

รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง
การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

โดย
ผศ.ดร. ปวริศร เลิศธรรมเทวี

เสนอ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

โดย

ผศ. ดร. ปวริศร เลิศธรรมเทวี

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ
National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

ปวริศร เลิศธรรมเทวี.
รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ.-- กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.
304 หน้า.
1. รัฐธรรมนูญ--ไทย. 2. ประชาธิปไตย. I. ชื่อเรื่อง.
342.593
ISBN 978-616-8033-24-1

ชื่อหนังสือ	การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณา วินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ
ปีที่พิมพ์	พฤษภาคม 2561
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 www.constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท แอคทีฟ พริ้นท์ จำกัด 9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310 โทร. 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951 E-mail: tanapress@gmail.com

คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” ศึกษาถึงแนวคิด ความเป็นมา และนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ ตลอดจนวิเคราะห์เปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ 8 ประเทศ คือ อังกฤษ ออสเตรเลีย เนเธอร์แลนด์ โมร็อกโก จอร์แดน ญี่ปุ่น และภูฏาน และผลการศึกษาพบว่าตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีการบัญญัติเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มีเพียง 3 คดีที่กล่าวถึงประเพณีการปกครอง ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา 912/2536 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 โดยที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 นับเป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ของไทยที่ศาลได้นำหลักการเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยได้ตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่ามีความเกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองภายใต้ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) อันเป็นหลักการสากลที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับให้การรับรอง

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ หวังเป็นอย่างยิ่งว่ารายงานการศึกษาวิจัยเล่มนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในทางวิชาการในการนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ และเป็นแหล่งข้อมูลเพื่อการศึกษาค้นคว้าในชุมชนทางวิชาการต่อไป

(นายเชาวนะ ไตรมาศ)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

คำปรารภ

รายงานวิจัยว่าด้วยประเพณีทางรัฐธรรมนูญเล่มนี้มีที่มาจากโครงการวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเรื่อง “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” ซึ่งข้าพเจ้าได้ทำการวิจัยให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญตามสัญญาจ้างเลขที่ 16/2559 ลงวันที่ 27 พฤษภาคม 2559

ข้าพเจ้าได้พิจารณาเห็นว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เป็นเรื่องที่ควรรู้ไม่จำกัดเฉพาะในวงการนักศึกษานักวิชาการเท่านั้น แต่ยังจำเป็นต้องรู้อย่างยิ่งสำหรับนักการเมืองและประชาชนทั่วไป เนื่องจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นกลไกสำคัญที่คอยควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของสถาบันทางการเมืองให้เป็นไปตามกรอบและขอบเขตภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ตระหนักความสำคัญและสนับสนุนการวิจัยในเรื่องดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่น่ายินดีเป็นอย่างยิ่ง

ขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ได้ให้ข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาวิจัยในการประชุมสัมนาวิชาการเมื่อวันอังคารที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2560 ณ โรงแรม เดอะ เซนต์ รีจีส (St. Regis Hotel) กรุงเทพฯ โดยเฉพาะ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ คุณเกียรติฟ้า เลาหะพรสวรรค์ คุณบุญเสริม นาคสาร คุณนนท์นิพัทธ์ โพธิ์เดชธำรง ว่าที่ร้อยตรีดิเรก สุขสว่าง คุณอัจฉราพร พรมุกดา คุณกล้า สมุทวณิช ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า รองศาสตราจารย์สิทธิกร ศักดิ์แสง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ตรีเนตร สาระพงษ์ และขอขอบคุณคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ให้ข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าและวิจัยเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

การวิจัยในครั้งนี้ได้รับประโยชน์จากมุมมองจากนักวิชาการด้านรัฐธรรมนูญ รัฐศาสตร์และกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่าน อาทิ Justice Michael Kirby (High Court of Australia), Professor Tom Ginsburg at University of Chicago, Professor Andrew Harding at National University of Singapore, Professor

Hilaire Barnett at University of London, Professor Graham Dutfield at University of London, Professor Brian Galligan at University of Melbourne, Professor Tim Stephen at University of Sydney, Jeff King at University College London, Professor Robert Hazell at University College London และ Professor Kaku Shun at Hokkaido University จึงขอขอบคุณไว้ ณ ที่นี้

ดร.ปวริศร เลิศธรรมเทวี
สิงหาคม 2560

บทคัดย่อ

รายงานวิจัยฉบับนี้กล่าวถึงการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยมีขอบเขตและวัตถุประสงค์สำคัญในการศึกษา 3 ประการ กล่าวคือ (1) ศึกษาแนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (2) ศึกษาเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี โดยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ และ (3) ศึกษาตัวอย่างของประเพณีทางรัฐธรรมนูญทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการวางกรอบการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญที่ตกผลึกเป็นมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ปรากฏเป็นครั้งแรกในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2502 และตั้งแต่มีการบัญญัติเรื่องประเพณีการปกครองดังกล่าวมีเพียง 3 คดี ที่กล่าวถึงประเพณีการปกครองฯ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 แต่ยังเป็นจำนวนน้อยเกินว่าจะตกผลึกเป็นหลักการทางกฎหมายในตัวเอง รายงานวิจัยฉบับนี้ได้วิเคราะห์ถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศพบว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยมีความคล้ายคลึงและแตกต่างกับกรณีศึกษาของต่างประเทศ ซึ่งสรุปได้ดังนี้ (1) การสืบราชสมบัติซึ่งเป็นประเพณีที่เป็นหลักการพื้นฐานของทุกประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ (2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะและความสัมพันธ์ของพระมหากษัตริย์กับสถาบันทางการเมือง กษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้งตำแหน่งสำคัญๆ อาทิ นายกรัฐมนตรี ซึ่งอาจเกิดกรณีการพระราชทานนายกรัฐมนตรีดังกรณีที่เคยปรากฏในประเทศไทย ปี พ.ศ. 2516 หรือในออสเตรเลียปี ค.ศ. 1975 (3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับมารยาททางการเมืองซึ่งไม่ปรากฏในประเทศไทย (4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ อาทิ ศาลอังกฤษซึ่งไม่แทรกแซงอำนาจนิติบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึง

การเคารพอำนาจอธิปไตยของประชาชน (5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย และการกำหนดนโยบายในอังกฤษ ซึ่งรัฐสภามีบทบาทเป็นอย่างมากในการวางกรอบการดำเนินงานหรือการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร

ข้อเสนอแนะที่ได้จากการวิจัยในครั้งนี้ แบ่งเป็น 3 แนวทาง กล่าวคือ (1) ข้อเสนอแนะนิติวิธีการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (2) ข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ โดยอาจเลือกรับปรับใช้จากบทเรียนที่ได้จากการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่เป็นประเพณีปฏิบัติที่ดี และ (3) การบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อสร้างความชัดเจนในการปรับใช้และจะส่งเสริมให้การใช้และการตีความเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการแห่งกฎหมายและความเที่ยงธรรมต่อไป

ABSTRACT

This report is designed to address the central questions related to the nature and scope of Thailand's constitutional conventions. Its aims and scopes are threefolds: (1) to examine the historical developments of the constitutional conventions of Thailand, (2) to analyse the precedents established by the Thai courts in relation to such conventions, and (3) to consider the Thai constitutional conventions by comparing them with those of other jurisdictions. The main objective of the report is to provide policy and conceptual framework for the Thai Constitutional Court in relation to the constitutional convention.

The origin of constitutional conventions as appears in provision 5 of the Thai Constitution B.E. 2560 can historically be traced back to the text of the Constitution B.E.2502. However, it cannot be deemed as the jurisprudence of law since, to date, there have only been a relatively few cases of conventions being enforced by the Thai courts, namely the Dika Court's Decision No. 912/2536, the Constitutional Court's Decision No. 6/2543 and the Constitutional Court's Decision No. 3/2559. After examining the Thai and other constitutional conventions, it can be observed that five common fundamental conventions exist in Thailand and other countries: (1) a hereditary monarchy which is historically the most fundamental type of monarchy and remains the dominant form in the country with monarchical regime, (2) conventions that govern the relationship between the Head of the State and other political institutions, which include the appointment and dismissal of a prime minister as illustrated in Thailand in B.E.2516 and in Australia in 1975 during what is commonly called a constitutional crisis, (3) conventions that regulate the ethics of political actors. Such conventions are absent in Thailand (4) constitutional convention in which there is a relationship between them and the separation of powers. (5) con-

ventions, particularly in England, that decree that public policies must always be initiated by the Parliament, thereby setting the duties and authory for the exercise of the Executive.

Three recommendations must be satisfied in order to regulate the Thai Constitutional Court to act according to the rule of law and execute its duty impartially. Firstly, the Thai Constitutional Court is invited to follow the rules of interpretation. Secondly, it is invited to observe existing conventions, such as those of other jurisdictions. Lastly, it is suggested that conventions should be codified into a form of statutes.

สารบัญ

หน้า
คำนำ ..... (ก)
คำปรารภ ..... (ข)
บทคัดย่อ ..... (ง)
Abstract ..... (ฉ)
สารบัญ ..... (ซ)
สารบัญตาราง ..... (บ)
สารบัญเอกสารกฎหมายรัฐธรรมนูญ ..... (ป)
สารบัญคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ..... (ผ)
บทที่ 1 บทนำ 1
1.1 หลักการและเหตุผล 1
1.2 หลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบ 11
1.2.1 ระบอบการปกครองประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข 11
1.2.2 ลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ 13
1.2.3 ปรากฏกรณีตัวอย่างหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับ การนำประเพณีการปกครองมาใช้ 14
1.2.4 บทบาทและความสำคัญด้านภูมิรัฐศาสตร์ (Geo-Politics) และอิทธิพลระบบกฎหมายของประเทศ ที่นำมาศึกษา 15
1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย 16
1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย 17
1.5 ระเบียบวิธีวิจัย 17
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 18
1.7 โครงสร้างรายงานวิจัย 18
บทที่ 2 นิติวิธีว่าด้วยการตีความ : หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎี และแนวปฏิบัติ 22
2.1 บทนำ 22
2.2 หลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป 24

2.2.1 การค้นหาความหมาย 24
2.2.2 การตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่าง ลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย 28
2.2.3 การตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของเนื้อหา บทบัญญัติกฎหมายทั้งฉบับ 30
2.2.4 การตีความโดยคำนึงถึงหลักการเหตุผล และเจตนารมณ์แห่งกฎหมายของผู้ร่างฯ 32
2.3 ทฤษฎีว่าด้วยการตีความกฎหมาย 32
2.3.1 ทฤษฎี “Literal Rule” 32
2.3.2 ทฤษฎี “Mischief Rule” 35
2.3.3 ทฤษฎี “Golden Rule” 36
2.3.4 ทฤษฎี “Purposive Approach” 38
2.4 แนวทางการตีความกฎหมายในลักษณะต่างๆ 41
2.4.1 การตีความกฎหมายของประเทศ Common Law.....41
(1) การตีความตามตัวอักษร (Textual).....41
(2) การตีความโดยคำนึงถึงสาระสำคัญ (Substantive)...42
(3) การตีความโดยอนุโลม (Deference) 43
2.4.2 การตีความกฎหมายของประเทศ Civil Law โดยเฉพาะประเทศยุโรป.....44
(1) การตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation).....44
(2) การตีความโดยคำนึงถึงรากประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical Interpretation).....44
(3) การตีความโดยคำนึงถึงความสอดคล้องเป็นระบบของกฎหมาย (Systematic Interpretation).....44
(4) การตีความโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย (Teleological Interpretation).....45
2.5 บทสรุป 45

บทที่ 3 รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข.....47
3.1 บทนำ.....47
3.2 ความเป็นมาของการนำประเพณีในการปกครอง ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ.....48
3.2.1 รัฐธรรมนูญที่มิได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ....49
3.2.2 ธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราว 52
(1) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502.....52
(2) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515.....53
(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519.....54
(4) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520.....54
(5) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534.....55
(6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549.....55
(7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557.....55
3.2.3 รัฐธรรมนูญฉบับถาวร 58
(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....58
(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.....59

3.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำตัดสินของศาลอื่นๆ.....60
3.3.1 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบรัฐสภา.....60
3.3.2 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบศาลยุติธรรม.....61
3.3.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.....63
3.3.4 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด.....63
3.3.5 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....64
(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543.....65
(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559.....67
3.3.6 นิติวิธีที่ได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ.....68
(1) เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้แก่กรณี.....68
(2) หลักการที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่าน.....69
(3) หลักการต้องเป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms).....69
(4) หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ.....70
(5) หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการของระบอบการปกครอง.....70
(6) หลักการต้องถูกต้องตามทำนองคลองธรรมหรือตามหลักนิติธรรม (Rule of Law).....71
3.4 เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์กับการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.....72
3.4.1 การสืบราชสมบัติ.....72

3.4.2 นายกรัฐมนตรีพระราชทาน 76
3.4.3 การลงพระปรมาภิไธย....79
3.4.4 การปฏิวัติรัฐประหาร 83
3.4.5 พระราชวินิจฉัย....94
3.4.6 การอภัยโทษ 97
3.5 บทสรุป....98

บทที่ 4 การปกครองในระบอบกษัตริย์ : ภูมิหลังและประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.... 102
4.1 บทนำ.... 102
4.2 การปกครองในระบอบกษัตริย์.... 112
4.2.1 ตำแหน่งและลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ที่ปรากฏในปัจจุบัน 112
(1) ประเทศที่มีจักรพรรดิ์ (Emperor) เป็นประมุข..... 112
(2) ประเทศที่มีพระราชา (King) เป็นประมุข 113
(3) ประเทศที่มีสุลต่าน (Sultan) หรือเอเมร์ (Emir) เป็นประมุข 114
(4) ประเทศที่มีราชรัฐ (Grand Duchy) เป็นประมุข... 114
(5) ประเทศที่มีเจ้าชายผู้ครองราชรัฐ (Principality) เป็นประมุข 115
(6) ประเทศที่มีพระสันตปาปา (Pope) เป็นประมุข.... 115
4.2.2 การปกครองโดยพระมหากษัตริย์ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก.... 115
(1) ระบอบกษัตริย์ของอังกฤษและกลุ่มประเทศในเครือจักรภพ 115
(2) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในยุโรป..... 116
(3) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลาง 117
(4) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในแอฟริกา..... 117
(5) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในเอเชียและแปซิฟิค 118

4.2.3 รูปแบบการปกครองในระบอบกษัตริย์ 119
(1) ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) 119
(2) ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) 119
4.2.4 การสืบราชสมบัติ (Succession) 120
(1) การสืบราชสมบัติตามหลักสายเลือด (Hereditary Monarchy) 120
(2) การสืบราชสมบัติโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) 120
4.2.5 สรุปหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย 121
4.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ 122
4.4 บทสรุป 126

บทที่ 5 ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ : บ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญ 127
5.1 ภูมิหลัง 127
5.2 ลักษณะของระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญอังกฤษ 128
5.2.1 การเปลี่ยนแปลงการปกครองและการปฏิวัติในอังกฤษ 129
5.2.2 รัฐธรรมนูญของอังกฤษ 131
(1) ประเพณีการปกครอง 133
(2) การแบ่งแยกอำนาจ 138
(3) บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลในประเทศอังกฤษ (Judicial Review) และหลักความสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) 142
5.3 อิทธิพลของระบบ Westminster System 144
5.3.1 ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (American Jurisprudence) 145

5.3.2 กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm) 146
5.3.3 กลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law ประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ และประเทศอื่นๆ 147
5.4 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ 148
5.4.1 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบันภายใต้การปฏิรูปกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ..... 149
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาทในการเสนอร่างกฎหมาย 149
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญกับการลงประชามติ (Referendums)..... 150
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐสภา 151
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง (สภาสูง)..... 151
(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ..... 153
5.4.2 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขใหม่..... 154
5.4.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร 155
(1) การบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute)..... 155
(2) การบัญญัติไว้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลท้องถิ่น..... 156
(3) การบัญญัติโดยคณะกรรมาธิการของรัฐสภา..... 156
(4) การบัญญัติเป็นระเบียบภายในองค์กรหรือคำสั่งต่างๆ 157
5.5 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลอังกฤษ 158

5.5.1 คดี *Carltona Ltd. v Commissioners of Works* (1943) 160
5.5.2 คดี *Ibralebbe v The Queen* (1968) 161
5.5.3 คดี *Madzimbamuto v Lardner Burke* (1969) 162
5.5.4 คดี *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* (1976) 163
5.5.5 คดี *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017) 165
5.6 บทสรุป 166
บทที่ 6 กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย 169
6.1 ภูมิหลัง 169
6.2 รัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมาย และการตีความของศาลในออสเตรเลีย 170
6.2.1 พัฒนาการทางการเมือง และระบอบการปกครองของออสเตรเลีย 170
6.2.2 รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย 174
(1) กฎหมายในช่วงการตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรป (White European Settlement) ในปี ค.ศ. 1788 174
(2) กฎหมายในช่วงที่มีรัฐบาลปกครองตนเองในอาณานิคมทั้งหก 175
(3) รัฐธรรมนูญฉบับแรก และการปกครองแบบสหพันธรัฐ 176
(4) การเปลี่ยนรูปแบบการปกครองเป็นพระมหากษัตริย์พระองค์เดียว 177
(5) อำนาจทางนิติบัญญัติของออสเตรเลีย 177
6.2.3 ระบบกฎหมายและการตีความกฎหมาย 177
6.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย 179
6.3.1 วิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975 180

6.3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในช่วงวิกฤติรัฐธรรมนูญ 182
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการทดแทนตำแหน่งวุฒิสมาชิกที่ว่างลง (Casual Vacancies)..... 182
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับประมุขแห่งรัฐ (ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลีย)..... 183
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร 184
6.3.3 บทเรียนจากวิกฤติรัฐธรรมนูญ 185
(1) การควบคุมโดยศาลสูงในคดีรัฐธรรมนูญ (Judicial Review)..... 185
(2) การบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions)..... 186
(3) การแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น (Constitutional Amendments)..... 186
6.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลออสเตรเลีย 187
6.4.1 คดี *Sankey v Whitlam* (1978)..... 187
6.4.2 คดี *Sykes v Cleary* (1992)..... 189
6.4.3 คดี *Fardon v Attorney-General (Qld)* (2004) 190
6.5 บทส่งท้าย 192

บทที่ 7 กลุ่มประเทศยุโรป : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์..... 194
7.1 บทนำ..... 194
7.2 สเปน..... 195
7.2.1 พื้นภูมิของประเทศสเปน..... 195
(1) สเปนภายใต้การปกครองของราชวงศ์ Habsburg ในศตวรรษที่ 16 และ 17..... 195
(2) สเปนภายใต้การปกครองของราชวงศ์ Bourbons ในศตวรรษที่ 18 และ 19..... 197

(3) การปกครองของสเปนในช่วงสาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ. 1873–74) ถึงช่วงฟื้นฟู (Restoration) ระบอบกษัตริย์ในปี ค.ศ. 1874–1931 200
(4) การปกครองของสเปนในช่วงสาธารณรัฐที่ 2 และการฟื้นฟูราชวงศ์ Bourbons แห่งสเปน ในปี ค.ศ. 1978 201
7.2.2 รัฐธรรมนูญของสเปน 202
(1) Spanish Constitution of 1812 203
(2) Royal Statute of 1834 203
(3) Spanish Constitution of 1837 204
(4) Spanish Constitution of 1845 204
(5) Spanish Constitution of 1869 204
(6) Spanish Constitution of 1873 205
(7) Spanish Constitution of 1876 205
(8) Spanish Constitution of 1931 205
(9) Fundamental Law of the Realm 206
(10) Spanish Constitution of 1978 206
7.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปน 208
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 208
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าของฝ่ายบริหาร 209
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของสถาบันกษัตริย์ 209
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐและรัฐบาล 210
(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการพระราชทานเครื่องราชและอิสริยยศ 210
7.3 เนเธอร์แลนด์ 210
7.3.1 พื้นภูมิของประเทศเนเธอร์แลนด์ 210
7.3.2 รัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ 212

(1) Bill of Rights 1795 212
(2) รัฐธรรมนูญในสมัย Napoleonic Kingdom of Holland 212
(3) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815 213
7.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ 215
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 215
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐกับสถาบันทางการเมือง 216
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง 217
7.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลสเปนและเนเธอร์แลนด์ 219
7.5 บทสรุป 220
บทที่ 8 กลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางและแอฟริกา : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนและโมร็อกโก 223
8.1 บทนำ 223
8.2 จอร์แดน 224
8.2.1 พื้นภูมิของประเทศจอร์แดน 224
(1) จอร์แดนภายใต้การปกครองของอังกฤษ (British Mandate of Transjordan) 224
(2) ราชอาณาจักรจอร์แดน (The Hashemite Kingdom of Jordan) 225
8.2.2 รัฐธรรมนูญของจอร์แดน 226
8.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดน 228
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐ 228
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร 229

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย 229
(4) ความขัดแย้งและการใช้กำลังระหว่างสมาชิกรัฐสภา 230
8.3 โมร็อกโก 230
8.3.1 พื้นภูมิของประเทศโมร็อกโก 231
8.3.2 รัฐธรรมนูญของโมร็อกโก 232
8.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโก 233
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 233
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร 234
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติ 234
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการอภัยโทษ 235
8.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลจอร์แดนและโมร็อกโก 234
8.5 บทสรุป 236
บทที่ 9 กลุ่มประเทศเอเชีย : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นและภูฏาน .....
9.1 บทนำ 238
9.2 ญี่ปุ่น 239
9.2.1 พื้นภูมิของประเทศญี่ปุ่น 239
9.2.2 รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น 240
(1) Meji Constitution of 1890 241
(2) Constitution of Japan of 1947 242
9.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น 243
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 243

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ 245
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี 245
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง 246
(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและกฎหมาย 247
9.3 ภูฏาน 248
9.3.1 พื้นภูมิของประเทศภูฏาน 248
9.3.2 รัฐธรรมนูญของภูฏาน 249
9.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในภูฏาน 251
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 251
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการสละราชสมบัติ 252
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของประมุขแห่งรัฐ 252
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลัก “The King Can Do No Wrong” 253
(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับพระราชวินิจฉัย 253
(6) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) 254
9.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลญี่ปุ่นและภูฏาน 254
9.5 บทสรุป 256

บทที่ 10 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 258
10.1 บทสรุป 258
10.1.1 เปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่างที่กำหนดให้ศาลนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาล 261
(1) ความแตกต่างเรื่องเนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ 261
(2) ความแตกต่างเรื่องลักษณะและแนวคิดพื้นฐาน 261
10.1.2 เปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่าง 262
(1) ความแตกต่างเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ 263
(2) ความแตกต่างเกี่ยวกับนิติวิธีของศาลในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี 264
(3) ความแตกต่างเกี่ยวกับองค์กรชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ 265
10.1.3 เปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่าง ... 266
(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ 266
(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของประมุขแห่งรัฐและความสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมือง 267
(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับมารยาททางการเมือง 267
(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ 268

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการทำสนธิสัญญา 269
10.2 ข้อเสนอแนะ 270
10.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนิติวิธีการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ 271
10.2.2 ข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญของไทยในการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ 271
(1) การปรับใช้จากบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ 272
(2) การปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ 272
(3) เมื่อไม่มีประเพณีเช่นว่านั้น 273
10.2.3 ข้อเสนอแนะแนวทางการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions) 273
บรรณานุกรม 275
ภาคผนวก 287
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ 288

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 สรุปประเทศ/รัฐที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์.....2
ตารางที่ 2 แสดงการนำประเพณีมาใช้ในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ใน 25 ประเทศ และ 15 กลุ่มประเทศเครือจักรภพ (รวม 40 ประเทศทั่วโลก).....5
ตารางที่ 3 กลุ่มประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย.....16
ตารางที่ 4 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ.....48
ตารางที่ 5 ลำดับเหตุการณ์การรัฐประหารในประเทศไทย.....81
ตารางที่ 6 แสดงลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ 104
ตารางที่ 7 คำอธิบายตำแหน่งประมุขของรัฐตามลำดับศักดิ์ 108
ตารางที่ 8 การลงประชามติของสหราชอาณาจักร ในช่วงปี ค.ศ. 1997–2016..... 150

สารบัญเอกสารกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ปี ค.ศ.	รายชื่อเอกสารที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ	ประเทศ
1215	Magna Carta	อังฤษ
1628	Petition of Rights	
1689	Bill of Rights	
1787	United States Constitution	สหรัฐอเมริกา
1812	The First Spanish Constitution	สเปน
1815	Constitution of the Netherlands (Grondwet voor het Koningrijk der Nederlanden)	เนเธอร์แลนด์
1890	The Constitution of the Empire of Japan (Meji Constitution) (大日本帝國憲法)	ญี่ปุ่น
1901	Constitution of the Commonwealth of Australia	ออสเตรเลีย
1919	The Constitution of the German Reich (Die Verfassung des Deutschen Reichs)	เยอรมนี (ไวมาร์)
1932	พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475	ไทย
1947	Constitution of Japan (日本国憲法)	ญี่ปุ่น
1952	The Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan (دستور المملكة الأردنية الهاشمية)	จอร์แดน
1953	Denmark's Constitution (Danmarks Riges Grundlov)	เดนมาร์ก
1962	The Constitution of Morocco (ฉบับแรก)	โมร็อกโก
1978	Spanish Constitution (ฉบับปัจจุบัน) (Constitución española de 1978)	สเปน
2008	The Constitution of Bhutan (འབྲུག་གི་རྒྱལ་ཁབ་ཆེན་མོ)	ภูฏาน
2011	The Constitution of Morocco (دستور المملكة المغربية لعام)	โมร็อกโก
2017	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560	ไทย

หมายเหตุ:- สารบัญลำดับเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับปัจจุบันของแต่ละประเทศที่กล่าวไว้ในรายงาน

สารบัญคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทย **หน้า**

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 269
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 .....83, 92
คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2534.....70, 98, 100
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543..... 64-66, 69-70, 98, 263, 295
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551.....81
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551.....81
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551.....37
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 .....25, 36
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2555 34
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559..... 64, 67-70, 98, 263, 302

ประเทศอังกฤษ **หน้า**

Thomas Bonham v College of Physicians [1610] 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638 (Court of Common Pleas) (England and Wales)..... 143
Carltona Ltd v Commissioners of Works [1943] 2 All E.R. 560 (England and Wales)..... 160
Ibralebbe v The Queen [1964] 1 All E.R. 251 (Judicial Committee of the Privy Council) (England and Wales)..... 161
Madzimbamuto v Lardner Burke [1969] AC 645 (23 July 1968) (Judicial Committee of the Privy Council) (England and Wales)..... 162
Attorney-General v Jonathan Cape Ltd. [1976] 3 All E.R. 484 (England and Wales)..... 163
R v Secretary of State for Home Affairs, Ex Parte Hosenball [1977] 1 W.L.R. (Court of Appeal) (England and Wales) 165

R v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Cheblak
[1991] 2 All E.R. 319, 1 W.L.R. 890 (Court of Appeal)
(England and Wales).....39-40, 65, 165
R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union
[2017] UKSC 5 [19] (24 January 2017) (Supreme Court)
(England and Wales)..... 159-160, 165, 264,

ประเทศออสเตรเลีย **หน้า**

Sankey v Whitlam (1978) 142 CLR 1 [1978] HCA 43 (9 November 1978)
(High Court of Australia) (Australia)..... 187
Australian Competition and Consumer Commission v Baxter Healthcare Pty Ltd. (2007) HCA 38 [2007]
(15 March 2007) (High Court of Australia) (Australia)..... 189
Sykes v Cleary (1992) HCA 60, [1992] 176 CLR 77, 107
(25 November 1992) (High Court of Australia)
(Australia)..... 189-190
Fardon v Attorney-General (Qld) (2004) 223 [2004] 210 CLR 50
(1 October 2004) (High Court of Australia) (Australia)... 190, 264

บทที่ 1
บทนำ

1.1 หลักการและเหตุผล

ในบรรดาประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ปัจจุบันมี 44 ประเทศ[1] แบ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy)[2] กับประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy)[3] ปัจจุบันมี 40 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยและรัฐในเครือจักรภพของอังกฤษ (Commonwealth Realm) ที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ[4] การศึกษาวิจัยในครั้งนี้จะศึกษาการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้กรณีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยในจำนวน 40 ประเทศดังกล่าว มีการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในพฤติการณ์ที่แตกต่างกันปรากฏเป็น 2 ลักษณะสำคัญ กล่าวคือ

ลักษณะแรก ตราเป็นบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) มี 6 ประเทศ ได้แก่ เดนมาร์ก ภูฏาน เลโซโท มาเลเซีย บรูไน และไทย และอีก 6 ประเทศในเครือจักรภพ ได้แก่ บาฮามาส บาบาร์ดอส แอนติกัว ปาปัวนิวกินี หมู่เกาะโซโลมอน และทูวาลู[5]

---

[1] ปัจจุบันมี 28 ประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ และอีก 15 ประเทศเป็นกลุ่มรัฐในเครือจักรภพของอังกฤษ และอีก 1 รัฐ คือนครรัฐวาติกัน (รวม 44 ประเทศ) ดูตารางที่ 1.

[2] ได้แก่ โอมาน ซาอุดิอาระเบีย สวาซิแลนด์ และนครรัฐวาติกัน.

[3] ในประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทั้ง 40 ประเทศ (25 ประเทศ และอีก 15 ประเทศในเครือจักรภพของอังกฤษ) ยังมีความแตกต่างกันในเรื่องของลักษณะการปกครองของกษัตริย์ อาทิ มาเลเซีย และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ (UAE) กษัตริย์มาจากการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) หรือ เบลเยี่ยม ที่มีลักษณะเป็นแบบราชาธิปไตยของปวงชน (Popular Monarchy) เป็นต้น.

[4] ดูรายละเอียดในตารางที่ 1.

[5] ดูรายละเอียดในตารางที่ 2.

ลักษณะที่สอง เป็นประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ[6] อาทิ อังกฤษ[7] หรือกลุ่มประเทศในเครือจักรภพอย่างแคนาดา ออสเตรเลียและนิวซีแลนด์ เป็นต้น[8]

ตารางที่ 1 สรุปประเทศ/รัฐที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

รัฐ/ประเทศ	ระบอบการปกครอง	รูปแบบของกษัตริย์
กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm)		
Antigua and Barbuda	Constitutional Monarchy (Commonwealth Realm)	Kingdom
Australia		Kingdom
Bahamas		Kingdom
Barbados		Kingdom
Belize		Kingdom
Canada		Kingdom
Grenada		Kingdom
Jamaica		Kingdom
New Zealand		Kingdom
Papua New Guinea		Kingdom
Saint Kitts and Nevis		Kingdom
Saint Lucia		Kingdom
Saint Vincent and the Grenadines		Kingdom
Solomon Islands		Kingdom

[6] กรณีนี้เกิดในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี หรือกลุ่มประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของอังกฤษ ซึ่งเกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณีการปกครองที่ถือปฏิบัติระหว่างองค์กรรัฐและกลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Unwritten Constitution) ดู A.V. Dicey. (1915). **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 8th edition. London: Macmillan; Geoffrey Marshall. 1987. **Constitutional Conventions–The Rules and Forms of Political Accountability**. Oxford: Oxford University Press; and Vernon Bogdanor. 1997. The Monarchy and the Constitution. Oxford: Clarendon Press.

[7] เอกสารหลายฉบับได้วิเคราะห์ถึงการนำจารีตประเพณีการปกครองมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญของอังกฤษ หรืออิทธิพลของจารีตประเพณีการปกครองในระบอบพระมหากษัตริย์เป็นประมุขแห่งอังกฤษที่มีต่อกลุ่มประเทศในเครือจักรภพ อาทิ Andy Wood. (1997). **The Place of Custom in Plebeian Political Culture: England, 1550 – 1880.** London: Routledge.

[8] Brian Galligan and Scott Brenton (eds). 2015. **Constitutional Conventions in Westminster Systems – Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press.

ตารางที่ 1 สรุปประเทศ/รัฐที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ (ต่อ)

รัฐ/ประเทศ	ระบอบการปกครอง	รูปแบบของกษัตริย์
กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm)		
Tuvalu		Kingdom
United Kingdom	Constitutional Monarchy	Kingdom
กลุ่มประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ในยุโรป (European Monarchies)		
Andorra	Constitutional Monarchy	Co-Principality
Belgium	Constitutional Monarchy	Popular Monarchy
Demark, Greenland and the Faroe Islands	Constitutional Monarchy	Kingdom
Liechtenstein	Constitutional Monarchy	Principality
Luxembourg	Constitutional Monarchy	Grand Duchy
Monaco	Constitutional Monarchy	Principality
The Netherlands	Constitutional Monarchy	Kingdom
Norway	Constitutional Monarchy	Kingdom
Spain	Constitutional Monarchy	Kingdom
Sweden	Constitutional Monarchy	Kingdom
Vatican City State	Absolute Monarchy	Elective Monarchy
กลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Islamic Monarchies in the Middle East)		
Bahrain	Constitutional Monarchy	Kingdom
Jordan	Constitutional Monarchy	Kingdom
Kuwait	Constitutional Monarchy	Emirate
Oman	Absolute Monarchy	Sultanate
Qatar	Constitutional Monarchy	Emir
Saudi Arabia	Absolute Monarchy	Kingdom
United Arab Emirates	Constitutional Monarchy	Elective Federal Monarchy
กลุ่มประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ในแอฟริกา (African Monarchies)		
Lesotho	Constitutional Monarchy	Kingdom
Morocco	Constitutional Monarchy	Kingdom
Swaziland	Absolute Monarchy	Kingdom

ตารางที่ 1 สรุปประเทศ/รัฐที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

รัฐ/ประเทศ	ระบอบการปกครอง	รูปแบบของกษัตริย์
กลุ่มประเทศในเอเชีย-แปซิฟิคที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Asia-Pacific Monarchies)		
Bhutan	Constitutional Monarchy	Kingdom
Brunei	Constitutional Monarchy	Sultanate
Cambodia	Constitutional Monarchy	Kingdom
Japan	Constitutional Monarchy	Empire
Malaysia	Constitutional Monarchy	Elective Federal Monarchy
Thailand	Constitutional Monarchy	Kingdom
Tonga	Constitutional Monarchy	Kingdom

ตารางที่ 2 แสดงการนำประเพณีมาใช้ในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ใน 25 ประเทศ และ 15 กลุ่มประเทศเครือจักรภพ (รวม 40 ประเทศทั่วโลก)

ประเทศ	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) หรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)
Commonwealth Realm	
United Kingdom	Unwritten constitution; ปรากฏในลักษณะของจารีตประเพณี อาทิ การใช้พระราชอำนาจกรณีเข้าข้อยกเว้น หรือเกิดสุญญากาศทางการเมือง (Reserve Power) เป็นต้น
- *Australia*	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ; แต่ปรากฏกรณีการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งอังกฤษโดยข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ในกรณีวิกฤติรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.1975
- *Antigua & Barbuda*	S 127(1) In this Constitution, unless it is otherwise provided or required by the context [...] law includes any instrument having the force of law and any unwritten rule of law, and “lawful” and “lawfully” shall be construed accordingly.
- *Bahamas*	Art 137(1) In this Constitution, unless it is otherwise provided or required by the context [...] law includes any instrument having the force of law and any unwritten rule of law, and “lawful” and “lawfully” shall be construed accordingly.
- *Barbados*	S 117: (1) In this Constitution - ... “law” includes any instrument having the force of law and any unwritten rule of law.
- *Belize*	ไม่ปรากฏ
- *Canada*	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองของอังกฤษมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญ
- *Grenada*	ไม่ปรากฏ
- *Jamaica*	ไม่ปรากฏ
- *New Zealand*	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองของอังกฤษมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 2 แสดงการนำประเพณีมาใช้ในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ใน 25 ประเทศ และ 15 กลุ่มประเทศเครือจักรภพ (รวม 40 ประเทศทั่วโลก)

ประเทศ	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) หรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)
- *Papua New Guinea*	S 172: (2) Courts established under Subsection (1) may include courts intended to deal with matters primarily reference to custom or in accordance with customary procedures, or both. Sch 1.2: (1) In this Constitution or an Organic Law – "custom" means the customs and usages of indigenous inhabitants of the country existing in relation to the matter in question at the time when and the place in relation to which the matter arises, regardless of whether or not the custom or usage has existed from time immemorial. Sch 2.1: (1) Subject to subsections (2) and (3), custom Is adopted, and shall be applied and enforced, as part of the underlying law. (2) Subsection (1) does not apply in respect of any custom that is, and to the extent that is, inconsistent with a Constitutional Law or a statute, or repugnant to the general principles of humanity. (3) An Act of Parliament may – (a) provide for the proof and pleading of custom for any purpose, and (b) regulate the manner in which, or the purposes for which, custom may be recognized applied or enforced; and (c) provide for the resolution of conflicts of custom.
- *St. Kitts and Nevis*	ไม่ปรากฏ
- *St. Lucia*	ไม่ปรากฏ
- *St. Vincent*	ไม่ปรากฏ
- *Solomon Islands*	Sch 3. S 3: (1) Subject to this paragraph, customary law shall have effect as part of the law; (2) sub-para. (1) shall not apply in respect of any customary law that is inconsistent with the Constitution or an Act; (3) ...
- *Tuvalu*	S15 : (5) In determining whether a law or act is reasonably justifiable in a democratic society that has a proper respect for human rights and dignity, a court may have regard to – (a) traditional standards, values and practices, as well as previous laws and judicial decisions, of Tuvalu.

ตารางแสดงการนำประเพณีมาใช้ในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ใน 25 ประเทศ และ 15 กลุ่มประเทศเครือจักรภพ (รวม 40 ประเทศทั่วโลก) (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) หรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)
Andorra	ไม่ปรากฏ
Bahrain	ไม่ปรากฏ
Belgium	ไม่ปรากฏ
Bhutan	Art 2, s 16: The Druk Gyalpo, in exercise of His Royal Prerogatives, may: (e) Exercise powers relating to matters which are not provided for this Constitution or other laws.
Brunei	Part III: 4.1 “The Supreme executive authority of Brunei Darussalam shall be vested in His Majesty the Sultan and Yang Di-Pertuan.
Cambodia	ไม่ปรากฏ
Denmark	The Constitution of Demark make reference to the King in great details. For example, Part I: 23 provides that “In an emergency the King may issue provisional laws ...”.
Japan	ไม่ปรากฏ
Jordan	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์
Kuwait	ไม่ปรากฏ
Lesotho	S 18: (4) sub (1) [prohibiting discriminatory laws] shall not apply to any law to the extent that the law makes provisions - ... (c) for the application of the customary law of Lesotho with respect to any matter in the case of persons who, under that Act law, are subject to that law.
Liechtenstein	ไม่ปรากฏ
Luxembourg	ไม่ปรากฏ

ตารางแสดงการนำประเพณีมาใช้ในคดีรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ใน 25 ประเทศ และ 15 กลุ่มประเทศเครือจักรภพ (รวม 40 ประเทศทั่วโลก) (ต่อ)

ประเทศ	บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Constitutional Provisions) หรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)
Malaysia	Art 76: (2) No law shall be made in pursuance of para. (a) with respect to any matters of Islamic law or the custom of the Malays or to any matter of native law or custom in the States of Sabah and Sarawak and no Bill for a law under that paragraph shall be introduced into either House of Parliament until the Government of any State concerned has been consulted.
Monaco	ไม่ปรากฏ
Morocco	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์
Netherlands	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์
Norway	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติ อาทิ พระราชอำนาจของกษัตริย์ในการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้กษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งแต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ
Qatar	ไม่ปรากฏ
Spain	ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ แต่ปรากฏแนวปฏิบัติ อาทิ พระราชอำนาจของกษัตริย์ในการเสนอตัวผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี
Sweden	Unwritten Constitution; ปรากฏแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองในบางเรื่องซึ่งได้กลายเป็นรัฐธรรมนูญ
Tonga	ไม่ปรากฏ
Thailand	มาตรา 5 “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัย กรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้”
United Arab Emirate	ไม่ปรากฏ

สำหรับประเทศไทย มีการกล่าวถึงการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อาทิ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 หรือมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า

> เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้น[9] ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวของไทย แสดงให้เห็นถึงการวางกรอบนิติวิธีว่าด้วยการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีประเด็นพิจารณาที่สำคัญอย่างน้อยสองประการ กล่าวคือ

ประการแรก นิติวิธีว่าด้วยการตีความรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้มีกรอบและขอบเขตอย่างไร อาทิ กรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก่คดี ศาลรัฐธรรมนูญจะนำบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้ตามหลักการตีความกฎหมายภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ได้หรือไม่[10] หรือการนำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้ามาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏในประเทศทูวาลูที่รัฐธรรมนูญภายในประเทศบัญญัติให้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหมายความครอบคลุมถึงรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าและรวมถึงกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้วด้วย หรือจะหมายถึงกฎหมายในลำดับที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ (กฎหมายลำดับรอง) หลักกฎหมายทั่วไป[11] หรือการนำ

---

[9] มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[10] มาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”.

[11] หลักกฎหมายทั่วไปเป็นบ่อเกิดสำคัญของกฎหมายปกครอง โดยเป็นหลักกฎหมายที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่สอดแทรกอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่งๆ ดังที่ศาสตราจารย์ Jean Rivero ได้เคยบรรยายลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “ในรากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์และโลกซึ่งก่อให้เกิดหลักการพื้นฐานจำนวนหนึ่งอันเป็นหลักในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นสังคม โดยหลักกฎหมายทั่วไปจะอิงอยู่กับหลักการพื้นฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ การค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปของศาลมีลักษณะสร้างสรรค์เป็นอย่างมาก โดยการยืนยันความมีอยู่ของหลักหลักหนึ่ง ศาลจะกำหนดบทลงโทษ

หลักฐานอื่นมาใช้ในการตัดสินคดีจะถือว่าเป็นการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับนิติวิธีว่าด้วยการตีความรัฐธรรมนูญได้หรือไม่[12]

ประการที่สอง การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมีนิยามและขอบเขตอย่างไร[13] เนื่องจากบางประเทศหมายถึงการใช้พระราชอำนาจ (Royal Prerogatives)[14] อาทิ ภูฏาน[15] บางประเทศหมายความรวมถึงประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) อย่างของอังกฤษ[16] หรือการใช้พระราชอำนาจที่สงวนไว้ (Reserve Powers) ในกรณีวิกฤติรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในบรรดาเครือจักรภพ[17]

ฉะนั้น จึงจำเป็นต้องมีการศึกษาวิจัยนิติวิธีว่าด้วยการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ เพื่อนำผลที่ได้จากการศึกษาวิจัยไปเป็นเครื่องมือประกอบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญและสนับสนุนการดำเนินงานของสถาบันตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ทันกับกระแส

กรณีมีการฝ่าฝืนหลักและในขณะเดียวกันก็สอดแทรกหลักลงไปในกฎหมายที่มีอยู่ด้วย” ดูบทวิเคราะห์ใน Roland Drago. (1962). The General Principles of Law in the Jurisprudence of the French Conseil D’Etat. **American University Law Review,** Vol. 11, 126-133. หรือดังที่ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้เคยกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ “บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ขื่อแปขึ้นในบ้านเมือง ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง,** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

[12] คำวินิจฉัยคดีที่ 12-13/2551 (ศาลรัฐธรรมนูญ).

[13] Geoffrey Marshall. (1985). What Are Constitutional Conventions?. **Parliamentary Affairs,** 38(1), 33-39.

[14] Vernon Bogdanor. 1997. **The Monarchy and the Constitution.** Oxford: Clarendon Press.

[15] *The Constitution of the Kingdom of Bhutan* (2008) Art 2, s 16 states that “The Druk Gyalpo, in exercise of His Royal Prerogatives, may: (e) Exercise powers relating to matters which are not provided for this Constitution or other laws”. [emphasis in original].

[16] A.V. Dicey. (1883). **Introduction to the Study of the Law of the Constitution,** 227-291; Dylan Lino. 2016. Albert Venn Dicey and the Constitutional Theory of Empire. Oxford Journal of Legal Studies, 36(4): 1-30, 27.

[17] Brian Galligan and Scott Brenton (eds). 2015. **Constitutional Conventions in Westminster Systems–Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press.

วิวัฒนาการของทฤษฎีรัฐธรรมนูญของโลกในทำนองเดียวกับสถาบันตุลาการต่างประเทศที่ทำหน้าที่นี้ตามหลักนิติธรรมและเป็นที่มาและความสำคัญของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

1.2 หลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบ

รายงานวิจัยฉบับนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศที่จะนำมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย ดังต่อไปนี้

1.2.1 ระบอบการปกครองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ประเทศที่ปรากฏตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญหรือการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมากที่สุดประเทศหนึ่งคือสหรัฐอเมริกา[18] ซึ่งมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก ในการดำเนินงานของประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรี อาศัยกรอบประเพณีการปกครองของสหรัฐอเมริกาในการดำเนินงาน เนื่องจากรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับแนวปฏิบัติในการบริหารราชการแผ่นดินไว้อย่างละเอียด หรือการแต่งตั้งบรรดาข้าราชการตำแหน่งสำคัญ อาทิ ผู้พิพากษา อัยการสูงสุด หรือตำแหน่งนายพล ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้งแต่จะต้องได้รับฉันทามติจากวุฒิสภา (Senate) และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เกี่ยวข้อง หรือกรณีการเลือกตั้งประธานาธิบดี แม้ไม่มีข้อห้ามแต่คณะผู้เลือกตั้งประธานาธิบดี (Electoral College) จะต้องเลือกประธานาธิบดีเฉพาะผู้สมัครที่มีคะแนนเสียงมากที่สุดของพรรคเท่านั้น จะเสนอหรือเลือกบุคคลภายนอกมิได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงกับประเทศไทยในครั้งนี้จะต้องเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ กรณีศึกษาของสหรัฐอเมริกาจึงไม่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยได้

ฝรั่งเศสและเยอรมัน[19] เป็นอีกสองประเทศที่มีตัวอย่างประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญมากที่สุด แต่ระบอบการปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมันได้ผ่านพ้นระบอบกษัตริย์ไปแล้วจึงไม่สามารถเป็นตัวอย่างกรณีศึกษาที่สามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ และจากตารางที่ 1 สรุปกลุ่มประเทศที่มีการปกครองใน

---

[18] Geoffrey Marshall. 1987. **Constitutional Conventions–The Rules and Forms of Political Accountability.** Oxford: Oxford University Press.

[19] Greg Taylor. 2014. Conventions by consensus: Constitutional conventions in Germany. **International Journal of Constitutional Law,** Vol. 12 No. 2, 303-329.

ระบอบกษัตริย์ได้ 44 ประเทศ แบ่งได้เป็น 5 กลุ่ม กล่าวคือ

1) สหราชอาณาจักรและเครือจักรภพ (British and Commonwealth Realm) ประกอบ ด้วยอังกฤษและอีก 15 ประเทศที่เป็นเครือจักรภพ โดยมีกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุข ปัจจุบันอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้ Queen Elizabeth II ซึ่งเป็นกษัตริย์องค์ปัจจุบัน

2) กลุ่มประเทศในยุโรปที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Monarchy in European Countries) ปรากฏในอีก 11 ประเทศได้แก่ แอนดอร์ร่า เบลเยี่ยม เดนมาร์ก ลิกเทนสไตน์ โมนาโก ลักซัมเบอร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สเปน สวีเดน และนครรัฐวาติกัน ทุกประเทศในทวีปยุโรปมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ยกเว้นนครรัฐวาติกันที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

3) กลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Monarchy in Islamic State in the Middle East) มี 7 ประเทศ ได้แก่ บาห์เรน จอร์แดน คูเวต การ์ต้า และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ขณะที่โอมานและซาอุดิอาระเบีย เป็นประเทศสมบูรณาญาสิทธิราชย์

4) กลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกาที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Monarchy in African Nations) มี 3 ประเทศ ได้แก่ เลโซโท โมร็อกโก และสวาซิแลนด์ โดยสวาซิแลนด์เป็นประเทศเดียวในทวีปแอฟริกาที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

5) กลุ่มประเทศในทวีปเอเชียและแปซิฟิคที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Monarchy in Asia-Pacific Region) มี 6 ประเทศในทวีปเอเชีย ได้แก่ ภูฏาน บรูไน กัมพูชา ญี่ปุ่น มาเลเซีย และไทย สำหรับประเทศในแปซิฟิค ได้แก่ ตองก้า 1 ประเทศ โดยพระมหากษัตริย์ของทุกประเทศในกลุ่มนี้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

ประเทศที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบในการวิจัยครั้งนี้จะต้องเป็นประเทศที่มีระบอบการปกครองในลักษณะเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือ มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ฉะนั้น ประเทศอย่างซาอุดิอาระเบีย โอมาน สวาซิแลนด์ และนครรัฐวาติกัน ซึ่งมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์จึงนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

ไม่ได้ ฉะนั้น ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงมี 40 ประเทศทั่วโลก (25 ประเทศ และ 15 รัฐในเครือจักรภพ) ดังตารางที่ 2

1.2.2 ลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์

จาก 40 ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขยังมีความแตกต่างกันในเรื่องลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์และลักษณะของอำนาจการปกครองภายในรัฐ ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 6 กลุ่มที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1) ประเทศที่มีจักรพรรดิ (Emperor) หรือพระราชา (King) เป็นประมุขดินแดนที่มีจักรพรรดิเป็นผู้ปกครองจะถูกเรียกว่าจักรวรรดิ (Empire) และดินแดนที่มีพระราชาเป็นผู้ปกครองจะเรียกว่าราชอาณาจักร (Kingdom)[20] ปัจจุบันมีญี่ปุ่นเพียงประเทศเดียวที่เรียกพระมหากษัตริย์ว่า “องค์จักรพรรดิ” สำหรับประเทศอื่นๆ ที่มีพระราชาเป็นผู้ปกครองและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ได้แก่ สหราชอาณาจักร กับรัฐในเครือจักรภพ 15 ประเทศ กลุ่มประเทศในทวีปยุโรป 5 ประเทศ ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ เดนมาร์ก นอร์เวย์ สเปนและสวีเดน กลุ่มประเทศในตะวันออกกลาง 2 ประเทศ ได้แก่ จอร์แดน และบาห์เรน กลุ่มประเทศในทวีปแอฟริกา 2 ประเทศ ได้แก่ โมร็อกโกและเลโซโท และ 3 ประเทศในทวีปเอเชีย ได้แก่ ภูฏาน กัมพูชา และไทย (รวม 30 ประเทศ)

2) ประเทศที่มีลักษณะการปกครองแบบราชรัฐ (Grand Duchy) โดยประมุขแห่งรัฐมีอิสริยยศเป็นแกรนด์ดยุก (Grand Duke) หรือแกรนด์ดัชเชส (Grand Duchess) ซึ่งหมายถึงประมุขในระดับมณฑล การปกครองในลักษณะนี้ ประมุขจึงมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจักรพรรดิและพระราชา แต่มีฐานะสูงกว่าเจ้าชายราชนิกุล ปัจจุบันมีเพียงลักซัมเบอร์กประเทศเดียว ซึ่งมี Henri, Grand Duke of Luxembourg เป็นเจ้าผู้ครองราชรัฐ

3) ประเทศที่มีเจ้าชายเป็นผู้ครองราชรัฐ (Principality) ซึ่งหมายถึงประมุขของรัฐขนาดเล็ก มีลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่าจักรพรรดิ พระราชาและแกรนด์ดยุก

---

[20] ความแตกต่างระหว่าง “จักรพรรดิ” (Emperor) กับ “พระราชา” (King) จะได้อธิบายในบทที่ 4 ของรายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์.

ในปัจจุบันประเทศที่มีเจ้าชายเป็นผู้ครองราชรัฐเหลือเพียง 3 ประเทศในโลก ได้แก่ โมนาโก ลิกเตนสไตน์ และแอนดอร์ร่า[21]

4) ประเทศที่มีลักษณะการปกครองแบบราชาธิปไตยของปวงชน (Popular Monarchy) โดยเป็นการปกครองระบอบกษัตริย์รูปแบบหนึ่งที่อำนาจของพระมหากษัตริย์ยึดโยงกับอาณัติของประชาชน ปัจจุบันมีเบลเยี่ยมประเทศเดียวที่มีรูปแบบการปกครองในลักษณะนี้ โดยกษัตริย์เบลเยี่ยม มีตำแหน่งว่า “พระมหากษัตริย์แห่งชาวเบลเยี่ยม” (The King of the Belgians)

5) ประเทศที่กษัตริย์มาจากการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) แทนที่การสืบสันตติวงศ์ (Hereditary Monarchy) ได้แก่ มาเลเซีย และสหรัฐอาหรับเอมิเรสต์[22]

6) ประเทศที่มีสุลต่าน (Sultan) หรือเอเมร์ (Emir) เป็นประมุข โดยดินแดนที่มีสุลต่านเป็นผู้ปกครองจะถูกเรียกว่า “Sultanate” และดินแดนที่เอเมร์เป็นผู้ปกครองจะเรียกว่า “Emirate” สุลต่านและเอเมร์ มีฐานะเช่นเดียวกับพระราชาดังกล่าวข้างต้น เพียงแต่เป็นชื่อตำแหน่งของผู้ปกครองของประเทศมุสลิม ซึ่งมีอำนาจในการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ แม้ในปัจจุบันประเทศเหล่านี้จะมีการตรารัฐธรรมนูญให้ดูเหมือนว่ากษัตริย์อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ในความเป็นจริง สุลต่านหรือเอเมร์ (กษัตริย์) ยังคงมีอำนาจล้นพ้นซึ่งกล่าวได้ว่ายังคงเป็นประเทศที่มีระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

กล่าวได้ว่า การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทย จำเป็นจะต้องมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย ฉะนั้น ประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงกับประเทศไทยได้จึงจำกัดเฉพาะกลุ่มที่ 1 ซึ่งมีเพียง 30 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย

1.2.3 ปรากฏกรณีตัวอย่างหรือแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองมาใช้

นอกเหนือจากประเทศที่จะนำมาศึกษาต้องมีลักษณะการปกครองที่เหมือนกับประเทศไทย กลุ่มประเทศที่นำมาศึกษายังจะต้องปรากฏกรณีตัวอย่าง แนว

---

[20] ความแตกต่างระหว่าง “จักรพรรดิ” (Emperor) กับ “พระราชา” (King) จะได้อธิบายในบทที่ 4 ของรายงานการศึกษาวิจัยฉบับสมบูรณ์.

[21] สำหรับแอนดอร์ร่า มีลักษณะพิเศษเพิ่มเติม กล่าวคือ เป็นประเทศที่มีประมุขมากกว่า 1 คน (Co-Principality) ได้แก่ Bishop of Urgel และประธานาธิบดีแห่งฝรั่งเศส.

[22] นครรัฐวาติกันเป็นอีก 1 ประเทศที่กษัตริย์มาจากการเลือกตั้ง ดูตารางที่ 1.

ปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงการนำประเพณีการปกครองมาใช้กับกรณีรัฐธรรมนูญ และจากกลุ่ม 30 ประเทศข้างต้นพบว่าหลายประเทศมีการตราบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับประเพณีการปกครอง หรือมีตัวอย่างแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญ อาทิ สวีเดน นอร์เวย์ และเนเธอร์แลนด์ แต่หลายประเทศมิได้ปรากฏตัวอย่างหรือมีบัญญัติที่กล่าวถึงเรื่องประเพณีการปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญ อาทิ บาห์เรน กัมพูชา และตองก้า เป็นต้น (ดูตารางที่ 2)

จะเห็นได้ว่า ประเทศที่ปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับประเพณีการปกครองในรัฐธรรมนูญหรือมีกรณีตัวอย่างเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ จะเหลือเพียง 20 ประเทศ ได้แก่ อังกฤษและประเทศในเครือจักรภพอีก 9 ประเทศ (ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา แอนด์ติกัวแอนด์บาร์บูดา บาฮามาส บาร์บาโดส ปาปัวนิวกินี หมู่เกาะโซโลมอนทูวาลู) ภูฏาน เดนมาร์ก จอร์แดน เลโซโท โมร็อกโก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สเปน สวีเดนและไทย

1.2.4 บทบาทและความสำคัญด้านภูมิรัฐศาสตร์ (Geo-Politics) และอิทธิพลระบบกฎหมายของประเทศที่นำมาศึกษา

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขมาใช้กรณีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาองค์ความรู้สำหรับประเทศไทย ยังต้องคำนึงถึงความสำคัญทางด้านภูมิรัฐศาสตร์ (Geo-Politics) บทบาททางการเมืองระหว่างประเทศ และอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ และจาก 20 ประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลายประเทศในเครือจักรภพมีการนำประเพณีการปกครองมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ได้แก่ แอนด์ติกัวแอนด์บาร์บูดา บาฮามาส บาร์บาโดส ปาปัวนิวกินี หมู่เกาะโซโลมอน และทูวาลู ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นประเทศที่ไม่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาระบบกฎหมายทั้งของไทยและประเทศต่างๆ หรือกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวียอย่างนอร์เวย์ เดนมาร์ก และสวีเดน แม้จะเป็นประเทศที่มีระดับการพัฒนาสูง แต่มิได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทยหรือประเทศต่างๆ ในเรื่องรัฐธรรมนูญ การนำประเทศดังกล่าวมาศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทยอาจไม่มีความเหมาะสม

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว สรุปกลุ่มประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยดังตารางที่ 3 ประกอบด้วยสหราชอาณาจักร (อังกฤษ) ซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของการนำประเพณีการปกครองมาใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ประเทศในเครือจักรภพโดยคัดเลือกมาหนึ่งประเทศคือ ออสเตรเลีย ประเทศในยุโรปอย่างเนเธอร์แลนด์ และสเปนซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของไทย ประเทศจอร์แดนกับโมร็อกโกสองประเทศอิสลาม ซึ่งมีการปฏิรูปการเมืองการปกครองสู่ความเป็นประชาธิปไตย และประเทศญี่ปุ่นและภูฏาน กลุ่มประเทศในเอเชีย

ตารางที่ 3 กลุ่มประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

กลุ่มประเทศที่นำมาศึกษา	รายชื่อประเทศ	ระบบกฎหมาย	การกระจายทางภูมิศาสตร์
1. อังกฤษและเครือจักรภพ (British & Commonwealth Realm)	อังกฤษ	Common Law	สหราชอาณาจักร (United Kingdom)
	ออสเตรเลีย	Common Law	ออสเตรเลีย (Australia)
2. กลุ่มประเทศในยุโรปที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (European Monarchies)	เนเธอร์แลนด์	Civil Law	ยุโรป (Europe)
	สเปน	Civil Law	ยุโรป (Europe)
3. กลุ่มประเทศอิสลามที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Islamic Monarchies)	โมร็อกโก	Civil/Islamic Law	แอฟริกา (Africa)
	จอร์แดน	Civil/Islamic Law	ตะวันออกกลาง (The Middle East)
4. กลุ่มประเทศในเอเชียที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ (Asian Monarchies)	ญี่ปุ่น	Civil Law	เอเชียตะวันออก (East Asia)
	ภูฏาน	Common Law	เอเชียใต้ (South Asia)

1.3 วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและความเป็นมาเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2. เพื่อศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

รวมตลอดทั้งศึกษาที่มาและตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญอย่างเป็นรูปธรรม

3. เพื่อการศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศ

4. เพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยและประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

1.4 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

1. ศึกษาความเป็นมา แนวคิดเกี่ยวกับนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ที่มาและตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศตามกลุ่มการศึกษา

2. เปรียบเทียบคำวินิจฉัยเกี่ยวกับนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ที่มาและตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศตามกลุ่ม การศึกษา

3. วิเคราะห์เกี่ยวกับนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ที่มาและตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศตามกลุ่มการศึกษา

1.5 ระเบียบวิธีวิจัย

วิธีวิจัยที่จะใช้ในการศึกษาวิจัย “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” ใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพซึ่งเกี่ยวกับการวิเคราะห์ข้อมูลปฐมภูมิ อาทิ การศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง คำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาลไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องตลอดจนศึกษาวิเคราะห์แนวปฏิบัติ ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีการปกครองของไทยและต่างประเทศ รวมทั้งตรวจสอบข้อมูลทุติยภูมิคือการทบทวนและศึกษาวิเคราะห์งานศึกษาวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งทางด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์

จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษาเพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์โดยการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

นอกเหนือจากประโยชน์ที่จะได้รับตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ยังคาดว่าจะเกิดผลพลอยได้ดังนี้

1. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

2. หน่วยงานของรัฐและเอกชน และสถาบันการศึกษา สามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นประโยชน์หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยขั้นต่อไป

3. การพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมีฐานรองรับความน่าเชื่อถือเป็นไปตามหลักวิชาและหลักการแห่งกฎหมาย

1.7 โครงสร้างรายงานวิจัย

รายงานศึกษาวิจัยเรื่อง “การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ” แบ่งขอบเขตการศึกษาออกเป็น 10 บท ดังต่อไปนี้ บทแรกเป็นบทนำ กล่าวถึงประเด็นของการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ และนิติวิธีของศาลที่ใช้ในการตีความกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และกล่าวถึงขอบเขตและวัตถุประสงค์ของการวิจัย วิธีวิจัย ตลอดจนแนวทางการดำเนินงานวิจัยให้เป็นผลสำเร็จ

บทที่ 2 กล่าวถึงหลักการทั่วไปในการใช้และการตีความกฎหมาย ศึกษากรอบทฤษฎีเกี่ยวกับนิติวิธีว่าด้วยการตีความซึ่งเกิดจากการสร้างหลักของศาลในประเทศอังกฤษ ก่อให้เกิดทฤษฎีที่สำคัญ 4 รูปแบบ ได้แก่ 1) ทฤษฎี “The Literal Rule” หรือ “Plain Meaning Rule” ซึ่งเป็นการตีความตามตัวอักษรหรือความหมายของบทบัญญัติกฎหมาย 2) ทฤษฎี “The Mischief Rule” ซึ่งเป็นการใช้และการตีความกฎหมายตามความมุ่งหมายโดยมีบ่อเกิดจากคำตัดสินของศาล Exchequer Court ในประเทศอังกฤษเมื่อศตวรรษที่ 16 3) ทฤษฎี “The Golden Rule” ซึ่งมีบ่อเกิดในปี ค.ศ. 1854 จากคำพิพากษาศาลในประเทศอังกฤษ และ 4) ทฤษฎี “Purposive Approach” ซึ่งพัฒนามาจากทฤษฎี Mischief Rule ข้างต้น นอกเหนือจากนิติวิธีทั้งสี่รูปแบบ บทนี้ยังกล่าวถึงแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะต่างๆ ของประเทศในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law โดยเฉพาะยุโรป เพื่อเป็นกรอบแนวคิดในการศึกษาวิเคราะห์การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทยในบทต่อไป

บทที่ 3 ศึกษาวิเคราะห์นิยาม ลักษณะและขอบเขตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย โดยศึกษาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อศึกษาวิวัฒนาการของกฎหมายของการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในประเทศไทย ศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ที่เกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนศึกษาจากเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์เพื่อนำมาประมวลสรุปเป็นผลเกี่ยวกับองค์ประกอบของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยที่สามารถนำใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญได้

บทที่ 4 กล่าวถึงระบอบการปกครองของประเทศต่างๆ ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ทั่วโลก โดยจะให้ความสำคัญกับรูปแบบและประเภทของระบอบการปกครองแบบกษัตริย์ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ กลุ่มประเทศที่เป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กับ กลุ่มประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐาน ลักษณะ นิยามและขอบเขตโดยทั่วไป

บทที่ 5 ศึกษาบ่อเกิดและที่มาของการใช้จารีตประเพณีการปกครองในการอุดช่องว่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวิวัฒนาเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ (British Constitutional

Law) โดยอังกฤษเป็นประเทศที่มีเอกสารสำคัญหลายชิ้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญตั้งแต่มหาบัตร Magna Carta เอกสารสิทธิ์ Petition of Rights และ Bill of Rights รวมทั้งมีการนำจารีตประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้เสมือนหนึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ (Unwritten Constitution) และศึกษาอิทธิพลของระบบกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญที่แผ่ขยายเข้าสู่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกโดยเฉพาะกลุ่มประเทศในเครือจักรภพ

บทที่ 6 ศึกษาการปรับใช้การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศในเครือจักรภพและมีกรณีตัวอย่างเกิดขึ้นในช่วงวิกฤติรัฐธรรมนูญ ปีค.ศ.1975 ที่ข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ใช้อำนาจในนามของกษัตริย์อังกฤษแก้ไขปัญหาทางการเมือง

บทที่ 7 เป็นการศึกษากรณีกลุ่มประเทศในยุโรป ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ และสเปนซึ่งมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับประชาธิปไตยและระบอบกษัตริย์มาอย่างยาวนาน กล่าวได้ว่าระบบกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ (Dutch Law) และสเปนมีอิทธิพลต่อโครงสร้างของระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย และมีตัวอย่างการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในกรณีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

บทที่ 8 ศึกษาประเทศอิสลาม ได้แก่ ประเทศจอร์แดนซึ่งอยู่ในตะวันออกกลาง (Middle East) และโมร็อกโกซึ่งอยู่ในทวีปแอฟริกา ทั้งสองประเทศมีประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานและเป็นประเทศที่มีกรณีการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้กรณีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญกฎหมายของจอร์แดนและโมร็อกโกยังมีลักษณะพิเศษที่ควรจะนำมาศึกษาควบคู่กับไทย กล่าวคือ เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายผสมผสานระหว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายศาสนาอิสลาม (จารีตประเพณี) อาจกล่าวได้ว่า จอร์แดนและโมร็อกโกได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมายมาจากประเทศยุโรปและมีการผสมผสานกับแนวปฏิบัติภายในแบบเดียวกับประเทศไทย

บทที่ 9 ศึกษาประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญภายใต้ Meji Constitution ที่ได้รับอิทธิพลมาจากหลักรัฐธรรมนูญของอังกฤษ และศึกษากรณีประเทศภูฏานซึ่งเป็นประเทศที่ประชาธิปไตยอยู่ในระยะแรกเริ่ม (New Democracy) ภูฏานเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลของระบบ

กฎหมายอังกฤษ โดยมีรัฐธรรมนูญที่กล่าวถึงประเด็นเรื่องการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งภูฏานปรากฏอยู่แบบเดียวกับของประเทศไทย

บทที่ 10 จะได้ประมวลสรุปผลการศึกษาวิจัยและข้อเสนอแนะที่ได้จากการศึกษาในเรื่องการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

บทที่ 2
นิติวิธีว่าด้วยการตีความ : หลักการทั่วไป กรอบทฤษฎี และแนวปฏิบัติ

2.1 บทนำ

ความเข้าใจโดยทั่วไป การใช้กฎหมายย่อมใช้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรก่อนเสมอ เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเกิดจากเจตจำนงของประชาชนผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติหรือสภา (Act of Parliament) ฉะนั้น กฎหมายบัญญัติไว้ว่าอย่างไรก็ตีความปรับใช้บทกฎหมายไปอย่างนั้น หรือการใช้โดยการเทียบเคียง (Analogy) และในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งกรณีเกิดช่องว่างของกฎหมาย กรณีนี้จึงต้องอาศัยนิติวิธีว่าด้วยการตีความเพื่ออุดช่องว่างกฎหมาย[1] เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรับใช้ก็จะเลือกใช้ประเพณีปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น หลักการดังกล่าวเป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยดังที่ปรากฏในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” แสดงให้เห็นถึงการวางกรอบนิติวิธีว่าด้วยการใช้และการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของไทย[2]

การวางกรอบนิติวิธีดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับการใช้และตีความกฎหมายแพ่งดังที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ฉะนั้น สำหรับกฎหมายแพ่งเมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี ศาลสามารถปรับใช้ (1) จารีตประเพณี

---

[1] ดู ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. 2539. **การตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

[2] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ. **วารสารจุลนิติ**, 3(3), หน้า 1-16.

แห่งท้องถิ่น (2) การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และ (3) หลักกฎหมายทั่วไป นิติวิธีดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากหลักการของกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ และอังกฤษในช่วงการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์[3]

อย่างไรก็ตาม การใช้และการตีความกฎหมายกับรัฐธรรมนูญมีความแตกต่างกัน สำหรับกฎหมายแพ่ง ศาลมีความยืดหยุ่นในการปรับใช้ตัวบทกฎหมาย ซึ่งอาจใช้ได้ทั้งโดยทางตรง กล่าวคือ การตีความปรับใช้บทกฎหมายไปอย่างนั้น และการใช้โดยการเทียบเคียง หรืออาจยึดถือตามบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในอดีตที่ผ่านมา การใช้และการตีความกฎหมายอาญาจำเป็นจะต้องใช้และการตีความอย่างเคร่งครัดดังความที่ปรากฏในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[4] ส่วนการใช้และตีความรัฐธรรมนูญเป็นการประนีประนอมข้อพิพาททางการเมือง (Political Compromises) มากกว่าเป็นเรื่องของความยุติธรรม[5] การหาข้อยุติทางการเมืองดังกล่าวก็เพื่อแก้วิกฤติทางการเมืองเพื่อให้เกิดภาวะลื่นไหลที่ส่งผลให้บ้านเมืองสามารถเดินหน้าต่อไปได้ การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายและรัฐธรรมนูญ[6] บทนี้กล่าวถึงหลักการ แนวคิด และทฤษฎีว่าด้วยการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะต่างๆ ทั้งที่เป็น

---

[3] Frank C. Darling. (1970). The Evolution of Law in Thailand. **Review of Politics,** 32(2): 197, 202-209; R.H. Hicking. (1972). The Legal System of Thailand. **Hong Kong Law Journal,** 2(8): 8, at 8-9; and David Lyman. (1975). An Insight into the Functioning of the Thai Legal System. **Thai-American Business Magazine,** Jan-Feb 1975. (David Lyman noted that most of the Thai lawyers of the time had been trained in England but they recognized the disadvantage of the Common Law system for their country. So Thailand picked the best of both (civil and common law) systems and began the process of adapting them to the Thai situation. The result is that the penal law is Italian, Indian, French and Japanese inspired; the Civil Law greatly influenced by French, German and Swiss law; the Commercial Law primarily British).

[4] มาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ....”.

[5] Carl Schmitt. 1931. **The Guardian of the Constitution: Schmitt’s argument against constitutional review.** 12-48.

[6] คำว่า “การใช้กฎหมาย” มีความหมายคลอบคลุมถึงการตีความ การอุดช่องว่าง หรือนิติวิธีที่ผู้พิพากษาได้ปรับใช้ตัวบทกฎหมายหรือเสริมสร้างกฎหมาย ส่วนคำว่า “การตีความกฎหมาย” หมายถึง การตีความกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Statute Laws) ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ**, 7(4) 53-84, หน้า 54.

หลักการโดยทั่วไป (General Principles) หลักที่เป็นแบบทฤษฎี (Philosophies) รวมถึงแนวทางของประเทศต่างๆ (Approach) เพื่อวางเป็นกรอบแนวคิดและทฤษฎีในการวิเคราะห์ต่อไป

2.2 หลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป

การตีความกฎหมายมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งทั้งในระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law โดยเป็นนิติวิธีที่ช่วยในการปรับใช้ตัวบทกฎหมายกับพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น หรือเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายที่อาจเกิดจากความเปลี่ยนแปลงไปของสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ และกฎหมายที่มีอยู่ไม่อาจสอดคล้องกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ การตีความกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาล บรรดาผู้พิพากษา และนักนิติศาสตร์ (Jurists)[7] แม้ระบบกฎหมายอาจมีความแตกต่างกัน[8] การตีความกฎหมายคงเป็นสิ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ดังท่านชาร์ล เดอ มองเตสกิเออร์ ได้เคยกล่าวไว้[9] ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งสองระบบได้ปรากฏแนวปฏิบัติหรือวิธีการสำคัญๆ ในการตีความกฎหมาย บางวิธีเป็นหลักการพื้นฐานที่ใช้กันโดยทั่วๆ ไป และบางวิธีได้กลายเป็นกรอบแนวคิดและทฤษฎีในการตีความกฎหมาย ในส่วนนี้จะวิเคราะห์หลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไปซึ่งเป็นหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติที่ในระบบกฎหมายทั้งสองระบบมีความเหมือนและคล้ายคลึงกัน

2.2.1 การค้นหาความหมาย

หลักการสำคัญโดยทั่วไปในการตีความกฎหมายประการแรก คือ การค้นหาความหมาย (Meaning) หรือการตีความตามตัวอักษร หรือความหมายในทางภาษาศาสตร์ กฎหมายเขียนไว้ว่าอย่างไรก็ปรับบทกฎหมายไปอย่างนั้น ถ้อยคำที่

---

[7] ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์ที่โดยหลักแล้วไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายตำราและศาลค่อยๆ ปรุงแต่งและพัฒนาขึ้น.

[8] ประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law อาจมองว่าผู้พิพากษาเป็นที่มาและบ่อเกิดแห่งกฎหมาย มีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายเพื่อวางบรรทัดฐานและแนวปฏิบัติ หรือปฏิเสธหลักกฎหมายที่ล้าสมัยหรือไม่เหมาะสมต่อสภาพการณ์ของสังคมในปัจจุบัน สำหรับประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law ถือว่าผู้พิพากษาคือผู้ที่ทำหน้าที่ปรับใช้กฎหมาย (Applying the Law) เท่านั้น ผู้พิพากษาโดยทั่วไปจึงไม่มีอำนาจในการสร้างหรือปฏิเสธบทบัญญัติแห่งกฎหมาย.

[9] ชาร์ล เดอ มองเตสกิเออร์ (Charles de Montesquieu) (ค.ศ. 1689-1755) กล่าวไว้ว่า “ศาลคือผู้ที่ทำหน้าที่กำหนดว่ากฎหมายคืออะไร” และเชื่อว่าการตีความกฎหมายเป็นสิ่งที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้.

ปรากฏในตัวบทกฎหมาย (Statute) จึงมีความสำคัญเป็นลำดับแรก ซึ่งนักกฎหมายต่างลงความเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรถือเป็นปฐมบทที่ใช้ในการตีความกฎหมายของศาลทุกครั้ง[10] ตัวอย่างเช่น *"หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ...."* ดังข้อความที่ปรากฏในมาตรา 190 รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550[11] และได้กลายมาเป็นมาตรา 178 ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[12] ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องตีความปรับบทกฎหมายในรัฐธรรมนูญว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภามีความหมายว่าอย่างไร ความหมายโดยทั่วไปของ "หนังสือสัญญา" คือ "สนธิสัญญา" (Treaties) ซึ่งมีสภาพบังคับ (Binding) หรือเป็นข้อตกลงที่มีผลผูกพันประเทศไทย การตีความว่าหนังสือสัญญาใดเป็นสนธิสัญญามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตามหลักการตีความกฎหมายสนธิสัญญาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties)[13] และปรากฏในการตีความของศาลรัฐธรรมนูญไทย คำวินิจฉัยที่ 11/2552 อย่างไรก็ตาม การตีความว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้[14]

หลักการตีความตามตัวอักษรเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานที่สำคัญของการใช้และการตีความกฎหมายในทุกประเทศ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาซึ่งปรากฏแนวคำตัดสินของศาลหลายคดี กล่าวคือ

---

[10] ดูบทวิเคราะห์ใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. 2539. **การตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน; วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. วารสารจุลนิติ, 7(4) 53-84, หน้า 54 เป็นต้น.

[11] ดูมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

[12] มาตรา 178 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[13] *Vienna Convention on the Law of Treaties,* opened for signature 23 January 1969.

[14] สำหรับการวิเคราะห์ประเด็นเรื่องหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ดู จุมพต สายสุนทร. 2553. **หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา.** กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

• ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) ในคดี *Consumer Product Safety Commission et al v. GTE Sylvania, Inc. et al* (1980)[15] วางหลักไว้ว่า "ปฐมบทของการใช้และตีความกฎหมายคือถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมาย"[16] หรือในคดี Connecticut National Bank v. Germain (1992)[17] ซึ่งศาลได้วางหลักการตีความไว้ว่า "ในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลควรที่จะคำนึงถึงหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายที่สำคัญที่สุดทั้งปวง คือ การพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ผู้ร่างได้จัดทำขึ้นว่ามีความหมายว่าอย่างไร[18]

• ศาลอุทธรณ์ระดับมลรัฐ (9th Circuit Court of Appeal) ปรากฏในหลายคดี อาทิ คดี *Silveira v. Lockyer* (2002)[19] หรือคดี *Williams v. Taylor* (2000)[20] ซึ่งศาลได้วางหลักในทำนองเดียวกับศาลสูงสุดดังกล่าวข้างต้นว่าหลักการที่สำคัญในการตีความและบังคับใช้กฎหมายของศาล คือ การพิจารณาถ้อยคำ และประโยคที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายเป็นลำดับแรก

• ศาลสูงประจำมลรัฐเวอร์จิเนีย (Supreme Court of Virginia) ซึ่งวางหลักไว้ในคดี Red Ash Coal Corp. v. Absher (1929)[21] โดยให้หลักการตีความกฎหมายไว้ว่า "ทุกส่วนของตัวบทกฎหมายมีความหมายทั้งสิ้น"[22]

• ศาลสูงประจำมลรัฐอะลาสก้า (Supreme Court of Alaska) ในคดี *Muller v. BP Exploration* (1996)[23] ซึ่งกล่าวถึงหลักการตีความกฎหมายว่า ถ้อยคำในบท

---

[15] *Consumer Product Safety Commission et al.* v. GTE Sylvania, Inc. et al., 447 U.S. 102 (1980).

[16] "We being with the familiar canon of statutory construction that the starting point for interpreting a statute is the language of the statute itself. Absent a clearly expressed legislative intention to the contrary, that language must ordinarily be regarded as conclusive", Ibid.

[17] *Connecticut National Bank v.* Germain, 112 S. Ct. 1146, 1149 (1992).

[18] "In interpreting a statute a court should always turn to one cardinal canon before all others ... courts must presume that a legislature says in a statue what it means and means in a statute what it says there"], Ibid.

[19] *Silveira v. Lockyer, 312* F. 3rd 1052 (2002), dissent at 328 F. 3rd 567 (2003).

[20] *Williams v. Taylor,* 529 U.S. 362, 404, 120 S.Ct. 1495 L.Ed.2d 389 (2000).

[21] *Red Ash Coal Corp. v. Absher,* 153 Va. 332, 335, 149 S.E. 541, 542 (1929).

[22] "Every part of an act is presumed to be of some effect and is not to be treated as meaningless unless absolutely necessary.", Ibid.

[23] *Muller v. BP Exploration (Alaska) Inc.,* 923 P.2d 783, 787-788 (1996).

กฎหมายเป็นปฐมบทในการตีความกฎหมายซึ่งแต่ละถ้อยคำศาลจะต้องตีความตามความหมายของถ้อยคำโดยทั่วไป[24]

• ศาลสูงประจำมลรัฐอาร์คันซอ (Arkansas Supreme Court) ปรากฏในตัวอย่างคดี *Farrell v. Farrell* (2006)[25] ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่า "ในการพิจารณาตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลต้องคำนึงถึงหลักการตีความสำคัญประการแรกก่อนเสมอ กล่าวคือ การพิจารณาถ้อยคำและความหมายของบทบัญญัติที่เขียนไว้ตามความหมายธรรมดา และตามความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไป ...."[26]

• ศาลสูงประจำมลรัฐนิวเม็กซิโก (Supreme Court of New Mexico) ปรากฏในคดี *State v. Ogden* (2006)[27] ซึ่งอธิบายหลักการตีความกฎหมายว่า "นิติวิธีในการตีความกฎหมายที่สำคัญ คือการที่ศาลพิจารณาตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย โดยพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในตัวบทกฎหมาย[28] หรือในคดี *State v. Rowell* (1995)[29] และคดี *State ex rel. Helman v. Gallegos* (1994)[30] ซึ่งปรากฏหลักการตีความกฎหมายในลักษณะเดียวกัน

---

[24] "In assessing statutory language, unless words have acquired a peculiar meaning, by virtue of statutory definition or judicial construction, they are to be construed in accordance with their common usage.", Ibid.

[25] *Farrell v. Farrell,* 365 Ark. 465, 231 S.W.3d 619 (2006).

[26] "When reviewing issues of statutory interpretation, we keep in mind that the first rule in considering the meaning and effect of a statute is to construe it just as it reads, giving the words ordinary and usually accepted meaning in common language. When the language of a statute is plain and unambiguous, there is no need to resort to rules of statutory construction. A statute is ambiguous only where it is open to two or more constructions, or where it is of such obscure or doubtful meaning that reasonable minds might disagree or be uncertain as to its meaning. When a statute is clear, however, it is given its pain meaning, and this court will not search for legislative intent; rather, that intent must be gathered from the plain meaning of language used. This court is very hesitant to interpret a legislative act in a manner contrary to its express language, unless it is clear that a drafting error or omission has circumvented legislative intent.", Ibid.

[27] *State v. Ogden,* 118 N.M. 234, 242, 880 P.2d 845, 853 (1994).

[28] "The principal command of statutory construction is that the court should determine and effectuate the intent of the legislature using the plain language of the statute as the primary indicator of legislative intent.", Ibid.

[29] *State v. Rowell,* 121 N.M. 111, 114, 908 P.2d 1379, 1382 (1995).

[30] *State ex rel. Helman v. Gallegos*, 117 N.M. 346, 353, 871 P.2d 1352, 1359 (1994).

• ศาลอุทธรณ์ประจำมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Court of Appeal) อาทิ คดี *People v. Jefferson* (1999)[31] คดี *People v. Lawrence* (2000)[32] คดี *People v. Acosta* (2002)[33] และคดี *Alford v. Superior Court (People)* (2003)[34] เป็นต้น ซึ่งเน้นย้ำถึงบทบาทสำคัญของศาลในการตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์การตรากฎหมาย โดยกล่าวว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรและความหมายของถ้อยคำในกฎหมายตามความหมายธรรมดาและตามที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมายได้ดีที่สุด[35]

• ศาลอุทธรณ์ประจำมลรัฐแมรี่แลนด์ (Court of Appeals of Maryland) ในคดี *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Maryland v. Director of Finance for Mayor and City Council of Baltimore* (1996)[36] กล่าวถึงหลักการในการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงความหมาย หรือการตีความตามถ้อยคำในลักษณะเช่นเดียวกับคำตัดสินของศาลอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้น[37]

2.2.2 การตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างลำดับศักดิ์แห่งกฎหมาย

การตีความบทกฎหมายตามตัวอักษรเพื่อหาความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมายยังจำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ของลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายด้วย อันเป็นหลักการพื้นฐานในการตีความกฎหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ซึ่งการจัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีความสำคัญเพื่อบ่งบอกถึงสถานะทางกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมายในแต่ละประเภท รวมถึงภาพรวมของกฎหมายที่ใช้บังคับภายในประเทศ กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าจะไปมีผลยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ามิได้ ในทางกลับกัน กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าอาจมีผลยกเลิกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าได้ ประเทศไทยมีการจัดลำดับศักดิ์ตามประเภทของกฎหมาย ตั้งแต่ รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ใช้ในการปกครองประเทศ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ)

---

[31] *People v. Jefferson* (1999) 21 Cal. 4th 86, 94 [86 Cal.Rptr.2d 893, 980 P.2d 441].

[32] *People v. Lawrence* (2000) 24 Cal.4th 219, 230 [99 Cal.Rptr.2d 570, 6 P.3d 228].

[33] *People v. Acosta* (2002) 29 Cal.4th 105, 112 [124 Cal.Rptr.2d 435, 52 P.3d 624].

[34] *Alford v. Superior Court (People)* (2003) 29 Cal.4th 1033, 1040.

[35] Ibid.

[36] *Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Maryland v. Director of Finance for Mayor and City Council of Baltimore,* 343 Md. 567, 683 A.2d 512 (1996).

[37] Ibid.

กฎหมายในลำดับชั้นของพระราชบัญญัติที่รวมไปถึงพระราชกำหนด และประมวลกฎหมาย กฎหมายในลำดับชั้นของพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ไปจนถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ออก การลำดับศักดิ์กฎหมายไว้เป็นประเภทของไทยสาเหตุหนึ่งเป็นเพราะประเทศไทยได้เดินตามแนวทางระบบกฎหมาย Civil Law และได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากกฎหมายของฝรั่งเศสเป็นสำคัญ[38]

การลำดับศักดิ์กฎหมายไม่เพียงปรากฏในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law แต่ยังปรากฏในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศแรกที่มีการตารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1787 (The United States Constitution of 1787)[39] โดยกำหนดให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด อาจกล่าวได้ว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”[40] ได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉะนั้น การตีความกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้[41] ท่านศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกการตีความกฎหมายในลักษณะนี้ว่าเป็น “หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย” ซึ่งการตีความกฎหมายจะต้องมีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ[42]

ลำดับศักดิ์ของกฎหมายมีความสัมพันธ์ต่อหลักการในการตีความกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ หากเนื้อหาของกฎหมายมีข้อความขัดแย้งกัน ต้องใช้กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าบังคับ โดยไม่คำนึงว่ากฎหมายลำดับศักดิ์ที่สูงกว่านั้นจะออกก่อน

---

[38] ประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากหลักกฎหมายของฝรั่งเศสจึงมีการลำดับศักดิ์กฎหมายเป็นประเภทเช่นเดียวกับประเทศไทย อาทิ กัมพูชา ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของกัมพูชา. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 45(4), 990-1016.

[39] *United States Constitution* (1787).

[40] ดูบทวิเคราะห์ใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, บทที่ 4.

[41] ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. **รัฐสภาสาร**. 64(6), หน้า 7-31.

[42] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ**, 7(4) 53-84, หน้า

หรือหลังกฎหมายลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่า ตัวอย่างเช่น การตรวจรับพัสดุตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 36 มีข้อความที่ขัดแย้งกับมาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ข้อ 36 บัญญัติว่า *"มติของคณะกรรมการให้ถือเสียงข้างมาก ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานกรรมการออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงเป็นเสียงชี้ขาด เว้นแต่ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุและคณะกรรมการตรวจการจ้างให้ถือมติเอกฉันท์"*[43] ขณะที่มาตรา 82 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้ว่าให้ถือเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา[44] จะเห็นได้ว่า ข้อความของกฎหมายทั้งสองฉบับมีความขัดแย้งกัน การปรับบทกฎหมายและการตีความกฎหมายตามหลักการตีความกฎหมายแล้วคงต้องถือตามกฎหมายในลำดับที่สูงกว่า ฉะนั้น การใช้และการตีความกฎหมาย ผู้ตีความจึงจำเป็นต้องคำนึงถึงสาระสำคัญตรงนี้ด้วย

ประเด็นการตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายมีปัญหาสำคัญเกิดขึ้นว่า หากข้อเท็จจริงใดสามารถปรับใช้กฎหมายได้หลายบท และผลทางกฎหมายที่เกิดจากการปรับบทกฎหมายมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน กรณีนี้ต้องพิจารณาว่ากฎหมายฉบับใดเป็นกฎหมายเฉพาะ และกฎหมายฉบับใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งตามหลักการตีความกฎหมายย่อมถือว่า กฎหมายเฉพาะย่อมใช้บังคับก่อนกฎหมายบททั่วไป *(lex specialis dereogat legi generali)*[45]

2.2.3 การตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของเนื้อหาบทบัญญัติกฎหมายทั้งฉบับ

นอกเหนือจากหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไปทั้งสองประการข้างต้น หลักการตีความที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การตีความโดยคำนึงถึงความสัมพันธ์ของเนื้อหากฎหมายทั้งฉบับ (Consistency) ซึ่งผู้ตีความจำเป็นจะต้องพิจารณาถึงความเชื่อมโยง ความสอดคล้องและความสม่ำเสมอในสาระสำคัญของกฎหมายทั้งฉบับ ส่วนหนึ่งส่วนใดของกฎหมายจะพิจารณาแยกจากกันมิได้

---

[43] ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 36.

[44] มาตรา 82 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

[45] นอกเหนือจากกฎหมายภายใน หลักว่าด้วย Lex Specialis ยังได้ถูกปรับใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ดู Bruno Simma and Dirk Pulkowski. (2006). Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. **European Journal of International Law,** 17(3), pp. 483-529.

การจัดโครงสร้างรูปแบบของกฎหมายดังที่ปรากฏในกฎหมายของไทย อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[46] ซึ่งแบ่งบัญญัติออกเป็นหมวดๆ ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีการแบ่งโครงสร้างของกฎหมายออกเป็นภาค[47] หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการจัดรูปแบบของกฎหมายออกเป็นบรรพ[48] การใช้และการตีความกฎหมายบทใดจำเป็นจะต้องมีความสอดคล้องและเชื่อมโยงกับกฎหมายบทอื่นทั้งฉบับ ตัวอย่างเช่น การตีความคำว่า “โดยทุจริต” ซึ่งเป็นรากฐานของความผิดในลักษณะต่างๆ ตามประมวลกฎหมายอาญา อาทิ มาตรา 157 ซึ่งบัญญัติว่า *“ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุก ตั้งแต่ หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”*[49] จะเห็นได้ว่า สาระสำคัญแห่งความผิดของบทกฎหมายมาตรา 157 คือ “โดยทุจริต” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างขวางมาก โดยครอบคลุมถึงการกระทำในลักษณะต่างๆ อาทิ การประพฤติชั่ว การประพฤติไม่ดี ไม่ซื่อตรง การคดโกง การฉ้อโกง การใช้กลอุบายหรือเล่ห์กลต่างๆ เพื่อหลอกลวงให้ได้สิ่งที่ต้องการ อันเป็นความหมายโดยทั่วไป หรืออาจหมายถึง *“เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”* ซึ่งเป็นคำนิยามตามที่ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) ได้บัญญัติไว้[50] อย่างไรก็ตาม การใช้และการตีความกฎหมายมิใช่ว่าจะตีความอย่างไรก็ได้ หากแต่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับมาตราอื่นๆ ที่บัญญัติไว้ชัดเจนแล้วเท่านั้น การตีความกฎหมายจึงจะขยายความไม่ได้เพราะการตีความโดยขยายความอาจทำให้เกิดผลที่แปลกประหลาด ฉะนั้น คำว่า “โดยทุจริต” ในกรณีตัวอย่างจึงต้องพิจารณาบทกฎหมายที่มีการลำดับมาก่อนดังกล่าว

หลักการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าว เป็นหลักการพื้นฐานโดยทั่วไปในการตีความกฎหมายที่รู้จักกันว่า *“ejusdem generis”*[51] หรือการตีความกฎหมายต้องตีความบทกฎหมายให้มีความหมายในทำนองเดียวกับถ้อยคำ หรือลำดับที่มีมาก่อน

---

[46] ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[47] ดูประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

[48] ดูประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468.

[49] มาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

[50] มาตรา 1(1) ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

[51] การตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงความสอดคล้องของเนื้อหาบทกฎหมายทั้งฉบับตามหลัก “ejusdem generis” ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในสหรัฐอเมริกาหลายคดี อาทิ *Walling v. Peavy-Wilson Lumber Co.,* 49 F. Supp. 846, 859 (W.D. La. 1943) เป็นต้น.

