

บทที่ 2

ทฤษฎี หลักพื้นฐาน และสาระสำคัญของเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วย หลักการที่สำคัญสองประการ คือ ประการแรก เป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองของรัฐและวางระเบียบการดำเนินการปกครอง โดยกำหนดให้มีสถาบันทางการเมืองหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ พร้อมทั้งระบุอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจหน้าที่ระหว่างสถาบันทางการเมืองหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นว่ามีหน้าที่ใดและใช้อำนาจอย่างไร และประการที่สอง กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน สำหรับรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยได้มีการกำหนดหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไว้ เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองใช้อำนาจกระทำการอันเป็นการลดทอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญจึงกำหนดไว้ให้สอดคล้องกับกำหนดให้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ เพื่อมีผลผูกพันกับองค์กรหรือสถาบันการเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการดำเนินการใด ๆ ขององค์กรหรือสถาบันทางการเมืองอาจเกิดการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญได้ การดำรงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ได้ต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรหรือสถาบันทางการเมืองนั้นให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และการยืนยันได้ว่าศักดิ์แห่งกฎหมายหรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญมีจริงหรือไม่ จึงต้องดำเนินการตรวจสอบค่า (valeurs) แห่งกฎเกณฑ์ทั้งหลาย³

ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่สำคัญที่มีการจัดรูปแบบไว้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับแนวความคิดทฤษฎีทางกฎหมายและแนวความคิดในการจัดองค์กรทางการเมืองเป็นผู้วินิจฉัย เช่น ตุลาการรัฐธรรมนูญ (le Conseil constitutionnel) การให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย และการให้ศาลพิเศษหรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย⁴

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2527). “ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญและทฤษฎีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ.” *วารสารนิติศาสตร์*. หน้า 8.

⁴ ฤทัย หงส์ศิริ. (2542). “ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิรูปการเมืองไทย.” *เอกสารประกอบการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า*. หน้า 2.

2.1 หลักทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ

ในประเทศที่มีระบบรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรและสถาปนาให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดย่อมต้องมีหลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่งให้ใช้อำนาจภายในกรอบของรัฐธรรมนูญ และเพื่อประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ นอกจากกลไกในรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจรัฐจะต้องยอมรับความมีอยู่ของลำดับชั้นของกฎหมายที่รัฐธรรมนูญมีค่าบังคับสูงสุด คือ รัฐธรรมนูญต้องมีกระบวนการในการแก้ไขเป็นพิเศษแตกต่างจากการบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายธรรมดาขององค์กรนิติบัญญัติ รัฐธรรมนูญต้องมีการสร้างองค์กรที่เป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อาจเป็นองค์กรในทางการเมืองหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ อาจเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลเฉพาะขึ้นอยู่กับเงื่อนไขทางการเมือง สังคม และกฎหมายของรัฐนั้น ๆ โดยเฉพาะศาลที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะเจาะจงที่เรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญ” จึงอาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นการสร้างความชอบธรรมให้แก่อำนาจรัฐด้วยการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ การกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ชอบธรรมในสายตาประชาชน หรือการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ส่งผลโดยตรงให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญ

สำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับการเคารพและมีผลในทางปฏิบัติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรหนึ่งที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ และปัจจุบันทำหน้าที่เป็นกลไกสำคัญในการปฏิรูปการเมือง โดยมีบทบาทและภารกิจสำคัญในการควบคุมไม่ให้กฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในฐานะผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญพร้อมกับการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้บทบาทนิติในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม ตลอดจนพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ

ตามหลักการที่สำคัญของกฎหมายมหาชนภายใต้ระบบ “นิติรัฐ” ที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” และจากหลักการยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญส่งผลโดยตรงให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญในการแสดงออกซึ่งอำนาจรัฐ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกรอบการใช้อำนาจรัฐและมาตรการสำหรับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐได้รับการเคารพและมีผล

ในทางปฏิบัติ จึงจำเป็นต้องมีองค์กรของรัฐขึ้นมาคุ้มครองรัฐธรรมนูญไม่ให้ถูกล่วงละเมิดเนื่องจาก รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดกรอบกติกาทางการเมือง⁵

โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลักในการตรวจสอบถ่วงดุลไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจเกินขอบเขต ศาลรัฐธรรมนูญจึงเกิดขึ้นพร้อมกับการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ รวมทั้งรักษาดุลยภาพระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่เป็นสหพันธรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทไม่ให้มีการล่วงล้ำเข้าไปในอำนาจหน้าที่ระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐหรือมลรัฐด้วยกันเอง สำหรับประเทศที่เป็นรัฐเดี่ยว ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการยุติความขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง ไม่ให้อำนาจหนึ่งล่วงล้ำเข้าไปในอีกอำนาจหนึ่ง เช่น ระหว่างองค์กรนิติบัญญัติกับองค์กรบริหาร นอกจากนั้นยังมีอำนาจอื่น ๆ ซึ่งเป็นอำนาจรองซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญในสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานาธิบดี รวมถึงควบคุมดูแลการลงประชามติ ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียจะทำหน้าที่ชี้ขาดความขัดแย้งในการเลือกตั้ง สำหรับศาลยุติธรรมของประเทศโปรตุเกสจะทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในการเลือกตั้ง และศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดสูงสุด การทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และควบคุมองค์กรอื่น ๆ ของรัฐ รวมตลอดถึงพรรคการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือการให้คำปรึกษาแก่ประธานาธิบดีในการใช้อำนาจหน้าที่พิเศษกรณีประเทศตกอยู่ในอันตราย⁶ เป็นต้น

2.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นส่วนสำคัญที่สุดของหลักนิติรัฐ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่สูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐนั้น และหากกฎหมายที่อยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหมายดังกล่าวย่อมไม่มีผลบังคับใช้ ดังนั้น บุคคลในรัฐนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายอันนำไปสู่หลักทฤษฎีต่าง ๆ เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักรัฐธรรมนูญนิยม และหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นต้น นอกจากนี้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งกฎหมายใดจะมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ ถูกบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกโดยรัฐธรรมนูญของประเทศ

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2541). “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ.” *หนังสือรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์อาจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์*. หน้า 190-192.

⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2536). *ตุลาการรัฐธรรมนูญ*. หน้า 8-9.

สหรัฐอเมริกา และแนวความคิดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น มีทฤษฎีที่กล่าวถึงอยู่หลายทฤษฎีด้วยกัน กล่าวคือ

1. ทฤษฎีความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ (The Supremacy of Constitution) โดยอำนาจสูงสุดของกฎหมายเป็นลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำให้รัฐธรรมนูญแตกต่างหรือมีฐานะสูงกว่ากฎหมายธรรมดา ดังนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา การพิจารณาแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญต้องมีกระบวนการที่พิเศษและยากกว่ากฎหมายธรรมดา เช่น ต้องเสนอเป็นญัตติแก้ไขเพิ่มเติม โดยญัตตินั้นต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอญัตติดังกล่าวได้เมื่อพรรคการเมืองที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นสังกัดมีมติให้เสนอได้

(2) กำหนดความผิดร้ายแรงสำหรับการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ โดยกำลังบังคับหรือด้วยการกระทำใด ๆ ด้วยการกำหนดเช่นนี้เป็นสิ่งที่ทำให้บุคคลที่คิดละเมิด หรือล้มล้างต่อรัฐธรรมนูญ มีความเกรงกลัวต่อโทษที่หนัก และไม่กล้าที่จะกระทำ ลักษณะดังกล่าวเช่นนี้เป็น การแสดงความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญที่จะถูกละเมิดไม่ได้

(3) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมจะใช้บังคับไม่ได้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะอยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เนื่องจากบัญญัติขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้บัญญัติกฎหมายและเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจอธิปไตยตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ระบบการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ จึงเป็นเครื่องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความหมายของความสูงสุดแห่งรัฐธรรมนูญ

2. ทฤษฎีการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ จึงมีการควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดรัฐธรรมนูญเพื่อวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้

(1) เพื่อไม่ให้ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายที่ใช้อำนาจเกินขอบเขตด้วยการบัญญัติกฎหมายที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(2) เพื่อรักษาคุณภาพแห่งการปฏิบัติหน้าที่ของแต่ละองค์กร อันเป็นกระบวนการแห่งอำนาจทางการเมืองตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย

(3) เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุด (Supremacy of the Law) ไว้ เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่มีข้อความหรือเจตนารมณ์ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

1) พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย โดยแบ่งพัฒนาการในการค้นหารากฐานในทางประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญออกได้เป็นดังนี้⁷

1. แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายพื้นฐาน (Nurrecht und leges fundamentals)

แนวความคิดของกฎหมายธรรมชาติของภาคพื้นยุโรปถือว่าเป็นรากฐานที่สำคัญ โดยเฉพาะแนวความคิดเกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมาย Thomas Aquinas นักปรัชญาปลายยุคกลาง ได้จำแนกออกเป็น 3 ชนิด⁸ คือ กฎธรรมชาติ กฎสวรรค์ และกฎที่มนุษย์สร้างขึ้น ซึ่งเรียกว่า “mensura mensurata” ซึ่งหากขัดแย้งกับกฎธรรมชาติ กฎของมนุษย์ย่อมไม่อาจมีผลบังคับเป็นกฎหมายได้ หรือกล่าวได้ว่ากฎหมายธรรมชาติถือเป็นปทัสถานเหนือกว่า (norma superior) ซึ่งผูกพันต่อกฎหมายที่ออกโดยผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย การจัดลำดับชั้นของกฎหมายดังกล่าวในยุคกลางทำให้เกิดความชัดเจนในเรื่องของลำดับชั้นกฎหมายและความหมายของลำดับชั้นของกฎหมาย และได้มีอิทธิพลต่อนักกฎหมายยุคใหม่ เช่น Grotius , Christain Wolff และ Emer de Vattel เป็นต้น

แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติดีมีบทบาทสำคัญในช่วงของพัฒนาการยุคใหม่ ทั้งในทางรูปแบบ (Formal) ซึ่งถือว่าเป็นพื้นฐานของแนวคิดลำดับชั้นของกฎหมาย ส่วนในทางเนื้อหา (Inhaltlich) ของกฎหมายธรรมชาตินั้น มีกฎเกณฑ์ที่สำคัญโดยยอมรับสิทธิที่ติดตัวมนุษย์อันเป็นสิทธิที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับปัจเจกบุคคลด้วยกันและกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และแนวคิดดังกล่าวอาจได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายพื้นฐาน (Leges fundamentals) หรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional laws) ซึ่งเป็นกฎหมายบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่า และเป็นกรนำแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติมาบัญญัติรับรองเป็นกฎหมายบ้านเมือง โดยที่แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติได้มีบทบาทในทางทฤษฎีการเมืองและในทางปฏิบัติทางกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป

⁷ สุรพล นิติไกรพจน์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ วรจนต์ ภาศิริรัตน์ บรรณเจด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร. (2546). *ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 22-26.

⁸ จำนง ทองประเสริฐ. (2534). *ปรัชญาตะวันตกสมัยกลาง* (พิมพ์ครั้งที่ 5). หน้า 257.

2. แนวความคิดของ John Locke , Rousseau และ Siéyès เกี่ยวกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคมที่ให้สมาชิกในสังคมตกลงและยอมรับในหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนุญ เพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้ถูกใช้ตามอำเภอใจและหากมีการละเมิดต้องมีกระบวนการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ดังมีรายละเอียดดังนี้

(1) จอห์น ล็อก (John Locke)

จอห์น ล็อก เห็นว่า มนุษย์และสังคมแยกจากกันไม่ได้ เพราะสังคมประกอบขึ้นจากมนุษย์ และมีวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อความสงบสุขและความผาสุกของมนุษย์ซึ่งเป็นสมาชิกของสังคม แต่หากมีการละเมิดกฎธรรมชาติ (Loi de nature) ซึ่งไม่มีสภาพบังคับ โดยอาจเกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมกัน การเอารัดเอาเปรียบ เกิดความไม่สงบ มนุษย์จึงมีเจตนาที่จะเข้าร่วมสังคมและเจตนาที่ตรงกันของมนุษย์ทุกคนที่ต้องการความมั่นคงปลอดภัย จึงทำให้เกิดสัญญาสังคมขึ้น และเมื่อมีการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น มนุษย์แต่ละคนย่อมยินดีสละสิทธิตามธรรมชาติที่จะบังคับตนเองโดยโอนสิทธิในการบังคับให้สังคม ดังนั้น สัญญาประชาคมหรือสัญญาสังคมจึงเกิดขึ้นจากการตกลงของมนุษย์ผู้มีอิสระ และมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองทรัพย์สินและความผาสุกของมนุษย์ อย่างไรก็ตาม มนุษย์ไม่ได้สละเสรีภาพทั้งหมดให้สังคม สละเพียงเฉพาะเสรีภาพบางส่วนเท่านั้น นอกจากนี้ จอห์น ล็อก ยังยืนยันว่า เสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง และต้องสร้างสถาบันการเมืองขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ⁹

(2) รูสโซ (Jean Jacques Rousseau)

รูสโซ เห็นว่า การที่มนุษย์ยินยอมมารวมเป็นสังคมนั้นก่อให้เกิดสัญญาประชาคมขึ้น ซึ่งเป็นสัญญาที่สมาชิกในสังคมแต่ละคนทำสัญญากับคนอื่น ๆ ทุกคนว่า “เราทุกคนจะยอมมอบร่างกายและอำนาจทุกอย่างที่มีอยู่ร่วมกันภายใต้อำนาจสูงสุดของเจตน์จำนงร่วมกันของสังคม และเราก็จะได้รับส่วนในฐานะที่เป็นสมาชิกที่แยกจากกันไม่ได้ของส่วนรวม ผู้เข้าร่วมแต่ละคนรวมกับทุกคนไม่ใช่กับใครคนใดคนหนึ่ง โดยผู้นั้นไม่ต้องเชื่อฟังใครนอกจากตัวเอง และยังคงมีเสรีภาพเหมือนเมื่อก่อน” รัฐชาติปิตัยจึงได้แก่ เจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนทั้งหมด (volonté générale) อันเป็นเจตนารมณ์ของสังคม ไม่ใช่ของปัจเจกชนแต่ละคน ซึ่งเป็นสิ่งที่ละเมิดลบล้าง โอน แบ่งแยกไม่ได้ และสิ้นสูญเสื่อมคลาย และรูสโซ เห็นว่า ต้องแยกเจตนารมณ์ร่วมกันออกจากเจตนารมณ์เอกฉันท์ (volonté unanime) เพราะเป็นไปได้ที่ทุกคนจะมีความเห็นตรงกันทั้งหมด ควรต้องให้ความสำคัญกับทุกเสียง เพียงแต่เสียงข้างมากย่อมแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันอย่างแท้จริง ดังนั้น แม้ว่าเจตนารมณ์ร่วมกันจะเป็นเจตนารมณ์สูงสุด แต่ก็อาจแตกต่าง

⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2537). *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*. หน้า 46-47.

