

## บทที่ 2

### แนวความคิด หลักการพื้นฐาน และทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ และหลักการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญองค์กรหนึ่ง นอกเหนือจากองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการดูแลรักษาสิทธิขององค์กรทางการเมืองให้เป็นไปในทิศทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และยังเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ รวมถึงหน้าที่อื่นตามที่กำหนดไว้ อีกหลายประการ แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาปรากฏว่าการดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญมีปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นหลายประการอันเนื่องมาจากความใหม่ขององค์กร ดังนั้น ในบทนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึง แนวความคิด หลักการพื้นฐาน และทฤษฎีเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ รวมถึงหลักการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาตามที่กล่าวถึงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

#### 2.1 ข้อมูลพื้นฐานในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นที่มาของการตรากฎหมายทั้งปวง ที่เป็นดังนี้ก็เนื่องมาจากรัฐธรรมนูญถูกสร้างขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่กำหนดและวางรูปแบบของรัฐและการใช้อำนาจอธิปไตย รวมทั้งยังเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย<sup>1</sup> ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรใหม่ที่เกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้นั้นหลายฉบับได้กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไว้ คือ “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” แต่เนื่องจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้รับผิดชอบงานในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวอย่างเป็นทางการหลัก องค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มาจากการแต่งตั้งซึ่งก่อให้เกิดผลตามมา คือ ความเป็นอิสระในการทำงานที่ค่อนข้างจำกัด ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้

---

<sup>1</sup> จาก “กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264” ใน *รวมบทคัดย่อและบทสรุปสำหรับผู้บริหาร รายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ* (น. 145), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, กรุงเทพฯ: บริษัท พี.เพรส จำกัด.

ทำให้การดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นไปได้ไม่ดีเท่าที่ควร ดังนั้น เมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2540 จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยจัดตั้งเป็น “ศาลรัฐธรรมนูญ” เพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดปัญหาที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย รวมทั้งกำหนดให้มีอิสระในการทำงานอย่างเต็มที่อีกด้วย<sup>2</sup>

### 2.1.1 ความหมายและความสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของรัฐและสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐธรรมนูญในประเทศประชาธิปไตยได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและองค์กรของรัฐควบคุมไปกับการให้สิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน และเมื่อนำรัฐธรรมนูญไปใช้ในทางปฏิบัติย่อมเกิดปัญหาข้อพิพาท หรือคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญไม่มากนักน้อย เช่น ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนหรือขอบเขตของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบางมาตรา ปัญหากฎหมายกฎ ข้อบังคับ ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตลอดจนปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเมื่อเป็นเช่นนี้ ประเทศทั้งหลายรวมทั้งไทย จึงจำเป็นต้องจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่เรียกอย่างอื่นขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท ข้อโต้แย้ง คำร้อง หรือคดีทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมทั้งการตีความรัฐธรรมนูญ และพิจารณาวินิจฉัยเรื่องอื่นใดตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้

ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) หมายถึง องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ<sup>4</sup> และหน้าที่อื่นตามที่กฎหมายกำหนด

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากในประเทศที่มีลักษณะของรัฐแบบสหพันธรัฐ (Federal State) หรือหลายรัฐ (Multi-State) ทำให้มีรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ 2 ระบบ คือ ระดับประเทศหรือระดับรัฐบาลกลาง และระดับมลรัฐ (State) แต่ในที่นี้ จำกัดการพิจารณาศึกษาเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาวินิจฉัยรัฐธรรมนูญในระดับประเทศเท่านั้น ไม่รวมศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>2</sup> จาก “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ” ใน *รวมบทคัดย่อและบทสรุปสำหรับผู้บริหาร รายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ* (น. 21), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด.

<sup>3</sup> จาก *การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ* (รายการผลการวิจัย) (น. 44), โดย วิรัช วิรัชนิการรณ และคณะ, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โพธิ์เพช.

<sup>4</sup> จาก *ตุลาการรัฐธรรมนูญ* (น. 3), โดย สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2536, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ของมลรัฐที่พิจารณาวินิจฉัยปัญหา ข้อพิพาท หรือคดีรัฐธรรมนูญของมลรัฐ (State Constitution) ในแต่ละมลรัฐ<sup>5</sup>

องค์กรของรัฐดังกล่าวนี้ อาจเรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรืออาจเรียกชื่ออย่างอื่นก็ได้ ประเทศที่เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Court) เช่น สาธารณรัฐอัฟริกา สาธารณรัฐสโลเวเนีย สาธารณรัฐอาเซอร์ไบจาน อิตาลี เยอรมนี และไทย หรืออาจเรียกชื่ออย่างอื่น เช่น ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) หรือศาลสูงสุดของรัฐบาลกลาง (The Federal Supreme Court) ของสหรัฐอเมริกา ศาลสภาขุนนาง (House of Lords) ของอังกฤษ สภารัฐธรรมนูญ (The Constitutional Council) หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (The Council Constitutional) ของฝรั่งเศส และศาลสูงสุดของญี่ปุ่น (The Supreme Court of Japan) เป็นต้น<sup>6</sup>

สำหรับประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน พ.ศ. 2540 เรียกว่า “ตุลาการรัฐธรรมนูญ” แต่ด้วยองค์ประกอบของตุลาการรัฐธรรมนูญไม่เป็นอิสระ เพราะมีฝ่ายการเมืองเข้ามาเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 กำหนดว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย (1) ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ซึ่งประกอบด้วยประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา และอัยการสูงสุด โดยมีประธานรัฐสภาเป็นประธาน ตุลาการรัฐธรรมนูญ และ (2) ตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 6 คน ดังนั้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงปรับเปลี่ยนองค์ประกอบเพื่อให้มีอิสระ พร้อมทั้งเรียกชื่อเสียใหม่ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ”<sup>7</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญ โดยสภาพของการที่มีสถานะแห่งความเป็นองค์กรศาลจะต้องมีคุณสมบัติและมีลักษณะดังต่อไปนี้<sup>8</sup>

(1) ต้องเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท หรืออีกนัยหนึ่งคือ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ ได้แก่ การใช้อำนาจที่จะประเมินข้อเท็จจริงเฉพาะคดีในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นแล้ว

<sup>5</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 42). เล่มเดิม.

<sup>6</sup> แหล่งเดิม.

<sup>7</sup> จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) (น. 405), โดย มานิตย์ จุมปา, 2550, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>8</sup> จาก “สิทธิการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 37 - 38), โดย สิทธิพร เสถायาน, 2553, กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด.

นำเอาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่มาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่ประเมินได้ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงเช่นนั้นเกิดขึ้นแล้ว จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

(2) คำวินิจฉัยนั้นจะต้องถึงที่สุด เค็ดขาด และไม่อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้ โดยองค์กรอื่นใด (res judicata) หมายความว่า เมื่อองค์กรซึ่งมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทได้ทำคำวินิจฉัยชี้ขาด และคำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยขององค์กรซึ่งอยู่ในลำดับสูงสุดแล้ว ต้องถือว่าเป็นที่สุด ไม่อาจโต้แย้งได้อีกต่อไปแม้จะมีความไม่เหมาะสม อีกทั้ง จะต้องไม่อยู่ในสถานะที่จะถูกกลับหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีก ไม่ว่าจะเป็นโดยองค์กรที่ทำคำวินิจฉัยนั้นเองหรือโดยองค์กรอื่นใด<sup>9</sup> โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ”<sup>10</sup>

(3) กระบวนการพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยชี้ขาดจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณชน เปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังได้ การพิจารณาลับหลังคู่กรณีจะต้องมีเหตุผลที่สมควรและจะต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานมาสืบเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ส่วนได้เสียของตนได้อย่างเต็มที่ ทั้งในกรณีที่เป็นกรณีการสนับสนุนข้ออ้างของตนเอง และในกรณีที่เป็นกรณีการหักล้างข้อกล่าวหาของฝ่ายตรงกันข้าม ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”<sup>11</sup> ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ จะต้องผ่านกระบวนการตราจากรัฐสภาโดยรัฐสภาจะต้องถ่วงถ่วงวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ไม่ควรต่ำกว่ามาตรฐานของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2546

(4) มีหลักประกันความเป็นอิสระในการทำคำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวโดยจะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลหรืออำนาจบังคับบัญชาจากองค์กรอื่นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม ด้วยเหตุนี้ ระบบการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นจึงไม่อาจนำมาใช้กับระบบงานขององค์กรตุลาการได้ เพราะในระบบที่ผู้บังคับบัญชามีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาได้นั้น ส่งผลให้การทำงานของผู้ใต้บังคับบัญชาขาดความเป็นอิสระ คำนึงถึงแต่สถานภาพหรือตำแหน่งหน้าที่ของตนที่อาจจะถูกสั่งปลดออกได้โดยผู้บังคับบัญชาที่อยู่ในลำดับหน้าที่สูงขึ้นไป

<sup>9</sup> แหล่งเดิม.

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคห้า.

<sup>11</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคหก.

ในส่วนของหลักประกันความเป็นอิสระในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้ว่า “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรอิสระทุกคนจะต้องทำความเห็นในการวินิจฉัยในส่วนของตนพร้อมแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ”<sup>12</sup> การบัญญัติเช่นนี้ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแต่ละคนมีเหตุผลและความเป็นอิสระในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในส่วนของตนโดยไม่ขึ้นอยู่กับองค์กรใด<sup>13</sup>

## 2.1.2 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

### 1) โครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญ

ในทางวิชาการ มีการจัดแบ่งโครงสร้างของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่เรียกชื่ออย่างอื่น ออกเป็น 3 กลุ่ม โดยกลุ่มที่หนึ่ง จัดแบ่งตามลักษณะเฉพาะขององค์กร กลุ่มที่สอง จัดแบ่งตามลักษณะทั่วไปขององค์กร และกลุ่มที่สาม จัดแบ่งตามอำนาจหน้าที่ขององค์กร ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง เป็นการจัดแบ่งองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญตามลักษณะเฉพาะว่ามีโครงสร้างตามลักษณะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมหรือศาลรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งเป็น 3 โครงสร้าง ดังนี้

โครงสร้างที่หนึ่ง เรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” หรือ “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” หรือ “สภารัฐธรรมนูญ” เป็นโครงสร้างที่ให้องค์กรทางการเมือง หรือเป็นองค์กรกึ่งการเมืองที่ประกอบด้วยสมาชิกที่ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งทางการเมือง เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานวุฒิสภา ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ องค์กรตามโครงสร้างนี้มีลักษณะเฉพาะ คือ ความเป็นการเมืองจะมากกว่าความเป็นศาล จึงไม่เรียกว่า ศาลรัฐธรรมนูญ และไม่มีฐานะเป็นศาล การดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในหลายกรณีเป็นการประชุมกันภายใน ในรูปของคณะกรรมการหรือสภา ไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีเข้าไปโต้แย้งหรือชี้แจงพร้อมทั้งไม่มีหลักประกันความเป็นอิสระของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิให้เห็นในประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะฝรั่งเศส นอกจากนี้ ยังนำไปใช้ในเวียดนามและไทย (ในอดีต) เป็นต้น<sup>14</sup>

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคสอง.

<sup>13</sup> “สิทธิการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (น. 38). เล่มเดิม.

<sup>14</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 51). เล่มเดิม.

โครงสร้างที่สอง เรียกว่า “ศาลยุติธรรม” มีลักษณะเฉพาะเป็นศาลยุติธรรม โดยกำหนดให้ศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลาย เช่น คดีแพ่ง และคดีอาญามีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญหรือทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญพร้อมกันไปด้วย องค์การตามโครงสร้างนี้จึงมีฐานะเป็นศาล ใช้อยู่ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย โบลิเวีย คิวบา เม็กซิโก ไนจีเรีย คูเวต และญี่ปุ่น เป็นต้น สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 บัญญัติแต่เพียงว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแย้งรัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ” โดยมีได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น จนกระทั่งเกิดคดีที่ต้องวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงคราม พุทธศักราช 2488 ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาวินิจฉัยว่า องค์การที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้เป็นพิเศษนั้น ให้เป็นอำนาจของ “ศาลยุติธรรม”<sup>15</sup>

โครงสร้างที่สาม เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” หรือ “ศาลพิเศษ” มีฐานะเป็นศาลจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ มีโครงสร้างแยกออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งนำไปใช้ในหลายประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ออสเตรีย อิตาลี ตุรกี สเปน สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น<sup>16</sup> สำหรับประเทศไทยได้นำโครงสร้างดังกล่าวนี้มาใช้ภายหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

กลุ่มที่สอง เป็นการจัดแบ่งองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ตามลักษณะทั่วไปอย่างกว้าง ๆ ว่ามีโครงสร้างเป็นองค์กรทางการเมือง หรือองค์กรยุติธรรม โดยแบ่งออกเป็น 2 โครงสร้าง ดังนี้

โครงสร้างที่หนึ่ง เรียกว่า องค์กรการเมือง เป็นโครงสร้างที่ให้องค์กรการเมือง ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรการเมืองที่นี้สามารถแบ่งเป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก เป็นคณะกรรมการ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจประกอบด้วยตัวแทนจากฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ และลักษณะที่สอง เป็นองค์กรของฝ่ายนิติบัญญัติ อาจเรียกว่า รัฐสภา สภานิติบัญญัติแห่งชาติ สภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา โดยประกอบด้วยตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งหมด<sup>17</sup>

<sup>15</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 1/2489

<sup>16</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 52). เล่มเดิม.

<sup>17</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 53). เล่มเดิม.

