวิจิตรวาทการ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอญัตติต่อสภา ให้มีการป้องกันและรักษารัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันการละเมิดรัฐธรรมนูญในอนาคตต่อไป และต่อมารัฐบาลได้เสนอร่างพระราชบัญญัติป้องกันรักษารัฐธรรมนูญต่อสภาเพื่อพิจารณาที่ประชุมเห็นชอบด้วย และลงมติให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2476¹¹⁷

- กรณีที่มีการกำหนดไว้แต่ทางปฏิบัติมิได้ทำตามอันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติ จึงได้มีการกำหนดให้ชัดเจนขึ้น

เดิมการจ่ายเบี้ยประชุมของคณะกรรมการนั้น อาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา ซึ่งบัญญัติว่า “ให้กรรมการได้รับเบี้ยประชุมครั้งละหนึ่งร้อยบาท การประชุมในวันเดียวมากกว่าหนึ่งครั้ง ให้ได้รับเบี้ยประชุมเพียงครั้งเดียว” และในทางปฏิบัตินั้น ถือเอาเรื่องที่ได้ประชุมกันเป็นเกณฑ์การจ่ายเบี้ยประชุม คือ ถ้าหากเป็นร่างพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ในวันหนึ่งจะประชุม เข้าบ่าย และประชุมต่อไปในเวลากลางคืนอีก ก็จ่ายเบี้ยประชุมเพียงครั้งเดียว หากในวันนั้น คณะกรรมการประชุมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติหลายฉบับ ให้ถือจ่ายเป็นรายฉบับเสมอ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทราบและมีได้ทักท้วงตลอดมา

ต่อมาเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2507 ประธานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ทักท้วงว่าการจ่ายเงินเบี้ยประชุมที่ได้กระทำไปแล้วนั้น ไม่ชอบ ให้ความเห็นว่าเป็นวันหนึ่งจะประชุมกี่เรื่องก็

¹¹⁶ หนังสือพิมพ์ข่าวสด, วันจันทร์ที่ 30 ตุลาคม 2543, หน้า 3.

¹¹⁷ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 92.

ตาม ให้จ่ายเบี้ยประชุมเพียงครั้งเดียว ขอให้สำนักงานเลขาธิการรัฐสภาชี้แจงเหตุผลว่าเหตุใดจึงจ่ายเป็นรายฉบับ ซึ่งเป็นการไม่ชอบ สำนักงานเลขาธิการรัฐสภาจึงได้ชี้แจงตอบข้อทักท้วงไปโดยอ้างตามระเบียบที่เคยปฏิบัติมา และได้อ้างหลักฐานที่กระทำมาในสมัยเดิม ซึ่งที่ประชุมวันเดียวพิจารณากฎหมาย 12 ฉบับ ก็จ่ายให้เป็นรายฉบับมาแล้ว ซึ่งกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในสมัยนั้นก็ตรวจพบ แต่มิได้ทักท้วงประการใด

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ขอให้เรียกเงินที่ได้จ่ายไปแล้วคืน สำนักงานเลขาธิการรัฐสภาได้อุทธรณ์คำสั่งนี้ไปยังกระทรวงการคลัง โดยชี้แจงเหตุผลและประเพณีที่เคยกระทำมา ทางกระทรวงการคลังได้ตอบยืนยันความเห็นตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทักท้วงนั้น

โดยที่เรื่องนี้ได้เคยปฏิบัติมาเป็นเวลานานหลายยุคหลายสมัย การเรียกเงินคืนก็ไม่สามารถทำได้ เพราะกรรมการที่รับเงินไป อาจไม่มีตัวอยู่ที่ใด เป็นการยุ่งยากและเจตนาarmacyในการตราพระราชกฤษฎีกามุ่งหมายที่จะให้จ่ายเป็นรายเรื่อง ถ้าเรื่องเดียวกันจะประชุม เข้า บ่าย กลางคืน ก็จ่ายครั้งเดียว ที่ว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นการประหยัด แต่กลับจะเป็นการตรงกันข้าม เพราะหากให้เบี้ยประชุมวันละเรื่องแล้ว กรรมการก็นัดประชุมวันละ 1 เรื่องก็ได้ มีมากเรื่องก็นัดประชุมมากวันหาเป็นการประหยัดไม่ ยิ่งจะทำให้งานล่าช้า เพื่อให้ปัญหาหมดไปจึงได้เสนอไปยังคณะรัฐมนตรีชี้แจงเหตุผลดังกล่าว เพื่อขออนุญาตเรื่องนี้ พร้อมทั้งร่างกฤษฎีกาแก้ไขเสียให้ชัดด้วยว่า “ให้กรรมการของสภาร่างรัฐธรรมนูญได้รับเบี้ยประชุมเรื่องหนึ่งครั้งละหนึ่งร้อยบาท การประชุมเรื่องใดในวันเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง ให้ได้รับเบี้ยประชุมเพียงครั้งเดียว” ในที่สุดคณะรัฐมนตรีก็มีมติเห็นชอบด้วย และให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2508¹¹⁸

ในเรื่องนี้เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติกฎหมายอย่างหนึ่งซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง จึงมีประเพณีปฏิบัติเป็นแนวทางปฏิบัติตามต่อกันมา ไม่ตรงกับบทบัญญัติกฎหมาย แต่เมื่อมีกรณีที่ต้องวินิจฉัย ก็ต้องวินิจฉัยไปตามบทบัญญัติ เพื่อแก้ไขปัญหามิให้การปฏิบัติตามประเพณีปฏิบัตินั้นเป็นการละเมิดกฎหมายต่อไป จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับประเพณีปฏิบัติ

2.3.2.2. สภาพบังคับที่มีผลทำให้โครงสร้างหรือบทกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป

เมื่อที่ประชุมลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญไว้พิจารณาแล้ว ประธานสภาให้สมาชิกสภาเสนอชื่อผู้ที่เห็นสมควรเป็นกรรมการต่อไปตามระเบียบ เมื่อสมาชิกได้เสนอชื่อผู้ที่ตนเห็นสมควรให้เป็น

¹¹⁸ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 966.

กรรมการจรมมีมติให้ปิดการเสนอชื่อแล้ว ปรากฏว่ามีผู้ถูกเสนอชื่อให้ที่ประชุมเลือกเป็น กรรมการทั้งสิ้น รวม 61 คน ต่อจากนั้น ได้มีสมาชิกเสนอขอให้ที่ประชุมเลื่อนการเลือกกรรมการ ไปในวันรุ่งขึ้น ซึ่งที่ประชุมเห็นชอบด้วย จึงเลื่อนการเลือกกรรมการไปในวันรุ่งขึ้น ตามมติของสภา

การเลือกตั้งกรรมการนั้น เท่าที่เคยปฏิบัติมาในสภา ในกรณีที่สภาจะลงมติเลือก กรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติใดก็ตาม จะต้องเลือกให้แล้วเสร็จต่อเนื่องไปในวันนั้น และประธานที่ประชุมจะต้องประกาศมติต่อที่ประชุมทันที ข้อบังคับของสภาทุกฉบับแม้ในข้อ บังคับการประชุมปรึกษาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติปัจจุบันนี้ ข้อ 63 ก็บัญญัติไว้ว่า “ให้ประธาน ประกาศมติต่อที่ประชุมทันที ฯลฯ” เป็นการแสดงเจตนาว่าให้กระทำในทันที เจตนาที่ข้อบังคับ กำหนดไว้เช่นนี้ก็เพื่อหลีกเลี่ยงข้อกล่าวหาใด ๆ และเพื่อมิให้มติดของสภาในวันที่ลงมตินั้น กลับ กลายเป็นอย่างอื่นไปได้

กรณีที่มีพรรคการเมืองแล้ว จะเห็นได้ชัด หากมีการให้เลื่อนการลงคะแนนเลือก กรรมการไปได้ดังนี้ อาจเป็นการเปิดโอกาสให้พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา แต่บังเอิญ ในขณะที่ลงมตินั้นสมาชิกฝ่ายนั้นยังไม่พร้อมหรือมีกิจธุระ ทำให้แพ้แก่พรรคข้างน้อย แล้วกลับรวบรวมกันมาขอมติต่อสภาให้เลื่อนการลงคะแนนเลือกกรรมการไปวันอื่น ผลของการลงคะแนน อาจได้รับตรงกันข้ามกับวันที่รับหลักการก็ได้

แต่โดยที่เป็นมติดของที่ประชุมให้เลื่อน ก็จำเป็นต้องให้เลื่อนไปตามมติดของสภา เพราะข้อบังคับ ข้อนี้มีไว้ได้กล่าว ได้ให้ชัดว่าการลงคะแนนจะต้องกระทำเมื่อไร เขียนบังคับไว้เพียงให้ประธาน ประกาศผลทันทีเท่านั้น ทั้งนี้ในการเขียนข้อบังคับขณะนั้นอาจเห็นไปว่า การนับคะแนนเป็นงาน ธุรการของกรรมการผู้นับคะแนนกับเจ้าหน้าที่ของสภาเท่านั้นก็ได้ ที่ประชุมจะมีมติไปบังคับให้ กระทำเมื่อไรไม่ได้¹¹⁹

กรณีที่ได้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติในเรื่องนั้น ๆ แล้ว แต่ในความเป็นจริง ตาม ธรรมเนียมปฏิบัติได้กำหนดแนวทางอีกแบบหนึ่งที่ไม่ได้เป็นการขัดต่อข้อกำหนดข้อบังคับที่เป็น ลายลักษณ์อักษรนั้น อาจเป็นการทำให้ความมุ่งหมายเดิมของข้อกำหนดเปลี่ยนแปลงไป โดยเหตุที่ ธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ได้มีทางปฏิบัติที่สอดคล้องกับความเป็นจริงมากกว่าข้อกำหนดที่เป็น ลายลักษณ์อักษร

¹¹⁹ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 1142-4.

2.4. ข้อจำกัดที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่มีสภาพบังคับ

2.4.1. กรณีที่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมาย

เมื่อในธรรมนูญการปกครองฉบับนี้มีได้กล่าวไว้ว่าจะให้กระทำการใด แต่มีมาตรา 20 บัญญัติไว้ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญฉบับนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” รัฐบาลจึงเสนอขอให้สภาวินิจฉัย และสภาได้วินิจฉัยให้เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติเดิม ส่วนกรณีที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มาตรา 6 ได้กำหนดว่า “ให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ และให้มีฐานะเป็นรัฐสภาทำหน้าที่นิติบัญญัติด้วย” จึงมีปัญหว่าสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญจะมีสิทธิตั้งกระทู้ถาม คณะรัฐมนตรีในสภาร่างรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยขอให้สภาร่างรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และอ้างถึงบทบัญญัติมาตรา 20 ดังกล่าว ในกรณีนี้สภาร่างรัฐธรรมนูญได้ลงมติวินิจฉัย เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน 2503 ว่าสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญไม่มีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐบาล¹²⁰ กรณีนี้เข้าใจว่า คณะผู้รัฐประหารได้กำหนดไว้แล้วว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในการลงมติไม่ไว้วางใจและไม่มีอำนาจตั้งกระทู้ถามรัฐบาล จึงแสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าธรรมเนียมปฏิบัติมีมาแต่เดิมอย่างไร หากมีการกำหนดทางปฏิบัติไว้เป็นการแตกต่างจากธรรมเนียมปฏิบัติเดิมเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรจะมีลำดับศักดิ์สูงกว่า

นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีความสำคัญจนกระทั่งได้มีการนำมาบัญญัติไว้ อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 202 กำหนดว่า

“ให้สภาผู้แทนราษฎร พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภา เป็นครั้งแรกตามมาตรา 159

การเสนอชื่อบุคคล ซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรรับรอง

¹²⁰ ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 946.