จากประโยชน์ส่วนบุคคลของสมาชิกแต่ละคนได้¹⁰ โดยรูสโซได้นำแนวความคิดสัญญาประชาคม มาสร้างทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (la souveraineté populaire) กล่าวคือ¹¹

(2.1) ราษฎรแต่ละคนมีสิทธิที่จะเลือกผู้ปกครอง เพื่อเป็นการแสดงออกซึ่งส่วน แห่งอำนาจอธิปไตยของตน โดยนำมาซึ่งหลักการเลือกตั้งอย่างทั่วทั้งประเทศ (universal suffrage)

(2.2) การมอบอำนาจของราษฎรให้ผู้แทนนั้นเป็นการมอบอำนาจในลักษณะที่เป็น ผู้แทนต้องอยู่ภายใต้อำนาจติของราษฎรผู้เลือกตั้ง (mandate impératif)

(3) ซีเอเยส์ (Sieyès)

ซีเอเยส์เห็นว่า รัฐบาลมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และความ เสมอภาคปราศจากอภิสิทธิ์เท่านั้นที่เป็นรากฐานของสังคมที่ดี และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ที่เป็นสิทธิมนุษยชนที่รัฐต้องคุ้มครอง มีเสรีภาพ กรรมสิทธิ์ และความมั่นคง ซีเอเยส์มีความเชื่อว่าการคุ้มครองเสรีภาพที่ดีนั้น มีขึ้นได้ในระบบที่อำนาจอถูกทำให้อ่อนตัวลง และแบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตย¹² ซีเอเยส์ได้เสนอทฤษฎีกฎหมายมหาชนใหม่ คือ ประการแรก การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (le pouvoir constituant) ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่เป็นของประเทศชาติ (nation) ที่มอบให้ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กร เพื่อปกครองประเทศ อำนาจนี้สูงสุดไม่มีข้อจำกัด หรือข้อผูกมัดโดยกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่มีอยู่ก่อน ซึ่งแตกต่างจากอำนาจประการที่สอง อำนาจขององค์กรที่ได้รับมาจากการก่อตั้ง (pouvoir constitué) ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจขององค์กรที่รัฐธรรมนูญตั้งขึ้น โดยเป็นอำนาจที่ถูกจำกัดและกำหนดขอบเขต โดยรัฐธรรมนูญซึ่งองค์กรนั้น ๆ ตั้งขึ้น ทั้งนี้ ในทัศนะของซีเอเยส์ กฎหมายจึงมีศักดิ์ (hiérarchie) โดยกฎหมายสูงสุดก็คือกฎหมายธรรมชาติจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ รองลงมา คือ รัฐธรรมนูญซึ่งชาติ เป็นผู้ร่างและแก้ไขโดยใช้อำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (le pouvoir constituant) รองลงมาอีก คือ กฎหมายธรรมดาที่ผู้แทนราษฎรของชาติตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมา จากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constitué)¹³

การที่ซีเอเยส์เสนอทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เพราะชาติเป็นสภาพความเป็นจริงที่อยู่เหนือราษฎรซึ่งมีชีวิตอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ๆ เท่านั้น ชาติเป็นนิติบุคคลที่มีชีวิตจิตใจ ดำรงอยู่คงทนกว่าราษฎรในแต่ละยุคสมัย เป็นความต่อเนื่องของราษฎรในสังคมนั้น ๆ ซึ่งผลของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ ทำให้อำนาจการเลือกตั้งเป็นสิ่งที่ชาติมอบให้แก่

¹⁰ แหล่งเดิม.

¹¹ โกลิน พลกุล. (2529). ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องจากรัฐธรรมนูญไทย (พิมพ์ครั้งที่ 1). หน้า 11-12.

¹² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เล่มเดิม. หน้า 53.

¹³ แหล่งเดิม. หน้า 46-47.

ราษฎรในฐานะองค์กรที่มีหน้าที่เลือกผู้แทนของชาติ จึงไม่จำเป็นต้องเป็นการเลือกตั้งแบบทั่วถึง ผู้แทนจึงไม่ได้เป็นผู้แทนเฉพาะเขตเลือกตั้งของตนเท่านั้น แต่เป็นผู้แทนของชาติ¹⁴

นอกจากนี้ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในยุคแรกเริ่มในสมัยกรีกโรมันจะให้ความสำคัญกับกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่ควบคุมความประพฤติของผู้ปกครอง อันจะนำมาซึ่งผู้ปกครองที่ดี โดยมีเพลโต (Plato) นักปรัชญาชาวกรีกเป็นเจ้าของแนวคิดดังกล่าว และได้รับการพัฒนาอีกครั้งในสมัยโรมัน คือ ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งมีแนวคิดว่าการกฎหมายคือสัญญาาร่วมกันของประชาชนและได้กลายเป็นส่วนประกอบสำคัญที่สุดของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในตะวันตกในเวลาต่อมา และต่อมาอริสโตเติล (Aristotal) นักปรัชญาชาวกรีกก็ได้เน้นแนวคิดในการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญอันเป็นเครื่องมือของรัฐในการวางกลไกในการปกครองประเทศตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม ซึ่งเห็นได้จากกรณีที่ผู้ปกครองกระทำผิดจารีตประเพณี จึงถูกจำกัดอำนาจผู้ปกครอง เช่น ประเทศอังกฤษในต้นคริสต์ศตวรรษที่ 13 พระเจ้าแผ่นดินอังกฤษ (พระเจ้าจอห์น) ถูกมองว่าประพฤติผิดประเพณีการปกครองจึงถูกขุนนาง โคนสตันอำนาจ ขุนนางเหล่านั้นจึงบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงพระนามในเอกสารชิ้นหนึ่ง ชื่อว่า แมกนาคาร์ต้า (Magna Carta) ว่าพระองค์จะปกครองตามจารีตที่มีมาแต่เดิม เช่น จะไม่ทำการจับกุมคุมขังบุคคลที่ไม่มีความผิด เป็นต้น หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1646 มีการขอให้พระเจ้าชาร์ลลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า Petition of Rights หรือ คำขอสิทธิ ซึ่งมีการจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ไม่ให้ทรงใช้พระราชอำนาจโดยปราศจากความยินยอมจากรัฐสภา หรือในปี ค.ศ. 1688 มีเหตุการณ์ที่ขุนนางและสามัญชนอังกฤษร่วมกันตั้งกองกำลังขึ้นต่อสู้กับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 จนต้องหนีออกจากประเทศอังกฤษและทิ้งตราแผ่นดินลงแม่น้ำเทมส์ หลังจากนั้นมีการเชิญพระเจ้าวิลเลียมกับพระนางแมรีมาปกครองแล้วมีการออกกฎหมายฉบับหนึ่งเรียกว่า Bill of Rights หรือพระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากเหตุการณ์ดังกล่าวได้ปรากฏแนวคิดพื้นฐานของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมในสองประการ คือ

ประการแรก เป็นการแสดงถึงความพยายามในการนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรเข้ามาแทนที่จารีตประเพณีที่ไม่มีความแน่นอนเพื่อจำกัดอำนาจผู้ปกครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อยู่ภายใต้การปกครอง ซึ่งได้พัฒนาไปเป็นกระแสที่ได้รับความนิยมสูงสุดในคริสต์ศตวรรษที่ 18 จนมาถึงปัจจุบัน

ประการที่สอง การพัฒนาในช่วงแรกนี้ขึ้นอยู่กับข้อตกลงที่เรียกว่า สัญญาสังคมน การที่ขุนนางขอให้พระเจ้าแผ่นดินลงนามในเอกสารทางการเมืองดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่าผู้ปกครองคือกษัตริย์ต้องปกครองประชาชนตามจารีตประเพณีที่เป็นเสมือนสัญญาสังคม

¹⁴ โภคิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 12-13.

ที่ได้รับการยอมรับมาในอดีต เมื่อผู้ปกครองไม่ทำตามคำมั่นสัญญานั้น ผู้อยู่ภายใต้การปกครองคือขุนนางและประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะเรียกทวงให้ผู้ปกครองปฏิบัติตามสัญญาได้

ต่อมาในสมัยกลาง มีหลักการอันเป็นพื้นฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสองประการ ดังนี้

ประการแรก ปรัชญากฎหมายธรรมชาติ (Natural law) ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณ แต่ได้รับการยอมรับในต้นยุคกลางซึ่งเป็นยุคที่ศาสนาจักรโรมันคาทอลิกและศาสนาคริสต์มีอิทธิพลที่สุดในสังคม นักกฎหมายธรรมชาติที่มีชื่อเสียงคนแรกคือ เซนต์ ออกุสติน (Saint Augustin) ซึ่งเขียนหนังสือชื่อ “นครของพระเจ้า” เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐและสังคมมีสองประเภท คือ นครทางโลกกับนครของพระเจ้า และนครทางโลกนั้นก็มาจากพระเจ้าเช่นกัน และปรัชญาเมธีกฎหมายธรรมชาติคนที่สองคือ เซนต์โทมัส อควินัส (Saint Thomas d’Aquinas) (ค.ศ. 1227-1274) ซึ่งได้รับอิทธิพลจากปรัชญากรีกโดยเฉพาะอริสโตเติล อควินัสได้เห็นว่า นครเป็นผลมาจากธรรมชาติและเหตุผลที่เกิดจากการรวมตัวของมนุษย์ในฐานะสัตว์สังคมเพื่อประโยชน์ร่วมกัน โดยได้สร้างระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองมนุษย์จากการรุกรานของบุคคลอื่นไม่ว่าในสังคมด้วยกันเองหรือจากสังคมภายนอก และมนุษย์ยอมรับสังคมนี้ได้ด้วยเหตุผล ความเห็นดังกล่าวได้แสดงถึงการให้เหตุผลของการมีอยู่ของสังคมที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ซึ่งเหตุผลนี้เองเป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้มนุษย์สามารถออกกฎหมายมาแก้ไขสิ่งที่ไม่ดีของธรรมชาติให้สอดคล้องกับธรรมชาติได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติได้เปลี่ยนความเชื่อในทางศาสนาที่ถือว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นกฎหมายที่มาจากเจตจำนงของพระเจ้าผู้เป็นเจ้าของซึ่งมีฐานะเหนือกว่ากฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้น เป็นการให้ความสำคัญกับเหตุผลของมนุษย์และให้ความสำคัญกับการออกกฎหมายมาจำกัดความไร้เหตุผลของจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น อันเป็นหนทางไปสู่การจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นมาจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติอันไม่อาจลบล้างได้ของมนุษย์ ซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ประการสำคัญในการจัดทำรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ถือได้ว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นรากฐานของการจำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมนุษย์โดยกฎหมายธรรมชาตินี้มีอำนาจเหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐต้องเคารพกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติ

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ได้มีนักปรัชญาชาวฮอลันดา ชื่อ โกรติอุส (Grotius) (ค.ศ. 1583-1645) เสนอแนวความคิดอันสนับสนุนความเป็นเหตุเป็นผลของกฎหมายธรรมชาติขึ้นมาใหม่ โกรติอุส เชื่อว่าธรรมชาติของมนุษย์เป็นที่มาของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น จึงทำให้กฎหมายธรรมชาติไม่มีการเปลี่ยนแปลง และเป็นกฎหมายสากลที่ใช้บังคับกับคนทุกชาติทุกภาษา

และทุกยุคทุกสมัย จากแนวความคิดดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการยึดถือในเรื่องเหตุผลของมนุษย์ ในการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและถือเป็นพื้นฐานแนวคิด กฎหมายธรรมชาติอันเป็นต้นกำเนิดแนวความคิดสภาวะตามธรรมชาติ และตามมาด้วยแนวความคิด สัญญาประชาคม ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวความคิดของ ฮอปส์ ล็อก และ รูสโซ ในการทำข้อตกลง ของสังคมโดยมีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองจากรัฐและขณะเดียวกันรัฐ ก็ต้องถูกจำกัดการใช้อำนาจ ไม่ให้ใช้อำนาจมาลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันเป็นที่มา ของคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789

ประการที่สอง “ทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยม” อันมีรากฐานแนวคิดมาจาก “สัญญา ประชาคม” ที่ประชาชนตกลงยินยอมสละสิทธิเสรีภาพที่เคยมีอยู่ตามธรรมชาติบางประการให้แก่ ผู้ปกครองเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้จัดการสังคม ซึ่งสัญญาสังคมตามแนวคิดสัญญาประชาคมได้รับการ พัฒนามาเป็นเอกสารที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญ” ถือเป็นกลไกในการดำเนินการตามแนวคิด รัฐธรรมนูญนิยม

นอกจากนี้พัฒนาการในการจำกัดอำนาจรัฐซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ประการหนึ่งของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมยังถูกสนับสนุนด้วยทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยม คือ “ปรัชญาว่าด้วยการแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตย” การแยกผู้ใช้อำนาจรัฐออกเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการจะทำให้เกิดการหยุดยั้งการใช้อำนาจอันไม่ชอบมากระทบสิทธิเสรีภาพ ของประชาชน ด้วยเหตุดังกล่าวการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยจึงเป็นทฤษฎีรากฐานของรัฐธรรมนูญ นิยมอีกทฤษฎีหนึ่ง แนวความคิดที่ปรากฏในพัฒนาการช่วงที่สองอันประกอบแนวคิดกฎหมาย ธรรมชาติ สัญญาประชาคม และการแบ่งแยกการใช้อำนาจนั้น เป็นพัฒนาการอันแสดงถึงการ วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญที่ได้พัฒนาไปเป็นรูปแบบของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเห็นได้จากการประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1776 และมีการจัดทำ รัฐธรรมนูญ ในปี ค.ศ. 1787 และการปฏิวัติใหญ่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 อันนำไปสู่ การจัดทำคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ.1789 และการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์ อักษร ในพัฒนาการในช่วงที่สองนี้ได้เป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญในระบบสากลยึดถือในปัจจุบัน ได้แก่

- 1) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นสัญญาประชาคมต้องให้คนทั้งสังคมมีส่วนร่วม ในการจัดทำ
- 2) รัฐธรรมนูญต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค สิทธิเสรีภาพ ของคนแต่ละคนตามสัญญาประชาคมของกฎหมายธรรมชาติ

3) รัฐธรรมนูญจะต้องให้ความสำคัญกับการทำให้การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองมีประสิทธิภาพจริง ๆ ซึ่งไม่มีทางอื่นนอกจากจะต้องใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจลงไปจัดโครงสร้างการปกครองของรัฐ

4) รัฐธรรมนูญต้องเป็นการปกครองโดยความยินยอมของผู้อยู่ใต้ปกครอง

5) มีการปกครองโดยกฎหมายที่เรียกว่า “นิติรัฐ”

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในสมัยใหม่ มีหลักการที่สำคัญ คือ รัฐธรรมนูญต้องมีหน้าที่สร้างระบบการเมืองที่มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ การบริหารบ้านเมืองดำเนินการไปด้วยความโปร่งใส ซึ่งรัฐต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ปกครองไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐไม่เป็นไปตามอำเภอใจตามหลักการจำกัดอำนาจรัฐ ซึ่งผลสุดท้ายก็จะนำไปสู่การรับรองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีของประชาชนจะไม่ถูกละเมิดจากรัฐ แต่หากมีการละเมิดก็สามารถอภัยโทษต่อรัฐเพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองและคุ้มครองได้ จนเป็นหลักการอันเหมาะสมที่ปรากฏเป็นกรอบในการดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมาจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน สร้างความเป็นธรรมในสังคม และให้รัฐบาลมีเสถียรภาพ เพื่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ดังนั้น สามารถสรุปได้ว่า ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยม คือ แนวความคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะกฎหมายสูงสุดให้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครอง กำหนดกติกาอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดการองค์การบริหารของรัฐ และการจำกัดอำนาจรัฐ และองค์การของรัฐไม่ให้กลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจและอำนาจทรราชย์ในท้ายที่สุด นอกจากนี้ตามแนวทางลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด โดยมีศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุด และมีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม คือ มาจากการยอมรับของสมาชิกในสังคมร่วมกัน หากมีการละเมิดก็ต้องมีกระบวนการคุ้มครองให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีให้เยียวยาความเสียหายได้ การที่รัฐธรรมนูญจะมีความสำคัญมากน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

2) ความหมายของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญมีสถานะในทางกฎหมายสูงกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวงที่มีผลบังคับใช้ภายในรัฐ โดยมีที่มาจากแนวความคิดเรื่อง “ลำดับชั้นของกฎหมาย” (hierarchy of Law) ที่ถือกันว่าบรรดากฎหมายที่มีอยู่มาหลายรูปแบบ

ย่อมมีกฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งคง “ความเป็นกฎหมายสูงสุด”¹⁵ และได้รับการบัญญัติรับรองเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสหรัฐอเมริกาตามบทบัญญัติหมวด 6 มาตรา 2 ที่ว่า “This Constitution...shall be the Supreme Law of the Land, and the Judges in every State shall be bound thereby.” ซึ่งหมายความว่า รัฐธรรมนูญนี้...จะเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศและผู้พิพากษาในทุกมลรัฐจะถูกผูกพันดังว่านั้น และนับแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมา การนำหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมาใช้จึงเป็นแบบอย่างให้กับการบัญญัติรัฐธรรมนูญของนานาประเทศ¹⁶ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการกำหนดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่หากไม่มีการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมอาจถูกล่วงละเมิดได้ จึงต้องมีการกำหนดให้มีองค์กรและกระบวนการต่าง ๆ เพื่อวินิจฉัยว่า บทบัญญัติกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดให้บทกฎหมายหรือการกระทำใด ๆ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพื่อเป็นการประกันสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่งซึ่งใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือประเทศที่ใช้ระบอบรัฐธรรมนูญนิยม การกำหนดให้มีองค์กรและกระบวนการในการวินิจฉัยว่า บทกฎหมายหรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา หรือการกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้ตามอิทธิพลแนวความคิดของ Edward Coke ที่ได้วินิจฉัยในคดีของนายแพทช์ Bonhan เมื่อ ค.ศ. 1610 ได้กลายมาเป็นแนวคิดที่สำคัญในการประกาศความเป็นอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 คำประกาศอิสรภาพดังกล่าวได้สร้างหลักพื้นฐานทางการเมืองโดยให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองซึ่งในคำปรารภของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวไว้ว่า “We the People of the United States do ordain and establish this Constitution for the United States of America.” จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ว่าเป็นครั้งแรกที่แนวคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (die Idee der Volkssouveraenitaet) ประสบความสำเร็จในทางปฏิบัติ อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญที่ตกเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุด หรือประชาชน ได้รับการก่อตั้งขึ้นและได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและกระบวนการในการใช้อำนาจรัฐ อำนาจรัฐที่ได้รับการก่อตั้งขึ้น

¹⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2535). “ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญกับศาลรัฐธรรมนูญ”. 90 ปี ศาสตราจารย์ สัญญา ธรรมศักดิ์. หน้า 193-194.

¹⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2525, สิงหาคม). “การแบ่งแยกอำนาจกับการตีความรัฐธรรมนูญ”. วารสารกฎหมายปกครอง, 1 (2). หน้า 380.

โดยรัฐธรรมนูญต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อำนาจนิตินบัญญัติซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจรัฐ จึงไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ ที่จะไม่ผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ¹⁷

Rainer Wahl¹⁸ เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดก่อให้เกิดผลที่สำคัญอย่างน้อย สามประการดังนี้

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญย่อมเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความชั้นศาล โดยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงต้องมีความแน่นอนชัดเจนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เกี่ยวกับขอบเขต ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หลักเกณฑ์ในทางรัฐธรรมนูญต้องแตกต่างอย่างชัดเจนกับหลักเกณฑ์ ของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบ และต้องตีความให้แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ที่ถูกตรวจสอบ ถ้ามีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การให้ความหมาย หรือการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญต้องตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างอิสระ จากบทบัญญัติกฎหมายอื่น ๆ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดจึงเป็นหลักของการแบ่งแยก (Konzept der Trennung) ไม่ใช่หลักของการมีผลร่วมกันระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายที่ได้รับการ ตรวจสอบ หลักการดังกล่าวนี้มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ให้อาศัยการตีความที่ส่งผลให้ขอบเขตและความแตกต่างระหว่างรัฐธรรมนูญกับกฎหมายเกิดความไม่ชัดเจน

ประการที่สอง หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่าง บทบัญญัติของกฎหมายสองบทบัญญัติ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรและภาระหน้าที่ ขององค์กร กล่าวคือ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด นัยหนึ่งหมายถึง การอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า ของกฎหมาย โดยขณะเดียวกันหมายถึง การอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่าขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งหมายถึง องค์กรที่ให้อำนาจรัฐธรรมนูญ องค์กรที่สามารถแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมถึงองค์กรที่ตีความรัฐธรรมนูญ แล้วก่อให้เกิดผูกพันด้วย โดยที่การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องไม่ใช่เป็นเพียงการตีความ โดยมุ่งหมายเพื่อให้สิทธิเรียกร้องในทางสารบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นเอกสิทธิ์ที่มีคุณค่าสูงสุด และตีความขยายสิทธิเรียกร้อง หากแต่แท้จริงแล้วการตีความรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรนิติบัญญัติด้วย ซึ่งความสัมพันธ์ขององค์กรทั้งสองต้องวางอยู่ บนพื้นฐานของความชอบธรรมเช่นเดียวกัน

¹⁷ สุรพล นิติไกรพจน์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ วรจนต์ ภาศิริรัตน์ บรรณเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร. เล่มเดิม. หน้า 31.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 33-35.

ประการที่สาม การให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นการกำหนดโครงสร้างของรัฐที่มีความสำคัญต่อรัฐธรรมนูญและกระบวนการในทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่ทำให้กระบวนการในทางการเมืองมีลักษณะเป็นกฎหมายมากขึ้น เพราะทำให้ความผูกพันในทางกฎหมายของกระบวนการในทางการเมืองมีประสิทธิภาพมากขึ้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงถึงการเป็นทางเลือกของรัฐที่ปกครองโดยรัฐธรรมนูญและเป็นองค์กรที่ทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐมีผลในทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์

Franz-Joseph Peine¹⁹ มีความเห็นว่า การที่จะทำให้การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญบรรลุความมุ่งหมายได้ ต้องประกอบด้วยเงื่อนไขหกประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญต้องเป็นหลักเกณฑ์การออกกฎหมาย โดยภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลักของรัฐธรรมนูญอาจแสดงออกได้สองกรณี กรณีแรก รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในทางรูปแบบสำหรับกระบวนการในการออกกฎหมาย ส่วนกรณีที่สอง รัฐธรรมนูญอาจกำหนดหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงเป็นกระบวนการตรวจสอบในทางภาวะวิสัย ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา

ประการที่สอง การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญโดยองค์กรนิติบัญญัติต้องเป็นกรณีที่สามารถเป็นไปได้ จึงวางอยู่บนบทสันนิษฐานที่ว่า จำเป็นต้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติ จึงเป็นกรณีที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายที่มีการจัดลำดับชั้นของกฎหมาย

ประการที่สาม การมีลำดับชั้นของกฎหมายและรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นที่สูงสุด การทำให้รัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับที่สูงสุดก็ต่อเมื่อในโครงสร้างของระบบกฎหมายมีลักษณะเป็นปิรามิด โดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ที่จุดสูงสุดของปิรามิด รัฐธรรมนูญจึงมีฐานะเป็นกฎเกณฑ์หลักในการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในฐานะต่ำกว่า หลักดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น “หลักความขัดแย้ง” (ein Kollisionsprinzip) ในขณะเดียวกันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมต้องการหลักประกันเพื่อไม่ให้รัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับใช้และสูญเสียภาระหน้าที่ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์หลักของระบบกฎหมาย

¹⁹ แหล่งเดิม. หน้า 35-37.

ประการที่สี่ การที่จะทำให้หลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดบรรลุความมุ่งหมายได้ต่อเมื่อ ในทางทฤษฎีจะต้องทำให้เกิดความแตกต่างระหว่างอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (verfassunggebende Gewalt) หรืออำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (verfassungsändernde Gewalt) กับอำนาจในการออกกฎหมายธรรมดา (normale Gesetzgebungsgewalt) และทำให้เกิดความแตกต่างไว้ในรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับองค์กรและกระบวนการในการกระทำดังกล่าว เพราะหากพิจารณาว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการแก้ไขกฎหมายธรรมดา องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่แก้ไขกฎหมายธรรมดาย่อมสามารถยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือแก้ไขเพิ่มเติมบางส่วนได้ในกรณีนี้จะทำให้เกิดความอ่อนด้อยลงของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร อันนำไปสู่การสูญเสียความเป็นหลักเกณฑ์หลักในการออกกฎหมายธรรมดา หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่ต้องทำให้เกิดหลักประกันต่อรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ต้องทำให้เกิดบรรลุความมุ่งหมายในทางปฏิบัติด้วยโดยการกระทำขององค์กรตุลาการ

ประการที่ห้า ระบบกฎหมายต้องยอมให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้องค์กรตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบเรื่องดังกล่าว หรือเรียกว่า “สิทธิในการตรวจสอบของตุลาการ” (das richterliche Prüfungsrecht) โดยองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจเป็นผู้ตรวจสอบเองได้เนื่องจากการตรวจสอบในเรื่องของตนเอง

ประการที่หก คำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดหรือศาลรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรของรัฐทั้งหลาย

ดังนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นหลักการยอมรับลำดับชั้นของกฎหมาย โดยมีรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับชั้นสูงสุด และเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายที่ต่างลำดับชั้น และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐต่าง ๆ กับรัฐธรรมนูญที่องค์กรของรัฐต่าง ๆ อยู่ในฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญยังต้องเป็นหลักเกณฑ์หลักในการออกกฎหมาย ต้องมีระบบกฎหมายที่ยอมให้องค์กรตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้ และองค์กรของรัฐทั้งหลายต้องผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายด้วย

3) การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

การทำให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Vorrang der Verfassung) เกิดความมั่นคงย่อมประกอบด้วยหลักการ ดังนี้ 1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassungsänderung) 2) การให้สิทธิต่อต้าน (das Widerstandrecht) 3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

(Gewaltenteilung) 4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle) โดยสามารถอธิบายได้ ดังนี้²⁰

1) การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก (Erschwerung der Verfassungsänderung)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐ และจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดภาระหน้าที่ขององค์กรใช้อำนาจรัฐ ภารกิจและการกระทำของอำนาจรัฐทั้งหลายจึงอยู่บนพื้นฐานและอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความสำคัญและมีวิธีการแก้ไขได้ยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ

2) การให้สิทธิต่อต้าน (das Widerstandrecht)

สิทธิในการต่อต้านได้รับการอธิบายในปรัชญาว่าด้วยรัฐของยุคกลาง (die scholastische Staatsphilosophie) และได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครองที่ปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องเป็นกรณีเกินขอบเขตที่รุนแรงจริง ๆ เท่านั้น เพราะถือว่าเป็นการใช้อำนาจเผด็จการ โดยผู้ปกครอง แต่ไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยทราชาห์ ตัวอย่างของการบัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติสิทธิในการต่อต้านไว้ให้ชาวเยอรมันมีสิทธิในการต่อต้านบุคคลซึ่งต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีการดำเนินการอื่น ๆ ไม่อาจกระทำได้ และรัฐธรรมนูญไทยบัญญัติให้บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ เป็นต้น

3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilung)

การควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (checks and balances) ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1787 โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดี (ein Präsidialsystem) ย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้รัฐสภา (ein parlamentarisches Regierungssystem) หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบนั้น ๆ จึงขึ้นอยู่กับความมีประสิทธิภาพต่อการควบคุมตรวจสอบอำนาจรัฐหรือไม่

4) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle)

²⁰ แหล่งเดิม. หน้า 37-41.

การทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยการให้ศาลควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในช่วงศตวรรษที่ 19 และได้มีความเห็นของ ซีเอเย่ส (Siéyés) เรียกร้องว่า การคุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้นให้กระทำโดยศาลรัฐธรรมนูญ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวได้ให้เหตุผลว่า ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อเป็นองค์กรอิสระในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมาย รวมทั้งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วย แต่มีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลมาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ด้วยเหตุผลที่ว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐนั้น ๆ ย่อมต้องมีความเป็นอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการตีความรัฐธรรมนูญ ไม่ควรทำให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง

2.2 หลักพื้นฐานในทางทฤษฎีของรัฐเสรีประชาธิปไตยกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาหลักการพื้นฐานของบรรดาระัฐเสรีประชาธิปไตยที่เกี่ยวกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ จะมีสาระสำคัญ ดังนี้ 1. หลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ 2. หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ และ 3. การคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สำหรับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน และเป็นหลักที่มีส่วนสนับสนุนซึ่งกันและกัน อาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้เกิดหลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย ดังนั้น รัฐเสรีประชาธิปไตยในความหมายของประเทศตะวันตกไม่อาจสถาปนาความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยขึ้นมาได้ หากขาดหลักการใดหลักการหนึ่งดังกล่าวข้างต้น

2.2.1 หลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ

ตามหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่ทำให้เกิดความชอบธรรมต่อการใช้อำนาจของรัฐ เพราะผู้ทำหน้าที่ปกครองนั้น โดยแท้จริงแล้วก็คือ ผู้ที่ทำให้เจตจำนงของประชาชนปรากฏเป็นจริง ตามทฤษฎีประชาธิปไตยมีการถกเถียงกันเรื่อง “เจตจำนงของประชาชน” ว่าหมายถึงอะไร และอาจเข้าถึงเจตจำนงได้อย่างไร ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่หนึ่ง อ้างถึงความคิดของ Rousseau เพื่อสนับสนุนความเห็นที่ว่า เจตจำนงของประชาชนคือเจตจำนงทั่วไป เจตจำนงทั่วไปกับเจตจำนงของทุกคนนั้นย่อมแตกต่างกัน เจตจำนงทั่วไปย่อมมุ่งประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเจตจำนงของทุกคนนั้นมักจะมุ่งประโยชน์ส่วนตัว เจตจำนงของทุกคนคือจำนวนรวมแห่งเจตจำนงของเอกชน

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า เจตจำนงของประชาชนคือผลของการประนีประนอมกันระหว่างผลประโยชน์ที่แตกต่างกันของปัจเจกบุคคลแต่ละคน เพื่อให้ได้ผลดังกล่าวจึงจำเป็นต้องดำเนินการตามกระบวนการที่เปิดให้บุคคลสามารถเข้าร่วมกระบวนการได้เสมอ

ฝ่ายที่สาม ยังคงยึดถือหลักเจตจำนงของประชาชนคือผลของการประนีประนอมซึ่งเป็นผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลที่อาจแตกต่างกันจนในที่สุด ซึ่งให้มาประสานกันได้ แต่ในขณะเดียวกันก็จะต้องมีการเคารพในคุณค่าร่วมกันบางประการที่ถือเป็นหลักพื้นฐานในการดำรงชีวิตในประชาคมเดียวกันด้วย

หลักประชาธิปไตยจึงเป็นหลักการปกครองรูปแบบหนึ่งโดยมีสาระสำคัญอย่างน้อย 4 ประการ²¹ คือ 1. หลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Volkssouveränität) 2. หลักประชาธิปไตยแบบเสรี (die freiheitliche Demokratie) 3. หลักการปกครองโดยเสียงข้างมาก (Mehrheitsprinzip) และ 4. หลักประชาธิปไตยโดยระบบรัฐสภา ทั้งนี้ ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เนื่องจากมีความเห็นว่าการให้ศาลทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นการขัดกับหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา (die Souveränität des Parlaments) หรือหลักว่าด้วยอำนาจอธิปไตยของประชาชน (die Volkssouveränität) แนวความคิดนี้จึงปฏิเสธอำนาจตุลาการในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา เพราะการยอมรับให้ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ ย่อมเท่ากับให้อำนาจศาลกระทำการต่อเจตจำนงของปวงชนได้

ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับความเห็นข้างต้นเห็นว่า เจตจำนงของเสียงข้างมากไม่ถือเป็นเจตจำนงของคนทั้งหมด เพียงแต่เป็นเจตจำนงของคนส่วนหนึ่งเท่านั้น หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยองค์กรตุลาการจึงเป็นการให้หลักประกันต่อฝ่ายข้างน้อยในการป้องกันบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานการป้องกันดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดแย้งกับหลักอธิปไตย การกล่าวว่าการให้อำนาจของศาลเป็นการขัดต่ออธิปไตยของปวงชน ตามแนวความคิดนี้เห็นว่าเป็นเพียงการขัดแย้งต่อความเห็นส่วนหนึ่งของเสียงข้างมาก ไม่ใช่ความเห็นของปวงชน

Hans Kelsen²² เห็นว่าแท้จริงแล้วองค์กรของรัฐองค์กรใดองค์กรหนึ่งไม่อาจกล่าวได้ว่าตนเป็นองค์กรอธิปไตย และการกล่าวอ้างว่า องค์กรศาลรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับหลักอธิปไตย

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. หน้า 20.