โครงสร้างที่สอง เรียกว่า องค์กรยุติธรรม เป็นโครงสร้างที่ให้องค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งอยู่ในองค์กรยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว<sup>18</sup>

กลุ่มที่สาม จัดแบ่งองค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญตามอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยจัดแบ่งเป็น 3 โครงสร้าง ดังนี้

โครงสร้างที่หนึ่ง เรียกว่า โครงสร้างการกระจายอำนาจ (diffuse or decentralized model) เป็นโครงสร้างที่ให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการของศาลยุติธรรมทั้งหลายทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญพร้อมกันไปด้วย อันเป็นลักษณะของการมองว่า อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญกระจายไปทั่วประเทศ ได้รวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง ดังเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เพียงองค์กรเดียว โครงสร้างนี้ ปรากฏให้เห็นในสหรัฐอเมริกาซึ่งให้ศาลยุติธรรมในระดับรัฐบาลกลางหรือระดับประเทศทุกศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ หรือศาลสูงสุดของประเทศ ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญพร้อมกันด้วย โดยไม่มีการจัดตั้งศาลพิเศษขึ้นมารับผิดชอบการให้ศาลยุติธรรมทุกศาลดังกล่าวทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของประเทศเช่นนี้จึงเรียกว่า “โครงสร้างการกระจายอำนาจ” โครงสร้างนี้นำไปใช้ในประเทศที่เป็นรัฐเดี่ยว เช่น ญี่ปุ่น และยังปรากฏในหลายประเทศในลาตินอเมริกาด้วย<sup>19</sup>

โครงสร้างที่สอง เรียกว่า โครงสร้างการรวมอำนาจ (concentrated or centralized model) เป็นโครงสร้างที่ให้ศาล หรือศาลพิเศษ หรือองค์กรเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญเพื่อควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของประเทศ องค์กรดังกล่าวอาจเป็นศาลยุติธรรมสูงสุด หรือเป็นศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษ และแยกเป็นอิสระจากศาลยุติธรรมก็ได้ เปิดโอกาสให้บุคคลใดที่เห็นว่าตนเองได้รับความเดือดร้อน ต้องเสียหาย หรือเห็นว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็มีสิทธิกล่าวหาด้วยการฟ้องร้องต่อศาลพิเศษได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมก่อน จึงทำให้อาจเรียกโครงสร้างนี้ว่า “ระบบกล่าวหา” โครงสร้างนี้เกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในออสเตรีย จากนั้นได้นำไปใช้ในหลายประเทศในภาคพื้นยุโรป เช่น เยอรมนี ฝรั่งเศส อิตาลี สเปน และเบลเยียม<sup>20</sup>

<sup>18</sup> แหล่งเดิม.

<sup>19</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 55 - 56). แหล่งเดิม.

<sup>20</sup> แหล่งเดิม.

โครงสร้างที่สาม เรียกว่า โครงสร้างการจำกัดอำนาจ เป็นโครงสร้างที่จำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมไม่ให้พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีการนำไปใช้ใน 2 ประเทศ คือ เนเธอร์แลนด์ และฟินแลนด์ โดยนำไปใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1953 เป็นต้นมา<sup>21</sup>

กล่าวโดยสรุป ศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ สามารถแบ่งโครงสร้างที่สำคัญออกเป็น 2 กลุ่ม<sup>22</sup> คือ

กลุ่มแรก เป็นกลุ่มประเทศที่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจศาลทั่วไป หรือศาลยุติธรรม โดยกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ประเทศที่ใช้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษ เช่น ประเทศออสเตรเลีย อิตาลี สเปน และโปตุเกส

กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มประเทศที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกเป็นศาลพิเศษ คือ ไม่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ แต่ให้ศาลสูงสุดทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญอีกหน้าที่หนึ่ง ประเทศกลุ่มนี้ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ สวิตเซอร์แลนด์ และแคนาดา เป็นต้น

## 2) อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญถูกจัดตั้งขึ้นมาเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย มิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาจากแนวความคิดของนักปรัชญากฎหมายออสเตรเลียน คือ ฮันส์ เคนเซน (Hans Kelsen) ที่เห็นว่าการจัดตั้ง “ระบบคณะกรรมการ” ของฝรั่งเศส เพื่อทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น มีวัตถุประสงค์ทางการเมืองมากเกินไป ส่วนในสหรัฐอเมริกา การให้ “ศาลยุติธรรม” ทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยระบบผู้พิพากษาอาชีพ มีปัญหาในเรื่องของความคิดอ่านที่คับแคบไม่ทันกับความต้องการของสังคม อีกทั้ง ยังเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงการใช้อำนาจในการที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายใดใช้บังคับมิได้ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญนั้นก็เสมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติในทางลบที่มีผลเป็นการล้มล้างกฎหมายนั้น ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวมา Kelsen จึงเสนอว่า องค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายควรต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีส่วนในการแต่งตั้งด้วย

<sup>21</sup> แหล่งเดิม.

<sup>22</sup> จาก ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 25), โดย ปิยะพงษ์ นิวัตรพร, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.



อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้ถูกแทรกแซงกดดันจากอำนาจในทางการเมือง และเพื่อให้มีความเป็นอิสระในการทำงานจึงสมควรจะต้องจัดรูปองค์กรของศาลรัฐธรรมนูญให้มีสถานะเป็นองค์กรศาล<sup>23</sup> โดยให้มีหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับในอดีต ก็ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ประการหนึ่ง อันเป็นอำนาจหน้าที่สำคัญ ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับและกระบวนการควบคุมตรวจสอบหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้บังคับแล้ว<sup>24</sup>

อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญอาจแบ่งตามอำนาจหน้าที่หลักและอำนาจหน้าที่รอง ได้ดังนี้

อำนาจหน้าที่หลักของศาลรัฐธรรมนูญ ที่สำคัญและเป็นสากล มี 3 ประการ<sup>25</sup> คือ

1) อำนาจในการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจกระทำก่อนหรือหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้แล้วก็ได้ ประเทศฝรั่งเศส เป็นตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมก่อนที่กฎหมายประกาศใช้ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา และเยอรมนี เป็นตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบการควบคุมภายหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้แล้ว ส่วนประเทศไทย เป็นตัวอย่างของประเทศที่ใช้การควบคุมทั้งก่อนและหลังจากที่กฎหมายประกาศใช้แล้ว

2) อำนาจในการรักษาดุลยภาพระหว่างอำนาจรัฐและองค์กรอื่น ๆ ในประเทศ ที่มีรูปแบบของรัฐเป็นแบบสหรัฐ หรือหลายรัฐ หรือสหพันธรัฐ เช่น สหรัฐอเมริกา และเยอรมนี ซึ่งแบ่งเป็นรัฐบาลในส่วนกลางหรือรัฐบาลในระดับสหพันธรัฐ และรัฐบาลในระดับมลรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่าง 2 รัฐบาลในระดับดังกล่าว หรือแม้กระทั่งพิจารณาวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญระหว่างระดับมลรัฐด้วยกัน ส่วนในประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นรัฐเดี่ยว และส่วนใหญ่จัดแบ่งการบริหารราชการออกเป็น

<sup>23</sup> จาก “ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน” ใน *รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย* (น. 24 - 25), โดย นพดล เสงเจริญ, 2544, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม.

<sup>24</sup> “สิทธิการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 37), เล่มเดิม.

<sup>25</sup> *การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ* (น. 57 - 58), เล่มเดิม.

รัฐบาลในส่วนกลาง ซึ่งรวมทั้งส่วนภูมิภาคกับรัฐบาลท้องถิ่น เช่น ฝรั่งเศส สเปน โปรตุเกส และเบลเยียม ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐกับองค์กรปกครองท้องถิ่นทั้งหลาย

3) อำนาจหน้าที่ในการยุติความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง โดยทั่วไป องค์กรของรัฐมี 3 ฝ่าย ได้แก่ องค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ดังนั้น เมื่อมีการขัดแย้งขององค์กรดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญก็จะเข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญครอบคลุมไปถึง การวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งในเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรสองฝ่าย หรือแม้กระทั่งในฝ่ายเดียวกัน เช่น กระทรวงมหาดไทยกับกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารด้วยกัน ตลอดจนวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐอื่นใดก็ตาม ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของแต่ละประเทศได้บัญญัติไว้

นอกจากหน้าที่หลักดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่รอง ดังต่อไปนี้ด้วย<sup>26</sup> กล่าวคือ

1) อำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการเลือกตั้ง ศาลรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ซึ่งเรียกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบทั้งการเลือกตั้งประธานาธิบดี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ตลอดจนการลงประชามติ ขณะที่ในออสเตรีย ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ชี้ขาดความขัดแย้งในการเลือกตั้ง ในโปรตุเกส ศาลยุติธรรมทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการเลือกตั้ง ส่วนศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดสูงสุด

2) อำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลการลงประชามติ ฝรั่งเศสให้อำนาจหน้าที่นี้เป็นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญด้วย

3) อำนาจหน้าที่ในการเป็นศาลสูงสุดในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าวนี้

4) อำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลองค์กรอื่น ๆ ของรัฐ และพรรคการเมือง พิจารณาวินิจฉัย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนี และ โปรตุเกส

5) อำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดี เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มีหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีเฉพาะกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจพิเศษ ในขณะที่ประเทศตกอยู่ในภาวะอันตราย<sup>27</sup>

<sup>26</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 58). เล่มเดิม.

<sup>27</sup> ตุลาการรัฐธรรมนูญ (น. 8 - 9). เล่มเดิม.

## 2.2 แนวคิดและหลักการทางกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

### 2.2.1 แนวคิดปรัชญาในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

องค์กรวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรศาลก่อตั้งขึ้นครั้งแรกในประเทศออสเตรีย โดยที่ระบบกฎหมายออสเตรียได้รับอิทธิพลจาก Adorf Merkl นักคิดทางกฎหมายคนสำคัญ ซึ่งเห็นว่าการตรากฎหมายเป็นการใช้กฎหมายอย่างหนึ่ง จึงอาจตรวจสอบในทางตุลาการได้ เช่นเดียวกับการใช้กฎหมายในกรณีอื่น ๆ และ Hans Kelsen นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงที่สุดคนหนึ่งในศตวรรษที่ 20 ซึ่งเห็นว่าการใช้กฎหมายย่อมต้องผูกพันและสอดคล้องกับกฎหมายที่ได้รับการใช้นั้น ความสอดคล้องดังกล่าวสามารถถูกตรวจสอบได้ในทางกฎหมาย ทั้งนี้ รวมถึงความสอดคล้องต่อรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย<sup>28</sup>

แนวคิดปรัชญาในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ มาจากทฤษฎีทางกฎหมาย ดังนี้

1) หลักว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามหลักการนี้ รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐและในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมายอันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ<sup>29</sup>

2) หลักพื้นฐานในทางทฤษฎีของรัฐเสรีประชาธิปไตย ได้แก่

(1) หลักประชาธิปไตย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งมีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ คือ หลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน หลักประชาธิปไตยแบบเสรี หลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก และหลักประชาธิปไตยโดยระบบรัฐสภา ซึ่งความเห็นของนักวิชาการทางด้านกฎหมายส่วนใหญ่ เห็นว่า องค์กรศาลรัฐธรรมนูญมิได้ขัดกับหลักประชาธิปไตยแต่อย่างใด และนอกจากจะเป็นองค์กรที่ไม่ขัดกับหลักประชาธิปไตยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นองค์กรที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของหลักประชาธิปไตยด้วย<sup>30</sup>

<sup>28</sup> จาก วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ กับศาลรัฐธรรมนูญไทย (น. 74), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2546, กรุงเทพฯ: บริษัท โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด.

<sup>29</sup> ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (น. 17). เล่มเดิม.

<sup>30</sup> ระบบการได้มาซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (น. 18 - 19). เล่มเดิม.

## (2) หลักนิติรัฐ

การปกครองโดยหลักนิติรัฐเป็นการปกครองโดยกฎหมายซึ่งประกอบด้วยหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ รวมทั้งหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการขั้นต่ำที่สุดที่มีต่อการควบคุมในทางกฎหมายอันเป็นหลักการที่แฝงอยู่ในหลักนิติรัฐนั้นเรียกร้องว่าการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวจะต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลางและการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ถือว่าเป็นการควบคุมที่เป็นหลักประกันอย่างเพียงพอ ด้วยเหตุนี้เองรัฐสภาจึงไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังได้เรียกร้องรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของความมีเสรีภาพ และเป็นการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอ ซึ่งหากพิจารณาหลักนิติรัฐกับศาลรัฐธรรมนูญแล้ว อาจกล่าวได้ว่า โดยเหตุที่องค์กรนิติบัญญัติมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบกับความผูกพันดังกล่าวขององค์กรนิติบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญเพราะตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของหลักนิติรัฐนั้น ความผูกพันต่อกฎหมายนั้นผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้ผูกพันต่อกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ<sup>31</sup>

(3) หลักสหพันธรัฐ ตามหลักนี้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความสำคัญอย่างยิ่งสำหรับรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ ตามความเห็นของ Friesenhahn เห็นว่า ภาระหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นรูปแบบของสหพันธรัฐ หากพิจารณากันให้ถ่องแท้แล้วจะเห็นได้ว่า รากฐานของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่นั้นส่วนใหญ่แล้วมีพื้นฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างมลรัฐต่าง ๆ และในทางกลับกันมลรัฐต่าง ๆ ก็มีความจำเป็นที่จะต้องได้รับความคุ้มครองจากการกระทำของสหพันธรัฐ ดังนั้น รัฐที่มีรูปแบบสหพันธรัฐ การพิจารณาข้อพิพาทระหว่างมลรัฐต่าง ๆ ด้วยกัน หรือระหว่างมลรัฐกับสหพันธรัฐ จึงเป็นภาระหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว<sup>32</sup>

## (4) แนวคิดความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

แนวคิดนี้ให้ความสำคัญกับความเชี่ยวชาญหรือความชำนาญพิเศษเฉพาะด้านจึงแยกศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่ามีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านออกจากศาลยุติธรรมและให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นศาลพิเศษทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นคดีพิเศษแตกต่างจากคดีอื่น โดยเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาตามกฎหมายเอกชน หรือคดีปกครอง

<sup>31</sup> แหล่งเดิม.

<sup>32</sup> แหล่งเดิม.