มติของสภาผู้แทนราษฎรที่เห็นชอบด้วย ในการแต่งตั้งบุคคลใดให้เป็นนายกรัฐมนตรี ต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎร การลงมติในกรณีเช่นว่านี้ให้กระทำโดยการลงคะแนนโดยเปิดเผย”

มาตรา 203 กำหนดว่า

“ในกรณีที่พ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อให้สมาชิกได้มาประชุมเป็นครั้งแรกแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีบุคคลใดได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบให้ได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 202 วรรคสาม ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งบุคคลซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดเป็นนายกรัฐมนตรี”

กรณีนี้จึงเป็นการนำเอาแนวทางปฏิบัติอันเป็นธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และทำให้สภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องการเลือกนายกรัฐมนตรีไม่มีสภาพบังคับอีกต่อไป เพราะธรรมเนียมปฏิบัติได้เคลื่อนกลิ้งไปเป็นบทบัญญัติกฎหมาย และการบังคับใช้ก็จะเป็นการบังคับใช้โดยบทกฎหมาย

2.4.2. กรณีที่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติกฎหมาย

ก่อนอื่นเราอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมักเป็นผลงานของผู้ปกครองเสมอไป ประชาชนจะมีส่วนก็แต่เพียงในเรื่องการยอมรับผลของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญโดยปริยาย ดังนั้น ถ้าผู้ปกครองนำเอาการปฏิบัติบางอย่างที่นอกเหนือจากกฎข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญมาใช้ เราอาจยอมรับได้ว่ากฎข้อบังคับทางการปฏิบัติที่ไม่ขัดกับเอกสารลายลักษณ์อักษรใด ๆ นั้นมีผลบังคับ ความยุ่งยากจะมีตรงที่ถ้าการปฏิบัติที่นำมาใช้นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว เราจะยอมรับได้หรือไม่ว่าการปฏิบัตินั้นสามารถยกเลิกกฎหมายลายลักษณ์อักษรในทางทฤษฎีแล้วเราอาจตอบว่าได้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วยากที่จะมีคำตอบที่แน่นอนได้ อย่างไรก็ตามเราอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า เมื่อผู้ร่างรัฐธรรมนูญบัญญัติกฎข้อบังคับหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญปฏิบัติตามความเชื่อมั่นของสังคมในเรื่องความสำคัญของกฎข้อบังคับนั้น การที่กฎข้อบังคับหนึ่งได้รับการบัญญัติขึ้นในลักษณะพิเศษก็เพื่อที่จะให้กฎข้อบังคับนั้น มีความแน่นอนและพ้นจากการแทรกแซงของผู้ออกกฎหมายธรรมดา ดังนั้นถ้าความคิดในทางกฎหมายปัจจุบันขัดกับ

รัฐธรรมนูญก็ต้องถือเอารัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ ทั้งนี้เพราะว่าการบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรก็เพื่อเน้นถึงความเป็นเอกนี้¹²¹

ในวันที่ 7 มีนาคม 2517 พันเอก สมคิด ศรีสังคม สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสนอญัตติความข้อบังคับการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2516 ข้อ 112 วรรคสอง เรื่องการตั้งกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญว่าจะให้สิทธิแก่คณะรัฐมนตรี ในการตั้งกรรมาธิการจากบุคคลที่คณะรัฐมนตรีเสนอชื่อ มีจำนวนไม่เกินถึงจำนวนของกรรมาธิการทั้งหมดตามข้อ 78 วรรคสองหรือไม่ และได้เสนอความเห็นว่าการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของสภาโดยเฉพาะ ซึ่งที่ประชุมสภาวินิจฉัยว่า เป็นเอกสิทธิเด็ดขาดของสภาในการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญได้เต็มจำนวน คือคณะรัฐมนตรีไม่มีสิทธิเสนอบุคคลเป็นกรรมาธิการเลย

ตามข้อบังคับสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ฉบับเดียวกันนี้ ข้อ 112 วรรคสอง เกี่ยวกับการพิจารณารัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติว่า “การพิจารณาในวาระที่สอง ให้สภาตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นคณะหนึ่ง มีจำนวนสามสิบห้าคน เพื่อพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญนั้น” แต่สภาลงมติไม่ให้รัฐบาลเสนอผู้ใดเป็นกรรมาธิการ ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญมาตรา 10 ให้รัฐบาลเป็นผู้เสนอร่างรัฐธรรมนูญต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และรัฐบาลจะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ และตามบทเฉพาะกาลหลายกรณี¹²² ซึ่งเป็นวิธีการที่ขัดต่อธรรมเนียมปฏิบัติแต่เป็นสิ่งที่สภามีอำนาจพิจารณาได้ตามกฎหมาย

3. เปรียบเทียบและวิเคราะห์จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

3.1. เปรียบเทียบจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญอังกฤษและไทย

ประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรการปฏิบัติตามกลไกรัฐธรรมนูญจึงต้องอาศัยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษร แต่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็มีความสำคัญในลักษณะที่เป็นแนวทางการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ในรายละเอียด

¹²¹ พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง, (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523), หน้า 22.

¹²² ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์, รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517, หน้า 1136-41.

ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับองค์กรทางการเมือง

- พระราชอำนาจในการพิจาราราชการแผ่นดิน

พระราชอำนาจในการพิจาราราชการแผ่นดินระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐบาลในพระองค์ อังกฤษจะมีความเคร่งครัดโดยเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่านายกรัฐมนตรีจะต้องถวายรายงานต่อพระมหากษัตริย์ทุกสัปดาห์ เพื่อให้พระมหากษัตริย์ได้ทรงปรึกษา แนะนำ หรือตักเตือน โดยหากรัฐบาลมีความประสงค์ต้องการเสนอร่างกฎหมาย เมื่อถวายรายงานพระมหากษัตริย์ก็จะทรงพระราชทานคำแนะนำ หรือทรงมีข้อเสนอต่อรัฐบาล เมื่อรัฐบาลร่างกฎหมายเสร็จแล้วนำขึ้นถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ก็มักจะไมปรากฏว่าทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย เพราะก่อนที่จะเป็นร่างกฎหมายนั้น พระองค์ได้ทรงปรึกษาและเสนอความเห็นตลอดจนได้ทักท้วงในสิ่งที่ทรงเห็นว่าไม่เหมาะสมต่อรัฐบาลเพื่อให้รัฐบาลนำไปปรับปรุงแล้ว ทำให้กลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย

สำหรับประเทศไทยนั้น พระราชอำนาจในการพิจาราราชการแผ่นดินระหว่างรัฐบาลกับพระมหากษัตริย์นั้น เป็นพระราชอำนาจที่ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและมีแนวทางปฏิบัติที่ไม่เคร่งครัดเหมือนในอังกฤษ และมักจะปรากฏว่ารัฐบาลจะขอปรึกษากับพระมหากษัตริย์เมื่อเกิดวิกฤตการณ์อย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นวิกฤตการณ์ทางการเมืองหรือในทางเศรษฐกิจ เมื่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการร่างกฎหมายก็ไม่มีข้อกำหนดว่าจะต้องนำขึ้นรายงานต่อพระมหากษัตริย์ จนกระทั่งร่างกฎหมายสมบูรณ์แล้ว จึงนำขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และหากเรื่องที่ร่างเป็นกฎหมายนั้นยังไม่ช้อบคพรอง พระมหากษัตริย์ก็จะทรงทักท้วง ยับยั้งร่างกฎหมายนั้นไว้ก่อน พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์ไทยจึงยังคงมีอยู่ แต่โดยทั่วไปแล้วพระองค์ก็จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายของรัฐบาล กรณีนี้จึงไม่ได้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่เคร่งครัดเหมือนอังกฤษ

- การใช้พระราชอำนาจในทางนิติบัญญัติ

ในประเทศอังกฤษ การใช้พระราชอำนาจทางนิติบัญญัติ ทางปฏิบัติบทบาทส่วนใหญ่ ของพระมหากษัตริย์ในรัฐสภาจะเป็นด้านพิธีการ เช่น การเรียกประชุมรัฐสภา การเห็นชอบร่างกฎหมายโดยได้รับคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรี ซึ่งพระราชินีเคยใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้เกิดความไม่พอใจ และเกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์ว่าพระองค์ทรงเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเมือง เช่นเดียวกับการใช้พระราชอำนาจในการยุบสภาสามัญก็เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวกระทำได้อีกต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงได้รับคำแนะนำจาก

รัฐมนตรี และในการเปิดสมัยประชุมรัฐสภา พระราชินีจะทรงเป็นประธานในพิธีเปิดสมัยประชุมสภา โดยพระองค์จะได้มีพระราชดำรัสต่อสมาชิกสภา รัฐบาลก็จะกล่าวถึงนโยบายและการร่างกฎหมาย และในการปิดประชุมสภาพระมหากษัตริย์ก็จะทรงมีพระบรมราชโองการซึ่งจะนำมาอ่านในสภานางเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทยประเพณีการปกครองดังกล่าวได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ในการตรากฎหมายของพระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้นำร่างกฎหมายนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ซึ่งหากพระองค์เห็นว่าร่างกฎหมายนั้นยังมีข้อบกพร่องอยู่ก็จะทรงปรึกษากับรัฐบาลหรือผู้รับสนองพระบรมราชโองการอย่างไม่เป็นทางการเป็นการภายใน เมื่อได้รับกระแสพระราชดำริแล้ว ก็จะนำพระกระแส้นมาปรึกษากันภายใน และพิจารณาอย่างเปิดเผย และหากพระองค์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย รัฐบาลก็ไม่อาจบังคับให้พระองค์เห็นชอบด้วย หากแต่ควรจะต้องถอนคำแนะนำนั้น แต่หากเป็นเรื่องที่สำคัญหรือเป็นความผิดพลาดอย่างร้ายแรงของรัฐบาล รัฐบาลก็ควรถวายบังคมลาออกจากตำแหน่ง แต่หากรัฐบาลไม่ยอมลาออก ก็อาจเป็นเหตุให้ถูกรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจได้ ซึ่งในเรื่องนี้มีจุดที่ต่างจากประเทศอังกฤษ ที่หากพระมหากษัตริย์อังกฤษไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมาย ก็จะได้รับ การวิพากษ์วิจารณ์ว่าทรงเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการเมือง ในขณะที่ประเทศไทย หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการภายในหรือไม่ก็ตาม พระราชวินิจฉัยของพระองค์ได้รับการยอมรับและได้รับความเชื่อถือ ว่าทรงพิจารณาโดยรอบคอบและเพื่อประโยชน์ของประชาชน ทั้งนี้เป็นเพราะประเพณีการปกครองที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นกลางทางการเมือง และอยู่เหนือการเมือง อันเป็นปัจจัยที่ผลักดันให้รัฐบาลพิจารณาร่างกฎหมายนั้นอย่างระมัดระวัง และรอบคอบอีกครั้งก่อนที่จะนำมาใช้บังคับแก่ประชาชน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับพระบรมเชษานุภาพของพระมหากษัตริย์แต่ละพระองค์ด้วย และโดยปกติเมื่อมีพระราชกฤษฎีกากำหนดเปิดประชุมสมัยสามัญ พระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาเสด็จเป็นประธานในพิธีเปิดประชุมสภา หรือโปรดเกล้าฯ ให้ผู้แทนพระองค์มาทรงกระทำรัฐพิธีแทนเช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า แนวทางปฏิบัติในการใช้พระราชอำนาจในทางนิติบัญญัติของไทยคล้ายกันกับอังกฤษ แต่โดยที่ประเทศไทยได้มีการบัญญัติไว้เป็นหลักการในรัฐธรรมนูญแล้ว