²² สุรพล นิติไกรพจน์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ วรจันต์ ภาศิริรัตน์ บรรเจิด สิงคะเนติ และธีระ สุธีวรางกูร. *เล่มเดิม*. หน้า 42.

ของรัฐสภาเป็นการแสดงถึงแนวโน้มการให้อำนาจในทางการเมืองจำกัดอยู่แต่เฉพาะองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งไม่สามารถจำกัดได้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ สำหรับ E. Friesenhahn²³ เห็นว่าตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบแบ่งแยกอำนาจนั้น ไม่มีองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ดีกว่าเป็นองค์กรสูงสุดที่มีผลให้การวินิจฉัยต่าง ๆ ขององค์กรมีผลผูกพันองค์กรอื่นทั้งหมด องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนอาจกระทำการเกินขอบเขตซึ่งขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การอยู่ร่วมกันของประชาชนไม่ควรจะขึ้นอยู่กับเจตจำนงเสียงข้างมากของรัฐสภา หากต้องขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตามความเห็นของเสียงส่วนใหญ่เห็นว่าการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้ขัดกับหลักประชาธิปไตยแต่อย่างใดและยังเป็นองค์กรที่เป็นเงื่อนไขสำคัญของหลักประชาธิปไตย

2.2.2 หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) กับศาลรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเรื่องการปกครองโดยกฎหมาย มีมาแต่สมัยกรีกโบราณ เพลโต (Plato) ปราชญ์ชาวกรีก ในยุคนั้นมีความคิดว่าอยากให้ผู้ปกครองรัฐเป็นกษัตริย์นักปรัชญา (Philosopher - king) แต่กษัตริย์นักปราชญ์นั้นหายาก จึงควรเลือกกฎหมาย ซึ่งวางหลักกลาง ๆ ไม่ใช่เฉพาะกรณีใดโดยตรงเพื่อไม่ให้เกิดความลำเอียงในประโยชน์ของตน เพลโตจึงกำหนดให้กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุด และการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย ต่อมาอริสโตเติล (Aristotle) ปราชญ์ชาวกรีก ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาขยายความต่อสรุปได้ว่า การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนาว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม และในยุคกลางถือว่ากษัตริย์เป็นผู้ปกครองและอาจออกกฎหมายเช่นใดก็ได้ นักวิชาการในยุคนั้นเชื่อว่า ผู้ปกครองหรือองค์อธิปัตย์เป็นบุคคลอยู่นอกสังคม ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นระบอบประชาธิปไตย อำนาจอธิปไตยกลายเป็นของประชาชนและกลายเป็นประหารรัฐ หรือรัฐของประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ²⁴

ในประเทศอังกฤษ การยอมรับหลักนิติธรรมเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและยืนยันความสูงสุดของกฎหมายในการปกครองของรัฐปรากฏอยู่ในแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ค.ศ. 1215 และปรากฏชัดขึ้นในคดี Dr. Bonham's Case (ค.ศ. 1610) ในคดีนั้นลอร์ด คูก (Lord Coke) ผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่าการลงโทษจำคุกจะกระทำไม่ได้เพราะการให้บุคคลเป็นผู้พิพากษาในกรณีที่ดินเป็นคู่พิพาทเสียเอง อันเป็นการไม่ถูกต้องตามกฎหมายจารีตประเพณี และเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรในส่วนนี้เป็นโมฆะ เพราะขัดกับหลักกฎหมายจารีตประเพณี หลังจากนั้นกษัตริย์อังกฤษก็ยินยอมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

²³ แหล่งเดิม.

²⁴ กิตติวัฒน์ รัตนติลล ภูเก็ต. (2548, กันยายน). "นิติรัฐ". *วารสารข่าวกฎหมายใหม่*. หน้า 53-56.

จากแนวความคิดเรื่อง “การปกครองโดยกฎหมาย” ของประเทศอังกฤษ มีอิทธิพลต่อนักวิชาการของประเทศสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งมีการประกาศอิสรภาพในปี ค.ศ. 1776 มีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ชัดเจนที่สุดเป็นครั้งแรกของรัฐบาลภายใต้กฎหมาย (government under the law) เมื่อเดือนมีนาคม ค.ศ. 1787 และในปี ค.ศ. 1789 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่สอง เรียกว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ (The Constitution of the United States) มีสาระสำคัญ คือ มีการวางกฎเกณฑ์การปกครองประเทศและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองต่าง ๆ ในประเทศอย่างเป็นระเบียบ มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และที่สำคัญ มีการระบุให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งไม่ได้ มีการยอมรับอำนาจสูงสุดของประชาชน โดยอาจเรียกว่า “อำนาจอธิปไตย” (sovereignty) และการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ชาวสหรัฐอเมริกาและคนต่างด้าว

ในเยอรมัน โยฮัน ฟิชเต้ (Johann Fichte)²⁵ (ค.ศ. 1762 - 1814) ได้เสนอความคิดว่า กฎหมายต้องสอดคล้องกับความยุติธรรม และต้องปกครองตามบทกฎหมายโดยมีองค์กรอิสระที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของรัฐ อันถือได้ว่าเป็นการเสนอแนวความคิดเรื่องนิติรัฐครั้งแรก วิวัฒนาการของแนวคิดเรื่องนิติรัฐ ได้พัฒนามาเรื่อย ๆ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1919 เกียร์ฮาร์ด อานซ์ชุตซ์ (Gerhard Anschutz) สรุปว่า โดยหลักนิติรัฐ การที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจแทรกแซงเสรีภาพของเอกชนจะกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ หรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีฐานทางกฎหมายให้ใช้อำนาจที่จะกระทำเช่นนั้นได้

นอกจากนี้คำว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State) ได้มีผู้ให้คำอธิบายที่เกี่ยวข้องไว้หลายท่าน ดังต่อไปนี้

Carre De Malberg นักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส²⁶ ได้ให้คำอธิบายถึงนิติรัฐไว้ว่า นิติรัฐเป็นรัฐที่มีความสัมพันธ์กับประชาชนและให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลภายใต้ระบอบแห่งกฎหมายซึ่งจะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้ส่วนหนึ่งจะกำหนดสิทธิของประชาชน แต่อีกส่วนหนึ่งจะกำหนดไว้ล่วงหน้าถึงหนทางและวิธีการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อบรรลุจุดประสงค์ในการดำเนินการปกครองของรัฐ กฎเกณฑ์สองชนิดนี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐ โดยทำให้รัฐอยู่ภายใต้ระเบียบแห่งกฎหมายที่กฎเกณฑ์ทั้งสองชนิดดังกล่าวสร้างขึ้น ด้วยเหตุนี้ลักษณะเฉพาะของนิติรัฐที่ชัดเจนอันหนึ่งก็คือ ในการปฏิบัติต่อผู้ได้ปกครอง ฝ่ายปกครองจะสามารถใช้วิธีการต่าง ๆ ได้ก็แต่เฉพาะที่ระเบียบแห่งกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้นให้อำนาจไว้

²⁵ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. หน้า 11.

²⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2538). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 41-42.

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่า หลักนิติรัฐ เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยจำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐในการแทรกแซงปัจเจกบุคคล นิติรัฐเป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายโดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชน โดยมีกฎเกณฑ์กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์กำหนดวิธีการและมาตรการ ซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ลักษณะที่เด่นชัดที่สุดของนิติรัฐ คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดกระทำต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจปกครอง ดังนั้น ในนิติรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเมิด ไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ความสำคัญของหลักนิติรัฐ คือ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งให้อำนาจแก่ประชาชนที่จะฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ได้รับการเยียวยาได้ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมาย เนื่องจากเป็นรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข²⁷

โดยที่หลักนิติรัฐเป็นการปกครองโดยใช้กฎหมาย ประกอบด้วย หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยมีหลักการพื้นฐานที่ว่า การควบคุมตรวจสอบต้องกระทำโดยองค์กรอื่นที่มีความเป็นกลาง และการควบคุมตนเองของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ถือว่าเป็นการควบคุมที่มีหลักประกันอย่างเพียงพอ รัฐสภาจึงไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในเรื่องของตนเองได้ และหลักนิติรัฐยังคงเรียกร้องรูปแบบของการบัญญัติกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานของความมีเสรีภาพและการบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิอย่างพอเพียง ซึ่งมีความเห็นจากหลายท่าน ดังนี้

Hans Kelsen²⁸ เห็นว่า การแบ่งแยกอำนาจไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพียงจำกัดการรวมศูนย์อำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งซึ่งอาจเป็นอันตรายต่อหลักประชาธิปไตย เพราะแท้จริงแล้วหลักการแบ่งแยกอำนาจมีความมุ่งหมายเป็นการวางหลักประกันความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐต่าง ๆ ดังนั้น องค์กรศาลรัฐธรรมนูญต้องไม่ขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและยืนยันหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเมื่อมีกรณีปัญหาว่าองค์กรศาลเป็นองค์กรที่สามารถยกเลิกกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ Hans Kelsen เห็นว่า องค์กรศาล

²⁷ บรรเจิด สิงคนดี. (2547). *หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 23.

²⁸ สุรพล นิติไกรพจน์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ วรจันต์ ภาศิริรัตน์ บรรเจิด สิงคนดี และธีระ สุธีวรางกูร. เล่มเดิม. หน้า 43.

เป็นองค์กรที่เป็นอิสระจากรัฐสภาและฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการออกกฎหมาย การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจึงต้องเป็นอำนาจขององค์กรศาล การก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญจึงมีเหตุผลที่สอดคล้องกับพัฒนาการของรัฐธรรมนูญ

E. Friesenhahn²⁹ เห็นว่า หลักพื้นฐานของการแบ่งแยกอำนาจไม่สามารถที่จะเป็นข้อคัดค้านหรือโต้แย้งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญได้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว

ในส่วนที่เกี่ยวกับหลักนิติรัฐกับศาลรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรนิติบัญญัติยังมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบถึงความผูกพันดังกล่าวขององค์กรนิติบัญญัติต่อรัฐธรรมนูญ เพราะหลักความชอบด้วยกฎหมายของหลักนิติรัฐ ความผูกพันต่อกฎหมายจะผูกพันเฉพาะต่อกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้ผูกพันต่อกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

2.2.3 การคุ้มครองหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ในทางการเมืองของรัฐเสรีประชาธิปไตยอาจปรากฏว่า ผู้ที่มีอำนาจในทางการเมืองที่มีความชอบธรรมตามหลักของเสียงข้างมากมักจะมีแนวโน้มที่จะรักษาอำนาจและขยายอำนาจของตน โดยการจำกัดสิทธิของเสียงข้างน้อย และมักแสวงหาประโยชน์จากอำนาจหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ด้วยวิธีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการจัดองค์กรของรัฐให้เป็นประโยชน์แก่กลุ่มของตน หรือพยายามละเลยผลประโยชน์ของส่วนรวมที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญที่แฝงอยู่ในหลักของเสียงข้างมาก มีความสัมพันธ์กับหลักรัฐธรรมนูญอื่น ๆ และความยินยอมโดยเสียงข้างมากนั่นเองจะเป็นอันตรายต่อรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญสำหรับรัฐเสรีประชาธิปไตย ศาลรัฐธรรมนูญจะทำหน้าที่ในการคุ้มครองหลักการทางรัฐธรรมนูญเพื่อคุ้มครองปกป้องจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของเสียงข้างมากของรัฐสมัยใหม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นสถาบันเดียวที่สามารถกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองที่มีพื้นฐานมาจากเสียงข้างมากให้ดำเนินการภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ

²⁹ แหล่งเดิม. หน้า 44.

Hans Kelsen³⁰ เห็นว่า ความจำเป็นของการมีศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญต้องทำภาระหน้าที่ของการคุ้มครองเสียงข้างน้อยจากการแทรกแซงโดยเสียงข้างมาก ซึ่งการปกครองโดยเสียงข้างมากจะเป็นการปกครองที่ยอมรับได้ต่อเมื่อฝ่ายข้างมากได้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ หลักประชาธิปไตยไม่ใช่การปกครองโดยเสียงข้างมากที่ไม่มีข้อจำกัด แต่เป็นการปกครองที่มีการประนีประนอมกันระหว่างกลุ่มของประชาชนที่เป็นตัวแทนฝ่ายข้างมากและฝ่ายข้างน้อยในรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีความเหมาะสมทำให้หลักดังกล่าวเป็นจริง และศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความจำเป็นสำหรับการใช้หลักของเสียงข้างมากเป็นพื้นฐานของการปกครองอย่างน้อยสามขอบเขตที่ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทอย่างสำคัญในการปกป้องคุ้มครองหลักการของรัฐเสรีประชาธิปไตย คือ

ประการที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญทำการคุ้มครองต่อสิทธิในทางการเมืองและโดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุ้มครองต่อสิทธิมนุษยชนในทางส่วนบุคคล เพื่อโต้แย้งการแทรกแซงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากองค์กรทางการเมืองโดยอาศัยเสียงข้างมากเป็นพื้นฐานในการกระทำ

ประการที่สอง ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองการจัดองค์กรในการดำเนินการกิจการของรัฐที่สัมพันธ์กับหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถที่จะคุ้มครองหลักการของการจัดองค์กรของรัฐเพื่อคัดค้านการละเมิดหลักการที่มีผลมาจากฝ่ายการเมืองซึ่งอาศัยหลักเสียงข้างมาก

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญทำให้เกิดความมั่นคงต่อการทำให้เกิดความโปร่งใสของกระบวนการในการสร้างเจตจำนงในทางประชาธิปไตยโดยคัดค้านความลำเอียงของเสียงข้างมากที่จะเข้ามาครอบงำและผูกขาดอำนาจทางการเมือง ซึ่งจะทำให้เกิดผลกระทบต่อหลักความเท่าเทียมกันของเสียงฝ่ายข้างน้อย

2.3 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ

2.3.1 ปัญหาและหลักทั่วไปของการตีความรัฐธรรมนูญ³¹

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศหรือเป็นกฎหมายของกฎหมายทั้งปวง รัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งเนื่องจากกระทบถึงสิทธิ เสรีภาพ หน้าที่ และความรับผิดชอบของประชาชนโดยตรง สำหรับการตีความกฎหมาย (interpretation of law) หมายถึง การค้นหาความหมายของกฎหมายที่มีถ้อยคำไม่ชัดเจน กำกวม หรืออาจแปลได้หลายทาง เพื่อให้ทราบว่

³⁰ แหล่งเดิม. หน้า 45.

³¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2552). *การใช้การตีความกฎหมายมหาชน*. หน้า 343.

ถ้อยคำในกฎหมายนั้นมีความหมายอย่างไร ทั้งนี้ อาจเกิดจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถรู้ เหตุการณ์ล่วงหน้าที่เกิดขึ้นในภายหน้าได้ทุกกรณี จึงไม่สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมได้ หรือฝ่ายนิติบัญญัติอาจมีความผิดพลาดในเรื่องการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เช่น บัญญัติกฎหมายไว้เคลือบคลุมหรือขัดแย้งกันเอง การตีความกฎหมายจึงต้องพิเคราะห์ตัวอักษรให้ได้ความหมาย ของตัวอักษร และการจะรู้ความหมายของตัวอักษรได้ต้องพิเคราะห์เหตุผลหรือความมุ่งหมาย หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายประกอบไปด้วยกัน การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องกระทำด้วยความ รอบคอบและพิถีพิถัน

ปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายในทางรัฐธรรมนูญมักเกิดขึ้นจากการที่ผู้ร่าง รัฐธรรมนูญไม่สามารถที่จะกำหนดรายละเอียดเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้ จึงจำเป็นต้องบัญญัติเฉพาะ หลักกว้าง ๆ โดยปล่อยให้การตัดสินใจรายละเอียดเป็นเรื่องของอนาคต และมักมีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กับปัญหาทางการเมือง ซึ่งกระทบกับการจัดสรรอำนาจและผลประโยชน์ทางการเมือง ผลการ ตีความจึงมักเป็นประเด็นให้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อยู่เสมอ โดยที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะพบ ความขัดแย้งของบทบัญญัติต่าง ๆ ทำให้การตีความรัฐธรรมนูญไทยมีความยุ่งยากเป็นพิเศษ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญที่ตราโดยผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร อย่างหนึ่ง การตีความรัฐธรรมนูญจึงต้องนำหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั่วไปมาใช้ กล่าวคือ ต้องพิจารณาดูถ้อยคำของรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ทางภาษาและทางกฎหมายว่าถ้อยคำนั้น มีความหมายอย่างไร ต้องพิจารณาประวัติความเป็นมาของการร่างรัฐธรรมนูญนั้นว่า บรรดาบุคคล ที่มีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญได้อภิปรายในเรื่องนั้น ๆ ไว้อย่างไร โดยสามารถย้อนไปค้นหา รายงานการประชุม เหตุผลของบทบัญญัติดังกล่าว (ratio legis) ตลอดจนเป้าหมายของบทบัญญัตินั้น (telos) ร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญร่างแรกและร่างถัดมาที่มีการเปลี่ยนแปลงจนมาเป็นบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับ นอกจากนี้ ในการตีความรัฐธรรมนูญผู้ตีความจะต้องคำนึงถึง บริบทในทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับเหตุการณ์สำคัญทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม อะไรบ้างที่มี อิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญ

2.3.2 หลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญ

หลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญซึ่งไม่แตกต่างไปจากการตีความกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรอื่นแล้ว ได้มีการพัฒนาหลักการเฉพาะบางประการที่จะต้องนำมาพิจารณา ประกอบกับหลักทั่วไปในการตีความรัฐธรรมนูญ ได้แก่

1. หลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ หลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ตีความรัฐธรรมนูญ ต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน ไม่ตีความให้บทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญขัดแย้งกันเอง

2. หลักการมีผลบังคับในทางปฏิบัติของบทบัญญัติทุกบทบัญญัติ ในกรณีที่เกิดการขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความให้บทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งมีผลบังคับใช้เต็มที่ และการที่บทบัญญัตินั้นมีผลใช้บังคับเต็มที่ ส่งผลให้บทบัญญัติอีกบทบัญญัติหนึ่งไม่สามารถใช้บังคับได้ การตีความรัฐธรรมนูญที่ถูกต้องในกรณีที่บทบัญญัติสองบทบัญญัติขัดแย้งกันเมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้น คือ การตีความให้บทบัญญัติทั้งสองนั้นใช้บังคับได้ทั้งคู่ โดยอาจจะลดขอบเขตการบังคับใช้ของบทบัญญัติทั้งสองลงไม่ให้เกิดการขัดแย้งกัน เช่น การขัดแย้งกันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นกับสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น

3. หลักการเคารพภารกิจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตน และจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ แต่ไม่มีอำนาจในการตรากฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติได้ ซึ่งหมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญจะต้องตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่จะตีความอำนาจของตนไปจนถึงขั้นวินิจฉัยว่ากฎหมายที่สภาตราขึ้นขัดต่อรัฐธรรมนูญเพียงเพราะเห็นว่ากฎหมายฉบับนั้นไม่เหมาะสมในทางนิติบัญญัติไม่ได้ เพราะเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงเข้าไปแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติ

4. หลักบูรณภาพแห่งรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการตีความรัฐธรรมนูญที่สืบเนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตีความเพื่อแก้ปัญหาทางรัฐธรรมนูญนั้น ผู้ตีความจะต้องตีความรัฐธรรมนูญไปในทางที่ส่งเสริมให้รัฐธรรมนูญมีความมั่นคง

5. หลักความมีผลบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ในการตีความรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องตีความให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีกำลังบังคับทางกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องไม่ตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นเพียงนโยบายเท่านั้น เว้นแต่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นในตัวเองว่ามุ่งหมายให้มีลักษณะเป็นแนวนโยบาย ไม่ใช่มุ่งก่อตั้งสิทธิเรียกร้องในทางมหาชนให้แก่ประชาชน

โดยเหตุที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละมาตราไม่ได้ดำรงอยู่เป็นอิสระแยกออกต่างหากจากกันเป็นเอกเทศ ในการตีความบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งในรัฐธรรมนูญ ผู้ตีความ

จึงจะต้องตรวจสอบคำว่าบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในหมวดใดหรือส่วนใด เช่น คำว่าบุคคล ในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยปกติย่อมหมายถึง บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย ในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพที่นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิได้ บุคคลย่อมหมายความถึงนิติบุคคลเอกชนสัญชาติไทย สำหรับนิติบุคคลมหาชนตามกฎหมายไทย จะเป็นผู้ทรงสิทธิตามความในหมวดนี้ได้ ก็เฉพาะแต่กรณีที่โดยสภาพแห่งสิทธิ รัฐจำเป็นต้องยอมให้นิติบุคคลมหาชนนั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ เช่น เสรีภาพทางวิชาการ นอกจากบุคคลธรรมดาจะเป็นผู้ทรงสิทธิแล้ว มหาวิทยาลัยของรัฐเองก็สามารถเป็นผู้ทรงสิทธิดังกล่าวได้ สำหรับสิทธิของบุคคลต่างชาตินั้น ย่อมต้องพิจารณาบทบัญญัติในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพประกอบกับบทบัญญัติ มาตรา 4 ที่คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่า สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากการตีความตามระบบ จะเห็นว่าบุคคลต่างชาติย่อมไม่สามารถอ้างบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพใน หมวดที่ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยขึ้นอันรัฐได้โดยตรง แต่จะต้องพิจารณาเป็นรายสิทธิและเสรีภาพไปว่าสิทธินั้นมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความแล้ว จะพบว่ามิบบทบัญญัติจำนวนไม่น้อยที่ได้รับการตราขึ้นโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง หรือเกิดกรณีที่เป็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีความไม่ชัดเจนว่าจะนำเอาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไปปรับใช้ได้หรือไม่ ดังนั้น การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่จะต้องกระทำ คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพินิจพิจารณาโดยละเอียดรอบคอบ แล้วพิจารณาให้คิดว่ากฎหมายใช้คำว่า “และ” หรือคำว่า “หรือ” ในกรณีที่ปรากฏถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นการปฏิเสธในประโยคทางกฎหมาย ต้องพิจารณาให้คิดว่าถ้อยคำที่เป็น การปฏิเสธนั้นปฏิเสธส่วนไหนของประโยค ถ้อยคำต่าง ๆ ที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้นั้น มีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย เช่น ในกรณีที่กฎหมายใช้คำว่า “อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นใด” ผู้ตีความย่อมคาดหมายความหมายของคำว่า “สิ่งปลูกสร้างอื่นใด” ได้ว่า น่าจะต้องหมายถึง สิ่งปลูกสร้างที่มีโครงสร้างติดกับพื้นดินในลักษณะที่มั่นคงถาวรทำนองเดียวกับอาคาร เพราะเมื่อได้พิจารณาองค์ประกอบแห่งการตีความในลักษณะอื่นประกอบด้วยแล้ว ก็จะทราบความหมายที่แน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวได้ในที่สุด อย่างไรก็ตาม ผู้ตีความกฎหมายต้องพิจารณาพิจารณาพิจารณาถ้อยคำที่ไม่มีลักษณะยึดติดกับถ้อยคำซึ่งทำให้เกิดการตีความอย่างแคบ

การตีความกฎหมายจึงเป็นกระบวนการค้นหาความหมายของกฎหมายจากการอ่าน พิจารณาถ้อยคำตัวอักษรของกฎหมายโดยคำนึงถึงเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมายเรื่องนั้น

พร้อมกันไปในขณะที่เดียวกัน ซึ่งเริ่มต้นจากการพิเคราะห์ตัวหนังสือหรือถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก่อน เพื่อดูว่าตัวหนังสือหรือถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นสามารถให้ความหมายหลากหลายได้มากน้อยแค่ไหนเพียงไร หลังจากนั้นจึงมาค้นหาเหตุผลและความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเพื่อเอามาเป็นตัวกำหนดว่าจะเอาความอันไหนมีความหมายกว้างแคบแค่ไหนเพียงไร และเหตุผลและความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นธรรมแก่คู่กรณี เป็นธรรมกับเรื่องราวของคดีและต่อสังคมเป็นส่วนรวม³² ดังนั้นการตีความกฎหมายมหาชนที่เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงถ้อยคำที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความ พิเคราะห์ระบบกฎหมายทั้งระบบ ตรวจสอบประวัติความเป็นมาของบทกฎหมายและเข้าใจวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความนั้น ในกรณีที่ตีความบทกฎหมายนั้นจนสุดขอบความของถ้อยคำแล้ว บทกฎหมายบทนั้นก็ยังไม่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือตีความบทกฎหมายบทนั้นแล้ว ปรากฏว่าถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายกว้างเกินไปจนครอบคลุมข้อเท็จจริงที่เห็นได้ชัดว่าต้องไม่ครอบคลุมถึง กรณีย่อมถือว่าเกิดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้นแล้ว ผู้ใช้กฎหมายจะต้องใช้เครื่องมือต่าง ๆ ตามหลักเกณฑ์ในทางนิติวิธีอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น ทั้งนี้โดยมีข้อพิจารณาว่าในทางกฎหมายมหาชน หากเกิดช่องว่างทางกฎหมายแบบเปิดขึ้น กล่าวคือ บทกฎหมายบทนั้นไม่ครอบคลุมข้อเท็จจริงที่สมควรจะต้องครอบคลุมถึง การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่ออุดช่องว่างดังกล่าวจะกระทำได้หรือไม่ย่อมจะต้องพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจมหาชนก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น การอุดช่องว่างโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งย่อมไม่อาจกระทำได้ เพราะเป็นการใช้กฎหมายเทียบเคียงที่เป็นผลร้ายต่อบุคคล ส่วนการอุดช่องว่างด้วยเครื่องมืออื่น เช่น การให้เหตุผลแบบอิงต้องเป็นเช่นนั้น การใช้กฎหมายประเพณี หรือ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยปกติแล้วก็มีแนวความคิดที่ไม่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน เพียงแต่ในทางกฎหมายมหาชนจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะประกอบกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเสมอ

นอกจากนั้นในบางกรณีกฎหมายที่บัญญัติไว้มีถ้อยคำกำกวมไม่ชัดเจน หรือมีความหมายได้หลายทางก็จะต้องมีการตีความ เพราะหากถ้อยคำในกฎหมายชัดเจนอยู่แล้วก็ไม่จำเป็นต้องตีความแม้ว่าผู้ใช้จะรู้สึกว่าการนำไปบังคับใช้จะไม่ยุติธรรมก็ตาม เพราะหากผู้ใช้มีความรู้สึกว่าการกฎหมายไม่ยุติธรรมแล้วไม่ยอมใช้กฎหมายก็เท่ากับว่าผู้นั้นทำตนอยู่นอกกฎหมาย แม้กระทั่งศาลยุติธรรมก็จำเป็นต้องใช้กฎหมายไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ หากศาลปฏิเสธไม่ยอมใช้กฎหมายหรือใช้ให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่บัญญัติก็เท่ากับว่าศาลตั้งตนเป็นผู้บัญญัติกฎหมาย

³² สมยศ เชื้อไทย. (2553, มิถุนายน). *ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไปความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมายและระบบกฎหมายความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์* (พิมพ์ครั้งที่ 16). หน้า 161-162.

เสียเอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผิดหลักการอย่างยิ่ง เพราะเป็นหน้าที่ของผู้บัญญัติกฎหมายต่างหากที่จะต้องแก้ไขกฎหมายให้ยุติธรรมสอดคล้องกับสภาพของสังคม ดังนั้น การตีความกฎหมายในกรณีนี้จึงจะเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายมีความกำกวมไม่ชัดเจน หรืออาจแปลความหมายไปได้หลายทางเท่านั้น

2.4 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสถาปนาและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญเป็นการศึกษาถึงอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้น โดยในทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญจะถือว่าอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ และอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญควบคู่กันไป

2.4.1 อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ³³

อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (le pouvoir constituant) หรือบางครั้งเรียกว่า อำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด ได้มีการนิยามความหมายว่าเป็นเจตนารมณ์โดยสมัครใจทางการเมืองที่มีอำนาจในการตัดสินใจรวมกันทั้งหมดอย่างเป็นรูปธรรมที่มีอยู่เหนือแบบ และเหนือรูปแบบการดำรงอยู่ของทางการเมือง ซึ่งหมายถึงการกำหนดการดำรงอยู่ของความเป็นเอกภาพทางการเมืองทั้งหมด ดังนั้น ความสมบูรณ์ของกฎ ข้อกำหนดทั้งหลายของกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมมาจากเจตนารมณ์โดยสมัครใจ ทั้งนี้ เจตนารมณ์ที่สูงสุดทางการเมืองดังกล่าวอาจแสดงออกมาจากพระเจ้า พระมหากษัตริย์ ประชาชน หรือชาติ แล้วแต่กรณี ที่เรียกว่า ผู้ที่ทรงอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรือผู้ที่ทรงอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด (le sujet du pouvoir constituant) ซึ่งในแต่ละกรณีก็แสดงออกถึงการปกครองในระบบที่แตกต่างกันไป ในสมัยการปฏิวัติครั้งใหญ่ของฝรั่งเศสช่วงปี ค.ศ. 1788 - 1789 ได้มีการสร้างแนวความคิดว่าอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดดังกล่าวเป็นของประชาชน โดยประชาชนมีอำนาจในการตัดสินใจทุกอย่างที่เป็นอิสระเหนือแบบและรูปแบบของการดำรงอยู่ทางการเมือง โดยซีเอเยส์ (Sieyès) กล่าวในปี ค.ศ. 1795 ว่า

“ความคิดที่บริสุทธิ์และมีประโยชน์ได้รับการสร้างขึ้นในปี ค.ศ. 1788 กล่าวคือ เป็นการแบ่งแยกระหว่างอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดและอำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ได้รับการสร้างขึ้น การแบ่งแยกดังกล่าวนับได้ว่าเป็นการค้นพบที่เป็นก้าวหนึ่งทางวิทยาศาสตร์ที่ว่ามันเป็นผลเนื่องมาจากประชาชนชาวฝรั่งเศสนั่นเอง”

ตามความคิดของซีเอเยส์ถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดโดยเหตุผลสองประการคือ ประการแรก ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมาย และระบบองค์กรอยู่เลย อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง

³³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2552). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 116.