2.2.4 การตีความโดยคำนึงถึงหลักการเหตุผล และเจตนารมณ์แห่งกฎหมายของผู้ร่างฯ

หลักการโดยทั่วไปในการตีความกฎหมายประการสุดท้าย เกี่ยวข้องกับหลักการตีความกฎหมายโดยคำนึงถึงหลักการเหตุผล หรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่ผู้ร่างได้วางไว้ ซึ่งผู้ตีความอาจกระทำได้โดยการศึกษาหลักการและเหตุผลในการร่างกฎหมายฉบับนั้น หรือการศึกษาค้นคว้าว่ากฎหมายฉบับนั้นมีเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย ณ ขณะนั้นอย่างไร และกฎหมายนั้นในขณะที่ตีความควรจะมีความหมายและวัตถุประสงค์อย่างไร

หลักการตีความกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เป็นเพียงวิธีการโดยทั่วไปในการตีความกฎหมายซึ่งอันที่จริง การตีความกฎหมายมีแบบทฤษฎีที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยศาลและบรรดาผู้พิพากษาเพื่อใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย หรือการปรับตัวบทกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง โดยเป็นที่ยอมรับในวงการนิติศาสตร์ และถูกปรับใช้เป็นแนวทางในการตีความกฎหมายของศาลประเทศต่างๆ ฉะนั้น การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้จำเป็นต้องศึกษาแบบทฤษฎีว่าด้วยการตีความกฎหมาย รวมถึงแนวปฏิบัติของประเทศต่างๆ อันจะได้กล่าวต่อไป

2.3 ทฤษฎีว่าด้วยการตีความกฎหมาย

ถ้าจะรวบรวมแบบทฤษฎีของการตีความกฎหมายตามนิติวิธีของปรมาจารย์ทางด้านกฎหมายแล้ว[52] ก็คงหนีไม่พ้นการตีความกฎหมาย 4 แบบที่จะกล่าวดังต่อไปนี้

2.3.1 ทฤษฎี “Literal Rule”

ทฤษฎี “Literal Rule” หรือ “Plain Meaning Rule” เป็นแบบทฤษฎีที่สำคัญในการใช้และการตีความกฎหมาย โดยเป็นการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอรรถและพยัญชนะ กฎหมายเขียนไว้ว่าอย่างไรก็ใช้หรือตีความไปตามนั้น ทฤษฎี Literal Rule จึงเป็นการตีความตามหลักการทางภาษาศาสตร์ เป็นการตีความคำต่อคำตามความหมายโดยทั่วๆ ไป เว้นแต่จะมีการบัญญัติคำนิยามไว้โดยเฉพาะ ก็ให้ใช้ไปตามนิยามที่ผู้ร่างได้วางไว้ ทฤษฎี Literal Rule จึงเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ใช้กฎหมาย

---

[52] อักขราทร จุฬารัตน. 2553. **การใช้และการตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

(ศาล) กลายเป็นผู้ร่าง (ฝ่ายนิติบัญญัติ) เสียเอง ทฤษฎี Literal Rule เป็นหลักการสำคัญของการใช้และการตีความกฎหมายในปัจจุบัน รวมทั้งการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยคดีแรกที่มีการอธิบายถึงการใช้หลักแนวคิดและทฤษฎีในเรื่อง Literal Rule ปรากฏในคดี Sussex Peerage Case (1844)[53] ของประเทศอังกฤษ ซึ่งศาลได้วางหลักไว้ว่า "นิติวิธีว่าด้วยการตีความกฎหมายเดียวของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ คือ การใช้และตีความตามความหมายของบทบัญญัตินั้นๆ ถ้าบทบัญญัติของกฎหมายมีความชัดเจนและไม่กำกวมในตัวเองอยู่แล้ว ศาลไม่มีความจำเป็นจะต้องตีความความหมายของบทบัญญัตินั้น ฉะนั้น คำว่า "ชัดเจนในตัวเอง" ในกรณีนี้เป็นแสดงเจตนารมณ์ที่ดีที่สุดของผู้ร่างอยู่แล้ว ...."[54]

ทฤษฎี Literal Rule มีลักษณะแบบเดียวกับหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไป กล่าวคือ การค้นหาความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการสากล อาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎี Literal Rule ถูกปรับใช้ในการตีความกฎหมายของประเทศต่างๆ อาทิ เยอรมันที่เรียกการตีความกฎหมายตามทฤษฎีนี้ว่า "Grammatical Interpretation" สหรัฐอเมริกาที่พัฒนาทฤษฎี "Literal Rule" ไปสู่ทฤษฎีใหม่ที่เรียกว่า "Textualism" และ "Originalism" โดยเฉพาะการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในสหรัฐอเมริกา[55] หรือประเทศไทยที่มีการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา หรือมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ดังกล่าวข้างต้น หรือพัฒนาไปสู่หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด (Strict Constructionism) และถูกปรับใช้ในการตีความกับกฎหมายลักษณะอื่นๆ อาทิ นิติกรรมสัญญา หรือเรื่องของรัฐธรรมนูญ[56]

---

[53] Sussex Peerage Case (1844; 11 Cl&Fin 85) (England and Wales).

[54] Ibid, "The only rule for construction of Acts of Parliament is that they should be construed according to the intent of the Parliament which passed the Act. If the words of the Statute are in themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound those words in that natural and ordinary sense. The words themselves alone do, in such a case, best declare the intention of the law giver" [emphasis in original].

[55] John E. Finn. 2006. **Civil Liberties and the Bill of Rights.** The Teaching Company, pp. 52-54.

[56] Keith E. Whittington. 1999. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review.** Kansas: University Press of Kansas.

อาจกล่าวได้ว่า ทฤษฎี “Literal Rule” ได้เคยถูกใช้เป็นแบบนิติวิธีในการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทยในคดีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 เรื่องคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ตามที่มีผู้ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 291 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาทำหน้าที่พิจารณายกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับ เป็นการล้มล้างการปกครองหรือเป็นการให้ได้มาซึ่งอำนาจการปกครอง โดยวิถีทางที่มิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งขัดกับมาตรา 68 หรือไม่

มาตรา 68 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข .... มิได้” “.... ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว .....”[57]

ถ้าตีความตามตัวอักษรหรือความหมายในทางภาษาก็แปลว่าผู้ทราบการกระทำต้องเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง ***<u>และ</u>*** ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กรณีนี้อาจเข้าใจได้ว่า คำว่า “และ” ทำหน้าที่เป็นบุพบทเชื่อมคำว่า “ตรวจสอบ” กับ “ยื่นคำร้อง” ซึ่งเป็นหน้าที่ของอัยการสูงสุด แต่ถ้านำเอาหลักไวยกรณ์เข้ามาพิจารณาใหม่ว่า “และ” ในมาตรา 68 เป็นคำสันธานเชื่อมประโยคสองประโยคเข้าด้วยกัน ประโยคแรกคือ “ผู้ทราบการกระทำย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง” กับประโยคที่สอง “ผู้ทราบการกระทำย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการ” ตัดคำซ้ำออกแล้วใช้ “และ” เข้าไปเชื่อมประโยค กรณีนี้ ผู้ทราบการกระทำย่อมดำเนินการได้ทั้งสองประการ กล่าวคือ เสนอเรื่องให้อัยการก็ได้ หรือยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงก็ได้ ในคำวินิจฉัยอำนาจในการรับคำร้อง ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 18/2555 ได้พิจารณามาตรา 68 แล้วว่าให้สิทธิผู้ที่ทราบการกระทำไว้ 2 ประการดังกล่าวข้างต้น[58] ซึ่งดูเหมือนว่าการตีความรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญจะใช้หลักภาษาและหลักไวยากรณ์เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แต่จะตีความโดยใช้แบบทฤษฎี “Literal Rule” หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้กล่าวถึงไว้แต่ประการใด

---

[57] ดูมาตรา 68 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

[58] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/22/2555 ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 2555.

2.3.2 ทฤษฎี “Mischief Rule”

ทฤษฎี “Mischief Rule” เป็นอีกทฤษฎีในการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งเป็นการตีความการกระทำอันส่งผลเสียหายโดยตรงตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยเป็นทฤษฎีที่พัฒนามาจากศาลในประเทศอังกฤษ (Exchequer Court) เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 16 ในคดี *Heydon’s Case* (1584)[59] ซึ่งศาลได้อธิบายว่าในการใช้และการตีความกฎหมายมีหลักการสำคัญสี่ประการที่ต้องนำมาพิจารณาด้วยเสนอกล่าวคือ

(1) กฎหมายจารีตประเพณีกล่าวไว้ว่าอย่างไรก่อนที่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (What was the common law before the making of the Act.)

(2) การที่กฎหมายจารีตประเพณีมิได้รองรับไว้ก่อให้เกิดความเสียหายหรือช่องว่างอย่างไร (What was the mischief and defect for which the common law did not provide.)

(3) ฝ่ายนิติบัญญัติมีแนวทางในการเยียวยาช่องว่างที่เกิดขึ้นอย่างไร (What remedy the Parliament has resolved and appointed to cure the disease of the Commonwealth?)

(4) ผู้พิพากษามีหน้าที่ตีความบทบัญญัติกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อการเยียวยาปัญหาที่มีอยู่ตามเจตนารมณ์ที่ผู้ร่างได้วางไว้ (The office of all the judges is always to make such construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and *pro privato commodo*, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of the makers of the Act, *pro bono publico*).[60]

จะเห็นได้ว่า สาระสำคัญของทฤษฎี “Mischief Rule” คือการพิจารณาผลกระทบ (Mischief) ที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้และการตีความกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แบบทฤษฎี “Mischief Rule” ถูกนำไปปรับใช้ในหลายๆ ประเทศ อาทิ เยอรมันที่มีนิติวิธีว่าด้วยการตีความกฎหมายแบบ “Historical Interpretation” ที่ศาลจะต้องพิจารณาตีความบทบัญญัติให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

---

[59] *Heydon’s Case* [1584] 76 ER 637, 3 Co Rep. 7a (England and Wales).

[60] Ibid.

โดยการศึกษาจากประวัติความเป็นมาในการจัดทำกฎหมาย หรืออาจค้นคว้าได้จากบันทึกหรือหลักการและเหตุผล

การตีความตามแบบทฤษฎี “Mischief Rule” วิธีนี้มีความซับซ้อน แม้จะพิจารณาถึงผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นแต่มีหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ จะต้องไม่เป็นการตีความให้ไกลไปจากตัวบทกฎหมาย อาจเทียบเคียงได้จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะยกต่อไปนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยกรณีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันวันที่ 18 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ในสมัยรัฐบาลของนายสมัคร สุนทรเวช เป็น “หนังสือสัญญา” ที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า คำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ดังกล่าว “**อาจมีผล**เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือ**อาจมีผล**เปลี่ยนแปลงพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ....” โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลที่ต้องแปลความเช่นนั้นเนื่องจาก หากแปลความตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคสองว่า “หนังสือสัญญาใดที่**มีบท**เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ....” แล้ว ก็จะไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ นักวิชาการด้านกฎหมายหลายท่านให้ความเห็นว่าการเพิ่มคำว่า “อาจมีผล” เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย แทนคำว่า “มีบท” น่าจะเป็นการแปลความที่เกินเลยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติ[61] อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นเด็ดขาดจึงผูกพันองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญไปแล้ว และประเด็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ กรณีมาตรา 190 อยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

2.3.3 ทฤษฎี “Golden Rule”

ทฤษฎี “Golden Rule” เป็นอีกหนึ่งทฤษฎีว่าด้วยการใช้และตีความกฎหมาย ซึ่งพัฒนามาจากศาลของประเทศอังกฤษ โดยทฤษฎีนี้เปิดช่องให้บรรดาผู้พิพากษา

---

[61] นักวิชาการหลายท่านกล่าวถึงประเด็นการตีความมาตรา 190 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ตามคำวินิจฉัยที่ 11/2552 อาทิ จุมพต สายสุนทร. 2553. **หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

สามารถปรับใช้กฎหมายแตกต่างจากถ้อยคำธรรมดาที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อป้องกันผลที่เกิดจากการปรับใช้บทกฎหมายจะขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมายอย่างร้ายแรง โดยทฤษฎี “Golden Rule” เกิดจากการพิจารณาตัดสินในคดี *Becke v Smith* (1836) ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า “กฎหมายในการตีความกฎหมายโดยทั่วไปคือการตีความตามถ้อยคำธรรมดาที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการตีความตามหลักภาษาศาสตร์ เว้นแต่จะขัดต่อหลักการที่ผู้ร่างกฎหมายได้วางไว้ และอาจก่อให้เกิดผลเสียของการปรับใช้อย่างร้ายแรง” จะเห็นได้ว่า ทฤษฎี “Golden Rule” ก่อให้เกิดการใช้และการตีความกฎหมายตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้ วิธีนี้ยอมให้มีการแปลความหมายให้แตกต่างไปจากความหมายปกติ เพื่อให้เกิดผลการบังคับใช้อย่างสมเหตุสมผลหรือเพื่อให้เกิดทองเนื้อแท้อย่างแท้จริง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏการปรับใช้แบบทฤษฎี “Golden Rule” อาจเทียบเคียงได้กับตัวอย่างคำวินิจฉัยดังต่อไปนี้

กรณีศาลรัฐธรรมนูญพิพากษาให้นายสมัคร สุนทรเวช พ้นจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีโดยวินิจฉัยว่า นายสมัคร สุนทรเวช เป็นลูกจ้างของบริษัทเฟซ มีเดีย อันเป็นการกระทำต้องห้ามตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 267 ส่งผลให้ความเป็นรัฐมนตรีของนายสมัคร สุนทรเวช จึงสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12-13/2551 ได้อธิบายคำว่า “ลูกจ้าง” ในมาตรา 267 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ.2550 ว่าไม่ใช่เพียงหมายถึงลูกจ้างตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายภาษีอากร เท่านั้น แต่หมายถึงลูกจ้างตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ซึ่งให้ความหมายไว้ว่าหมายถึง ผู้รับจ้างทำการงาน ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร โดยมิคำนึงถึงว่าจะมีการทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง สินจ้าง หรือค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินอย่างอื่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อให้เกิดเสียงวิพากวิจารณ์เป็นอย่างมากถึงความเหมาะสมและนิติวิธีในการตีความของศาล ไม่ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะถูกต้องหรือเหมาะสมหรือไม่เพียงใดอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาวิจัยในครั้งนี้ อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความพยายามของศาลรัฐธรรมนูญในการตีความกฎหมายเพื่อป้องกันการขัดกันของผลประโยชน์ของผู้ดำรงตำแหน่งเป็น

นายกรัฐมนตรี นับว่าเป็นการแปลความหมายให้แตกต่างไปจากความหมายปกติ เพื่อให้ได้ความหมายโดยแท้ประหนึ่งเนื้อทองคำบริสุทธิ์ตามแบบทฤษฎี Golden Rule ข้างต้น

2.3.4 ทฤษฎี "Purposive Approach"

สำหรับทฤษฎี "Purposive Approach" หรือ "Purposive Construction" เป็นทฤษฎีที่มีพัฒนาการในระยะหลังเมื่อเปรียบเทียบกับสามทฤษฎีข้างต้น โดยทฤษฎี Purposive Approach มีบ่อเกิดมาจากหลักการตีความของศาลในระบบกฎหมาย Common Law นักนิติศาสตร์ในระบบกฎหมาย Common Law ให้เหตุผลว่าการพัฒนาแบบทฤษฎี Purposive Approach มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อใช้แทนที่แบบทฤษฎีทั้ง 3 รูปแบบข้างต้น[62]

การตีความตามแบบทฤษฎี Purposive Approach ได้ผสมผสานแนวนิติวิธีทั้งสามทฤษฎีดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ ทฤษฎี Purposive Approach วางหลักไว้ว่าการตีความกฎหมายจะบังเกิดผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายก็ต่อเมื่อผู้ใช้และตีความกฎหมายมีความเข้าใจในกฎหมายที่บังคับใช้แก่พฤติการณ์แห่งกรณีอย่างรอบด้าน ทฤษฎี Purposive จึงส่งเสริมให้ผู้ตีความศึกษาค้นคว้าหลักฐานทางกฎหมายหรือเอกสารกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อาทิ ร่างกฎหมาย บันทึกข้อความหลักการและเหตุผล รายงานการประชุมในการยกร่างกฎหมาย เพื่อใช้เป็นบรรทัดฐานในการตีความกฎหมาย จะเห็นได้ว่า การตีความตามหลักทฤษฎี "Purposive Approach" จึงเป็นการผสมผสานการตีความกฎหมายโดยพิจารณาถึงสาระสำคัญและวัตถุประสงค์ของกฎหมาย[63]

การตีความกฎหมายตามหลักทฤษฎี Purposive Approach ให้ความสำคัญกับปัจจัยที่มีส่วนช่วยในการตีความกฎหมายของผู้ตีความ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก การพิจารณาองค์ประกอบของกฎหมายที่ใช้และตีความซึ่งมีความสำคัญเป็นลำดับแรก *(Prima Facie)* ที่ผู้ตีความต้องพิจารณา ตั้งแต่ ชื่อหรือเรื่องของกฎหมาย (Title) ชื่อเต็ม (Full Title) และชื่อย่อของกฎหมาย (Short Title) คำปรารภ (Preamble) คำนิยาม (Definitions) บทบัญญัติในแต่ละมาตรา

---

[62] Elmer A. Driedger. 1983. **Construction of Statutes.** Toronto, Canada: Butterworth & Co., p. 87.

[63] Aharon Barak. 2005. **Purposive International in Law.** New Jersey, USA: Princeton University Press, p. 88.

(Provisions) การแบ่งโครงสร้างของกฎหมาย (Sections/Parts) อาทิ เป็นบรรพ หมวด หรือภาค และเหตุผลของการแบ่งโครงสร้างและการใช้ถ้อยคำดังกล่าว หลักไวยากรณ์ (Gramma) การใช้คำเชื่อมหรือการเว้นวรรคตอน (Conjunctive and Disjunctive Words) และความหมายของถ้อยคำในแต่ละประโยคของกฎหมาย (Meanings)

ประการที่สอง หลักฐานทางนิติศาสตร์หรือเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย อาทิ ประวัติของกฎหมาย วัตถุประสงค์หรือเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย ตำราทางนิติศาสตร์ที่ได้รับการยอมรับ พจนานุกรม หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เอกสารของทางราชการ ร่างพระราชบัญญัติ รายงานการประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมาย ข้อคิดเห็นทางวิชาการและข้อคิดเห็นที่มีต่อกฎหมายในกระบวนการยกร่าง ระดับการพัฒนาของประเทศ โดยเฉพาะสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายในขณะที่ตรากฎหมาย กับความหมายในขณะที่ตีความ

กล่าวได้ว่า ทฤษฎี Purposive Approach เป็นหลักการสมัยใหม่ (Modern Principle) ที่ได้รับการยอมรับถูกใช้อย่างแพร่หลายในระบบกฎหมาย Common Law ในปัจจุบัน[64] อาทิ ประเทศอังกฤษซึ่งมีรายงานของคณะกรรมาธิการภายใต้ English Law Commission ในปี ค.ศ. 1969 ให้ข้อแนะนำแก่ศาลอังกฤษเกี่ยวกับการตีความกฎหมายว่าควรคำนึงถึงแบบทฤษฎี Purposive Approach ในการใช้และการตีความกฎหมาย สำหรับตัวอย่างคำตัดสินของศาลในประเทศอังกฤษที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับในแนวนิติวิธีตามทฤษฎี Purposive Approach ปรากฏในหลายคดี อาทิ *Maunsell v Olins* [1975][65] คดี *Pickstone v Freemans Plc* [1989][66] คดี *Pepper v Hart* [1992][67] และคดี *R v Secretary of State for Health ex parte*

---

[64] Aharon Barak. 2005. **Purposive International in Law.** New Jersey, USA: Princeton University Press; Aharon Barak. 2012. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press; Elmer A. Driedger. 1983. **Construction of Statutes.** Toronto, Canada: Butterworth & Co.; Aharon Barak. 2005. **Purposive International in Law.** New Jersey, USA: Princeton University Press; Kate Tokeley. (2002). Interpretation of Legislation: Trends in Statutory Interpretation and the Judicial Process. **Victoria University of Wellington Law Review,** 33, pp. 965-980; and Tobias Lonnquist. (2003). The Trend Towards Purposive Statutory Interpretation: Human Rights At Stake. **Revenue Law Journal,** 13(1), art. 3.

[65] *Maunsell v Olins* [1975] AC 373 (House of Lords) (England).

[66] *Pickstone v Freemans plc* [1989] AC 66 (House of Lords) (England).

[67] *Pepper v Hart* [1992] 3 WLR 1032 (House of Lords (England).

Quintavalle [2003][68] เป็นต้น

ในประเทศเครือจักรภพ (Commonwealth) ปรากฏการปรับใช้ทฤษฎี Purposive Approach ในการตีความของศาลบางประเทศกำหนดเป็นกฎหมายที่วางกรอบให้ศาลตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย[69] หรือเป็นนิติวิธีที่ใช้ในการตีความกฎหมายรัฐธรรมนูญ อาทิ ออสเตรเลียปรากฏใน *The Acts Interpretation Act* (1901)[70] นิวซีแลนด์ปรากฏใน *The Interpretation Act* (1999)[71] หรือแคนาดาในการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในคดี *R. v Big M Drug Mart Ltd,* [1985][72] เป็นต้น

นอกเหนือจากอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ การตีความกฎหมายตามทฤษฎี Purposive Approach ปรากฏในหลายประเทศ อาทิ สหรัฐอเมริกา[73] อิสราเอล[74] อินเดีย[75] และรวมถึงการตีความกฎหมายของศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice)[76] และศาลภายใน (Domestic Courts) ของประเทศในยุโรปเมื่อเกี่ยวข้องกับการใช้และการตีความกฎหมายสหภาพยุโรป (EU Law)

---

[68] *R v Secretary of State for Health ex parte Quintavalle* [2003] 2 WLR 692 (House of Lords) (England).

[69] กรณีนี้แตกต่างจากความเข้าใจของนักนิติศาสตร์ไทยที่มองว่าเรื่องการตีความหรือนิติวิธี (Juristic Methods) เป็นเรื่องที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายตำราและศาลค่อยๆ ปรุงแต่งและพัฒนาขึ้นดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ**, 7(4) 53-84, หน้า 54 เป็นต้น.

[70] *The Acts Interpretation Act* (1901) (Australia).

[71] *The Interpretation Act* (1999) (New Zealand), §5(1). ดูบทวิเคราะห์ใน Kate Tokeley. (2002). Interpretation of Legislation: Trends in Statutory Interpretation and the Judicial Process. **Victoria University of Wellington Law Review,** 33, pp. 965-980.

[72] *R. v Big M Drug Mart Ltd.,* [1985] (Supreme Court of Canada), at para. 116.

[73] Abbe R. Gluck. (1750). The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism. **Yale Law Journal,** 119, p. 1764; .

[74] อาทิ *CA 165/82 Kibbutz Hatzor v Assessing Officer,* 39(2) P.D. 70 [1985] (Judgement in Jerusalem, Israel) ดู Aharon Barak. 2005. **Purposive International in Law.** New Jersey, USA: Princeton University Press, p. 88; และ Aharon Barak. 2012. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press.

[75] อาทิ *Tirath Singh v. Bachittar Singh and Others* (1955) (Supreme Court of India).

[76] Nial Fennelly. (1996). Legal Interpretation at the European Court of Justice. **Fordham International Law Journal,** 20(3), article 4.

2.4 แนวทางการตีความกฎหมายในลักษณะต่างๆ

หลักการและทฤษฎีในการตีความกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เป็นแนวนิติวิธีที่ใช้ในการตีความกฎหมายในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law และประเทศที่มีระบบกฎหมาย Civil Law มากน้อยตามสถานการณ์และลักษณะแห่งคดี แม้การใช้และการตีความกฎหมายจะมีความคล้ายคลึงกันในภาพรวม แต่รายละเอียดและแนวทางในการตีความกฎหมายของประเทศในระบบกฎหมาย Common Law กับ Civil Law โดยเฉพาะยุโรป ยังคงมีความแตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวสรุปเป็นแนวทางได้ดังนี้

2.4.1 การตีความกฎหมายของประเทศ Common Law

การตีความกฎหมายของประเทศในระบบกฎหมาย Common Law มีระเบียบแบบแผนที่ศาลใช้ในการตีความกฎหมายเรียกว่า “Canons” หรือ “Canons of Construction”[77] นักกฎหมายไทยเรียกว่า “นิติวิธี” (Juristic Methods) ซึ่งผสมผสานหลักการทั่วไปและทฤษฎีการตีความกฎหมายข้างต้น จนกลายเป็นระเบียบแบบแผนที่วางเป็นแนวทางให้ผู้พิพากษาใช้ในการพิจารณาตีความกฎหมาย มีหลักการสำคัญ 3 ประการ ดังนี้

(1) การตีความตามตัวอักษร (Textual)

การตีความตามตัวอักษร (Textual Canon) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการค้นหาความหมายของถ้อยคำ การพิจารณาถึงหลักไวยากรณ์ หรือการพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายทั้งฉบับซึ่งเป็นนิติวิธีเดียวกับหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไปและทฤษฎี Literal Rule ดังกล่าวข้างต้น โดยให้ความสำคัญกับประเด็นดังต่อไปนี้

หลักการค้นหาความหมายโดยทั่วไป *(Plain Meaning)* เป็นข้อสมมติฐานของศาลว่าในการร่างกฎหมาย ผู้ร่างได้ใช้ถ้อยคำธรรมดาที่มีความหมายโดยทั่วไปอยู่ การใช้และการตีความกฎหมายดังกล่าวจึงต้องแปลความหมายของถ้อยคำไปตามความหมายทั่วไป การค้นหาความหมายโดยทั่วไปเหมือนกับหลักการตีความตาม

---

[77] Jonathan R. Macey. (1992). The Canons of Statutory Construction and Judicial Preferences. **Faculty Scholarship Series,** Paper 1643; Quintin Johnstone. (1954). An Evaluation of the Rules of Statutory Interpretation. **Faculty Scholarship Series,** Paper 1908; Emmanuel Q. Fernado. (2000). Canons of Statutory Construction: A Comparative Analysis. P**hilippine Law Journal.** 75, 203; Anita S. Krishnakumar. (2016). Dueling Canons. **Duke Law Journal.** 65, 909.

ทฤษฎี Literal Rule และปรากฏในคดีคำตัดสินของศาลสูงสุดในสหรัฐอเมริกา คดี *Caminetti v. United States* (1917)[78] เป็นต้น

หลักการตีความตามบทนิยามหรือคำเฉพาะ *(Expressio unius est exclusio alterius)* บทบัญญัติกฎหมายที่มีการบัญญัตินิยามหรือคำเฉพาะไว้ให้ตีความตามความหมายของนิยามหรือคำเฉพาะที่ได้บัญญัติไว้ ฉะนั้น หากมิได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายย่อมถือว่าไม่ครอบคลุมภายใต้กฎหมายดังกล่าว

หลักความสอดคล้องและเชื่อมโยงในการตีความ *(Ejusdem generis)* ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปดังกล่าวข้างต้นว่าการตีความกฎหมายต้องมีความสอดคล้อง และเชื่อมโยงกันทั้งฉบับ

หลักความสอดคล้องกับส่วนอื่นของกฎหมายในการตีความ *(Noscitur a coiis)* ในกรณีที่การตีความถ้อยคำในกฎหมายใดเกิดความกำกวมหรือไม่ชัดเจน ให้ตีความถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวในทำนองที่สอดคล้องกับบทบัญญัติในส่วนอื่นๆ ของกฎหมาย

หลักความสอดคล้องกับกฎหมายอื่น *(In pari materia)* ในกรณีที่การตีความถ้อยคำในกฎหมายใดเกิดความกำกวมหรือไม่ชัดเจน การตีความถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวให้ตีความสอดคล้องกับกฎหมายฉบับอื่นที่มีความใกล้เคียงกัน นิติวิธีนี้เทียบได้กับการตีความกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงตามมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

หลักไวยากรณ์ *(Reddendo singular singullis)* ซึ่งการตีความต้องพิจารณาตามหลักภาษาศาสตร์และไวยากรณ์

หลักกฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน *(Lex specilis)* ซึ่งปรากฏในคดี *Vera Cruz* (1884)[79] เป็นต้น โดยเป็นนิติวิธีเช่นเดียวกับหลักการตีความกฎหมายโดยทั่วไปดังกล่าวข้างต้น

(2) การตีความโดยคำนึงถึงสาระสำคัญ (Substantive)

การตีความโดยคำนึงถึงสาระสำคัญ (Substantive Canon)[80] เป็นระเบียบแบบแผนที่กำหนดให้ศาลตีความกฎหมายเพื่อส่งเสริมคุณค่า หรือศีลธรรมอันดีของสังคม หรือเพื่อตอบสนองเป้าหมายเชิงสังคมอย่างใดอย่างหนึ่ง การตีความโดยคำนึงถึงสาระสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้และการตีความกฎหมายอาจมีการแปลความหมาย

---

[78] *Caminetti v. United States,* 242 U.S. 470 (1917).

[79] *Seward v. Vera Cruz* (1884) 10 App. Cas. 59 (England).

[80] ดู BJ Ard. (2010). Interpreting by the Book. **The Yale Law Journal,** 120, 185, at 193.

ให้แตกต่างไปจากความหมายปกติเพื่อให้เกิดผลการบังคับใช้อย่างสมเหตุสมผล หรือพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดจากการใช้และตีความกฎหมายอันเป็นการผสมผสานทฤษฎี Mischief Rule และ Golden Rule โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

"Charming Betsy" Canon คือการตีความกฎหมายจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งปรากฏในคดี *Murray v. The Charming Betsy* (1804)[81] ในสหรัฐอเมริกา เป็นหลักการตีความกฎหมายในสหรัฐอเมริกาซึ่งถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ

การตีความที่สอดคล้องกับศีลธรรมอันดี คือการตีความกฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อคุณค่าหรือศีลธรรมอันดีของสังคมซึ่งปรากฏในคดี *Holy Trinity Church v. United States* (1892)[82]

Rule of Lenity การตีความถ้อยคำที่กำกวมในกฎหมายอาญา หรือกฎหมายที่มีบทกำหนดโทษทางอาญาต้องตีความในทางเป็นคุณแก่จำเลย

"Indian" Canon ซึ่งเป็นหลักการตีความกฎหมายของกฎหมายสหรัฐอเมริกาว่าการตีความกฎหมายต้องตีความในลักษณะที่เป็นคุณแก่ชาวพื้นเมืองอเมริกัน (Native American)[83]

(3) การตีความโดยอนุโลม (Deference)

การตีความโดยอนุโลม (Deference Canon) ศาลสามารถปรับใช้หลักการที่ปรากฏในสถาบันหรือองคาพยพอื่นๆ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเคารพต่อหลักความเป็นประชาธิปไตยและการแบ่งแยกอำนาจภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ[84] โดยศาลจะพิจารณาถึงการตีความเพื่อให้สอดคล้องกับแนวปฏิบัติหรือหลักการขององค์กรรัฐอื่นๆ การตีความกฎหมายเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การตีความโดยมิให้เกิดผลประหลาด การตีความกฎหมายที่เป็นคุณ เป็นต้น

อาจกล่าวได้ว่าการตีความภายใต้ Deference Canons เป็นการตีความกฎหมายที่ผู้ตีความให้ความสำคัญกับวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายเป็นสำคัญแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องกับทฤษฎี Purposive Approach ดังกล่าวข้างต้น

---

[81] *Murray v. The Charming Betsy,* 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

[82] *Church of the Holy Trinity v. United States,* 143 U.S. 457 (1892) (Supreme Court of the United States).

[83] *Chickasaw Nation v. United States,* 534m U.S. 84 (2001).

[84] Vitoria F. Nourse. (2012). A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules. **The Yale Law Journal.** 70, 122.

2.4.2 การตีความกฎหมายของประเทศ Civil Law โดยเฉพาะประเทศยุโรป

สำหรับแนวทางการตีความกฎหมายของประเทศ Civil Law โดยเฉพาะยุโรป มีความคล้ายกับประเทศ Common Law โดยมีการตีความกฎหมายเพื่อค้นหาความหมายตามธรรมดา การตีความโดยคำนึงถึงประวัติศาสตร์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือการตีความให้สอดคล้องเป็นระบบเดียวกันของกฎหมายทั้งฉบับ โดยศาสตราจารย์ Friedrich Carl von Savigny (ค.ศ. 1779–1861)[85] เป็นนักกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับการตีความกฎหมายในยุโรปเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะประเทศเยอรมนี สรุปได้ดังนี้

(1) การตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation)

การตีความตามตัวอักษร (Grammatical Interpretation) เป็นการตีความตามหลักภาษาศาสตร์และไวยากรณ์ ลักษณะเดียวกันกับหลักการตีความของ Common Law ภายใต้ “Textual Canons” และทฤษฎี “Literal Rule” ดังกล่าวข้างต้น และเป็นวิธีที่ศาลในเยอรมันให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก เนื่องจากถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นเจตจำนงของประชาชนตามหลักการประชาธิปไตย (Democratic Legitimation)[86]

(2) การตีความโดยคำนึงถึงรากประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical Interpretation)

การตีความโดยคำนึงถึงรากประวัติศาสตร์กฎหมาย (Historical Interpretation) โดยพิจารณาจากประวัติการจัดทำกฎหมายเพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างฯ[87] การตีความนิติวิธีนี้มีลักษณะเช่นเดียวกับทฤษฎี “Mischief Rule” ทฤษฎี “Purposive Approach” และหลัก “Deference Canons” ของ Common Law ดังกล่าวข้างต้น

(3) การตีความโดยคำนึงถึงความสอดคล้องเป็นระบบของกฎหมาย (Systematic Interpretation)

---

[85] Friedrich Carl von Savigny. (1803). **Das Recht des Besitzes;** Friedrich Carl von Savigny. (1814). **Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.** ดูบทวิเคราะห์ใน Luis Kutner. (1972). Legal Philosophers: Savigny: Germany Lawgiver. **Marquette Law Review,** 55(2), article 5.

[86] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ**, 7(4), 53-84, หน้า 53-54.

[87] Ernst Freund. (1890). Historical Jurisprudence in Germany. **Political Science Quarterly.** 5(3), pp. 468-486.

การตีความโดยคำนึงถึงความสอดคล้องเป็นระบบของกฎหมาย (Systematic Interpretation)[88] ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับหลักเรื่อง “Ejusdem Generis” ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของการตีความกฎหมายในระบบกฎหมาย Common Law และเป็นหลักการสากล

(4) การตีความโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย (Teleological Interpretation)

การตีความโดยคำนึงถึงความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย (Teleological Interpretation)[89] เป็นการตีความในวิธีพิจารณาความสอดคล้องของกฎหมายตามวัตถุประสงค์เป็นเป้าหมายสำคัญในการตีความ ซึ่งอาจเทียบเคียงได้กับทฤษฎี “Golden Rule” ที่ยอมให้ผู้ตีความ แปลความหมายของถ้อยคำในกฎหมายได้แตกต่างไปจากความหมายปกติเพื่อป้องกันผลประหลาดที่อาจเกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้น ท่านศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เรียกการตีความวิธีนี้ว่า “การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Teleologische)[90]

2.5 บทสรุป

หลักการตีความกฎหมายและรัฐธรรมนูญของไทยคงหนีไม่พ้นนิติวิธีที่กล่าวมาข้างต้น และสำหรับการตีความรัฐธรรมนูญก็ไม่มีบรรทัดฐานว่าควรปรับใช้หลักการใดในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เพียง “.... เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นเป็นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

---

[88] Karl Riesenhuber. (2011). English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches. **Utrecht Law Review,** 7(1), 117.

[89] Claire M. Germain. (2003). Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France. **Duke Journal of Comparative and International Law.** 13, 195; Jan Wintr and Patrik Kozeluha. (2015). Teleological Interpretation in Czech Case Law. The Law Quarterly, 5(2), 133-149; หลักการตีความแบบ Teleological Interpretation ยังใช้กับการตีความกฎหมายของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป ดู Nial Fennelly. (1996). Legal Interpretation at the European Court of Justice. **Fordham International Law Journal,** 20(3), article 4.

[90] ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ**, 7(4), 53-84, หน้า 78. จะเห็นได้ว่าการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นงานเขียนชั้นครูเกี่ยวกับการตีความกฎหมายของท่านศาตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายเยอรมัน.

กรอบนิติวิธีที่รัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ให้ศาลรัฐธรรมนูญใช้และตีความ คือ การใช้และการตีความตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และการใช้รัฐธรรมนูญไปตามประเพณีการปกครองเท่านั้น กล่าวได้ว่า การนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นนิติวิธีหนึ่งในการตีความรัฐธรรมนูญของไทย จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมีลักษณะและขอบเขตอย่างไร ฉะนั้น การศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไปจะกล่าวถึงประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอันจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ต่อไป

บทที่ 3
รัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3.1 บทนำ

ภายหลังการปฏิวัติ พ.ศ. 2475[1] ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้ว 20 ฉบับ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน บัญญัติให้นำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญใช้บังคับ มาตรา 5 วรรคสองของรัฐธรรมนูญซึ่งวางหลักการดังกล่าว บัญญัติไว้ว่า

> "…. เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

กล่าวได้ว่า ประเพณีการปกครองที่กล่าวถึงในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะต้องเป็นประเพณีการปกครองที่เกิดขึ้นภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข โดยมีรัฐธรรมนูญภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ[2] ประเพณีการปกครองดังกล่าว ยังต้องเป็นประเพณีที่มีการประพฤติปฏิบัติ หรือเป็นระเบียบแบบแผนที่ถือปฏิบัติกันมาจน

---

[1] สำหรับการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ดู นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. 2553. **การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน.

[2] การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจึงศึกษาเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทยในช่วง พ.ศ. 2475 ถึงปัจจุบัน และข้อมูลที่ใช้ในรายงานวิจัยฉบับนี้สิ้นสุด ณ วันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2560.

กลายเป็น “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional Conventions)[3] การประพฤติปฏิบัติดังกล่าวอาจเกิดจากการปฏิบัติตามกรอบรัฐธรรมนูญของสถาบันทางการเมือง หรือการนำขนบธรรมเนียมประเพณีที่ปรากฏมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และยังถือปฏิบัติเรื่อยมา หรือเป็นการแก้ไขปัญหาวิกฤติรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ บทนี้จะศึกษาภูมิหลัง นิยามและความหมาย ตลอดจนลักษณะและขอบเขตของประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” ของไทย

3.2 ความเป็นมาของการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ภูมิหลังของมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[4] สามารถมองย้อนไปถึงธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2502 ซึ่งปรากฏการบัญญัติในลักษณะเดียวกันในมาตรา 20[5] และจากการศึกษาวิเคราะห์รัฐธรรมนูญไทยทั้ง 20 ฉบับ พบว่า ประเทศไทยมีการบัญญัติโดยให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแล้วในรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 4 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	รัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของประเทศไทย (รวม 20 ฉบับ)	มาตรา
1	พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475	-
2	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475	-
3	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489	-
4	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490	-
5	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492	-
6	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495	-

[3] ดูบทที่ 4 ซึ่งวิเคราะห์หลักและทฤษฎีว่าด้วยประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.

[4] มาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

ตารางที่ 4 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยฯ มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ลำดับ	รัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของประเทศไทย (รวม 20 ฉบับ)	มาตรา
7	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502	มาตรา 20
8	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511	-
9	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515	มาตรา 22
10	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517	-
11	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519	มาตรา 25
12	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520	มาตรา 30
13	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521	-
14	ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534	มาตรา 30
15	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534	-
16	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	มาตรา 7
17	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549	มาตรา 7
18	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	มาตรา 7
19	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557	มาตรา 7
20	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560	มาตรา 5

ที่มา: รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รวม 20 ฉบับ

จะเห็นได้ว่า ก่อนหน้ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประเทศไทยมีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ซึ่งแบ่งกลุ่มการวิเคราะห์ได้เป็น 3 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ (1) กลุ่มที่มิได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (2) กลุ่มที่มีการบัญญัติไว้ในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราว และ (3) กลุ่มที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 ฉบับปี พ.ศ. 2550 และฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน

3.2.1 รัฐธรรมนูญที่มิได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ก่อนหน้าธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ประเทศไทยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้ว 6 ฉบับ ได้แก่ (1) พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม

พุทธศักราช 2475 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495

รัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับดังกล่าวมิได้มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้แต่ประการใด สาเหตุประการสำคัญอาจเป็นเพราะประเทศไทยเพิ่งผ่านพ้นการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง แนวคิดเรื่องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญยังอยู่ในระยะแรกเริ่ม และหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับดังกล่าวจะพบว่า ในช่วงเวลาดังกล่าว ประเทศไทยอยู่ระหว่างการแสวงหารูปแบบที่เหมาะสมในการจัดสรรอำนาจการปกครอง สถาบันทางการเมืองต่างๆ ยังไม่มีความชัดเจน อาทิ องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญยังไม่มีสถานะเป็นศาลรัฐธรรมนูญดังเช่นในปัจจุบัน[6]

นอกเหนือจากรัฐธรรมนูญทั้ง 6 ฉบับข้างต้น รัฐธรรมนูญฉบับที่มิได้มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญยังมีอีก 4 ฉบับ ได้แก่ (1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 (2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และ (4) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะ ผู้ร่างฯ ได้ให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นๆ มากกว่าเรื่องของนิติวิธีในการนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 เป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยยังไม่มีปัญหาเรื่องนิติวิธีหรือการใช้และการตีความขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ปัญหาสำคัญในขณะนั้นคือการออกแบบสถาบันหรือองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดมาจากการตีความของศาลฎีกา

---

[5] มาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[6] ในช่วงเวลาดังกล่าว ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงสถานะขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตั้งแต่ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลยุติธรรม และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดูพัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,** 34(1), หน้า 177-201.

ในคดีอาชญากรสงคราม[7] ศาลฎีกามีคำพิพากษาไว้ว่า “ถ้ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ” (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489)[8] ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 จึงได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในหมวด 9 (มาตรา 164-168) ซึ่งเป็นการบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2492 และฉบับปี พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 อาจกล่าวได้ว่า การที่ประเทศไทยยังอยู่ในระหว่างการแสวงหารูปแบบขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม ปัญหาเรื่องปริมาณคดีที่เข้าสู่องค์กร ตลอดจนเรื่องการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ คงยังไม่เกิดปัญหาแต่อย่างใด

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2521 และรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มีลักษณะแบบเดียวกับรัฐธรรมนูญ 2511 ซึ่งเป็นเรื่องการจัดสรรและออกแบบรูปแบบของสถาบันหรือองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่าให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่มิได้กล่าวถึงเรื่องการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด และสำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2517 ให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นๆ มากกว่าจะเป็นเรื่องการนำประเพณีการปกครองของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ พิจารณาได้จากการบัญญัติหลักการเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของไทย[9] ซึ่งเป็นการรับเอาหลักการของปฏิญญากรุงสต๊อกโฮล์มว่าด้วยสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ค.ศ. 1972 (Stockholm Declaration on the Human Environment)[10] โดยปรากฏเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ (มาตรา 77) ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐพึงบำรุงรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อมและความงามทางธรรมชาติ รวมทั้งป่าไม้ ต้นน้ำลำธาร และน่านน้ำ”[11] เป็นต้น[12]

---

[7] ดูบทวิเคราะห์ใน กล้า สมุทวณิช. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญไทย : ทบทวนก่อนการปฏิรูป. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, 13(1) 125-148.

[8] คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489. และดูบทวิเคราะห์ใน ปัญญา อุดชาชน. (2556). พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ. **รัฐสภาสาร**, 61(8), 89-138.

[9] ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 47-48.

[10] *Stockholm Declaration on the Human Environment,* UN Doc. A/CONF.48/14/REV.1 (1972). ดูหลักการด้านสิ่งแวดล้อมภายใต้ปฏิญญาสต๊อกโฮล์มใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2558). หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 44(2), 443-467.

[11] มาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517.

[12] นอกเหนือจากมาตรา 77 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมยังปรากฏในมาตรา86 และ 93 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517.

3.2.2 ธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว

การนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏเป็นครั้งแรกภายใต้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2502 และปรากฏในธรรมนูญการปกครอง หรือรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ฉบับต่อๆ มาทุกฉบับ ซึ่งสรุปรายละเอียดและสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 บัญญัติเรื่องการนำประเพณีการปกครองของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้เป็นครั้งแรก โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 20 ซึ่งวางหลักไว้ว่า

> "ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดๆ ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด"

จะเห็นได้ว่า มาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มีความแตกต่างจากมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เพียงเล็กน้อย กล่าวคือ มาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ใช้คำว่า ***"ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย"*** ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งใช้คำว่า ***"ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"*** เป็นการอ้างอิงถึงระบอบการปกครองของไทยในแบบกว้างและในภาพรวม

เมื่อพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติมาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ยังพบว่า มีความสละสลวยในการใช้ถ้อยคำของภาษาและความถูกต้องของการใช้คำตามหลักไวยากรณ์ ต้องชมคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญซึ่งมีความเข้าใจถ่องแท้ถึงความหมายของภาษาและการเลือกใช้คำ อาทิ การใช้คำว่า ***เกี่ยวแก่*** มากกว่าจะเป็นคำว่า ***"เกี่ยวกับ"*** เป็นถ้อยคำที่ถูกต้องตามหลักไวยากรณ์และภาษาไทย[13] ซึ่งการใช้ถ้อยคำดังกล่าวไม่มีปรากฏให้เห็นในบัญญัติกฎหมายในปัจจุบัน

---

[13] ขอขอบคุณคณบดีคณะศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล ผู้ช่วยศาสตราจารย์อภิลักษณ์ เกษมผลกูล และศาสตราจารย์สุกัญญา สุจฉายา (คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย) นักวิจัยดีเด่นสาขาปรัชญาประจำปี พ.ศ. 2558.

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับมาตรา 17 ของธรรมการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มากกว่าจะเป็นมาตรา 20 ซึ่งมีสาเหตุสำคัญเนื่องจากเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ปรากฏบทบัญญัติให้อำนาจหัวหน้าฝ่ายบริหาร (นายกรัฐมนตรี) อย่างล้นพ้น และเป็นบทบัญญัติมาตราที่ถูกใช้เป็นอาวุธทางการเมือง ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นช่วงสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งเป็นหัวหน้าในการปฏิวัติรัฐประหาร และเป็นนายกรัฐมนตรี ไม่ว่ามาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 จะมีความสำคัญมากกว่ามาตรา 17 หรือไม่มาตรา 20 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ได้กลายมาเป็นต้นแบบในการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองของประเทศไทยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของธรรมนูญการปกครองฉบับต่างๆ และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่สืบรากมาจนถึงปัจจุบัน

(2) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515

นอกเหนือจากมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญยังปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 22[14] ดังนี้

> “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

บทบัญญัติในธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นช่วงเวลาของการปฏิวัติรัฐประหารโดยจอมพลถนอม กิตติขจร ได้ถอดแบบมาจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ส่งผลให้มาตรา 22 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 จึงได้ยึมหลักการมาจากมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และปรากฏบทบัญญัติในลักษณะเดียวกัน

---

[14] มาตรา 22 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515.

(3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 เป็นฉบับที่เกิดในสมัยของการรัฐประหารของพลเรือเอกสงัด ชะลออยู่ โดยปรากฏบทบัญญัติที่ให้นำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในมาตรา 25[15] ซึ่งบัญญัติว่า

> "เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยตามวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือเกิดขึ้น โดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินวินิจฉัยให้สภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดินวินิจฉัยชี้ขาด"

จะเห็นได้ว่า มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 มีลักษณะเช่นเดียวกับธรรมนูญการปกครองฉบับที่ผ่านมา

(4) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520

สำหรับธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ปรากฏบทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในมาตรา 30[16] ซึ่งบัญญัติว่า

> "ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดๆ ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด"

จะเห็นได้ว่า ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 มีเนื้อหาไม่แตกต่างจากธรรมนูญการปกครองทั้งสองฉบับข้างต้น

---

[15] มาตรา 25 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519.

[16] มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520.

(5) ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ปรากฏหลักการเดียวกับธรรมนูญฉบับปี 2502 ฉบับปี 2511 และฉบับปี 2520 โดยปรากฏในมาตรา 30[17] ซึ่งบัญญัติว่า

> "ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด"

มาตรา 30 มีลักษณะเช่นเดียวกับบทบัญญัติในธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมา คือ กำหนดให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

(6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มีความแตกต่างจากธรรมนูญการปกครองชั่วคราวฉบับอื่นๆ กล่าวคือ มีการบัญญัติเพิ่มเติมจากการใช้ถ้อยคำว่า "ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย" เป็นถ้อยคำว่า "ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข" และมีการกล่าวถึงระบอบการปกครองประเทศไว้ในส่วนอื่นของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ[18] ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

> "โดยที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า เหตุที่ทำการยึดอำนาจและประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขความเสื่อมศรัทธาในการบริหารราชการแผ่นดิน .... จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน ***โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ....***"

---

[17] มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534.

[18] ดูคำปรารภ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549.

นอกเหนือจากคำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ ยังปรากฏหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในมาตรา 3[19] ซึ่งบัญญัติว่า

> “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตาม**ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย**อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

สำหรับบทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญปรากฏในมาตรา 38[20] ซึ่งบัญญัติว่า

> “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
>
> ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเมื่อกรณีที่คณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มีความคล้ายคลึงกับธรรมนูญการปกครองฉบับที่ผ่านมา แสดงให้เห็นการหยิบยืมหลักการกฎหมายในรัฐธรรมนูญของไทย

(7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 เป็นฉบับล่าสุดที่เพิ่งถูกยกเลิกไปโดยการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเป็นช่วงระยะเวลาที่คาบเกี่ยวในการศึกษาวิจัยในครั้งนี้

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว บทบัญญัติที่ให้นำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในมาตรา [21] ซึ่งบัญญัติว่า

---

[19] มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549.

[20] มาตรา 38 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549.

[21] มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557.

> “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้
>
> ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุด จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

บทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ได้นำหลักการและบทบัญญัติมาจากธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมา มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดูเหมือนว่าหลักการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจะกลายเป็นบรรทัดฐานในการบัญญัติวางกรอบนิติวิธีในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญสำหรับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญ)

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 5 มิได้รับการกล่าวถึงหรือได้รับความสนใจเมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 44 ซึ่งอาจหยิบยืมมาจากข้อความในมาตรา 48 รัฐธรรมนูญแห่งรัฐไวม่าร์[22] (Weimar Constitution)[23] และถูกเขียนขึ้นใหม่ในสมัยท่านผู้นำฮิตเลอร์ และบังเอิญมาปรากฏในรัฐธรรมนูญของไทย[24] มาตรา 44 ได้ถูก

---

[22] The Constitution of the German Reich (Weimar Constitution) (1919-1933), art. 48.

[23] สำหรับบทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งรัฐไวม่าร์ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2559). รัฐธรรมนูญไวม่าร์. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 44(4), 800-837.

[24] มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาราจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่างๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยั้บยั้ง หรือกระทำการใดๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำรวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”.

ปรับใช้ในเรื่องต่างๆ อาทิ เศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างขององค์กรทางการเมือง การออกคำสั่งทางปกครองและมาตรการทางการทหาร เป็นต้น[25]

3.2.3 รัฐธรรมนูญฉบับถาวร

สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในรัฐธรรมนูญสามฉบับ ดังรายละเอียดที่จะได้วิเคราะห์ต่อไป โดยทุกฉบับมีข้อความหรือการใช้ถ้อยคำที่เป็นการยืมหลักมาจากธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 อาจกล่าวได้ว่าธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2502 เป็นต้นแบบของการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบัน

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ[26] และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับถาวรฉบับแรกที่มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในมาตรา 7[27] ซึ่งบัญญัติว่า

> “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณี การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีหลักการเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 7[28] เช่นเดียวกัน ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

---

[25] ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. **รัฐสภาสาร**, 64(6) 7-31.

[26] ดูหมวด 8 ส่วนที่ 2 ว่าด้วย “ศาลรัฐธรรมนูญ” มาตรา 255–270 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540. สำหรับบทวิเคราะห์เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.** 34(1), หน้า 177-201.

[27] มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

[28] มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

> "ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณี การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับมิได้มีความแตกต่างจากธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับที่ผ่านมาแต่อย่างใด

(2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันมีการบัญญัติในลักษณะเดียวกับมาตรา 7 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และฉบับปี พ.ศ. 2550 โดยปรากฏในมาตรา 5[29] ซึ่งบัญญัติว่า

> "รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้
>
> เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข"

ในส่วนนี้ได้วิเคราะห์วิวัฒนาการของการบัญญัติหลักการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏเป็นครั้งแรกในมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 และได้รับการบัญญัติในธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวต่อๆ มาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

การศึกษาภูมิหลังและพัฒนาการของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาไม่อาจทำให้ทราบได้ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สามารถนำมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญมีลักษณะอย่างไร แต่เป็นเพียงการลำดับเหตุการณ์ประวัติศาสตร์ของรัฐธรรมนูญเท่านั้น และการบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ ปรมาจารย์ทางด้านรัฐธรรมนูญของไทยบางท่าน อาทิ ท่านศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ยังได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า การบัญญัติรัฐธรรมนูญโดยอ้างอิงถึงการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้

---

[29] มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ แม้ไม่เขียนเอาไว้โดยตรงก็จะมีหลักวิชาการในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเพื่ออุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญได้อยู่แล้วตามหลักของนิติวิธี หรือ Juristic Method ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย[30]

อย่างไรก็ตาม การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นถึงการเน้นย้ำการกำหนดกรอบนิติวิธีในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญบทบัญญัติดังกล่าวได้กลายเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งอาจกล่าวได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาวินิจฉัยปัญหากรณีต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากช่องว่างของรัฐธรรมนูญไปตามครรลองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นการแก้ไขวิกฤติรัฐธรรมนูญที่ป้องกันการปฏิวัติรัฐประหาร

3.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำตัดสินของศาลอื่นๆ

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจำเป็นจะต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (ศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน) ที่เกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

ภายใต้รัฐธรรมนูญทั้ง 20 ฉบับดังกล่าวข้างต้นก่อให้เกิดองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในลักษณะต่างๆ หลากหลายรูปแบบ และจากการศึกษาวิจัยเรื่อง “พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของไทย”[31] ของผู้วิจัยพบว่าประเทศไทยมีการปรับใช้ระบบองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาแล้วทุกรูปแบบ ซึ่งสรุปแนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นกลุ่มตามรูปแบบและลักษณะ ได้ดังต่อไปนี้

3.3.1 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภา

ระบบรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญถือว่า เมื่อรัฐสภาได้ตรากฎหมายฉบับใดขึ้นใช้บังคับ กฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว

---

[30] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ. **จุลนิติ**, 3(3) หน้า 1-16.

[31] ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.** 34(1), หน้า 177-201.

เพราะเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของประชาชน ระบบรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในสมัยพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ. 2475 ที่การปกครองของประเทศไทยมีลักษณะเป็นแบบสภาบริบูรณ์ ในช่วงที่ประเทศไทยมีองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบรัฐสภา ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญว่าให้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศไทยเพิ่งมีการปฏิวัติ[32] และได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ฉะนั้น แนวคำวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจึงยังไม่ปรากฏแต่อย่างใด

3.3.2 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลยุติธรรม

ระบบศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญ ตลอดจนควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เกิดขึ้นโดยผลของคำพิพากษาฎีกาในคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 ซึ่งวางหลักว่า “ถ้ารัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด ศาลยุติธรรมย่อมมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ”[33] โดยศาลฎีกาได้สร้างบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ รวมถึงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ผลของคำพิพากษาศาลฎีกาเป็นรากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบัน[34] รวมถึงรากฐานของการพัฒนาองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญรูปแบบอื่นภายใต้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรกึ่งการเมือง

สำหรับแนวคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำตัดสินขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในระบบศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเคยปรากฏในคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536[35] โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยกรณีประกาศคณะรักษา

---

[32] ดูบทวิเคราะห์ใน นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. 2553. **การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน.

[33] คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489. คล้ายคลึงกับคดี *Marbury v Madison* (1803) (U.S. Supreme Court)

[34] ดูบทวิเคราะห์ใน ปัญญา อุดชาชน. (2556). พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ. **รัฐสภาสาร**, 61(8), 89-138.

[35] คำพิพากษาฎีกาที่ 912/2536.

ความสงบแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26 ที่กำหนดให้คณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) มีอำนาจอายัดทรัพย์สินและพิจารณาว่าบุคคลใดร่ำรวยผิดปกติหรือไม่ ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ซึ่งกรณีนี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของ คตส. มีลักษณะเป็นการตั้งคณะบุคคลที่ไม่ใช่ศาลทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาล โดยที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจศาล จึงขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และทรัพย์สินของบุคคลที่ถูกยึดนั้นเป็นทรัพย์สินที่ได้มาก่อนประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ใช้บังคับ จึงเป็นการออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาย้อนหลัง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นคดีแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยที่ศาลได้นำหลักการเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยได้ตีความประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยว่ามีความเกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองภายใต้ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) อันเป็นหลักการสากลที่รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับให้การรับรอง

อาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นบรรทัดฐานหนึ่งที่สำคัญในเรื่องการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ และแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของศาลว่า การที่จะนำหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาปรับใช้จะต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ เป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับสากล (Univeral Principles) และรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของประเทศไทยได้ให้การรับรองไว้

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 เป็นเพียงตัวอย่างหนึ่งที่เกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย หรือการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาดังกล่าวยังมิได้อธิบายว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีสาระสำคัญ นิยาม หรือความหมายรวมตลอดทั้งขอบเขตว่ามีลักษณะอย่างไร เป็นการกล่าวถึงเฉพาะเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กรณีนี้จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยของ

องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอื่นๆ ที่ผ่านมา เพื่ออธิบายถึงลักษณะและขอบเขตของหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ รวมถึงแนวนิติวิธีในการปรับใช้หลักการดังกล่าวว่ามีลักษณะและแนวทางอย่างไร

3.3.3 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2489–2534 ในรัฐธรรมนูญ 8 ฉบับและปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2549 ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยมีลักษณะเป็นองค์กรที่เกิดจากการประนีประนอมข้อขัดแย้งทางการเมืองระหว่างรัฐสภาและศาล[36] ทำให้มีกระบวนการสรรหาและการแต่งตั้งมาจากรัฐสภาและจากตุลาการ ระบบดังกล่าวทำให้มีความชัดเจนในการตีความรัฐธรรมนูญมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ในเรื่องการตีความการนำหลักกฎหมายประเพณีมาใช้ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยหรือคำตัดสินแต่อย่างใด และโดยที่ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมิได้ถือว่าเป็นศาล จึงส่งผลให้ขาดประสิทธิภาพในการดำเนินงานเกี่ยวกับกระบวนวิธีพิจารณาและความเป็นอิสระทางการเมืองจึงเกิดการผลักดันไปสู่ระบบศาลพิเศษ (Specialized Court) ที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากศาลรัฐธรรมนูญในยุโรปและแนวความคิดของ Hans Kelsen[37] ก่อให้เกิดศาลรัฐธรรมนูญของไทย

3.3.4 แนวคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด

ก่อนที่ประเทศไทยจะมีศาลรัฐธรรมนูญดังที่ปรากฏในปัจจุบัน องค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบหนึ่งที่สมควรได้รับการกล่าวถึงเป็นพิเศษ คือ ระบบหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการใช้และการตีความ[38] ซึ่งเกิดขึ้น

---

[36] คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยได้รับอิทธิพลมาจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือสภารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งส่งผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของไทยในอดีตมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ได้รับอิทธิพลมาจากฝรั่งเศส อาทิ กัมพูชา ดูบทวิเคราะห์ใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของกัมพูชา. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. 45(4), 990-1016.

[37] Hans Kelsen. (1942). Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. **Journal of Politics**, 4, 183, at 185-6.

[38] ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.** 34(1), หน้า 177-201.

ในช่วงปัญหาทางการเมืองที่มีการปฏิวัติรัฐประหาร และมีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญชั่วคราวในการปกครองประเทศไทย[39]

หากพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับในช่วงเวลาดังกล่าว จะพบว่าอำนาจสูงสุดในการใช้และการพิจารณารัฐธรรมนูญเป็นของหัวหน้าฝ่ายบริหารทั้งสิ้น อาทิ มาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะกระทำการใดได้เพื่อป้องกันประโยชน์สาธารณะ และถือว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย (และรัฐธรรมนูญ)[40] อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏแนวปฏิบัติตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หรือบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกันกับมาตรา 44 ในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับอื่นที่มีการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้แต่อย่างใด

3.3.5 แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับระบบศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นระบบที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และต่อมาในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 และฉบับปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏแนวคำวินิจฉัยในหลากหลายประเด็น อาทิ แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือคดีเกี่ยวกับการเมือง เป็นต้น[41] และนับตั้งแต่ที่มีศาลรัฐธรรมนูญจนถึงปัจจุบัน[42] ศาลรัฐธรรมนูญมีการอ้างหรือกล่าวถึงหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเพียงสองคดี โดยปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ทั้งสองคดีสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

---

[39] ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (ราชบัณฑิต) ซึ่งเป็นปรมาจารย์ด้านรัฐธรรมนูญของไทยมองว่าในช่วงเวลาดังกล่าว อำนาจในการพิจารณาตีความรัฐธรรมนูญจะกลับไปอยู่ที่ศาลยุติธรรมดังเดิมตามที่ศาลฎีกาได้เคยวางแนวไว้ในคดีอาชญากรสงคราม (1/2489) โดยปรากฏในคำพิพากษาฎีกาหลายๆ คำตัดสิน ดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2546). ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**. 1(1), หน้า 1-28.

[40] ดูมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557.

[41] ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. **รัฐสภาสาร**. 64(6), หน้า 7-31.

[42] ข้อมูลที่ใช้ในการศึกษาสิ้นสุด ณ วันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2560.

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543[43] เป็นการวินิจฉัยกรณีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลือกของพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา โดยมีประเด็นที่เกี่ยวกับพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่ ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 และบทบัญญัติมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวว่า

> .... ในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย มีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างใดในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่มีถึงพระยามโนปกรณ์นิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณ์นิติธาดาที่เห็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 มีบัญญัติในมาตรา 11 ว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง”
>
> รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์ เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคติการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้
>
> รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้อำนาจนั้นอีก
>
> ตามที่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการ

[43] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543.

> อำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์[44]

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นการกล่าวถึงหลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกซึ่งมีการตีความเรื่องสถานะและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์[45] และกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 เป็นตัวอย่างการตีความเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญตัวอย่างหนึ่งที่สามารถนำมาเป็นบรรทัดฐาน (Precedent) ในการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในคดีรัฐธรรมนูญ[46]

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 มีความคล้ายคลึงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 ข้างต้น โดยเฉพาะประเด็นเรื่องหลักการที่เป็นที่ยอมรับและได้รับการบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมาย่อมเป็นเงื่อนไขและหลักเกณฑ์สำคัญอันแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีในการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวยังพิจารณาไปถึงหลักการในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย และความสัมพันธ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์

---

[44] ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543.

[45] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ลงวันที่ 29 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2543 มีความคล้ายคลึงกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะและความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์ในสเปน ดูบทที่ 7 กลุ่มประเทศยุโรป : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์.

[46] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลผูกพันทุกองค์กรตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 211 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หรือในรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่าน อาทิ มาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือมาตรา 27 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

ในฐานะประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) กับสถาบันทางการเมืองอื่นภายใต้รัฐธรรมนูญ[47]

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2559 เป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดอันเป็นสิทธิที่ประชาชนชาวไทยเคยได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับ จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีการกล่าวถึงหรือปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้ว่า

> .... ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ประกอบมาตรา 5 วรรคสอง หรือไม่ เห็นว่า ตามคำร้องมีประเด็นโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 และมาตรา 5 และที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้มีมติส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ 2 เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 45 ประกอบมาตรา 5 วรรคสอง และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน ประกอบกับคำโต้แย้งของจำเลยที่ 2 ที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อบทสันนิษฐานว่าในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ซึ่งเป็นสิทธิที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 วรรคหนึ่ง และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง

[47] กรณีนี้เป็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) ดูบทที่ 4.

> **จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข** และเป็นข้อสันนิษฐานซึ่งมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่าบุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง อันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองไว้ ....[48]

หลักเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิดเป็นหลักการที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองในเรื่องนั้นไว้จึงถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญยังได้พิจารณาไปถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับสากล (Accepted Norms) กล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 เป็นอีกบรรทัดฐานหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงตัวอย่างการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3.3.6 นิติวิธีที่ได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

จากแนวคำพิพากษาและคำวินิจฉัยทั้งสามคดีดังกล่าว อาจสรุปนิติวิธีหรือหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งมีองค์ประกอบที่สำคัญ 6 ประการ กล่าวคือ

(1) เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้แก่กรณี

องค์ประกอบประการแรกของนิติวิธีในการนำประเพณีในการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการนำประเพณี

---

[48] ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ลงวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2559 หน้า 3–4.

ทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดขึ้น ดังความในมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่บัญญัติวางหลักไว้ว่า “.... เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”[49] กรณีนี้ยังรวมถึงกรณีที่ไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในเรื่องดังกล่าว

(2) หลักการที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา

หลักการที่นำมาปรับใช้ว่าเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นหลักการที่มีหลักฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นหลักการที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองเรื่องนั้นไว้ ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้นมีการพิจารณาหรืออ้างถึงหลักเกณฑ์ (นิติวิธี) เกี่ยวกับการปรากฏของหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญว่าจะต้องเป็นเรื่องที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมาจึงจะถือเป็นหลักการที่นำมาปรับใช้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 แสดงไว้อย่างชัดเจนว่าหลักการที่ศาลได้นำมาปรับใช้และถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่ผ่านมารับรองไว้ สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 มีความแตกต่างกับแนวคำวินิจฉัยทั้งสองคดีข้างต้น กล่าวคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 มิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญทุกฉบับให้การรับรองไว้ แต่อาจเป็นเรื่องที่มีรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองเรื่องนั้นไว้ ก็ถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ศาลสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ กรณีนี้อาจเป็นเพราะ ในช่วงที่มีการรัฐประหารและมีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราว สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอาจมิได้มีการบัญญัติรองรับไว้ในรัฐธรรมนูญ[50]

(3) หลักการต้องเป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms)

หลักการที่ศาลนำมาปรับใช้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังจะต้องเป็นเรื่องที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นเรื่องที่ดี กรณีนี้ก่อให้เกิดคำถามที่ว่าเรื่องที่ได้รับ “การยอมรับ” หรือเป็นเรื่องที่ “ดี” คืออะไรหรือมีลักษณะอย่างไร กรณีนี้คงไม่อาจให้

---

[49] ดูมาตรา 5 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[50] ดูบทวิเคราะห์ใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 47-49.

นิยามและความหมาย รวมถึงขอบเขตของคำว่า “ดี” ที่ชัดเจนหรือตายตัวได้ แต่เป็นที่ยอมรับว่าเรื่องที่ได้รับการยอมรับหรือเป็นเรื่องที่ดีเกี่ยวข้องกับ คุณค่า (Values) หรือบรรทัดฐานทางสังคม (Norms) โดยเป็นเรื่องที่เป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms) ไม่แย้งต่อความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ (Public Sentiment) และเป็นสากล (Universal)[51] อาทิ เรื่องการรับรองสิทธิมนุษยชน ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ข้างต้น

(4) หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากองค์ประกอบดังกล่าวข้างต้น หลักการที่จะถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้ยังจะต้องเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental Principles) อาทิ การตีความหลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง (Separation of Powers) ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2534 หลักเรื่องความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมายแต่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” อันเป็นหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 หลักเรื่อง “The King Can Do No Wrong” จะได้วิเคราะห์ต่อไป หรือหลักเรื่องบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิด ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ซึ่งเป็นเรื่องการรับรองสิทธิมนุษยชนอันถือเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ปรากฏการรับรองมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลกภายใต้มหาบัตร Magna Carta[52] พัฒนามาเป็นหลักการภายใต้ “Habeas Corpus” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายอังกฤษ และวางรากฐานมาเป็นระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในปัจจุบัน

(5) หลักการต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง

แนวคำวินิจฉัยทั้งสามคดีข้างต้นยังแสดงให้เห็นนิติวิธีสำคัญที่ศาลปรับใช้เรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่าจะต้องเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง โดยทั้งสามคดีเป็นการตีความไปถึงอำนาจการปกครอง สถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ และหลักความยุติธรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้

---

[51] Ronald Dworkin. 1987. **Law’s Empire.** Massachusette: Harvard University Press, at 191.

[52] ดูบทวิเคราะห์ใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม.** กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, บทที่ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของอังกฤษ.

รับการยอมรับและปฏิบัติสืบทอดกันมาตั้งแต่ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475

(6) หลักการต้องถูกต้องตามทำนองคลองธรรมหรือตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)

แม้จะมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองไว้ หรือเป็นเรื่องที่อาจยอมรับได้ในสังคมจะถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังมิได้ หากเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ความถูกต้องตามทำนองคลองธรรมในที่นี้ หมายถึง ความถูกต้องของการปกครองโดยหลักกฎหมาย หรือหลักนิติธรรม (Rule of Law)[53] มิใช่เป็นการปกครองโดยการใช้กฎหมายบังคับ (Rule By Law) ซึ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการรองรับหลักนิติธรรมดังกล่าวข้างต้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวคำวินิจฉัยของศาลทั้งสามคดีข้างต้นแสดงให้เห็นถึงนิติวิธีหรือหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยมีองค์ประกอบสำคัญทั้ง 6 ประการข้างต้น และถือเป็นตัวอย่างของประเพณีการปกครองที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดีรัฐธรรมนูญได้ แต่คงไม่เพียงพอหรือถึงขนาดที่จะสรุปเป็นหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) ในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวเป็นจำนวนน้อยเกินกว่าที่จะตกผลึกเป็นหลักการทางกฎหมายในตัวเองได้ ยิ่งกว่านั้น แนวคำวินิจฉัยทั้งสามกรณีดังกล่าว มิได้ก้าวไปถึงหลักการพื้นฐานว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีลักษณะและสาระสำคัญว่าอย่างไร

---

[53] ดูภูมิหลัง องค์ประกอบและสาระสำคัญของหลักนิติธรรมใน Tom Bingham. 2010. Rule of Law. London: Penguin Book; หรือดู Hilaire Barnett. 2013. Constitutional and Administrative Law. London: Routledge, at 43. อธิบายถึงหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญว่าด้วย "หลักนิติธรรม" โดยคำว่า "Rule of Law" เป็นคำที่ยืมมาจากแนวคิดของประเทศกลุ่ม Common Law โดยเฉพาะอังกฤษ ซึ่งอาจมีนัยครอบคลุมคำว่า "นิติรัฐ" ดู Iain Steward. (2007). 'From 'Rule of Law' to 'Legal State': A Time of Reincarnation?' (Macquarie Law Working Paper No.2007/12); and James R. Sikenat et al (eds). 2014. **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat).** Berlin, Germany: Springer. อย่างไรก็ตาม คำว่า "นิติรัฐและนิติธรรม" อาจมีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมุมมองของนักนิติศาสตร์ไทย ดู เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ). 2553. **นิติรัฐ นิติธรรม.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; หรือ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2558). ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, 13(3) หน้า 5–29 (อธิบายว่าหลักนิติธรรมเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของการปกครองแบบประชาธิปไตยและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักนิติธรรมมีที่มาจากประเทศอังกฤษต่อมาแนวคิดนี้ได้แพร่ขยายไปอีกหลายประเทศยกเว้นกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปที่มีแนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ) เป็นต้น.

กรณีนี้นำไปสู่การศึกษาวิเคราะห์เหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์เพื่อศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้นในทางปฏิบัติของประเทศไทย

3.4 เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์กับการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ได้ใช้วิธีการวิจัยนิติศาสตร์ โดยเฉพาะการศึกษาและตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ (Statutory Interpretation) และการศึกษาวิเคราะห์จากคำวินิจฉัย คำพิพากษาหรือคำตัดสินของศาล (Case Laws) ซึ่งทั้งสองวิธีก็ยังมิได้ให้คำตอบที่เพียงพอเกี่ยวกับลักษณะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย อาจกล่าวได้ว่า การศึกษาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจำเป็นต้องพิจารณารากฐานทางประวัติศาสตร์ (Historical Approach) ซึ่งศึกษาได้จากการถอดบทเรียนทางประวัติศาสตร์ที่สำคัญของไทย โดยบางกรณีเป็นประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของไทย และมาปรากฏไว้ในรัฐธรรมนูญ หรืออาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขตามกาลสมัยโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ บางกรณีเป็นการแก้ไขกรณีที่เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญซึ่งมีความสัมพันธ์กับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือบางกรณีเป็นธรรมเนียมที่ประพฤติปฏิบัติจนกลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ที่ก่อให้เกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญสรุปรายละเอียดและสาระสำคัญได้ดังนี้

3.4.1 การสืบราชสมบัติ

การสืบราชสมบัติ หรือ การขึ้นเป็นพระมหากษัตริย์ต่อเนื่องจากพระมหากษัตริย์องค์ก่อน[54] เป็นประเพณีที่สำคัญของประเทศที่มีการปกครองระบอบกษัตริย์ โดยเฉพาะประเทศไทยซึ่งเป็น 1 ใน 44 ประเทศ มีประเพณีการสืบราชสมบัติมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 (ตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475) โดยปรากฏมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ความสัมพันธ์เรื่องการสืบราชสมบัติกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญสามารถสรุปตามลำดับเหตุการณ์สำคัญได้ดังนี้

ก่อนหน้าที่ประเทศไทยจะมีกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ประเพณีการสืบราชสมบัติมิได้มีกฎเกณฑ์หรือระเบียบแบบแผนที่ชัดเจน

---

[54] ดู ธงทอง จันทรางศุ. 2544. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, หน้า 24-26.

การสืบราชสมบัติเป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลที่ยังไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้น การสืบราชสมบัติ จึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการกำหนดลำดับศักดิ์ของพระรัชทายาทในการขึ้นครองราชย์ (Order of Succession) อย่างไรก็ตาม กฎมณเฑียรบาลที่ถือปฏิบัติกันมามิได้มีกฎกำหนดตายตัวว่าเมื่อราชบัลลังก์ว่างลง พระบรมวงศานุวงศ์พระองค์ใด (Royal Family) จะเป็นผู้มีสิทธิและเข้าสู่ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ และโดยวิธีใด ฉะนั้น พระราชโอรส พระราชอนุชา หรือพระราชนัดดา ฯลฯ อาจเป็นผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติได้ ทั้งนี้ การสืบราชสมบัติมีหลักการสำคัญประการหนึ่ง กล่าวคือ พระบรมวงศานุวงศ์ฝ่ายหญิงไม่มีสิทธิในการสืบราชสมบัติ ในอดีตโดยเฉพาะในสมัยอยุธยามีการกำหนดตำแหน่ง “พระมหาอุปราช” เพื่อเป็นตำแหน่งที่แสดงว่าเป็นผู้ที่จะได้รับราชสมบัติเมื่อราชบัลลังก์ว่างลง ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ปรมาจารย์ด้านรัฐธรรมนูญ ให้ข้อสังเกตว่าหากมิได้มีการกำหนดตำแหน่งพระมหาอุปราชไว้ อำนาจในการเลือกผู้สืบราชสมบัติจะตกอยู่แก่พระบรมวงศานุวงศ์หรือแก่บรรดาขุนนางชั้นผู้ใหญ่[55]

ตำแหน่งพระมหาอุปราชได้มีการตั้งชื่อเปลี่ยนแปลงไปในสมัยรัตนโกสินทร์ โดยพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 ได้ทรงกำหนดให้มีตำแหน่ง “กรมพระราชวังบวรสถานมงคล” หรือ “วังหน้า” แทนตำแหน่งพระมหาอุปราช ทรงได้ตั้งพระอนุชา คือ เจ้าพระยาสุรสีห์พิษณุวาธิราชเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลองค์แรก แต่เสด็จทิวงคตก่อนจึงได้ทรงตั้งพระราชโอรส สมเด็จพระเจ้าลูกเธอเจ้าฟ้ากรมหลวงอิศรสุนทรเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลเป็นองค์ที่สอง ซึ่งต่อมาได้สืบราชสมบัติเป็นรัชกาลที่ 2 พระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย ได้ทรงตั้งพระอนุชา สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้ากรมขุนเสนานุรักษ์เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคลเป็นองค์ที่สาม แต่ได้เสด็จทิวงคตก่อน ตำแหน่งผู้สืบราชสมบัติจึงมิได้มีการกำหนดว่าเป็นของพระบรมวงศานุวงศ์พระองค์ใด เมื่อพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยเสด็จสวรรคต และสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอเจ้าฟ้ามงกุฎสมมติเทววงศ์ พงศ์อิศวรกษัตริย์ วรขัตติยราชกุมาร ได้ทรงออกผนวช พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นเจษฎาบดินทร์ ได้ทรงขึ้นครองราชย์ เข้าสู่รัชสมัย พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่ รัชกาลที่ 3

สำหรับในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงตั้งพระปิตุลา คือ พระองค์เจ้าอรุโณทัย กรมหมื่นศักดิผลเสพย์ เป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล

---

[55] วิษณุ เครืองาม. 2530. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, หน้า 328-329.

องค์ที่สี่ แต่เสด็จทิวงคตก่อน พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวก็มิได้ทรงตั้งผู้ใดเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล เมื่อพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จสวรรคต ในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2394 พระราชวงศ์และบรรดาเสนาบดีมีมติเห็นชอบให้ถวายราชสมบัติแก่สมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้ามงกุฎฯ ขึ้นครองราชย์ อย่างไรก็ตาม มีขุนนางชั้นผู้ใหญ่ได้คัดค้านการขึ้นครองราชย์ดังกล่าวแต่ได้พ่ายแพ้ภัยไปเกิดเป็นตำนานอภินิหาร “พระไพรีพินาศ และเข้าสู่รัชสมัย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่ รัชกาลที่ 4

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 ทรงสถาปนาสมเด็จพระเจ้าน้องยาเธอ เจ้าฟ้าจุฑามณี กรมขุนอิศเรศรังสรรค์ ให้พระเกียรติยศเสมอด้วยพระเจ้าแผ่นดินองค์ที่ 2 โดยมีพระปรมาภิไธยว่า พระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัว แต่ได้เสด็จสวรรคตก่อน รัชกาลที่ 4 ทรงมิได้ตั้งผู้ใดเป็นกรมพระราชวังบวรสถานมงคล ฉะนั้น ภายหลังพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เสด็จสวรรคต บรรดาพระบรมวงศานุวงศ์และขุนนางชั้นผู้ใหญ่ได้อัญเชิญสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้าจุฬาลงกรณ์กรมขุนพินิตประชานาถ ขึ้นครองราชย์เป็นพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 และได้อัญเชิญกรมหมื่นบวรวิไชยชาญ พระราชโอรสในพระบาทสมเด็จพระปิ่นเกล้าเจ้าอยู่หัวเป็นกรมพระราชบวรสถานมงคล องค์ที่ห้า

ประเพณีการตั้งวังหน้า หรือตำแหน่งกรมพระราชวังบวรสถานมงคลได้ยกเลิกไปเมื่อกรมหมื่นบวรวิไชยชาญ กรมพระราชวังบวรสถานมงคลเสด็จทิวงคต รัชกาลที่ 5 ทรงให้ยกเลิกตำแหน่ง “วังหน้า” และในปี พ.ศ. 2429 ทรงได้พระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สถาปนาสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิรุณหิศ พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์ใหญ่ เป็นพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร เป็นตำแหน่งองค์รัชทายาท หรือ “Crown Prince” พระองค์แรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทย แต่ได้เสด็จทิวงคตก่อน ต่อมาในปี พ.ศ. 2437 รัชกาลที่ 5 ทรงได้พระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สถาปนาสมเด็จพระเจ้าลูกยาเธอ เจ้าฟ้ามหาวชิราวุธ กรมขุนเทพทวาราวดี พระเจ้าลูกยาเธอพระองค์ใหญ่ เป็นสมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมกุฎราชกุมาร พระองค์ที่สอง และต่อมาได้ขึ้นครองราชย์เป็นพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6

จะเห็นได้ว่า การตั้งตำแหน่งวังหน้า หรือกรมพระราชวังบวรสถานมงคล เป็นประเพณีการสืบราชสมบัติตั้งแต่นั้นมาจนถึงรัชกาลที่ 5 ที่มีการแต่งตั้งตำแหน่ง “สมเด็จพระบรมโอรสาธิราช สยามมงกุฎราชกุมาร”

การสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรได้กลายเป็นประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติเรื่อยมาจนถึงในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตรากฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 โดยประกาศใช้เมื่อวันที่ 11 พฤศจิกายน พ.ศ. 2467 กฎมณเฑียรบาลฯ ได้ระบุถึงผู้มีสิทธิในพระราชบัลลังก์และพระมหากษัตริย์มีสิทธิขาดในการเลือกองค์รัชทายาท และหากพระมหากษัตริย์ทรงมิได้แต่งตั้งรัชทายาทไว้ให้การสืบราชสมบัติเป็นไปตามลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ที่ระบุในกฎมณเฑียรบาลดังกล่าว[56] และมีการกำหนดห้ามผู้ที่ต้องยกเว้นจากการสืบราชสันตติวงศ์ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ก่อให้เกิดระเบียบแบบแผนในการสืบราชสมบัติที่ชัดเจน และแสดงความเป็นสากลและอารยะ อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีการสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์มีรากมาจากกฎหมาย “Salic Law” ซึ่งเป็นกฎหมายชาวดัตช์โบราณ (Old Dutch) หรือประเทศเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบัน ฉะนั้น ประเพณีการสืบราชสมบัติตาม “Salic Law” ของประเทศเนเธอร์แลนด์จึงมีความสำคัญที่สมควรกล่าวถึงซึ่งจะได้กล่าวต่อไป[57]

ภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การสืบราชสมบัติก็ยึดถือตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ซึ่งรองรับในรัฐธรรมนูญ ภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก มาตรา 4 บัญญัติว่า

> ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปกพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบมรดกให้เป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร

จะเห็นได้ว่า ประเพณีการสืบราชสมบัติเป็นไปตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 แต่สิ่งที่เพิ่มขึ้นมาคือ ความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเชื่อมโยงสถาบันกษัตริย์กับประชาชน หรือ “กษัตริย์ของ

---

[56] ดูรายละเอียดในกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467.

[57] ดูบทที่ 7 ซึ่งกล่าวถึงกรณีศึกษาประเทศเนเธอร์แลนด์.

ปวงชน" (Popular Monarchy) อันเป็นหลักการที่ปรากฏในประเทศเบลเยี่ยมตั้งแต่ปี ค.ศ. 1831 (พ.ศ. 2374)[58]

ประเพณีการสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในฉบับต่อๆ มาจนถึงปัจจุบัน โดยปรากฏในมาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[59] ซึ่งบัญญัติว่า

> "ภายใต้บังคับมาตรา 21 การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467
>
> การแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎมณเฑียรบาลแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลเดิมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัยเมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการและเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้"

กล่าวได้ว่า การสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลได้กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของไทย แม้รัฐธรรมนูญจะมิได้บัญญัติไว้ ก็ย่อมยึดถือตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ซึ่งเป็นประเพณีการปกครองอันงดงาม

3.4.2 นายกรัฐมนตรีพระราชทาน

กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานเคยเกิดขึ้นในช่วงเหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 หรือ "เหตุการณ์ 14 ตุลา วันมหาวิปโยค" เป็นเหตุการณ์ครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองไทย โดยเป็นเหตุการณ์ที่มีประชาชน โดยเฉพาะนักศึกษามากกว่า 5 แสนคน เรียกร้องประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญจากรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร ซึ่งเป็นนายกรัฐมนตรีอยู่ในขณะนั้น เหตุการณ์ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ก่อให้เกิดกรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานขึ้นเป็นครั้งแรกและครั้งเดียวในประวัติศาสตร์การเมืองไทย และมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยอย่างมีนัยสำคัญ

---

[58] ดูบทที่ 4 ซึ่งจะได้วิเคราะห์ระบอบการปกครองโดยพระมหากษัตริย์ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก.

[59] มาตรา 20 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

เหตุการณ์ในครั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากหลายสาเหตุและปัจจัย โดยสาเหตุสำคัญอาจมาจากการสืบทอดอำนาจของจอมพลถนอม กิตติขจร ต่อจากจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีรัฐบาลทหารเข้ามาปกครองประเทศนานเกือบ 15 ปี ประเด็นเรื่องการทุจริตในรัฐบาล รวมถึงการรัฐประหารตัวเองในปี พ.ศ. 2514 ของจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นปัจจัยสำคัญที่ก่อชนวนให้ประชาชนเกิดความเบื่อหน่ายการปกครองโดยรัฐบาลทหารและเกิดการเรียกร้องประชาธิปไตยขึ้น

กระแสความเบื่อหน่ายในรัฐบาลทหารของประชาชนได้ก่อให้เกิดการเริ่มต้นการเรียกร้องให้มีรัฐธรรมนูญนำไปสู่เหตุจลาจลครั้งใหญ่ในวันที่ 14 และ 15 ตุลาคม พ.ศ. 2516 และส่งผลให้จอมพลถนอม กิตติขจร ได้กราบบังคับทูลลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และเดินทางออกนอกประเทศ และส่งผลให้เกิดสุญญากาศทางการเมือง กล่าวคือ ประเทศไทยไม่มีนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน การบังคับใช้กฎหมายเพื่อบริหารบ้านเมืองมิอาจทำได้

โดยที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515 ก็มิได้กำหนดที่มาของนายกรัฐมนตรีไว้ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะธรรมนูญการปกครองฉบับดังกล่าวมีที่มาจากการรัฐประหารของจอมพลถนอม กิตติขจร ในปี พ.ศ. 2514 ฉะนั้น ธรรมนูญการปกครองฉบับดังกล่าวจึงเป็นธรรมนูญที่เกิดจากระบอบเผด็จการทหาร โดยช่องว่างของรัฐธรรมนูญส่งผลให้กลไกต่าง ๆ ทางรัฐธรรมนูญไม่ทำงานและก่อให้เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญ

ในการแก้ไขปัญหาและวิกฤติรัฐธรรมนูญ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช อาศัยอำนาจตามมาตรา 14 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรีเพื่อบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 14 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515[60] บัญญัติว่า

> “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่ง และรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ และมีจำนวนตามสมควร ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน
>
> พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำได้

[60] มาตรา 14 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515.

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจะเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติในขณะเดียวกันมิได้

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีมีสิทธิเข้าร่วมประชุมชี้แจงแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

นายกรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการและควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด และตามที่คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีมอบหมาย

การสิ้นสุดซึ่งสมาชิกภาพของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามมาตรา 6 ไม่กระทบกระทั่งการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี และการดำรงตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี”

เหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ปี พ.ศ. 2516 ก่อให้เกิดการพระราชทานนายกรัฐมนตรีขึ้นเป็นครั้งแรกและครั้งเดียวในประวัติศาสตร์การเมืองไทย และแสดงให้เห็นว่าเมื่อระบอบการปกครองล้มเหลว เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญ หลักการต่างๆ จะกลับคืนไปสู่เจ้าของอำนาจเดิมซึ่งก็คือพระมหากษัตริย์หรือประมุขแห่งรัฐตามประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) ดังกรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานก็คือการทำให้ระบอบการปกครองกลับฟื้นคืนสู่สภาพปกติ จึงกล่าวได้ว่า การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) มีความเกี่ยวพันกับเรื่องของประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ในช่วงปี พ.ศ. 2557 สมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งประกาศยุบสภาและเข้าสู่รัฐบาลรักษาการณ์ (Caretaker) มีกระแสเรียกร้องให้มีนายกรัฐมนตรีพระราชทานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 7 อย่างไรก็ตาม กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานคงจะเป็นเรื่องที่มิได้เกี่ยวข้องกับกรณีตามมาตรา 7 และการขอให้มีนายกรัฐมนตรีพระราชทานตามรัฐธรรมนูญมาตรา 7 มิได้เป็นไปตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกรณีรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นกรณีที่ยังมีรัฐบาลอยู่แต่เป็นรัฐบาลรักษาการณ์ สถานการณ์ทางการเมืองไม่เป็นสุญญากาศดั่งกรณีที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2516 ดังกล่าวข้างต้น กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานมิได้เคยเกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทย แต่มีกรณีตัวอย่าง

ที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ อาทิ อังกฤษ ในปี ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506)[61] และออสเตรเลีย ในปี ค.ศ. 1975 (พ.ศ. 2518)[62] ทั้งสองกรณีมีบทเรียนที่สมควรนำมาศึกษาวิเคราะห์เทียบเคียงกับกรณีของประเทศไทย อันจะได้กล่าวต่อไป

3.4.3 การลงพระปรมาภิไธย

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและการรับสนองพระบรมราชโองการเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่งของประเทศไทย โดยมีความสัมพันธ์กับเรื่องหลัก “The King Can Do No Wrong” หรือ “พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง” ที่มีรากฐานมาจากประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ[63] ซึ่งจะได้กล่าวไว้ใน บทที่ 4 และ 5 ต่อไป สำหรับประเทศไทย การตรากฎหมายแต่เดิมนั้นจะใช้ตราประทับ อาทิ กฎหมายตราสามดวงจะใช้ตราราชสีห์ คชสีห์ และบัวแก้ว โดยพระมหากษัตริยมิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายและไม่มีผู้ใดลงนามสนองพระบรมราชโองการ ฉะนั้น การตรวจความถูกต้องจะใช้การตรวจตราประทับดังข้อความตอนท้ายของประกาศพระบรมราชปรารภกฎหมายตราสามดวงในพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราช รัชกาลที่ 1 มีข้อความว่า

> “.... ครั้นชำระแล้วอาลักษณ์ชุบเส้นหมึกสามฉบับไว้ห้องเครื่องฉบับหนึ่งไว้หอหลวงฉบับหนึ่ง ไว้ ณ ศาลหลวงสำหรับลูกขุนฉบับหนึ่ง ปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ บัวแก้ว ทุกเล่มเป็นสำคัญถ้าพระเกษม พระไกรสี เชิญพระสมุดพระราชกำหนดบทพระอัยการออกมาพิพากษาคดีใดลูกขุนทั้งปวงไม่เห็นปิดตราพระราชสีห์ พระคชสีห์ บัวแก้ว สามดวงนี้ไซร้ อย่าให้เชื่อฟังเอาเป็นอันขาดทีเดียว”

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายปรากฏเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 โดยปรากฏในพระราชกำหนด

---

[61] บทที่ 5 กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ. ดู Robert Hazell. The United Kingdom. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** New York: Cambridge University Press, pp. 173-188.

[62] บทที่ 6 กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย. ดู Nicholas Barry and Narelle Miragliotta. Australia. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** New York: Cambridge University Press, pp. 204-216.

[63] Joyce Lee Malcolm. (1999). Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings. **Journal of British Studies.** 38(2), pp. 161-186, 162.

นิรโทษกรรมในคราวเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดินพุทธศักราช 2475 ซึ่งพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงลงพระปรมาภิไธยไว้ท้ายพระราชกำหนดดังกล่าว โดยไม่มีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ กฎหมายฉบับที่สองที่มีการลงพระปรมาภิไธย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 หรือรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย โดยไม่มีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการเช่นเดียวกัน อันจะเห็นได้ว่า การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายเป็นประเพณีที่มีการเริ่มต้นตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉะนั้น กฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง อาทิ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 ดังที่ได้วิเคราะห์ข้างต้นจึงไม่มีการลงพระปรมาภิไธย (และรวมทั้งการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ)

การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายดังกล่าวมีข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่ง คือ ยังไม่มีผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งมาปรากฏในภายหลัง ในประกาศจัดระเบียบป้องกันราชอาณาจักรซึ่งประกาศใช้ราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 6 กรกฎาคม พ.ศ. 2475 โดยมีพระยามโนปกรณ์นิติธาดา เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐธรรมนูญฉบับแรกภายใต้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 มาตรา 7 บัญญัติให้ “การกระทำใดๆ ของกษัตริย์ต้องมีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วย โดยได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการราษฎรจึงจะใช้ได้ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”

จะเห็นได้ว่า ประเพณีการลงพระปรมาภิไธยและการรับสนองพระบรมราชโองการมาปรากฏภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย หลักการดังกล่าวได้ดำรงอยู่จนถึงปัจจุบันและปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 182 บัญญัติว่า

> “บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการอันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน ต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เว้นแต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญ”

การบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นการรับหลักเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ[64]

---

[64] ดูบทที่ 5 ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ : บ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ.