- การใช้พระราชอำนาจต่อรัฐบาล

ในประเทศอังกฤษ การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี จะทรงแต่งตั้งจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาเพื่อทำหน้าที่จัดตั้งรัฐบาลต่อไป และนายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญ แต่หากการแต่งตั้งรัฐมนตรีไม่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ พระมหากษัตริย์มิได้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับ

เสียงข้างมากโดยเลือกนายกรัฐมนตรีที่มีเสียงข้างน้อยในสภา รัฐบาลก็อาจจะไม่สามารถบริหารประเทศได้ เพราะสภาสามัญอาจจะไม่ผ่านร่างกฎหมายงบประมาณแผ่นดินให้ได้ นโยบายการบริหารงานต่าง ๆ ของนายกรัฐมนตรีก็จะมีผู้สนับสนุนในสภาสามัญไม่เพียงพอ และอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล และมีผลให้รัฐบาลต้องลาออกจากตำแหน่งไปในที่สุด เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีพรรคหนึ่งพรรคใดได้เสียงข้างมากในสภาสามัญ พระมหากษัตริย์จำเป็นต้องใช้พระราชวินิจฉัยส่วนพระองค์ในการเชิญหัวหน้าพรรคต่าง ๆ มาปรึกษาหารือจนกว่าจะได้ข้อยุติว่าผู้ใดสมควรจะเป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อเป็นผู้นำในการจัดตั้งรัฐบาลต่อไป

ส่วนในประเทศไทย พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นพระราชอำนาจที่รัฐธรรมนูญถวายเพื่อเป็นพระเกียรติในฐานะที่พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของประเทศ จึงควรเป็นผู้แต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง และหัวหน้ารัฐบาลซึ่งเป็นคณะผู้บริหารประเทศด้วย แต่พระราชอำนาจนี้เป็นพระราชอำนาจที่ต้องทรงแต่งตั้งตามที่มีผู้เสนอให้ทรงแต่งตั้ง ถือได้ว่าเป็นกรณีที่เป็นการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้ ประเทศไทยเคยมีกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยพระราชวินิจฉัยของพระองค์เอง ดังเช่นในกรณีที่มโหฬาร 14 ตุลาคม 2516 และกรณีเหตุการณ์พฤษภาทมิฬ พ.ศ. 2535 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้เพื่อระงับความรุนแรงของวิกฤตการณ์ของประเทศในขณะนั้น อันเป็นกรณีที่ทำให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเพิ่มขึ้นจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ประเทศอังกฤษและประเทศไทยมีแนวทางปฏิบัติคล้ายกันที่จะต้องแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากผู้ที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาซึ่งมักจะเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา และมีพระราชอำนาจแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยพระราชวินิจฉัยของพระองค์เองเมื่อเกิดวิกฤตการณ์ในบ้านเมือง เพื่อระงับเหตุการณ์นั้น ๆ

ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมือง

1. ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล

- การเสนอชื่อนายกรัฐมนตรี

ปกตินายกรัฐมนตรีมักจะเป็นผู้ที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา ในประเทศอังกฤษมีพรรคการเมืองใหญ่ ๆ เพียง 2 พรรค หากพรรคใดได้รับที่นั่งในสภามากที่สุด หัวหน้าพรรคการเมืองนั้นก็มักจะได้รับข้อเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรี นอกจากนี้ประเทศอังกฤษมีระบบวินัยพรรคการเมืองเคร่งครัด การลงคะแนนเสียงของสมาชิกในพรรคจะขัดกับมติพรรคไม่ได้ จึงเป็นธรรมเนียมปฏิบัติว่านายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมาก และเป็นสมาชิกสภาสามัญ

สำหรับประเทศไทยนั้น การเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีเป็นไปตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเทศไทยมีระบบพรรคการเมืองแบบหลายพรรค มิใช่ระบบสองพรรคอย่างในประเทศอังกฤษ ซึ่งพรรคใดได้คะแนนเสียงข้างมากในสภาแล้ว หัวหน้าพรรคของพรรคนั้นก็จะเป็นนายกรัฐมนตรี แต่ในประเทศไทยต้องใช้ระบบชาวเสียงระหว่างพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามาในสภา ทั้งนี้เพราะในระบบพรรคการเมืองหลายพรรคนั้น ไม่มีพรรคการเมืองใดที่ได้รับคะแนนเสียงมากกว่าครึ่งหนึ่งของคะแนนเสียงทั้งหมด จึงต้องมีการแบ่งขั้วทางการเมือง เพื่อให้ได้พรรคฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาล ซึ่งโดยปกติแล้วหัวหน้าพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุด มักจะได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อมีการประชุมร่วมกันในรัฐสภาที่อาศัยวิธีชาวเสียงระหว่างสมาชิกว่าผู้ใดสมควรจะได้รับเลือกเป็นนายกรัฐมนตรีมากที่สุด และในปัจจุบันรัฐธรรมนูญได้กำหนดมิให้นายกรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาในขณะเดียวกัน ในทางปฏิบัติเมื่อมีการเลือกนายกรัฐมนตรีจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อได้รับตำแหน่งแล้วก็จะลาออกจากความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในกรณีนี้การเสนอชื่อนายกรัฐมนตรีของไทยและอังกฤษจึงมีความคล้ายกัน แต่อาจแตกต่างกันรายละเอียด ที่นายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นผู้ได้รับเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร แต่ในประเศอังกฤษนายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญด้วย แต่ประเทศไทยในปัจจุบันไม่ให้นายกรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในขณะเดียวกัน

- การเสนอร่างกฎหมาย

ประเทศอังกฤษ อำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมายการเงินเป็นอำนาจของสภาสามัญ แต่อำนาจในการเสนอร่างกฎหมายการเงิน เริ่มแรกรัฐบาลต้องเป็นฝ่ายเสนอ เพราะรัฐบาลเป็นผู้ปฏิบัติงานย่อมรู้ว่าต้องการงบประมาณในการบริหารงานเท่าใด การเสนอร่างกฎหมายงบประมาณในทางปฏิบัติจึงเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี เช่นเดียวกับประเทศไทยที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้รัฐสภาจะเป็นผู้เสนอให้มีการร่างกฎหมาย แต่ในทางปฏิบัตินั้นมักจะเป็นฝ่ายรัฐบาลที่เสนอให้รัฐสภาร่างกฎหมาย ซึ่งเป็นเรื่องภายในของรัฐสภา นอกจากนั้นคณะรัฐมนตรียังอาจได้รับคำแนะนำจากพระมหากษัตริย์ และได้นำมาปรึกษาเป็นการภายในรัฐบาล และเป็นผลให้มีการเสนอร่างกฎหมายนั้นต่อรัฐสภาด้วยความรับผิดชอบของรัฐบาลเอง แต่หากในกรณีที่รัฐบาลเสนอร่างกฎหมายที่ขัดต่อประเพณีการปกครองฯ และผ่านเป็นกฎหมายแล้ว ในรัฐบาลสมัยต่อมาก็ได้มีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีเช่นนั้นขึ้นอีก เช่น การผ่านร่างกฎหมายป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ เพื่อป้องกันการเสนอกฎหมายให้ปิดสภาและงดใช้รัฐธรรมนูญในสมัยพระยามโนปกรณนิติธาดาเป็นนายกรัฐมนตรี กรณีที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน วิธีปฏิบัติเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวข้องด้วยการเงินนั้น หากสมาชิกสภาเป็นผู้เสนอจะต้องให้นายกรัฐมนตรีรับรองเสียก่อน ฉะนั้น

หากประธานสภาวินิจฉัยเห็นว่าเป็นกฎหมายการเงินก็ส่งไปยังนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ถ้านายกรัฐมนตรีเห็นชอบด้วยก็รับรองให้ แล้วส่งคืนมายังสภาฯ หากไม่เห็นชอบด้วยก็แจ้งเหตุผลกลับมาว่า เพราะเหตุใดจึงไม่รับรองร่างพระราชบัญญัตินั้น ให้กรณีที่เป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน และมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าหากรัฐบาลเสนอร่างกฎหมายการเงินหรือร่างกฎหมายที่สำคัญแล้ว ปรากฏว่าสภาไม่ผ่านร่างกฎหมายนั้น เป็นการแสดงเป็นนัยถึงการไม่ไว้วางใจของสภาต่ออน โยบายรัฐบาล มีผลทำให้รัฐบาลต้องขอลาออก ธรรมเนียมปฏิบัติในการเสนอร่างกฎหมายนี้ รัฐธรรมนูญไทยได้มีการกำหนดไว้แต่ในอังกฤษเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ที่ให้อำนาจในการเสนอร่างกฎหมายการเงินเป็นอำนาจของรัฐบาล แต่อำนาจในการพิจารณาเป็นอำนาจของสภาสามัญ เช่นเดียวกับประเทศไทยที่ให้เป็นอำนาจของรัฐบาลในการเสนอ แต่หากสภาต้องการเสนอก็ให้นายกรัฐมนตรีรับรองเสียก่อน

- การอภิปรายไม่ไว้วางใจของพรรคฝ่ายค้าน

ประเทศอังกฤษ โดยปกติรัฐสภามีอำนาจในการติดตามการปฏิบัติงานของรัฐบาลโดยการถามกระทู้ต่อรัฐบาล และในทางปฏิบัติมักจะปรากฏว่าการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลมักจะเป็นบทบาทของพรรคฝ่ายค้าน ที่ทำหน้าที่นี้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีบทบัญญัติใดกล่าวถึงพรรคฝ่ายรัฐบาลหรือพรรคฝ่ายค้าน แต่จะกล่าวรวม ๆ ถึงรัฐสภา หรือสภาสามัญ ซึ่งในอังกฤษมีธรรมเนียมปฏิบัติว่าสภาขุนนางจะไม่ใช้สิทธิ์ได้ใน 2-3 ปีแรกของการที่มีการเลือกตั้งทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยอมรับความสัมพันธ์อันดีระหว่างคณะรัฐมนตรีสภาสามัญ ในการควบคุมนโยบายและการออกกฎหมายทั่วไป ส่วนในประเทศไทยแม้จะได้มีการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญว่าพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร แต่ในทางปฏิบัติเป็นที่ทราบกันว่าพรรคการเมืองฝ่ายค้านเป็นพรรคการเมืองที่เสนอให้มีการเปิดการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล

- การเสนอยุบสภา

เมื่อรัฐบาลถูกลดมติไม่ไว้วางใจจากรัฐสภา รัฐบาลอังกฤษจะต้องลาออกจากตำแหน่ง เพราะถือว่าประชาชนไม่ให้ความไว้วางใจในการบริหารประเทศอีกต่อไป แต่รัฐบาลก็สามารถใช้อำนาจยุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งการพิจารณาว่าควรยุบสภาหรือไม่เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีแต่ผู้เดียวโดยไม่จำเป็นต้องปรึกษาหารือกับใคร นอกจากนี้การยุบสภาก็ยังเป็นการทำให้สถานะทางการเมืองของรัฐบาลมั่นคงมากขึ้น หากผลการเลือกตั้งทั่วไปทำให้รัฐบาลสามารถเข้ามาบริหารประเทศได้อีก และเป็นการเพิ่มจำนวนที่นั่งของพรรครัฐบาลในสภา และบางครั้งอาจมีเหตุที่ทำให้รัฐบาลตัดสินใจยุบสภา เช่น การใช้อำนาจยับยั้งร่างกฎหมายการเงินของสภาขุนนางซึ่งถือเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและแย่งสิทธิ์ของสภาสามัญ รัฐบาลจึงตัดสินใจยุบสภา ผลที่เกิดขึ้นทำ

ให้ต่อมาได้มีการร่างพระราชบัญญัติรัฐสภา ในปี ค.ศ. 1911 และจำกัดการใช้อำนาจของสภาขุนนาง และเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งขุนนางตามความจำเป็น เมื่อมีการเสนอร่างกฎหมายการเงินในเวลาต่อมา สภาขุนนางก็มักจะผ่านร่างกฎหมายนั้นเสมอ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างองค์กร