และให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เป็นผู้สร้างรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นผู้สร้างอำนาจนี้จึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือสิ่งที่ถูกสร้างและเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้น (pouvoir constitué) ประการที่สอง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมือง ในการปกครอง ผลคือ รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ และองค์กรอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐสภา รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการ รัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ (pouvoir constitué) มาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น³⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการยอมรับว่า ซีเอเย่ส์เป็นบุคคลแรกที่สร้างแนวความคิดเรื่องประชาชนในนามของชาติมีอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด

นักกฎหมายฝรั่งเศสส่วนใหญ่เชื่อว่า ซีเอเย่ส์เป็นผู้คิดค้นแนวความคิดอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดขึ้นมาโดยความเชื่อดังกล่าวได้แผ่ขยายไปยังสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย ดังจะเห็นได้จากวิทยานิพนธ์ของ Carl Schmitt นักกฎหมายได้กล่าวไว้ว่า “ซีเอเย่ส์เป็นผู้สร้างทฤษฎีอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด เป็นการถูกต้องที่เขาได้อุทิศให้แก่การปฏิวัติฝรั่งเศส และได้แยกให้เห็นอย่างชัดเจนถึงจุดเริ่มต้นระหว่างอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดและอำนาจเหนือองค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้น มาตรฐานว่าจะมีอิทธิพลของรูปแบบอเมริกันชนอย่างมาก และในปี ค.ศ. 1789 ที่บ่งชี้ถึงจุดเริ่มต้นของหลักการเมืองอันใหม่ รัฐธรรมนูญอเมริกันนั้นบ่งชี้ให้เห็นถึงทฤษฎีรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง...”

อิทธิพลของซีเอเย่ส์ในเรื่องดังกล่าวได้สะท้อนออกมาให้เห็นในรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ฉบับของฝรั่งเศสในภายหลังที่บัญญัติให้ประชาชนในนามรวมคือชาติเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดดังปรากฏในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน และนอกจากนี้ยังไปปรากฏในมาตรา 21 วรรค 3 ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 บัญญัติว่า “ความสมัครใจของประชาชนเป็นพื้นฐานแห่งอำนาจอธิปไตย” ดังนั้น จึงถือว่า รัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางกฎหมาย เป็นผลงานของอำนาจที่ได้รับมอบหมายมาเพื่อจัดสร้างรัฐธรรมนูญ และอำนาจดังกล่าวถูกเรียกว่าอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2544). *รวมคำบรรยายเนติฯ ภาคหนึ่ง สมัยที่ 54 การบรรยายครั้งที่ 3*. หน้า 19.

อย่างไรก็ตาม มีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยและกล่าวว่าซีเอเย่ส์ไม่ใช่บุคคลแรกที่สร้างแนวความคิดในเรื่องดังกล่าว ดังปรากฏใน Mémoire de Lafayette ว่า “...ทราบแต่เพียงว่ามากกว่าสองปีก่อนปี ค.ศ. 1788 ว่าชาวอเมริกันไม่เป็นเพียงแต่สร้างแนวความคิดดังกล่าวขึ้นมาเท่านั้น แต่ยังสามารถใช้แนวความคิดดังกล่าวในสภาร่างรัฐธรรมนูญหลาย ๆ ชุดของรัฐด้วยว่า รัฐธรรมนูญของรัฐสามารถได้รับการเปลี่ยนแปลงโดยอาศัยอำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด...” ดังนั้นความคิดเห็นดังกล่าวชาวอเมริกันได้เป็นผู้สร้างแนวความคิดก่อนฝรั่งเศสถึงสองปี และแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลเหนือการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789

โดยที่คำว่า “อำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุด” (le pouvoir constituant) คือ อำนาจในการก่อร่างสร้างรัฐธรรมนูญหรืออำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยอำนาจในการก่อร่างสร้างรัฐธรรมนูญมีชื่อเรียกว่า “อำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิม” (le pouvoir constituant originaire) และอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีชื่อเรียกว่า อำนาจในการเปลี่ยนแปลงองค์กรที่ได้รับมอบมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กร (le pouvoir constituant dérivé) ในทางทฤษฎีแล้วทุก ๆ อำนาจในการจัดตั้งองค์กรสูงสุดนั้นเป็นอำนาจดั้งเดิมทั้งสิ้นซึ่งเป็นของบุคคลที่เป็นผู้ทรงสิทธิในอำนาจอธิปไตยในรัฐ และการที่แนวความคิดการปกครองในปัจจุบันเข้าใจคำว่าประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจึงเป็นของชาติหรือไม่ก็เป็นของประชาชนแล้วแต่กรณี ส่วนที่กล่าวกันว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระมหากษัตริย์ในยุคการปกครองที่พระมหากษัตริย์อยู่ใต้รัฐธรรมนูญเป็นเพียงภาพพจน์ทางสถาบันเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้วเจตจำนงของประชาชนต่างหากที่เป็นตัวดำเนินการอำนาจดังกล่าว ส่วนองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดดั้งเดิมนั้น ได้รับการเรียกว่าองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองดั้งเดิม (pouvoir constitué) อำนาจดังกล่าวนี้ปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในระบบของการมีผู้แทนซึ่งอาจเป็นผู้แทนของชาติหรือของประชาชนก็ได้แล้วแต่กรณี que แสดงให้เห็นในรูปแบบของสภานิติบัญญัติ สภานิติบัญญัติจึงใช้อำนาจดังกล่าวในการสร้างกฎหมายของรัฐขึ้นด้วยเหตุดังกล่าวจึงกล่าวกันว่า อำนาจที่ได้รับมอบอำนาจมาจากอำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดเป็นอำนาจในรัฐและอยู่ภายใต้อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดซึ่งก็หมายความว่าอำนาจที่ถูกจำกัดได้ ขณะที่อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดเป็นอำนาจนอกรัฐเพราะเป็นอำนาจสูงสุดและไม่มีเขตจำกัด

สำหรับผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรทุกฉบับที่ได้ประกาศใช้ต่อมามีผลเป็นผลงานที่เกิดจากผู้มีอำนาจทางการเมือง อำนาจดังกล่าวในทางวิชา

กฎหมายรัฐธรรมนูญเรียกว่า “อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ” ในฐานะที่เป็นรัฐชาติปิตัยหรือเจ้าของอำนาจอธิปไตย ซึ่งได้แก่³⁵

1. ประมุขของรัฐเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

ผู้มีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น โดยการแสดงเจตนาของพระมหากษัตริย์แต่ฝ่ายเดียว โดยเฉพาะในประเทศที่มีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แต่ในภายหลังพระมหากษัตริย์ทรงยอมจำกัดอำนาจของพระองค์เอง โดยจัดให้มีสภานิติบัญญัติขึ้น และทรงยอมรับรู้ในสิทธิเสรีภาพบางประการของราษฎร รัฐธรรมนูญได้ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจเหนือราษฎรอยู่ และรัฐธรรมนูญประเภทนี้ยังไม่ถือว่าเป็นประชาธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นฉบับแรก ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1889 และได้ยกเลิกเมื่อหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เมื่อ ค.ศ. 1815 รัฐธรรมนูญของประเทศเอธิโอเปีย ค.ศ. 1931 และรัฐธรรมนูญของประเทศโมนาโก ลงวันที่ 5 มกราคม ค.ศ. 1911 แต่รัฐธรรมนูญวิธีนี้ได้ก่อให้เกิดผลดี คือ การที่พระมหากษัตริย์ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญเอง เป็นการช่วยให้ประเทศรอดพ้นจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เพราะประมุขของรัฐได้รับจัดให้มีรัฐธรรมนูญก่อนที่ประชาชนจะร้องขอ หรือใช้อำนาจบังคับ และมีผลให้ประชาชนเคารพประมุขของรัฐมากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทย พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐเคยมีพระราชดำริจะพระราชทานรัฐธรรมนูญ เช่น สมัยรัชกาลที่ 5 มีโครงการจัดร่างรัฐธรรมนูญขึ้นพอเป็นเค้าโครงในการจัดรูปแบบการปกครองประเทศใหม่ เรียกว่า “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสมเด็จพระยาเทววงศ์วโรปการ” แต่โครงการนี้ไม่ได้วิวัฒนาการไปมากนัก

ต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 7 ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญจำนวนสองฉบับ เป็นการปกครองแบบพระมหากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏว่าคณะอภิรัฐมนตรีสภาในเวลานั้นไม่เห็นด้วยกับร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ แผนการที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับรัชกาลที่ 7 เพื่อพระราชทานแก่ชาวไทย ในวันที่ 6 เมษายน 2475 จึงถูกระงับไป

ต่อมาในวันที่ 24 มิถุนายน 2475 คณะราษฎรได้ก่อการปฏิวัติสำเร็จ และประกาศและประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่ได้เตรียมร่างไว้ก่อนแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย ชื่อว่า “พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” โดยเกิดจากความตกลงระหว่างประมุขของรัฐกับคณะบุคคล กล่าวคือ เมื่อคณะราษฎรได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยสำเร็จ เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ก็ได้้นำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าถวายต่อ

³⁵ พรชัย เลื่อนฉวี. (2546, กุมภาพันธ์). *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 17-25.

พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 7 เพื่อให้ทรงยินยอมเป็นกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และพระองค์ท่านได้ยอมรับตามคำขอร้องของคณะราษฎร ดังนั้น จะเห็นได้ว่าผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญตามประเภทนี้ยังไม่เกิดขึ้นในประเทศไทย

2. ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

คณะบุคคลจะร่วมกันใช้กำลังบังคับรัฐบาล เพื่อเปลี่ยนรูปการปกครองหรือคณะรัฐบาลโดยพลการหรือไม่มีการเจรจาตกลงกับประมุขของรัฐหรือรัฐบาลชุดก่อน เรียกการกระทำนี้ว่า “การปฏิวัติหรือการรัฐประหาร” กรณีดังกล่าว ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จก็จะเป็นผู้จัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้น และบางครั้งเป็นผู้จัดทำกฎหมายการปกครองประเทศเป็นการชั่วคราวในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ และภายหลังอาจจัดให้มีกฎหมายการปกครองประเทศในรูปของรัฐธรรมนูญต่อไป เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายการปกครองประเทศ และมีสาระสำคัญว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง สถาปนาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญของคณะรัฐมนตรีดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่อยู่ต่อไป และศาลทั้งหลายมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาคดีตามบทกฎหมายและประกาศของคณะปฏิวัติ จึงมีข้อสังเกตว่า ผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารสำเร็จ ก็เป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญได้ และในบางครั้งเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ และบางครั้งก็นำรัฐธรรมนูญที่ตนได้เตรียมไว้ก่อนแล้วมาประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญของประเทศ

3. ราษฎรเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

ราษฎรที่ร่วมกันก่อการปฏิวัติ หรือเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในประเทศได้สำเร็จ ราษฎรทั้งปวงย่อมกลายเป็นรัฐชาติปิตัย เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งตนได้ช่วงชิงมาได้ แม้แต่หัวหน้าที่ก่อการปฏิวัติต้องอยู่ภายใต้ความประสงค์ของประชาชน จะกระทำการตามความพอใจของตนเองไม่ได้ เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 อันเป็นผลมาจากชาวอเมริกันจำนวน 13 รัฐใหญ่ปฏิวัติแยกตัวจากอังกฤษ เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 รัฐธรรมนูญของรัสเซีย ค.ศ. 1918 ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ชาวรัสเซียปฏิวัติยึดอำนาจจากพระเจ้านิโคลัส ในปี ค.ศ. 1917 รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1791 เป็นผลมาจากการที่ชาวฝรั่งเศสปฏิวัติยึดอำนาจจากพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ในปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นไป

4. ประมุขของรัฐและราษฎรหรือคณะบุคคลเป็นผู้มีอำนาจร่วมกันจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญที่เกิดจากข้อตกลงระหว่างกษัตริย์กับราษฎรหรือคณะบุคคลคณะหนึ่งหรือถือกันว่ากระทำในนามของราษฎรจัดการร่วมกันให้มีขึ้น รัฐธรรมนูญชนิดนี้ย่อมมีลักษณะประชาธิปไตยค่อนข้างมาก และมักเกิดจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งเห็นความสำคัญและความ

จำเป็นที่ต้องมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขต่อไป เพื่อความเจริญและความสงบสุขของประเทศชาติ แต่จำกัดพระราชอำนาจของพระองค์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ และพระมหากษัตริย์ทรงยอมรับรองรัฐธรรมนูญนั้น เช่น รัฐธรรมนูญของกรีก ค.ศ. 1845 รัฐธรรมนูญของรูมาเนีย ค.ศ. 1864 รัฐธรรมนูญของบัลแกเรีย ค.ศ. 1869 ก็มีลักษณะเช่นเดียวกัน

สำหรับประเทศไทยถือเป็นประเพณีทางการเมืองตลอดว่า ไม่ว่าจะมีการปฏิวัติหรือรัฐประหารเกิดขึ้นครั้งใด การตรารัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับใหม่ต้องถือว่าเป็นความตกลงร่วมกันระหว่างประมุขของรัฐกับคณะผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารเสมอ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 เป็นต้น โดยพิจารณาจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า ผู้ก่อการปฏิวัติหรือรัฐประหารมีเจตนาที่จะขอพระราชทานความเห็นชอบและขอประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามคำกราบบังคมทูลของผู้ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร

5. ผู้มีอำนาจจากองค์กรภายนอกในฐานะเป็นผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา ได้มีประเทศใหม่เกิดขึ้นมากและส่วนใหญ่เป็นประเทศที่เพิ่งได้รับเอกราช ประเทศเหล่านี้ย่อมปรารถนาที่จะมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการปกครองประเทศโดยเร็วที่สุด เพราะการมีรัฐธรรมนูญย่อมแสดงฐานะระหว่างประเทศของตน

