

## บทที่ 4 รัฐธรรมนูญ

รุจิรา เตชางกูร

### ความนำ

ความคิดในแบบสามัญสำนึกโดยทั่วไปเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ก็คือกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ ที่ทั้งผู้ปกครองและประชาชนหรือผู้อยู่ใต้ปกครองต้องรู้ถึงบทบาทหน้าที่ของตนเอง สำหรับการศึกษาเกี่ยวกับหัวข้อเรื่อง "รัฐธรรมนูญ" ในวิชานี้ เป็นการศึกษารายละเอียดปลีกย่อยทุกประการที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับ เรื่องราวของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้รัฐศาสตร์ไม่อาจพลาดได้

### 1. การใช้คำว่ารัฐธรรมนูญและคำว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องปัญหาการใช้คำนั้น แท้ที่จริงแล้ว "รัฐธรรมนูญ" และ "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" ก็คือสิ่งเดียวกัน ปัญหาความแตกต่างจึงอยู่ที่การเรียก กล่าวถึง "รัฐธรรมนูญ" คือ ตัวเอกสารที่บรรจุข้อความทางกฎหมาย ในบางประเทศก็เป็นสายลักษณะอักษร ในบางประเทศก็เป็นจารีตประเพณี หรือในบางประเทศก็เรียกว่า รัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในขณะที่บางประเทศเรียกว่า กฎหมายแม่บท หรือ กฎหมายพื้นฐาน (The Basic Law 1949)<sup>1</sup> ส่วนคำว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" ใช้ในโอกาสที่แสดงให้เห็นว่าเป็นลักษณะวิชาหนึ่ง คือ เป็นศาสตร์ที่ว่าด้วย ..(Science) นอกจากนี้ คำว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญอาจใช้เรียกได้ในกรณีที่ถูกขังบังคับการจัดระเบียบอำนาจรัฐมิได้ถูกบรรจุไว้ใน เอกสารฉบับเดียว แต่บรรจุไว้ในกฎหมายบางฉบับ รวมทั้งเอกสารลายลักษณ์อักษรที่สำคัญฉบับต่าง ๆ, อยู่ในคำพิพากษาของศาล, ตลอดจนจารีตประเพณี ฯลฯ รวมความได้ว่าถูกขังบังคับการจัดระเบียบอำนาจการปกครองกระจัดกระจายอยู่ตามที่ต่าง ๆ กรณีนี้เรียกว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งประเทศอังกฤษ เป็นต้น หรือในกรณีที่ถูกขังบังคับการจัดระเบียบอำนาจรัฐบรรจุไว้ในกฎหมายบางฉบับ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าเป็นเพียงกฎหมายธรรมดา ในกรณีนี้เรียกว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ตัวอย่างเช่น กฎหมาย

รัฐธรรมนูญที่วางระเบียบ เกี่ยวกับ สภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายรัฐธรรมนูญที่วางระเบียบ เกี่ยวกับ เรื่องนั้น เรื่องนี้ หรือตัวอย่างในประเทศฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 3 เรียกว่า กฎหมายรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยสภาชินบัญญัติไว้เช่นนั้น ฯลฯ

กล่าวโดยสรุป คำว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญ" จะใช้เรียกใน 3 กรณีต่อไปนี้ คือ

1. ใช้เรียกสำหรับวิชา เช่น วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง
2. ใช้เรียกกับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญในลักษณะเดียวกับ ของประเทศอังกฤษ
3. ใช้เรียกกฎหมายบางฉบับที่มีสาระเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ นอกจากสามกรณีดังกล่าว มาข้างต้นแล้วก็จะใช้คำว่า "รัฐธรรมนูญ" ซึ่งเป็นเรื่องของความเหมาะสมและโอกาสของการ ใช้คำที่ถูกต้องนั่นเอง

## 2. ความหมายของรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 18

คำว่า "รัฐธรรมนูญ" (Constitution) เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 เกิดขึ้นพร้อมกับ "ขบวนการประชาธิปไตย" ที่ต้องการกำหนดขอบเขตอำนาจของผู้ปกครองประเทศให้ชัดเจน และให้มีหลักประกันในสิทธิเสรีภาพของราษฎร บรรลุไว้ในตัวบทรัฐธรรมนูญอีกด้วย ดังปรากฏในมาตรา 16 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของฝรั่งเศสที่ประกาศว่า "สังคมใดไม่มีหลักประกันสิทธิมนุษยชน และไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ สังคมนั้นย่อมไม่มีรัฐธรรมนูญ<sup>2</sup> มาตราดังกล่าวเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจที่ว่ารัฐธรรมนูญต้องเป็นรัฐธรรมนูญในระบบเสรี จากปฏิญญาดังกล่าวทำให้เกิดความเข้าใจและยอมรับกันต่อมาว่า ความหมายของรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นรัฐธรรมนูญแบบเสรีประชาธิปไตยเท่านั้น ซึ่งผิดจากหลักในข้อเท็จจริงที่ปรากฏให้เห็นชัดเจนว่า ทุกประเทศที่กำเนิดขึ้นย่อมต้องมีการจัดระเบียบอำนาจการปกครองบังคับบัญชาสูงสุดขึ้นไว้บังคับเสมอ ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยไม่จำเป็นต้องเป็นรูปแบบรัฐธรรมนูญที่เสรี กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการจัดระเบียบการปกครองบังคับบัญชา ขึ้นอยู่กับอุดมการณ์ของแต่ละสังคมว่าต้องการในแบบใด หากต้องการแบบประชาธิปไตย จะต้องมีการกำหนดหลักประกันเสรีภาพ เช่นให้มีหลักประกันในเรื่องความเป็นอิสระแก่ผู้พิพากษา โดยที่รัฐบาลไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือโยกย้ายผู้พิพากษา แต่เป็นเรื่องของคณะกรรมการตุลาการ เพราะการให้หลักประกันแก่ผู้พิพากษาก็เท่ากับ เป็นการให้หลักประกันแก่ราษฎรในทางอ้อม หากเป็นสังคมที่ไม่ต้องการอุดมการณ์ประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญก็อาจออกมา

ในอีกรูปแบบหนึ่ง เช่นไม่มีการแยกอำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยที่อาจถูกรวมอยู่ที่องค์กรเดียวซึ่งได้แก่พรการเมือง เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่าความเข้าใจของคนในศตวรรษที่ 18 ที่ผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญเสรี ดังที่ปรากฏในมาตรา 16 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ของฝรั่งเศส เป็นความเข้าใจที่ผิดในหลักวิชาการทางรัฐศาสตร์ ถือว่าไม่ใช่ความหมายที่ถูกต้อง

### 3. ความหมายของรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักสากล

คำจำกัดความที่ดีที่สุดของคำว่า "รัฐธรรมนูญ" น่าจะเป็นนิยามของ ศาสตราจารย์ มาร์แชล เปรโล่ (Marcel Prelot) ชาวฝรั่งเศส ที่ระบุว่า "กฎหมายรัฐธรรมนูญ คือศาสตร์ว่าด้วยกฎข้อบังคับทางกฎหมายที่จัดตั้งอำนาจของผู้ปกครองรัฐ การใช้อำนาจของผู้ปกครอง และการสืบทอดอำนาจของผู้ปกครอง"<sup>3</sup> ทั้งนี้เพราะว่าหากวิเคราะห์ตามหลักวิชารัฐศาสตร์แล้ว เป็นความหมายของรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักสากลซึ่งตรงกับสภาพข้อเท็จจริงที่ว่า ทุกประเทศในโลก ไม่ว่าจะเป็นประเทศสังคมนิยม หรือประเทศเสรีประชาธิปไตย ล้วนมีรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทแรก ๆ ที่ว่า รัฐธรรมนูญมีขึ้นพร้อมกับการเกิดขึ้นของรัฐ

การปกครองในสมัยโบราณของประเทศต่าง ๆ อาจไม่มีเอกสารฉบับหนึ่งที่บรรจุกฎข้อบังคับการจักระเบียบอำนาจรัฐ หรืออำนาจทางการเมืองการปกครองไว้ในรูปรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งก็ตาม แต่โดยข้อเท็จจริงแล้ว ตัวกฎข้อบังคับต่าง ๆ มีอยู่แล้ว เพียงแต่กระจัดกระจายอยู่ตามที่แตกต่างกัน ยกตัวอย่างประเทศไทยสมัยโบราณ บรรดากฎข้อบังคับปรากฏอยู่ในรูปของกฎมณเฑียรบาล, อยู่ในรูปของประเพณีการปกครอง, อยู่ในหลักทศพิธราชธรรม ตลอดจนอยู่ในพระบรมราชโองการต่าง ๆ ของพระเจ้าแผ่นดิน ฯลฯ โดยที่กฎข้อบังคับเหล่านี้ก็คือรัฐธรรมนูญนั่นเอง สรุปได้ว่า เมื่อมีการก่อตั้งรัฐจะต้องมีกฎหมายสูงสุดอยู่เสมอ แม้จะไม่ได้เรียกว่ารัฐธรรมนูญก็ตาม

กรณีประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า หลักศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงมหาราช คือ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ฉบับแรก ด้วยเหตุที่ว่ามีการระบุถึงการได้มาซึ่งอำนาจของผู้ปกครอง, การใช้อำนาจของผู้ปกครอง ตลอดจนการสืบทอดอำนาจของผู้ปกครองครบถ้วนตามนิยามของมาร์แชล เปรโล่ โดยในที่นี้จะขอยกบางประโยคมาวิเคราะห์ดังนี้คือ

- "พ่อขุนศรีอินทราทิตย์ แม่ขุนนางเสื่อง พักขุนนางเมือง... พักตายจึงได้เมืองแก่กู ทั้งกลม..." (คำว่าทั้งกลม หมายถึงทั้งหมด) ประโยคดังกล่าวนี้แสดงถึงการได้มาซึ่งอำนาจของผู้ปกครองว่าไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตยที่มีการเลือกตั้งผู้ปกครอง แต่เป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ตลอดจนแสดงถึงวิธีการสืบต่ออำนาจของผู้ปกครองว่าใช้วิธีทางสืบราชสันตติวงศ์ โดยในเวลานั้นเฉพาะราชโอรสเท่านั้นที่ขึ้นครองราชย์ได้ (ไม่เหมือนประเทศอังกฤษ ที่กำหนดให้ราชโอรส หรือราชธิดาก็ได้ที่เป็นองค์โต เป็นผู้สืบทอดในการครองราชย์)

- "ใครมีเรื่องเดือดร้อนให้มาสั่งกระดิ่ง" ประโยคนี้แสดงถึงวิธีการใช้อำนาจปกครองว่าเป็นการปกครองแบบบิดากับบุตร (Paternalism) หรือบิดาธิปไตย โดยราษฎรจะใช้สรรพนามเรียกษัตริย์ว่า "พ่อขุน" (แทนที่จะใช้เรียกว่า "พระเจ้า") ประโยคที่เขียนไว้ว่า "ไพร่ฟ้าลูกเจ้าลูกขุนผิแลผิดแผกแสงกว้างกัน (เป็นความกัน) สนวนแท้แล (สอบความจริงได้ถูกต้องแล้ว) แล่งความแก่ข้าด้วยชื่อ (จะตัดสิ้นความให้โดยบริสุทธิ์ใจ)" แสดงถึงการใช้อำนาจปกครองด้วยความยุติธรรม นอกจากนี้ผู้ปกครองของไทยยังทรงแผ่อารมย์ไปยังชาวต่างชาติที่เข้ามาอาศัยอยู่ในแผ่นดินไทยด้วย ดังเช่นประโยคที่เขียนว่า "ใครใคร่มา มา ใครใคร่อยู่อยู่..." "คนใดขี่ช้างมาหา พาเมืองมาสู่ ช่วยเหลือเพื่อกู มันบ่มีช้าง บ่มีม้า บ่มีป่า บ่มีนา บ่มีเงิน บ่มีทอง ให้มัน ช่วยมันดวงเป็นบ้าน เป็นเมือง" (คนใดเข้ามาอาศัยอยู่ ถ้าไม่มีปัจจัยต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการดำรงชีพ พ่อขุนรามคำแหงจะช่วยเหลือ) "จับได้ข้าศึกก็ไม่ฆ่าไม่ตี" ประโยคนั้นนอกเหนือจากการแสดงถึงพระเมตตาบารมีแก่ชาวต่างชาติแล้ว แสดงถึงวิจรรณาณกว้างไกลในด้านการเมืองระหว่างประเทศ เพราะประโยคนี้เป็นบทบัญญัติที่เกิดขึ้นก่อน สนธิสัญญา เจนีวา ที่มีข้อห้ามฆ่าตีเชลยศึก โดยศิลาจารึกได้กำหนดไว้ก่อนเป็นร้อยปี

- "ใครใคร่ค้าม้าค้า ใครใคร่ค้าช้างค้า ใครใคร่ค้าทองคำ..." แสดงถึงระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม (Laissez-Jaire ที่คิดโดย อตัม สมิท) แต่เป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่า หลักศิลาจารึกมีขึ้นก่อนที่ อตัม สมิท จะเกิด อันแสดงถึงพระปรีชาสามารถทางด้านเศรษฐศาสตร์ของพ่อขุนรามคำแหง และหลักศิลาจารึกก็เขียนเป็นภาษาไทยที่พ่อขุนรามฯ ทรงเป็นผู้ประดิษฐ์อักษรไทยขึ้นด้วยพระราชากรณียกิจดังกล่าวนี้ จึงทรงได้รับการยกย่องให้ดำรงพระยศเป็น "พ่อขุนรามคำแหง-มหาราช"

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่เกิดขึ้นภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยคณะราษฎร เมื่อ พ.ศ.2475 เราจะพบว่ามิชื่อเรียกว่า "ธรรมนูญการปกครอง" อยู่หลายฉบับ ซึ่งก็หมายถึงรัฐธรรมนูญนั่นเอง เพียงแต่มีเจตนาใช้บังคับชั่วคราว (แม้ว่าบางฉบับจะใช้นานเท่าความต้องการของผู้มีอำนาจในเวลานั้นก็ตาม) หรือแม้ในขณะที่มีการยึดอำนาจรัฐในลักษณะรัฐประหาร รัฐธรรมนูญในเวลานั้นก็ได้แก่กฎอัยการศึก, ประกาศฉบับต่าง ๆ หรือคำสั่งฉบับต่าง ๆ ของผู้มีอำนาจรัฐชาติปัตย์ในเวลานั้นนั่นเอง

#### 4. วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ

วัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญมีสองประการ คือ จัดระเบียบอำนาจของรัฐ และกำหนดจุดมุ่งหมายหรือแนวทางการใช้อำนาจรัฐ

1. การจัดระเบียบอำนาจของรัฐ หมายความว่า เป็นการจัดระเบียบองค์กรที่จะมาใช้อำนาจรัฐ ซึ่งได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ

ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญแบบเผด็จการ องค์กรเดียวจะคุมอำนาจไว้ทั้งหมด ซึ่งโดยมากมักเป็นฝ่ายบริหาร กล่าวโดยสรุปก็คือ เป็นการจัดองค์กรที่จะมาใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละรัฐไปว่า รัฐนั้น ๆ มีเป้าหมายและมีอุดมการณ์อย่างไร กล่าวคือ จะเป็นประชาธิปไตย หรือเผด็จการ, จะแยกอำนาจหรือไม่แยกอำนาจ นอกจากนี้ยังรวมถึงกฎระเบียบที่ว่าด้วยการสืบต่ออำนาจของผู้ปกครองประเทศว่า อยู่ตลอดชีพหรือสืบต่อโดยการเลือกตั้ง หรือโดยสืบสันตติวงศ์

2. การกำหนดจุดมุ่งหมาย หรือแนวทางการใช้อำนาจรัฐ หมายความว่า เป็นการกำหนดว่าอำนาจรัฐ จัดตั้งขึ้นเพื่อเป้าหมายอะไร กล่าวคือ จะเป็นในรูปแบบเสรีนิยมหรือสังคมนิยม หรือแม้แต่ชาตินิยม

ในเรื่องเป้าหมายนี้ บางครั้งมีการประกาศออกมาเด่นชัดในเอกสารพิเศษที่เรียกว่า "ปฏิญญา" ตัวอย่างคือ "ปฏิญญาแสดงเอกราชของอเมริกา" (The Declaration of Independence) ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ.1776 และบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิของมนุษย์ (Bills of Rights) ของรัฐต่าง ๆ ในอเมริกา<sup>4</sup> หรือปฏิญญาแสดงสิทธิของมนุษย์และของพลเมืองของฝรั่งเศส ลงมติรับเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม ค.ศ.1789 ภายหลังการปฏิวัติใหญ่<sup>5</sup> หรือในมาตรา 3 ของปฏิญญาว่าด้วย สิทธิมนุษยชนฝรั่งเศส ค.ศ.1789-1791 ประกาศว่า "ไม่มีคณะบุคคลใด หรือ

บุคคลใดจะสามารถใช้อำนาจที่ไม่ได้มาจากชาติโดยตรง"<sup>6</sup> บางครั้งเป้าหมายมีประกาศไว้ในบทนำของรัฐธรรมนูญ บางครั้งมีระบุไว้ชัดเจนในมาตราต่าง ๆ ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ ดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 19 ที่กำหนดในเรื่องหลักประกันสิทธิขั้นมูลฐานของประชาชน<sup>7</sup> แต่บางครั้ง เป้าหมายของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นแอบแฝงซึ่งอุดมการณ์ของรัฐในบางบทของรัฐธรรมนูญที่ต้องตรวจหาเอาเอง เช่นเขียนไว้ว่า "ตำแหน่งผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจะถอดถอนไม่ได้" ประโยคนี้แสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นมีอุดมการณ์เสรีนิยม เป็นการให้หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา ซึ่งย่อมหมายถึงหลักประกันความเป็นอิสระของราษฎรด้วย

กล่าวโดยสรุป จากวัตถุประสงค์ในข้อแรก แสดงว่าทุกประเทศจะมีรัฐธรรมนูญ การตัดสินใจของผู้ปกครองจะมีผลบังคับใช้ โดยถือว่ามีความชอบธรรม เพราะเหตุว่าเป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังกำหนดหน้าที่ที่ผู้ปกครองประเทศจะต้องพึงปฏิบัติอีกด้วย และจากวัตถุประสงค์ในข้อสอง เป็นเรื่องการกำหนดลัทธิทางสังคมและการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญบางฉบับไม่ได้ประกาศอุดมการณ์ไว้ชัดเจน ต้องค้นหาจากบางมาตราเพื่อนำมาตีความว่า รัฐนั้นมีอุดมการณ์ทางการเมืองอย่างไร

## 5. เนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

เนื้อหาของรัฐธรรมนูญคือ บทบัญญัติต่าง ๆ ที่บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยทั่วไปแล้ว ในตัวบทของรัฐธรรมนูญจะบรรจุแต่เรื่องสาระสำคัญ ส่วนรายละเอียดปลีกย่อยเรื่องอื่น ๆ จะอยู่ในกฎหมายธรรมดา

ในรัฐธรรมนูญ เราจะพบบทบัญญัติข้อบังคับอยู่ 2 ประเภท กล่าวคือ

1. บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบอำนาจการเมืองการปกครองโดยตรงหมายความว่า อำนาจนั้นเป็นของใคร มาจากไหน กำหนดวิธีการเข้าสู่อำนาจของผู้ปกครองประเทศ การใช้อำนาจรวมถึงวิธีการสืบต่ออำนาจ
2. บทบัญญัติที่ไม่เกี่ยวกับการจัดระเบียบอำนาจการเมืองการปกครองโดยตรง แต่เกี่ยวข้องกับทำให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร เช่น มีการรับรู้ในสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของ

ราษฎรในการประกาศเสรีภาพต่าง ๆ รัฐธรรมนูญของประเทศประชาธิปไตยที่นิยมตามแบบฉบับการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส หรือตามแบบของสหรัฐอเมริกาจะมีการประกาศหรือมีปฏิญญาแสดงสิทธิของมนุษย์และพลเมืองออกมาพร้อมกับรัฐธรรมนูญ หรือบางทีก็เป็นอารัมภบทขึ้นต้นรัฐธรรมนูญ<sup>8</sup> บางครั้งเราจะพบว่ามีกรรมาธิการในเอกสารต่างหากแยกมาจากรัฐธรรมนูญ ที่เรียกว่า "ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน" โดยประกาศถึงสิทธิเสรีภาพของราษฎร และวงเขตอำนาจของรัฐ และในบางครั้งเอกสารดังกล่าว อาจกระจัดกระจายอยู่ในรัฐธรรมนูญในบางมาตราหรือในบางหมวดก็ได้ ที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของราษฎร

ปัญหาที่อาจมีขึ้นก็คือ ประกาศหรือปฏิญญา ดังกล่าว มีคุณค่าทางกฎหมายหรือไม่เพียงใด หมายถึงว่ามีผลบังคับ ผู้ปกครองประเทศหรือไม่ ปัญหาข้อนี้ยังไม่ยุติในเรื่องการตีความ แต่อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้ คือ

พวกหนึ่งเห็นว่า บทบัญญัติที่ไม่เกี่ยวกับการจัดระเบียบ การเมืองการปกครองโดยตรง ไม่มีคุณค่าทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีผลบังคับผู้ปกครองประเทศ ซึ่งผู้ปกครองจะไม่ปฏิบัติตามปฏิญญาดังกล่าวย่อมได้

อีกพวกหนึ่งเห็นว่า บทบัญญัติหมวดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้น มีคุณค่าทางกฎหมายที่ผู้ปกครองประเทศไม่อาจละเมิดได้ แต่ต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามปฏิญญานั้น ๆ

อย่างไรก็ดี ยังต้องแยกพิจารณาความมีผลบังคับของปฏิญญาดังกล่าว โดยมีหลักการดังนี้ คือ

หากเป็นบทบัญญัติที่ผู้ปกครองประเทศสามารถนำไปปฏิบัติได้ในทันที ถือว่ามีผลบังคับ ผู้ปกครองประเทศ ตัวอย่างเช่น มาตรา 10 ของปฏิญญาสากล ค.ศ. 1789-1791 ที่ประกาศว่า "บุคคลจะต้องไม่ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องจากการแสดงความคิดเห็นของตน"<sup>9</sup>

กรณีบทบัญญัติดังกล่าว ไม่สามารถทำให้ผู้ปกครองประเทศปฏิบัติได้เป็นผลในทันที นั่นคือไม่มีผลบังคับใช้ เป็นแต่เพียงแนวทางในการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยเวลาและต้องใช้งบประมาณ ตัวอย่างเช่น การกำหนดว่า "รัฐพึงสนับสนุนให้ทุกคนมีการศึกษา" หรือ "ประชาชนทุกคนมีสิทธิมีงานทำ" หรือ "การให้ชาวนามีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน"<sup>10</sup> ฯลฯ เหล่านี้ เป็นต้น ศาสตราจารย์ริเวโร (Rivero) และเวเดล (Georges Vedel) ให้ข้อสังเกตไว้ว่า หลัก

ประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญนั้น จะบรรลุผลก็ต่อเมื่อ สามารถทำออกเป็นมบัญญัติของการกระทำหรือ การงดเว้นไม่กระทำ<sup>11</sup>

**ข้อสังเกต** ปัจจุบัน รัฐธรรมนูญของบางประเทศมีสิ่งที่เรียกว่า "รัฐธรรมนูญแห่งชาติ"<sup>12</sup> ผนวกไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นสิ่งที่ใช้แทนปฏิญญาสากลแสดงสิทธิมนุษยชนตามแบบดั้งเดิม

## 6. รูปแบบของรัฐธรรมนูญ

รูปแบบของรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 2 รูปแบบด้วยกัน ได้แก่ รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี และ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

1. **รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี** มีขึ้นพร้อมกับการก่อตั้งรัฐขึ้นมา เพียงแต่ไม่ได้อยู่ในรูปของการรวบรวมไว้เป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่ง ในปัจจุบัน ประเทศอังกฤษเป็นตัวอย่างที่ดีของการมีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ซึ่งที่มาของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษได้แก่

- Statute Law หมายถึงกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ออกโดยรัฐสภา กล่าวคือ ถ้ามีความเกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบอำนาจทางการเมืองการปกครอง กฎหมายนั้น ๆ ย่อมถือว่าเป็นส่วนประกอบของรัฐธรรมนูญอังกฤษ ตัวอย่างเช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์, กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งคณะรัฐมนตรี, กฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งของรัฐสภา ตลอดจนเกี่ยวกับศาลยุติธรรม

- เอกสารลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ ๆ อาทิ Magna Carta 1215, Petition of Rights 1672, Bill of Rights 1688, Act of Settlement 1700, Regency Bill 1937, Parliament Acts 1911, 1949. Minister of the Crown Act, Representation of the People Act และ Judicature Act. เอกสารลายลักษณ์อักษรดังกล่าวข้างต้นนี้ไม่มีผลบังคับผู้ออกกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า รัฐสภาสามารถออกกฎหมายใหม่มาสลับข้างได้เสมอ แต่สืบเนื่องจากลักษณะนิสัยประจำชาติของชาวอังกฤษที่ยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีโดยเคร่งครัด ปัญหาดังกล่าวจึงมีเคยบังเกิดขึ้น

- Case Law หมายถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรม บ่อยครั้งที่เดี้ยวที่คำพิพากษาของศาลได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำพิพากษาที่รับรู้, รับรองสิทธิเสรีภาพของราษฎร



ที่มาของคำพิพากษาของศาล สรุปได้ว่ามาจากสองทางคือ มาจาก Common Law และ การตีความทางกฎหมาย

Common Law คือกฎข้อบังคับต่าง ๆ หรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยคำพิพากษา แต่เก่าก่อนเป็นกฎหมายที่เกิดจากการริเริ่มของผู้พิพากษา โดยผู้พิพากษาสร้างขึ้นมากในโอกาสที่ ตัดสินคดี ตัวอย่างเช่น "The King can do no wrong" ซึ่งศาลของอังกฤษได้วางหลักเกณฑ์ ไว้ 2 ประการ กล่าวคือ:-

1) พระมหากษัตริย์ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบ ในกิจกรรมต่าง ๆ ของพระองค์ ผู้ใดจะฟ้องร้องมิได้

2) ผู้ใดจะอ้างคำสั่งของพระมหากษัตริย์ เพื่อปฏิบัติภารกิจใด ๆ อันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ในกิจกรรมต่าง ๆ ที่กระทำโดยพระมหากษัตริย์ จะต้องมีผู้รับผิดชอบ แทนพระองค์ โดยมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในหมวดที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ ก็ลอกเลียนแบบในเรื่องนี้ของอังกฤษ จะเห็นได้ว่าพระบรมราชโองการในการ แต่งตั้งเรื่องต่าง ๆ ต้องมีผู้ลงนามรับรองเสมอ เช่น อาจเป็นนายกรัฐมนตรี หรือประธานรัฐสภา)

การตีความทางกฎหมาย คือการที่ศาลสร้างกฎเกณฑ์ขึ้น เช่น ในการเวนคืนที่ดิน, อำนาจ ในการรื้อถอนของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ, เกี่ยวกับความ รับผิดชอบของรัฐ ศาลจะเป็นผู้รักษาสีทธิในผลประโยชน์ให้แก่ประชาชนก่อน โดยให้สิทธิแก่เจ้าของ บ้านที่จะรับฟังก่อนที่จะมีการใช้อำนาจ ให้รับรู้ในเรื่องการชดเชยค่าเสียหายที่รัฐพึงต้องมีให้