ในประเทศไทยการยุบสภาถือเป็นการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนเพื่อเลือกตั้งทั่วไป และก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะตัดสินใจยุบสภาก็มักจะประชุมคณะรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวเสียก่อน การยุบสภาเป็นอำนาจที่รัฐบาลสามารถเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงยุบสภา ซึ่งการยุบสภาของรัฐบาลในอังกฤษถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แต่ในประเทศไทยการใช้พระราชอำนาจนี้มีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้อำนาวยุบสภานี้แท้จริงแล้วเป็นอำนาจของรัฐบาล โดยธรรมเนียมปฏิบัติมักปรากฏว่าก่อนที่รัฐบาลจะกราบทูลให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยุบสภานั้น ก็มักจะขอพระราชทานคำปรึกษา และในทางปฏิบัติจะทรงไต่ถามถึงสาเหตุและสถานการณ์ทางการเมืองขณะนั้น แต่พระองค์ก็จะทรงใช้พระราชอำนาจนั้นตามคำเสนอของรัฐบาลเสมอ

2. ความสัมพันธ์ระหว่างสภาทั้งสอง

ในปัจจุบันประเทศอังกฤษมีประเพณีสืบต่อกันมาว่า ประธานสภาส่วนมากมักเป็นผู้มาจากพรรคที่เป็นรัฐบาล แต่ก็ได้มีความพยายามที่จะหาบุคคลที่เป็นกลางซึ่งยอมรับกันของทุกพรรค ซึ่งโดยปกติแล้วจะได้แก่สมาชิกสภาสามัญที่มีประสบการณ์ในสภามานาน มีความรู้ความสามารถทางด้านการประชุมสภาเป็นอย่างดี ประธานสภาเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วก็จะดำรงตนเป็นกลางและขาดความสัมพันธ์กับพรรคการเมืองของตน ทั้งนี้สมาชิกในสภาทั้งฝ่ายค้านและฝ่ายรัฐบาลจะให้การยอมรับและให้ความเคารพต่อประธานสภาในการประชุมสภาเพราะถือว่าเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติสูง นอกจากนี้ หากมีการเลือกตั้งทั่วไป และประธานสภาที่ได้รับตำแหน่งในสภาชุดก่อนต้องการลงสมัครรับเลือกตั้ง โดยธรรมเนียมปฏิบัติ พรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามจะไม่ส่งตัวแทนเข้ารับเลือกตั้งในเขตนั้น เพื่อต้องการให้ประธานสภาเข้ามาดำรงตำแหน่งในสภาสามัญอีก และการเลือกตั้งประธานสภาจะมีขึ้นทุกครั้งในวาระเริ่มแรกของสภาชุดใหม่ และหากประธานสภาคนเดิมประสงค์จะดำรงตำแหน่งดังกล่าวต่อไปก็จะได้รับเลือกเสมอ ในการประชุมประธานสภาจะมีอำนาจในการควบคุมการประชุมให้เป็นไปด้วยความสงบและมีระเบียบ ซึ่งประเทศอังกฤษจะยึดมั่นในระเบียบข้อบังคับการประชุมและให้ความเคารพประธานสภาเป็นอย่างมาก ประธานสภามีอำนาจในการวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน และหากมีการลงคะแนนเสียงแล้วคะแนนเสียงสองฝ่ายเท่ากัน ประธานสภาจะเป็นผู้ออกเสียงชี้ขาด ซึ่งโดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้วก็มักจะลงคะแนนให้แก่ฝ่ายรัฐบาล

ในประเทศไทย เมื่อมีการเข้ารับแต่งตั้งให้เป็นสมาชิกสภาแล้วก็จะมีการปฏิญาณตน ซึ่งมักจะกล่าวถึงความซื่อสัตย์ และหลักการปฏิบัติหน้าที่ ต่อมาก็จะเลือกประธานสภาซึ่งได้กลายมาเป็นประเพณีปฏิบัติสืบต่อกันมาจนกระทั่งในปัจจุบัน โดยประธานสภามักจะเป็นบุคคลที่มาจากรรคการเมืองที่มีเสียงมากที่สุดในสภา และรองประธานก็จะเป็นพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงรองลงมา ซึ่งมักจะมีการตกลงกันระหว่างพรรคฝ่ายรัฐบาลและพรรคฝ่ายค้านก่อน เพื่อความเป็นเอกภาพเสียก่อน ซึ่งประธานรัฐสภามักจะได้แก่ประธานสภาผู้แทนราษฎร มีบางสมัยที่ประธานวุฒิสภาเป็นประธานรัฐสภา แต่ส่วนมากประธานสภาผู้แทนราษฎรจะได้รับตำแหน่งนี้ ซึ่งในประเทศไทยแม้จะถือว่าประธานสภาผู้แทนราษฎรมีความเป็นกลาง แต่ประธานสภาผู้แทนราษฎรก็ไม่ได้ขาดความสัมพันธ์กับพรรคการเมืองของตน และในการเลือกตั้งประเทศไทยก็ไม่ได้มีธรรมเนียมปฏิบัติว่าจะส่งผู้สมัครเข้าแข่งขันในเขตเลือกตั้งที่ประธานสภาลงรับเลือกตั้งไม่ได้ แต่อำนาจของประธานสภาของไทยมีอำนาจควบคุมการประชุม ซึ่งขาดว่าร่างกฎหมายใดเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินและออกเสียงซึ่งขาดเมื่อมีการลงคะแนนเสียงของทั้งสองฝ่ายเท่ากัน เช่นเดียวกับอังกฤษ แต่ประเทศไทยไม่เคร่งครัดกับระเบียบการประชุมและให้ความเคารพต่อประธานสภาต่ออังกฤษ ซึ่งจะเห็นได้จากที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งและมักจะมีการโต้แย้งประธานสภาในการประชุมเสมอ ดังนั้น ประเทศไทยจึงไม่มีธรรมเนียมปฏิบัติในการให้ความเคารพต่อประธานสภาอย่างอังกฤษ และอำนาจของประธานสภาในการประชุม ประเทศไทยได้กำหนดไว้ในระเบียบการประชุมสภา ไม่ได้เป็นธรรมเนียมปฏิบัติอย่างในประเทศอังกฤษ

3. ความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรี

ในประเทศอังกฤษถือว่านายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรี ที่มีอำนาจในการเสนอแต่งตั้งหรือปลดรัฐมนตรีคนใดในคณะรัฐมนตรีก็ได้ ซึ่งหากรัฐมนตรีไม่พอใจกับนโยบายของรัฐบาลก็จะขอลาออกจากรัฐบาลเอง หรือนายกรัฐมนตรีได้ขอให้รัฐมนตรีคนนั้นลาออก โดยนายกรัฐมนตรีจะเสนอต่อพระมหากษัตริย์ หากนายกรัฐมนตรีลาออกหรือเสียชีวิตก็จะทำให้คณะรัฐมนตรีต้องพ้นตำแหน่ง ทั้งนี้ถือว่านายกรัฐมนตรีจึงเป็นผู้พิจารณาว่าในการบริหารงาน จึงมีอำนาจในการพิจารณาว่าใครควรทำหน้าที่ใด ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาด้วย แม้ว่าอังกฤษจะมีระบบพรรคการเมืองใหญ่เพียงสองพรรค แต่ในพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากก็มีกลุ่มอิทธิพลอื่นๆ และเพื่อให้รัฐมนตรีได้รับความไว้วางใจจากสภา รัฐมนตรีก็มักจะเป็นตัวแทนจากทุกกลุ่มในพรรครัฐบาล และในการปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันระหว่างนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีมีฐานะเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรีทั้งหมด และเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งมติที่ประชุมคณะรัฐมนตรีถือว่าเป็นหนึ่งเดียวที่รัฐมนตรีต้องนำไปปฏิบัติ เพราะคณะรัฐมนตรีต้องมีความเป็นเอกภาพ

สำหรับประเทศไทย หากนายกรัฐมนตรีลาออกหรือตาย ไม่มีผลทำให้คณะรัฐมนตรีทั้งคณะต้องพ้นจากตำแหน่ง เพราะเป็นเรื่องเฉพาะตัว หากนายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งที่ไม่ใช่เหตุเพราะถูกลดมติไม่ไว้วางใจแล้ว พรรคร่วมรัฐบาลก็จะสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี กรณีนี้จึงต่างไปจากประเทศอังกฤษ นอกจากนี้ระบบพรรคการเมืองของไทยเป็นระบบหลายพรรค จึงไม่มีพรรคใดพรรคหนึ่งได้เสียงข้างมากในสภา รัฐบาลที่ตั้งขึ้นจึงเป็นพรรคผสมเพื่อเข้าร่วมรัฐบาล เมื่อมีการเสนอแต่งตั้งรัฐมนตรีแล้ว คณะรัฐมนตรีจะต้องมีการแถลงนโยบายและการบริหารราชการแผ่นดินจะต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งในสภาผู้แทนราษฎรจะประกอบด้วยสมาชิกพรรคการเมืองที่เข้าร่วมรัฐบาล ดังนั้น เพื่อให้ได้รับความไว้วางใจ การแต่งตั้งรัฐมนตรีจึงต้องคำนึงถึงสัดส่วนของสมาชิกพรรคการเมืองที่ร่วมรัฐบาลด้วย และมักปรากฏว่ารัฐมนตรีประจำกระทรวงที่สำคัญ ๆ มักจะเป็นผู้นำพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงรองลงมาจากพรรคการเมืองของนายกรัฐมนตรีที่ได้รับเสียงมากที่สุด และผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีประจำกระทรวงกลาโหมก็มักจะเป็นนายทหาร เป็นต้น ส่วนอำนาจในการปลดรัฐมนตรีของไทยจะคล้ายกับอังกฤษ ซึ่งหากรัฐมนตรีคนใดมีความขัดแย้งหรือไม่เห็นด้วยกับนโยบายของรัฐบาลก็จะขอลาออก หรือนายกรัฐมนตรีจะขอให้ลาออกเป็นการภายใน เพื่อให้รัฐมนตรีคนนั้นดำเนินการลาออกเอง เพื่อความเป็นเอกภาพของคณะรัฐมนตรี และถือว่าการที่นายกรัฐมนตรีมีเสนอพระมหากษัตริย์ให้ปลดรัฐมนตรีโดยที่มิได้มีการเจรจาเป็นการภายในกับรัฐมนตรีผู้นั้นเป็นการใช้มาตรการรุนแรงและไม่ให้เกียรติแก่รัฐมนตรีร่วมรัฐบาล ดังนั้น การใช้อำนาจในการแต่งตั้งหรือปลดรัฐมนตรี เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีอังกฤษแต่ผู้เดียว ทั้งนี้เพื่อประสิทธิภาพในการบริหารประเทศและความเป็นเอกภาพของรัฐบาล และเพื่อที่รัฐบาลจะได้รับความไว้วางใจ นายกรัฐมนตรีก็จะเลือกตัวแทนจากกลุ่มต่าง ๆ ในพรรคการเมืองของตนเข้าดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีร่วมรัฐบาล ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติในการแต่งตั้งรัฐมนตรีของไทยจะใช้ระบบโควตาระหว่างพรรคการเมืองร่วมรัฐบาลเช่นเดียวกัน เพียงแต่ในอังกฤษพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลเป็นพรรคการเมืองที่ได้เสียงข้างมากพรรคเดียว ในขณะที่ประเทศไทยเป็นพรรคผสม แต่รัฐมนตรีก็จะเป็นตัวแทนจากกลุ่มการเมืองในคณะรัฐบาลเช่นเดียวกัน ส่วนการปลดรัฐมนตรีนั้น ประเทศไทยจะใช้วิธีการที่นายกรัฐมนตรีขอให้รัฐมนตรีคนนั้นลาออกเองเป็นการภายใน มากกว่าที่จะมีคำสั่งอย่างเป็นทางการ ซึ่งประเทศอังกฤษและไทยต่างก็ให้ความสำคัญกับความเป็นเอกภาพของพรรคการเมืองเช่นเดียวกัน ซึ่งประเทศไทยเคยมีเหตุการณ์ที่สมาชิกพรรคการเมืองลงมติขัดแย้งกับมติของพรรคการเมืองที่สังกัด เป็นผลทำให้สมาชิกผู้นั้นถูกขับออกจากพรรคการเมืองนั้น