กล่าวคือ พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจได้ต่อเมื่อมีผู้ทูลเกล้าฯ เท่านั้น ซึ่งผู้ทูลเกล้าฯ คือ รัฐมนตรี และผู้ทูลเกล้าฯ จะต้องเป็นผู้รับผิดตามหลักการว่าด้วย “The King Can Do No Wrong” หรือ “พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง” ความเป็นมาและภูมิหลังของหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ซึ่งมีรากฐานมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ เกิดขึ้นในช่วงสมัยของพระเจ้าชาลส์ที่ 2 (ค.ศ. 1630-1685) จะได้กล่าวต่อไป

การลงพระปรมาภิไธยและการรับสนองพระบรมราชโองการในกฎหมายมีประเด็นที่สำคัญว่า หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญดังกรณีที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551 จะทำให้กฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้อง ต้องกลับไปดำเนินกระบวนการใหม่หรือตกไปหรือไม่ กรณีนี้ย่อมถือว่าร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว ร่างกฎหมายนั้นได้กลายเป็นกฎหมายไปแล้ว มีผลบังคับใช้ภายในประเทศ จะตรวจสอบเรื่องกระบวนการตราอีกไม่ได้ กรณีนี้เป็นอีกประเด็นของการลงพระปรมาภิไธยในกฎหมายที่เป็นประเพณีสำคัญทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

ตารางที่ 5 ลำดับเหตุการณ์การรัฐประหารในประเทศไทย

วันที่ยึดอำนาจ	รายละเอียดการรัฐประหารและเหตุการณ์ที่สำคัญ
20 มิถุนายน 2476	พระยาพหลพลพยุหเสนายึดอำนาจรัฐบาลพระยามโนปกรณ์นิติธาดา ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ
8 พฤศจิกายน 2490	พลโทผิน ชุณหะวัณ ยึดอำนาจรัฐบาล พลเรือตรีถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2489 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490
6 เมษายน 2491	พลโทผิน ชุณหะวัณ ยึดอำนาจรัฐบาล นายควง อภัยวงศ์ และบังคับให้ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมอบตำแหน่งต่อให้ จอมพล ป.พิบูลสงคราม ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ
29 พฤศจิกายน 2494	พลโทผิน ชุณหะวัณ ยึดอำนาจรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม (เป็นการยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง) ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2492 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495
16 กันยายน 2500	จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยึดอำนาจรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม ไม่มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญ

ตารางที่ 5 ลำดับเหตุการณ์การรัฐประหารในประเทศไทย (ต่อ)

วันที่ยึดอำนาจ	รายละเอียดการรัฐประหารและเหตุการณ์ที่สำคัญ
20 ตุลาคม 2501	จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยึดอำนาจรัฐบาล พลโทถนอม กิตติขจร เป็นการยึดอำนาจตามที่ตกลงกันไว้ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 20
17 พฤศจิกายน 2514	จอมพลถนอม กิตติขจร ยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 22
6 ตุลาคม 2519	พลเรือเอกสงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาล ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ยกเลิกรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 25
20 ตุลาคม 2520	พลเรือเอกสงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาล นายธานินทร์ กรัยวิเชียร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 30
23 กุมภาพันธ์ 2534	พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ยึดอำนาจรัฐบาล พลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 ประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย มาตรา 30
19 กันยายน 2549	พลเอกสนธิ บุญยรัตกลิน ยึดอำนาจรัฐบาล พันตำรวจโท ดร.ทักษิณ ชินวัตร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยฯ มาตรา 38
22 พฤษภาคม 2557	พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ยึดอำนาจรัฐบาล นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยฯ มาตรา 5

อ้างอิงจาก ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม.** กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

3.4.4 การปฏิวัติรัฐประหาร

การปฏิวัติรัฐประหารไม่ถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เนื่องจากการใช้กำลังคงจะถือเป็นประเพณีการปกครองของประเทศใดมิได้ ซึ่งเป็นหลักการสากล (Universal) ที่ทั่วโลกต่างให้การยอมรับ

ภายหลังการปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475 ประเทศไทยมีการปฏิวัติรัฐประหารมาแล้วหลายครั้งสรุปได้ดังตารางที่ 5 ข้างต้น การปฏิวัติรัฐประหารมาจากภาษาฝรั่งเศสที่ว่า “Coup d’état” ซึ่งในภาษาอังกฤษก็ใช้ทับศัพท์ในภาษาฝรั่งเศส เหตุที่เป็นเช่นนี้นักประวัติศาสตร์ให้ข้อสังเกตว่า ฝรั่งเศสเป็นต้นแบบของการปฏิวัติรัฐประหาร กล่าวคือ มีเหตุการณ์ปฏิวัติรัฐประหารบ่อยครั้ง[65] อาจกล่าวได้ว่า ประเทศที่เรียนรู้และนำประชาธิปไตยแบบฝรั่งเศสมาปรับใช้จึงอาจได้รับประสบการณ์ทางการเมืองไม่แตกต่างจากฝรั่งเศส

แม้ว่าการปฏิวัติรัฐประหารจะมิได้เป็นประเพณีการปกครองของไทย แต่การปฏิวัติรัฐประหารมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ

การปฏิวัติรัฐประหารไม่ทำให้คณะรัฐประหารเป็นรัฏฐาธิปัตย์ แม้กรณีนี้จะมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกายอมรับว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฏฐาธิปัตย์ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505[66] ซึ่งวางหลักไว้ว่า

> “คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ....”

ดูเหมือนว่าคำตัดสินของศาลฎีกาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2505 จะมิได้พิจารณาถึงหลักการสำคัญตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และหลักฐานที่ปรากฏในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวในแต่ละฉบับแสดงให้เห็นว่า คณะรัฐประหารไม่เป็นองค์รัฏฐาธิปัตย์ หลักฐานที่ยืนยันดังกล่าวปรากฏในคำปรากฏในธรรมนูญการปกครองหรือรัฐธรรมนูญชั่วคราวแต่ละฉบับ ดังต่อไปนี้

---

[65] Jonathan M. Powell and Clayton L. Thyne. (2011). Global Instances of Coups from 1950 to 2010: A New Dataset. **Journal of Peace Research.** 48(2), 249-259.

[66] ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1662/2505.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2490[67] หรือหนึ่งวันหลังการรัฐประหาร คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีข้อความว่า

> “มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ประกาศว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ตราไว้และได้ใช้เป็นกฎหมายปกครองประเทศชาติมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 และได้มาเปลี่ยนแปลงแก้ไขประกาศใช้เป็นฉะบับใหม่เมื่อ พ.ศ. 2489 นั้นนับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมกับประเทศชาติในกาลสมัยที่ล่วงแล้วมา
>
> บัดนี้ประเทศชาติตกอยู่ในภาวะวิกฤตกาล ประชาชนพลเมืองได้รับความลำบากเดือดร้อนเพราะขาดอาหารเครื่องนุ่งห่ม และขาดแคลนสิ่งอื่นๆ นานัปการ เครื่องบริโภคและอุปโภคทุกอย่างมีราคาสูงขึ้นกว่าแต่ก่อนเป็นอันมาก เป็นเหตุให้เกิดความเสื่อมทรามในศีลธรรมอย่างไม่เคยมีมาแต่กาลก่อนขึ้นในประชาชน บรรดาผู้บริหารราชการแผ่นดินและสภาไม่อาจดำเนินการแก้ไขสิ่งที่ไม่ดีให้กลับเข้าสู่ภาวะอย่างเดิมได้ การดำเนินการของรัฐบาลและการควบคุมราชการฝ่ายบริหารของรัฐสภาเพื่อมุ่งหมายที่จะช่วยกันแก้ไขให้ดีขึ้น ตามวิถีทางที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฉะบับนั้น ไม่ประสพผลดีเลยแม้แต่น้อยเป็นการผิดหวังของประชาชนทั้งประเทศ และตรงกันข้ามกลับทำให้เห็นว่า การแก้ไขทุกอย่างเป็นเหตุที่ทำให้ประเทศชาติทรุดโทรมเป็นลำดับ ถ้าจะคงปล่อยให้เป็นไปตามยะถากรรมก็จะนำมาซึ่งความหายนะแก่ประเทศชาติอย่างไม่มีสุดสิ้น จนถึงกับว่าจะไม่ดำรงอยู่ในภาวะอันควรแก่ความเป็นไทยต่อไปอีกได้
>
> ราษฎรไทยส่วนมากผู้สนใจต่อการนี้พร้อมด้วยทหารของชาติได้พร้อมใจกันนำความขึ้นกราบบังคมทูล ขอให้เลิกใช้รัฐธรรมนูญปัจจุบัน และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉะบับใหม่อันจะเป็นวิถีทางจรรโลงประเทศชาติให้วัฒนาถาวร อีกทั้งจะเป็นทางบำบัดยุคเข็ญของประชาชนทั้งปวงให้เข้าสู่ภาวะปกติได้สืบไป
>
> จึงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้เลิกใช้รัฐธรรมนูญฉะบับปัจจุบัน และให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉะบับใหม่ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475[68] แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 ซึ่งเกิดจากการรัฐประหารตัวเองของจอมพล ป. พิบูลสงคราม ในชื่อคณะบริหารประเทศชั่วคราว เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2494 ได้มีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับ

---

[67] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490.

[68] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495.

ปี พ.ศ. 2492 ที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อข้าราชการประจำ คณะบริหารประเทศชั่วคราว จึงนำรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2475 มาปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีข้อความว่า

> “ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ประกาศความพระราชปรารภว่า จำเดิมแต่สมเด็จพระบรมปิตุลาธิราชพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปกพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมพระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ณ วันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 สถาปนาระบอบการปกครองประชาธิปไตยขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยแล้วนั้น ต่อมาก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกหลายฉบับจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 โดยมุ่งหมายจะให้มีหลักการใหม่เหมาะสมตามกาลสมัย แต่ปรากฏว่าในเวลานี้เหตุการณ์ของโลกและสถานการณ์ภายในได้เปลี่ยนแปลงไป จึงคณะบริหารประเทศชั่วคราวพร้อมด้วยข้าราชการทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ และพลเรือนคณะผู้เปลี่ยนแปลงการปกครอง พุทธศักราช 2475 คณะรัฐประหาร พุทธศักราช 2490 และผู้รักชาติได้นำความกราบบังคลทูลพระกรุณาขอพระราชทานพระบรมราชานุญาตกลับให้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2475 พร้อมทั้งรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยนามประเทศพุทธศักราช 2482 และรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมว่าด้วยบทเฉพาะกาล พุทธศักราช 2483 ทรงพระราชดำริเห็นเป็นการสมควรที่จะใช้รัฐธรรมนูญนั้นไปพลางก่อน และโดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดั่งกล่าวแล้ว มีบทบัญญัติบางมาตราอันไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้สภาผู้แทนราษฎรปรึกษากันดำเนินการปรับปรุงเสียใหม่ เพื่อให้เป็นหลักถาวรแห่งประศาสนวิธีต่อไป
>
> สภาผู้แทนราษฎรได้ประชุมปรึกษาร่างรัฐธรรมนูญสนองพระเดชพระคุณสำเร็จลงด้วยดี จึงนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายคำปรึกษาแนะนำด้วยความยินยอมพร้อมที่จะตราเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ได้ เมื่อและทรงพระราชวิจารณ์ถี่ถ้วนทั่วกระบวนความแล้ว ทรงพระราชดำริเห็นสมควรพระราชทานพระบรมราชานุมัติ
>
> จึงมีพระบรมราชโองการดำรัสเหนือเกล้าเหนือกระหม่อมสั่งให้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ประสิทธิ์สารทประกาศพระราชทานแก่ประชากรของพระองค์ ตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ....”

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 9 ภายใต้การรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 และประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502[69] เมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2502 มีทั้งสิ้น 20 มาตรา คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 มีข้อความว่า

> “โดยที่หัวหน้าคณะปฏิวัติซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะปฏิวัติได้ประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 เสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะให้มีรัฐธรรมนูญที่เหมาะสมและให้การปกครองประเทศเป็นไปโดยเรียบร้อยยิ่งกว่าที่เป็นอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนั้น การที่จะให้มีรัฐธรรมนูญเช่นว่านี้ สมควรจัดให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกผู้ทรงวุฒิจัดร่างขึ้นประกาศใช้ต่อไป แต่ในระหว่างระยะเวลาก่อนที่จะได้มีและประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญนั้น สมควรให้มีธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรเพื่อใช้ไปพลางก่อน ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ ทรงพระราชดำริเห็นชอบด้วย และเพื่อให้การเป็นไปตามที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญจะได้จัดร่างขึ้น”

ธรรมนูญการปกครองฉบับนี้ใช้มายาวนานถึง 9 ปี 4 เดือน 23 วัน และถูกยกเลิกไปเมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2511

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515 ซึ่งเกิดขึ้นจากการปฏิวัติของจอมพลถนอม กิตติขจร ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2511 สิ้นสุดลง ข้อความในคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515[70] ปรากฏว่า

> “โดยที่คณะปฏิวัติซึ่งมี จอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้า ได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 และหัวหน้าคณะปฏิวัติได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะปฏิวัติได้ประกาศ

---

[69] ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502.

[70] ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2515.

ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 เสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขสถานการณ์ซึ่งเป็นภยันตรายต่อประเทศชาติ สถาบันพระมหากษัตริย์ และประชาชน ให้สงบเรียบร้อยเป็นปกติสุขโดยรวดเร็ว และกำหนดกลไกการปกครองที่เหมาะสมแก่สภาพของประเทศ พื้นฐานทางเศรษฐกิจ และจิตใจของประชาชน แต่การแก้ไขสถานการณ์ให้สงบเรียบร้อยเป็นปกติสุข รวมทั้งการกำหนดกลไกการปกครองที่เหมาะสม จะต้องใช้เวลา ตามความจำเป็นแก่เหตุการณ์ และในระหว่างดำเนินการดังกล่าว สมควรให้มีธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรที่เหมาะสมกับสถานการณ์และการป้องกันประเทศใช้ไปพลางก่อน เพื่อให้เป็นไปตามที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรจนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย”

สำหรับการรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 โดยพลเรือเอกสงัด ชะลออยู่ ซึ่งได้ยึดอำนาจรัฐบาล ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช ส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ถูกยกเลิกไปและประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 คำปรารภที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519[71] มีข้อความว่า

“หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้นำความกราบบังคมทูลว่า โดยที่ได้มีบุคคลกลุ่มหนึ่งได้กระทำการอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ และเศรษฐกิจของประเทศ และในที่สุดได้เกิดการจลาจลวุ่นวายอย่างร้ายแรงในบ้านเมือง เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งจะนำภัยพิบัติและความพินาศมาสู่บ้านเมืองในที่สุด คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน จึงได้เข้ายึดอำนาจและยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นผลสำเร็จเมื่อเวลา 18.00 นาฬิกาของวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 และโดยที่ประชาชนทั้งมวลได้แสดงอย่างแจ้งประจักษ์และเชื่อมั่นว่าการปกครองระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นระบอบการปกครองที่ดี และเหมาะสมสำหรับประเทศไทย ในอันที่จะยังให้เกิดความมั่นคงของชาติและความผาสุกของประชาชนโดยทั่วกัน แต่เท่าที่ผ่านมาสี่สิบปีเศษ การปกครองในระบอบนี้ก็ยังไม่บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของประชาชนเพราะมิได้มีโครงสร้างที่จะต้องพัฒนาเป็นขั้นเป็นตอนให้เหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับพุทธศักราช 2517

[71] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519.

มีอุปสรรคขัดข้องจนไม่อาจจะปฏิบัติให้เป็นไปโดยเรียบร้อยได้ ทั้งตัวบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งเข้ามามีส่วนมีเสียงในการปกครองประเทศก็มิได้เคารพต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั้นด้วยประการต่างๆ และเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนมากกว่าประโยชน์ส่วนรวมของชาติบ้านเมือง เป็นเหตุให้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องล้มลุกคลุกคลานตลอดมา และมีท่าทีว่าชาติบ้านเมืองจะถึงซึ่งความวิบัติ จึงเป็นการจำเป็นที่จะต้องกอบกู้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วยการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินให้เหมาะสม โดยจัดให้มีการพัฒนาเป็นขั้นเป็นตอนไปตามลำดับ

ในระยะสี่ปีแรกเป็นระยะฟื้นฟูเสถียรภาพของประเทศทั้งทางเศรษฐกิจและการเมือง ในระยะนี้สมควรให้ราษฎรมีส่วนในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทางสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ซึ่งมีสมาชิกที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ในขณะเดียวกันก็จะเร่งเร้าให้ประชาชนเกิดความสนใจและตระหนักในหน้าที่ของตน ในระยะสี่ปีที่สอง สมควรเป็นระยะที่ให้ราษฎรมีส่วนในการบริหารราชการแผ่นดินมากขึ้นโดยจัดให้มีรัฐสภาอันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง และวุฒิสภาซึ่งสมาชิกมาจากการแต่งตั้ง ทั้งสองสภานี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินเท่าเทียมกัน ในระยะสี่ปีที่สาม สมควรขยายอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรให้มากขึ้นและลดอำนาจของวุฒิสภาลงเท่าที่จะทำได้ ต่อจากนั้นไปถ้าราษฎรตระหนักในหน้าที่และความรับผิดชอบของตนที่มีต่อชาติบ้านเมืองในระบอบประชาธิปไตยดีแล้ว ก็อาจยกเลิกวุฒิสภาให้เหลือแต่สภาผู้แทนราษฎร

อันการจะปฏิรูปโครงสร้างของการปกครองในระบอบนี้ในทางใด ย่อมแล้วแต่สภาวการณ์ของแต่ละระยะว่ามีเหตุผลสมควรอย่างไร และจักต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้เหมาะสมกับสภาวการณ์ในระยะนั้นๆ เป็นสำคัญ เพื่อให้การปฏิรูปการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขบรรลุเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ นั่นคือความมั่นคงของชาติ

เพื่อให้การเป็นไปตามขั้นตอนและความมุ่งหมายของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินดังกล่าว จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ขึ้นไว้ และใช้บังคับตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป”

ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520 ซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 โดยพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาลนายธานินทร์ กรัยวิเชียร คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร

พ.ศ. 2520[72] มีข้อความว่า

> “โดยที่หัวหน้าคณะปฏิวัตินำความกราบบังคมทูลพระกรุณาว่า การที่คณะปฏิวัติได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2520 และประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 นั้นเนื่องด้วยมีความปรารถนาจะเร่งฟื้นฟูเศรษฐกิจ สังคม ความสามัคคีของชนในชาติ ความเป็นระเบียบเรียบร้อย และความสงบสุขของประชาชน ตลอดจนสร้างเสริมความสัมพันธ์กับนานาประเทศ เพื่อให้เกิดความมั่นคงทั้งภายในภายนอกราชอาณาจักรในการบริหารประเทศต่อไป คณะปฏิวัติจะจัดให้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยมอบให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติจัดร่างขึ้นตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ให้มีการเลือกตั้งภายในปีพุทธศักราช 2521 ....”

คำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534[73] ซึ่งเป็นผลพวงที่เกิดจากการรัฐประหารเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 โดย พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ยึดอำนาจรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ มีข้อความว่า

> “โดยที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า การที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติได้ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเสียนั้น ก็โดยปรารถนาให้มีรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม เพื่อให้การปกครองประเทศเป็นไปโดยราบรื่น ประกอบกับมีความมุ่งหมายที่จะขจัดภยันตรายที่มีต่อประเทศชาติและสถาบันพระมหากษัตริย์ให้หมดสิ้น และบังเกิดความสงบเรียบร้อยโดยรวดเร็ว รวมตลอดทั้งกำหนดกลไกการปกครองที่จะเอื้ออำนวยให้การบริหารประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมแก่สภาพของประเทศ พื้นฐานทางเศรษฐกิจ และสังคมของชนในชาติ แต่การดำเนินการดังกล่าวจะต้องใช้เวลาระยะหนึ่ง จึงสมควรให้มีธรรมนูญการปกครองเพื่อใช้ไปพลางก่อนให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เป็นอยู่ในขณะนี้ และเพื่อให้การเป็นไปตามที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติได้นำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญซึ่งจะได้จัดร่างขึ้นตามบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรนี้”

---

[72] ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520.

[73] ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534.

คำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549[74] ซึ่งเป็นการรัฐประหารโดย พลเอกสนธิ บุญยรัตนกลิน ยึดอำนาจรัฐบาล ดร.ทักษิณ ชินวัตร เมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 มีข้อความว่า

> “โดยที่หัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งได้กระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินเป็นผลสำเร็จเมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้นำความกราบบังคมทูลว่า เหตุที่ทำการยึดอำนาจและประกาศให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเสียนั้น ก็โดยปรารถนาจะแก้ไขความเสื่อมศรัทธาในการบริหารราชการแผ่นดิน ความไร้ประสิทธิภาพในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทำให้เกิดการทุจริตและประพฤติมิชอบขึ้นอย่างกว้างขวาง โดยไม่อาจหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ อันเป็นวิกฤติการณ์ร้ายแรงทางการเมืองการปกครอง และปัญหาความขัดแย้งในมวลหมู่ประชาชนที่ถูกปลุกปั่นให้แบ่งแยกเป็นฝักเป็นฝ่าย จนเสื่อมสลายความรู้รักสามัคคีของชนในชาติ อันเป็นวิกฤติการณ์รุนแรงทางสังคม แม้หลายภาคส่วนจะได้ใช้ความพยายามแก้ไขวิกฤติการณ์ดังกล่าวแล้ว แต่ก็ไม่เป็นผล กลับมีแนวโน้มว่าจะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น จนถึงขั้นใช้กำลังเข้าปะทะกัน ซึ่งอาจมีการสูญเสียชีวิตและเลือดเนื้อได้ นับว่าเป็นภยันตรายใหญ่หลวงต่อระบอบการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ และความสงบเรียบร้อยของประเทศ จำเป็นต้องกำหนดกลไกทางปกครองที่เหมาะสมแก่สถานการณ์เพื่อใช้ไปพลางก่อน โดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมตามประเพณีการปกครองของประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การฟื้นฟูความรู้รักสามัคคี ระบบเศรษฐกิจ และความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การเสริมสร้างระบบการตรวจสอบทุจริตที่เข้มแข็งและระบบจริยธรรมที่ดีงาม การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การปฏิบัติตามกฎบัตรสหประชาชาติ พันธกรณีตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ การส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศ การดำรงชีวิตตามหลักเศรษฐกิจพอเพียง ขณะเดียวกัน ก็เร่งดำเนินการให้มีการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ด้วยการมีส่วนร่วมอย่างกว้างขวางจากประชาชนในทุกขั้นตอน เพื่อให้การเป็นไปตามที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้นำความกราบบังคมทูล จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่จะได้จัดทำร่างขึ้นและนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย”

[74] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549.

คำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557[75] ซึ่งเป็นผลจากการรัฐประหารโดย พลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ยึดอำนาจรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 มีข้อความว่า

> “โดยที่คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติซึ่งประกอบด้วยคณะทหารและตำรวจได้นำความกราบบังคมทูลว่าตามที่ได้เกิดสถานการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองขึ้นในกรุงเทพมหานครและพื้นที่ใกล้เคียงต่อเนื่องมาเป็นเวลานาน จนลุกลามไปสู่แทบทุกภูมิภาคของประเทศ ประชาชนแตกแยกเป็นฝ่ายต่างๆ ขาดความสามัคคีและมีทัศนคติไม่เป็นมิตรต่อกัน บางครั้งเกิดความรุนแรง ใช้กำลังและอาวุธสงครามเข้าทำร้ายประหัตประหารกัน สวัสดิภาพและการดำรงชีวิตของประชาชนไม่เป็นปกติสุข การพัฒนาเศรษฐกิจและการเมืองการปกครองชะงักงัน กระทบต่อการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร และในทางตุลาการ การบังคับใช้กฎหมายไม่ได้ผล นับเป็นวิกฤติการณ์ร้ายแรงที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน แม้รัฐจะแก้ไขปัญหาด้วยกลไกและมาตรการทางกฎหมาย เช่น นำกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยในภาวะต่างๆ มาบังคับใช้ ยุบสภาผู้แทนราษฎรและจัดให้มีการเลือกตั้งทั่วไป และฝ่ายที่ไม่ได้เป็นคู่กรณี เช่น องค์กรธุรกิจภาคเอกชน องค์กรตามรัฐธรรมนูญ พรรคการเมือง กองทัพ และวุฒิสภา ได้พยายามประสานให้มีการเจรจาปรองดองกัน แต่ก็ไม่เป็นผลสำเร็จ กลับจะเกิดข้อขัดแย้งใหม่ในทางกฎหมายและการเมือง เป็นวังวนแห่งปัญหาไม่รู้จักจบสิ้น ในขณะที่ความขัดแย้งได้ขยายตัวกว้างขวางออกไปและมีแนวโน้มจะรุนแรงมากขึ้นจนถึงขั้นจลาจลได้ทุกขณะซึ่งอาจเป็นอันตราต่อชีวิต ทรัพย์สิน ความสะดวกสบายของประชาชนผู้สุจริตกระทบต่อการทำมาหากินและภาวะหนี้สินของเกษตรกร โดยเฉพาะชาวนา การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ การป้องกันปัญหาจากภัยธรรมชาติ ความเชื่อถือในอำนาจรัฐ และความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติและความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในที่สุด คณะรักษาความสงบแห่งชาติจึงจำเป็นต้องเข้ายึดและควบคุมอำนาจการปกครองประเทศเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 และประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นความในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ โดยได้กำหนดแนวทางการแก้ปัญหาไว้สามระยะคือระยะเฉพาะหน้า เป็นการใช้อำนาจสกัดการใช้กำลังและการนำอาวุธมาใช้คุกคามประชาชน ยุติความหวาดระแวงและแก้ปัญหาเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง

[75] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557.

การปกครอง ที่สะสมมากว่าหกเดือนให้คลี่คลายลงเพื่อเตรียมเข้าสู่ระยะที่สอง ซึ่งจะจัดให้มีรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จัดตั้งสภาขึ้นทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติ และให้มีคณะรัฐบาลบริหารราชการแผ่นดินแก้ไขสถานการณ์อันวิกฤติให้กลับคืนสู่สภาวะปกติ ฟื้นฟูความสงบเรียบร้อย ความรู้รักสามัคคี และความเป็นธรรม แก้ปัญหาเศรษฐกิจ สังคม การเมืองการปกครอง จัดให้มีกฎหมายที่จำเป็นเร่งด่วน จัดตั้งสภาปฏิรูปแห่งชาติและองค์กรต่างๆ เพื่อให้มีการปฏิรูปในด้านการเมือง และด้านอื่นๆ และให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่วางกติกาการเมืองให้รัดกุม เหมาะสม ป้องกันและปราบปรามการทุจริต สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และเป็นธรรม ก่อนจะส่งมอบภารกิจเหล่านี้แก่ผู้แทนปวงชนชาวไทยและคณะรัฐบาลที่จะเข้ามาบริหารราชการแผ่นดินในระยะต่อไป ในการดำเนินการดังกล่าวนี้จะให้ความสำคัญแก่หลักการพื้นฐานยิ่งกว่าวิธีการในระบอบประชาธิปไตยเพียงประการเดียว จึงจำเป็นต้องใช้เวลาสร้างบรรยากาศแห่งความสงบเรียบร้อยและปรองดอง เพื่อนำความสุขที่สูญหายไปนานกลับคืนสู่ประชาชน และปฏิรูปกฎเกณฑ์บางเรื่องที่เคยเป็นชนวนความขัดแย้งไม่ชัดเจน ไร้ทางออกในยามวิกฤติ ขาดประสิทธิภาพหรือไม่เป็นธรรมให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของชนในชาติ ซึ่งควรใช้เวลาไม่ยาวนาน หากเทียบกับเวลาที่จะต้องสูญเสียไปโดยเปล่าประโยชน์ถ้าปล่อยให้สถานการณ์ผันแปรไปตามยถากรรม จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ใช้บทบัญญัติต่อไปนี้เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) จนกว่าจะได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะจัดทำขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป”[76]

การปฏิวัติรัฐประหารในแต่ละช่วงมีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ การรัฐประหารช่วงก่อนปี พ.ศ. 2500 เป็นการช่วงชิงอำนาจระหว่างคณะราษฎร์ภายหลังเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของประเทศ การรัฐประหารในปี พ.ศ. 2500 ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งยึดอำนาจรัฐบาล จอมพล ป. พิบูลสงคราม แสดงให้เห็นถึงช่วงเวลาหมดยุคของคณะราษฎร์ และนับแต่การรัฐประหารปี พ.ศ.2501 เป็นต้นมา เป็นการปฏิวัติรัฐประหารที่ก่อให้เกิดการล้มระบอบการปกครอง ทำลายระบบเศรษฐกิจ และสถาบันทางการเมือง และรวมถึงการยกเลิกรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ซึ่งดูเหมือนว่าคณะรัฐประหารจะมีอำนาจดั่งองค์รัฏฐาธิปัตย์ตามที่ศาลฎีกาได้เคยพิพากษาไว้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505)[77] อย่างไรก็ตาม องค์รัฏฐาธิปัตย์มิใช่คณะรัฐประหาร

[76] ดูคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557.

[77] ดูคำปรารภของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520.

แต่เป็นการใช้อำนาจแทนองค์อธิปัตย์เท่านั้น อำนาจเดิมยังคงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ อาจกล่าวได้ว่า การกระทำใดๆ ของคณะรัฐประหารที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือการก่อหนี้สาธารณะของคณะรัฐประหารอาจไม่มีผลผูกพันรัฐหรือประเทศไทยตามหลักการเรื่อง “Odious Debt”[78] ในกฎหมายระหว่างประเทศ[79]

เป็นที่น่าสังเกตว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เปิดช่องให้ประชาชนที่ได้รับความเสียหายหรือถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญสามารถฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง[80] อาจก่อให้เกิดบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับอำนาจขององค์อธิปัตย์

---

[78] สำหรับประเด็นเรื่อง “Odbious Debt” เป็นหลักการแห่งกฎหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ถือว่าหนี้สาธารณะหรือการก่อหนี้สาธารณะของระบอบการปกครองใดที่มิได้เกิดขึ้นโดยชอบธรรม (Illegitimate) อาทิ รัฐบาลจากการรัฐประหาร รัฐบาลเผด็จการ หรือรัฐบาลทหารในบางประเทศแถวทวีปแอฟริกา ถือว่าเป็นหนี้ที่ไม่ตอบสนองความต้องการของคนในชาติ จึงไม่ควรมีผลผูกพัน (Not Enforceable) และหนี้ดังกล่าวควรเป็นความรับผิดชอบเฉพาะบุคคล (Personal Debt) ที่ได้ก่อหนี้ขึ้น แนวคิดเรื่อง “Odious Debt” เกิดขึ้นจากตำราของ Alexander Nahum Sack ปีค.ศ. 1927 ซึ่งเป็นนักกฎหมายชาวรัสเซีย โดยได้ศึกษาเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ในศตวรรษที่ 19 ของประเทศเม็กซิโกในสมัยจักรพรรดิ Maximilian และการปฏิเสธการชำระหนี้ของประเทศคิวบาในช่วงที่ตกเป็นอาณานิคมสเปน โดย Sack กล่าวว่า เมื่อการก่อหนี้สาธารณะเกิดขึ้นโดยระบอบที่ไม่ชอบธรรม และไม่ตอบสนองต่อความต้องการหรือผลประโยชน์ของคนในชาติ และเพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งของกลุ่มหรือคณะบุคคล หนี้ดังกล่าวไม่ผูกพันประชาชนภายในชาติและไม่ผูกพันรัฐ แต่ผูกพันคณะบุคคลที่อยู่ภายใต้ระบอบดังกล่าว และได้ทำการก่อหนี้สาธารณะเช่นว่านั้นโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนี้สาธารณะดังกล่าวควรผูกพันผู้เป็นผู้ปกครอง (Rulers) ในระบอบนั้น Sack ได้กล่าวต่อไปอีกว่า แนวคิดเรื่อง “Odious Debt” จะถือว่าการก่อหนี้สาธารณะไม่มีผลผูกพันรัฐเมื่อ (1) ผู้ปกครองในขณะนั้นทราบและเข้าใจ (2) ว่าการก่อหนี้ไม่ได้เกิดจากฉันทานุมัติของคนในชาติ และ (3) ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนในภาพรวม กรณีนี้เคยเกิดคดีคำตัดสินในศาลของอังกฤษซึ่งผู้พิพากษา Chief Justice William Howard Taft ได้ใช้หลักการดังกล่าวในการพิจารณาวินิจฉัยว่าประเทศคอสตา ริกา ไม่ต้องจ่ายหนี้คืนให้แก่อังกฤษ ในสมัยรัฐบาล Federico Tinoco Granados ซึ่งเป็นการก่อหนี้ของรัฐบาลที่มาจากการรัฐประหาร และการก่อหนี้สาธารณะดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประเทศชาติ ดู Odette Lienau. (2008). Who is the “Sovereign” in Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century. **Yale Journal of International Law,** 33(1): 63–111.

[79] Jeff King. 2016. **The Doctrine of Odious Debt in International** Law New York: Cambridge University Press.

[80] มาตรา 213 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ”.

3.4.5 พระราชวินิจฉัย

พระราชวินิจฉัยซึ่งเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมายมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย พระราชวินิจฉัยกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญสามารถลำดับเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ของไทยได้ดังนี้

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่ รัชกาลที่ 7 ได้ทรงมีพระราชวินิจฉัยยับยั้งร่างพระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดก และร่างกฎหมายอีก 3 ฉบับ กล่าวคือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาทหาร ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลักษณะอาญา และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมวิธีพิจารณาความอาญา และสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันด้วยคะแนนเสียงข้างมากธรรมดาเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม พ.ศ. 2477 และวันที่ 29 กันยายน 2477 มีผลให้ประกาศใช้กฎหมายทั้ง 4 ฉบับ โดยไม่มีการลงพระปรมาภิไธย ประเพณีการลงมติยืนยันโดยรัฐสภาให้ประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายโดยไม่มีการลงพระปรมาภิไธยไม่เคยปรากฏในประวัติศาสตร์การเมืองของไทยอีกเลยดังเหตุการณ์ซึ่งสรุปได้ดังนี้

ในรัชสมัย พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 เคยมีพระราชวินิจฉัยยับยั้งร่างกฎหมาย 2 ครั้ง กล่าวคือ ในช่วงปี พ.ศ. 2535 สมัย นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี และในช่วงปี พ.ศ. 2546 สมัย ดร.ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี

ในปี พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นช่วงที่ นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี และมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ใช้บังคับ มาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวซึ่งเกี่ยวข้องกับพระราชวินิจฉัยยับยั้งร่างกฎหมาย บัญญัติว่า

> “ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

การบัญญัติหลักการดังกล่าวในมาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มีรากมาจากหลักการที่ว่า กษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานความยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านสภาเป็นกฎหมายได้ (To Give Royal Assent) และในขณะเดียวกันกษัตริย์มีพระราชอำนาจที่จะไม่ยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านสภามาแล้วประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ (To Refuse Royal Assent) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ปรากฏมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 146)[81]

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ในสมัยรัฐบาล นายอานันท์ ปันยารชุน สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ลงมติให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งมีสาระสำคัญคือ การกำหนดโทษปรับขั้นสูงต่อสื่อมวลชนจาก 200,000 บาท เป็น 20 เท่า คือ 4 ล้านบาท หรืออาจมากกว่านี้หากพิสูจน์ความเสียหายได้ ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมิได้ทรงเห็นชอบด้วยและมิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย กรณีนี้จึงส่งผลให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติมิได้นำร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เข้าสู่กระบวนพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และทำให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวตกไป

พระราชวินิจฉัยในการยับยั้งกฎหมายเกิดขึ้นอีกครั้งในปี พ.ศ. 2546 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ใช้บังคับ มาตรา 94 ซึ่งมีข้อความเช่นเดียวกันมาตรา 94 รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 บัญญัติว่า

> “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วย

---

[81] มาตรา 146 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ทรงไม่เห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”.

> คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่า พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

จะเห็นได้ว่ามาตรา 94 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นำหลักการเดิมของมาตรา 94 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาบัญญัติไว้ และต่อมาในปี พ.ศ. 2546 สมัย ดร. ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. .....[82] และร่างพระราชบัญญัติเหรียญเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์ พระบรมราชินีนาถ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 6 รอบ 12 สิงหาคม 2547 พ.ศ. ....[83] เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 พระราชทานร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับคืนมายังรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 94 ดังกล่าวข้างต้น

พระราชวินิจฉัยเกี่ยวกับการยับยั้งร่างกฎหมายในรัชสมัย พระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 10 เกิดขึ้นในช่วงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยมีพระราชกระแสรับสั่งให้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านประชามติ หมวดพระมหากษัตริย์ รัฐบาลจึงได้ดำเนินการตามพระราชกระแสรับสั่งตามที่ปรากฏใน หมวดพระมหากษัตริย์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

จะเห็นได้ว่า นับตั้งแต่หมดยุคคณะราษฎร์ รัฐสภาไม่เคยมีการลงมติยืนยันร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบ จึงเกิดเป็น**ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ**ที่ว่าหากร่างกฎหมายใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบและไม่ลงพระปรมาภิไธย รัฐสภาจะไม่มีการลงมติยืนยันและให้ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวตกไป

---

[82] ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีถ้อยคำและรายละเอียดของเนื้อหาที่มีข้อบกพร่องหลายประการ อาทิ การใช้ถ้อยคำและข้อความผิด การอ้างอิงมาตราเชื่อมโยงกันผิด เป็นต้น.

[83] ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีการระบุลักษณะของเหรียญผิดพลาด.

3.4.6 การอภัยโทษ

การอภัยโทษเป็นประเพณีดั้งเดิมของไทยที่ปรากฏมาตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน และรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ โดยถือกันว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาของอำนาจและเกียรติยศ พระมหากษัตริย์จึงทรงเป็นประมุข มีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจในการประกาศให้เป็นกฎหมาย และรวมทั้งอำนาจในการชำระความต่างๆ[84] และเมื่อประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญการใช้อำนาจดังกล่าวถูกใช้ผ่านตัวแทน กล่าวคือ อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินผ่านฝ่ายบริหารโดยมีนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี อำนาจในการตรากฎหมายผ่านฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา และอำนาจในการพิจารณาความผ่านฝ่ายตุลาการหรือศาล ซึ่งหลักการดังกล่าวปรากฏในมาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[85] ซึ่งบัญญัติว่า

> “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจทั้งทางสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

มาตรา 3 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มีความคล้ายคลึงกับ Part I.3 รัฐธรรมนูญของประเทศเดนมาร์ก (Denmark’s Constitution of 1953)[86] ซึ่งบัญญัติว่า

> “The legislative power shall be vested in the King and the Folketing conjointly. The executive power shall be vested in the King. The judicial power shall be vested in the courts of justice.”

กล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจในการประกาศให้เป็นกฎหมาย อำนาจในการชำระความ ซึ่งรวมทั้งการลงโทษประหารชีวิตและการอภัยโทษ และสำหรับประเทศไทย รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในมาตรา 179 ซึ่งบัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ” อันที่จริง ไม่ว่าประเทศนั้นจะปกครองโดยพระมหากษัตริย์หรือด้วยระบอบใดก็ตาม อำนาจในการอภัยโทษเป็นอำนาจของประมุขของประเทศ

---

[84] ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2559. ปัญหากระบวนการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินบุคคลล้มละลายของไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 34(2), 145-166.

[85] มาตรา 3 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

[86] *Denmark’s Constitution* (1953), Part I.3.

(Head of the State) กล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษซึ่งรองรับโดยรัฐธรรมนูญจึงเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยที่สำคัญอีกประการหนึ่ง

3.5 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยโดยได้ศึกษาวิเคราะห์จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับ และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยคำพิพากษาและคำตัดสินของศาล พบว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ปรากฏการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญปรากฏในรัฐธรรมนูญ 10 ฉบับ โดยปรากฏในมาตรา 20 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นครั้งแรก และต่อมาได้กลายเป็นต้นแบบของการบัญญัติหลักการดังกล่าวในธรรมนูญการปกครองและรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) การบัญญัติหลักการดังกล่าวได้ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560)

ในส่วนที่เกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องปรากฏในสามคดี ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2534 ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีคณะกรรมการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ (คตส.) เป็นคณะบุคคลที่มิใช่ศาล การที่ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) กำหนดให้ คตส. มีอำนาจวินิจฉัยว่าทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบตกเป็นของแผ่นดิน จึงเป็นการกำหนดให้ คตส. มีอำนาจพิจารณาคดีเช่นเดียวกับศาล จึงขัดต่อประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เป็นคดีแรกที่มีการกล่าวถึงเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 ซึ่งวินิจฉัยกรณีเกี่ยวกับการใช้สิทธิเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์ว่าทรงอยู่เหนือการเมือง ทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง หากกำหนดให้ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับหลักการอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 ที่วินิจฉัยว่า บทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดเป็นสิทธิที่ประชาชนชาวไทยได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับจึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

แนวคำวินิจฉัยทั้งสามกรณีก่อให้เกิดนิติวิธีในการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือการปรับใช้หลักเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์ประกอบของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำคัญ 6 ประการ ว่า (1) ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่อาจนำมาปรับใช้แก่กรณีได้ กรณีนี้รวมถึงไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในเรื่องดังกล่าว (2) เป็นเรื่องที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองไว้ (3) เป็นเรื่องที่เป็นที่ยอมรับหรือเป็นเรื่องที่ดี ซึ่งเกี่ยวข้องกับคุณค่าหรือบรรทัดฐานทางสังคม ที่มีความเป็นสากลและไม่แย้งต่อความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ (4) ต้องเกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (5) มีความเกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง และ (6) ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม หรือตามหลักนิติธรรม แนวคำวินิจฉัยของศาลและนิติวิธีที่ได้จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวของไทยจะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีต่างประเทศในบทต่อไปเพื่อพิจารณาว่าในต่างประเทศมีนิติวิธีการนำประเพณีการปกครองมาปรับใช้อย่างไร

อย่างไรก็ตาม การศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้องยังมิได้ค้นพบว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำมาพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญได้มีลักษณะหรือหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) อย่างไร ฉะนั้น การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงต้องศึกษาจากประวัติศาสตร์ และจากการศึกษาพบว่าเกิดการสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญใน 6 ลักษณะสำคัญ กล่าวคือ

ประการแรก การสืบราชสมบัติซึ่งเป็นการขึ้นครองราชย์ของพระมหากษัตริย์ต่อเนื่องจากพระมหากษัตริย์องค์ก่อนตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ฯ และรองรับในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ

ประการที่สอง กรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทาน ซึ่งเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2516 ช่วงเวลาที่เกิดสุญญากาศทางการเมือง การพระราชทานนายกรัฐมนตรีจึงเป็นการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) เพื่อทำให้ระบอบประชาธิปไตยที่ล้มเหลวกลับคืนสู่ภาวะปกติ

ประการที่สาม การลงพระปรมาภิไธยในกฎหมาย และการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการซึ่งมีที่มาจากหลักการว่าด้วย “The King Can Do No Wrong” โดยร่างกฎหมายที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยไปแล้ว ย่อมถือว่าเป็นกฎหมายใช้บังคับได้อันเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

ประการที่สี่ การปฏิวัติรัฐประหารซึ่งก่อให้เกิดการล้มระบอบประชาธิปไตย การทำลายระบบเศรษฐกิจ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญ การปฏิวัติรัฐประหารมิได้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญแม้ว่าประเทศไทยมีการรัฐประหารมาแล้วหลายครั้ง ซึ่งส่งผลให้รัฐธรรมนูญมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอยู่เสมอ คณะรัฐประหารไม่ถือเป็นรัฏฐาธิปัตย์ แม้ศาลฎีกาจะได้เคยตีความวางหลักไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 แต่หากพิจารณาจากหลักฐานตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญทุกฉบับ องค์รัฏฐาธิปัตย์มิใช่คณะรัฐประหาร การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารเป็นเพียงการใช้อำนาจแทนองค์อธิปัตย์เท่านั้น อำนาจเดิมยังคงอยู่ที่พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ ฉะนั้น การกระทำใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพหรือการก่อหนี้สาธารณะของคณะรัฐบาลรัฐประหาร ไม่มีผลผูกพันประเทศตามหลักการว่าด้วย “Odious Debt” ในกฎหมายระหว่างประเทศ

ประการที่ห้า พระราชวินิจฉัยในการยับยั้งร่างกฎหมายหรือการพระราชทานคืนร่างกฎหมาย เป็นธรรมเนียมปฏิบัติที่สถาบันการเมืองยึดถือและประพฤติปฏิบัติมาจนกลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายฉบับใดที่พระมหากษัตริย์ไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย ร่างกฎหมายฉบับนั้นเป็นอันตกไปตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ประการสุดท้าย การอภัยโทษซึ่งเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไทยที่ปรากฏมาตั้งแต่สมัยโบราณ และรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ตามหลักการอภัยโทษเป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยจึงเกี่ยวพันกับประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติสืบต่อกันมาตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง จากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในปี พ.ศ. 2475 โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด และเป็นประเพณีที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจไปตามครรลองของรัฐธรรมนูญเพื่อแก้วิกฤติรัฐธรรมนูญหรือสุญญากาศทางการเมือง

กล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยมีความสัมพันธ์กับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ภาวะฉุกเฉิน (Reserve Powers) ซึ่งเป็นการคืนอำนาจกลับไปสู่ประมุขแห่งรัฐตามหลักการเดิมของระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยที่ปรากฏก่อให้เกิดประเด็นคำถามที่ต้องพิจารณาว่า

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยมีความสอดคล้องกับหลักการสากลมากน้อยเพียงใด หรือมีความคล้ายคลึงที่อาจเทียบเคียงได้กับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมากน้อยเพียงใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญตามหลักการและทฤษฎีที่มีความเป็นสากลซึ่งมีรากมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ และศึกษากรณีตัวอย่างของต่างประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขอันจะได้กล่าวในบทต่อๆ ไป

บทที่ 4
การปกครองในระบอบกษัตริย์ : ภูมิหลังและประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

4.1 บทนำ

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจำเป็นจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยประเพณีทางการรัฐธรรมนูญ และกรณีศึกษาของต่างประเทศ กล่าวได้ว่า นักกฎหมายที่กล่าวถึงประเด็นในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเป็นท่านแรก คือ Professor A.V. Dicey ในผลงานเรื่อง *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1883) ซึ่งกล่าวถึงบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญอังกฤษว่ามีที่มา 2 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ กฎระเบียบที่เป็นกฎหมายไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นจารีตประเพณี และกฎระเบียบที่เกิดจากธรรมเนียมหรือประเพณีที่ได้ประพฤติปฏิบัติกันมาจนกลายเป็นรัฐธรรมนูญ กฎเกณฑ์ประเภทนี้ Dicey เรียกว่า “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” ผลงานของ Dicey ได้รับการยอมรับว่าเป็นปรมาจารย์ทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของโลก และมีอิทธิพลต่อแนวคิดเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่ามีที่มาและบ่อเกิดจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในมุมมองของ Dicey จึงมีความสัมพันธ์กับการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยเฉพาะการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกรณีที่มีไว้เพื่อกอบกู้ประชาธิปไตยในภาวะวิกฤติรัฐธรรมนูญ

อันที่จริง ประเพณีทางรัฐธรรมนูญปรากฏให้เห็นในประเทศอื่นๆ ที่มิได้มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยเฉพาะประเทศที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุข อาทิ สหรัฐอเมริกา เยอรมนี ฝรั่งเศสและอิสราเอล อย่างไรก็ตาม การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในรายงานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ และดังได้กล่าวแล้วว่า ปัจจุบันมีเพียง 44 ประเทศ ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยแบ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) 4 ประเทศ กับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) 40 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย จึงมีความจำเป็น

จะต้องศึกษาการปกครองในระบอบกษัตริย์ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก โดยรายงานวิจัยฉบับนี้จะให้ความสำคัญกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีบ่อเกิดมาจากประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ซึ่งมีการปกครองลักษณะเดียวกับประเทศไทย และใน 40 ประเทศ ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขยังมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

บทนี้กล่าวถึงการปกครองในระบอบกษัตริย์ในลักษณะต่างๆ ทั่วโลกเพื่อวางหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่จะนำมาเป็นกรณีศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยในบทต่อๆ ไป ตลอดจนศึกษาแนวความคิดโดยทั่วไปเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เชื่อว่ามีที่มาและบ่อเกิดจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษดังที่ปรมาจารย์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของโลก *Vinerian Professor Albert Venn Dicey* ได้ให้ข้อสังเกตไว้

ตารางที่ 6 แสดงลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ

ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ในประเทศยุโรป			
ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศชาย	**ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศหญิง**	**อาณาจักร**	**รายละเอียด**
Emperor	Empress	Empire	ปัจจุบันมีประเทศญี่ปุ่นเพียงประเทศเดียวที่กษัตริย์เรียกว่า “จักรพรรดิ” ตำแหน่งจักรพรรดิปรากฏให้เห็นในยุคโบราณ อาทิ จักรวรรดิโรมัน (Roman Empire) จักรวรรดิไบเซนไทน์ (Byzantine Empire) จักรวรรดิมองโกล (Mongol Empire) จักรวรรดิจีน (Imperial China) จักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 1 และ 2 (First and Second French Empire) จักรวรรดิออสเตรีย (Austrian Empire) และจักรวรรดิเยอรมัน (German Empire) เป็นต้น ซึ่งจักรวรรดิดังกล่าวสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1918 สำหรับตำแหน่งจักรพรรดิแห่งอินเดีย (Emperor of India) ซึ่งเป็นตำแหน่งของกษัตริย์อังกฤษในช่วงที่ปกครองประเทศอินเดียสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1947 ภายหลังอินเดียได้รับประกาศอิสรภาพ
King	Queen	Kingdom	ตำแหน่งเป็นตำแหน่งกษัตริย์ที่ปรากฏในปัจจุบัน อาทิ ประเทศอังกฤษ และเครือจักรภพของอังกฤษ สวีเดน เนเธอร์แลนด์ เดนมาร์ก ไทย กัมพูชา และภูฏาน เป็นต้น
Viceroy	Vicereine	Viceroyalty	ตำแหน่งอุปราชที่เป็นเจ้าผู้ครองนครเคยปรากฏในอดีตในสมัยจักรวรรดิสเปน (Viceroy of Peru, Viceroy of New Spain, Viceroyalty of Rio de la Plata, Viceroyalty of New Granada) ในสมัยจักรวรรดิโปรตุเกส (Viceroy of India, Viceroy of Brazil) ในสมัยจักรวรรดิอังกฤษ (Viceroy of India) และในสมัยจักรวรรดิรัสเซีย (Viceroyalty of Caucasus)
Archduke	Archduchess	Archduchy	ตำแหน่ง Archduke ผู้ครองนคร เป็นตำแหน่งเฉพาะของ House of Habsburg ปรากฏในประเทศออสเตรียในอดีต สำหรับปัจจุบันตำแหน่ง Archduke ได้สูญสิ้นไปแล้วอันเป็นผลมาจากสงครามโลกครั้งที่ 1
Grand Duke	Grade Duchess	Grand Duchy	ปัจจุบันมีเพียงประเทศเดียวที่มีตำแหน่ง Grand Duke หรือ Grand Duchess คือ ลักเซมเบิร์ก ในอดีตตำแหน่งดังกล่าวได้แก่ Grand Duchy of Moscow, Grand Duchy of Finland และ Grand Duchy of Tuscany

ตารางที่ 6 แสดงลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ (ต่อ)

ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ในประเทศยุโรป			
ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศชาย	**ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศหญิง**	**อาณาจักร**	**รายละเอียด**
Duke	Duchess	Duchy	ตำแหน่ง Duke หรือ Duchess ซึ่งเป็นเจ้าผู้ครองนครในอดีต อาทิ Duchy of Normandy, Duchy of Milan หรือ Duchy of Prussia ปัจจุบันตำแหน่ง Duke หรือ Duchess ที่เป็นเจ้าผู้ครองนครไม่มีแล้ว แต่เป็นตำแหน่งอิสริยยศของเชื้อพระวงศ์อังกฤษ อาทิ Duke of Cambridge/Duchess of Cambridge
Prince	Princess	Principality	ปัจจุบันมีเพียง 3 ประเทศ ได้แก่ โมนาโก ลิกเตนสไตน์ และแอนดอร์ร่า ที่มีเจ้าชายเป็นผู้ครองนคร ในอดีตมีหลายรัฐที่มีเจ้าชายผู้ครองนครเป็นประมุขแห่งรัฐ อาทิ Principality of Albania และ Principality of Serbia เป็นต้น
Marquis	Marquise	Marquisate	เป็นตำแหน่งผู้ปกครองที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่า Duke/Duchess แต่สูงกว่า Count/Earl หรือ Countess ปรากฏในอดีต อาทิ Marquess of Queensbury, Marquisate of Saluzzo, Marquisate of Mantua
Count/Earl	Countess	County	หมายถึงผู้ปกครองแคว้น หรือเจ้าเมือง (County) อาทิ County of Toulouse, County of Castile, County of Barcelona และ Earldom of Orkney ปัจจุบันไม่มีผู้ปกครองแบบ County
Viscount	Viscountess	Viscountcy	เป็นตำแหน่งผู้ปกครองที่รองจาก Count อาทิ Viscountcy of Bearn, Burgraviate of Nuremberg ปัจจุบันไม่มีตำแหน่งดังกล่าวแล้ว
Lord	Lady	Lordship	ตำแหน่ง Lord ที่เป็นประมุขแห่งรัฐในปัจจุบันมีเพียง Lord of Mann (Isle of Mann) ซึ่งเป็นตำแหน่งของ Queen Elizabeth II ของราชวงศ์อังกฤษ
Baron	Baroness	Barony	ตำแหน่ง Baron หรือ Baroness ที่มีสถานะเป็นประมุขแห่งรัฐปรากฏในปัจจุบัน ได้แก่ Kendal and Westmorland in England, Lordship and Barony of Hailes in Scotland and Barony Rosendal in Norway

ตารางที่ 6 แสดงลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ (ต่อ)

ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ในประเทศนอกทวีปยุโรป			
ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศชาย	**ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศหญิง**	**อาณาจักร**	**รายละเอียด**
Sultan	Sultana	Sultanate	ตำแหน่งกษัตริย์ของประเทศมุสลิมบางประเทศ มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชา (King) และจักรพรรดิ (Emperor) ตัวอย่างของประเทศที่มีสุลต่าน (Sultan) ได้แก่ Brunei, Oman, Malaysia เป็นต้น และสำหรับตำแหน่งสุลต่านที่ปรากฏในอดีต อาทิ Seljuk Sultanate, Delhi Sultanate, Sultanate of Malacca, Warsangali Sultanate
Hari/Lakan	Reyna/Dayang	Kingdom	ตำแหน่ง Hari/Lakan เป็นตำแหน่งกษัตริย์ในสมัยโบราณของประเทศฟิลิปปินส์ สำหรับคำว่า “Hari” ในภาษาฟิลิปปินส์ในปัจจุบันมีความหมายว่า “กษัตริย์” และคำว่า “Reyna” หมายความว่า “ราชินี”
Malik	Malikah/Malekeh	Mamlaka	ตำแหน่งกษัตริย์ของประเทศมุสลิมบางประเทศ มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชา (King) และจักรพรรดิ (Emperor) อาทิ Bahrain, Jordan, Morocco และเป็นตำแหน่งที่ใช้สำหรับหัวหน้าเผ่า (Tribe) ของชาว Pashtun ตัวอย่างของตำแหน่ง Malik ในอดีต อาทิ Malik al-Iraq หรือกษัตริย์แห่งอิรัก เป็นต้น
Emir	Emira	Emirate	ตำแหน่งกษัตริย์ของประเทศมุสลิมบางประเทศ มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าเจ้าชายผู้ครองนคร หรือ “Prince” อาทิ United Arab Emirates, Kuwait, Qatar สำหรับตำแหน่ง Emir ในอดีต ได้แก่ Emirate of Crete, Emirate of Cordoba และ Emirate of Afghanistan
Caliph		Caliphate	ตำแหน่งกาหลิบ ใช้ในประเทศมุสลิมโดยเป็นตำแหน่งประมุขของศาสนาอิสลาม อาทิ Rashidun Caliphate, Umayyad Caliphate, Caliphate of Cordoba, Abbasid Caliphate, Ottoman Caliphate ปัจจุบันตำแหน่งกาหลิบไม่มีแล้วแต่อย่างใด
Samraat	Samrajni	Samrajya	ตำแหน่งผู้ปกครองในประเทศอินเดีย มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าจักรพรรดิ
Chhatrapati	-		ตำแหน่งผู้ปกครองในประเทศอินเดีย มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าจักรพรรดิ

ตารางที่ 6 แสดงลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ (ต่อ)

ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ในประเทศนอกทวีปยุโรป			
ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศชาย	**ตำแหน่งกษัตริย์ที่เป็นเพศหญิง**	**อาณาจักร**	**รายละเอียด**
Maharaja	Maharani	Princely state	ตำแหน่งผู้ปกครองที่ใช้ในประเทศแถบเอเชียใต้ หมายถึงกษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งปวง (High King)
Raja	Rani	Rajahnate	ตำแหน่งผู้ปกครองในประเทศอินเดีย มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าพระราชา
Arasan	Arasi	Arasangam	ตำแหน่งผู้ปกครองในสมัย Tamilakam โบราณ มีลำดับศักดิ์เทียบเท่าจักรพรรดิ ปัจจุบันมีความหมายว่ารัฐบาล
Nawab	Begum	-	ตำแหน่งเจ้าชายผู้ครองนครที่ปรากฏในประเทศมุสลิมในอดีต
Padishah	-	-	ตำแหน่งที่มีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากับ King of Kings ดูตารางที่ 7 ปรากฏในอดีต อาทิ Shahanshah of Iran, Mughal Emperors of the Indian Subcontinent และ Sultan of the Ottoman Empire
Shah	Shahbanu	-	ตำแหน่งที่ปรากฏในอดีตในสมัยเปอร์เซีย Greater Iran และ the Mughal Empire มีความหมายว่าพระราชา หรือจักรพรรดิ
Khagan	Khanum	Khaganate	ตำแหน่งจักรพรรดิของชาวมองโกลในอดีต
Khan	Khatun	Khanate	ตำแหน่งกษัตริย์ของชาวมองโกลในอดีต
Pharaoh	Pharaoh	-	ตำแหน่งกษัตริย์ในสมัยอียิปต์โบราณ
Satrap	Satrap	-	ตำแหน่งผู้ปกครองในสมัยเปอร์เซียโบราณ
Khedive	-	Khedivate	มีลำดับศักดิ์เทียบเท่า “อุปราช” (Viceroy) ปรากฏในสมัยจักรวรรดิอ๊อตโตมัน (Ottoman Empire) อาทิ Khedivate of Egypt

ตารางที่ 7 คำอธิบายตำแหน่งประมุขของรัฐตามลำดับศักดิ์

1. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งจักรพรรดิ (Imperial Titles)
พระมหาจักรพรรดิ (Emperor)
■ ***Caesar*** เป็นตำแหน่งจักรพรรดิที่ปรากฏในสมัยกรุงโรม (Roman Empire) โดยมีที่มาจากผู้ปกครองที่ยิ่งใหญ่ของโรมันคือ Julius Caesar ผู้ที่เป็นจักรพรรดิเป็นองค์แรกของโรมคือ Gaius Julius Caesar Augustus (หลานชายของ Julius Caesar) และสิ้นสุดภายหลังจักรพรรดิ Nero
■ ***Kaiser*** เป็นตำแหน่งที่สืบรากมาจากตำแหน่ง Caesar โดยเป็นตำแหน่งของจักรพรรดิที่ปรากฏในประเทศเยอรมนี และในกลุ่มประเทศ Germanic countries อาทิ ออสเตรีย ฮังการี ลักเซมเบิร์ก ลิกเตนสไตน์ โปแลนด์ เป็นต้น
■ ***Basileus*** มีที่มาจากภาษากรีก แปลว่า “หัวหน้า” ใช้เรียกแทนคำว่า “จักรพรรดิ” ของโรมันในสมัยยุคไบเซนไทซ์ (Byzantine period)
■ ***Tsar*** เป็นตำแหน่งที่สืบรากมาจากตำแหน่ง Caesar โดยเป็นตำแหน่งของจักรพรรดิที่ปรากฏในประเทศบัลแกเรีย และภายหลังปรากฏในประเทศรัสเซีย และในกลุ่มประเทศ Slavic countries อาทิ ยูเครน บอสเนีย โครเอเชีย สโลเวเนีย เป็นต้น
■ ***Huangdi*** เป็นตำแหน่งจักรพรรดิของจีนในช่วงที่เป็นจักรวรรดินิยม (ตั้งแต่ 221 ปีก่อนคริสตกาล - ค.ศ. 1911)
■ Samraat มาจากภาษาสันสกฤตแปลว่า “จักรพรรดิ”
■ ***Chhatrapati*** เป็นตำแหน่งจักรพรรดิของอินเดีย
■ ***Sapa Inca*** เป็นตำแหน่งของผู้ปกครองในราชอาณาจักร Cusco และภายหลังเรียก จักรพรรดิแห่งจักรวรรดิอินคา (Emperor of the Inca Empire)
2. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งสูงกว่าพระราชา (High Royal Titles)
กษัตริย์ของกษัตริย์ทั้งหลาย (King of Kings)
■ ***Shahanshah*** หมายถึงกษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย ปรากฏในประเทศแถบเปอร์เซีย
■ ***Sultan of Sultans*** หมายถึงกษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย ใช้เรียกกษัตริย์ในสมัยจักรวรรดิอ๊อตโตมัน (Ottoman)
■ ***Taewang*** หมายถึง กษัตริย์สูงสุด (Supreme King) เป็นตำแหน่งกษัตริย์ในราชวงศ์ของเกาหลี ในสมัย Goguryeo
■ ***Negusa Nagast*** เป็นตำแหน่งของกษัตริย์ของประเทศเอธิโอเปีย (Ethiopia) ซึ่งแปลว่ากษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย
■ ***Mansa*** เป็นตำแหน่งของกษัตริย์ของจักรวรรดิมาลี (Mali Empire) ซึ่งแปลว่ากษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย

ตารางที่ 7 คำอธิบายตำแหน่งประมุขของรัฐตามลำดับศักดิ์ (ต่อ)

2. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งสูงกว่าพระราชา (High Royal Titles)
กษัตริย์ของกษัตริย์ทั้งหลาย (King of Kings)
■ ***Mepe-Mepeta*** เป็นตำแหน่งพระมหากษัตริย์ของจอร์เจีย หมายถึงกษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย
■ ***Khagan*** มีที่มาจากตำแหน่ง Khan of Khans ปรากฏในประเทศแถบเอเชียกลาง (Central Asians) อาทิ มองโกล
กษัตริย์ที่ปกครองกษัตริย์พระองค์อื่น (High King)
■ ***Devaraja*** หมายถึง เทวราชา (God King) เป็นตำแหน่งกษัตริย์ที่ปรากฏในสมัยขอมโบราณและประเทศที่ได้รับอิทธิพลมาขอม
■ ***Maharaja*** มาจากภาษาสันสกฤตแปลว่า กษัตริย์ผู้ยิ่งใหญ่ (Great King)
■ ***Padishah*** ในภาษาเปอร์เซีย แปลว่า กษัตริย์ที่สูงส่ง ปรากฏในสมัยจักรวรรดิอ๊อตโตมัน (Ottoman Empire)
■ ***Anax*** แปลว่ากษัตริย์ที่สูงกว่ากษัตริย์องค์อื่นจากการปกครองดินแดนที่มีกษัตริย์องค์อื่นปกครองอยู่
■ ***Nam-Lugal*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ในสมัยสุเมเรียนโบราณ (Ancient Sumer) หรือเสโสโปเตเมีย (Mesopotamia)
■ ***Pharaoh*** แปลว่า “ผู้มาจากชนชั้นสูงส่ง” (Man of the Great House) เป็นตำแหน่งผู้ปกครองที่ปรากฏในสมัยอียิปต์โบราณ แสดงลำดับศักดิ์ของกษัตริย์ที่ปกครองในลุ่มแม่น้ำไนล์
■ ***Ard Ri*** เป็นตำแหน่งของกษัตริย์ที่เคยปรากฏในประเทศไอร์แลนด์และสก๊อตแลนด์
■ ***Bretwalda*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ในช่วง Anglo-Saxon ของอังกฤษ
■ ***Yang di-Pertuan Agong*** เป็นตำแหน่งพระมหากษัตริย์ของประเทศมาเลเซียที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน
3. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งพระราชา (Royal Titles)
พระราชา (King)
■ ***Rex*** เป็นภาษาละตินแปลว่า ผู้ปกครองหรือพระมหากษัตริย์
■ ***Wang*** แปลว่าประมุขของประเทศจีนในยุคสมัยโบราณ
■ ***Chanyu*** เป็นตำแหน่งผู้ปกครองของจักรวรรดิ Xiongnu

ตารางที่ 7 คำอธิบายตำแหน่งประมุขของรัฐตามลำดับศักดิ์ (ต่อ)

3. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งพระราชา (Royal Titles)
พระราชา (King)
■ ***Korol*** มีที่มาจาก Old East Slavic แปลว่า กษัตริย์ในภาษา Ukrainian Russian Kazakh Tatar และ Kyrgyz
■ ***Raja/Rani/Rana/Ri/Deshmukh*** หมายถึงกษัตริย์ของประเทศอินเดีย
■ ***Khan*** มาจากภาษามองโกล แปลว่า “ผู้ปกครอง”
■ ***Lamane*** หมายถึงผู้ปกครองแผ่นดิน เคยปรากฏในประเทศ Senegal Gambia และ Mauritania เป็นต้น
■ ***Oba*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ที่ปรากฏในประเทศแอฟริกา อาทิ ไนจีเรีย เบนิน และโตโก
■ ***Omukama*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ King of Bunyoro-Kitara ในประเทศยูกานดา (Uganda)
■ ***Kabaka*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ King of Buganda อาณาจักรในประเทศยูกานดา (Uganda)
■ ***Shah*** มาจากภาษาเปอร์เซีย (Persian) แปลว่า “กษัตริย์”
■ ***Sultan*** มาจากภาษาอะราบิก แปลว่า “ผู้มีอำนาจ” ใช้อ้างอิงตำแหน่งพระมหากษัตริย์
■ ***Malik*** แปลว่ากษัตริย์ในภาษาอะราบิก (Arabic)
■ ***Tlatoani*** เป็นตำแหน่งผู้ปกครองของเม็กซิโกในสมัยโบราณ
■ ***Ajwa/Halach Uinik*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ของชาวมายา (Maya) ในช่วง Post-Classic Maya (Kuchkabal)
■ ***Lakan*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ในประเทศฟิลิปปินส์
■ ***Tuanku*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ที่ปกครองรัฐทั้งเก้าของมาเลเซีย
■ ***Mwami*** ตำแหน่งกษัตริย์แห่ง Rwanda
■ ***Maad a Sinig*** เป็นตำแหน่ง King of Sine ในช่วงก่อนตกเป็นอาณานิคมของอาณาจักร Serer
■ ***Maad Saloum*** เป็นตำแหน่ง King of Saloum ในช่วงก่อนตกเป็นอาณานิคมของอาณาจักร Serer

ตารางที่ 7 คำอธิบายตำแหน่งประมุขของรัฐตามลำดับศักดิ์ (ต่อ)

3. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งพระราชา (Royal Titles)
พระราชา (King)
■ ***Ratu*** เป็นตำแหน่งกษัตริย์ที่อ้างอิงในประวัติศาสตร์ของชาวชวา (Javanese)
■ ***Teigne*** เป็นตำแหน่งของกษัตริย์ King of Baol ในช่วงก่อนตกเป็นอาณานิคมของอาณาจักร Serer
■ ***Nizam*** มาจากภาษาอะราบิก (Arabic language) เป็นตำแหน่งที่ใช้เป็นครั้งแรกในยุค Urdu ประมาณช่วงปี 1,600 หมายถึงผู้ปกครองอาณาจักร
4. ประมุขของรัฐที่มีตำแหน่งเป็นเจ้าชายผู้ครองนคร หรือตำแหน่งอื่นๆ (Princely and Other Sovereign Titles)
■ ***Prince*** หมายถึงเจ้าราชผู้ครองนคร
■ ***Despot*** หมายถึงตำแหน่งผู้ปกครองในสมัยไบเซนไทน์ มีสถานะเทียบเท่าเจ้าชายผู้ครองนคร
■ ***Duke*** มีที่มาจากตำแหน่งทางการทหารที่ใช้ในสมัยจักรวรรดิโรมัน ซึ่งหมายถึงผู้ปกครอง ***Archduke*** เป็นตำแหน่งที่สูงกว่า Duke และ Grand Duke หมายถึงตำแหน่งที่สูงกว่า Duke ทั้งหมดแต่ต่ำกว่ากษัตริย์
■ ***Emir*** เป็นตำแหน่งผู้ปกครองมีรากศัพท์มาจากคำว่า “Admiral” ในภาษาอังกฤษ
5. ประมุขของรัฐที่เป็นตำแหน่งทางศาสนา (Religious Titles)
■ ***Pope*** หรือพระสันตปาปา หมายถึงประมุขในศาสนจักร และผู้ปกครองนครรัฐ (Vatican City)
■ ***Caliph*** หรือพระเจ้ากาหลิป เป็นตำแหน่งในศาสนาอิสลาม ที่มีความหมายถึงผู้สืบทอดจากพระนบีมุฮัมมัด

4.2 การปกครองในระบอบกษัตริย์

การปกครองในระบอบกษัตริย์เป็นรูปแบบการปกครองที่มีวิวัฒนาการและรากฐานทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน ปรากฏมาตั้งแต่ยุคสมัยก่อนประวัติศาสตร์ สมัยเมโสโปเตเมียและอียิปต์โบราณ[1] สมัยกรีกโบราณและโรมันโบราณ[2] ระบอบกษัตริย์ในยุโรปสมัยยุคกลาง[3] และการปกครองในระบอบกษัตริย์ในยุคสมัยปัจจุบัน อำนาจของพระมหากษัตริย์ในยุคก่อนถือว่ามีที่มาจากพระเจ้าตามหลักการและแนวคิดเรื่อง "เทวสิทธิ์" (Divine Rights of King)[4] กล่าวคือ กษัตริย์ทรงไม่อยู่ภายใต้อำนาจใดเพราะทรงเป็นผู้ที่ได้รับอำนาจโดยตรงจากพระเจ้า กษัตริย์จึงถือเป็นที่มาแห่งเกียรติยศและอำนาจ และทรงเป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครอง อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการพิจารณาและตัดสินคดีความ และรวมถึงการเป็นสัญลักษณ์ของความเป็นศูนย์รวมทางจิตใจของประชาชนภายในชาติ

กล่าวได้ว่า วิวัฒนาการของการปกครองในระบอบกษัตริย์ได้มีการพัฒนาและเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยก่อให้เกิดรูปแบบการปกครองในระบอบกษัตริย์ในลักษณะต่างๆ อาทิ ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy) ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) หรือระบอบราชาธิปไตยของปวงชน (Popular Monarchy) ในส่วนนี้จะวิเคราะห์รูปแบบและลักษณะการปกครองในระบอบกษัตริย์ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งปัจจุบันมีเพียง 44 ประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

4.2.1 ตำแหน่งและลำดับศักดิ์พระมหากษัตริย์ที่ปรากฏในปัจจุบัน

จากตารางที่ 6 ซึ่งแสดงตำแหน่งและลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ในลักษณะต่างๆ ทั่วโลก ตำแหน่งและลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ในประเทศต่างๆ ที่ปรากฏในปัจจุบันสามารถสรุปได้เป็น 6 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ

(1) ประเทศที่มีจักรพรรดิ (Emperor) เป็นประมุข

ในทางทฤษฎีถือว่าจักรพรรดิ (Emperor) เป็นตำแหน่งสูงสุดในการลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ ประเทศที่มีจักรพรรดิเป็นผู้ปกครองจะเรียกดินแดนดังกล่าวว่า

---

[1] Nicole Brisch (ed). 2008. **Religious and Power – Divine Kingship in the Ancient World and Beyond.** Illinois: The University of Chicago.

[2] Melissa Lane. 2014. **Greek and Roman Political Ideas.** London: Pelican Book.

[3] J.H. Burns (ed). 1988. **Medieval Political Thought c. 350 – c. 1450.** Cambridge: Cambridge University Press.

[4] J.N. Figgis. 1922. **The Divine Right of the Kings.** Cambridge: Cambridge University Press., at 256.

จักรวรรดิ (Empire) เป็นตำแหน่งที่ปรากฏมาตั้งแต่สมัยโบราณ โดยอาจมีการเรียกชื่อที่แตกต่างกันออกไป อาทิ “Caesar” ตำแหน่งจักรพรรดิในสมัยโรมันโบราณ ตำแหน่งจักรพรรดิของเยอรมันที่เรียกว่า “Kaiser” ตำแหน่ง “Tsar” ของกษัตริย์รัสเซีย หรือตำแหน่ง “Huangdi” ของจักรพรรดิจีนในสมัยก่อน เป็นต้น ดูตารางที่ 7 ข้างต้น

ปัจจุบันมีเพียงประเทศเดียวที่เรียกประมุขว่า “จักรพรรดิ” คือ ประเทศญี่ปุ่น อย่างไรก็ตาม นิยามและลักษณะของจักรพรรดิญี่ปุ่นมีความแตกต่างจากจักรพรรดิในอดีต กล่าวคือ ตำแหน่งจักรพรรดิในยุคสมัยโบราณเป็นตำแหน่งที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจของกษัตริย์ว่ามีอำนาจเหนือยิ่งกว่ากษัตริย์ทั้งปวง (One Above All) ฉะนั้น จักรพรรดิในนิยามความหมายสมัยโบราณคือผู้ที่ปกครองกษัตริย์พระองค์อื่น ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ จิ๋นซีฮ่องเต้ (Qin Shi Huangdi) จักรพรรดิจีน ทรงได้รวมแผ่นดินจีนเป็นปึกแผ่นในปีที่ 221 ก่อนคริสตกาล และทรงเห็นว่าผู้ที่รวบรวมอาณาจักรจีนที่ประกอบไปด้วยแคว้นต่างๆ ให้เป็นปึกแผ่นอย่างพระองค์ควรจะมีสถานะที่สูงยิ่งกว่ากษัตริย์จีนพระองค์อื่น พระองค์ได้ทรงสร้างตำแหน่ง “Huangdi” เพื่อระลึกถึงความสำเร็จในการรวบรวมอาณาจักรจีนให้เป็นปึกแผ่น และพระปรีชาสามารถของพระองค์ว่าเป็น “ผู้ที่ยิ่งใหญ่ที่ปกครองไพร่ฟ้าทั้งปวงภายใต้สรวงสวรรค์” (Ruler of All Under Heaven)[5] ตำแหน่งจักรพรรดิของพระเจ้านโปเลียน (Emperor Napoleon) เป็นอีกตัวอย่างที่สำคัญ พระองค์ได้ทรงครองแผ่นดินไปทั่วยุโรป และได้ทรงตั้งกษัตริย์เพื่อไปปกครองในดินแดนต่างๆ ในช่วงจักรวรรดิฝรั่งเศสที่ 1 (The First French Empire)[6]

สำหรับตำแหน่งจักรพรรดิในความหมายปัจจุบัน หมายถึง ประมุขแห่งรัฐซึ่งมีลำดับศักดิ์เช่นเดียวกับพระราชา อาจกล่าวได้ว่า การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในเรื่องการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจึงมีความหมายรวมถึงประเทศญี่ปุ่นด้วย

(2) ประเทศที่มีพระราชา (King) เป็นประมุข

ประเทศที่มีพระราชา (King) เป็นประมุข (กรณีนี้รวมถึงพระราชินีนาถซึ่งเป็น

---

[5] Zhixin Jason Sun. (2009). Life and Afterlife in Early Imperial China. **Museum Review.** 113(3), 1-9.

[6] Michael Rowe. 2013. **The French Revolution, Napoleon, and Nationalism in Europe.** Oxford: Oxford University Press.

ประมุขด้วย) เป็นตำแหน่งที่ปรากฏในประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ในปัจจุบัน โดยดินแดนที่มีพระราชาเป็นผู้ปกครองจะถูกเรียกว่าราชอาณาจักร (Kingdom) ปัจจุบันมี 33 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย ที่ประมุขของรัฐเรียกว่า “พระราชา” ดูตารางที่ 1 ดังกล่าวในบทที่ 1

ตำแหน่งพระราชาอาจมีการเรียกขานที่แตกต่างกันไปในแต่ละภาษา อาทิ ตำแหน่ง “Khan” ของพระเจ้าเจงกิสข่านและพระเจ้ากุบไลข่านในประวัติศาสตร์มองโกล ตำแหน่ง “Raja” ซึ่งหมายถึงพระราชาของกษัตริย์ในประเทศอินเดียโบราณ หรือตำแหน่ง “Mwami” ซึ่งมีความหมายว่าพระราชาของประเทศ Rwanda เป็นต้น บางประเทศอาจเรียกประมุขของตนว่า “สุลต่าน” (Sultan) หรือ “เอเมร์” (Emir) ทั้งสองตำแหน่งมีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชา อย่างไรก็ตาม ตำแหน่งสุลต่านหรือเอเมร์อาจมีความแตกต่างกับตำแหน่งพระราชาในรายละเอียด

(3) ประเทศที่มีสุลต่าน (Sultan) หรือเอเมร์ (Emir) เป็นประมุข

ดินแดนที่มีสุลต่านเป็นผู้ปกครองจะถูกเรียกว่า “Sultanate” และดินแดนที่มีเอเมร์เป็นผู้ปกครองจะเรียกว่า “Emirate” ประเทศที่มีสุลต่านเป็นประมุขมีเพียง 3 ประเทศ ได้แก่ บรูไน มาเลเซีย และโอมาน และประเทศที่มีเอเมร์เป็นประมุขมีเพียง 3 ประเทศ ได้แก่ สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ กาตาร์ และคูเวต

ตำแหน่งสุลต่านและเอเมร์มีฐานะเป็นประมุขของรัฐเช่นเดียวกับตำแหน่งพระราชาดังกล่าวข้างต้น อย่างไรก็ตาม ตำแหน่งสุลต่านและเอเมร์มีความแตกต่างจากตำแหน่งพระราชาในรายละเอียด กล่าวคือ

การดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของสุลต่านและเอเมร์มาจากการเลือกกันเองหรือโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) ได้แก่ ประเทศมาเลเซียและสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ สถานะของสุลต่านและเอเมร์ในประเทศดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นกษัตริย์เหนือกษัตริย์ทั้งหลาย (King of Kings) แต่มีลำดับศักดิ์รองจากจักรพรรดิ ดูคำอธิบายในตารางที่ 7 ข้างต้น บางตำราได้อธิบายว่าตำแหน่ง “เอเมร์” (Emir) อาจมีฐานะหรือลำดับศักดิ์รองจากพระราชาและสุลต่าน กล่าวคือ เป็นประมุขของรัฐเช่นเดียวกัน แต่มีฐานะเป็นเจ้าชายผู้ครองราชรัฐ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นจะต้องศึกษารูปแบบการปกครองของประเทศที่มีประมุขของรัฐในรูปแบบอื่น

(4) ประเทศที่มีราชรัฐ (Grand Duchy) เป็นประมุข

ปัจจุบันมีเพียงประเทศเดียว ได้แก่ ประเทศลักซัมเบิร์ก ซึ่งมี Henri, Grand Duke of Luxembourg เป็นประมุขผู้ครองราชรัฐ โดยมีอิสริยยศเป็นแกรนด์ดยุก (Grand Duke) หรือแกรนด์ดัชเชส (Grand Duchess) หมายถึงประมุขในรัฐระดับ

มณฑลซึ่งสืบรากมาจากอิสริยยศในสมัยโรมันโบราณ และจากตารางที่ 7 จะเห็นได้ว่า ตำแหน่งแกรนด์ดยุกมีฐานะรองจากจักรพรรดิและพระราชา แต่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าเจ้าชายผู้ครองนครหรือเจ้าชายผู้ครองราชรัฐ (Principality)

(5) ประเทศที่มีเจ้าชายผู้ครองราชรัฐ (Principality) เป็นประมุข

ปัจจุบันมีเพียง 3 ประเทศ ได้แก่ โมนาโก ลิกเตนสไตน์ และแอนดอร์ร่า เจ้าชายผู้ครองราชรัฐหมายถึงประมุขของรัฐขนาดเล็ก เป็นตำแหน่งประมุขของรัฐที่ปรากฏในอดีต และใช้อย่างแพร่หลายในช่วงยุคกลางของยุโรป โดยหมายถึงผู้ปกครองในรัฐต่างๆ ฉะนั้น หนังสือของ Niccolo Machiavelli เรื่อง “The Prince”[7] ซึ่งได้ศึกษาประวัติศาสตร์การปกครองในยุโรปก่อให้เกิดวลีอันโด่งดังว่า ผู้ปกครองจะต้องเป็นทั้งราชสีห์และสุนัขจิ้งจอก กล่าวคือ “ต้องเป็นผู้เข้มแข็งและเจ้าเล่ห์เพทุบาย” คำว่า “เจ้าชาย” ในผลงานของ Machiavelli จึงหมายถึงผู้ปกครองหรือประมุขแห่งรัฐ

(6) ประเทศที่มีพระสันตปาปา (Pope) เป็นประมุข

ปัจจุบันมีเพียงรัฐเดียวที่มีประมุขมาจากตำแหน่งทางศาสนา กล่าวคือ นครรัฐวาติกัน โดยมีพระสันตปาปาเป็นประมุข ดูตารางที่ 7 ซึ่งแสดงตำแหน่งประมุขของรัฐในลักษณะต่างๆ[8]

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจึงจำเป็นจะต้องคำนึงถึงลักษณะและลำดับศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ที่มีความคล้ายคลึงกับของประเทศไทย

4.2.2 การปกครองโดยพระมหากษัตริย์ของประเทศต่างๆ ทั่วโลก

ดังได้กล่าวข้างต้น ปัจจุบันมี 44 ประเทศทั่วโลก ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ซึ่งจากการศึกษาประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ที่ปรากฏในปัจจุบันทั่วโลกและจากตารางที่ 1 สามารถแบ่งกลุ่มประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ตามลักษณะทางภูมิศาสตร์ได้เป็น 5 กลุ่ม กล่าวคือ

(1) ระบอบกษัตริย์ของอังกฤษและกลุ่มประเทศในเครือจักรภพ

ระบอบกษัตริย์ของอังกฤษและกลุ่มประเทศในเครือจักรภพเป็นต้นแบบของการปกครองในระบอบกษัตริย์ในยุคสมัยใหม่ ปัจจุบันอังกฤษและประเทศใน

---

[7] Niccolo Machiavelli. 1532. **The Prince**. (reprinted by Vintage in 2009).

[8] นอกเหนือจากพระสันตปาปา ในอดีตตำแหน่งประมุขทางศาสนายังมีตำแหน่งกาหลิบซึ่งเป็นประมุขของศาสนาอิสลาม ดู Hugh Kennedy. 2016. **The Caliphate.** London: Pelican Book.

เครือจักรภพมีพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 (Queen Elizabeth II) เป็นประมุขของราชวงศ์อังกฤษและประเทศในเครือจักรภพรวม 16 ประเทศดังตารางที่ 1 ประเทศในเครือจักรภพมีความเป็นอิสระจากรัฐบาลอังกฤษ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการแยกตัวออกจากจักรวรรดิอังกฤษ (British Empire) แต่ยังคงให้มีกษัตริย์จากราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขของประเทศ ระบอบกษัตริย์ในอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพในปัจจุบันเป็นระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ หรือประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และอำนาจถูกจำกัดตามรัฐธรรมนูญ ประเด็นเรื่องระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญของอังกฤษจะได้กล่าวต่อไป

(2) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในยุโรป

ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในยุโรปปรากฏอีก 11 ประเทศ ดังตารางที่ 1 ได้แก่ ประเทศเบลเยี่ยม เดนมาร์ก ลักซัมเบอร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สเปน และสวีเดน ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) เช่นเดียวกับรูปแบบการปกครองของอังกฤษและเครือจักรภพ

สำหรับกษัตริย์ของประเทศเบลเยี่ยมมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากกลุ่มประเทศยุโรปข้างต้น กล่าวคือ เป็นราชาธิปไตยของปวงชน (Popular Monarchy) ซึ่งบรรดาศักดิ์ของพระมหากษัตริย์ยึดโยงกับอาณัติของประชาชนแทนรัฐ

สำหรับแอนดอร์ร่ามีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเช่นเดียวกัน แต่มีลักษณะเฉพาะที่ทำให้แตกต่างจากกลุ่มประเทศยุโรปที่มีกษัตริย์ กล่าวคือ ตำแหน่งประมุขของรัฐเป็นการดำรงตำแหน่งร่วม (Diarchy) หรือเป็นการดำรงตำแหน่งเจ้าชายราชรัฐแอนดอร์ร่าร่วมกัน (Co-Principality) ของประธาธิบดีฝรั่งเศส และ Bishop of Urgell ซึ่งเป็นประมุขโดยตำแหน่ง (Ex Officio)

สำหรับลิกเทนสไตน์ และโมนาโก แม้จะมีลักษณะการปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติ (De Facto) ประมุข (เจ้าชาย) ของทั้งสองประเทศมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 2003 ให้อำนาจประมุขของลิกเทนสไตน์ในการยับยั้งร่างกฎหมายใดๆ ที่ประมุขทรงมิได้เห็นชอบ ประมุขของลิกเทนสไตน์ยังมีอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกในรัฐบาลหรือปลดออกจากตำแหน่ง สำหรับกรณีโมนาโก ประมุขมีอำนาจในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน แต่ไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือปลดออกสมาชิกรัฐบาลในโมนาโก และสำหรับนครรัฐวาติกัน เป็นที่เข้าใจได้ว่ามีลักษณะแตกต่างจากการปกครองในระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศยุโรปอื่น

กล่าวคือ เป็นตำแหน่งประมุขของคริสตจักร และมีลักษณะแบบอำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Monarchy)

(3) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลาง

ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางปรากฏใน 7 ประเทศ ได้แก่ ประเทศบาเรนห์ จอร์แดน คูเวต โอมาน กาตาร์ ซาอุดิอาระเบีย และสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ โดยมีเพียง 2 ประเทศ ได้แก่ โอมานและซาอุดิอาระเบีย ที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy)

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ประเทศบาเรนห์ คูเวต และกาตาร์ กษัตริย์ยังคงมีอำนาจมาก ซึ่งส่งผลให้มีรูปแบบการปกครองแบบเบ็ดเสร็จ แม้ในปัจจุบันประเทศเหล่านี้จะมีการตรารัฐธรรมนูญให้ดูเหมือนว่ากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แต่ในความเป็นจริง สุลต่านหรือเอเมร์ (กษัตริย์) ทรงมีอำนาจล้นพ้นซึ่งกล่าวได้ว่ายังคงเป็นประเทศที่มีระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (De Facto Absolute Monarchy)

ดูเหมือนว่าในกลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์มีเพียงจอร์แดนประเทศเดียวที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศจอร์แดนจะได้กล่าวในบทที่ 8 ต่อไป

สำหรับสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ แม้จะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่การสืบราชสมบัติมีลักษณะแตกต่างจากประเทศไทย กล่าวคือ การดำรงตำแหน่งประมุขของสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์เป็นการเลือกกันเองของบรรดาเชื้อพระวงศ์ หรือโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) แตกต่างจากประเทศไทยที่สืบราชสมบัติโดยหลักสายเลือดตามกฎมณเฑียรบาลฯ กรณีการสืบราชสมบัติซึ่งเกี่ยวพันกับการศึกษาการนำประเพณีในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจะได้กล่าวต่อไป

(4) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในแอฟริกา

ปัจจุบันมี 3 ประเทศ ได้แก่ เลโซโท โมร็อกโก และสวาซิแลนด์ โดยสวาซิแลนด์ยังคงมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เพียงประเทศเดียวในทวีปแอฟริกา สำหรับโมร็อกโก ปัจจุบันอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านของการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยกษัตริย์ทรงคืนอำนาจการปกครองและบริหารประเทศให้เป็นของประชาชนและมีการตรารัฐธรรมนูญ ดูเหมือนว่าในกลุ่มประเทศแอฟริกาที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ประเทศโมร็อกโกมีความน่าสนใจที่ควรนำมาศึกษา

เปรียบเทียบในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญกับประเทศไทยซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 8 ต่อไป

(5) ระบอบกษัตริย์ของกลุ่มประเทศในเอเชียและแปซิฟิค

ปัจจุบันมี 7 ประเทศ ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ได้แก่ ภูฏาน บรูไน กัมพูชา ญี่ปุ่น มาเลเซีย และไทย (6 ประเทศ) และตองก้าอีก 1 ประเทศในแถบแปซิฟิค โดยทุกประเทศในกลุ่มนี้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขทุกประเทศ

สำหรับบรูไน แม้จะมีรัฐธรรมนูญ แต่ในทางปฏิบัติเป็นที่เข้าใจได้ว่า กษัตริย์แห่งบรูไนยังทรงมีอำนาจล้นพ้น โดยพระราชอำนาจของสุลต่านบรูไนได้ถูกรองรับในรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่า บรูไนยังคงมีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อยู่ในปัจจุบัน

มาเลเซียซึ่งเป็นประเทศสมาชิกอาเซียนเช่นเดียวกับประเทศไทย แม้มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่มีประเด็นเรื่องการสืบราชสมบัติของกษัตริย์มาเลเซียที่ส่งผลต่อหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย กล่าวคือ การสืบราชสมบัติของสุลต่าน (กษัตริย์) ในมาเลเซียมาจากการเลือกกันเองหรือโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) ของบรรดาสุลต่านที่เป็นเชื้อพระวงศ์ ลักษณะเดียวกับการสืบราชสมบัติของสหรัฐอาหรับเอมิเรตส์

สำหรับกัมพูชา แม้ระบอบการปกครองมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยอย่างใกล้ชิด สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะอิทธิพลเรื่องเทวราชาของอินเดียและขอม[9] ซึ่งส่งผลเรื่องที่มาและพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในประเทศทั้งสอง อย่างไรก็ตาม การสืบราชสมบัติของกษัตริย์กัมพูชามีลักษณะเป็นแบบการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) โดย Royal Council of the Throne ซึ่งคัดเลือกจากผู้ที่สืบเชื้อสายมาจากกษัตริย์แห่งกัมพูชา

สำหรับตองก้าแม้จะมีลักษณะการปกครองที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ระบอบการปกครองและระบบกฎหมายของตองก้ามิได้มีอิทธิพลต่อแนวความคิดในเรื่องรัฐธรรมนูญของไทย ฉะนั้น กล่าวได้ว่า กลุ่มประเทศในเอเชียและแปซิฟิคที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับ

---

[9] ดูปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559) ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของกัมพูชา. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** 45(4), หน้า 990-1016.