ผู้มีอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญขึ้นในประเทศเหล่านี้ จะให้เป็นไปตามวิถีทางสัทธิวิธีไม่ได้ โดยเฉพาะช่วงเปลี่ยนจากสภาพอาณานิคมหรือเมืองขึ้น ไปสู่ความเป็นเอกราช เพราะเมื่อรัฐเจ้าอาณานิคมจะให้เอกราชคืนแก่รัฐได้อาณานิคม รัฐเจ้าอาณานิคมมักตกลงเป็นเงื่อนไขก่อนเสมอว่า รัฐได้อาณานิคมต้องจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐเจ้าอาณานิคมรับรองแล้ว เช่น อังกฤษให้เอกราชคืนแก่มลายู ในปี ค.ศ. 2500 และสิงคโปร์ ในปี ค.ศ. 2506 เป็นต้น

กรณีที่ได้เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ กรณีของรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น ฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1947 (รัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านี้นี้ คือ รัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1889 เรียกว่า รัฐธรรมนูญเมอิจิ) เมื่อกองทัพทหารฝ่ายสัมพันธมิตรเข้ายึดครองญี่ปุ่นได้ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ผู้บัญชาการทหารในเวลานั้น คือ นายพลแมค อาเธอร์ ได้เสนอว่า ญี่ปุ่นจะปลอดจากการถูกยึดครอง และได้เอกราชโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดคกฏเกณฑ์การปกครองประเทศจนเป็นที่พอใจแก่รัฐบาลอเมริกันแล้ว กรณีนี้ถือได้ว่า รัฐบาลอเมริกันอยู่ในฐานะผู้มีอำนาจจัดให้มีและในขณะนั้น นายพลแมค อาเธอร์ ได้ตั้งคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญขึ้น ประกอบด้วยชาวอเมริกัน จำนวน 25 คน โดยมีนายพลวิทนีย์ เป็นประธานคณะกรรมการ ใช้เวลาร่างเพียง 6 วัน และได้รัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ฉบับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจ

ภายนอกรัฐเป็นผู้จัดให้มีขึ้นอาจก่อให้เกิดผลเสีย คือ ทำให้ประชาชนขาดความภาคภูมิใจในรัฐธรรมนูญของตน ซึ่งเป็นเหตุผลทางจิตวิทยาการเมือง และรัฐธรรมนูญอาจมีบทบัญญัติบางอย่างที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะนิสัย สภาพภูมิศาสตร์ ประวัติศาสตร์ และความเป็นอยู่ของประชาชน

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ประเทศที่ได้รับเอกราชใหม่ ๆ ทั้งในทวีปอเมริกาหรือในทวีปยุโรป จะหาทางแก้ไขโดยวิธีเปลี่ยนรัฐธรรมนูญที่ได้รับเสียแต่ตอนแรก ๆ หรืออาจใช้วิธีการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญบางฉบับก็เป็นสิ่งที่รัฐเจ้าอาณานิคมได้ให้ไว้แก่เมืองขึ้นของตนก่อนที่จะเป็นเอกราชโดยแท้จริงหลายปี เช่น รัฐธรรมนูญอินเดีย ค.ศ. 1943 (อินเดียได้รับเอกราช เมื่อ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1947) รัฐธรรมนูญของฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1935 (ฟิลิปปินส์ได้รับเอกราช เมื่อปี ค.ศ. 1946) เป็นต้น

2.4.2 อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ³⁶

ผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญอาจเกิดขึ้นได้โดยผู้มีอำนาจในขณะนั้นจัดให้มีขึ้น ฉะนั้น สิทธิเสรีภาพของประชาชนจะมากขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจจัดทำให้มีรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญอาจเกิดจากประมุขของรัฐ จากการตกลงระหว่างประมุขแห่งรัฐกับราษฎร จากคณะปฏิวัติ จากรายการฝ่ายเดียว หรือทั้งสามฝ่ายร่วมกัน หรืออาจเกิดจากบุคคลภายนอกก็ได้ เช่น รัฐเจ้าอาณานิคมบอกให้เอกราชต่อรัฐที่อยู่ในอาณาเขตของตน แต่รัฐนั้นต้องมีรัฐธรรมนูญ การจัดทำรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้ คือ อาจจัดทำโดยบุคคลคนเดียว คณะบุคคล หรือสภานิติบัญญัติ หรือสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยสามารถอธิบายได้ ดังนี้

1. อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยบุคคลคนเดียว หมายถึง กรณีบุคคลคนเดียวจัดทำรัฐธรรมนูญ ส่วนมากเกิดจากการปฏิวัติ หรือรัฐประหาร และผู้ปฏิวัติหรือผู้กระทำรัฐประหารได้จัดทำร่างรัฐธรรมนูญเตรียมไว้แล้ว ร่างรัฐธรรมนูญประเภทนี้มักมีข้อความสั้น ๆ และมุ่งหมายจะให้ป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

2. อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยคณะบุคคล ได้แก่ การตั้งคณะบุคคลขึ้นคณะหนึ่งประมาณ 10 - 15 คน เรียกว่า คณะกรรมาธิการ เพื่อทำหน้าที่ยกร่างและพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญ โดยคัดเลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาวิชาต่าง ๆ ประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือเพิ่งได้รับเอกราชใหม่ ๆ มักจัดทำรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ เช่น การจัดทำรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐมาเลเซีย หรือรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น เป็นต้น

³⁶ วารี นาสกุล และ อัครเดช มณีภาค. (2554, มิถุนายน). *หลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 4). หน้า 94-95.

3. อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติ

ในกรณีที่สภานิติบัญญัติเป็นผู้มีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญ มักเป็นกรณีที่ต้องการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเก่าทั้งฉบับ การให้สภานิติบัญญัติซึ่งเป็นสภาที่ใช้อำนาจในการดำเนินการทางกฎหมายอยู่แล้วเป็นผู้จัดทำเองย่อมเป็นการประหยัดค่าใช้จ่าย แต่มีข้อเสีย คือ อาจทำให้ล่าช้า เพราะต้องปฏิบัติหน้าที่นิติบัญญัติในเวลาเดียวกัน และสมาชิกสภานิติบัญญัติอาจขาดความรู้ความชำนาญในการร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งต้องอาศัยความรู้ทางทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดจากอำนาจการจัดทำรัฐธรรมนูญของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญการปกครองของราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 (มาตรา 6) ดังนั้น สภานิติบัญญัติจะมีอำนาจจัดทำรัฐธรรมนูญได้ก็ต่อเมื่อรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีอำนาจจัดทำ

4. อำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ

สภาร่างรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย สมาชิกที่ราษฎรทั่วประเทศได้ออกเสียงเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใช้โดยเฉพาะ และโดยปกติสภานี้จะถูกยุบไปทันทีเมื่อรัฐธรรมนูญที่ตนร่างขึ้นนั้น ได้รับการประกาศใช้แล้ว เพื่อให้ราษฎรทำการเลือกตั้งสมาชิกเข้ามาทำหน้าที่ในสภานิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญใหม่ แต่ในบางครั้งมีความจำเป็นอยู่เหมือนกันที่สภาร่างรัฐธรรมนูญจะยุบเลิกไปทันทีไม่ได้ เพราะต้องทำงานให้ติดต่อกัน โดยในร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นนั้นมักจะมอบบัญญัติให้สภาร่างรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นสภานิติบัญญัติชั่วคราวด้วย จนกว่าจะมีการเลือกตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติขึ้น เช่น รัฐธรรมนูญของสเปน ค.ศ. 1931 กำหนดหน้าที่ในการร่างรัฐธรรมนูญของสภาร่างรัฐธรรมนูญ คือ เมื่อสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ตั้งขึ้นแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญก็จะแต่งตั้งคณะกรรมการ จำนวนประมาณ 10 - 25 คน หรือมากกว่านั้น เพื่อทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาแล้วเสนอต่อสภาร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการนี้มักเป็นคณะกรรมการวิสามัญ ประกอบด้วย กรรมการที่เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และบุคคลภายนอกที่เชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ ปรัชญา เป็นต้น

เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เข้าสู่การพิจารณาของสภาร่างรัฐธรรมนูญแล้ว สมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญทุกคนมีสิทธิขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม หรือตัดทอนข้อความได้ โดยที่สภาจะลงมติในร่างนั้นได้ต้องมีเสียงที่เห็นด้วยมากกว่ากรณีแก้ไขกฎหมายธรรมดา เช่น ต้องมีคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยได้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรก เมื่อ พ.ศ. 2491 เพื่อร่างรัฐธรรมนูญขึ้นประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2492 โดยสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิก 40 คน ต่อมาเมื่อ พ.ศ. 2502 ได้มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง เพื่อร่าง

รัฐธรรมนูญซึ่งประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2511 แต่มีข้อสังเกตว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญของไทยมาจากการแต่งตั้ง เช่น มาตรา 6 มาตรา 7 และมาตรา 8 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พุทธศักราช 2539 ได้บัญญัติให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกที่ได้รับเลือกตั้งจากรัฐสภา จำนวน 99 คน มีหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ทั้งฉบับ และประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม 2540 และการจัดทำรัฐธรรมนูญโดยสภานิติบัญญัติหรือสภาร่างรัฐธรรมนูญอาจมอบหมายให้กรรมการไปยกร่างมาก่อน แล้วให้สภาดังกล่าวเป็นผู้พิจารณาในชั้นสุดท้ายก็ได้

2.4.3 อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมและการยกเลิกรัฐธรรมนูญ³⁷

การแก้ไขเพิ่มเติม หมายถึง การเปลี่ยนแปลงข้อความจากที่มีอยู่แล้ว หรืออาจเพิ่มเติมข้อความใหม่เข้าไป ส่วนการยกเลิก หมายถึง การเลิกใช้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับ กฎหมายใดก็ตามเมื่อได้มีการประกาศใช้แล้ว ย่อมมองเห็นข้อบกพร่องของกฎหมายนั้น จึงเป็นการสมควรอย่างยิ่งที่จะให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกได้ง่าย แต่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด จึงไม่ควรให้มีการแก้ไขหรือยกเลิกได้ง่ายหรือยกเลิกได้บ่อย ๆ เช่น กฎหมายทั่วไป บางประเทศอาจกำหนดคถุเกณฑ์ในการแก้ไขหรือยกเลิกไว้ เช่น ผู้ซึ่งมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้แก่องค์กรใด เป็นต้นว่า องค์กรนิติบัญญัติหรืออาจเป็นองค์กรที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ บางประเทศอาจกำหนดให้แก้ไขได้ภายในขอบเขตที่จำกัด เช่น ประเทศตุรกีได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2504 มาตรา 9 ว่า จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเกี่ยวกับรูปของรัฐบาลในสาธารณรัฐให้เป็นประการอื่นไม่ได้ หรือสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตะวันตกได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 มาตรา 79 (3) ว่า จะไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอันเกี่ยวกับระบบสหพันธรัฐหรือกำหนดการยกเลิก เช่น กำหนดว่าฝ่ายบริหาร หรือสภานิติบัญญัติเป็นผู้ริเริ่มให้มีการแก้ไข และมอบให้คณะบุคคลหรือสภาเป็นผู้ร่างเท่ากับเป็นการแก้ไขโดยวิธีที่หนึ่ง ส่วนวิธีที่สอง เป็นการยกเลิกโดยวิธีทางรัฐธรรมนูญ คือ เมื่อเกิดการรัฐประหารขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ หมายถึง การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งในแง่ของการแก้ไขถ้อยคำหรือข้อความเดิมรวมทั้งการเพิ่มเติมถ้อยคำหรือข้อความใหม่

ฮาโรลด์ ลาสกี³⁸ ได้กล่าวว่า รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสมัยที่รัฐธรรมนูญนั้นถูกสร้างขึ้น หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรต้องสอดคล้องกับความเป็นจริงทางการเมืองในขณะที่ถูกเขียน

³⁷ วาริ นาสกุล และ อัครเดช มณีภาค. เล่มเดิม. หน้า 95-96.

³⁸ พรชัย เลื่อนฉวี. เล่มเดิม. หน้า 35-43.

ดังนั้น รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายประเภทหนึ่ง ย่อมอยู่ในสภาพที่อาจถูกแก้ไข เพื่อให้เหมาะสมกับสภาวะของประเทศ หรือสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายธรรมดาได้ และเนื่องจากรัฐธรรมนูญมีวิธีการจัดทำแตกต่างจากกฎหมายธรรมดา และเนื้อหาหรือหลักการอันเป็นสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญย่อมเกี่ยวข้องกับความมั่นคง และความเจริญของประเทศ บางกรณีจึงเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรัฐธรรมนูญกระทำได้ง่ายเหมือนกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 วรรคห้า บัญญัติว่า “ห้ามเปลี่ยนแปลงแก้ไขรูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐไปเป็นรูปแบบอื่น” (La forme republicaine du gouvernement ne peut faire l’objet d’une révision) รัฐธรรมนูญของโมร็อกโก ค.ศ. 1962 มาตรา 108 บัญญัติว่า “จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกี่ยวกับรูปประมุขของรัฐแบบกษัตริย์ หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับศาสนาอิสลามหาได้ไม่” แต่มีข้อสังเกตว่าการห้ามแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราอาจเป็นการกำหนดว่า หลักเกณฑ์เรื่องนั้น ๆ จะต้องใช้บังคับตลอดไป เช่น รัฐธรรมนูญของจีน ค.ศ. 1941 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สาธารณรัฐจีนจะต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันตลอดไป” เป็นต้น

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมักเป็นเรื่อง รูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ อาณาเขตของประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐจีน ค.ศ. 1946 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เขตแดนของสาธารณรัฐจีนจะไม่มีเปลี่ยนแปลง เว้นเสียแต่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งชาติ หรือรัฐธรรมนูญของประเทศโปแลนด์ ค.ศ. 1952 บัญญัติว่า “ดินแดนส่วนที่เป็นโปแลนด์ได้รับมาในครั้งนี้ จะต้องอยู่กับโปแลนด์ตลอดไป” ศาสนาประจำชาติ รูปแบบเศรษฐกิจสังคม และการเมืองแบบสังคมนิยม เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐประชาชนจีน ค.ศ. 1982 มาตรา 1 วรรคสอง บัญญัติว่า “ระบบสังคมนิยมเป็นระบบการปกครองขั้นมูลฐานของสาธารณรัฐประชาชนจีน ห้ามบุคคลใดหรือองค์กรใดมีเจตนาที่จะทำลาย” ความเป็นเอกภาพ เช่น มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวกัน จะแบ่งแยกมิได้” ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลมลรัฐกับรัฐบาลกลาง เช่น สหรัฐอเมริกา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีตะวันตก เป็นต้น

สำหรับวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ อาจแก้ไขได้สองวิธี คือ รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย และรัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก ดังนี้

รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ง่าย คือ รัฐธรรมนูญที่อาจแก้ไขได้โดยวิธีเช่นเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา กฎหมายฉบับหนึ่งอาจออกมาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญของอังกฤษ อิสราเอล นิวซีแลนด์ เป็นต้น โดยเพียงพระราชบัญญัติธรรมดาที่อาจยกเลิกสถาบันการปกครอง และสถาปนาสถาบันการปกครองใหม่ขึ้นในประเทศนั้นได้

รัฐธรรมนูญที่แก้ไขได้ยาก คือ รัฐธรรมนูญที่จะแก้ไขโดยวิธีเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดาไม่ได้ แต่จะต้องทำโดยวิธีพิเศษและยากกว่า เช่น รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

นอกจากนี้กระบวนการควบคุมรัฐธรรมนูญโดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เพื่อให้มีลักษณะเป็นการแก้ไขได้ยากอาจใช้กระบวนการควบคุม ดังนี้