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษและประเทศไทยมีแนวทางปฏิบัติที่คล้ายกัน และต่างกันบ้างในรายละเอียด ซึ่งแนวทางปฏิบัติในประเทศอังกฤษนั้นเป็นสิ่งที่ได้ปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นระยะเวลายาวนานจนถือได้ว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ แต่ธรรมเนียมปฏิบัติอย่าง

อังกฤษในประเทศไทยส่วนใหญ่ได้รับการนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว แต่การปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนั้น มีแนวทางปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ในรายละเอียดที่ได้รับการปฏิบัติติดต่อกันสม่ำเสมอ จนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่มีความสำคัญที่ทำให้กลไกทางรัฐธรรมนูญดำเนินไปได้ ซึ่งผลกระทบที่เกิดจากการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ผลกระทบที่เห็นได้ชัดคือ ผลทางการเมือง ส่วนผลกระทบอีกทางหนึ่ง คือผลทางกฎหมาย ซึ่งในอังกฤษหากมีการละเมิดเกิดขึ้นจะมีผลกระทบที่รุนแรงกว่าในประเทศไทยที่การให้ความสำคัญและเคารพต่อระเบียบปฏิบัติต่าง ๆ ไม่เคร่งครัดเหมือนในอังกฤษ

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอังกฤษจะพบว่ากฎเกณฑ์ที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญระหว่างอังกฤษกับไทยมีความเหมือนและแตกต่างกัน ดังนี้

1) ความเหมือน

ก) มีการยึดถือปฏิบัติเช่นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติ ธรรมเนียมปฏิบัติเป็นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่ได้รับการยอมรับปฏิบัติทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศไทย แม้ว่าจะใช้ระบบกฎหมายแตกต่างกันก็ตาม จากการปฏิบัติติดต่อกันมาขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการระหว่างกันจนกระทั่งกลายเป็นแบบอย่าง และมีการปฏิบัติตาม ๆ กันมาและยึดถือเป็นหลักปฏิบัติ

ข) การละเมิดย่อมมีผลทางการเมืองและทางกฎหมาย จากที่ได้กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าทั้งประเทศอังกฤษและประเทศไทยได้รับผลจากการละเมิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญลักษณะเดียวกัน คือ จะมีผลกระทบในทางการเมือง และผลกระทบในทางกฎหมาย แต่ผลกระทบที่เกิดในทางการเมืองจะเป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรง เช่น การยุบสภา การลาออกของรัฐบาล ฯลฯ แต่ผลที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายนั้นมิใช่เป็นผลโดยตรงของการละเมิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ผลที่เกิดขึ้นเป็นเพียงผลทางอ้อมที่เกิดขึ้นต่อบทกฎหมาย ที่อาจทำให้มีการนำไปบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เป็นต้น

2) ความต่าง

ก) การยึดถือในระบบกฎหมายต่างกันทำให้สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความเคร่งครัดต่างกัน เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ยึดถือระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งถือว่าธรรมเนียมปฏิบัติเป็นที่มาประการหนึ่งของกฎหมาย และประเทศอังกฤษเป็นประเทศอนุรักษนิยมที่นิยมการปฏิบัติตามประเพณีที่มีมายาวนาน และอังกฤษไม่นิยมเปลี่ยนแปลงการบริหารประเทศของผู้นำโดยวิธีรัฐประหารเช่นประเทศไทย การนำจารีตประเพณีหรือ

ธรรมเนียมปฏิบัติมาใช้ของอังกฤษจึงมีความเคร่งครัดมากกว่า และการฝ่าฝืนก็จะมีผลกระทบมากกว่าประเทศไทย ซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงมีพื้นฐานที่ยึดถือความเป็นลายลักษณ์อักษรมากกว่า และประวัติศาสตร์ที่ผ่านมามีการปฏิวัติรัฐประหาร เปลี่ยนแปลงประเพณีการปกครองบ่อยครั้ง จนทำให้ผู้ปฏิบัติให้ความสำคัญกับการปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติไม่มากนัก ผลที่เกิดขึ้นจึงทำให้ประเทศไทยมีเสถียรภาพในการปกครองประเทศน้อยกว่าในประเทศอังกฤษ

ข) การนำเอาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในศาล

ในประเทศอังกฤษจากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเทศอังกฤษยึดถือกฎหมายคอมมอน ลอว์ หลักปฏิบัติต่าง ๆ จึงมักที่จะไม่ได้รับการกำหนดหรือบัญญัติไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะยึดถือความแน่นอน ชัดเจน โดยเฉพาะกฎหมายของรัฐสภาที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร ทำให้เมื่อเกิดกรณีศาลจึงไม่นำธรรมเนียมปฏิบัติมาบังคับใช้ให้ เพราะธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เป็นเพราะแนวความคิดของไคซีมีอิทธิพลต่อศาล ซึ่งไคซีเห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่เป็นกฎหมาย แม้จะมีผู้ให้ความเห็นแย้งก็ตาม ซึ่งกรณีนี้ถือได้ว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย การยอมรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของศาลเป็น Convention-recognition ดังจะเห็นได้จากการพิจารณาคดี British Coal Corporation v. The King คดี Liversidge v. Anderson คดี Adegbenro v. Akintola คดี MadZimbamuto v. Lardner-Burke คดี Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. ของศาลอังกฤษ

เมื่อพิจารณาการนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ของศาลที่ศาลไม่ยอมรับบังคับใช้แล้ว แสดงได้ว่าแนวความคิดในเรื่องสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติของไคซีมีอิทธิพลต่อนักกฎหมายและศาล และศาลได้แสดงออกโดยการไม่ยอมรับบังคับใช้ แม้ว่าศาลจะได้ออมรับว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีอยู่ก็ตาม (Convention-recognition) แต่ก็มีอาจนำมาบังคับแก่คดีได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษไม่มีฐานะเป็นกฎหมายและไม่มีสถานะสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เป็นแต่เพียงต้นกำเนิดที่สามารถพัฒนาตกผลึกไปเป็นกฎหมายเท่านั้น ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจึงไม่มีศักดิ์ในทางกฎหมาย และไม่สามารถยกเลิกเพิกถอนหรือมีข้อกำหนดเป็นการชัดหรือแย้งต่อกฎหมายได้ และเมื่อมีกรณีเกิดขึ้นจึงต้องวินิจฉัยไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร และหากศาลพิจารณาตามธรรมเนียมปฏิบัติ สิ่งที่เกิดขึ้นคือ แนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลที่ผู้พิพากษาในคดีต่อไปจะพิจารณาตามในข้อเท็จจริงเดียวกันเท่านั้น มิได้เป็นการทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมีผลบังคับแต่อย่างใด เช่นเดียวกับสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเครือจักรภพ คำพิพากษาศาลสูงในแคนาดา Re Amendment of

the Constitution of Canada (1981) จากคำพิพากษาศาลสูงของแคนาดาแสดงให้เห็นว่า ศาลไม่ยอมรับบังคับธรรมเนียมปฏิบัติ แต่การพิจารณานั้น ธรรมเนียมปฏิบัติมีส่วนสำคัญในการวินิจฉัยคดี

แต่จากสภาพบังคับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในออสเตรเลียใน Codification of Constitutional Conventions of Australia จาก Resolutions Adopted at the Australian Constitutional Convention จะเห็นได้ว่าการนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นมีสภาพบังคับที่สามารถนำมาบังคับใช้และอ้างอิงได้ แต่ทั้งนี้การอ้างอิงนั้นมิได้เป็นการอ้างในฐานะที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ แต่เป็นการอ้างในฐานะที่เป็นลายลักษณ์อักษร การนำธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรจึงเป็นการเปลี่ยนสถานะให้เป็นบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่มีความแน่นอนชัดเจน ที่ศาลสามารถนำมาบังคับใช้ได้ และเป็นการทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น มีสภาพบังคับมีศักดิ์ในทางกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้บังคับได้ และมีผลทำให้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นมีสภาพบังคับตามองค์การที่บัญญัติ ในกรณีนี้เป็นการประจวบเหมาะกันของรัฐสภา กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาจึงมีสภาพบังคับเป็นพระราชบัญญัติ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจึงมีศักดิ์ของกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติเช่นกัน และมีผลทำให้กฎหมายที่อยู่ในลำดับรองจากพระราชบัญญัติไม่อาจขัดหรือแย้งหรือยกเลิกเพิกถอน ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกันหรือสูงกว่าเท่านั้น แต่ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งเป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด กฎหมายที่ออกจากรัฐสภาจึงเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดเช่นกัน

แต่ในประเทศไทย จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้นำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างในกรณีที่ไม่มียกกฎหมายบังคับใช้แก่กรณี จึงถือได้ว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย นั้นมีสภาพบังคับทางกฎหมาย เนื่องจากได้มีการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษร และจากการพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวหลาย ๆ ฉบับของไทย อาทิ รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 และ 2515 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ,2520 และ 2534

แต่อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 7 ได้กำหนดว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งเป็นเพียงบทบัญญัติสั้น ๆ นั้น ถือได้ว่าเป็นแนวโน้มนำสำหรับนิติศาสตร์ ที่รัฐธรรมนูญยอมรับให้จารีตประเพณียกระดับขึ้นมาเป็นกฎหมาย และมีสภาพบังคับทางกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการอุดช่องว่างของกฎหมายอันถือได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองจารีตประเพณีทาง

รัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรง และทำให้ศาลสามารถนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับได้ และมีผลทำให้สถานะทางสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนและมีผลบังคับดังเช่นกฎหมาย และนอกจากนี้สถานะสภาพบังคับของประเพณีการปกครองก็ถูกทำให้ชัดเจน จากการนำมาบังคับใช้แก่กรณีของศาล เช่น ตามคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นการแสดงให้เห็นว่า ประเทศไทย ยอมรับบังคับประเพณีการปกครองเช่นกฎหมาย

3.2. วิเคราะห์สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

เมื่อพิจารณาถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญแล้วก็สามารถวิเคราะห์ถึงสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ดังนี้

1) กรณีที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับ จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่สามารถเกิดขึ้นได้เอง โดยที่ไม่มีการนำมาปฏิบัติ และการปฏิบัติก็จะเกิดขึ้นไม่ได้หากไม่มีสถานการณ์กรณีนั้น ๆ ที่ต้องนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ และกรณีที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับ ได้แก่

ก) กรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แต่ไม่ได้ปฏิบัติเช่นนั้น เช่น การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจในการตรากฎหมาย แต่ในทางปฏิบัติพระองค์มิได้เป็นผู้ใช้อำนาจนั้นอย่างแท้จริง แต่ได้กระทำลงโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา เป็นต้น

ข) กรณีที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่รัฐธรรมนูญฉบับที่บังคับใช้อยู่ไม่ได้กำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่ประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย ว่าเมื่อเกิดช่องว่างทางกฎหมายก็ให้นำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาบังคับใช้แก่กรณี ซึ่งจะต้องย้อนไปศึกษาทางปฏิบัติในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ เช่น การที่สภานิติบัญญัติตีความว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจในการตราพระราชกำหนด เป็นต้น