ประเทศไทย ได้แก่ ญี่ปุ่น และภูฏาน หลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะได้สรุปไว้ในส่วนต่อไป

4.2.3 รูปแบบของการปกครองในระบอบกษัตริย์

ถ้าจะแบ่งรูปแบบของการปกครองในระบอบกษัตริย์ในปัจจุบัน อาจแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ ประเทศที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งสองระบอบมีความแตกต่างกันซึ่งส่งผลต่อหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

(1) ระบอบสมบูรณาสิทธิราชย์ (Absolute Monarchy)

ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ เป็นรูปแบบการปกครองที่กษัตริย์มีสิทธิเด็ดขาดในการบริหารราชการแผ่นดิน การปกครองในระบอบดังกล่าวถือว่ากษัตริย์คือกฎหมาย โดยถือว่ากษัตริย์เป็นที่มาของอำนาจและอิสริยยศ ฉะนั้น กษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง รัฐธรรมนูญและกฎหมายใดๆ ในปัจจุบันมีเพียง 4 ประเทศ ได้แก่ โอมาน ซาอุดิอาระเบีย สวาซิแลนด์ และนครรัฐวาติกัน สำหรับบรูไน และกาตาร์ แม้จะมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแต่ในทางปฏิบัติกษัตริย์ของทั้งสองประเทศยังมีอำนาจบริบูรณ์เสมือนเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

(2) ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy)

ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) แตกต่างจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กล่าวคือ เป็นรูปแบบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ โดยกษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมืองแต่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ พระราชอำนาจของกษัตริย์ถูกจำกัดตามขอบเขตที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญก็ตาม ในปัจจุบันมี 40 ประเทศที่มีการปกครองในระบอบดังกล่าว รวมทั้งประเทศไทย

ดังได้กล่าวข้างต้น ประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในเรื่องการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ จำเป็นจะต้องเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

4.2.4 การสืบราชสมบัติ (Succession)

การสืบราชสมบัติของกษัตริย์ในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเพณีการปกครองและธรรมเนียมปฏิบัติ การสืบราชสมบัติของกษัตริย์สามารถแบ่งได้เป็น 2 แนวทางที่สำคัญ กล่าวคือ การสืบราชสมบัติตามหลักสายเลือด (Hereditary Monarchy) กับการสืบราชสมบัติโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy)

(1) การสืบราชสมบัติตามหลักสายเลือด (Hereditary Monarchy)

การสืบราชสมบัติตามหลักสายเลือด (Hereditary Monarchy) เป็นการสืบราชสมบัติตามกฎมณเฑียรบาลหรือตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยผู้ที่มีสิทธิในการสืบราชสมบัติจะต้องเป็นผู้ที่สืบสายเลือดมาจากกษัตริย์พระองค์ก่อน

ลำดับในการสืบราชสมบัติตามหลักอาวุโส เป็นกฎเกณฑ์หนึ่งที่ปรากฏในการสืบราชสมบัติ กล่าวคือ พระราชโอรสหรือพระราชธิดาพระองค์แรกของกษัตริย์เป็นผู้มีสิทธิในการขึ้นครองราชย์เป็นองค์แรก ซึ่งในอดีตลำดับอาวุโสจะนับเฉพาะพระราชโอรสเท่านั้นอันเป็นผลมาจาก Salic Law ของ Old Dutch หรือประเทศเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ยุคสมัยได้เปลี่ยนแปลงไป การสืบราชสมบัติในยุคสมัยใหม่ของกษัตริย์ต่างๆ พระราชธิดาสามารถสืบราชบัลลังก์ได้ดังกรณีที่ปรากฏในประเทศอังกฤษ หรือกรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์และสเปนที่มีการบัญญัติเรื่องการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีศึกษาของประเทศเนเธอร์แลนด์และสเปนเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติตามธรรมเนียม กฎมณเฑียรบาลและรัฐธรรมนูญมีความน่าสนใจที่สมควรจะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย ซึ่งกรณีศึกษาของทั้งสองประเทศจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 7 ต่อไป

สำหรับประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงกฎมณเฑียรเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติเป็นอีกประเทศที่มีความน่าสนใจและจะได้นำมาเป็นกรณีศึกษาเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติอันเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญซึ่งจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 9 ต่อไป

(2) การสืบราชสมบัติโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy)

การสืบราชสมบัติโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) มิได้เป็นการเลือกตั้งโดยประชาชน เหมือนกับการเลือกตั้งประธาธิบดีซึ่งมีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอน แต่เป็นกรณีที่บรรดาเชื้อพระวงศ์ได้เลือกกษัตริย์กันเองเป็นการภายใน โดยพิจารณาตามหลักสายเลือดและความอาวุโสของกษัตริย์ที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่า การสืบราชสมบัติโดยการเลือกกันเองหรือโดยการเลือกตั้งปรากฏใน 3 ประเทศ ได้แก่ มาเลเซีย สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ และกัมพูชาดังได้กล่าวข้างต้น

4.2.5 สรุปหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทย

จากลักษณะและรูปแบบการปกครองในระบอบกษัตริย์ดังกล่าวข้างต้น สรุปหลักเกณฑ์และเหตุผลการคัดเลือกประเทศที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญได้ดังนี้

ประการแรก ประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) โดยประเทศที่มีการปกครองในระบอบดังกล่าวมี 40 ประเทศรวมทั้งประเทศไทย จะเห็นได้ว่า ประเทศที่มีการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ 4 ประเทศ ได้แก่ โอมานสวาซิแลนด์ ซาอุดิอาระเบีย และนครรัฐวาติกัน ไม่สามารถนำมาเทียบเคียงเป็นกรณีศึกษาของประเทศไทยได้ และสำหรับประเทศที่มีลักษณะการปกครองยังเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในทางปฏิบัติอย่างบรูไน บาเรนห์ และกาตาร์จึงไม่สามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยได้ จึงเหลือ 37 ประเทศ ที่สามารถนำมาศึกษาวิเคราะห์เทียบเคียงกับประเทศไทยได้

ประการที่สอง การคัดเลือกประเทศกลุ่มตัวอย่างที่สามารถเทียบเคียงกับประเทศไทยจำเป็นต้องมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย ฉะนั้น จาก 37 ประเทศข้างต้น ประเทศตัวอย่างที่สามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงกับประเทศไทยได้จึงจำกัดเฉพาะประเทศที่มีจักรพรรดิ หรือพระราชา หรือเทียบเท่าจึงเหลือ 31 ประเทศ ได้แก่ อังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ (รวม 16 ประเทศ) ประเทศในยุโรป 5 ประเทศ (เดนมาร์ก เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ สเปนและสวีเดน) ประเทศอิสลามในตะวันออกกลาง 2 ประเทศ (จอร์แดน และสหรัฐอาหรับเอมิเรสต์) ประเทศที่มีกษัตริย์ในทวีปแอฟริกา 2 ประเทศ (เลโซโทและโมร็อกโก) และอีก 6 ประเทศในทวีปเอเชียและแปซิฟิค ซึ่งรวมประเทศไทย

ประการที่สาม จาก 31 ประเทศที่สามารถนำมาศึกษาเทียบเคียงกับประเทศไทยได้มี 3 ประเทศ ได้แก่ มาเลเซีย สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ และกัมพูชา ที่มีรูปแบบการสืบราชสมบัติที่แตกต่างจากประเทศไทย โดยเป็นการสืบราชสมบัติโดยการเลือกตั้ง (Elective Monarchy) ฉะนั้น การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาต้องมีกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการสืบราชสมบัติที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศไทย ฉะนั้น ประเทศที่นำมาเป็นกรณีศึกษาได้จึงเหลือ 28 ประเทศ

ประการที่สี่ จาก 28 ประเทศที่สามารถเป็นกรณีศึกษาสำหรับประเทศไทยได้ในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ การคัดเลือกประเทศที่จะนำมาศึกษาในบทต่อไปยัง

คำนึงถึงการกระจายตัวตามภูมิภาค หรือ “ภูมิรัฐศาสตร์” (Geo-Politics) ของกลุ่มตัวอย่างที่นำมาศึกษา และอิทธิพลของระบบกฎหมายของประเทศที่จะนำมาศึกษาที่มีต่อประเทศไทย ฉะนั้น จาก 28 ประเทศข้างต้นสรุปประเทศที่นำมาศึกษาเป็นกรณีตัวอย่างและเปรียบเทียบกับประเทศไทยได้ 8 ประเทศ โดยแบ่งตามกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ประเทศอังกฤษและประเทศในเครือจักรภพหนึ่งประเทศ โดยคัดเลือกประเทศออสเตรเลียซึ่งเคยมีกรณีตัวอย่างประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจ กรณีศึกษาของประเทศอังกฤษและออสเตรเลียจะได้กล่าวในบทที่ 5 และ 6 ต่อไป

กลุ่มที่ 2 ประเทศยุโรปที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยคัดเลือกประเทศเนเธอร์แลนด์และสเปน ซึ่งเป็นสองประเทศที่มีการกล่าวถึงเรื่องการสืบราชสมบัติและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีศึกษาของทั้งสองประเทศจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 7 ต่อไป

กลุ่มที่ 3 ประเทศอิสลามที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยคัดเลือกจอร์แดนประเทศในตะวันออกกลาง และโมร็อกโกประเทศในทวีปแอฟริกา ทั้งสองประเทศอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบการปกครองประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กษัตริย์ทรงคืนอำนาจให้แก่ประชาชนในการบริหารประเทศ จึงมีกรณีศึกษาที่น่าสนใจและจะได้กล่าวในบทที่ 8 ต่อไป

กลุ่มที่ 4 ซึ่งเป็นกลุ่มสุดท้าย ศึกษาประเทศเอเชียที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ โดยได้คัดเลือกประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมักถูกนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยเมื่อกล่าวถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ และประเทศภูฏาน ประเทศที่ระบอบประชาธิปไตยกำลังเติบโต กรณีศึกษาของทั้งสองประเทศจะได้กล่าวไว้ในบทที่ 9 ของรายงานวิจัยต่อไป

4.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ก่อนเข้าสู่การวิเคราะห์กรณีศึกษาของต่างประเทศในบทต่อไป มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกล่าวถึงลักษณะโดยทั่วไปของประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) และสภาพบังคับของประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ความเข้าใจโดยทั่วไปเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญถือว่าประเพณีไม่เป็นกฎหมายและไม่สามารถบังคับในศาลได้ เนื่องจากศาลต้องถือเอาบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรในการปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดี ฉะนั้น ไม่ว่าประเพณีจะมีคุณค่าหรือได้รับการยอมรับมากน้อยเพียงใด ตราบใดที่ยังไม่ตกผลึกเป็นกฎหมาย

ลายลักษณ์อักษรก็ไม่สามารถบังคับใช้ในศาลได้[10] มุมมองดังกล่าวเป็นการพิจารณาประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเชิงนิติศาสตร์ ซึ่งกรณีนี้นักรัฐศาสตร์ให้ความเห็นว่าการอภิปรายประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเชิงนิติศาสตร์จะทำให้ลักษณะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความหมายแคบจนเกินไป นักรัฐศาสตร์มองว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความสำคัญยิ่งกว่ากฎหมายหรือกฎระเบียบที่เป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากเป็นตัวกำหนดรูปแบบและการทำงานของสถาบันการเมือง รวมถึงเป็นกลไกขับเคลื่อนให้บังเกิดผลในทางภาคปฏิบัติ ประเพณีจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นก่อนกฎหมายและรอการตกผลึกเป็นให้กฎหมายลายลักษณ์อักษร[11] กล่าวได้ว่า การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องพิจารณามุมมองทางนิติศาสตร์ (Legal Approach) และมุมมองทางรัฐศาสตร์ (Political Approach)

ดังได้กล่าวข้างต้น A.V. Dicey ปรมาจารย์ด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของโลกเป็นนักวิชาการท่านแรกๆ ที่ให้ความสำคัญประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในผลงานเรื่อง *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. 1883[12] และมีการปรับปรุงแก้ไขอีกหลายครั้ง ผลงานของ Dicey ส่งผลต่อการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ และแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญในอังกฤษและเครือจักรภพเป็นอย่างมาก[13] โดย Dicey ได้ศึกษาและถอดบทเรียนมาจากระบอบการปกครองของอังกฤษและรัฐในเครือจักรภพ หรือที่เรียกว่า “Westminster System” และกล่าวว่าพื้นฐานสำคัญของระบอบการปกครองแบบ Westminster System ประกอบด้วยหลักการที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่

(1) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty)

(2) หลักนิติธรรม (Rule of Law)

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)

จากหลักการทั้ง 3 ข้างต้น Dicey ให้ความสำคัญกับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาและหลักนิติธรรม มากกว่าเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

---

[10] A.V. Dicey. (1883). **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** Reprinted in 1915, 8th edition. London: Macmillan.

[11] Brian Galligan and Scott Brenton. Constitutional Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** New York: Cambridge University Press, 10, at 10-11.

[12] A.V. Dicey. (1883). **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** Reprinted in 1915, 8th edition. London: Macmillan.

[13] Geoffrey Marshall. 1984. **Constitutional Conventions**. Oxford: Clarendon Press.

เนื่องจาก Dicey ถือว่าอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติมีที่มาจากประชาชน กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงถือเป็นฉันทามติของประชาชน ฉะนั้น การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารและการตัดสินคดีความของผู้พิพากษา (ฝ่ายตุลาการ) จึงต้องอยู่ภายใต้กรอบและขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้วางไว้ตามหลักนิติธรรม สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ Dicey ให้ข้อสังเกตว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจแยกเป็นประเภทได้เป็น 2 ส่วนสำคัญ กล่าวคือ

ประการแรก ประเพณี ระเบียบแบบแผน หรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมาและยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและผู้ปฏิบัติมีความรู้สึกว่าผูกพันที่จะต้องประพฤติปฏิบัติตาม Dicey เรียกประเพณีทางรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ว่า “Mere Conventions”

ประการที่สอง ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กลายเป็นกฎหมาย หรือประเพณีที่ถูกบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร กรณีนี้ Dicey นิยามว่าเป็น “Enacted Conventions”[14]

ฉะนั้น แม้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมายตามมุมมองเชิงนิติศาสตร์ของ Dicey แต่ในความเป็นจริง ระเบียบแบบแผนหรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับ หรือ “Mere Conventions” ส่งผลให้สถาบันทางการเมืองและบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับให้ต้องประพฤติปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตาม Dicey มิได้ให้รายละเอียดว่าหากสถาบันทางการเมืองหรือบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ดังกล่าวไม่ประพฤติปฏิบัติตามประเพณีที่ยึดถือกันมาจะเกิดผลอย่างไร อาจกล่าวได้ว่า การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความจำเป็นต้องพิจารณาในมุมมองทางรัฐศาสตร์

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเชิงรัฐศาสตร์ให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในภาพรวมของระบอบการปกครอง และบทบาทของประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีต่อสถาบันทางการเมืองและบุคคลที่อยู่ภายใต้สถาบันดังกล่าว ได้แก่ รัฐบาล (Government) และประชาชน (Citizens)[15] การดำเนินงานของรัฐและการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันทางการเมืองอาศัยระเบียบแบบแผน ธรรมเนียม

---

[14] A.V. Dicey. (1883). **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** Reprinted in 1915, 8th edition. London: Macmillan, at lxxvi.

[15] Brian Galligan and Scott Brenton. Constitutional Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** New York: Cambridge University Press, 10, at 15-17.

ปฏิบัติ หรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ประพฤติปฏิบัติกันมา[16] ฉะนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษและเครือจักรภพ อาทิ แคนาดา ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ จึงประกอบด้วย 2 ส่วนที่สำคัญ ได้แก่ ส่วนที่เป็นกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร และส่วนที่เป็นระเบียบแบบแผนหรือประเพณีซึ่งจะต้องมีการประพฤติปฏิบัติที่สม่ำเสมอ เกิดขึ้นจากการปฏิบัติของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบแบบแผนนั้นเอง และผู้ที่ประพฤติปฏิบัติมีความสำนึกว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม กฎหมายและประเพณี (Law and Conventions) จึงทำงานควบคู่กันไป การฝ่าฝืนประเพณีหรือธรรมเนียมที่ประพฤติปฏิบัติกันมาจึงก่อให้เกิดแรงกระเพื่อมทางการเมือง และนำไปสู่การพัฒนาประเพณีให้กลายเป็นลายลักษณ์อักษร

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทที่สำคัญ โดยแต่ละประเภทมีความสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมืองอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ประเพณีที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์และความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับสถาบันการเมืองโดยเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติ ประเพณีที่เป็น “Core Conventions” ปรากฏกรณีตัวอย่างในประเทศอังกฤษและกลุ่มประเทศในเครือจักรภพซึ่งได้รับอิทธิพลแนวความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญมาจากอังกฤษ อาทิ นิวซีแลนด์ ในปี ค.ศ. 1910 แคนาดาในปี ค.ศ. 2008 และออสเตรเลียในปีค.ศ. 1975 ปี ค.ศ. 2008 และ ปีค.ศ. 2013 อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้เกี่ยวพันกับการใช้พระราชอำนาจของประมุขแห่งรัฐ (Executive Conventions)

ประเพณีที่เป็นจารีตทางรัฐธรรมนูญ (Customary Conventions) และประเพณีที่เป็นกระบวนการทางธุรการ (Administrative Conventions) ซึ่งเกี่ยวพันกับกระบวนการในการบัญญัติกฎหมาย การบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร และรวมทั้งความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรี บทบาทของรัฐบาลรักษาการ ประเพณีทั้งสองประเภทดังกล่าว เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหาร (Cabinet Conventions) และประเพณีทางรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ (Parliament Conventions)

---

[16] ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจเปรียบเทียบได้กับ “Soft Law” ในกฎหมายระหว่างประเทศแต่มีสภาพบังคับยิ่งกว่า “Hard Law”.

4.4 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงการปกครองในระบอบกษัตริย์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และศึกษาแนวคิดที่เกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมืองใน 3 ประเด็นที่สำคัญ กล่าวคือ

ประการแรก ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐ (Executive Conventions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับประเพณีการสืบราชสมบัติ การใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน เป็นต้น

ประการที่สอง ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับฝ่ายบริหาร (Cabinet Conventions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินและความรับผิดของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น และ

ประการสุดท้าย ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติ (Parliament Conventions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการบัญญัติกฎหมาย เป็นต้น

การศึกษาหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญนำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องศึกษาตัวอย่างและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้น ฉะนั้น ในบทต่อๆ ไปของรายงานวิจัยฉบับนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญที่เคยเกิดขึ้น โดยศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษเป็นประเทศแรก

บทที่ 5
ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ : บ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

5.1 ภูมิหลัง

อังกฤษซึ่งถือเป็นต้นแบบของระบบรัฐสภา (Parliamentary system)[1] มีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์อันยาวนาน สมัยจูเลียส ซีซ่าร์ (Julius Caesar) (54 ปีก่อนคริสตกาล) จักรพรรดิผู้ยิ่งใหญ่ของโรมันพยายามพิชิตอังกฤษแต่ไม่เป็นผลสำเร็จ[2] จนกระทั่งในปี ค.ศ. 43 คลอดิอุส (Claudius) จักรพรรดิแห่งโรมันครอบครองเกาะอังกฤษได้เป็นผลสำเร็จ ทรงได้สร้างเมืองริมแม่น้ำเทมส์ (Thames River) ที่เมืองลอนดีนีอุม (Londinium) ปัจจุบันคือกรุงลอนดอน เมืองหลวงของประเทศอังกฤษในยุคสมัยนี้อังกฤษถูกเรียกว่า “บริตัน” (Briton)[3]

ภายหลังการล่มสลายของอาณาจักรโรมันในคริสต์วรรษที่ 5 อังกฤษต้องป้องกันตัวเองจากกลุ่ม อนารยชนชาวเยอรมันประกอบด้วยชนเผ่า Angles, Saxons และ Jutes หรือกลุ่มแองโกล-แซกซอน (Anglo-Saxon) ซึ่งได้รุกรานและตั้งรกรากในทางตอนใต้ของเกาะอังกฤษ[4] และในปี ค.ศ. 1066 วิลเลี่ยมแห่งนอร์ม็องดี (William of Normandy) ได้รวบรวมและสถาปนาประเทศที่เป็นเกาะอังกฤษทุกวันนี้ ชาวอังกฤษในปัจจุบันจึงมีเชื้อสายเดียวกับชาวเยอรมัน ฉะนั้น เมื่อตอนสงครามโลกครั้งที่ 2 ฮิตเลอร์ (Hitler) จึงได้ปล่อยทหารอังกฤษซึ่งถูกกองทัพนาซีเยอรมันตีต้อนไปเพราะเชื่อว่าชาวอังกฤษและชาวเยอรมันมีสายเลือดเดียวกัน โดยเป็นเผ่าพันธุ์มนุษย์ชั้นสูง[5]

---

[1] R.A.W. Rhodes, John Wanna and Patrick Weller. 2015. **Comparing Westminster.** Oxford: Oxford University Press.

[2] ดูคำอธิบายใน Peter Salway. 1986. **A History of Roman Britain.** Oxford: Oxford University Press.

[3] ดูบทวิเคราะห์ใน Leonard Cottrell. 1962. **The Great Invasion.** New York: Coward-McCann.

[4] Geoffrey Hindley. 2006. **A Brief History of the Anglo-Saxons.** London: Robinson.

[5] ความเชื่อดังกล่าวปรากฏในการจัดตั้งกองทุน “Rhodes Scholarships” เพื่อศึกษาที่มหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ด (University of Oxford) ประเทศอังกฤษ ซึ่งมอบให้เฉพาะชาวอังกฤษ ชาวอเมริกันและชาวเยอรมัน เพราะเชื่อว่าทั้งสามชนชาติมีความใกล้เคียงกันทางสายเลือด เป็นชาติมหาอำนาจที่จะก่อให้เกิดสันติสุขของโลก ผู้ที่ได้รับทุนดังกล่าว (Rhodes Scholars) อาทิ Bill Clinton, Tony Abbott และ Malcolm Turnbull เป็นต้น.

วิลเลี่ยมแห่งนอร์ม็องดีหรือต่อมาคือ พระเจ้าวิลเลี่ยมผู้พิชิต (William the Conqueror) กษัตริย์ผู้ยิ่งใหญ่ของอังกฤษได้นำระบบกฎหมายแบบ Anglo-Saxon หรือระบบ Common Law ในปัจจุบัน[6] ระบบ Anglo-Saxon ยึดถือประเพณีดั้งเดิมของชาวนอร์แมน (Norman) มาใช้ในการปกครองและระบบกฎหมายซึ่งกษัตริย์เป็นที่มาของอำนาจ คำพูดของกษัตริย์จึงถือเป็นกฎหมายสืบทอดเป็นประเพณีเรื่อยมา[7] ในบางยุคบางสมัย กษัตริย์บางพระองค์ก็ใช้อำนาจตามทำนองคลองธรรม แต่บางยุคบางสมัยกษัตริย์ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และในที่สุดจนถึงสมัยพระเจ้าจอห์น (John, King of England) (ค.ศ. 1199–1216) ทรงถือพระองค์เป็นเทวสิทธิลุ่มหลงในอำนาจและสร้างความเดือดร้อนให้แก่ข้าราชบริพารและประชาชน ขุนนางและประชาชนได้ลุกขึ้นจับอาวุธบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงพระนามาภิไธยในเอกสารชิ้นประวัติศาสตร์ของโลกเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของผู้อยู่ภายใต้การปกครองตามที่ปรากฏในมหาบัตร Magna Carta[8] กล่าวได้ว่า อังกฤษเป็นประเทศแรกที่มีการนำเอาแนวคิดในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (กษัตริย์) หรือแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาใช้ในการปกครอง[9] บทนี้กล่าวถึงระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของอังกฤษซึ่งเป็นบ่อเกิดของการนำประเพณีมาใช้ในการปกครองและรัฐธรรมนูญ

5.2 ลักษณะของระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของอังกฤษสามารถศึกษาได้จากการเปลี่ยนแปลงการปกครองและการปฏิวัติในอังกฤษ แนวคิดเรื่องการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (กษัตริย์) และรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจซึ่งส่งผลต่อการจัดรูปแบบการปกครองของอังกฤษ

---

[6] ดู Hubert Hall. 1908. **The Anglo-Saxon Charters.** Cambridge: Cambridge University Press; Patrick Wormald. Charters. 1992. Law and the Settlement of Disputes in Anglo-Saxon England. In Wendy Davis and Paul Fouracre (eds). **The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe.** Cambridge: Cambridge University Press, pp. 149-168.

[7] ดูบทวิเคราะห์ใน Gale R. Owen-Crocker (ed). **Kingship, Legislation and Power in Anglo-Saxon England.** Cambridge: Cambridge University Press.

[8] J.C. Holt. 2015. **Magna Carta.** Cambridge: Cambridge University Press, at 33.

[9] James Melton and Robert Hazell. 2015. Magna Carta ... Holy Grail?. In Robert Hazell and James Melton (eds). **Magna Carta and Its Modern Legacy.** Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3-22.

5.2.1 การเปลี่ยนแปลงการปกครองและการปฏิวัติในอังกฤษ

อังกฤษมีความเคลื่อนไหวที่จะจำกัดอำนาจของกษัตริย์มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1213 ในสมัยพระเจ้าจอห์น (John, King of England) (ค.ศ. 1199–1216) ซึ่งเป็นกษัตริย์ที่ลุ่มหลงในอำนาจชอบการสงครามและต้องการเงินจำนวนมากเพื่อใช้ในสงคราม ทรงใช้วิธีเรียกเก็บภาษีจากประชาชน ผู้ใดขัดขวางก็จะใช้วิธีรุนแรงบังคับก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชน[10] ช่วงที่พระองค์กำลังทำสงครามกับฝรั่งเศส ขุนนางชั้นบารอน (Barons) อัศวินและชาวเมืองได้มาประชุมกันครั้งใหญ่ 2 ครั้ง เพื่ออภิปรายถึงความเดือดร้อนของตน ผู้นำฝ่ายพระได้นำกฎบัตรให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนของพระเจ้าเฮนรี่ที่ 1 (ค.ศ. 1100 – 1135) ซึ่งทุกคนลืมเลือนไปนานแล้วเสนอต่อที่ประชุม ผู้นำฝ่ายพระกับผู้นำฝ่ายขุนนางได้ถือกฎบัตรดังกล่าวเป็นหลักร่างคำร้องของที่ประชุมขึ้นครั้งแรก พระเจ้าจอห์นทรงปฏิเสธแต่กองทัพอันเกรียงไกรของอัศวินสองพันคนซึ่งเรียกว่า “กองทัพของพระเจ้าและวัดศักดิ์สิทธิ์” (The Army of God and Holy Church) ที่มีชาวลอนดอนสนับสนุนได้รวมกำลังกันต่อต้านพระเจ้าจอห์น และในวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 ณ ท้องทุ่งรันนีมีด (Runnymede) ริมฝั่งแม่น้ำเทมส์ (River Thames) บรรดาขุนนางได้จับอาวุธบังคับให้พระเจ้าจอห์นจำต้องลงพระนามาภิไธยในเอกสารชิ้นประวัติศาสตร์ของโลก Magna Carta ซึ่งเป็นมหาบัตรที่อ้างว่าเพื่อระบุเสรีภาพดั้งเดิมของชาวอังกฤษ และมิได้มีการจัดทำขึ้นใหม่ มหาบัตรดังกล่าวเป็นกฎหมายของประเทศที่อยู่เหนือเจตจำนงของกษัตริย์[11] ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ภายใต้การปกครองและสิทธิเสรีภาพของประชาชน[12]

---

[10] Ibid, at 4 (arguing that “[T]here are two accounts of the making of Magna Carta. Traditionally, the story of Magna Carta paints King John as a tyrant who oppressed his people and deserved the insurrection that led to the Charter. This is the account told by Sir Edward Coke in his many writing, including the *Petition of Rights* (1628) and the second volume of the *Institutes of the Lawes and England.* In these works, Coke used Magna Carta in his fight against King Charles I to argue that the Great Charter served as a repository of ancient common law rights that all English monarchs must respect. Coke was essentially drawing a parallel between his own dispute with King Charles I and the dispute between King John and his barons in 1215, so it is little wonder that he describes Magna Carta as a victory for the righteous barons over the tyrannical King John).

[11] J.C. Holt. 2015. **Magna Carta.** Cambridge: Cambridge University Press, at 10; and Edward Miller. (1962). The Background of Magna Carta. Past and Present. 23(1), 72-83.

[12] John Baker. 2017. **The Reinvention of Magna Carta 1216-1616.** Cambridge: Cambridge University Press, at xxxix-l; and J.C. Holt. 2015. Magna Carta. Cambridge: Cambridge University Press, at 1.

มหาบัตรได้กลายเป็นมาตรฐานของเสรีภาพสำหรับประชาชาติต่างๆ และในระยะเวลาสองร้อยปีต่อมากษัตริย์อังกฤษจำต้องยอมยืนยันมหาบัตรนี้ถึง 38 ครั้ง[13] หลังจากการลดพระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษโดยมหาบัตร ในปลายศตวรรษที่ 15 อำนาจของกษัตริย์ได้กลับเข้มแข็งอีกในสมัยราชวงศ์ทิวดอร์ (Tudor) ซึ่งปกครองอังกฤษในช่วง ค.ศ. 1485–1603 พระเจ้าเฮนรี่ที่ 7 และ 8 พระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 1 ได้ดึงอำนาจไปจากรัฐสภา จนกระทั่งมีลักษณะการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์อีกครั้งหนึ่ง

ราชวงศ์ทิวดอร์ปกครองอังกฤษ จนกระทั่งพระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 1 สวรรคต ราชวงศ์สจ๊วตเป็นผู้ปกครองอังกฤษเป็นลำดับต่อมา (ค.ศ. 1603–1646) และเริ่มมีความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภานับแต่พระเจ้าเจมส์ที่ 1 ขึ้นเป็นกษัตริย์องค์แรกของราชวงศ์สจ๊วต พระเจ้าเจมส์ที่ 1 (James I of England) (ค.ศ. 1603–1623) ทรงเป็นกษัตริย์อำนาจนิยมที่ย้ำถึงอำนาจอันศักดิ์สิทธิ์ของพระองค์ (Divine Rights of King)[14] ฝ่ายรัฐสภาโดยเฉพาะสภาสามัญคัดค้านอำนาจของกษัตริย์อย่างเต็มที่และเรียกร้องให้กษัตริย์เคารพสิทธิและเสรีภาพของสมาชิกสามัญ แต่กษัตริย์เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพจะพึงมีได้ขึ้นอยู่กับพระองค์ จึงทรงปฏิเสธ สภาสามัญตอบโต้ด้วยการไม่อนุมัติงบประมาณรายจ่าย และถวายฎีกาในปี ค.ศ. 1610 ไว้ว่า

> ในบรรดาความสุขสบายทั้งหลายทั้งปวงที่ท่านมีอยู่ กษัตริย์และพระราชินีของบ้านเมืองนี้ ไม่มีอำนาจใดเหนือไปกว่า *หลักกฎหมาย* ...
> (Amongst many other points of happiness and freedom which your majesty's subject of this kingdom have enjoyed under your royal progenitors, kings and queens of this realm, there is none which they have accounted more dear and precious than this, to be guided and governed by the certain rule of law which giveth to the head and members that which of right belongeth to them, and not by any certain or arbitrary form of government ...)

พระเจ้าเจมส์ที่ 1 ไม่สนพระทัย ทรงเรียกเก็บภาษีจากประชาชนโดยพลการ เมื่อสภาคัดค้านก็ถูกยุบและจับกุมขังสมาชิกสภาคนสำคัญๆ ภายหลังพระเจ้าเจมส์ที่ 1

---

[13] John Baker. 2017. **The Reinvention of Magna Carta 1216-1616.** Cambridge: Cambridge University Press, at 1-46.

[14] Johann P. Sommerville (ed). 1994. **King James VI and I – Political Writings.** Cambridge: Cambridge University Press, at xxxiii.

สวรรคต พระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 (Charles I of England) (ค.ศ. 1623–1649) ได้ครองราชย์แทนพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 1 ทรงพิพาทกับรัฐสภาหลายครั้ง แต่เนื่องจากทรงต้องการเงินเพื่อใช้ในสงคราม ในปี ค.ศ. 1646 รัฐสภาจึงขอให้พระเจ้าชาร์สที่ 1 ลงพระนามาภิไธยในกฎหมายที่เรียกว่า "Petition of Rights" หรือคำขอสิทธิซึ่งมีสาระสำคัญจำกัดอำนาจกษัตริย์หลายประการ[15]

หลังจากนั้นอีกประมาณ 30 ปีเศษ ในสมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 2 พระองค์ต้องการปกครองอังกฤษด้วยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ตามแบบเดิมและต้องการให้อังกฤษกลับไปเป็นคาธอลิค (Catholic) ก่อให้เกิดความไม่พอใจในหมู่ประชาชนเป็นอย่างมาก ในปี ค.ศ. 1688 ขุนนางและสามัญชนอังกฤษได้ร่วมกันจัดตั้งกองกำลังปฏิวัติต่อสู้กับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ในที่สุดพระเจ้าเจมส์ที่ 2 หนีออกจากอังกฤษทรงทิ้งตราแผ่นดินลงแม่น้ำเทมส์ รัฐสภาได้เชิญพระเจ้าวิลเลี่ยมที่ 3 จากเนเธอร์แลนด์มาเสวยราชย์โดยทรงเป็นกษัตริย์ร่วมกับพระนางแมรี่ (William and Mary) ซึ่งเป็นพระราชธิดาของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 และออกกฎหมายฉบับหนึ่งซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพประชาชน (Bill of Rights of 1689)[16] พระเจ้าวิลเลี่ยมและพระนางแมรี่ทรงยอมผูกพันพระองค์กับรัฐสภาว่าจะไม่ทำการล่วงสิทธิประชาชนและสมาชิกรัฐสภา การปฏิวัติในปี ค.ศ. 1689 เรียกว่า "การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์" (Glorious Revolution) และกล่าวได้ว่าเป็นการสิ้นสุดระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ในอังกฤษ

5.2.2 รัฐธรรมนูญของอังกฤษ

อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) รัฐธรรมนูญของอังกฤษเกิดจากหลักการและเอกสารหลายๆ ฉบับที่จัดทำขึ้นในช่วงการเปลี่ยนแปลงการปกครองและการปฏิวัติ

เอกสารที่มีความสำคัญในเรื่องพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษลำดับแรกคือ มหาบัตร Magna Carta 1215[17] เป็นเอกสารฉบับแรกของโลกที่มีลักษณะเป็นการจำกัดอำนาจของชนชั้นผู้ปกครอง (กษัตริย์) เพื่อมิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยให้อยู่ภายใต้หลักการของกฎหมายที่เรียกว่า "Rule of Law" และความ

---

[15] A.W. Ward, G.W. Prothero and Stanley Leathes (eds). 1628. **The Cambridge Modern History.** Cambridge: Cambridge University Press, at 270.

[16] Aileen McHarg. 2015. Rights and Democracy in UK Public Law. In Mark Elliott and David Feldman (eds). **The Cambridge Companion to Public Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 116-134, at 132.

[17] *Magna Carta* (1215) (England).

ยินยอมของประชาชนผ่านขุนนางในสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) มหาบัตร Magna Carta มีบทบัญญัติที่ป้องกันการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและขาดทำนองคลองธรรมของกษัตริย์ โดยให้ขุนนางมีอำนาจตั้งสภาประกอบด้วยสมาชิก 25 คน เพื่อพิจารณาการกระทำของกษัตริย์ ฉะนั้น บทบัญญัติบางมาตรา อาทิ มาตรา 39 และมาตรา 40 จึงให้อำนาจสภาขุนนาง ใช้กำลังอาวุธได้ในกรณีที่กษัตริย์ไม่ทรงยินยอมปฏิบัติตามมหาบัตร มาตรา 39 และ 40 บัญญัติว่า

> **มาตรา 39** ไม่มีบุคคลผู้ใดที่จะถูกจองจำหรือถูกขุมขัง หรือถูกริบเอกสิทธิ์หรือทรัพย์สิน หรือถูกกำหนดว่าผิดกฎหมาย หรือถูกเนรเทศ หรือการกระทำใดๆ โดยไม่ชอบธรรมตามกฎหมายของบ้านเมือง และขุนนางมีสิทธิใช้กำลังอาวุธเพื่อตอบโต้การกระทำที่ไม่ชอบธรรม (ของกษัตริย์) ได้
>
> (Art. 39 No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land)
>
> **มาตรา 40** ไม่มีบุคคลผู้ใดที่จะถูกปฏิเสธสิทธิในความยุติธรรมได้
>
> (Art. 40 To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice)[18]

มหาบัตร Magna Carta ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ให้ทรงอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย มหาบัตร Magna Carta จึงถือว่าเป็นเอกสารฉบับแรกที่ให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน นักกฎหมายต่างลงความเห็นว่ามหาบัตร Magna Carta ของอังกฤษเป็นบ่อเกิดของรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบัน[19]

---

[18] British Library, 'English Translation of Magna Carta', available at <http://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation> มหาบัตร Magna Carta เขียนเป็นภาษาละติน มาตรา 39 และ 40 คือมาตรา 29 ภายใต้ Magna Carta ฉบับปี 1215 แต่ British Library นำมาแปลเป็น 2 บทบัญญัติในมาตรา 39 และ 40.

[19] James Melton and Robert Hazell. 2015. Magna Carta ... Holy Grail?. In Robert Hazell and James Melton (eds). **Magna Carta and Its Modern Legacy.** Cambridge: Cambridge University Press, pp. 3, at 8 (arguing that '[T]he world is poised to celebrate the 800th anniversary of Magna Carta in 2015. One reason for such a celebration is the Great Charter's influence. [...] Magna Carta has influenced constitutional thinking worldwide including France, Germany, Japan, the United States and India as well as many Commonwealth countries, and throughout Latin America and Africa').

เอกสารอีกฉบับคือ Petition of Rights 1628[20] หรือคำขอสิทธิซึ่งเกิดขึ้นในสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (King Charles I) มีสาระสำคัญจำกัดอำนาจกษัตริย์หลายประการ อาทิ

> **มาตรา 1** บุคคลผู้ใดจะถูกบังคับให้ชำระเป็นเงิน หรือให้ชำระเป็นภาษีแก่กษัตริย์มิได้ นอกจากจะได้รับอนุมัติเป็นกฎหมายโดยรัฐสภา
>
> **มาตรา 2** บุคคลจะถูกจำคุกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้ แม้จะเป็นคำสั่งของกษัตริย์ก็ตาม

ในปี ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้อัญเชิญพระเจ้าวิลเลี่ยมขึ้นครองราชย์ร่วมกับพระนางแมรี่ (Joint-Sovereign) พระเจ้าวิลเลี่ยมและพระนางแมรี่ทรงยอมผูกพันพระองค์กับรัฐสภาภายใต้พระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพประชาชน ค.ศ.1689 (Bill of Rights 1689)[21] ว่าจะไม่ทำการล่วงสิทธิประชาชนและสมาชิกรัฐสภา พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และสิทธิพลเมือง[22] ด้วยการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากนักปรัชญาหลายท่านโดยเฉพาะ John Locke ซึ่งเป็นช่วงที่ความคิดของ Locke ในเรื่องอำนาจของผู้ปกครองควรมีขอบเขตจำกัดกำลังเป็นที่นิยม แนวความคิดของ Locke มีอิทธิพลเป็นอย่างมากต่อการร่าง Bill of Rights ของสหรัฐอเมริกาในระยะต่อมา[23] พระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้สิทธิแก่รัฐสภา อาทิ การเรียกประชุมสภาอย่างสม่ำเสมอ ข้อกำหนดเรื่องการเลือกตั้งที่เป็นธรรม และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของสมาชิกรัฐสภาในการประชุม เป็นต้น

พระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพประชาชนภายใต้ Bill of Rights 1689 เป็นเอกสารสำคัญอีกฉบับที่วางรากฐานหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษมีศักดิ์และสิทธิเทียบเท่ามหาบัตร Magna Carta และคำขอสิทธิภายใต้ Petition of Rights

(1) ประเพณีการปกครอง

รัฐธรรมนูญของอังกฤษมีอิทธิพลอย่างมากต่อการร่างรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมัน สเปน เนเธอร์แลนด์

---

[20] *Petition of Rights* (1628) (England).

[21] *Bill of Rights* (1689) (England).

[22] Lois G. Schwoerer. (1990). Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution. **Journal of the History of Ideas,** 51(4), 531-548.

[23] Robert Worchester. 2013. Why Commemorate 800 Years? **Magna Carta Today**.

เครือจักรภพ ญี่ปุ่น อินเดียและรวมทั้งประเทศในละตินอเมริกา เอเชีย และแอฟริกา[24] อิทธิพลในที่นี้หมายถึงการนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอังกฤษไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ และอิทธิพลในเชิงสัญลักษณ์ซึ่งส่งผลต่อหลักการพื้นฐาน การวางรูปแบบการปกครอง และการจัดสรรอำนาจ รัฐธรรมนูญของอังกฤษซึ่งเกิดขึ้นในช่วงที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองและการปฏิวัติยังก่อให้เกิดประเพณีการปกครองที่กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญดั้งเดิม และเป็นหลักการสากลในปัจจุบัน กล่าวคือ

ระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ซึ่งจำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ (Reserve Power) อำนาจเบ็ดเสร็จของกษัตริย์ (Absolute Powers) ตั้งแต่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ถูกแบ่งออกเป็นส่วนต่างๆ โดยมีองค์กรเป็นผู้ใช้อำนาจแทน กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติมีสภาซึ่งมาจากประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจ อำนาจบริหารมีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร และอำนาจในการพิจารณาอรรถคดีมีผู้พิพากษาเป็นผู้ใช้ กษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้ในสถานการณ์ฉุกเฉิน

อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) ในบรรดาทั้งสามอำนาจ อำนาจสูงสุดคืออำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งมีที่มาจากประชาชน กฎหมายที่ออกโดยสภาจึงเกิดจากเจตจำนงของประชาชนผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ (Act of Parliament) การปกครองของอังกฤษจึงถืออำนาจของประชาชนเป็นใหญ่ในการบริหารจัดการประเทศ เป็นประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภายังมีความเกี่ยวพันกับอำนาจของฝ่ายบริหารและตุลาการ

---

[24] นักกฎหมายอังกฤษอ้างว่ารัฐธรรมนูญของอังกฤษที่เกิดจากหลักกฎหมายและประเพณี โดยเฉพาะ Magna Carta มีอิทธิพลต่อแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ทั่วโลก เป็นการกล่าวอ้างของ Magna Carta 2015 Committee โดยเฉพาะ Sir Robert Worcester โดยอิทธิพลในที่นี้หมายถึงอิทธิพลต่อแนวคิดพื้นฐานของการร่างรัฐธรรมนูญ การจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในแต่ละรัฐ และการวางรากฐานของระบอบการปกครอง มิใช่หมายถึงการเลือกรับปรับใช้บทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอังกฤษมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ เท่านั้น ฉะนั้น อิทธิพลของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษอาจมีอิทธิพลทั้งในเชิงการนำบทบัญญัติและหลักการในรัฐธรรมนูญไปบัญญัติไว้ หรืออิทธิพลในเชิงสัญลักษณ์ซึ่งส่งผลต่อหลักการพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญประเทศต่างๆ ดู Robert Worchester. 2013. Why Commemorate 800 Years? **Magna Carta Today**.

หัวหน้าของฝ่ายบริหาร (Head of the Government) หรือที่มาของนายกรัฐมนตรี แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติที่มาของนายกรัฐมนตรีไว้ว่าจะต้องเป็นสมาชิกรัฐสภา (Member of the Parliament) แต่เป็นประเพณีการปกครองที่ถือว่านายกรัฐมนตรีจะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจจากสภาสามัญ (House of Common) (สภาผู้แทนราษฎร) ฉะนั้น โดยประเพณีนายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นหัวหน้าของพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากหรือคุมเสียงข้างมากในสภาสามัญได้ (House of Common) ภายหลังการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองจนถึงปัจจุบัน อังกฤษไม่เคยมีนายกรัฐมนตรีคนนอกที่ไม่เป็นสมาชิกรัฐสภา[25]

การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) เป็นอีกประเด็นที่ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรห้ามการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างสถาบันการเมืองที่เข้าใจกันว่าอำนาจสูงสุด คือ อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาตามหลักการดังกล่าวข้างต้น อำนาจดังกล่าวถือว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นเจตจำนงของประชาชนภายในประเทศ และเป็นอำนาจสูงสุด ยิ่งกว่าอำนาจของฝ่ายบริหารและตุลาการ อังกฤษจึงไม่มีการควบคุมหรือตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) ฉะนั้น เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจเองได้ จะเห็นได้ว่า กรณีนี้แตกต่างจากบางประเทศ อาทิ ประเทศไทยซึ่งศาลใช้ดุลพินิจเองว่าถ้ากฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาด ย่อมเป็นอำนาจของศาลยุติธรรม (คำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ในคดีอาชญากรสงคราม)[26] ฉะนั้น ในปี ค.ศ. 1610 เมื่อ Sir Edward Coke ฝ่าฝืนประเพณีที่ถือปฏิบัติกันมาจึงถือเป็นเรื่องผิดจารีตอย่างร้ายแรง[27] และถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งหัวหน้าศาล Common Pleas และให้ย้ายไปช่วยราชการที่ Court of King's Bench[28]

ปัจจุบันอำนาจของฝ่ายตุลาการสามารถกระทำได้ในสองกรณีที่สำคัญเท่านั้น กล่าวคือ ประการแรก กรณีที่กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ขัดหรือแย้งต่อ

---

[25] ในประวัติศาสตร์ มีนายกรัฐมนตรีอังกฤษเพียงคนเดียวที่มิได้มาจากสภาสามัญ (House of Common) แต่มาจากสภาขุนนาง (House of Lords) (วุฒิสภา) คือ Robert Gascoyne-Cecil ในช่วงปี ค.ศ. 1895-1902 ซึ่งคุมเสียงข้างมากในสภาสามัญได้.

[26] ดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489.

[27] *Thomas Bonham v College of Physicians,* 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638 (Court of Common Pleas, England) (1610).

[28] Raoul Berger. (1969). Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?. **University of Pennsylvania Law Review,** 117(4), 521-546.

กฎ ระเบียบและข้อบังคับของสหภาพยุโรป[29] และประการที่สอง กรณีที่ผู้ใดผู้หนึ่งได้รับความเสียหายหรือผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

หลัก "The King Can Do No Wrong" หรือพัฒนามาเป็นหลักเรื่องความคุ้มกันของผู้เป็นประมุขแห่งรัฐ (Sovereign Immunity) ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักการสากล[30] นักกฎหมายบางท่านเรียกหลักการนี้ว่าหลัก "กษัตริย์ทรงไม่ต้องรับผิด" หรือ "องค์อธิปัตย์ที่ปกเกล้าแต่ไม่ทรงปกครอง"[31] อันที่จริงหลัก "The King Can Do No Wrong" มีภูมิหลังมาจากประเพณีการปกครองในสมัยพระเจ้าเฮนรีที่ 3 (King Henry II) (ค.ศ.1216–1272) ซึ่งเป็นช่วงภายหลังพระเจ้าจอห์นที่ 1 และมหาบัตร Magna Carta

ภายหลังการสวรรคตของพระเจ้าจอห์นที่ 1 พระเจ้าเฮนรี่ทรงขึ้นครองราชย์ในขณะที่ทรงพระเยาว์ (พระชนมายุเพียง 9 ปี) ฉะนั้น จึงไม่มีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะเป็นกษัตริย์ และตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นให้เอกสิทธิ์คุ้มกันกษัตริย์ไม่ต้องรับผิดในผลที่เกิดจากการกระทำ ตัวอย่างเช่น กฎหมายโรมัน (Roman Law) กษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย กฎหมายแห่งคริสตจักร (Ecclesiastical Law) พระสันตะปาปาทรงเป็นผู้แต่งตั้งกษัตริย์ และเป็นผู้มอบอำนาจจากพระเจ้าในการ

---

[29] Tom Bingham. 2011. **Rule of Law.** London: Penguin Book, at 116; และดู Chris Bickerton. 2016. **The European Union: A Citizen's Guide.** London: Pelican. อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันอังกฤษได้ขอแยกตัวของจากสมาชิกสหภาพยุโรป (Brexit) กรณีนี้ย่อมส่งผลในเรื่องการควบคุมกฎหมายของฝ่ายตุลาการมิให้ขัดกับกฎระเบียบของสหภาพยุโรปในอนาคตต่อไป.

[30] Christopher R. Dyess. (2014). Off with His Head: The King Can Do No Wrong, Hurricane Katrina, and the Mississippi River Gulf Outlet. **Northwestern Journal of Law & Social Policy,** 9(2), pp. 302–334, at 307; ดูคำอธิบายเรื่อง "Sovereign Immunity" ใน Malcolm Shaw. 2008. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press, at 697.

[31] Vernon Bogdanor. (1996). The Monarchy and the Constitution. Parliamentary Affairs. 49(3), 402-422 (a sovereign who reigns but does not rule) และดูบทวิเคราะห์ใน ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2550). พระราชอำนาจ การลงพระปรมาภิไธย และการสนองพระบรมราชโองการ. **Pub-Law Net** <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1019>. ซึ่งวิเคราะห์ว่า "ระบอบประชาธิปไตยที่มีประมุขของรัฐเป็นกษัตริย์และใช้ระบบรัฐสภามีหลักการสำคัญประการหนึ่งคือ "กษัตริย์ไม่ทรงต้องรับผิด" หรือ "The king can do no wrong" ที่ว่า "no wrong" นั้น หมายความว่า "The king" ไม่ทำอะไรเลยจึง "no wrong" กล่าวคือ กษัตริย์เป็นเพียงสัญลักษณ์ของประเทศ คณะรัฐมนตรี สภา ศาล องค์กรของรัฐอื่นๆ แล้วแต่กรณี เป็นผู้ใช้อำนาจอย่างแท้ในนามของกษัตริย์ และเป็นผู้ใช้อำนาจเหล่านั้นนั่นเองที่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำของตน สมดังคำกล่าวที่ว่า "กษัตริย์ทรงปกเกล้าแต่ไม่ทรงปกครอง" [emphasis in original].

ปกครองให้กษัตริย์ตามหลักเทวสิทธิราชย์ (Divine Rights of Kings) หรือกฎหมายในระบบศักดินา (Feudal Law) และกฎหมายจารีตประเพณี (Customary Law) กษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจในการพิจารณาตัดสินคดีความ หากกษัตริย์ทรงถูกฟ้องร้องก็คงเป็นผู้ตัดสินในคดีความของตนเองจึงเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม สันตะปาปาจึงได้ทรงแต่งตั้งวิลเลี่ยม มาร์แชล (William Marshall, 1st Earl of Pembroke) เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระเจ้าเฮนรี่ที่ III และเกิดหลักในการตั้งผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน (Rector Regis Et Regni หรือ Regent) เมื่อกษัตริย์ทรงยังไม่บรรลุนิติภาวะ

หลักการ “The King Can Do No Wrong” ยังเกี่ยวข้องกับการลงพระนามาภิไธยและการรับสนองพระบรมราชโองการ[32] ในสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (King Charles I) (ค.ศ. 1623–1649) กษัตริย์ผู้ลุ่มหลงในอำนาจ พระองค์ทรงเชื่อว่ากษัตริย์คือผู้ที่มีอำนาจสูงสุดและไม่ต้องรับผิดใดๆ ตามหลักเทวสิทธิของพระราชา ทรงพิพาทกับรัฐสภาและสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนเป็นอย่างมาก ขุนนางและประชาชนจึงได้ลุกขึ้นสู้และปลงพระชนม์พระองค์ในที่สุด อังกฤษเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองเป็นสาธารณรัฐ (Republic) โดยมีโอลิเวอร์ ครอมเวล (Oliver Cromwell) เป็นผู้ปกครอง (1st Lord Protector of the Commonwealth of England)[33]

ในช่วงที่อังกฤษเป็นสาธารณรัฐ เป็นช่วงเวลาสั้นๆ ตั้งแต่ ค.ศ. 1653–1659 อังกฤษได้เรียนรู้แล้วว่าการให้อำนาจแก่บุคคลคนเดียวเป็นเรื่องที่อันตราย โอลิเวอร์ ครอมเวล ใช้อำนาจการปกครองตามอำเภอใจและสนองตอบแต่ประโยชน์ของตนเองและพวกพ้องนำไปสู่การปกครองที่เป็น “ทรราช” ประชาชนหวนรำลึกถึงระบอบกษัตริย์และเรียกร้องให้นำระบอบเดิมกลับคืนมา ฉะนั้น ภายหลังริชาร์ด ครอมเวล (Richard Cromwell) ขึ้นสืบทอดอำนาจเป็นผู้ปกครอง (2nd Lord Protector of the Commonwealth of England) ต่อจากผู้เป็นพ่อ ขุนนางได้รวมตัวกันขับไล่และในที่สุดริชาร์ด ครอมเวล ถูกเนรเทศออกไปจากอังกฤษ รัฐสภาได้อัญเชิญพระโอรสของพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (พระเจ้าชาร์ลที่ 2) ขึ้นครองราชย์และให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่พระเจ้าชาร์ลที่ 1 สิ้นพระชนม์ เสมือนหนึ่งอังกฤษไม่เคยเป็นสาธารณรัฐ กรณีนี้เกิดหลักการอีกประการที่ว่า “ราชบัลลังก์จะว่างลงไม่ได้”[34]

---

[32] ประเทศไทยเรียกว่า “การลงพระปรมาภิไธย” และใช้การลงนามในกฎหมายของกษัตริย์ในประเทศอื่นว่า “การลงพระนามาภิไธย”.

[33] John Cunningham. (2010). Oliver Cromwell and the ‘Cromwellian’ Settlement of Ireland. **The Historical Journal,** 53(4), pp. 919-937.

[34] Ibid.

ในช่วงนี้เองที่เกิดหลักการสำคัญเกี่ยวกับการลงพระนามาภิไธยและการสนองพระบรมราชโองการตามหลัก “The King Can Do No Wrong” พระเจ้าชาร์ลที่ 2 ทรงเรียกร้องหลักประกันสิทธิของพระองค์ พระองค์เห็นว่ากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศไม่ควรต้องรับผิดใดๆ ทรงได้ทำข้อตกลงกับรัฐสภาว่า พระองค์จะเป็นเพียงสัญลักษณ์ของประเทศ และให้องค์กรอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนพระองค์ แต่องค์กรดังกล่าวต้องเป็นผู้รับผิดชอบในการกระทำนั้นๆ ฉะนั้น ในฐานะประมุข พระองค์ทรงเป็นผู้ลงพระนามาภิไธยในเรื่องสำคัญๆ อาทิ การลงนามในสนธิสัญญาและกฎหมาย หรือการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยมีผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำโดยองค์กรผู้สนองพระบรมราชโองการ และเป็นความรับผิดชอบของผู้สนองพระบรมราชโองการ[35]

การลงพระนามาภิไธยในกฎหมายยังก่อให้เกิดประเพณีการให้ความเห็นชอบร่างกฎหมาย (Royal Assent) ของกษัตริย์ ซึ่งในประวัติศาสตร์ของอังกฤษเคยมีเพียงครั้งเดียวที่กษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบร่างกฎหมายในปี ค.ศ. 1708 สมัยพระนางเจ้าแอน (Queen Anne) ไม่ทรงเห็นชอบ Scottish Militia Bill โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี[36]

“การลงพระนามาภิไธย” และ “การสนองพระบรมราชโองการ” ได้กลายเป็นประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติกันสืบมาและเป็นของคู่กันภายใต้หลัก “The King Can Do No Wrong”

ประเพณีการปกครองดังกล่าวได้กลายเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมตลอดทั้งประเพณีทางรัฐธรรมนูญดั้งเดิมและธรรมเนียมปฏิบัติในอีกหลายประเทศ กล่าวได้ว่า อังกฤษเป็นต้นตอและบ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และในปัจจุบันอังกฤษได้ปรับปรุงรัฐธรรมนูญใหม่ก่อให้เกิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่ๆ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษในยุคสมัยใหม่จะได้กล่าวต่อไป

(2) การแบ่งแยกอำนาจ

อังกฤษปรากฏแนวคิดเรื่องระบอบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ มาตั้งแต่

---

[35] Joyce Lee Malcolm. (1999). Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings. **Journal of British Studies,** 38(2), 161–186.

[36] ดูบทวิเคราะห์ใน Francis Bennion. (1981). Modern Royal Assent Procedure at Westminster. **Statute Law Review,** 133–147. นอกเหนือจากกรณี Queen Anne การยับยั้งร่างกฎหมายเคยเกิดขึ้นสองครั้งในมลรัฐวิกตอเรีย (Victoria) ในประเทศออสเตรเลียดู Greg Taylor. (2007). Two Refusals of Royal Assent in Victoria. **Sydney Law Review,** 29, 85–130.

ก่อนที่ Montesquieu นำไปขัดเกลาและแบ่งแยกให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวตกผลึกแล้วว่าเป็นของประชาชน มิใช่การแยกอำนาจอธิปไตย มิใช่การแบ่งแยกองค์กร แต่เป็นการแบ่งแยกหน้าที่ในการใช้อำนาจ ซึ่งปราชญ์ชาวอังกฤษชื่อ John Locke (ค.ศ. 1632–1704) ได้กล่าวไว้ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 17 หรือเมื่อประมาณสามร้อยปีเศษมาแล้ว

ทฤษฎีของ Locke กล่าวถึงสภาวะธรรมชาติว่า มีกฎธรรมชาติที่คอยควบคุมมนุษยชาติทั้งปวง คือ อิสรภาพและความเสมอภาค ดังนั้น จึงไม่ควรมีผู้ใดที่จะทำอันตรายต่อผู้อื่นในด้านชีวิต สุขภาพ เสรีภาพ และทรัพย์สิน แต่ในสภาวะธรรมชาติก็มีข้อบกพร่อง กล่าวคือ ประการแรก ไม่มีกฎหมายที่ยอมรับและเป็นที่รู้กันว่ามนุษย์เสมอกัน คนจึงมักตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของผลประโยชน์ส่วนตัวจึงทำให้มองว่าคนไม่เสมอกัน ประการที่สอง ในสภาวะธรรมชาติ ไม่มีตุลาการเที่ยงธรรมที่จะระงับข้อพิพาทอันเกิดขึ้นภายใต้กฎธรรมชาติ ทำให้คนนึกถึงความยุติธรรมสำหรับตนเองและใส่ใจกับความยุติธรรมสำหรับคนอื่นน้อยเกินไป และประการสุดท้าย ไม่มีอำนาจบริหารที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำตัดสินต่างๆ ดังนั้น เมื่อมีการขาดระเบียบในสภาวะธรรมชาติ มนุษย์จึงถูกผลักดันให้เข้าสู่สังคมโดยเร็ว[37]

ทัศนะดังกล่าวของ Locke แสดงให้เห็นความสำคัญของอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ จำเป็นสำหรับการจัดระเบียบสังคมมนุษย์

Locke มองต่อไปอีกว่า คนที่ออกจากสภาวะธรรมชาติเข้าสู่สังคม ก็คือคนที่เสมอภาคกันและเป็นอิสระต่อกัน ยอมสละเสรีภาพธรรมชาติเข้ามารวมกันเป็นประชาคมเพื่อชีวิตอันสะดวกสบาย ปลอดภัยและสงบสุข กล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีสัญญาแรก (Theory of Contract)[38] เพื่อสร้างสังคม ความยินยอมนี้เป็นเอกฉันท์ ไม่มีผู้ใดถูกบังคับ ผู้ที่ไม่ยอมเข้าประชาคมก็จะอยู่ในสภาวะธรรมชาติต่อไป และนับแต่เดินเข้าไปอยู่ในประชาคมก็จะถูกปกครองด้วยมติเสียงข้างมากซึ่งเป็นสัญญาที่สองจะสร้างอำนาจร่วมกัน (Common Authority)

เป็นที่แน่นอนว่าคนในสมัยนั้นหรือแม้แต่คนในสมัยนี้ คงไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีสัญญาของ Locke ถ้ามิได้ฟังคำอธิบายของ Locke เพราะข้อเท็จจริงในทาง

---

[37] John Locke. 1651. On Government, Ch. 1 Of the State of Nature.

[38] ทฤษฎีสัญญาของ Locke มีอิทธิพลต่อแนวคิดของนักคิดในระยะหลังโดยเฉพาะทฤษฎี “สัญญาประชาคม” (Social Contract) ของรุสโซ (Rousseau) (ค.ศ.1712–1778) ดูทฤษฎีสัญญาประชาคมใน Jean-Jacques Rousseau. 1762. **The Social Contract.** (translated into English and reprinted in 1968 by Penguin Book for Philosophy, London).

ประวัติศาสตร์ชี้ให้เห็นว่า สังคมในอดีตถูกปกครองด้วยผู้ปกครองที่มีอำนาจเด็ดขาด หาใช่มาจากความยินยอมไม่ แต่ Locke อธิบายว่า ผู้ปกครองคนเดียวเหมาะสำหรับสังคมแรกเริ่ม เช่นเดียวกับคนเราเชื่อฟังบิดาและเชื่อฟังกษัตริย์เป็นขั้นต่อไป สังคมในตอนแรกๆ ไม่จำเป็นต้องมีการปกครองที่สลับซับซ้อน กฎหมายประเภทต่างๆ จำเป็นสำหรับสังคมสมัยใหม่ที่สลับซับซ้อนและการปกครองดังกล่าวก็ยังคงเป็นการปกครองด้วยความยินยอมอยู่นั่นเอง เมื่อผู้ปกครองละเมิดความไว้เนื้อเชื่อใจของคนทั้งหลาย พวกเขาเหล่านั้นก็จะเริ่มต่อต้านและถอดถอนผู้ปกครอง

Locke มองต่อไปอีกว่า เมื่อสร้างสังคมแล้ว คนก็จะเริ่มสร้างเครื่องมือเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในสภาวะธรรมชาติดังได้กล่าวแล้ว รัฐบาลได้รับการจัดตั้งขึ้นในช่วงนี้และเนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ยอมรับและเป็นที่รู้กัน จำเป็นต้องมีองค์กรจัดทำกฎหมายหรือองค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด อาจจัดให้อำนาจนิติบัญญัติอยู่ในฝ่ายเสียงข้างมากตามแบบประชาธิปไตย รูปของรัฐบาลกำหนดขึ้นจากลักษณะของการใช้อำนาจ Locke กล่าวว่ารัฐบาลที่ดีที่สุด ได้แก่ การที่อำนาจนิติบัญญัติถูกมอบให้อยู่ในมือของบุคคลต่างๆ ที่รวมกันและมีอำนาจจัดทำกฎหมาย ซึ่งก็คือสภาผู้แทนนั่นเอง แนวคิดของ Locke มีอิทธิพลต่อการเมืองและระบอบการปกครองของอังกฤษจนถึงปัจจุบัน

แม้ Locke จะให้อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุด แต่ก็มิได้หมายความว่าเป็นอำนาจเด็ดขาดเนื่องจากมีข้อจำกัดสี่ประการ กล่าวคือ ประการแรก อำนาจนี้ไม่อาจใช้ได้โดยอำเภอใจ ประการที่สอง ต้องมุ่งเพื่อประโยชน์ของสังคม ประการที่สามไม่อาจริดรอนทรัพย์สินของบุคคลใดโดยปราศจากความยินยอมของบุคคลดังกล่าว ประการที่สี่ ไม่อาจสละอำนาจการจัดทำกฎหมายให้แก่องค์กรหรือบุคคลอื่นใดได้และเฉพาะประชาชนเท่านั้นที่มีสิทธิมอบอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุดเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรอื่นๆ ของรัฐบาลเท่านั้น แต่ไม่เหนือกว่าอำนาจของประชาชนที่ก่อตั้งอำนาจนิติบัญญัติขึ้นมา[40]

ปัญหาข้อบกพร่องในสภาวะธรรมชาติในประการต่อมา คือ การขาดตุลาการเที่ยงธรรมที่จะระงับข้อพิพาท[41] ทัศนะของ Locke ต้องการให้แยกอำนาจตุลาการออกจากฝ่ายบริหารเนื่องจากในยุคของ Locke ตุลาการถือเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร และประการสุดท้าย การขาดอำนาจบริหารที่จะบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

---

[39] Ibid.

[40] Ibid.

[41] Ibid.

ของตุลาการ จำเป็นต้องก่อตั้งอำนาจบริหารโดยให้เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารจะต้องมีอยู่เสมอเพื่อการบังคับใช้กฎหมาย Locke กล่าวว่า อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารจะต้องแยกกัน การอยู่ร่วมกันของอำนาจทั้งสองเป็นอันตรายเกินไป เพราะอำนาจอาจถูกใช้ไปในทางที่ผิด

Locke ได้พูดถึงสิทธิปฏิวัติไว้ด้วยในความหมายที่ว่า ถ้ารัฐบาลละเมิดหรือใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายมาเพื่อผลประโยชน์อันเห็นแก่ตัว เท่ากับละเมิดสัญญาประชาคม คนที่จะตัดสินเรื่องนี้ก็คือประชาชน ประชาชนย่อมมีสิทธิถอดถอนรัฐบาลได้ แต่ประชาชนก็ควรรอบคอบในการใช้สิทธิของตน Locke เห็นว่าประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสุดท้าย ประชาชนจะใช้อำนาจนี้เป็นครั้งคราวตามกระบวนการเลือกตั้งหรือถ้าจำเป็นจริงๆ ก็คือการปฏิวัติหรือการต่อสู้กัน[42]

หลักการแบ่งแยกอำนาจได้ชี้ชัดให้เห็นระบบการปกครองของอังกฤษ[43] โดยอังกฤษซึ่งเป็นแม่แบบของระบบรัฐสภา มีการแบ่งแยกอำนาจที่พิจารณาถึงสัมพันธภาพระหว่างอำนาจโดยเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารในประเด็นดังต่อไปนี้

ความเกี่ยวพันระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร ในระบบรัฐสภามีกิจกรรมที่ทำให้อำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารต้องปฏิบัติร่วมกัน อาทิ ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย ฝ่ายบริหารประกาศใช้กฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกกฎหมาย ขณะเดียวกันฝ่ายบริหารก็มีสิทธิเสนอร่างกฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย นอกจากนี้ฝ่ายบริหารยังมีอำนาจออกกฎ ระเบียบข้อบังคับ ซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับรองฯ ลงมาเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย

ดุลย์แห่งอำนาจและความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องมีมาตรการปฏิบัติต่อกันอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อรักษาไว้ซึ่งดุลย์แห่งอำนาจ ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบทางการเมืองด้วยการลาออกจากตำแหน่งเมื่อรัฐสภาไม่ให้ความไว้วางใจ และในขณะเดียวกันฝ่ายบริหารมีอำนาจ

---

[42] John Locke. 1651. On Government, Ch. 9 Of the Ends of Political Society and Government.

[43] แนวคิดของ Locke มีอิทธิพลต่อแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ของ Montesquieu เป็นอย่างมากดูบทวิเคราะห์ใน Jeremy Waldron. (2013). Separation of Powers in Thoughts and Practice. **Boston College Law Review,** 54(2), 433, at 441; and Fiona Cownie, Anthony Bradney and Mandy Burton. 2013. **English Legal System in Context.** Oxford: Oxford University Press, at 156. สำหรับแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ดู Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brede et de Montesquieu. 1748. **De l'esprit des lois** (The Spirit of the Laws).

ยุบสภาเพื่อให้ประชาชนวินิจฉัยว่าควรจะให้ความไว้วางใจฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

การแบ่งแยกอำนาจในระบอบการปกครองของอังกฤษเป็นการแบ่งแยกอำนาจแบบผ่อนคลาย โดยอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมีการถ่วงดุลอำนาจระหว่างกัน (Check and Balance) ระบบรัฐสภาของอังกฤษเรียกว่าระบบ “Westminster System”

(3) บทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลในประเทศอังกฤษ (Judicial Review) กับหลักความสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament)

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญในประเทศอังกฤษมีความจำเป็นจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลอังกฤษเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติ (Judicial Review) ซึ่งมีความสัมพันธ์กับหลักการเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) หรือความเป็นสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament)

สหราชอาณาจักรหรืออังกฤษ ไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutional Review) และศาลไม่มีอำนาจในการตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการว่าด้วย “อำนาจสูงสุดคืออำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา” (Parliamentary Sovereignty) อำนาจดังกล่าวถือว่ากฎหมายที่ออกโดยสภาถือเป็นเจตจำนงของประชาชนภายในประเทศและเป็นอำนาจสูงสุดยิ่งกว่าอำนาจของฝ่ายบริหารและตุลาการ ด้วยหลักการดังกล่าว อังกฤษจึงไม่มีการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการเว้นแต่ในสองกรณีที่สำคัญ กล่าวคือ

- กรณีที่กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อกฎ ระเบียบและข้อบังคับของสหภาพยุโรป และ
- กรณีที่ผู้ใดผู้หนึ่งได้รับความเสียหายหรือผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ อาทิ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการริดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

แม้ปัจจุบันอังกฤษจะไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว แต่มิอาจปฏิเสธได้ว่าอังกฤษเป็นต้นตอของแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญต่างลงความเห็นกันว่าทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยสถาบันตุลาการมีจุดเริ่มต้นมาจาก

ระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษ[44] โดยการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการปรากฏอย่างเด่นชัดในคดี Thomas Bonham v College of Physicians (Bonham's Case)[45] ปี ค.ศ. 1610 ในศาล Common Pleas ซึ่งผู้พิพากษา Sir Edward Coke ได้วางหลักที่สำคัญเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการไว้ว่า "อำนาจตุลาการอยู่เหนืออำนาจทั้งปวง"[46] อำนาจในที่นี้ Sir Edward Coke ได้หมายความถึงอำนาจฝ่ายตุลาการที่มีอำนาจเหนือฝ่ายนิติบัญญัติ[47] ฉะนั้น หลักการที่ Sir Edward Coke ได้วางไว้ทำให้กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Acts of Parliament) อาจถูกยกเลิกหรือเพิกถอนโดยฝ่ายตุลาการได้[48]

บรรทัดฐานแห่งคดี Bonham's Case ก่อให้เกิดเสียงวิพากวิจารณ์เป็นอย่างมาก โดยฝ่ายที่คัดค้านมองว่า แนวคิดของ Sir Edward Coke ขัดต่อหลักการปกครองพื้นฐานของอังกฤษในเรื่อง "อำนาจอธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติ" อันเป็นอำนาจสูงสุด[49] และนำไปสู่ตุลาการภิวัฒน์ในที่สุด หนึ่งในนักกฎหมายที่เห็นแย้งกับ Sir Edward Coke ที่สำคัญคือ Sir William Blackstone ซึ่งมองว่า ฝ่ายนิติบัญญัติทรงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย รวมทั้ง การวางหลักและกรอบบรรทัดฐานให้บรรดาตุลาการในการพิจารณาอรรถคดีทั้งปวง การตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการจึงกระทำมิได้ตามหลักการว่าด้วย "อำนาจอธิปไตยของสภา" แนวความคิดของ Sir Edward Coke สร้างความไม่พอใจให้แก่บรรดาผู้พิพากษาและพระเจ้าเจมส์ที่ 1 (King James I) เป็นเหตุให้ Sir Edward Coke ถูกถอดออกจากตำแหน่งหัวหน้าศาล Common Pleas และให้ย้ายไปช่วยราชการที่ Court of King's Bench ในปี ค.ศ. 1613

---

[44] Saikrishna B. Prakash and John C. Yoo, 'The Origins of Judicial Review' (2003) 70 *The University of Chicago Law Review,* 1-89.

[45] *Thomas Bonham v College of Physicians,* 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638 (Court of Common Please, England) (1610).

[46] *Thomas Bonham v College of Physicians,* 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638 (Court of Common Please, England) (1610) at 652.

[47] ดูบทวิเคราะห์คดีได้ใน Raoul Berger, 'Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?' (1969) 117(4) *University of Pennsylvania Law Review,* 521-546.

[48] George P. Smith II, 'Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present – Judicial Review in Transition?' (1979) *2 University of Puget Sound Law Review,* 255, 256.

[49] Ibid, 256.

ภายหลังคดี Bonham's Case แนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการของ Sir Edward Coke ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาอภิปรายอย่างกว้างขวาง เนื่องจากเป็นช่องทางให้กษัตริย์อังกฤษใช้อำนาจตุลาการยับยั้งกฎหมายที่ออกโดยสภา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กษัตริย์ใช้ตุลาการในการริดรอนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างสถาบันกษัตริย์และบรรดาขุนนาง นำไปสู่สงครามที่สำคัญที่สุดครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์ของอังกฤษที่รู้จักกันว่า "การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์" (Glorious Revolution) ปี ค.ศ.1688 และก่อให้เกิดเอกสารชิ้นสำคัญคือ "Bill of Rights"[50] ปี ค.ศ. 1689 ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ อังกฤษได้ให้ความสำคัญกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการว่าด้วย "อำนาจอธิปไตยของสภา" (Parliamentary Sovereignty)[51] ซึ่งถือว่าเป็นอำนาจสูงสุดของประเทศ ทำให้แนวคิดเรื่องการตรวจสอบความชอบของกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการที่ Sir Edward Coke ได้เคยวางหลักไว้ได้เลือนหายไปพร้อมๆ กับความรุ่งโรจน์ของระบบรัฐสภาที่เข้ามาแทนที่

ไม่ว่าแนวคิดของ Sir Edward Coke จะได้รับการยอมรับในอังกฤษหรือไม่ แนวคำตัดสินในดี Bonham's Case ดังกล่าว มีอิทธิพลในการพัฒนาแนวความคิดเรื่ององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในอเมริกา

กล่าวได้ว่า พัฒนาการทางแนวความคิดเกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอังกฤษให้ความสำคัญกับอำนาจนิติบัญญัติตามหลักการสำคัญว่าด้วยรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น เมื่อสภาได้ประกาศใช้กฎหมายฉบับใดแล้วย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายที่ผ่านโดยสภาไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

5.3 อิทธิพลของระบบ Westminster System

อังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของระบบรัฐสภา นอกเหนือจากเป็นประเทศแรกที่มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ และการจำกัดอำนาจของกษัตริย์ให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ระบบรัฐสภาของอังกฤษหรือระบบ "Westminster" ยังมีอิทธิพลระบอบการปกครองและการจัดรูปแบบการปกครองของประเทศต่างๆ ซึ่งสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

---

[50] ดูปวริศร เลิศธรรมเทวี, **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558) 107.

[51] Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* (Oxford: Oxford University Press, 1999) 260.

5.3.1 ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (American Jurisprudence)

สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของระบบประธานาธิบดี ได้รับอิทธิพลของระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญอังกฤษในสมัยประกาศอิสรภาพและประกาศใช้รัฐธรรมนูญ[52]

สหรัฐอเมริกามีความเคยชินกับระบอบการปกครองและระบบกฎหมายของอังกฤษ ฉะนั้น เมื่อตอนที่สหรัฐอเมริกากำลังแสวงหารูปแบบการปกครอง จึงได้นำหลักการสำคัญมาจากอังกฤษและครั้งหนึ่งเคยมีผู้เสนอให้ประธานาธิบดีมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิตซึ่งเป็นการนำแนวคิดของการดำรงตำแหน่งกษัตริย์ของอังกฤษมาใช้ในสหรัฐอเมริกา[53] อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวได้ตกไปและเปลี่ยนให้ประมุขต้องมาจากการเลือกตั้งโดยมีวาระการดำรงตำแหน่งในช่วงระยะเวลาหนึ่งที่แน่นอน

ภายหลังการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญโดยมีรัฐต่างๆ 39 รัฐ ให้สัตยาบันและครบถ้วนในปี ค.ศ. 1789[54] มีการใช้คำว่ารัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ สหรัฐอเมริกาเปลี่ยนรูปแบบของรัฐจากสมาพันธรัฐ (Confederation) เป็นสหพันธรัฐ (Federation) ซึ่งเป็นรัฐรวมที่ประกอบด้วยหลายมลรัฐแต่ละมลรัฐจะแยกตัวออกมิได้ และกำหนดรูปแบบของรัฐให้เป็นสาธารณรัฐ (Republic) โดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศและหัวหน้าฝ่ายบริหาร[55]

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาฉบับปี ค.ศ. 1789 คือทฤษฎีการปกครองของคริสต์ศตวรรษที่ 18 ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้อาศัยความรู้และประสบการณ์เสริมรายละเอียดของรัฐธรรมนูญฉบับนี้เนื่องจากเป็นช่วงที่แนวความคิดของ Locke กำลังเป็นที่นิยมยกย่องอย่างมากในเรื่องอำนาจของรัฐบาลควรมีขอบเขตจำกัด การรวมเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันโดยปราศจากการบังคับสิทธิธรรมชาติเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ

---

[52] Arend Lijphart. 1992. **Parliamentary versus Presidential Government.** Oxford: Oxford University Press.

[53] เป็นคำกล่าวของ Alexander Hamilton ในช่วงการประชุมเพื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1787 เพื่อตั้งระบบประธานาธิบดีที่มีลักษณะแบบ Elective Monarchy ขึ้นในสหรัฐอเมริกาดูรายละเอียดและบทวิเคราะห์ใน Alexander Hamilton. 1962. **The Papers of Alexander Hamilton Volume 9.** New York: Columbia University Press.

[54] Paul David Nelson. (1978). British Conduct of the American Revolutionary War: a review of interpretation. **Journal of American History,** 65(3), pp. 623–653.

[55] ดูวิษณุ เครืองาม. 2530. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 133.

สูงสุด พึงระวังรักษาและละเมิดมิได้ นอกจากนี้ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของ Locke ยังได้รับการขัดเกลาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นโดย Montesquieu เกี่ยวกับอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นระบบที่อาณานิคมทั้ง 13 แห่ง คุ้นเคยดีอยู่แล้ว โดยมีผู้ว่าราชการเป็นเชื้อพระวงศ์กษัตริย์อังกฤษ มีสภานิติบัญญัติที่เลือกตั้งขึ้นเองในท้องถิ่น มีระบบกฎหมายมหาชนแบบอังกฤษภายใต้การคุ้มครองของศาล รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามีการแก้ไขหลายครั้ง แต่มีอยู่เพียงข้อเดียวที่เหลือสืบทอดมาจนถึงปัจจุบันโดยไม่ถูกแก้ไขคือบทบัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา บทบัญญัตินี้ระบุให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยผู้แทนราษฎรที่ได้รับเลือกตามสัดส่วนจำนวนประชากร ส่วนวุฒิสภาประกอบด้วยวุฒิสมาชิกจากรัฐต่างๆ รัฐละ 2 คน

5.3.2 กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm)

ระบบรัฐสภาของอังกฤษ หรือระบบ “Westminster System” มีอิทธิพลโดยตรงต่อประเทศในเครือจักรภพและประเทศที่เคยเป็นเครือจักรภพ ประเทศในเครือจักรภพที่รับเอาระบบ Westminster System มาใช้เป็นประเทศแรกคือแคนาดา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1848 ออสเตรเลีย ปี ค.ศ. 1855 และประเทศในเครือจักรภพทุกประเทศ ปัจจุบันประเทศในเครือจักรภพได้ผสมผสานระบบรัฐสภาของอังกฤษและระบบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา แต่ยังไม่ทิ้งรากของความเป็นระบบ “Westminster System”[56]

ระบบ Westminster System ของอังกฤษส่งผลให้รูปแบบการปกครองของประเทศในเครือจักรภพมีความคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษ กล่าวคือ มีการแบ่งแยกอำนาจเป็นสามทาง ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติเป็นของสภา อำนาจบริหารเป็นของคณะรัฐมนตรี และอำนาจตัดสินคดีความเป็นของตุลาการ โดยมีกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขของรัฐ ความแตกต่างระหว่างอังกฤษกับประเทศในเครือจักรภพอยู่ที่ตำแหน่งข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ของประเทศเครือจักรภพ ตำแหน่งดังกล่าวแต่งตั้งโดยกษัตริย์จากราชวงศ์อังกฤษเพื่อไปทำหน้าที่แทนกษัตริย์อังกฤษ อาทิ ข้าหลวงใหญ่แห่งแคนาดา (Governor-General of Canada) หรือข้าหลวงใหญ่แห่งออสเตรเลีย (Governor-General of Australia)[57] เป็นต้น

---

[56] Leslie Zines. 1991. **Constitutional Change in the Commonwealth**. Cambridge University Press.

[57] Nicholas Aroney, Peter Gerangelos, Sarah Murray, and James Stellios. 2015. **The Constitution of Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation.** Cambridge: Cambridge University Press.

การศึกษาในรายงานวิจัยฉบับนี้ซึ่งได้คัดเลือกประเทศในเครือจักรภพเป็นกรณีศึกษา จะได้มีการอ้างอิงถึงความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษและข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกรณีวิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ.1975 ของประเทศออสเตรเลีย[58] และจะได้กล่าวในบทต่อไป

5.3.3 กลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law ประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ และประเทศอื่นๆ

ระบบรัฐสภาของอังกฤษยังมีอิทธิพลต่อกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law หลายประเทศซึ่งสาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะประเทศดังกล่าวเคยเป็นประเทศในเครือจักรภพของอังกฤษ อาทิ สิงคโปร์ มาเลเซีย บังคลาเทศ อินเดีย ปากีสถาน และแอฟริกาใต้ เป็นต้น และสำหรับประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law ที่ได้รับอิทธิพลของระบบรัฐสภา หรือระบบ “Westminster System” ของอังกฤษ ได้แก่ โดมินิกัน ไอร์แลนด์ อิสราเอล มอลต้า มอริเชียส นาอูรู เนปาล ตินิแดด และโตเบโก และวานูอาตู

นอกเหนือจากกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law ระบบรัฐสภาของอังกฤษยังมีอิทธิพลต่อประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบ Westminster System ของอังกฤษโดยตรง ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่นและภูฏาน สองประเทศกลุ่มตัวอย่างในทวีปเอเชียซึ่งจะได้นำมาวิเคราะห์ในบทต่อไปของรายงานวิจัยฉบับนี้ กลุ่มประเทศในสแกนดิเนเวียและยุโรป ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ สวีเดน นอร์เวย์ เดนมาร์ก และสเปน ประเทศในเอเชียอย่างประเทศไทย หรือประเทศจอร์แดน คูเวต และโมร็อกโก จะเห็นได้ว่า ประเทศที่นำมาศึกษาในรายงานวิจัยฉบับนี้ได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษทั้งสิ้น

ระบบรัฐสภามิได้จำกัดว่าจะต้องเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์เท่านั้น ประเทศที่เป็นสาธารณรัฐและได้รับอิทธิพลของระบบรัฐสภาอังกฤษ อาทิ เยอรมัน ออสเตรีย ฮังการี และอิตาลี เป็นต้น ซึ่งมีสาเหตุสำคัญมาจากผลของสงครามโลกครั้งที่ 1 อังกฤษซึ่งเป็นฝ่ายชนะสงครามบังคับให้ประเทศผู้แพ้สงครามปฏิรูประบอบการปกครอง ระบบรัฐธรรมนูญ และโครงสร้างพื้นฐานการปกครอง

---

[58] Brendan Lim. 2017. **Australia’s Constitution after Whitlam.** Cambridge: Cambridge University Press.

5.4 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

นอกเหนือจากประเพณีการปกครองของอังกฤษซึ่งได้กลายเป็นแม่แบบของประเพณีทางรัฐธรรมนูญในหลายๆ ประเทศดังกล่าวข้างต้น ปัจจุบันอังกฤษได้ปฏิรูประบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในช่วงปี ค.ศ. 1997-2001 สมัยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรีโทนี่ แบลร์ (Tony Blair) ก่อให้เกิดการสร้างบรรทัดฐานประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่ๆ ในยุคสมัยปัจจุบัน การปรับเปลี่ยนระเบียบแบบแผนเดิมๆ ให้มีความทันสมัย รวมถึงการบัญญัติประเพณีให้กลายเป็นลายลักษณ์อักษร และการยกเลิกประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีความล้าสมัยและไม่รองรับต่อสภาพการณ์ในปัจจุบัน

การปฏิรูประบบกฎหมายและโครงสร้างทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษมีความสัมพันธ์กับการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของอังกฤษในสี่ช่วงสมัยที่สำคัญ กล่าวคือ ช่วงที่หนึ่ง สมัยนายกรัฐมนตรีโทนี่ แบลร์ สมัยแรก (ปี ค.ศ. 1997-2001) เกิดการปรับปรุงประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับกระบวนการทางนิติบัญญัติของสภา ที่มาและตำแหน่งของสมาชิกสภาขุนนาง (House of Lords) และการวางกรอบการปฏิบัติหน้าที่สำหรับฝ่ายตุลาการภายใต้พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998)[59]

ช่วงที่สอง ซึ่งเป็นรัฐบาลสมัยที่สองของนายกรัฐมนตรีโทนี่ แบลร์ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001–2005 เกี่ยวกับการปฏิรูปโครงสร้างของกระบวนการยุติธรรมและศาล มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งประมุขของฝ่ายตุลาการจากเดิมตำแหน่ง Lord Chancellor เป็น Lord Chief Justice ภายใต้พระราชบัญญัติการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2005 (Constitutional Reform Act 2005)[60] มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตุลาการ (Judiciary Appointments Commission) เพื่อทำหน้าที่แต่งตั้งผู้พิพากษา และแยกศาลสูงสุดของอังกฤษ (ศาลฎีกา) (Supreme Court) ให้เป็นอิสระออกจากสภาขุนนาง

ช่วงที่สาม ในสมัยรัฐบาลนายกรัฐมนตรีกอร์ดอน บราวน์ (Gordon Brown) ปี ค.ศ. 2007–2010 ซึ่งให้ความสำคัญกับการบัญญัติพระราชอำนาจของกษัตริย์ราชวงศ์อังกฤษให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติการอภิบาลและการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 (Constitutional Reform and Governance Act

---

[59] การเรียกชื่อนายกรัฐมนตรีและบุคคลสำคัญของอังกฤษในส่วนนี้จะใช้ชื่อในภาษาอังกฤษ.

[60] *Constitutional Reform Act* (2005) (England).

2010)[61] และช่วงที่สี่ สมัยรัฐบาลนายกรัฐมนตรีเดวิด แคเมอรอน (David Cameron) ก่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการจัดทำประเพณีให้เป็นคู่มือ หรือระเบียบปฏิบัติหรือกฎหมายในระดับที่อ่อน อาทิ คู่มือปฏิบัติของคณะรัฐมนตรี (The Cabinet Manual)[62] และรวมถึงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขประเพณีเดิมๆ ให้มีความทันสมัยยิ่งขึ้น

การปฏิรูปรัฐธรรมนูญของอังกฤษทั้งสี่ช่วงก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับกษัตริย์ ฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการซึ่งสรุปรายละเอียดได้ดังนี้

5.4.1 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในยุคสมัยปัจจุบันภายใต้การปฏิรูปกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในกลุ่มแรกเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นมาจากการปฏิรูประบบกฎหมายรัฐธรรมนูญในอังกฤษ ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาทในการเสนอร่างกฎหมาย

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาทในการเสนอร่างกฎหมายเกิดขึ้นในช่วงกระบวนการร่างพระราชบัญญัติสก๊อตแลนด์ ปี ค.ศ. 1998 (The Scotland Act 1998)[63] ภายใต้ระบบรัฐสภาของอังกฤษ สภามีอำนาจในการเสนอกฎหมายในนามของรัฐบาลสก๊อตแลนด์ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว[64] อย่างไรก็ตาม ในชั้นยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว[65] มีการเสนอให้รัฐบาลอังกฤษควรเคารพการตัดสินใจและกิจการภายในของรัฐบาลสก๊อตแลนด์ จึงกลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาทระหว่างรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลสก๊อตแลนด์ว่า รัฐบาลอังกฤษจะเสนอร่างกฎหมายเพื่อใช้กับกิจการภายในของประเทศสก๊อตแลนด์โดยไม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐบาลสก็อตแลนด์ก่อนมิได้ ประเพณีดังกล่าวมีความชัดเจนยิ่งขึ้นเมื่อรัฐบาลของทั้งสองประเทศได้ทำบันทึกข้อตกลงความเข้าใจ หรือ MoU (Memorandum

---

[61] *Constitutional Reform and Governance Act* (2010) (England).

[62] The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution (2015), available at <http://www.ippr.org/files/images/media/files/publication/2011/08/hiddenwiringemerges_Aug2011_7911.pdf?noredirect=1>.

[63] *The Scotland Act* (1998) (England).

[64] Ibid, section 28(7).

[65] ผู้เสนอคือ Lord John Sewel ซึ่งต่อมาอังกฤษเรียกประเพณีดังกล่าวว่า 'Sewel Convention' ดู Robert Hazell. 2015. The United Kingdom. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 173, at 174–75.

of Understanding) ในปี ค.ศ. 2010[66]

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญกับการลงประชามติ (Referendums)

การลงประชามติ (Referendums) ในอังกฤษมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ เงื่อนไข หรือความจำเป็นที่จะนำไปสู่การจัดทำประชามติ แต่เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติ ดังตารางที่ 8

ตารางที่ 8 การลงประชามติของสหราชอาณาจักรในช่วงปี ค.ศ. 1997–2016

ปี ค.ศ.	รายละเอียด	ผลของประชามติ
1997	**การลงประชามติเพื่อจัดตั้งรัฐสภาของสก๊อตแลนด์** (Scottish Devolution Referendum)	ผ่าน
	การลงประชามติเพื่อจัดตั้งรัฐสภาในเวลส์ (Welsh Devolution Referendum)	ผ่าน
1998	**การลงประชามติเพื่อจัดตั้งรัฐบาลภายในไอร์แลนด์เหนือ** (Northern Ireland Good Friday Agreement Referendum)	ผ่าน
2004	**การลงประชามติเพื่อจัดตั้งรัฐบาลท้องถิ่น** (North East England Devolution Referendum)	ไม่ผ่าน
2011	**การลงประชามติเพื่อจัดตั้งรัฐสภาของเวลส์** (Welsh Devolution Referendum)	ผ่าน
	การลงประชามติเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (United Kingdom Alternative Vote Referendum)	ไม่ผ่าน
2014	**การลงประชามติของประเทศสก๊อตแลนด์เพื่อแยกตัวออกจากสหราชอาณาจักร** (Scottish Independence Referendum)	ไม่ผ่าน
2016	**การลงประชามติของสหราชอาณาจักรเพื่อออกจากสหภาพยุโรป (Brexit)** (United Kingdom EU Membership Referendum)	ผ่าน

ที่มา : ข้อมูลจาก Prime Minister's Office (2017)

[66] Memorandum of Understanding between the UK Government and the Devolved Administrations, MoU's text available at <http://www.parliament.scot/S4_ScotlandBillCommittee/General%20 Documents/2015.03.24_SPICe_note_on_Memorandums_of_understanding.pdf>.

การลงประชามติในประเทศอังกฤษ ไม่มีผลทางกฎหมาย แต่มีผลผูกพันทางการเมืองให้รัฐบาลต้องนำผลที่ได้จากการทำประชามติมาปฏิบัติตาม จึงเกิดเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ว่า ผลของประชามติรัฐบาลต้องเคารพและปฏิบัติตาม ฉะนั้น การลงประชามติออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปของสหราชอาณาจักรในปี ค.ศ. 2016 ที่ผ่านมา แม้ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่รัฐบาลอังกฤษผูกพันตามประเพณีว่าต้องถือเอาผลของประชามติเป็นใหญ่ และในปัจจุบันประชาชนชาวอังกฤษได้ลงประชามติแยกตัวออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หรือ “Brexit”

จากเหตุการณ์การลงประชามติของประเทศอังกฤษที่ผ่านมา สรุปเงื่อนไขความจำเป็นหรือเหตุที่นำไปสู่การลงประชามติได้ว่า การลงประชามติคือการคืนอำนาจการตัดสินใจให้แก่ประชาชนซึ่งประเด็นที่ลงประชามติเป็นเรื่องที่มีความสำคัญกับระบอบการปกครอง การเปลี่ยนรูปแบบของรัฐบาลและการจัดสรรอำนาจการปกครอง

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐสภา

สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มิได้เกิดจากการปฏิรูปรัฐธรรมนูญของอังกฤษ แต่เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐสภา ซึ่งเกี่ยวข้องกับการสงคราม

การควบคุมกิจการของกองทัพอังกฤษเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี แต่เป็นประเพณีในทางปฏิบัติที่ว่าการใช้อำนาจทางกองทัพเพื่อการสงคราม นายกรัฐมนตรีจะเสนอเพื่อขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนดำเนินการทุกครั้ง ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ กรณีการส่งกองกำลังทหารเพื่อไปทำสงครามในประเทศอิรักในปี ค.ศ. 2003 ประเทศลิเบียในปี ค.ศ. 2011 และประเทศซีเรียในปี ค.ศ. 2013 แสดงให้เห็นถึงความเคารพการอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาซึ่งเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน[67]

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง (สภาสูง)

สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนหลักเกณฑ์ที่มาและการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง (House of Lords) ซึ่งจากเดิมเป็นโดยการสืบสายเลือด (Hereditary Peer) และโดยตำแหน่งเปลี่ยนเป็นการแต่งตั้งโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีและให้สมาชิกสภาขุนนาง

[67] ประเพณีดังกล่าวมิได้รวมถึงกรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน อาทิ เหตุการณ์ก่อการร้ายภายในประเทศในปี ค.ศ. 2001 หรือเหตุการณ์ก่อการจลาจลในปี ค.ศ. 2011 ซึ่งนายกรัฐมนตรีมีอำนาจตามกฎหมายประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศกฎอัยการศึก.