1. การควบคุมผู้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ

โดยทั่วไปแล้วผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญส่วนมากจะเป็นผู้ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายให้สภานิติบัญญัติพิจารณา ได้แก่ ประมุขของรัฐ สมาชิกสภานิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ประชาชน ในกรณีที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิประมุขของรัฐเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ เช่น รัฐธรรมนูญของอินเดีย ค.ศ. 1959 การเสนอขอแก้ไขของประมุขของรัฐต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและสมาชิกสภานิติบัญญัติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสาม หรือรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 89 บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีเป็นผู้มีสิทธิเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยการเสนอแนะของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกสภา”

รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สิทธิแก่สภานิติบัญญัติเป็นผู้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การขอเสนอแก้ไขเป็นไปโดยยาก ไม่มีรัฐธรรมนูญของประเทศใดยินยอมให้สภานิติบัญญัติเสนอการแก้ไขโดยเอกเทศ รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ต้องมีสมาชิกจำนวนหนึ่งลงชื่อรับรอง เช่น รัฐธรรมนูญของอียิปต์ กำหนดให้ต้องมีสมาชิกสภานิติบัญญัติจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (1) กำหนดให้ผู้ตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าห้าหมื่นคน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้สิทธิแก่ฝ่ายบริหารเป็นผู้เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (1) ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีสิทธิเสนอผู้ตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้

ในกรณีที่รัฐธรรมนูญให้สิทธิแก่ประชาชนเป็นผู้เสนอ เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลี ค.ศ. 1948 กำหนดให้ประชาชนที่เข้าชื่อเสนอต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าห้าแสนคน เป็นต้น

2. การควบคุมผู้ดำเนินการพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของประเทศส่วนใหญ่จะกำหนดให้สภานิติบัญญัติเป็นผู้ดำเนินการแก้ไข โดยถือว่าสภานิติบัญญัติประกอบด้วย ผู้แทนของปวงชน ซึ่งถูกเลือกตั้งตามบทบัญญัติ

ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่สภานิติบัญญัติเป็นระบบสองสภา สภาทั้งสองจะประชุมร่วมกันแก้ไข มีข้อน่าสังเกตว่า ประเทศส่วนมากไม่นิยมจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการพิเศษขึ้นมา เพื่อดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญเหมือนกับการจัดทำรัฐธรรมนูญ

3. การควบคุมวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

สาระสำคัญของวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คือ การลงมติให้ความเห็นชอบข้อเสนอขอแก้ไข การให้ความเห็นชอบผลของการแก้ไขของสภานิติบัญญัติ และการให้ความเห็นชอบเพื่อส่งให้ประมุขของรัฐประกาศใช้บังคับต่อไป

การลงมติทั้งสามกรณีดังกล่าวข้างต้น ต้องเป็นการลงมติที่มีจำนวนคะแนนเสียงข้างมากเป็นพิเศษ เช่น สองในสามของจำนวนสมาชิกซึ่งมาประชุม หรืออาจสองในสามของสมาชิกทั้งหมด ไม่ว่าจะป็นสภาเดียวหรือสองสภา แต่บางประเทศ เช่น ออสเตรเลีย และอิตาลี กำหนดว่าจะต้องให้คะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด เป็นต้น

4. การควบคุมระยะเวลาแก้ไขรัฐธรรมนูญ

เพื่อให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขยาก บางประเทศจึงได้กำหนดให้การแก้ไขต้องกระทำในระยะเวลาอันพอสมควร เช่น รัฐธรรมนูญเบลเยียม เนเธอร์แลนด์ และกรีซ (ค.ศ. 1864) ได้บัญญัติให้ยุบสภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่แก้ไขเรียบร้อยแล้ว เมื่อราษฎรได้เลือกสมาชิกชุดใหม่ประกอบเป็นสภานิติบัญญัติแล้ว สภานิติบัญญัติใหม่ต้องลงมติให้ความเห็นชอบการแก้ไขรัฐธรรมนูญของสภานิติบัญญัติ ซึ่งถูกยุบไปแล้ว สภาใหม่จะแก้ไขประการใดไม่ได้

ส่วนรัฐธรรมนูญของเดนมาร์ก ฟินแลนด์ และสวีเดน บัญญัติว่า จะยุบสภาเพื่อให้สภาใหม่ลงมติให้ความเห็นชอบหรือไม่ก็ได้

นอกจากบัญญัติให้สภานิติบัญญัติต้องถูกยุบ และสภานิติบัญญัติที่ได้รับเลือกใหม่ร่วมกันพิจารณาให้ความเห็นชอบในรัฐธรรมนูญที่แก้ไขแล้ว ยังมีรัฐธรรมนูญบางประเทศที่กำหนดหลักการให้มีระยะเวลาคั่นกลางระหว่างการลงมติแต่ละครั้ง เช่น รัฐธรรมนูญอิตาลี ได้บัญญัติให้การลงมติครั้งสุดท้ายต้องกระทำภายหลังสามเดือนของการลงมติครั้งที่สอง สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 291 (5) ได้บัญญัติว่า “เมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้สิบห้าวัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป”

5. การให้ประมุขของรัฐหรือประชาชนเข้ามามีส่วนในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

หน้าที่ของประมุขของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไข คือ การลงนามในรัฐธรรมนูญที่ได้แก้ไข รัฐธรรมนูญของหลายประเทศได้ให้อำนาจประชุมของรัฐที่จะลงนามในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้ให้อำนาจประชุมของรัฐที่จะวินิจฉัยว่า สมควรให้ประชาชนลงคะแนนเสียงแสดงประชามติในร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขแล้วหรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่

ไม่ให้ประชาชนแสดงประชามติต้องนำรัฐธรรมนูญที่แก้ไขนั้นเข้าสู่รัฐสภาเพื่อพิจารณา และต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของสมาชิกรัฐสภา รัฐธรรมนูญดังกล่าวถึงจะมีผลใช้บังคับได้

กล่าวโดยสรุปว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญไทยซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมมีวิธีการแก้ไขที่ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ คือ การเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิ่มเติมถ้อยคำลงในรัฐธรรมนูญ ย่อมเป็นไปเพื่อให้เหมาะสมกับสถานการณ์บ้านเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในหมวดที่ 15 มาตรา 291 ซึ่งต้องกระทำตามหลักเกณฑ์และวิธีการดังต่อไปนี้

1. ผู้ริเริ่มเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ

ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องมาจากคณะรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา หรือจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่า 50,000 คน ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้

2. รูปแบบที่เสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมต้องเสนอเป็นร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมการพิจารณาแก้ไข ให้รัฐสภาพิจารณาเป็นสามวาระ ดังนี้

2.1 การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ให้ใช้วิธีเรียกชื่อ และลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการแก้ไขเพิ่มเติม นั้น ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

2.2 การพิจารณาในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เข้าชื่อเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วยการออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเอาเสียงข้างมากเป็นประมาณ โดยเมื่อการพิจารณาวาระที่สองเสร็จสิ้นแล้ว ให้รอไว้ 15 วัน เมื่อพ้นกำหนดนี้แล้วให้รัฐสภาพิจารณาในวาระที่สามต่อไป

2.3 การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สามขั้นสุดท้าย ให้ใช้วิธีเรียกชื่อและลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้แก้ไขเป็นรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

3. การประกาศใช้ เมื่อการลงมติแล้ว ให้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นทูลเกล้า
ทูลกระหม่อมถวาย

2.5 เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โดยที่ “รัฐ” เป็นนิติบุคคล รัฐจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ด้วยตนเองได้ การกระทำ
ทั้งหลายของรัฐจึงต้องกระทำการโดยผ่านบุคคลธรรมดาทั้งหลายที่ดำรงตำแหน่งเป็นบุคคลของรัฐ
ทั้งสิ้น เพียงแต่กฎหมายให้ถือว่าการกระทำของบุคคลธรรมดาเหล่านั้น หากได้กระทำภายใน
ขอบเขตและเงื่อนไข หรือวิธีที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ
ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธิดังกล่าวนั้นย่อมตกได้แก่รัฐ และ
ในขณะเดียวกันหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่บางประการ หน้าที่ดังกล่าวนั้นก็ตกเป็นหน้าที่
ของรัฐมิใช่หน้าที่เป็นการส่วนตัวของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ

1. การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรง
ตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ

2. ต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐ
อันได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่
ที่ตนดำรงอยู่ และ

3. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์
ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยผ่าน
บุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้เองการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงอาจมิได้กระทำการอยู่ภายในขอบเขต
เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดานั้น
อาจจะกระทำโดยมีเจตนาที่จะทุจริตต่อหน้าที่ หรือมีมูลเหตุจงใจในการกระทำที่ไม่เป็นไปตาม
วัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือพยายามบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐเพื่อตนเองหรือกลุ่มของตนเอง
การใช้อำนาจรัฐในลักษณะดังกล่าว ล้วนแต่เป็นการกระทำที่มีความบกพร่องทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้
จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐ
ดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลายในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน
การใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้
อำนาจรัฐดังกล่าว

2.5.1 หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โครงสร้างของระบบราชการเป็นโครงสร้างแนวของเวเบอร์ (Weber)³⁹ ซึ่งเป็นลักษณะความเป็นอาชีพ และรูปแบบทางการ โครงสร้างนี้ได้รับการสนับสนุนจากฐานกฎหมายของรัฐ และมีลักษณะที่ไม่ยืดหยุ่นปรับตัวยาก มีขอบเขตอำนาจของตนที่ปรับแก้ไขยาก โดยเกิดจากเจตนาที่มุ่งปฏิบัติหน้าที่ต่อเนื่องถาวร โครงสร้างแบบนี้จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายบริหารทำให้ระบบราชการมีลักษณะตรงตัวปรับเปลี่ยนยากหรือเข้าไม่สามารถลดตัดทอนส่วนที่หมดความจำเป็นได้ง่ายแต่กลับขยายตัว โดยการขยายต่อจากโครงสร้างเดิมได้โดยไม่จำกัด ในยุคที่ระบบราชการได้ปักหลักสร้างฐานและกระชับโครงสร้างของตนไว้อย่างแข็งแรงมาตรการสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายในฝ่ายบริหาร คือ การมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาขององค์กรของรัฐ

หากพิจารณาถึงบรรดาระัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะพบว่า มีหลักการที่สำคัญสองหลักการ กล่าวคือ⁴⁰ หลักประชาธิปไตย (das demokratische Prinzip) และหลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่าหลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้หลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย แต่หากจะกล่าวถึงประเด็นเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น หลักการที่บทบาทสำคัญคือหลักนิติรัฐ

โดยที่หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ที่เป็นหลักการพื้นฐานสามารถแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้สามหลักย่อย ดังนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดหากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จะต้องไม่มีอำนาจใด

³⁹ ชัยอนันต์ สมุทวณิช. (2541). 100 ปี แห่งการปฏิรูประบบราชการ ; วัฒนาการของอำนาจรัฐและอำนาจการเมือง (พิมพ์ครั้งที่ 3). หน้า 23-24.

⁴⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ. สืบค้นเมื่อ 17 มกราคม 2556, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=241>.

อำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่ง ที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” (funktionelle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล” (personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกรวมให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจใดอำนาจหนึ่ง หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionelle Gewaltenteilung) และในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung) แล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จในขณะเดียวกัน ก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิงด้วย สภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ

2. หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังนี้

(1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมีสามรูปแบบ ดังนี้

ก. ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธ กล่าวคือ เป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

ข. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

ค. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

(2) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้สองหลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

ก. หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes) ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำ

ของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสหมิให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

3. หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte)

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrecht) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrecht) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละบุคคลรัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว ได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltgarantie) และหลักประกันที่สำคัญ คือ

หลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

2.5.2 ประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หากแบ่งวัตถุประสงค์หรือสิ่งที่มุ่งที่จะควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐออกเป็นสองลักษณะ คือ

ก. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ และ

ข. การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจในแง่ของการทุจริตต่อหน้าที่ หรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวสามารถแบ่งประเภทของการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ

1. การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กร

การควบคุมภายในองค์กรเฉพาะองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้นที่มีการควบคุมทั้งสองลักษณะ กล่าวคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติก็ดี หรือองค์กรตุลาการก็ดี การควบคุมภายในองค์กรนั้นจะมีการควบคุมเฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไป ความมุ่งหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นมีความมุ่งหมาย 3 ประการ ดังนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพื่อการควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และเพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล⁴¹

การพิจารณาเรื่องการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายไทยอาจแยกพิจารณาออกเป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ และการอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

⁴¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). หน้า 106.

(1) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ

การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ หมายถึง ระบบการอุทธรณ์ตามที่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับได้กำหนดเงื่อนไขในการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ เรื่องการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะเป็นเรื่องที่ไม่นำหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3⁴² แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนั้น เรื่องการอุทธรณ์ต่าง ๆ จึงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ

(2) การอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539)

การอุทธรณ์ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือตามกฎหมายกลาง เป็นกรณีที่น่ามาใช้ในกรณีที่กฎหมายปกครองเฉพาะมิได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ

2. การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกอาจแบ่งออกเป็น (1) การควบคุมและตรวจสอบ โดยทางการเมือง (2) การควบคุมและตรวจสอบ โดยองค์กรอิสระต่าง ๆ และ (3) การควบคุมและตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการ

(1) การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง

การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองเป็นการเฝ้าระวังความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง เพราะโดยหลักการแล้วองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญสองประการคือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติอันได้แก่การออกกฎหมายและหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภาและตามกฎหมาย บทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติในเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยขึ้นอยู่กับลักษณะของรูปรัฐบาลของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ เช่น ในระบบรัฐสภาอาจใช้วิธีการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ การตั้งคณะกรรมการสอบสวน หรือการตั้งกระทู้ถาม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมืองมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น การที่ฝ่ายบริหารคุมเสียงข้างมากในสภาที่ดี หรือการที่พรรคฝ่ายค้านจะสนใจต่อความบกพร่องเฉพาะที่ทำให้เกิด

⁴² มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

ปัญหาต่อเสถียรภาพของรัฐบาลเท่านั้น ดังนั้น การควบคุมและตรวจสอบโดยทางการเมือง จึงมีความเหมาะสมเฉพาะกับการตรวจสอบในเชิงนโยบาย หรือควบคุมและตรวจสอบเฉพาะประเด็นที่เป็นปัญหาสำคัญ ๆ เท่านั้น

(2) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ เป็นการมอบหมายให้องค์กรอิสระดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้น ๆ เช่น ผู้ตรวจเงินแผ่นดินก็จะมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบเรื่องการเงินการคลังของหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ หรือกรณีของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งหลาย ส่วนขอบเขตอำนาจของผู้ตรวจแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจเล็กน้อยเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับข้อกำหนดให้องค์กรนั้น ๆ มีอำนาจเพียงใด ตัวอย่างขององค์กรอิสระที่ตั้งขึ้นเพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น Control Yuan หรืออำนาจควบคุมตามรัฐธรรมนูญของไต้หวัน ผู้ตรวจเงินแผ่นดิน (Auditor General) และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) เป็นต้น

(3) การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนให้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่ารัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น “นิติรัฐ” หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพราะองค์กรตุลาการขององค์กรอิสระที่มีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา นอกจากนี้องค์กรตุลาการยังมีวิธีพิจารณาเพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่าง ๆ การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้นอาจแยกออกได้ 2 ระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ นอกจากการแยกเป็นระบบศาลเดี่ยวและศาลคู่แล้วในบางประเทศยังกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษ ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่าง ๆ