ค) กรณีที่ไม่เคยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เกิดจากการปฏิบัติในความเป็นจริง เช่น การปริกษาราชการแผ่นดินของรัฐบาลต่อพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นพระราชอำนาจที่ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ การไม่ดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาลรักษาการอันจะเป็นการก่อให้เกิดภาระแก่รัฐบาลในสมัยถัดไป เป็นต้น

2) การเกิดขึ้นของสภาพบังคับ สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ นอกจากจะเกิดขึ้นเมื่อมีสถานการณ์ให้ต้องนำมาปรับใช้แล้ว กรณีที่ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับก็คือการนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นมาปฏิบัติ หรือการละเมิดไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็จะทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นเกิดสภาพบังคับขึ้นในตัวเอง เช่น

ก) มีการปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การนำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปฏิบัติ โดยได้รับการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอจนระยะเวลาหนึ่ง จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นก็เกิดสภาพบังคับให้ต้องปฏิบัติ จนเกิดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับ เช่น การเลือกสรรรัฐมนตรีร่วมรัฐบาลของนายกรัฐมนตรี โดยเฉพาะรัฐมนตรีกระทรวงกลาโหม มักจะต้องเป็นนายทหารระดับสูง และส่วนมากมักจะมาจากกองทัพบก ซึ่งในรัฐบาลบางสมัยปรากฏว่า นอกจากรัฐมนตรีจะเป็นนายทหารบกแล้ว รัฐมนตรีช่วยว่าการก็ยังเป็นนายทหารกองทัพเรือ กองทัพอากาศ ครบทั้งสามเหล่าทัพ อีกด้วย

ข) มีการละเมิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ สิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ชัดที่สุด คือ สภาพบังคับที่เกิดขึ้นเมื่อมีการละเมิดไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เพราะผู้ที่ละเมิดจะได้รับผลร้ายจากสังคม และจะเห็นได้อย่างชัดเจนกว่าสถานะสภาพบังคับที่เกิดจากการนำมาปฏิบัติ เช่น เมื่อมีการแต่งตั้งพลเรือนขึ้นเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม เช่น รัฐบาลชวน หลีกภัย ก็ได้รับคำวิพากษ์วิจารณ์ในสังคม และมีการเกรงกันว่าจะเกิดรัฐประหาร แต่ในที่สุดฝ่ายทหารก็ได้ออกมายืนยันว่าจะไม่มีการรัฐประหาร และยอมรับรัฐมนตรีที่เป็นพลเรือน เพราะเป็นเรื่องทางนโยบาย ซึ่งผลที่เกิดขึ้นนั้นมีผลทำให้เป็นการเปลี่ยนแปลงธรรมเนียมปฏิบัติ และเกิดธรรมเนียมปฏิบัติใหม่ขึ้นแทน

ค) มีการกำหนดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้กว้าง ๆ ให้นำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ เช่น ในกรณีที่ได้บัญญัติไว้ใช้สำหรับกรณีที่เกิดช่องว่างในทางกฎหมาย ซึ่งเท่าที่ผ่านมามักจะกำหนดให้ใช้ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นบทบัญญัติที่ใช้แก่กรณี โดยปกติมักจะกำหนดไว้ในธรรมนูญการปกครองซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรนั้น ได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 7 เป็นต้น

3) สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เป็นผลที่เกิดขึ้นเมื่อต้องนำมาใช้แก่สถานการณ์ที่เกิดขึ้น และมีการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น สภาพบังคับที่เกิดขึ้นเป็นผลที่เกิดขึ้นในทางการเมืองและผลที่กระทบในทางกฎหมาย ได้แก่

ก) สภาพบังคับในทางการเมือง ผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางการเมืองนั้น อาจเป็นผลที่ทำให้มีผลกระทบในทางการเมืองการปกครองที่กระทบและกดดันผู้ปฏิบัติให้ต้องปฏิบัติตามหรือได้รับผลร้ายเมื่อฝ่าฝืน โดยได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ ไปจนถึงการเปลี่ยนแปลงผู้บริหารประเทศ ขึ้นอยู่กับความสำคัญของจารีตประเพณีที่ละเมิด และโดยมากก็มักปรากฏว่าผู้ละเมิดจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็มักจะส่งผลให้เป็นการละเมิดหรือขัดแย้งต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรในที่สุดด้วย เช่น การประกาศใช้กฎหมายเพื่อลดอำนาจของตุลาการของรัฐบาลรักษาการ ที่ฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติว่ารัฐบาลรักษาการไม่ควรกระทำการใด ๆ ในทางนโยบายที่ทำให้เป็นภาระรัฐบาลชุดถัดไปก่อนการเลือกตั้งทั่วไป ซึ่งปรากฏว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ขัดต่อหลักการอำนาจอธิปไตยที่ฝ่ายบริหารไม่ควรเข้าแทรกแซงกิจการของตุลาการ นอกจากนี้ สภาพบังคับที่มีผลต่อองค์กรทางการเมือง ที่ทำให้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง ผลที่ทำให้รัฐบาลไม่ได้รับความไว้วางใจในสภา โดยธรรมเนียมปฏิบัติรัฐมนตรีมักจะเป็นตัวแทนของพรรคที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร เพราะจะทำให้ได้รับความไว้วางใจจากพรรคการเมืองของตนที่มีที่นั่งในสภา แต่หากการแต่งตั้งรัฐมนตรีไม่เป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติ โดยเลือกนายกรัฐมนตรีที่มีเสียงข้างน้อยในสภา นโยบายการบริหารงานต่าง ๆ ของนายกรัฐมนตรีก็จะมีผู้สนับสนุนในสภาผู้แทนไม่เพียงพอ และอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล และมีผลให้รัฐบาลต้องลาออกจากตำแหน่งไปในที่สุด เช่นการไม่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภาของรัฐบาล สมัย ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช เป็นต้น

ข) สภาพบังคับที่มีผลกระทบในทางกฎหมาย ส่วนผลของสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางกฎหมายนั้น พิจารณาได้ว่า จารีตประเพณีอาจทำให้มีการบัญญัติรับรองไว้เป็นกฎหมาย เช่น ประเทศอังกฤษในสมัยแรกที่ยังไม่มีบทบัญญัติรับรองความมีอยู่ของนายกรัฐมนตรี แต่ด้วยธรรมเนียมปฏิบัติก็ทำให้เป็นที่ยอมรับถึงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีที่มีอยู่ และได้รับการบัญญัติรับรองในเวลาต่อมา ส่วนกรณีที่เป็นผลทำให้มีการเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย เช่น การที่วุฒิสภาอังกฤษปฏิเสธร่างกฎหมายการเงิน ทำให้สภาอังกฤษแก้ไขกฎหมายเพื่อกำหนดให้เป็นอำนาจของสภาสภาสามัญให้ชัดเจน และกำหนดข้อจำกัดที่ทำให้วุฒิสภาต้องรับร่างกฎหมายการเงินเสมอ นอกจากนี้ สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีผลทำให้มีการนำเอาจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย เช่น The United Kingdom Parliament Act of 1911 and 1949, The Statute of Westminster, The British North America Act เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติที่มีความสำคัญที่ควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในอีกทางหนึ่งก็แสดงให้เห็นว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายหรือมีผลเป็นกฎหมายที่ศาลจะบังคับให้ จึงต้องนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มิอาจปฏิเสธได้ว่าผลของสภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติไม่มีผลต่อโครงสร้างหรือบท

บัญญัติกฎหมายทั้งในแง่ที่มีการนำเอาธรรมเนียมปฏิบัติมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย ทำให้มีผลกระทบให้มีการเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย ตลอดจนผลที่มีต่อการบังคับใช้กฎหมายในอังกฤษ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีสภาพบังคับในทางการเมืองและมีผลกระทบต่อกฎหมาย สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่การมีสภาพบังคับในทางกฎหมาย โดยตรง เพราะจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นกฎหมาย และผลที่เกิดขึ้นจึงไม่ใช่เป็นผลในทางกฎหมาย

3.3. แนวโน้มของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในอนาคตของไทย

จากการศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญแล้ว ทำให้สามารถคาดการณ์ถึงแนวโน้มของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในอนาคตของไทย ได้ว่า

1) สถานะสภาพบังคับมีประสิทธิผลให้ต้องผูกพันทำตามมากขึ้น เนื่องจาก

ก) ความต้องการปฏิรูปทางการเมืองส่งผลให้องค์กรทางการเมืองผูกพันภายใต้กฎเกณฑ์แห่งความประพฤติ เนื่องมาจากการปฏิวัติรัฐประหาร ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญขาดความชัดเจน และปัจจุบันมีกระแสการปฏิรูปการเมือง ซึ่งจะถือได้ว่าเป็นการเสริมสร้างคุณธรรมของนักการเมืองให้มีระเบียบวินัย และรักษาการดำเนินการตามระบอบประชาธิปไตยมากขึ้น

ข) รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความแน่นอนชัดเจน ทำให้ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มีสถานะเป็นกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ การกระทำใดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อประเพณีการปกครองก็ย่อมที่จะต้องได้รับผลทางกฎหมายเมื่อมีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

2) ศาลย่อมต้องการวางแนวบรรทัดฐาน เมื่อมีการนำคดีมาสู่ศาล

ก) ศาลตระหนักเองถึง conventions-recognition ในการพิจารณาคดีของศาลในเรื่องที่เกี่ยวกับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้น หากเป็นเรื่องที่ยังมิได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่ศาลจะถือเอาได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองตามรัฐธรรมนูญแล้ว แต่ทางปฏิบัตินั้น เป็นกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติที่ได้มีการปฏิบัติกันเป็นปกติในสถานการณ์ใดแล้ว

แม้ว่าศาลจะมีได้นำจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นมาบังคับใช้โดยตรงแก่กรณี แต่การพิจารณาของศาลก็จะยอมรับจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นอย่าง conventions-recognition

ข) ศาลนำมาใช้ปรับแก้คดีโดยตรงโดยอ้างถึงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในการพิจารณาคดีของศาล เมื่อกรณีใดก็ตามที่เข้ามาสู่ศาลและเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขแล้ว ศาลย่อมต้องการวางหลักแนวบรรทัดฐานและพิจารณาว่าเรื่องใดกรณีใดบ้างที่ถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครอง นอกจากจะเพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คดีต่อไปแล้ว คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญยังผูกพันองค์กรต่าง ๆ ด้วย และจะมีผลทำให้กรณีที่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นประเพณีการปกครองนั้น ๆ มีความชัดเจนแน่นอนยิ่งขึ้น



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติทางการเมืองตามแนวทางของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ในการบริหารราชการแผ่นดิน ได้แก่ สถาบันพระมหากษัตริย์ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายรัฐสภา ที่ได้ปฏิบัติสืบต่อกันมา อันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายอย่างหนึ่งที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่มีศักดิ์ในทางกฎหมายลายลักษณ์อักษร

โดยมีหลักเกณฑ์พิจารณาดังต่อไปนี้

- 1) ในเหตุการณ์อย่างเดียวกันมีรูปแบบของแนวทางปฏิบัติเดียวกัน
- 2) แนวทางปฏิบัตินั้นได้รับการถือปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ
- 3) มีการถือปฏิบัติเป็นระยะเวลาพอสมควร
- 4) การถือปฏิบัตินั้นได้รับการยอมรับว่ามีความถูกต้องเหมาะสม
- 5) เป็นแนวทางปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร

แนวทางปฏิบัติที่ถือว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้จากการศึกษา ได้แก่

1. แนวทางปฏิบัติในสถาบันพระมหากษัตริย์

ก) พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชฐานะเป็นกลางทางการเมือง