ตามกฎหมายมหาชน คดีเหล่านี้เป็นคดีที่ต้องพิจารณาพิพากษาโดยอาศัยกฎหมายลูกที่มีหลายฉบับ ส่วนคดีรัฐธรรมนูญแม้พิจารณาวินิจฉัยโดยอาศัยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายมหาชน แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งมีเพียงฉบับเดียวเท่านั้น แนวคิดนี้ยังสนับสนุนให้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผู้มีความรู้เฉพาะด้านหรือมีประสบการณ์พิเศษในลักษณะของผู้เชี่ยวชาญ (specialist) แทนที่จะให้ผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้มีความรู้ในลักษณะทั่วไป (generalist) มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างแนวคิดนี้ได้จากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี ไทย ออสเตรีย อิตาลี ตุรกี สเปน สวีเดน และสวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น<sup>33</sup>

(5) แนวความคิดการมีองค์กรพิเศษที่เป็นองค์กรทางการเมืองเพื่อควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

เป็นแนวคิดที่เห็นได้จากฝรั่งเศส เมื่อจัดทำและประกาศใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 ในครั้งนั้นได้เกิดแนวคิดที่ต้องการให้มีองค์กรพิเศษและเป็นองค์กรทางการเมือง เรียกว่า สภารัฐธรรมนูญ หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) เพื่อทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ วัตถุประสงค์หลักของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว คือ ต้องการให้องค์กรดังกล่าวทำหน้าที่ควบคุมมิให้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติล้ำฝ่ายบริหารมากกว่าควบคุมไม่ให้ผู้ปกครองประเทศใช้อำนาจเกินขอบเขต<sup>34</sup> พร้อมกันนั้นยังต้องการกำกับควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาโดยไม่ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในลักษณะทั่วไปที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายมหาชนทั้งหลาย และไม่ต้องการให้เป็นองค์กรที่ช่วยค้ำประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>35</sup> คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นเป็นองค์กรพิเศษเป็นองค์กรทางการเมือง ไม่มีฐานะเป็นศาล และมีได้อยู่ในฐานะเป็นศาลสูงสุดของศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ตัวอย่างประเทศอื่นที่มีองค์กรพิเศษและเป็นองค์กรทางการเมือง เช่น เวียดนาม และเกาหลี เป็นต้น สำหรับประเทศไทยได้เคยใช้องค์กรดังกล่าวในช่วงเวลาก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ โดยเรียกว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>36</sup>

<sup>33</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 47). เล่มเดิม.

<sup>34</sup> จาก *หลักรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 36), โดย พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย, 2520, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

<sup>35</sup> จาก *ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย* (น. 55 - 59), โดย โกสิน พลกุล, 2529, กรุงเทพฯ: ศูนย์การพิมพ์พลชัย.

<sup>36</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 48 - 49). เล่มเดิม.

3) แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ (modern constitutionalism) ที่ต้องการให้มีองค์กรที่ช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ผลจากการเปลี่ยนแปลงด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง และการบริหารของประเทศประชาธิปไตยที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ได้ก่อให้เกิดปัญหาข้อพิพาท หรือคดีรัฐธรรมนูญขึ้น คดีมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ที่ยึดมั่นในหลักการประชาธิปไตย การเห็นถึงความสำคัญของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ และการที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีกลไกควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐด้วยการจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านไว้อย่างครอบคลุมและครบถ้วน เพื่อเป็นหลักประกันและปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และมีส่วนช่วยในการปฏิรูปการเมืองการปกครองและการบริหารของประเทศ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น<sup>37</sup>

## 2.2.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

### 1) ความหมาย

การแบ่งแยกอำนาจ คือ การมอบอำนาจธิปไตยใน 3 ลักษณะให้แก่ 3 องค์กรของรัฐ ได้นำเอาไปปฏิบัติ อันประกอบด้วย “รัฐบาล” ซึ่งทำหน้าที่ทางด้านการบริหารบ้านเมือง (Executive) “รัฐสภา” ในฐานะองค์กรด้านนิติบัญญัติ ซึ่งทำหน้าที่ออกกฎหมาย (Legislature) และ “ศาลยุติธรรม” ในฐานะองค์กรด้านตุลาการ (Judiciary) ทำหน้าที่พิจารณาตัดสินคดีต่าง ๆ ภายใต้ระบบแห่งการตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (Check and Balance) ระหว่างทั้งสามองค์กรนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับอำนาจตุลาการนั้น โดยลักษณะแล้ว สมควรเป็นอำนาจที่มีอิสระและจะไปรวมอยู่กับฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นอันขาด<sup>38</sup>

การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวข้างต้นนั้น จะมีได้ก็แต่เฉพาะประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ส่วนประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการทั้งหลาย ย่อมไม่มีการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามนี้ออกจากกัน หรือหากจะมีการแบ่งแยกก็มักจะเป็นไปในทางทฤษฎีเท่านั้น ส่วนในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจทั้งหมดก็ยังรวมกันอยู่ ซึ่งอาจจะขึ้นอยู่กับบุคคลเพียงคนเดียว

<sup>37</sup> แหล่งเดิม.

<sup>38</sup> จาก *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น* (น. 43 - 44), โดย ธีรยุทธ วิทิตานนท์, 2557, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

หรือขึ้นอยู่กับกลุ่มบุคคลก็ได้ ในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสามสาขาอย่างเด็ดขาดและบริบูรณ์ ในกิจการทั้งปวง ทำให้พอกล่าวได้ว่า ประเทศที่ยังยึดอุดมการณ์เผด็จการมากเท่าใด อำนาจต่าง ๆ ก็ยิ่งจะถูกรวบเอาไว้จนกลายเป็นอำนาจเดียวกันมากยิ่งขึ้นเพียงนั้น<sup>39</sup>

## 2) สาระสำคัญ

สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ คือ การแบ่งอำนาจอธิปไตยให้แก่องค์กรของรัฐ 3 องค์กร เพื่อนำไปใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ โดยแต่ละองค์กรจะมีหน้าที่แตกต่างกัน กล่าวคือ องค์กรนิติบัญญัติ มีหน้าที่หลักในการตรากฎหมาย และยังมีหน้าที่อื่นสำคัญที่จะต้องผูกพันเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งต้องให้การรับรอง และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้อยู่อีกด้วย องค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มาจากประชาชนโดยตรง มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากที่สุด มีอิสระในการออกกฎหมายที่มุ่งผลโดยตรงต่อประโยชน์แห่งมหาชน การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมักจะไม่ว่างในแดนที่เป็นอิสระขององค์กรนิติบัญญัติต่อมาตรการใดที่เหมาะสมและจำเป็นในการบรรลุมตรการอันเป็นประโยชน์ต่อมหาชน เว้นแต่ในกรณีที่มีการออกกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือในกรณีที่มีการใช้มาตรการออกกฎหมายที่ขัดกับความสมเหตุสมผลอย่างชัดแจ้งเท่านั้นที่ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปตรวจสอบ<sup>40</sup>

องค์กรบริหาร มีหน้าที่หลักในการรักษาความมั่นคงและความสงบเรียบร้อย ตลอดจนศีลธรรมอันดีของประชาชน และมีหน้าที่หลักในการจัดให้มีการบริการสาธารณะที่มักจะถือเอาประสิทธิภาพของงานในความรับผิดชอบของตนเป็นที่ตั้ง ย่อมอยู่ในวิสัยที่จะคุกคามสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อยู่ตลอดเวลาจนทำให้อาจเห็นได้ว่า สิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อภารกิจของตน จึงเป็นผลให้รัฐเสรีประชาธิปไตยต่างพากันสถาปนาหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ก็เพื่อจะได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรบริหาร<sup>41</sup>

<sup>39</sup> หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (น. 43). เล่มเดิม.

<sup>40</sup> “สิทธิการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (น. 31 - 32). เล่มเดิม.

<sup>41</sup> แหล่งเดิม.

องค์กรตุลาการหรือระบบศาล มีหน้าที่ตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการนำเสนอข้อโต้แย้งระหว่างคู่กรณี โดยการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ให้เข้ากับรูปคดีที่พิพาท เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมระหว่างคู่กรณีอย่างที่สุดตามแนวความคิดเสรีประชาธิปไตย กฎหมายนั้นเป็นสิ่งที่ยุติธรรมและเป็นเครื่องมือใช้ปกป้องสิทธิเสรีภาพ ดังนั้น ตุลาการจึงเปรียบเสมือนเป็นโฆษกของกฎหมายและเป็นหลักประกันที่ดีสำหรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเมื่อได้รับการกลั่นกรองจากเจ้าหน้าที่รัฐ<sup>42</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรศาลมีหน้าที่หลักในการพิทักษ์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ควบคุมรักษากฎหมายที่ใช้บังคับแล้วหรือร่างกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่เช่นนี้เป็นผลให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้อย่างมีเอกภาพ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ของประชาชนทั้งหลาย มิให้องค์กรผู้มีอำนาจในการตรากฎหมายใช้อำนาจเกินขอบเขตกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยศาลนั้น เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐ เนื่องจากรัฐได้ยอมให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลเพื่อเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐว่าละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ความเป็นนิติรัฐประการหนึ่งจะปรากฏเมื่อรัฐนั้นยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรศาล<sup>43</sup>

หลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวนี้ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลัก checks and balances ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่การทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญ การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ปรากฏอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ความเป็นไปได้ของหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจนำไปใช้ได้อย่างหลากหลาย หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดี (ein Präsidialsystem) ย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้รัฐสภา

<sup>42</sup> จาก หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ (น. 162 – 163), โดย เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, 2547, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>43</sup> “สิทธิการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญของบุคคลตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ใน รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (น. 35 - 36). เล่มเดิม.



สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมขึ้นอยู่กับว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้น ๆ มีประสิทธิภาพต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจหรือไม่<sup>44</sup>

### 2.2.3 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด

#### 1) ความหมาย

“ความเป็นกฎหมายสูงสุด” หรือ “Supremacy of Law” หมายถึง สภาวะสูงสุดของกฎหมาย ซึ่งแสดงให้เห็นสถานะของกฎหมายนั้น ๆ ว่าอยู่ในลำดับสูงเหนือกฎหมายอื่นใดทั้งปวง ลำดับเช่นนี้อาจเรียกว่า ศักดิ์หรือชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law ซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ส่วนกฎหมายธรรมดาในรูปแบบหรือประเภทอื่น ๆ ที่มีชื่อเรียกต่าง ๆ เช่น พระราชบัญญัติ (Act) พระราชกฤษฎีกา (Decree) ระเบียบ (Order) ข้อบังคับ (Regulation) นั้น จะถือเป็นกฎหมายในชั้นรอง ๆ ลงมา<sup>45</sup>

ส่วน “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับได้ ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางทฤษฎีนั้น วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เพียงหลักการของความขัดแย้งในทางรูปแบบ (das formelle Kollisionsprinzip) กล่าวคือ ความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น และการทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา<sup>46</sup>

เหตุผลที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด สามารถแยกพิจารณาในแง่ต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. ในแง่ “ที่มา” ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทุกส่วน

<sup>44</sup> จาก *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ* (รายงานผลการวิจัย) (น. 19 - 20), โดย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>45</sup> *หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น* (น. 125 - 126). เล่มเดิม.

<sup>46</sup> *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ* (น. 13 - 14). เล่มเดิม.

ของสังคมการเมืองนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง ทุกฝ่ายก็ต้องให้ความเคารพต่อรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์แห่งอุดมการณ์ประชาธิปไตย<sup>47</sup>

2. ในแง่ “เนื้อหา” รัฐธรรมนูญเป็นเรื่องของการจัดระเบียบโครงสร้างการเมืองการปกครองส่วนบนของรัฐ ผ่านทางการสร้างองค์กรทางการเมืองต่าง ๆ (รัฐสภา/คณะรัฐมนตรี/ศาล) ซึ่งตัวรัฐธรรมนูญก็ได้มอบอำนาจด้านต่าง ๆ ไปให้ใช้ (อำนาจนิติบัญญัติ/อำนาจบริหาร/อำนาจตุลาการ) รวมทั้งบัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนความเสมอภาคของประชาชนไว้ด้วย เพื่อจำกัดอำนาจแห่งรัฐมิให้มีมากเกินไป<sup>48</sup>

3. ในแง่ “รูปแบบ” วิธีการจัดทำและการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีข้อแตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ อย่างชัดเจน เนื่องจากรัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นและแก้ไขได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาอื่นใด เพราะจำต้องอาศัยกระบวนการพิเศษและมากหลักเกณฑ์ เช่น ต้องมีการระดมความคิดเห็นจากประชาชนทุกภาคส่วน เป็นต้น<sup>49</sup>

พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีรากฐานมาจากแนวคิดทางกฎหมาย ดังนี้

1. แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายพื้นฐาน (Naturrecht und legs fundamentals)

รากฐานในทางประวัติศาสตร์สำหรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติในภาคพื้นยุโรปถือว่าเป็นรากฐานที่สำคัญของแนวคิดนี้ ซึ่ง Thomas Aquinas นักปรัชญาศาสนาปลายยุคกลางได้จำแนกออกเป็น 3 ชนิดด้วยกัน คือ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎที่มนุษย์สร้างขึ้น<sup>50</sup> โดย Thomas Aquinas เรียกกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นว่า “mensura mensurata” ซึ่งกฎที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นหากขัดแย้งกับกฎธรรมชาติของมนุษย์ดังกล่าว ไม่อาจมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติถือว่าเป็นปทัสถาน ที่เหนือกว่า ซึ่งผูกพันต่อกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย<sup>51</sup>

<sup>47</sup> หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (น. 126 - 127). เล่มเดิม.

<sup>48</sup> แหล่งเดิม.

<sup>49</sup> แหล่งเดิม.

<sup>50</sup> จาก ปรัชญาตะวันออกสมัยกลาง (น. 257), โดย จ้านง ทองประเสริฐ, 2524, กรุงเทพฯ: มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัยในพระบรมราชูปถัมภ์.

<sup>51</sup> จาก ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (น. 14 - 15), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2544, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีบทบาทสำคัญในช่วงของพัฒนาการของยุคใหม่ ทั้งในรูปแบบ (Formal) ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของแนวความคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ส่วนในทางเนื้อหา (Inhaltlich) ของกฎหมายธรรมชาตินั้น ถือว่ามีกฎเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์ อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลด้วยกัน และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และแนวคิดดังกล่าวอาจได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (leges fundamentals) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional laws) ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า อันเป็นการนำแนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติไปบัญญัติรับรองให้เป็นกฎหมายบ้านเมือง ซึ่งกฎหมายพื้นฐานในลักษณะดังกล่าวนี้เข้าไปมีบทบาทในประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปอย่างมาก แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติจึงมีบทบาทในทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติในทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป<sup>52</sup>

2. ทฤษฎีสัญญาประชาคม ตามแนวความคิดของ โทมัส ฮอบส์, รุสโซ่ และทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ตามแนวความคิดของซีเอเยส์ที่เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ รวมถึงแนวคิดเรื่องเกี่ยวกับทฤษฎีสัญญาประชาคมของ จอห์น ล็อก

#### 1) โทมัส ฮอบส์

โทมัส ฮอบส์ อธิบายว่าสังคมเป็นสิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นมิได้มีอยู่เองตามธรรมชาติ โดยแต่ละคนยอมสละเสรีภาพ สิทธิทั้งปวงที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้แก่บุคคลหนึ่ง ให้เป็นผู้ปกครอง โดยเชื่อว่าผู้ปกครองนั้นจะสามารถคุ้มครองป้องกันตนได้ ดังนั้น คนแต่ละคนจึงต้องเคารพสัญญาที่ทำขึ้นและเคารพต่อผู้ปกครองที่ตนมอบอำนาจให้ไป โดยมองว่าผู้ปกครองนั้นได้รับอำนาจไปแบบการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ฉะนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครอง จึงต้องถือว่ายุติธรรมเสมอ สัญญาประชาคมที่ประชาชนตกลงร่วมกันทำขึ้นนั้น เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นที่มาของผู้ปกครอง และที่มาของอำนาจของผู้ปกครองด้วย ดังนั้น รัฐธรรมนูญที่เป็นสัญญาประชาคมจึงเป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน<sup>53</sup>

<sup>52</sup> แหล่งเดิม.

<sup>53</sup> แหล่งเดิม.

## 2) รุสโซ่

รุสโซ่ ได้กล่าวว่า สังคมมีแต่ความสงบสุขเรียบร้อย แต่ความสงบสุขเรียบร้อยนั้นเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อประชาชนยอมมอบอำนาจบางส่วนของตนไปให้ผู้ปกครองเพื่อมาปกครองหรือคุ้มครองประชาชนในสังคมให้ดีขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับผู้ปกครองนั้นต่างก็ขึ้นต่อกันและกัน กล่าวคือ ผู้ปกครองขึ้นตรงต่อราษฎรในเวลาที่เหมาะสมร่วมกันยอมรับเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนเพื่อใช้ในการปกครองบ้านเมือง และประชาชนก็ต้องขึ้นต่ออำนาจของผู้ปกครองที่บริหารงานตามที่ได้รับมอบหมายจากประชาชนที่อยู่ร่วมกันทั้งหมดในสังคมนั้น รัฐที่เกิดขึ้นนี้ทุกคนควรมีเสรีภาพและไม่เป็นรัฐที่ประชาชนอยู่ภายใต้ปกครองของใคร สมาชิกแต่ละคนในสังคม จึงทำสัญญาต่อกันว่า ทุกคนว่าเราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันให้แก่สังคมภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตนารมณ์ร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนในในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันมิได้ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกันทุกคนไม่ใช่คนใดคนหนึ่ง โดยนัยนี้คนแต่ละคนไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเองและยังคงมีเสรีภาพอยู่ตามเดิม ไม่โอนสิทธิเสรีภาพของตนให้แก่ผู้ใดแต่โอนให้แก่ส่วนรวม เป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนทั้งหมด ดังนั้น ผู้ปกครองที่แท้จริงก็คือผู้อยู่ใต้การปกครองนั่นเอง โดยผ่านมาในรูปของเจตจำนงทั่วไป ซึ่งเป็นสิ่งที่แสดงออกถึงความคิดเห็นและความต้องการของส่วนรวม กฎหมายทั้งหลายทั้งปวงก็คือการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไปนั่นเอง โดยที่ทุกคนย่อมมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดและแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไป ดังนั้น การยอมสละเสรีภาพตามธรรมชาติอันไม่มีจำกัดและยอมอยู่ร่วมกันโดยมีเสรีภาพอันจำกัดตามกฎหมายก็คือการปฏิบัติตามข้อบังคับที่ตนเองได้มีส่วนตั้งขึ้นนั่นเอง<sup>54</sup>

## 3) ซิเอเยต์

ซิเอเยต์ เห็นว่า รัฐบาลมีขึ้นมาเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และความเสมอภาคปราศจากอภิสิทธิ์เท่านั้น ที่เป็นรากฐานของสังคมที่ดี และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐต้องคุ้มครอง มีเสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และความมั่นคง ซิเอเยต์มีความเชื่อว่าการคุ้มครองเสรีภาพที่ดีนั้น จะมีขึ้นได้ในระบบที่อำนาจถูกทำให้อ่อนตัวลง และการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย<sup>55</sup> ซิเอเยต์ เป็นผู้คิดทฤษฎีก่อตั้งองค์กรทางการเมือง อำนาจนี้จะเป็นอำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทั้งหลายขึ้นมา กล่าวคือ ในระหว่างที่สังคมยังตกลงกันไม่ได้ว่าจะมีการปกครองกัน

<sup>54</sup> จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 171), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน

<sup>55</sup> จาก กฎหมายมหาชน : วิทยาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ (น. 53), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

อย่างไร จะมีอำนาจจัดตั้งองค์กรอย่างไรหรือจะมีการตัดสินใจอย่างไร ซึ่งถือเป็นการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้นมา โดยองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นนี้จะอยู่ภายใต้อำนาจที่ก่อตั้งองค์กรทางการเมืองแสดงออกโดยผ่านรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจที่ทำให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองในการปกครองอันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด และองค์กรที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ องค์กรเหล่านี้เป็นเพียงองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ<sup>56</sup>

#### 4) จอห์น ล็อก

จอห์น ล็อก เห็นว่ามนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้ เพราะสังคมประกอบขึ้นจากมนุษย์ สังคมจึงมีวัตถุประสงค์สุดท้าย คือ ความผาสุกและความสงบของมนุษย์ซึ่งเป็นสมาชิก แต่ในสภาพธรรมชาตินั้น เมื่อมีการละเมิดกฎธรรมชาติ (loi de nature) ไม่มีสภาพบังคับ (เพราะมนุษย์เท่าเทียมกันและมีเสรีภาพ) สิ่งนี้เองที่ทำลายสภาพธรรมชาติที่ดีประการหนึ่ง และเมื่อสภาพธรรมชาติพัฒนาถึงระยะหนึ่งก็เกิดความไม่เท่าเทียมกัน การเอารัดเอาเปรียบเกิดความไม่สงบ มนุษย์จึงมีเจตนาที่จะเข้าร่วมสังคมและเจตนาที่ตรงกันของมนุษย์ทุกคนที่ต้องการหลีกเลี่ยงความไม่มั่นคงปลอดภัยนี้ทำให้เกิดสัญญาสังคมขึ้น และมนุษย์แต่ละคนยินดีสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับกันเอง เมื่อมีการละเมิดสิทธิ และโอนสิทธิในการบังคับนี้ให้สังคมแต่ผู้เดียว ดังนั้น สัญญาสังคมหรือสัญญาประชาคมจึงเกิดขึ้นจากการตกลงของมนุษย์ผู้มีอิสระและมีจุดประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกของมนุษย์ แต่มนุษย์ไม่ได้สละเสรีภาพทั้งหมดให้สังคม คงให้เฉพาะเสรีภาพบางส่วนเพื่อความผาสุกร่วมกัน ล็อก ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง และต้องสร้างสถาบันการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพนี้<sup>57</sup>

จากทฤษฎีสัญญาประชาคมถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญเพราะเป็นการที่สมาชิกทุกคนในสังคมตกลงร่วมกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ ว่าจะเป็นไปในรูปแบบใด เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองแล้ว รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้นไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ใต้ปกครอง<sup>58</sup>

<sup>56</sup> ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาสตร์รัฐธรรมนูญ (น. 16). เล่มเดิม.

<sup>57</sup> ศาสตร์รัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (น. 5 - 6). เล่มเดิม.

<sup>58</sup> หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 171). เล่มเดิม.

## 2) ผลของการเป็นกฎหมายสูงสุดและการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด

(1) ผลของการเป็นกฎหมายสูงสุด การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดนั้น ย่อมส่งผลตามมาหลายประการ ดังนี้<sup>59</sup>

1. รัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกฎหมายทั้งปวงที่เป็นกฎหมายภายในกฎหมาย ทั้งปวงไม่ว่าจะมีมาก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญไม่ได้

2. ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นที่มาของกฎหมายอื่น ๆ ในลำดับรองลงมา รัฐธรรมนูญจึงอาจกำหนดหลักการบางเรื่องเอาไว้อย่างย่อ ๆ พอเป็นหลัก แล้วให้ดำเนินการออกกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามความในรัฐธรรมนูญมาอธิบายขยายความเพิ่มเติมแทน เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยเรื่องต่าง ๆ เป็นต้น

3. เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด รัฐธรรมนูญจึงต้องบัญญัติถึงวิธีหรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองเอาไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาทั่ว ๆ ไป นั่นก็คือ สามารถทำได้ยากยิ่งกว่ามาก

จากการศึกษา พบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ได้ยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นไปได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงการรับรองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

(2) การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้หลักประกันว่าความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จะไม่ถูกล่วงละเมิด ทั้งยังคงความศักดิ์สิทธิ์สูงส่งได้สืบไป สามารถทำได้ด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างประกอบกัน ดังนี้

1. รับรองไว้โดยชัดแจ้งว่าเป็นกฎหมายสูงสุด ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 มาตรา 6 (2) บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญนี้ ตลอดจนกฎหมายของสหรัฐ ที่จะตราออกมา และบรรดาสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่สหรัฐเข้าร่วมเป็นภาคี ถือเป็นกฎหมายสูงสุดของแผ่นดิน ให้ผู้พิพากษาของทุกมลรัฐต้องยึดถือปฏิบัติตาม สิ่งใด ๆ ในรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของมลรัฐใด

<sup>59</sup> หลักรัฐธรรมนูญเบื้องต้น (น. 128). เล่มเดิม.

ก็ตามจะมาขัดแย้งมิได้” ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 6 ก็ได้ระบุว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ...” เช่นเดียวกัน<sup>60</sup>

2. บัญญัติว่ากฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้บังคับมิได้ เช่น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 62 (1) บัญญัติว่า “บทบัญญัติใดที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญประกาศว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญจะประกาศใช้ และจะนำบทบัญญัตินั้นมาใช้บังคับไม่ได้” รัฐธรรมนูญจีน ค.ศ. 1982 ในมาตรา 5 บัญญัติว่า “กฎหมายหรือการบริหารหรือการปกครองท้องถิ่นและกฎระเบียบต่าง ๆ จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ” เป็นต้น<sup>61</sup>

3. กำหนดให้มีองค์กรควบคุม รวมถึงกระบวนการต่าง ๆ ในอันที่จะดูแลความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) ของบรรดากฎหมาย หรือการกระทำต่าง ๆ ตัวอย่างเช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญออสเตรีย เยอรมนี ตะวันตก อิตาลี เป็นต้น<sup>62</sup>

4. กำหนดให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดาอื่น ๆ เพราะหากจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็ต้องทำด้วยกระบวนการที่ยุ่งยากมากขึ้น นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญหลายประเทศยังห้ามแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราในรัฐธรรมนูญอีกด้วย<sup>63</sup>

#### 2.2.4 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ

##### 1) ความหมายของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ

หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ในระบบกฎหมายเยอรมนี เรียกว่า Rechtsweggarantie ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมนี มาตรา 19 วรรคสี่ ถือว่าเป็นหลักการที่เป็นหัวใจของหลักนิติรัฐหรือเปรียบได้กับมงกุฎของหลักนิติรัฐเลยทีเดียว เนื่องจากเป็นที่รัฐได้แสดงว่า รัฐนั้นยอมที่จะให้ความเป็นอิสระแก่อำนาจศาลในการเข้ามาตรวจสอบควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของรัฐว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ดังนั้น ความเป็นนิติรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่งจะปรากฏก็ต่อเมื่อรัฐนั้นยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการนั่นเอง<sup>64</sup>

<sup>60</sup> จาก กฎหมายรัฐธรรมนูญ (น. 675 - 677), โดย วิษณุ เครืองาม, 2530, กรุงเทพฯ: แสงสุทธิการพิมพ์.

<sup>61</sup> แหล่งเดิม.

<sup>62</sup> แหล่งเดิม.

<sup>63</sup> แหล่งเดิม.

<sup>64</sup> จาก การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (น. 24 - 27), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ, 2551, กรุงเทพฯ: บริษัท มิสเตอร์ก๊อปปี้ (ประเทศไทย) จำกัด.

สำหรับความหมายของหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการนั้นอาจพิจารณาได้จาก (1) ลักษณะของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ และ (2) ผลของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ

(1) ลักษณะของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรของรัฐนอกจากจะมีผลเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่องค์กรของรัฐต้องใช้อำนาจให้อยู่ภายในกรอบของความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ความผูกพันดังกล่าวยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนที่จะเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐ เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพมิให้ถูกล่วงละเมิดจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย ลักษณะของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพเช่นนี้ คือ การให้องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ โดยองค์กรตุลาการเช่นนี้จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง กล่าวคือ มีอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และมีความเป็นกลางเพื่อเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ มิให้ขัดต่อกฎหมาย การที่จะให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีผลในทางปฏิบัติได้จึงต้องให้ประชาชนผู้ถูกล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการกระทำที่ตนเห็นว่าขัดต่อกฎหมายได้ด้วยการเข้ามาตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการนั่นเอง<sup>65</sup>

หลักการตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการจึงหมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐของทุกองค์กร ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ การกระทำของฝ่ายตุลาการก็ต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการจึงแบ่งออกได้เป็นสองลักษณะ คือ ลักษณะแรก องค์กรตุลาการ มีฐานะเป็นผู้ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหารว่าได้ดำเนินการอันเป็นการขัดกับสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ และลักษณะที่สอง องค์กรตุลาการเองก็ต้องผูกพันกับสิทธิและเสรีภาพ การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการเองก็ไม่อาจที่จะละเมิดสิทธิและเสรีภาพได้

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ คือ องค์กรตุลาการในฐานะเป็นผู้ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งอธิบายได้ดังนี้<sup>66</sup>

<sup>65</sup> แหล่งเดิม.

<sup>66</sup> แหล่งเดิม.



ก) การตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ  
โดยองค์กรตุลาการ

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติที่องค์กรตุลาการมีหน้าที่  
ต้องตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หมายความว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทเป็นคดีขึ้นสู่  
การพิจารณาของศาล หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่ศาลจะใช้บังคับแก่คดีนั้นมีลักษณะขัดหรือแย้ง  
กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีสาระสำคัญเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ  
ของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ แต่กระบวนการตรากฎหมายฉบับนั้นมิได้ระบุบทบัญญัติ  
แห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธินั้นไว้ (Zitiergebot) หรืออาจเป็นกรณี  
ที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิจนกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิ  
ตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ (Wesengehaltsgarantie) กรณีเช่นนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว  
ย่อมมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลในคดีดังกล่าวอาจรอการพิจารณาคดีไว้  
ชั่วคราวเพื่อส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญว่ากฎหมายนั้นมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
เพื่อพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดต่อไป ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าในเบื้องต้นองค์กรตุลาการมีหน้าที่จะต้อง  
ตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรนิติบัญญัติด้วยการตรวจสอบว่ากฎหมาย  
ที่ศาลจะใช้บังคับกับคดีนั้นเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะขัดหรือแย้งกับสิทธิและเสรีภาพ  
ตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้หรือไม่ หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น  
มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมส่งกฎหมายดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กร  
ตรวจสอบปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ  
ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ต่อไป<sup>67</sup>

ข) การตรวจสอบความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรฝ่ายบริหาร  
โดยองค์กรตุลาการ

ความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรบริหาร พิจารณาในแง่ความผูกพัน  
ของฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมตกอยู่ภายใต้  
องค์กรตุลาการซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง แล้วแต่กรณีขึ้นกับระบบศาลในประเทศ  
นั้น ๆ การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการก็คือ ตรวจสอบว่าการกระทำ  
ของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะกรณีที่กฎหมาย  
ให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการใช้อำนาจ ศาลจะเข้าไปตรวจสอบว่าการใช้ดุลพินิจ  
ของฝ่ายปกครองนั้นขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ เช่น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

<sup>67</sup> แหล่งเดิม.

เป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือไม่ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีการเลือกปฏิบัติ อันขัดกับหลักความเสมอภาคหรือไม่ ส่วนอีกกรณีหนึ่งก็คือ กรณีของถ้อยคำบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe) เช่น คำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” “ความสงบสุขของประชาชน” เป็นต้น โดยหลักแล้วศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบในแง่ของเนื้อหา โดยศาลเห็นว่าภายในขอบเขตความเหมาะสมดังกล่าวนี้เป็นขอบเขตอิสระของฝ่ายปกครอง ศาลจะพิจารณาเพียงว่าการใช้การตีความกฎหมายดังกล่าวของฝ่ายปกครองอยู่ภายในขอบเขต ที่ชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี ศาลก็ยังจะสามารถตรวจสอบการใช้หรือการตีความถ้อยคำ ของบทบัญญัติดังกล่าวได้ว่าเป็นการขัดต่อสิทธิและเสรีภาพหรือไม่เพราะการตรวจสอบดังกล่าวนี้ อยู่นอกเหนือขอบเขตของการพิจารณาโดยอิสระของฝ่ายปกครองในการใช้และการตีความถ้อยคำ ดังกล่าวนั้นเอง<sup>68</sup>

## (2) ผลของความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการ

องค์กรตุลาการเป็นอีกองค์กรหนึ่งของรัฐที่ต้องผูกพันตนต่อสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ องค์กรตุลาการเองไม่อาจใช้อำนาจมหาชนในการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ หรือตีความกฎหมายที่จะใช้บังคับ แก่คดีใดคดีหนึ่งอันมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของคู่ความได้ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลที่มีความสำคัญต่อการพิจารณาขององค์กรตุลาการเป็นพิเศษ คือ สิทธิเสรีภาพที่เกี่ยวกับ กระบวนการยุติธรรม ได้แก่ การบัญญัติรับรองว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เว้นแต่ จะได้กระทำการอันกฎหมายได้บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ หรือบทสันนิษฐานไว้ก่อน ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด รวมทั้งสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยตามที่บัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญ กรณีตามที่กล่าวมานี้ องค์กรตุลาการต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดซึ่งความผูกพันตนต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรตุลาการเช่นว่านี้ ได้แก่<sup>69</sup>

ก) ศาลจะต้องตรวจสอบว่าในคดีที่ตนพิจารณา มีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ การละเมิดสิทธิและเสรีภาพของศาลจึงอาจเกิดขึ้นได้ หากมีการละเมิดสิทธิและเสรีภาพในคดีที่ศาล พิจารณาแต่ศาลกลับพิจารณาว่าไม่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพ

<sup>68</sup> แหล่งเดิม.

<sup>69</sup> การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณี ที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (น. 28 - 29). แหล่งเดิม.

ข) ศาลจะต้องไม่ใช่หรือตีความกฎหมายไปในทิศทางที่จะเป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพ การละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพจึงอาจเกิดขึ้นได้หากศาลใช้หรือตีความกฎหมายขัดต่อสิทธิและเสรีภาพ

ค) ศาลจะต้องไม่ละเมิดสิทธิในการพิจารณาคดีของกลุ่มความ ในฐานะที่ศาลเป็นผู้ควบคุมดูแลให้กระบวนการพิจารณาดำเนินไปด้วยดี ศาลจะต้องเคารพหลักการต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้แก่ หลักการฟังความทุกฝ่าย หลักการพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย หลักการพิจารณาคดีโดยเที่ยงธรรม หลักความไม่มีส่วนได้เสียในคดี หลักการพิจารณาคดีต้องทำโดยรวดเร็ว หลักการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา เป็นต้น

## 2) ระบบศาลกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

การที่รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญเท่ากับเป็นการรับรองว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าสูงสุด ส่งผลให้การใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่าง ๆ ต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม ความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตยจะต้องควบคู่ไปกับหลักการควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการอันถือว่าเป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการ (Court of Judicial Authority) ซึ่งมีลักษณะสำคัญขององค์กรตุลาการ ต้องประกอบด้วย<sup>70</sup>

ก) องค์กรที่ใช้อำนาจทางตุลาการหรือศาลนั้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมาย

ข) คำวินิจฉัยขององค์กรดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเด็ดขาดเป็นที่สุดไม่อาจถูกกลับหรือแก้ไขโดยองค์กรใด ๆ ได้อีก แม้แต่ตัวองค์กรที่ได้ทำคำวินิจฉัยเอง ถ้าคู่ความฝ่ายใดไม่พอใจคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อมมีสิทธิแต่เพียงอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวต่อองค์กรอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่าขององค์กรผู้ออกคำสั่งเดิม หากองค์กรสูงสุดได้อ่านคำสั่งตามกฎหมายแล้วคู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันอย่างไรให้คู่ความพึงแล้ว คำสั่งหรือคำวินิจฉัยดังกล่าวย่อม “เสร็จเด็ดขาด” หรือ “เป็นที่สุด” (Finality)

<sup>70</sup> การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (น. 45). เล่มเดิม.

ค) กระบวนการใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กรนั้นจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผย (Publicity) คือ เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ การพิจารณาโดยลับจะมีได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นที่สำคัญต้องเป็นกระบวนการที่เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายปกป้องสิทธิประโยชน์ของตนโดยให้แต่ละฝ่ายมีสิทธินำพยานมาสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่

ง) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งขององค์กรนั้นต้องมีการแสดงเหตุผลประกอบคำสั่งของตน (Duty to give reasons) เสมอ คือ การแสดงข้อเท็จจริงและมีข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้องค์กรดังกล่าวมีคำสั่งหรือคำวินิจฉัยเช่นนั้น<sup>71</sup>

กล่าวโดยสรุป หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กรตุลาการ จึงหมายถึง การที่องค์กรตุลาการเข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามหลักความผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรเหล่านี้ นอกจากนี้แล้ว ศาลยังต้องผูกพันการใช้อำนาจของตนให้อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาค อีกทั้งการใช้และการตีความกฎหมายของศาลจะมีผลเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมิได้ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าองค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรสำคัญที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลให้มีผลในทางปฏิบัติได้มากที่สุดนั่นเอง

หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ (Rechtswegsgarantie) ถือว่าเป็นหลักการที่เป็นหัวใจสำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย กล่าวคือ การใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันอยู่กับความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่มีคุณค่าสูงสุด ย่อมหมายความว่า การใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายแล้ว นิติรัฐยังเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการเพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญได้รับความคุ้มครองด้วย ซึ่งก็หมายความว่า เมื่อใดก็ตามที่องค์กรของรัฐเหล่านี้กระทำการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยการใช้สิทธิทางศาลผ่านองค์กรตุลาการ ส่วนการเริ่มใช้สิทธิทางศาลของบุคคลจะเริ่มต้นที่ศาลใดนั้นย่อมต้องพิจารณาจากการกระทำที่ถูกโต้แย้งนั้นว่าอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด หลักการให้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยองค์กร

<sup>71</sup> แหล่งเดิม.

ตุลาการจึงทำให้หลักความผูกพันต่อสิทธิและหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร มีผลในทางปฏิบัติได้อย่างแท้จริง<sup>72</sup>

## 2.3 หลักการพื้นฐานในการทำหน้าที่ของตุลาการและหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้พิพากษาและตุลาการ

### 2.3.1 หลักการพื้นฐานในการทำหน้าที่ของตุลาการ

#### 1) หลักความเที่ยงธรรมในการทำหน้าที่ของตุลาการ

ผู้พิพากษาจะต้องทรงความเที่ยงธรรม สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยตุลาการที่ทรงความเที่ยงธรรม หมายถึงว่า ผู้พิพากษาหรือคณะลูกขุน ไม่มีผลประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียในคดีใด ๆ และไม่มีความเห็นล่วงหน้าใด ๆ เกี่ยวกับคดีนั้น ๆ หรือเกี่ยวกับคู่กรณี คดีต่าง ๆ จะต้องถูกตัดสินโดยอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและโดยสอดคล้องกับกฎหมาย โดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ เพื่อบรรลุเป้าหมายนี้ รัฐ สถาบันอื่น ๆ และฝ่ายเอกชน มีพันธกรณีที่จะละเว้นจากการกดดันหรือโน้มน้าวผู้พิพากษาให้ตัดสินไปในทางใดทางหนึ่ง และผู้พิพากษาก็มีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตนให้ทรงความเที่ยงธรรม หลักการพื้นฐานของสหประชาชาติได้ระบุถึงข้อบังคับนี้ไว้ว่า ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตนเองเพื่อรักษาเกียรติศักดิ์ของที่ทำงานของตน และการทรงความเที่ยงธรรมและความเป็นอิสระของตุลาการอยู่เสมอ ในส่วนของสภายุโรปก็ได้ย้ำถึงหลักการนี้โดยกล่าวว่า ผู้พิพากษาควรมีเสรีภาพแบบที่ไม่ถูกเหนี่ยวรั้งในการตัดสินคดีอย่างทรงความเที่ยงธรรม โดยสอดคล้องกับสำนึกและการตีความข้อเท็จจริงของตน และโดยสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มีอยู่<sup>73</sup>

การทรงความเที่ยงธรรมของศาล สามารถนิยามได้ว่าเป็นการปราศจากอคติ ความเป็นปรักษ์ หรือความเห็นใจต่อคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ ยังมีกรณีที่อคติไม่ได้ถูกแสดงออกมาแต่เพียงปรากฏให้ดูเหมือนว่ามีเท่านั้น นี่เป็นเหตุผลที่ว่าเหตุใดการทรงความเที่ยงธรรมของศาลจะต้องถูกตรวจสอบโดยทั้งมุมมองที่เป็นอัตวิสัยและวัตถุวิสัย<sup>74</sup>

<sup>72</sup> การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ในกรณีที่ไม่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว (น. 44). เล่มเดิม.

<sup>73</sup> จาก หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่องานของผู้พิพากษา ทนายความ และอัยการ: แนวทางสำหรับนักปฏิบัติ ลำดับที่ 1 (น. 35 - 36), ถอดความโดย เบญจรัตน์ แซ่ฉั่ว และคณะ, 2550, เจนิวา: International Commission of Jurists.

<sup>74</sup> แหล่งเดิม.