ที่มาจากการสืบสายเลือดเหลือเพียง 92 ตำแหน่ง และโดยตำแหน่ง 26 ตำแหน่ง การแต่งตั้งสภาขุนนางในอังกฤษมิได้จำกัดจำนวนที่นั่งของสภาขุนนางไว้ ฉะนั้น การแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางจึงเป็นดุลยพินิจของนายกรัฐมนตรีตามที่เห็นสมควร กรณีนี้เพื่อลดบทบาทและอำนาจของสภาขุนนางในการควบคุมเสียงข้างมากในสภา โดยสภาขุนนางมีหน้าที่ที่สำคัญในการกลั่นกรองกฎหมายที่เสนอมาจากสภาสามัญ และเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษว่าสภาขุนนางไม่อาจปฏิเสธหรือยับยั้งร่างกฎหมายที่เสนอมาจากสภาสามัญได้ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้เคยเกิดปัญหาในปี ค.ศ. 1909 เมื่อสภาขุนนางยับยั้งร่างกฎหมายที่เสนอมาจากสภาสามัญเกี่ยวกับงบประมาณ โดยอ้างเหตุผลว่าร่างกฎหมายที่เสนอมาจากสภาสามัญมีสาระสำคัญเพื่อการเก็บภาษีเฉพาะชนชั้นสูง (ภาษีมรดก) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นสมาชิกสภาขุนนางจึงส่งผลต่อสวัสดิภาพในทรัพย์สินของสมาชิกสภาขุนนาง ฉะนั้น ร่างกฎหมายที่เสนอโดยสภาสามัญเป็นการฝืนฝ่าประเพณีอย่างร้ายแรง[68]

ภายใต้ระบบใหม่ การแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางโดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญสำคัญที่เกิดขึ้น กล่าวคือ การแต่งตั้งตำแหน่งดังกล่าวจะคำนึงถึงความเหมาะสมของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาขุนนาง และความพอเหมาะพอควรเพื่อมิให้ตำแหน่งดังกล่าวมีจำนวนมากเกินไปเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เน้นย้ำถึงความเหมาะสมและความพอเหมาะพอควร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือหลักแห่งความได้สัดส่วน (Proportionality Convention)[69] สภาขุนนางของอังกฤษ (House of Lords) ซึ่งเป็นสภาสูงมีความคล้ายคลึงกับวุฒิสภาของบางประเทศโดยเฉพาะประเทศไทย กรณีนี้มีข้อสังเกตว่า การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งมาจากการแต่งตั้งและโดยตำแหน่งควรคำนึงความเหมาะสมและความพอเหมาะพอควรตามหลักประเพณีแห่งความได้สัดส่วน (Proportionality Convention) ของผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ฉะนั้น หากมีกรณีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับที่มาและการแต่งตั้งของสมาชิกวุฒิสภาของไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ศาลรัฐธรรมนูญ อาศัยอำนาจตามมาตรา 5 ที่ว่า “.... เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่ง

---

[68] Andrw Thorpe and Richard Toye (eds). 2016. **Parliament and Politics in the Age of Asquith and Lloyd George.** Cambridge: Cambridge University Press, at 10; and Jane Ridley. (1992). The Unionist Opposition and the House of Lords 1906-10. Parliamentary History. xi.

[69] Meg Russell. 2011. **House Full: Time to Get a Grip on Lords Appointments.** London: The Constitution Unit.

รัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาโดยใช้หลักประเพณีความได้สัดส่วน (Proportionality Convention) ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีซึ่งอาจเทียบเคียงได้จากกรณีศึกษาของประเทศอังกฤษ

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการควบคุมโดยฝ่ายตุลาการ (Judicial Review) เป็นผลที่เกิดขึ้นจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998)[70] ภายใต้มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลมีอำนาจควบคุมและตรวจสอบว่ากฎหมายภายในฉบับใดมีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อกฎระเบียบของสหภาพยุโรป[71] อำนาจดังกล่าวของฝ่ายตุลาการมิได้หมายถึงอำนาจในการยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมาย แต่เป็นอำนาจของศาลในการบอกกล่าวเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้รับรู้ว่ากฎหมายฉบับใดมีข้อความที่ไม่สอดคล้องกับกรอบกติกาของสหภาพยุโรป กรณีนี้ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย แต่เป็นเรื่องของประเพณีที่ศาลทำหน้าที่เพียงแค่การกำกับดูแลกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน[72] และเมื่อมีข้อสงสัยเกิดขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบความไม่สอดคล้องของกฎหมายนั้นกับกรอบกติกาของสหภาพยุโรปเอง

ในอังกฤษ การตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายภายในกับกรอบกติกาของสหภาพยุโรปจะดำเนินการโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภาโดยมีคณะกรรมาธิการว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Joint Committee on Human Rights) เป็นผู้ดำเนินการ จะเห็นได้ว่า อังกฤษให้ความสำคัญกับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากซึ่งถือว่าเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน กรณีนี้แตกต่างกับแนวปฏิบัติในบางประเทศ อาทิ ประเทศไทย ที่องค์กรของฝ่ายบริหารบางองค์กรเป็นผู้เข้ามาจัดการ ตรวจสอบ ปรับปรุงแก้ไข และรวมทั้งเสนอร่างกฎหมายอย่างกับเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสียเอง ทั้งๆ

---

[70] *The Human Rights* Act (1998) (England).

[71] Ibid, Section 4.

[72] Jeff King. 2015. Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act. In Hooper M. Hunt and P. Yowell (eds), **Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit.** Oxford: Hart Publishing (arguing that there is a convention of compliance with declaration of incompatibility).

ที่อำนาจดังกล่าวเป็นของรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยไม่มีประเพณีในเรื่องนี้ หรืออาจไม่มีประเพณีที่เคารพมารยาทในการเสนอร่างกฎหมายแบบอังกฤษ หรืออาจไม่มีประเพณีการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาอันเป็นอำนาจที่มาจากประชาชน กรณีนี้จะได้นำไปวิเคราะห์เพื่อแสวงหาแนวทางแก้ไขต่อไป

ในส่วนที่เกี่ยวกับคณะกรรมาธิการตรวจสอบความสอดคล้องของกฎหมายภายในกับกรอบกติกาของสหภาพยุโรปในอังกฤษภายใต้ Joint Committee on Human Rights จะมีการดำเนินการและเสนอความเห็นต่อสภาเป็นประจำทุกปี และตั้งแต่ปี ค.ศ. 2000–2013 มีเพียง 28 ครั้งที่ศาลมีข้อสังเกตเกี่ยวกับความไม่สอดคล้องของกฎหมายภายในของอังกฤษกับกรอบกติกาของสหภาพยุโรป และฝ่ายนิติบัญญัติได้ดำเนินการแก้ไขตาม[73] ปัจจุบันมีเพียงกรณีเดียวที่สภาของอังกฤษไม่ดำเนินการตาม กล่าวคือ การให้สิทธิแก่นักโทษในการลงคะแนนเลือกตั้ง[74] ซึ่งกรณีนี้ขัดกับคำตัดสินของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights) ซึ่งถือว่านักโทษทุกคนมีสิทธิออกเสียงและสามารถลงคะแนนเลือกตั้งได้[75]

5.4.2 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการเปลี่ยนแปลงแก้ไขใหม่

ดังได้กล่าวในบทที่ 4 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ใหม่ตามสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ สำหรับอังกฤษซึ่งมีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไขหรือปรับปรุงประเพณีเดิมๆ ให้มีความทันสมัยเหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน

ตัวอย่างประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่มีการปรับปรุงแก้ไขให้มีความทันสมัยกับสถานการณ์ในปัจจุบันของประเทศอังกฤษคือ หลักการเกี่ยวกับความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ (The Principle of Collective Responsibility)[76] โดยปกติมติของคณะรัฐมนตรีถือเป็นมติและผูกพันรัฐมนตรีทุกคน โดยไม่จำเป็นว่ารัฐมนตรีคนอื่นจะเห็นด้วยกับนโยบาย คำสั่ง หรือการดำเนินการภาครัฐหรือไม่แต่อย่างใด เพราะถือว่าคณะรัฐมนตรีมีความรับผิดชอบทั้งคณะ ฉะนั้น การออกคำสั่งใดๆ ของนายกรัฐมนตรี แม้จะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนและกฎหมายต้องถือว่าคณะรัฐมนตรีผูกพันและรับผิดชอบด้วย

---

[73] The 2013 Annual Report of the Joint Committee on Human Rights (England).

[74] *McLean and Cole v.* the United Kingdom (11 June 2013) (England).

[75] *Mathieu-Mohin and Clerfayt v.* Belgium (2 March 1987) (European Court of Human Rights).

[76] John Mackintosh. 1962. The British Cabinet. London: Stevens.

อย่างไรก็ตาม ในช่วงปี ค.ศ. 2010–2015 ซึ่งเป็นรัฐบาลผสมของนายกรัฐมนตรี David Cameron ก่อให้เกิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่เกี่ยวกับความรับผิดของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ รัฐมนตรีคนอื่นอาจออกเสียงคัดค้านและไม่เห็นด้วยกับนโยบายของคณะรัฐมนตรีได้ โดยให้ถือว่าไม่ต้องร่วมรับผิดชอบในผลของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว มติคณะรัฐมนตรีภายใต้นายกรัฐมนตรี David Cameron เกี่ยวข้องกับ (1) การเปลี่ยนแปลงระบบการออกเสียงลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาสามัญที่เรียกว่า "Alternative Vote" (2) การกำหนดให้ขึ้นค่าธรรมเนียมทางการศึกษาของสถาบันการศึกษาในประเทศทุกแห่ง และลดต้นทุนการอุดหนุนบุคลากรภาครัฐ (3) การกำหนดมาตรการทางภาษีกับคู่สมรส (4) การออกใบอนุญาตโรงไฟฟ้านิวเคลียร์แก่เอกชน และ (5) กรณีเกี่ยวกับพลังงานปรมาณู[77]

โดยรัฐมนตรีที่มาจากพรรคการเมืองอื่นมีสิทธิออกเสียงไม่เห็นด้วยกับมติคณะรัฐมนตรีได้ และไม่ถือว่าผูกพันให้ต้องรับผิดภายใต้การดำเนินงานตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว

5.4.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจได้รับการบัญญัติให้เป็น (กฎหมาย) ลายลักษณ์อักษร ซึ่งในช่วงการปฏิรูปรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่ผ่านมาดังกล่าวข้างต้น เกิดการจัดทำประเพณีให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) การบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute)

การบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) เกิดขึ้นอย่างชัดเจนในสมัยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Gordon Brown ซึ่งมาจากพรรคแรงงาน (Labour Party) รัฐบาลของ Brown มีแนวคิดที่จะจัดทำพระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษให้มีความชัดเจนขึ้นโดยนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) ปรากฏภายใต้พระราชบัญญัติการอภิบาลและปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 (Constitutional Reform and Governance Act 2010)[78] เกิดการบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้กลายเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรใน 2 เรื่องที่สำคัญ กล่าวคือ ประการแรก เกี่ยวข้องกับความเป็นกลางทางการเมือง

---

[77] Robert Hazell. 2015. The United Kingdom. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 173–188, at 178.

[78] *Constitutional Reform and Governance Act* (2010) (England).

ของข้าราชการ และประการที่สอง เกี่ยวข้องกับการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าวฯ ส่วนที่ 1 บัญญัติถึงความเป็นกลางของผู้ที่จะเป็นข้าราชการ และจะต้องมีความเที่ยงธรรมในการปฏิบัติหน้าที่และปราศจากอคติใดๆ ข้าราชการของอังกฤษคือผู้ให้บริการประชาชน[79] กรณีนี้เป็นประเพณีแต่ดั้งเดิมและพระราชบัญญัติดังกล่าวมาบัญญัติให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

สำหรับส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติการอภิบาลและการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 บัญญัติเกี่ยวกับการเสนอหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ซึ่งแต่เดิมเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดที่มีผลผูกพันประเทศที่ฝ่ายบริหารได้กระทำขึ้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน และไม่น้อยกว่า 21 วัน ของแต่ละสภา ประเพณีนี้ได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว[80] และทำให้ประเพณีกลายเป็นกฎหมายที่มีความชัดเจนจนถึงปัจจุบัน

(2) การบัญญัติไว้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐบาลอังกฤษและรัฐบาลท้องถิ่น

กรณีนี้เกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาทในการเสนอกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ซึ่งได้ทำเป็นข้อตกลงบันทึกความเข้าใจ (MoU) ระหว่างรัฐบาลอังกฤษกับรัฐบาลสก๊อตแลนด์ (รัฐบาลท้องถิ่นภายใต้สหราชอาณาจักร) และภายใต้ MoU ดังกล่าว กำหนดว่ารัฐบาลอังกฤษมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อใช้บังคับในสก๊อตแลนด์ แต่การออกกฎหมายดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลภายในสก๊อตแลนด์ก่อน[81]

จะเห็นได้ว่า ข้อตกลงภายใต้ MoU เป็นการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรและมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น กรณีนี้จะได้นำไปถอดเป็นบทเรียนสำหรับประเทศไทยเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลของไทยกับรัฐบาลท้องถิ่น เพื่อสร้างมารยาทที่ดีในการปฏิบัติหน้าที่ระหว่างกัน อันเป็นการส่งเสริมความโปร่งใส ธรรมาภิบาลและการกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่น

(3) การบัญญัติโดยคณะกรรมาธิการของรัฐสภา

การนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติโดยคณะกรรมาธิการของรัฐสภา

---

[79] Ibid, Part 1.

[80] Ibid, Part 2.

[81] Memorandum of Understanding between the UK Government and the Devolved Administrations (2015).

มีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่สุดในปี ค.ศ. 2006 รัฐสภาได้ตั้งคณะกรรมาธิการร่วมของสภา (Joint Parliamentary Committee on Convention)[82] เพื่อทำหน้าที่เกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือจัดทำเป็นระเบียบ หรือตราเป็นกฎหมาย โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับกระบวนการทางนิติบัญญัติของทั้งสองสภา ประเด็นที่ถูกหยิบยกและมีผลในการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรคือ การวางกรอบระยะเวลาในการพิจารณาร่างกฎหมายของสภาทั้งสอง โดยเฉพาะสภาขุนนางซึ่งบ่อยครั้งร่างกฎหมายไปค้างอยู่ในชั้นพิจารณาของสภาขุนนางเป็นเวลานาน มติของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาเสนอให้สภาขุนนางมีระยะเวลาพิจารณาร่างกฎหมายที่เสนอมาจากสภาสามัญ 80 วัน ทั้งนี้ เว้นแต่มีเหตุอันสมควร[83] จะเห็นได้ว่าอังกฤษให้ความสำคัญกับการบัญญัติกฎหมายเป็นอย่างมาก การบัญญัติกฎหมายจึงถูกมองว่าเป็นเรื่องของการคุ้มครองและรองรับสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือการสร้างความยุติธรรมในสังคม ฉะนั้น หากการพิจารณาร่างกฎหมายที่นานเกินสมควรจึงถือว่าเป็นการปฏิเสธความยุติธรรมดังคำที่ว่า “Justice Delay Is Justice Denied”

การกำหนดกรอบระยะเวลาดังกรณีตัวอย่างในประเทศอังกฤษ อาจนำมาปรับใช้กับกรณีของประเทศไทยได้ใน 2 กรณีที่สำคัญ กล่าวคือ (1) การพิจารณาร่างกฎหมายของสภา หรือองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณากฎหมาย โดยอาจทำเป็นระเบียบปฏิบัติเพื่อวางกรอบระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น และ (2) การวางกรอบระยะเวลาในการตัดสินคดีความของศาลซึ่งปัจจุบันใช้ระยะเวลานานมาก กรณีนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ต่อไป

(4) การบัญญัติเป็นระเบียบภายในองค์กร หรือคำสั่งต่างๆ

การนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติเป็นระเบียบภายใน หรือเป็นคำสั่งในลักษณะต่างๆ เป็นวิธีที่นิยมนำมาใช้โดยทั่วไปในปัจจุบัน ซึ่งอาจนำประเพณีมาจัดทำเป็นประมวลจริยธรรม (Code of Conducts) เพื่อกำหนดแนวปฏิบัติขององค์กรนั้นๆ หรือกำหนดเป็นกฎหมายในระดับที่อ่อน กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มีผลผูกพันเฉพาะผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรนั้นๆ อาทิ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี หรือระเบียบของฝ่ายบริหาร ระเบียบของรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) หรือระเบียบของศาล เป็นต้น

---

[82] Joint Parliamentary Committee on Convention. 2006. **Convention of the UK Parliament.**

[83] Ibid, HL 265; HC 212.

ตัวอย่างของการนำประเพณีมาบัญญัติให้เป็นระเบียบภายในองค์กร หรือคำสั่งต่างๆ อาทิ ระเบียบของศาลยุติธรรมในอังกฤษ (The Guide to Judicial Conduct)[84] ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติและการวางตัวในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา หรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีของอังกฤษซึ่งมีมากมายหลายฉบับ และแต่ละฉบับเป็นการวางระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารและองค์กรที่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร อาทิ Ministerial Code of Conduct, Civil Service Code of Conduct และคู่มือปฏิบัติของคณะรัฐมนตรี (The Cabinet Manual)[85] เป็นต้น

การจัดทำประเพณีให้เป็นระเบียบภายในขององค์กร หรือเป็นคำสั่งต่างๆ ของอังกฤษทำให้ประเพณีมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นและส่งผลให้ประเพณีเป็นระเบียบแบบแผนที่ชัดเจนและบังคับใช้ได้มากยิ่งขึ้น อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยควรพิจารณาจัดทำระเบียบปฏิบัติในเรื่องต่างๆ เพื่อสร้างความชัดเจนในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ภาครัฐ กรณีนี้จะได้นำไปวิเคราะห์ต่อไป

5.5 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลอังกฤษ

ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์ รัฐธรรมนูญของอังกฤษเกิดจากหลักการและเอกสารหลายๆ ฉบับที่จัดทำขึ้นในช่วงเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองและพัฒนามา กลายมาเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน

อังกฤษไม่มีบทบัญญัติที่ให้ศาลนำประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีกรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ แตกต่างจากกรณีของประเทศไทยดังที่วิเคราะห์ในบทที่ 3 ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 อังกฤษได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญจาก Vinerian Professor Albert Venn Dicey, Oxford University เป็นอย่างมาก และดังที่ Dicey ได้เคยให้ข้อสังเกตไว้หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษประกอบด้วยสองส่วนที่สำคัญ กล่าวคือ กฎระเบียบที่เป็นกฎหมายไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเป็นจารีตประเพณี กรณีนี้ Dicey เรียกว่าเป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Written Constitution) และกฎระเบียบที่เกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติของสถาบันทางการเมือง

---

[84] Judge's Council. 2013. **Guide to Judicial Conduct.** England: Judiciary of England and Wales.

[85] ดูบทวิเคราะห์ใน Andrew Blick. (2014). The Cabinet Manual and the Codification of Convention. **Parliamentary Affairs**, 67, 1.

โดยยึดถือและประพฤติปฏิบัติสืบต่อกันมาเสมือนเป็นรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ Dicey เรียกว่า "ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ" (Constitutional Conventions) หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution)[86]

จะเห็นได้ว่า เรื่องของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษเป็นเรื่องที่เกิดจากการปฏิบัติ (Practices) ของสถาบันการเมืองดังตัวอย่างที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น แม้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะวางกรอบแนวปฏิบัติให้บุคคลหรือสถาบันทางการเมืองประพฤติปฏิบัติตาม แต่โดยธรรมชาติและลักษณะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่ถือเป็นกฎหมาย ฉะนั้น ไม่ว่าประเพณีดังกล่าวจะมีคุณค่ามากเพียงใด หรือได้รับการยอมรับ (Well-Established) หรือดีงามจนตกผลึกเป็นธรรมเนียมปฏิบัติเสมือนเป็นกฎหมายก็ไม่อาจบังคับใช้ในศาลได้[87]นอกจากไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลนำประเพณีการปกครองมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีแล้ว ประเด็นเรื่องนิติวิธีในการนำหลักการเรื่องประเพณีมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีจึงเป็นอีกกรณีที่อังกฤษมีความแตกต่างกับประเทศไทย

เมื่อเกิดการละเมิดประเพณีหรือเกิดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ถือปฏิบัติกันมาของสถาบันทางการเมือง อังกฤษอาศัยกลไกของรัฐสภาในการแก้ไขปัญหาตามหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ซึ่งถือเป็นการคืนอำนาจตัดสินใจให้แก่ประชาชนผ่านกระบวนการของรัฐสภาอันเป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยรัฐสภาเป็นผู้วางกรอบกฎหมายเพื่อสร้างความชัดเจนดังกล่าวข้างต้น การเคารพอำนาจระหว่างกันของทั้งสามอำนาจตั้งแต่อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเป็นประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่สำคัญ จึงไม่เคยปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีแต่อย่างใด และในทางปฏิบัติ ศาลจะส่งคืนอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นผู้ตัดสินใจดังคดี *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European*

---

[86] A.V. Dicey. 1883. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** และดูคำอธิบายใน บทที่ 4.

[87] Ibid (describing conventions as "the other set of rules consist of conventions, understanding, habits or practices which, though they may regulate the conduct of several members of the sovereign power, of the Ministers, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed 'the convention of the constitution', or constitutional morality.'). ดูคดี *Madzimbamuto v Lardner Burke* (1969) เป็นต้น.

Union (2017)[88] ที่เพิ่งผ่านพ้นไปเกี่ยวข้องกับการออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปของอังกฤษ หรือที่เรียกว่า “Brexit”

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงตัวอย่างการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่อาจเทียบเคียงได้กับของประเทศไทย แต่จากการสำรวจแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศอังกฤษพบว่ามีบางคดีที่สำคัญที่มีความเกี่ยวพันกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และสมควรนำมาพิจารณาเพื่อศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย สรุปได้ดังต่อไปนี้

5.5.1 คดี *Carltona Ltd. v Commissioners of Works* (1943)

คดี Carltona Ltd. v Commissioners of Works (1943)[89] เกิดขึ้นในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยผู้ฟ้องคดี (Carltona Ltd.) ร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Judicial Review) ของการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (Commissioners of Works) ซึ่งเป็นผู้ได้รับคำสั่งตามกฎหมายจากรัฐมนตรีให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินหรือที่ดินในครอบครองในช่วงเวลาที่เกิดสงคราม (Requisition Order)

คำสั่งดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจของ Defence (General) Regulation 1939 โดยให้อำนาจ Commissioners of Works เป็นผู้ยึดทรัพย์สินหรือที่ดินตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร Regulation ดังกล่าวบัญญัติให้เป็นอำนาจของ Minister of Works and Planning โดย Commisisoners of Works เป็นผู้ดำเนินการตามคำสั่งดังกล่าว กรณีนี้ผู้ฟ้องคดี (Carltona Ltd.) ขอให้ศาลวินิจฉัยว่าคำสั่งยึดทรัพย์สินของ Commissioners of Works ออกโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย และไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นคำสั่งที่ไม่มีการลงนามมอบอำนาจโดย Minister of Works and Planning ฉะนั้น จึงไม่มีอำนาจยึดทรัพย์สินได้ตามกฎหมาย ในคดีนี้ผู้พิพากษา Lord Greene ได้พิจารณาและวินิจฉัยว่า

> “คำสั่งดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว และคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นย่อมถือเป็นการตัดสินใจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นที่เจ้าหน้าที่สังกัดอยู่ ซึ่งรัฐมนตรีย่อม

---

[88] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 [19] (24 January 2017) (Supreme Court) (England and Wales).

[89] *Carltona Ltd. v Commissioners of Works* [1943] 2 All ER 560 (England and Wales).

> ต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภา และมีความรับผิดชอบในการกระทำใดๆ ที่เจ้าหน้าที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาได้กระทำไป"
> (Constitutionally, the decision of such an official is, of course, the decision of the minister. The minister is responsible. It is he who must answer before Parliament for anything that his officials have done under his authority ...)[90]

คดีดังกล่าวได้สร้างหลักการสำคัญของกฎหมายปกครองอังกฤษที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้กระทำไปตามขอบเขตของกฎหมายให้ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ หลักการดังกล่าวรู้จักกันในชื่อว่า "Carltona Doctrine"

จะเห็นได้ว่า คดีดังกล่าวมิได้กล่าวถึงประเพณีการปกครองหรือนำประเพณีการปกครองมาใช้โดยตรงแต่เป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินกับการดำเนินงานของฝ่ายบริหารภายใต้ความไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติ (Collective Ministerial Responsibility)[91] ตามหลักการการตรวจสอบและถ่วงดุลแห่งอำนาจ (Check and Balance) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยเฉพาะในระบบรัฐสภาของอังกฤษ

5.5.2 คดี *Ibralebbe v The Queen* (1964)

สำหรับคดี Ibralebbe v The Queen (1964)[92] มิได้เกี่ยวกับเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยตรงแต่เป็นเรื่องที่ Judicial Committee of the Privy Council

---

[90] Ibid [emphasis in original].

[91] เอกสารทางวิชาการหลายฉบับกล่าวถึงความสัมพันธ์ตามหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในคดีนี้ว่าเป็นเรื่อง Collective Ministerial Responsibility อาทิ Brian Thompson and Michael Gordon. 2017. **Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law.** Oxford: Oxford University Press, at 202 (arguing that in Carltona Ltd. v Commissioners of Works, Lord Greene MR placed considerable emphasis on the convention of ministerial responsibility in reaching his decision); Lisa Webley and Harriet Samuels. 2012. **Complete Public Law: Text, Cases, and Materials.** Oxford: Oxford University Press, at 376 (arguing that "in this case, the convention that subsequently became known as the 'doctrine of ministerial responsibility' led to the possibility that a decision under regulation 51(1) of the Defence (General) Regulation 1939 could be made by a civil servant within one of the government departments concerned.) เป็นต้น.

[92] *Ibralebbe v The Queen* [1964] 1 All E.R. 251 (Judicial Committee of the Privy Council) (England and Wales).

ได้พิจารณาวินิจฉัยวางหลักไว้ว่า ศาลที่มีอำนาจสูงสุดในการพิจารณาอรรถคดีของรัฐอาณานิคมซีลอน (Dominion of Ceylon) (ปัจจุบันคือประเทศศรีลังกา) คือ Judicial Committee of the Privy Council ซึ่งมีกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษ (The Queen) เป็นประธาน แม้ว่าศรีลังกาจะได้ประกาศเอกราชจากอังกฤษแล้วในปี ค.ศ. 1948 จนกว่ารัฐสภาของศรีลังกาจะประกาศให้สิ้นสุดไปโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ[93]

จะเห็นได้ว่า Judicial Committee of the Privy Council[94] มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลภายในประเทศศรีลังกาอยู่จนกว่ารัฐสภาจะประกาศให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข[95] และให้คำพิพากษาของ Judicial Committee of the Privy Council เป็นที่สุด[96]

5.5.3 คดี *Madzimbamuto v Lardner Burke* (1969)

คดี Madzimbamuto v Lardner Burke (1969)[97] เป็นอีกคดีที่สมควรกล่าวถึงเมื่อพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญและการตีความของศาล (Convention and the Court)[98] ในคดีดังกล่าว The Judicial Committee of the Privy Council ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่รัฐสภาอังกฤษตรากฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้ใน Rhodesia รัฐอาณานิคมซึ่งได้ประกาศตัวเป็นเอกราชออกจากอังกฤษ (Unilateral Declaration of Independence) (ปัจจุบันคือประเทศซิมบับเว)

---

[93] Ibid.

[94] สำหรับคำอธิบายเกี่ยวกับระบบศาลในรัฐอาณานิคมซึ่งมี Judicial Committee of the Privy Council ทำหน้าที่ดูแลอรรถคดีทั้งปวงดู Andrew Le Sueur. 2001. What is the future for the Judicial Committee of the Privy Council?. (Birmingham: The University of Birmingham). ดูรายละเอียดข้อมูลได้ทางเว็บไซต์ <https://www.jcpc.uk>.

[95] เขตอำนาจศาลของ Judicial Committee of the Privy Council สิ้นสุดไปในปี ค.ศ. 1972.

[96] ในคำพิพากษาคดีดังกล่าวมีการกล่าวถึงเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่า "... But according to constitutional convention it is unknown and unthinkable that His Majesty in Council should not give effect to the report of the Judicial Committee, who are thus in truth an appellate Court of law, to which by the statute of 1833 all appeals within their purview are referred. ..." และดูคำอธิบายใน H. Lauterpacht (ed). 1945. **Annual Digest and Report of Public International Law Cases 1935 – 1937 (International Law Reports: Volume 8).** London: Butterworth, at 73.

[97] *Madzimbamuto v Lardner Burke* [1969] AC 645 (23 July 1968) (Judicial Committee of the Privy Council) (England and Wales).

[98] นักกฎหมายรัฐธรรมนูญนำคดีนี้มาพิจารณาในประเด็นเรื่องการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีของศาลในประเทศอังกฤษ ซึ่งสรุปได้ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญไม่อาจบังคับใช้ในศาลได้ อาทิ Brian Thompson and Michael Gordon. 2017. **Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law.** Oxford: Oxford University Press, at 103.

ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญหรือไม่[99] โดยในคดีนี้ รัฐบาลของ Rhodesia กล่าวอ้างว่า การตรากฎหมายขึ้นเพื่อบังคับใช้ในรัฐอาณานิคมโดยประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษต้องได้รับความยินยอมจากรัฐบาลภายในประเทศนั้นๆ ก่อน

ในการพิจารณา Lord Reid ได้วินิจฉัยวางหลักที่เกี่ยวกับเรื่องการบังคับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญไว้ว่า

> "อาจกล่าวได้ว่า อาจเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหากไม่เคารพต่อประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่ยังอาจกล่าวได้ว่า การประกาศเอกราชแต่ฝ่ายเดียวจากสหราชอาณาจักร (ของ Southern Rhodesia) ย่อมหลุดพ้นจากการต้องเคารพประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และเรื่องของการประกาศใช้กฎหมายมิได้เกี่ยวกับกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่เกี่ยวข้องกับอำนาจทางกฎหมายของรัฐสภา ...."
> (It may be that it would be unconstitutional to disregard this convention. But it may also be that the unilateral Declaration of Independence released the United Kingdom from any obligation to observe the convention. Their lordship in declaring the law are not concerned with these matters. They are concerned only with the legal powers of Parliament ....)[100]

คดีนี้ปรากฏให้เห็นว่ามีประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่สำคัญว่า รัฐบาลอังกฤษจะไม่ตรากฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับกับรัฐอาณานิคมโดยมิได้รับความยินยอมจากรัฐบาลภายในของรัฐนั้นๆ และการฝ่าฝืนประเพณีดังกล่าวอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) อย่างไรก็ตาม ประเพณีเช่นว่านั้นก็ไม่อาจบังคับใช้ในศาลได้[101]

5.5.4 คดี *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* (1976)

คดี *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* (1976)[102] เป็นกรณีที่เป็นผลพวงมาจาก เหตุการณ์ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1964 ถึง 1970 ที่รัฐมนตรี Richard

---

[99] สำหรับภูมิหลังของคดีดังกล่าวดูคดี *Madzimbamuto v Lardner Burke* (1969).

[100] Ibid.

[101] Richard Clements. 2015. **Public Law.** Oxford: Oxford University Press, at 12 (arguing that "In ***Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1969] AC 645** the court observed that there was a convention that the UK would not legislate for the colony that was Rhodesia (now the independent country of Zimbabwe) without its consent.).

[102] *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* [1976] 3 All E.R. 484 (England and Wales).

Crossman ได้เก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการประชุมและแนวปฏิบัติของคณะรัฐมนตรีในช่วงสมัยที่ตนเป็นรัฐมนตรี ภายหลัง Richard Crossman ถึงแก่อสัญกรรมในปี ค.ศ. 1974 ข้อมูลดังกล่าวถูกนำมาเตรียมจัดพิมพ์ (Edit for Publication) และส่งสำเนาต้นฉบับให้คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติ แต่คณะรัฐมนตรีได้ปฏิเสธและห้ามมิให้มีการพิมพ์เผยแพร่ข้อมูลดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าข้อมูลดังกล่าวเป็นความลับของทางราชการ และขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Interest) โดยเฉพาะหากข้อมูลดังกล่าวถูกเปิดเผยย่อมกระทบต่อหลักการเรื่อง Collective Ministerial Responsibility

ในช่วงเวลาดังกล่าวหนังสือพิมพ์ Sunday Times ได้เริ่มพิมพ์เผยแพร่ข้อมูลบางส่วน (Extract) เป็นเหตุให้อัยการสูงสุดร้องขอให้ศาลมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวห้ามการเผยแพร่ดังกล่าว อัยการสูงสุดอ้างว่า ในทางปฏิบัติของคณะรัฐมนตรีมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเรียกว่า “Collective Ministerial Responsibility” โดยมีหลักการว่าการดำเนินการ การตัดสินใจหรือมติใดๆ ของคณะรัฐมนตรีย่อมผูกพันรัฐมนตรีทุกคนในคณะรัฐบาล ไม่ว่ารัฐมนตรีผู้นั้นจะเห็นด้วยหรือไม่ก็ตาม การเปิดเผยข้อมูลความเห็นของคณะรัฐมนตรีย่อมขัดต่อประเพณีดังกล่าว และก่อให้เกิดปัญหาที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะได้

ผู้ถูกฟ้องในคดีนี้ (Jonathan Cape Ltd.) อ้างว่าประเพณีเช่นว่านั้นมิใช่กฎหมาย จึงไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมาย และศาลไม่สามารถบังคับใช้โดยอาศัยประเพณีเช่นว่านั้นโดยไม่มีกฎหมายบัญญัติรองรับ ยิ่งกว่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีอ้างว่าหากการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะตามที่อัยการสูงสุดกล่าวอ้างจริง ควรจะมีบทบัญญัติกฎหมายบัญญัติรองรับห้ามการดำเนินการหรือการกระทำดังกล่าว

ในการพิจารณาวินิจฉัยศาลพิพากษายกฟ้อง โดยรับรองว่ามีประเพณีเกี่ยวกับ Collective Ministerial Responsibility ของคณะรัฐมนตรีอยู่จริง แต่ประเพณีดังกล่าวมิได้มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้จึงไม่สามารถบังคับใช้ได้[103]

นอกเหนือจากคดี *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* (1976) และคดีอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้น ยังมีหลายคดีที่มีการกล่าวถึงเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่ศาลไม่สามารถนำหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดีได้ เนื่องจากยังไม่ตกผลึกเป็นบทกฎหมาย อาทิ คดี *R v Secretary of State for Home Affairs,*

[103] Ibid.

Ex Parte Hosenball (1977)[104] หรือคดี *R v Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Cheblak* (1991)[105] เป็นต้น

5.5.5 คดี *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017)

คดี *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017)[106] หรือที่รู้จักกันว่าเป็นคดีการออกจากสมาชิกสหภาพยุโรปของอังกฤษ (สหราชอาณาจักร) หรือ "Brexit" โดย Supreme Court ของประเทศอังกฤษได้พิพากษาวางหลักซึ่งเกี่ยวพันกับการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมากที่สุด และวางหลักสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

การออกจากสมาชิกสหภาพยุโรปซึ่งรัฐบาลจะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามผลประชามติ (Referendum) เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2016 ที่ให้อังกฤษออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ต้องดำเนินการตามมาตรา 50 ของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป (Article 50 of the Treaty on European Union)[107] ซึ่งวางหลักไว้ว่า "รัฐสมาชิกใดอาจตัดสินใจออกจากสหภาพได้โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ"[108] ฉะนั้น จึงมีประเด็นว่ารัฐบาลสามารถดำเนินการไปตามผลประชามติได้เลยหรือมีเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่รัฐบาลต้องดำเนินการก่อน

คดีนี้ Supreme Court ได้พิจารณาและวินิจฉัยว่า แม้ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ แต่มีเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญว่าการดำเนินการใดๆ ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาและการต่างประเทศ รัฐบาลในฐานะผู้ใช้อำนาจบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนถึงจะดำเนินการได้[109] และในวรรคท้ายของคำพิพากษาดังกล่าว (para. 87(5)) มีการกล่าวถึงหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญไว้ว่า การดำเนินการออกจากสมาชิกสหภาพยุโรปตามมาตรา 50 ของสนธิสัญญา

---

[104] *R v Secretary of State for Home Affairs, Ex Parte Hosenball* [1977] 1 W.L.R. (Court of Appeal) (England and Wales).

[105] *R v Secretary of State for the Home Dpeartment, Ex Parte Cheblak* [1991] 2 All E.R. 319, 1 W.L.R. 890 (Court of Appeal) (England and Wales).

[106] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 [19] (24 January 2017) (Supreme Court) (England and Wales).

[107] Article 50 of the Treaty on European Union.

[108] Ibid, art. 50.1 states that "Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements." [emphasis in original].

[109] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 [19] (24 January 2017) (Supreme Court) (England and Wales).

สหภาพยุโรปของรัฐบาลอาจจะไม่สอดคล้องกับกฎหมายเนื่องจากเป็นการหลบหลีกเงื่อนไขและประเพณีที่ทางรัฐบาลอังกฤษมีกับกับรัฐสภาของสก๊อตแลนด์ยอมรับระหว่างกัน[110]

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาในคดีดังกล่าวคงจะถือมิได้ว่าเป็นการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ เป็นเพียงการแสดงความสัมพันธ์ของหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครองซึ่งถือเป็นพื้นฐานทางประเพณีการปกครองของอังกฤษ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษกล่าวว่า” หลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง” เป็น “Common Law Tradition”[111] และจากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอำนาจการปกครองทั้งสามอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการทำงานกันอย่างสมดุลและลงตัว การบังคับให้เป็นไปตามผลประชามติในการออกจากสมาชิกสหภาพยุโรปเป็นอำนาจของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) และรัฐบาลย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจจากรัฐสภา ขณะที่รัฐสภาย่อมต้องเคารพการตัดสินใจของประชาชนโดยมิอาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขผลประชามติดังกล่าวได้[112]

5.6 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ซึ่งจากการศึกษาภูมิหลังทางประวัติศาสตร์พบว่าอังกฤษเป็นต้นแบบการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาใช้ในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง (กษัตริย์) เป็นประเทศแรกโดยมีเหตุการณ์เกิดขึ้นสามครั้งที่สำคัญ และแต่ละครั้งก่อให้เกิดเอกสารที่กลายเป็นรัฐธรรมนูญอังกฤษ ได้แก่ มหาบัตร Magna Carta เอกสารคำขอสิทธิ Petition of Rights และพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1689

รัฐธรรมนูญของอังกฤษก่อให้เกิดรูปแบบการปกครองที่สำคัญ กล่าวคือ การปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญและการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง

---

[110] คำพิพากษาดังกล่าวอ้างถึง Sewel Convention ซึ่งเป็นประเพณีเกี่ยวกับมารยาทในการเสนอร่างกฎหมาย Ibid, para. 87(5) (“The purported giving of a notification under Article 50 TEU by unilateral act of the Crown in right of the Government of the United Kingdom would be unlawful because it would : (5) circumvent the requirement for the UK and Scottish Parliament to address whether, under establish constitutional convention, the consent of the Scottish Parliament should be sought for such changes.”).

[111] Hilaire Barnett. 2014. **Constitutional and Administrative Law.** London: Rougtledge, at 59.

[112] ดูประเพณีที่เกี่ยวกับการลงประชามติของอังกฤษข้างต้น.

ออกเป็น 3 ทาง ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ อังกฤษได้กลายเป็นต้นแบบของระบบรัฐสภาโดยมีกษัตริย์เป็นประมุขของประเทศ ซึ่งมีอิทธิพลต่อรูปแบบการปกครองและโครงสร้างทางการเมืองของต่างๆ โดยเฉพาะประเทศในเครือจักรภพ ประเทศที่เคยเป็นเครือจักรภพ ประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law และประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ทุกประเทศทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยและกลุ่มประเทศตัวอย่างที่จะนำมาศึกษาในบทต่อไป

ในช่วงที่จัดทำรัฐธรรมนูญอังกฤษยังก่อให้เกิดประเพณีการปกครองซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญดั้งเดิมที่หลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทย ได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ (1) ระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ถูกจำกัดภายใต้กฎหมายและรัฐธรรมนูญ (2) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ซึ่งถือว่าอำนาจของสภาเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศและเป็นอำนาจที่มีที่มาจากประชาชน (3) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภายังมีความสัมพันธ์กับที่มาของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร และต้องบริหารราชการแผ่นดินภายใต้ความไว้วางใจของสภา (สภาสามัญ) (4) การควบคุมโดยฝ่ายตุลาการซึ่งศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (5) หลัก “The King Can Do No Wrong” ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักการว่าด้วยความคุ้มกันของผู้เป็นประมุขแห่งรัฐ (Sovereign Immunity)

นอกเหนือจากประเพณีการปกครองที่กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญดั้งเดิม อังกฤษได้มีการปฏิรูปรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแก้ไข ตลอดจนการปรับปรุงและบัญญัติประเพณีให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งสรุปได้ใน 3 ลักษณะสำคัญ กล่าวคือ

ประการแรก เกิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่ๆ อาทิ ประเพณีที่เป็นมารยาทในการเสนอร่างกฎหมาย ประเพณีที่เป็นหลักความได้สัดส่วนของการแต่งตั้งสภาขุนนาง (วุฒิสภา) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการลงประชามติ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิบัติของรัฐสภา ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการขอความเห็นชอบจากสภาในการใช้กองกำลังทหารเพื่อการสงคราม

ประการที่สอง การปรับปรุงประเพณีที่ล้าสมัยให้มีความสอดคล้องรองรับกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน กรณีนี้เกี่ยวกับความรับผิดของคณะรัฐมนตรี (The Principle of Collective Cabinet)

ประการที่สาม ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ได้รับการบัญญัติหรือจัดทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร และปรากฏอยู่ใน 4 รูปแบบที่สำคัญ ได้แก่ กลายเป็นกฎหมาย (Statute) จัดทำเป็นข้อตกลง MoU เป็นมติของคณะกรรมาธิการของรัฐสภา และเป็นระเบียบภายใน คู่มือหรือคำสั่งต่างๆ

กล่าวได้ว่า อังกฤษเป็นต้นแบบและบ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญ รวมตลอดทั้งเป็นแม่แบบให้แก่ประเทศต่างๆ ที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขกรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษ จะได้นำไปถอดบทเรียนสำหรับประเทศไทยในแต่ละประเด็นที่เกี่ยวข้องต่อไป ในบทต่อไปจะได้ศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ซึ่งแบ่งตามกลุ่มการศึกษาและอาจกล่าวได้ว่าแต่ละประเทศได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง ตลอดจนประเพณีการปกครองและทางรัฐธรรมนูญมาจากอังกฤษ

บทที่ 6
กลุ่มประเทศในเครือจักรภพ : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย

6.1 ภูมิหลัง

จากอังกฤษสู่ประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm) บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย โดยศึกษาจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ พัฒนาการทางการเมืองที่สะท้อนให้เห็นถึงระบอบการปกครองรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ลักษณะสำคัญของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียคือ กลไกและกระบวนการทางรัฐธรรมนูญที่สถาบันทางการเมืองอาศัยธรรมเนียมที่ประพฤติปฏิบัติกันมาหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร[1] ฉะนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงทำหน้าที่วางหลักการและแนวปฏิบัติให้แก่สถาบันทางการเมืองไว้อย่างกว้างๆ ขณะที่ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นกลไกในการกำหนดกระบวนการต่างๆ ทางรัฐธรรมนูญที่ทำให้บรรลุผลในทางปฏิบัติ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่อุดช่องว่างของกฎหมายที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมิได้กล่าวไว้ อาจกล่าวได้ว่า ออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศในเครือจักรภพได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญมาจากประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศต้นแบบ สถานะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงมีความสำคัญเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เมื่อเกิดการฝ่าฝืนประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติกันมาจึงเกิดเป็นวิกฤติการณ์ของรัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis) ดังกรณีที่ปรากฏในปี ค.ศ. 1975[2] และก่อให้เกิดการปรับปรุงแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการผลักดันให้มีการบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นในประเทศออสเตรเลีย (Codifying Conventions)[3] กรณีประเทศออสเตรเลียจึงมี

---

1 Ian Killey. 2009. **Constitutional Conventions in Australia: An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions.** North Melbourne: Australian Scholarly Publishing.

2 Bredan Lin. 2017. **Australia's Constitution after Whitlam.** Cambridge: Cambridge University Press.

3 Peter H. Russell. 2015. Codifying Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges,** 233–248.

ความสำคัญต่อการศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทยเป็นอย่างยิ่ง

ออสเตรเลีย หรือเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) ดินแดนซึ่งครั้งหนึ่งประกอบด้วยชนพื้นเมืองเผ่าต่างๆ อาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก (Indigenous People) ชนพื้นเมืองของออสเตรเลียถูกภัยคุกคามจากการอพยพและตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรป และการตั้งรัฐทัณฑนิคม (Penal Colony) ของอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 18 ส่งผลให้จำนวนประชากรของชนพื้นเมืองลดลงเป็นอย่างมาก ผู้อพยพซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวอังกฤษได้จัดตั้งอาณานิคมขึ้นในหกรัฐและเริ่มปกครองตนเองในระบบรัฐสภาที่มีต้นแบบมาจากอังกฤษ และในที่สุด ในปี ค.ศ. 1901 ชาวอาณานิคมทั้ง 6 รัฐ ได้รวมตัวกันสถาปนาเป็นสหพันธรัฐหรือเครือรัฐออสเตรเลียที่ปรากฏมาจนถึงปัจจุบัน โดยได้นำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federation) ของสหรัฐอเมริกามาผสมผสาน[4] การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียจะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็นสองส่วนที่สำคัญ กล่าวคือ การศึกษาระบอบการปกครอง รัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย และการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญซึ่งศึกษาจากกรณีที่เกิดขึ้นในช่วงวิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975[5]

6.2 รัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมาย และการตีความของศาลในออสเตรเลีย

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพัฒนาการทางการเมืองของประเทศออสเตรเลียซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงรูปแบบการปกครองที่ปรากฏในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการจัดระเบียบการปกครองประเทศ ระบบกฎหมายและการตีความกฎหมายของศาลซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้วางกรอบนิติวิธีในการใช้ดุลยพินิจของศาล

6.2.1 พัฒนาการทางการเมือง และระบอบการปกครองของออสเตรเลีย

ออสเตรเลียมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์

---

[4] Bredan Lin. 2017. **Australia's Constitution after Whitlam.** Cambridge: Cambridge University Press.

[5] Jeffrey R. Archer and Graham Maddox. (1976). The 1975 Constitutional Crisis in Australia. **Journal of Commonwealth and Comparative Politics,** 14(2): 141-157.

ทรงเป็นประมุข ประมุขแห่งรัฐของออสเตรเลียคือสมเด็จพระนางเจ้าอลิซาเบธที่ 2 กษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษ ออสเตรเลียมีระบบรัฐสภาซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงมาจากอังกฤษและมีรูปแบบรัฐบาลที่เป็นสหพันธรัฐที่ได้รับอิทธิพลมาจากสหรัฐอเมริกา และก่อนการเปลี่ยนรูปแบบการปกครองไปสู่สหพันธรัฐ (Federation) ออสเตรเลียได้รับอิทธิพลของระบอบการปกครองในระบบรัฐสภามาจากอังกฤษ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการย้ายถิ่นฐานและการตั้งรัฐทัณฑนิคมของอังกฤษ การค้นพบออสเตรเลียเกิดขึ้นโดยนักเดินเรือชาวยุโรปเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1606 มีการจัดทำแผนที่ของออสเตรเลียในช่วงดังกล่าวจนถึง ปีค.ศ. 1770 ขณะนั้น ชาวยุโรปรู้จักออสเตรเลียว่า “นิวฮอลแลนด์” (New Holland)

ในปี ค.ศ. 1770 เจมส์ คุก (James Cook) เดินทางมาสำรวจออสเตรเลียและทำแผนที่ชายฝั่งตะวันออกของออสเตรเลีย และประกาศให้ดินแดนดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของอังกฤษซึ่งเป็นที่รู้จักจนถึงปัจจุบันคือ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) หลังจากนั้นอังกฤษได้ใช้ดินแดนนี้เป็นสถานที่ตั้งของทัณฑสถานและเมื่ออังกฤษไม่สามารถส่งนักโทษไปยังทวีปอเมริกาเหนือได้อีกหลังจากการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1787 อังกฤษจึงหันไปใช้ออสเตรเลียเป็นทัณฑนิคมแทน ผู้ตั้งถิ่นฐานในประเทศออสเตรเลียในยุคแรกส่วนใหญ่จึงเป็นนักโทษและครอบครัวของทหารชาวอังกฤษ

ในปี ค.ศ. 1793 เริ่มมีผู้อพยพเสรีจากประเทศต่างๆ เข้ามาตั้งถิ่นฐานตามชายฝั่งต่างๆ ของออสเตรเลีย โดยเฉพาะเกาะแทสเมเนีย (Tasmania) และมีการตั้งเป็นอาณานิคม อังกฤษได้ประกาศสิทธิในฝั่งตะวันตกของออสเตรเลียในปี ค.ศ. 1829 และเริ่มมีการตั้งอาณานิคมแยกขึ้นมาอีกหลายแห่ง ได้แก่ ออสเตรเลียใต้ (South Australia) วิกตอเรีย (Victoria) และควีนส์แลนด์ (Queensland) แยกออกมาจากนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) และตามด้วยออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia) ในช่วงเวลานี้เองที่ระบบกฎหมายของอังกฤษ (English law) ได้รับการปลูกฝังไปในการปกครองของบรรดารัฐอาณานิคม ฉะนั้น แนวคิดเรื่องสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากรัฐธรรมนูญอังกฤษภายใต้มหาบัตร Magna Carta คำขอสิทธิ Petition of Rights และ Bill of Rights 1689 จึงได้รับการปลูกฝังในรัฐอาณานิคม มีการปกครองตนเองในระบบรัฐสภาภายในรัฐอาณานิคมต่างๆ ซึ่งถอดรูปแบบมาจากอังกฤษ ตัวอย่างเช่น สภานิติบัญญัติแห่งนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales Legislative Council) ตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1825 เป็นสภานิติบัญญัติที่เก่าแก่ที่สุดในออสเตรเลีย

ระหว่างปี ค.ศ. 1848 ถึง 1868 มีการรณรงค์ให้ยกเลิกการขนส่งนักโทษเข้ามาในดินแดนอาณานิคมของอังกฤษ และภายหลังการขนส่งนักโทษได้ยุติอย่างเป็นทางการ รัฐอาณานิคมได้รวมตัวกันเป็นสหพันธรัฐภายใต้เครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) ในปีค.ศ. 1901 ประกอบด้วย 6 รัฐ ได้แก่ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) วิกตอเรีย (Victoria) ควีนส์แลนด์ (Queensland) ออสเตรเลียใต้ (South Australia) ออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia) และแทสเมเนีย (Tasmania) โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ (Constitution of the Commonwealth of Australia 1901)[6] ตรงจุดนี้เองที่ออสเตรเลียรับเอาแนวคิดเรื่องสหพันธรัฐ (Federation) ของสหรัฐอเมริกามาผสมผสานกับระบบรัฐสภาของอังกฤษ

ออสเตรเลียได้ส่งทหารเข้าร่วมรบในสงครามโลกครั้งที่ 1 ร่วมกับฝ่ายสัมพันธมิตร ประกอบด้วย อังกฤษ รัสเซีย และฝรั่งเศส และภายหลังสงครามโลก ฝ่ายสัมพันธมิตรเป็นฝ่ายได้รับชัยชนะ ออสเตรเลียจึงได้รับการรับรองสถานะให้เป็นรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศและระดับระหว่างประเทศ รัฐบาลอังกฤษได้ให้หลักประกันแก่รัฐในเครือจักรภพ รวมทั้งออสเตรเลียภายใต้ Statute of Westminster 1931 ว่าเป็นทุกรัฐในเครือจักรภพของอังกฤษ มีอธิปไตยในการปกครองตนเองโดยมีรัฐบาลที่มีอำนาจในการตัดสินใจทั้งกิจการภายในและกิจการภายนอกอย่างเสรี และให้มีกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขของรัฐ รัฐบาลออสเตรเลียได้ให้การรับรอง Statute of Westminster 1931 ดังกล่าวในปี ค.ศ. 1942 นับเป็นการยุติบทบาทของรัฐบาลอังกฤษในกิจการของประเทศออสเตรเลีย

ปัจจุบันออสเตรเลียมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข[7] โดยเป็นรูปแบบผสม กล่าวคือ มีการปกครองในระบบรัฐสภาตามแบบของอังกฤษและมีรูปแบบรัฐบาลเป็นสหพันธรัฐแบบสหรัฐอเมริกา โครงสร้างของสถาบันทางการเมืองของออสเตรเลียสรุปได้ดังนี้

ประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) คือกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษ โดยมีตำแหน่งข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ซึ่งแต่งตั้งจากกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษ เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ โดยมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดินทั้งปวง

---

[6] *The Constitution of the Commonwealth of Australia* (1901) (Australia).

[7] ในปี ค.ศ. 1999 รัฐบาลออสเตรเลียจัดให้มีการลงประชามติว่าจะให้ประเทศเป็นสาธารณรัฐ (Republic) ที่มีประมุขเป็นประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งหรือไม่ คะแนนมากกว่าร้อยละ 55 ของการลงประชามติลงคะแนนปฏิเสธ.

ในออสเตรเลีย อำนาจดังกล่าวรวมทั้งการแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี ผู้พิพากษา และตำแหน่งสำคัญๆ อำนาจในการยุบสภา อำนาจในการให้ความเห็นชอบกฎหมาย และอำนาจลงนามบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น[8]

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) มีรัฐสภาของประเทศออสเตรเลียซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจในการตรากฎหมาย รัฐสภาของออสเตรเลียเป็นระบบสองสภา (Bicameral) โดยได้รับอิทธิพลมาจากระบบ “Westminster System” ของอังกฤษ และระบบ “Federalism” ของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ สภาล่างหรือสภาผู้แทนราษฎร (House of Representative) ถอดแบบมาจากอังกฤษ ทำหน้าที่ในการออกกฎหมาย และวางแนวในการปฏิบัติให้แก่ฝ่ายบริหารและตุลาการ และสภาสูงหรือวุฒิสภา (Senate) ซึ่งถอดแบบมาจากรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่เป็นผู้กลั่นกรองกฎหมาย[9]

ฝ่ายบริหาร (Executive) มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร (Head of the Government) และมีคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร (สภาล่าง) ฉะนั้น นายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร[10] สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลแนวความคิดของระบบรัฐสภาอังกฤษ การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีในออสเตรเลียมีประเพณีสำคัญอยู่ประการหนึ่งคือ รัฐมนตรีมีความรับผิดชอบทั้งคณะในมติ การตัดสินใจ หรือนโยบายของคณะรัฐมนตรี หากรัฐมนตรีคนใดไม่เห็นด้วยกับการดำเนินงานดังกล่าวจะต้องลาออกจากตำแหน่ง เพื่อแสดงความรับผิดชอบ แสดงให้เห็นถึงความตระหนักในผลประโยชน์ของประเทศมากกว่าผลประโยชน์ของกลุ่มการเมือง กรณีนี้อาจแตกต่างกับบางประเทศที่นักการเมืองบางกลุ่มในพรรคร่วมรัฐบาลเข้าร่วมเป็นรัฐบาลเพียงเพื่อต้องการประโยชน์ทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) ซึ่งแต่งตั้งโดยข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี จะเห็นได้ว่า ผู้พิพากษาในออสเตรเลียมาจากการแต่งตั้ง โดยคัดเลือกจากผู้มีประสบการณ์ในสาขานิติศาสตร์ อาทิ ที่ปรึกษากฎหมาย (Lawyers) ทนายความในชั้นศาล (Advocates) นักกฎหมาย (Jurists) อัยการ (Attorneys) หรืออาจารย์มหาวิทยาลัย (Scholars) ศาลสูงของออสเตรเลีย (High

---

[8] *The Constitution of the Commonwealth of Australia* (1901) (Australia).

[9] Ibid.

[10] Ibid.

[11] Ibid.

Court of Australia) มีอำนาจควบคุมและตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและการกระทำของรัฐบาลและให้เป็นที่สุด[11] โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลสูงออสเตรเลียมีลักษณะคล้ายคลึงกับศาลรัฐธรรมนูญไทยในเรื่องการควบคุมกฎหมายที่ตราขึ้นของฝ่ายนิติบัญญัติ (Acts of Parliament) และศาลปกครองของไทยในเรื่องการตรวจสอบกฎหมายลำดับรองและการกระทำของฝ่ายบริหาร (Acts of Government)

รัฐและการปกครองภายในรัฐ (State and Local Government) ออสเตรเลียประกอบด้วย 6 รัฐดังกล่าวข้างต้น และมีเขตการปกครองเพิ่มเติม 2 เขต ได้แก่ เขตเมืองหลวง (Australian Capital Territory) กับนอร์เทิร์นเทร์ริทอรี่ (Northern Territory) โดยแต่ละรัฐจะมีรัฐบาลและสภาท้องถิ่น สภาท้องถิ่นจะประกอบด้วยสภาสูงและสภาล่าง ยกเว้นในรัฐควีนส์แลนด์และเขตการปกครองเพิ่มเติม 2 เขต ซึ่งมีเพียงสภาเดียว การปกครองภายในรัฐจะมีนายกเทศมนตรี (Premier) เป็นหัวหน้าของรัฐบาลท้องถิ่น[12] ลักษณะคล้ายคลึงกับรูปแบบรัฐบาลในสหรัฐอเมริกา และมีข้าหลวงประจำรัฐ (Governor) ทำหน้าที่เหมือนข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) แต่ในระดับที่รองลงมา

6.2.2 รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย

รัฐธรรมนูญปี ค.ศ 1901 (Constitution of the Commonwealth of Australia 1901)[13] เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของออสเตรเลีย และเป็นฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม การศึกษารัฐธรรมนูญของออสเตรเลียยังมีความเกี่ยวพันกับเอกสารหลายฉบับซึ่งมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่การตั้งรกรากของชาวยุโรปใน ปีค.ศ. 1788 สรุปพัฒนาการของรัฐธรรมนูญออสเตรเลียได้ดังนี้

(1) กฎหมายในช่วงการตั้งถิ่นฐานของชาวยุโรป (White European Settlement) ในปี ค.ศ. 1788

ก่อนการตั้งรกรากของชาวยุโรปตามชายฝั่งของออสเตรเลียในปีค.ศ. 1788 การเดินทางเข้ามายังออสเตรเลียของชาวยุโรปและนักเดินเรือเป็นเพียงแค่การสำรวจของนักเดินทางเท่านั้น จุดเริ่มต้นของการตั้งรกรากในออสเตรเลีย เริ่มนับตั้งแต่การสำรวจของ เจมส์ คุก (James Cook) ในปี ค.ศ. 1770 ซึ่งมีการอ้างสิทธิให้ชายฝั่งตะวันออกของออสเตรเลียเป็นเขตปกครองหรือดินแดนของอังกฤษ นักประวัติศาสตร์ให้ข้อสังเกตว่าการอ้างสิทธิดังกล่าวของอังกฤษมิได้มีความชัดเจนแบบในปัจจุบัน

---

[12] Ibid.

[13] *The Constitution of the Commonwealth of Australia* (1901) (Australia).

แต่อย่างใด แต่เป็นที่แน่ชัดเรื่องหนึ่งว่า ไม่มีการรับฟังความเห็นของชนพื้นเมืองต่างๆ ที่อาศัยอยู่ในออสเตรเลีย และไม่มีการจัดทำเป็นสนธิสัญญาแต่อย่างใด ฉะนั้น การอ้างสิทธิดังกล่าวของอังกฤษจึงถูกค้านโดยประเทศต่างๆ ในยุโรปที่เข้ามาในออสเตรเลียตามหลักการเรื่อง Terra Nullius (No Man's Land) ในกฎหมายระหว่างประเทศ[14] ด้วยความปรารถนาที่จะครอบครองออสเตรเลีย อังกฤษได้ประกาศจัดตั้งอาณานิคมขึ้นในออสเตรเลียในแถบโบตานี เบย์ (Botany Bay) ปัจจุบันอยู่ในนครซิดนีย์ (Sydney) รัฐนิวเซาท์เวลส์ (NSW) มีการตั้งผู้ว่าราชการในอาณานิคมของอังกฤษขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1786

การตั้งอาณานิคมก่อให้เกิดการย้ายถิ่นฐานของชาวยุโรป โดยเฉพาะชาวอังกฤษ และการตั้งทัณฑสถานสำหรับนักโทษ เกิดการขนย้ายนักโทษเป็นจำนวนมากจากอังกฤษ และการขนย้ายนักโทษสิ้นสุดในปี ค.ศ. 1848 ดังกล่าวข้างต้น ในช่วงเวลาดังกล่าว อาณานิคมต่างๆ ได้แยกตัวออกจากอาณานิคมนิวเซาท์เวลส์ ได้แก่ แทสเมเนียในปี ค.ศ. 1825 ออสเตรเลียตะวันตกในปี ค.ศ. 1832 ออสเตรเลียใต้ในปี ค.ศ. 1836 วิกตอเรียในปี ค.ศ. 1851 และควีนส์แลนด์ในปี ค.ศ. 1859

(2) กฎหมายในช่วงที่มีรัฐบาลปกครองตนเองในอาณานิคมทั้งหก

ระหว่างปี ค.ศ. 1855 ถึง 1890 รัฐอาณานิคมทั้งหกเริ่มมีการปกครองตนเอง (Responsible Government) ในกำกับดูแลของจักรวรรดิอังกฤษภายใต้พระราชบัญญัติจัดการรัฐอาณานิคม (Colonial Laws Validity Act 1865)[15]

ภายใต้กฎหมายดังกล่าว รัฐบาลอังกฤษมีอำนาจควบคุมและจัดการกิจการต่างๆ ของรัฐอาณานิคมทั้งหก อาทิ การต่างประเทศ การป้องกัน และการขนส่งทรัพยากร เป็นต้น กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลอังกฤษ (Imperial) กับรัฐอาณานิคม (Colony) และบัญญัติให้กฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับของรัฐอาณานิคมให้มีผลใช้บังคับได้เฉพาะภายในรัฐอาณานิคมนั้นๆ และให้ใช้ได้เฉพาะที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของอังกฤษที่ใช้บังคับกับอาณานิคม จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาของอังกฤษ ได้จัดลำดับศักดิ์ของกฎหมายของรัฐอาณานิคมโดยถือว่ากฎหมายของรัฐอาณานิคมมีลำดับศักดิ์รองกว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษ ฉะนั้น ในทางปฏิบัติ กฎหมายที่ประกาศใช้ในอาณานิคมจึงถูกยกเลิกหรือเพิกถอนเป็นจำนวนมากเนื่องจากมีข้อความที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย

---

[14] หลักการเรื่อง *Terra Nullius* ถูกกล่าวถึงในหลายคดี อาทิ R v Tommy (Monitor, 29 November 1827).

[15] *The Colonial Laws Validity Act* (1865) (England).

ของอังกฤษ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในแต่ละรัฐอาณานิคมถูกแต่งตั้งมาจากขุนนางและเชื้อพระวงศ์อังกฤษ และผู้พิพากษาให้ความสำคัญกับกฎหมายอังกฤษมากกว่ากฎหมายของรัฐอาณานิคม ไม่ว่าจะมีความเกี่ยวพันกับรัฐอาณานิคมหรือไม่

(3) รัฐธรรมนูญฉบับแรก และการปกครองแบบสหพันธรัฐ

ความพยายามในการจัดตั้งรัฐบาลแบบสหพันธรัฐปรากฏขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1885 โดยมีการจัดตั้งสภาระดับมลรัฐแห่งออสเตรเลีย (Federal Council of Australia) แต่สภาดังกล่าวยังขาดประสิทธิภาพในการดำเนินงาน ขอบเขตอำนาจและหน้าที่ยังไม่มีความชัดเจน และในช่วงปี ค.ศ. 1890 เป็นต้นมาจนถึง ปี ค.ศ. 1900 มีความพยายามในการจัดตั้งรัฐบาลแบบสหพันธรัฐออสเตรเลีย และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดกติกาและระเบียบในการปกครองภายในรัฐขึ้นเป็นครั้งแรก

ในปี ค.ศ. 1900 รัฐบาลอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองเครือรัฐออสเตรเลีย หรือรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย ค.ศ. 1900 (The Commonwealth of Australia Constitution Act 1900)[16] พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1901 และก่อให้เกิดการรวมตัวกันของรัฐอาณานิคมทั้งหกเป็นเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia) ที่ปรากฏมาจนถึงปัจจุบัน[17] รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวซึ่งใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบันบัญญัติรองรับความสัมพันธ์ของอำนาจระหว่างรัฐบาลในแต่ละรัฐอาณานิคม โดยให้มีรัฐบาลกลาง (Federal Government) และรัฐสภาในระดับสหพันธ์ (Federal Parliament) ทำหน้าที่ในการบริหารประเทศและตรากฎหมายขึ้นเพื่อใช้บังคับตามลำดับ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้มีกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขของรัฐ โดยให้มีตำแหน่งข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ขึ้นทำหน้าที่แทนพระองค์ และในระยะแรกเริ่มตำแหน่งดังกล่าวถูกแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐบาลอังกฤษ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญของออสเตรเลียได้ปรับใช้หลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญอังกฤษที่ปรากฏในมหาบัตร Magna Carta 1215 คำขอสิทธิ Petition of Rights 1628 และพระราชบัญญัติ Bill of Rights 1689

---

[16] *The Constitution of the Commonwealth of Australia* (1901) (Australia).

[17] รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีการแก้ไขหลายครั้ง ได้แก่ การแก้ไขในปี ค.ศ. 1906 ปี ค.ศ. 1909 ปี ค.ศ. 1928 ปี ค.ศ. 1946 ปี ค.ศ. 1967 และแก้ไขในปี ค.ศ. 1977 อีก 3 ครั้ง.

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญออสเตรเลียไม่มีการบัญญัติถึงการนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลแบบรัฐธรรมนูญของประเทศไทย แต่ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกิดจากธรรมเนียมและระเบียบแบบแผนที่สถาบันทางการเมืองประพฤติปฏิบัติมาอย่างสม่ำเสมอ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียจะได้กล่าวต่อไป

(4) การเปลี่ยนรูปแบบปกครองเป็นพระมหากษัตริย์พระองค์เดียว

ในช่วงปี ค.ศ. 1927 มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องของตำแหน่งประมุขแห่งรัฐของออสเตรเลียและบรรดารัฐในเครือจักรภพของอังกฤษ กล่าวคือ อังกฤษมีการเปลี่ยนแปลงจากจักรวรรดิอังกฤษ (British Empire) ไปสู่การเป็นเครือจักรภพ (Commonwealth Realm) มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งประมุขของรัฐในแต่ละรัฐภายใต้พระราชบัญญัติตำแหน่งกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษและรัฐสภา ค.ศ. 1927 (British Royal and Parliamentary Titles Act 1927)[18] จากเดิมที่กษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขในแต่ละรัฐอาณานิคม (Imperial Crown) เป็นการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นประมุของค์เดียวกัน (Shared Monarch)

จะเห็นได้ว่า ตำแหน่งประมุขของรัฐส่งผลเปลี่ยนแปลงต่อสถานะของรัฐอาณานิคมต่างๆ รวมทั้งออสเตรเลีย กล่าวคือ เปลี่ยนแปลงจากการเป็นรัฐภายใต้การปกครองของอังกฤษ (Dominions) หรืออาณานิคม (Colony) เป็นรัฐ/ประเทศในเครือจักรภพของอังกฤษโดยมีกษัตริย์องค์เดียวกันเป็นประมุขของประเทศ

(5) อำนาจทางนิติบัญญัติของออสเตรเลีย

สำหรับรัฐสภาของออสเตรเลียมีอำนาจที่เป็นอิสระจากการตัดสินใจของรัฐสภาอังกฤษภายใต้ Statute of Westminster 1931[19] รัฐบาลออสเตรเลียได้ให้การรับรองในปี ค.ศ. 1942 เป็นผลให้ Colonial Laws Validity Act 1865 เป็นอันยกเลิกไป และในที่สุดในปี ค.ศ. 1986 รัฐสภาออสเตรเลียได้รับอำนาจทางนิติบัญญัติบริบูรณ์ภายใต้พระราชบัญญัติออสเตรเลีย (Australian Act 1986)[20] นับเป็นจุดเริ่มต้นของประเทศออสเตรเลียที่แบ่งแยกเด็ดขาดออกจากอังกฤษ

6.2.3 ระบบกฎหมายและการตีความกฎหมาย

จากระบอบการปกครอง และรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษสู่ระบบกฎหมายและการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาล

---

[18] *British Royal and Parliamentary Title Act* (1927) (England).

[19] *The Statute of Westminster* (1931) (England).

[20] *Australian Act* (1986) (Australia and England).

ในประเทศออสเตรเลีย ระบบกฎหมายของออสเตรเลียได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ และสำหรับการตีความกฎหมายของศาลก็ได้รับอิทธิพลแนวความคิดและนิติวิธีในการตีความบทบัญญัติกฎหมายมาจากระบบ Common Law ของอังกฤษ โดยการตีความกฎหมายในประเทศออสเตรเลียมีกรอบนิติวิธีที่รัฐสภาเป็นผู้วางหลักไว้ภายใต้พระราชบัญญัติการตีความกฎหมาย ค.ศ. 1901 (Acts Interpretation Act 1901)[21]

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้วางหลักการเกี่ยวกับการปรับใช้ตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศออสเตรเลีย และความสัมพันธ์กับกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ[22] พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาเอกสารและหลักฐานที่บรรดาผู้พิพากษาสามารถใช้ในการตีความกฎหมายได้[23] และรวมถึงหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมาย โดยเฉพาะการตีความตามความหมายธรรมดา และการตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของผู้ร่าง[24] แสดงให้เห็นถึงการบัญญัติกรอบนิติวิธีตามทฤษฎี “Literal Rules”, “Mischief Rule” และ “Purposive Approach” ไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute)

อาจกล่าวได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับหลักการตีความกฎหมายแพ่งของไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4[25] หลักการตีความกฎหมายอาญาของไทยตามมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[26] และหลักการตีความรัฐธรรมนูญของไทยตามมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560[27] อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติ Acts Interpretation Act 1901 ของออสเตรเลียมิได้บัญญัติเรื่องของการนำกฎหมายประเพณีมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลแต่อย่างใด การศึกษาการนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญกรณีของประเทศออสเตรเลียจึงจำเป็นต้องศึกษาจากธรรมเนียมปฏิบัติ หรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เคยเกิดขึ้น

---

[21] *Acts Interpretation Act* (1901) (Australia).

[22] Ibid, Part II.

[23] Ibid, Parts IV and V.

[24] Ibid.

[25] ดูมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468.

[26] ดูมาตรา 2 ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499.

[27] ดูมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

6.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย

ดังได้กล่าวในบทที่ 4 ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวพันกับระเบียบแบบแผนประเพณีหรือรูปแบบการประพฤติปฏิบัติขององค์กรทางการเมืองต่างๆ หรือบุคคลที่อยู่ภายใต้องค์กรดังกล่าว ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่ในการกำหนดกรอบและทิศทางการดำเนินงานและการใช้ดุลพินิจขององค์กรและผู้ใช้อำนาจ เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่อุดช่องว่างที่เกิดขึ้น[28] กรณีนี้มีความคล้ายคลึงกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยดังที่ปรากฏในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในออสเตรเลียเป็นผลผลิตที่เกิดขึ้นจากการกระทำของฝ่ายการเมือง การใช้และการตีความจึงยังเป็นที่ถกเถียงเนื่องจากถือว่าประเพณียังไม่ตกผลึกกลายเป็นกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) และไม่มีสภาพบังคับในทางกฎหมาย[29] โดยอาจมีการปรับปรุงแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา ฉะนั้น การใช้และการตีความประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละบุคคลที่ส่งผลให้การปรับใช้และการตีความอาจมีความแตกต่างและขัดแย้งกัน

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังมีความเกี่ยวพันกับธรรมเนียมปฏิบัติขององค์กรต่างๆ ภาครัฐ (Government Conventions)[30] โดยทำงานควบคู่ไปกับธรรมเนียมขององค์กร อาทิ การปฏิบัติหน้าที่ของสำนักนายกรัฐมนตรี ธรรมเนียมที่ประพฤติปฏิบัติกันมาระหว่างสถาบันทางการเมือง เป็นต้น ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้จึงเป็นประเพณีที่เกี่ยวกับจารีต (Customary Conventions) หรือประเพณีที่เป็นเรื่องของกระบวนการหรืองานทางธุรการ (Administrative Conventions)[31] ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาเมื่อฝ่ายการเมืองฝ่าฝืนประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติกันมา ดังกรณีที่ปรากฏในปี ค.ศ. 1975 และก่อให้เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญ (Constitutional Crisis)

---

[28] Leonard Cooray. 1979. **Conventions, the Australian Constitution and the Future.** Sydney: Legal Book, at 68-69.

[29] Eugene Forsey. (1984). Courts and the Conventions of the Constitution. **University of New Brunswick Law Journal,** 33: 11-42, at 12; and William Maley. (1985) Laws and Convention Revisited. The Modern Law Review, 48: 121-139.

[30] Leonard Cooray. 1979. **Conventions, the Australian Constitution and the Future**. Sydney: Legal Book, at 73-4.

[31] ดูคำอธิบายในบทที่ 4 การปกครองในระบอบกษัตริย์ : ภูมิหลังและประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.

6.3.1 วิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975

วิกฤติรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย ปีค.ศ. 1975 เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ประจำออสเตรเลียในการปลดนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งในปี ค.ศ. 1975 เหตุการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการฝ่าฝืนประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้อง 4 เหตุการณ์ที่สำคัญ กล่าวคือ[32]

ประการแรก เกิดขึ้นในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 1974 เมื่อผู้นำฝ่ายค้าน นาย William Sneddon จากพรรค Liberal ซึ่งสามารถคุมเสียงข้างมากของวุฒิสภา (Senate) ได้ใช้วิธีกดดันรัฐบาลให้ลาออกด้วยการไม่อนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณ (Supply Bills) กรณีนี้ทำให้เกิดสุญญากาศทางการเมือง รัฐบาลไม่สามารถนำงบประมาณไปใช้จ่ายเพื่อบริหารราชการแผ่นดินได้ และตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียถือว่าแม้วุฒิสภาจะมีหน้าที่ในการกลั่นกรองกฎหมายที่เสนอมาจากสภาผู้แทนราษฎร แต่ก็ไม่มีอำนาจยับยั้งกฎหมายที่เสนอมาจากสภาผู้แทนราษฎร เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรี Gough Whitlam อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ยุบสภาทั้งสองสภาและให้มีการเลือกตั้งใหม่ (Double Dissolution) ในทางพิธีการอำนาจในการยุบสภาเป็นอำนาจของข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ซึ่งตามจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Customary Convention) ข้าหลวงใหญ่จะใช้อำนาจดังกล่าวตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี นาย John Kerr ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ประจำออสเตรเลียในขณะนั้นอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีประกาศยุบสภาและให้มีการเลือกตั้ง ภายหลังการเลือกตั้งนาย Gough Whitlam ได้รับเลือกให้กลับเข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีอีกครั้งหนึ่ง เนื่องจากสามารถคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรได้ แต่เสียงข้างมากในวุฒิสภายังคงเป็นของพรรคฝ่ายค้าน ซึ่งมาจากการรวมกลุ่มของพรรคการเมืองหลายพรรค โดยเฉพาะพรรค Liberal และพรรค National Country พรรคฝ่ายค้านใช้กลยุทธ์เดิมในการกดดันรัฐบาลเพื่อให้ลาออกจากตำแหน่งโดยการไม่อนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี สภาพเศรษฐกิจที่ย่ำแย่อยู่แล้วในขณะนั้นได้ทวีความรุนแรงและทรุดหนักลง ภาคเอกชนและประชาชนเบื่อหน่ายกับสถานการณ์

[32] ดูรายละเอียดและบทวิเคราะห์ของเหตุการณ์ในเอกสารวิชาการต่างๆ อาทิ Paul Kelly. 1995. **November 1975: The Inside Story of Australia's Greatest Political Crisis.** Sydney: Allen and Unwin; and Geoffrey Sawer. 1977. **Federation under Strain, Australia 1972-1975.** Melbourne: Melbourne University Press.

ทางการเมืองที่เกิดขึ้น

ประการที่สอง เป็นผลสืบเนื่องจากตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาว่างลงในเดือนกุมภาพันธ์ และกันยายน ปี ค.ศ. 1975 เนื่องจากสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากพรรค Labour (รัฐบาล) ได้รับการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นที่สำคัญ อาทิ ผู้พิพากษาศาลสูง (ศาลฎีกา) ตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญการตั้งสมาชิกวุฒิสภาขึ้นเพื่อทดแทนประธานวุฒิสภาจะต้องแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากพรรคการเมืองเดิมที่ตำแหน่งดังกล่าวได้ว่างลง อย่างไรก็ตาม ประธานวุฒิสภาได้ตั้งบุคคลที่มาจากพรรคฝ่ายค้านขึ้นเป็นสมาชิกวุฒิสภาแทน ส่งผลให้จำนวนสมาชิกในวุฒิสภาของพรรคฝ่ายค้านมีเสียงข้างมากเด็ดขาดยิ่งขึ้น

ประการที่สาม เกิดขึ้นในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1975 เมื่อวุฒิสภาเสนอให้ข้อตกลงให้กับรัฐบาลว่าจะอนุมัติงบประมาณรายจ่ายให้ หากรัฐบาลของนาย Gough Whitlam ยุบสภาผู้แทนราษฎรและประกาศให้มีการเลือกตั้งใหม่โดยเร็ว รัฐบาลภายใต้นายกรัฐมนตรี Gough Whitlam ไม่เห็นด้วยกับเรื่องนี้เนื่องจากเห็นว่ารัฐบาลยังอยู่ในวาระการดำรงตำแหน่ง

ประการสุดท้าย เกิดขึ้นวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 1975 เมื่อนาย John Kerr ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลียใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และโดยคำแนะนำของประธานศาลสูง (ศาลฎีกา) (Chief Justice) ปลดนายกรัฐมนตรี Gough Whitlam ออกจากตำแหน่ง และได้เชิญนาย Malcolm Fraser เป็นนายกรัฐมนตรีรักษาการ (นายกพระราชทาน) ภายใต้เงื่อนไขสำคัญว่ารัฐสภาจะต้องจัดให้มีการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และรัฐบาลจะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งของทั้งสองสภาโดยเร็ว ในแถลงการณ์ของ John Kerr ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลียมีข้อความว่า

> ทางออกเดียวที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และคำสัตย์ปฏิญาณที่ได้ให้ไว้ในการดำรงตำแหน่งและการปฏิบัติหน้าที่เป็นข้าหลวงใหญ่ คือ การยุติการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของนาย Whitlam และจัดให้มีรัฐบาลรักษาการขึ้นเพื่อยุติปัญหาทั้งปวงโดยให้การอนุมัติงบประมาณผ่านพ้นไปด้วยดีและคืนอำนาจให้แก่ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจ[33]

[33] John Kerr. 1975.. Statement by the Governor-General, 11 November 1975. In H. Mayer and H. Nelson (eds), **Australian Politics: A Fourth Reader.** Melbourne: Cheshire. John Kerr states that "The only solution consistent with the Constitution and with my oath of office and my responsibilities, authority and duty as Governor-General is to terminate the commission of the Prime Minister Mr Whitlam and to arrange a caretaker government able to secure supply and willing to let the issue go to the people".

จะเห็นได้ว่า กรณีนี้มีความคล้ายคลึงกับกรณีนายกรัฐมนตรีพระราชทานของไทยที่เกิดขึ้น กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจของประมุขในสถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อแก้ปัญหาวิกฤติของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม รายละเอียด สาเหตุและสาระสำคัญของทั้งสองประเทศอาจมีความแตกต่างกัน

ภายใต้รัฐบาลรักษาการของนายกรัฐมนตรี Malcolm Fraser การอนุมัติงบประมาณได้ผ่านพ้นไปด้วยดี และรัฐบาลประกาศยุบสภาทั้งสองสภาและให้มีการเลือกตั้งเป็นการทั่วไปในวันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1975 และส่งผลให้พรรค Liberal ได้รับเสียงข้างมากทั้งสองสภาและเป็นรัฐบาล และได้รับการเลือกตั้งให้เป็นรัฐบาลจนถึงปัจจุบัน[34]

ภายหลังวิกฤติรัฐธรรมนูญ ออสเตรเลียได้ให้ความสำคัญกับเรื่องเศรษฐกิจมากกว่าเรื่องการเมือง โดยมองว่าผลประโยชน์ของเอกชนคือผลประโยชน์ของชาติ และหากการเมืองมีเสถียรภาพ รัฐบาลมีนโยบายที่ตอบสนองประชาชนย่อมส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจในภาพรวม มุมมองนี้ก่อให้เกิดความนิยมในรัฐบาลที่มาจากพรรคการเมืองใหญ่เพียงพรรคการเมืองเดียว (Single Party)[35]

6.3.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในช่วงวิกฤติรัฐธรรมนูญ

วิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975 ก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับการใช้และการตีความประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างและมีความขัดแย้งกัน ซึ่งแบ่งการพิจารณาได้เป็น 3 ประเด็น กล่าวคือ

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการทดแทนตำแหน่งวุฒิสมาชิกที่ว่างลง (Casual Vacancies)

ดังได้กล่าวข้างต้น ปัญหาสำคัญที่ก่อให้เกิดวิกฤติรัฐธรรมนูญในออสเตรเลียในปี ค.ศ. 1975 คือปัญหาเกี่ยวกับการตั้งวุฒิสมาชิกขึ้นทดแทนตำแหน่งที่ว่างลง กรณีนี้เกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย ตามบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกเพื่อทดแทนตำแหน่งที่ว่างลง (Casual Vacancies)[36]

---

[34] พรรค Liberal ได้รับการเลือกตั้งและเป็นรัฐบาลตั้งแต่ภายหลังเหตุการณ์วิกฤติรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1975 จนถึง ปี ค.ศ. 2007 ที่รัฐบาลมาจากพรรค Labour (ค.ศ. 2007-2013).

[35] ดูแนวคิดเรื่องพรรคการเมืองของออสเตรเลียใน ณรงค์เดช สรุโฆษิต. 2554. **แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

[36] Section 15 of the Constitution of the Commonwealth of Australia (1901) (Australia).

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมิได้มีข้อห้ามหรือมีความชัดเจนว่า การแต่งตั้งวุฒิสมาชิกจะต้องมาจากพรรคการเมืองใด หรือต้องมาจากพรรคการเมืองที่ตำแหน่งดังกล่าวว่างลง แต่ตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียถือว่า การแต่งตั้งวุฒิสมาชิกจะต้องแต่งตั้งบุคคลซึ่งมาจากพรรคการเมืองเดียวกับที่ตำแหน่งวุฒิสมาชิกว่างลง เป็นธรรมเนียมและมารยาททางการเมืองที่ประพฤติปฏิบัติกันมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951[37]

อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งวุฒิสมาชิกทดแทนตำแหน่งที่ว่างลงในปี ค.ศ. 1975 มิได้ยึดประเพณีที่ประพฤติปฏิบัติมาแต่อย่างใด ตำแหน่งวุฒิสมาชิกที่ถูกแต่งตั้งขึ้นทดแทนตำแหน่งที่ว่างลงเป็นบุคคลซึ่งมาจากพรรคอื่น และเป็นพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับรัฐบาล กรณีนี้วุฒิสภาให้เหตุผลว่า ตำแหน่งวุฒิสมาชิกที่ว่างลงเกิดจากกรณีที่วุฒิสมาชิกซึ่งเป็นบุคคลที่มาจากพรรครัฐบาล พ้นจากตำแหน่งวุฒิสมาชิกเพราะไปดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาในศาลสูงออสเตรเลีย (High Court of Australia) ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี จึงเป็นกลยุทธ์ทางการเมืองของรัฐบาล ฉะนั้น จึงมิได้เป็นกรณีที่ตำแหน่งวุฒิสมาชิกว่างลงโดยกรณีปกติ การแต่งตั้งวุฒิสมาชิกที่มาจากพรรคอื่นจึงเป็นการสร้างระบบตรวจสอบและถ่วงดุลการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล

กรณีนี้รัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Gough Whitlam อ้างว่าการปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาซึ่งคุมเสียงข้างมากโดยพรรคฝ่ายค้านประพฤติผิดมารยาทในทางการเมืองและฝ่าฝืนประเพณีทางรัฐธรรมนูญอย่างร้ายแรง (Breach of Convention)[38] ความขัดแย้งในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้แสดงให้เห็นถึงลักษณะของประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่าไม่มีสภาพบังคับหรือมีความศักดิ์สิทธิ์เพียงพอที่จะบังคับให้ฝ่ายการเมืองปฏิบัติตาม

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับประมุขแห่งรัฐ (ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลีย)

กรณีนี้เป็นความขัดแย้งของประเพณีทางรัฐธรรมนูญกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนายกรัฐมนตรีกับข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลียซึ่งมีฐานะเป็นประมุขของประเทศ ดังได้กล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญแห่งออสเตรเลียให้อำนาจข้าหลวงใหญ่ในการแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี หรือการแต่งตั้งตำแหน่งสำคัญๆ ของประเทศ และอำนาจในการยุบสภา และอำนาจ

---

[37] Joan Rydon. (1976). Casual Vacancies in the Australian Senate. **Politics**. 11(2): 195–204.

[38] Gough Whitlam. 1979. **The Truth of the Matter.** London: Penguin Book, at 37–40.

ประกาศให้มีการเลือกตั้ง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวมีลักษณะเป็นไปในเชิงพิธีการ มากกว่าจะเป็นอำนาจที่แท้จริง กล่าวคือ การใช้อำนาจของข้าหลวงใหญ่เป็นการกระทำแทนกษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษในฐานะประมุขของประเทศ และเป็นการกระทำตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีหัวหน้าของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจดังกล่าวของข้าหลวงใหญ่จึงเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งถอดแบบมาจากหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” หรือ “Sovereign Immunity” ดังกล่าวในบทที่ 5[39] ฉะนั้น จึงเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ว่าข้าหลวงใหญ่จะใช้อำนาจที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีเท่านั้น เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็น ข้าหลวงใหญ่ใช้อำนาจดังกล่าวได้ กรณีนี้เรียกว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers)

สำหรับกรณีในปี ค.ศ. 1975 นายกรัฐมนตรี Gough Whitlam อ้างว่ากรณีนี้ยังไม่เป็นสถานการณ์ฉุกเฉินที่ข้าหลวงใหญ่จะใช้อำนาจ Reserve Power แต่ต้องยึดตามประเพณี ฉะนั้น ข้าหลวงใหญ่จะใช้อำนาจได้ก็ต่อเมื่อได้รับคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรี นักวิชาการเห็นว่ากรณีนี้ส่งผลให้นาย Gough Whitlam มีความเชื่อว่านาย John Kerr (ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลีย) จะไม่ใช้อำนาจปลดตนเองออกจากตำแหน่งเพราะถือเป็นเรื่องที่ผิดประเพณี[40]

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

อิทธิพลของระบบรัฐสภาอังกฤษส่งผลในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ซึ่งตามหลักการและประเพณี การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร และได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาในการอนุมัติร่างกฎหมายต่างๆ กรณีนี้เป็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการผสมผสานแนวคิดสองระบบในรัฐธรรมนูญออสเตรเลีย[41] กล่าวคือ

การดำรงตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีจะต้องบริหารราชการแผ่นดินภายใต้ความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร เป็นหลักการสำคัญของระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ

---

[39] ดูคำอธิบายเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ในบทที่ 5 ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของอังกฤษ : บ่อเกิดแห่งประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.

[40] Nicholar Barry and Narelle Miragliotta. 2015. Australia. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Pres, 204 at 211.

[41] Bredan Lin. 2017. **Australia’s Constitution after Whitlam.** Cambridge University Press, at 1.

หรือระบบ “Westminster System” ที่ออสเตรเลียได้นำมาปรับใช้ภายในประเทศตั้งแต่ช่วงที่เป็นอาณานิคม และการผสมผสานแนวคิดเรื่องอำนาจของวุฒิสภา (Senate) มาจากสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอำนาจในการกลั่นกรองร่างกฎหมายและการอนุมัติเห็นชอบงบประมาณของฝ่ายบริหาร ฉะนั้น การบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลในออสเตรเลียจะต้องได้รับความไว้วางใจของทั้งสองสภา[42]

กรณีนี้ รัฐบาลนายกรัฐมนตรี Gough Whitlam แม้จะได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร แต่มิได้รับความไว้วางใจในวุฒิสภาก็ไม่อาจอยู่ในตำแหน่งได้ ในขณะที่รัฐบาลรักษาการของนายกรัฐมนตรี Malcolm Fraser ซึ่งเป็นนายกพระราชทาน และสามารถคุมเสียงข้างมากในวุฒิสภาได้ แต่ก็ไม่อาจอยู่ในตำแหน่งนายกรัฐมนตรีได้เนื่องจากไม่ได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร

6.3.3 บทเรียนจากวิกฤติรัฐธรรมนูญ

ไม่ว่าผลของการแก้ไขวิกฤติรัฐธรรมนูญ และความขัดแย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะเป็นอย่างไร ไม่มีผู้ใดชนะจากเหตุการณ์ดังกล่าว และภายหลังทุกฝ่ายวางมือจากการเมือง บทเรียนที่ได้จากวิกฤติรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในปีค.ศ. 1975 ก่อให้เกิดการผลักดันและปฏิรูปรัฐธรรมนูญในออสเตรเลียใน 3 ประเด็นที่สำคัญ

(1) การควบคุมโดยศาลสูงในคดีรัฐธรรมนูญ (Judicial Review)

ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในวิกฤติรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1975 เป็นผลมาจากความขัดแย้งในการใช้และการตีความประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และไม่มีองค์กรกลางเป็นผู้ใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยกรณีพิพาทดังกล่าว กรณีนี้จึงเกิดความพยายามที่จะให้องค์กรศาลซึ่งถือว่ามีความเป็นกลางทางการเมืองเป็นผู้ใช้อำนาจในการตีความและวินิจฉัยกรณีพิพาททางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นโดยให้เป็นอำนาจของ High Court of Australia ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศออสเตรเลีย[43] เป็นการนำแนวคิดมาจากเรื่องการควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการของสหรัฐอเมริกา และมีความคล้ายคลึงกับเขตอำนาจในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ[44]

---

[42] Ibid, at 2-3.

[43] Nicholar Barry and Narelle Miragliotta. 2015. Australia. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Pres, 204 at 210.

[44] ดูโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไทยใน ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. รัฐสภาสาร, 64(6), หน้า 7-31.

ปัจจุบันยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลออสเตรเลียที่นำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

(2) การบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions)

นอกเหนือจากเรื่องการควบคุมโดยศาลสูงในคดีรัฐธรรมนูญ วิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975 ยังก่อให้เกิดความพยายามที่จะบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อความชัดเจนในการปรับใช้และการตีความของฝ่ายการเมือง[45] กรณีนี้จึงเกิดการจัดทำระเบียบปฏิบัติ หรือคู่มือการปฏิบัติหน้าที่ภายในองค์กรต่างๆ ลักษณะเดียวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี คู่มือปฏิบัติของคณะรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษดังที่วิเคราะห์ในบทที่ 5 ข้างต้น

(3) การแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น (Constitutional Amendments)

วิกฤติรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1975 ของออสเตรเลียนำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1977 ใน 3 ประเด็น ได้แก่ (1) การแต่งตั้งวุฒิสมาชิกที่ว่างลงภายใต้ Constitution Alteration (Senate Casual Vacancies) 1977[46] (2) หลักเกณฑ์การเกษียณอายุราชการของผู้พิพากษาภายใต้ Constitution Alteration (Retirement of Judges) 1977[47] และ (3) การลงประชามติภายใต้ Constitution Alteration (Referendums) 1977[48] ในส่วนที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งวุฒิสมาชิกที่ว่างลงตามรัฐธรรมนูญที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่กำหนดให้ชะลอการแต่งตั้งตำแหน่งวุฒิสมาชิกที่ว่างลงออกไปก่อน ตามสถานการณ์และความเหมาะสมตามที่วุฒิสภาเห็นสมควร

6.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลออสเตรเลีย

ออสเตรเลียไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลนำหลักการเรื่องประเพณีมาใช้บังคับแก่พฤติการณ์แห่งคดี กรณีนี้จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ศาลไม่อาจนำหลักการ

---

[45] Peter H. Russell. 2015. Codifying Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges,** 233–248.

[46] *Constitution Alteration (Senate Casual Vacancies)* (1977) (Australia).

[47] *Constitution Alteration (Retirement of Judges)* (1977) (Australia).

[48] *Constitution Alteration (Referendums)* (1977) (Australia).