ข) พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจเดือน พระราชอำนาจในการให้คำปรึกษา และ พระราชอำนาจในการกระตุ้นการปฏิบัติงานต่อรัฐบาล และหากคณะรัฐมนตรีรับเอาพระราชดำริของพระมหากษัตริย์มาปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีจะต้องกระทำด้วยความรับผิดชอบของตนเอง

ค) พระมหากษัตริย์ทรงต้องแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามที่ประธานรัฐสภาเสนอ เว้นแต่ในกรณีที่ประเทศอยู่ในภาวะวิกฤต พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจแต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นนายกรัฐมนตรีได้เพื่อระงับเหตุการณ์นั้น

- ง) พระมหากษัตริย์ทรงต้องไม่ใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย หากทรงมีพระราชดำรัสไม่เห็นด้วยต่อร่างกฎหมายนั้นก็จะทรงปรึกษาผู้ทูลเกล้าถวายฯ เป็นการภายใน

2. แนวทางปฏิบัติในสถาบันทางการเมือง

- ก) ในการประชุมสภาสมัยสามัญครั้งแรกเมื่อมีการปฏิญาณตนของสมาชิกสภา และการแถลงนโยบายของรัฐบาลแล้ว จะมีการเลือกประธานสภาโดยประธานสภาจะเป็นบุคคลจากพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา
- ข) การเลือกนายกรัฐมนตรีในสภาใช้วิธีการชาวเสียงจากสมาชิกสภา
- ค) การเสนอแต่งตั้งรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรี อาศัยสัดส่วนของสมาชิกในสภาที่สังกัดพรรคการเมืองที่เข้าร่วมรัฐบาล โดยพรรคร่วมรัฐบาลที่มีคะแนนเสียงลำดับรองลงมาจากพรรครัฐบาลจะได้รับตำแหน่งรัฐมนตรีประจำกระทรวงที่สำคัญ ๆ และรัฐมนตรีประจำกระทรวงกลาโหมมักเป็นนายทหาร
- ง) การสรรหากรรมการสามัญและวิสามัญในการพิจารณาร่างกฎหมายร่วมกันของสภาหรือในสภาใดสภาหนึ่งหรือปฏิบัติหน้าที่ในกิจการใดของสภาจะเป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนที่นั่งของพรรคการเมืองในสภา
- จ) เมื่อรัฐบาลเสนอร่างกฎหมายไปยังรัฐสภาเพื่อพิจารณา ก็จะส่งสำเนาร่างกฎหมายนั้นไปยังสำนักพระราชเลขาธิการเพื่อเรียนองคมนตรีเพื่อทราบอีกชั้นหนึ่ง
- ฉ) หากพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย สภาต้องไม่ใช้อำนาจลงมติขึ้นตามร่างกฎหมาย
- ช) การเสนอการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลเป็นหน้าที่ของพรรคการเมืองฝ่ายค้าน
- ซ) หากรัฐมนตรีมีความเห็นขัดแย้งต่อนโยบายของรัฐบาล หรือนายกรัฐมนตรีขอให้รัฐมนตรีลาออกเป็นการภายใน รัฐมนตรีต้องขอลาออก

ฅ) หากรัฐบาลไม่อาจทำตามมติของรัฐสภา หรือรัฐสภาไม่ผ่านร่างกฎหมายการเงินหรือร่างกฎหมายที่สำคัญที่รัฐบาลเสนอ คณะรัฐมนตรีทั้งคณะจะต้องลาออก

ฉ) รัฐบาลรักษาการจะต้องปฏิบัติตามหน้าที่เท่านั้น จะดำเนินการทางนโยบายให้เป็นภาระแก่รัฐบาลชุดถัดไปไม่ได้

แนวทางปฏิบัติที่เป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หากมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดก็จะมีผลที่เป็นสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเป็นสภาพบังคับทางการเมือง และสภาพบังคับทางกฎหมาย ดังนี้

1. สภาพบังคับทางการเมือง

- ก) รัฐบาลต้องลาออก
- ข) รัฐบาลถูกลดลงมติไม่ไว้วางใจ
- ค) สมาชิกพรรคการเมืองถูกขับออกจากพรรค
- ง) ผู้ละเมิดถูกวิพากษ์วิจารณ์ และกระแสกดดันทางการเมือง
- จ) เป็นการผิดมารยาท และทำให้ขาดความน่าเชื่อถือ

2. สภาพบังคับทางกฎหมาย

- ก) มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร
- ข) มีการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญขององค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ควรคำนึงถึงหลักการทางปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญที่ใช้ในการปกครองประเทศในแต่ละยุคสมัยของประเทศถูกคล้มล้างโดยการปฏิวัติรัฐประหารในลักษณะที่ขัดกับระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยได้ง่าย แต่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือประเพณีการปกครองนั้นหากไม่มีการเปลี่ยนแปลงเป็นลายลักษณ์อักษร โดยตัวบทรัฐธรรมนูญก็ยังคงได้รับการยึดถืออยู่ และเมื่อมีประเพณีการปกครองใดที่ไม่เหมาะสมที่ได้รับการปฏิบัติแล้ว ก็จะเป็นเหตุให้รัฐบาลในยุคต่อไปเอาเป็นแบบอย่าง ทำให้ประเทศไทยไม่มีระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

ข้อเสนอแนะ

1. ควรกำหนดให้ชัดเจนว่าองค์กรใดเป็นองค์กรที่พิจารณาว่ากรณีใดเป็นประเพณีการปกครอง ในที่นี้ ศาลรัฐธรรมนูญเคยนำ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 7 มาใช้วินิจฉัยแก่กรณี ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ไม่ได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้พิจารณา จึงเห็นว่าน่าจะเป็นองค์กรศาลรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยและกรณีเป็นเรื่องในทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ จึงควรอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีผลทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้รับการรับรองจากศาลรัฐธรรมนูญว่า จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในกรณีนั้น ๆ มีลักษณะแนวทางอย่างไร ทำให้จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความชัดเจนขึ้น และมีผลบังคับดังเช่นกฎหมาย มีผลทำให้องค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ สามารถหยิบยกขึ้นกล่าวอ้างได้

2. ควรมีการนำแนวทางปฏิบัติที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมากำหนดให้เป็นลายลักษณ์อักษร ในลักษณะที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ง่าย เพื่อความสอดคล้องกับความเป็นจริง ทั้งนี้เพราะประเทศไทยยึดระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร มิได้ยึดธรรมเนียมปฏิบัติอย่างในประเทศอังกฤษ แต่โดยที่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เข้ามาเสริมรัฐธรรมนูญ หากเมื่อแนวทางปฏิบัตินั้น ได้มีการปฏิบัติที่เข้าองค์ประกอบของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ควรนำมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้เกิดความชัดเจนขึ้น แต่ก็ไม่เป็นการตายตัวที่จะไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้

จากที่กล่าวมาทั้งหมด จะเห็นได้ว่าความมีผลหรือสภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญขึ้นอยู่กับกรยอมรับทั่วไปทางการเมือง ซึ่งจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในตัวเองไม่มีศักดิ์ในทางกฎหมาย แต่อาจมีสภาพบังคับในทางการเมืองและผลที่กระทบต่อการบังคับใช้กฎหมาย จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะมีศักดิ์ในทางกฎหมายก็ต่อเมื่อ มีการนำจารีตประเพณีนั้นมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วเท่านั้น แต่จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นประเพณีการปกครองฯ ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถนำประเพณีการปกครองฯ มาบังคับใช้แก่กรณี และทำให้ประเพณีการปกครองนั้นมีสภาพบังคับและมีศักดิ์เป็นกฎหมาย ในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กฤตยชญ์ สิริเขต. พระมหากษัตริย์กับกระบวนการนิติบัญญัติและการแต่งตั้งบุคคลตามรัฐธรรมนูญ 2540. รัฐสารศึกษ์ (เม.ย.-มิ.ย. 2543) : 11-26.

กลุ่มนักเขียนและนักหนังสือพิมพ์. ต่วน บุญชูช่วย และ สัจด์ บรรจงศิลป์ บรรณาธิการ, บันทึกเชิงประวัติศาสตร์ 43 ปี เมื่อมวลชนเป็นใหญ่ในสยาม. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ประชาชน, 2518.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. ระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า, 2543.

โกเมศ ขวัญเมือง. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527.

โกสินทร์ วงศ์สุวรรณ. ความเป็นมาของการปกครองในระบอบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : หจก.แพรวพิทยา อินเตอร์เนชั่นแนล , 2518.

ข่าวสด หนังสือพิมพ์. วันที่ 30 ตุลาคม 2543.

คณิน บุญสุวรรณ. การเมืองและการปกครองของอังกฤษ. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ (สกว.), 2523.

คึกฤทธิ์ ปราโมช, ม.ร.ว. ประชาธิปไตยเพื่อประชาชน. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์บรรณาการ, ม.ป.ป.

จรูญ สุภาพ และคณะ. การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบนลักซ์. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2523.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. ปัญหาการพัฒนาทางการเมืองไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชนชั้นปริญญาโท. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.

เชาวนะ ไตรมาศ. ข้อมูลพื้นฐาน 66 ปี ประชาธิปไตยไทย. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : บริษัทสุชมและบุตร จำกัด, 2541.

เชาวนะ ไตรมาศ. ขอดเกล้ารัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ : บริษัท เอดิชั่นเพรส โปรดักส์ จำกัด, 2540.

เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. การปกครองสหรัฐอเมริกา. พระนคร : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2504.

ถนัด คอมันตร์. ปรัชญากฎหมาย. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

ชงทอง จันทรางศุ. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529.

นันทา โชติกะพุกคณะ. อังกฤษ ประวัติศาสตร์การปกครอง. กรุงเทพฯ : ภาควิชาประวัติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ ประสานมิตร, 2522.

นิภา สืบกนิร, “การนำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทย : ศึกษากรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ชาญชัย แสวงศักดิ์. การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายกับทางเลือกของสังคมไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538.

- บุญชนะ อัดถากร. บันทึกการปฏิวัติ 1-3 เม.ย. 2524 กับข้าพเจ้า. กรุงเทพฯ : มูลนิธิบุญชนะ อัดถากร เพื่อการศึกษาและวิจัย, 2525.
- บุญศรีรัตน์ สมบูรณ์. การใช้กฎหมายจารีตประเพณีในกฎหมายอาญา. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.
- ประกอบ หุตะสิงห์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อักษรสาสน์, 2513.
- ประวิณ ณ นคร. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : สำนักงาน ก.พ. , 2504.
- ประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์. รัฐสภาไทยในรอบสี่สิบสองปี 2475-2517. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : หจก. ช.ชุมนุมช่าง, 2517.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- ปรีดี พนมยงค์. ประชาธิปไตย และ รัฐธรรมนูญเบื้องต้น กับ การร่างรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์นิติเวช, 2517.
- พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ การเมืองและสังคม. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519.
- พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย. หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2523.
- พนัส ทศนียานนท์. ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ. วารสารอัยการ ฉบับที่ 32 (ส.ค. 2533) : 63-71.
- พูนศักดิ์ วรรณพงษ์. พระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ไทย. กรุงเทพฯ : ศูนย์ส่งเสริมพระพุทธศาสนา แห่งประเทศไทย, 2538.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค ความนำทั่วไป. กรุงเทพฯ : สารศึกษาการพิมพ์, 2524.
- ภูมิชัย สุวรรณดี และคณะ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542.