- Conventions of the constitution หมายถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ได้แก่การปฏิบัติต่าง ๆ ทางการเมืองที่ไม่ได้มาจากการริเริ่มของสภาหรือของศาล หากแต่เป็นการ ปฏิบัติที่เกิดขึ้นซ้ำ ๆ กันเป็นระยะเวลาหนึ่งที่น่าพอสมควร ที่สามารถทำให้คนทั่วไปมีความรู้สึกร่วมกัน ว่า สิ่งนั้นคือประเพณี และกลายเป็นสิ่งที่ผู้ปกครองประเทศไม้อาจละเมิดได้ ตัวอย่างธรรมเนียม ปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่หลายประเทศในระบอบประชาธิปไตยโดยรัฐสภาเลียนแบบมาใช้ ได้แก่:-

- 1) พระมหากษัตริย์ ต้องเลือกตัวนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคเสียงข้างมากในสภา
- 2) ประธานรัฐสภา ต้องเปิดโอกาสให้พรรคเสียงข้างน้อยสามารถอภิปรายสลับกับ

พรรคเสียงข้างมากในสภาตามหลักการในระบอบประชาธิปไตยที่ว่าเสียงข้างมากเป็นผู้ปกครอง แต่เสียงข้างน้อยก็มีสิทธิคัดค้าน (Majority rule, Minority rights)

นอกจากนี้ ยังมีธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญอีกประการหนึ่งเฉพาะการเมืองในอังกฤษ ก็คือธรรมเนียมปฏิบัติที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างสหราชอาณาจักรกับประเทศในเครือจักรภพ เช่น รัฐสภาแห่งราชอาณาจักรจะไม่ตรากฎหมายใช้บังคับแก่ประเทศอาณานิคม (Dominions) เว้นแต่ได้รับการร้องขอ และได้รับความยินยอมจากประเทศอาณานิคมนั้น ๆ

2. รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 เกิดขึ้นพร้อมกับระบอบประชาธิปไตย ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศในโลก เป็นรูปแบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพียงแต่มีอุดมการณ์และลัทธิทางการเมืองการปกครองที่แตกต่างกันออกไปตามความเชื่อถือของประเทศตน ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในระบอบเสรีประชาธิปไตยจะมีการกำหนดวงเขตอำนาจผู้ปกครอง และสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ชัดเจน ในขณะที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในระบอบสังคมนิยม จะให้ความสำคัญแก่พรรคคอมมิวนิสต์เป็นหลักใหญ่ในการปกครอง

หากเปรียบเทียบรูปแบบของรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเภทแล้ว ข้อดีของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีอยู่ตรงที่ว่า รัฐธรรมนูญสามารถปรับได้ตลอดเวลา ทันสมัย เข้ากับสภาพแวดล้อมทางสังคมการเมือง แต่ข้อเสียก็มีตรงที่ว่า สิทธิเสรีภาพต่าง ๆ อาจถูกละเมิดได้โดยง่าย เพราะถ้าสภาออกกฎหมายใหม่มาลบล้างกฎหมายเก่า ก็เป็นการเปลี่ยนโฉมหน้ารัฐธรรมนูญทันทีเช่นกัน จนมีคำพังเพยที่กล่าวไว้ว่า "สภาของอังกฤษยิ่งใหญ่มาก สามารถทำอะไรก็ได้ทุกอย่าง นอกจากการเปลี่ยนชายให้เป็นหญิง หรือเปลี่ยนหญิงให้เป็นชายเท่านั้น" แต่ในทางปฏิบัติสืบเนื่องจากลักษณะนิสัยประจำชาติที่ยึดมั่นในประเพณีจนเป็นสายเลือด ทำให้รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณีใช้ได้ดีในอังกฤษ โดยที่ชาวอังกฤษปฏิบัติตามประเพณีอย่างเคร่งครัดมากกว่าอีกหลายประเทศที่มีเขียนเป็นกฎข้อบังคับ เสียอีก สำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร ถือว่า มีหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ดีกว่า เพราะรัฐธรรมนูญแก้ไขได้ยากกว่าจะต้องมีขั้นตอนกระบวนการในการแก้ไข โดยจะต้องได้เสียงข้างมากพิเศษจากสภา

**ข้อสังเกต** รัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จะมีรูปแบบทั้งที่เป็นแบบจารีตประเพณี และในแบบลายลักษณ์อักษรปะปนกันอยู่เสมอ ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา, ฝรั่งเศส, ไทย

ฯลฯ ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีจารีตประเพณีเข้าไปแทรกอยู่เช่นกัน ที่เป็นเช่นนี้เพราะเป็นไปไม่ได้ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะบรรจุทุกสิ่งทุกอย่างไว้ครบถ้วนในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็คือ ส่วนประกอบที่สำคัญของรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรด้วย ในขณะที่อังกฤษซึ่งใช้รัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี ก็มีบทบัญญัติในส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นกัน ได้แก่ เอกสารลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ ๆ (Magna Carta, Petition of Rights, Bill of Rights, Act of Settlement ฯลฯ) กล่าวได้ว่า โดยข้อเท็จจริงแล้ว ไม่มีประเทศใดที่มีรัฐธรรมนูญในรูปแบบเดียวโดยเฉพาะ จะมีลักษณะปะปนแทรกกันอยู่บ้างเสมอ

## 7. ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

ปัญหาอย่างหนึ่งของรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรคือผลทางภาคปฏิบัติที่วิถีชีวิตของคนไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ความเป็นไปไม่ได้ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะบรรจุความสมบูรณ์ลงไปหมด ดังนั้น จึงเกิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญขึ้น โดยที่ส่วนใหญ่แล้วผู้ปกครองประเทศมักเป็นฝ่ายสร้างขึ้นมาเอง และเมื่อใดที่มหาชนมองเห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัตินั้นเป็นกฎข้อบังคับ ผลลัพธ์ก็ตกอยู่ที่ตัวผู้ปกครองที่มีอำนาจละเมิดได้ แม้จะไม่มีเขียนไว้ในคัมภีร์ของรัฐธรรมนูญก็ตาม

คำว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย เป็นผู้เรียก) หรือ คำว่า จารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ (ไพโรจน์ ชัยนาม เป็นผู้เรียก) มักเป็นสิ่งที่เราคุ้นเคยกับระบบการเมืองการปกครองของประเทศอังกฤษ แต่ในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรหลายประเทศ ก็มีปรากฏการณ์ในเรื่องดังกล่าว อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศสภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1875 จะพบว่า การดำเนินชีวิตทางการเมืองส่วนใหญ่ถูกกำหนดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ<sup>13</sup> หรือในสหรัฐอเมริกา อดีตประธานาธิบดีจอร์จ วอชิงตัน (George Washington) ซึ่งเป็นประธานาธิบดีคนแรกได้สร้างธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า ตำแหน่งประธานาธิบดีจะเป็นเกิน 2 สมัย คือ 8 ปีไม่ได้ กฎเกณฑ์ข้อบังคับนี้แม้ไม่มีเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญในระยะแรก แต่ก็ไม่มีผู้ใดกล้าละเมิด ผู้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีคนต่อ ๆ มา ต่างยึดถือปฏิบัติตาม จนถึงสมัยอดีตประธานาธิบดีรูสเวลต์ (Franklin D. Roosevelt) ได้เกิดสงครามโลกขึ้น สภาพทางการเมืองทำให้ตัวผู้นำประเทศเองเล็งเห็นความจำเป็นที่จะต้องสมัครแข่งขันในตำแหน่งประธานาธิบดีเกินกว่า 2

สมัย เพื่อให้นโยบายทางการเมืองสืบเนื่องต่อไป และจากการที่รัฐสวาทได้รับการเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานาธิบดีถึง 4 สมัย (16 ปี) แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในหมู่ประชาชนส่วนใหญ่ ขณะนั้นว่ากระทำได้ ด้วยเหตุนี้ธรรมเนียมปฏิบัติจึงขึ้นอยู่กับความเห็นของคนหมู่มาก (Consensus) ในช่วงเวลาหนึ่งด้วย ต่อมา รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาจึงแก้ไขวาระสมัยในการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีเสียใหม่ว่า ห้ามเป็นเกิน 2 สมัย หรือในประเทศไทยยุคสมัยที่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไม่ได้มาจากวิธีการเลือกตั้ง มักมีผู้ให้ข้อสังเกตว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่ตำแหน่งดังกล่าวต้องก้าวมาจากผู้บัญชาการทหารบก กรณีนี้อาจมีผู้แย้งว่า ไม่ได้เกิดจากการยอมรับของเสียงส่วนใหญ่ในหมู่มหาชน แต่ก็น่าคิดกับคำพังเพยที่ว่า "การนิ่งเฉยคือการยอมรับ" (Silence is consensus)

นิยามของธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ นักวิชาการเองก็ยังโต้เถียงกันอยู่ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม (หนึ่งในผู้เชี่ยวชาญในวิชาหลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง โดยสอนวิชานี้ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะรัฐศาสตร์ เป็นเวลายาวนาน และแต่งตำราเกี่ยวกับวิชาดังกล่าวไว้หลายเล่ม) อธิบายว่า จารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยลักษณะ 4 ประการคือ<sup>14</sup>:-

- 1) เกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการกระทำซ้ำบ่อย ๆ ในสิ่งที่เคยปฏิบัติกันมา การปฏิบัติเพียงครั้งเดียวไม่อาจเป็นผลบังคับได้
- 2) มีความหมายแน่นอน ไม่อาจตีความเป็นอย่างอื่นได้
- 3) ถ้ากระทำโดยอ้างว่าเพราะมีเหตุการณ์พิเศษก็อาจถือได้ว่า เป็นจารีตประเพณี
- 4) จะต้องได้รับการยอมรับหรือเห็นชอบโดยเสียงส่วนมาก (Consensus)

## 8. กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับสถาบันทางรัฐธรรมนูญ เกี่ยวพันกับประมุขของรัฐ, เกี่ยวพันกับรัฐสภา, เกี่ยวพันกับฝ่ายบริหาร, เกี่ยวพันกับศาล ในความเป็นจริงก็คือกฎหมายธรรมดาที่ตนเอง

บางประเทศนิยมใช้วิธีออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเพราะคำนึงว่า ทั้วทของรัฐธรรมนูญควรบรรจุแต่เนื้อหาสาระที่มีความสำคัญและจำเป็นจริง ๆ เรื่องรายละเอียดอื่น ๆ ให้ออก

เป็นกฎหมายธรรมดาที่เป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะหากมีความจำเป็นต้องแก้ไข จะสามารถกระทำได้ง่ายกว่าการแก้ไขกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ต้องอาศัยขั้นตอนพิเศษมากกว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2534) ได้กำหนดให้มีการใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญด้วย เช่น ให้มีกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร, กฎหมายว่าด้วยวิธีการพิจารณาของคณะกรรมการตุลาการรัฐธรรมนูญ

ปัญหาการตีความคุณค่าของกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเนื้อหา อาจทำให้ดูเหมือนว่ากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีคุณค่าสูงกว่ากฎหมายธรรมดาอื่น ๆ ทั่วไป แต่โดยข้อเท็จจริง กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมายธรรมดาฉบับหนึ่งที่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการที่มีชื่อเสียงชาวฝรั่งเศสท่านหนึ่งคือ ศาสตราจารย์ยอร์ช เบอโรโต (Georges Burdeau)<sup>15</sup>กลับมีทัศนะเป็นตรงกันข้ามว่า ในเรื่องที่ทำให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีฐานะเท่ากับกฎหมายธรรมดา นั้น ควรที่จะได้รับการพิจารณาเสียใหม่ ควรให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมีระดับชั้นกลางระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายธรรมดา

## 9. วิธีจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

วิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หรือกำเนิดของรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 3 แบบคือ

1. แบบที่เป็นประชาธิปไตย มีวิธีการจัดทำต่าง ๆ กัน กล่าวคือ

- ในการปกครองแบบนครรัฐ (City-State) ของกรีกโบราณ เป็นการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy) องค์การการเมืองการปกครองที่สำคัญอย่างหนึ่งได้แก่สภาประชาชน (Assembly of People) หรือที่เรียกเป็นภาษากรีกว่า Ecclesia ซึ่งประกอบด้วยชนชั้นพลเมือง (Citizens) เพศชาย อายุ 20 ปีขึ้นไป ชาวกรีกผู้มีคุณสมบัติดังกล่าวสามารถเป็นสมาชิกสภาประชาชนได้ทันที โดยปราศจากการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งในวิธีอื่นใด หน้าที่หลักของสภาดังกล่าวได้แก่ หน้าที่นิติบัญญัติ ซึ่งก็คือการออกกฎหมายนั่นเอง เปรียบได้กับการร่างรัฐธรรมนูญที่กระทำโดยสภาประชาชน แต่วิธีการดังกล่าวไม่มีปรากฏแล้วในปัจจุบัน

อนึ่ง ลักษณะที่ใกล้เคียงมากที่สุดกับการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ในปัจจุบัน ได้แก่วิธีการที่เรียกว่า "Town Meeting" ในมลรัฐทางตะวันออกเฉียงเหนือของสหรัฐอเมริกา หรือบริเวณนิวอิงแลนด์ซึ่งเป็นการประชุมเฉพาะบางประเด็นในระดับเมืองเล็ก ๆ เพื่อ

ต้องการพิจารณาแล้ว ตัดสินปัญหา หรือการวางนโยบาย<sup>16</sup> วิธีการดังกล่าวมีประวัติความเป็นมา แต่สมัยยังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ

- วิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแบบประชาธิปไตยที่นิยมกันมากที่สุด ได้แก่ การจัดทำโดย "สภาร่างรัฐธรรมนูญ" (Convention หรือ Constituent Assembly) อันเป็น สภาที่ได้รับการเลือกตั้งจากราษฎรให้เข้ามาทำหน้าที่ เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ สภานี้จะ ถูกยุบไปทันที ภายหลังการร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้นลงและได้รับการประกาศใช้แล้ว ตัวอย่างเช่น การร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญแห่งฟิลาเดลเฟีย อัน ประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐต่าง ๆ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงใช้บังคับ เป็น รัฐธรรมนูญฉบับ ปัจจุบัน ของ สหรัฐอเมริกาที่ถือว่ามียุ่ยนานฉบับหนึ่งของโลก หรืออีกตัวอย่างหนึ่ง เช่น การร่างรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ค.ศ. 1949 โดย "คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ" (Parliamentary Council)<sup>17</sup> ประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 65 คน เลือกตั้งมาจากสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐต่าง ๆ เมื่อมีการประกาศใช้วันที่ 23 พฤษภาคม 1949 คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญก็ถูกยุบ และหมดหน้าที่ โดยปริยาย

อนึ่ง การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของไทย "สภาร่างรัฐธรรมนูญ" มีที่มาจาก การ แต่งตั้งและเป็นวิธีการที่ไม่เหมือนกับประเทศอื่น ๆ ที่ยกกล่าวข้างต้น แม้จะมีชื่อ เรียกสภาร่าง รัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกันก็ตาม

2. แบบที่ไม่เป็นประชาธิปไตย วิธีการนี้รัฐธรรมนูญถือกำเนิดมาจากบุคคลหนึ่ง หรือ คณะบุคคล กล่าวคือ

- ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ซึ่งมีอำนาจสูงสุดเด็ดขาด ทรงมอบ อำนาจให้แก่ราษฎร ไม่ว่าจะด้วยเหตุของความสมัครใจ หรือ เหตุการณ์บีบบังคับก็ตาม เรียกว่า รัฐธรรมนูญพระราชทาน (Octroi หรือ Charte) ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1814 ของ ฝรั่งเศสที่พระราชทานโดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 18 : การประชุม Congress of Vienna ค.ศ. 1815 เพื่อสถาปนา สหพันธ์รัฐเยอรมัน ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับ แรก ๆ ของรัฐเยอรมัน เหล่านี้ล้วน เป็น รัฐธรรมนูญที่ประมุขแห่งรัฐประทานให้ทั้งสิ้น : รัฐธรรมนูญฉบับแรกของญี่ปุ่น คือ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1899

ก็เป็นรัฐธรรมนูญที่พระเจ้าจักรพรรดิประทานให้; รัฐธรรมนูญเอธิโอเปีย ค.ศ.1931 เป็นรัฐธรรมนูญที่พระเจ้าไฮเลเซลาสซีประทานให้ และรัฐธรรมนูญโมนาโค ค.ศ.1911 ก็เป็นรัฐธรรมนูญที่ประมุขแห่งรัฐให้เอง<sup>18</sup>

- การจัดทำรัฐธรรมนูญอันเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ถือว่ารัฐธรรมนูญถือกำเนิดมาจากวิธีการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยส่วนใหญ่ถือกำเนิดด้วยวิธีการนี้ (อาทิเช่น รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2490, ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2515, รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517, ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2519, ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2520, รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 และธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2534)

**หมายเหตุ** สำหรับ รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2517 เกิดจากเหตุการณ์จลาจลทางการเมือง เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 (Uprising) อันเป็นวันประวัติศาสตร์ของโฉมหน้าทางการเมืองอีกรูปหนึ่ง ภายหลังการแต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยพระมหากษัตริย์องค์ปัจจุบัน ได้มีการแต่งตั้งสภานิติบัญญัติแห่งชาติ 3,000 คน มาจากทุกสาขาอาชีพ จากนั้นได้มีการคัดเลือกสมาชิกสภาตนเอง จำนวน 299 คน จาก 3,000 คน และมีกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ 18 คน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยรัฐบาลขณะนั้น ไม่ได้มาจากประชาชน ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2517 จึงถือกำเนิดมาจากวิธีที่ไม่เป็นประชาธิปไตย แม้จะมีเนื้อหาเป็นรัฐธรรมนูญประชาธิปไตยก็ตาม

3. แบบผสม เป็นวิธีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ผสมกัน ระหว่างในแบบที่เป็นประชาธิปไตยกับวิธีการที่ไม่เป็นประชาธิปไตย ซึ่งได้แก่ :-

- รัฐธรรมนูญจัดทำโดยผู้เผด็จการ แต่เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้น ผู้จัดทำได้นำร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไปให้ประชาชนแสดงประชามติรับรอง (Referendum)

- รัฐธรรมนูญจัดทำโดยความตกลงเห็นชอบระหว่างประมุขของรัฐกับราษฎร รัฐธรรมนูญที่ถือกำเนิดแบบนี้เรียกว่าสัญญา (Pacte) ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ.1830, รัฐธรรมนูญกรีซ ค.ศ.1844, รัฐธรรมนูญโรมาเนีย ค.ศ.1864, รัฐธรรมนูญบุลกาเรีย ค.ศ.1870<sup>19</sup> กรณีของประเทศไทย ได้แก่อันที่รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2475 ที่เกิดจากคณะราษฎรและพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว

## 10. อำนาจร่างรัฐธรรมนูญ

อำนาจร่างรัฐธรรมนูญ หมายถึงอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญนั่นเอง ซึ่งคลุมไปถึงอำนาจในการกำหนดหลักแห่งรัฐธรรมนูญ อำนาจในการยกร่างหลักการต่าง ๆ ขึ้นเป็นบทบัญญัติ รวมไปถึงการลงมติให้ใช้บังคับ เป็นกฎหมาย ตลอดจนครอบคลุมไปถึงการประกาศใช้ :-

### รูปแบบของอำนาจร่างรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ ได้แก่

1. เป็นอำนาจที่มีอยู่โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หมายความว่า เป็นอำนาจที่รัฐธรรมนูญฉบับที่กำลังใช้อยู่ได้ระบุไว้ โดยทั่วไปจะปรากฏในรูปอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะมีหมวดว่าด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญอยู่เสมอ (Amendment) อำนาจในลักษณะนี้เรียกว่า "อำนาจพิจารณาใหม่" และในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ผู้มีอำนาจอาจแก้ไขรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ทั้งฉบับก็ได้ ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 แห่งราชอาณาจักรไทย (รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489) เกิดจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม พ.ศ.2475 ในทางปฏิบัติ อำนาจในรูปแบบนี้ไม่ค่อยมีปัญหา

2. เป็นอำนาจที่ไม่มีอยู่ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยเป็นอำนาจที่เกิดจากสถานการณ์ทางการเมือง ซึ่งปรากฏใน 2 กรณี คือ เกิดการปฏิวัติรัฐประหาร (ผู้ยึดครองอำนาจ ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่) หรือการก่อตั้งรัฐใหม่ขึ้น (เช่น รัฐธรรมนูญ ค.ศ.1787 ของสหรัฐอเมริกา หรือกรณีรัฐบุรุษในที่เพิ่งเกิดขึ้นใน พ.ศ.2526) อำนาจในลักษณะนี้เรียกว่า "อำนาจร่างรัฐธรรมนูญดั้งเดิม" หมายความว่า เป็นอำนาจแรกเริ่ม อิสระ ไม่ผูกพันกับตัวบทกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนอันใดทั้งสิ้น สามารถกำหนดหลักการแห่งรัฐธรรมนูญในรูปแบบใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันกับรัฐธรรมนูญฉบับเก่าที่เคยมีอยู่ ความเป็นอิสระอาจไปไกลถึงกับการสามารถยกเลิกระบบนิติธรรม (Rule of Law) ก็ได้

ในเรื่องปัญหาความชอบธรรม อาจกล่าวได้ว่าอำนาจร่างรัฐธรรมนูญในแบบแรกไม่ก่อให้เกิดความยุ่งยากในเรื่องหลักการ ด้วยเหตุที่ว่า รัฐธรรมนูญฉบับเก่าได้กำหนดหลักการใช้อำนาจไว้แล้ว ตรงข้ามกับอำนาจร่างรัฐธรรมนูญในแบบที่สองที่สร้างปัญหาในเรื่องความชอบธรรมแห่งอำนาจ จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญไทยเกือบทุกฉบับเกิดจาก "อำนาจร่างรัฐธรรมนูญดั้งเดิม"



ที่เป็น เรื่องใน ข้อเท็จจริงที่ว่า ผู้ชนะ ย่อมมีอำนาจ รัฐชาติปิตัย คืออำนาจปกครองบังคับบัญชาสูงสุด เป็นอำนาจที่ไม่มีขอบ เขตจำกัด แม้การสั่งยกเลิกฝ่ายตุลาการก็ย่อมทำได้ ขีดจำกัดวงเขตอำนาจ ของผู้ปกครองที่ได้มาด้วยการรัฐประหาร คงเป็นเรื่องของจิตใต้สำนึกของผู้มีอำนาจเองควบคู่ไป กับความรู้สึกของประชาชน เพราะเหตุว่า แม้คำว่า "กำลังบังคับ" จะเป็นรากฐานที่สำคัญของอำนาจ (Power) ก็ตาม แต่ฐานอำนาจที่สองที่ผู้ปกครองจะมองข้ามเสียเลยไม่ได้ก็คือ "การยอมรับ" ดังจะเห็นได้จากการเปลี่ยนแปลงทุกครั้งที่ใช้คำว่า การปฏิวัติแทนคำว่ารัฐประหาร เพื่อให้ดูเหมือนว่า เป็นความต้องการของประชาชน

ถ้าเป็นเรื่องของการปฏิวัติ ปัญหาความชอบธรรมแห่งอำนาจไม่เกิดขึ้น เพราะจุดมุ่งหมาย ของการปฏิวัติ เพื่อสร้างสังคมใหม่ สร้างระบบกฎหมายใหม่ เพื่อตอบสนองอุดมการณ์แบบใหม่ เป็นความต้องการเลิกล้มระบบเก่า เพื่อสร้างระบบใหม่บนพื้นฐานของอุดมการณ์ใหม่ ด้วยเหตุผลที่ว่า อุดมการณ์แบบเก่าไม่จำเป็นต้องเป็นหลักสัจธรรมเสมอไป อุดมการณ์สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามยุค สมัย โดยคนส่วนใหญ่ในขณะนั้น เห็นพ้องต้องกัน เป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีประชาชน เข้าร่วมด้วย ตัวอย่างของการปฏิวัติที่มีความชอบธรรมดังกล่าวได้แก่ การปฏิวัติในฝรั่งเศส ค.ศ.1789, การ ปฏิวัติในรัสเซีย ค.ศ.1917 และการปฏิวัติในจีน ค.ศ.1949 ด้วยเหตุนี้อำนาจร่างรัฐธรรมนูญ ดั้งเดิมที่มีความชอบธรรมในตัวเองจะใช้ไม่ได้ในกรณีรัฐประหาร

## 11. การแก้ไขรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญทุกฉบับย่อมแก้ไขได้ เพราะรัฐธรรมนูญก็คือกฎหมาย ซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว ย่อมแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หลักทั่วไปมีอยู่ว่า อาจแก้ไขบางส่วน หรือแก้ไขทั้งฉบับก็ย่อมทำได้

วิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ปรากฏก็คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญตามวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐ-ธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ (Amendment) และการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยวิธีการปฏิวัติรัฐประหาร นอกจากนี้ ในเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จะครอบคลุมถึงเรื่องการจำกัดอำนาจการแก้ไขรัฐธรรมนูญ การริเริ่ม ให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ตลอดจนวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ปัญหาเกี่ยวกับ เรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อยู่ตรงที่ว่ารัฐธรรมนูญบางฉบับ ไม่ได้กำหนด วิธีการแก้ไขเอาไว้ ในกรณีนี้ให้ถือว่า

ก) ถ้ารัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการไว้ ให้แก้ไขรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการ เช่นเดียวกับ วิธีการที่รัฐธรรมนูญฉบับนั้นได้ร่างหรือจัดทำขึ้นมา ยกตัวอย่างเช่น ถ้าร่างขึ้นโดยสมการ่างรัฐธรรมนูญ

ที่มาจากการเลือกตั้ง วิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญจะกระทำโดยการเลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่ เพื่อมาทำหน้าที่แก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว โดยให้ประชาชนเป็นผู้เลือกสภาร่างรัฐธรรมนูญชุดใหม่นั้น

ข) ถ้าเป็นรัฐธรรมนูญที่มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร วิธีการแก้ไขให้เป็นเรื่องของผู้มีอำนาจสืบต่อเป็นผู้มีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนั้น

ค) สำหรับ รัฐธรรมนูญพระราชทาน (Octroi) ถ้า รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดวิธีการแก้ไข ให้ถือว่าองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจแก้ไข

อนึ่ง ในเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญสำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี กล่าวได้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่แตกต่างไปจากการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กล่าวคือ กฎข้อบังคับมูลฐานต่าง ๆ ที่เป็นส่วนประกอบ ของ รัฐธรรมนูญอาจถูกสภาออกกฎหมายยกเลิกบังคับได้เสมอ แต่ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร กฎข้อบังคับมูลฐานจะแก้ไขได้ยากกว่า ด้วยเหตุที่ว่าในการแก้ไขต้องดำเนินการตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งโดยมากจะมี 3 วาระ และต้องได้เสียงข้างมากพิเศษ โดยมีเหตุผลก็คือ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาและต้องมีขั้นตอนต่าง ๆ