จากแนวคิดเรื่องการทรงความเที่ยงธรรมทำให้เกิดหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะถอนตัวจากคดีที่ตนคิดว่าจะไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้อย่างทรงความเที่ยงธรรม หรือการเปิดโอกาสให้มีการคัดค้านตุลาการหรือผู้พิพากษาได้ หากมีเหตุสมควรว่าผู้พิพากษาหรือตุลาการนั้น จะไม่สามารถให้ความยุติธรรมได้อย่างทรงความเที่ยงธรรม

การคัดค้านตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งได้เป็น 2 กรณี ดังนี้<sup>75</sup>

(1) การคัดค้านตุลาการเพราะเหตุที่ตุลาการนั้นเป็นญาติหรือคู่สมรส หรือมีความสัมพันธ์ในทางเครือญาติกับคู่สมรสกับคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของคู่ความ หรือได้เคยมีส่วนร่วมในการปฏิบัติงานในเรื่องที่เสนอมายังศาลรัฐธรรมนูญในฐานะใดฐานะหนึ่ง เช่น

ก. เคยทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในเรื่องนั้นมาแล้ว

ข. เคยทำหน้าที่เป็นตุลาการในการวินิจฉัยคดีในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญ

ค. เคยทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ในกระบวนการสอบสวนในทางอาญาหรือกระบวนการในทางปกครองในเรื่องที่กำลังพิจารณาอยู่ในศาลรัฐธรรมนูญ

(2) การคัดค้านตุลาการเนื่องจากอาจขาดความเป็นกลาง (Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit) การคัดค้านตุลาการเนื่องจากคู่ความในคดีเห็นว่า ตุลาการคนใดคนหนึ่งขาดความเป็นกลางนั้น คือ กรณีที่คู่ความในคดีเห็นว่าตุลาการคนใดคนหนึ่ง อาจจะพิจารณาหรือวินิจฉัยคดีโดยขาดความเป็นกลาง โดยคู่ความได้พิจารณาจากสภาวะการณ์ และได้พินิจพิเคราะห์จากพฤติการณ์แวดล้อมอย่างมีเหตุผลแล้ว เห็นว่าตุลาการคนใดคนหนึ่ง ที่พิจารณาในคดีนั้น ไม่เหมาะสมที่จะนั่งพิจารณาต่อไป เพราะตุลาการนั้นอาจไม่เป็นกลางในการวินิจฉัยคดีนั้น คู่ความฝ่ายนั้นอาจร้องคัดค้านตุลาการคนนั้นได้ หรือการที่ตุลาการคนใดคนหนึ่งขอถอนตัวออกจากกระบวนการพิจารณา เพราะเห็นว่าตนไม่เหมาะสมที่จะนั่งพิจารณาเรื่องนั้น เพราะตนเองอาจขาดความเป็นกลางในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี

2) หลักการคุ้มครองการทำหน้าที่ของตุลาการ

ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญอันมีลักษณะรูปแบบศาลพิเศษ ที่มีอำนาจหน้าที่ต่างจากศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร โดยมีบทบาทและภารกิจที่สำคัญในการควบคุมมิให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก่อนที่จะ

<sup>75</sup> จาก ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (รายงานผลการวิจัย) (น. 116 - 117), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2548, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

มีการประกาศใช้ (Pre – Publication Control) หรือการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญภายหลังที่มีการประกาศใช้ (Post – Publication Control) ควบคู่ไปกับการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ที่สำคัญ 2 ประการดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีอันมีความเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของพรรคการเมือง การวินิจฉัยสมาชิกภาพ หรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา และรัฐมนตรี รวมถึงตลอดถึงการวินิจฉัยเกี่ยวกับการสิ้นสภาพความเป็นพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 91 และการวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 93 หรือ มาตรา 94<sup>76</sup>

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาวินิจฉัย การพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทในคดีลักษณะดังกล่าว อันมีความเชื่อมโยงกับประชาชน ย่อมขาดไม่ได้ที่จะต้องมีการมีประชาชน หรือสมาชิกพรรคการเมือง ทั้งที่ขึ้นชอบหรือไม่ขึ้นชอบ ออกมาแสดงออกแสดงความคิดเห็น ทั้งอาจมีความเหมาะสมและไม่เหมาะสม รวมถึงการวิพากษ์วิจารณ์ต่าง ๆ และด้วยเหตุที่การดำเนินการในกระบวนการยุติธรรม จะต้องเป็นไปด้วยความสงบเพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดี กระบวนการพิจารณารับฟังพยานหลักฐาน ตลอดจนคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี มาตรการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องนำมาใช้เพื่อควบคุมความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาลดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่จำเป็นและไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการวินิจฉัยชี้ขาดคดี<sup>77</sup>

การละเมิดอำนาจศาล คือ การละเมิดคำสั่งศาลในระหว่างการพิจารณาคดีหรือรับฟังพยานหลักฐาน โดยการกระทำของบุคคลหรือคณะ อันมีลักษณะเป็นการดูหมิ่นศาล (Disrespectful of the court) อันกระทบต่อการดำเนินการและอำนาจในการไต่สวน อันเป็นเหตุให้ผู้พิพากษาต้องกำหนดวิธีการลงโทษแก่บุคคลดังกล่าว ที่ก่อการรบกวนในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล จนมากเกินไป ซึ่งอาจจะกำหนดเป็นโทษจำคุกหรือปรับ<sup>78</sup>

<sup>76</sup> จาก “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๑ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 49 - 51), โดย ภาสพงษ์ เรณูมาศ, กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด.

<sup>77</sup> แหล่งเดิม.

<sup>78</sup> แหล่งเดิม.

ในหนังสือ The Concise Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของการละเมิดอำนาจศาลในประเทศอังกฤษไว้ว่า “ละเมิดอำนาจศาล” หมายความว่า<sup>79</sup>

1. การเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาลสูง หรือการขัดขวางหรือหมิ่นประมาทศาล หรือผู้พิพากษา แต่ไม่ใช่ทนายความฝ่ายตรงข้าม

2. การกระทำที่น่าจะทำให้เป็นผลร้ายแก่จำเลย ซึ่งควรได้รับการพิจารณาคดีด้วยความเที่ยงธรรม ถูกกลบโหมโดยการปรับหรือจำคุก

“Halsbury” นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงท่านหนึ่ง ได้วิเคราะห์คำว่าละเมิดอำนาจศาลในความหมายของกฎหมายอังกฤษไว้ว่า<sup>80</sup>

1. การละเมิดอำนาจศาลในคดีอาญา ซึ่งประกอบด้วยคำพูด หรือการกระทำที่ขัดขวางหรือน่าจะขัดขวางการดำเนินงานยุติธรรม

2. การละเมิดในกระบวนการพิจารณา ประกอบด้วย การไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา คำสั่ง หรือการดำเนินคดีอื่น ๆ ของศาล และเกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

ในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) อำนาจของผู้พิพากษาในความพิชิตฐานละเมิดอำนาจศาลจะค่อนข้างกว้างกว่าในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) เนื่องจากในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ การกระทำความผิดจะเกี่ยวพันอยู่กับสิทธิส่วนบุคคล (Private Citizens) ในการแสดงออก<sup>81</sup> โดยบุคคลที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จะเรียกว่า “Contemner” ซึ่งในการที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวมีความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือไม่ ต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 4 ประการ<sup>82</sup> คือ

1. การมีอยู่จริงของคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมาย
2. ผู้กระทำรู้ถึงคำสั่งดังกล่าว
3. ผู้กระทำมีความสามารถที่จะต้องปฏิบัติตาม
4. ผู้กระทำไม่ปฏิบัติ

<sup>79</sup> จาก “ละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 : เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม* (น. 135), โดย ภาณุมิศลารัตน์, 2552, กรุงเทพฯ: บริษัท พี. เพรส จำกัด.

<sup>80</sup> แหล่งเดิม.

<sup>81</sup> “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 51). เล่มเดิม.

<sup>82</sup> แหล่งเดิม.



เนื่องจากความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลไม่มีพื้นฐานทางทฤษฎีที่แน่นอน เมื่อพิจารณาถึงกระบวนการพิจารณาคดีในศาลแล้ว ผลสุดท้ายของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลคือ คำพิพากษาของศาล ดังนั้น การกระทำใดที่ขัดขวางต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาลหรือทำให้ศาลไม่สามารถทำหน้าที่บริหารงานยุติธรรมได้โดยถูกต้อง ก็ย่อมจำเป็นต้องมีบทบัญญัติที่ควบคุมการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพื่อคุ้มครองสถาบันศาลในกระบวนการพิจารณาคดี นอกจากนี้แล้ว เหตุผลที่ต้องบัญญัติความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ซึ่งเป็นหลักการขั้นมูลฐาน 2 ประการ คือ ประการแรก ศาลต้องมีอำนาจอย่างเพียงพอในการบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งศาล และประการที่สอง คือ ศาลต้องมีอำนาจอย่างเพียงพอที่จะป้องกันมิให้มีการใช้ศาลหรือกระบวนการพิจารณาความไปในทางที่ผิด<sup>83</sup>

ในประเทศที่ใช้กฎหมายระบบจารีตประเพณี ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลนั้นไม่ได้จำกัดเฉพาะการกระทำที่เป็นการขัดขวางหรือก่อกวนกระบวนการพิจารณาของศาลเท่านั้น แต่รวมถึง การกระทำที่เป็นการหมิ่นประมาทหรือดูหมิ่นศาลหรือผู้พิพากษาด้วยการลงโทษละเมิดอำนาจศาลโดยรวบรัด<sup>84</sup>

สำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามกฎหมายไทย อาจแบ่งพิจารณาได้ตามประเภทของศาล ได้แก่ ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลยุติธรรม ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลปกครอง ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหาร และความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

#### 1. ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลยุติธรรม

การกำหนดความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลยุติธรรม สามารถแบ่งการพิจารณาได้เป็น 2 ลักษณะ<sup>85</sup> คือ

##### 1) การออกข้อกำหนด

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลจะต้องเป็นการกระทำตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31 และมาตรา 32 บัญญัติไว้เป็นความผิด ซึ่งมีอยู่ไม่มากนัก จึงต้องให้อำนาจศาลที่จะออกข้อกำหนดได้ด้วยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ว่าให้ศาลมีอำนาจออกข้อกำหนดใด ๆ แก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือแก่บุคคลภายนอกที่อยู่ต่อหน้าศาลตามที่เห็นจำเป็นเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในบริเวณศาล

<sup>83</sup> จาก ปัญหากฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลรัฐธรรมนูญไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 41), โดย ณิชากา ภูมินายก, 2556, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

<sup>84</sup> แหล่งเดิม.

<sup>85</sup> “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 9 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 56). เล่มเดิม.

และเพื่อให้กระบวนการพิจารณาคำเนินไปตามความเที่ยงธรรมและรวดเร็ว อันอาจเช่นว่านี้ ให้รวมถึงการสั่งห้ามคู่ความมิให้ดำเนินกระบวนการพิจารณาในทางก่อความรำคาญ หรือในทางประวิงให้ชักช้า หรือในทางฟุ่มเฟือยเกินสมควร<sup>86</sup>

## 2) การกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล

การกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล อาจแบ่งการกระทำออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ

### (1) ความผิดทั่วไป

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลอันมีลักษณะเป็นความผิดทั่วไปไว้ว่า<sup>87</sup> ผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ให้ถือว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

(ก) ขัดจีนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อนอันว่าด้วยการรักษาความเรียบร้อย หรือประพฤติตนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล

(ข) เมื่อได้มีคำร้องและได้รับอนุญาตจากศาลให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 156/1 แล้ว ปรากฏว่าได้แสดงข้อเท็จจริงหรือเสนอพยานหลักฐานอันเป็นเท็จต่อศาลในการได้สวนคำร้องขอยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล

(ค) เมื่อรู้ว่าจะมีการส่งคำคู่ความหรือส่งเอกสารอื่น ๆ ถึงตน แล้วจงใจไปเสียให้พ้นหรือหาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นโดยสถานอื่น

(ง) ตรวจเอกสารทั้งหมด หรือฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนความ หรือคัดเอาสำเนาเอกสารเหล่านั้นไป โดยฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติ มาตรา 54

(จ) ขัดจีนไม่มาศาล เมื่อศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา 19 หรือมีหมายเรียก ตามมาตรา 277

### (2) ความผิดเกี่ยวกับสื่อโฆษณา

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลอันมีลักษณะเป็นเกี่ยวกับสื่อโฆษณาไว้ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้<sup>88</sup>

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบ ได้แก่ ผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นออกโฆษณาต่อประชาชน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะรู้ถึงซึ่งข้อความหรือการออกโฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์เช่นว่านั้นหรือไม่ก็ตาม

<sup>86</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 30.

<sup>87</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31.

<sup>88</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 32.

การกระทำที่ถือว่าได้กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจศาล ได้แก่

(1) ไม่ว่าเวลาใด ๆ ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นว่านั้นได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ซึ่งข้อความหรือความเห็น อันเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอื่น ๆ แห่งคดี หรือกระบวนการพิจารณาใด ๆ แห่งคดี ซึ่งเพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ศาลได้มีคำสั่งห้ามการออกโฆษณาสิ่งเหล่านั้น ไม่ว่าโดยวิธีเพียงแต่สั่งให้พิจารณาโดยไม่เปิดเผยหรือโดยวิธีห้ามการออกโฆษณาโดยชัดแจ้ง

(2) ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ ได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ในระหว่างการศึกษาพิจารณาแห่งคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่สุด ซึ่งข้อความหรือความเห็นโดยประสงฆ์จะให้มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชน หรือเหนือศาล หรือเหนือคู่ความหรือเหนือพยานแห่งคดีซึ่งพอเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไป เช่น

ก. เป็นการแสดงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือ

ข. เป็นรายงานหรือย่อเรื่องหรือวิภาค ซึ่งกระบวนการพิจารณาแห่งคดีอย่างไม่เป็นกลางและไม่ถูกต้อง หรือ

ค. เป็นการวิภาคโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งการดำเนินคดีของคู่ความหรือคำพยานหลักฐาน หรือนิสัยความประพฤติของคู่ความหรือพยาน รวมทั้งการแถลงข้อความ อันเป็นการเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของคู่ความหรือพยาน แม้ถึงว่าข้อความเหล่านั้นจะเป็นความจริง หรือ

ง. เป็นการชักจูงให้เกิดมีคำพยานเท็จ

3) การลงโทษการกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้กำหนดวิธีการลงโทษสำหรับการกระทำที่ถือเป็นการละเมิดอำนาจศาลไว้ในมาตรา 33 กล่าวคือ ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลใด ให้ศาลนั้นมีอำนาจสั่งลงโทษโดยวิธีใดวิธีหนึ่งหรือทั้งสองวิธีดังจะกล่าวต่อไปนี้<sup>89</sup> คือ

ก. ไล่ออกจากบริเวณศาล หรือ

ข. ให้ลงโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

ทั้งนี้ การไล่ออกจากบริเวณศาลนั้นให้กระทำได้ชั่วระยะเวลาที่ศาลนั่งพิจารณาหรือภายในระยะเวลาใด ๆ ก็ได้ตามที่ศาลเห็นสมควร และในกรณีมีเหตุจำเป็นจะเรียกให้ตำรวจช่วยจัดการก็ได้

<sup>89</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 33.