เรื่องประเพณีมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้แบบของประเทศไทยดังที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 3 ข้างต้น ออสเตรเลียได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองมาจากอังกฤษ ฉะนั้น แนวคิดเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงได้รับอิทธิพลมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกิดจากแนวปฏิบัติของสถาบันทางการเมืองที่ประพฤติปฏิบัติมาและยอมรับระหว่างกัน หากเกิดกรณีพิพาทและข้อขัดแย้งเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ศาลก็มิอาจนำหลักการเรื่องประเพณีมาใช้ตัดสินในคดีได้ ในกรณีนี้รัฐสภาจะถือเป็นองค์กรที่เข้ามามีบทบาทเป็นอย่างมากแสดงให้เห็นถึงการคืนอำนาจตัดสินใจต่างๆ ทางการเมืองให้แก่ประชาชนผ่านรัฐสภาเป็นผู้ตัดสินใจ โดยรัฐสภาจะนำประเพณีในเรื่องต่างๆ มาบัญญัติเป็นกฎหมาย (Statute Laws) เพื่อให้มีความชัดเจนในแนวปฏิบัติหรือปรับปรุงยกเลิก หรือแก้ไขโดยจัดทำเป็นกฎหมาย หรือแนวปฏิบัติขององค์กรต่างๆ ดังได้วิเคราะห์ข้างต้น

กล่าวได้ว่า ประเด็นเรื่องแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลออสเตรเลียจึงยังไม่มีบรรทัดฐานทางคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงแตกต่างกับกรณีของประเทศไทย และสำหรับประเด็นเรื่องนิติวิธีในการนำหลักการเรื่องประเพณีมาใช้เป็นเรื่องแนวทางภาคปฏิบัติมากกว่าจะเป็นเรื่องนิติวิธีของศาล

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันมีแนวโน้มและความพยายามที่จะให้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะที่ให้ศาลนำประเพณีมาบังคับใช้ได้[49] และกล่าวได้ว่า แม้ไม่มีบรรทัดฐานแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เป็นการนำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้โดยแต่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลสูง (High Court of Australia) ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญบางหลักการ นักกฎหมายออสเตรเลียอ้างว่าคำวินิจฉัยของศาลสูงดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญในทางอ้อม ดังแนวคำวินิจฉัยต่อไปนี้

6.4.1 *คดี Sankey v Whitlam* (1978)

คดี *Sankey v Whitlam* (1978)[50] เกี่ยวข้องกับการตีความเรื่อง “เอกสิทธิ์

---

[49] Peter H. Russell. 2015. Codifying Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges,** 233–248.

[50] *Sankey v Whitlam* (1978) 142 CLR 1 [1978] HCA 43 (9 November 1978) (High Court of Australia) (Australia).

ของสถาบันพระมหากษัตริย์" (Crown Privilege) โดยถือเป็นคดีรัฐธรรมนูญที่สำคัญที่สุดคดีหนึ่งที่ศาลสูงออสเตรเลีย (High Court 0f Australia) ได้พิจารณาวินิจฉัยวางหลักไว้เมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1978 โดยมีสาระสำคัญและภูมิหลังของคดีสรุปได้ดังนี้

คดีนี้เกิดขึ้นภายหลังจากกรณีการปลดออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี Gough Whitlam ในปี ค.ศ. 1975 นาย Danny Sankey (โจทก์) ได้ฟ้องคดีบุคคลสำคัญในคณะรัฐบาลของ Gough Whitlam ได้แก่ Gough Whitlam Rex Conner Lionel Murphy และ Jim Cairns โดยมีข้อหาว่าปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ (Unlawful Conduct) เกี่ยวกับการกู้ยืมเงินของรัฐบาลจากประเทศในตะวันออกกลาง "Loan Affairs" (กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องอื้อฉาวที่ส่งผลต่อคะแนนนิยมในตัวรัฐบาลของ Gough Whitlam และเป็นเหตุให้เกิดการปลดออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น) และมีข้อหาเพิ่มเติมอีกสองประเด็น กล่าวคือ

ประการแรก จำเลยถูกฟ้องว่าปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ การขอกู้ยืมเงินจากประเทศตะวันออกกลางถือมีกระบวนการที่ขัดต่อพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการเงินและการคลังของออสเตรเลียภายใต้ Commonwealth-State Financial Agreement of 1928[51]

ประการที่สอง การกระทำของจำเลยเป็นการสมรู้ร่วมคิดกันกระทำความผิดและเป็นการใช้อุบายหลอกลวงเพื่อให้ข้าหลวงใหญ่ประจำออสเตรเลียดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด

ในชั้นพิจารณาของศาล โจทก์ได้ขอให้ศาลมีคำสั่งเรียกพยานเอกสารสำคัญเพื่อใช้ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย โดยเป็นเอกสารหลักฐานที่อยู่ในความครอบครองของคณะรัฐบาลนายกรัฐมนตรี Fraser ซึ่งเพิ่งได้รับการแต่งตั้งแทนที่ Gough Whitlam กลับปฏิเสธที่จะให้ข้อมูลหรือเอกสารใดๆ โดยอ้างว่า "เป็นความลับของทางราชการ" และเป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับการดำเนินกิจการของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์จึงเป็น "เอกสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์" คดีนี้ได้มีการดำเนินกระบวนพิจารณาตั้งแต่ศาลชั้นต้น (Magistrates' Court) ศาลอุทธรณ์ (NSW Court of Appeal) ไปจนถึงศาลสูง (ศาลฎีกา) ออสเตรเลีย (High Court of Australia) โดยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ยกคำขอที่ให้ออกหมายเรียกนำพยานหลักฐานดังกล่าวมาใช้ในกระบวนพิจารณาของศาล แต่ในชั้นพิจารณาของศาลสูงได้พิพากษา

---

[51] *Commonwealth-State Financial Agreemen*t (1928) (Australia).

กลับคำสั่งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ โดยมีคำสั่งให้ออกหมายเรียกนำพยานเอกสารดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาของศาล

อย่างไรก็ตาม คดีดังกล่าวศาลสูงได้พิพากษายกฟ้องจำเลยทั้งหมดไป โดยถือว่าเป็นการกระทำที่ยังไม่ถึงขนาดว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบแต่เป็นเรื่อง "Bad in Law" คำพิพากษาดังกล่าวมีการกล่าวถึงประเด็นที่เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ว่า หากเอกสารดังกล่าวเกี่ยวพันกับสถาบันพระมหากษัตริย์ย่อมไม่อยู่ภายในครอบครองของฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) ฉะนั้น แม้เอกสารจะเป็นเรื่องลับเพียงใด หากอยู่ภายในครอบครองของสถาบันทางการเมือง ที่มิใช่สถาบันพระมหากษัตริย์ย่อมไม่ได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองตามหลักเรื่อง "Crown Privilege"[52] นักกฎหมายรัฐธรรมนูญออสเตรเลียให้ข้อสังเกตว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีสำคัญที่ศาลก้าวไปถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญสำคัญเกี่ยวกับสถานะความอยู่เหนือกฎหมายของสถาบันพระมหากษัตริย์ แต่หลีกเลี่ยงที่จะใช้คำว่าประเพณี เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติกฎหมาย[53] หรือรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลในการนำหลักดังกล่าวมาบังคับใช้[54]

นอกเหนือจากคดี *Sankey v Whitlam* ที่ศาลสูงมีการตีความเรื่องเอกสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ยังมีอีกคดีคำตัดสินที่มีการตีความเรื่องดังกล่าวปรากฏในคดี *Australian Competition and Consumer Commission v Baxter Healthcare Pty Ltd.* (2007)[55] แต่สาระสำคัญอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียด

6.4.2 คดี *Sykes v Cleary* (1992)

คดี *Sykes v Cleary* (1992)[56] เกี่ยวข้องกับการตีความคำว่า "ลูกจ้าง" กับการดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยคดีนี้ Phil Cleary ได้รับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในปี ค.ศ. 1992 และในขณะเดียวกันเป็นข้าราชการครู (School Teacher) ในรัฐวิกตอเรีย (Victoria) โดยมีสถานะว่าอยู่ระหว่างการลาโดยมิได้รับเงินเดือน (Leave Without Pay) มาเป็นระยะเวลาสองปี จึงเกิดปัญหาทางข้อกฎหมาย

---

[52] Ibid.

[53] กฎหมายดังกล่าว หมายถึง กรอบนิติวิธีภายใต้ Acts Interpretation Act 1901 (Australia) ข้างต้น ซึ่งเป็นกฎหมายวางกรอบนิติวิธีในการที่ศาลจะปรับใช้บทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ.

[54] ดู George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch. 2010. **Australian Constitutional Law & Theory: Commentary and Materials.** Sydney: Federation Press.

[55] *Australian Competition and Consumer Commission v Baxter Healthcare Pty Ltd.* (2007) HCA 38 [2007] (15 March 2007) (High Court of Australia) (Australia).

[56] *Sykes v Cleary* (1992) HCA 60, [1992] 176 CLR 77, 107 (25 November 1992) (High Court of Australia) (Australia).

และรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสมาชิกภาพของ Phil Cleary ดังนี้

ประการแรก การเป็นข้าราชการครูโดยมีสถานะลาโดยมิได้รับเงิน จะถือเป็นลูกจ้างซึ่งต้องห้ามในการเป็นสมาชิกรัฐสภาตามกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกตั้งภายใต้ Commonwealth Electoral Act 1919[57]

ประการที่สอง เกี่ยวข้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง (Separation of Powers) ซึ่งเป็นประเพณีการปกครองที่ว่าสมาชิกรัฐสภา (Member of the Legislature) จะดำรงตำแหน่งทางฝ่ายบริหาร (Member of the Executive) ในคราวเดียวกันมิได้[58]

คดีนี้ศาลสูงออสเตรเลีย (High Court of Australia) ได้พิจารณาและวินิจฉัยว่าความเป็นสมาชิกภาพของ Phil Cleary ไม่ชอบด้วยหลักเกณฑ์เรื่องการดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขัดต่อรัฐธรรมนูญและขัดต่อเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง โดยพิพากษาให้ Phil Cleary พ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

จะเห็นได้ว่า คดีนี้มีการกล่าวถึงหลักการเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง ซึ่งเป็นหลักการและประเพณีทางรัฐธรรมนูญขั้นพื้นฐานมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี[59] และอาจเปรียบเคียงได้กับคดีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2536 ของไทยที่มีการนำหลักการเรื่องการแบ่งแยกอำนาจมาปรับใช้ในคดีเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลสูงออสเตรเลียนี้จะเป็นการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลมิได้กล่าวไว้แต่อย่างใด[60]

6.4.3 คดี *Fardon v Attorney-General* (Qld) (2004)

คดี Fardon v Attorney-General (2004)[61] เป็นอีกคดีที่สำคัญที่มีความ

---

[57] *Commonwealth Electoral Act* (1919) (Australia).

[58] Sykes v Cleary (1992) HCA 60, [1992] 176 CLR 77, 107 (25 November 1992) (High Court of Australia) (Australia).

[59] ดูบทวิเคราะห์ใน George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch. 2010. **Australian Constitutional Law & Theory: Commentary and Materials.** Sydney: Federation Press, at 404-8.

[60] ความเห็นส่วนตัวของนักวิจัยมองว่าเป็นการนำหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี แต่การที่ศาลสูงมิได้ระบุให้ชัดเจนเนื่องจากอาจมองว่าประเพณี (Conventions) เป็นเรื่องที่มิอาจบังคับในศาลได้ และฝ่ายนิติบัญญัติก็มิได้บัญญัติให้อำนาจศาลให้นำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้ได้แต่อย่างใด.

[61] *Fardon v Attorney-General (Qld) (2004) 223,* [2004] 210 CLR 50 (1 October 2004) (High Court of Australia) (Australia).

เกี่ยวพันกับประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยเกี่ยวกับการตีความเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

โดยในคดีนี้เกี่ยวข้องกับกรณีการประกาศใช้กฎหมายในมลรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับความผิดทางอาญา ข้อหาที่เกี่ยวกับเพศ (Sex Offenders) โดยบัญญัติให้อำนาจศาลสูงในมลรัฐ (ฝ่ายตุลาการ) มีอำนาจกักขัง (Detain) นักโทษความผิดในคดีดังกล่าวภายหลังพ้นโทษแล้ว ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด[62] และมีบทบัญญัติให้อัยการสูงสุดแห่งมลรัฐ (ฝ่ายบริหาร) มีอำนาจยื่นร้องขอต่อศาลเพื่อออกคำสั่งดังกล่าวได้

Fardon เป็นนักโทษในข้อหาดังกล่าว โดยลักษณะแห่งความผิดที่ให้ต้องโทษจำคุกมีลักษณะเข้าข่ายหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดว่าอาจถูกกักขังต่อไปได้อีกแม้ว่าจะได้รับโทษจนครบระยะเวลาแล้วก็ตาม และต่อมาในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2003 อัยการสูงสุดประจำมลรัฐได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้กักขัง Fardon ต่อไปอีกแม้จะได้โทษจำคุกจนครบกำหนดแล้ว

Fardon ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่ศาลในลักษณะที่มิใช่เป็นอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุล (non-Judicial Power) อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจบังคับใช้กฎหมาย เป็นอำนาจของหน่วยงานฝ่ายบริหารจึงถือว่าเป็นการแทรกแซงความเป็นอิสระของฝ่ายตุลาการและขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจจึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ

คดีได้ขึ้นสู่ศาลสูงสุดออสเตรเลีย โดยศาลสุสุดได้วินิจฉัยว่าอำนาจของศาลในการดำเนินการดังกล่าวเป็นอำนาจที่เกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจึงเป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง ฉะนั้น จึงถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายและการกระทำของศาลชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ[63]

กล่าวได้ว่า ศาลสูงสุดออสเตรเลียมิได้นำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้แต่คำพิพากษามีการตีความประเพณีและหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญเรื่อง “การแบ่งแยกอำนาจการปกครอง”

---

[62] อาทิ นักโทษในคดีความคิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก.

[63] ผู้พิพากษาศาลสูงสุดในคดีนี้ท่านหนึ่งคือ Justice Michal Kirby เป็นอาจารย์ผู้สอนผู้วิจัยที่มหาวิทยาลัยแห่งซิดนีย์ ประเทศออสเตรเลีย โดยได้หยิบยกคดีดังกล่าวในการบรรยาย.

6.5 บทส่งท้าย

บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย โดยศึกษาระบอบการปกครอง ระบบกฎหมายและรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย จากการศึกษาพบว่าออสเตรเลียได้รับอิทธิพลแนวคิดทางการปกครองในระบบรัฐสภามาจากอังกฤษ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะออสเตรเลียมีประวัติศาสตร์ที่เชื่อมโยงกับอังกฤษมาตั้งแต่การตั้งรกรากในศตวรรษที่ 18 การปกครองตนเองโดยมีรัฐบาลภายในรัฐอาณานิคมและการรวมอาณานิคมให้กลายเป็นเครือรัฐออสเตรเลียในปี ค.ศ. 1900 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1901

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1901 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของออสเตรเลียและเป็นฉบับที่ใช้บังคับถึงปัจจุบันมีการบัญญัตินำหลักการที่ปรากฏในเอกสารกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษมาใช้ อาทิ มหาบัตร Magna Carta 1215 คำขอสิทธิ Petition of Rights 1628 และพระราชบัญญัติ Bill of Rights 1689 ออสเตรเลียได้ผสมผสานแนวคิดเรื่องรัฐบาลในระบบสหพันธรัฐ (Federation) ของสหรัฐอเมริกามาใช้ในการปกครองภายในแต่ละรัฐ จึงเกิดรัฐบาลภายในแต่ละรัฐซึ่งมีสภานิติบัญญัติในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับเป็นการภายใน และมีรัฐสภาและรัฐบาลกลางซึ่งมาจากการเลือกตั้งทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินของประเทศ โดยออสเตรเลียมีการปกครองแบบเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กษัตริย์แห่งราชวงศ์อังกฤษเป็นประมุขแห่งรัฐของออสเตรเลีย โดยมีตำแหน่งข้าหลวงใหญ่ (Governor-General) ทำหน้าที่แทนพระองค์ในประเทศออสเตรเลีย

กล่าวได้ว่า การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และวิกฤติรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1975 ของออสเตรเลีย เป็นกรณีศึกษาที่น่าสนใจและจะได้นำไปถอดเป็นบทเรียน รวมตลอดทั้งวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยในบทสรุปต่อไป นอกเหนือจากกรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียยังมีตัวอย่างประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏของประเทศในเครือจักรภพ ได้แก่ แคนาดา[64] และนิวซีแลนด์[65] อย่างไรก็ตาม การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของ

---

[64] ดู Andrew C. Banfield. 2015 Canada. . In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 189–203.

[65] ดู Grant Duncan. 2015. New Zealand. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 217–232.

ทั้งสองประเทศในเครือจักรภพดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตการศึกษาในครั้งนี้ สำหรับส่วนที่เหลือของรายงานวิจัยฉบับนี้จะได้วิเคราะห์ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศในยุโรป ได้แก่ สเปนและเนเธอร์แลนด์ ซึ่งมีภูมิหลังที่เกี่ยวพันกับอังกฤษ กลุ่มประเทศอิสลาม ได้แก่ จอร์แดนและโมร็อกโก ซึ่งมีความเกี่ยวพันกับอังกฤษเช่นเดียวกัน และกลุ่มประเทศในเอเชีย ได้แก่ ญี่ปุ่นและภูฏาน ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญจากอังกฤษ ตลอดจนระบอบการปกครองในระบบรัฐสภามาจากอังกฤษเช่นเดียวกัน

บทที่ 7
กลุ่มประเทศยุโรป : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์

7.1 บทนำ

โลกตะวันตกในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 17 และ 18 เป็นระยะของการเกิดขึ้นของรัฐใหม่ๆ แต่ละประเทศมีความเจริญเติบโตแตกต่างกัน เกิดเหตุการณ์สำคัญๆ ที่ส่งผลต่อระบอบการปกครอง ลัทธิทางการเมือง และแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ เช่น การปฏิวัติในอังกฤษ ปี ค.ศ. 1689 การประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของยุคอุดมการณ์ เหตุการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดพลังที่จะอนุรักษ์และสงวนรักษาของเดิมซึ่งถือว่าเป็นภูมิปัญญาของอดีตกับฝ่ายที่ต้องการเปลี่ยนแปลง รัฐสภาท้าทายและแข็งข้ออำนาจของกษัตริย์ มีการนำแนวคิดและทฤษฎีใหม่ๆ มาใช้ในระบอบการปกครอง มีการเรียกร้องให้มีเสรีภาพมากขึ้น ในขณะเดียวกันการพาณิชย์ก็เข้าแทนที่เกษตรกรรมดั้งเดิม การปฏิวัติอุตสาหกรรมก่อให้เกิดชนชั้นแรงงานและปัญหาสังคมที่ติดตามมา

ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 เป็นยุคแสงสว่างทางปัญญา (Age of Enlightenment)[1] ยุคแห่งการใช้เหตุผลซึ่งถูกจุดประกายโดยปราชญ์หลายท่านในยุคนั้น อาทิ วอลแตร์ (Voltaire)[2] มองเตสกิเออ (Montesquieu)[3] รุสโซ (Rousseau)[4] เดวิด ฮูม (David Hume)[5] อดัม สมิธ (Adam Smith)[6] และเอ็มมานูเอล คาน (Immanuel Kant)[7] เป็นต้น แนวคิดของปราชญ์เหล่านี้มีส่วนกระตุ้นให้เกิดสงครามประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (ค.ศ. 1776) ปลดแอกจากการเป็นอาณานิคมของอังกฤษ[8] ส่งผลต่อเนื่องให้เกิดการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และส่งผลสะเทือนต่อระบอบการปกครอง

---

[1] นักปราชญ์ที่มีอิทธิพลมาตั้งแต่ก่อนยุคแสงสว่างทางปัญญา ได้แก่ ฟรานซิส เบคอน (Francis Bacon) และจอห์น ล็อค (John Locke) เป็นต้น.

[2] Volaire's *Dictionnaire Philosophique* (1764).

[3] Montesquieu's *Spirit of the Laws* (1748).

[4] Rousseau's *Discourse on Inequality* (1754) and the Social Contract (1762).

[5] David Hume's *A Treatise of Human Nature* (1738).

[6] Adam Smith's *The Wealth of Nations* (1776).

[7] Immanuel Kant's *Critical of Pure Reason* (1781).

[8] ดู ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. บทที่ 4.

ของประเทศในยุโรป รวมทั้งประเทศสเปนและเนเธอร์แลนด์ และประเทศต่างๆ ทั่วโลก บทนี้กล่าวถึงกรณีศึกษาของประเทศสเปนและเนเธอร์แลนด์สองประเทศมหาอำนาจของชาติตะวันตกซึ่งมีการปกครองในระบอบกษัตริย์เช่นเดียวกับประเทศไทยและอังกฤษ

การศึกษาในบทนี้จะให้ความสำคัญกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์โดยศึกษาจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ระบอบการปกครองและบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รวมตลอดทั้งแนวปฏิบัติที่เกิดขึ้นของสถาบันการเมืองทั้งสองประเทศ โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ การวิเคราะห์กรณีศึกษาประเทศสเปน และการวิเคราะห์กรณีของประเทศเนเธอร์แลนด์

7.2 สเปน

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนมีความจำเป็นจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของประเทศสเปน พัฒนาการของรัฐธรรมนูญในสเปน ตลอดจนแนวคิดและธรรมเนียมปฏิบัติที่เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปน

7.2.1 พื้นภูมิของประเทศสเปน

สเปนครั้งหนึ่งเคยเป็นประเทศที่ยิ่งใหญ่และเป็นมหาอำนาจของโลกในช่วงศตวรรษที่ 16–18 โดยมีอาณานิคมตามทวีปต่างๆ ทั่วโลก อาจกล่าวได้ว่า สเปนเป็นประเทศแรกที่ถูกเรียกว่าเป็นจักรวรรดิที่พระอาทิตย์ไม่ตกดิน (The Empire on Which the Sun Never Sets) สำหรับภูมิหลังของสเปนสามารถมองย้อนไปถึงช่วงสมัยยุคกลางของยุโรป (Middle Ages) จนถึงปี ค.ศ. 1516 ซึ่งมีการรวบรวมอาณาจักรสเปนเป็นปรึกแผ่นในสมัยราชวงศ์ Habsburg และเป็นช่วงที่เข้าสู่ยุคสมัยใหม่ที่พัฒนาเป็นสเปนในปัจจุบัน การศึกษาพื้นภูมิของประเทศสเปนจะลำดับเหตุการณ์จากช่วงศตวรรษที่ 16 ซึ่งเป็นช่วงที่สเปนมีความเจริญเป็นอย่างมาก จนถึงยุคสมัยปัจจุบัน

(1) สเปนภายใต้การปกครองของราชวงศ์ Habsburgs ในศตวรรษที่ 16 และ 17

ดังได้กล่าวข้างต้นว่า สเปนเคยเป็นจักรวรรดิอันยิ่งใหญ่ โดยมีดินแดนอาณานิคมไปยังพื้นที่ต่างๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะในช่วงศตวรรษที่ 16 และ 17 ภายใต้การปกครองของราชวงศ์ Habsburg ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่จักรวรรดิสเปนมีความยิ่งใหญ่จนถึงขีดสุด พระเจ้าชาร์ลที่ 1 แห่งสเปน (Charles I of Spain) เป็นกษัตริย์พระองค์แรก

ของราชวงศ์ Habsburgs ทรงขึ้นครองราชย์ในปี ค.ศ. 1516 และการขึ้นครองราชย์ของพระองค์ส่งผลกระทบกระเทือนต่อการเมืองการปกครองและจักรวรรดิต่างๆ ในยุโรป กล่าวคือ พระองค์ทรงดำรงตำแหน่งเป็นจักรพรรดิแห่งโรมันอันศักดิ์สิทธิ์อีกตำแหน่ง (Charles V, Holy Roman Emperor)[9] กรณีนี้ส่งผลให้พระเจ้าชาร์ลที่ 1 แห่งสเปนทรงปกครองดินแดนต่างๆ ทั่วทั้งยุโรปซึ่งเป็นรัฐภายใต้การปกครองของอาณาจักรโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ และทรงปกครองสเปนและดินแดนที่อยู่ภายใต้การปกครองของอาณาจักรสเปน

ในช่วงปลายรัชสมัยของพระองค์ ทรงแบ่งดินแดนของผู้ที่จะสืบราชบัลลังก์ออกเป็น 2 ส่วนสำคัญ กล่าวคือ

(1) อาณาจักรสเปนซึ่งมีดินแดนกว้างใหญ่ไพศาลและปกครองประเทศต่างๆ ในยุโรป ประเทศในทวีปแอฟริกา ประเทศในแถบละตินอเมริกา และเนเธอร์แลนด์

(2) อาณาจักรที่อยู่ภายใต้จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ ซึ่งปกครองรัฐต่างๆ ในยุโรปกลาง

ภายหลังการสละราชสมบัติของพระเจ้าชาร์ลที่ 1 แห่งสเปนในปี ค.ศ. 1556 พระเจ้าฟิลิปที่ 2 (Philip II of Spain) ได้ขึ้นครองราชย์แทน[10] ในรัชสมัยของพระเจ้าฟิลิปสเปนประสบปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับลัทธิความเชื่อและมุมมองทางศาสนา พระเจ้าฟิลิปทรงสนับสนุนคริสตจักรนิกายคาธอลิก เป็นอย่างมาก และคัดค้านความเชื่อทางศาสนาของมุสลิมและโปรแตสแตน สร้างความไม่พอใจให้กับอาณานิคมผู้ใต้ปกครองและรัฐต่างๆ เป็นอย่างมาก ในช่วงรัชสมัยของพระเจ้าฟิลิป สเปนได้ทำสงครามกับประเทศต่างๆ โดยเฉพาะสงครามกับเนเธอร์แลนด์ในปี ค.ศ. 1560 ซึ่งกินเวลา 8 ปี สงครามกับอังกฤษซึ่งสเปนมองว่าเป็นผู้อยู่เบื้องหลังสนับสนุนเนเธอร์แลนด์ให้แยกตัวออกมาจากอาณานิคมสเปน และทำสงครามกับฝรั่งเศสระหว่างปี ค.ศ. 1590–1598[11]

สงครามได้สร้างชื่อเสียงให้แก่จักรวรรดิสเปน และในช่วงนี้ที่สเปนได้กลายเป็นมหาอำนาจของโลก พระเจ้าฟิลิปที่ 2 สวรรคตในปี ค.ศ. 1598 พระเจ้าฟิลิปที่ 3 องค์รัชทายาทขึ้นครองราชย์ (ค.ศ. 1598-1621) ในปี ค.ศ. 1618 ซึ่งเป็นช่วงปลายรัชสมัยของพระเจ้าฟิลิปที่ 3 สเปนได้ทำสงครามกับประเทศต่างๆ ในยุโรปซึ่งกินเวลา

---

[9] Rhea Marsh Smith. 1965. Spain: A Modern History. University of Michigan Press, at 2.

[10] Ibid.

[11] **Simon Barton. 2009.** A History of Spain. Hampshire, England: Palgrave Macmillan.

ยืดเยื้อเป็นระยะเวลานานถึง 30 ปี (Thirty Years' War)[12] และเป็นช่วงเวลาที่กษัตริย์แห่งสเปนปกครองตามอำเภอใจ การตอบแทนหรือการให้รางวัลขึ้นอยู่กับความพอใจของกษัตริย์ ต่อมาในสมัยพระเจ้าฟิลิปที่ 4 ทรงครองราชย์ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1621–1665 เป็นช่วงเวลาที่สเปนเกิดสูญญากาศทางการเมือง กษัตริย์ทรงปล่อยปละละเลย การบริหารราชการแผ่นดินเป็นอำนาจของขุนนางชั้นผู้ใหญ่โดยเฉพาะ Gaspar de Guzman ซึ่งเป็นที่ชื่นชอบของพระเจ้าฟิลิปที่ 4 ทรงให้อำนาจให้การบริหารราชการแผ่นดินแทนพระองค์[13] และในปี ค.ศ. 1648 สงคราม 30 ปี ของสเปนกับประเทศต่างๆ ในยุโรปได้ยุติลงโดยไม่มีฝ่ายใดเป็นผู้ชนะ สเปนเกิดกบฏแบ่งแยกดินแดนในรัฐภายใต้การปกครองของสเปน ได้แก่ โปรตุเกส อิตาลี และแคว้นกาตาลุญญา (Catalonia)[14] ปัจจุบันโปรตุเกสและอิตาลีได้แยกตัวออกเป็นอิสระจากสเปน ขณะที่แคว้นกาตาลุญญาได้กลายเป็นปัญหาเกี่ยวกับกบฏแบ่งแยกดินแดนที่ลุกลามเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

สเปนได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการทำสงคราม ประชาชนเริ่มอดยาก ขณะที่งบประมาณใช้ไปในกิจการทางกองทัพ มีการขยายกองทัพเรือเพื่อเสริมสร้างความยิ่งใหญ่ให้แก่กองทัพสเปน[15] ถือได้ว่าสเปนเริ่มเข้าสู่ยุคตกต่ำ และเข้าสู่สมัยของพระเจ้าชาร์ลที่ 2 (ค.ศ. 1665–1700) พระองค์ทรงขึ้นครองราชย์ต่อจากพระเจ้าฟิลิปที่ 4 อย่างไรก็ตาม พระองค์ทรงไม่สามารถปฏิบัติราชกรณียกิจได้ตามปกติ เนื่องจากทรงพิการตั้งแต่กำเนิด และในปี ค.ศ. 1700 ภายหลังพระเจ้าชาร์ลที่ 2 สวรรคต พระองค์ไม่มีพระโอรสที่จะสืบราชบัลลังก์ ราชวงศ์ Habsburg ในสเปนซึ่งเคยยิ่งใหญ่ในอดีตจึงได้สูญสิ้นไป

(2) สเปนภายใต้การปกครองของราชวงศ์ Bourbons ในศตวรรษที่ 18 และ 19

ในศตวรรษที่ 18 สเปนเข้าสู่การปกครองภายใต้ราชวงศ์ Bourbons พระเจ้าฟิลิปที่ 5 เป็นกษัตริย์องค์แรกของราชวงศ์ Bourbons พระเจ้าฟิลิปที่ 5 เดิมทีคือ เจ้าชายแห่งฝรั่งเศสมีฐานันดรเป็นดยุคแห่งอองชู (Duke of Anjou)[16] และเป็นหลานชายของพระเจ้าชาร์ลที่ 2 แห่งสเปน และพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แห่งฝรั่งเศส

---

[12] Ibid.

[13] Ibid.

[14] Ibid.

[15] Ibid.

[16] John Lynch. 1989. **Bourbon Spain: 1700–1808,** at 67.

(Louis XIV of France) ในช่วงนี้เองที่สงครามได้ค่อยๆ ประทุขึ้นโดยเริ่มจากการอ้างสิทธิในราชบัลลังก์สเปนของจักรพรรดิเลโอโปลด์ที่ 1 แห่งโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (Leopold I, Emperor of the Holy Roman Empire) ซึ่งสืบเชื้อสายมาจากพระเจ้าชาร์ลที่ 1 แห่งราชวงศ์ Habsburg ดังกล่าวข้างต้น ทรงต่อสู้เพื่อให้ราชบัลลังก์สเปนยังคงอยู่กับราชวงศ์ Habsburg เมื่อพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 เริ่มขยายดินแดนไปยังประเทศต่างๆ ในยุโรปอย่างรวดเร็ว ประเทศอื่นโดยเฉพาะจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ อังกฤษ โปรตุเกส และเนเธอร์แลนด์ เริ่มเกรงกลัวอิทธิพลและภัยคุกคามจากฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก และในที่สุด อังกฤษ โปรตุเกส และเนเธอร์แลนด์ได้เข้าร่วมเป็นพันธมิตรกับจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ต่อต้านฝรั่งเศส

การขึ้นครองราชย์ของพระเจ้าฟิลิปที่ 5 ยังสร้างความหวาดระแวงแก่บรรดาประเทศต่างๆ ในยุโรป โดยเฉพาะพันธมิตรจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ เพราะเกรงว่าสเปนกับฝรั่งเศส สองประเทศมหาอำนาจทางการทหารในขณะนั้น อาจรวมเป็นอาณาจักรเดียวกันภายใต้ราชวงศ์ Bourbons และจะส่งผลกระทบต่อดุลแห่งอำนาจในยุโรป เหตุการณ์นี้นำไปสู่การทำสงครามสืบราชบัลลังก์สเปนที่รู้จักกันว่า “War of the Spanish Succession” ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1701–1714 โดยประเทศมหาอำนาจของยุโรปถูกแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายที่สนับสนุนพระเจ้าฟิลิปที่ 5 ได้แก่ ฝรั่งเศสและสเปน กับฝ่ายที่คัดค้านพระเจ้าฟิลิปที่ 5 ได้แก่ จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์ (ต่อมาคือจักรวรรดิ ปรัสเซีย หรือออสเตรียในปัจจุบัน) อังกฤษ เนเธอร์แลนด์ และโปรตุเกส[17]

สงครามการสืบราชบัลลังก์สเปนส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงสมดุลแห่งอำนาจในยุโรป ประเทศต่างๆ ได้เข้าร่วมสงครามเพื่อต่อต้านฝรั่งเศสและสเปน บางประเทศหวังที่จะได้ดินแดนเพิ่มเติม[18] บางประเทศเพียงเพื่อป้องกันการสูญเสียดินแดนที่ครอบครองอยู่[19] ภายหลังสงครามทั้งสองฝ่ายได้ทำสนธิสัญญาระหว่างกันเรียกว่า “Treaty of Utrecht” เมื่อวันที่ 11 เมษายน ค.ศ. 1713 เป็นสนธิสัญญาสงบศึกและเป็นการรับรองสถานะความเป็นกษัตริย์ของพระเจ้าฟิลิปที่ 5 แห่งสเปน สนธิสัญญาดังกล่าวได้ยกเลิกสิทธิในการสืบราชบัลลังก์ฝรั่งเศสของพระเจ้าฟิลิปที่ 5 เพื่อเป็นการป้องกันการรวมตัวระหว่างสเปนและฝรั่งเศสให้เป็นอาณาจักรเดียวกัน ในขณะ

---

[17] Ibid, at 115.

[18] อาทิ อังกฤษ และจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ ซึ่งต่อมาคือจักรวรรดิปรัสเซีย (ออสเตรียและเยอรมัน).

[19] อาทิ เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกส และอิตาลี ซึ่งต้องการหลุดพ้นจากการเป็นรัฐภายใต้การปกครองของสเปนและได้รับการสนับสนุนจากอังกฤษ และจักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ.

เดียวกันสเปนถูกแบ่งแยกดินแดนออกเป็นส่วนๆ โดยเฉพาะดินแดนที่เป็นอิตาลีและเนเธอร์แลนด์ในปัจจุบันหลุดพ้นจากความเป็นรัฐภายใต้อาณานิคมของสเปนและเป็นยุคสิ้นสุดของความเกรียงไกรและยิ่งใหญ่ของสเปนเหนือประเทศอื่นๆ ในยุโรป

ในสมัยของพระเจ้าฟิลิปที่ 5 ทรงได้รับอิทธิพลแนวความคิดในเรื่องการปกครองจากฝรั่งเศสเป็นอย่างมาก ทรงลงพระนามาภิไธยในเอกสารสำคัญภายใต้ Decreto de Nueva Planta ในปี ค.ศ. 1715 เพื่ออ้างถึงสิทธิดั้งเดิมต่างๆ ของกษัตริย์ในสมัยแรกเริ่มของราชวงศ์สเปน นักวิชาการบางท่านอ้างว่า พระเจ้าฟิลิปที่ 5 ยังให้ความสำคัญกับกิจการเกี่ยวกับฝรั่งเศสมากกว่าการบริหารราชการแผ่นดินในสเปน[20] เศรษฐกิจภายในประเทศตกต่ำเป็นอย่างมากและภายหลังพระเจ้าฟิลิปที่ 5 ราชวงศ์ Bourbons ปกครองสเปนภายใต้พระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 6 (Ferdinand VI) พระเจ้าชาร์ลที่ 3 (Charles III) พระเจ้าชาร์ลที่ 4 (Charles IV) และพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 (Ferdinand VII) ตามลำดับ

ในสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 4 ทรงครองราชย์ในปี ค.ศ. 1788 จนถึงปี ค.ศ. 1808 เป็นช่วงเวลาที่กษัตริย์สเปนอ่อนแอเป็นอย่างมาก สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะกระแสการล้มล้างการปกครองในระบอบกษัตริย์ของฝรั่งเศสจากการปฏิวัติปี ค.ศ. 1789 มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในประเทศต่างๆ ของยุโรป และในปี ค.ศ. 1808 สเปนถูกภัยคุกคามจากฝรั่งเศสภายใต้จักรพรรดินโปเลียนแห่งฝรั่งเศส (Napoleon I, Emperor of the French) นำไปสู่การทำสงครามคาบสมุทรที่เรียกว่า “Peninsular War”[21] ผลของสงครามส่งผลต่อการพัฒนาและเศรษฐกิจของสเปน ระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศล้าหลังมากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ ในยุโรปโดยเฉพาะอังกฤษซึ่งเข้าสู่ช่วงการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) และในปี ค.ศ. 1808 พระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 ขึ้นครองราชย์ต่อจากพระเจ้าชาร์ลที่ 4 ได้เพียง 48 วัน จักรพรรดินโปเลียนเข้ายึดครองสเปนเป็นผลสำเร็จ พระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 จึงต้องยอมสละราชสมบัติและลี้ภัยทางการเมือง สเปนเข้าสู่ยุคภายใต้การปกครองของจักรวรรดิฝรั่งเศส

กล่าวได้ว่า ในช่วงเวลานี้เองที่แนวคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในสเปนเป็นครั้งแรก และภายใต้การปกครองของจักรวรรดิฝรั่งเศส เกิดกระแสต่อต้าน

---

[20] John Lynch. 1989. **Bourbon Spain: 1700–1808,** at 115.

[21] Charles J. Esdaile. 2004. **Fighting Napoloen: Guerrillas, Bandits & Adventures in Spain, 1808-1814.** Connecticut: Yale University Press.

จักรพรรดินโปเลียน มีการจัดตั้งกองกำลังทหาร (Juntas) ทั่วประเทศสนับสนุนพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 และในปี ค.ศ. 1812 รัฐสภา (Cadiz Cortes) ได้จัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของสเปนขึ้นเป็นครั้งแรก รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส มีการแบ่งแยกอำนาจการปกครองอย่างชัดเจนระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร โดยสมาชิกรัฐสภา (Cortes) มาจากการเลือกตั้งโดยทางอ้อม และมีบทบัญญัติห้ามกษัตริย์แห่งสเปนแทรกแซงการบริหารจัดการของรัฐสภา[22]

ในช่วงปี ค.ศ. 1813 สเปนได้รับการสนับสนุนจากกองทัพของอังกฤษ[23] และได้รับชัยชนะเหนือฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1814 อังกฤษได้ช่วยเหลือพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 แห่งราชวงศ์ Bourbons ฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ในสเปน พระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 ทรงให้คำมั่นแก่ประชาชนชาวสเปนว่าจะรับรองรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1812 ที่รัฐสภาได้จัดทำขึ้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังการฟื้นฟูราชวงศ์และขึ้นครองราชย์ครั้งที่ 2 พระองค์ทรงปฏิเสธที่จะยอมรับและถูกจำกัดอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ สร้างความไม่พอใจให้แก่บรรดาขุนนางและประชาชนจำนวนมาก สเปนประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ ความมั่นคงทางการเมืองอย่างมาก เกิดกระแสล้มล้างระบอบกษัตริย์ในสเปน และนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของสเปนในปี ค.ศ. 1873 เป็นสาธารณรัฐที่ 1 (First Spanish Republic)

(3) การปกครองของสเปนในช่วงสาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ. 1873–74) ถึงช่วงฟื้นฟู (Restoration) ระบอบกษัตริย์ในปี ค.ศ. 1874–1931

ภายหลังการสละราชสมบัติในปีค.ศ. 1873 สเปนเข้าสู่ยุคสาธารณรัฐที่ 1 เป็นช่วงเวลาสั้นๆ ที่มีรัฐบาลประชาชนเข้ามาบริหารประเทศ รัฐบาลดังกล่าวขาดวิสัยทัศน์เศรษฐกิจของสเปนยังคงย่ำแย่ รัฐบาลจึงไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน กระแสเรียกร้องให้นำระบอบกษัตริย์จึงกลับมาอีกครั้งหนึ่ง ขุนนางและรัฐสภาได้อัญเชิญพระเจ้าอัลฟองโซที่ 12 (Alfonso XII of Spain) ขึ้นครองราชย์ภายใต้เงื่อนไขที่กษัตริย์ต้องยอมจำกัดอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ พระเจ้าอัลฟองโซที่ 12 ทรงยินยอมสเปนเข้าสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

---

[22] ดูหัวข้อ 7.2.2 รัฐธรรมนูญของสเปน.

[23] Duke of Wellington ส่งกองทัพไปช่วยสเปนเพื่อต่อสู้กับกองทหารฝรั่งเศสของจักรพรรดินโปเลียน และทำสงครามที่เรียกว่า “Battle of Waterloo” อังกฤษได้รับชัยชนะเหนือกองทัพนโปเลียน และส่งผลให้กองทัพของฝรั่งเศสอ่อนกำลังลงจนต้องถอนทัพออกจากสเปน สเปนจึงหลุดพ้นจากการปกครองของฝรั่งเศสด้วยความช่วยเหลือจากอังกฤษ.

หรือระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก[24]

ภายหลังพระเจ้าอัลฟองโซที่ 12 เข้าสู่สมัยพระเจ้าอัลฟองโซที่ 13 (Alfonso XIII of Spain) เป็นช่วงเวลาที่ระบอบกษัตริย์สั่นคลอนเป็นอย่างมาก สเปนประสบปัญหาสถานการณ์ความไม่มั่นคงทางการเมือง มีการลอบสังหารนายกรัฐมนตรี (Antonio Canovas del Castillo) เกิดการเรียกร้องเอกราชของรัฐอาณานิคมสเปนในแถบละตินอเมริกา เกิดสงครามโลกครั้งที่ 1 และในปีค.ศ. 1923 เกิดการรัฐประหารนำโดยจอมพล Miguel Primo de Rivera ซึ่งปกครองสเปนในระบอบเผด็จการอย่างยาวนานถึง 7 ปี โดยมีพระเจ้าอัลฟองโซที่ 13 ให้การสนับสนุน ประชาชนเริ่มเบื่อหน่ายกษัตริย์ และเรียกร้องให้สเปนกลับไปสู่การปกครองแบบสาธารณรัฐอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1931[25]

(4) การปกครองของสเปนในช่วงสาธารณรัฐที่ 2 และการฟื้นฟูราชวงศ์ Bourbons แห่งสเปนในปี ค.ศ. 1978

สเปนในช่วงสาธารณรัฐที่ 2 (Second Spanish Republic) เป็นช่วงที่สเปนไม่มีกษัตริย์ รัฐบาลจัดตั้งมาจากรัฐบาลผสมซึ่งไม่เอาระบอบกษัตริย์ การเมืองในสเปนถูกแบ่งออกเป็นสองขั้วอำนาจอย่างชัดเจน กล่าวคือ ฝ่ายที่ไม่เอาระบอบกษัตริย์ซึ่งได้รับอิทธิพลแนวความคิดจากลัทธิคอมมิวนิสต์ ภายใต้การสนับสนุนของสหภาพโซเวียต กับฝ่ายชาตินิยม (Nationalist) นำโดยจอมพลฟรังโก (Francisco Franco) ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากกองทัพนาซีเยอรมันและฟาสซิสม์ในอิตาลี เกิดสงครามกลางเมืองในสเปน (Spanish Civil War) ในปี ค.ศ. 1936–1939 ฝ่าย Nationalist โดยจอมพล Franco เป็นฝ่ายได้รับชัยชนะและเข้าปกครองประเทศในระบอบเผด็จการอำนาจนิยม ลักษณะเดียวกับลัทธินาซีในเยอรมันและลัทธิฟาสซิสม์ในอิตาลี[26]

ภายใต้การปกครองของจอมพล Franco เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นผลพวงมาจากลัทธิคลั่งชาติแบบนาซีเยอรมันของฮิตเลอร์และลัทธิฟาสซิสม์ของมุสโสลินีในอิตาลีซึ่งเป็นลัทธิเผด็จการชาตินิยม แม้จะมีอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเดียวกับเยอรมันและอิตาลี แต่สเปนกลับวางตัวเป็นกลางไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดและเลือกที่จะไม่เข้าร่วมรบในสงครามโลกครั้งที่ 2 อาจกล่าวได้ว่า ในช่วงนี้

---

[24] Earl R. Beck. 1979. **Time of Triump & Sorrow: Spanish Politics during the Reign of Alfonso XII, 1874-1885.**

[25] Ibid.

[26] Gabriel Jackson. 1967. **The Spanish Republic and the Civil War, 1931–1939.** New Jersey: Princeton University Press, at 539.

สเปนได้ตัดขาดจากโลกภายนอก[27] การเลือกตั้งหรือการจัดตั้งพรรคการเมืองในสเปนเป็นเรื่องต้องห้าม กิจกรรมทางการเมืองและการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองถือเป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศ

ในปี ค.ศ. 1967 ประเทศต่างๆ ในทวีปแอฟริกา อาทิ โมร็อกโก ประกาศเอกราชและแยกตัวออกจากสเปน อาจกล่าวได้ว่า ประเทศอาณานิคมของสเปนโดยเฉพาะโมร็อกโกอาจได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องการปกครองและรัฐธรรมนูญมาจากสเปน ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโกในบทที่ 8

ระบอบเผด็จการของจอมพล Franco มิได้นำมาซึ่งความหายนะแต่เพียงอย่างเดียว แต่นำมาซึ่งการติดต่อระหว่างกันและการสร้างสรรค์ใหม่ๆ เพื่อบูรณะเศรษฐกิจ การค้าและโครงสร้างขั้นพื้นฐานของประเทศ สเปนฟื้นฟูระบบเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนกับประเทศเพื่อนบ้านมีบรรยากาศและมีความเป็นเสรีมากยิ่งขึ้น จอมพล Franco ได้ตั้งฮวน คาร์ลอสที่ 1 (Juan Carlos I de Bourbons) ซึ่งเป็นเชื้อสายราชวงศ์ Bourbons เป็นผู้สืบทอดอำนาจต่อจากตนเอง เนื่องจากต้องการให้สเปนเปลี่ยนแปลงไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น โดยมีสถาบันกษัตริย์เป็นประมุขของประเทศ จอมพล Franco ปกครองประเทศจนถึงแก่อสัญกรรมในปี ค.ศ. 1975 และนับเป็นยุคสิ้นสุดการปกครองในระบอบเผด็จการ Francoist ของสเปน[28] ในปี ค.ศ. 1978 มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้ Spanish Constitution of 1978[29] โดยฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ให้กลับมาอีกครั้งหนึ่ง และมีการเสนอให้ประชาชนลงประชามติทั่วประเทศ ประชาชนพากันลงมติรับรองด้วยความเต็มใจ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวฟื้นฟูการปกครองในระบอบกษัตริย์ของประเทศสเปนได้ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน

7.2.2 รัฐธรรมนูญของสเปน

ก่อนเข้าสู่การวิเคราะห์ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปน มีความจำเป็นจะต้องพิจารณาพัฒนาของกฎหมายรัฐธรรมนูญสเปน และดังได้กล่าวข้างต้นว่ารัฐธรรมนูญของสเปนได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดเรื่องการปกครองและรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผลมาจากอิทธิพลของจักรวรรดิฝรั่งเศสภายใต้พระเจ้านโปเลียนซึ่งเข้ายึดครองสเปนในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 พัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญในสเปนสรุปได้ดังนี้

---

[27] Ibid.

[28] Ibid.

[29] *Spanisih Constitution of 1978* (1978) (Spain).

(1) Spanish Constitution of 1812

ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสเปน (Spanish Constitution of 1812)[30] ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ใช้บังคับภายในประเทศ มีการจัดรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาโดยมีสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยทางอ้อม รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวยังคงไว้ซึ่งพระราชอำนาจของกษัตริย์ (พระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7) ในทางปฏิบัติพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 ทรงไม่ยินยอมที่จะถูกจำกัดอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และได้ยับยั้งการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติในเรื่องต่างๆ ระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงยังคงเป็นแบบอำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolutism) หรือสมบูรณาญาสิทธิราชย์[31] รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับในช่วงที่สเปนมีความไม่แน่นอนทางการเมือง และตกอยู่ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิฝรั่งเศสของพระเจ้านโปเลียน ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับได้เพียง 3 ปี (ค.ศ. 1812–1814) และถูกระงับไว้ชั่วคราว มีการนำรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1812 กลับมาใช้บังคับอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1820–1823 และในปี ค.ศ. 1836–1837 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐสภาของสเปนพยายามจะจำกัดอำนาจของพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 ซึ่งกลับมาขึ้นครองราชย์จากความช่วยเหลือของราชวงศ์อังกฤษ

(2) Royal Statute of 1834

เอกสารอีกฉบับที่มีความสำคัญกับพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญสเปน คือ Royal Statute of 1834[32] เกิดขึ้นในสมัยพระนางมาเรีย คริสตินา (Maria Christina) ซึ่งเป็นผู้สำเร็จราชการ (Queen Regent) เนื่องจากพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 สวรรคต บทบัญญัติดังกล่าวภายใต้ Royal Statute of 1834 จัดรูปแบบและโครงสร้างของรัฐสภา (Cortes) ใหม่ โดยให้มีสองสภา (Bicameral) ซึ่งเอาตัวแบบมาจากอังกฤษ รัฐสภา (Cortes) ของสเปน ประกอบด้วยสภาสูง หรือสภาขุนนาง (Upper Chamber) ซึ่งกษัตริย์แห่งสเปนทรงแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัย โดยคัดเลือกจากชนชั้นสูง และสภาล่าง (Lower Chamber) ซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้ง โดยจำลองรูปแบบและกระบวนการต่างๆ มาจากสภาสามัญ (House of Common) ของอังกฤษ[33]

---

[30] *Spanish Constitution of 1812* (1812) (Spain).

[31] Ibid.

[32] *Royal Statute of 1834* (1834) (Spain).

[33] Ibid.

กล่าวได้ว่า เอกสารดังกล่าวมิใช่เป็นรัฐธรรมนูญ แต่มีความสำคัญในเชิงการจัดสรรรูปแบบการปกครองของประเทศสเปนในระบบรัฐสภาซึ่งปรากฏให้เห็นจนถึงปัจจุบัน

(3) Spanish Constitution of 1837

รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาคือรัฐธรรมนูญภายใต้ Spanish Constitution of 1837[34] ซึ่งมีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1812 และใช้บังคับในช่วงเวลาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1837–1845 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ผสมผสานเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1812 และเอกสารบทบัญญัติภายใต้ Royal Statute of 1834 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเกิดจากการรัฐประหารในปี ค.ศ. 1836 ของทหารองครักษ์ (Spanish Royal Guard) รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติรองรับถึงสิทธิของพลเมืองชาวสเปน มีการนำหลักการเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในรัฐธรรมนูญฉบับเดิมมาบัญญัติไว้รวมตลอดทั้งมีการบัญญัติการจัดสรรอำนาจการปกครองและสถาบันทางการเมืองของประเทศ[35] อาจกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1837 ได้นำหลักการของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1812 ซึ่งได้รับแนวคิดมาจากฝรั่งเศส กลับมาใช้อีกครั้งหนึ่ง ส่งผลให้สมาชิกสภาล่างจึงมาจากการเลือกตั้ง โดยทางอ้อมแบบฝรั่งเศสในยุคสมัยนั้น และกษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจต่างๆ อาทิ พระราชอำนาจในการยุบสภา เป็นต้น รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1837 ถูกยกเลิกโดยรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1845

(4) Spanish Constitution of 1845

ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1845 (Spanish Constitution of 1845)[36] ซึ่งใช้บังคับถึงปี ค.ศ. 1869 เป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในช่วงที่ระบอบกษัตริย์ของสเปนเริ่มอ่อนแอ อยู่ในช่วงสมัยของพระนางอิสซาเบลที่ 2 แห่งสเปน (Isabelle II of Spain) ซึ่งครองราชย์ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1833–1868 ซึ่งเกิดประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติในเรื่องเพศของผู้ที่จะเป็นกษัตริย์แห่งสเปน ประเด็นนี้มีความสัมพันธ์กับการวิเคราะห์ประเพณีทางรัฐธรรมนูญและกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ของสเปนอันจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

(5) Spanish Constitution of 1869

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1869 (Spanish Constitution of 1869)[37] เกิดขึ้นภายหลังสมัยของพระนางอิสซาเบลที่ 2 ซึ่งถูกกดดันจากคณะปฏิวัติ และต้อง

---

[34] *Spanish Constitution of 1837* (1837) (Spain).

[35] Ibid.

[36] *Spanish Constitution of 1845* (1845) (Spain).

[37] *Spanish Constitution of 1869* (1869) (Spain).

สละราชสมบัติในปี ค.ศ. 1868 คณะปฏิวัติได้อัญเชิญเจ้าชายอะมาดิโอแห่งซาวอย (Amadeo of Savoy) ซึ่งเป็นเจ้าชายครองราชรัฐในอิตาลี ขึ้นครองราชย์เป็นกษัตริย์แห่งสเปนเป็นพระเจ้าอะมาดิโอที่ 1 แห่งสเปน (Amadeo I of Spain) มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นเพื่อใช้บังคับในสเปนภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1869[38]

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมซึ่งสนับสนุนกษัตริย์ กับฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressives อย่างไรก็ตาม พระเจ้าอะมาดิโอที่ 1 แห่งสเปนครองราชย์ได้เพียง 2 ปี และต้องสละราชสมบัติเนื่องจากฝ่ายสาธารณรัฐ Republic Progressive ซึ่งคุมเสียงข้างมากในรัฐสภาประกาศให้สเปนกลายเป็นสาธารณรัฐ (Spanish Republic) ในปี ค.ศ. 1873

(6) Spanish Constitution of 1873

ในช่วงที่สเปนเป็นสาธารณรัฐครั้งที่ 1 ซึ่งเป็นช่วงเวลาสั้นๆ ระหว่างปี ค.ศ. 1873–1874 รัฐสภามีความพยายามในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้ Spanish Constitution of 1873[39] เพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1869 อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้มีผลใช้บังคับแต่อย่างใด เนื่องจากความขัดแย้งระหว่างสองขั้วอำนาจในสเปน ระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมซึ่งสนับสนุนกษัตริย์กับฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressive มีความขัดแย้งกัน การบริหารประเทศของรัฐบาลฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressive มิได้ทำให้สเปนมีความเจริญขึ้นแต่อย่างใด ฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressive จึงขาดความนิยมจากประชาชน และส่งผลให้ฝ่ายอนุรักษ์ที่ต้องการให้ระบอบกษัตริย์ในสเปนกลับมาแข็งแกร่งอีกครั้งเป็นที่ชื่นชอบของประชาชนและได้รับชัยชนะ ระบอบกษัตริย์ของสเปนจึงได้รับการฟื้นฟูกลับมาอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1874

(7) Spanish Constitution of 1876

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1876 (Spanish Constitution of 1876) เป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับในช่วงที่มีการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ในสเปน (Bourbons Restoration) รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับถึงปี ค.ศ. 1931 ซึ่งสืบเนื่องมาจากสเปนได้กลับไปสู่การปกครองในระบอบสาธารณรัฐอีกครั้งหนึ่ง (ครั้งที่ 2)

(8) Spanish Constitution of 1931

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1931 (Spanish Constitution of 1931)[40] เป็นรัฐธรรมนูญ

---

[38] Ibid.

[39] *Spanish Constitution of 1873* (1873) (Spain).

[40] *Spanish Constitution of 1931* (1931) (Spain).

ที่ใช้บังคับในสเปนในช่วงที่เป็นสาธารณรัฐที่ 2 (The Second Spanish Republic) เป็นรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressive ซึ่งเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองของสเปนให้เป็นสาธารณรัฐ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติให้มีรัฐสภาเพียงสภาเดียว รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับถึงปี ค.ศ. 1939 และในช่วงเวลาดังกล่าวที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับอยู่ สเปนเกิดสงครามกลางเมืองระหว่างฝ่ายสาธารณรัฐ Republican Progressive กับฝ่ายอนุรักษ์นิยม ซึ่งได้รับอิทธิพลและแนวคิดชาตินิยมจากนาซีเยอรมันและฟาสซิสม์ในอิตาลี นำโดยจอมพล Francisco Franco และดังได้กล่าวข้างต้น จอมพล Franco ได้รับชัยชนะในปี ค.ศ. 1936 ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถูกระงับใช้ไปชั่วคราว และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เพื่อใช้บังคับในสเปนภายใต้ธรรมนูญการปกครองประเทศ (Fundamental Law of the Realm)

(9) Fundamental Law of the Realm

ธรรมนูญการปกครองประเทศภายใต้ Fundamental Law of the Realm เป็นเอกสารฉบับสำคัญที่เกี่ยวกับพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญสเปนฉบับหนึ่ง กล่าวคือ เป็นเอกสารกฎหมายรัฐธรรมนูญในช่วงที่สเปนมีการปกครองภายใต้ระบอบเผด็จการของจอมพล Franco ก่อนจะเข้าสู่การฟื้นฟูระบอบกษัตริย์อีกครั้งในปี ค.ศ. 1978 ธรรมนูญการปกครองประเทศฉบับนี้ใช้บังคับอย่างยาวนานถึง 40 ปี และบัญญัติให้รัฐสภามีสองสภา และสมาชิกบางส่วนมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และบางส่วนมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร ธรรมนูญการปกครองฉบับนี้เป็นการจัดทำขึ้นของรัฐบาลจอมพล Franco เพื่อจัดระเบียบการปกครองประเทศให้สมดุลก่อนนำไปสู่การเป็นประชาธิปไตยต่อไป ไม่ว่าธรรมนูญการปกครองประเทศของสเปนฉบับนี้จะดีหรือไม่อยู่นอกเหนือจากศึกษาในครั้งนี้ ภายหลังจอมพล Franco ถึงอสัญญกรรมในปี ค.ศ. 1975 สเปนเข้าสู่ยุคฟื้นฟูระบอบกษัตริย์มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้ Spanish Constitution of 1978

(10) Spanish Constitution of 1978

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1978 (Spanish Constitution of 1978)[41] เป็นรัฐธรรมนูญฉบับล่าสุดที่ใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ให้กลับมาอีกครั้งหนึ่งในสเปน หลังจากสเปนถูกปกครองโดยทหารภายใต้ระบอบเผด็จการอำนาจนิยม (Dictatorship) ของจอมพล Franco อย่างยาวนาน

[41] *Spanish Constitution of 1978* (1978) (Spain).

ภายหลังจอมพล Franco ถึงแก่อสัญญกรรมในปี ค.ศ. 1975 สเปนมีการเลือกตั้งใหญ่ในปี ค.ศ. 1977 เพื่อจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constituent Cortes) มีการเสนอให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวลงประชามติ โดยประชาชนทั่วประเทศในปี ค.ศ. 1978 ประชาชนพากันมาลงประชามติด้วยความเต็มใจ และรับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว (ร้อยละ 88 เห็นชอบ) โดยนำระบอบกษัตริย์ ระบบรัฐสภาซึ่งผสมผสานรูปแบบมาจากอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส และบัญญัติเรื่องการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง กษัตริย์เป็นเพียงประมุขแห่งรัฐและปราศจากอิทธิพลในทางการเมือง พระเจ้าฮวน คาร์ลอสที่ 1 แห่งสเปน (Juan Carlos I of Spain) ทรงยินยอมถูกจำกัดภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว และนำสเปนเข้าสู่ยุคสมัยปัจจุบันที่สเปนมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว มีการบัญญัติการแบ่งแยกอำนาจการปกครองตามหลักการและแนวคิดของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก

ประมุขของรัฐ (Head of the State) คือ พระมหากษัตริย์ซึ่งสืบเชื้อสายมาจากราชวงศ์ Bourbons ดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของประเทศ และทรงอยู่เหนือการเมืองและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ[42] เป็นการนำหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของสเปน

ฝ่ายบริหาร (Head of the Government) มีนายกรัฐมนตรี ซึ่งสเปนเรียกว่าหัวหน้ารัฐบาล (President) เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินภายใต้ความไว้วางใจจากรัฐสภา[43] จะเห็นได้ว่า หลักการบริหารราชการแผ่นดินภายใต้ความไว้วางใจจากรัฐสภาซึ่งมีต้นตอมาจากอังกฤษได้รับการปลูกฝังในระบอบการปกครองของสเปน สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะอิทธิพลของระบอบการปกครองอังกฤษภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ส่งผลต่อรูปแบบและโครงสร้างทางการปกครองในประเทศต่างๆ โดยอังกฤษบังคับให้แต่ละประเทศปฏิรูปการปกครองให้มีระบบรัฐสภาซึ่งมีความยึดโยงกับประชาชน และมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อใช้บังคับในประเทศ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Parliament) ประกอบด้วยสองสภา กล่าวคือ สภาสูงและสภาล่าง[44] ซึ่งผสมผสานรูปแบบและกระบวนการต่างๆ อาทิ หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสมาชิกรัฐสภามาจากสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส

---

[42] Ibid.

[43] Ibid.

[44] Ibid.

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอรรถคดีทั้งปวง และเป็นอำนาจของผู้พิพากษา ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการกระทำของรัฐโดยการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสเปน[45]

7.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปน

สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนศึกษาได้จากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญ ตลอดจนธรรมเนียมปฏิบัติของสถาบันการเมืองที่ได้ยึดถือและประพฤติปฏิบัติกันมาอย่างสม่ำเสมอ กล่าวได้ว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนปรากฏตัวอย่างที่น้อยกว่าของอังกฤษและออสเตรเลียข้างต้น[46] อาจเป็นเพราะระบอบการปกครองของสเปนยึดถือลายลักษณ์อักษรมากกว่าประเพณีปฏิบัติซึ่งมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนที่ปรากฏสรุปได้ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติในสเปนเกี่ยวข้องกับกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์โดยมีกฎเกณฑ์หนึ่งเรียกว่า “Salic Law” เป็นกฎเกณฑ์สำคัญที่ใช้ในการกำหนดคุณสมบัติผู้สืบราชสมบัติ Salic Law ดังกล่าวมีภูมิหลังมาจาก Old Dutch Law และถูกใช้อย่างแพร่หลายในยุโรป โดยเฉพาะในเรื่องการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ในยุโรป[47]

หลักการโดยทั่วไปของ Salic Law คือผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติต่อจากกษัตริย์พระองค์เดิมได้จะต้องเป็นเพศชายเท่านั้น และต้องเรียงลำดับตามอาวุโส[48] กรณีนี้จึงเกิดปัญหาขึ้นในปี ค.ศ. 1830 เมื่อพระนางอิสซาเบลที่ 2 แห่งสเปนซึ่งเป็นพระราชธิดาของพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 ได้ขึ้นครองราชย์และเกิดสงครามชิงราชสมบัติระหว่าง พระน้องยาของพระเจ้าเฟอร์ดินานที่ 7 กับพระนางอิสซาเบลที่ 2

---

[45] Ibid.

[46] ดูบทที่ 5 และ 6.

[47] ดูคำอธิบายใน Jan Hendrik Hessels (ed). 1880. ***Lex Salica:*** **the Ten Texts with the Glosses and the *Lex Emendata.*** London: John Murray; and Katherine Fischer Drew. 1991. The laws of the Salian Franks (Pactus legis Salicae). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

[48] Christine Alice Corcos. (2012). From Agnatic Succession to Absolute Primogeniture: The Shift to Equal Right of Succession to Thrones and Titles in the Modern European Constitutional Monarchy. **Michigan State Law Review,** 1587, at 1603.

ที่เรียกว่า “Carist War” ภายหลังสงครามจึงเกิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติของกษัตริย์สเปนว่า ผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติ รวมถึงเพศหญิงด้วย และให้ผู้ที่มีเพศหญิงมีสิทธิสืบราชบัลลังก์ได้เฉพาะกรณีที่กษัตริย์พระองค์ก่อนไม่มีรัชทายาทฝ่ายชาย

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าของฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญของสเปนบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของประมุขแห่งรัฐและสถาบันการเมืองต่างๆ ของสเปน โดยถือว่าสถาบันกษัตริย์เป็นอิสระจากการเมือง อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญๆ โดยเฉพาะหัวหน้าฝ่ายบริหาร (President) มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าพระมหากษัตริย์แห่งสเปนทรงเป็นผู้เสนอแต่งตั้ง[49] ในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์แห่งสเปนจะทรงแต่งตั้งจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาและสามารถจัดตั้งรัฐบาลได้ภายใต้ความไว้วางใจจากรัฐสภา อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าพระมหากษัตริย์สเปนทรงไม่แทรกแซงการเมืองในประเทศ และทรงเคารพอำนาจการตัดสินใจของประชาชน กรณีนี้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ไม่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้แต่อย่างใด

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของสถาบันกษัตริย์

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของสถาบันกษัตริย์และเชื้อพระวงศ์ โดยมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นมารยาทที่ว่าเชื้อพระวงศ์และสถาบันกษัตริย์จะไม่แสดงความคิดเห็นใดๆ เกี่ยวกับการเคลื่อนไหวทางการเมือง และหากมีการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของบรรดาเชื้อพระวงศ์และสถาบันกษัตริย์ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะถือว่าความคิดเห็นดังกล่าวได้รับเอกสิทธิคุ้มกันตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีกรณีตัวอย่างที่เคยปรากฏเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของเชื้อพระวงศ์ในสเปน ปรากฏในกรณีเหตุการณ์ระเบิดในกรุงมาดริด ประเทศสเปน ในปี ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นการสร้างสถานการณ์ทางการเมือง แต่บรรดาเชื้อพระวงศ์ออกมาประนามการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการก่อการร้าย (Terrorism)

---

[49] *Spanish Constitution of 1978* (1978) (Spain), art. 99 (stating that ... The King shall, after consultation with the representatives appointed by the political groups with parliamentary representation, and through the Speaker of the Congress, nominate a candidate for the Presidency of the Government.”).

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐและรัฐบาล

นอกเหนือจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของเชื้อพระวงศ์ ยังมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐกับหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล โดยเฉพาะการแต่งตั้งตำแหน่งสำคัญๆ บางตำแหน่ง อาทิ การแต่งตั้งผู้พิพากษา ซึ่งรัฐธรรมนูญให้เป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งสเปน แต่ในทางปฏิบัติมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญว่ากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี โดยผู้แนะนำเป็นผู้รับผิดชอบ

อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้เป็นการถอดแบบมาจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษโดยเฉพาะหลักเรื่อง “The King Can Do No Wrong” มาปรับใช้ในการปกครองของสเปน

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการพระราชทานเครื่องราชและอิสริยยศ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการพระราชทานเครื่องราชและอิสริยยศถูกบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของสเปนว่าเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ แสดงให้เห็นถึงภูมิหลังและความสำคัญของกษัตริย์ว่าเป็นที่มาของเครื่องราชและฐานันดร ในทางปฏิบัติมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญประการหนึ่งว่าการพระราชทานเครื่องราชและอิสริยยศของกษัตริย์สเปน จะทำตามคำแนะนำของหัวหน้าฝ่ายบริหาร โดยมีหัวหน้าฝ่ายบริหารเป็นผู้ลงนามสนองพระบรมราชโองการ

7.3 เนเธอร์แลนด์

นอกเหนือจากสเปน การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ของกลุ่มยุโรปจะกล่าวถึงกรณีศึกษาของประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยศึกษาพื้นภูมิทางประวัติศาสตร์ของเนเธอร์แลนด์โดยสังเขป วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ

7.3.1 พื้นภูมิของประเทศเนเธอร์แลนด์

ดังได้กล่าวข้างต้น เนเธอร์แลนด์เคยตกอยู่ภายใต้การปกครองของสเปนในช่วงศตวรรษที่ 16 และ 18 และภายใต้จักรวรรดิฝรั่งเศสในช่วงต้นคริสตศตวรรษที่ 19 อันที่จริงภูมิหลังของประเทศเนเธอร์แลนด์สามารถมองย้อนไปถึงช่วงก่อนตกเป็นอาณานิคมสเปน ซึ่งในตอนนั้นเนเธอร์แลนด์ยังไม่มีสถานะเป็นรัฐหรือประเทศเหมือนในปัจจุบัน ดินแดนของเนเธอร์แลนด์ถูกแบ่งออกเป็นส่วนๆ และอยู่ภายใต้

การปกครองของรัฐต่างๆ อาทิ จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ เยอรมัน ออสเตรีย ฯลฯ อาจกล่าวได้ว่า สาเหตุสำคัญที่ส่งผลให้ชาวเนเธอร์แลนด์ หรือดัตช์มีความสามารถด้านภาษาเป็นเพราะเนเธอร์แลนด์เคยตกอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐต่างๆ ตั้งแต่สมัยอดีต และในช่วงเวลานี้เองที่เนเธอร์แลนด์ให้ความสำคัญกับการติดต่อสื่อสารกับรัฐต่างๆ การสำรวจพื้นที่นอกทวีปยุโรป และการเดินเรือเพื่อหาแหล่งวัตถุดิบจากโลกภายนอก[50] แม้เนเธอร์แลนด์จะยังไม่มีสถานะเป็นรัฐในช่วงเวลานี้ แต่มีความมั่งคั่งเป็นอย่างมาก กล่าวได้ว่า ช่วงเวลาที่เนเธอร์แลนด์ตกอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศหรือรัฐต่างๆ ในยุโรป เป็นช่วงยุคทองของชาวดัตช์ในการติดต่อสื่อสารและการพาณิชย์ระหว่างประเทศ

ในช่วงศตวรรษที่ 16–18 สถานะของเนเธอร์แลนด์มีความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยเนเธอร์แลนด์มีการปกครองเป็นแบบสาธารณรัฐซึ่งเรียกว่า “Dutch Republic” หรือ “Republic of the Seven United Netherlands” ในช่วงปี ค.ศ. 1581–1795 สาธารณรัฐดัตช์ดังกล่าวสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1795 และมีจัดตั้งสาธารณรัฐที่เรียกว่า Batavian Republic และในปี ค.ศ. 1806 กองทหารฝรั่งเศสของพระเจ้านโปเลียนเข้ายึดครองได้เป็นผลสำเร็จและส่งผลให้ Batavian Republic (เนเธอร์แลนด์) ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิฝรั่งเศส ในช่วงเวลานี้เนเธอร์แลนด์ถูกเรียกว่าราชอาณาจักรนโปเลียนฮอลแลนด์ “Napoleonic Kingdom of Holland”

จะเห็นได้ว่า เนเธอร์แลนด์หลุดพ้นจากการปกครองของสเปนก็เข้าสู่การปกครองภายใต้จักรวรรดิฝรั่งเศส ในช่วงเวลานี้ที่อังกฤษเข้ามามีบทบาทในการต่อต้านกองทัพของฝรั่งเศสในประเทศต่างๆ ทั่วยุโรป โดยเฉพาะสเปนดังกล่าวข้างต้นและในเนเธอร์แลนด์

กองทัพอังกฤษทำสงครามกับกองทัพจักรวรรดิฝรั่งเศสของพระเจ้านโปเลียน หรือที่เรียกว่า “Battle of Waterloo”[51] ปัจจุบันคือประเทศเบลเยี่ยม และได้รับชัยชนะเหนือพระเจ้านโปเลียน อังกฤษช่วยให้สเปนและเนเธอร์แลนด์หลุดพ้นจากจักรวรรดิฝรั่งเศส และในช่วงเวลานี้ที่อังกฤษได้จัดทำสนธิสัญญาที่สำคัญภายใต้ London Protocol 1814 ระหว่างประเทศมหาอำนาจของยุโรปในขณะนั้น ได้แก่ จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (ออสเตรียและปรัสเซีย) และรัสเซีย รับรองสถานะของเนเธอร์แลนด์ว่าเป็นรัฐ (State) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนเธอร์แลนด์เปลี่ยนชื่อเป็น

---

[50] A.J. Barnouw. 1948. **The Making of Modern Holland: A Short History.** Allen & Unwin.

[51] David G. Chandler. 1973. **Campaigns of Napoleon**. New York: Scribner.

สหราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ (United Kingdom of the Netherlands) ซึ่งประกอบด้วยรัฐต่างๆ รวมกันเป็นรัฐ อาทิ เบลเยี่ยมและลักเซมเบิร์ก โดยมีเจ้าชายวิลเลี่ยมแห่งราชวงศ์ Orange เจ้าชายราชรัฐเป็นประมุขแห่งรัฐ

สหราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์สิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1830[52] เมื่อเบลเยี่ยมแยกตัวออกจาก สหราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ และในช่วงนี้ที่ลักเซมเบิร์กได้รับการรับรองสถานะความเป็นรัฐจากเนเธอร์แลนด์ ดินแดนบางส่วนของลักเซมเบิร์กได้สูญเสียไปให้กับเบลเยี่ยมในช่วงนี้ เนเธอร์แลนด์เปลี่ยนชื่อเป็นราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ “Kingdom of the Netherlands” ซึ่งปรากฏมาจนถึงปัจจุบัน[53]

7.3.2 รัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์มีความจำเป็นจะต้องกล่าวถึงหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ซึ่งกล่าวได้ว่ามีรัฐธรรมนูญที่เก่าแก่ที่สุดประเทศหนึ่งของโลกโดยปรากฏมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1815 และได้ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ยังมีเอกสารก่อนหน้ารัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815 ที่มีความสำคัญต่อวิวัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญในเนเธอร์แลนด์ ซึ่งสรุปได้ดังนี้

(1) Bill of Rights 1795

เอกสารสิทธิภายใต้ Bill of Rights 1795[54] เป็นเอกสารที่เกิดขึ้นภายหลังการรุกรานของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1794 ซึ่งขณะนั้นประเทศเนเธอร์แลนด์มีฐานะเป็น Batavian Republic มีการประกาศใช้ Bill of Rights เมื่อวันที่ 31 มกราคม ค.ศ. 1795 ภายใต้ *Verklaring der Rechten van den Mensch en van den Burger* และ Batavian Republic ได้สิ้นสุดลงเมื่อมีการผนวกดินแดนเข้ากับจักรวรรดิฝรั่งเศส (French Empire) ในปี ค.ศ. 1806 กลายเป็น Napoleonic Kingdom of Holland และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นอีกฉบับ

(2) รัฐธรรมนูญในสมัย Napoleonic Kingdom of Holland

เอกสารสำคัญอีกฉบับเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ปรากฏในปี ค.ศ. 1806 ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากการผนวกดินแดนของ Batavian Republic เข้าเป็นดินแดน (รัฐ) ภายใต้การปกครองของจักรวรรดิฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้านโปเลียน

---

[52] ทางนิตินัยถือว่าสิ้นสุดลงในปีค.ศ. 1839 ซึ่งเป็นผลมาจากการกดดันของอังกฤษให้เนเธอร์แลนด์รับรองสถานะความเป็นรัฐของเบลเยี่ยมภายใต้ Treaty of London.

[53] A.J. Barnouw. 1948. **The Making of Modern Holland: A Short History.** Allen & Unwin.

[54] *Bill of Rights* (1795) (The Netherlands).

ในช่วงเวลานี้ ประเทศเนเธอร์แลนด์ถูกเรียกว่า Napoleonic Kingdom of Holland พระเจ้านโปเลียนได้นำแนวคิดการปกครองโดยมีรัฐธรรมนูญมาใช้ใน Kingdom of Holland ปรากฏในปีค.ศ. 1806 ภายใต้ *Constitutie voor het Koningrijk Holland* ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1806

ภายหลังการขับไล่กองทหารฝรั่งเศสของพระเจ้านโปเลียนในปี ค.ศ. 1814 ด้วยความช่วยเหลือจากอังกฤษมีการรับรองฐานะความเป็นรัฐให้แก่เนเธอร์แลนด์ภายใต้ London Protocol ซึ่งเป็นสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างมหาอำนาจในยุโรป ได้แก่ อังกฤษ จักรวรรดิโรมันอันศักดิ์สิทธิ์ (ปรัสเซียและออสเตรีย) และรัสเซีย เพื่อจัดสรรดินแดนของรัฐต่างๆ ที่เกิดขึ้นใหม่และกำหนดให้ดินแดนที่ปัจจุบันคือประเทศเบลเยี่ยม ลักเซมเบิร์ก และเนเธอร์แลนด์เป็นราชรัฐ (Principality) ซึ่งอยู่ภายใต้การปกครองของเนเธอร์แลนด์โดยมีพระเจ้าวิลเลี่ยมที่ 1 แห่งเนเธอร์แลนด์เป็นประมุขของรัฐ มีการจัดทำรัฐธรรมนูญภายใต้ *Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden* ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 1814

ในปี ค.ศ. 1815 พระเจ้าวิลเลี่ยมสถาปนาให้เนเธอร์แลนด์กลายเป็นอาณาจักร (United Kingdom of the Netherlands) โดยพระองค์ดำรงตำแหน่งเป็นพระราชาหรือกษัตริย์แห่งเนเธอร์แลนด์พระองค์แรก และเป็นจุดเริ่มต้นของประเทศเนเธอร์แลนด์ในยุคสมัยใหม่ซึ่งมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815 เป็นรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน

(3) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815 ภายใต้ *Grondwet voor het Koningrijk der Nederlanden*[55] เป็นรัฐธรรมนูญที่บัญญัติรองรับสิทธิต่างๆ ของประชาชน มีการบัญญัติเรื่องสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน อาทิ สิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียม การทรมานและการบังคับให้ต้องตกเป็นทาสเป็นเรื่องที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Bill of Rights) และเอกสารสิทธิต่างๆ ของอังกฤษ สาเหตุสำคัญเป็นเพราะช่วงที่เนเธอร์แลนด์กำลังเปลี่ยนแปลงไปสู่การเป็นประเทศอังกฤษเป็นผู้อยู่เบื้องหลังสนับสนุนเหตุการณ์ดังกล่าว

รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีการแก้ไขหลายครั้ง แต่ยังคงเนื้อหาและสาระสำคัญไว้ ปัจจุบันรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ฉบับปี 1815 ได้ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน

---

[55] *Constitution of the Netherlands* (1815) (The Netherlands).

เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่มีอายุยืนยาวและเก่าแก่ที่สุดของโลกฉบับหนึ่งรองจากมหาบัตร Magna Carta 1215 ของอังกฤษ รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก และรัฐธรรมนูญของนอร์เวย์ซึ่งใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1814

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1815 มีสาระสำคัญที่บัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันทางการเมือง ดังนี้

ประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) คือ กษัตริย์เนเธอร์แลนด์โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจของกษัตริย์เนเธอร์แลนด์ไว้ในหมวด 2 (ตั้งแต่มาตรา 24 ถึง 41) โดยกษัตริย์มีฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐ และเป็นสัญลักษณ์ของประเทศ[56]

ฝ่ายบริหาร (Government) มีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยกษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นมาคณะหนึ่งเพื่อบริหารราชการแผ่นดินแทนพระองค์ อย่างไรก็ตาม คณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ การดำเนินการใดๆ ของฝ่ายบริหาร หัวหน้าฝ่ายบริหารกระทำในนามของกษัตริย์เนเธอร์แลนด์ และเป็นผู้รับผิดชอบในผลของการกระทำดังกล่าว[57] กรณีนี้เป็นหลักการเดียวกับหลัก “The King Can Do No Wrong” ที่ปรากฏในอังกฤษดังกล่าวข้างต้น ฝ่ายบริหารยังต้องทำงานภายใต้ความไว้วางใจจากฝ่ายนิติบัญญัติตามหลักการเรื่อง Check and Balance ของอังกฤษ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Parliament) หรือรัฐสภา ประกอบด้วยสองสภา ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎรมีความเชื่อมโยงกับประชาชนและมีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อวางกรอบและแนวปฏิบัติให้แก่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในการปฏิบัติหน้าที่[58] กล่าวได้ว่า การเมืองในเนเธอร์แลนด์ให้ความสำคัญกับอำนาจนิติบัญญัติมากที่สุด โดยได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่อง “อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา” มาจากอังกฤษ

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) หรือศาลเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอรรถคดีทั้งปวง[59] อย่างไรก็ตามฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจในการควบคุมหรือตรวจสอบฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ฉะนั้น เนเธอร์แลนด์จึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ กรณีนี้

---

[56] Ibid.

[57] Ibid.

[58] Ibid.

[59] Ibid.

เป็นการแสดงความเคารพในอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา และแสดงมารยาททางการเมืองที่สำคัญว่าศาลจะไม่เข้าไปยุ่งการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารเนื่องจากฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจจากรัฐสภาอยู่แล้ว

อาจกล่าวได้ว่า เนเธอร์แลนด์ได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่องระบอบการปกครองในระบบรัฐสภา และแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากอังกฤษ ตั้งแต่ตอนที่อังกฤษได้จัดทำสนธิสัญญา London Protocol ในปี ค.ศ. 1814 เพื่อรับรองให้เนเธอร์แลนด์มีฐานะเป็นรัฐภายใต้เงื่อนไขการปกครองที่มีรัฐธรรมนูญ

7.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์

พื้นฐานที่สำคัญของรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ยังอาศัยระเบียบ กฎเกณฑ์หรือธรรมเนียมปฏิบัติที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ อาศัยประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการขับเคลื่อนการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการเมืองให้บังเกิดผลสำเร็จในภาคปฏิบัติตามกรอบและขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ซึ่งสรุปประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ได้ 3 ประเด็นดังรายละเอียดต่อไปนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

ดังได้กล่าวว่า Salic Law มีภูมิหลังมาจากธรรมเนียมชาวดัตช์โบราณ (Old Dutch) และใช้ในประเทศแถบยุโรปในเรื่องต่างๆ อาทิ การรับมรดก การสืบราชสมบัติ กฎหมายอาญา รวมตลอดทั้งการลงโทษประหารชีวิต[60] นักประวัติศาสตร์กล่าวว่า ภาษาที่ใช้ใน Salic Law เป็นภาษาดัตช์โบราณ และมีอิทธิพลต่อการจัดทำระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศในยุโรป โดยเฉพาะ เยอรมัน[61] ฝรั่งเศส[62] เนเธอร์แลนด์[63] และอิตาลี[64] เป็นต้น

---

[60] ดูคำอธิบายใน Jan Hendrik Hessels (ed). 1880. ***Lex Salica:*** **the Ten Texts with the Glosses and the *Lex Emendata*.** London: John Murray; and Katherine Fischer Drew. 1991. The laws of the Salian Franks (Pactus legis Salicae). Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

[61] Christopher Young and Thomas Gloning. 2004. **A History of the German Language through Texts.** Lodnon and New York: Routledge.

[62] Craig Taylor. (2001). The Salic Law and the Valois succession to the French crown. **French History,** 15, 358-377.

[63] John Lothrop Motley. 2011. **History of the United Netherlands: From the Death of William the Silent to the Twelve Years' Truce–1609.** New York: Cambridge University Press, at 192.

[64] Mario Ascheri. 2013. **The Laws of Late Medieval Italy (1000-1500): Foundations for a European legal system.** Leiden, The Netherlands: Brill, at p. 40.

ในส่วนที่เกี่ยวกับการศึกษา Salic Law มีความสำคัญที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องการสืบราชสมบัติของประเทศต่างๆ ในยุโรป[65] รวมทั้ง ประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยมีหลักการสำคัญๆ ว่าผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติจะต้องมีลำดับอาวุโสสูงสุด และต้องเป็นเพศชาย เรียงตามลำดับต่อเนื่องไป หากผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติขึ้นครองราชย์ต่อจากกษัตริย์พระองค์ก่อนแล้วย่อมตัดสิทธิในลำดับเดียวกันทั้งหมด และเริ่มนับในสายใหม่ที่เกิดขึ้น[66] กฎเกณฑ์ตาม Salic Law ได้กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการสืบราชสมบัติของประเทศเนเธอร์แลนด์[67]

อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวซึ่งเป็นกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ได้ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1983 โดยมีการแก้ไขเรื่องความเท่าเทียมในการสืบราชสมบัติระหว่างเพศชายและหญิงตามหลักอาวุโส (Full Cognatic Primogeniture) กล่าวคือ ทายาทที่มีลำดับอาวุโสสูงสุดไม่ว่าจะเป็นเพศหญิงหรือเพศชายมีสิทธิสืบราชสมบัติต่อจากกษัตริย์พระองค์ก่อน[68] และได้กลายมาเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติของกษัตริย์เนเธอร์แลนด์

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐกับสถาบันการเมือง

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของกษัตริย์ในการยุบสภาผู้แทนราษฎรเมื่อมีปัญหาข้อพิพาททางการเมือง รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติห้ามไว้แต่ประการใด[69] แต่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญว่ากษัตริย์ทรงอยู่เหนือ

---

[65] อาทิ ประเทศอิตาลีในช่วงที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ดู *The Constitution of the Kingdom of Italy,* art 2 states "The State is governed by a representative monarchical government, and the throne is hereditary according to the Salic Law." และดูบทวิเคราะห์ใน S.M. Lindsay and Leo S. Rowe. 1894. **Constitution of the Kingdom of Italy.** Philadelphia: American Academy of Political and Social Science.

[66] Christine Alice Corcos. (2012). From Agnatic Succession to Absolute Primogeniture: The Shift to Equal Right of Succession to Thrones and Titles in the Modern European Constitutional Monarchy. **Michigan State Law Review,** 1587, at 1603.

[67] Constitution of the Netherlands (1815) (The Netherlands), art. 24 (stating that "The title to the Throne shall be hereditary and shall vest in the legitimate descendants of King William I, Prince of Orange-Nassau.").

[68] *Christine Alice Corcos.* (2012). From Agnatic Succession to Absolute Primogeniture: The Shift to Equal Right of Succession to Thrones and Titles in the Modern European Constitutional Monarchy. **Michigan State Law Review,** 1587, at 1626.

[69] Chapter 2 "Government" §1 The King of the Constitution of the Netherlands (1815) มิได้มีการบัญญัติในเรื่องดังกล่าวไว้แต่อย่างใด.

การเมือง ไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการเมือง และไม่ยุบสภา[70]

การแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร หรือนายกรัฐมนตรียังเป็นอำนาจของกษัตริย์เนเธอร์แลนด์[71] และในทางปฏิบัติกษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาหรือที่สามารถจัดตั้งรัฐบาลได้ โดยทั่วไปการเมืองในเนเธอร์แลนด์เป็นแบบรัฐบาลผสม (Coalition Governments)[72] ซึ่งส่งผลให้ไม่มีพรรคใดได้รับเสียงข้างมากในการเลือกตั้งแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ฉะนั้น การจัดตั้งรัฐบาลจะอาศัยกลไกทางการเมืองระหว่างพรรคการเมืองในการเจรจาเพื่อจัดตั้งเป็นรัฐบาล และเมื่อได้รัฐบาล กษัตริย์จะเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ในขณะเดียวกันการลาออกจากตำแหน่งต้องได้รับความเห็นชอบจากกษัตริย์เนเธอร์แลนด์ ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันกษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐกับสถาบันทางการเมืองมีลักษณะเชิงสัญลักษณ์แบบเดียวกับอังกฤษดังที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง

นอกเหนือจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติและประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประมุขกับสถาบันการเมือง เนเธอร์แลนด์ยังมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญซึ่งเป็นมารยาททางการเมือง กล่าวคือ

ประการแรก การยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับไว้[73] รวมถึงมีบทบัญญัติให้สมาชิกรัฐสภาสามารถยับยั้งร่างกฎหมาย (Veto) ที่เสนอมาจากสภาผู้แทนราษฎรได้[74] แม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติให้พระมหากษัตริย์หรือสมาชิกรัฐสภาสามารถยับยั้งร่างกฎหมายได้ แต่ในทางปฏิบัติซึ่งถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ที่พระมหากษัตริย์หรือสมาชิกรัฐสภาโดยเฉพาะวุฒิสภาจะไม่ยับยั้งร่างกฎหมายที่เสนอมาจาก

---

[70] Frank J. Lechner. 2008. **The Netherlands: Globalization and National Identity.** London: Routledge.

[71] *The Constitution of the Netherlands* (1815), art. 43 (stating that "The Prime Minister and the other Ministers shall be appointed and dismissed by Royal Decree.").

[72] Rudy B. Andeweg. (2008). Coalition Politics in the Netherlands: From Accommodation to Politicization. **Acta Politica,** 43, 254-277.

[73] *The Constitution of the Netherlands* (1815), art. 87 (stating that "The King and the States General shall inform each other of their decision on any Bill.").

[74] Ibid, arts. 85 and 86.

สภาผู้แทนราษฎร โดยถือว่าร่างกฎหมายที่มาจากสภาผู้แทนราษฎรสะท้อนความต้องการของประชาชนมากที่สุด[75] เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่ยึดโยงกับประชาชนมากที่สุด อำนาจในการตัดสินใจของประเทศเป็นของประชาชนผ่านสภาผู้แทนราษฎร และการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลยังต้องได้รับความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎร กรณีนี้จึงเกิดเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองระหว่างสองสภาซึ่งเคารพอำนาจอธิปไตยของประชาชน

ประการที่สอง การจัดตั้งรัฐบาลโดยเสียงข้างมากเกี่ยวข้องกับธรรมเนียมปฏิบัติการจัดตั้งคณะรัฐมนตรี ดังได้กล่าวข้างต้นแล้วว่า การจัดตั้งรัฐบาลในประเทศเนเธอร์แลนด์มาจากรัฐบาลผสม (Coalition) โดยไม่มีพรรคการเมืองใดมีเสียงข้างมากแบบเด็ดขาด[76] ฉะนั้น ในทางปฏิบัติ พรรคการเมืองจะถือประเพณีว่าหากพรรคใดสามารถจัดตั้งรัฐบาลผสมโดยให้มีเสียงข้างมากในสภาได้ย่อมถือว่าเป็นรัฐบาล[77]

ประการที่สาม การเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจเกี่ยวข้องกับระเบียบปฏิบัติของคณะรัฐมนตรี ซึ่งไม่มีรัฐธรรมนูญกล่าวถึงไว้แต่อย่างใด ในทางปฏิบัติ การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจะดำเนินการตามกรอบที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ อาทิ นโยบายที่ให้ไว้แก่รัฐสภาก่อนการเลือกตั้ง และหากเป็นเรื่องสำคัญที่เกี่ยวข้องกับแนวปฏิบัติฝ่ายบริหารจะเสนอให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดกรอบการดำเนินงาน แสดงให้เห็นถึงมารยาทและความเคารพในหลักการประชาธิปไตยและอำนาจของประชาชน

กล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองมีบทบาทสำคัญที่ส่งเสริมให้การเมืองในประเทศเนเธอร์แลนด์เสถียรภาพซึ่งส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล แตกต่างจากบางประเทศที่ใช้และตีความกฎหมายเพื่อให้ตอบสนองกับความต้องการของตนเองและกลุ่มผลประโยชน์ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองของเนเธอร์แลนด์มีความคล้ายคลึงกับกรณีของประเทศอังกฤษและออสเตรเลียดังกล่าวข้างต้นซึ่งจะได้นำไปถอดบทเรียนในบทสรุปต่อไป

---

[75] Rudy B. Andeweg. (2008). Coalition Politics in the Netherlands: From Accommodation to Politicization. **Acta Politica,** 43, 254-277.

[76] Rudy B. Andeweg. (2008). Coalition Politics in the Netherlands: From Accommodation to Politicization. **Acta Politica,** 43, 254-277.

[77] ในช่วงเวลาที่ดำเนินการวิจัยในครั้งนี้ เนเธอร์แลนด์ได้เผชิญกับปัญหาทางการเมืองเป็นครั้งแรกโดยประสบปัญหาเกี่ยวกับการจัดตั้งรัฐบาล โดยไม่มีพรรคการเมืองใดสามารถคุมคะแนนเสียงข้างมากและจัดตั้งรัฐบาลได้เลย (ผลการเลือกตั้งวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2017).