**หมายเหตุ** สำหรับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2534 (ฉบับที่ 15) ในเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีหลักการว่า : ผู้ติในการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ สามารถกระทำโดยคณะรัฐมนตรี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และขั้นตอนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมี 3 วาระ ได้แก่ วาระที่ 1 เป็นการลงมติรับหลักการ ต้องใช้เสียงข้างมากไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่ง, วาระที่ 2 เป็นวาระเรียงลำดับมาตราใช้เสียงข้างมากธรรมดา และวาระที่ 3 เป็นการลงมติให้ความเห็นชอบกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ต้องใช้เสียงข้างมากเกินกว่าครึ่งหนึ่ง

## 12. การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่ง นอกเหนือจากกำหนดวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่ต้องมีขั้นตอนพิเศษต่าง ๆ แล้ว ยังมีหลักประกันอีกวิธีหนึ่ง คือ มีระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่ต้องทำความเข้าใจก็คือ การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เป็นการควบคุมเฉพาะกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา โดยถือว่ากฎหมายที่รัฐสภาออกมาจะขัดต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ส่วนบรรดากฎข้อบังคับอื่น ๆ ที่ฝ่ายบริหารออกมา ถือว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้

การควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญจะมีขึ้นในกรณีทีประเทศนั้น ๆ มีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษรและแก้ไขได้ยาก สำหรับประเทศที่มีรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี หรือมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร แต่แก้ไขได้ง่าย ไม่จำเป็นต้องมีระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะเหตุว่ารัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยองค์กฤษฎีกาหรือมติธรรมสภา หรือกฎหมายที่รัฐสภาออกมาก็เป็นกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญนั่นเอง จะเห็นได้ว่าในกรณีประเทศอังกฤษ บัญญัติการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ไม่อาจมีขึ้นได้เช่นกัน เพราะไม่มีตัวรัฐธรรมนูญบรรจุไว้ในเอกสารฉบับเดียวกัน บรรดาพระราชบัญญัติต่าง ๆ ก็มีคุณค่าเป็นกฎหมายธรรมดาฉบับหนึ่ง เมื่อรัฐสภาออกกฎหมายใหม่มาใช้ จะสามารถยกเลิกกฎหมายฉบับเก่าได้ทันที

องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ มีอยู่ 2 องค์กร คือ

1. องค์กรทางการเมือง
2. องค์กรยุติธรรม

**การควบคุมโดยองค์กรการเมือง** ประเทศฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างของการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญโดยองค์กรการเมือง โดยมี "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" เป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958) กำหนดว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกโดยตำแหน่ง และสมาชิกโดยการแต่งตั้ง สมาชิกโดยตำแหน่งได้แก่อดีตนายกรัฐมนตรีที่ยังมีชีวิตอยู่ และสมาชิกโดยการแต่งตั้ง มีจำนวน 9 คน มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีคนปัจจุบัน 3 คน, แต่งตั้งโดยสภาผู้แทน 3 คน และแต่งตั้งโดยสภาสูงอีก 3 คน สมาชิกทั้ง 9 คน อยู่ในตำแหน่ง 9 ปี และห้ามแต่งตั้งซ้ำเพื่อป้องกันมิให้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหาร กรณีประเทศไทยก็ใช้วิธีควบคุมโดยองค์กรการเมืองเช่นกันโดยเริ่มมีในรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2489 ตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งโดยรัฐสภาจำนวน 14 คน และประธานอีก 1 คน

เหตุผลที่ให้องค์กรการเมืองทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ อาจพิจารณาได้ดังนี้คือ

1. องค์กรที่มีอำนาจควบคุมกฎหมายต่าง ๆ จัดว่าเป็นองค์กรสูงสุดที่แท้จริงภายในรัฐ องค์กรนี้จึงต้องเป็นองค์กรการเมือง

องค์กรที่สูงสุดในระบบประชาธิปไตย คือ รัฐสภา เพราะทำหน้าที่ออกกฎหมาย แม้แต่ในระบบประธานาธิบดี การอนุมัติงบประมาณเป็นเรื่องของสภา (Congress) ที่อาจทำให้นโยบายบางเรื่องของฝ่ายบริหารต้องหยุดชะงักลง หากไม่ได้รับการเห็นด้วยจากฝ่ายสภา เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว องค์กรที่จะมาทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายที่ออกโดยสภา องค์กรดังกล่าวควรมีสักดิ์ศรีสูงกว่ารัฐสภา หรืออย่างน้อยก็ต้องมีศักดิ์ศรีเสมอด้วยรัฐสภา การที่ฝรั่งเศสไม่ให้ศาลยุติธรรมมาทำหน้าที่ควบคุม เพราะมองว่าศาลยุติธรรมก็คือข้าราชการประจำธรรมดา ๆ นั่นเอง ।

2. การควบคุมนั้น แม้จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย แต่ผลของการควบคุมอาจเกี่ยวข้องไปถึงเรื่องการเมืองได้

ตัวอย่างที่สะท้อนให้เห็นถึงการควบคุมโดยศาลยุติธรรม ที่มีผลในทางการเมืองก็คือ สหรัฐอเมริกาสมัยประธานาธิบดีรูสเวลต์ (ค.ศ. 1929) การที่ศาลยุติธรรมสั่งระงับแผนการ New Deal ว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องชี้ให้เห็นว่าการควบคุมโดยศาลยุติธรรม มีผลกระทบต่อ นโยบายของฝ่ายบริหาร

3. ผู้ที่ตรวจความถูกต้องของรัฐธรรมนูญ ไม่ควรเป็นผู้พิพากษา เพราะผู้พิพากษามีหน้าที่วินิจฉัยตามตัวบทกฎหมาย ไม่ใช่วินิจฉัยตัวกฎหมายเอง กล่าวได้ว่า การตัดสินของผู้พิพากษา เป็นการตัดสินตามเจตจำนงที่สภาออกไว้

เหตุผลประการหนึ่งที่ประเทศไทยให้องค์กรการเมืองทำหน้าที่ควบคุมก็คือ การที่บรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหลาย มีความรู้สึกว่าเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หรือตัวแทนปวงชน จึงยากที่จะยอมให้ข้าราชการประจำมาทำหน้าที่ตัดสินในปัญหารัฐธรรมนูญ

วิธีการควบคุมโดยองค์กรการเมือง ซึ่งทำหน้าที่โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอยู่

2 วิธีการ คือ

1. การควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย
2. การควบคุมภายหลังจากกฎหมายได้ประกาศใช้แล้ว

ประเทศฝรั่งเศส ใช้วิธีการควบคุมก่อนประกาศใช้กฎหมาย กล่าวคือ รัฐสภาจะประกาศใช้กฎหมายก่อนไม่ได้ จนกว่าจะได้รับความเห็นชอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนประเทศไทย ก่อนหน้าปี พ.ศ.2517 เป็นการควบคุมภายหลังจากกฎหมายได้ประกาศใช้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ เมื่อมีคดีมาสู่ศาลว่า มีกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยศาลเป็นผู้ส่งกฎหมายฉบับนั้นไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการวินิจฉัยถือเป็นการสิ้นสุดเด็ดขาด

ตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยภายหลังปี พ.ศ.2517 ใช้วิธีการใหม่ คือ ให้มีการควบคุมทั้งก่อนและภายหลังที่รัฐสภาได้ออกกฎหมายมา<sup>20</sup>

ข้อพึงสังวรในการควบคุมโดยองค์กรการเมืองก็คือ ต้องวางหลักการที่ดี หาไม่แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจตกเป็นเครื่องมือของฝ่ายรัฐบาลได้ ประเทศฝรั่งเศสจึงวางหลักประกันไว้ว่า ห้ามแต่งตั้งซ้ำ เพื่อไม่ให้เกิดกิเลส และสามารถทำหน้าที่ได้โดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ไม่ต้องคอยเอาใจฝ่ายบริหาร เพื่อหวังผลตอบแทนในการแต่งตั้งซ้ำอีก

**การควบคุมโดยองค์กรยุติธรรม** ผู้ทำหน้าที่ควบคุมได้แก่ "ผู้พิพากษา" ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน และสหรัฐอเมริกา ให้องค์กรยุติธรรมเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยในปัญหารัฐธรรมนูญ หากแต่มีระบบที่แตกต่างกันในรายละเอียด กล่าวคือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ใช้ระบบศาลพิเศษ ได้แก่ การตั้งศาลขึ้นมาเป็นการเฉพาะ เรียกว่า "ศาลรัฐธรรมนูญ" (Constitutional Court) โดยมีเหตุผลว่า ผู้ทำหน้าที่ตัดสินเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ควรเป็นผู้พิพากษาที่มีเกียรติคุณสูงกว่าผู้พิพากษาธรรมดา เป็นที่ยอมรับของประชาชนโดยทั่วไป เป็นผู้มิประวัติดีเด่น มีคุณสมบัติพิเศษกว่าผู้พิพากษาธรรมดา และได้รับคัดเลือกเข้ามา ส่วนสหรัฐอเมริกาใช้ระบบศาลธรรมดา โดยมีเหตุผลว่า การวินิจฉัยในเรื่องกฎหมายไม่ให้ขัดกับ รัฐธรรมนูญนั้นก็ เป็นปัญหาทางกฎหมายที่ผู้พิพากษาธรรมดาจะวินิจฉัยได้