## 2. ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลปกครอง

อำนาจตุลาการ เป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจดังกล่าวผ่านทางศาล การทำหน้าที่ของตุลาการจึงจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายกำหนดให้ความคุ้มครองเพื่อให้การทำหน้าที่เป็นไปโดยอิสระ ปราศจากการรบกวน ช่มชู้ หรือบีบบังคับ หรือมีลักษณะเป็นการคุ้มครองหมิ่นศาล การกำหนดความรับผิดฐานละเมิดอำนาจศาล จึงถือเป็นหลักสำคัญที่จะรักษาการใช้อำนาจตุลาการให้เป็นไปอย่างมั่นคง และมีมาตรการคุ้มครองผู้พิพากษาหรือตุลาการไม่ให้พิจารณาพิพากษาอรรถคดีไปเพราะความหวาดกลัว หรือถูกบีบบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ผดุงความยุติธรรมได้โดยอิสระอย่างแท้จริง<sup>90</sup>

สำหรับศาลปกครองได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลไว้ใน มาตรา 64 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีสาระสำคัญดังนี้<sup>91</sup>

### (1) การกระทำที่เป็นการละเมิดอำนาจศาล

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกระทำละเมิดอำนาจศาลไว้ว่า “นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม”<sup>92</sup> ซึ่งเหตุแห่งการกระทำละเมิดอำนาจศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น สามารถสรุปได้ 2 สาเหตุ ได้แก่ การไม่แสดงพยานหลักฐานตามที่ศาลกำหนดหรือการประวิงคดีของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นคู่กรณี<sup>93</sup> และการวิจารณ์การพิจารณาหรือพิพากษาคดีของศาลปกครองที่ไม่ได้เป็นไปโดยสุจริตและไม่ใช่วิธีการทางวิชาการ อาจถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการได้<sup>94</sup>

<sup>90</sup> ศิริเกตุฤทธิ์ เจนครองธรรม. (2557). *หลักประกันความเป็นธรรม : ในการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาลของศาลปกครอง*. สืบค้น 20 มีนาคม 2558, จาก [http://www.admncourt.go.th/00\\_web/09\\_academi\\_document/03\\_technical\\_papers/Article-20150209.pdf](http://www.admncourt.go.th/00_web/09_academi_document/03_technical_papers/Article-20150209.pdf).

<sup>91</sup> “ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ ๑ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน* (น. 68). เล่มเดิม.

<sup>92</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 64.

<sup>93</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 57 บรรทัดสี่.

<sup>94</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 65.

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีเหตุการณ์กระทำความผิดปรากฏขึ้น ตามมาตรา 31 และมาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่น การประทุพดินไม้เรียบร้อยในบริเวณศาล การขุดขึ้นไม่มาศาลตามคำสั่ง หรือการเผยแพร่ข้อความในหนังสือพิมพ์โดยประสงค์จะให้ มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกรักของประชาชน หรือเหนือศาลซึ่งพอเห็นได้ว่าทำให้การพิจารณาคดี เสียความยุติธรรม ศาลปกครองย่อมมีอำนาจลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลเช่นเดียวกัน<sup>95</sup>

### (2) การกระทำที่ไม่เป็นการละเมิดอำนาจศาล

การวิจารณ์การพิจารณาหรือการพิพากษาคดีของศาลปกครองซึ่งกระทำโดยสุจริต ด้วยวิธีการทางวิชาการ ไม่เป็นความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลหรือดูหมิ่นศาลหรือตุลาการ<sup>96</sup>

### (3) การลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล

เมื่อมีการละเมิดอำนาจศาล ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ โดยวิธีการดังต่อไปนี้ คือ การตักเตือน โดยจะมีคำตำหนิเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้ การไล่ออกจากบริเวณศาล และรวมไปถึงมีอำนาจสั่งลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งในการสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลนั้น กฎหมายกำหนดไว้ว่าศาลพึงต้องใช้อย่างระมัดระวัง และเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณีเท่านั้น และหากเป็นการสั่งลงโทษจำคุกหรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ต้องให้องค์คณะอื่นที่มีใช้องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณา และสั่งลงโทษ<sup>97</sup>

## 3. ความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหาร

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 กำหนดไว้ว่า ศาลทหารมีอำนาจพิจารณา พิพากษาวางบทลงโทษผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายทหาร หรือกฎหมายอื่นในทางอาญา ในคดีซึ่งผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารในขณะกระทำความผิด และมีอำนาจสั่งลงโทษ บุคคลใด ๆ ที่กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง<sup>98</sup>

<sup>95</sup> ดิเรกฤทธิ์ เจนครองธรรม. (2557). *หลักประกันความเป็นธรรม : ในการพิจารณาคดีละเมิดอำนาจศาล ของศาลปกครอง*. สืบค้น 20 มีนาคม 2558, จาก [http://www.admincourt.go.th/00\\_web/09\\_academi document/03\\_technical\\_papers/ Article-20150209.pdf](http://www.admincourt.go.th/00_web/09_academi document/03_technical_papers/ Article-20150209.pdf).

<sup>96</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 65.

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 64.

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 13.

นอกจากนี้ วิธีพิจารณาความอาญาทหารยังได้กำหนดให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎและข้อบังคับฝ่ายทหารก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้<sup>99</sup>

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ ได้บัญญัติในลักษณะให้ถือว่าการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นการกระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหาร และให้ศาลทหารมีอำนาจลงโทษผู้กระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลทหารได้ทั้งผู้ที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร และรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลทหารด้วย<sup>100</sup>

สำหรับความผิดฐานละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทที่ 3 ข้อ 3.3.4 ต่อไป

### 2.3.2 หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้พิพากษาและตุลาการ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีหลักประกันพื้นฐานที่สำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ ดังต่อไปนี้

#### 1) ความเป็นอิสระ

เป็นลักษณะของการที่ตุลาการมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดี สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ด้วยความสุจริตเที่ยงธรรม โดยไม่ถูกก้ำก่ายแทรกแซง หรืออยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายใด

ศาลรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายตุลาการ มีฐานะเป็นศาล เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งความเที่ยงธรรมและความสุจริต เนื่องจากมีอำนาจหน้าที่ด้านความยุติธรรมด้วยการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีรัฐธรรมนูญ ตลอดจนทั้งปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในบางประเทศ ศาลรัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นกลไกหนึ่งที่จะช่วยปฏิรูปการเมืองการปกครองและการบริหารของประเทศ การที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่ถูกก้ำก่ายหรือแทรกแซงจากฝ่ายใดจะมีส่วนสำคัญช่วยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีความมั่นคงและเป็นอิสระอย่างแท้จริงซึ่งถือว่าเป็นหัวใจของการบริหารงานบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>101</sup>

<sup>99</sup> พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 45.

<sup>100</sup> “ละเมิดอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ” ใน *รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 8 : เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม* (น. 147). เล่มเดิม.

<sup>101</sup> จาก *ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น* (น. 56), โดย วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, 2544, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

หลักการพื้นฐานสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ (United Nations' Basic Principles on the Independence of the Judiciary) ได้กำหนดเงื่อนไขพื้นฐานของความเป็นอิสระไว้ในหลักการแรกว่า “ความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการจะต้องได้รับการรับประกันโดยรัฐและถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐ ทุกรัฐบาลและหน่วยงานอื่น ๆ มีหน้าที่ที่จะต้องเคารพและรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการ”<sup>102</sup> นอกจากนี้ ข้อเสนอแนะเรื่องความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (Recommendation on the Independence of Judges) ของสภาแห่งยุโรป (Council of Europe) ยังระบุว่าไว้ว่า “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษาจะต้องได้รับการรับประกันโดยมีบทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น ๆ และว่า อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการควรจะถูกแยกให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระและมีให้มีการใช้ขั้นตอนที่จะทำให้ลายความเป็นอิสระของผู้พิพากษา”<sup>103</sup> และกฎบัตรสากลของผู้พิพากษา (Universal Charter of the Judge) ซึ่งเป็นเครื่องมือที่ได้รับการรับรองโดยผู้พิพากษาจากทุกภูมิภาคทั่วโลก ได้บัญญัติไว้ว่า “ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นเป็นสิ่งจำเป็นที่ขาดไม่ได้ของคดียุติธรรมที่ทรงความเที่ยงธรรมภายใต้กฎหมาย มันแยกขาดออกไปไม่ได้ ทุกสถาบันและทุกหน่วยที่มีอำนาจไม่ว่าจะเป็นในระดับชาติหรือในระดับนานาชาติจะต้องเคารพ ค้ำครอง และปกป้องความเป็นอิสระนั้น”<sup>104</sup>

ในทางวิชาการ การป้องกันมิให้ศาลรัฐธรรมนูญถูกก้าวก่ายหรือแทรกแซงจากฝ่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ สามารถกระทำดังนี้

(1) วิธีป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารเข้ามามีอำนาจเหนือศาลรัฐธรรมนูญ

1) การแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตหรืออยู่ในวาระได้ยาวนาน เช่น 9 ปี หรือจนกระทั่งอายุครบ 65 - 70 ปีบริบูรณ์ เป็นต้น เว้นแต่ตุลาการจะลาออกหรือหย่อนความสามารถเอง เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายบริหาร เช่น นายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้บ่อยครั้ง หรือให้อำนาจถอดถอนตุลาการได้ง่ายแล้ว ความมั่นคงในอาชีพและความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญก็ยังมีน้อยลง และถ้าเรื่องใดเกี่ยวข้องและส่งผลกระทบต่อนโยบายของฝ่ายบริหาร

<sup>102</sup> หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา หมายเหตุและอัยการ: แนวทางสำหรับนักปฏิบัติ ลำดับที่ 1 (น. 23 - 24). เล่มเดิม.

<sup>103</sup> แหล่งเดิม.

<sup>104</sup> แหล่งเดิม.

ฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจแต่งตั้งหรือใช้อิทธิพลบีบบังคับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้พิจารณาวินิจฉัยคดีไปตามทางที่ฝ่ายบริหารต้องการได้<sup>105</sup>

2) ฝ่ายบริหารจะต้องไม่มีอำนาจโยกย้ายตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้รับความยินยอมหรือไม่สมควรใจ การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจโยกย้ายตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากจะทำให้ตุลาการขาดความสะดักหรืออยู่ห่างจากครอบครัวแล้ว ยังทำให้ตุลาการที่กลัวการโยกย้ายเกิดความเกรงกลัวและต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายบริหาร อันอาจส่งผลต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ<sup>106</sup>

3) ฝ่ายบริหารต้องไม่มีอำนาจขึ้นเงินเดือนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เงินเดือนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญควรกำหนดไว้ตายตัวตามตำแหน่ง อีกทั้งเงินเดือนของประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรแตกต่างกันมาก การให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจขึ้นเงินเดือนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือให้อำนาจในการเลื่อนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งดังกล่าวได้รับเงินเดือนแตกต่างกันมาก เช่นนี้ เป็นลักษณะหนึ่งของการให้ทุนหรืออุปนันทน์จางวัลต่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ก็เท่ากับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั่นเอง<sup>107</sup>

4) ฝ่ายบริหารต้องไม่มีอำนาจให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์แก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ควรได้รับเครื่องราชอิสริยาภรณ์เหมือนข้าราชการของฝ่ายบริหาร เพราะการให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับการให้ทุนหรืออุปนันทน์จางวัล อาจเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่ฝ่ายบริหารนำไปใช้เพื่อให้ตุลาการปฏิบัติตามความประสงค์ได้ ที่จริงตุลาการไม่ควรมีเครื่องแบบ<sup>108</sup> หรือถ้าจำเป็นต้องมีการให้เครื่องราชอิสริยาภรณ์ควรให้คณะกรรมการตุลาการหรือคณะกรรมการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจพิจารณา

<sup>105</sup> ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคล กับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น (น. 57). เล่มเดิม.

<sup>106</sup> แหล่งเดิม.

<sup>107</sup> แหล่งเดิม.

<sup>108</sup> จาก คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป (น. 74), โดย หยุด แสงอุทัย, 2526, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์.



(2) วิธีป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีอำนาจเหนือศาลรัฐธรรมนูญ

1) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายต้องให้หลักประกันความเป็นอิสระแก่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้าไปแทรกแซงการพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ เช่น กำหนดระยะเวลาอยู่ในตำแหน่งที่ยาวนานและชัดเจน การไม่ถูกถอดถอนหรือโยกย้ายได้ง่าย และการกำหนดอัตราเงินเดือนที่แน่นอน เป็นต้น<sup>109</sup>

2) รัฐธรรมนูญต้องไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเฉพาะกรณีไว้ เพราะอาจทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่พอใจคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญออกกฎหมายเฉพาะสำหรับกรณีนั้นและเข้าไปในทิศทางที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์

3) รัฐธรรมนูญต้องไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นการวินิจฉัยคดีได้ การวินิจฉัยคดีเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมายที่มีลักษณะเป็นคำวินิจฉัยคดีได้ก็เท่ากับว่าไปก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>110</sup>

4) ฝ่ายนิติบัญญัติจะตั้งคณะกรรมการไปสอบสวนกิจการอันเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้ รัฐธรรมนูญของบางประเทศบัญญัติห้ามไว้โดยตรง หรืออาจบัญญัติว่าคณะกรรมการของสภาอาจไปไต่สวนคดีที่ยังไม่ถึงที่สุดไม่ได้ แต่อาจเปิดโอกาสเฉพาะกรณีพิเศษได้ เช่น ให้รัฐสภา หรือวุฒิสภาทำหน้าที่สอบสวนศาลรัฐธรรมนูญตามกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงซึ่งรวมทั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (impeachment) ที่รัดกุมได้

5) ฝ่ายนิติบัญญัติต้องไม่มีอำนาจหน้าที่เป็นศาลยุติธรรม เช่น ไม่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายนิติบัญญัติฟ้องร้องรัฐมนตรีต่อสภานิติบัญญัติได้ เพราะเป็นการเข้าไปก้าวล่วงกิจการของศาลยุติธรรม

6) รัฐธรรมนูญต้องไม่มีบทบัญญัติให้สภานิติบัญญัติออกกฎหมายให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นนอกจากศาล เช่น ออกกฎหมายให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการของฝ่ายบริหาร หรือของรัฐสภา เป็นต้น<sup>111</sup>

(3) วิธีป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการเข้ามามีอำนาจเหนือศาลรัฐธรรมนูญ

แม้ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นศาลและเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายตุลาการแต่ถ้าศาลรัฐธรรมนูญถูกฝ่ายตุลาการแทรกแซงก็จะทำให้ขาดความเป็นอิสระได้ ตัวอย่างการถูกแทรกแซง เช่น การที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายตุลาการ ตลอดจนการบริหารงานบุคคลของศาล

<sup>109</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 63 - 64). เล่มเดิม.