7.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลสเปนและเนเธอร์แลนด์

สำหรับสเปนและเนเธอร์แลนด์สองประเทศในทวีปยุโรปไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่วางกรอบให้อำนาจศาลในการนำเอาหลักการเรื่องประเพณีการปกครองหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้แต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศไทยซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 5 ให้อำนาจศาลในการนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี ส่งผลให้กรณีประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์มีความแตกต่างกับประเทศไทยอย่างชัดเจน กรณีนี้ย่อมส่งผลต่อประเด็นเรื่องนิติวิธีในการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้มีความแตกต่างกับประเทศไทย กล่าวคือ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนและเนเธอร์แลนด์เป็นเรื่องที่เกิดจากแนวปฏิบัติของสถาบันทางการเมือง การปรับใช้จึงเกิดจากการประพฤติปฏิบัติ (Practices) ที่กระทำกันมาอยู่สม่ำเสมอของสถาบันการเมืองอยู่แล้ว ขณะที่ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยศาลสามารถนำหลักการมาปรับใช้แก่การพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ ส่วนประเพณีดังกล่าวจะมีลักษณะอย่างไร รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดไว้เป็นดุลยพินิจของศาลรัฐธรรมนูญในการสร้างนิติวิธีหรือนำหลักการอื่นมาปรับใช้เพื่อวางบรรทัดฐานเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย

กล่าวโดยสรุป สเปนและเนเธอร์แลนด์ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลอาจนำเอาหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ ไม่มีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลภายในประเทศที่เป็นตัวอย่างการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีเช่นว่านั้น ส่งผลให้กรณีสเปนและเนเธอร์แลนด์จึงมีความแตกต่างกับประเทศไทยอย่างชัดเจน และส่งผลต่อเรื่องนิติวิธี (แนวทาง) การนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ โดยสเปนและเนเธอร์แลนด์เป็นเรื่องในทางปฏิบัติ (Practices) มากกว่าจะเป็นเรื่องการตีความหรือเลือกรับปรับใช้โดยศาลอย่างกรณีของไทย

กรณีนี้ข้อสังเกตว่าหากมีเหตุการณ์ข้อขัดแย้งที่นำไปสู่การฝ่าฝืนประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสถาบันทางการเมืองในสเปนและเนเธอร์แลนด์ ทั้งสองประเทศจะให้องค์กรใดเป็นผู้ตัดสินและจากการสำรวจงานวิชาการของทั้งสองประเทศไม่พบข้อมูลว่าจะเป็นอำนาจขององค์กรใด อาทิ อำนาจของรัฐสภาตามแนวทางของอังกฤษและออสเตรเลียหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวคงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามต่อไป โดยเฉพาะสเปนซึ่งจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์แสดงให้เห็นถึงความไม่มั่นคงทางการเมือง สำหรับเนเธอร์แลนด์ แม้เป็นประเทศที่ไม่ประสบปัญหาทางการเมืองเนื่องจากเอาเศรษฐกิจ

นำการเมือง แต่ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2017) กำลังประสบปัญหาทางการเมืองอย่างรุนแรงเป็นครั้งแรกเนื่องจากภายหลังการเลือกตั้งวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 2017 จนถึงปัจจุบัน[78] ยังไม่มีพรรคการเมืองใดสามารถรวมคะแนนเสียงกันเพื่อจัดตั้งรัฐบาลผสมได้

7.5 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในกลุ่มประเทศยุโรป โดยประเทศที่นำมาศึกษาวิเคราะห์คือประเทศสเปนและเนเธอร์แลนด์สองประเทศมหาอำนาจของชาติตะวันตกที่มีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทย

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปน โดยศึกษาจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์และระบอบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญของสเปนพบว่า สเปนได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญมาจากฝรั่งเศส การปกครองในช่วงเวลาดังกล่าวมีความไม่มั่นคง ระบอบกษัตริย์ถูกล้มล้างถึงหลายครั้งและเข้าสู่ยุคเผด็จการอำนาจนิยมในช่วงศตวรรษที่ 20 โดยมีจอมพล Franco เป็นประมุขของประเทศ ภายหลังจอมพล Franco สเปนได้ฟื้นฟูการปกครองในระบอบกษัตริย์กลับมาอีกครั้งหนึ่ง โดยมีการจัดทำรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1978 และมีการลงประชามติของประชาชนเพื่อรับรอง ประชาชนต่างพากันมาลงมติด้วยความเต็มใจและรับรองมากถึงร้อยละ 88 สเปนได้เรียนรู้บทเรียนสำคัญแล้วว่า การล้มระบอบต่างๆ ไม่ได้ก่อให้เกิดผลดีแต่อย่างใด กลับเป็นการทำลายประเทศชาติ ภายหลังสเปนได้ให้ความสำคัญกับการบริหารราชการแผ่นดินที่ยึดโยงกับประชาชน สถาบันกษัตริย์เป็นประมุขของประเทศที่เป็นสัญลักษณ์ อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินที่แท้จริงเป็นของประชาชนผ่านรัฐสภา ในช่วงนี้ที่รัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองของสเปนได้รับเอาแนวคิดของอังกฤษมาปรับใช้ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวของสเปน ค.ศ. 1978 ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน และสำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสเปนซึ่งได้จากการวิเคราะห์ข้างต้นพบว่า สเปนมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอย่างเด่นชัดใน 5 ประเด็น กล่าวคือ (1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติซึ่งมีการเปิดช่องให้ฝ่ายหญิงสามารถสืบราชสมบัติได้เช่นเดียวกับฝ่ายชาย (2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการแต่งตั้งตำแหน่งสำคัญทางการเมือง โดยเฉพาะนายกรัฐมนตรี

[78] ข้อมูล ณ วันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2017.

ซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร กษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้ง และตามประเพณีกษัตริย์จะทรงแต่งตั้งจากหัวหน้าของพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาตามแบบของอังกฤษ ซึ่งฝ่ายบริหารต้องทำงานภายใต้ความไว้วางใจของสภา (3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของเชื้อพระวงศ์ซึ่งต้องเป็นกลางทางการเมือง และไม่ยุ่งเกี่ยวกับกิจการภายในของประเทศ (4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐกับสถาบันทางการเมือง กษัตริย์เป็นผู้แต่งตั้งตำแหน่งสำคัญ อาทิ ผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ประเพณีทางรัฐธรรมนูญกษัตริย์จะทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของหัวหน้าฝ่ายบริหาร และหัวหน้าฝ่ายบริหารจะเป็นผู้รับผิดชอบ กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลัก “The King Can Do No Wrong” ของอังกฤษในระบอบการปกครองของสเปน และ (5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการพระราชทานเครื่องราชและอิสริยยศเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์สเปน

สำหรับการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ โดยศึกษาพื้นภูมิทางประวัติศาสตร์ของประเทศเนเธอร์แลนด์ และวิวัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ พบว่า เนเธอร์แลนด์ได้รับอิทธิพลเรื่องระบอบการปกครองในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ โดยเฉพาะในช่วงที่สถาปนาเป็นรัฐในปี ค.ศ. 1814 ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากอังกฤษ มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญที่ผสมผสานมาจากเอกสารสำคัญเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญอังกฤษมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเนเธอร์แลนด์ ค.ศ. 1815 และสำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของเนเธอร์แลนด์ที่สำคัญเกี่ยวข้องใน 3 ประเด็น ได้แก่ (1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ โดยมีความสัมพันธ์กับ Salic Law และมีการแก้ไขกฎเกณฑ์ในการสืบราชบัลลังก์เนเธอร์แลนด์ โดยเปิดกว้างให้ผู้ที่เป็นเพศหญิงหรือเพศชายมีความเท่าเทียมกันในการสืบราชสมบัติโดยพิจารณาตามความอาวุโส (2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประมุขแห่งรัฐและสถาบันการเมือง ซึ่งวางธรรมเนียมปฏิบัติที่สำคัญไว้ว่าประมุขทรงอยู่เหนือการเมืองและไม่เข้าไปแทรกแซงกิจกรรมทางการเมือง และ (3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง อาทิ วุฒิสภาไม่อาจยับยั้งร่างกฎหมายที่เสนอมาจากสภาผู้แทนราษฎรได้เนื่องจากถือว่าขัดต่อเจตจำนงของประชาชน กรณีนี้รวมถึงการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายโดยฝ่ายตุลาการเกี่ยวกับกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องที่กระทำมิได้ และผิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญ กรณีนี้เป็นสาเหตุสำคัญที่เนเธอร์แลนด์ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญเป็น

องค์กรที่คอยตรวจสอบกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นการเคารพหลักการสำคัญของระบอบการปกครองคือ “อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา” ซึ่งมีที่มาจากประชาชน มารยาททางการเมืองเป็นเรื่องที่สำคัญและส่งผลให้การเมืองในเนเธอร์แลนด์มีเสถียรภาพและมีความชัดเจนมากที่สุดประเทศหนึ่งของโลก การเมืองที่มีความมั่นคงส่งผลให้การบริหารราชการแผ่นดินของเนเธอร์แลนด์ตอบสนองต่อระบบเศรษฐกิจและประโยชน์ของประชาชนอันเป็นประโยชน์ของชาติ

บทเรียนของทั้งสองประเทศจะได้นำไปกล่าวไว้ในบทสรุปและจัดทำเป็นข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยต่อไป บทต่อไปจะศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศที่เป็นอิสลามและมีการปกครองในระบอบกษัตริย์ ได้แก่ จอร์แดนและโมร็อกโก และกลุ่มประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ของประเทศในทวีปเอเชีย ได้แก่ ญี่ปุ่นและภูฏาน

บทที่ 8
กลุ่มประเทศอิสลามในตะวันออกกลางและแอฟริกา : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในจอร์แดนและโมร็อกโก

8.1 บทนำ

การศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทย ยังศึกษาถึงกรณีตัวอย่างของกลุ่มประเทศอิสลามที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์ บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศอิสลามที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ได้แก่ จอร์แดนและโมร็อกโก โดยศึกษาภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ พัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญและธรรมเนียมปฏิบัติของสถาบันการเมืองเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินและรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ[1]

กล่าวได้ว่า ทั้งสองประเทศอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านการปกครองไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น กษัตริย์ทรงคืนอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินให้แก่ประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจมากยิ่งขึ้น มีการปฏิรูปโครงสร้างขั้นพื้นฐานแห่งรัฐและสถาบันทางการเมือง มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพ รวมตลอดทั้งความเท่าเทียมกันทางเพศระหว่างชายและหญิงมากยิ่งขึ้น ซึ่งกรณีนี้รวมไปถึงเสรีภาพในการแสดงออกทางการเมืองและการมีส่วนร่วมในทางการเมือง

บทนี้จะให้ความสำคัญกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นประเด็นสำคัญของทั้งสองประเทศโดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ การศึกษาภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ พัฒนาของกฎหมายรัฐธรรมนูญ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญในประเทศจอร์แดน และการศึกษาพื้นภูมิของประเทศโมร็อกโก หลักกฎหมายและวิวัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ รวมตลอดทั้งประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของโมร็อกโก

---

[1] ดูบทที่ 4 เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ.

8.2 จอร์แดน

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนจำเป็นจะต้องมีความเข้าใจภาพรวมและความสัมพันธ์ระหว่างพื้นภูมิทางประวัติศาสตร์ของประเทศจอร์แดน หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นของจอร์แดน

8.2.1 พื้นภูมิของประเทศจอร์แดน

ภูมิหลังของประเทศจอร์แดนสามารถมองย้อนได้ไปถึงช่วงยุคโบราณ ซึ่งปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์การสร้างเมืองโดยเฉพาะอาณาจักรแนบาเทีย (Nabataean Kingdom) ของพระเจ้า อะรีทัสที่ 1 (Aretas I) ซึ่งมีเมืองหลวงที่ปัจจุบันกลายเป็นมรดกโลกเรียกว่า นครเปตรา “Petra”[2] และในระยะเวลาต่อมาจอร์แดนเคยตกอยู่ภายใต้การปกครองของกรีกและโรมัน[3]

ในศตวรรษที่ 16 จักรวรรดิอ๊อตโตมัน (Ottoman Empire) อันยิ่งใหญ่ได้เข้าครอบครองและผนวกจอร์แดนให้เป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิ[4] และภายหลังการล่มสลายของจักรวรรดิในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศจอร์แดนถูกปกครองภายใต้การกำกับดูแลของอังกฤษ (British Mandate)

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศจอร์แดนจะลำดับเหตุการณ์ภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของประเทศจอร์แดนเฉพาะช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประเทศจอร์แดนเปลี่ยนผ่านระบอบการปกครองไปสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและมีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาใช้ในการปกครองซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษ โดยแบ่งออกเป็น 2 ช่วงที่สำคัญ กล่าวคือ

(1) จอร์แดนภายใต้การปกครองของอังกฤษ (British Mandate of Transjordan)

จักรวรรดิอ๊อตโตมัน (Ottoman Empire)[5] ปกครองดินแดนในประเทศจอร์แดนเป็นระยะเวลานานถึง 4 ศตวรรษ (ค.ศ. 1516–1918) ในช่วงเวลานี้ที่ศาสนาอิสลามมีอิทธิพลต่อแนวคิดทางการเมืองและการปกครองในประเทศจอร์แดน จักรวรรดิอ๊อตโตมันพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่ 1 ให้แก่ฝ่ายสัมพันธมิตร (Allies of World War I)

---

[2] IKamal Salibi. 1998. **The Modern History of Jordan.** London and New York: I.B. Tauris, at pp. 5–10.

[3] Ibid, at pp. 10–13.

[4] Philip Robins. 2004. **A History of Jordan.** Cambridge: Cambridge University Press, at p. 1.

[5] Ibid, at p. 8.

และกลุ่มต่อต้านจักรวรรดิซึ่งต้องการให้จอร์แดนกลายเป็นรัฐอิสระจากการปกครองของจักรวรรดิอ๊อตโตมัน การต่อต้านในครั้งนี้รู้จักกันว่า “Great Arab Revolt”[6] ซึ่งได้รับการสนับสนุนจากกองกำลัง Hashemite’s Army ประกอบด้วยกลุ่มชาติพันธุ์และผู้นำทางศาสนาหลายๆ ฝ่าย อาทิ กลุ่มชาติพันธุ์ Circassians และกลุ่มศาสนา Christians

ฝ่ายสัมพันธมิตรได้รับชัยชนะเหนือจักรวรรดิอ๊อตโตมันในสงครามโลกครั้งที่ 1 และมีส่วนช่วยให้ฝ่ายต่อต้านในการปฏิวัติ Arab Revolt[7] เป็นผลสำเร็จ และภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ฝ่ายสัมพันธมิตรได้จัดตั้งสันนิบาตชาติ (League of Nations)[8] เพื่อเป็นองค์กรกลางในการกำกับดูแลการเมืองและความมั่นคงของโลก อันที่จริงการจัดตั้งสันนิบาตชาติยังมีวาระซ่อนเร้นสำคัญของฝ่ายสัมพันธมิตร โดยเฉพาะอังกฤษ รัสเซีย และฝรั่งเศสที่จะกำหนดแผนที่โลกใหม่ (Redrawing the World’s Map) ผู้นำของฝ่ายสัมพันธมิตรได้ตกลงแบ่งดินแดนกันปกครอง[9] ในช่วงเวลานี้เองที่อังกฤษเข้ามามีบทบาทในการวางระบอบการปกครองของประเทศจอร์แดน อังกฤษได้ตั้ง Abdullah bin Hussein ชนชั้นสูงจาก Hose of Hashemite เป็นผู้ปกครอง (Rulers) ในช่วงแรกๆ

อังกฤษได้นำรูปแบบการปกครองในระบอบกษัตริย์ไปปรับใช้ในประเทศจอร์แดนโดยเปลี่ยนเป็น “เอมิเรตส์แห่งทรานจอร์แดน” (Emirate of Transjordan) โดยมี “เอเมร์” หรือเจ้าชายเป็นประมุขแห่งรัฐ Abdullah bin Hussein จึงเป็นปฐมกษัตริย์แห่งราชวงศ์จอร์แดน (Founding of the Emirate of Transjordan)[10]

(2) ราชอาณาจักรจอร์แดน (The Hashemite Kingdom of Jordan)

อังกฤษค่อยๆ ผ่อนคลายให้จอร์แดนไปสู่ความเป็นรัฐอิสระ และในปี ค.ศ. 1946 ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 มีการจัดตั้งสหประชาชาติ (United Nations) แทนที่สันนิบาตชาติ ประชาคมโลกได้ให้การรับรองสถานะของประเทศจอร์แดนและอังกฤษได้ให้เอกราชแก่จอร์แดนภายใต้สนธิสัญญาลอนดอนในปี ค.ศ. 1946 (Treaty of London)[11]

---

6 Ibid, at p. 12.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 อังกฤษและฝรั่งเศสแบ่งดินแดนในตะวันออกกลาง (Middle East).

10 Philip Robins. 2004. **A History of Jordan.** Cambridge: Cambridge University Press, at p. 56.

11 Ibid.

ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว อังกฤษได้ให้การรับรองสถานะของประเทศจอร์แดน และได้ยกฐานะของกษัตริย์จากเดิมคือ “เอเมร์” หรือ “เจ้าชาย” ให้มีฐานะเป็น “พระราชา” และเปลี่ยนชื่อจอร์แดนเป็น The Hashemite Kingdom of Transjordan อังกฤษให้เอกราชแก่จอร์แดน และต่อมาภายหลัง จอร์แดนได้นำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ และการปกครองในระบบรัฐสภาของอังกฤษซึ่งจอร์แดนมีความคุ้นเคย สมัยตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของอังกฤษ โดยผสมผสานกับแนวคิดทางศาสนาอิสลาม และเข้าสู่จอร์แดนในยุคสมัยปัจจุบัน

8.2.2 รัฐธรรมนูญของจอร์แดน

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของจอร์แดน คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1952 (The Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan of 1952)[12] และเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีภูมิหลังมาตั้งแต่ช่วงที่ประเทศจอร์แดนกำลังจะแยกตัวเป็นอิสระออกจากการปกครองของอังกฤษ

ดังได้กล่าวข้างต้นว่า ในปี ค.ศ. 1946 จอร์แดนได้รับการรับรองให้มีฐานะเป็นรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นครั้งแรกภายใต้ Treaty of London ซึ่งเป็นการลงนามข้อตกลงร่วมกันระหว่างรัฐบาลอังกฤษและจอร์แดน เมื่อวันที่ 22 มีนาคม ค.ศ. 1946 โดยเรียกประเทศจอร์แดนว่า “Emir of Transjordan” ภายหลังการลงนามเพียงสามวัน ในวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1946 จอร์แดนได้เปลี่ยนชื่อเป็นราชอาณาจักรจอร์แดน (The Hashemite Kingdom of Transjordan) โดยมีพระราชาเป็นประมุขของประเทศ (เดิมทีเป็นเอเมร์) ชื่อทางการของประเทศจอร์แดนได้เปลี่ยนแปลงอีกครั้งในปี ค.ศ. 1949 เป็น “The Hashemite Kingdom of Jordan” และได้เข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ

ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว จอร์แดนได้รับอิสระภาพจากอังกฤษและมีการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกและประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1952 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีการแก้ไขหลายครั้ง เนื้อหาและสาระสำคัญยังคงอยู่ และได้ใช้บังคับมาจนถึงปัจจุบัน รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งจอร์แดน กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสมบัติ ระบอบการปกครองซึ่งปรากฏรูปแบบของรัฐสภา และการแบ่งแยกอำนาจของสถาบันทางการเมือง[13]

---

[12] *The Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan* (1952) (Jordan).

[13] Ibid.

อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญและรูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาของจอร์แดนได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากรัฐธรรมนูญและระบบรัฐสภาของอังกฤษในช่วงที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล (British Mandate) ดังกล่าวข้างต้น รัฐธรรมนูญมีการจัดสรรอำนาจของสถาบันทางการเมืองไว้อย่างชัดเจนซึ่งถอดแบบมาจากอังกฤษ ฉะนั้น รูปแบบและโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดินของจอร์แดนจึงมีความคล้ายคลึงกับของอังกฤษ หรือประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากอังกฤษ กล่าวคือ

ประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) คือ กษัตริย์แห่งจอร์แดนดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของประเทศ อย่างไรก็ตาม กษัตริย์แห่งจอร์แดนมีความแตกต่างกับกษัตริย์ในอังกฤษ โดยเฉพาะในเรื่องของพระราชอำนาจซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน กษัตริย์ยังทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจต่างๆ ในการบริหารราชการแผ่นดิน[14]

ฝ่ายบริหาร (Executive) มีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร (Head of the Government) คณะรัฐมนตรีทำงานภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎร)[15] ตามหลักการถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากอังกฤษ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) เป็นอำนาจของรัฐสภา (Majlis al-Umma) ซึ่งเป็นระบบสองสภา (Bicameral) ประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎร (Majlis al-Nuwaab) มีสมาชิกจำนวน 130 คน ซึ่งมาจากการเลือกตั้งและมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และมีตำแหน่งพิเศษจำนวน 15 ตำแหน่ง สำหรับสตรี และตำแหน่งพิเศษจำนวน 9 ตำแหน่ง สำหรับผู้นำศาสนาต่างๆ และวุฒิสภา (Majlis al-Aayan) ประกอบด้วยวุฒิสมาชิกจำนวน 65 คน ซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยกษัตริย์แห่งจอร์แดน โดยมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี วุฒิสภาของจอร์แดนต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร[16]

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติ โดยมีศาลในสามลักษณะสำคัญ กล่าวคือ ศาลยุติธรรม อาทิ ศาลแพ่ง ศาลอาญา ซึ่งพิจารณาอรรถคดีทั่วๆ ไป ศาลศาสนา และศาลพิเศษ ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้น โดยเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจอร์แดน

---

[14] Ibid.

[15] Ibid.

[16] Ibid.

8.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดน

รัฐธรรมนูญของจอร์แดนมิได้มีการบัญญัติให้นำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแบบของประเทศไทย ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนเกิดจากธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างสถาบันการเมือง ซึ่งบางประเพณีเป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) ซึ่งเกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับสถาบันทางการเมือง และบางประเพณีเกี่ยวพันกับจารีตทางรัฐธรรมนูญ (Customary Conventions) และเป็นประเพณีที่เป็นกระบวนการธุรการ (Administrative Conventions)[17] ซึ่งกรณีนี้เกี่ยวข้องกับการเสนอร่างกฎหมายของรัฐบาล สรุปประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของจอร์แดนได้ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐ

รัฐธรรมนูญจอร์แดนบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนว่ากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ กษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินผ่านคณะรัฐมนตรี โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ[18] และในทางประเพณีการปกครองของประเทศจอร์แดน กษัตริย์ทรงเป็นผู้ลงพระนามาภิไธยในกฎหมายเพื่อประกาศให้เป็นกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย รวมตลอดทั้งการยับยั้งร่างกฎหมาย (Veto)[19] พระราชอำนาจดังกล่าวยังรวมทั้งการยุบสภา[20] การลดหรือเพิ่มวาระสมัยประชุมของสภา[21] การแต่งตั้งและถอดถอนผู้พิพากษาหรือข้าราชการตำแหน่งสำคัญๆ[22] การประกาศสงคราม[23] และการเป็นจอมทัพของจอร์แดน[24]

---

[17] ดูบทที่ 4.

[18] *The Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan* (1952), art. 40 (stating that "The King shall exercise the powers vested in him by Royal Decree. Every such Decree shall be countersigned by the Prime Minister and the Minister or Ministers concerned. The King expressed his concurrence by placing his signature above the said signatures.").

[19] Ibid, art. 31 (stating that "The King ratifies the laws and promulgates them. He shall direct the enactment of such regulations as may be necessary for their implementation, provided that such regulations are not inconsistent with the provisions thereof.").

[20] Ibid, art. 34(iii) (iv).

[21] Ibid, art. 34(ii).

[22] Ibid, art. 37.

[23] Ibid, art. 33.

[24] Ibid, art. 32.

ในทางปฏิบัติ มติคณะรัฐมนตรี กฎหมายที่ตราขึ้น คำตัดสินหรือคำพิพากษาของศาล และรวมตลอดทั้งเงินตราที่ใช้ภายในประเทศอ้างอิงในนามพระนามาภิไธยของกษัตริย์จอร์แดน อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐของจอร์แดนแสดงให้เห็นว่าอำนาจทั้งปวงในประเทศจอร์แดนมีที่มาจากสถาบันพระมหากษัตริย์

การยับยั้งร่างกฎหมายซึ่งเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์จอร์แดนข้างต้นอาจถูกเพิกถอนได้หากรัฐสภาโดยมีการลงคะแนนเสียงมากกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมด ประกาศให้ร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งโดยกษัตริย์ให้เป็นกฎหมายโดยไม่ต้องมีการลงพระนามาภิไธยได้ กรณีนี้เคยเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2009 ที่ผ่านมา

นอกเหนือจากประเพณีดังกล่าว จอร์แดนยังมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติซึ่งมีกฎมณเฑียรบาลที่สำคัญว่าการสืบราชสมบัติต้องเรียงลำดับตามอาวุโส และผู้ที่มีสิทธิจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนที่สำคัญยังเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเป็นอำนาจของกษัตริย์[25] แต่ภายหลังปี ค.ศ. 2011 ซึ่งมีการประท้วงจากประชาชนให้กษัตริย์คืนอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินให้แก่ประชาชน กษัตริย์จอร์แดนทรงเห็นชอบและถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญสืบมาว่านายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากการเลือกตั้ง[26]

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย

นอกเหนือจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับประมุขแห่งรัฐและการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหารยังมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญในประเทศจอร์แดนเกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมายซึ่งมีความคล้ายคลึงกับบางประเทศ อาทิ ประเทศไทยในบางยุคบางสมัย กล่าวคือ

---

[25] Ibid, art. 35 (providing that "The King appoints the Prime Minister and may dismiss him or accept his resignation. He appoints the Ministers; he also dismisses them or accepts their resignation, upon the recommendation of the Prime Minister.").

[26] ประเด็นนี้กฎข้อมูลในหนังสือพิมพ์ต่างประเทศทั่วโลก อาทิ Ranya Kadri and Isabel Kershner. (2012). New Doubts Over Reform as Jordan Shifts Cabinet. **New York Times** (May 3, 2012); Joel Greenberg. (2011). Jordan's King replaces cabinet. **Washington Post** (February 2, 2011); and Suleiman Al-Khalidi. (2013). Jordan's king swears in new reformist government. **Reuters** (March 30, 2013) (arguing that following the 2011 Jordanian protests, King Adbullah agreed to an elected cabinet.).

รัฐสภาโดยเฉพาะสภาผู้แทนราษฎรของจอร์แดนไม่มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมาย อำนาจของสภาเป็นอำนาจเพียงการเห็นชอบ ยับยั้ง หรือแก้ไขร่างกฎหมาย การเสนอร่างกฎหมายตามประเพณีการปกครองของจอร์แดนเป็นอำนาจของรัฐบาล[27] ซึ่งกรณีนี้คล้ายคลึงกับประเทศไทยในบางช่วงโดยเฉพาะในช่วงที่ปกครองโดยรัฐบาลที่มาจากการปฏิวัติรัฐประหาร กฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นกฎหมายที่เสนอมาจากฝ่ายบริหาร กล่าวได้ว่า การเสนอร่างกฎหมายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนว่ารัฐบาลเป็นผู้เสนอร่างกฎหมายสำคัญ และรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาอนุมัติ

(4) ความขัดแย้งและการใช้กำลังระหว่างสมาชิกรัฐสภา

ดังได้กล่าวแล้วว่าการใช้ความรุนแรงคงจะถือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศใดมิได้ อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งระหว่างสมาชิกรัฐสภาในประเทศจอร์แดนเป็นเรื่องที่เห็นได้บ่อยครั้ง จนอาจกลายเป็นธรรมเนียมที่สมาชิกรัฐสภาปฏิบัติ อาทิ กรณีการใช้อาวุธปืนไรเฟิล (Rifle) ของนาย Talal al-Sharif สมาชิกรัฐสภาเพื่อประสงค์จะขู่เข็ญหรือทำร้ายสมาชิกรัฐสภาท่านอื่นในปี ค.ศ. 2013[28] การใช้กำลังเพื่อเอาชนะคู่แข่งทางการเมืองของจอร์แดนทำให้หวนรำลึกถึงกรณีความขัดแย้งของสมาชิกรัฐสภาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยหลายครั้ง อาทิ กรณีข้อกล่าวหาว่าพกอาวุธสงครามของคนใกล้ชิด นายสุเทพ เทือกสุบรรณ ในช่วงที่เป็นรัฐบาล หรือกรณีข้อกล่าวหาว่าทำร้ายร่างกายระหว่างสมาชิกรัฐสภา นายการุณ โหสกุล กับ นายสมเกียรติ พงษ์ไพบูลย์ เป็นต้น

8.3 โมร็อกโก

สำหรับโมร็อกโกเคยตกอยู่ภายใต้การปกครองของสเปน (Spanish Protectorates) ดังที่ได้วิเคราะห์ในบทที่ 7 ข้างต้น และเคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของฝรั่งเศส (French Protectorate) ฉะนั้น ระบอบการปกครองและแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญจึงได้รับอิทธิพลมาจากสเปนและฝรั่งเศส

---

[27] Reem Oklah Abu Dalbouh and Abeer Bashier Dababneh. (2012). The Status of Legislative Drafting in the Jordanian Legal System: An Analytic Critical Study. **European Journal of Social Science,** 34(2), 239-261.

[28] Al Arabiya. (2013). Jordanian MP shoots rifle during parliament session. **Middle East News** (September 10, 2013).

8.3.1 พื้นภูมิของประเทศโมร็อกโก

สำหรับประเทศโมร็อกโกมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนาน เช่นเดียวกับประเทศจอร์แดน โดยปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์การตั้งรกรากและอาณาจักรเบอร์เบอร์ (Berber Kingdom) มาตั้งแต่ยุคก่อนประวัติศาสตร์[29] และการสร้างเมืองโบราณของชาวคาร์เธจ (Carthage) ในช่วงห้าพันปีก่อนคริสต์กาล[30]

ในช่วงศตวรรษที่ 8 ชาวมุสลิมได้เข้าครอบครองโมร็อกโก และในช่วงนี้เองที่ศาสนาอิสลามได้เข้ามามีอิทธิพลต่อวิถีชีวิตของประชาชนในโมร็อกโก โดยมีพระเจ้ากาหลิบ (Caliphate) แห่งราชวงศ์อุมัยยะห์ (Umayyad) เป็นผู้ปกครอง[32] อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 740 ซึ่งตรงกับสมัยของพระเจ้ากาหลิบอุมัยยะห์ เกิดกบฏชาวเบอร์เบอร์และได้แยกดินแดนดังกล่าวออกจากการปกครองของชาวมุสลิม (Muslim)

ในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 1 โมร็อกโกถูกภัยคุกคามจากการล่าอาณานิคมของฝรั่งเศสและสเปน เกิดวิกฤตการณ์ในโมร็อกโก (ค.ศ. 1905 – 1906) ซึ่งส่งผลต่อสถานะความเป็นรัฐของโมร็อกโก (First Morocco Crisis)[33] จักรพรรดิไกเซอร์แห่งเยอรมัน (Kaiser William II of Germany) เสด็จเยือนโมร็อกโก ส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของโมร็อกโกกับประเทศมหาอำนาจอื่นในยุโรปโดยเฉพาะความสัมพันธ์กับอังกฤษและฝรั่งเศสแย่ลง และในปี ค.ศ. 1911 ฝรั่งเศสส่งกองกำลังทหารเข้ายึดครองโมร็อกโก และในปี ค.ศ. 1912 สเปนส่งกองกำลังทหารเข้าโมร็อกโก และในที่สุดโมร็อกโกถูกแบ่งดินแดนกันปกครองระหว่างฝรั่งเศสและสเปนภายใต้สนธิสัญญาเฟซ (Treaty of Fez) โดยกษัตริย์แอบเดลฮาฟิดยินทรงยินยอมมอบอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศให้แก่ฝรั่งเศสและสเปน และกลายเป็นรัฐอาณานิคม[34]

ฝรั่งเศสและสเปนปกครองดินแดนของโมร็อกโกนานถึง 44 ปี และในปี ค.ศ. 1956 โมร็อกโกได้รับเอกราชจากทั้งสองประเทศ ภายหลังได้รับเอกราช โมร็อกโกได้ปฏิรูประบอบการปกครองโดยนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครอง

---

[29] Jamil M. Abun-Nasr. 1987. **A History of the Maghrib in the Islamic Period.** Cambridge: Cambridge University Press.

[30] Ibid.

[31] Huge Kennedy. 2016. **The Caliphate.** London: Pelican Book.

[32] ตำแหน่งพระเจ้ากาหลิบคือตำแหน่งประมุขของรัฐ เช่นเดียวกับพระมหากษัตริย์ และเป็นตำแหน่งประมุขทางศาสนา ดูการเปรียบเทียบในบทที่ 4.

[33] C.R. Pennell. 2000. **Morocco Since 1830.** New York: New York University Press.

[34] Ibid.

แบบฝรั่งเศสมาใช้ มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 1962 ปัจจุบันโมร็อกโกปกครองโดยราชวงศ์ Alaouites ซึ่งสืบเชื้อสายมาจากชาวเบอร์เบอร์ในอดีต[35]

โมร็อกโกได้ขอเข้าร่วมเป็นสมาชิกประชาคมยุโรป (European Communities) ในปี ค.ศ. 1987 อย่างไรก็ตาม การขอเข้าร่วมเป็นสมาชิกดังกล่าวถูกปฏิเสธเนื่องจากโมร็อกโกเป็นประเทศที่อยู่ในทวีปแอฟริกา โมร็อกโกได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพในเมดิเตอร์เรเนียน (Union for the Mediterranean) ร่วมกับประเทศอื่นในยุโรปและแอฟริกา และเป็นสมาชิกสันนิบาตอาหรับ (Arab League) ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของชาติมุสลิม[36]

8.3.2 รัฐธรรมนูญของโมร็อกโก

โมร็อกโกประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 1962 (The Constitution of Morocco 1962)[37] ภายหลังได้รับอิสรภาพจากฝรั่งเศสเพียง 6 ปี กษัตริย์แห่งโมร็อกโกทรงเป็นผู้ผลักดันให้มีการปฏิรูปโครงสร้างการปกครองและรัฐธรรมนูญ โดยจัดให้มีสภาที่ปรึกษาแห่งชาติ (National Advisory Council) ในปี ค.ศ. 1959 และมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการให้เสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดเห็น ต่อมาในปี ค.ศ. 1960 มีการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ และมีการลงประชามติในปี ค.ศ. 1962 ประชาชนลงมติรับรองร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวและประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1962 มีการแก้ไขอีกครั้งในปี ค.ศ. 2011 (The Constitution of Morocco 2011)[38] เพื่อเป็นการปฏิรูประบอบการปกครองให้เป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น รัฐธรรมนูญที่ได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 2011 ได้ผ่านความเห็นชอบจากประชาชนในการลงประชามติ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2011 ประชาชนให้ความเห็นชอบมากถึง 9,653,492 คน คิดเป็นร้อยละ 98.5 ของผู้มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด[39]

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 2011 มีการปฏิรูปอำนาจการปกครองไปสู่ประชาชนผ่านสภามากยิ่งขึ้น มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพ

---

[35] Ibid.

[36] Muhammad Khalil. 1962. **The Arab States and the Arab League: a Documentary Record.** Beirut: Khayats, at pp. 53-54.

[37] *The Constitution of Morocco* (1962) (Morocco).

[38] *The Constitution of Morocco* (2011) (Morocco).

[39] CNN. (2011). Morocco approves constitutional reform. **CNN Wire Staff, CNN News,** available at <http://edition.cnn.com/2011/WORLD/africa/07/01/morocco.vote.reforms/>.

ขั้นพื้นฐานของประชาชน อาทิ สิทธิในชีวิต ทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงออกทางความคิดเห็น และการรวมกลุ่มทางการเมือง ความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันทางเพศ การเน้นย้ำถึงการแบ่งแยกอำนาจการปกครองของสถาบันการเมือง หลักนิติธรรมและการเคารพสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานต่างๆ[40]

รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีการบัญญัติให้สิทธิแก่สตรีในการมีส่วนร่วมทางการเมืองและแสดงความคิดเห็นทางการเมืองเท่าเทียมกับเพศชาย อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมิได้มีการบัญญัติเรื่องการนำประเพณีในการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่มีการบัญญัติธรรมเนียมหรือแนวปฏิบัติที่ผ่านมาให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโก อันจะได้กล่าวต่อไป

รัฐธรรมนูญโมร็อกโกได้บัญญัติรูปแบบการปกครองของโมร็อกโกที่มีความเป็นสากล กล่าวคือ กษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของรัฐ มีรัฐสภาในระบบสองสภา (Bicameral) ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร *(Majlis al-Nuwab)* ประกอบด้วยสมาชิก 325 คน ดำรงตำแหน่งวาระละ 5 ปี และสภาสูง *(Majlis al-Mustasharin)* ประกอบด้วยสมาชิก 270 คน โดยมีวาระ 9 ปี รัฐสภามีอำนาจในการตรากฎหมาย และการพิจารณาอนุมัติงบประมาณประจำปี อำนาจดังกล่าวรวมทั้งการควบคุมและตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล ฝ่ายบริหารซึ่งมีคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภา และฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร โดยผู้พิพากษามาจากการแต่งตั้งโดยกษัตริย์[41]

8.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโก

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโกสามารถทำความเข้าใจได้โดยศึกษาจากการปฏิรูประบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญของโมร็อกโกในปี ค.ศ. 2011 ซึ่งกษัตริย์คืนอำนาจการบริหารราชการแผ่นดินให้แก่ประชาชน และเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญใน 4 ประเด็นดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มิได้เกี่ยวข้องกับการคืนอำนาจของกษัตริย์ให้แก่ประชาชน แต่เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 2011 บัญญัติเรื่องการสืบราชสมบัติไว้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งเดิมทีเป็นไปตามประเพณีและกฎมณเฑียรบาลว่าด้วย

---

[40] *The Constitution of Morocco* (2011) (Morocco).

[41] Ibid.

การสืบสันตติวงศ์ของโมร็อกโก และภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีการบัญญัติให้ผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติโมร็อกโกจะต้องเป็นผู้ชายเท่านั้น[42]

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหาร

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการปฏิรูปรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองในโมร็อกโกเกี่ยวข้องกับอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินและการแต่งตั้งหัวหน้าของฝ่ายบริหาร (นายกรัฐมนตรี)

เดิมทีกษัตริย์แห่งโมร็อกโกทรงไว้ซึ่งอำนาจทั้งปวงของประเทศ ทรงเป็นผู้นำทางการเมืองและทางศรัทธาความเชื่อ (Commander of the Faithful) ซึ่งได้รับมอบจากนบีมุฮัมมัด (Prophet Mohammad) ฉะนั้น ทรงอยู่เหนือการเมือง โดยเป็นผู้แต่งตั้งคณะรัฐมนตรีเพื่อกำกับดูแลกิจการของบ้านเมือง แต่งตั้งตำแหน่งต่างๆ ในรัฐบาลและข้าราชการ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ เกิดการเปลี่ยนแปลงประเพณีดังกล่าวเป็นกษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งมาจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภา หรือสามารถคุมเสียงข้างมากในสภาได้[43]

อำนาจดังกล่าวยังรวมถึงอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นของคณะรัฐมนตรี และอำนาจในการยุบสภาซึ่งเดิมทีเป็นอำนาจของกษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว

กรณีนี้จึงเกิดเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่ที่กษัตริย์แห่งโมร็อกโกจะแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหารซึ่งมาจากพรรคการเมืองที่ได้รับชัยชนะจากการเลือกตั้งเป็นการเคารพการตัดสินและอำนาจของประชาชน

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติ

การคืนอำนาจให้ประชาชนของกษัตริย์โมร็อกโกยังเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของโมร็อกโกที่เกี่ยวกับอำนาจนิติบัญญัติ และดังได้กล่าวข้างต้นว่าเดิมทีกษัตริย์ทรงไว้ซึ่งอำนาจทั้งปวง อำนาจดังกล่าวยังรวมถึงการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในประเทศ

ประเพณีดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปภายใต้การปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2011 มีการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนในการบริหารประเทศผ่านรัฐสภา กล่าวคือ ให้รัฐสภา

---

[42] Ibid, art. 43 (stating that "The Crown of Morocco and its constitutional rights are hereditary and are transmitted from father to son through male descendatns in direct line and by order of primogeniture of His Majesty The King Mohammed VI, unless the King has designated, in His lifetime, a successor from among His sons, other than His eldest son. When there are no male descendants in direct line, the succession to the Throne is devolved in the closet male collateral line and in the same conditions.").

[43] Ibid, art. 47, para. 1.

มีอำนาจในการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับภายในประเทศ มีการกำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาโดยให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจการตรากฎหมาย และการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองมากยิ่งขึ้น[44] การคืนอำนาจดังกล่าวแก่รัฐสภาแสดงให้เห็นถึงการคืนอำนาจให้แก่ประชาชนอันเป็นการดำเนินตามรูปแบบระบอบการปกครองที่เป็นสากล

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการอภัยโทษ

การปฏิรูปรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2011 ยังก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงประเพณีที่เกี่ยวกับการอภัยโทษ กล่าวคือ การอภัยโทษซึ่งเดิมทีเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์แห่งโมร็อกโกแต่เพียงผู้เดียว[45] ภายหลังรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้อำนาจดังกล่าวเป็นของรัฐสภาในการพิจารณาการอภัยโทษด้วย[46]

8.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลจอร์แดนและโมร็อกโก

สำหรับจอร์แดนและโมร็อกโกสองประเทศที่มีระบบกฎหมายอิสลามและสามารถนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในลักษณะที่จะเทียบเคียงกับมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และจากการสำรวจแนวคำวินิจฉัยของศาลภายในทั้งสองประเทศ พบว่ายังไม่มีบรรทัดฐานของศาลที่ตัดสินหรือเป็นตัวอย่างการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะทั้งสองประเทศอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านจากการปกครองแบบอำนาจเบ็ดเสร็จที่กษัตริย์มีอำนาจล้นพ้น ไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในประเทศจอร์แดนและโมร็อกโกเป็นการรับเอาหลักการเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เป็นสากลมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อาทิ ประเพณีการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ ประเพณีเกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าของฝ่ายบริหาร หรือประเพณีเกี่ยวกับการอภัยโทษ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่านำหลักการมาจากต่างประเทศมากกว่าจะเกิดจากการตกผลึกของแนวปฏิบัติระหว่างสถาบันทางการเมือง ฉะนั้น ในเรื่องของประเพณี

---

[44] Ibid, Title II: Fundamental Freedoms and Rights.

[45] Ibid, art. 58 (stating that “The King exercise the right of pardon.”).

[46] Ibid, art. 71.

ทางรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีของศาลเกี่ยวกับการนำหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ของทั้งสองประเทศคงยังต้องมีการพัฒนาและรอการตกผลึกต่อไป กรณีนี้ของทั้งสองประเทศจะได้นำไปจัดทำสรุปเปรียบเทียบกับประเทศไทยและต่างประเทศในบทสรุปต่อไป

8.5 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศอิสลามที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยศึกษาประเทศจอร์แดนและโมร็อกโก และศึกษาจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ ระบอบการปกครองและรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ

จากการศึกษาพบว่าทั้งสองประเทศได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองมาจากมหาอำนาจของชาติตะวันตก โดยเฉพาะอังกฤษและฝรั่งเศสในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นผลมาจากความพยายามของประเทศมหาอำนาจในการกำหนดแผนที่โลกใหม่ โดยแบ่งดินแดนกันปกครอง อังกฤษซึ่งปกครองจอร์แดนในช่วงเวลาสั้นๆ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 อิทธิพลของระบบกฎหมาย รัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองในระบบรัฐสภาไปปรากฏในจอร์แดนภายหลังได้รับเอกราชจากอังกฤษอย่างสมบูรณ์ในปี ค.ศ. 1946 จอร์แดนประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และมีระบอบการปกครองในระบบรัฐสภาที่นำตัวแบบมาจากอังกฤษและผสมผสานกับกฎหมายของศาสนาอิสลาม ขณะที่โมร็อกโกซึ่งตกอยู่ภายใต้การปกครองของฝรั่งเศสและสเปนอย่างยาวนานถึง 44 ปี ได้รับอิทธิพลเรื่องรัฐธรรมนูญ ระบอบการปกครอง และระบบกฎหมายจากฝรั่งเศส และสเปน โดยผสมผสานแนวคิดของศาสนาอิสลาม โมร็อกโกประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1962 รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงแนวคิดของกฎหมายจากฝรั่งเศส

สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของจอร์แดนและโมร็อกโกพบว่าทั้งสองประเทศให้ความสำคัญกับประเด็นเรื่องการสืบราชสมบัติซึ่งมีกฎมณเฑียรบาลเป็นกฎเกณฑ์และธรรมเนียมกำหนด และทั้งสองประเทศมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการแต่งตั้งหัวหน้าฝ่ายบริหารที่เหมือนกันคือ เดิมทีเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ในการแต่งตั้งผู้ใดก็ได้มาดำรงตำแหน่งเป็นประมุขฝ่ายบริหาร และเปลี่ยนแปลงไปเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญใหม่ที่สำคัญว่าการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งและสามารถคุมเสียงข้างมาก

ในสภาได้ สำหรับประเพณีทางรัฐธรรมนูญอื่นอาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดอาทิ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเรื่องการเสนอร่างกฎหมายในประเทศจอร์แดนเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการอภัยโทษในโมร็อกโกซึ่งเป็นอำนาจของรัฐสภา เป็นต้น

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศในกลุ่มชาติมุสลิม หรือประเทศอิสลามที่มีระบอบกษัตริย์จะได้นำไปศึกษาเปรียบเทียบและถอดเป็นบทเรียนสำหรับประเทศไทยในบทสรุปต่อไป

บทที่ 9
กลุ่มประเทศเอเชีย : กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในญี่ปุ่นและภูฏาน

9.1 บทนำ

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา (United States Constitution of 1787)[1] ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลกมีอิทธิพลอย่างมากต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญในประเทศเอเชีย โดยเฉพาะญี่ปุ่น แต่มีการปรับเปลี่ยนหลักการของกฎหมายให้สอดคล้องกับอุดมคติทางการเมืองของตน กล่าวได้ว่า ญี่ปุ่นเป็นประเทศแรกที่มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาใช้ในการปกครองเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชีย โดยมีการผสมผสานแนวคิดเรื่องการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ผสมผสานกับการปกครองในระบอบกษัตริย์ซึ่งมีระบบรัฐสภาของอังกฤษมาปรับใช้ ญี่ปุ่นมีระดับการพัฒนาประเทศและระบบเศรษฐกิจที่มีอิทธิพลมากที่สุดประเทศหนึ่ง ซึ่งเป็นผลพวงมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและสถานการณ์ทางการเมืองในประเทศที่มีความสม่ำเสมอและชัดเจนส่งผลต่อการดำเนินงานภาคธุรกิจของเอกชนให้มีเสถียรภาพ[2]

สำหรับภูฏาน เป็นอีกประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องระบอบการปกครองในระบบรัฐสภามาจากอังกฤษ และแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากสหรัฐอเมริกา กล่าวได้ว่า ภูฏานเป็นประเทศในทวีปเอเชียที่เพิ่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกในปี ค.ศ. 2008[3] พัฒนาการของประชาธิปไตยยังอยู่ในระยะแรกเริ่ม และมีแนวโน้มไปในทิศทางที่ดี มีความมั่นคงและเสถียรภาพ และมีความเป็นสากล

อาจกล่าวได้ว่า ญี่ปุ่นและภูฏานเป็นตัวอย่างสองประเทศที่สมควรนำมาศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยซึ่งยังอยู่ในช่วงเวลาที่กำลังมองหารูปแบบที่เหมาะสมในเรื่องรัฐธรรมนูญ และการจัดสรรโครงสร้างพื้นฐานทางการเมือง บทนี้กล่าวถึงระบอบการปกครอง รัฐธรรมนูญ และประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นซึ่งเป็น

---

[1] *United States Constitution* (1787) (United States).

[2] ดูหัวข้อที่ 9.2.2 รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น.

[3] ดูหัวข้อที่ 9.3.2 รัฐธรรมนูญของภูฏาน.

ประเทศแรกที่มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญของชาติตะวันตกมาใช้ในการปกครองเป็นประเทศแรกในเอเชีย และการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏานซึ่งเป็นประเทศล่าสุดที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเพื่อใช้ในการปกครองประเทศ และทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันในหลายประการ โดยเฉพาะในเรื่องวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมและประเพณี ตลอดจนความเชื่อทางศาสนา และเสถียรภาพทางการเมืองที่มีความสอดคล้องและชัดเจน

9.2 ญี่ปุ่น

ระบอบการปกครองของญี่ปุ่นเป็นตัวอย่างที่นิยมและถูกหยิบยกมาเป็นกรณีตัวอย่างเปรียบเทียบกับการปกครองของไทยมากที่สุด เนื่องจากความคล้ายคลึงของโครงสร้างทางปกครองที่มีระบบรัฐสภา ศาสนา ขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมที่มีความคล้ายคลึงกัน การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นในบทนี้จะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ส่วน แต่ละส่วนมีความสัมพันธ์ที่เกี่ยวเนื่องเป็นระบบต่อกัน กล่าวคือ การศึกษาภูมิหลังหรือพื้นภูมิของประเทศญี่ปุ่นเพื่อให้ภาพรวมเกี่ยวกับพัฒนาการของการปกครองประเทศญี่ปุ่นตั้งแต่อดีต จนถึงยุคสมัยปัจจุบัน การศึกษาวิเคราะห์รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศแรกที่มีการนำแนวคิดเรื่องการใช้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศเป็นประเทศแรกในเอเชีย และการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นที่สำคัญ

9.2.1 พื้นภูมิของประเทศญี่ปุ่น

ญี่ปุ่น ประเทศซึ่งเป็นหมู่เกาะ (Archipelago) มีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์อย่างยาวนานซึ่งปรากฏหลักฐานทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับการตั้งรกรากมาตั้งแต่สมัยก่อนประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะในสมัยโจมง (Jomon period) ซึ่งเป็นช่วงก่อนประวัติศาสตร์ของญี่ปุ่น ประมาณ 14,000 ปีก่อนคริสตกาล และมีการบันทึกเกี่ยวกับประเทศญี่ปุ่นในเอกสารบันทึกของชาวจีนฮั่น (Book of Han)[4]

ระหว่างศตวรรษที่ 4 ถึงศตวรรษที่ 9 ญี่ปุ่นซึ่งมีการปกครองเป็นชนเผ่าและแบ่งออกเป็นหลายอาณาจักรได้รวบรวมกันเป็นปึกแผ่น โดยมีการบริหารภายใต้องค์จักรพรรดิ ในช่วงเวลานี้เองที่การปกครองในระบอบกษัตริย์ของญี่ปุ่นปรากฏขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม และพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน และในปีค.ศ. 794 มีการจัดตั้งเมืองหลวงของญี่ปุ่นที่กรุงเคียวโต (Kyoto) และเป็นจุดเริ่มต้นของยุคสมัยเฮอัง (Heian)

[4] Junko Habu. 2004. **Ancient Jomon of Japan.** Cambridge: Cambridge University Press.

อันเป็นยุคทองของญี่ปุ่นที่ศิลปะและวัฒนธรรมเจริญจนถึงขีดสุด[5] และในช่วงเวลานี้ที่ศาสนาพุทธนิกายชินโต (Shinto) ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อชีวิตประจำวันของชาวญี่ปุ่น[6]

ในหลายศตวรรษต่อมา อำนาจขององค์จักรพรรดิญี่ปุ่นลดลงเป็นอย่างมาก ญี่ปุ่นเข้าสู่ยุคทหารเป็นผู้ปกครองหรือยุคซามูไร (Samurai periods) ในช่วงศตวรรษที่ 12 ถึง 19 ผู้ปกครองดังกล่าวเรียกว่า “โชกุน” (Shogunate)[7] การปกครองในระบบโชกุนของญี่ปุ่นได้ตัดขาดญี่ปุ่นจากโลกภายนอก มีการนำระบบชนชั้นมาใช้ในญี่ปุ่น ซึ่งมีอิทธิพลจนถึงปัจจุบัน

การปกครองในระบอบเผด็จการทางทหารภายใต้โชกุนได้สิ้นสุดลง และอำนาจการบริหารประเทศกลับคืนสู่องค์จักรพรรดิในช่วงปี ค.ศ. 1868 ซึ่งเรียกว่า “ช่วงการฟื้นฟูเมจิ” (Meji Restoration)[8] มีการปฏิรูประบอบการปกครองในประเทศญี่ปุ่นให้มีความทัดเทียมกับนานาประเทศ มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ และการปกครองในระบบรัฐสภาของอังกฤษมาใช้ในประเทศ และเกิดการปฏิรูปการปกครองที่มีความทันสมัยยิ่งขึ้น กล่าวได้ว่า ยุคฟื้นฟูเมจิ เป็นยุคสำคัญที่ส่งผลต่อการจัดรูปแบบการปกครองของประเทศญี่ปุ่นจนถึงปัจจุบัน

ในศตวรรษที่ 20 เข้าสู่ยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นเข้าร่วมรบในสงครามครั้งที่ 2 ร่วมกับฝ่ายนาซีเยอรมันของฮิตเลอร์ และฝ่ายฟาสซิสม์ในอิตาลีของมุสโสลินี ญี่ปุ่นพ่ายแพ้สงครามให้กับฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งนำโดยสหรัฐอเมริกา และอังกฤษ สหรัฐอเมริกาส่งทหารเข้าควบคุมกิจการภายในประเทศญี่ปุ่น มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1947[9] ซึ่งเป็นการรับเอาแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของสหรัฐอเมริกา และผสมผสานกับแนวคิดเรื่องการปกครองในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษมาใช้ในญี่ปุ่น และเข้าสู่ยุคสมัยปัจจุบัน

9.2.2 รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นมีความจำเป็นจะต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1947

---

4 Junko Habu. 2004. **Ancient Jomon of Japan.** Cambridge: Cambridge University Press.

5 Ibid.

6 William H. McCullough. 1999. **The Heian Court, 794–1070.** Cambridge: Cambridge University Press.

7 Ibid.

8 George Sansom. 1958. **The History of Japan.** California: Stanford University Press.

9 Ibid.

(Constitution of Japan of 1947) (日本国憲法)[10] เป็นรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้ในปัจจุบัน การศึกษารัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นแบ่งได้เป็นสองช่วงที่สำคัญ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญสมัยเมจิ (Meji Constitution of 1890) (大日本帝國憲法)[11] และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1947

(1) Meji Constitution of 1890

รัฐธรรมนูญสมัยเมจิ ปี ค.ศ. 1890 (Meji Constitution of 1890) เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของญี่ปุ่น ซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1889 จนถึงวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1947

การจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นผลพวงมาจากการฟื้นฟูเมจิ (Meji Restoration) ซึ่งเป็นเหตุการณ์ปฏิรูปประเทศญี่ปุ่นในปี ค.ศ. 1868 เพื่อรวบอำนาจจากรัฐบาลโชกุนโทะกุงวะ (Tokugawa Shogunate) กลับคืนสู่จักรพรรดิญี่ปุ่น[12] การปฏิรูปในครั้งนี้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองและโครงสร้างทางการเมืองและสังคมของญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก[13] ซึ่งอาจเทียบได้กับการปฏิรูปการปกครองในสมัยรัชกาลที่ 5 ของประเทศไทย[14]

ภายหลังการปฏิรูปการปกครองดังกล่าว ญี่ปุ่นมีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศ มีการผสมผสานการปกครองในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญโดยมีรัฐสภาเป็นผู้ตรากฎหมายและคณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดินซึ่งนำตัวแบบมาจากอังกฤษ และระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งกษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจทั้งปวงโดยนำตัวแบบมาจากจักรวรรดิปรัสเซีย ฉะนั้น จักรพรรดิญี่ปุ่นทรงเป็นประมุขแห่งรัฐและทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย โดยมีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดิน และมีนายกรัฐมนตรีเป็นประมุขฝ่ายบริหาร ภายใต้รัฐธรรมนูญเมจิ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกรัฐสภา[15]

กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญเมจิเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีการนำระบบรัฐสภา (Parliamentary System) และการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนมาใช้ในเอเชีย รัฐธรรมนูญเมจิถูกแก้ไขในปี ค.ศ. 1947 ซึ่งเป็นผลมาจากสงครามโลก

---

[10] *The Constitution of Japan* (1947) (Japan).

[11] *The Constitution of the Empire of Japan* (Meji Constitution) (1890) (Japan).

[12] Rizo Takeuchi. 1999. **The Rise of the Warriors.** Cambridge: Cambridge University Press.

[13] Ibid.

[14] Ibid.

[15] Ibid.

ครั้งที่ 2 ซึ่งญี่ปุ่นพ่ายแพ้สงครามให้กับฝ่ายสัมพันธมิตร สหรัฐอเมริกาเข้าควบคุมกิจการภายในประเทศญี่ปุ่นและมีการวางรากฐานและระบอบการปกครองของญี่ปุ่น มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญภายใต้ The Constitution of Japan of 1947 ซึ่งใช้บังคับมาจนถึงยุคสมัยปัจจุบัน

(2) Constitution of Japan of 1947

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1947 เป็นรัฐธรรมนูญที่ได้รับอิทธิพลมาจากชาติตะวันตก โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและกระทบต่อความรู้สึกสำหรับชาวญี่ปุ่น[16]

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวปรับปรุงระบอบการปกครองเดิมซึ่งรัฐธรรมนูญเมจิได้บัญญัติไว้ และให้มีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติจำกัดพระราชอำนาจของจักรพรรดิญี่ปุ่น และให้ทรงดำรงตำแหน่งเป็นสัญลักษณ์ของประเทศ มีการแยกอำนาจการบริหารประเทศที่ชัดเจนยิ่งขึ้น โดยอำนาจในการออกกฎหมายเป็นอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหารราชการแผ่นดินเป็นของฝ่ายบริหาร สำหรับอำนาจตุลาการให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาซึ่งมีความเป็นอิสระจากอำนาจทั้งสอง เป็นการรับเอาแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น[17] มีการยกเลิกกฎหมายเกี่ยวกับ Lèse-majesté[18] รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจ และสถาบันการเมืองซึ่งสรุปได้ดังนี้

ประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) ซึ่งคือองค์จักรพรรดิญี่ปุ่น มีประวัติและประเพณีการสืบราชสมบัติมาอย่างยาวนานตั้งแต่ศตวรรษที่ 7 จักรพรรดิทรงดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของประเทศและเป็นสัญลักษณ์ที่เป็นศูนย์รวมจิตใจของประชาชนในชาติ ทรงอยู่เหนือการเมืองและอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ[19]

ฝ่ายบริหาร (Executive) คือคณะรัฐมนตรี โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร นายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากการเลือกตั้งและเป็นสมาชิกรัฐสภา การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีจะต้องทำงานภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภา[20]

---

[16] Associated Press. (2016). Biden's remark on Japan Constitution raises eyebrows. (August 18, 2016).

[17] Ibid.

[18] Eiji Takemae. 2003. **The Allied Occupation of Japan.** London: John Wiley and Sons Publishing and Continuum International Publishing Group.

[19] *The Constitution of Japan* (1947) (Japan).

[20] Ibid.

อันเป็นหลักการเดียวกับของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นตอของเรื่องการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance)

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) เป็นอำนาจของรัฐสภา (National Diet) (国会) ประกอบด้วยสองสภา (Bicametal) กล่าวคือ สภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) (衆議院) มีจำนวนสมาชิก 475 คน ที่มาจากการเลือกตั้งและมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี และสภาสูง (House of Councillors) (参議院) มีสมาชิก 242 คน ที่มาจากการเลือกตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี แต่ให้มีการเลือกตั้งทุกๆ 3 ปี[21]

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) เป็นอำนาจของผู้พิพากษาซึ่งแต่งตั้งโดยจักรพรรดิหรือหัวหน้าฝ่ายบริหาร แล้วแต่กรณี[22] การถอดถอนผู้พิพากษาอาจกระทำโดยอาศัยอำนาจขององค์จักรพรรดิ หรือหัวหน้าของฝ่ายบริหาร หรือการลงประชามติ อำนาจของฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติตามแนวทางของรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา

9.2.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น

ในส่วนที่เกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น นักวิชาการบางท่านอ้างว่ารัฐธรรมนูญญี่ปุ่นมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของประเทศในกลุ่ม Common Law โดยเฉพาะอังกฤษซึ่งอาศัยธรรมเนียมปฏิบัติหรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการกำหนดกลไกของสถาบันทางการเมือง สำหรับญี่ปุ่นกลไกต่างๆ ที่ควบคุมการดำเนินงานของสถาบันการเมืองอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร[23] อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาวิเคราะห์ประวัติศาสตร์การเมืองและรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นพบว่ามีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญหลายประการ ซึ่งสรุปเป็นประเด็นได้ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของญี่ปุ่นซึ่งเป็นหลักประเพณีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Core Conventions) คือประเพณีเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติและรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ ประเพณีการสืบราชสมบัติมีธรรมเนียมหรือกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ของญี่ปุ่นภายใต้ Imperial Household Law of 1947[24]

---

[21] Ibid.

[22] Ibid.

[23] Tetsuo Najita. 1974. **Japan: The Intellectual Foundations of Modern Japanese Politics.** Chicago: University of Chicago Press, at p. 61.

[24] *Imperial Household Law* (1947) (Japan).

เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขและวางกรอบการปฏิบัติเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติของจักรพรรดิญี่ปุ่น ลักษณะเดียวกับประเทศไทย และประเทศอื่นๆ ก่อนหน้ากฎมณเฑียรบาลฉบับดังกล่าว ญี่ปุ่นมีกฎมณเฑียรบาลฯ ภายใต้ Imperial Household Law of 1889[25] ใช้บังคับ

กฎมณเฑียรบาลฯ Imperial Household Law of 194 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบันตราขึ้นในสมัย โชวะ (Showa Jidai) เมื่อวันที่ 16 มกราคม ค.ศ. 1947 ในระยะเวลาพร้อมๆ กันกับการตรารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยเป็นการกำหนดกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ของจักรพรรดิญี่ปุ่นและรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ กฎมณเฑียรบาลฯ ฉบับดังกล่าวอาจแก้ไขได้ ทั้งนี้ เป็นพระราชอำนาจขององค์จักรพรรดิญี่ปุ่นแต่เพียงผู้เดียวในการแก้ไขปรับปรุงกฎมณเฑียรบาลฯ อย่างไรก็ตาม กรณีนี้มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญสำคัญของญี่ปุ่นว่า การปรับปรุงแก้ไขกฎมณเฑียรบาลฯ จักรพรรดิญี่ปุ่นจะให้รัฐบาลเป็นผู้ดำเนินการ กฎมณเฑียรบาลฯ ได้กำหนดกฎเกณฑ์การสืบราชสมบัติ อาทิ ลำดับศักดิ์ของผู้ที่จะสืบราชสมบัติ โดยลำดับตามอาวุโสและผู้ชายเท่านั้นที่มีสิทธิในการสืบราชบัลลังก์

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาญี่ปุ่นต้องเผชิญกับปัญหากับความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติเนื่องจากเจ้าชาย Akishino ซึ่งเป็นรัชทายาท และไม่มีพระโอรสและเกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติในญี่ปุ่นขึ้น และกฎมณเฑียรบาลฯ ที่ใช้บังคับอยู่ให้สิทธิเฉพาะพระโอรสเท่านั้นที่จะสามารถขึ้นครองราชย์สมบัติได้ กรณีนี้นำไปสู่การเสนอให้มีการแก้ไขกฎมณเฑียรบาลฯ ในสมัยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรี Junichiro Koizumi ปี ค.ศ. 2005 โดยรัฐบาลได้แต่งตั้งคณะกรรมาธิการเพื่อพิจารณาแก้ไขกฎมณเฑียรบาลฯ ประกอบด้วย ผู้พิพากษา ศาสตราจารย์ ข้าราชการระดับสูง และฝ่ายการเมืองเพื่อพิจารณาแก้ไขกฎมณเฑียรบาลฯ ภายใต้ Imperial Household Law เพื่อเสนอสภาต่อไป และในวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2005 คณะกรรมาธิการได้มีข้อเสนอแนะให้กฎมณเฑียรบาลฯ มีการแก้ไข โดยให้สิทธิเชื้อพระวงศ์ฝ่ายหญิงสามารถมีสิทธิสืบราชสมบัติได้ เพื่อเป็นการแก้วิกฤติปัญหาเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติของจักรพรรดิญี่ปุ่น[26]

---

[25] I*mperial Household Law* (1889) (Japan).

[26] USA Today. 2007. Report: Japan to drop plan to allow female monarch **USA Today,** McLean, VA: Gannett AP (January 3 2007).

ในปีค.ศ. 2006 ข้อเสนอแนะการปรับปรุงกฎมณเฑียรบาลฯ ดังกล่าวต้องยุติไป เนื่องจาก Princess Kiko ได้ให้กำเนิดพระโอรส Prince Hisahito ซึ่งเป็นการคลายวิกฤติ และรัฐบาลญี่ปุ่นจึงได้ล้มเลิกข้อเสนอแก้ไขกฎมณเฑียรบาลฯ ดังกล่าวไป

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์

ลักษณะสำคัญที่กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นคือสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ องค์จักรพรรดิแห่งญี่ปุ่นเป็นสัญลักษณ์ของประเทศและจุดศูนย์รวมของคนในชาติ ทรงดำรงตำแหน่งเป็นประมุขของประเทศ และทรงไว้ซึ่งอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี และตำแหน่งสำคัญๆ อาทิ ประธานศาลสูงสุดของญี่ปุ่น (Chief Justice of the Supreme Court) การเรียกประชุมสมัยของสภา และการยุบสภาตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี รวมตลอดทั้งการลงพระนามาภิไธยในร่างกฎหมายและสนธิสัญญาเพื่อประกาศใช้ให้เป็นกฎหมาย[27]

จะเห็นได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของสถาบันพระมหากษัตริย์ของญี่ปุ่นได้รับหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษมาปรับใช้ในการปกครอง[28] และมีความคล้ายคลึงกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยอย่างเด่นชัด

อย่างไรก็ตาม สถานะและบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์ขององค์จักรพรรดิญี่ปุ่นอาจมีความแตกต่างจากประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์อื่นๆ โดยเฉพาะในเรื่องของการบัญชาการกองทัพ กล่าวคือ องค์จักรพรรดิแห่งญี่ปุ่นมิได้เป็นผู้บัญชาการจอมทัพของญี่ปุ่น กรณีนี้แตกต่างจากประเทศไทยและประเทศอื่นๆ ที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของญี่ปุ่นอีกประการเกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีซึ่งองค์จักรพรรดิญี่ปุ่นเป็นผู้แต่งตั้ง และการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและดังได้กล่าวข้างต้น นายกรัฐมนตรีญี่ปุ่นคือผู้ใช้อำนาจในการบริหารประเทศและเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร นายกรัฐมนตรีของญี่ปุ่นแต่งตั้งโดยจักรพรรดิ[29] และนายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกรัฐสภา[30]

---

[27] *The Constitution of Japan* (1947) (Japan).

[28] ดูคำอธิบายเรื่องหลัก “The King Can Do No Wrong” ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ ใน บทที่ 5.

[29] *The Constitution of Japan* (1947) (Japan).

[30] ในรัฐธรรมนูญสมัยเมจิ (Meji Constitution) จักรพรรดิอาจแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีที่มาจากคนนอกได้.

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีของญี่ปุ่นคือ การคัดเลือกผู้ที่จะดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี ไม่มีกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญกำหนดว่าจะต้องเป็นผู้ใดที่จะดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญเพียงแต่กำหนดไว้อย่างกว้างๆ ว่านายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นสมาชิกสภา[31]ในทางปฏิบัติมีประเพณีสำคัญว่า นายกรัฐมนตรีคือประธานหรือหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากในสภาจึงจะเป็นผู้มีสิทธิดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรี และตั้งแต่สมัยพรรค Liberal Democratic Party (LDP) ของญี่ปุ่นเข้ามาเป็นรัฐบาล[32]ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1955 – ปัจจุบัน ยังมีธรรมเนียมหรือวัฒนธรรมของพรรคที่สำคัญว่าประธานพรรคที่จะดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีจะต้องเป็นสมาชิกลัทธิ “Nippon Kaigi” (日本会議) ซึ่งเป็นกลุ่มความเชื่อทางศาสนาและลัทธิชาตินิยมที่สนับสนุนศาสนาพุทธนิกายชินโต (Shinto) และสนับสนุนการปกครองในระบอบกษัตริย์[33]

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของญี่ปุ่นซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้เกี่ยวข้องกับมารยาททางการเมืองซึ่งเป็นกลไกสำคัญที่ควบคุมการดำเนินงานของข้าราชการและกลุ่มการเมือง

การดำรงตำแหน่งทางการเมืองของนักการเมืองญี่ปุ่นห้ามดำรงตำแหน่งอื่นในทางราชการ โดยนักการเมืองจะต้องเป็นพลเรือน และหากข้าราชการได้รับตำแหน่งทางการเมือง เป็นมารยาทที่จะต้องลาออกจากตำแหน่งก่อนเข้ารับตำแหน่งทางการเมือง หรือการรับตำแหน่งซ้อนในทางการเมืองเป็นเรื่องที่ไม่ควรกระทำ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่เป็นมารยาทแสดงให้เห็นถึงความตระหนักในหน้าที่ที่สำคัญของการบริหารราชการแผ่นดินและบทบาทของฝ่ายการเมืองในการพัฒนาและส่งเสริมประเทศ แตกต่างจากบางประเทศที่ข้าราชการสามารถดำรงตำแหน่งทางการเมืองควบคู่กับการเป็นข้าราชการได้ในคราวเดียวกันซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อบทบาทและหน้าที่ รวมตลอดทั้งความตระหนักถึงความใส่ใจในการปฏิบัติหน้าที่ทางการเมือง

---

[31] *The Constitution of Japan* (1947) (Japan), art. 67 (declaring that “The Prime Minister shall be designated from among the members of the Diet by a resolution of the Diet. This designation shall precede all other business.”).

[32] Interview with Professor Kaku Shun, Faculty of Law at Hokkeido University (indicating that the Prime Minister is, by convention, the leader of the victorious party, though some prime ministers have also been elected from junior coalition partners or minority parties).

[33] ดูประวัติองค์กรใน <http://www.nipponkaigi.org>.

สำหรับญี่ปุ่นภาคเอกชนและประชาชน โดยเฉพาะกลุ่มชุมชนและเกษตรกร มีอิทธิพลต่อการเมืองในญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก ภาคเอกชนและประชาชนมีเอกสิทธิ์ตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐบาลและข้าราชการภาครัฐ รัฐบาลและข้าราชการเคารพผลประโยชน์ของเอกชนและมีความละอายต่อการเรียกรับผลประโยชน์หรือการแสวงหาช่องทางทุจริต บ่อยครั้งที่นักการเมืองและข้าราชการแสดงความรับผิดชอบด้วยการลาออก หากมีการร้องเรียนของภาคประชาชน หรือมีเรื่องอื้อฉาวเกี่ยวกับการทุจริตคอรัปชั่น วัฒนธรรมที่แสดงความรับผิดชอบของนักการเมืองและข้าราชการญี่ปุ่นได้กลายเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองที่สำคัญของประเทศญี่ปุ่นที่สมควรนำมาปรับใช้และเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับประเทศไทยอันจะได้กล่าวต่อไป

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและกฎหมาย

ลักษณะสำคัญของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นที่สมควรกล่าวถึงเกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบายภาครัฐและการจัดทำกฎหมาย

การกำหนดนโยบายและกฎหมายของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลมาจากการจัดทำนโยบายสาธารณะ (Public Policy) ของชาติตะวันตกโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาและอังกฤษในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยการกำหนดนโยบายและการออกกฎหมายมาจากกลุ่มผู้บริหารระดับสูงในพรรคการเมืองและรัฐบาลซึ่งเข้าใจบทบาทสำคัญว่าผลประโยชน์ของเอกชนคือผลประโยชน์ของชาติ ภาคเอกชนและประชาชนเป็นตัวขับเคลื่อนให้เกิดผลิตภัณฑ์มวลรวมของประเทศ (GDP) และกลไกในระบบเศรษฐกิจที่สำคัญที่สุด รายได้ของรัฐอาศัยการเก็บภาษีจากภาคเอกชนและประชาชน การออกนโยบายและกฎหมายจึงสนองตอบต่อความต้องการของภาคเอกชนเป็นสำคัญ โดยรัฐบาลเป็นศูนย์กลางในการกำหนดนโยบายภาครัฐ โดยมีคณะทำงานซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกรัฐสภา นักการเมืองจากพรรคต่างๆ ผู้บริหารภาคเอกชน นักวิชาการที่มีความรู้ความสามารถ และข้าราชการเป็นผู้สนับสนุนงานทางธุรการ นโยบายและกฎหมายของญี่ปุ่นจึงตอบสนองความต้องการของภาคเอกชนเป็นอย่างมาก และสอดคล้องต่อกลไกการดำเนินธุรกิจของประเทศ ญี่ปุ่นจึงถูกจัดอันดับเป็นประเทศที่มีบรรยายกาศเอื้ออำนวยต่อการลงทุนโดยธนาคารโลกมากที่สุดเป็นอันดับสองของโลก[34]

---

[34] ปวริศร เลิศธรรมเทวี และคณะ. 2560. กระบวนการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย. (รายงานวิจัยเสนอกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม) และดูรายงานผลการวิจัยเรื่อง “Doing Business” ซึ่งจัดทำโดยธนาคารโลก (World Bank) ใน <http://www.nipponkaigi.org>.

นอกเหนือจากการจัดทำนโยบายและกฎหมาย การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศของญี่ปุ่นกับประเทศคู่ค้ายังเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ กล่าวได้ว่า ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศมากที่สุดในโลกประเทศหนึ่ง การค้าและการลงทุนต้องอาศัยกลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศ (กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ) ซึ่งมีรายละเอียดต่างๆ อาทิ กรอบกติกาที่ชัดเจน การระงับข้อพิพาท ข้อตกลงที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ต่างตอบแทน (Reciprocity) และเป็นที่เข้าใจว่าในเวทีการค้าและการลงทุนย่อมไม่มีประเทศใดได้เปรียบในทุกๆ เรื่อง รัฐต้องมีมาตรการอุดหนุน (Subsidies) อาทิ การประกันและจำนำสินค้า มาตรการป้องกัน (Safeguard Measures) หรือการตอบโต้ทางการค้า (Trade Retaliations) ซึ่งต้องอาศัยความเข้าใจและมุมมองของข้าราชการ พื้นฐานทางการศึกษาสูง และความเข้าใจในระบบเศรษฐกิจที่สูงเป็นอย่างมาก[35] ซึ่งตรงจุดนี้มารยาททางการเมืองซึ่งเป็นประเพณีที่สำคัญของการเมืองการปกครองญี่ปุ่นมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและเสริมสร้างนโยบายภาครัฐ กฎหมายและการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

ประเด็นเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบาย กฎหมายและสนธิสัญญาของญี่ปุ่นอาจมีความแตกต่างจากประเทศไทย ซึ่งมีความเป็นเอกลักษณ์และมีแนวปฏิบัติในเชิงอุดมคติสูง กรณีนี้จะได้นำไปศึกษาเปรียบเทียบและปรับใช้สำหรับประเทศไทยในบทสรุปและข้อเสนอแนะของรายงานวิจัยฉบับนี้ต่อไป

9.3 ภูฏาน

สำหรับภูฏานมีระบอบการปกครอง ศาสนา วัฒนธรรมและขนบธรรมเนียมประเพณีที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศญี่ปุ่นเป็นอย่างมาก อาจกล่าวได้ว่า ภูฏานเป็นอีกประเทศที่อาจมีความคล้ายคลึงกับประเทศไทยที่สุด และเหมาะสมที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

9.3.1 พื้นภูมิของประเทศภูฏาน

กล่าวได้ว่า ภูฏาน เป็นประเทศที่ไม่เคยตกเป็นเมืองขึ้นหรืออาณานิคมของชาติตะวันตกใดๆ เช่นเดียวกับประเทศไทย การปกครองในประเทศภูฏานมีระบอบกษัตริย์มาอย่างยาวนาน และตามหลักฐานทางประวัติศาสตร์ได้ระบุว่ากษัตริย์ผู้ปกครอง

---

[35] ดู <http://www.indexmundi.com/japan/literacy.html>. ซึ่งแสดงระดับการอ่านออกเขียนได้และระดับการรู้หนังสือของคนญี่ปุ่น.

ภูฏานพระองค์แรกคือ Cooch-Behar ในช่วง 700 ปีก่อนคริสตกาล อย่างไรก็ตาม ภูฏานเป็นที่รู้จักของประชาคมโลกในช่วงระยะหลังโดยเฉพาะในศตวรรษที่ 20[36]

ในปี ค.ศ. 1910 กษัตริย์แห่งภูฏานและรัฐบาลอังกฤษมีการทำสนธิสัญญาภายใต้ Treaty of Punakha (1910)[37] ซึ่งเป็นการรับประกันสิทธิและอำนาจอธิปไตยของภูฏาน โดยอังกฤษจะไม่เข้าไปยุ่งในกิจการภายในของภูฏานหากยอมรับความแนะนำเกี่ยวกับการดำเนินกิจการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจากรัฐบาลอังกฤษ ในช่วงเวลาดังกล่าวภูฏานปกครองภายใต้กษัตริย์ Ugyen Wangchuck และเป็นช่วงเวลาที่ประชาคมโลกมองภูฏานว่าอยู่ภายใต้อินเดีย

ภายหลังการประกาศเอกราชในอินเดียออกจากอังกฤษในปี ค.ศ. 1947 สถานะของภูฏานได้รับรองให้เป็นประเทศ หรือรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศมากขึ้น รัฐบาลอินเดียได้รับรองสถานะความเป็นรัฐของภูฏานภายใต้สนธิสัญญา Treaty of Peace and Friendship (1947)[38] ในช่วงเวลาดังกล่าวภูฏานได้จัดให้มีสภาแห่งชาติ กองทัพ และศาลยุติธรรมขึ้นเป็นครั้งแรก โดยได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ และอินเดีย

ในปี ค.ศ. 1971 สหประชาชาติได้ให้การรับรองและให้ภูฏานเข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ และในปี ค.ศ. 2008 มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับแรกในภูฏาน และภูฏานได้เข้าสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในยุคสมัยปัจจุบัน

9.3.2 รัฐธรรมนูญของภูฏาน

รัฐธรรมนูญของภูฏาน (The Constitution of Bhutan) (འབྲུག་གི་རྩ་ཁྲིམས་ཆེན་མོ)[39] ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 โดยมีกระบวนการในการยกร่างที่ใช้เวลานานถึง 7 ปี บุคคลผู้มีอิทธิพลต่อแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญของภูฏานคือเจ้าหญิงโซเนม เดเชน วังชุก (Princess Sonam Dechan Wangchuck) ซึ่งสำเร็จการศึกษาปริญญาโทนิติศาสตร์ (LL.M.) จากมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard University) สาขากฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (Comparative Constitutional Law) และเจ้าชายจิกมี ซึ่งต่อมาคือสมเด็จพระราชาธิบดีจิกมี ซิงเย วังชุก กษัตริย์แห่งภูฏาน ซึ่งได้รับการศึกษาด้านการเมืองและการปกครอง (MPhil) ที่มหาวิทยาลัยอ๊อกฟอร์ด

---

[36] Leo E. Rose. 1977. **The Politics of Bhutan.** Ithaca: Cornell University Press, at p. 24.

[37] *Treaty of Punakha* (1910) (between England and Bhutan).

[38] *Treaty of Peace and Friendship* (1947) (between India and Bhutan).

[39] *The Constitution of Bhutan* (2008) (Bhutan).

ประเทศอังกฤษ ส่งผลให้แนวคิดมีการผสมผสานแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากับระบอบการปกครองในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษ

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เน้นย้ำถึงศาสนาพุทธว่าเป็นศาสนาประจำชาติของชาวภูฏาน และได้นำหลักการที่เป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานมาปรับใช้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เจ้าหญิง โซเนม เดเชน วังชุก ซึ่งมีอิทธิพลต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญกล่าวว่าในชั้นกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญของภูฏานได้นำรัฐธรรมนูญที่เป็นต้นแบบของโลกหลายๆ ฉบับมากถึง 20 ประเทศทั่วโลกมาเป็นแบบในการตารัฐธรรมนูญของภูฏาน โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และแอฟริกาใต้[40]

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีการจัดสรรอำนาจการปกครองของภูฏานให้มีความเป็นสากล และมีความคล้ายคลึงกับทุกประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์และมีระบบรัฐสภาดังกล่าวมาข้างต้น โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของพระมหากษัตริย์และสถาบันการเมืองไว้โดยสังเขปดังนี้

ประมุขแห่งรัฐ (Head of the State) คือกษัตริย์แห่งภูฏาน เรียกว่า “Druk Gyalpo” หมายถึง “The Dragon King” โดยกษัตริย์เป็นสัญลักษณ์ของความเป็นเอกภาพของประเทศ กษัตริย์ทรงเป็นสัญลักษณ์ และเป็นที่มาของเครื่องราชและฐานันดร[41] โดยมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องหลายประการและจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

ฝ่ายบริหาร (Executive) มีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้า และมีคณะรัฐมนตรีเป็นผู้บริหารราชการแผ่นดิน นายกรัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์ โดยกษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากผู้ที่เป็นสมาชิกรัฐสภา การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภา[42] อันเป็นหลักการเดียวกับการทำงานภายใต้ความไว้วางใจจากสภาตามแบบของอังกฤษ

ฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) มีอำนาจในการตรากฎหมาย ประกอบด้วยสองสภา กล่าวคือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาล่าง (National Assembly) มีสมาชิกจำนวน 47 คน ที่มาจากการเลือกตั้ง และสภาที่ปรึกษาหรือสภาสูง (National Council) จำนวน 25 คน มาจากการสรรหา 20 คน และจากการแต่งตั้งโดยพระมหากษัตริย์ 5 คน[43]

---

[40] Emily Newburger. (2007). New Dynamics in Constitutional Law. **Harvard Law Bulletin.**

[41] *The Constitution of Bhutan* (2008) (Bhutan).

[42] Ibid.

[43] Ibid.

ฝ่ายตุลาการ (Judicial) เป็นอำนาจของผู้พิพากษา ระบบกฎหมายได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมาย Common Law ศาลสูงสุด (Supreme Court) มีเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีทั้งปวงเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ[44]

9.3.3 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในภูฏาน

กล่าวได้ว่า พัฒนาการของประชาธิปไตยในภูฏาน ยังอยู่ในระยะแรกเริ่ม กษัตริย์แห่งภูฏาน ทรงเน้นย้ำถึงความสุขของคนในชาติ มากกว่าความสุขในเชิงวัตถุ ภูฏานจึงเป็นประเทศที่ประชาชนมีระดับความสุขมากที่สุดของโลกประเทศหนึ่ง มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งในปี ค.ศ. 2008 ฉะนั้น ปัญหาเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญจึงยังไม่ค่อยปรากฏ

รัฐธรรมนูญของภูฏาน มิได้บัญญัติถึงการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้เพื่ออุดช่องว่างกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญปรับใช้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏาน สามารถศึกษาได้จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้นำหลักการ แนวคิดและทฤษฎีต่างๆ เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและระบอบการปกครองที่เป็นสากลมาบัญญัติไว้ภายใต้รัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 2008 สรุปรายละเอียดประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏาน ได้ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

การสืบราชสมบัติของกษัตริย์แห่งภูฏานเหมือนกับการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ในประเทศอื่นๆ กล่าวคือ มีกฎระเบียบและธรรมเนียมประเพณีที่กำหนดหลักเกณฑ์การสืบราชสมบัติของกษัตริย์ไว้ในกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ (Law of Succession of the Golden Throne of Bhutan)[45] และรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้[46] โดยผู้มีสิทธิในราชบัลลังก์ภูฏาน จะต้องเป็นผู้ที่เกิดจากการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของกษัตริย์ภูฏาน[47] และกฎมณเฑียรบาลฯ ได้กำหนดลำดับอาวุโส โดยให้สิทธิผู้เป็นเพศชายมีลำดับอาวุโสก่อนผู้เป็นเพศหญิง[48] องค์รัชทายาทจะต้องมีอายุครบ 21 ปี จึงจะสามารถสืบราชสมบัติได้ และในกรณีที่กษัตริย์ไม่มีรัชทายาท ผู้มีสิทธิสืบราชสมบัติจะต้องเป็นทายาทลำดับที่มีสายเลือดใกล้ที่สุดกับกษัตริย์แห่งภูฏาน[49] เป็นต้น การบัญญัติกฎมณเฑียรบาลฯ ดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ

---

[44] Ibid.

[45] *Law of Succession of the Golden Throne of Bhutan* (Bhutan).

[46] Ibid, art. 2.3 (a) – (f).

[47] Ibid, art. 2.3 (a).

[48] Ibid, art. 2.3 (b).

[49] Ibid, art. 2.3 (d).

เป็นการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเพณีการสืบราชสมบัติของกษัตริย์แห่งภูฏาน ซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการสละราชสมบัติ

ลักษณะสำคัญของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏานที่แตกต่างจากประเทศอื่น คือ ประเพณีที่เกี่ยวกับการสละราชสมบัติ กล่าวคือ กษัตริย์แห่งภูฏานจะสละราชสมบัติเมื่ออายุครบหรือก่อน 65 ปีบริบูรณ์ และอัญเชิญองค์รัชทายาทขึ้นเป็นกษัตริย์ต่อจากพระองค์[50] ประเพณีดังกล่าวแตกต่างจากทุกประเทศที่กล่าวมาข้างต้น

นอกจากนี้ กษัตริย์แห่งภูฏานอาจสละราชสมบัติเพื่อให้องค์รัชทายาทขึ้นครองราชย์ได้หากรัฐสภาเห็นชอบด้วยเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดลงคะแนนให้สละราชสมบัติ[51] อย่างไรก็ตาม ยังไม่เคยปรากฏกรณีตัวอย่างว่ารัฐสภาลงคะแนนเพื่อขอพระบรมราชานุญาตให้กษัตริย์แห่งภูฏาน ต้องสละราชสมบัติ กรณีนี้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของภูฏานว่าด้วยเรื่องการสละราชสมบัติของกษัตริย์แห่งภูฏาน เป็นเรื่องที่เป็นไปตามพระราชอัธยาศัยของกษัตริย์

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของประมุขแห่งรัฐ

ลักษณะสำคัญของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏานอีกประการหนึ่งเกี่ยวข้องกับสถานะของกษัตริย์แห่งภูฏานซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐ กล่าวคือ

ประการแรก องค์พระมหากษัตริย์แห่งภูฏานทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องในทางใดๆ มิได้

ประการที่สอง ภูฏานมีศาสนาประจำชาติคือศาสนาพุทธ และกษัตริย์แห่งภูฏานทรงเป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก[52] แสดงให้เห็นถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกษัตริย์ที่สำคัญและมีความสัมพันธ์เกี่ยวกับศาสนาที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวของภูฏานซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 2.2 มีความคล้ายคลึงกับรัฐธรรมนูญของไทย อาทิ มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นพุทธมามกะ และทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก”[53]

---

[50] Ibid, art. 2.6 (stating that “Upon reaching the age of sixty-five years, the Druk Gyalpo shall step down and hand over the Throne to the Crown Prince or Crown Princess, provided the Royal Heir has come of age.”).

[51] Ibid, art. 2.25.

[52] Ibid, art. 2.2.

[53] มาตรา 7 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560.

ประการที่สาม กษัตริย์แห่งภูฏานทรงดำรงตำแหน่งเป็นจอมทัพ และทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชทั้งปวง

นอกจากนี้ กษัตริย์ยังทรงมีพระราชอำนาจในการเลือกและแต่งตั้งองคมนตรีขึ้นคณะหนึ่งตามพระราชอัธยาศัย[54]

อาจกล่าวได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏานที่เกี่ยวกับสถานะของประมุขแห่งรัฐมีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของไทยในหมวดพระมหากษัตริย์ อาจเป็นเพราะความสัมพันธ์อันดีระหว่างทั้งสองประเทศ

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลัก "The King Can Do No Wrong"

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญอีกประการหนึ่งของภูฏาน เกี่ยวข้องกับการปรับใช้หลักการเรื่อง "The King Can Do No Wrong" ซึ่งมีที่มาและบ่อเกิดมาจากรัฐธรรมนูญอังกฤษ โดยเกี่ยวข้องในสองประเด็น กล่าวคือ

ประการแรก องค์กษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะอันที่เป็นเคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้ ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ใดจะกล่าวหาหรือฟ้องร้องกษัตริย์แห่งภูฏานในทางใดๆ มิได้

ประการที่สอง การมีผู้สำเร็จราชการในกรณีที่กษัตริย์ทรงยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ 21 ปีบริบูรณ์ หากกษัตริย์ยังทรงพระเยาว์และมีอายุไม่ครบ 21 ปีบริบูรณ์รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน[55] แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลัก "The King Can Do No Wrong" ซึ่งที่ต้นตอมาจากอังกฤษและเป็นหลักการสากล[56]

จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญภูฏานมีการบัญญัติรับเอาหลักการ "The King Can Do No Wrong" มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับพระราชวินิจฉัย

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญของภูฏานอีกประการเกี่ยวข้องกับพระราชวินิจฉัยร่างกฎหมายที่เสนอโดยรัฐสภา กษัตริย์แห่งภูฏานทรงไว้ซึ่งอำนาจในการให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายที่เสนอโดยสภา และพระราชอำนาจในการยับยั้ง

---

[54] *The Constitution of Bhutan* (2008) (Bhutan), art. 2.

[55] Ibid.

[56] ดูบทที่ 5.

ร่างกฎหมาย[57] อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏกรณีตัวอย่างที่กษัตริย์แห่งภูฏานมีพระราชวินิจฉัยยับยั้งร่างกฎหมายที่เสนอโดยรัฐบาล

นอกจากนี้ กษัตริย์ยังมีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา และอาจดำเนินการใดๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและโดยความเห็นชอบจากสภาได้

(6) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers)

นอกเหนือจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ภูฏานยังมีประเพณีที่สำคัญเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 โดยกษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการวินิจฉัยกรณีใดๆ ซึ่งไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับไว้[58] แสดงให้เห็นถึงการปรับใช้หลักการสำคัญของหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษเกี่ยวกับการบัญญัติรองรับพระราชอำนาจของกษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศเพื่อใช้ในกรณีวิกฤติรัฐธรรมนูญ กรณีนี้อาจมีความคล้ายคลึงกับมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยเป็นการอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดีแต่ยังมีความแตกต่างโดยเฉพาะผู้ใช้และตีความรัฐธรรมนูญโดยภูฏาน กษัตริย์เป็นผู้อำนาจดังกล่าว ขณะที่ประเทศไทยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

อันที่จริง ในทางปฏิบัติศาลภูฏานจะเป็นผู้ใช้และตีความกรณีดังกล่าว ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลสูง (The Supreme Court) ลักษณะเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของไทยและส่งผลให้กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของภูฏานมีความคล้ายคลึงกับของประเทศไทยอย่างชัดเจน

9.4 แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลญี่ปุ่นและภูฏาน

จากการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นและภูฏานข้างต้น พบว่าทั้งสองประเทศไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลสามารถนำหลักการเรื่องประเพณีการปกครองมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่อาจเทียบเคียงกับประเทศไทย

---

[57] *The Constitution of Bhutan* (2008) (Bhutan).

[58] Ibid, art. 2.

ในมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศเป็นการรับเอาหลักการที่เป็นสากลมาบัญญัติไว้เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งอาจมีการปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและความต้องการของประเทศที่แตกต่างกันไป อาทิ ประเพณีการสืบราชสมบัติของกษัตริย์ ประเพณีการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น และสำหรับแนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีเกี่ยวกับการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณวินิจฉัยของศาลทั้งสองประเทศ พบว่ายังไม่มีแนวคำวินิจฉัยที่สามารถนำมาเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย รวมทั้งการวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบนิติวิธีของศาลกับประเทศไทยได้ ปัจจัยสำคัญที่ทำให้ทั้งสองประเทศไม่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้ศาลนำเอาหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้หรือไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องนี้จำเป็นต้องพิจารณาจากมุมมองในเชิงสังคมและวัฒนธรรม ซึ่งมีปัจจัยสำคัญสองประการ กล่าวคือ

ประการแรก ความจำเป็นในการนำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ อาจกล่าวได้ว่าทั้งสองประเทศไม่มีความจำเป็นที่จะนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเนื่องจากการเมืองมิได้เป็นอุปสรรคหรือปัญหาสำคัญเร่งด่วนของประเทศ ญี่ปุ่นและภูฏานให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นมากกว่าจะเป็นเรื่องผลประโยชน์ทางการเมือง อาทิ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ หรือความผาสุกของคนในสังคม เป็นต้น กรณีดังกล่าวจึงส่งผลให้เรื่องการเมืองจึงมีความสำคัญในลำดับที่รองลงมา

ประการที่สอง ประเด็นเรื่องวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมและประเพณีซึ่งมีพื้นฐานจากมุมมอง คุณค่าและเจตคติของคนในชาติทั้งสองประเทศเกี่ยวกับการยึดมั่นในจารีตประเพณีและวัฒนธรรม กล่าวได้ว่า ทั้งสองประเทศให้คุณค่าและความสำคัญกับเรื่องของวัฒนธรรมประเพณียิ่งกว่าเรื่องของการสร้างเครื่องมือทางกฎหมายมาเพื่อควบคุมพฤติการณ์ของคนในสังคม การสั่งสมทางวัฒนธรรมประเพณี โดยเฉพาะวัฒนธรรมและประเพณีที่ดีย่อมหล่อหลอมอุปนิสัยของคนในชาติ และส่งผลเรื่องคุณธรรมจริยธรรมทำให้เรื่องบางเรื่องไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย

กรณีประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นและภูฏานจะได้นำไปวิเคราะห์เปรียบเทียบกับประเทศไทยและต่างประเทศที่ได้นำมาศึกษาในรายงานฉบับนี้ในบทสรุปและข้อเสนอแนะของการวิจัยในบทต่อไป

9.5 บทสรุป

บทนี้กล่าวถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของกลุ่มประเทศในทวีปเอเชียที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยศึกษาพื้นภูมิทางประวัติศาสตร์และพัฒนาการของกฎหมายรัฐธรรมนูญในญี่ปุ่นและภูฏาน สองประเทศที่มีความคล้ายคลึงกับในเรื่องระบอบการปกครอง แนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญ ขนบธรรมเนียมประเพณี และความเชื่อทางศาสนาที่สะท้อนให้เห็นในรัฐธรรมนูญ

การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันในหลายๆ ด้านและคล้ายคลึงกับประเทศไทยในหลากหลายประเด็น กล่าวคือ

ประการแรก ประเพณีเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติซึ่งมีกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์เป็นกฎเกณฑ์กำหนดหลักเกณฑ์ในการสืบราชสมบัติของเชื้อพระวงศ์ แต่อาจมีความแตกต่างในรายละเอียด สำหรับภูฏานมีลักษณะเฉพาะในเรื่องประเพณีการสละราชสมบัติซึ่งกษัตริย์อาจสละราชสมบัติก่อนหรือเมื่อมีอายุครบ 65 ปีบริบูรณ์ได้ เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่ปรากฏแต่ในประเทศภูฏาน

ประการที่สอง ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะและอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งรัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ โดยทั้งสองประเทศเหมือนกับประเทศไทยโดยเฉพาะความเป็นสัญลักษณ์และศูนย์รวมจิตใจของประชาชนภายในชาติ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือได้ว่าเป็นประเพณีที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) ในทางรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นสากล

ประการที่สาม ประเพณีที่เกี่ยวกับอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารโดยมีนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ดำเนินการ ภายใต้ความไว้วางใจจากสภา นายกรัฐมนตรีจะต้องมาจากการเลือกตั้งและเป็นสมาชิกรัฐสภาแสดงให้เห็นถึงความสอดคล้องกับหลักการเรื่องความยึดโยงของอำนาจฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติที่ยึดโยงกับประชาชน ประเพณีทางดังกล่าวเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีต (Customary Conventions)

นอกเหนือจากประเพณีดังกล่าว ยังมีประเพณีทางรัฐธรรมนูญอื่นๆ ซึ่งมีลักษณะเด่นที่แตกต่างกันในรายละเอียด อาทิ ประเพณีที่เป็นมารยาททางการเมืองที่ปรากฏอย่างเด่นชัดในประเทศญี่ปุ่น ประเพณีที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายกฎหมายและการทำสนธิสัญญาของญี่ปุ่นที่วางผลประโยชน์ของเอกชนคือผลประโยชน์ของชาติ หรือประเพณีเกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์

ฉุกเฉินของกษัตริย์แห่งภูฏานในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการอุดช่องว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญในภูฏานและมีความสอดคล้องกับเรื่องการใช้พระราชอำนาจของกษัตริย์เพื่อแก้ไขวิกฤติรัฐธรรมนูญ

บทเรียนประเพณีทางรัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นและภูฏานจะได้นำไปศึกษาเปรียบเทียบและถอดบทเรียนที่จะเป็นประโยชน์ในการกำหนดแนวทางเกี่ยวกับการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของไทยต่อไป

บทที่ 10
บทสรุปและข้อเสนอแนะ

10.1 บทสรุป

รายงานวิจัยฉบับนี้ศึกษาการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของประเทศไทย โดยศึกษากรอบแนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการใช้และการตีความกฎหมายในลักษณะต่างๆ การศึกษาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของไทย วิวัฒนาการของรัฐธรรมนูญที่ตกผลึกเป็นมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการหรือวินิจฉัยการนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการวางกรอบนิติวิธีว่าด้วยการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ และเป็นการอุดช่องว่างกรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ การศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในรายงานวิจัยฉบับนี้ยังได้วิเคราะห์หลักการพื้นฐานและทฤษฎีว่าด้วยประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็นสามกลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) ซึ่งเกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีต (Customary Conventions) ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์และบทบาทของสถาบันการเมือง และประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นกระบวนการทางธุรการ (Administrative Conventions) ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติขององค์กรทางการเมืองและเพื่อให้การดำเนินงานภาครัฐบังเกิดผลในทางปฏิบัติภายใต้รัฐธรรมนูญ

รายงานวิจัยฉบับนี้ได้วิเคราะห์ถึงประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศโดยวางหลักเกณฑ์การคัดเลือกประเทศที่นำมาศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยที่สำคัญคือ เป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) และคำนึงถึงความสำคัญทางภูมิรัฐศาสตร์ (Geo-Politics) รวมตลอดทั้งอิทธิพลและความสำคัญของระบบกฎหมาย ระบอบการปกครอง และปรากฏตัวอย่างเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ประเทศที่นำมาศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยได้จึงแบ่งออกเป็นสี่กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ

กลุ่มแรก อังกฤษและประเทศในเครือจักรภพ (Commonwealth Realm) อังกฤษซึ่งถือเป็นต้นแบบของการปกครองในระบบรัฐสภา และการใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ อังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) หลักการและแนวปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญปรากฏอยู่อย่างกระจัดกระจายในเอกสารหลายๆ ฉบับ ฉะนั้น กลไกการทำงานของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษจึงอาศัยประเพณี (Conventions) เป็นสำคัญ และสำหรับกลุ่มประเทศในเครือจักรภพที่นำมาศึกษาคือ ออสเตรเลีย โดยได้รับอิทธิพลแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากอังกฤษในระยะแรกเริ่ม และมีการปรับใช้แนวทางการปกครองในระบบรัฐสภามาจากอังกฤษ และปรากฏตัวอย่างเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญโดยเฉพาะในช่วงวิกฤติรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1975

กลุ่มที่สอง กลุ่มประเทศในยุโรป (European Monarchies) ได้แก่ สเปนและเนเธอร์แลนด์ สองประเทศมหาอำนาจชาติตะวันตก โดยสเปนครั้งหนึ่งเคยเป็นประเทศที่เรียกได้ว่าพระอาทิตย์ไม่ตกดินมาก่อนอังกฤษ โดยเฉพาะในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 18 มีประเทศอาณานิคมในทวีปต่างๆ ทั่วโลก สเปนได้รับอิทธิพลเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากฝรั่งเศสในช่วงที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกภายใต้การปกครองของจักรวรรดิฝรั่งเศสของพระเจ้านโปเลียนมหาราช และต่อมามีการเปลี่ยนแปลงระบอบหลายครั้ง มีการล้มการปกครองในระบอบกษัตริย์และนำระบอบกษัตริย์กลับมาใช้ใหม่ สเปนได้เรียนรู้แล้วว่าไม่ว่าบุคคลใดจะดีมากน้อยเพียงใด หากได้รับอำนาจมากเกินไปก็จะใช้อำนาจไปในทางที่ผิด และภายใต้การปกครองในระบอบเผด็จการทางทหารของจอมพล Franco อย่างยาวนานถึง 40 ปี สเปนกลับไปสู่การปกครองในระบอบกษัตริย์อีกครั้ง โดยมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญที่ผสมผสานรับเอาแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญจากหลากหลายประเทศ อาทิ รัฐธรรมนูญอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส สำหรับเนเธอร์แลนด์ซึ่งกล่าวได้ว่าเป็นรัฐที่แยกตัวมาจากสเปนในช่วงศตวรรษที่ 18 เป็นประเทศที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาอย่างยาวนานตั้งแต่ปี ค.ศ. 1815 และเป็นรัฐธรรมนูญที่มีอายุมากที่สุดเป็นลำดับที่ 4 ของโลกรองจากรัฐธรรมนูญของอังกฤษ (มหาบัตร Magna Carta คำขอสิทธิ Petition of Rights 1628 และพระราชบัญญัติ Bill of Rights 1689) รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 และรัฐธรรมนูญของนอร์เวย์ ค.ศ. 1814

กลุ่มที่สาม กลุ่มประเทศอิสลาม (Islamic Monarchies) ได้แก่ จอร์แดนซึ่งเป็นประเทศในตะวันออกกลาง และโมร็อกโกซึ่งอยู่ในทวีปแอฟริกา สองประเทศดังกล่าวมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์อย่างยาวนาน อย่างไรก็ตาม ทั้งสองประเทศต้อง

เผชิญปัญหาทางการเมืองภายในประเทศ และถูกคุกคามจากต่างชาติ โดยเฉพาะในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ซึ่งเป็นช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 ซึ่งมหาอำนาจของโลกผู้ได้รับชัยชนะจากสงครามคือ ฝ่ายสัมพันธมิตรมีความมุ่งหวังที่จะกำหนดพื้นที่โลกใหม่และแบ่งดินแดนต่างๆ กันปกครองและดูแล อังกฤษเข้าควบคุมกิจการภายในของจอร์แดน และได้ให้เอกราชในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 และสำหรับโมร็อกโกถูกปกครองภายใต้สเปนและฝรั่งเศสอย่างยาวนาน และในที่สุดก็ได้รับเอกราชจากทั้งสเปนและฝรั่งเศส กรณีศึกษาของจอร์แดนและโมร็อกโกมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทย เนื่องจากทั้งสองประเทศอยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น และอาจกล่าวได้ว่า ประเทศที่อยู่ระหว่างการเปลี่ยนผ่านการปกครองไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยอย่างจอร์แดนและโมร็อกโก เป็นกรณีศึกษาที่สำคัญสำหรับประเทศไทยซึ่งอยู่ระหว่างการเลือกหารูปแบบของรัฐธรรมนูญและการจัดสรรอำนาจการปกครองอันเป็นสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน

กลุ่มสุดท้าย กลุ่มประเทศในเอเชีย (Asian Monarchies) ได้แก่ ญี่ปุ่นและภูฏาน เป็นกลุ่มที่มีความคล้ายคลึงและใกล้ชิดกับประเทศไทยมากที่สุด กล่าวคือ ลักษณะการปกครอง วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี และความเชื่อทางศาสนามีความใกล้เคียงกับประเทศไทยมากที่สุด กล่าวได้ว่าญี่ปุ่นเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่มีการนำแนวคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาใช้ในการปกครองประเทศโดยปรากฏมาตั้งแต่สมัยรัฐธรรมนูญเมจิ ค.ศ. 1890 รัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญของอังกฤษ โดยเฉพาะเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ และการปกครองในระบบรัฐสภา และแนวคิดทางรัฐธรรมนูญของจักรวรรดิปรัสเซียในอดีต เกี่ยวกับพระราชอำนาจของกษัตริย์ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับเมจิ ค.ศ. 1890 มีการผสมผสานแนวคิดเรื่องกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญกับแนวคิดเรื่องสมบูรณาญาสิทธิราชย์ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับเดียวกัน ญี่ปุ่นได้ปรับปรุงแก้ไขโดยยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1947 เพื่อใช้บังคับ ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากสงครามโลกครั้งที่ 2 และสหรัฐอเมริกาเข้าควบคุมกิจการภายในของประเทศญี่ปุ่น ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงได้รับอิทธิพลของกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และผสมผสานกับอุดมคติทางการเมืองของประเทศตนเอง รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1947 จนถึงปัจจุบัน และสำหรับภูฏานเป็นประเทศในทวีปเอเชีย ประเทศล่าสุดที่เพิ่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญในการปกครองประเทศ (ค.ศ. 2008) โดยได้รับอิทธิพลเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากสหรัฐอเมริกา และผสมผสานกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ

ถึง 20 ประเทศ โดยเฉพาะอังกฤษ ฝรั่งเศส และแอฟริกาใต้ กับอิทธิพลเรื่องการปกครองในระบบรัฐสภาของอังกฤษ แม้ทั้งสองประเทศจะมีวิวัฒนาการทางการเมืองและรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน แต่สองประเทศดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันในเรื่องความมีเสถียรภาพทางการเมือง ซึ่งส่งผลคนละรูปแบบ กล่าวคือ ส่งผลต่อระบบเศรษฐกิจ การค้าและการลงทุนสำหรับญี่ปุ่น และส่งผลต่อความผาสุขของคนในชาติ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญต่อการพัฒนาสังคมโดยมีคนเป็นศูนย์กลาง (Human Development) สำหรับภูฏาน ปัจจัยดังกล่าวส่งผลให้มีความแตกต่างจากสภาพการณ์ของประเทศไทยในปัจจุบัน

จากการศึกษาได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของประเทศไทยและประเทศกลุ่มตัวอย่างในสามประเด็นที่สำคัญดังนี้

10.1.1 เปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่างที่กำหนดให้ศาลนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นพบว่าประเทศไทยมีความแตกต่างกับประเทศกลุ่มตัวอย่างในสองประเด็นสำคัญ กล่าวคือ

(1) ความแตกต่างเรื่องเนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า ประเทศไทยเป็นเพียงประเทศเดียวที่รัฐธรรมนูญมีการบัญญัติให้ศาลนำหลักการเรื่องประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญซึ่งปรากฏภายใต้มาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้น ไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ขณะที่ประเทศอื่นไม่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นเดียวกับประเทศไทย

(2) ความแตกต่างเรื่องลักษณะและแนวคิดพื้นฐาน

ความแตกต่างในเรื่องบทบัญญัติรัฐธรรมนูญส่งผลให้ลักษณะและแนวคิดพื้นฐานเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่างมีความแตกต่างกัน ในประเทศกลุ่มตัวอย่าง โดยเฉพาะอังกฤษ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่เกิดจากแนวปฏิบัติของสถาบันทางการเมือง โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องประพฤติ

ปฏิบัติหรือยึดถือเสมือนเป็นรัฐธรรมนูญ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยสามารถกำหนดกลไก ขอบเขตและวางแนวทางภาคปฏิบัติของสถาบันทางการเมือง รวมถึงความสัมพันธ์ของอำนาจและการจัดสรรอำนาจในระบอบการปกครอง หรือออสเตรเลียและเนเธอร์แลนด์ที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและอาศัยกลไกประเพณีทางรัฐธรรมนูญควบคู่กัน ประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องทางภาคปฏิบัติ (Practices) ของสถาบันทางการเมืองและเป็นที่ยอมรับกันอยู่แล้วและปรับใช้เป็นรัฐธรรมนูญไปเลย (กรณีของอังกฤษ) หรือใช้ควบคู่กับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร โดยไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่าให้นำหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ และเมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลในการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณี ศาลจึงไม่สามารถนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบังคับใช้ในการพิจารณาของศาล

สำหรับประเทศไทย มีการใช้ทั้งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติรองรับหลักการเรื่องประเพณีไว้ว่าศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้เมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดี แสดงให้เห็นถึงการลำดับความสำคัญว่าจะต้องพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลำดับแรกก่อนและเมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจึงจะสามารถนำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้ กรณีนี้เกิดประเด็นว่าประเพณีที่ศาลจะนำมาปรับใช้ในคดีได้มีลักษณะ นิยามและขอบเขตอย่างไร ซึ่งศาลต้องก้าวเข้าไปในดินแดนแห่งอำนาจของสถาบันการเมืองอื่นเพื่อพิจารณาและตีความว่าประเพณีทางรัฐธรรมนูญใดที่อาจปรับใช้ได้ตามบทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และนำไปสู่ข้อเสนอแนะของการวิจัยอันจะได้กล่าวไว้ในหัวข้อต่อไป

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างในเรื่องลักษณะและแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักการเรื่องประเพณีของไทยกับประเทศต่างกลุ่มตัวอย่าง มิได้หมายความว่าแนวทาง (Approach) ของประเทศใดดีกว่ากัน กรณีนี้คงขึ้นอยู่กับบริบทและการปรับใช้ตามสถานการณ์ของแต่ละประเทศและสังคม

10.1.2 เปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่าง

นอกเหนือจากการเปรียบเทียบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของไทยและประเทศกลุ่มตัวอย่าง วัตถุประสงค์สำคัญของการศึกษาวิจัยในครั้งนี้คือการศึกษาเปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้การพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาล ซึ่งสรุปประเด็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบได้ดังนี้

(1) ความแตกต่างเกี่ยวกับแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยเป็นเพียงประเทศเดียวที่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เป็นตัวอย่างการปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 912/2534 ซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีว่าเป็นอำนาจของสถาบันตุลาการเท่านั้นตามหลักการแบ่งอำนาจการปกครอง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 วินิจฉัยเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติและประเพณีการไม่ใช้สิทธิเลือกตั้งของพระมหากษัตริย์เพื่อความเป็นกลางทางการเมือง และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2559 วินิจฉัยว่าบทสันนิษฐานในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาไม่มีความผิด อย่างไรก็ตาม แนวคำวินิจฉัยของศาลมีเพียงสามคดีตัวอย่างเป็นจำนวนน้อยเกินกว่าที่จะตกผลึกเป็นหลักการทางกฎหมาย (Jurisprudence) ในเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

สำหรับกรณีของต่างประเทศ ไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่นำหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะรัฐธรรมนูญของประเทศดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลนำประเพณีเช่นว่านั้นมาปรับใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี อย่างไรก็ตาม ในบางประเทศ แม้ไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงตัวอย่างการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่กล่าวถึงหลักการที่เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ได้แก่ อังกฤษและออสเตรเลีย โดยกรณีอังกฤษปรากฏในคดีที่สำคัญอย่าง คดี *Carltona v Commissioners of Works* (1943) ซึ่งเป็นแนวคำวินิจฉัยสำคัญที่ยอมรับประเพณีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) ต่อรัฐสภา หรือ “Collective Ministerial Responsibility” (CMR) แต่ศาลมิได้กล่าวให้ชัดเจนว่าได้นำประเพณีเช่นว่านั้นมาใช้บังคับแก่คดี หรือคดี *Attorney-General v Jonathan Cape Ltd.* (1976) ซึ่งกล่าวถึงหลักการเรื่อง CMR เช่นเดียวกัน แต่วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องประเพณี ไม่เป็นบทกฎหมายหรือเป็นจารีต (มีคำพิพากษาศาลวางหลักมาก่อน) รองรับที่ศาลจะนำมาพิจารณาวินิจฉัยในคดี ศาลจึงมิอาจนำประเพณีดังกล่าวมาบังคับใช้ในชั้นศาลได้ คดี *Madzimbamuto v Lardner-Burke* (1969) เกี่ยวข้องกับประเพณีในการประกาศใช้กฎหมายในรัฐอาณานิคม (มารยาทในการเสนอร่างกฎหมาย) ศาลรับรองว่ามีประเพณีเช่นว่านั้นในทางปฏิบัติอยู่จริง แต่มิได้นำประเพณีดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี คดี *Ibralegge v The Queen* (1964) เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการในรัฐที่กำลังออกจากการเป็นอาณานิคมหรือเครือจักรภพของ

อังกฤษ และคดี *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* (2017) ที่วินิจฉัยว่า การออกจากสมาชิกสหภาพยุโรปของอังกฤษ แม้รัฐบาลได้รับฉันทามติจากประชาชนตามผลประชามติแล้ว ยังจะต้องได้รับความเป็นชอบจากสภาก่อนดำเนินการ แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในระบอบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งถือเป็นหลักการและประเพณีพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอังกฤษ

นอกเหนือจากอังกฤษที่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีความเกี่ยวพันกับหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ออสเตรเลียเป็นอีกประเทศที่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่มีความเกี่ยวพันกับหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แม้ศาลสูงของออสเตรเลียจะมิได้ปรับใช้โดยตรง แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลแสดงให้เห็นถึงการยอมรับและความสัมพันธ์ของประเพณีทางรัฐธรรมนูญ โดยปรากฏในสามคดีตัวอย่าง ได้แก่ คดี *Sankey v Whitlam* (1978) ที่ศาลตีความประเพณีเรื่องเอกสิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ คดี *Sykes v Cleary* (1992) ที่ศาลสูงวางหลักเรื่อง “ลูกจ้าง” กับความเป็นสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่าจะดำรงตำแหน่งอื่นในฝ่ายบริหารในคราวเดียวมิได้ และคดี *Fardon v Attorney-General (Qld)* (2004) ซึ่งศาลวินิจฉัยเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง โดยอำนาจในการวางกรอบแนวปฏิบัติศาลออสเตรเลียถืออำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจอันสูงสุด

สำหรับประเทศกลุ่มตัวอย่างอื่นไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงตัวอย่างการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลในการนำหลักการเรื่องประเพณีมาปรับใช้ หรืออาจเป็นเพราะในบางประเทศ อาทิ เนเธอร์แลนด์และญี่ปุ่นที่ให้ความสำคัญกับประเด็นอื่นๆ โดยเฉพาะเรื่องทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมมากกว่าผลประโยชน์ทางการเมือง หรืออาจเป็นเพราะเพิ่งมีการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไปสู่ความเป็นประชาธิปไตยมากขึ้นอย่างกรณีประเทศจอร์แดน โมร็อกโก และภูฏาน แนวคิดเกี่ยวกับหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงยังอยู่ในระยะแรกเริ่มที่รอการตกผลึกต่อไป

(2) ความแตกต่างเกี่ยวกับนิติวิธีของศาลในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

การศึกษาเปรียบเทียบแนวคำวินิจฉัยของศาลในประเทศไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่างทำให้พบข้อสรุปเกี่ยวกับนิติวิธีของศาลในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ที่แตกต่างกัน โดยศาลในประเทศไทยมีการวางหลักการบางประการเกี่ยวกับ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และแสดงให้เห็นนิติวิธีของศาลในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้ กรณีนี้นำไปสู่ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการวางกรอบนิติวิธีในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งรายงานวิจัยนี้จะได้สรุปองค์ประกอบของหลักเกณฑ์นิติวิธีในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญ หรือประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญอันจะได้กล่าวต่อไป ขณะที่กรณีศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศตามกลุ่มตัวอย่าง ศาลไม่สามารถนำประเพณีมาบังคับได้ สาเหตุสำคัญอาจเป็นเพราะไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลในลักษณะเดียวกับของประเทศไทย กรณีนี้จึงเป็นผลเหตุว่าทำไมกรณีศึกษาของต่างประเทศ จึงไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลที่แสดงการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

(3) ความแตกต่างเกี่ยวกับองค์กรชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

ดังได้กล่าวข้างต้นว่า ประเทศไทยกับต่างประเทศมีแนวคิดพื้นฐานเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกัน กรณีนี้จึงส่งผลให้องค์กรที่จะทำหน้าที่ชี้ขาดเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกิดความแตกต่างกัน กล่าวคือ

องค์กรที่ทำหน้าที่ในการชี้ขาดเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยคือศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตรา 5 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำหลักการเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ได้

ขณะที่กรณีศึกษาของต่างประเทศ โดยเฉพาะอังกฤษและออสเตรเลียใช้ประเพณีเสมือนเป็นรัฐธรรมนูญ หรือใช้ควบคู่กันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และในกรณีที่เกิดข้อขัดแย้งระหว่างประเพณีกับบทกฎหมายให้ถือบทกฎหมายเป็นหลักก่อน และไม่ว่าประเพณีจะมีการวางหลักไว้อย่างดีหรือเป็นที่ยอมรับ ศาลไม่สามารถนำหลักการเรื่องประเพณีมาบังคับใช้ได้ เนื่องจากถือว่าประเพณียังไม่ตกผลึกเป็นกฎหมาย กรณีที่เกิดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญในลักษณะนี้ องค์กรที่มีบทบาทเป็นอย่างมากคือรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) โดยจะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย และหากประเพณีดังกล่าวมีความล้าสมัยหรือก่อให้เกิดข้อขัดแย้งระหว่างสถาบันทางการเมืองอาจจะนำประเพณีเช่นว่านั้นมาบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อสร้างความชัดเจนในแนวปฏิบัติหรือจัดทำเป็นบทบัญญัติกฎหมาย (Statutes) หรือในลักษณะที่เป็นกฎหมายอย่างอ่อน อาทิ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี หรือคู่มือ

คณะรัฐมนตรี เป็นต้น การให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตัดสินใจเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีหลักการที่สำคัญมาจากหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา ซึ่งถือว่าเป็นรัฐสภามีที่มาจากประชาชน การตัดสินใจของรัฐสภาถือเป็นฉันทานุมัติของประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ แสดงให้เห็นถึงการยอมรับประเพณีพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ว่าอำนาจในการปกครองมาจากเสียงของคนส่วนใหญ่ ประเทศที่ถือแนวปฏิบัติดังกล่าวคือ อังกฤษและประเทศที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดเรื่องรัฐธรรมนูญมาจากอังกฤษ ได้แก่ ออสเตรเลีย เนเธอร์แลนด์ ญี่ปุ่น และภูฏาน สำหรับสเปน จอร์แดน และโมร็อกโกยังไม่มีข้อมูลที่แสดงให้เห็นว่าหากเกิดกรณีพิพาทดังกล่าวองค์กรใดจะเป็นผู้ชี้ขาด

ความแตกต่างเกี่ยวกับองค์กรชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญนำไปสู่ข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยในกรณีที่ไม่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญจะสามารถปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดีได้อันจะได้กล่าวต่อไป

10.1.3 เปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติของไทยกับประเทศกลุ่มตัวอย่าง

แม้เนื้อหาของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แนวคำวินิจฉัยและนิติวิธีของศาลในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ของประเทศไทยกับต่างประเทศจะมีความแตกต่างกัน แต่ประเพณีที่เกิดจากการปฏิบัติของสถาบันทางการเมืองหรือการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอาจมีความคล้ายคลึงกันในบางประเด็น ซึ่งจากการศึกษาประเพณีทางรัฐธรรมนูญในรายงานวิจัยฉบับนี้พบว่าความคล้ายคลึงและข้อแตกต่างของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยกับต่างประเทศตามกลุ่มตัวอย่างสรุปได้ดังนี้

(1) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ เป็นประเพณีที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) ซึ่งเกี่ยวพันกับกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ของบรรดาเชื้อพระวงศ์ในแต่ละประเทศ แต่ละประเทศมีกฎมณเฑียรบาลฯ ที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไป อาทิ กฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบสันตติวงศ์ของไทย “Palace Household Law” ของญี่ปุ่น Law of Succession to the Golden Throne of Bhutan ของภูฏาน หรือ Salic Law ของประเทศในยุโรป ตะวันออกกลางและแอฟริกา กฎมณเฑียรบาลฯ อาจมีความแตกต่างกันในรายละเอียดแต่มีสาระสำคัญประการหนึ่งคือกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของผู้สืบราชสมบัติ และลักษณะต้องห้ามในการขึ้นครองราชย์ และกล่าวได้ว่า กฎมณเฑียรบาลฯ ดังกล่าวได้กลายเป็น

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่งดงามของประเทศที่มีการปกครองในระบอบกษัตริย์

สำหรับภูฏานมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากทุกประเทศที่นำมาศึกษา รวมทั้งประเทศไทย กล่าวคือ ภูฏานมีประเพณีเกี่ยวกับการสละราชสมบัติของกษัตริย์ โดยกษัตริย์จะสละราชสมบัติเมื่อมีพระชนมมายุครบ 65 ปีบริบูรณ์

(2) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับสถานะของประมุขแห่งรัฐและความสัมพันธ์กับสถาบันทางการเมือง

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้เป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Core Conventions) เช่นเดียวกันโดยเกี่ยวข้องกับสถานะของกษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐ และทุกประเทศมีประเพณีที่กษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี (หัวหน้าฝ่ายบริหาร) หรือการแต่งตั้งตำแหน่งสำคัญๆ อาทิ ผู้พิพากษา อำนาจในการลงพระปรมาภิไธยและพระนามาภิไธยในกฎหมาย โดยมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักการสำคัญเรื่อง “The King Can Do No Wrong” ที่มีบ่อเกิดมาจากประเทศอังกฤษในสมัยมหาบัตร Magna Carta 1215 และเอกสารคำขอสิทธิ Petition of Rights 1628

นอกเหนือจากประเพณีดังกล่าว กษัตริย์ยังทรงเป็นสัญลักษณ์ของประเทศและเป็นศูนย์รวมของจิตใจ โดยเฉพาะบางประเทศ อาทิ ประเทศญี่ปุ่น ภูฏานและไทย ได้รับไว้ในรัฐธรรมนูญ กษัตริย์ยังทรงเป็นจอมทัพ (ยกเว้นกรณีประเทศญี่ปุ่น) และทรงอยู่ในฐานะที่ผู้ใดจะฟ้องร้องมิได้ และทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทาน หรือเรียกคืนเครื่องราชและอิสสริยยศ

จะเห็นได้ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการเน้นย้ำบทบาทและความสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์ว่าเป็นสัญลักษณ์และประมุขของประเทศ และนอกเหนือจากอำนาจในเชิงสัญลักษณ์ดังกล่าว กษัตริย์ยังทรงไว้ซึ่งอำนาจอื่นๆ อาทิ การอภัยโทษ (ยกเว้นกรณีประเทศโมร็อกโกซึ่งรัฐสภาเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว) อำนาจในการยับยั้งหรือเห็นชอบร่างกฎหมาย หรือการใช้พระราชอำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉิน (Reserve Powers) เพื่อกอบกู้ประชาธิปไตยหรือเพื่อแก้ไขวิกฤติรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

(3) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับมารยาททางการเมือง

ลักษณะสำคัญของประเทศที่มีวิวัฒนาการทางการเมืองและมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่แข็งแรงจะพบว่าปรากฏประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญ ซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีต (Customary Conventions) กรณีนี้เกี่ยวข้องกับมารยาททางการเมือง ซึ่งเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมจริยธรรมของ

นักการเมืองและบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้องค์กรทางการเมือง โดยเฉพาะข้าราชการ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองไม่ปรากฏในประเทศไทย แต่ปรากฏในหลายประเทศกลุ่มตัวอย่างที่นำมาศึกษา ได้แก่ อังกฤษ ออสเตรเลีย เนเธอร์แลนด์ และญี่ปุ่น ซึ่งนักการเมืองและข้าราชการในประเทศดังกล่าวมีความรับผิดชอบและจิตสำนึกที่เป็นส่วนรวม หากมีเรื่องอื้อฉาวหรือมีการร้องเรียนที่ส่อพฤติการณ์ไปในทางทุจริต นักการเมืองและข้าราชการในประเทศดังกล่าวจะแสดงความรับผิดชอบโดยการลาออก หรือการไม่ยุ่งเกี่ยว และแสดงให้เห็นถึงมุมมองสำคัญเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของนักการเมืองและข้าราชการว่าเป็นผู้อุทิศตนเพื่อสาธารณะและบริการประชาชน (Public Servants)

อาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยไม่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง ฉะนั้น นักการเมืองหรือข้าราชการบางกลุ่ม เข้าสู่ตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่เพื่อตอบสนองกลุ่มผลประโยชน์เป็นสำคัญ กรณีนี้ประเทศไทยควรมีการปรับมุมมองหรืออาจกำหนดเป็นประมวลจริยธรรมของนักการเมือง (และข้าราชการ) และมีการบังคับใช้โดยศาลให้มีประสิทธิภาพและบังเกิดความยุติธรรม หรืออาจกล่าวได้ว่า ประเทศไทยควรเริ่มสร้างประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมืองหรือการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการและบุคคลผู้อยู่ภายใต้สถาบันการเมือง ซึ่งกรณีนี้จะได้กล่าวไว้ในข้อเสนอแนะต่อไป

(4) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญและกฎในประเทศที่มีระดับการพัฒนาที่สูงและมีเสถียรภาพทางการเมืองเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเคารพในอำนาจอธิปไตยของประชาชน เป็นประเพณีที่อาจเรียกได้ว่าเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Customary Conventions) อาทิ การลงประชามติและการปฏิบัติตามผลของประชามติในประเทศอังกฤษ ซึ่งไม่มีสภาพบังคับ หรือการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะในประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย และเนเธอร์แลนด์ ซึ่งศาลให้ความสำคัญกับเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งแยกแบบเด็ดขาด หรือการแบ่งแยกแบบผ่อนคลาย แต่ละอำนาจของสถาบันการเมืองมีความเคารพและเข้าใจในบทบาทของเขตอำนาจตน อาทิ ฝ่ายตุลาการของประเทศอังกฤษซึ่งมีอำนาจตรวจสอบกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่การตรวจสอบดังกล่าวเป็นการแจ้งเตือนเพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติทราบว่ามีกฎหมายบางฉบับที่ไม่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและไม่สอดคล้องกับกรอบกติกาของสหภาพ

ยุโรป และเป็นมารยาทที่ศาลถือว่าไม่มีอำนาจในการยกเลิกหรือเพิกถอนกฎหมายฉบับดังกล่าว รวมตลอดทั้งเป็นการแจ้งเตือนฝ่ายบริหารถึงประเด็นปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมาย

ความเคารพในอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวอาจเป็นเพราะประเทศกลุ่มตัวอย่างดังกล่าว อาทิ อังกฤษ ออสเตรเลียและเนเธอร์แลนด์ มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่สำคัญที่เป็นกลไกกำหนดมารยาทของนักการเมืองและการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลผู้อยู่ภายใต้สถาบันทางการเมือง สำหรับประเทศไทยคงไม่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความเคารพอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันองค์กรต่างๆ ได้ใช้และตีความรัฐธรรมนูญจนเกลื่อนกลืนอำนาจระหว่างองค์กรที่ทับซ้อนกัน อาทิ กรณีการตีความในคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 1/2489 คดีอาชญากรสงครามซึ่งศาลฎีกาเคยวางหลักไว้ว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจในการใช้และการตีความ ย่อมเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น กรณีนี้เป็นการใช้ประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยไม่มีการเคารพเรื่องอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การสร้างประเพณีความเคารพในหลักการแบ่งแยกอำนาจอาจกระทำได้โดยบัญญัติประเพณีให้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเพณีของแต่ละองค์กรทางการเมือง ซึ่งอาจจัดทำเป็นระเบียบภายในองค์กรหรือกฎหมายลำดับรองที่มีสภาพผูกพันและใช้บังคับกับบุคคลที่เกี่ยวกับภายในอันจะได้กล่าวไว้ในข้อเสนอแนะต่อไป

(5) ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการทำสนธิสัญญา

ประเพณีทางรัฐธรรมนูญประการสุดท้ายที่ประเทศไทยมีความแตกต่างอย่างชัดเจนเกี่ยวข้องกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการเสนอร่างกฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการทำสนธิสัญญา โดยเป็นเรื่องที่เป็นประเพณีเกี่ยวกับกระบวนการทางธุรการ (Administrative Conventions) และเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Customary Conventions) ที่ปรากฏในตัวอย่างของหลายประเทศ ได้แก่ อังกฤษ ออสเตรเลีย และญี่ปุ่น แต่ไม่ปรากฏในประเทศไทย

การกำหนดนโยบาย การร่างกฎหมาย หรือการทำสนธิสัญญาของรัฐบาลในประเทศที่นำมาศึกษาโดยเฉพาะอังกฤษ ออสเตรเลียและญี่ปุ่นวางเป้าประสงค์สำคัญไว้เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของภาคเอกชนและประชาชนอันเป็นหลักการบริการสาธารณะ โดยรัฐสภามีบทบาทสำคัญเป็นผู้วางกรอบการดำเนินงานหรือการ

บริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร และในขณะเดียวกันวางกรอบแนวปฏิบัติในการใช้และการตีความของศาลให้สอดคล้องกับบริบทและสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ กรณีนี้แตกต่างจากประเทศไทยที่กลไกทางนิติบัญญัติมิได้มีความเชื่อมโยงกับภาคประชาชน หรือฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาทในการยกร่างจัดทำนโยบายหรือควบคุมการจัดทำสนธิสัญญา แต่เกิดจากกลุ่มคณะเล็กๆ ของฝ่ายบริหารที่มิได้ยึดโยงกับประชาชน กรณีนี้อาจเป็นเพราะประเทศไทยไม่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง และไม่มีประเพณีที่เคารพอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นสาเหตุสำคัญที่การตรากฎหมาย การกำหนดนโยบายหรือการบริหารราชการแผ่นดินไม่ตอบสนองความต้องการของคนในชาติ และได้กลายเป็นปัญหาของสังคมจนถึงปัจจุบัน

กล่าวโดยสรุป ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากภาคปฏิบัติทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศอาจมีความคล้ายคลึงหรือแตกต่างกัน มากบ้างน้อยบ้างตามลักษณะและบริบททางสังคม โดยบางประเพณีอาจมีรัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับในเรื่องนั้นไว้แล้ว ซึ่งเกิดจากการตกผลึกของหลักการทางรัฐธรรมนูญ หรือบางประเพณีอาจเกิดจากการแก้ไขข้อขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญ (วิกฤตรัฐธรรมนูญ)

แนวปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ การเปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกิดจากภาคปฏิบัติระหว่างของประเทศไทยกับต่างประเทศนำไปสู่ข้อเสนอแนะสำหรับประเทศไทยในการปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอันจะได้กล่าวไว้ในข้อเสนอแนะต่อไป

10.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบประเพณีทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และของต่างประเทศตามกลุ่มตัวอย่างนำมาสู่ข้อเสนอแนะ 3 ประการที่สำคัญ กล่าวคือ (1) ข้อเสนอแนะนิติวิธีการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ (2) ข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยในการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญไทย และ (3) การบัญญัติประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อสร้างความชัดเจนในการปรับใช้ของศาลรัฐธรรมนูญ

10.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนิติวิธีการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

การนำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญจำเป็นต้องคำนึงถึงนิติวิธีในการปรับใช้หลักการดังกล่าว

รายงานวิจัยนี้ได้สรุปและเสนอแนะนิติวิธีการปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญว่ามีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่มีองค์ประกอบสำคัญ 6 ประการ กล่าวคือ (1) ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะปรับใช้แก่คดี กรณีนี้รวมถึงไม่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในเรื่องดังกล่าวไว้อยู่ก่อนแล้ว (2) เป็นเรื่องที่มีหลักฐานทางกฎหมาย กล่าวคือ เป็นหลักการที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรองเรื่องนั้นไว้ (3) เป็นเรื่องที่ดี โดยอาจเกี่ยวข้องกับคุณค่า (Values) หรือบรรทัดฐานทางสังคม (Norms) โดยเป็นเรื่องที่เป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms) ไม่แย้งต่อความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ (Public Sentiment) และเป็นสากล (Universal) (4) เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญ (Fundamental Principles) อาทิ การตีความหลักเรื่องความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมายแต่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญตามหลักการเรื่อง “The King Can Do No Wrong” (5) เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของระบอบการปกครอง และ (6) เป็นหลักการต้องถูกต้องตามทำนองคลองธรรมหรือตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)

กล่าวโดยสรุปได้ว่า องค์ประกอบทั้ง 6 ข้อดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำคัญของนิติวิธีที่จะนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

10.2.2 ข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญของไทยในการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากข้อเสนอแนะนิติวิธีที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีดังกล่าวแล้ว รายงานวิจัยฉบับนี้ได้สรุปข้อเสนอแนะแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญไทยเกี่ยวกับการนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ โดยมีแนวทางดังต่อไปนี้

(1) การปรับใช้จากบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

กล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาจนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญได้เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดี การปรับใช้หลักการเรื่องประเพณี ศาลรัฐธรรมนูญอาจปรับใช้จากบรรทัดฐานคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อนเป็นลำดับแรกเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทุกองค์กรดังความในมาตรา 211 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติวางหลักไว้ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระและหน่วยงานของรัฐ”

ฉะนั้น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจึงถือเป็นบรรทัดฐานที่สำคัญเช่นเดียวกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และหากปรากฏว่ามีแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่แสดงตัวอย่างการปรับใช้หลักการเรื่องประเพณี หรืออาจนำหลักการจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญอื่นมาเทียบเคียงและปรับใช้เป็นประเพณีได้ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถหยิบยกหลักการจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้วางหลักไว้ก่อนแล้วได้เป็นสำคัญ

(2) การปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

ในกรณีที่ไม่มีแนวคำวินิจฉัย หรือไม่อาจเทียบเคียงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจปรับใช้ประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยเทียบเคียงจากกรณีของต่างประเทศ การปรับใช้โดยเทียบเคียงดังกล่าวมิได้หมายความว่าให้นำประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศมาปรับใช้ได้ในทันที แต่หมายความว่าการปรับใช้จะต้องเป็นไปตามหลักนิติวิธีที่ได้วางไว้ กล่าวคือเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions) ที่เป็นที่ยอมรับ (Accepted Norms) มีความเป็นสากล (Universality) เกี่ยวข้องกับหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (Principles of Democracy) และเกี่ยวพันกับหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (Fundamental Principles of Constitutional Law) ตลอดจนถูกต้องตามหลักนิติธรรม (Rule of Law)

ตัวอย่างของประเพณีทางรัฐธรรมนูญของต่างประเทศที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์นิติวิธีดังกล่าว อาทิ ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เป็นมารยาททางการเมือง ประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความได้สัดส่วน (Proportionality Conventions)

ซึ่งปรับใช้ในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกสภาขุนนางของอังกฤษ หรือประเพณีเกี่ยวกับการเคารพอำนาจอธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจการปกครอง โดยศาลคืนอำนาจการตัดสินใจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายวางหลักไว้

(3) เมื่อไม่มีประเพณีเช่นว่านั้น

ในกรณีที่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจนำประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาปรับใช้ หรือไม่มีประเพณีเช่นว่านั้นที่จะปรับใช้แก่พฤติการณ์แห่งคดีได้ หรือเป็นเรื่องที่มิอาจหาข้อยุติด้วยการชี้ขาดข้อพิพาททางศาลและการนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้อาจก่อให้เกิดความขัดแย้งทางการเมืองมากกว่าจะเป็นการประนีประนอมข้อพิพาทดังกล่าว กรณีนี้เป็นที่มาของข้อเสนอแนะการวิจัยที่ว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่จะปรับใช้แก่คดีและก็ไม่มีประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่จะนำมาปรับใช้ ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาวินิจฉัยในลักษณะที่เป็นการคืนอำนาจให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตัดสินใจในประเด็นดังกล่าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การคืนอำนาจการตัดสินใจให้แก่ประชาชนอันเป็นหลักการและประเพณีพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

10.2.3 ข้อเสนอแนะแนวทางการสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญโดยการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions)

การคืนอำนาจกลับไปสู่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือเป็นการคืนอำนาจการตัดสินให้แก่ประชาชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของปกครองในระบอบประชาธิปไตยนำมาสู่ข้อเสนอแนะประการสุดท้ายเกี่ยวกับการสร้างความชัดเจนโดยนำประเพณีทางรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions) จากการศึกษาวิเคราะห์ได้พบข้อสรุปสำคัญที่ว่า ประเพณีทางรัฐธรรมนูญอาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข และอาจมีความแตกต่างในเรื่องการปรับใช้ขึ้นอยู่กับมุมมองและสถานการณ์ โดยที่รัฐธรรมนูญของไทยได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นที่ต้องสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับประเพณีทางรัฐธรรมนูญ และแนวทางที่เหมาะสมคือการจัดทำให้เป็นลายลักษณ์อักษร (Codifying Conventions) ดังกรณีตัวอย่างของประเทศอังกฤษและออสเตรเลีย การจัดทำประเพณีทางรัฐธรรมนูญให้เป็นลายลักษณ์อักษรอาจทำเป็นระเบียบภายในของแต่ละองค์กรทางการเมือง ซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับรอง

ที่ใช้ภายในองค์กร หรือระหว่างองค์กรทางการเมือง อาทิ การจัดทำระเบียบของรัฐสภา การจัดทำประเพณีทางรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารให้เป็นระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี หรือการจัดทำระเบียบฝ่ายตุลาการ จะส่งเสริมให้การใช้และการตีความเรื่องประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีพื้นฐานทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น การปรับใช้มีความสอดคล้องกับหลักการแห่งกฎหมาย (Rule of Laws) และมีความเที่ยงธรรมมากยิ่งขึ้นต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือ

จุมพต สายสุนทร. 2553. **หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา.** กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. 2554. **แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

ธงทอง จันทรางศุ. 2544. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. 2539. **การตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. 2551. **การปฏิวัติสยาม พ.ศ. 2475.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ฟ้าเดียวกัน.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2559. **สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. **รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ศาลรัฐธรรมนูญ.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. 2550. **จารีตรัฐธรรมนูญไทยกับสันติประชาธรรม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. 2544. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง**, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

วิษณุ เครืองาม. 2530. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, หน้า 328-329.

อักขราทร จุฬารัตน. 2553. **การใช้และการตีความกฎหมาย**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ). 2553. **นิติรัฐ นิติธรรม**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

A.J. Barnouw. 1948. **The Making of Modern Holland: A Short History.** Allen & Unwin.

A.W. Ward, G.W. Prothero and Stanley Leathes (eds). 1628. **The Cambridge Modern History.** Cambridge: Cambridge University Press.

Aharon Barak. 2012. **Proportionality – Constitutional Rights and Their Limitations.** New York: Cambridge University Press.

Aharon Barak. 2005. **Purposive International in Law.** New Jersey, USA: Princeton University Press.

Albert Venn Dicey. 1915. **An Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** 8th edition. London: Macmillan.

Alexander Brady. 1974. **Democracy in the Dominions.** Toronto, Canada: Toronto University Press.

Alexander Hamilton. 1962. **The Papers of Alexander Hamilton Volume 9.** New York: Columbia University Press.

Andy Wood. 1997. **The Place of Custom in Plebeian Political Culture: England, 1550 – 1880.** London: Routledge.

Andrw Thorpe and Richard Toye (eds). 2016. **Parliament and Politics in the Age of Asquith and Lloyd George.** Cambridge: Cambridge University Press.

Arend Lijphart. 1992. **Parliamentary versus Presidential Government.** Oxford: Oxford University Press.

Bredan Lin. 2017. **Australia's Constitution after Whitlam.** Cambridge: Cambridge University Press.

Brian Galligan and Scott Brenton (eds). 2015. **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press.

Brian Thompson and Michael Gordon. 2017. **Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law.** Oxford: Oxford University Press.

C.R. Pennell. 2000. **Morocco Since 1830.** New York: New York University Press.

Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brede et de Montesquieu. 1748. **De l'esprit des lois** (The Spirit of the Laws).

Charles J. Esdaile. 2004. **Fighting Napoloen: Guerrillas, Bandits & Adventures in Spain, 1808-1814.** Connecticut: Yale University Press.

Chris Bickerton. 2016. **The European Union: A Citizen's Guide.** London: Pelican.

Carl Schmitt. 1931. **The Guardian of the Constitution: Schmitt's argument against constitutional review.**

David Butler, and D.A. Low (eds). 1991**. Sovereigns and Surrogates: Constitutional Heads of State in the Commonwealth.** London: Macmillan.

David G. Chandler. 1973. **Campaigns of Napoleon.** New York: Scribner.

Earl R. Beck. 1979. **Time of Triump & Sorrow: Spanish Politics during the Reign of Alfonso XII, 1874-1885.**

Eiji Takemae. 2003. **The Allied Occupation of Japan.** London: John Wiley and Sons Publishing and Continuum International Publishing Group.

Elmer A. Driedger. 1983. **Construction of Statutes.** Toronto, Canada: Butterworth & Co.

Eugene A. Forsey. 1943. **The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth.** Oxford: Oxford University Press.

Fiona Cownie, Anthony Bradney and Mandy Burton. 2013. **English Legal System in Context.** Oxford: Oxford University Press.

Friedrich Carl von Savigny. 1803. **Das Recht des Besitzes.**

Friedrich Carl von Savigny. 1814. **Vom Beruf unserer Zeit fur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.**

Gabriel Jackson. 1967. **The Spanish Republic and the Civil War, 1931–1939.** New Jersey: Princeton University Press.

Gale R. Owen-Crocker (ed). **Kingship, Legislation and Power in Anglo-Saxon England.** Cambridge: Cambridge University Press.

Geoffrey Hindley. 2006. **A Brief History of the Anglo-Saxons.** London: Robinson.

Geoffrey Marshall. 1987. **Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability.** Oxford: Oxford University Press.

Geoffrey Sawer. 1977. **Federation under Strain, Australia 1972-1975.** Melbourne: Melbourne University Press.

George Sansom. 1958. **The History of Japan.** California: Stanford University Press.

George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch. 2010. **Australian Constitutional Law & Theory: Commentary and Materials.** Sydney: Federation Press

Gough Whitlam. 1979. **The Truth of the Matter.** London: Penguin Book, at 37–40.

H.V. Evatt. 1936. **The King and His Dominion Governors.** Oxford: Oxford University Press.

Hilaire Barnett. 2013. **Constitutional and Administrative Law.** London: Routledge.

Huge Kennedy. 2016. **The Caliphate.** London: Pelican Book.

Ian Killey. 2009. **Constitutional Conventions in Australia: An Introduction to the Unwritten Rules of Australia's Constitutions.** North Melbourne: Australian Scholarly Publishing.

IKamal Salibi. 1998. **The Modern History of Jordan.** London and New York: I.B. Tauris.

J.C. Holt. 2015. **Magna Carta.** Cambridge: Cambridge University Press.

Jan Hendrik Hessels (ed). 1880. ***Lex Salica:* the Ten Texts with the Glosses and the *Lex Emendata.*** London: John Murray.

Jamil M. Abun-Nasr. 1987. **A History of the Maghrib in the Islamic Period.** Cambridge: Cambridge University Press.

Jean-Jacques Rousseau. 1762. **The Social Contract.** (translated into English and reprinted in 1968 by Penguin Book for Philosophy, London).

Jeff King. 2016. **The Doctrine of Odious Debt in International Law** New York: Cambridge University Press.

Johann P. Sommerville (ed). 1994. **King James VI and I – Political Writings.** Cambridge: Cambridge University Press.

John Baker. 2017. **The Reinvention of Magna Carta 1216-1616.** Cambridge: Cambridge University Press.

John E. Finn. 2006. **Civil Liberties and the Bill of Rights.** The Teaching Company.

John Locke. 1651. **On Government.**

John Lynch. 1989. **Bourbon Spain: 1700–1808.**

John Mackintosh. 1962. **The British Cabinet.** London: Stevens.

Judge's Council. 2013. **Guide to Judicial Conduct.** England: Judiciary of England and Wales.

Junko Habu. 2004. **Ancient Jomon of Japan.** Cambridge: Cambridge University Press.

Katherine Fischer Drew. 1991. **The laws of the Salian Franks (Pactus legis Salicae).** Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Keith E. Whittington. 1999. **Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review.** Kansas: University Press of Kansas.

Leo E. Rose. 1977. **The Politics of Bhutan.** Ithaca: Cornell University Press, at p. 24.

Leonard Cooray. 1979. **Conventions, the Australian Constitution and the Future.** Sydney: Legal Book.

Leonard Cottrell. 1962. **The Great Invasion.** New York: Coward-McCann.

Leslie Zines. 1991. **Constitutional Change in the Commonwealth.** Cambridge University Press.

Lisa Webley and Harriet Samuels. 2012**. Complete Public Law: Text, Cases, and Materials.** Oxford: Oxford University Press.

Malcolm Shaw. 2008. **International Law.** Cambridge: Cambridge University Press.

Meg Russell. 2011. **House Full: Time to Get a Grip on Lords Appointments.** London: The Constitution Unit.

Muhammad Khalil. 1962. **The Arab States and the Arab League: a Documentary Record.** Beirut: Khayats.

Nicholas Aroney, Peter Gerangelos, Sarah Murray, and James Stellios. 2015**. The Constitution of Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation.** Cambridge: Cambridge University Press.

Paul Kelly. 1995. **November 1975: The Inside Story of Australia's Greatest Political Crisis.** Sydney: Allen and Unwin.

Peter Salway. 1986. **A History of Roman Britain.** Oxford: Oxford University Press.

Philip Robins. 2004. **A History of Jordan.** Cambridge: Cambridge University Press.

R.A.W. Rhodes, John Wanna, and Patrick Weller. 2009. **Comparing Westminster.** Oxford: Oxford University Press.

Richard Clements. 2015. **Public Law.** Oxford: Oxford University Press.

Rizo Takeuchi. 1999. **The Rise of the Warriors.** Cambridge: Cambridge University Press.

Rhea Marsh Smith. 1965. **Spain: A Modern History.** University of Michigan Press.

Ronald Dworkin. 1987. **Law's Empire.** Massachusette: Harvard University Press.

Silvana R. Siddali. 2015. **Frontier Democracy: Constitutional Conventions in the Old Northwest.** Cambridge: Cambridge University Press.

Simon Barton. 2009. **A History of Spain.** Hampshire, England: Palgrave Macmillan.

Tetsuo Najita. 1974. **Japan: The Intellectual Foundations of Modern Japanese Politics.** Chicago: University of Chicago Press.

Tom Bingham. 2011. **Rule of Law.** London: Penguin Book.

Vernon Bogdanor. 1997. **The Monarchy and the Constitution.** Oxford: Clarendon Press.

William H. McCullough. 1999. **The Heian Court, 794–1070.** Cambridge: Cambridge University Press.

บทความในหนังสือ

Aileen McHarg. 2015. Rights and Democracy in UK Public Law. In Mark Elliott and David Feldman (eds). **The Cambridge Companion to Public Law.** Cambridge: Cambridge University Press, 116-134, at 132.

Andrew C. Banfield. 2015 Canada. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 189–203.

Grant Duncan. 2015. New Zealand. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster Systems: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 217–232.

Hubert Hall. 1908. **The Anglo-Saxon Charters.** Cambridge: Cambridge University Press; Patrick Wormald. Charters. 1992. Law and the Settlement of Disputes in Anglo-Saxon

England. In Wendy Davis and Paul Fouracre (eds). **The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe.** Cambridge: Cambridge University Press, pp. 149-168.

James Melton and Robert Hazell. 2015. Magna Carta ... Holy Grail?. In Robert Hazell and James Melton (eds). **Magna Carta and Its Modern Legacy.** Cambridge: Cambridge University Press.

James R. Sikenat et al (eds). 2014. **The Legal Doctrines of the Rule of Law and the Legal State (Rechtsstaat).** Berlin, Germany: Springer.

Jeff King. 2015. Parliament's Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act. In Murray Hunt, Hayley Hooper and Paul Yowell (eds), **Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit.** Oxford: Hart Publishing, chapter 8.

John Kerr. 1975.. Statement by the Governor-General, 11 November 1975. In H. Mayer and H. Nelson (eds), **Australian Politics: A Fourth Reader.** Melbourne: Cheshire.

Nicholar Barry and Narelle Miragliotta. 2015. Australia. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Pres, 204.

Peter H. Russell. 2015. Codifying Convention. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds). **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges,** 233–248.

Robert Hazell. 2015. The United Kingdom. In Brian Galligan and Scott Brenton (eds), **Constitutional Conventions in Westminster System: Controversies, Changes and Challenges.** Cambridge: Cambridge University Press, 173–188.

บทความในวารสาร

กล้า สมุทวณิช. (2558). ศาลรัฐธรรมนูญไทย : ทบทวนก่อนการปฏิรูป. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, ปีที่ 13 เล่มที่ 1, หน้า 125-148.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2546). ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า.** ปีที่ 1 เล่มที่ 1, หน้า 1-28.

ปัญญา อุดชาชน. (2556). พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม : รากฐานการกำเนิดศาลรัฐธรรมนูญ. **รัฐสภาสาร,** ปีที่ 61 เล่มที่ 8, หน้า 89-138.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2558). ความหมายและองค์ประกอบของหลักนิติธรรม. **วารสารสถาบันพระปกเกล้า**, 13(3), หน้า 5–29.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). ระบอบการปกครอง ระบบกฎหมาย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของกัมพูชา. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. ปีที่ 45 เล่มที่ 4, หน้า 990-1016.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). ปัญหากระบวนการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินบุคคลล้มละลายของไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, ปีที่ 34 เล่มที่ 2, หน้า 145-166.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในประเทศไทย. **รัฐสภาสาร** ปีที่ 64 เล่มที่ 6, หน้า 7–31.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2559). พัฒนาการขององค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไทย. **วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, ปีที่ 34 เล่มที่ 1, หน้า 177–201.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. (2558). หลักและทฤษฎีสิ่งแวดล้อมในกฎหมายระหว่างประเทศ. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. ปีที่ 44 เล่มที่ 2, หน้า 443-467.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2550). พระราชอำนาจ การลงพระปรมาภิไธย และการสนองพระบรมราชโองการ. **Pub-Law Net.**

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2559). รัฐธรรมนูญไวมาร์. **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**. ปีที่ 44 เล่มที่ 4, หน้า 800-837.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553). การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. **วารสารจุลนิติ,** ปีที่ 7 เล่ม 4, หน้า 53-84.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). ประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญ. **วารสารจุลนิติ,** 3(3), หน้า 1-16.

Abbe R. Gluck. (1750). The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism. **Yale Law Journal,** 119: 1764.

Adrian Vermeule. (2012). The Atrophy of Constitutional Powers. **Oxford Journal of Legal Studies** 32 (3): 421–444.

Andrew Blick. (2014). The Cabinet Manual and the Codification of Convention. **Parliamentary Affairs,** 67, 1.

Anita S. Krishnakumar. (2016). Dueling Canons. **Duke Law Journal.** 65, 909.

BJ Ard. (2010). Interpreting by the Book. **The Yale Law Journal,** 120, 185.

Bruno Simma and Dirk Pulkowski. 2006. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. **European Journal of International Law,** 17(3), pp. 483-529.

C.J.G. Sampford. (1987). Recognize and Declare: An Australian Experiment in Codifying Constitutional Conventions. **Oxford Journal of Legal Studies** 7(3) : 369–420.

Christopher R. Dyess. (2014). Off with His Head: The King Can Do No Wrong, Hurricane Katrina, and the Mississippi River Gulf Outlet. **Northwestern Journal of Law & Social Policy,** 9(2), pp. 302–334.

Claire M. Germain. (2003). Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France. **Duke Journal of Comparative and International Law.** 13: 195.

David Lyman. (1975). An Insight into the Functioning of the Thai Legal System. **Thai-American Business Magazine**, Jan-Feb.

Dylan Lino. (2016). Albert Venn Dicey and the Constitutional Theory of Empire. **Oxford Journal of Legal Studies,** 36(4): 1-30.

Edward Miller. (1962). The Background of Magna Carta. **Past and Present.** 23(1), 72-83.

Emmanuel Q. Fernado. (2000). Canons of Statutory Construction: A Comparative Analysis. **Philippine Law Journal**. 75: 203.

Ernst Freund. (1890). Historical Jurisprudence in Germany. **Political Science Quarterly.** 5(3): pp. 468-486.

Eoin Carolan. (2015). Ireland's Constitutional Convention: Behind the hype about citizen-led constitutional change. **International Journal of Constitutional Law** 13(3): 733–748.

Eugene Forsey. (1984). Courts and the Conventions of the Constitution. **University of New Brunswick Law Journal,** 33: 11-42.

Francis Bennion. (1981). Modern Royal Assent Procedure at Westminster. **Statute Law Review,** 133–147.

Frank C. Darling. (1970). The Evolution of Law in Thailand. **Review of Politics,** 32(2): 197.

Grant Duncan. (2015). New Zealand's Cabinet Manual: How Does It Shape Constitutional Conventions?. **Parliamentary Affairs** 68: 737–756.

Geoffrey Marshall (1985). What Are Constitutional Conventions? (1985) **Parliamentary Affairs** 38(1) : 33–39.

Greg Taylor. (2007). Two Refusals of Royal Assent in Victoria. **Sydney Law Review,** 29, 85–130.

Greg Taylor. (2014). Convention by consensus: Constitutional conventions in Germany. 12(2) **International Journal of Constitutional Law** 12(2): 303-329.

Hans Kelsen. (1942). Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. **Journal of Politics,** 4: 183.

Jan Wintr and Patrik Kozeluha. 2015. Teleological Interpretation in Czech Case Law. **The Law Quarterly**, 5(2): 133-149.

Jane Ridley. (1992). The Unionist Opposition and the House of Lords 1906-10. **Parliamentary History**. xi.

Jeffrey R. Archer and Graham Maddox. (1976). The 1975 Constitutional Crisis in Australia. **Journal of Commonwealth and Comparative Politics,** 14(2): 141-157.

Jeremy Waldron. (2013). Separation of Powers in Thoughts and Practice. Boston College **Law Review,** 54(2), 433.

Joan Rydon. (1976). Casual Vacancies in the Australian Senate. **Politics**. 11(2): 195–204.

John Cunningham. (2010). Oliver Cromwell and the 'Cromwellian' Settlement of Ireland. **The Historical Journal,** 53(4), pp. 919-937.

Jonathan M. Powell and Clayton L. Thyne. (2011). Global Instances of Coups from 1950 to 2010: A New Dataset. **Journal of Peace Research.** 48(2): 249-259.

Jonathan R. Macey. (1992). The Canons of Statutory Construction and Judicial Preferences. **Faculty Scholarship Series, Paper** 1643.

Joseph Jaconelli. (2005). Do Constitutional Conventions Bind?. (2005) **The Cambridge law Journal** 64(1) : 149–176.

Joyce Lee Malcolm. (1999). Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings. **Journal of British Studies.** 38(2): 161-186.

J.A. Temmerman. (1952). Constitutional Customs in Belgium. **Parliamentary Affairs** 6(4) : 342–345.

K.J. Keith. (1967). The Courts and the Conventions of the Constitution. **International and Comparative Law Quarterly** 16(2) : 542–549.

Karl Riesenhuber. (2011). English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches. **Utrecht Law Review,** 7(1): 117.

Kate Tokeley. (2002). Interpretation of Legislation: Trends in Statutory Interpretation and the Judicial Process. **Victoria University of Wellington Law Review,** 33, pp. 965-980.

Li-ann Thio. (2010). Soft constitutional law in nonliberal Asian constitutional democracies. **International Journal of Constitutional Law** 8(4) : 766–799.

Luis Kutner. (1972). Legal Philosophers: Savigny: Germany Lawgiver. **Marquette Law Review,** 55(2): article 5.

Lois G. Schwoerer. (1990). Locke, Lockean Ideas, and the Glorious Revolution. **Journal of the History of Ideas,** 51(4), 531-548.

Malcolm Jones. (2007). Constitutional Conventions: A Rejoinder Rebutted. **Ecclesiastical Law Journal** 9(3): 304–307.

Nial Fennelly. (1996). Legal Interpretation at the European Court of Justice. **Fordham International Law Journal,** 20(3): article 4.

Odette Lienau. (2008). Who is the "Sovereign" in Sovereign Debt?: Reinterpreting a Rule-of-Law Framework from the Early Twentieth Century. **Yale Journal of International Law,** 33(1): 63–111.

Paul David Nelson. (1978). British Conduct of the American Revolutionary War: a review of interpretation. **Journal of American History,** 65(3), pp. 623–653.

Quintin Johnstone. (1954). An Evaluation of the Rules of Statutory Interpretation. **Faculty Scholarship Series,** Paper 1908.

R.H. Hicking. (1972). The Legal System of Thailand. **Hong Kong Law Journal**, 2(8): 8.

Raoul Berger. (1969). Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?. **University of Pennsylvania Law Review,** 117(4), 521-546.

Reem Oklah Abu Dalbouh and Abeer Bashier Dababneh. (2012). The Status of Legislative Drafting in the Jordanian Legal System: An Analytic Critical Study. **European Journal of Social Science,** 34(2), 239-261.

Richard B. Stewart and Michelle Ratton Sanchez Badin. (2011). The World Trade Organization: Multiple dimensions of Global Administrative Law. **International Journal of Constitutional Law** 9(3): 556–586.

Robert Worchester. 2013. Why Commemorate 800 Years? **Magna Carta Today.**

Roger Levy. (1992). The Scottish Constitutional Convention, Nationalism and the Union. **Government and Opposition** 27(2): 222–234.

Roland Drago. (1962). The General Principles of Law in the Jurisprudence of the French Conseil D'Etat. **American University Law Review**, Vol. 11, 126-133.

Tobias Lonnquist. (2003). The Trend Towards Purposive Statutory Interpretation: Human Rights At Stake. **Revenue Law Journal**, 13(1): art. 3.

Tom Ginsburg. (2009). Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand's postpolitical constitution. **International Journal of Constitutional Law** 7(1) : 83–105.

Vernon Bogdanor. (1996). The Monarchy and the Constitution. **Parliamentary Affairs.** 49(3), 402-422.

Vitoria F. Nourse. (2012). A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by the Rules. **The Yale Law Journal.** 70, 122.

William Maley. (1985) Laws and Convention Revisited. **The Modern Law Review,** 48: 121-139.

ข่าว หนังสือพิมพ์และนิตยสาร

Al Arabiya. (2013). Jordanian MP shoots rifle during parliament session. **Middle East News** (September 10, 2013).

Associated Press. (2016). Biden's remark on Japan Constitution raises eyebrows. (August 18, 2016).

CNN. (2011). Morocco approves constitutional reform. **CNN Wire Staff, CNN News.**

Emily Newburger. (2007). New Dynamics in Constitutional Law. **Harvard Law Bulletin.**

Joel Greenberg. (2011). Jordan's King replaces cabinet. **Washington Post** (February 2, 2011).

Ranya Kadri and Isabel Kershner. (2012). New Doubts Over Reform as Jordan Shifts Cabinet. **New York Times** (May 3, 2012).

Suleiman Al-Khalidi. (2013). Jordan's king swears in new reformist government. **Reuters** (March 30, 2013).

USA Today. 2007. Report: Japan to drop plan to allow female monarch **USA Today,** McLean, VA: Gannett AP (January 3 2007).

วิทยานิพนธ์และรายงานวิจัย

ดวงกมล เจริญรุกข์. (2544). *สภาพบังคับของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีประเทศอังกฤษและประเทศไทย.* วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพ.

ปวริศร เลิศธรรมเทวี และคณะ. 2560. กระบวนการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของบุคคลล้มละลาย. (รายงานวิจัยเสนอกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม).

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. 2558. รัฐธรรมนูญกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานด้านสิ่งแวดล้อม. (รายงานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ).

Andrew Le Sueur. 2001. What is the future for the Judicial Committee of the Privy Council?. (Birmingham: The University of Birmingham).

Iain Steward. (2007). 'From 'Rule of Law' to 'Legal State': A Time of Reincarnation?' (Macquarie Law Working Paper No.2007/12).

รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างประเทศ

Australian Act (1986) (England).

Acts Interpretation Act (1901) (Australia).

Bill of Rights (1689) (England).

Bill of Rights (1795) (The Netherlands).

British Royal and Parliamentary Title Act (1927) (England).

Commonwealth Electoral Act (1919) (Australia)

Commonwealth-State Financial Agreement (1928) (Australia)

Constitution Alteration (Senate Casual Vacancies) (1977) (Australia).

Constitution Alteration (Retirement of Judges) (1977) (Australia).

Constitution Alteration (Referendums) (1977) (Australia).

Constitutional Reform Act (2005) (England).

Constitutional Reform and Governance Act (2010) (England).
The Colonial Laws Validity Act (1865) (England).
The Constitution of Bhutan (2008) (Bhutan).
The Constitution of Japan (1947) (Japan).
The Constitution of the Empire of Japan (Meji Constitution) (1890) (Japan).
The Constitution of the Commonwealth of Australia (1901) (Australia).
The Constitution of the German Reich (Weimar Constitution) (1919-1933) (Weimar).
The Constitution of the Hashemite Kingdom of Jordan (1952) (Jordan).
The Constitution of Morocco (1962) (Morocco).
The Constitution of Morocco (2011) (Morocco).
Constitution of the Netherlands (1815) (The Netherlands).
Denmark's Constitution (1953).
The Human Rights Act (1998) (England).
Imperial Household Law (1947) (Japan).
Imperial Household Law (1889) (Japan).
The Interpretation Act (1999) (New Zealand).
Law of Succession of the Golden Throne of Bhutan (Bhutan).
Magna Carta (1215) (England).
Petition of Rights (1628) (England).
Royal Statute of 1834 (1834) (Spain).
The Scotland Act (1998) (England).
The Statute of Westminster (1931) (England).
Spanish Constitution of 1812 (1812) (Spain).
Spanish Constitution of 1837 (1837) (Spain).
Spanish Constitution of 1845 (1845) (Spain).
Spanish Constitution of 1869 (1869) (Spain).
Spanish Constitution of 1873 (1873) (Spain).
Spanish Constitution of 1931 (1931) (Spain).
Spanish Constitution of 1978 (1978) (Spain).
United States Constitution (1787) (United States).

เอกสารทางราชการอังกฤษ

The Cabinet Manual and the Working of the British Constitution (2015) (England)
The 2013 Annual Report of the Joint Committee on Human Rights (England).
Joint Parliamentary Committee on Convention. 2006. **Convention of the UK Parliament** (England).
Memorandum of Understanding between the UK Government and the Devolved Administrations (2015).

คดีของศาลต่างประเทศ

Alford v. Superior Court (People) (2003) 29 Cal.4th 1033, 1040.

CA 165/82 Kibbutz Hatzor v Assessing Officer, 39(2) P.D. 70 [1985] (Judgement in Jerusalem, Israel)

Caminetti v. United States, 242 U.S. 470 (1917).

Chesapeake and Potomac Telephone Co. of Maryland v. Director of Finance for Mayor and City Council of Baltimore, 343 Md. 567, 683 A.2d 512 (1996).

Chickasaw Nation v. United States, 534m U.S. 84 (2001).

Church of the Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457 (1892) (Supreme Court of the United States).

Consumer Product Safety Commission et al. v. GTE Sylvania, Inc. et al., 447 U.S. 102 (1980).

Connecticut National Bank v. Germain, 112 S. Ct. 1146, 1149 (1992).

Farrell v. Farrell, 365 Ark. 465, 231 S.W.3d 619 (2006).

Heydon's Case [1584] 76 ER 637, 3 Co Rep. 7a (England and Wales).

Maunsell v Olins [1975] AC 373 (House of Lords) (England).

McLean and Cole v. the United Kingdom (11 June 2013) (England).

Muller v. BP Exploration (Alaska) Inc., 923 P.2d 783, 787-788 (1996).

Murray v. The Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

People v. Acosta (2002) 29 Cal.4th 105, 112 [124 Cal.Rptr.2d 435, 52 P.3d 624].

Pepper v Hart [1992] 3 WLR 1032 (House of Lords (England).

People v. Jefferson (1999) 21 Cal. 4th 86, 94 [86 Cal.Rptr.2d 893, 980 P.2d 441].

People v. Lawrence (2000) 24 Cal.4th 219, 230 [99 Cal.Rptr.2d 570, 6 P.3d 228].

Pickstone v Freemans plc [1989] AC 66 (House of Lords) (England).

R v Tommy (Monitor, 29 November 1827) (Australia).

R v Secretary of State for Health ex parte Quintavalle [2003] 2 WLR 692 (House of Lords) (England).

R. v Big M Drug Mart Ltd., [1985] (Supreme Court of Canada), at para. 116.

Red Ash Coal Corp. v. Absher, 153 Va. 332, 335, 149 S.E. 541, 542 (1929).

Seward v. Vera Cruz (1884) 10 App. Cas. 59 (England).

Silveira v. Lockyer, 312 F. 3rd 1052 (2002), dissent at 328 F. 3rd 567 (2003).

State v. Ogden, 118 N.M. 234, 242, 880 P.2d 845, 853 (1994).

State v. Rowell, 121 N.M. 111, 114, 908 P.2d 1379, 1382 (1995).

State ex rel. Helman v. Gallegos, 117 N.M. 346, 353, 871 P.2d 1352, 1359 (1994).

Sussex Peerage Case (1844; 11 Cl&Fin 85) (England and Wales).

Thomas Bonham v College of Physicians, 8 Co. Rep. 107, 77 Eng. Rep. 638 (Court of Common Pleas, England) (1610).

Tirath Singh v. Bachittar Singh and Others (1955) (Supreme Court of India).

Walling v. Peavy-Wilson Lumber Co., 49 F. Supp. 846, 859 (W.D. La. 1943).

Williams v. Taylor, 529 U.S. 362, 404, 120 S.Ct. 1495 L.Ed.2d 389 (2000).

เอกสารกฎหมายระหว่างประเทศ

Stockholm Declaration on the Human Environment, UN Doc. A/CONF.48/14/REV.1 (1972).

Treaty of Punakha (1910) (between England and Bhutan).

Treaty of Peace and Friendship (1947) (between India and Bhutan).

Vienna Convention on the Law of Treaties, opened for signature 23 January 1969.

คำตัดสินของศาลในระดับระหว่างประเทศ

Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium (2 March 1987) (European Court of Human Rights).

ภาคผนวก

หน้า ๑
เล่ม ๑๑๗ ตอนที่ ๖๘ ก ราชกิจจานุเบกษา ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๔๓



ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์
ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๖/๒๕๔๓ **วันที่ ๒๕ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๓**

เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยขอบเขตการใช้บังคับตามมาตรา ๖๘ ของรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำร้องลงวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๓ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยการปฏิบัติตามมาตรา ๖๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่า "เนื่องด้วยในวันที่ ๔ มีนาคม ๒๕๔๓ จะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ในการนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติว่า

มาตรา ๖๘ บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง

บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ

การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่า มีปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าว เห็นควรส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่า มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นมิต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ตามมาตรา ๖๘ ดังกล่าวข้างต้น"

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว มีประเด็นต้องพิจารณาวินิจฉัยเบื้องต้นว่า เรื่องนี้มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ หรือไม่

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภา เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย"

พิจารณาแล้ว คำว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ ว่า มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นมิต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ดังกล่าว อีกทั้งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า

"มาตรา ๒๒ เมื่อครบกำหนดสามสิบวันหลังจากวันเลือกตั้งแล้ว ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรายชื่อผู้ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง และมิได้แจ้งเหตุตามมาตรา ๒๑ หรือแจ้งเหตุไว้แล้วแต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควร เพื่อให้ผู้ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งดังกล่าวแจ้งเหตุที่ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งต่อบุคคลซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่งตั้งภายในหกสิบวันนับแต่วันประกาศ ฯลฯ

มาตรา ๒๓ ในกรณีที่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้ใดไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมิได้แจ้งเหตุการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามมาตรา ๒๑ หรือมาตรา ๒๒ หรือแจ้งเหตุแล้ว แต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควรให้ถือว่าผู้นั้นเป็นบุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ตามมาตรา ๖๘ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ ให้ผู้นั้นเสียสิทธิ ดังต่อไปนี้

(๑) สิทธิยื่นคำร้องคัดค้านการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น

(๒) สิทธิร้องคัดค้านการเลือกกำนันและผู้ใหญ่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่

(๓) สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ผู้บริหารท้องถิ่น และสมาชิกสภาท้องถิ่น

(๔) สิทธิสมัครรับเลือกเป็นกำนันและผู้ใหญ่บ้าน ตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่

(๕) สิทธิเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

(๖) สิทธิเข้าชื่อร้องขอให้สภาท้องถิ่นพิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น

(๗) สิทธิเข้าชื่อร้องขอเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคล ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(๘) สิทธิเข้าชื่อร้องขอให้ถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ตามกฎหมายว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น

การเสียสิทธิตามวรรคหนึ่ง ให้มีกำหนดเวลาตั้งแต่วันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งจนถึงวันเลือกตั้งครั้งที่ผู้นั้นไปใช้สิทธิเลือกตั้ง”

นอกจากนี้คณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ ดังปรากฏว่า

“ข้อ ๔๘ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ข้อ ๔๙ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง

ข้อ ๑๐๒ บุคคลดังต่อไปนี้ให้ใช้บัตรประจำตัวหรือหลักฐานที่มีรูปถ่าย ซึ่งทางราชการออกให้ในการแสดงตนใช้สิทธิลงคะแนนเลือกตั้ง

(๑) พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไป

(๒) ฯลฯ

ข้อ ๑๑๘ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งใดที่ไม่อาจไปเลือกตั้ง ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นแจ้งต่อบุคคลรับแจ้งเหตุจำเป็นตามข้อ ๑๑๗ แห่งเขตเลือกตั้งที่ตนมีภูมิลำเนาอยู่ว่าตนมีสิทธิเลือกตั้งในหน่วยเลือกตั้งใด แต่ไม่อาจไปลงคะแนนเลือกตั้งได้ด้วยเหตุใด หรือทำเป็นหนังสือมอบหมายให้บุคคลอื่นที่บรรลุนิติภาวะไปยื่นหรือส่งหนังสือแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้ โดยต้องแจ้งเหตุก่อนวันเลือกตั้งไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน

หนังสือแจ้งเหตุให้ใช้ตามแบบ ส.ว. ๓๐ โดยอนุโลม

ข้อ ๑๑๘ ทวิ ในการแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามข้อ ๑๑๘ นอกจากบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งแล้ว ให้บุคคลต่อไปนี้ เป็นผู้แจ้งในกรณีดังนี้

(๑) เลขาธิการพระราชวัง มีหน้าที่แจ้งแทนพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไป

(๒) ฯลฯ

การแจ้งตามวรรคหนึ่งให้ผู้แจ้งดังกล่าวแจ้งต่อเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัดที่อยู่ในพื้นที่

ข้อ ๑๑๙ ให้บุคคลรับแจ้งเหตุจำเป็นพิจารณาเหตุของการไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งของผู้มีสิทธิเลือกตั้งจากแนวทางดังต่อไปนี้

(๑) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้นั้นมีกิจธุระจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องเดินทางไปพื้นที่ห่างไกลจากหน่วยเลือกตั้งเกินกว่าหนึ่งร้อยกิโลเมตรอันทำให้ไม่สามารถไปใช้สิทธิเลือกตั้งในวันเลือกตั้งได้

(๒) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งผู้นั้น เจ็บป่วยและไม่สามารถเดินทางไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้

(๓) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นพิการหรือสูงอายุและไม่สามารถเดินทางไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้

(๔) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเดินทางออกนอกราชอาณาจักรและมิได้แจ้งความประสงค์ขอใช้สิทธิเลือกตั้งตามมาตรา ๘๓ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. ๒๕๔๑

(๕) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นมีถิ่นที่อยู่ห่างไกลจากที่เลือกตั้งเกินกว่าหนึ่งร้อยกิโลเมตร

(๖) เหตุสุดวิสัยอื่นหรือเหตุอื่นที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

ข้อ ๑๒๐ เมื่อบุคคลรับแจ้งเหตุจำเป็นได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้มีสิทธิเลือกตั้งใดมีเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ ให้ทำบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งนั้นส่งถึงคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดก่อนวันเลือกตั้งไม่น้อยกว่าห้าวัน"

เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไปเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง อีกทั้งให้เลขาธิการพระราชวังมีหน้าที่แจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้งแทนพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นพระองค์เจ้าขึ้นไป แต่คณะกรรมการการเลือกตั้งพิจารณาแล้วเห็นว่า มีปัญหาในการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าวว่า มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นมิต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นแล้ว และรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ บัญญัติให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผู้เสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ เมื่อคณะกรรมการ

การเลือกตั้งเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖๖ ได้

มีประเด็นที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า บุคคลที่มีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ มีบุคคลใดบ้างที่ไม่อยู่ในข่าย หรือได้รับการยกเว้นมิต้องไปแจ้งเหตุอันควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้ง เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมายและระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ฯ ดังกล่าวแล้ว มีประเด็นต้องพิจารณาว่า บุคคลผู้มีหน้าที่ในการไปใช้สิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ นี้ จะใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ด้วยหรือไม่ ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒ และมาตรา ๒๓ ซึ่งบัญญัติว่า

"มาตรา ๒๒ ภายใต้บังคับมาตรา ๒๓ การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎมณเฑียรบาลแก้ไขเพิ่มเติมกฎมณเฑียรบาลเดิม ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภาในการรับทราบตามวรรคสอง

มาตรา ๒๓ ในกรณีที่ราชบังลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗ แล้ว ให้คณะรัฐมนตรีแจ้งให้ประธานรัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อรับทราบและให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์พระรัชทายาทขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไป แล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ในกรณีที่ราชบัลลังก์หากว่างลงและเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์มิได้ทรงแต่งตั้งพระรัชทายาทไว้ตามวรรคหนึ่ง ให้คณะองคมนตรีเสนอพระนามผู้สืบราชสันตติวงศ์ตามมาตรา ๒๒ ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภาเพื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบ ในการนี้ จะเสนอพระนามพระราชธิดาก็ได้ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานรัฐสภาอัญเชิญองค์ผู้สืบราชสันตติวงศ์ขึ้นทรงราชย์เป็นพระมหากษัตริย์สืบไป แล้วให้ประธานรัฐสภาประกาศให้ประชาชนทราบ

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภาในการรับทราบตามวรรคหนึ่งหรือให้ความเห็นชอบตามวรรคสอง"

พิจารณาแล้วเห็นว่า ในช่วงการร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยมีเรื่องเกี่ยวข้องกับพระบรมวงศานุวงศ์ว่าควรดำรงอยู่ในฐานะอย่างใดในทางการเมือง ดังปรากฏในพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ ๑/๖๐ ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน พุทธศักราช ๒๔๗๕ ที่มีถึงพระยามโนปกรณ์นิติธาดา ประธานคณะกรรมการราษฎรว่า ทรงเห็นด้วยตามความคิดของพระยามโนปกรณ์นิติธาดา ที่เห็นว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมดำรงอยู่เหนือการเมือง ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ ๑๐ ธันวาคม ๒๔๗๕ มีบัญญัติในมาตรา ๑๑ ว่า "พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป โดยกำเนิดหรือโดยแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง"

รัฐธรรมนูญของไทยทุกฉบับรวมทั้งฉบับปัจจุบันมีหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่รับรองสถานะพิเศษของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามคติการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิด กล่าวหา หรือฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ในทางใดๆ มิได้

รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓ บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อพระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงใช้อำนาจอธิปไตยแล้ว จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องมีหน้าที่เลือกผู้แทนมาเพื่อใช้อำนาจนั้นอีก

ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ บัญญัติให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง บุคคลซึ่งไม่ไปเลือกตั้งโดยไม่แจ้งเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งได้ย่อมเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้งและการอำนวยความสะดวกในการไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ นั้น เนื่องจากพระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทรงดำรงอยู่เหนือการเมือง และทรงดำรงไว้ซึ่งความเป็นกลางทางการเมือง ประกอบกับที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด หากกำหนดให้พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ซึ่งจะควรสืบราชสันตติวงศ์ตามกฎมณเฑียรบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช ๒๔๖๗ ซึ่งมีความใกล้ชิดกับพระมหากษัตริย์ และทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ปฏิบัติพระราชกรณียกิจแทนพระองค์อยู่เป็นนิจ ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ย่อมจะก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เพื่อรักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๗๑ ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๘ ไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๒ และมาตรา ๒๓

นายประเสริฐ นาสกุล	ประธานศาลรัฐธรรมนูญ
นายโกเมน ภัทรภิรมย์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายจุมพล ณ สงขลา	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
พลโท จุล อติเรก	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายชัยอนันต์ สมุทวณิช	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายปรีชา เฉลิมวณิชย์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายมงคล สระฏัน	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายสุจิต บุญบงการ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายสุจินดา ยงสุนทร	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายสุวิทย์ ธีรพงษ์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายอนันต์ เกตุวงศ์	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายอิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
นายอุระ หวังอ้อมกลาง	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(๒๓)
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ



ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยที่ ๓/๒๕๕๕ **เรื่องพิจารณาที่ ๑/๒๕๕๕**

วันที่ ๑ มิถุนายน พุทธศักราช ๒๕๕๕

เรื่อง พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ หรือไม่

ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบ สรุปได้ดังนี้

พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีพิเศษ ๔ สำนักงานอัยการสูงสุด เป็นโจทก์ยื่นฟ้องบริษัท เฟรซิเนียส เมดิคอล แคร์ (ประเทศไทย) จำกัด เป็นจำเลย ต่อศาลอาญาในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๔๕/๒๕๕๗ และเป็นโจทก์ยื่นฟ้องนางสุรางค์ พรหมศิริ กรรมการผู้จัดการของบริษัท เฟรซิเนียส เมดิคอล แคร์ (ประเทศไทย) จำกัด เป็นจำเลย ต่อศาลอาญาในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๑๒๓/๒๕๕๗ ในฐานความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๓ มาตรา ๔ และมาตรา ๙ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๘๓ และมาตรา ๙๑ ต่อมาศาลอาญาได้มีคำสั่งให้รวมการพิจารณา โดยให้เรียกจำเลยในสำนวนคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๔๕/๒๕๕๗ ว่าจำเลยที่ ๑ และให้เรียกจำเลยในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๑๒๓/๒๕๕๗ ว่าจำเลยที่ ๒



- ๒ -

จำเลยทั้งสองให้การปฏิเสธ และจำเลยที่ ๒ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลอาญาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ โดยโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ เนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดของจำเลยที่ ๒ โดยไม่จำต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำเอาการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยที่ ๒ มีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โดยการสันนิษฐานว่าถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคลก็ให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดของนิติบุคคลด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้นหรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และจำเลยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น บทบัญญัติมาตราดังกล่าว จึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่สันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำ



อย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และขัดกับหลักนิติธรรมที่โจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของจำเลยที่ ๒ จึงขัดกับหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ และมาตรา ๕

ศาลอาญาเห็นว่า คำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ เมื่อยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว จึงมีหนังสือถึงสำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามประเด็นที่จำเลยที่ ๒ โต้แย้ง

สำนักงานศาลยุติธรรมได้มีหนังสือที่ ศย ๐๑๖/๖๕๖๖๑ ลงวันที่ ๒๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๘ ขอให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาการส่งคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย และต่อมาศาลฎีกาได้มีมติในการประชุมใหญ่ ครั้งที่ ๑๗/๒๕๕๘ เมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม ๒๕๕๘ ส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ตามทางการเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ ประกอบมาตรา ๕ วรรคสอง

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ ประกอบมาตรา ๕ วรรคสอง หรือไม่ เห็นว่า ตามคำร้องมีประเด็นโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ และที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้มีมติส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕



ประกอบมาตรา ๕ วรรคสอง และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินี้มาก่อน ประกอบกับคำโต้แย้งของจำเลยที่ ๒ ที่ว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อบทสันนิษฐานว่าในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ซึ่งเป็นสิทธิที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ผ่านมา อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ มาตรา ๒๘ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ มาตรา ๓๒ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๓๓ วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๓๙ วรรคสอง จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และเป็นข้อสันนิษฐานซึ่งมีที่มาจากหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักการพื้นฐานของระบบงานยุติธรรมทางอาญาสากลที่ว่า บุคคลทุกคนมิใช่ผู้กระทำผิดทางอาญา เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์หักล้างได้ว่าบุคคลนั้นเป็นผู้กระทำผิดจริง อันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ อันได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ ได้บัญญัติรับรองไว้ กรณีจึงต้องด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔๕ ประกอบมาตรา ๕ วรรคสอง และข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. ๒๕๕๐ ข้อ ๑๗ (๑๓) ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัย



- ๕ -

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยมีว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ และมาตรา ๕ หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด เป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาโดยให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิด เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาที่รัฐให้การรับรองแก่บุคคลที่จะไม่ถูกลงโทษทางอาญาจนกว่าจะมีพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิด และเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของหลักนิติธรรม ซึ่งได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔

สำหรับพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้การจัดหาสินค้าและบริการไม่ว่าด้วยวิธีการจัดซื้อหรือการจัดจ้างหรือวิธีอื่นใดของหน่วยงานของรัฐทุกแห่ง ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยใช้เงินของแผ่นดิน รวมทั้งการให้สิทธิในการดำเนินกิจการบางอย่างโดยการให้สัมปทานอนุญาตหรือกรณีอื่นใดในลักษณะเดียวกันก็เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ จึงต้องกระทำอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมและมีการแข่งขันกันอย่างเสรีเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ แต่เนื่องจากการดำเนินการที่ผ่านมามีการกระทำในลักษณะการสมยอมในการเสนอราคาและมีพฤติการณ์ต่าง ๆ อันทำให้มิได้มีการแข่งขันกันเสนอประโยชน์สูงสุดให้แก่หน่วยงานของรัฐอย่างแท้จริงและเกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ จึงมีบทกำหนดการกระทำอันเป็นความผิดและกำหนดโทษทางอาญาไว้ ดังเช่น มาตรา ๙ ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด ให้ถือว่าหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้นหรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น



พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา โดยบทบัญญัติมาตรา ๙ วางข้อสันนิษฐานว่า ถ้าการกระทำความผิดเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใด ก็ให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิดนั้น กล่าวคือ โจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นเลยว่ามีส่วนร่วมหรือเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นประการใด คงพิสูจน์เพียงว่ามีผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลใดและจำเลยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งไม่เกี่ยวกับการกระทำหรือเจตนาของหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นแต่อย่างใด กรณีจึงมิใช่เพียงแต่การสันนิษฐานให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับนิติบุคคลเท่านั้น แต่ได้สันนิษฐานให้เป็นตัวการร่วมกระทำผิดกับ “บุคคลใดก็ตาม” ที่กระทำผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่นิติบุคคลด้วย ซึ่งเป็นการสันนิษฐานความผิดทางอาญาที่กว้างยิ่งกว่าการสันนิษฐานให้ต้องร่วมรับผิดกับนิติบุคคลเสียอีก ทั้งยังเป็นการสันนิษฐานความผิดของบุคคลดังกล่าวโดยไม่มีความเกี่ยวพันกันอย่างมีเหตุผลอันชอบธรรม (Rational Connection) ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขแห่งข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) กับข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐาน (Presumed Fact) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐาน



- ๗ -

อีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังหุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นทั้งหมดทุกคน ประกอบกับหลักพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดทางอาญานั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙ บัญญัติว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำ...” ดังนั้น บุคคลไม่ว่าบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจะมีความรับผิดในทางอาญาก็ต่อเมื่อมีการกระทำ ซึ่งรวมถึงการงดเว้น ละเว้น เพิกเฉย หรือการไม่กระทำตามที่พึงกระทำในลักษณะอื่น ๆ ด้วย เพราะฉะนั้น การที่หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้นจะต้องเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดของผู้กระทำความผิดด้วยก็ต่อเมื่อบุคคลเหล่านั้นมีการกระทำ หรืองดเว้นกระทำการที่ตนมีหน้าที่ต้องป้องกันผล หรือควรต้องกระทำด้วย แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ บัญญัติให้หุ้นส่วนผู้จัดการ กรรมการผู้จัดการ ผู้บริหารหรือผู้มีอำนาจในการดำเนินงานในกิจการของนิติบุคคลนั้น หรือผู้ซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลในเรื่องนั้น ต้องเป็นตัวการร่วมในการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยโจทก์ไม่ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าบุคคลเหล่านั้นซึ่งเป็นจำเลยได้มีการกระทำ หรืองดเว้น หรือไม่กระทำการอันเป็นความผิดตามกฎหมายแต่อย่างใดก่อน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบของความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา ดังนั้น พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ

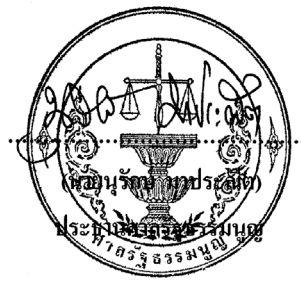


พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาหรือจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๘ คน คือ นายนุรักษ์ มาประณีต นายจรัญ ภักดีธนากุล นายชัช ชลวร นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์ นายบุญส่ง กุลบุปผา นายปัญญา อุดชาชน และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน ๑ คน คือ นายวรวิทย์ กังศศิเทียม วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๔ ซึ่งเมื่อได้วินิจฉัยดังนี้แล้ว จึงไม่จำต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ มาตรา ๕ หรือไม่ อีกต่อไป



(นายนุรักษ์ มาประณีต)
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ



(คำวินิจฉัยที่ ๓/๒๕๕๕)

(นายจรัญ ภักดีธนากุล)	(นายชัช ชลวร)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
(นายทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ)	(นายนครินทร์ เมฆไตรรัตน์)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
(นายบุญส่ง กุลบุปผา)	(นายปัญญา อุดชาชน)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
(นายวรวิทย์ กังศศิเทียม)	(นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี)
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th
E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th