เหตุผลที่ให้องค์กรยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อาจพิจารณาได้ดังนี้คือ :-

1. ปัญหาเรื่องรัฐธรรมนูญ ก็เป็นปัญหาทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ผู้พิพากษาน่าจะทำหน้าที่นี้ได้

2. โดยอาชีพแล้ว ผู้พิพากษาย่อมไม่ความยุติธรรม

3. การให้องค์กร ยุติธรรม เป็นผู้ควบคุม น่าจะเป็นหลักประกันความยุติธรรมที่ดีกว่า เพราะระบบศาลมีวิธีการพิจารณาโดยเปิดเผย คู่กรณีสามารถโต้แย้งได้

วิธีการควบคุมโดยองค์กรยุติธรรม ซึ่งทำหน้าที่โดยผู้พิพากษา มีอยู่ 2 วิธีการ คือ:-

1. การกล่าวหา
2. การต่อสู้ป้องกัน

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันใช้วิธีการกล่าวหา ตามวิธีการนี้ จะมีการโจมตีกฎหมายฉบับหนึ่ง ต่อศาลว่า กฎหมายฉบับนั้น ๆ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และขอให้ศาลประกาศยกเลิกกฎหมายฉบับนั้น อันมีผลทำให้กฎหมายฉบับนั้น เป็นโมฆะ ส่วนสหรัฐอเมริกา เป็นแบบฉบับ ของวิธีการ ต่อสู้ป้องกัน ตามวิธีการนี้จะต้องมีคดีมาสู่ศาล คู่กรณีจะร้องต่อศาลว่ากฎหมายฉบับนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ และขอให้ไม่ใช้บังคับ ถ้าศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะไม่ใช้บังคับคดี แต่กฎหมายนั้นไม่ได้ถูกยกเลิก กฎหมายมีผลเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น

**สำหรับประเทศไทย** รายละเอียดในเรื่องการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ อาจวิเคราะห์ได้คือ<sup>21</sup> ประเทศไทยเคยมีบทบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2 (รัฐธรรมนูญ 10 ธันวาคม 2475) แล้วว่าบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ที่มีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นจะเป็นโมฆะ (ดังปรากฏในมาตรา 61) และให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความ (มาตรา 62) แต่ไทยเราไม่ได้กำหนดชัดเจนว่า "ใคร" หรือ "องค์กรใด" จะเป็นผู้ตัดสินวินิจฉัย ต่อมาหลวงประเจิดอักษรลักษณ์ (สมโภช อัครนนท์) ผู้เป็นอาจารย์คนแรกที่สอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง ได้นำปัญหาเรื่องนี้มากเป็นหัวข้อในการเขียนวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกของท่านที่เสนอต่อมหาวิทยาลัยกรุงปารีส ในหัวข้อชื่อว่า "รัฐธรรมนูญสยาม ค.ศ. 1932 หรือ พ.ศ. 2475" สรุปผลได้ว่า ในเรื่องการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้เป็นหน้าที่ของศาล

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม ใน พ.ศ. 2488 ตาม พ.ร.บ. ฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่เป็นการลงโทษย้อนหลัง และศาลเข้ามาชี้ขาดว่า พ.ร.บ. ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้เป็นโมฆะไป ปฏิบัติของศาลในเรื่องนี้ ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติมองว่า ศาลมารุกล้ำอำนาจของฝ่าย

นิติบัญญัติ ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 3 (รัฐธรรมนูญ พ.ศ.2489) จึงกำหนดลงไปเด่นชัดว่า องค์การที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ คือ "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ" มีจำนวนทั้งสิ้น 15 คน และจะต้องมีการแต่งตั้งขึ้นใหม่ทุกครั้ง เมื่อมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนทั้งชุด

รัฐธรรมนูญฉบับที่ 5, ที่ 6, ที่ 8, ที่ 10, ที่ 13 และที่ 15 ก็มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ความมุ่งหมายในการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไม่เหมือนกัน เพราะรัฐธรรมนูญฉบับที่ 3 มุ่งแต่งตั้งบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิ ตั้งแต่ฉบับที่ 5 เป็นต้นมา ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ถูก เปลี่ยนเป็นประธานวุฒิสภา, ประธานสภาผู้แทนราษฎร, ประธานศาลฎีกา, อธิบดีศาลอุทธรณ์, อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิอีก 4 คน

รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ.2521 (ฉบับที่ 13) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีจำนวน 7 คน ได้แก่ ประธานรัฐสภา, ประธานศาลฎีกา, อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีก 4 คน ที่รัฐสภาแต่งตั้ง ตำแหน่งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะหมดลงพร้อมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ภายหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป

ภายใต้รัฐธรรมนูญ 9 ธันวาคม 2534 (ฉบับที่ 15)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>22</sup> ประกอบด้วย ประธานรัฐสภา, ประธานวุฒิสภา, ประธานศาลฎีกา, อัยการสูงสุด และผู้ทรงคุณวุฒิสถาบันนิติศาสตร์ หรือสาขารัฐศาสตร์อีก 6 คน ซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งสภาละ 3 คน

ประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุ หรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้ตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานวุฒิสภา, ประธานศาลฎีกา และอัยการสูงสุด ในกรณีนี้ให้ประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ

## เชิงอรรถ

<sup>1</sup>The Basic Law 1949 คือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแห่งประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (เยอรมันตะวันตก ในเวลานั้น) การที่ไม่ได้เรียกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากยังมีได้มีลักษณะของความเป็นถาวร ดังปรากฏอยู่ในมาตราสุดท้าย **ไปรคยูเพิ่มเติมใน** : The Basic Law of the Federal Republic of Germany, **Article 146.**

อนึ่ง ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีได้มีการรวมเขตของประเทศทั้งที่เป็นเยอรมันตะวันออก และเยอรมันตะวันตก มาเป็นประเทศเดียวแล้ว เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 1990 ด้วยเหตุนี้จึงได้ยกเลิกมาตรา 146 ไป แต่ก็ยังคงใช้ The Basic Law ฉบับเดิมเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี (ใหม่)

<sup>2</sup>พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง** (กรุงเทพฯ : ประเมษฐการพิมพ์, 2524), หน้า 4.

<sup>3</sup>เรื่องเดียวกัน หน้าเดียวกัน

<sup>4</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ : สารศึกษาการพิมพ์, 2524), หน้า 84.

<sup>5</sup>เพ็งอ้าง, หน้า 85.

<sup>6</sup>พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, **อ้างแล้ว**, หน้า 23 - 24.

<sup>7</sup>**Basic Rights** : **Article 1 - 19, "The Basic Law of the Federal Republic of Germany.** (Printed in the Federal Republic of Germany, 1981), pp. 14-22.

<sup>8</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, **อ้างแล้ว**, หน้า 129.

<sup>9</sup>พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, **อ้างแล้ว**, หน้า 26.

<sup>10</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 **มาตรา 81.**

<sup>11</sup>ไพโรจน์ ชัยนาม, **อ้างแล้ว**, หน้า 132 - 133.

<sup>12</sup>ตัวอย่างรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีแผนวธรรมนูญแห่งชาติ ได้แก่อียิปต์ (เริ่มสมัยอันวา ซาคัต), อัลจีเรีย (สมัยบูเมเดียน) ฯลฯ

<sup>13</sup>พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, **อ้างแล้ว**, หน้า 32.

<sup>14</sup>อ้างจากตำราฝรั่งเศส คือ **Bernard Chantebout** : **Droit Constitutionnel et Science Politique.** *Economica* **1978.** หน้า 26 - 29.



<sup>15</sup> Georges Bernard, Droit Constitutionnel et Institutions Politique, หน้า 60 อ้างใน พงศ์เพ็ญ ศกุนตาทัย, หน้า 33 - 34.

<sup>16</sup> บรรพต วีระสัย และคณะ, รัฐศาสตร์ทั่วไป (กรุงเทพฯ : พิมพ์ที่บริษัททิวศตอรีเพาเวอร์ พอยท์ จำกัด, 2524), หน้า 138 - 139.

<sup>17</sup> รุจิรา เตชางกูร, วิเคราะห์รัฐธรรมนูญประเทศสหพันธสาธารณรัฐเยอรมันฉบับปัจจุบันในแง่การเสริมสร้าง เสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาล (วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรปริญญารัฐศาสตร์มหาบัณฑิต แผนกการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2520), หน้า 6 - 7.

<sup>18</sup> รายละเอียดดูใน : ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว, หน้า 137 - 140.

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 141 - 142.

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517, มาตรา 224 และมาตรา 225.

<sup>21</sup> เอกสารแจกประกอบการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "ปัญหารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองในสภาวะการ ปัจจุบัน" โดย ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, วันศุกร์ที่ 10 สิงหาคม พ.ศ. 2527, หน้า 9 - 11.

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับ 9 ธันวาคม 2534, มาตรา 200 แก้ไขเพิ่มเติม เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน **Wi. 2535**.