<sup>110</sup> แหล่งเดิม.

<sup>111</sup> แหล่งเดิม.

รัฐธรรมนูญอยู่ในสังกัดของกระทรวงยุติธรรม หรือแม้กระทั่งให้ศาลยุติธรรมเป็นอำนาจพิจารณา วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ หนทางหนึ่งที่จะกระทำได้ คือ ควรจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กร อิสระจากศาลยุติธรรม พร้อมกับแยกฝ่ายตุลาการหรือสำนักงานศาลยุติธรรม ตลอดจนการบริหารงานบุคคลของศาลรัฐธรรมนูญออกจากกระทรวงยุติธรรม<sup>112</sup>

#### (4) วิธีป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ

1) ศาลยุติธรรมต้องไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะเพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ วิธีนี้เป็นที่ถกเถียงกันมาก ในสหรัฐอเมริกาซึ่งรัฐธรรมนูญใช้หลักแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดมากกว่ารัฐธรรมนูญของประเทศอื่น ๆ ศาลยุติธรรมสูงสุดหรือที่เรียกว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกามีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะเพราะขัดรัฐธรรมนูญ ส่วนไทยในสมัยที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2475 ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่าศาลมีอำนาจที่จะชี้ขาดว่ากฎหมายใดเป็นโมฆะ และได้ชี้ขาดว่าพระราชบัญญัติอาชญากรรมสงครามเท่าที่บัญญัติให้มีผลย้อนหลังนั้นเป็นโมฆะ เพราะมีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ แต่ปัจจุบันศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจดังกล่าวสำหรับฝรั่งเศส ศาลยุติธรรมไม่เคยวินิจฉัยว่ากฎหมายเป็นโมฆะเพราะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากฝรั่งเศสยอมรับอำนาจของรัฐสภา ในส่วนของอังกฤษ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจวินิจฉัยได้ว่ากฎหมายเป็นโมฆะเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากอังกฤษยึดถือหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (the Supremacy of Parliament)<sup>113</sup>

2) ต้องจัดให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยว่ากฎหมายใดเป็นโมฆะเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ถ้าให้ศาลยุติธรรมวินิจฉัยก็เท่ากับให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ ถ้าจะให้ฝ่ายนิติบัญญัติวินิจฉัยเองก็อาจวินิจฉัยเข้าข้างตนเอง ดังนั้น วิธีที่เหมาะสม คือ ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่วินิจฉัย

#### (5) วิธีป้องกันมิให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปเกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหาร

1) จัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม นอกจากจะเป็นวิธีป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการแล้ว ในเวลาเดียวกันยังเป็นการป้องกัน ฝ่ายตุลาการมิให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารด้วย การให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา คดีปกครองด้วยก็เท่ากับให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมการกระทำในทางปกครองของฝ่ายบริหาร เพราะฉะนั้น จึงควรจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นพิเศษเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีปกครองแยกตาม

<sup>112</sup> ศาลรัฐธรรมนูญไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคล กับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น (น. 59). เล่มเดิม.

<sup>113</sup> แหล่งเดิม.

กฎหมายมหาชน โดยแยกออกจากศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาตามกฎหมายเอกชน

2) จัดตั้งศาลพิเศษเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดเขตอำนาจของศาลทั้งหลาย เช่น ชี้ขาดว่าคดีใดขึ้นกับศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง การให้แต่ละศาลวินิจฉัยกันเองก็จะทำให้วินิจฉัยเอนเอียงไปได้ว่าอยู่ในเขตอำนาจของตน รัฐธรรมนูญควรบัญญัติให้ศาลทั้งหลายต้องรอการพิจารณาไว้เมื่อคู่กรณีโต้แย้งว่าคดีของตนเองมีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ แล้วส่งไปให้ศาลพิเศษดังกล่าววินิจฉัย เมื่อศาลพิเศษวินิจฉัยชี้ขาดแล้วว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจหรือเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลใด ก็ให้ศาลนั้นมีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีต่อไป ศาลพิเศษนี้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของกฎหมายลูกของศาลทั่วไป เช่น ศาลยุติธรรมศาลปกครอง ศาลภาษีอากร ศาลแรงงาน หรือศาลทหาร แต่ยกเว้นศาลรัฐธรรมนูญเพราะศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาลทั่วไป แต่เป็นศาลพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ<sup>114</sup>

## 2) ความมั่นคงในตำแหน่ง

ความมั่นคงในตำแหน่งนี้ พิจารณาได้จากวาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง โดยทั่วไปตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะอยู่ในตำแหน่งได้นานพอสมควร เช่น ในสหรัฐอเมริกา ตุลาการศาลสูงสุดของประเทศซึ่งทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของประเทศด้วยนั้น สามารถดำรงตำแหน่งได้ครบเท่าที่มีความประพฤติดี ซึ่งอาจหมายถึงการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตหรือจนกระทั่งตุลาการนั้นเลือกที่จะลาออก แม้จะมีข้อดีที่ช่วยเป็นหลักประกันความเป็นอิสระ แต่มีข้อเสียถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีอายุมากเกินไปอาจไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ สหรัฐอเมริกาจึงหาทางออกด้วยการเปิดโอกาสให้ตุลาการศาลสูงสุดของประเทศที่มีอายุเกิน 70 ปี สามารถลาออกจากตำแหน่งได้ ในบางประเทศได้กำหนดเวลาของการดำรงตำแหน่งอย่างชัดเจน เช่น เยอรมนีและสเปน กำหนดไว้ 12 ปี ขณะที่ฝรั่งเศส อิตาลี และสเปน กำหนดไว้ 9 ปี และโปรตุเกสกำหนดไว้ 6 ปี ถ้ากำหนดระยะเวลาไว้ที่ 9 ปี หรือ 12 ปี ก็จะห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งติดต่อกันอีกสมัยหนึ่ง แต่ถ้ากำหนดไว้ 6 ปี อาจดำรงตำแหน่งต่อได้อีก นอกจากนี้บางประเทศอาจกำหนดอายุขั้นสูงของผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไว้ด้วย เช่น เยอรมนี กำหนดไว้ที่ 68 ปี ออสเตรีย 70 ปี หรือบางประเทศกำหนดอายุขั้นต่ำไว้ เช่น ออสเตรีย แต่บางประเทศก็ไม่กำหนดอายุไว้ เช่น ฝรั่งเศส และอิตาลี<sup>115</sup>

<sup>114</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 66). เล่มเดิม.

<sup>115</sup> แหล่งเดิม.

สำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งที่ยาวนาน คือ 9 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว<sup>116</sup> และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็กำหนดไว้ในทำนองเดียวกัน<sup>117</sup> ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้มีส่วนสำคัญทำให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระและมั่นคงในตำแหน่ง โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคณะบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้ง

### 3) ค่าตอบแทน

ค่าตอบแทน หมายถึง เงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง รวมตลอดทั้งหลักประกันเพิ่มเติมหรือผลตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ได้รับค่าตอบแทนที่ไม่ลดลงในช่วงที่ดำรงตำแหน่งติดต่อกัน หรือเมื่อได้รับเงินเดือนเพิ่มแล้วจะไม่ถูกลดเงินเดือน เมื่อดำรงตำแหน่งนั้นต่อไปอีก ดังเช่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้ตุลาการศาลสูงสุดทั้งหมดได้รับค่าตอบแทนจำนวนหนึ่งเป็นประจำตามกำหนดเวลา และค่าตอบแทนดังกล่าวจะถูกลดจำนวนลงมิได้ตลอดระยะเวลาดำรงตำแหน่ง เป็นต้น<sup>118</sup>

### 4) เสรีภาพในการเข้าร่วมสมาคมและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

หลักการข้อ 8 ของหลักการพื้นฐานแห่งสหประชาชาติฯ บัญญัติว่า “โดยสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สมาชิกของตุลาการนั้นเป็นเสมือนพลเมืองคนอื่น ๆ ที่มีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในความเชื่อ ในการสมาคม และในการรวมตัว โดยที่ในการมีเสรีภาพเหล่านั้น ผู้พิพากษาจะต้องปฏิบัติตามแบบที่รักษาศักดิ์ศรีของที่ทำงานของตน ความเที่ยงธรรม และความเป็นอิสระของตุลาการเอาไว้เสมอ”

บทบัญญัตินี้ตอกย้ำถึงความสำคัญของเสรีภาพเหล่านี้ ในการเป็นเครื่องมือของผู้พิพากษาเพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของตนเอง ดังที่หลักการได้กล่าวไว้ เสรีภาพเหล่านี้เป็นเสรีภาพที่พลเมืองทุกคนมีเช่นกัน และเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศหลัก ๆ ทั้งหมด อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้พิพากษาเป็นผู้มีบทบาทหลักในการประกันสิทธิมนุษยชนและหลักนิติธรรม เสรีภาพเหล่านี้จึงมีความสำคัญเพิ่มขึ้น

<sup>116</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 259.

<sup>117</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 208.

<sup>118</sup> การวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (น. 67). เล่มเดิม.

โดยเฉพาะเสรีภาพในการเข้าร่วมสมาคมและเสรีภาพในการแสดงออก ซึ่งเป็นสิ่งที่พื้นฐานสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา<sup>119</sup>

#### (1) เสรีภาพในการเข้าร่วมสมาคม

การเข้าร่วมสมาคมของผู้พิพากษามีบทบาทสำคัญในการประกันความเป็นอิสระของตุลาการและหลักนิติธรรมว่าจะได้รับความเคารพ การสมาคมเหล่านี้นำผู้พิพากษามารวมกันทำให้พวกเขาสามารถจัดการตัวเองเพื่อปกป้องความเป็นอิสระของตนและของวิชาชีพตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

กฎบัตรยุโรปว่าด้วยธรรมเนียมสำหรับผู้พิพากษารับรองบทบาทพื้นฐานของการสมาคมของผู้พิพากษาไว้ว่า “องค์กรทางวิชาชีพที่สร้างขึ้นโดยผู้พิพากษา และที่ผู้พิพากษาทุกคนสามารถเข้าร่วมได้อย่างอิสระ มีคุณูปการอย่างสำคัญต่อการปกป้องสิทธิที่พวกเขาได้รับตามกฎหมายของตน โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่และหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจเกี่ยวกับพวกเขา” นอกจากนี้ สภาแห่งยุโรปได้รับรองเสรีภาพในการสมาคมของผู้พิพากษาไว้ในข้อเสนอแนะหมายเลข R (94) 12 ที่ระบุไว้ว่า “ผู้พิพากษาควรมีเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมซึ่งกระทำด้วยตัวเองหรือโดยร่วมกับองค์กรอื่น มีภารกิจในการปกป้องความเป็นอิสระของตนและคุ้มครองผลประโยชน์ของพวกเขา”<sup>120</sup>

#### (2) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นก็สำคัญต่อบทบาทของผู้พิพากษาเช่นกัน ในฐานะที่เป็นผู้ค้าประกันหลักนิติธรรม และเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนทางกฎหมาย ผู้พิพากษาจะต้องมีส่วนร่วมในการถกเถียงเพื่อการปฏิรูปและประเด็นทางกฎหมายอื่น ๆ นอกเหนือจากการได้รับการบัญญัติรับรองโดยทั่วไปในอนุสัญญาหลัก ๆ ด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับแล้ว สิทธิในเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นนั้น ถูกบัญญัติอยู่ในกฎหมายเฉพาะจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระของตุลาการ ที่เด่นชัดที่สุด คือ ในหลักการข้อ 8 ของหลักการพื้นฐานแห่งสหประชาชาติฯ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น<sup>121</sup>

<sup>119</sup> หลักการสากลว่าด้วยความเป็นอิสระและความรับผิดชอบต่อสังคมของผู้พิพากษา หมายเหตุและอัยการ: แนวทางสำหรับนักปฏิบัติ ลำดับที่ 1 (น. 45 - 47). เล่มเดิม.

<sup>120</sup> แหล่งเดิม.

<sup>121</sup> แหล่งเดิม.

อย่างไรก็ตาม สิทธินี้ไม่ได้มีอยู่อย่างไม่มีขอบเขตจำกัด แต่ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดบางประการที่แฝงอยู่ในหน้าที่ทางตุลาการ ในกรณีของผู้พิพากษา การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นอย่างไม่มีจำกัด อาจบั่นทอนความเป็นอิสระ หรือความมีคามเที่ยงธรรมของผู้พิพากษาได้ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้พิพากษาเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับคดีใดคดีหนึ่งให้แก่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือสื่อมวลชน ดังนั้น ผู้พิพากษาจะต้องละเว้นจากการรอนสิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีที่เป็นธรรม รวมถึงหลักการเรื่องการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ โดยเฉพาะในคดีที่กำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาคดี<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> แหล่งเดิม.