- โกสิน พลกุล และ ชาญชัย แสงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.
- โกสิน พลกุล. เอกสารประกอบการบรรยายวิชา กฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- รังสรรค์ ชนะพรพันธ์. เศรษฐศาสตร์ว่าด้วยรัฐธรรมนูญ. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ บรรณาธิการ, 60 ปี ประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญไทย 2475-2534, 50-95. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2536. (อัดสำเนา)
- วรวิทย์ กนิษฐะเสน. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น ภาคทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เจริญวิทย์การพิมพ์, 2521.
- วิชัย ต้นศิริ. รัฐธรรมนูญของประเทศตะวันตกและไทย:กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย. กรุงเทพฯ : บริษัท พิมพ์เศ พรินติ้ง เซ็นเตอร์ จำกัด, 2536.
- วิชา มหาคุณ. ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ : หลักยุติธรรมแห่งกฎหมาย. อุลพาห เล่มที่ 2 ปีที่ 27 (มี.ค.-เม.ย. 2523) : 32-47.
- วิทยา นภาศิริกุลกิจ. ระบบการเมืองอังกฤษ. นครหลวง : โรงพิมพ์คุรุสภา, 2515.
- วิเทศกรณีย์. ความเป็นมาแห่งระบอบประชาธิปไตยของไทย. เล่มที่ 1. พระนคร : สำนักพิมพ์ผ่านฟ้าพิทยา, 2511.
- วิบูลย์ กัมมระบุตร. จารีตประเพณีในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 1 (มี.ค. 2532) : 74-80.
- วิภาลัย ชีระชัย. การศึกษาเชิงประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ บรรณาธิการ, 60 ปี ประชาธิปไตยรัฐธรรมนูญไทย 2475-2534, 1-49. กรุงเทพฯ : บริษัท ศรีเอทีพี พับลิชชิ่ง, 2536.
- วิษณุ เครืองาม และ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร. กรุงเทพฯ : นำอักษรการพิมพ์, 2520.

วิชณุ เครื่องงาม และ บวรศักดิ์ อูวรรณ โฉ. พระราชฐานะของพระมหากษัตริย์ตามธรรมเนียม
การปกครองราชอาณาจักร. วารสารกฎหมาย ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (พ.ศ.-ส.ศ. 2520) :148-
183.

วิชณุ เครื่องงาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : แสงสุทธิการพิมพ์, 2530.

สนธิ เตชานันท์. ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์โอเดียน
สโตร์, 2529.

สมบัติ ชำรงชัยวงศ์. การเมืองอังกฤษ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2543.

สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2534.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 7 (13-19 ก.พ. 2519) :145-168.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 15 (9-15 เม.ย. 2519) : 349-372.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 16 (16-22 เม.ย. 2519) : 373-392.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 28 (8-14 ก.ค. 2519) : 657-680.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 1 ฉบับที่ 35 (26 ส.ค. – 1 ก.ย. 2519) : 825-848

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 14 (1-7 เม.ย 2520) : 365-392.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 18 (27 เม.ย. – 3 พ.ค. 2522) : 477-50.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 19 (4-10 พ.ค. 2522) : 505-532.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 20 (11-17 พ.ค. 2522) : 533-560.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 21 (18-24 พ.ค. 2522) : 561-588.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 22 ฉบับที่ 31 (1-7 ส.ค. 2540) : 841-868.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 3 (15-21 ม.ค. 2541) : 57-84.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 16 (16-22 เม.ย. 2541) : 421-448.

สยามจดหมายเหตุ บันทึกข่าวสารและเหตุการณ์ ปีที่ 24 ฉบับที่ 6 (4-10 ก.พ. 2542) : 141-168.

สุชาชัย ยิมประเสริฐ. 60 ปี ประชาธิปไตยไทย: ประวัติแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน. กรุงเทพฯ : คณะกรรมการ 60 ปี ประชาธิปไตย, 2536.

สุรินทร์ ถั่วทอง. ฮันส์ เคลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมาย 4. วารสารอัยการ เล่มที่ 17 (พ.ค. 2522) : 39-47.

สุรินทร์ ถั่วทอง. ฮันส์ เคลเซ่น และทฤษฎีบริสุทธ์แห่งกฎหมาย 7. วารสารอัยการ เล่มที่ 20 (ส.ค. 2522) : 84-91.

เสถียร โกเศศ. การศึกษาเรื่องประเพณีไทย. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์การศาสนา, 2514

โสภณ รัตนกร. คำว่ากฎหมาย. คูลพาน ปีที่ 15 เล่มที่ 2 (มี.ค.-เม.ย. 2511) : 38-50.

ไทยรัฐ, หนังสือพิมพ์. ฉบับวันที่ 5 มกราคม 2544.

หยุด แสงอุทัย. กฎหมายคืออะไร. วารสารธรรมศาสตร์ เล่มที่ 1 ตอนที่ 4 (ต.ค. 2505) : 820-831.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ประกายพริก, 2535.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบาย ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2516.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511. พระนคร : นำเชียรการพิมพ์, 2512.

หยุด แสงอุทัย. คำบรรยาย หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป คำอธิบายโดยสังเขปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร และกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2508.

อนันต์ เกตุวงศ์. ระบบการปกครองแบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

อมร รักษาสัตย์ และคณะ. ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน. กรุงเทพฯ : การ์นต์การพิมพ์, 2543.

อุสาคี โคมลปาณิก. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ. เอกสารการสอนชุดวิชา
กฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่1 สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัย
ธรรมราช. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมราช, 2540.

เอช เอกุต์ .ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป .พระนคร : โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477.

ภาษาอังกฤษ

Allan ,T.R.S. Law , Liberty and Justice : The Legal Foundations of British Constitutionalism.
Oxford : Clarendon Press, 1993.

Allen ,C.K. Law in the Making. 7th ed.. Great Britain : Oxford At the Clarendon Press, 1964.

Anson ,William R. ,Sir. The Law and Custom of the Constitution. vol. I. 4th ed.. Oxford :
Clarendon Press, 1886.

Austin ,John. The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of
Jurisprudence. London : Weidenfeid and Nicolson, 1861.

Bagehot ,Walter. The English Constitution. Ithaca : Cornell University Press, 1971.

Brazier ,Rodney and Robilliard , John ,St.. Constitutinal Conventions : The Canadian Supreme
Court's Views Reviewed. Public Law : 28-35.

Bell, John. French Constitutional Law. Oxford : Clarendon Press, 1992.

Brennan ,Tom. Politics and Government in Britain. 2nd ed..Great Britain : Cambridge University
Press, 1982.

Chazelle ,R.. Continuité et tradetion jutidique au sein de la seconde chambre : Le Sénat et le droit
parlementaire coutumier .RDP , 1987.

Cooray ,L.J.M.. Conventions,The Australian Constitution,and the Future. Sydney , 1979.

Cornu ,Gerard. Droit Civil. 4th ed. Paris : Montchrestien, 1990.

Dadomo ,Christian and Farran ,Susan. The French Legal System. 2nd ed.. London : Sweet & Maxwell.1996.

David ,René. French Law; Its Structure. Sources and Methodology. Translation by Michael Kindred. Louisiana : Louisiana State University Press, 1972.

De Smith and Stanley Alexander. Constitutional and Administrative Law. 4th ed. Harmondsworth : Penguin Books, 1981.

Dicey ,Albert Venn. An Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 10th ed.. London : Macmillan Press, 1975.

Freeman , Edward A.. The Growth of English Constitution form the Earliest Times. Leipzig : Bernhard Tarchnitz, 1872.

Gicquel ,J.. Droit constitutionnel et institutions politiques. 9th ed.. Paris, 1987.

Gray ,John Chipman. The Nature and Sources of the Law. 2nd ed.. Boston : Beacon Press, 1963

Hart ,H.L.A. . The Concept of Law. Oxford : Oxford University Press, 1972..

Harvey , J. and Bather ,L.. The British Constitution.5th ed.. London : Macmillan Education Ltd., 1982.

Holdsworth ,W.S.. The Conventions of the Eighteenth Century Constitution. Iowa Law Review 17 (1932)

Jaconelli ,Joseph. The Nature of Constitutional Convention. Legal Studies 19/1 (March 1999) : 24-46.

Jennings ,Ivor ,Sir. Cabinet Government.3rd ed.. Cambridge : the University Press, 1961.

Jennings ,Ivor ,Sir. In Praise of Dicey . Public Administration 13 (1935)

- Jennings ,Ivor ,Sir. The Law and the Constitution . 5th ed. London : The English Language Book Society and University of London Press Ltd , 1973.
- Jennings ,Ivor ,Sir. The Law of the Constitution .5th ed. London : University of London Press, 1959.
- Leiser ,Burton M.. Custom. Law and Morality : Conflict and Continuity in Social Behavior. New York : Doubleday & Company Inc., 1969.
- Maitland ,Frederic William. The Constitutional History of England. Cambredge : The University Press, 1920.
- Marshall ,Geoffrey and Moodie ,Graeme C. Some Problems of the Constitution. 5th ed. London : Hutchinson University Library, 1971.
- Marshall ,Geoffrey. Parliamentary Sovereignty and the commonwealth. Oxford : Clarendon Press, 1957.
- Marshall ,Geoffrey. Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability .Oxford : Clarendon Press, 1984.
- May, Thomas Erskine, Sir. The Law, Privileges, Proceedlings and Usages of Parliament. 16th ed. London : Butterworth, 1964.
- Mill ,John Stuart. Utilitarianism,Liberty Representative Government. London : Dent, 1960.
- Munro ,Colin. Dicey on Constitutional Conventions. Public Law (wint 1985) : 637-651.
- Munro ,Colin R.. Laws and Conventions Distinguished. The Law Quarterly Review Vol. 91 (April 1975) : 218-235.
- Munro ,Colin R.. Studies in Constitutional Law. London : Butterworths & Co Publishers Ltd., 1987.
- Phillips ,O. Hood and Jackson ,Paul . Constitutional and Administrative Law. 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 1978.

- Phillips ,O. Hood. Constitutional and Administrative Law. 5th ed.. London : Sweet & Maxwell Ltd. , 1973.
- Phillips ,O.Hood. Constitutional Conventions : A Conventional Reply . J.S.P.T.L. 8 (1964)
- Sampford ,C.J.G.. Recognize and Declare : An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions. Oxford Journal of Legal Studies (1987) : 369-420.
- Sampford ,Charles and Wood ,David. Codification of Constitutional Conventions in Australia. Public Law (1987) : 231-244.
- Suarez ,Francisco. Treatise on Law and God the Lawgiver. London : Oxford University Press, 1944.
- Szladits ,Charles. Guide to Foreign Legal Materials : French. German. Swiss. New York : Oceana Publications Inc., 1959.
- Wade ,E.C.S. in A. V. Dicey . An Introduction to the Study of the Law of the Constitution . 10th ed.. London : Macmillan Press , 1975.
- Wade ,E.C.S. and Bradley ,A.W.. Constitutional and Administrative Law. 10th ed.. London : Longman Group Ltd., 1985.
- Wade ,E.S.C. and Bradley , A.W.. Constitutional Law. 8th ed.. London : Longman Group Ltd., 1971.
- Walker ,R.J. and Walker ,M.G.. The English Legal System. 3rd ed. London : Butterworths , 1972.
- Where ,K C. Modern Constitutions. 2nd ed.. London : Oxford University Press, 1966.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวดวงกมล เจริญรุกษ์ เกิดเมื่อวันที่ 24 มกราคม พ.ศ. 2520 ณ โรงพยาบาลราชวิถี
จังหวัดกรุงเทพ เป็นบุตรสาวของ พลอากาศโท ฉนาก เจริญรุกษ์ และ นางกนกพรรณ ชีวานิช

ประวัติการศึกษา

ระดับประถมศึกษาปีที่ 1-6 : โรงเรียนราชินี

ระดับมัธยมศึกษาปีที่ 1-6 : โรงเรียนราชินี รุ่นที่ 89

ระดับอุดมศึกษา (ปริญญาตรี) : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย รุ่นที่ 37

ประวัติการทำงาน

บรรจุเข้ารับราชการ เป็นข้าราชการประจำสำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ
ในตำแหน่ง เจ้าพนักงาน ป.ป.ช. ระดับ 3 เมื่อวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2543



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย